

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقاً)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الحادي عشر

حق الملكية

(المواد 802 - 874)



الكتاب الثالث

الحقوق العينية الأصلية

الباب الأول

حق الملكية وأسباب كسبه

الفصل الأول

حق الملكية بوجه عام

1 - نطاق ووسائل حمايته

مادة (802)

لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

1 - تعريف حق الملكية :

عرفت المادة 802 مدنى حق الملكية بقولها: "لمالك الشئ وحده فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

فبين من هذا النص أن حق ملكية الشئ هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك فى حدود القانون⁽¹⁾.

وكانت المادة (27/11) من التقنين المدنى القديم تعرف الملكية بقولها :
"الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة". وهى مأخوذة من المادة 544 من التقنين المدنى الفرنسى التى تجرى بهذا المعنى.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى حق الملكية الجزء الثامن

نص المادة 802 من التقنين المدنى الحالى يفضل النص القديم من وجوه ثلاثة: فهو يستوعب كل عناصر حق الملكية، أى السلطات التى تكون للمالك على الشئ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف. وهو بقوله إن هذه السلطات تكون للمالك وحده ينوه بأن حق الملكية حق جامع مانع، أى شامل لكل السلطات الممكنة ومقصود على صاحبه، وهذه هى أبرز خصائص حق الملكية، وهى وحدها الجديرة بالذكر، لأنها الخاصة الجوهرية الوحيدة من بين خصائص هذا الحق كما سنرى.

وحق الملكية *droit de propriété* هو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً، لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشئ. أما غيره من هذه الحقوق فلا يخول صاحبه إلا بعض هذه السلطة. وهو يكون حقا عقاريا أو حقا منقولاً تبعاً لما إذا كان واقعاً على عقار أو منقول⁽¹⁾.

2- خصائص حق الملكية :

حق الملكية حق عيني، فهو يرد على شئ مادي، وهو يشترك بهذا الوصف مع غيره من الحقوق العينية، ولكن حق الملكية ينفرد دون غيره من الحقوق العينية الأخرى بخاصيتين هما **الأولى:** إن حق الملكية حق جامع مانع، وهذه خاصيته الجوهرية. **والثانية:** إنه حق دائم، وهذه خاصية تقتضيها الاعترافات العملية. كما أنه لم يعد حقا مطلقاً.

ونورد تفصيل ذلك فيما يلى:

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصده حق الملكية الطبعة الثانية 1964 ص 15 وما بعدها - الدكتور نعمان جمعه الحقوق العينية 1999-2000 ص 37 وما بعدها.

3- الخاصية الأولى :

الملكية حق جامع مانع :

هذه الخاصية هى الخاصية الجوهرية لحق الملكية، وهى جوهرية لأنها مستمدة من مضمون حق الملكية ولا توجد فى غيره من الحقوق.

فحق الملكية حق جامع (droit total)، لأنه يعطى لصاحبه كل سلطة متصورة على الشئ، فهذه الخاصية إذن جامعة لكل المزايا التى يمكن استخلاصها من الشئ. ذلك أن السلطات التى يتصور قيامها على الشئ ثلاثة: الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهى جميعا تكون للمالك، ولا يحد من مزاولته لهذه السلطات إلا قيد يفرضه القانون أو تشترطه الإرادة حيث يجوز لها ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"حق الملكية - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة- حق جامع مانع نافذ تجاه الناس كافة، فهو جامع يخول المالك الانتفاع بالشئ واستغلاله والتصرف فيه وهو مانع مقصور على المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه أو يتدخل فى شئون ملكيته وهو فى ذات الوقت حق دائم لا يسقط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ما لم يكتسبه الخصم إذا توافرت له شروط الحيازة المكسبة للملك".

(طعن رقم 2054 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/4)

وقد ترتب على اعتبار السلطات جميعها تكون للمالك نتيجتان هامتان :

الأولى: أن كل من يدعى أن له سلطة أو سلطتين أو أن هناك قيда يحد من واحدة منها كقيام شرط مانع فيها يكون مدعيا خلاف الأصل ويكلف بإثبات ادعائه.

أما المالك فلا يكلف بداءة بنفى هذا الادعاء، فحقه جامع حتى يثبت العكس.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان يبين أن الحكم المطعون فيه لم يؤسس قضاءه على إقرار الطاعنة أمام محكمة أول درجة بملكية المطعون عليها الأرض، وإنما أثبت أن الطاعنة قد أنكرت في دفاعها الأخير ملكية البائعة للمطعون عليها المذكورة، دون أن تدعى حقا على الأرض خلاف حق الارتفاق، وأنه لذلك لا يكون ثمة محل لمناقشة الملكية، وكان الحكم قد أقام قضاءه على هذه الدعامة وحدها دون ذلك الإقرار المسند إلى الطاعنة، وهي دعامة مستقلة وتكفي لحمله، فإن النعي عليه بالخطأ في الاستدلال يكون على غير أساس".

(طعن رقم 513 لسنة 37 ق جلسة 1972/1/25)

والثانية: إن كل فصل لسلطة الاستعمال أو الاستغلال أولهما معا إنما يكون أمرا عارضا موقوتا بالضرورة ومآله إلى الزوال، لتجتمع كل العناصر من جديد في يد المالك. ولهذا فإن الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية تكون دائما حقوقا موقوتة.

وأما أن الملكية حق مانع (droit exclusif) فللمالك أن يستأثر بجميع مزايا ملكه، فيمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا، حتى ولو لم يلحقه من وراء هذه المشاركة أى ضرر. إنما يجوز للغير أن يشارك المالك في ملكيته أو يتدخل في شئون ملكيته برضا صاحب الحق.

وقد أبرزت ذلك المادة 802 مدنى بقولها: "لمالك الشيء وحده... حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"⁽¹⁾ ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد، لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد، وإن جاز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع. ولكن كلا من الشخصين لا يملك

(1) الدكتور أحمد سلامة الملكية الفردية في القانون المصرى الطبعة الأولى 1970 (مكررة) 1975 ص 59 وما بعدها - الدكتور رمضان أبو السعود الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 29.

الشيء كله بل يملك جزءا منه شائعا.

4 - لا يمنع من كون الملكية حقا جامعا مانعا وضع بعض القيود على الملكية :

رأينا أن المادة 802 عرفت حق الملكية بأن: "مالك الشيء وحده في حدود القانون.... إلخ" ومفاد ذلك أن حق المالك في الاستثناء بمزايا ملكه مقيد هو أيضا بما يكون للغير من حق في أن يفيد من بعض هذه المزايا بموجب الاتفاق أو بمقتضى القانون فقد يخول المالك شخصا من الغير حق الانتفاع بالشيء أو يرتب له حق ارتفاق عليه. وهناك حالات يجيز فيها القانون للغير أن يستعمل الشيء. من ذلك أن الملاك المجاورين يجوز لهم أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها (م 2/808 مدنى). ومن ذلك أيضا أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، يكون له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف (م 812 مدنى).

وكانت المادة (117) من المشروع التمهيدي - والتى أصبح رقمها فى المشروع النهائى (808) - تنص على أنه: "إذا تدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه، وكان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطر داهم هو أشد كثيرا من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل، فليس للمالك أن يمنع ذلك، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر".

إلا أنه اقترح فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف هذه المادة "لما تؤدى إليه من انتهاك حرمة ملك الغير"، فوافقت اللجنة على حذفها وجاء بملحق تقريرها أنه :

"اقترح حذف المادة 808 لما تؤدى إليه من انتهاك حرمة ملك الغير وماقد

تخلفه من مشاكل لاضابط لها وقد لا يحمد عقباها- وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ولكن على أساس أن النتيجة العملية من النص تتحقق فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية، وأن فى فكرة التعسف فى استعمال الحق ما قد يغنى عن أحكام هذه المادة فى كثير من الفروض التى تقصر فيها المروءة عن حالة الضرورة".

وقد وافق المجلس على الحذف⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان صحيحاً أن ملكية الحكومة لما يؤول إليها نتيجة تدخلها لصيانة الثروة العقارية ليست ملكية عادية بل هى ملكية من نوع خاص تختلف فى تكييفها وجهات النظر، هل هى ملكية معلقة على شرط فاسخ، أم هى ملكية وكيل لحساب موكله، أم ملكية فضولى لحساب غيره، إلا أنه مهما يكن الرأى القانونى الذى يستعان به فى تكييفها فإن أقصى نتائجها - إذا صح قبول هذه النتائج أن المدين نفسه هو الذى يمكن أن يعتبر مالكا لم يتجرد من ملكيته منذ نزعت منه إلى يوم أن استردها من الحكومة. أما غير المدين ممن يكون قد استعمل حق الأولوية واشترى العين من الحكومة فإنه يملك ما اشتراه ملكية جديدة عليه. وهذه الملكية لا تثبت له بحكم قانون التسجيل إلا من يوم تسجيل عقده الذى اشترى به من الحكومة، فمثله لا يجوز له أن يشفع فيما يبيع بعقد سجل قبل تسجيل عقده هو".

(طعن رقم 56 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/22)

2- "تقييد وزارة التموين للشركة الطاعنة - التى تعاقدت معها على أن تستورد لحسابها قمحا لتنتج منه دقيقا من النوع الفاخر كى تبيعه الطاعنة بالأسعار المحددة - فى التصرف فى القمح والدقيق طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 95 سنة 1945 والقرار 359 سنة 1947 لا ينفى ملكية الشركة الطاعنة للقمح لأن فرض

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص29 الهامش وما بعدها.

قيود قانونية أو اتفاقية على حق الملكية لا يؤثر على بقاء هذا الحق وقيامه".

(طعن رقم 446 لسنة 25 ق جلسة 1961/12/21)

3- "مؤدى نصوص القرارات الوزاريين رقمى 504 لسنة 1945 و 113 لسنة 1952 أن السكر المستورد غير المخصص للاستهلاك العائلى أصبح من تاريخ العمل بالقرار رقم 113 لسنة 1952 فى 1952/9/4 غير خاضع للاستيلاء المنصوص عليه فى القرار رقم 504 لسنة 1945 والذى يجعله مملوكا للحكومة، ولما كانت هذه السلعة تصل إلى يد التجار عن طريق بيعها لهم من بنك التسليف مقابل ثمن يدفعونه فإنهم يتلقون ملكيتها كمشتريين ويكون لهم التصرف فيها كماكين ولا ينفى ملكيتهم لهذه السلعة فرض سعر جبرى لها عند تداولها بالبيع لأن فرض مثل هذا القيد ليس من شأنه أن يؤثر على قيام حق الملكية وبقائه".

(طعن رقم 253 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/13)

4- "المقرر - فى قضاء محكمة النقض أن حق الملكية حق جامع مانع نافذ تجاه الناس كافة، فهو جامع يخول المالك الانتفاع بالشئ واستغلاله والتصرف فيه وهو مانع مقصور على المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه أو يتدخل فى شئون ملكه والنص فى المادة 802 من القانون المدنى على أن "مالك الشئ وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه" وفى المادة 805 منه على أنه "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون..." مفاده أنه لا يجوز حرمان مالك الشئ من حق استعماله واستغلاله والتصرف فى ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون والمقرر - أيضا - أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير أدلة الدعوى وبحث مستنداتها واستخلاص الصحيح الثابت بها وما تراه متفقا مع الواقع فيها، ولها فى حدود سلطتها الموضوعية أن تأخذ ببعض ما انتهى إليه الخبر المندوب للأسباب التى أوردتها فى تقريره وأنها غير مكلفه بأن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وترد استقلالاً على كل حجة أو قول مادام فى قيام الحقيقة التى أوردت دليلها فيه الرد

الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أنه لا خلاف بين طرفى التداعى على أن أرض النزاع مملوكة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى بموجب العقد المسجل برقم 8586 لسنة 1988، وكان نص المادة السادسة من القانون رقم 3 لسنة 1986 فى شأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعى لا يوجب على الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بيع الأرض الزراعية المملوكة لها لواضعى اليد عليها إذ جرى على أنه فيما عدا الأراضى الخاضعة للقانون رقم 50 لسنة 1969 - بشأن تعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها - يجوز لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى التصرف فى أراضى الإصلاح الزراعى بالممارسة لواضعى اليد عليها بالثمن الذى تقدره اللجنة العليا لتقدير أثمان أراضى الدولة..." وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب الطاعنين بأحقيتهم فى شراء أرض التداعى على ما استخلصه من سائر أوراق الدعوى ومستنداتها وتقرير الخبير المنتدب فيها من أن عين النزاع كانت مملوكة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى وتم بيعها لصالح هيئة الأبنية التعليمية وتسليمها لإقامة مدرسة عليها وأنه لا يجوز لأحد أن يشارك الهيئة البائعة فى ملكها أو يتدخل فى حقها فى التصرف فيما تملك، وكان هذا الذى استخلصه الحكم سائغا وله أصل ثابت بالأوراق وكافيا لحمل قضائه ويتضمن الرد المسقط لكل حجة مخالفة، فإن النعى عليه لا يعدو أن يكون جدلا فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض، ومن ثم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 1471 لسنة 70 ق جلسة 2011/12/10)

5- الخاصية الثانية :

الملكية حق دائم :

للدوام فيما يتعلق بحق الملكية معنيان أولهما: إن هذا الحق يدوم بدوام محله. وثانيهما: إن حق الملكية لا يسقط بحق الاستعمال.

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي:

6 - (أ) دوام حق الملكية بدوام الشيء :

ليس المقصود بهذه الخاصية أن ملكية الشيء تدوم لمالكه الحالى إلى الأبد، إذ الواقع أن مالك الشيء قد يتخلى عن ملكيته بإرادته، وذلك بأن يبيعه أو يهبه فتنقل ملكيته بذلك إلى المشتري أو الموهوب له، وتزول من البائع أو الواهب، كما أن ملكية الشيء تنتقل بوفاة مالكه إلى ورثته.

وإنما المقصود بدوام الملكية هو دوام الملكية فى ذاتها، أى باعتبارها حقا واردا على شىء معين، فمادام هذا الشيء باقيا فملكته باقية كذلك وآية دوامها أنها تنتقل من مالك إلى آخر لأن الحق يظل كما هو باقيا رغم انتقاله، فلا يتغير حينئذ سوى شخص المالك، ولا ينهى الحق إلا بهلاك الشيء. فالملاك يتتابعون فى كسب ملكية الشيء دون أن تتخلل ذلك فترة يكون فيها الشيء بلا مالك⁽¹⁾.

أما الحقوق العينية الأخرى فلا تكون لها صفة الدوام التى تثبت لحق الملكية.

فحق الارتفاق، وإن كان الغالب فيه أن يبقى ما بقى العقاران المرتفق والمرتفق به، إلا أنه يجوز الاتفاق على تأقيته فينتهى بانقضاء الأجل المعين (م1026 مدنى)، كما ينتهى أيضا إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به (م1029 مدنى).

وفىما يتعلق بالحقوق الأخرى التى تنفرع عن حق الملكية يحتم القانون تأقيتها. فحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع إن لم ينقض بانتهاه أجله قبل ذلك (م993 مدنى) وحق الاستعمال وحق السكنى يسرى عليهما هذا الحكم أيضا (م998 مدنى) وحق الحكر لا يجوز أن يكون لمدة تزيد على ستين سنة (م999

(1) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى فى حق الملكية الجزء الأول طبعة ثالثة ص

(مدنى).

وهذا التأقيت الذى يقضى به القانون يعتبر من النظام العام فيقع الاتفاق على خلافه باطلا.

والواقع أن تأقيت هذه الحقوق أمر لا مفر منه، إذ لو كانت دائمة لأصبحت قيذا أبديا على حق الملكية فيؤدى ذلك إلى إهدار هذا الحق. أما الحقوق العينية التبعية فتوجد ضمانا لحق شخصى، وبذلك تكون تابعة له فيسرى عليها حكمه، ومن ثم تكون مؤقتة كالحق الشخصى الذى تضمنه فتتقضى بانتهائه⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن صفة الدوام بالمعنى المذكور لا تصدق على حق الملكية فى جميع الحالات. فهى تصدق بالنسبة إلى العقارات حيث تنص المادة 1/874 مدنى على أن: "الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة". فإذا تولى المالك عن العقار بقصد النزول عن ملكيته انتقلت الملكية إلى الدولة، ولكنها لا تصدق بالنسبة إلى المنقولات، إذ تنص المادة 1/871 مدنى على أن: "يصبح المنقول لا مالك له إذا تولى عنه ماله بقصد النزول عن ملكيته".

ويتضح من هذا أن صفة الدوام بالمعنى الذى ذكرناه ليست آتية من جوهر حق الملكية، وإنما هى خاصية لهذا الحق بحسب ما يتحقق فى الأغلبية العظمى من الحالات⁽²⁾.

7 - (ب) - عدم زوال الملكية بعدم الاستعمال :

المعنى الثانى لدوام حق الملكية هو عدم زوال الملكية بعدم الاستعمال. فإذا أهمل المالك الشئ، ولم يباشر عليه سلطات المالك، فإن ذلك لا يؤدى إلى زوال ملكيته مهما طال مدت هذا الإهمال. فلا يقبل من أحد أن يدعى اكتساب ملكية

(1) عبد المنعم الصده ص 19.

(2) عبد المنعم الصده ص 20.

شئ معين لمجرد الاستناد إلى أن مالك هذا الشئ لم يباشر عليه أية سلطة من سلطات المالك لسنين طويلة⁽¹⁾.

وإذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط فإن هذا لا يمنع من كسبه بالتقادم المكسب. فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال، فإن ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضع اليد.

ولكن هذا لا يعنى - كما هو ظاهر - أن الملكية زالت بالتقادم، ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصيل لم يأت عن طريق فقدته للملكية بالتقادم المسقط، بل أتى عن طريق التقادم المكسب ففقد المالك الأصيل حق ملكيته لأن غيره قد كسب هذا الحق⁽²⁾.

بل إن دعوى الاستحقاق التى تحمى حق الملكية لا تسقط بالتقادم أبداً، إذ لا يتصور أن تسقط الدعوى فى حين أن الحق الذى تحميه لا يسقط⁽³⁾.

والملكية فى هذا تنفرد عن سائر الحقوق المالية الأخرى شخصية كانت أو عينية. ذلك أن الحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط وتنقضى بانقضائها الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) التى تضمنها.

وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية - فيما عدا حق الملكية - بعدم الاستعمال. فحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى، ينقضيان بعدم الاستعمال عملاً بالمادتين 996، 998 مدنى. وحق الحكر ينتهى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة إلا إذا كان موقوفاً فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة

(1) محمد على عرفه ص 200 وما بعدها - الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 19 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 670 - الدكتور توفيق فرج الحقوق العينية الأصلية 1983 ص 82.

(3) السنهورى ص 969 وما بعدها - أحمد سلامة ص 66 وما بعدها.

(م 1011 مدنى). وتنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة، فإذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة (م 1/1027 مدنى).

غير أن المشرع خرج عن القاعدة التى تقضى بأن الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال، حيث قرر سقوط الملكية جزاء لإهمال المالك فى الأراضى التى آلت إلى صغار المزارعين طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) بشأن الإصلاح الزراعى⁽¹⁾، إذ نصت المادة 14 من المرسوم بقانون المذكور على أن: "تسلم الأرض لمن آلت إليه من صغار الفلاحين خالية من الديون ومن حقوق المستأجرين. وتسجل باسم صاحبها دون رسوم.

ويجب على صاحب الأرض أن يقوم على زراعتها بنفسه وأن يبذل فى عمله العناية الواجبة. وإذا تخلف من تسلم الأرض عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أو تسبب فى تعطيل قيام الجمعية التعاونية بالأعمال المنصوص عليها فى المادة (19) أو أخل بأى التزام جوهرى يقضى به العقد أو القانون حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل من نائب بمجلس الدولة رئيسا، ومن عضوين من مديرى الإدارات بالهيئة التنفيذية للإصلاح الزراعى. ولها بعد سماع أقوال صاحب الشأن أن تصدر قرارا مسببا بإلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه واعتباره مستأجرا لها من تاريخ تسليمها إليه. وذلك كله إذا لم تكن قد

(1) وكان هناك استثناء آخر نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 874 مدنى بقولها: "إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا 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 الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك".

إلا أن هذه الفقرة ألغيت بالقانون رقم 100 لسنة 1964 الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها حيث نصت المادة 76 منه على هذا الإلغاء صراحة.

مضت خمس سنوات على إبرام العقد النهائى. ويبلغ القرار بالطريق الإدارى قبل عرضه على الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بخمسة عشر يوما على الأقل ولا يصبح نهائيا إلا بعد تصديق الهيئة العامة للإصلاح الزراعى عليه. ولها تعديله أو إلغاؤه ولها كذلك الإغفاء من أداء الفرق بين ما حل من أقساط الثمن والأجرة المستحقة وينفذ قرارها بالطريق الإدارى⁽¹⁾.

وقد ورد حكم مماثل فى المادة 62 من القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها إذ جرت المادة المذكورة على أن: "إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها فى هذا القانون أو تسبب فى تعطيل قيام الجمعية التعاونية الزراعية بالأعمال المنصوص عليها فى المادة (64) أو إذا أخل بأى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد أو القانون ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برئاسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديرى الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى بحسب الأحوال.

وللجنة بعد سماع أقوال صاحب الشأن أن تصدر قرارا مسببا بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع. ويبلغ قرار اللجنة إلى صاحب الشأن بالطريق الإدارى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره. ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه.

(1) راجع فى شرح المادة مؤلفنا مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الإصلاح الزراعى والزراعة 1993 ص 360 وما بعدها - ويرى البعض أن هذا المثال لا يعتبر استثناء من مبدأ عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال، إذ أن زوال الملكية يتحقق وفقا لهذا النص بإلغاء قرار التوزيع أى بفسخ سند الملكية وإن كان الفسخ جزاءا للتقصير فى بذل العناية الواجبة فى زراعة الأرض ومن صور عدم زراعتها (الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ص 20 هامش 2) - أحمد سلامة ص 69.

ولا يكون قرار اللجنة نهائيا إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم المشار إليه وينفذ القرار بالطريق الإداري".

ولا يختلف المنقول عن العقار في شيء مما تقدم، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط.

غير أن المنقول يختص بحكم في هذا الصدد بنفرد به عن العقار فقد نصت المادة 1/871 مدنى على أن: "يصبح المنقول لا مالك له، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته" قالتخلى عن المنقول (abandon) يزيل ملكيته ويصبح المنقول لا مالك له إلى أن يملكه شخص آخر بطريق الاستيلاء. ولم يرد مثل هذا النص في العقار، فالتخلى إذن عن العقار (délaissement) كتخلى الحائز للعقار المرهون عن العقار أو تخلى من يتقل عقاره حق عيني أو تكليف عيني للتخلص من هذا الحق أو التكليف، لا يفقد المالك ملكيته، بل يبقى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية. ومهما يكن من أمر، فإن تخلى مالك المنقول وفقده بذلك ملكيته لا يفيد أن حق الملكية في المنقول حق غير دائم فهو حق دائم إلى أن ينزل عنه صاحبه، والنزول عن الحق لا يصح أن يعتبر توقيئا له⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 671 وما بعدها - وفى هذا المعنى الدكتور حسن كيره الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن (مذكرات على الآلة الناسخة سنة 1965 = ص 168 وما بعدها- وعكس ذلك عبد المنعم فرج الصده ص 19 وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 37 فيريان أنه إذا تخلى المالك عن العقار بقصد النزول عن ملكيته انتقلت الملكية إلى الدولة استنادا إلى المادة 1/874 مدنى التى تنص على أن: "الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة - وينتقد البعض استناد هذا الرأى إلى نص المادة 874 مدنى تأسيسا على أن النص يتكلم عن طائفة معينة من العقارات هى الأراضى غير المزروعة أى الأراضى الصحراوية الخارجة عن الزمام، وهى أراضى لم تكن وقت ما مملوكة لأى فرد (الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 18 هامش

ومن هذا القبيل أيضا ما تنص عليه المادة 1/977 مدنى من أنه يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقد أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. وواضح أن الحائز هنا لا يكسب ملكية مثل هذا المنقول ومع ذلك يتمتع على (المالك) أن يسترده بمضى ثلاث سنوات من وقت الضياع. أى من فقدته الحياة. ولا يغير من أهمية هذا النص القول بأن مدة ثلاث السنوات مدة إسقاط، فمضيها - على أية حال - يفقد المالك ملكيته⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن، ومن ثم فإن الحكم المقرر لهذا الحق لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ، ولا يجوز اطراحه إلا إذا توافرت لدى المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 944 لسنة 47 ق جلسة 1980/1/29)

2- حق الملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن، ويكتسبه الخصوم إذا توافرت له شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 1612 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/2)

8- (ج) حق الملكية لا يرد عليه التوقيت :

المقصود بتوقيت حق الملكية، ألا تقتنر الملكية بأجل فاسخ أو واقف. ومثل الأجل الفاسخ أن يشتري شخص مالا بحيث تنتهى ملكيته له بعد انقضاء مدة معينة كعشر سنوات مثلا. وتعود الملكية بعد ذلك إلى البائع.

وإنما الذى يحوز هو أن يرتب المالك الأصلى على الشئ حق انتفاع لغيره مقترنا بأجل فاسخ، لأن حق الانتفاع بطبيعته حق مؤقت ومثل الأجل الواقف، أن يشتري شخص من آخر شيئاً على ألا تنتقل ملكيته إليه إلا بعد انقضاء أجل معين، لأنه إذا اقترنت ملكية الشئ بأجل واقف كانت ملكية البائع فى هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهى بانقضاء الأجل الواقف. والذى يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين، فيكون الالتزام بنقل الملكية، لا حق الملكية ذاته، هو المؤجل. ولا تكون ملكية البائع فى هذه الحالة ملكية مؤقتة، وإنما هى ملكية دائمة يستطيع أن يتصرف فيها إلى مشتر آخر لتنتقل إليه، ويكون البائع عند ذلك قد أخل بالتزامه نحو المشتري الأول. ويلتزم بالتعويض لا بنقل الملكية إلا إذا أمكن الطعن فى التصرف الثانى بالدعوى البوليصة⁽¹⁾.

ويستند أنصار هذا الرأى إلى حجتين: الأولى، أنه نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم، أى تبقى ما بقى الشئ. والثانية، أن التوقيت يتنافر مع طبيعة الملكية ومع العناصر التى تشتمل عليها، ذلك أن من أهم عناصر الملكية ما يعرف بسلطة التصرف التى تجيز للمالك أن يتصرف فى حقه تصرفاً قانونياً أو يستهلكه ويتلفه مادياً على حد سواء. وأمام فكرة التوقيت، ليس هناك إلا أحد احتمالين: أن يتمتع المالك ملكية مؤقتة عن أن يتصرف فى الحق حتى يعيده إلى المالك الأصلى، أو أن يتصرف فيه أو يتلفه. فإذا امتنع على المالك التصرف والإتلاف لما كان حقه حق ملكية. وإذا أجاز له التصرف والإتلاف كانت ملكيته دائمة. ويتوقف الأمر فى علاقته مع المالك الأصلى على استعماله سلطة التصرف أو على عدم استعماله لها، فإن استعمالها امتنع عليه أن يعيد الملكية بعد

(1) من هذا الرأى السنهورى ص 672 وما بعدها - الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية

1978 ص 23- الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق

الملكية 1974 ص 24 وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق

العينية الأصلية 1976 ص 39 وما بعدها.

انقضاء الأجل فيلزم بالتعويض، وإن لم يستعملها أعادها إلى مالكها بعقد جديد لا لمجرد انقضاء الأجل، ومن ثم يعتبر المالك الأصلي خلفا لمن أعاد إليه الملكية⁽¹⁾.

(1) وقارن رأيا آخر يذهب إلى أن الملكية تقبل التوقيت. فليس فى طبيعة حق الملكية ما يحول دون توقيته بمدة معينة، بحيث إذا حل الأجل المحدد انقضت الملكية وعادت إلى المالك الأصلي مستوى فى ذلك أن يكون المالك المؤقت قد تصرف أو لم يتصرف، فإذا لم يتصرف انقضت الملكية وهى بين يديه.

وإذا تصرف انقضت وهى بين يدى خلفه. (عبد المنعم الصده ص 23- الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 24 وما بعدها - الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول 1368هـ - 1949 ص 220) - ويمضى بعض أنصار هذا الرأى إلى القول بأن هذا الفرض لا يتصور وقوعه عادة فى الحياة العملية، لأن المتصرف إليه تكون له بوصفه مالكا سلطة إعدام الشئ قبل انقضاء الأجل المتفق عليه. وهذا يجعل المتصرف تحت رحمته. وأن هناك وسيلة قانونية أخرى تحقق الأغراض المقصودة من مثل هذا الاتفاق دون أن يتعرض حق المالك للخطر، إذ يستطيع هذا أن يرتب للمتصرف إليه حق الانتفاع بالشئ، ويكون لهذا الأخير أن يحصل على منافع الشئ دون أن يكون فى استطاعته أن يتصرف فيه تصرفا قانونيا أو ماديا. ويتضح من ذلك أن امتناع الاتفاق على تأقيت حق الملكية فى =

الحياة العملية لا يرجع إلى اعتبارات مستمدة من جوهر هذا الحق وإنما مرده إلى اعتبارات عملية، تعرض حق المتصرف للخطر (عبد المنعم الصده ص 23).

ويستند أنصار هذا الرأى فى رأيهم إلى أن المشرع قد افترض فى بعض الحالات وجود ملكية مؤقتة ومثل ذلك :

1- ما تنص عليه المادة 1038 مدنى من أنه :

"يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقا لأحكام الالتصاق". فهذا النص يفيد أن المبانى إذا آلت إلى مالك الأرض تؤول إليه خالية من الرهن، وهو مالا يستقيم إلا إذا

9- الخاصية الثالثة :

الملكية ليست حقا مطلقا :

وصفت الملكية فى الفقه التقليدى، ولا تزال توصف عند بعض المحدثين بأنها حق مطلق (droit absolu) بمعنى أن المالك حر فى مباشرة سلطاته على الوجه الذى يراه هو ووفقا لتقديره دون قيد يرد عليه فى ذلك.

وهذه الصفة لحق الملكية كانت أثرا لتعاليم المذهب الفردى التى ظهرت بشكل واضح فى القانون المدنى الفرنسى عند وضعه، فنصت المادة 544 على أن

سلمنا أن الرهن قد نشأ ابتداء على ملكية مؤقتة (منصور مصطفى منصور ص 25).

2- ما تنص عليه المادة 922 مدنى من أنه :

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

2- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها". ذلك أن إذن مالك الأرض للمستأجر أو المنتفع فى إقامة منشآت عليها وفى تملك هذه المنشآت طول مدة الإيجار أو الانتفاع، فإن ملكية المستأجر أو المنتفع لتلك المنشآت تكون ملكية مؤقتة بهذه المدة، فإذا لم يقم المستأجر أو المنتفع بإزالة هذه المنشآت قبل نهاية الإيجار أو الانتفاع آلت ملكيتها إلى مالك الأرض فى مقابل تعويض يدفعه للمستأجر أو المنتفع (عبد المنعم الصده ص 23).

3- أن الملكية الأدبية والفنية والصناعية فى جانبها المالى ملكية مؤقتة تنقضى بآجال معينة لا تتجاوز خمسين سنة بعد موت المالك.

غير أن خصوم التوقيت يردون على ذلك بأن الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ليست بحقوق ملكية، لأن الملكية حق استثنائى مؤبد، فى حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت (السنهورى ص 675 وما بعدها - أحمد سلامة ص 73).

الملكية هى الحق فى الانتفاع بالشئ والتصرف فيه بطريقة مطلقة إلى أبعد حد، بشرط ألا يستعمله استعمالا لا تمنعه القوانين أو اللوائح. وذهب بعض الفقهاء إلى القول إن المالك يباشر سلطاته كما يشاء حتى ولو كان ذلك بطريقة تعسفية بينما صاحب حق الانتفاع يجب أن يباشر سلطاته بمسلك الرجل المعتاد.

وعلى نحو ما فعل المشرع الفرنسى نصت المادة الحادية عشرة من النقيض المدنى المصرى السابق على أن: "الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة...".

غير أن النزعة الفردية، التى تضع حرية الفرد فى مقدمة القيم التى يهدف القانون إلى حمايتها، أخذت تنكمش أمام المذاهب الاجتماعية التى أسهمت فى انتشار النظم الاشتراكية، وكثرت القيود التى تحد من حرية المالك لمصلحة الجماعة ولمصلحة غيره من الأفراد، بحيث لم يعد من المقبول أن توصف الملكية بأنها حق مطلق بل أصبحت الملكية حقا ذاتيا لها وظيفة اجتماعية أى حق تهيمن عليه وظيفة اجتماعية حافزة لا تهدر سيادة المالك بل تعززها، موفقة بين المبادرة الفردية المستمدة من تلك السيادة وبين مطالب الجماعة، فأصبح المالك ليس حرا فى مباشرة سلطاته على النحو الذى يروقه، بل يتقيد بكثير من القيود وعلى الخصوص ألا يتعسف فى استعمال حقه⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدى للمادة 802 مدنى - التى وردت بالمشروع برقم 1162 - تنص على أن: "لمالك الشئ، مادام ملتزما بحدود القانون، أن يستعمله، وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه، دون أى تدخل من جانب الغير، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع مالحق الملكية من وظيفة اجتماعية" - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة، وهى حق

(1) عبد المنعم الصده ص 25- منصور مصطفى منصور ص 14 وما بعدها - أحمد سلامة

الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف، وتوقى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (م 11 فقرة 27/1)، بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية، كما فعل المشرع الإيطالى (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الإيطالى الجديد، ولكن سيشار إليه باعتباره مشروعا إذ لا توجد له فى مصر طبعة رسمية منذ أصبح تقنيا).

على أن الملكية إذا لم تكن حقا مطلقا فإنها حق مقصور على المالك. وهذا ما عبر عنه فى التعريف بأن المالك يتمتع بملكه "دون أى تدخل من الغير" وفى لجنة القانون المدنى تليت المادة سالفه الذكر - والتى أصبحت برقم 869 - وقام عليها اعتراض من سعادة الرئيس من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية وقال سعادته إن فى هذا التعبير تصويرا لمذهب فلسفى. فرد معالى السنهاورى باشا على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور الملكية فليس هذا الحق مطلقا لا حد له بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ويحميه القانون مادام بفعل. أما إذا خرج على هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته ويترتب على ذلك نتيجتان:

(1) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هى التى تقدم.

(2) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك فإن هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا.. وفى جلسة تالية رأَت اللجنة حذف عبارة "على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية" لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهاء".
وأن فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها⁽¹⁾.

كما جاء أيضا بالملكية، ما يأتي :

"ثانيا: لم يخلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التي نص عليها التقنين الحالي، بل نبذها إلى فكرة أخرى هي الآن الفكرة المتغلبة في التقنيات الجديدة، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تطور حق الملكية. فليس هذا الحق مطلقا لا حد له، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب من المالك أن يقوم بها، ويحميه القانون مادام يفعل. أما إذا خرج على هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته. ويترتب على ذلك نتيجتان:

(أ) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم، فما ينبغي أن تقف الملكية حبر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية. مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علوا أو عمقا، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحتها لا تسبب للمالك ضررا فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت. مثل ذلك أيضا أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة في مقابل تعويض يدفع إليه مقدما. ومثل ذلك أخيرا أنه يجب على المالك أن يراعى ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة.

(ب) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضا عادلا. وهنا نجد القيد الذي يرد على حق الملكية قد تقرر لا للمصلحة العامة بل للمصلحة الخاصة. وهذه هي النزعة الحديثة التي جاراها المشروع،

ويظهر أثرها في أمرين:

1- أن يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضررا غير مشروع، والذي يطلب هنا هو عمل سلبي، وتطبيقا لذلك يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة. وتطبيق ذلك أيضا ما أوجبه القانون على صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره.

2- يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك. وهنا ننقل من الدائرة السلبية، وهي مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين، إلى الدائرة الإيجابية وهي قيام الغير بأعمال معينة تتعارض مع حق المالك أو إجبار المالك على القيام بأعمال معينة، وقد لخص المشروع هذا المبدأ في النص الآتي: "ليس للمالك أن يمنع الغير من التدخل في انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضروريا لتوقي خطر داهم أشد كثيرا من الضرر الذي يصيبه من التدخل، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر" (م 876 من المشروع).

وتطبيقا لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف، ويعطى حق المجرى وحق المسيل كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه، ويوجب على كل مالك أن يأذن في نظير تعويض عادل لكل شخص ذى مصلحة في أن يدخل ملكه أو يمر فيه، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص، أو لاستعادة أشياء ضائعة أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ. وفي الملكية الشائعة يحمى المشروع الأغلبية من الشركاء ضد تعنت الأقلية، ويذهب في ذلك إلى حد بعيد حتى ليحيز للأغلبية أن تتصرف في المال المشاع جميعه رغم معارضة الأقلية، إذا استندت في ذلك إلى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة

بمصلحة الشركاء. وكذلك الحال إذا انهدم السفل، فإن لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على إعادة بنائه، وعلى صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظه، وفى هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر على القيام بأعمال معينة، وهذا هو أبلغ مظاهر التدخل فى حق الملكية⁽¹⁾.

وقد نص الدستور القائم الصادر سنة 1971 فى المادة 32 منه على أن: "الملكية الخاصة تتمثل فى رأس المال غير المستغل، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى وفى إطار خطة التنمية، دون انحراف أو استغلال، ولا يجوز أن تتعارض فى طرق استخدامها مع الخير العام للشعب".

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى أحكام عديدة لها أن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزوج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقاً مطلقاً، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساء تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التى ينبغى رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها.

إذ قضت بأن :

"وحيث إن الدستور - إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيدا لإسهامها فى صون الأمن الاجتماعى - كفل حمايتها لكل فرد - وطنيا كان أم أجنبيا - ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة - فى الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها، وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها، معبدا بها الطريق إلى التقدم، كافلا للتنمية أهم أدواتها، محققا من خلالها إرادة الإقدام، هاجعا إليها لتوفر ظروفها أفضل حرية الاختيار

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 10 وما بعدها.

والنقدير، مطمئنا فى كفها إلى يومه وغده، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، فلا يردده عنها معتد، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من دون الآخرين وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانقاصها من أطرافها، ولم يعد جائزا بالتالى أن ينال المشرع من عناصرها، ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصبا، وافتئاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها.

وحيث إن المقرر كذلك أن حق الملكية من الحقوق المالية التى يجوز التعامل فيها. وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها، وتتنوع استخداماتها، لتشكل نهرا يتدفق بمصادر الثروة القومية التى لا يجوز إهدارها أو التفريط فيها أو بعثرتها تبديدا لقيمتها، ولا تنظيمها بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها، وضرورة تقييدها نأيا بها عن الانتهاز، أو الإضرار بحقوق الآخرين، ذلك أن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزوج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقا مطلقا، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها.

ومن ثم ساع تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التى ينبغى رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه الدائرة وتقيد بتخومها، يفاضل المشرع بين البدائل، ويرجح على ضوء الموازنة التى يجريها، ما يراه من المصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور، مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تتحاز

إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة.

وحيث إن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تبدل فيها لا تناقض ما تقدم، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضرارا يقول تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾، وليس ذلك إلا نهيا عن البلوغ بها في الباطل، وتكليفا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثا أو إسرافا أو عدوانا أو متخذا طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار.

وكان لولى الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثارا محضا يزيد من الضرر ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش، فإذا تزامم ضرران، كان تحمل أهونهما لازما اتقاء لأعظمهما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

ينبغي - من ثم - أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر ذلك أن الملكية خلافة، وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها، وهي حدود يجب التزامها، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلها الدستور لها".

(طعن رقم 6 لسنة 9 قضائية "دستورية" جلسة 1995/3/18)

2- "وحيث إن علو بعض النصوص القانونية على بعضها، يفيد بالضرورة تدرجها فيما بينها وفق ترتيبها، فما يكون أدناها مقيدا لأعلاها، بل دائرا في إطاره. ولا كذلك النصوص التي ينتظمها الدستور. إذ تتحد جميعها في قوتها ومنزلتها ومدارجها، وتتساند كذلك فيما بينها، منشئة من مجموعها تلك الوحدة العضوية التي تضمها، وتحقق تماسكها، وتكفل انصرافها إلى الأغراض التي ربطها الدستور بها، فلا تتنافر توجهاتها، وإنما تعمل جميعها في إطار منظمة واحدة تتناغم قيمها وثوابتها، فلا يكون بعضها لبعض نكيرا.

وحيث إن النصوص التي ينتظمها الدستور، تتوخى أن تحدد لأشكال من العلاقات الاجتماعية والاقتصادية جانبا من مقوماتها، ولأنماط من التطور روافدها وملامحها، ولحقوق المواطنين وحررياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها. ولا يتصور أن تكون نصوص الدستور - وتلك غاياتها - مجرد تصور لقيم مثالية ترنو للأجيال إليها. ولا تعبيرا في الفراغ عن آمال ترجوها وتدعو إليها، بل تتمحض عن قواعد قانونية تتسم بانتقاء شخصيتها، ولا يجوز بالتالي تجريدها من آثارها، ولا إيهانها من خلال تحوير مقاصدها، بعد أن أقام الدستور من النصوص التي تضمنها، بنيانا مجتمعيا متكاملا لا تتفصل أجزاؤه عن بعضها البعض. بل إن صدارة هذه النصوص على ما سواها من القواعد القانونية، يعليها فوقها، ويقدمها عليها ويدنيها لها، وهو ما يعنى ضرورة التقيد بها وإنفاذ محتواها.

وحيث إن الدستور لا يدعو بالنصوص التي يتضمنها، لأمر يكون مندوبا، بل يقرر بها ما يكون لازما، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إرجائها، بل يتقيد بها بالضرورة فلا يتخطاها أو يميل انحرافا عنها. كذلك فإن القيد الاجتماعي، لا يعنى الإخلال بالملكية الخاصة أو نقض حرمتها بما مؤده أن تنظيم المشرع للعلاقات الإيجارية- لا يجوز أن يعطل حق من يملكون الأعيان المؤجرة في استغلالها أو استعمالها، ولا أن يحيط هذا الحق بتلك القيود التي تخرج بها الإجارة عن حقيقتها، وإلا كان ذلك تسلطا على الملكية بما يخل بخصائصها، وبالأغراض

التي توخاها الدستور من صونها، وهى بعد أغراض لا يسقطها التضامن الاجتماعى أو يجبها، بل يشد عضدها ويدعمها. تقديرا بأن هذا التضامن - فى محتواه ومقاصده - لا يعدو أن يكون سلوكا ومناهج للعمل تتخذ أشكالا من التعاون تقيمها بين المواطنين، وصورا من التراحم تكفل تقاربهم وتستنهض إيمانهم بوحدة مصالحهم، وتردهم جميعا إلى كلمة سواء يتعايشون معها، فلا يتنازعون هضما للحقوق، بل يتناصفون لإرسائها، والتقيد بالحدود التي رسمها الدستور لممارستها".

(القضية رقم 116 لسنة 18 قضائية "دستورية" جلسة 1997/8/2)

كما قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل أن لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه مراعىا فى ذلك ما تقضى به القواعد واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملا بالمادتين 802، 806 من القانون المدنى. مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الشيء الذى يملكه، وأن يختار مستأجره، وأن يطلب إخلاء المستأجر منه متى انتهت المدة المتفق عليها، وأن يستعمله فى أى وجه مشروع يراه، غير أن الشارع رأى بمناسبة إصدار المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى وما لحقه من تعديلات الخروج على هذا الأصل فقضى بامتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية وتقييد حق المالك فى طلب إنهاؤها وإخلاء المستأجر منها وذلك بالنسبة للحالات التى وردت فى القانون آنف الذكر تحقيقا للمصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية لمستأجرى هذه الأراضى مما لازمه أنه متى رغب المستأجرون فى ترك الأرض المؤجرة إليهم انتقت القيود التى وضعها الشارع بهذا القانون استثناء من الأصل المقرر لحقوق ملاك الأراضى وتحقق بالتالى الوجه المقابل المتمثل فى المصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية لهؤلاء الملاك فى استرداد أراضيهم من مستأجريها دون مقابل حماية لحقوقهم المتفرعة عن حقهم فى الملكية، ومن ثم فلا يجوز للمستأجر الذى يتخلى عن الأرض الزراعية

المؤجرة له أن يسلب مالها حق ملكية جزء منها لقاء هذا التخلي أو يقاسمه فى ذلك الحق أو أن يتقاضى بأية صفة مقابلا لتخليه عن الأرض سواء أكان المقابل نقدا أم عينا وكل اتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا بطلانا يقوم على اعتبارات متصلة بالنظام العام".

(طعن رقم 3763 لسنة 56 ق جلسة 1989/5/25)

2- "لئن كان مفاد المادة 802 من القانون المدنى أن لمالك الشئ حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. إلا أنه لما كان مؤدى المادتين 806، 823 من القانون المدنى وعلى ما أفصح عنه المشرع- فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - أن الملكية ليست حقا لأحد بل هى وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ويحميه القانون مادام يعمل فى الحدود المرسومة لحمايته، ويترتب على ذلك أنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هى التى تقدم".

(طعن رقم 2336 لسنة 56 ق جلسة 1994/1/26)

10- آثار الوظيفة الاجتماعية للملكية :

من مقتضى الوظيفة الاجتماعية للملكية ترتب النتائج الآتية :

1- أنه إذا لم يستعمل المالك ملكه مدة معينة بحيث يترتب على ذلك تعطيل استغلال جزء من الثروة القومية أمكن إسقاط الملكية عنه. أو على الأقل إبطال استغلالها إلى شخص آخر أو هيئة أخرى، إذ أن مثل هذا المالك لن يكون جديرا بالتمتع بحق له دور يؤديه. ولعل المشرع المصرى قد بدأ يسير فى هذا الطريق إذ قرر إلغاء "التوزيع" بالنسبة للمالك الذى لا يبذل العناية الواجبة فى استغلال أرضه بمقتضى المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) بشأن الإصلاح الزراعى على النحو الذى أورده سلفا.

2- أن المشرع يستطيع أن يفرض على المالك التنظيم الذى يراه متفقاً مع الخطة، والذى يراه كفيلا بتحقيق مصلحة الجماعة، كأن يفرض على المالك صورة

معينة من صور استغلال ملكيته، كما فعل بالنسبة للتجميع الزراعى.

3- أن المشرع يستطيع أن يعيد توزيع الثروات وأن ينزع ملكية ما يراه متجاوزا للحد المعقول، وذلك لتحويل أكبر عدد ممكن إلى ملاك بغية تحسين حالتهم الاجتماعية والاقتصادية.

4- تعطيل إحدى السلطات التى يخولها حق الملكية مدة معينة، أو تقرير قيد دائم عليها، أو تحميل المالك بأداء يقوم به فى مواجهة فرد، كما فعل المشرع المصرى بالنسبة للتسويق التعاونى وإلزام أصحاب الحيازة بأن يقدموا للدولة قدرا معيناً من ناتج ملكيتهم. كل ذلك مع إبقاء الملتزم مالكا وليس حائزا، مالكا للأرض وللمحصول على حد سواء، وليس فى هذا أدنى غرابة فى مفهوم النظرة الحديثة للملكية⁽¹⁾. وأبرز مثال لذلك ما نص عليه المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) من وضع حد أقصى لملكية الأراضى الزراعية.

11- معنى آخر للإطلاق الذى يوصف به حق الملكية :

ثمة معنى آخر للإطلاق الذى يوصف به حق الملكية يذكره كثير من الفقهاء، وهو أن هذا الحق يحتج به فى مواجهة كافة. والإطلاق بهذا المعنى ليس إلا تعبيراً آخر عن خاصتى التتبع والتقدم اللتين تثبتان لجميع الحقوق العينية، فهو إذا لا يعتبر خاصة مميزة لحق الملكية، وإنما هو خاصة للحقوق العينية جميعها تميزها من الحقوق الشخصية⁽²⁾.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

1- "وحيث إن من المقرر قانوناً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حق الملكية وباعتباره منصرفاً محلاً إلى الحقوق العينية والشخصية جميعها،

(1) أحمد سلامة ص 83 وما بعدها- الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى دار الاتحاد العربى للطباعة ص 254.

(2) عبد المنعم الصده ص 25.

وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية- نافذ في مواجهة الكافة ليختص صاحبها دون غيره بالأموال التي يملكها وتهيئة الانتفاع المفيد بها، لتعود إليها ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها، وكان صون حرمتها مؤداه ألا تزول الملكية عن ذويها بانقطاعهم عن استعمالها، ولا أن يجردها المشرع من لوازمها، أو يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها، ولا أن ينال من أصلها أو يعدل من طبيعتها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنتفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، ولا أن يتذرع بتنظيمها إلى حد هدم الشيء محلها. ذلك أن إسقاط الملكية عن أصحابها - سواء بطريق مباشر أو غير مباشر- عدوان عليها يناقض ما هو مقرر قانونا من أن الملكية لا تزول عن الأموال محلها، إلا إذا كسبها أغيار وفقا للقانون".

(القضية رقم 3 لسنة 18 ق "دستورية" جلسة 1997/1/4)

2- "وحيث إن من المقرر قانونا- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن حق الملكية- وباعتباره منصرفا محلا إلى الحقوق العينية والشخصية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية- نافذ في مواجهة الكافة ليختص صاحبها دون غيره بالأموال التي يملكها وتهيئة الانتفاع المفيد بها، لتعود إليها ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها، وكان صون حرمتها مؤداه ألا تزول الملكية عن ذويها بانقطاعهم عن استعمالها، وألا يجردها المشرع من لوازمها، أو يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها، أو ينال من أصلها أو يعدل من طبيعتها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنتفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وكان لا يجوز كذلك أن يتذرع المشرع بتنظيمها لتقويض محلها، فإن إسقاط الملكية عن أصحابها أو سلب غلتها- سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر- يعتبر عدوانا عليها يناقض ما هو مقرر قانونا من أن الملكية لا تزول عن الأموال محلها، إلا إذا كسبها أغيار وفقا للقانون".

(القضية رقم 116 لسنة 18 ق جلسة 1997/8/2)

عناصر حق الملكية

12- المقصود بعناصر حق الملكية :

يراد بعناصر حق الملكية السلطات أو المكنات التى يستطيع المالك أن يباشرها على الشئ الذى يملكه. وقد رأينا أن الملكية حق جامع، بمعنى أنه يخول صاحبه حق الحصول على جميع المزايا التى يمكن استخلاصها من الشئ. فللمالك أن يباشر جميع السلطات الممكنة على الشئ. ويمكن أن ترد هذه السلطات أو المكنات إلى ثلاث، وهى: الاستعمال والاستغلال والتصرف. وقد جاء تعريف حق الملكية فى نص المادة 802 مدنى معددا لهذه العناصر، حيث يقول: "مالك الشئ وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه". فللمالك أن يفعل كل ما لم يحرمه القانون عليه، إذ الحرية هى القاعدة، وإذا كان هناك ثمة قيد على هذه الحرية فلا يكون ذلك إلا بمقتضى نص أو اتفاق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمالك الحقيقى أن يطلب طرد المشتري من ملكه، لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته كما أن له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشتري عن المدة التى وضع يده فيها عليه".

(طعن رقم 2031 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/31)

13- تعريف الاستعمال والاستغلال والتصرف :

(1) الاستعمال (L' usage) :

يقصد بالاستعمال سلطة المالك فى استخدام ملكه فيما يصلح له من وجوه الاستخدام، أى فيما يمكن أن يؤديه من منفعة لمصلحته أو لمصلحة أسرته، دون المساس بجوهره فالسيارة تستعمل بركوبها والكتاب بقراءته والمذياع بسماعه. والاستعمال لا يكون بالحصول على ثمار الشئ، فالحصول على تلك الثمار يدخلنا فى سلطة الاستغلال. فسكنى المنزل استعمال له، أما تأجيرهُ فهو استغلال له.

ولكن قد يختلط الاستعمال بالاستغلال فى حالات معينة منها مثلا، حالة استغلال الأرض الزراعية حيث يصعب استعمال الأرض بدون الحصول على ثمارها وقد تختلط سلطة الاستعمال بسلطة التصرف وذلك بالنسبة للأشياء التى لا تقبل الاستعمال المتكرر، وحيث يتضمن استعمالها لأول مرة استهلاكها أو التصرف فيها، كالنفود والمأكولات. وقد يوصف استهلاك الشيء على هذا النحو بأنه تصرف مادى فيه.

ويطلق عادة لفظ "التصرف" على كل من التصرف المادى والتصرف القانونى. غير أن البعض يفضل قصر التصرف على التصرف القانونى الناقل للملكية⁽¹⁾. وإذا كان محل الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ "حق السكنى" واقتصر على تحويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى كأن يفتح فيها متجرا، ودون استغلالها من باب أولى بالتأجير مثلا إلى الغير⁽²⁾.

وسنتناول حق السكنى تفصيلا فى موضعه.

وللمالك حق استعمال الشيء حتى فى الأوجه التى لم يألف الناس استعماله فيها. وهو كما أسلفا حر فى أن يستعمل ملكه أو لا يستعمله، ولا يترتب على عدم استعماله له سقوط حقه عليه. ومع ذلك فإن استعمال الملكية ليس مطلقا بل ترد عليه طائفة من القيود نعرض لها فى موضعها.

ويدخل فى إطار الاستعمال القيام بأعمال الحفظ والصيانة التى يقوم بها المالك فى ملكه، مثل ترميم المنزل وتسوير الأرض وإصلاح السيارة. ولهذا فإن القانون يلزم المؤجر وهو غالبا المالك بالقيام بالأعمال الترميمية.

(1) السنهورى ص 616 - الدكتور حسام كامل الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أحكام حق الملكية 1999/1998 ص 6- الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية (2001 ص 33 وما بعدها).

(2) الدكتور رمضان السعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية فى القانون 1996/1995 ص 201.

وقد لا يستعمل المالك الشئ بنفسه، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعا دون مقابل، كما إذا دعا الغير للصيد والقتل فى أرضه، أو استضاف الغير مدة من الزمن، أو أنشأ ملجأ أو مصحة أو مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال شئ من ذلك.

(2) الاستغلال (Lajuisse):

يقصد بالاستغلال القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشئ أى للحصول على ثماره (fruits).

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 978 مدنى).

(3) التصرف (Ladisposition):

لمالك الشئ الحق فى التصرف فيه. وللتصرف فى خصوص سلطة المالك على الشئ الذى يملكه مدلول أوسع من معناه الفنى الدقيق. فالتصرف بمعناه الفنى هو نقل ملكية الشئ أو إنشاء حق عينى آخر عليه. ولكن التصرف فيما يتعلق بسلطة المالك على الشئ يتجاوز ذلك ليشمل نوعين من الأعمال.. الأول، العمل المادى وهو الذى ينال من مادة الشئ باستهلاكه أو إعدامه أو التغيير فيه، وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك، وبالتالي فهى تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية. والثانى، العمل القانونى وهو ينصرف إلى التصرف القانونى فى الحق، سواء كان هذا التصرف سيؤدى إلى زوال حقه كليا، كأن يبيع الشئ أو يهبه أو إلى الانتقاص - ولو مؤقتا - من السلطات التى له على الشئ كأن يرتب عليه حق انتفاع للغير أو يرهنه⁽¹⁾.

وقد جرى الفقه التقليدى على اعتبار أن سلطة التصرف بنوعيه، المادى والقانونى، مميزة لحق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، وقد كان هذا محل

(1) منصور مصطفى منصور ص 30 - الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية

نقد من بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن سلطة التصرف المادى وحدها هي التي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، أما التصرف القانونى فهو لا يرد على الشئ ذاته، وإنما يرد على الحق المقرر عليه. فهو ليس من العناصر المكونة لحق معين وإنما هو رخصة لصاحب أى حق فى أن ينقل حقه، أو بعض ما يخوله له حقه من سلطات إلى الغير⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن سلطة المالك فى هذا الشأن أوسع مدى مما لغيره من أصحاب الحقوق الأخرى، إذ هي سلطة كاملة تشمل الرقبة والمنفعة معا. ولذلك يمكن أن تلتبس من ذلك مبررا لما جرى عليه الفقه من القول بأن سلطة التصرف بنوعيه، تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، فسلطته فى التصرف القانونى أوسع مدى، فضلا عن أن له وحده سلطة التصرف المادى⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن مقتضى حق الملكية أن يكون لمالك العقار وحده السلطة التامة فى تقدير صيانته أو هدمه ولا يجوز الانتقاص من سلطة المالك إلا لسبب مشروع وغاية مشروعة".

(طعن رقم 1193 لسنة 69 ق جلسة 2001/4/30)



(1) محمد على عرفه ص 204.

(2) منصور مصطفى منصور ص 30 - نبيل سعد ص 31 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 36 وما بعدها.

مادة (803)

- 1- مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.
- 2- وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها، علواً أو عمقا.
- 3- ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها.

الشرح

14- ملكية كل ما يعد من العناصر الجوهرية للشئ :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير. سواء كان عقارا أو منقولاً فإذا تعين الشئ محل الملكية، فإنه يكاد أن يكون بديها أن ينصب حق الملكية على أصل الشئ، ويدخل فى هذا الأصل كل ما يعد من عناصر الشئ الجوهرية، إذا ترتب على فصله هلاك الشئ أو تلفه أو تغيره. وعلى ذلك فمالك البناء مثلاً يملك جميع الأجزاء المكونة له من أسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك، إلى غير ذلك مما هو مندمج فى البناء بحيث لا يمكن فصله عنه دون المساس بكيانه أو التغيير فيه⁽¹⁾. ومالك السيارة يملك جميع أجزائها، والآلة تشمل كل الأجزاء اللازمة لتشغيلها بالصورة المعتادة فى الغرض الذى صنعت من أجله، وطاقم الشئ يشمل جميع الأوانى اللازمة لاستخدامه، فيشمل الفناجين والبراد وآنية الماء الساخن والسكر والحليب، واجتماعها هو الذى يجعله "طاقما"⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 32 - منصور مصطفى منصور ص 33.

(2) جميل الشرقاوى ص 28 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فالشئ المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا فى الكل، بحيث لو فصل منه لهلك الشئ أو تلف أو تغير... إلخ" (1).

ولا يثير تعيين الحدود المادية للشئ أية صعوبة إذا كان الشئ منقولاً، لأن المنقول بحكم إمكان نقله دون تلف، يكون شيئاً منفصلاً عن غيره من الأشياء، من ناحية، ولأن حق الملكية بوصفه حقاً عينياً لا يرد إلا على شئ معين بالذات، ومن ثم متميز عن غيره، من ناحية أخرى.

أما إذا كان أرضاً، فتقوم أحيانا صعوبات فى تحديده، نظراً لتجاور الملكيات وعدم انعزال بعضها عن بعض على النحو الذى نراه فى المنقولات، ولذا أجازت المادة 813 مدنى لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما كما سنرى فى موضعه (2).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "المحل التجارى وعلى ما يقضى به القانون رقم 11 لسنة 1940 يعتبر منقولاً معنوياً منفصلاً عن الأموال المستخدمة فى التجارة ويشمل مجموعة العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية من اتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجارى وحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفردات المكونة لها فهو فكرة معنوية كالذمة تضم أموالاً عدة ولكنها هى ذاتها ليست هذه الأموال وترتبط على ذلك لا يكون التصرف فى مفردات المحل التجارى تصرفاً فى المحل ذاته ولا يعتبر العقار بطبيعته أى البناء الذى يستغل

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 17.

(2) الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 42 وما بعدها.

فيه المتجر عنصرا فيه ولو كان مملوكا للمالك نفسه وهو بهذا الوصف يصح أن يكون محلا لملكية مستقلة عن العقار القائم به".

(طعن رقم 495 لسنة 46 ق جلسة 1975/11/19)

2- "بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة 1/976 من التقنين المدنى التى تنص على أن من حاز منقولا بسبب صحيح وتوافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح ملكا له".

(طعن رقم 1424 لسنة 47 ق جلسة 1979/2/25)

3- "الأصل أن لمالك الشئ وحده فى حدود القانون استعمال حقه واستغلاله والتصرف فيه مراعىا فى ذلك ما تقضى به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملا بالمادتين 802، 806 من القانون المدنى مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الشئ الذى يملكه، وأن يختار مستأجره، وأن يطلب إخلاء المستأجر منه متى انتهت المدة المتفق عليها، وأن يستعمله فى أى وجه مشروع يراه، غير أن الشارع رأى بمناسبة إصدار المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 الخاص بالإصلاح الزراعى وما لحقه من تعديلات، الخروج على هذا الأصل ففضى بامتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية وتقييد حق المالك فى طلب إنهاؤها وإخلاء المستأجر منها وذلك بالنسبة للحالات التى وردت فى القانون آنف الذكر تحقيقا للمصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية لمستأجرى هذه الأراضى، مما لازمه أنه متى رغب المستأجرون فى ترك الأرض المؤجرة إليهم انتفت القيود التى وضعها الشارع فى هذا القانون استثناء من الأصل المقرر لحقوق ملاك الأراضى، وتحقق بالتالى الوجه المقابل المتمثل فى المصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية لهؤلاء الملاك فى استرداد أراضيه من مستأجرىها دون مقابل حماية لحقوقهم المتفرعة عن حقهم فى الملكية، ومن ثم لا يجوز للمستأجر الذى يتخلى عن الأرض الزراعية المؤجرة له أن يسلب مالها حق ملكية جزء منها لقاء هذا

التخلى أو يقاسمه فى ذلك الحق أو أن يتقاضى بأية صورة مقابلا لتخليه عن الأرض سواء كان المقابل نقدا أم عينا، وكل اتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا بطلانا يقوم على اعتبارات متصلة بالنظام العام".

(طعن رقم 494 لسنة 55 ق جلسة 1991/3/14)

4- "النص فى المادة 802 من القانون المدنى على أن "مالك الشئ وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وفى المادة 805 منه على أنه: "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون...." مفاده أنه لا يجوز حرمان مالك الشئ من حق استعمال واستغلال والتصرف فى ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون".

(طعن رقم 4338 لسنة 61 ق جلسة 1997/7/12)

15- شمول ملكية الأرض للعلو والعمق :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها، علواً أو عمقا".
فملكية الأرض لا تقتصر على سطحها، بل تشمل كذلك ما فوقها وما تحتها، وبغير ذلك لا يمكن للمالك أن يفيد على نحو جدى بالأرض التى يمتلكها.
ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن نصا يقرر هذه القاعدة. ومع ذلك كان الفقه والقضاء يسلمان بها، ويجمعان عليها.

وقد أكدت المعنى السابق المادة 1/922 مدنى بنصها على أن: "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض، أقامه على نفقته. ويكون مملوكا له". وهذه المادة تكون قد أقامت قرينة قانونية مؤداها أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وعلى نفقته ويكون مملوكا له.

على أن هذه القرينة بسيطة، يجوز نقضها بالدليل العكسى. فيجوز أن يقام الدليل على أن أجنيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خول

أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 922 على أن: "يجوز مع ذلك أن يقيم الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقيم الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها"⁽¹⁾.

والفقرة الثالثة من المادة 803- كما سنرى- تنص على أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها. أى أنها أجازت فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها، بمقتضى القانون أو الاتفاق.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق..... إلخ"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن كل من تملك أرضا صار مالكا لكل ما فوقها وما تحتها إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن ذلك".

(طعن رقم 9 لسنة 10 ق جلسة 1940/5/23)

2- "ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

(طعن رقم 96 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/3)

3- "يبين من نص المادة 922 من القانون المدني أن المشرع وضع بالفقرة

(1) السنهاورى ص 713 - محمود جمال الدين زكى ص 43.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 18.

الأولى منه قرينة تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذى أنشأه على نفقته فيكون مملوكا له، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض فإذا نجح فى إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالتصاق مقابل أن يعرض صاحبها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يملك الأجنبي المنشآت المقامة من قبل بأى تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة منشآت وتملكها، وفى الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق".

(طعن رقم 296 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/11)

4- "يبين من نص المادة 922 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذى أنشأه على نفقته فيكون مملوكا له، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة منشآت وتملكها وفى هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق".

(طعن رقم 199 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/17)

5- أقام المشرع فى الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدنى قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكا له، وأجاز فى فقرتها الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل

على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته أو أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله إقامة المنشآت وتملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشآت هو عقد البيع فإن ملكيتها لا تنتقل إلى المشتري البانى بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن يكون للمشتري حيازته والانتفاع به. إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه على الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشتري ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، ويصبح كل ما للمشتري الأول البانى الذى لم يشهر عقده - إذا لم يختار نزع المنشآت بوصفه بانياً حسن النية - هو أن يطالب المشتري الثانى بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء... إلخ".

(طعن رقم 80 لسنة 45 ق جلسة 1979/1/24)

6- "مفاد نص المادة 922 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى قرينة لصالح مالك الأرض هي أنه مالك لما فوقها وما تحتها وإجازته فى الفقرة الثانية للأجنبى أن يثبت عكس القرينة فإن أثبت أنه أقام المنشآت من ماله، ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك المالك هذه المنشآت بالالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقاً للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص وإن أثبت أنه خول من المالك فى إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدى عندئذ بقواعد الالتصاق..... إلخ".

(طعن رقم 314 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/13)

7- "مؤدى المادتين 922، 926 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

الاتصاق أما إذا أقام شخص منشآت على أرض غير مملوكة له بترخيص من مالكيها دون أن يتفق في هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يمتلكها بالاتصاق ولا يكون لمن أقامها - ما لم يطلب نزاعها سوى أن يرجع على مالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما في المادة 925 من القانون المدني... إلخ".

(طعن رقم 1265 لسنة 47 ق جلسة 1982/2/18)

8- (أ) - الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام عليها من مبان بحكم الاتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع في هذا الخصوص".

(ب) - "لمالك الأرض الحق في مطالبة من أقام بناء على أرضه بالربيع طالما أن هذا الأخير ينتفع بالمبنى، لا يغير من ذلك حق من أقام البناء في التعويض التي يقرره القانون".

(طعن رقم 803 لسنة 49 ق جلسة 1983/2/16)

9- "إذا كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، ما لم يثبت غير ذلك، ولمالك الشيء - عملاً بالمادة 804 من القانون المدني - الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك.... إلخ".

(طعن رقم 1582 لسنة 52 ق جلسة 1983/3/2)

10- "النص في الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدني على أن "كل ما على الأراضي وتحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له"، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل على ملكيته للمنشآت، وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام تقرره المادة 2/803 من القانون المدني، فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد

المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 922 سالفه الذكر على أنه "يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التي يقيمها على الأرض، وفي هذه الحالة لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة 3/803 من القانون المدني.... إلخ".

(طعن رقم 635، 640 لسنة 54 ق جلسة 1984/12/27)

11- "النص في المادة 922 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 مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 2377 لسنة 51 ق جلسة 1991/2/28)

16- ملكية العلو :

ملكية الأرض تشمل ملكية ما فوقها أي العلو. فمالك الأرض يملك الفضاء الجوي الذي يعلوها. ومن ثم يحق له أن يستخدم هذا الفضاء في إقامة بناء وغرس نباتات تعلو سطح الأرض أو يمد عليها أسلاكاً. وفي الوقت ذاته يكون لمالك الأرض أن يمنع غيره من استخدام الفضاء الذي يعلو أرضه، فلا يجوز لشخص أن يقيم على أرضه بناء يميل على أرض جاره، أو أن يغرس أشجاراً تمتد

فروعها فوق أرض جاره، كذلك لا يجوز لشخص أن يمد أسلاكاً فوق أرض جاره.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وتكون طبقة الهواء وهى فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذى يمكن به تملك الهواء، وكذلك حق التعلو وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض" (1).

ويكون لمالك الأرض أن يمنع الاعتداء السابق عليها حتى ولو لم يترتب على هذا الاعتداء أى ضرر، فإذا امتدت أغصان الشجر المغروس فى أرض الجار واحتلت حيزاً من العلو الذى يجاوره، كان لمالك حق العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الغصون إلى علوه، وليس لهذا الأخير الامتناع عن قطعها بالادعاء بأن امتدادها لم يحدث ضرراً به، وكذلك إذا اصطاد المالك وهو فى أرضه طيراً فى أرض جاره كان فى هذا اعتداء على علو هذا الأخير (2).

وقد قيد النص حق المالك فى العلو بالحد المفيد فى التمتع به. وعلى ذلك فإن المالك لا يملك من الفضاء الذى يعلو الأرض إلا ما يستطيع أن يستخدمه وليس فى خارج هذا النطاق، أى العلو الذى لا يتصور عنده استفادة المالك من ملكه على النحو المعتاد، أن يمنع الغير من استخدام العلو. فلا يجوز لمالك الأرض أن يمنع الغير من التحليق بالطائرات فوق أرضه مادام أن هذا التحليق يتم على ارتفاع كاف من الأرض أو المبانى المقامة عليها بحيث لا يسبب له ضرراً. ولا يجوز أيضاً لمالك الأرض أن يعارض فى مد أسلاك كهربائية مادام يتم على علو لا يمس بسلطته فى استعمال أرضه (3).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 17.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 44 وما بعدها.

(1) الدكتور محمد على عمران ص 256- جميل الشرفاوى ص 29- ويلاحظ أنه فيما يتعلق بملكية الفضاء الذى يعلو الأرض اقترح البعض تقسيم هذا الفضاء إلى مناطق ثلاث:

وكانت الفقرة الثانية من المادة 1163 من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة 2/803 مدنى تنص على أن: "ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذى يصلح للاستعمال، علواً أو عمقا، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه".

وقد أجرت لجنة المراجعة فيها تعديلا لفظيا فأصبح نصها "وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقا بحيث لا يكون للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل فى العلو أو فى العمق على مسافة لا تتبين معها أية مصلحة له فى منعه". إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة وهى "بحيث لا يكون للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل فى العلو أو فى العمق على مسافة لا تتبين معها أية مصلحة له فى منعه" وذلك لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له وهو مفهوم من صدر الفقرة وقد وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة⁽¹⁾.

وهذا التحديد يجعل للسلطة العامة الحق فى وضع قيود على استعمال العلو، فهى التى تسمح بالاستعمال ولها كل الحق فى أن توضح حدوده دون أن يسوغ لمالك الأرض أن يدعى أن ذلك نزعا لملكيته ويطالب من ثم بالتعويض⁽²⁾.

فالمناطق القريبة من الأرض تعتبر مملوكة ملكية خاصة لأصحاب الأراضى والمناطق الثانية منطقة مملوكة للدولة وتخضع لسيادتها والمناطق الثالثة منطقة حرة لا تخضع لملكية الفرد أو سيادة الدولة.

وهذا التقسيم كما هو ظاهر مستعار من القواعد الدولية التى تنظم البحار ولكنه صعب التطبيق، إذ من المتعذر تحديد نطاق كل منطقة من هذه المناطق الثلاث، ثم إن القول بوجود منطقة هوائية حرة فوق إقليم الدولة أمر لا يمكن أن تسلم به الدول (عبد المنعم البدرأوى فى حق الملكية ص 30 وما بعدها).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 17 وما بعدها.

(1) أحمد سلامة ص 92.

وبالترتيب على ذلك :

نصت المادة الأولى من القانون رقم 93 لسنة 1939 الخاص بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمايتها على أن: "كل مالك لعقار أو واطع اليد عليه ملزم بأن يتحمل فوق العقار إذا كان مبنيا، وفوقه أو تحته إذا كان أرضا، مرور الأسلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو التليفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية، سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة أو لإحدى السلطات العامة أو لصاحب التزام باستغلال مرفق عام مرخص له بذلك قانونا وهو كذلك ملزم بأن يقبل تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضع هذه الأسلاك أو لصيانتها. وإذا كان بالأرض بناء، فلا يجوز وضع الأسلاك إلا فى خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح و بكيفية يمكن معها الوصول إليها من الخارج أو بطريق السلم دون اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكنى، وبطريقة لا تعرض سلامة الغير للخطر".

2- تنص المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 2003 بإصدار قانون تنظيم الاتصالات على أنه: "لا يجوز لمالك العقار أو حائزه أو لكل ذى شأن فيه الاعتراض - دون مبرر مشروع- على إقامة التركيبات والتوصيلات اللازمة لإدخال خدمات الاتصالات لشاغلى العقار، ويسرى ذلك على جميع الأعمال اللازمة للصيانة أو تشغيل هذه التركيبات والتوصيلات مع مراعاة الالتزام بقواعد السلامة الإنشائية والصحية والبيئية - استقبال الرموز والمقصود بخدمة الاتصالات، توفير أو تشغيل الاتصالات أيا كانت الوسيلة المستعملة (م4/1). والمقصود بالاتصالات، أية وسيلة لإرسال أو استقبال الرموز، أو الإشارات، أو الرسائل، أو الكتابات أو الصور، أو الأصوات، وذلك أيا كانت طبيعتها، وسواء كان الاتصال سلكيا أو لاسلكيا (م3/1).

3- أنه لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات فى أثناء طيرانها فوق

أرضه، فهى تحلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضررا، ولا يعتبر ضررا كافيا لمنع تحليقها ما تحدثه الطائرات من صوت حال طيرانها، وتنص المادة الرابعة من القانون رقم 28 لسنة 1981 بإصدار قانون الطيران المدنى على أن: "للدولة السيادة الكاملة والمطلقة على الفضاء الجوى داخل إقليمها". وتنص المادة 22 على أن تنشأ حقوق ارتفاق خاصة تسمى حقوق ارتفاق جوية لتأمين سلامة الملاحة الجوية وحسن عمل أجهزتها، وتشمل هذه الحقوق على الأخص ما يأتى :

1- إزالة أو منع إقامة أية مبان أو إنشاءات أو أغراس أو أسلاك أو أية عتبة مهما كان نوعها أو تحديد ارتفاعها، وذلك فى المناطق المجاورة للمطارات ومنشآت الأجهزة الملاحية.

2- وضع علامات للإرشاد عن العوائق التى تشكل خطرا على سلامة الملاحة الجوية، وتنص المادة 23 على أن: "يحدد وزير الطيران المدنى نطاق ومدى حقوق الارتفاق الجوية والمناطق التى تقرر بما يكفل تأمين سلامة الملاحة الجوية وحماية الأشخاص والممتلكات، وذلك كله طبقا للقواعد والأنظمة الدولية المقررة فى هذا الشأن".

17- ملكية العمق :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (803) تنص على أن ملكية الأرض تشمل ما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها عمقا. و ملكية العمق ضرورية لانتفاع المالك بأرضه كملكية العلو، وتتيح للمالك أن يحفر فى أرضه ليضع أساس أبنية أو يغرس أشجارا فيها، وأن تمتد جذور تلك الأشجار إلى العمق الذى يتطلبه نموها بل وليقيم ما يريد من سراديب تحت الأرض. وللمالك أن يمنع الاعتداء على باطن أرضه، فإذا امتدت جذور الأشجار المغروسة فى أرض الجار إلى أرضه، جاز له

أن يطلب قطعها على حدود أرضه. ويرى البعض أن المادة 1/882 - التى تقضى بأن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته - تعتبر نتيجة لملكية العمق.

وكما أن ملكية العلو محددة بالقدر المفيد للتمتع بالأرض، فملكية العمق كذلك محددة بالقدر اللازم للإفادة منها. وفيما جاوز هذا النطاق الذى يستطيع مالك الأرض أن يفيد منه يجوز للغير أن يستخدم العمق، كأن يمد الأنابيب والأسلاك تحتها، ولا يجوز لمالك الأرض أن يعترض على ذلك مادام أنه لا يعوق استعماله لحقه أو يلحق بملكه ضرراً⁽¹⁾.

وكان مؤدى شمول ملكية الأرض للعمق الذى تحتها أن ترد الملكية على المناجم أو المحاجر، أو آبار البترول، أو المياه المعدنية، التى تكون فى باطنها. ولكن الشارع عطل هذه النتيجة بالقانون رقم 86 لسنة 1956 الخاص بالمناجم والمحاجر، وجعل المواد المعدنية بالمناجم وخدمات المحاجر ملكاً للدولة، ونزع بهذا عن أصحاب الأراضى التى توجد فى باطنها هذه المواد، ملكيتهم لها. وهذا ما نعرض له تفصيلاً فيما يلى.

(1) عبد المنعم الصده ص33 وما بعدها - محمود جمال الذين زكى ص46.

18- انفصال ملكية سطح الأرض عما فوقها وتحتها بموجب القانون

أو الاتفاق :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد أشار المشرع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق. ومثل التشريعات الخاصة قانون للمناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض. ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام، وما حق القرار وحق التعللى إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح... الخ" (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن كل من تملك أرضا صار مالكا لكل ما فوقها وما تحتها إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن ذلك".

(طعن رقم 9 لسنة 10 ق جلسة 1940/5/23)

2- "ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

(طعن رقم 96 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/3)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 18.

- 3- "النص في الفقرة الثانية من المادة 803 من القانون المدني على 1-
 2- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها
 علواً أو عمقاً بما مفاده أن ملكية الأرض وإن كانت تشمل الأرض علواً أو عمقاً
 إلا أنه يوجد حد لملكيتها فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة
 من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه وإلا كان المنع تعسفاً
 في استعمال حق الملكية".

(طعن رقم 3487 لسنة 65 ق جلسة 1996/5/15)



استثناء : ملكية الدولة للمواد المعدنية

والخامات فى المناجم والمحاجر

19- حكمة الاستثناء :

كان مؤدى شمول ملكية الأرض للعمق الذى تحتها، أن ترد الملكية على المناجم أو المحاجر أو آبار البترول أو المياه المعدنية، التى تكون فى باطنها. وهذا هو ما كان سائدا قبل صدور القانون رقم 136 لسنة 1948 الذى حل محله القانون رقم 66 لسنة 1953 ثم القانون رقم 86 لسنة 1956 ثم القرار بقانون رقم 198 لسنة 2014 الحالى⁽¹⁾، حيث جعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر ملكا للدولة ونزع بهذا عن أصحاب الأراضى التى توجد فى باطنها هذه المواد ملكيتهم لها، ويرجع ذلك إلى مالها من أهمية للاقتصاد القومى تقتضى أن تكون ملكية عامة، لتكون فائدتها للجماعة بأسرها خصوصا وأن تقدير ثمن

(1) ألغى القانون 86 لسنة 1956 القانون رقم 66 لسنة 1953 وحل محله، فيما عدا مواد الوقود فقد فصلت عن المواد الخاصة بالمناجم والمحاجر وبقيت أحكام القانون الأخير سارية بالنسبة إلى مواد الوقود وحدها، واستثنيت الأملاح التبخرية من تطبيق أحكام القانون رقم 86 لسنة 1956، إذ أن هذه الأملاح لا تعتبر من مواد الثروة المعدنية لدخول عنصر الصناعة فيها، وهذا ما تضمنه فعلا القانون رقم 456 لسنة 1954 (راجع السهورى ص 722). والقانون السارى الآن هو القرار بقانون رقم 198 لسنة 2014، بإصدار قانون الثروة المعدنية (الجريدة الرسمية العدد 49 مكر (أ) فى 9 ديسمبر سنة 2014. وقد نصت المادة الأولى من قانون إصدار القانون على أن يعمل بأحكام القانون فى شأن الثروة المعدنية وخامات المناجم والمحاجر والملاحات، وتسرى على المواد النووية والنظائر المشعة التشريعات المنظمة لها دون غيرها.

الأرض عند كسب ملكيتها من الأفراد لا يقوم على اعتبار ما يحتمل وجوده فيها من معادن أو خامات المحاجر. كما أن ملكية الدولة لهذه المواد تتيح لها الهيمنة على الكشف عنها واستخدامها في إطار خطة موحدة⁽¹⁾، فضلا عن أن استغلال المناجم والمحاجر ليس من الأمور الهينة، ولا يستطيعه مالك الأرض منعزلا، بل لا يستطيعه ملاك الأراضي المتلاحقة إذا نقصتهم رعوس الأموال الضخمة التي يقتضيها هذا الاستغلال⁽²⁾. والخبرة الفنية العالية التي لا تتوافر عادة إلا لدى الشركات المتخصصة.

لذلك اعتبرت المواد المعدنية بالمناجم وخدمات المحاجر ملكا للدولة، ونزعت بالتالي ملكيتها عن أصحاب الأراضي التي توجد في باطنها⁽³⁾ تلك المواد.

20- ملكية الدولة للمواد المعدنية بالمناجم وخامات المناجم والمحاجر لا تشمل الأرض ذاتها :

تنص المادة الثانية من القرار بقانون رقم 198 لسنة 2014 بإصدار قانون الثروة المعدنية على أن: «خامات المناجم والمحاجر والملاحات الواقعة في الأراضي المصرية وما يوجد منها في المياه الإقليمية ومياه المنطقة الاقتصادية الخالصة ملك للشعب، وتلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها». وعلى ذلك تمتلك الدولة المواد المعدنية التي توجد بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية ومياه المنطقة الاقتصادية الخالصة، وكذلك خامات المحاجر عدا ما استثنى منها ولو كانت واقعة في ملك الغير.

(1) جميل الشرقاوى ص 30- منصور مصطفى منصور ص 36.

(2) السنهورى ص 723.

(3) السنهورى ص 723 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 47.

غير أن ملكية الدولة تقتصر على المواد المعدنية الموجودة بالمناجم، أما المناجم ذاتها، وهى باطن الأرض الذى توجد فيه هذه المواد، فيظل مملوكا لصاحب الأرض بحسب الأصل فى ملكية العمق، وله أن يستعمله أو أن يستغله فى أغراض أخرى غير استخراج المواد المعدنية، ونفس الشيء بالنسبة للمحاجر⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذ نصت المادة الثالثة من القانون رقم 86 لسنة 1956 الخاص بالمناجم والمحاجر على أن: "يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم والأراضى المصرية والمياه الإقليمية....." فقد دلت على أن ما يعتبر ملكا للدولة هو تلك المواد المعدنية دون الأماكن التى تستخرج منها، والتى تظل مملوكة لصاحب السطح فى الحدود المقررة قانونا، وله حق استعمالها والإفادة منها فى غير الأوجه المتعلقة باستخراج أو استغلال ما يوجد بها من مواد معدنية، وبما لا يتعارض مع ما يكون مخولا للغير من حق البحث أو الكشف بها عن تلك المواد أو من امتياز استغلالها، وعلى ألا يؤدى عمل المرخص له إلى الإضرار بالسطح، فإذا نجم عن عمله أى ضرر بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم المرخص له بتعويضه عنها. وإذا كان الاتفاق موضوع النزاع قد انصب على مقابل إشغال السطح، فإنه يكون قد ورد على ما يجوز التعامل فيه قانونا، ويكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 222 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/20)

21- المقصود بالمواد المعدنية وخامات المحاجر :

(1) السنهورى ص 725- محمود جمال الدين زكى ص 47 وما بعدها- الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية ص 30.

عرفت المادة الأولى من القانون خامات المناجم بأنها: «المعادن وخاماتها، والأحجار الكريمة وما فى حكمها، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية والكيميائية، والمياه المعدنية الخارجة من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها، والأملاح التبخيرية، متى كان أى منها موجود أعلى سطح الأرض أو فى باطنها أو فى المياه الإقليمية أو فى مياه المنطقة الاقتصادية الخالصة».

وعرفت المعدن بأنه: «كل مادة صلبة متجانسة تكونت بفعل عوامل طبيعية غير عضوية لها تركيب كيمائى محدد ونظام بلورى مميز».

وعرفت خامات المحاجر بأنها: «المواد التى تستخدم فى البناء والرصف».

وعرفت المناجم بأنها: «مواقع استخراج خامات المناجم من باطن أو فوق سطح الأرض».

وعرفت المحاجر بأنها: «مواقع استخراج خامات المحاجر».

22- أحكام روعى فيها جانب مالك الأرض :

وإن كان المشرع قد حرم مالك العمق من ملكية مواد المناجم والمحاجر ومن البحث عن استغلالها فإنه قد راعى جانبه بعض الشىء، إذ نصت المادة (14) من القانون على أن لمالك الأرض بعقد مسجل الحق فى الحصول على ترخيص البحث والاستغلال فى الخامات الخاضعة لأحكام القانون فى أرضه متى طلب ذلك بشرط توافر الكفاءة الفنية والملاءة المالية، ويعفى المالك من الإيجار المقرر إذا قام بالبحث وفى حالة الاستغلال بنفسه على أن يؤدى قيمة الإتاوة كاملة، وذلك وفقا للضوابط التى تحددها اللائحة التنفيذية.

23- الترخيص باستغلال المناجم والمحاجر:

تصدر تراخيص البحث والاستغلال بقرار من الوزير المختص (الوزير المختص بشئون الثروة المعدنية) بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للثروة المعدنية لخامات المناجم، وتصدر تراخيص البحث والاستغلال للمناجم التى لا تزيد مساحتها عن واحد كيلو متر مربع بقرار من مجلس إدارة الهيئة المذكورة، ويحد أقصى منجم واحد لكل مرخص له من أشخاص القانون الخاص (مادتان 1، 8 من القانون).

ولا يجوز منح ترخيص البحث والاستغلال للمنطقة التى تزيد مساحتها عن 16 كم² أو للبحث والاستغلال للمعادن الثمينة والأحجار الكريمة إلا بقانون (م9). ويجوز أن يرخص بقانون للوزير المختص فى أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة دون التقيد بأحكام القانون ويحدد القانون الصادر بالترخيص هذه الشروط. ويكون للمحافظ المختص ذات الصلاحيات بالنسبة لخامات المحاجر والملاحات (م1/7، 2).

وفى ظل القانون الملغى كان يصدر عقد استغلال المناجم بقرار من وزير التجارة والصناعة (م3/14).

ويصدر عقد استغلال المحاجر بقرار من وزير التجارة والصناعة أو من ينييه عنه فى ذلك (م1/26).

وقد آل هذا الاختصاص إلى وزارة الصناعة عقب إنشائها إلى أن صدر قانون نظام الإدارة المحلية رقم 124 لسنة 1960، حيث صدر طبقاً لأحكامه قرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات رقم 38 لسنة 1962 ونص فى مادته الأولى على

أن: "ينقل إلى المحافظات الاختصاصات المخولة لوزارة الصناعة بمقتضى القانون رقم 86 لسنة 1956 المشار إليه فيما يتعلق بالمحاجر اعتبارا من أول يولية سنة 1962". وبذلك أصبحت المحافظات هى الجهة المختصة بالإشراف على المحاجر واستغلالها، سواء بالنسبة إلى منح تراخيص الاستغلال ابتداء أو فى الموافقة على استبدال المحاجر أثناء مدة الترخيص.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"يبين من مراجعة القانون رقم 86 لسنة 1956 الخاص بالمناجم والمحاجر أن المادة الرابعة منه الواردة فى الباب الأول الخاص بالأحكام التمهيدية تنص على ما يأتى: "تقوم وزارة التجارة والصناعة طبقا لأحكام هذا القانون بتنظيم استغلال المناجم والمحاجر ورقابتها وكل ما يتعلق بها من تصنيع أو نقل أو تخزين ولها أن تقوم بأعمال الكشف والبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر وما يتعلق بها إما بنفسها مباشرة وإما أن تعهد بذلك إلى غيرها بالشروط المقررة فى هذا القانون".

وقد آل هذا الاختصاص إلى وزارة الصناعة عقب إنشائها واستمر الحال على ذلك إلى أن عمل بقانون نظام الإدارة المحلية رقم 124 لسنة 1960 وطبقا لأحكامه صدر قرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات رقم 38 لسنة 1962 ونص فى مادته الأولى على ما يأتى: "ينقل إلى المحافظات الاختصاصات المخولة لوزارة الصناعة بمقتضى القانون رقم 86 لسنة 1956 المشار إليه فيما يتعلق بالمحاجر اعتبارا من أول يولية سنة 1962 فيما عدا التخطيط والبحوث والتفتيش الفنى" ونصت المادة الثانية على أن "تتولى كل محافظة الإشراف على المحاجر الواقعة فى دائرتها وإدارتها وتنظيم استغلالها طبقا

لأحكام القانون رقم 86 لسنة 1956 المشار إليه وتؤول إليها إيراداتها اعتباراً من أول يولية سنة 1962" ومفاد النصوص المتقدمة أنه اعتباراً من أول يولية سنة 1962 أصبحت المحافظات هي الجهات الإدارية صاحبة الاختصاص الأصلي بالنسبة إلى الإشراف على المحاجر واستغلالها، سواء بالنسبة إلى منح تراخيص الاستغلال ابتداء أو في الموافقة على استبدال المحاجر أثناء مدة الترخيص، أو بالنسبة إلى غير ذلك من الشؤون التي نص عليها قانون المناجم والمحاجر وتمارس هذا الاختصاص بواسطة أجهزتها وإدارتها، أما اختصاص مصلحة المناجم والوقود التابعة لوزارة الصناعة فقد أصبح مقصوراً على التخطيط والبحوث الفنية والتفتيش الفني، وبعبارة أخرى انحصر اختصاصها في وضع السياسة العامة التي تسير عليها المحافظات والإشراف عليها والتفتيش على أعمالها في شأن المحاجر دون أن يمتد هذا الاختصاص إلى اتخاذ قرارات في شأن الطلبات المقدمة إلى المحافظات سواء للترخيص باستغلال المحاجر ابتداء أو بالاستبدال.

(طعن رقم 516 لسنة 11 ق جلسة 1969/1/11)

وقد نصت المادة 50 من القانون الملغى على أنه: "يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون، وتحدد هذه الشروط في القانون الصادر بالترخيص".

24- قصر الترخيص فى استغلال المناجم ومحاجر الجبس والرمال البيضاء على شركات القطاع العام بمقتضى القرار بقانون رقم 73 لسنة 1963 فى ظل القانون الملغى :

صدر فى ظل القانون الملغى قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 73 لسنة 1963 بإنهاء تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وعقود استغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات القطاع الخاص وبتأميم الأصول المستخدمة فى استغلالها وأيلولة ملكيتها للدولة⁽¹⁾. ونص فى مادته الأولى على أن تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات القطاع الخاص. ونصت مادته الثانية على أن تؤم الأصول المستخدمة فى الاستغلال وتؤول ملكيتها إلى الدولة. ونصت مادته السادسة على أن يرخص لوزير الصناعة فى إسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار إليها فى المادة الأولى إلى شركات القطاع العام.

والى أن يتم ذلك يجوز للوزير إعفاء القائمين على إدارة المناجم والمحاجر وتعيين مندوب أو أكثر مؤقت لإدارتها تحت إشراف المؤسسة المصرية العامة للتعدين. ويكون له الاختصاصات المخولة لمجلس الإدارة والمدير وتخضع قرارات المجلس المؤقت أو المندوب فى المسائل التى تعتبر أصلا من اختصاص مجلس الإدارة لتصديق رئيس مجلس إدارة المؤسسة المختصة (م6).

وبذلك أصبح بموجب القرار بالقانون المذكور البحث عن المواد المعدنية فى المناجم واستغلالها، وكذلك استغلال محاجر الجبس والرمال البيضاء قاصرا على شركات القطاع العام.

أما المحاجر الأخرى فيجوز بالنسبة لها الترخيص بالبحث والاستغلال للأفراد

(1) الجريدة الرسمية فى 8 أغسطس 1963 - العدد 117.

وشركات القطاع الخاص⁽¹⁾.

(1) وننشر القرار بقانون رقم 73 لسنة 1963 كاملا فيما يلى :

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم 73 لسنة 1963

بإنهاء تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وعقود استغلال الجبس

والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات القطاع الخاص

وبتأميم الأصول المستخدمة فى استغلالها وأيلولة ملكيتها للدولة

باسم الأمة

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور المؤقت ،

وعلى الإعلان الدستورى الصادر فى 27 من سبتمبر سنة 1962 بشأن التنظيم السياسى
لسلطات الدولة العليا ،

وعلى القانون رقم 26 لسنة 1954 بشأن بعض الأحكام الخاصة بالشركات المساهمة
وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة،

وعلى القانون رقم 86 لسنة 1956 الخاص بالمناجم والمحاجر ،

وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم 1899 لسنة 1961 بإنشاء المجلس الأعلى للمؤسسات
العامة ،

وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم 1025 لسنة 1962 فى شأن تحديد رؤوس أموال
المؤسسات العامة ،

وعلى موافقة مجلس الرئاسة ،

أصدر القانون الآتى :

مادة (1) :

تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال المناجم وكذلك عقود
استغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات القطاع الخاص . =

= مادة (2) :

تؤم الأصول المستخدمة في الاستغلال وتؤول ملكيتها إلى الدولة.

مادة (3):

تتولى تقييم رؤوس أموال المنشآت المشار إليها في المادة السابقة لجان من ثلاثة أعضاء يصدر بتشكيلها وتحديد اختصاصها قرار من وزير الصناعة على أن يرأس كل لجنة مستشار محكمة الاستئناف يختاره وزير العدل.

وتصدر كل لجنة قراراتها في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ صدور قرار تشكيلها وتكون قرارات اللجنة نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن.

(قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2004/2/8 فى القضية رقم 132 لسنة 20 قضائية "دستورية" (الجريدة الرسمية العدد 10 تابع (أ) فى 4 مارس سنة 2004) بعدم دستورية ما ورد بعجز الفقرة الثانية من المادة الثالثة من أن "تكون قرارات لجان التقييم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن ").

مادة (4):

تؤدى الدولة قيمة ما آل إليها من أموال المنشآت المشار إليها بموجب سندات إسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة 4 % سنويا، وتكون السندات قابلة للتداول بالبورصة، ويجوز للدولة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الإسمية بطريق الاقتراع فى جلسة علنية، وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين.

مادة (5):

لا تسأل الدولة عن التزامات المنشآت المشار إليها فى المادة الأولى إلا فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم.

إذا لم تكن أسهم هذه المنشآت متداولة فى البورصة، أو كان قد مضى على آخر تعامل عليها أكثر من ستة أشهر أو كانت هذه المنشآت غير متخذة شكل شركات مساهمة تكون =

= أموال أصحابها وأموال زوجاتهم وأولادهم ضامنة للوفاء بالالتزامات الزائدة على أصول هذه

المنشآت.

ويكون للدائنين حق امتياز على جميع هذه الأموال.

مادة (6) :

يرخص لوزير الصناعة فى إسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار إليها فى المادة الأولى إلى شركات القطاع العام.

والى أن يتم ذلك يجوز للوزير إعفاء القائمين على إدارة هذه المناجم والمحاجر وتعيين مندوب أو أكثر مؤقت لإدارتها تحت إشراف المؤسسة المصرية العامة للتعدين.

ويكون له الاختصاصات المخولة لمجلس الإدارة والمدير وتخضع قرارات المجلس المؤقت أو المندوب فى المسائل التى تعتبر أصلا من اختصاص مجلس الإدارة لتصديق رئيس مجلس إدارة المؤسسة المختصة.

مادة (7) :

يجوز لوزير الصناعة تأجيل أداء ديون والتزامات المنشآت المشار إليها لمدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون.

مادة (8) :

كل مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مادة (9) :

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشره.

صدر برئاسة الجمهورية فى 18 ربيع الأول سنة 1383 (8 أغسطس سنة 1963)

وقد صحح تاريخ الإصدار بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى 2 نوفمبر سنة 1963 (العدد 15).

مادة (804)

لمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مالم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك.

الشرح

25- شمول حق الملكية الثمار والمنتجات والملحقات :

تشمل ملكية الشيء، كل ما ينتجه إما بطبيعته أو بفعل الإنسان سواء كان ثماراً أو منتجات، كما يشمل ملحقات الشيء. كل ذلك ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك.

ونعرض فيما يلى لتعريف الثمار والمنتجات والملحقات.

26- (1) – الثمار : (fruits)

الثمار هى كل ما يخرجها الشيء فى أوقات دورية منتظمة، من غير تغيير أو نقص فى جوهره.

وهى أنواع ثلاثة :

(أ) ثمار طبيعية : (fruits naturels)

وهى التى يخرجها الشيء من نفسه بدون فعل الإنسان، مثل كالأ المروج الطبيعية ، ونتاج المواشى.

(ب) ثمار صناعية : (fruits indust)

وهى التى يخرجها الشيء بناء على فعل الإنسان، مثل الحاصلات الزراعية والفواكه.

(ج) ثمار مدنية : (fruits civils)

وهى مبالغ النقود التى يدرها استثمار الشيء بصفة دورية متجددة مثل أجور

الأراضي والمنازل وفوائد السندات أو النقود فهي الأجرة الدورية المستحقة من الغير للمالك الذى نقل إليه استغلال الشيء أو الانتفاع به⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى: " (ج) الثمرات (fruits) وهى كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة وقد تكون الغلة طبيعية (naturiel) كالمحصول الذى يكون من عمل الطبيعة والإنسان، أو مدنية (civil) كأجرة الأراضى والمساكن".

فالذى يميز الثمار عن غيرها أمران :

1- أنها تتولد فى مواعيد دورية، أى أنها تتجدد عادة فى أوقات منتظمة دون انقطاع فتعتبر موردا دوريا متجددا يعتمد عليه الشخص فى مواجهة ضرورات الحياة الأولية. وإن كان لا يشترط فى الدورية أن تكون على مواعيد متقاربة.

2- أنها لا تمس جوهر الشيء ذاته، وإن كان ذلك ليس بالحقيقة المطلقة، فلا شك أن المزروعات تعتبر ثمارا رغم أنها تؤدى بمرور الزمن إلى استنفاد خصوبة الأرض. ومن ناحية أخرى، من المسلم أنه إذا أعد الشيء إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دورى متجدد، فإن ما ينتج عن الشيء فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ولو كان من شأنه المساس - إلى حد ما - بجوهر الشيء. من ذلك إعداد الأرض لقطع ما فى جوفها من أحجار، أو إعداد الغابة لقطع ما بها من أشجار، بصفة دورية فإذا تقرر لشخص حق انتفاع على الأرض أو الغابة بعد أن أعدت ذلك الإعداد، كان للمنتفع أن يقطع الأحجار أو الأشجار بوصفها ثمارا بمقتضى حقه فى الاستغلال. أما إذا لم تكن الأحجار أو الأشجار قد أعدت للقطع قبل نشوء حق الانتفاع فإنها تعتبر منتجاتا فيكون قطعها تصرفا لا استغلالا، فلا يجوز لغير المالك القيام به⁽²⁾.

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول 1368هـ - 1949م ص 23.

(2) الدكتور إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية 1959 ص 48 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 701.

27- (2) - المنتجات : (produits)

المنتجات أو الحاصلات التى تقطع من ذات الشئ فى غير أوقات دورية وتنتقص من الشئ.

وتتميز المنتجات بصفتين هما :

(الأولى): إنها غير دورية ولا متجددة، بل تخرج من الشئ فى أوقات متقطعة غير منتظمة.

(الثانية): إنها تنتقص من قيمة الشئ .

ومثل ذلك الأشجار التى تقطع من الغابات والمعادن التى تستخرج من المناجم أو الأحجار التى تقطع من المحاجر، إلا أنه إذا أعدت الغابات والمناجم والمحاجر إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على دخل دورى، فإن ما ينتج منها يعد ثمارا ولو ترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشئ⁽¹⁾. وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة، أما أقساط الإيراد الدائم فهذه ثمار لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل، شأنها فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن :

"المنتجات (produits) وهى كل ما يخرج من شئ من ثمرات غير متجددة كما هو الأمر فى المناجم والمحاجر".

28- (3) - الملحقات :

يمتد حق الملكية أيضا إلى ملحقات الشئ، وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة أن الفرع يخضع لما يخضع له الأصل .

(1) منصور مصطفى منصور ص 208.

(2) السهنورى أسباب كسب الملكية الجزء التاسع المجلد الثانى طبعة 1993 ص 1607.

Accessorium sequitur principale، والتي على أساسها تفهم كل القواعد المنظمة لأحكام الارتفاق (المواد من 918 - 931 مدنى).

وقد عرفت مذكرة المشروع التمهيدي الملحقات بأنها :

"هى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص"⁽¹⁾. ويجب عدم الخلط بين معنى العنصر ومعنى الملحقات. فالعنصر جزء من ذاتية الشيء، وهذه ليست من الملحقات بل هى الأصل. فأجزاء الدار - التى هى الأصل - تشتمل على الأرض والبناء القائم والسلم والردهات والحديقة إن وجدت. ونماء الشيء يدخل فى أصله لا فى ملحقاته، فنماء الحيوان أى كبره ما بين البيع والتسليم داخل فى أصله، أما ملحقات الشيء، فهى شئ غير الأصل والنماء، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته، وهى ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات، بل هى شئ مستقل عن الأصل غير متولدة عنه، ولكنها أعدت بصفة دائمة لتكون تابعة للأصل وملحقة به، فإذا كانت معدة بصفة وقتية، لا بصفة دائمة، كما إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه، فإنها لا تعتبر من الملحقات. فتعتبر ملحقات للعقار أرضا وبناء، حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص كالآلات الزراعية والمواشى بالنسبة للأرض الزراعية⁽²⁾.

ومن أمثلة الملحقات التى صدرت بنص فى القانون ما تنص عليه المادة 1036 مدنى المتعلقة بالرهن الرسمى على أن: "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا، وتشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك... الخ".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 20 وما بعدها.

(2) السنهاورى الجزء الثامن حق الملكية ص 734 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص

2- ما تنص عليه المادة 432 مدنى المتعلقة بالبيع من أن: "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقا لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

29- أهمية التمييز بين الثمار والمنتجات :

تقسيم ما ينتجه الشيء إلى ثمار ومنتجات، وتقسيم الثمار إلى طبيعية وصناعية ومدنية، ليست له أهمية من حيث الملكية، لأن للمالك الحق فيها جميعا (م804). والمالك له الحق فى الثمار، سواء أنتجت بفعله هو أم بفعل غيره، وسواء أجزأها هو أم حصلها غيره، وإنما إذا كان المالك قد حصل عليها بفعل الغير فإنه يجب عليه أن يدفع لذلك الغير مصروفاته⁽¹⁾.

وإنما يستثنى من ذلك أهمية التفرقة بالنسبة للملكية بشرط فاسخ لأن زوال الملكية لا يؤدى إلى أن يلتزم المالك برد الثمار إلا أن هذا التقسيم له أهمية كبيرة من حيث حق الانتفاع، لأن المنتفع ليس له حق إلا فى الثمار بمعناها الحقيقى، وتكون له بنسبة مدة انتفاعه (م987 مدنى).

وكذلك بالنسبة لغير المالك. فإذا حاز الشيء شخص حسن النية تملك الثمار بالجنى ولم يملك المنتجات فقط (مادة 978) وإذا كان هذا الغير نائبا اعتبر ما يقوم به بالنسبة للثمار من أعمال الإدارة بعكس ما يقوم به بالنسبة للمنتجات إذ يعتبر من أعمال التصرف⁽²⁾.

30- وجود نص أو اتفاق يقضى بعدم أحقية المالك فى الثمار

والمنتجات والملحقات :

(1) محمد كامل مرسى ص 231.

(2) أحمد سلامه ص 99 وما بعدها - الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية

الطبعة الثانية مارس 1928 ص 114.

الأصل أن لمالك الشئ الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك.

فقد يوجد نص فى القانون يقضى بعدم أحقية المالك فى الثمار والمنتجات والملحقات، ومثال ذلك نص المادة 987 مدنى التى تقضى بتملك الحائز حسن النية لما جنى من الثمار.

كما قد يتفق المتعاقدان على أن ملكية الشئ تنفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها. ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتخصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشتري التحدى به".

(طعن رقم 3 لسنة 18 ق جلسة 1949/1/13)



مادة (805)

لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون، وبالطريقة التى يرسمها، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل.

الشرح

31- عدم جواز حرمان أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالشروط التى يقررها :

تنص المادة (805) على أنه لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون، وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل. وهذا النص يفصح عن أن لحق الملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء. سواء كان الاعتداء من الأفراد أو من جهة الإدارة. وإذا كان الاعتداء من الأفراد فإن وسيلة دفعه - فى أكثر الأحيان - بدعوى الاستحقاق. وسنعرض لهذه الدعوى فيما بعد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى الدستور فى المادة 34 على أن "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون..." وفى المادة 36 على أن "المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى" وفى المادة 37 "يعين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية بما يضمن حماية الفلاح والعامل الزراعى من الاستغلال...." وفى المادة 805 من القانون المدنى على أنه "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل فى ضوء ما جاء بأسباب حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون 104 لسنة

1964 المشار إليه مصدر هذه الأسباب من أن (استيلاء الدولة على ملكية الأراضى الزراعية الزائدة عن الحد الأقصى الذى يقرره القانون للملكية الزراعية يتضمن نزعا لهذه الملكية الخاصة بالنسبة للقدر الزائد جبرا عن صاحبها ومن ثم يجب أن يكون حرمانه من ملكه مقابل تعويض وإلا كان استيلاء الدولة على أرضه بغير مقابل مصادرة خاصة لها لا تجوز إلا بحكم قضائى وفقا للمادة 36 من الدستور) وما جاء بأسباب حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة الخامسة من المرسوم بقانون 178 لسنة 1952 والرابعة من القانون 127 لسنة 1961 من أن كل تغيير يتصل بالملكية الخاصة بما يفقدها محتواها ينبغى أن يقابل بتعويض عادل عنها ذلك أن الملكية لا يجوز نزعها قسرا بغير تعويض.... والتعويض عن الأراضى الزراعية الزائدة عن الحد الأقصى لا يتحدد على ضوء الفائدة التى تكون الجهة الإدارية قد جنتها من وراء نزع ملكيتها من أصحابها إنما الشأن فى هذا التعويض إلى ما فاتهم من مغنم وما لحقهم من خسران من جراء أخذها عنوة تقديرا بأن هذه وتلك، تمثل مضار دائمة لا موقوتة ثابتة لا عرضية ناجمة جميعها عن تجريد ملكيتهم من مقوماتها ويندرج تحتها من ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها) وفى ضوء ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقا على نص المادة 805 سالفه الذكر (أول وسيلة لحماية المالك هو: ألا تنزع منه ملكيته بغير رضاه إلا فى الأحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى رسمها وفى مقابل تعويض عادل يدفع مقدما فهناك إذن قيود ثلاثة الأول: أن تكون الحالة قد نص عليها القانون.. الشرط الثانى: هو اتباع الإجراءات التى رسمها القانون.. الشرط الثالث: فهو دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدما قبل أن يتخلى عن ملكه ورسم القانون إجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض فيما إذا اختلف تقديره مع نازع الملكية) مع ملاحظة أن النص فى أصله كان يشترط دفع التعويض مقدما ثم حذفت العبارة عند المراجعة وأيضا مع ملاحظة أن قانونى نزع الملكية 577 لسنة 1954، 10 لسنة 1990 قد اشترطا أن تودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ

التعويض المقدر قبل إخطار أصحابه بإخلاء الأماكن المقرر نزع ملكيتها على أن يوضح فى الإخطار قيمة المبلغ المقدر صرفه وقد ضمنت نصوص القانونين سبل منازعتهم فى هذا التقدير وحقهم فى صرفه رغم المنازعة ومفاد هذه النصوص مجتمعة أنه باستثناء حالة المصادرة - التى هى عقوبة جنائية توقع بمقتضى حكم جنائى - لا يجوز أن ينتقص من ملكية أحد الأفراد أو حقوقه إلا إذا عاصر ذلك تعويض مكافئ لما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب فالمعاصرة جزء من العدل لأن العدل يقتضى ألا يحرم الشخص فى الوقت ذاته من البدلين: ماله الذى انتزع أو التعويض المستحق عنه).

(طعن رقم 13415 لسنة 78 ق جلسة 2011/5/9)

32- مسؤولية الإدارة عن اغتصاب الملكية :

لا شك أن أبلغ ما يهدد كيان ملكية الأفراد هو أن تغتصب الإدارة ملكيتهم قسرا، مستعينة فى ذلك بما تملكه من وسائل التنفيذ التى لا قبل للأفراد بمجابهتها. ولذلك كانت أول وسيلة قررها المشرع لحماية الملكية هى أن يضع فى المادة 805 قيودا ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه، فاشتراط لمشروعية ذلك ما يأتى :

1- أن يكون حرمان المالك من ملكه مستندا إلى نص فى القانون، ولا يجيز القانون ذلك إلا لتحقيق مصلحة عامة.

2- أن تتبع فى شأن ذلك الطريقة التى رسمها القانون، أى بعد اتباع الإجراءات التى نص عليها القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

3- أن يدفع للمالك تعويض عادل فى مقابل التخلّى عن ملكه، يستولى عليه مقدما فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذه نصوص (م1165-1167)⁽¹⁾ ترسم ما لحق الملكية من وسائل للحماية بعد أن حددت النصوص السابقة نطاق هذا الحق. وأول وسيلة لحماية المالك هو ألا تنتزع منه ملكيته بغير رضاه إلا فى الأحوال التى قررها القانون، وبالطريقة التى رسمها، وفى مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما. فهناك إذن قيود ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه :

(أ) لا يحرم المالك من ملكه إلا فى حالة نص عليها القانون، كما هو الأمر فى نزع الملكية للمنفعة العامة، وكما هو الأمر أيضا فى حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وسيأتى ذكرها.

(ب) وبالطريقة التى رسمها القانون، أى بعد اتباع الإجراءات التى وضعت لضمان الحقوق المشروعة، مثل ذلك إجراءات نزع الملكية.

(ج) وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدما قبل أن يتخلى عن ملكه، ويرسم القانون إجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض العادل فيما إذا اختلف فى تقديره مع نازع الملكية⁽²⁾.

وما يتصل بذلك أنه لا يجوز لجهة الإدارة مصادرة الملك بصفة عامة أو مصادرة ملكا معينا بالذات، لأن المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى (م30 من الدستور الجديد الصادر سنة 2012).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

1- "إن المشرع الدستورى أرسى الأحكام الخاصة بالمصادرة بما نص عليه فى المادة 36 من دستور سنة 1971 من أن "المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى" فهى بذلك نهى مطلق عن

(1) المادتان 1166، 1167 حذفنا من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 23 وما بعدها.

المصادرة العامة، وحدد الأداة التى تتم بها المصادرة الخاصة وأوجب أن تكون حكما قضائيا وليس قرارا إداريا، حرصا منه على صون الملكية الخاصة من أن تصادر إلا بحكم قضائى، حتى تكفل إجراءات التقاضى وضماناته لصاحب الحق الدفاع عن حقه وتتففى بها مظنة العسف أو الافتئات عليه، وتأكيدا لمبدأ الفصل بين السلطات على أساس أن السلطة القضائية هى السلطة الأصلية التى ناط بها الدستور إقامة العدالة بحيث تختص دون غيرها من السلطات بالأمر بالمصادرة".

(ب) لما كان نص المادة 36 المشار إليها إذ حظر تلك المصادرة إلا بحكم قضائى قد جاء مطلقا غير مقيد، بعد أن عمد المشرع الدستورى سنة 1971. إلى حذف كلمة "عقوبة" التى كانت تسبق عبارة "المصادرة الخاصة" فى المادة 57 من دستور سنة 1956 المقابلة للمادة 36 من دستور سنة 1971، وذلك حتى يجرى النص على إطلاقه ويعم حكمه ليشمل المصادرة الخاصة فى كافة صورها، فإن النص الذى يجيز لوزير الاقتصاد أو من ينيبه أن يأمر بالمصادرة إداريا يكون مخالفا للمادة 36 من الدستور، الأمر الذى يتعين معه القضاء بعدم دستوريته".

(القضية رقم 23 لسنة 3 قضائية "دستورية" جلسة 1982/5/15)

2- "إن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة 1923 على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود وبالقيود التى أوردتها، وذلك باعتبارها فى الأصل ثمرة النشاط الفردى وحافزه وحظر المصادرة العامة حظرا مطلقا، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى (المادة 36)".

(القضية رقم 91 لسنة 4 قضائية "دستورية" جلسة 1985/2/2)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر بنص المادة 34 من دستور 1971 أن الملكية الخاصة مصونة لا تمس فلا تنتزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون، كما نصت المادة

805 من القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى رسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل".

(طعن رقم 575 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/25)

وبينى على ذلك أنه يجب على جهة الإدارة.

1- ألا تمس حق الملكية.

2- ألا تنزع ملكيتها للمنفعة العامة أو تستولى عليها مؤقتا إلا طبقا للإجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم 10 لسنة 1990⁽¹⁾.

وسنعرض فيما يلى لعدم مساس الإدارة بحق الملكية، ثم لنزع الملكية للمنفعة العامة.

وبعد ذلك نعرض لوسيلة حماية حق الملكية فى مواجهة الأفراد، أى دعوى الاستحقاق.

(أولا)

عدم مساس الإدارة بحق الملكية

33- (أ) — مسئولية الإدارة عن أعمالها المادية :

(1) وهناك وسائل أخرى للمساس بحق الملكية مثل التأمين وحراسة الطوارئ، لا محل هنا لدراستها .

قد لا يصل اعتداء الإدارة إلى حد حرمان المالك من ملكه، بل إن كثيراً من دعاوى المسؤولية التي يرفعها الأفراد على الإدارة مصدرها أفعال مادية يترتب عليها ضرر بملك الغير، وبالتالي مسؤولية على عاتق الحكومة.

ولا يلزم أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل إيجابي، بل كثيراً ما يلحق الضرر أملك الأفراد نتيجة إهمال جهات الإدارة. كتطايير الشرر من إحدى قاطرات السكك الحديدية فينشأ عن ذلك حريق يتلف بعض الممتلكات، أو إنشاء جانبية بمحاذاة ترعة ترتب عليها رشح أضر بملك أحد الأفراد لتسرب مياه الجانبية التي أنشأتها الإدارة من غير أن تتخذ الحيطة لعدم تسرب المياه لأملك الغير والإضرار بهم.

وتؤسس مسؤولية الحكومة عن هذا الضرر على المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 163 من التقنين المدني، والتي تبني على الخطأ الثابت، كما تبني على الخطأ المفترض المنصوص عليه في مسؤولية حارس الحيوان (م 176 مدني) وحارس البناء (م 177 مدني) وغيره من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة كآلات الميكانيكية (م 178 مدني)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا تنطبق المادة 151 من القانون المدني إلا إذا توافرت شروط ثلاثة: الأول حصول فعل أو ترك، والثاني أن ينشأ أو يتسبب عن ذلك الفعل أو الترك ضرر للغير، والثالث أن يكون ذلك الفعل أو الترك خطأ. وتحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره. أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي

(1) محمد علي عرفه ص 218 وما بعدها.

الموضوع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 61 لسنة 3 ق جلسة 1934/1/11)

2- "المسئولية التقصيرية لا تترتب قانوناً إلا إذا كان الضرر قد نشأ عن خطأ. والحكومة في هذا كالأفراد لا تسأل عن تعويض الضرر إلا إذا كانت قد ارتكبت خطأ تسبب عنه هذا الضرر. فإذا هي قامت بمشروع عام متوخية في ذلك الطرق الفنية فإنها لا تكون مسئولة عما قد يلحق الأفراد من ضرر بسبب هذا المشروع".

(طعن رقم 11 لسنة 7 ق جلسة 1937/6/3)

3- "الحكومة رعاية للمصلحة العامة - أن تغرس الأشجار على جوانب الطرق العمومية، إلا أنه يجب عليها - اتقاء للأضرار التي قد تتسبب عن الأشجار التي تزرعها - أن تتعهدا بالملاحظة. فإذا ما انتاب هذه الأشجار مرض وبائي كان عليها أن تبادر إلى اتخاذ الوسائل التي من شأنها أن تحول دون انتقال المرض إلى الزراعات المجاورة. ومتى قامت بذلك فإنها تكون قد أدت كل ما عليها. وإذا كان الثابت أن الحكومة قامت بتبخير الأشجار التي غرستها على أثر شكوى صاحب الزراعة القائمة هذه الأشجار على السكة الزراعية التي تشقها، ثم لما تجد هذه الوسيلة في استئصال المرض البائي الذي أصيب به بادرت إلى إزالتها، ولم تنفق من الوقت في سبيل ذلك كله إلا ما اقتضاه إجراء هاتين العمليتين، الواحدة تلو الأخرى، فإنها لا تكون قد قصرت في شيء، ولا تصح مطالبتها بتعويض عن الضرر الذي يصيب زراعة مجاورة".

(طعن رقم 21 لسنة 11 ق جلسة 1941/12/4)

4- "وإن كان لجهة الإدارة حرية إدارة المرافق العامة وحق تنظيمها والإشراف عليها إلا أن ذلك لا يمنع المحاكم - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من حق التدخل لتقرير مسؤولية الإدارة عن الضرر الذي يصيب الغير متى كان ذلك راجعاً إلى إهمالها أو تقصيرها في تنظيم شئون المرفق العام أو الإشراف

عليه".

(طعن رقم 41 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/16)

5- "لجهة الإدارة حرية إدارة المرافق العامة وحق تنظيمها والإشراف عليها إلا أن ذلك لا يمنع المحاكم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من حق التدخل لتقرير مسؤولية الإدارة عن الضرر الذى يصيب الغير متى كان ذلك راجعا إلى إهمالها أو تقصيرها فى تنظيم شئون المرفق العام أو الإشراف عليه، والسلطة القائمة على أعمال التنظيم وهى المهيمنة على إنشاء المباني وتعديلها وهدمها بمالها من سلطة منح التراخيص اللازمة فى هذا الشأن والتحقق من مطابقة الأعمال المرخص بها للشروط والأوضاع القانونية محافظة على أمن المواطنين وسلامة أرواحهم تقع عليها تبعة تقصير موظفيها أو قصورهم فى أداء واجبهم، وفى بذل العناية التى تقتضيها أعمالهم الفنية فى حدود ما هو مألوف من أوسط الفنيين علما وبقظة، بحيث إذا انحرفوا عن هذا المعيار عد ذلك منهم خطأ موجبا لمسئوليتهم ومسئولية الجهة التابعين لها عما ينجم عن ذلك من الضرر".

(طعن رقم 98 لسنة 39 ق جلسة 1983/6/21)

34- (ب) - مسؤولية الإدارة عن الأوامر الإدارية :

لا يقتصر الأمر فى حماية الملكية من تعدى السلطات العامة على ما يقع منها من أعمال مادية، سواء بالفعل أو الترك، بل يتعدى ذلك إلى مساءلة هذه السلطات بسبب ما تتخذه من إجراءات إدارية مخالفة للقوانين واللوائح.

وأمثلة هذه الأوامر الإدارية التى تمس الملكية كثيرة منها: أمر صادر بهدم منزل مملوك لأحد الأفراد، أو بغلق محل من المحلات العامة، أو بغلق مصنع أو محلج أو مطبعة أو ورشة أو غير ذلك من المحلات الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة، أو أمر بمصادرة جريدة أو مجلة أو كتاب... إلخ.

ويسلم الجميع بأن الدولة والأشخاص الإدارية الأخرى مسئولة مدنيا أمام

القضاء عن جميع أوامرها وقراراتها التنفيذية، ما لم تكن هذه الأوامر داخلية فى نطاق أعمال السيادة التى أخرجتها المادة 17 من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972 من اختصاص المحاكم، والتى نصت على أن :

"ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإدارى أن توقف تنفيذه أو تفصل :

1- فى المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك.

2- فى..... الخ".

وعلى ذلك إذا صدر الأمر الإدارى من جهة غير مختصة وأضر بحق ثابت لفرد من الأفراد، كان له أن يطالب الحكومة بالتعويض. كما إذا صدر أمر إدارى من وزير الداخلية أو المحافظ بإغلاق محلج أو مصنع مملوك لأحد الأفراد، فإن الأمر الإدارى يكون باطلا، لأن المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة لا تغلق إلا بحكم قضائى⁽¹⁾.

وقد يصدر الأمر من جهة مختصة، ولا تكون له مع ذلك حصانة قانونية لعدم اتباع الشكل والأوضاع التى يتطلبها القانون فإذا استولت الإدارة على بعض الممتلكات الخاصة لإجراء بعض الأشغال العمومية، ولكن دون اتباع الإجراءات والأوضاع التى نص عليها قانون نزع الملكية بالنسبة للاستيلاء المؤقت على عقارات الأفراد للمنفعة العامة، فيجوز لكل من أصابه ضرر أن يطالب بالتعويض وأخيرا تقضى المحاكم بالتعويض إذا كان الأمر الإدارى مخالفا لنصوص القوانين أو مشوبا بخطأ فى تطبيقها أو تفسيرها. كما إذا صادرت إدارة المطبوعات مجلة أو جريدة أو عطلتها اعتمادا على نص فى قانون المطبوعات ألغاه الدستور⁽²⁾.

(1) مصر الكلية 11 مايو سنة 1935 المجموعة الرسمية 36 رقم 240 ص 63.

(1) محمد على عرفه ص 218 وما بعدها - السنهاورى ص 775 وما بعدها - المستشار أنور

(ثانيا)

نزع الملكية للمنفعة العامة

35- التشريع الذى يحكم نزع الملكية للمنفعة العامة :

نظم المشرع نزع الملكية للمنفعة العامة بالقانون رقم 5 لسنة 1907 المعدل بالقانون رقم 94 لسنة 1931 ثم أحل محله القانون رقم 577 لسنة 1954 المعدل بالقانون رقم 252 لسنة 1960، كما صدر القانون رقم 27 لسنة 1956 بشأن نزع ملكية الأحياء لإعادة تخطيطها وتعميرها. ثم صدر القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والذى ألغى القانون رقم 577 لسنة 1954.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون أنه :

"صدر القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والتحسين وقت أن كان النظام السائد فى البلاد هو نظام المركزية الإدارية وفى وقت كانت فيه المرافق العامة- فى الغالب الأعم - عبارة عن مصالح عامة تتبع وزارات الحكومة. وقد مضى ما يزيد على ربع قرن منذ صدور هذا القانون دون أن يلحقه تعديل يذكر يساير التطور الهائل الذى لحق البنيان الإدارى للدولة والذى بدأ بالأخذ بنظام اللامركزية الإدارية متمثلا فى نظام الحكم المحلى وما تلا ذلك من تحول العديد من المصالح العامة إلى هيئات عامة تتمتع كل منها بشخصية معنوية مستقلة عن الشخصية المعنوية للدولة كما أصبح لكل هيئة من هذه الهيئات ميزانية مستقلة عن الميزانية العامة للدولة.

ونظرا لما لهذا القانون من آثار خطيرة بالنسبة لأجهزة الدولة القائمة على المرافق العامة والأفراد مما يراد نزع ملكيتهم للمنفعة العامة أو التحسين فقد بات من الضرورى تعديله بما يكفل هذا التطور من جهة وسد الثغرات التى كشف عنها التطبيق العملى للقانون.

وأية ذلك أن هذا القانون قد صدر وقت أن كانت الهيئة المصرية العامة للمساحة إحدى المصالح التابعة لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية، وكانت المشروعات التى تتولاها الدولة محصورة فى نطاق محدود، ومن أجل ذلك عهد إليها باعتبارها الجهة التى تقوم بإجراءات نزع الملكية بمهمة تقدير التعويض عن العقارات، والممتلكات التى يجرى نزع ملكيتها واستتبع ذلك أن ترصد فى الميزانية قيمة التعويض المقررة للأراضى والعقارات المقرر نزع ملكيتها للمنفعة العامة أو التحسين.... الخ⁽¹⁾.

(1) وننشر نصوص القانون فيما يلى :

قانون رقم 10 لسنة 1990

بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه :

الباب الأول

فى تقرير المنفعة العامة

مادة (1) :

يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون.

مادة (2) :

يعد من أعمال المنفعة العامة فى تطبيق أحكام هذا القانون :

أولا : إنشاء الطرق والشوارع والميادين أو توسيعها أو تعديلها، أو تمديدتها أو إنشاء أحياء جديدة.

ثانيا : مشروعات المياه والصرف الصحى.

ثالثا : مشروعات الرى والصرف.

رابعا : مشروعات الطاقة.

خامسا : إنشاء الكبارى والمجازات السطحية (المزلقانات) والممرات السفلية أو تعديلها.

سادسا : مشروعات النقل والمواصلات.

= **سابعا:** أغراض التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة.

ثامنا: ما يعد من أعمال المنفعة العامة في أى قانون آخر.

ويجوز بقرار من مجلس الوزراء إضافة أعمال أخرى ذات منفعة عامة إلى الأعمال المذكورة. كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلية أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب.

ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية، مرفقا به :

(أ) مذكرة ببيان المشروع المطلوب تنفيذه.

(ب) رسم بالتخطيط الاجمالي للمشروع وللعقارات اللازمة له.

مادة (3) :

ينشر القرار المقرر للمنفعة العامة مع صورة من المذكرة المشار إليها في المادة (3) من هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويلصق في المحل المعد للإعلانات بالمقر الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية، وفي مقر العمدة أو الشرطة، وفي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار.

مادة (4) :

يكون لمندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، بمجرد النشر المنصوص عليه في المادة السابقة الحق في دخول الأراضي التي تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة بحسب التخطيط الإجمالي للمشروع، وذلك بالنسبة للمشروعات الطويلة، لإجراء العمليات الفنية والمساحية، ووضع علامات التحديد، والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار. وبالنسبة للمباني والمشروعات الموقعية، فيخطر ذوو الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول قبل دخول العقار.

الباب الثاني

في حصر الممتلكات وعرض البيانات الخاصة بها

وتقدير التعويض

مادة (5) :

يكون حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحلية ومن الصراف.

=

= ويسبق عملية الحصر المذكورة إعلان بالموعد الذي يعين للقيام بها، يلصق في المحل

المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية وفي مقر العمدة، كما يخطر ذوو الشأن بالموعد المذكور بخطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول، وعلى جميع الملاك وأصحاب الحقوق الحضور أمام اللجنة المذكورة في موقع المشروع للإرشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم.

وتحرر اللجنة محضرا تبين فيه هذه الممتلكات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق ومحال إقامتهم من واقع الإرشاد في مواقعها ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفاتر المكلفات والمراجع الأخرى.

ويوقع أعضاء اللجنة المذكورة وجميع الحاضرين على كشوف الحصر إقرارا منهم بصحة البيانات الواردة بها، وإذا امتنع أحد ذوى الشأن عن التوقيع أثبت ذلك في المحضر مع بيان أسباب امتناعه.

مادة (6) :

يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية. من مندوب عن هيئة المساحة رئيسا، وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أى منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين.

ويقدر التعويض طبقا للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية. وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقرر خلال مدة لا تجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية.

ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا.

مادة (7) :

تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه في المادة السابقة كشوفا من واقع عملية الحصر والتحديد المنصوص عليها في المادة (5) من هذا القانون تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي قدرتها اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة، وتعرض هذه الكشوف مرفقا بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسى لهذه الجهة وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة وفي مقر الوحدة المحلية =

= لمدة شهر. ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب

موصى عليه مصحوب بعلم الوصول.
ويسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان فى الوقائع المصرية- ملحق الجريدة الرسمية -
وفى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض
الكشوف والخرائط فى الأماكن المذكورة.
ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء فى مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب
موصى عليه مصحوب بعلم الوصول.

الباب الثالث

فى الفصل فى المعارضات والطعون

مادة (8) :

لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة عرض
الكشوف المنصوص عليها فى المادة السابقة حق الاعتراض على البيانات الواردة بهذه
الكشوف.

ويقدم الاعتراض إلى المقر الرئيسى للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إلى المديرية أو
الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن فى دائرتها العقار، وإذا كان الاعتراض متعلقا بحق
على العين الواردة فى الكشوف المشار إليها وجب أن يرفق به جميع المستندات المؤيدة له،
وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها وذلك خلال التسعين يوما التالية لتقديم
الاعتراض، وإلا اعتبر كأن لم يكن، وللجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية - عند اللزوم - أن
تطلب من ذوى الشأن تقديم مستندات أخرى مكملة، وعليها أن تبين لهم هذه المستندات كتابة
ودفعة واحدة، وتحدد لهم ميعادا مناسباً لتقديمها.

وفى جميع الأحوال يجب أن يشتمل الاعتراض على العنوان الذى يعلن فيه ذوى الشأن بما
تم فى الاعتراض.

ولذوى الشأن الحق فى الطعن على القرار الذى يصدر فى الاعتراض أمام المحكمة
الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار ويرفع الطعن بالطرق المبينة فى قانون المرافعات خلال
ستين يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار.

مادة (9) :

لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة
أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها فى المادة (7) من هذا =
القانون الحق فى الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة =

الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت، ويرفع الطعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، وتتعدّد الخصومة في هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية ودوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة.

مادة (10):

تعدّ البيانات الخاصة بالعقارات والحقوق المدرجة في الكشف نهائية إذا لم تقدم عنها معارضات أو طعون خلال المدد المنصوص عليها في المادتين (8) و (9) من هذا القانون، ولا يجوز بعد ذلك المنازعة فيها أو الادعاء في شأنها بأى حق من الحقوق قبل الجهة طالبة نزع الملكية، ويكون قيام الجهة طالبة نزع الملكية بأداء المبالغ المدرجة في الكشف إلى الأشخاص المقيدة أسمائهم فيها مبرراً لدمتها في مواجهة الكافة.

مادة (11):

يوقع أصحاب العقارات والحقوق التي لم تقدم في شأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة، أما الممتلكات التي يتعذر فيها ذلك لأى سبب كان فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص، وتودع النماذج أو القرار الوزاري في مكتب الشهر العقاري المختص، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع.

وفي تطبيق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة يجوز للأوصياء والقوامة التوقيع عن فاقدى الأهلية وناقصيها ومن الجهة المختصة بالوقف الخيري عن هذا الوقف دون حاجة إلى الرجوع إلى المحاكم المختصة، غير أنه لا يجوز لهم تسلم التعويض إلا بعد الحصول على إذن من جهة الاختصاص.

مادة (12):

إذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة في الجريدة الرسمية، عد القرار كأن لم يكن بالنسبة للعقارات التي لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها.

مادة (13):

لا يحول الطعن في تقدير التعويض على النحو الوارد بالمادة (9) من هذا القانون دون حصول ذوى الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية على المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة =
= المنصوص عليها في المادة (6) من هذا القانون، كما لا يحول استئناف الأحكام الصادرة في هذه الطعون من المحكمة الابتدائية دون حصولهم من تلك الجهة على التعويضات

المقضى بها (ابتدائيا).

وإذا تعذر الدفع لأي سبب كان، ظلت المبالغ مودعة بأمانات هذه الجهة مع إخطار ذوى الشأن بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. ويكون دفع التعويض لذوى الشأن أو إيداعه بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار ذوى الشأن بتعذر الدفع، مبرئا لزمة الجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه في المادة (14) من هذا القانون.

الباب الرابع

في الاستيلاء المؤقت على العقارات

مادة (14):

يكون للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة، وذلك بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه. ينشر في الجريدة الرسمية ويشمل بيانا إجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة.

ويبلغ قرار الاستيلاء لذوى الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول يعطون بموجبه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار.

ويترتب على نشر قرار الاستيلاء اعتبار العقارات مخصصة للمنفعة العامة ويكون لذوى الشأن الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية.

ويتم تقدير التعويض عن عدم الانتفاع بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (6) من هذا القانون خلال شهر من تاريخ الاستيلاء، وتقوم الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بإعلان ذى الشأن بذلك، وله خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض حق الطعن على هذا التقدير على النحو المبين بالمادة (9) من هذا القانون.

ولا يجوز إزالة المنشآت أو المباني إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات تقديرا نهائيا.

=

مادة (15):

لوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو

تفشى وباء، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها، ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبى الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى.

ويتم تقدير التعويض الذى يستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة (6) من هذا القانون خلال شهر من تاريخ الاستيلاء، ولذى الشأن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض الحق فى الطعن على تقدير التعويض على النحو المبين بالمادة (9) من هذا القانون.

مادة (16) :

تحدد مدة الاستيلاء المؤقت على العقار بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى أيهما أقرب ويجب إعادة العقار فى نهاية هذه المدة بالحالة التى كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض عن كل تلف أو نقص فى قيمته. وإذا دعت الضرورة إلى مد مدة الثلاث سنوات المذكورة وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن على ذلك، وجب على الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضى هذه المدة بوقت كاف إجراءات نزع الملكية، وفى هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء وطبقاً للأسعار السائدة وقت نزع الملكية، أما إذا أصبح العقار نتيجة الاستيلاء المؤقت غير صالح للاستعمال وجب على الجهة المختصة أن تعيد العقار إلى حالته الأولى أو أن تدفع تعويضاً عادلاً للمالك أو صاحب الحق.

الباب الخامس

أحكام عامة ووقائية

مادة (17) :

إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فى غير مشروعات التنظيم داخل المدن، وجب على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (6) من هذا القانون مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان فى تقدير التعويض.

مادة (18) :

إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم فى المدن قد زادت نتيجة تنفيذ

مشروع سابق ذى منفعة عامة فلا تحتسب هذه الزيادة فى تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ فى المشروع السابق.

مادة (19):

يلزم ملاك العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة فى مشروعات التنظيم بالمدن دون أخذ جزء منها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذى نتج عنه هذا التحسين. ويسرى حكم الفقرة السابقة إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم فى المدن مقصورا على جزء من العقار ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقي من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه. وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التحسين وتكاليف المشروع.

مادة (20):

يصرف نصف قيمة العقارات المنزوع ملكيتها والتى دخلت ضمن مناطق التحسين ويودع النصف الآخر بأمانات الجهة طالبة الملكية إلى حين تقديم ذوى الشأن شهادة من الجهة المختصة تفيد سداد مقابل التحسين عن هذه العقارات.

مادة (21):

تشتري العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها بأكملها إذا كان الجزء الباقي منها يتعذر الانتفاع به وذلك بناء على طلب يقدمه ذوى الشأن خلال المدة المنصوص عليها فى المادة (9) من هذا القانون وإلا سقط حقهم فى ذلك. ويتبع فى شأن هذا الجزء جميع الإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون دون حاجة لاستصدار القرار المنصوص عليه فى المادة (2) من هذا القانون.

مادة (22):

لا يدخل فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المبانى أو الغراس أو عقود الإيجار أو غيرها إذا ثبت أنها أجريت بغرض الحصول على تعويض يزيد على المستحق وذلك دون المساس بحق ذى الشأن فى إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة، بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه.

= ويعد كل عمل أو إجراء من هذا القبيل بعد نشر قرار نزع الملكية فى الجريدة الرسمية أنه قد أجرى للغرض المذكور ولا يدخل فى تقدير التعويض.

مادة (23) :

لا توقف دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها وينتقل حق الطالبين إلى التعويض.

مادة (24) :

جميع المبالغ التي تستحق على ذوى الشأن طبقاً لأحكام هذا القانون يكون تحصيلها في حالة التأخير بطريق الحجز الإداري.

مادة (25) :

جميع المبالغ التي تستحق لذوى الشأن وفقاً لأحكام هذا القانون يحصل عنها عند الدفع مبلغ قدره جنيه عن كل مبلغ يجاوز عشرة جنيهات مقابل رسم الدمغة والتوقيع على المستندات والعقود والأوراق المتعلقة بتحقيق الملكية أو تلك المؤيدة للاستحقاق مقابل إعفاء هذه الأوراق وغيرها مما يقدم لهذا الغرض إلى الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية من جميع الرسوم المقررة في سائر القوانين الأخرى.

مادة (26) :

مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 59 لسنة 1979 في شأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة والباب الثاني من القانون رقم 3 لسنة 1982 بإصدار قانون التخطيط العمراني. يلغى القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والقرار بقانون رقم 2 لسنة 1963 بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ مشروعات تحويل أراضي الحياض إلى نظام الري الدائم، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

مادة (27) :

المعارضات في التعويض التي لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل بهذا القانون تحال بحالتها إلى المحكمة المختصة وفقاً لأحكامه.

مادة (28) :

= يصدر وزير الأشغال العامة والموارد المائية اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

مادة (29) = :

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره.

36- تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة :

عرف البعض نزع الملكية للمنفعة العامة بأنها حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر⁽¹⁾.

وقد أخذ البعض⁽²⁾ على هذا التعريف أنه أقام نزع الملكية على القهر، وإن كانت هي الحالة الغالبة، إلا أنه طبقا لقوانين نزع الملكية، فإن الإدارة تساهم على الشراء على النحو الذى نصت عليه المادة الخامسة من القانون رقم 10 لسنة 1990.

وقد عرف هذا البعض نزع الملكية للمنفعة العامة بأنها: "قيام الإدارة باتخاذ إجراءات نقل الأموال المملوكة للأفراد جبرا أو طوعية طبقا للقانون أو بناء على قانون إلى شخص عام، بقصد المنفعة العامة، ونظير تعويض"⁽³⁾.

وبهذا المعنى عرفته فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة (فتوى 680 بتاريخ 12/12/1951) بقولها:

"... بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 5 لسنة 1907 الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وإلى الأحكام العامة المتعلقة بنزع الملكية يتضح أن نزع الملكية ليس إلا طريقة لنقل ملكية العقار من مالكه إلى الأموال العامة للدولة أو

ويبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية في 7 ذى القعدة سنة 1510 هـ (31 مايو سنة 1990 م).

ونشر القانون بالجريدة الرسمية في 31 مايو سنة 1990 - العدد 22 "تابع".

(1) الدكتور سليمان محمد الطماوى الوجيز فى القانون الإدارى سنة 1981 ص 563 -

الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب القانون الإدارى الطبعة الأولى 1981 ص 225.

(2) الدكتور سعد محمد خليل نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون - دار السلام ص 80.

(3) سعد محمد خليل ص 81 وما بعدها - المستشار مصطفى مجدى هرجه المشكلات

العملية فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة سنة 2002 ص 9.

لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة. ومقتضى ذلك أن يخصص العقار المنزوعة ملكيته لمنفعة عامة".

فقرار نزع الملكية والتقرير بالمنفعة العامة هي أعمال إدارية تتولاها السلطة التنفيذية طبقاً للقانون الذى يحدد الشخص العام المسئول باتخاذ الإجراء، بنقل الأموال - وهى فى التشريع المصرى مقصورة على العقارات - إلى أى شخص عام سواء كان الشخص العام هو إحدى الوزارات أو إحدى هيئات الإدارة المحلية أو المؤسسات الاقتصادية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن المشرع أكد دوماً على أن قرارات نزع الملكية إنما هى تصرف من جانب واحد سواء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى حين أشار إلى وجوب شهر التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية كمراسيم نزع الملكية أو الإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأراضى الموات، وتوزيع أراضى طرح البحر، ولقد أكد على ذلك المشرع فى قوانين نزع الملكية سواء القانون رقم 577 لسنة 1954 الذى بدأت إجراءات نزع الملكية فى ظله، أو القانون رقم 10 لسنة 1990 الذى رفعت الدعوى فى نطاق سريانه فكلاهما يوجب أن يصدر قرار بتقرير المنفعة العامة إما من رئيس الجمهورية أو الوزير المختص ونشره فى الجريدة الرسمية يتضمن بياناً إجمالياً للمشروع ورسمًا تخطيطياً يحوى بالضرورة إشارة للعقارات التى سيتم نزع ملكيتها. ثم يلصق القرار والرسم فى أماكن حددها المشرع ليقوم حق الجهة القائمة على تنفيذ قرار نزع الملكية بالدخول إلى هذه العقارات لتحصرها وتحدد أصحاب الحقوق عليها ثم يخطرون بالحضور".

(طغان رقما 7486، 8722 لسنة 76 ق جلسة 2010/2/22)

37- نزع الملكية للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات الواردة فى

(1) سعد خليل 82- المستشار مصطفى مجدى هرجه ص 9.

القانون رقم 10 لسنة 1990 يعد غصبا :

حرصت الدساتير المصرية على أن تكون الملكية الخاصة مصونة وذلك بدءاً من دستور سنة 1923 حتى دستور سنة 2012 الذى تضمنت المادة 24 منه أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً.. وذلك كله وفقاً لما ينظمه القانون. فالدساتير المصرية قد كفلت حماية الملكية الخاصة وفى الوقت ذاته أجازت للدولة - بصفة استثنائية - اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقارات مادامت تحتاج إليها، على أن يتم ذلك وفقاً للضوابط الواردة بالقانون.

فإذا استولت الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عن صاحبه دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها فى القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب، ولمالك العقار المغتصب أن يطالب برد ملكيته إليه وتبقى ولاية القضاء بالنظر فى هذا الطلب قائمة، مادامت جهة الإدارة لم تثبت زوال هذه الملكية عنه بإحدى الطرق التى يبيحها القانون.

وبالتالى يكون لمالك العقار الحق فى استرداد ملكيته، وذلك ما لم يصبح رد هذا العقار مستحيلاً، فلا يكون أمامه إلا طلب التعويض.

بل إن للمحاكم أن تستجيب لطلب منع هذا الغصب وذلك بطريق القضاء المستعجل وذلك حتى تحول دون تغيير معالم الشيء قبل القضاء نهائياً فى موضوع الملكية⁽¹⁾.

كما أن له أن يطالب الحكومة برىح هذا العقار غير متقيد فى ذلك بالأحكام الخاصة بفوائد التأخير.

وقد ذهبت محكمة النقض فى قضاء لها صادر بتاريخ 1977/4/27 فى

(1) محمد على عرفه ص 218 - الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه مكتبة القاهرة الحديثة ص 78.

الطعن رقم 631 لسنة 43 قى وبتاريخ 1984/4/22 فى الطعن رقم 1179 لسنة 53 ق⁽¹⁾ إلى أن مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع، إذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدى إلى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التى تخصصه للمنفعة العامة فيتنفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يربته قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

"إن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة 1923 على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود وبالقيود التى أوردتها، وذلك باعتبارها فى الأصل ثمرة النشاط الفردى وحافزه على الانطلاق والتقدم، فضلا عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التى يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدى وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى. ومن أجل ذلك، حظرت الدساتير نزع الملكية الخاصة جبرا عن صاحبها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون (المادة 9 من كل من دستور سنة 1923 ودستور سنة 1930 والمادة 11 من دستور سنة 1956 والمادة 5 من دستور سنة 1958 والمادة 16 من دستور 1964 والمادة 34 من دستور سنة 1971). كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض (المادة 35) وحظر المصادرة العامة حظرا مطلقا، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى (المادة 36).

(القضية رقم 91 لسنة 4 قضائية "دستورية" جلسة 1985/2/2)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) سيلي نشر الحكمين فى هذا البند.

1- "للمالك الذى اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التى نزع ملكيتها منه جبرا عنه، ولمحكمة الموضوع حق تقدير هذه الفائدة على الوجه الذى تراه غير متقيدة فى ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير".

(طعن رقم 9 لسنة 3 ق جلسة 1933/6/8)

2- "إذا طالب المنزوعة ملكيته المجلس البلدى بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب ما قام به المجلس من إجراء غير مشروع باستيلائه عنوة على عقار له دون اتباع الطريق القانونى، ونظرت المحكمة الدعوى على هذا الاعتبار، وضمنت المجلس نتائج عمله، وقدرت المستحق عليه من التعويض على مقتضى العناصر الواقعية التى استظهرتها فى حكمها، فقضاؤها فى هذا الأمر موضوعى لا يخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 54 لسنة 6 ق جلسة 1937/4/15)

3- "لا تثريب على محكمة الموضوع فى قضائها بالتعويض على وزارة الأشغال إذا كان حكمها قد بنى على أن هذه الوزارة قد أزالَت سواقي للمدعين مقامة فى أرضهم لتوسيع أحد الخزانات، وأنها استولت على الأرض والسواقي دون أن تتخذ إجراءات نزع الملكية مفاجئة أصحاب السواقي بإزالتها فى وقت حاجتهم إلى مياهها، لأن الوزارة بهذا الذى وقع منها تعتبر متعدية غاصبة وملتزمة بتعويض ما ترتب على عملها من الأضرار، ولا يشفع لها فى ذلك التمسك بالمادة السابقة من لائحة الترع والجسور".

(طعن رقم 67 لسنة 8 ق جلسة 1939/2/16)

4- "التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يسار إلى عوضه أى التعويض النقدي، إلا إذا استحال التعويض عينا. فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عينا - كرد الشيء

المغتصب - وجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي.

وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة، فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدها أن ترد الأرض المغتصبة، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض، دون أن تعتد باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تتفى استحالة الرد أو جبرية الاستعداد له، فإن حكمها يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 68 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/16)

5- (أ) - متى كانت الحكومة قد استولت على جزء من أرض وقف جبرا عنه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية، فإن هذا الاستيلاء يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض لجهة الوقف بقيمة ما استولت عليه وبمقدار ما أصاب باقى أرضه المتخلفة بعد الاستيلاء بسبب حرمانها من الواجهة الواقعة على الشارع، وللمضرور فى هذه الحالة إلى جانب التعويض الأصلي الحق فى تعويض آخر عن التأخير يسرى من وقت حصول الضرر، وللحكمة إما أن تقدر التعويض جملة واحدة، أو أن تقدر كلا منهما على حدة غير مقيدة فى ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير".

(ب) - "القول بعدم استحقاق جهة الوقف للفوائد عن المبلغ الذى قدرته المحكمة كتعويض عما أصابها من ضرر بسبب حرمان مالك الأرض التى لم تستول عليها الحكومة من الواجهة الواقعة على الشارع لأن جهة الوقف ظلت تنتفع بها مردود بأن الفوائد المحكوم بها عن هذا المبلغ هى فوائد تعويضية قدرتها المحكمة بواقع 5% علاوة على التعويض الأصلي عن الضرر الذى لحق جهة الوقف بسبب ما طرأ على قيمة الجزء الباقي الذى لم يحصل الاستيلاء عليه من نقص وهى تستحق سواء أكان الوقف ظل ينتفع بها بعد الاستيلاء أم لا".

(طعن رقم 77 لسنة 21 ق جلسة 1955/2/17)

6- "إذا كانت الحكومة قد استولت على عقار جبرا عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية رقم 5 لسنة 1907 المعدل بالمرسوم بقانون رقم 94 لسنة 1931 ورفع صاحب العقار دعوى يطالب بقيمته وقت رفع الدعوى فإن الحكم بتقدير ثمن هذا العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوى يكون غير صحيح في القانون - ذلك أن استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب - على ما جرى به قضاء محكمة النقض- ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظا بملكيته رغم هذا الاستيلاء ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية إلى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه. وفي الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء في ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم".

(طعن رقم 62 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/14)

7- "استيلاء الحكومة على الأتيان محل النزاع دون أن تتخذ إجراءات نزع الملكية يعد - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - بمثابة غصب".

(طعن رقم 14 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/27)

8- "الملكية حرمة، وقد نصت المادة 805 من القانون المدني على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ومن ثم فإن القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلاء على العقار، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفوياً، يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقاً في إصداره ومشوباً بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده عن صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ويغدو معه الاستيلاء على

العقار غصبا واعتداء ماديا تختص المحاكم القضائية بنظر طلبات التعويض عنه".

(طعن رقم 127 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/24)

9- "الملكية الخاصة مصونة- بحكم الدساتير المتعاقبة- فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون (المادة الخامسة من الدستور المؤقت الصادر في 1958، المادة 16 من دستور 1964 والمادة 34 من دستور 1971) وقد نصت المادة 805 من القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل، ونصت المادة الأولى من القانون 577 سنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين على أن "يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون". ومؤدى هذا- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وذلك سواء التزمت تلك الجهة الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية أو التفتت عنها إذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدى إلى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التى تخصصه للمنفعة العامة فيتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية، ومن ثم فيستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن ولا تخضع المطالبة به للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة 172 من القانون المدنى وإنما يتقادم بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق عملا بنص المادة 374 من القانون المذكور".

(طعن رقم 631 لسنة 43 ق جلسة 1977/4/27)

10- "المقرر بنص المادة 34 من دستور سنة 1971 أن الملكية الخاصة مصونة فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون، كما نصت

المادة 805 من القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى رسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل، ونصت المادة الأولى من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة أو التحسين على أن يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون، ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وسواء التزمت تلك الجهة بالإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية أو التفتت عنها إذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدى إلى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التى تخصصه للمنفعة العامة فيتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ الإجراءات القانونية ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يترتب عليه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن يتقاضونه من إدارة نزع الملكية بمصلحة المساحة والتى ناط بها المشرع القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه وتقدير التعويض المستحق لأصحابه عن نزع ملكيته وسداده إليهم".

(طعن رقم 1179 لسنة 53 ق جلسة 1984/4/22)

11- "استيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبرا عن صاحبه دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها فى القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب وأن صاحبه يظل محتفظا بحق ملكيته رغم هذا الاستيلاء ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية، وذلك ما لم يصبح رد هذا العقار مستحيلا فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدى تطبيقا لقواعد المسؤولية العامة التى تقضى بأن التنفيذ العينى هو الأصل ولا يسار إلى عوضه - أى التعويض النقدى - إلا إذا استحال التنفيذ العينى".

(طعن رقم 3906 لسنة 60 ق جلسة 1991/6/27)

12- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع، له أن يطالب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم".

(طعن رقم 975 لسنة 60 ق جلسة 1995/1/18)

13- "لما كان الثابت بالأوراق أن الهيئة العامة للصرف المغطى التى يمثلها المطعون ضده الأخير بصفته قد استولت على أرض النزاع لإقامة مبنى استراحة لصيانة الصرف المغطى عليها دون اتباع الإجراءات التى أوجبها القانون لنزع ملكيتها ومن ثم فإن هذا الاستيلاء يعتبر بمثابة غصب يترتب مسئوليتها عن أداء التعويض لمالكها دون هيئة المساحة الطاعنة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزامها بالتضامن مع المطعون ضده الأخير بصفته بأداء التعويض المحكوم به فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم 8719 لسنة 65 ق جلسة 1997/1/22)

14- "استيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبرا عن صاحبه دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها فى القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب ويظل صاحبه محتفظا بحق ملكيته رغم هذا الاستيلاء ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية وذلك ما لم يصبح رد هذا العقار إليه مستحيلا فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدى تطبيقا لقواعد المسئولية العامة التى تقضى بأن التنفيذ العيني هو الأصل، ولا يسار إلى عوضه- أى التعويض النقدى - إلا إذا استحال التنفيذ العيني".

(طعن رقم 3725 لسنة 59 ق جلسة 1997/1/26)

15- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المادة 16 من القانون رقم 577 لسنة 1954- تنص في فقرتها الرابعة على أن "ويكون لصاحب الشأن في العقارات الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية.... "وإذ كان الثابت في الأوراق- وحصله الحكم المطعون فيه - أن دارى العرض المطالب بمقابل عدم الانتفاع بهما تم الاستيلاء عليهما بطريق التنفيذ المباشر بتاريخ 1965/4/28 وأن المطعون ضدهم الأربعة الأوائل اقتضوا التعويض المستحق عن نزع ملكيتهم في عام 1976 فإن حقهم في مقابل عدم الانتفاع بهما يقتصر على المدة من 1965/4/28 حتى عام 1976، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى لهم بذلك المقابل حتى عام 1979 تاريخ إيداع نماذج الملكية بمصلحة الشهر العقاري، فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 1793 لسنة 67 ق جلسة 1999/6/15)

16- "وحيث إن هذا النعى سديد لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أن استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ويكون شأن المالك في المطالبة بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع، سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الأرض موضوع النزاع صدر في شأنها القرار رقم 520 لسنة 1980 بتخصيصها للمنفعة ونشر في الجريدة الرسمية في 1980/10/12 وأن الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية وإن قامت يحصر الممتلكات وعرض البيانات الخاصة بها بيد أنها لم تقم بإيداع النماذج الموقع عليها من ذوى الشأن أو القرار الوزاري بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري المختص خلال مدة سنتين من تاريخ النشر إلى أن تم تنفيذ المشروع في سنة

1988 - فإنه طبقا لنص المادة العاشرة من القانون رقم 577 لسنة 1954 يسقط مفعول القرار الوزاري بتخصيص أرض النزاع للمنفعة العامة سالف البيان وتزول آثاره القانونية ويضحى الاستيلاء على أطيان النزاع حاصلا دون اتباع الإجراءات مما لازمه استحقاق ذوى الشأن لتعويض يعادل ثمن العقار سواء ما كان عليه وقت الاستيلاء أو ما تفاقم من ضرر إلى تاريخ الحكم، وإذ تحددت طلبات الطاعن فى استحقاقه لتعويض يعادل ثمن العقار وقت الاستيلاء سنة 1988 وانتهى الحكم إلى أنه لا يستحق غير الثمن وقت صدور قرار التخصيص للمنفعة العامة. الذى زال أثره يكون معيبا بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 1652 لسنة 63 ق جلسة 2000/11/21)

17- "إن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته الملكية للجهة الغاصبة وبظل لمالكه حق استرداده وطلب مقابل عدم الانتفاع به إلى أن يصدر قرار بنزع ملكيته تراعى فيه إجراءات القانون، يستوى فى ذلك أن يكون ما استولت عليه الحكومة داخلا فى مشروعاتها العامة أو مضافا إلى خطوط تنظيم الشوارع وفقا لنص المادة 13 من القانون رقم 106 لسنة 1976، إذ أوجب هذا القانون الأخير عدم الإخلال بحكم القانون رقم 577 لسنة 1954 الذى حدد الإجراءات القانونية لنزع ملكية العقارات الداخلة فى ملكية الأفراد".

(طعن رقم 8462 لسنة 63 ق جلسة 2002/5/12)

18- وحيث إن هذا النعى سديد- ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبه دون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى

عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم بما يستتبع تقدير التعويض بقيمة العقار وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن مجلس مدينة أسيوط استولى على عقار النزاع المملوك للطاعنة في أول يناير سنة 1961 وضمه إلى حديقة الحيوان دون اتباع الإجراءات التي يتطلبها قانون نزع الملكية فإن استيلاءه على العقار بمثابة غصب يستوجب مسئولية المطعون ضدهما بصفتيهما ويخول للطاعنة مطالبتهما بالتعويض مقدرا بقيمة العقار وقت رفع الدعوى عام 1985 لا وقت الاستيلاء عليه عام 1961 وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بقيمة العقار في التاريخ الأخير فإنه يكون معيبا مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 7902 لسنة 63 ق جلسة 2002/12/17)

19- "إذ كان قيام المطعون ضده الأول بصفته بالاستيلاء على أرض النزاع بطريق الغصب لعدم اتباع إجراءات نزع الملكية طبقا للقانون، يمنح الطاعن - ولو لم يكن سند ملكيته مسجلا - الحق في رد هذا الاعتداء بإقامة دعوى بطرده منها للغصب وذلك مالم يصبح ردها إليه مستحيلا فعندئذ يكون من حقه المطالبة بالتعويض النقدي عن فقدها. وإذ لم يفتن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى ذلك وانتهى بقضائه إلى انتفاء صفة الطاعن في الدعوى لعدم انتقال ملكية أرض النزاع إليه بتسجيل عقد شرائها، فإنه يكون فضلا عن خطئه في تطبيق القانون قد عابه القصور المبطل".

(طعن رقم 3122 لسنة 67 ق جلسة 2011/4/23)

20- "من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن استيلاء الحكومة على عقار جبرا من صاحبه دون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته الملكية للجهة الغاصبة ويظل لمالكه حق استرداده وطلب مقابل عدم الانتفاع به إلى أن يصدر قرار بنزع ملكيته تراعى فيه إجراءات القانون يستوى فى ذلك أن يكون ما استولت عليه الحكومة داخلا فى مشروعاتها العامة أو مضافا إلى خطوط تنظيم الشوارع وفقا لنص المادة 13 من القانون رقم 106 لسنة 1976 ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم لأن الضرر كلما كان متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتد فى تقديره للتعويض عن الأرض التى استولى عليها المطعون ضده الثانى دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية بقيمتها وقت رفع الدعوى وليس وقت الحكم فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعان رقما 478، 676 لسنة 69 ق جلسة 2011/12/20)

وقد قضت محكمة النقض – إبان سريان المادة 33 من قانون الإصلاح

الزراعى – بأن :

1- "إذ تنص المادة 33 من قانون الإصلاح الزراعى على أنه لا يجوز أن تزيد أجرة الأرض الزراعية على سبعة أمثال الضريبة الأصلية المربوطة عليها، فإن هذا النص لا يحكم سوى العلاقة الإيجارية التى تقوم بين المالك والمستأجر".

(طعن رقم 14 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/27)

2- "يلزم الغصب باعتباره عملا غير مشروع من ارتكبه – وعلى ما جرى به

قضاء محكمة النقض - بتعويض الأضرار الناشئة عنه. ولا تنقيد المحكمة بحكم المادة 33 من قانون الإصلاح الزراعي عند قضائها بالريع لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار وذلك باعتبار هذا الريع بمثابة تعويض".

(طعن رقم 14 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/27)

38- نزع الملكية للمنفعة العامة لا يرد إلا على العقارات :

العقارات وحدها هي التي يمكن أن تكون موضوعاً أو محلاً لنزع الملكية للمنفعة العامة، أما المنقولات فلا يجوز نزع ملكيتها.

وكذلك العقارات الحكيمة كالحقوق العينية العقارية (مثل حق الانتفاع أو الارتفاق) لا يجوز أن تكون موضوعاً لنزع الملكية وإجراءاته وإن كان العقار المنزوع ملكيته سيظهر منها كنتيجة لنزع ملكيته.

ولا يشترط صفة خاصة في العقارات التي يجوز نزع ملكيتها، فقد يكون العقار مبنياً أو أرضاً غير مبنية، وقد يكون مشغولاً بسكان أو بتجارة أو صناعة أو خالياً وإذا كانت أرضاً فقد تكون بوراً أو مرزوعة. غير أنه إذا كان العقار مبنياً، فإنه يجب أن يرد نزع الملكية على الأرض والمبنى معاً، فلا يجوز أن يقتصر نزع الملكية على المبانى دون الأرض أو على الأرض دون المبانى، أو على بعض أدوار البناء⁽¹⁾.

وبهذا أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة - في ظل المرسوم بقانون رقم 94 لسنة 1931 - في فتاها رقم 680 بتاريخ 1951/12/12 وقد جاء بها :

"إن نزع الملكية لا يمكن إلا أن يشمل الأرض وما عليها من بناء، ولا يمكن نزع ملكية البناء وحده، وبالتالي لا يمكن نزع ملكية بعض أدواره".

والأصل أن أملاك الأفراد العقارية هي المقصودة بنزع الملكية. أما الأموال

(1) إبراهيم شبحا وحسين عصمان ص 222 وما بعدها - سليمان الطماوى ص 564 وما بعدها.

العامة فلا تكون محلاً لإجراءات نزع الملكية، فإذا أرادت الدولة مثلاً أن تبني داراً عامة على أرض مملوكة لمحافظة أو مدينة مثلاً، فليس لها أن تلجأ إلى نزع ملكية العقار، ولكن عليها أن تتفق مع الشخص الإداري مالك العقار على تجريدته من صفة العمومية توصلًا إلى نزع ملكيته، أو إلى النزول عنه إليها، أو على تغيير وجهة تخصيص العقار.

أما بالنسبة لأموال الأشخاص العامة الخاصة، فإنه يجوز نزع ملكيتها للمنفعة العامة، ومن ثم إذا احتاجت الدولة لعقار مملوك ملكية خاصة لأحد الأشخاص العامة المحلية كالمحافظات أو المدن أو لأحد الأشخاص المرفقية كهيئة عامة فيجوز للدولة اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار جبراً إذا لم يقبل الشخص العام المحلى أو المرفقى التنازل عنه اختياريًا⁽¹⁾.

39- سلطة نزع الملكية مقصورة على الأشخاص العامة :

سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة مقصورة على الأشخاص العامة، يستوى أن تكون هذه الأشخاص إقليمية (كالمحافظات والمدن والأحياء والقرى) أو مرفقية (كالهيئات العامة والمؤسسات العامة). فهذه الأشخاص هي المنوط بها تحقيق المنفعة العامة والتي من أجلها تقرر منح الإدارة الحق في نزع الملكية لتحقيق المنفعة المذكورة.

وإذا كان الأصل أن سلطة نزع الملكية منوطة فقط بالأشخاص العامة على النحو السالف، إلا أنه يجوز أن يكون نزع الملكية لصالح أحد الملتزمين بإدارة مرفق عام أو بالقيام بأشغال عامة. على أنه يلاحظ أن نزع الملكية في هذه الحالة لا يكون لحساب الملتزمين، وإنما لحساب الإدارة التي منحت الالتزام فيؤول إليها العقارات المنزوعة ملكيتها عند إنهاء اللازم⁽²⁾.

40- طريقان لنزع الملكية :

(1) محمد رفعت عبد الوهاب ص 228- إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص 222 وما بعدها.

(2) إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص 230.

قد يكون نزع الملكية للمنفعة العامة بطريق مباشر إذا اتبعت الإدارة القواعد والإجراءات التي نظمها القانون الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة. وقد يكون نزع الملكية بطريق غير مباشر بأن تخصص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات المنوّه عنها في هذا القانون فتنتقل حيازته من المالك الأصلي إلى الدولة ويتحقق بذلك حكم نزع الملكية ويتولد عنه أسوة بالصورة العادية المباشرة لجميع الحقوق المنصوص عليها في القانون لأولى الشأن.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في قضائها إذ ذهبت إلى أن :

1- "إن نزع الملكية العامة كما قد يكون بطريق مباشر باتباع القواعد والإجراءات التي قررها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة الصادر في 24 أبريل سنة 1907 والمعدل في 18 من يونية سنة 1931 يمكن أن يكون أيضا بطريق غير مباشر: إما تنفيذا للمرسوم الصادر باعتماد خط التنظيم قبل صدور مرسوم نزع الملكية، وذلك باتفاق الحكومة مباشرة مع أصحاب الشأن، وإما بضم الحكومة إلى المال العام عقارا مملوكا لأحد الأفراد دون أن تتخذ الإجراءات المنوّه عنها في قانون نزع الملكية المذكور. ذلك لأن الاستيلاء في هذه الحالات الأخيرة يستتبع نزع ملكية العقار بالفعل ونقل الحيازة من المالك الأصلي إلى الدولة، فتتحقق بهذا حكمه تماما. وإذن فيتولد عنه، أسوة بنزع الملكية بالطريق العادي، جميع الحقوق المنصوص عنها في القانون المشار إليه لأولى الشأن من ملاك ومستأجرين وأصحاب حق المنفعة وغيرهم. ولا يؤثر في ذلك أن نزع الملكية لم يصدر به مرسوم، لأن النص الوارد بالمادة الخامسة من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، حين أشار إلى هذا المرسوم وإلى نشره في الجريدة الرسمية، لم يقض بذلك إلا تقرير حكم نقل العقار المنزوعة ملكيته إلى ملك الدولة وإضافته إلى المنافع العمومية من يوم نشر المرسوم، بغض النظر عن دفع المقابل بعد الاتفاق عليه أو تقديره، فإذا لم تر الدولة داعيا لهذا المرسوم واكتفت بالاتفاق وديا مع المالك فلا يمكن أن يكون

هذا الاتفاق سببا في عدم تطبيق أحكام قانون نزع الملكية وإسقاط حقوق المستأجرين وأصحاب المنفعة التي رعاها القانون ونظمها قبل هذا المالك. فإذا سارع المالك في هذه الحالة إلى الاتفاق على الثمن دون أن يدعو المستأجرين للجلسة المحددة لذلك ليطالبوا بحقوقهم في التعويض عن الضرر الذي لحق بهم مباشرة من نزع الملكية، فإن المستأجر يكون له أن يرجع على المالك المؤجر بالتعويض عما لحقه من الضرر بسبب نزع الملكية".

(الطعن رقم 54 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/15)

2- (أ) "تخصيص ما يملكه الأفراد للمنفعة العامة يقتضى أولاً إدخاله في ملكية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى فيصبح في الملك الخاص ثم ينتقل يعد ذلك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى أو بطريق فعلى، وأن إدخاله في الملك الخاص للدولة يكون بطريق من طرق اكتساب الملكية المبينة في القانون المدنى أو بطريق نزع الملكية".

(ب) نزع الملكية للمنفعة العامة يكون نزعا مباشرا إذا ما اتبعت القواعد والإجراءات التي نظمها القانون الخاص الصادر بشأنه، وقد يحدث بطريق غير مباشر بأن تخصص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات المنوه عنها في هذا القانون فتنتقل حيازته من المالك الأصلي إلى الدولة ويتحقق بذلك حكم نزع الملكية ويتولد عنه أسوة بالصورة العادية المباشرة جميع الحقوق المنصوص عنها في القانون لأولى الشأن، مؤدى ذلك وعلى ضوء ما قضى به الحكم الصادر في الدعوى السابقة - من اعتبار مساحة الأرض موضوع النزاع عن المنافع العامة غير محملة بأى حق عيني - إسباغ صفة قانونية على تخصيصها للمنفعة العامة وانتقال حقوق الملاك السابقين من الأفراد إلى المطالبة بثمنها بحيث يكون مصدر التزام السكة الحديد بأداء هذا الثمن ولو نعتة المشرع بأنه تعويض هو القانون لا العمل غير المشروع".

(ج) التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة 172 من القانون المدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون والتى تجرى عليها فى شأن تقادمها أحكام التقادم العادى المنصوص عليه فى المادة 374 من القانون المدنى ما لم يوجد نص خاص بتقادم آخر".

(طعن رقم 159 لسنة 41 ق جلسة 1976/1/14)

الضمانات المقررة لحماية الملكية الخاصة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة ؛ 41- تعداد ؛

قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، هو أحد الموضوعات التى تدخل فى المباحث الرئيسية للقانون الإدارى. ولكنه يعنينا فقط الضمانات التى قررها هذا القانون لحماية الملكية الخاصة عند نزعها.

وتخلص هذه الضمانات فى ثلاث ضمانات ؛

1- عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى الأحوال التى يقررها قانون نزع الملكية.

2- وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة عند قيام الإدارة بنزع ملكية أحد العقارات.

3- وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته.

ونعرض لهذه الضمانات فيما يلى :

(الضمانة الأولى)

عدم جواز نزع الملكية الخاصة

إلا فى الأحوال التى يقررها قانون

نزع الملكية للمنفعة العامة

42- لا يجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة :

تنص المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1990 على أن: "يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون" - ومفاد ذلك أنه لا يجوز نزع ملكية العقارات إلا إذا كان ذلك لازما للمنفعة العامة، فتوافر المنفعة العامة هو الركن الأساسى الذى يركز عليه أى قرار خاص بنزع الملكية وبدونه لا يكون له أى كيان قانونى⁽¹⁾.

فلا يجوز نزع الملكية للأفراد وحرمانهم من عقاراتهم لغاية أخرى غير المنفعة العامة وحدها. وقد قررت دساتيرنا المتعاقبة هذا الشرط، وآخرها الإعلان الدستورى الصادر فى 2013/7/8 الذى نص فى المادة (11) منه على أن: "... الملكية الخاصة مصونة ... ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، وذلك كله وفقا للقانون". وقد حرص الشارع فى قوانين نزع الملكية المختلفة على تأكيد هذا الشرط فالقانون رقم 5 لسنة 1907 قد صدر "بشأن نزع ملكية العقار للمنافع العمومية" والقانون رقم 577 لسنة 1954 صدر هو أيضا "بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين" والقانون رقم 10 لسنة 1990 - الحالى - . وقد نصت المادة الثانية من القانون الأخير على أن: "يعد من أعمال المنفعة

(1) تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكاتب لجان الإسكان والمرافق العامة والتعمير والزراعة والرى، والإدارة المحلية والتنظيمات الشعبية عن مشروع القانون.

العامة فى تطبيق أحكام هذا القانون.

أولاً : إنشاء الطرق والشوارع والميادين أو توسيعها أو تعديلها، أو تجديدها أو إنشاء أحياء جديدة.

ثانياً : مشروعات المياه والصرف الصحى.

ثالثاً : مشروعات الرى والصرف.

رابعاً : مشروعات الطاقة.

خامساً : إنشاء الكبارى والمجازات السطحية (المزلقانات) والممرات السفلية أو تعديلها.

سادساً : مشروعات النقل والمواصلات.

سابعاً : أغراض التخطيط العمرانى وتحسين المرافق العامة.

ثامناً : ما يعد من أعمال المنفعة العامة فى أى قانون آخر.

ويجوز بقرار من مجلس الوزراء إضافة أعمال أخرى ذات منفعة عامة إلى الأعمال المذكورة. كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلاً عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلية أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب.

ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية، مرفقاً به.

(أ) مذكرة ببيان المشروع المطلوب تنفيذه.

(ب) رسم بالتخطيط الإجمالى للمشروع وللعقارات اللازمة له.

ويتضح من هذا النص ما يأتى :

أنه أورد أعمال المنفعة العامة على سبيل التمثيل لا الحصر ومن ثم يجوز إدراج أعمال أخرى إلى نطاق المنفعة العامة⁽¹⁾. إذ لا يمكن حصر ما يعد من أعمال المنفعة العامة. وعلى هذا الأساس أجاز المشرع لمجلس الوزراء أن يضيف

(1) تصريح مقرر اللجنة المشتركة حال مناقشة المادة بمجلس الشعب.

أية أعمال أخرى ذات منفعة عامة إلى هذه الأعمال، كذلك يؤخذ في الاعتبار ما يشار إليه في قوانين أخرى من أعمال تعد من قبيل النفع العام.

وقد نقل المشرع المادة 22 من القانون الملغى وجعلها فقرة ثالثة من البند (ثامنا) من المادة إذ أجاز أن يشمل نزع الملكية فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلي أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب. وهو نقل يكاد يكون حرفيا وهو اختيار موفق من المشرع بوضع هذه الفقرة التي كانت تعد مادة مستقلة بالباب السادس فاستغنى بذلك عن هذا الباب، الذي كان عنوانه في القانون الملغى (في التوسع في نزع الملكية)⁽¹⁾.

وسرد الأعمال المتعلقة بالمنفعة العامة على سبيل المثال حكم مستحدث في القانون الجديد.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في ظل القانون الملغى بأن تحقيق رسالة الإعلام تعتبر من الأعمال المتصلة بالمنفعة العامة ويجوز الالتجاء إلى نزع الملكية كلما لزم عقار لتحقيق هذه الرسالة.

إذ قضت بتاريخ 1971/4/3 في الطعين رقمى 832، 852 لسنة 12 ق بأن:

"إن الدولة في العصر الحديث تقوم بتنظيم كافة وسائل الإعلام والإشراف عليها لما لها من مساس بالمصلحة العامة للدولة، وإذا كانت دور العرض السينمائي تعتبر من أهم وسائل الإعلام ونشر الثقافة بين الجماهير. فإن تحقيق رسالة الإعلام تعتبر من الأعمال المتصلة بالمنفعة العامة. وبهذه المثابة فإنه يجوز في سبيل تنظيم وسائل الإعلام وتقويتها والإشراف عليها إشرافا فعليا، الالتجاء إلى نزع الملكية طبقا لأحكام القانون رقم 577 لسنة 1954 كلما لزم عقار

(1) الدكتور عبد الحكم فوده ملحق نزع الملكية للمنفعة العامة 1993 ص 8.

من العقارات لتحقيق هذه الأغراض وإذا كان القانون المشار إليه ينصب على العقارات وحدها غير أنه من الأمور المسلمة أن الفرع يتبع الأصل، ولذلك فليس ثمة ما يمنع من أن يشمل نزع الملكية العقارات بالتخصيص، والمقومات المعنوية إن وجدت، على أساس أن الهدف الأساسى لم يكن هو الاستيلاء على تلك المقومات وإنما هو نزع ملكية العقار باعتباره لازماً لتحقيق المنفعة العامة، ويترتب على ذلك كله جواز نزع ملكية دور العرض السينمائى طبقاً لأحكام القانون 577 لسنة 1954 المشار إليه كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، ومن ثم فإن أوجه الطعن المتصلة بهذه الموضوعات تكون على غير أساس من القانون".

ويجب ألا يجاوز نزع الملكية الغرض منها وهو تحقيق المنفعة العامة. وترتيباً على ذلك أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بعدم قانونية تخصيص جزء من المسطح المنزوعة ملكيته لإقامة مشروع إسكان عاجل كحصة عينية فى رأس مال شركة مصر للتعمير الخاضعة لقانون الاستثمار إذ أفتت بأن :

"ولما كان رئيس الجمهورية - فى الحالة المعروضة - قد أصدر القرار رقم 1071 لسنة 1969 بنزع ملكية العقارات الكائنة بزماء ناحية ساقية مكى بمدينة الجيزة والبالغ مساحتها 9 سهم 8 قيراط 37 فدان وذلك للمنفعة العامة لإقامة مشروع الإسكان العاجل لتوفير السكن الصحى للمواطنين فى المناطق الصالحة لهذا الغرض ولمواجهة الامتداد الطبيعى للتوسع العمرانى بمحافظة الجيزة، فقد كان من المتعين على جهة الإدارة (محافظة الجيزة) احترام الغرض من نزع ملكية المسطح المذكور وعدم مجاوزته إلى حد تقديم جزء من المسطح كحصة عينية فى رأس مال شركة مصر للتعمير الخاضعة لقانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974. ولا ينال من ذلك القول بأن المشرع فى التقنين المدنى نص على حالات إنهاء تخصيص المال العام للمنفعة العامة كوسيلة لتحويله إلى مال خاص ومن بين هذه الحالات صدور قرار من المختص بإنهاء التخصيص. وأن المحافظ بمقتضى

قانون نظام الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979، أصبحت له بالنسبة لجميع المرافق العامة التى تدخل فى اختصاص وحدات الإدارة المحلية جميع السلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزراء فى القوانين واللوائح مما يجوز معه صدور قرار من المحافظ بإنهاء تخصيص المال للمنفعة العامة وتحويله إلى مال خاص ثم استخدامه كحصة عينية فى شركة ما فهذا القول مردود عليه بأن حالات إنهاء تخصيص المال العام للمنفعة العامة المشار إليها فى المادة 88 من التقنين المدنى لا تنطبق إلا على الأموال العامة المملوكة للأشخاص العامة بهذا الوصف ابتداءً، دون تلك التى نزعت ملكيتها من الأفراد لتحقيق غرض معين ذى نفع عام. والتى لا تفقد صفتها كأموال عامة إلا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة طبقاً للنص الصريح للمادة 88 المشار إليها والقول بغير ذلك يشكل انتهاكاً صارخاً لأحكام نزع الملكية للمنفعة العامة التى لم تقرر إلا استثناءً وفى حدود معينة مما يتعين معه الاقتصار على تلك الحدود وعدم مجاوزتها.

(جلسة 1989/6/21 ملف رقم 73/1/10)

- 2- أنه يجوز إضافة أعمال أخرى إلى المنفعة العامة، غير الأعمال المنصوص عليها بالمادة. إلا أن ذلك لا يكون إلا بقرار من مجلس الوزراء. وهذا الاختصاص لا تفويض فيه، ولا يملك أحد غير مجلس الوزراء القيام به.
- 3- أن تقرير المنفعة العامة يكون بقرار من رئيس الجمهورية. ويجوز لرئيس الجمهورية تفويض غيره فيه كما سنرى.

43- مدى سلطة الإدارة فى اختيار العقارات للمنفعة العامة :

للإدارة سلطة مطلقة فى اختيار العقارات اللازمة للمنفعة العامة، طالما أن الباعث على صدور القرار هو المنفعة العامة⁽¹⁾.

(1) سعد محمد خليل ص 87- رفعت عبد الوهاب ص 231.

ومن ثم لا يقبل من الأفراد الطعن على اختيار الإدارة بحجة أنها كان يمكن لها أن تختار عقارا آخر فى مكان آخر غير الذى اختارته⁽¹⁾. أو بحجة أن المساحة التى ترى لزومها للمنفعة للمشروع المزمع إقامته أكبر من اللازم وأنه كان بإمكانها إنشاء المشروع المطلوب إقامته على مساحة أقل من تلك التى قامت بنزع ملكيتها.

ومفاد ذلك أن سلطة الإدارة التقديرية تتجو من رقابة القضاء الإدارى فإن هذا القضاء لا يختص بفحص عنصر الملاءمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا نزعت الحكومة ملكية أرض للمنفعة العامة وتنازع صاحب الأرض مع الحكومة لدى المحكمة على الثمن المقدّر لها ثم ادعى أن الحكومة نزعت من ملكيته ما يزيد على المطلوب للمنفعة العامة وطلب استرداده - فهذا الطلب الذى يتمحص فى حقيقته عن أنه طلب تعديل مرسوم نزع الملكية أو إلغائه جزئيا، فضلا عن أنه لا يمكن إقحامه فى معارضة ترفع عن تقدير الثمن، هو طلب خارج قطعا عن ولاية السلطة القضائية طبقا لقواعد الفصل بين السلطات".

(طعن رقم 88 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/9)

وإذا كان للإدارة حرية تقدير المنفعة العامة بهذا المدى المتسع، إلا أن حريتها يرد عليها قيد عام هو عدم إساءة استعمال السلطة. ويكون عمل الإدارة معيبا بهذا الوجه من أوجه عدم المشروعية إذا ظهر أن الغرض الحقيقى لنزع الملكية ليس المصلحة العامة بل تحقيق منفعة مالية بحتة أو أغراض شخصية. كقيام الإدارة بنزع ملكية إحدى المستشفيات كوسيلة لإجبار ملاكها على رفع مصاريف ردمها، أو قيام الإدارة بنزع ملكية عقار يملكه أجنبى لإجباره على مغادرة البلاد⁽²⁾.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

(1) إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص 232.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب ص 232 - إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص 234.

1- "ومن حيث إنه من المقرر قانوناً أن لجهة الإدارة سلطانها فى اختيار الموقع وتحديد العقارات التى يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققاً للمصلحة العامة وما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراية وينعقد لها من أسباب الاختصاص الصحيح، ومثل هذا الاختيار مما يدخل فى نطاق سلطتها التقديرية وينأى عن تعقيب القضاء الإدارى مادام أن رائده الصالح العام وأنه لا ينهض من الشواهد ما ينبئ عن أنها انحرفت به عن غاياته فتتكتب وجه المصلحة العامة أو اتخذته بباعث منبت الصلة بها وإذ كان من الثابت أن العقار محل المنازعة اعتبر من أعمال المنفعة العامة- فى ضوء موقعه ومواصفاته، وخصص لأغراض وزارة الأوقاف ماثلة فى الرسالة الدينية السامية التى تنهض على تحقيقها، حيث استعمل مقراً للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية فإن القرار الطعين وبهذه المثابة إنما صدر سليماً قائماً على صحيح سببه بمنأى عن مظان الانحراف ولا يبقى من أسباب تعيبه إلا ما ينعى عليه به من البطالان فيما انطوى عليه من استيلاء مؤقت فى غير حالاته المقررة قانوناً".

(طعن رقم 517 لسنة 18 ق جلسة 1979/5/12)

2- "ومن حيث إن المادة (34) من الدستور تنص على أن "الملكية الخاصة مصونة... ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون.... وتنص المادة (1) من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين على أن "يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقاً لأحكام هذا القانون". كما نص القانون رقم 252 لسنة 1960 فى شأن تعديل بعض الأحكام الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء على العقارات، فى المادة (1) على أن "يكون تقرير صفة المنفعة العامة أو التصريح للجهة المستملكة عن وجود نفع عام بالنسبة للعقارات المراد نزع ملكيتها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية". ونص فى المادة (2) على أنه "فيما عدا الأحوال الطارئة والمستعجلة التى تقتضى الاستيلاء المؤقت على

العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم و... يكون الاستيلاء المؤقت على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية". وذلك فقد حرص الدستور والقانون على التوفيق بين حق الدولة في الحصول على العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة لتحقيق ثمرتها المرجوة في خدمة الصالح العام، وبين حقوق ذوى الشأن من ملاك هذه العقارات، فأرسى ضابطاً أساسياً في هذا المجال - هو لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة، وهذا ينكشف من ظروف ووقائع الأحوال، فما تقررره الجهة الإدارية في هذا الشأن يجب أن يكون مستمداً من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للصالح العام فإن دلت الظروف ووقائع الحال على غير ذلك وقعت الإجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون".

(طعن رقم 2441 لسنة 30 ق جلسة 1985/5/18)

(الضمانة الثانية)

وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة

يجب اتباع الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، عند نزع ملكية أحد العقارات.

وتخلص هذه الإجراءات فيما يلى.

44- (أ) - صدور قرار من رئيس الجمهورية بتقرير المنفعة العامة :

لابد أن يصدر بتقرير المنفعة العامة قرار من رئيس الجمهورية.
وطبقا للقانون رقم 42 لسنة 1967 يجوز لرئيس الجمهورية أن يفوض من يراه.

ويجب أن يكون التفويض سابقا على العمل مع مراعاة قواعده الشكلية عند إصداره، وإلا اعتبر القرار ولدا ميتا⁽¹⁾.

ويرفق بقرار رئيس الجمهورية مذكرة ببيان المشروع المطلوب تنفيذه. ورسم بالتخطيط الإجمالى للمشروع وللعقارات اللازمة له (م2).
وكانت المادة الثانية من القانون الملغى تجعل تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص.

45 - لا يترتب على صدور القرار الجمهورى بذاته خروج العقارات من ذمة صاحبها :

تقرير صفة المنفعة العامة بمقتضى قرار رئيس الجمهورية لا يترتب عليه بذاته خروج العقارات اللازمة للمشروع من ذمة صاحبها وانتقال ملكيتها إلى ذمة الجهة الإدارية بل تظل على ملك صاحبها. فتقرير المنفعة العامة ليس طريقا

(1) سعد محمد خليل ص 115.

لاكتساب الملكية، وإنما هو إجراء القصد منه إضفاء صفة على العقار من شأنها أن تمنع صاحبه من أن يتصرف فيه تصرفاً يكون الغرض منه عرقلة السير فى تنفيذ المشروع المقرر أو الحصول على تعويض أكبر مثل إجراء تحسينات أو إنشاء مبانى أو غرس. ومن ثم فإنه لا يعتد بهذه التصرفات ولا تسرى فى حق جهة الإدارة⁽¹⁾.

46- الطعن على القرار :

قرار رئيس الجمهورية بتقرير المنفعة العامة هو قرار نزع الملكية الأساسى والذى ترتكز عليه كافة الإجراءات التالية، وهو باعتباره قراراً إدارياً فهو يقبل الطعن بالإلغاء استقلاً أمام محكمة القضاء الإدارى، وقد يكون الطعن على سبيل المثال بسبب انتفاء صفة المنفعة العامة أو بسبب أن القرار لم يرفق به مذكرة ببيان المشروع المعتبر من أعمال المنفعة العامة أو الرسم التخطيطى. وهذا القرار ليس قراراً تنظيمياً عاماً بل قراراً فردياً لأنه يمس المركز القانونى الذاتى لمالك العقار وغيره من أصحاب الحقوق عليه⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن علم ذوى الشأن بأثر القرار المذكور على مراكزهم القانونية لا يتحقق بمجرد نشره فى الجريدة الرسمية وإنما يجب بالإضافة إلى هذا النشر لصق القرار فى المكان المعد للإعلانات بالمحافظة وفى مقر العمدة والشرطة وفى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار، فالمشرع يريد كفالة العلم اليقينى بالقرار. وعلى ذلك إذا لم تتم إجراءات اللصق فإنه لا يبدأ ميعاد رفع دعوى إلغاء قرار المنفعة، لأنه يبدأ من تاريخ اللصق وليس من تاريخ النشر⁽³⁾.

وإغفال عملية اللصق يلحق البطلان بالقرار، لأنها عملية إجبارية استلزمها

(1) محمد رفعت عبد الوهاب ص 234 وما بعدها.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب ص 234.

(3) المستشار مصطفى هرجه ص 25 وما بعدها.

القانون، حتى يصل القرار إلى مسامع المخاطبين به من أهل المدن والقرى والنجوع⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بـ :

"إن هذه المحكمة سبق لها أن قضت بأن قرار تقرير المنفعة العامة لمشروع معين بما يصاحبه ويترتب عليه من نزع ملكية الأفراد المالكين أو الحائزين ليس فى طبيعته قرارا تنظيميا عاما بحيث يكفى نشره فى الجريدة الرسمية لتوفر القرينة القانونية على العلم به وإنما هو أقرب إلى القرارات الفردية لأنه يمس المركز القانونى الذاتى لكل مالك أو حائز لجزء من العقار الذى تنزع ملكيته كما يمس أيضا المراكز القانونية الذاتية لمن ترد أسماؤهم بالكشف المرافق للقرار من الملاك الحقيقيين الذين يكون لهم بعد الاطلاع على الكشف المذكور من إبداء اعتراضاتهم إلى الجهة المختصة التى عينها القانون وعلى ذلك فإن علم ذوى الشأن بأثر القرار المذكور على مراكزهم القانونية لا يتحقق بمجرد نشره فى الجريدة الرسمية، إذ تطلب القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة إلى جانب نشر القرار فى الجريدة الرسمية لصقه فى المكان المعد للإعلانات بالمحافظة وفى مقر العمدة والشرطة أو فى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار مما يستفاد منه أن مجرد نشر قرار المنفعة العامة لا يكفى فى نظر المشرع لوصوله إلى علم ذوى الشأن من الملاك والحائزين للعقار الذى يرد عليه القرار. ومن حيث إنه لما كان ذلك وكانت إجراءات اللصق لم يرق عليها دليل، فإن النشر فى الجريدة الرسمية وحده لا يكون كافيا فى إثبات علم المطعون ضده بالقرار محل الطعن فى تاريخ سابق على رفع الدعوى ومن جهة أخرى فإن الثابت أن القرار المطعون فيه - فيما تضمنه من نزع ملكية المنقولات المملوكة للمدعى والتى انصب عليها الطعن المائل - قد نزل إلى حد غصب السلطة وانحدر بذلك إلى

مجرد الفعل المادى المنعدم الأثر قانونا الأمر الذى يزيح أية حصانة ويفتح الباب للطعن فيه دون التقيد بميعاد".

(طعن رقم 831 لسنة 12 ق جلسة 1975/5/24)

غير أن العلم اليقيني بالقرار يغنى عن النشر، فى بدء سريان ميعاد دعوى إلغاء القرار.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"ومن حيث إن نشر القرار المقرر المنفعة العامة فى الجريدة الرسمية ولصقه فى المحل المعد لذلك للإعلانات بالمحافظة وفى مقر الشرطة والمحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار على نحو ما توجب المادة الثالثة من القانون رقم 577 لسنة 1954 المشار إليه إجراءات تالية على صدور القرار لا يرتد بأثرها إلى ذات القرار أو تنال من صحته، وهى جميعا محض إجراءات لاحقه لا تعدو أن تكون تسجيلاً لما تم فعلاً - غايتها أساساً وصول القرار إلى علم ذوى الشأن بمراعاة أن قرار تقدير المنفعة العامة لمشروع معين بما يصاحبه ويترتب عليه من نزع الملكية، ليس فى طبيعته قراراً تنظيمياً عاماً بحيث يتعين نشره فى الجريدة الرسمية ويكفى فيه هذا النشر وإنما هو أقرب إلى القرارات الفردية إذ يمس المركز القانونى لكل مالك لجزء من العقار الذى تنزع ملكيته ومن ثم كفل القانون من إجراءات النشر والإعلان ما يؤمن بقدر الإمكان وصول القرار إلى علم أصحاب الشأن. فإذا كان من المقطوع به أن أصحاب الشأن جميعاً علموا بالقرار علماً يقينياً وطعنوا عليه فى الميعاد عن بينة بكامل نصوصه وديباجته فإن نعيمهم ببطلان القرار بمقولة إغفال إجراءات النشر والإعلان المتطلبية فى صدره - وعلى افتراض ذلك - نعى فى غير طائل متعين الرفض".

(طعن رقم 571 لسنة 18 ق جلسة 1979/5/12)

47- هل يجوز لمالك الأرض المنزوعة ملكيتها تقديم بديل لها؟

إذا قدم مالك العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة بديلاً له، فإن ذلك لا يترتب عليه بذاته حلول العقار المقدم منه محل العقار الذى نزع ملكيته، وإنما يخضع ذلك لمطلق تقدير جهة الإدارة طالما أنه لم يقدّم دليل على أنها أساءت استعمال السلطة.

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 1955/2/5⁽¹⁾.

48- (ب) - نشر القرار المقرر للمنفعة العامة واتخاذ إجراءات اللصق :

ينشر القرار المقرر للمنفعة العامة مع صورة من المذكرة المشار إليها فى المادة (2) من القانون فى الجريدة الرسمية ويلصق فى المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية وفى مقر العمدة أو الشرطة أو فى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار (م3). وتترتب آثار قرار رئيس الجمهورية بتقرير المنفعة العامة من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد ما استلزمه القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين المعدل بق 13 لسنة 1962 - من إجراءات - يذل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن قرار رئيس الجمهورية بتقرير المنفعة العامة تترتب عليه آثاره من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية... الخ".

(طعن رقم 3212 لسنة 59 ق جلسة 1991/2/14)

49- (ج) - دخول مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية

(1) مشار إليه سعد محمد خليل ص 90.

الأراضى التى تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة :

يكون لمندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، بمجرد النشر المنصوص عليه فى المادة الثالثة من القانون الحق فى دخول الأراضى التى تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة بحسب التخطيط الإجمالى للمشروع، وذلك بالنسبة للمشروعات الطولية لإجراءات العمليات الفنية والمساحية، ووضع علامات التحديد، والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار .

وبالنسبة للمبانى والمشروعات الموقعية، فيخطر ذوى الشأن بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول قبل دخول العقار (م4).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يستلزم القانون رقم 577 سنة 1954 أن يكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ينشر فى الجريدة الرسمية، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبى الجهة القائمة بنزع الملكية دخول العقارات لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار على أن يكون دخول العقارات بعد إخطار ذوى الشأن، ثم تقوم الجهة نازعة الملكية بعد ذلك بإجراءات حصر العقارات وعرض البيانات وتقدير التعويض المستحق لأصحاب الشأن، فإذا وافقوا عليه وقعوا على نماذج خاصة تنتقل بمقتضاها الملكية أما إذا عارضوا أو تعذر الحصول على توقيعاتهم فيصدر بنزع الملكية قرار من الوزير المختص وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى، وإذا لم يتم الإيداع خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية سقط مفعول هذا القرار، ومؤدى ذلك أن قرار الوزير المختص بتقرير المنفعة العامة لا تترتب عليه آثاره القانونية إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فإذا صدر ونشر فى الجريدة الرسمية ومضت مدة سنتين من تاريخ نشره لم يتم خلالها إيداع النماذج الموقع عليها من ذوى الشأن أو القرار الوزارى بنزع الملكية فى

مكتب الشهر العقاري سقط مفعوله".

(طعن رقم 425 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/3)

50- (د) حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها

:

يكون حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحلية ومن الصراف.

ويسبق عملية الحصر المذكورة إعلان بالموعد الذى يعين للقيام بها يلصق فى المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية وفى مقر العمدة. كما يخطر ذو الشأن بالموعد المذكور بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وعلى جميع الملاك وأصحاب الحقوق الحضور أمام اللجنة المذكورة فى موقع المشروع للإرشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم.

وتحرر اللجنة محضرا تبين فيه هذه الممتلكات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق ومحال إقامتهم من واقع الإرشاد فى مواقعها ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفتر المكلفات والمراجع الأخرى.

ويوقع أعضاء اللجنة المذكورة وجميع الحاضرين على كشوف الحصر إقرارا منهم بصحة البيانات الواردة بها، وإذا امتنع أحد ذوى الشأن عن التوقيع أثبت ذلك فى المحضر مع بيان أسباب امتناعه (م5).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن النص فى المادة 6 من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الصادر بالقانون رقم 577 لسنة 1954 - المنطبق على واقعة النزاع - على أن "تعد المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية كشوفا من واقع عملية الحصر سألقة الذكر تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى تقدرها

لهم، وتعرض هذه الكشف... لمدة شهر ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا الغرض بخطاب موسى عليه بعلم الوصول...". والنص فى المادة 7 من ذات القانون على أن "لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها فى المادة السابقة الاعتراض على البيانات الواردة بها...". والنص فى المادة 8 على أن "تعتبر البيانات الخاصة بالعقارات والحقوق المدرجة فى الكشف نهائية إذا لم تقدم عنها معارضات خلال المدة المنصوص عليها فى المادة السابقة ولا تجوز المنازعة فيها أو الادعاء فى شأنها بأى حق قبل الجهة نازعة الملكية، ويكون أداء المبالغ المدرجة فى الكشف إلى الأشخاص المقيدة أسماؤهم فيها مبرئا لزمة الجهة نازعة الملكية فى مواجهة الكافة" والنص فى المادة 15 منه على أن "المعارضات فى التعويض لا تحول دون حصول ذوى الشأن على المبالغ المقدرة بمعرفة المصلحة...". يدل على أنه إذا انتهت مدة عرض الكشف المبينة بالمادة السابعة من القانون المشار إليه دون اعتراض عليها فقد استقرت بذلك بياناتها بين الجهة طالبة نزع الملكية وملاك الأرض أو ذوى الشأن الواردة أسماؤهم بهذه الكشف واستقر بين الأطراف مبدأ أحقية من ورد اسمه بها فى التعويض وبرئت ذمة الجهة طالبة نزع الملكية قبل من قد يظهر من أصحاب الحقوق فيما بعد فلا يكون لهم إلا الرجوع على من اقتضى التعويض، وبذلك لا يتبقى بين الأطراف إلا المجادلة فى مدى ملائمة التعويض فقط إن اعترض أحد أطرافه - الملاك أو ذوى الشأن أو الجهة طالبة نزع الملكية - على مقداره، ومن ثم فإن نطاق الخصومة المطروحة على القضاء فى هذا الشأن يتحدد بالمنازعة فى مقدار التعويض فقط دون غيره من المسائل الأولية فلا يقبل نزاع من أى من طرفى الخصومة أو أن تعرض المحكمة من تلقاء نفسها لمسألة تخرج عن ولايتها المقصورة تحديدا على النظر فى مدى ملائمة التعويض وإلا كان خروجا عن نطاق الدعوى يترتب عليه البطلان".

(طعن رقم 11139 لسنة 66 ق جلسة 2010/11/22)

2- "وحيث إن مما ينعاها الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق

القانون والقصور فى التسبب وذلك حين قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول دعواه لرفعها من غير ذى صفة على ما ذهب إليه من أن سند شرائه للأرض غير مسجل مع أن الجهة الإدارية أدرجت اسمه بكشوف الحصر باعتباره من الملاك وصرفت له التعويض السابق تقديره مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة (7) من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الصادر بالقانون رقم 10 لسنة 1990 المنطبق على واقعة النزاع على أن "تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه فى المادة السابقة كشوفاً من واقع عملية الحصر المنصوص عليه فى المادة (5) من هذا القانون تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى قدرتها اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة وتعرض هذه الكشف... لمدة شهر ويخطر الملاك وذو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول" والنص فى المادة (8) من ذات القانون على أن "لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها فى المادة السابقة حق الاعتراض على البيانات الواردة بهذه الكشف ويقدم الاعتراض إلى المقر الرئيسى للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية إلى المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن بدائرتها العقار وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق على العين الواردة فى الكشف المشار إليها وجب أن يرفق به جميع المستندات المؤيدة له وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها وذلك خلال التسعين يوماً التالية لتقديم الاعتراض وإلا اعتبر كأن لم يكن وللجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية - عند اللزوم - أن تطلب من ذوى الشأن تقديم مستندات أخرى مكملة... ولذوى الشأن الحق فى الطعن على القرار الذى يصدر فى الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار... خلال تسعين يوماً من

تاريخ إعلانهم بالقرار والنص في المادة (10) منه على أن "تعد البيانات الخاصة بالعقارات والحقوق المدرجة في الكشف نهائية إذا لم تقدم عنها معاوضات أو طعون خلال المدد المنصوص عليها في المادتين 8، 9 من هذا القانون ولا يجوز بعد ذلك المنازعة فيها أو الادعاء في شأنها بأى حق من الحقوق قبل الجهة طالبة نزع الملكية ويكون قيام الجهة طالبة نزع الملكية بأداء المبالغ المدرجة في الكشف إلى الأشخاص المقيدة أسماؤهم مبرئاً لذمتها في مواجهة كافة" والنص في المادة (13) منه على أن "لا يحول الطعن في تقدير التعويض دون حصول ذوى الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية على المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (6) من القانون" يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه إذا انتهت مدة عرض الكشف المبين بالمادة الثامنة من هذا القانون دون اعتراض عليها فقد استقرت بذلك بياناتها من الجهة طالبة نزع الملكية وملاك العقارات والمنشآت أو ذوى الشأن الواردة أسماؤهم بهذه الكشف واستقر بين الأطراف مبدأ أحقية من ورد اسمه بها في التعويض وبرئت ذمة الجهة طالبة نزع الملكية قبل من يظهر من أصحاب الحقوق فيما بعد فلا يكون لهم إلا الرجوع على من اقتضى التعويض وبذلك لا تبقى بين الأطراف إلا المجادلة في مدى ملائمة التعويض فقط إن اعترض أحد أطرافه "الملاك" أو ذوى الشأن، أو الجهة طالبة نزع الملكية" على مقداره ومن ثم فإن نطاق الخصومة المطروحة على القضاء في هذا الشأن يتحدد بالمنازعة في مقدار التعويض فقط دون غيره من المسائل الأولية فلا يقبل نزاع من أى طرف من طرفى الخصومة أو أن تعرض المحكمة من تلقاء نفسها لمسألة تخرج عن ولايتها المقصورة تحديداً على النظر في مدى ملائمة التعويض وإلا كان خروجاً على نطاق الدعوى يترتب عليه البطلان.. متى كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بأن عرض لبحث ملكية الطاعن وقضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعد قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على ما ذهب إليه من أن سند ملكيته غير مسجل فإنه يكون مشوباً بالقصور

أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ولما تقدم وكان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن تقدير ما تساويه العين المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة مسألة موضوعية وللمحكمة الموكول إليها أمره أن تستهدى فيه بما تطمئن إليه من تقرير خبير الدعوى والدلائل الأخرى المعروضة عليها. ولما كان الثابت من مدونات الحكم المستأنف أنه خلص بأسباب سائغة ومن واقع تقرير خبير الدعوى إلى ملائمة ما انتهى إليه من تقرير لمبلغ التعويض عن الأرض وتقره هذه المحكمة على هذا الاستخلاص وخلت الأوراق مما يؤثر فى هذا التقدير مما يتعين معه تأييده فيما انتهى إليه من تقدير لمبلغ التعويض".

(طعن رقم 3088 لسنة 70 ق جلسة 2011/12/18)

51- (هـ) نقل ملكية العقار المنزوعة ملكيته :

تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه فى المادة السادسة من القانون كشوفاً من واقع عملية الحصر والتحديد المنصوص عليها فى المادة (5) من هذا القانون تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى قدرتها اللجنة المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون وتعرض هذه الكشوف مرفقا بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات فى المقر الرئيسى لهذه الجهة وفى مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع فى دائرتها العقار. وفى مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع فى دائرتها العقار، وفى مقر العمدة وفى مقر الوحدة المحلية لمدة شهر. ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. وسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان فى الوقائع المصرية- ملحق الجريدة الرسمية - وفى جريدتين

يوميتين واسعتى الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط فى الأماكن المذكورة.

ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء فى مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول (م7) ولدوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها فى المادة السابقة حق الاعتراض على البيانات الواردة بهذه الكشوف.

ويقدم الاعتراض إلى المقر الرئيسى للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إلى المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن فى دائرتها العقار، وإذا كان الاعتراض متعلقا بحق على العين الواردة فى الكشوف المشار إليها وجب أن يرفق به جميع المستندات المؤيدة له، وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها وذلك خلال التسعين يوما التالية لتقديم الاعتراض، وإلا اعتبر كأن لم يكن، وللجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية - عند اللزوم - أن تطلب من ذوى الشأن تقديم مستندات أخرى مكملة، وعليها أن تبين لهم هذه المستندات كتابة ودفعة واحدة، وتحدد لهم ميعادا مناسباً لتقديمها.

وفى جميع الأحوال يجب أن يشتمل الاعتراض على العنوان الذى يعلن فيه ذو الشأن بما تم فى الاعتراض.

ولدوى الشأن الحق فى الطعن على القرار الذى يصدر فى الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار ويرفع الطعن بالطرق المبينة فى قانون المرافعات خلال ستين يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار (م8).

ولكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها فى المادة (7) من القانون الحق فى الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقارات والمنشآت. ويرفع

الطعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات. وتتعدد الخصومة فى هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة (م 9).

وتعد البيانات الخاصة بالعقارات والحقوق المدرجة فى الكشف نهائية إذا لم تقدم عنها معارضات أو طعون خلال المدة المنصوص عليها فى المادتين 8، 9 من القانون. ولا يجوز بعد ذلك المنازعة فيها أو الادعاء بشأنها بأى حق من الحقوق قبل الجهة طالبة نزع الملكية، ويكون قيام الجهة طالبة نزع الملكية بأداء المبالغ المدرجة فى الكشف إلى الأشخاص المقيدة أسماؤهم فيها مبرراً لذمتها فى مواجهة الكافة (م 10).

ويوقع أصحاب العقارات والحقوق التى لم تقدم فى شأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة، أما الممتلكات التى يتعذر فيها ذلك لأى سبب كان فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص، وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى المختص، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (م 1/11 من القانون).

وإذا لم تودع النماذج أو القرار الوزارى طبقاً للإجراءات المنصوص عليها فى المادة السابقة خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة فى الجريدة الرسمية، عد القرار كأن لم يكن بالنسبة للعقارات التى لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها (م 12).

وقد قضت محكمة النقض فى ظل القانون الملغى بأن :

"لما كان القانون رقم 577 لسنة 1954 قد بين خطوات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة التى تبدأ بصدور قرار بتقرير المنفعة العامة الذى ينشر بالجريدة الرسمية، وحصر العقارات اللازمة، وتحديد أصحاب الحقوق فيها، وتقدير

التعويضات وتنتهى إما بموافقة أصحاب الحقوق المذكورة وتوقيعهم على نماذج نقل الملكية، وإما بصور قرار نزع الملكية. ويتم انتقال الملكية فى الحالتين بإيداع تلك النماذج الموقعة من ذوى الشأن أو قرارات نزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى عملاً بالمادة التاسعة من هذا القانون. ونص فى المادة العاشرة منه على أنه إذا لم يتم هذا الإيداع خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة "سقط مفعول هذا القرار بالنسبة للعقارات التى لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها". ويهدف المشرع من ذلك إلى حماية المصالح الخاصة بأصحاب الحقوق فى تلك العقارات التى تأخر شهر نقل ملكيتها، ومن ثم فهو جزاء نسبى لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يطرح على المحكمة إلا بناء على طلب صاحب الشأن فيه.

(طعن رقم 1339 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/12)

(راجع أيضا طعن رقم 425 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/3)

(الضمانة الثالثة)

وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته

52- يجب أن يكون التعويض عادلا :

نصت الدساتير السابقة على دستور سنة 1971 على أن نزع الملكية لا يكون إلا مقابل تعويض عادل، ولكن دستور 11 سبتمبر سنة 1971 أورد اصطلاح (التعويض) مطلقا غير موصوف اكتفاء بقوله: "مقابل تعويض وفقا للقانون".

ولكن هذا الخلاف فى الصياغة لا يدل على أن المشرع فى الدستور المشار إليه، قد أراد العدول عن التقليد المستقر قبله من ضرورة منح من تنزع ملكيته تعويضا كاملا، لاسيما وأن ضمانات الملكية الخاصة والشرعية وردت فى هذا الدستور بصورة أوفر منها فى جميع دساتيرنا السابقة. ولهذا فإن مبدأ التعويض (الرمزى) الذى تتبعه بعض الدول، لا يستقيم مع مبادئ الدستور الجديد. ومن ثم فإن تعويض نزع الملكية يجب أن يكون عادلا، أى يشمل ما يلحق المالك من خسارة وما يفوته من كسب⁽¹⁾.

وقد كفل القانون رقم 10 لسنة 1990 عدالة التعويض بميزان منضبط وبصفة خاصة قرر حق المالك فى الطعن القضائى لضمان تحقق سلامة تقدير التعويض وعدالته⁽²⁾. فضلا عن أن المادة 805 مدنى قد نصت على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون، وبالطريقة التى يرسمها، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل.

وقد قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 10091 لسنة 64 ق جلسة 1996/5/8 بأنه: "جعل لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الحق فى تعويض عادل مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلى عليها إلى حين

(1) سليمان الطماوى ص 570 وما بعدها - سعد محمد خليل ص 203 وما بعدها.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب ص 239.

دفع التعويض المستحق" وهذا التعويض هو الذى يستحق للملاك وأصحاب الحقوق من تاريخ الاستيلاء الفعلى على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية والمنصوص عليه بالمادة 14 من القانون.

ومن ثم فإن عدالة التعويض تسرى قياسا على ذلك على التعويض المستحق عن نزع الملكية للمنفعة العامة.

وقد عاد الدستور الجديد الصادر سنة 2012 (المعطل الآن) على النص على التعويض العادل. إذ جرت المادة 24 منه على أن: ".... ولا تنتزع الملكية الخاصة إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما. وذلك كله وفقا لما ينظمه القانون".

وهو ما نص عليه الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 2013/7/8 إذ جرت المادة (11) منه على أن ".... ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل. وذلك كله وفقا للقانون".

53- كيفية تقدير التعويض :

1- يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية من مندوب عن هيئة المساحة رئيسا، وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أى منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير هذه اللجنة كل سنتين.

ويقدر التعويض طبقا للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقدر خلال مدة لا تتجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا (م6).

وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتي :

أنه تم تعديل صياغة المادة (7) من المشروع بحيث يسند تشكيل لجنة تقدير التعويض المنصوص عليها بها إلى وزير الأشغال العامة والموارد المائية بدلا من المحافظ، وأن يكون رئيس هذه اللجنة مندوبا عن هيئة المساحة بدلا من مندوب عن الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، كما يضم إلى عضويتها مندوب عن مأمورية الضرائب العقارية، وأن يكون التعويض عن العقارات المنزوع ملكيتها طبقا للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية وليس عن سعرها وقت تسليمها.

كما تضمن تعديل المادة استحداث الحكم بألا تقل درجة أى عضو من أعضاء لجنة تقدير التعويض عن الدرجة الأولى، وأن يتم تغيير هؤلاء الأعضاء كل سنتين، بالإضافة إلى قيام الجهة طالبة نزع الملكية بإيداع مبلغ التعويض بخزانيتها خلال مدة لا تتجاوز شهرا من تاريخ صدور قرار نزع الملكية.

وكذلك حذف الحكم الخاص بإرجاء صرف قيمة أنصبة ملاك العقارات المنزوع ملكيتها إلى أن يتم بيع قطع أراضي الحى أو المنطقة جميعها، واستحقاقهم تعويضا مساويا لقيمة هذه الأنصبة منسوبا إلى التقييم الإجمالى لأراضى الحى مضافا إليه نصف الفرق بين القيمة المذكورة وبين قيمة الأنصبة منسوبة إلى مجموع ثمن بيع قطع الأراضي المتبقية بعد خصم تكاليف تنفيذ المشروع.

وقد هدفت اللجنة من تعديل هذه المادة ما يأتي :

(أ) إسناد تشكيل لجنة تقدير التعويض لوزير الأشغال العامة والموارد المائية نظرا للدور الذى تقوم به الوزارة وهيئة المساحة التابعة لها بالنسبة لإجراءات نزع الملكية مما يجعلها تحت إشرافه، كما أن تشكيلها بالصيغة التى أرتأتها يضمن وجود عناصر ذات مستوى عال يوفر العدالة والضمانات اللازمة للمواطنين عند تقدير الثمن العادل لعقاراتهم.

(ب) إلزام الجهة طالبة نزع الملكية بإيداع مبلغ التعويض بخزانيتها خلال شهر

من تاريخ صدور القرار بنزع الملكية، حتى لا تتراخى هذه الجهة فى إعطاء التعويض لمستحقيه مما يلحق الضرر بهم.

(ج) التيسير على مستحقى التعويض فى عدم إرجاء صرف قيمة أنصبتهم من العقارات المنزوع ملكيتها إلى أن يتم بيع قطع أراضي الحى أو المنطقة بالشروط التى حددها الحكم الذى حذفته اللجنة من عجز المادة، لصعوبة تطبيق هذا الحكم من الناحية العملية.

8- إضافة جملة "بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه فى المادة السابقة" إلى صدر المادة (8) من المشروع، وعلة هذا أن تقوم الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بإيداع مبلغ التعويض قبل إعداد كشوف الحصر، مما يؤدى إلى توفير الضمانات الكافية لأصحاب العقارات فى الحصول على مقابل الانتفاع، وكذلك استبدال بعض العبارات الواردة فى هذه المادة على النحو الآتى: استبدال عبارة "المنصوص عليها فى المادة (6) من هذا القانون" بعبارة "سالف الذكر"، وعبارة "مقر المديرية أو الإدارة التابعة لها" وعبارة "الوقائع المصرية- ملحق الجريدة الرسمية" بعبارة "ملحق الجريدة الرسمية - الوقائع المصرية" وعبارة "بوجوب الإخلاء" بعبارة "بالإخلاء" وذلك لتوضيح الأحكام الواردة بهذه المادة بغية تحقيق المعنى المقصود منها".

وينظم تقدير قيمة العقارات المنزوع ملكيتها قرار وزير الأشغال رقم 10398 لسنة 1961 فى شأن الإجراءات التى تتبع لتقدير تعويض نزع الملكية. والواضح أن التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة مقصور على التعويض عن الضرر المادى دون الضرر الأدبى⁽¹⁾.

وقد عللت ذلك محكمة الاسكندرية الابتدائية فى حكمها الصادر بتاريخ 1932/11/24 بأن: اتساع المجال أمام المالك لطلب تعويضات من هذا القبيل مما يثقل كاهل خزائن البلديات وغيرها من المصالح ذات الشأن ويقف حجر عثرة فى سبيل تجميل المدن وإقامة الميادين والمتاحف وغيرها من المنافع العامة مما يتطلبه

(1) عبد الحكم فوده نزع الملكية للمنفعة العامة 1992 ص 161.

تقدم العمران⁽¹⁾.

وهناك بعض القواعد التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض، تخلص فيما يأتي :

(أ) - إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فى غير مشروعات التنظيم داخل المدن، وجب على اللجنة المختصة بتقدير قيمة التعويض المنصوص عليها بالمادة السادسة من القانون، مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان فى تقدير التعويض.

وفى هذا قضت محكمة النقض - فى ظل القانون الملغى - بأن:

1- "يقدر ثمن العقار فى حالة نزع الملكية دون مراعاة زيادة القيمة الناشئة أو التى يمكن أن تنشأ من نزع الملكية، أما إذا كان نزع الملكية قاصراً على جزء منه فيكون تقدير ثمن هذا الجزء باعتبار الفرق بين قيمة العقار جميعه وقيمة الجزء الباقي منه للمالك على أنه إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فيجب مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان على ألا يزيد المبلغ الواجب إسقاطه أو إضافته فى أى حال على نصف القيمة التى يستحقها المالك، وعملاً بالمادتين 13، 14 من القانون رقم 5 لسنة 1907 المعدل بالقانون رقم 94 لسنة 1931، ويستوى فى ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تكون الحكومة قد اتبعت الإجراءات القانونية فى نزع الملكية أم لم تتبعها ذلك أن المادتين 13، 14 سالفتي الذكر إنما تقرران حكماً عاماً فى تقدير التعويض".

(طعن رقم 47 لسنة 27 ق جلسة 1962/10/25)

(ذات المبدأ طعن رقم 123 لسنة 4 ق جلسة 1958/5/22 - طعن رقم 367

لسنة 4 ق جلسة 1959/4/2 - طعن رقم 69 لسنة 26 ق جلسة

1961/3/23 - طعن رقم 54 لسنة 27 ق جلسة 1962/10/18)

2- "مؤدى نص المادتين 13، 14 من قانون نزع الملكية رقم 5 لسنة 1907

(1) منشور بمؤلف سعد محمد خليل ص 210.

المعدل بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1931، أنه يجب مراعاة ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة من نقص أو زيادة، بخصمه أو إضافته إلى ثمن الجزء المستولى عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه أو إضافته عن نصف القيمة التى يستحقها المالك، فإذا تبين أن تقدير ثمن الجزء المستولى عليه لم يراع فيه ما طرأ من نقص أو زيادة على قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته إعمالاً لحكم المادة 14 المشار إليها، فإنه يتعين على المحكمة أن تستكمل تحقيق هذا العنصر بالطريق الذى رسمه القانون".

(طعن رقم 447 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/13)

3- "مفاد نص المادة 19 من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة أنه يجب عند تقدير التعويض مراعاة ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذى لم ينتزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة من نقص أو زيادة بخصمه أو إضافته إلى ثمن الجزء المستولى عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه أو إضافته عن نصف القيمة التى يستحقها المالك سواء فى ذلك أن تكون الإجراءات القانونية فى نزع الملكية قد اتبعت أم لا. ومؤدى ما سلف أن مقابل التحسين يحصل فقط عن طريق خصمه مما يستحق لذوى الشأن من الثمن المقدر عن الجزء المستولى عليه والمنزوعة ملكيته للمنفعة العامة دون أن يكون لذلك أثر عند تقدير مقابل الانتفاع".

(طعن رقم 917 لسنة 49 ق جلسة 1983/1/30)

(ب)- إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم فى المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة فلا تحسب هذه الزيادة فى تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدأ التنفيذ فى المشروع السابق (م18).

وقد ورد هذا الحكم فى المادة (20) من القانون الملغى، وجاء بالملحظة الإيضاحية لهذا القانون عن ذلك "وهناك عقارات يطرأ عليها تحسين كبير وتزيد

قيمتها نتيجة تنفيذ مشروع عام لا يقع بجوارها وهى بطبيعة الحال لن تخضع لأحكام المادتين المذكورتين غير أنه رؤى أن من العدالة فى حالة أخذ العقارات للمنفعة العامة لمشروع لاحق ينشأ بجوارها أن يكون تقدير قيمتها بدون مراعاة الزيادة التى طرأت أو يمكن أن تطرأ على قيمتها نتيجة تنفيذ تلك المشروعات السابقة إذا لم يكن قد مضى على تنفيذها خمس سنوات فإذا انقضت هذه المدة وجب تقدير قيمتها الفعلية التى تساويها وقت أخذها".

وخصم مقابل التحسين المشار إليه من قيمة التعويض المستحق للمالك المنزوع ملكيته يقتصر فقط على حالات نزع الملكية لأغراض مشروعات التنظيم فى المدن دون غيرها من المشروعات الأخرى ذات النفع العام.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 20 من القانون رقم 577 لسنة 1954 على أنه "إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته جميعه لأعمال التنظيم فى المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة فلا تحسب هذه الزيادة فى تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ فى المشروع السابق "يدل على أن خصم مقابل التحسين المشار إليه من قيمة التعويض المستحق للمالك المنزوع ملكيته يقتصر فقط على حالات نزع ملكية العقارات لأغراض مشروعات التنظيم فى المدن دون غيرها من المشروعات الأخرى ذات النفع العام".

(طعن رقم 975 لسنة 60 ق جلسة 1995/1/18)

ولا ينطبق الحكم السابق أيضاً على القيود الواردة بالقانون رقم 84 لسنة 1968 بشأن الطرق العامة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"القيود الواردة بالقانون 84 لسنة 1968 على الأرض على جانبى الطريق للمسافة التى حددها المقصود بها تحقيق مصلحة عامة، اتسام هذا الحظر

بالمشروعية لا يشكل غصباً أثره. التعويض المستحق لأصحاب الأراضي التي أخذت منها أتربة لتحسين الطريق ووقايته مصدره القانون. مؤدى ذلك حق الطاعن فى المطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد العامة دون أحكام قانون نزع الملكية، فمخالفة الحكم المطعون فيه ذلك خطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 996 لسنة 59 ق جلسة 1994/12/26)⁽¹⁾

(ج)- يلزم ملاك العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة فى مشروعات التنظيم بالمدن دون أخذ جزء منها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذى نتج عن هذا التحسين (م1/19).

ويسرى هذا الحكم إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم فى المدن مقصوراً على جزء من العقار ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقى من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه (م2/19).

وتنظيم اللائحة التنفيذية للقانون الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التحسين وتكاليف المشروع (م 3/19).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 20 من القانون رقم 577 لسنة 1954 على أنه "إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته جميعه لأعمال التنظيم فى المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة فلا تحسب هذه الزيادة فى تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ فى المشروع السابق" يدل على أن خصم مقابل التحسين المشار إليه من قيمة التعويض المستحق للمالك المنزوع ملكيته يقتصر فقط على حالات نزع ملكية العقارات لأغراض مشروعات

(1) منشور بمؤلف المستشار مصطفى هرجه ص 168.

التنظيم فى المدن دون غيرها من المشروعات الأخرى ذات النفع العام".

(طعن رقم 975 لسنة 60 ق جلسة 1995/1/18)⁽¹⁾

(د) تشرى العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها بأكملها إذا كان الجزء الباقي منها يتعذر الانتفاع به وذلك بناء على طلب يقدمه ذوو الشأن خلال المدة المنصوص عليها فى المادة (9) من القانون وإلا سقط حقهم فى ذلك (م 21).

(هـ) لا يدخل فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المبانى أو

(1) وقضت محكمة النقض - بصدد القانون رقم 222 لسنة 1955 - بأن :

"تنص المادة الحادية عشرة من القانون رقم 222 لسنة 1955 على أن للمالك خلال سنتين يوما من تاريخ إعلانته بالتقدير النهائى لقيمة العقار أن يختار إحدى الطرق المبينة فيها لأداء مقابل التحسين، وتنص المادة الثانية عشرة على أنه "إذا لم يختار المالك إحدى طرق الأداء المبينة فى المادة السابقة يكون مقابل التحسين مستحق الأداء فى الأحوال وبالشروط الآتية"، ثم عدت المادة المذكورة أحوالا من بينها حالة التصرف الناقلة لملكية العقار أو جزء منه جاء فيها أنه فى حالة زيادة الثمن على التقدير النهائى لقيمة العقار بعد التحسين يكون مقابل التحسين عبارة عن نصف الفرق بين التقدير النهائى لقيمة العقار قبل التحسين وبين الثمن. ومفاد ما نص عليه فى المادتين المذكورتين أن تطبيق حكم المادة الثانية عشرة على الأحوال الواردة فيها معلق على فوات ميعاد الاختيار المنصوص عليه فى المادة الحادية عشرة دون أن يختار المالك أداء مقابل التحسين بإحدى طرق الأداء المنصوص عليها فيها وإذا كان هذا الميعاد يبدأ من تاريخ إعلان المالك بالتقدير النهائى لقيمة العقار وينقضى بفوات سنتين يوما من تاريخ هذا الإعلان، وكانت الطاعنة وإن تحدثت فى نعيها بأن التقدير النهائى لقيمة العقار أعلن لمالكه الأسمى إلا أنها لم تبين متى حصل هذا الإعلان، وليس فى الأوراق ما يفيد أنها قدمت لمحكمة الموضوع ما يدل على حصوله وقد خلت مدونات الحكم المطعون فيه من هذا البيان، فإنه لا يمكن القول بأن ميعاد اختيار المالك لإحدى طرق أداء مقابل التحسين قد انتهى. وبالتالي فإنه لا محل لتطبيق حكم المادة الثانية عشرة من القانون سالف الذكر".

(طعن رقم 232 لسنة 40 ق جلسة 1975/6/25)

الغراس أو عقود الإيجار أو غيرها إذا ثبت أنها أجريت بغرض الحصول على تعويض يزيد على المستحق وذلك دون المساس بحق ذي الشأن في إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاص، بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه.

ويعد كل عمل أو إجراء من هذا القبيل بعد نشر قرار نزع الملكية في الجريدة الرسمية أنه قد أجرى للغرض المذكور ولا يدخل في تقدير التعويض.

(و) لا توقف دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها وينتقل حق الطالبين إلى التعويض (م23).

(ز) يصرف نصف قيمة العقارات المنزوع ملكيتها والتي دخلت ضمن مناطق التحسين ويودع النصف الآخر بأمانات الجهة طالبة الملكية إلى حين تقديم ذوي الشأن شهادة من الجهة المختصة تفيد سداد مقابل التحسين عن هذه العقارات (م20).

(ل) لا يخل أحكام هذا القانون بأحكام القانون رقم 59 لسنة 1979 في شأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة والباب الثاني من القانون رقم 3 لسنة 1982 بإصدار قانون التخطيط العمراني (م26).

54- عدم استحقاق التعويض للمشتري بعقد عرفي :

التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يستحق إلا للمالك، والمشتري بعقد عرفي لا يعتبر مالكا لأن عقد البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري، ولا ينشأ عنه سوى حقوق والتزامات شخصية في جانب كل من المتعاقدين.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن عقد البيع العرفي لا تنتقل به ملكية العقار إلى المشتري ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيصبح المشتري مجرد دائن شخصي للبائع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد فلا يجوز له

مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد ملكيته التي لم تنتقل إليه بعد، إذ هي لا تنتقل إلا بتسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه أو التأشير به على هامش صحيفة الدعوى".

(طعن رقم 1689 لسنة 53 ق جلسة 1984/2/2)

وبالترتيب على ذلك فإن غير المالك مثل المشتري بعقد عرفي لا تكون له ثمة صفة في الطعن على تقدير التعويض عن نزع الملكية.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"فصل اللجنة في النزاع حول تقدير التعويض يعتبر فصلاً في خصومة ومفاد قرارها بتأييد تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض المستحق للمطعون عليه عن نزع ملكية عقار التداعي أنها أقرت ضمناً صفته - كمالك - في اقتضاء التعويض المعترض على تقديره وتكون المحكمة الابتدائية قد فصلت في نزاع عرض عليها ابتداء ولم تقض فيه لجنة المعارضات وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف المرفوع عن ذلك الحكم فإنه يكون قد وافق صحيح القانون".

(طعن رقم 611 لسنة 60 ق جلسة 1994/5/29)

غير أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها بأن: "قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول دعوى الطاعن بطلب التعويض عن نزع ملكية أرض النزاع للمنفعة العامة لرفعها من غير ذي صفة تأسيساً على أن عقد شرائه للأرض غير مسجل رغم ورود اسمه بكشوف العرض وتوقيعه على نماذج نقل الملكية بالشهر العقاري وقبضه للتعويض السابق تقديره من اللجنة. مخالفة للقانون وأخطأ في تطبيقه".

(الطعن رقم 11139 لسنة 66 ق جلسة 2010/11/22)

55- الطعن في تقدير التعويض :

يكون لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها فى المادة (7) من القانون الحق فى الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقارات والمنشآت. ويرفع الطعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات، وتتعدّد الخصومة فى هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة (م9).

وجعل الاختصاص بنظر الطعون فى تقدير التعويض إلى المحكمة الابتدائية حكم مستحدث فى القانون الجديد، إذ كان القانون الملغى يشترط عرض النزاع سلفا على لجنة الفصل فى المعارضات، وإلا قضى فى الدعوى أمام المحكمة الابتدائية بعدم قبولها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"بصدور القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والمعمول به اعتبارا من 1990/7/1 قد ألغى القانون رقم 577 لسنة 1954 وألغيت تبعا لذلك لجان الفصل فى المعارضات فى تقدير التعويض المستحق لذوى الشأن عن نزع الملكية وأضحى الاختصاص بنظر الطعون فى شأنه منعقدا للمحاكم الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة وأصبح الحكم الصادر فيها جائزا استئنافه وفق ما جرى به نص المادة 13 من القانون سالف الذكر وإذ كان ذلك وكان القانون الأخير قد أدرك المعارضة فى التعويض محل الدعوى الراهنة قبل الفصل فيها من اللجنة المشار إليها فى القانون السابق فقد أحييت بحالتها إلى المحكمة المختصة عملا بالمادة 27 من القانون الجديد بما لا يجوز التحدى معه تبعا لذلك بأحكام القانون السابق".

(طعن رقم 10091 لسنة 64 ق جلسة 1996/5/8)

ولا يحول الطعن فى تقدير التعويض على النحو الوارد بالمادة (9) من القانون دون حصول ذوى الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية على المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة (6) من هذا القانون، كما لا يحول استئنافهم الأحكام الصادرة فى هذه الطعون من المحكمة الابتدائية دون حصولهم من تلك الجهة على التعويضات المقرضى بها (ابتدائيا) وإذا تعذر الدفع لأى سبب كان، ظلت المبالغ مودعة بأمانات هذه الجهة مع إخطار ذوى الشأن بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.

ويكون دفع التعويض لذوى الشأن أو إيداعه بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار ذوى الشأن بتعذر الدفع، مبرئا لزمة الجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه فى المادة (14) من هذا القانون (م13).

56- انعقاد الخصومة فى الطعن على تقدير التعويض بين الجهة

طالبة نزع الملكية وذوى الشأن :

تنص المادة التاسعة من القانون على أن: "لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها فى المادة (7) من هذا القانون الحق فى الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقارات والمنشآت، ويرفع الطعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات وتتعد الخصومة فى هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة".

ومفاد هذا النص أن خصومة الطعن فى التعويض تقوم مباشرة بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن دون تدخل إدارة نزع الملكية وهذا على خلاف

الحال فى ظل القانون الملغى إذ كان يجب اختصاص إدارة نزع الملكية بهيئة المساحة عند المطالبة بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، باعتبارها الجهة التى ألزم القانون الجهة المستفيدة من نزع الملكية بسداد التعويض إليها لتتولى بدورها سداده إلى مستحقيه فهى بهذه المثابة تتوب عن الجهة المستفيدة نيابة قانونية أسبغها عليها قانون نزع الملكية الملغى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"استقر قضاء محكمة النقض فى ظل العمل بأحكام القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والتحسين على وجوب اختصاص إدارة نزع الملكية بهيئة المساحة عند المطالبة بالتعويض عن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ليس باعتبارها الجهة المستفيدة من نزع الملكية وبالتالي تكون مدينة بالتعويض وحدها أو بالتضامن مع الجهة المستفيدة وإنما باعتبارها الجهة التى ألزم القانون الجهة المستفيدة من نزع الملكية بسداد التعويض إليها لتتولى بدورها سداده إلى مستحقيه فهى بهذه المثابة تتوب عن الجهة المستفيدة نيابة قانونية أسبغها عليها قانون نزع الملكية سالف البيان ومن ثم تكون الجهة المستفيدة من نزع الملكية ماثلة فى دعوى التعويض فى شخص إدارة نزع الملكية التى تمثلها فإذا جاء القانون رقم 10 لسنة 1990 - بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ونص فى مادته التاسعة على أن تتعقد الخصومة فى الطعن فى تقدير التعويض الذى أصبح من اختصاص المحكمة الابتدائية بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق والمعمول به اعتبارا من 1990/7/1 فقد دل على إرادة المشرع أن تقوم الخصومة مباشرة بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن دون تدخل إدارة نزع الملكية وأن يحل الأصيل فى الخصومة التى كان ماثلا فيها عن طريق النائب محل هذا الآخر. ولما كان هذا القانون قد أدرك النزاع الماثل أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة وقبل صدور الحكم فيه بجلسة

1991/2/21 فإن الدعوى وقد رفعت على الجهة المستفيدة طالبة نزع الملكية (محافظة القاهرة) تكون قد استقامت بحلول الجهة الأصلية فى النزاع محل الجهة التى كانت تتوب عنها بمقتضى القانون السابق ويكون الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف وعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة لعدم اختصاص إدارة نزع الملكية قد خالف القانون".

(طعن رقم 2198 لسنة 62 ق جلسة 2001/3/22 - لم ينشر بعد)

57 - تعويض صاحب الشأن عن عدم الانتفاع :

يكون لصاحب الشأن الحق فى التعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية فى حالة التأخر فى دفع هذا التعويض.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل القانون الملغى - بأن :

"المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المادة 16 من القانون رقم 577 لسنة 1954- تنص فى فقرتها الرابعة على أن "ويكون لصاحب الشأن فى العقارات الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية "وإذ كان الثابت فى الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن دارى العرض المطالب بمقابل عدم الانتفاع بهما تم الاستيلاء عليهما بطريق التنفيذ المباشر بتاريخ 1965/4/28 وأن المطعون ضدهم الأربعة الأوائل اقتضوا التعويض المستحق عن نزع ملكيتهم فى عام 1976 فإن حقهم فى مقابل عدم الانتفاع بهما يقتصر على المدة من 1965/4/28 حتى عام 1976، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى لهم بذلك المقابل حتى عام 1979 تاريخ إيداع نماذج الملكية بمصلحة الشهر العقارى، فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 1793 لسنة 67 ق جلسة 1999/6/15)

الاستيلاء المؤقت على العقارات

58- المقصود بالاستيلاء المؤقت :

يقصد بالاستيلاء المؤقت وضع الإدارة يدها- جبرا على المالك- على عقار مملوك له لمدة من الزمن مع احتفاظه بملكية العقار وذلك لقاء تعويض عادل عن فترة الاستيلاء عليه.

فالاستيلاء المؤقت يدل- من واقع اسمه- على أنه إجراء مؤقت غير مؤبد. والقصد منه أن يتيسر للمصالح القيام بتنفيذ المشروعات فوراً فتحقق الثمرات المقصودة منها دون أن يلحق الملاك أى ضرر، لأن القانون يترتب لهم تعويضاً مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء عليها لحين صرف التعويضات المستحقة عن الملكية. ويترتب على ذلك إزالة الصعوبات التى كانت تعانيتها المصالح فى عدم القيام بتشغيل المشروعات فى المواعيد المقررة لها وفى حدود السنة المالية المدرج بميزانياتها الاعتماد المخصص للمشروع، الأمر الذى كان يترتب عليه فى كثير من الحالات تحميل الخزنة تكاليف إضافية كما كان يترتب عليه عدم إمكان استخدام المبالغ المدرجة فى الميزانية المعتمدة⁽¹⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 577 لسنة 1954 (الملغى).

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"..... وعن ذلك أبانت المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليه "اشتمل الباب الرابع على مبادئ جديدة تنظم الاستيلاء على العقارات فأجاز أخذها بطريق التنفيذ المباشر بقرار وزاري ينشر في الجريدة الرسمية ورتب لمالكيها تعويضا مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء عليها لحين صرف التعويضات المستحقة عن الملكية وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض ويعلن صاحب الشأن بذلك (مادة 16) وبذلك يتيسر للمصالح القيام بتنفيذ المشروعات فورا فتحقق الثمرات المقصودة منها دون أن يلحق الملاك أى ضرر وسيترتب على هذا النص إزالة الصعوبات التي كانت تعانيها المصالح في عدم القيام بتشغيل المشروعات في المواعيد المقررة لها وفي حدود السنة المالية المدرج بميزانياتها الاعتماد المخصص للمشروع ...".

(طعن رقم 571 لسنة 18 ق جلسة 1979/5/12)

59- الاستيلاء المؤقت مشروط بتحقيق المنفعة العامة وتعويض

الأفراد تعويضا عادلا :

الاستيلاء على العقارات - كنز ملكيتها - مشروط بتحقيق المنفعة العامة، وتعويض الأفراد تعويضا عادلا عما يتحملونه من خسارة بسببه. وبالرجوع إلى التشريعات الحديثة ومنها القانون رقم 10 لسنة 1990 - الحالي - نجد أن المشرع قد أجاز الالتجاء إلى الاستيلاء المؤقت في حالتين هما: الاستيلاء على العقارات تمهيدا لنزع ملكيتها والاستيلاء المؤقت على العقارات. ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلي.

(الحالة الأولى من حالتى الاستيلاء المؤقت)

الاستيلاء على العقارات تمهيدا لنزع ملكيتها

60- حكم هذا الاستيلاء :

يجوز للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة. وذلك بقرار يصدر من رئيس الجمهورية أو من يفوضه. وينشر فى الجريدة الرسمية (م 1/14).

وكان قرار الاستيلاء فى هذه الحالة، يصدر عن "الوزير المختص" وفقا للقانون رقم 577 لسنة 1954 ولكن القانون رقم 252 لسنة 1960 قد جعل ذلك من اختصاص رئيس الجمهورية، فقد نصت المادة الثانية منه على أنه "فيما عدا الأحوال الطارئة والمستعجلة التى تقتضى الاستيلاء على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم والوقاية وغيرها يكون الاستيلاء المؤقت على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية، ويجب أن ينشر القرار الجمهورى الصادر بالاستيلاء فى الجريدة الرسمية، وأن يشمل بيانا إجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة".

وواضح أن الاستيلاء فى هذه الحالة لا يمكن نعتة بالتوقيت، لأنه استيلاء دائم إذ سيتم تمهيدا لنزع الملكية. ولذلك أحاطه المشرع ببعض الضمانات⁽¹⁾ كما يتضح فيما يعد.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 12/5/1979 فى الطعن

رقم 571 لسنة 18 ق بأن :

"... والبادى من ذلك أن الصورة الأولى من صور الاستيلاء المؤقت على العقارات هى المنصوص عليها بالمادة 16 من القانون رقم 577 لسنة 1954

(1) سليمان الطماوى ص 574 وما بعدها.

والتي رددتها المادة 14 من لائحته التنفيذية، وفيما يستولى بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة دون انتظار المواعيد التي حددها القانون لإجراءات نقل الملكية للمنفعة العامة، مع تعويض أربابها مقابل حرمانهم من الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلى حين صرف التعويضات المستحقة عن الملكية، وهذا الاستيلاء المؤقت الذي كشفت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون عن دواعيه ومبرراته هو بحسبان تكييفه الصحيح وصريح وصف المشرع له استيلاء مؤقت يتحدد مجاله الزمني بالمدة التي عينت له أو بإتمام إجراءات نقل الملكية للمنفعة العامة - أى الأجلين أقرب - إلخ".

وقرار رئيس الجمهورية أو من يفوضه الصادر بالاستيلاء هو قرار إداري فردي ويجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري، بالتفصيل الذي ذكرناه في الطعن على قرار تقرير المنفعة العامة المنصوص عليه في المادة الثانية من القانون.

61- آثار الاستيلاء المؤقت :

1- يبلغ قرار الاستيلاء المؤقت لذوى الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول يعطون بموجبه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار (م/14/2). ومفاد ذلك أنه يترتب على هذا الإبلاغ وجوب إخلاء العقار من شاغليه.

2- يترتب على نشر قرار الاستيلاء اعتبار العقارات مخصصة للمنفعة العامة (م/14/3) ومعنى ذلك أن هذه العقارات ستنتقل ملكيتها من الملكية الخاصة للأفراد إلى الملكية العامة للدولة، فلا يجوز تملكها بالتقادم، وتسرى عليها الحماية التي تسبغها القوانين على الأموال العامة⁽¹⁾.

3- عدم إزالة المنشآت أو المباني إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات تقديرا نهائيا (م/14/5). لأن ذلك يتعلق بالتعويض النهائي المستحق للملاك.

4- تعويض الملاك عن عدم الانتفاع بالعقار. (م/14/3). وهذا ما سنعرض

له تفصيلا في البند التالي.

62- تعويض الملاك وأصحاب الحقوق عن عدم الانتفاع بالعقارات :

يكون لذوى الشأن (أى الملاك وأصحاب الحقوق)⁽¹⁾ الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية (م 3/14).

ويتم تقدير التعويض عن عدم الانتفاع بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة (6) من هذا القانون وهى اللجنة المختصة بتقدير التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة خلال شهر من تاريخ الاستيلاء وتقوم الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بإعلان ذى الشأن بذلك، وله خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض حق الطعن على هذا التقدير على النحو المبين بالمادة (9) الخاصة بالطعن على تقدير التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة (م 4/14).

وواضح أن القانون لم يغفل حق المالك الذى يحرم من الانتفاع بملكه، ولذلك أكد النص أحقية المالك فى التعويض عن حرمانه من الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى عليه حتى وقت دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية للمنفعة العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المادة 16 من القانون رقم 577 لسنة 1954 - تنص فى فقرتها الرابعة على أن "ويكون لصاحب الشأن فى العقارات الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع بهامن تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية"، وإذ كان الثابت فى الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن دارى العرض المطالب بمقابل عدم الانتفاع بهما تم الاستيلاء عليهما بطريق التنفيذ المباشر بتاريخ 1965/4/28 وأن المطعون

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن مشروع القانون.

ضدهم الأربعة الأوائل اقتضوا التعويض المستحق عن نزع ملكيتهم فى عام 1976 فإن حقهم فى مقابل عدم الانتفاع بهما يقتصر على المدة من 1965/4/28 حتى عام 1976، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى لهم بذلك المقابل حتى عام 1979 تاريخ إيداع نماذج الملكية بمصلحة الشهر العقارى، فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 1793 لسنة 67 ق جلسة 1999/6/15)

والتعويض الذى يقضى به للمالك هو التعويض العادل الذى يشمل كل ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب - كالشأن فى التعويض عن نزع الملكية عن المنفعة العامة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"غاية المشرع عندما أجاز فى المادة الرابعة عشر من القانون رقم 10 لسنة 1990 والذى أحال إلى العمل بأحكامه بالنسبة للمعارضات فى تقدير التعويض عن العقارات التى نزع ملكيتها للمنفعة العامة والتى لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل به الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزوم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل صدور القرار بذلك من جهة الاختصاص التيسير على المصالح العامة للقيام بتنفيذ المشروعات العامة فتحقق الثمرات المرجوة منها وإزالة العوائق والصعوبات التى كانت تعانيتها تلك المصالح من عدم تشغيلها فى المواعيد المقررة لها فقد جعل لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الحق فى تعويض عادل مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلى عليها إلى حين دفع التعويض المستحق تلزم به الجهة طالبة نزع الملكية بعد تقديره بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة السادسة منه بحسبان أنها الجهة المستفيدة ومن ثم تلزم بهذا التعويض لهم دون الجهة التى تتولى اتخاذ إجراءات نزع الملكية (الهيئة المصرية العامة للمساحة) ومن ثم فقد جعل الخصومة فى شأن الطعن فى تقدير

التعويض أمام المحكمة الابتدائية المختصة مقصورا عليها ولا يحول الطعن أو استئناف الحكم الصادر فيه دون حصولهم منها على التعويضات المقضى بها ابتدائيا ما لم تكن قد أدتها إليهم أو أودعتها بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية إذ يعتبر ذلك مبرئا لذمتها من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشر من القانون".

(طعن رقم 10091 لسنة 64 ق جلسة 1996/5/8)

(الحالة الثانية من حالتى الاستيلاء المؤقت)

الاستيلاء على العقارات

فى حالة الضرورة أو الاستعجال

63- المقصود بحالة الضرورة أو الاستعجال :

تنص الفقرة الأولى من المادة (15) من القانون على أن للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها إلخ".

فالمادة أجازت إصدار قرارات بالاستيلاء المؤقت على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها وذلك فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء. ثم أردفت بعبارة "وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة"، مما يدل على أن الحالات المذكورة بالمادة قد وردت بها على سبيل التمثيل لا الحصر. فيجوز للجهة الإدارية اعتبار حالات أخرى ضمن الحالات الطارئة (حالات الضرورة) أو المستعجلة فالأمر يخضع لتقديرها.

فالاستيلاء على العقارات وسيلة لا يجوز للإدارة اللجوء إليها إلا إذا استنفدت جميع الوسائل العادية المتاحة لها ولم تجد بعد ذلك بدا من الالتجاء إلى تلك الوسيلة لتحقيق الهدف الذى ترمى إليه. وفى هذه تكون أمام ضرورة ملجئة اقتضاها الصالح العام.

وهذا ما ذهب إليه قضاء محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 17 من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة أن السلطة التى خولها القانون للمحافظ فى الاستيلاء المؤقت على

العقارات فى الأحوال الطارئة أو المستعجلة هى سلطة استثنائية مقيدة بقيام حالة الضرورة التى تبرر هذا الاستيلاء، وقد ترك القانون للمحافظ تقدير قيام هذه الحالة ولم يصرح له بتفويض غيره فى إصدار قرارات الاستيلاء المؤقت فى الأحوال التى أجاز له فيها هذا الاستيلاء، فلا يجوز لذلك للمحافظ أن ينبى غير فى إصدار تلك القرارات".

(طعن رقم 127 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/24)

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

1- "إن الباعث الذى حفز محافظة الشرقية بادى الرأى على السعى فى استصدار القرار المطعون فيه هو الحكم الصادر بإخلائها من المبنى المطلوب الاستيلاء عليه وقصدها من ذلك هو تعطيل تنفيذ هذا الحكم إلا أنه بعد تمام الصلح بينها وبين المدعى تحول هذا القصد إلى مجرد الرغبة فى التوصل من شروط عقد إيجار رأتها مجحفة بها لما انطوى عليه من مغالاة فى الأجر التى التزمت به وهذا الذى استهدفته محافظة الشرقية أولاً وأخيراً لا جدال فى أنه لم يكن قصداً مشروعاً للقرار الإدارى بعامه - وهو لا يتغيا إلا المصلحة العامة - ولا لقرار الاستيلاء بخاصة، وهو لا يتخذ إلا لتحقيق الأغراض المحددة المبينة فى القانون رقم 577 لسنة 1954 المنظم للاستيلاء المؤقت على العقارات، وليس من بينها ما قصدت المحافظة إلى إصابته من وراء قرار الاستيلاء".

(طعن رقم 1309 لسنة 12 ق جلسة 1967/2/18)

2- "... الاستيلاء على العقارات والأموال المملوكة للأفراد وسيلة لا يجوز للإدارة اللجوء إليها إلا إذا استنفدت جميع الوسائل العادية المتاحة لها ولم تجد بعد ذلك بدا من الالتجاء إلى تلك الوسيلة لتحقيق الهدف الذى ترمى إليه. وفى هذه الحالة تكون أمام ضرورة ملجئة اقتضاها الصالح العام الذى يعلو الصالح الفردى".

(طعن رقم 2392 لسنة 30 ق جلسة 1986/10/25)

64- لا يشترط للاستيلاء المؤقت أن يكون العقار خاليا :

لم يشترط قانون نزع الملكية للمنفعة العامة للاستيلاء المؤقت على العقار، أن يكون العقار خاليا أى غير مشغول بالمالك أو المستأجر عند صدور قرار الاستيلاء عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الاستيلاء الحاصل وفقا للقانون رقم 521 لسنة 1955 الذى حل محل القانون رقم 76 لسنة 1947 يختلف عن الاستيلاء المؤقت المنصوص عليه فى المادة 22 من قانون نزع الملكية رقم 5 لسنة 1907 المعدل بالقانون رقم 381 لسنة 1957 ذلك أن استيلاء وزارة التربية والتعليم على العقار - عدا الأرض الزراعية - مشروط بأن يكون خاليا فى حين أن خلو العقار ليس مانعا من الاستيلاء عليه طبقا لأحكام قانون نزع الملكية كما أن استيلاء وزارة التربية والتعليم على العقار غير محدد بمدة معينة فى حين أن الاستيلاء المؤقت طبقا لقانون نزع الملكية محددة مدته ابتداء بحيث لا تزيد عن سنتين يجوز مدها سنة أخرى. والاختلاف بينهما واضح أيضا فيما رسم المشرع من إجراءات وأحكام خاصة بتقدير مقابل الانتفاع فى كل منهما وفى سكوته فى الاستيلاء الأول عن وضع أى أحكام خاصة بتقدير ثمن للعقار مهما طاللت مدة الاستيلاء عليه ووضعه تلك الأحكام بالنسبة للاستيلاء الذى تزيد مدته على ثلاث سنوات فى قانون نزع الملكية، وهو أظهر ما يكون فى نطاق تطبيق كل من الاستيلائين إذ هو فى الاستيلاء الأول جائز بعد صدور القانون رقم 521 لسنة 1955 لصالح الهيئات غير الحكومية التى تساهم فى رسالة التعليم بينما لا يجوز الاستيلاء المؤقت المنصوص عليه فى قانون نزع الملكية إلا لاستخدام العقار للمنفعة العامة".

(طعن رقم 87 لسنة 34 ق جلسة 1967/6/29)⁽¹⁾

(1) وقد قضت محكمة النقض بصدد القانون رقم 521 لسنة 1955 بأن: =

65- ممن يصدر قرار الاستيلاء المؤقت فى الأحوال الطارئة أو

المستعجلة؟

نصت الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون على أن يصدر قرار الاستيلاء المؤقت فى الأحوال الطارئة أو المستعجلة بقرار من الوزير المختص. وكانت المادة 17 من القانون الملغى تجعل الاختصاص بإصدار قرار الاستيلاء للمدير أو المحافظ بناء على المصلحة المختصة⁽¹⁾.

وكان مشروع القانون الجديد يأخذ بما ذهب إليه القانون الملغى، ويجعل إصدار قرار الاستيلاء من اختصاص (المحافظ) إلا أن اللجنة المشتركة بمجلس الشعب استبدلت عبارة (الوزير المختص) بعبارة "يجوز للمحافظ"، لأن الوزير هو صاحب الاختصاص الأول فى تنفيذ أحكام هذا القانون، كما أن الجهة التى تقوم بتنفيذ مثل هذه الأمور تخضع لإشرافه، فضلا عن أنه قد يتطلب الأمر الاستيلاء المؤقت على بعض العقارات التى قد تدخل فى نطاق محافظتين مما يتطلب أن يكون القرار فى مثل هذا الحالة للوزير⁽²⁾.

= "إن القانون رقم 521 لسنة 1955 سالف الذكر قد اشترط لإمكان الاستيلاء على العقارات اللازمة لحاجة وزارة التربية والتعليم أو إحدى الجامعات أو غيرها من معاهد التعليم أو إحدى الهيئات التى تساهم فى رسالة وزارة التربية والتعليم، أن يكون العقار خاليا، ومفهوم الخلو فى حكم هذا الشرط ألا يكون أحد - مالكا كان أو مستأجرا - شاغلا للعقار عند صدور قرار الاستيلاء عليه، حتى لا يترتب على هذا القرار إخراج شاغله جبرا عنه، وهو محظور أراد الشارع أن يتقيه".

(طعن رقم 433 لسنة 12 ق جلسة 1970/1/10)

(1) والمادة بعد تعديلها بالقانون رقم 1960/252 جعلت قرار الاستيلاء على العقارات التى تقدر لزومها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية، بعد أن كان يسرى عليه ما يسرى على الحالة الواردة بالمتن.

(2) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

وقرار الوزير بالاستيلاء قرار إداري ويجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري كالشأن في القرارات الإدارية الأخرى.

وقد قضت محكمة النقض في ظل القانون الملغى بأن :

"للملكية حرمة، وقد نصت المادة 805 من القانون المدني على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ومن ثم فإن القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلاء على العقار، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفويا، يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقا في إصداره ومشوبا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده من صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ويغدو معه الاستيلاء على العقار غسبا واعتداء ماديا تختص المحاكم القضائية بنظر طلبات التعويض عنه".

(طعن رقم 127 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/24)

66- يجب صدور القرار كتابة :

يجب أن يصدر قرار الاستيلاء مكتوبا، فلا يعتد بالقرار الشفهي.
ويجب أن تحدد فيه - كما سنرى - مدة الاستيلاء.

67- مدة الاستيلاء :

نصت الفقرة الأولى من المادة (16) من القانون على أن تحدد مدة الاستيلاء المؤقت على العقار بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب.

فإذا كان الغرض المستولى على العقار من أجله ينتهي بسنتين فإن مدة الاستيلاء تكون سنتين وإذا كان ينتهي بثلاث سنوات كانت مدة الاستيلاء ثلاث سنوات. وإذا كان ينتهي بعد أربع سنوات، فإن الاستيلاء ينتهي بثلاث سنوات.
فمدة الاستيلاء هنا تنتهي بأقرب الأجلين: انتهاء الغرض المستولى على

العقار من أجله أو ثلاث سنوات.

وإذا حددت الإدارة مدة معينة للاستيلاء، فلها أن تحدد مدة أو مدد أخرى بشرط ألا يتجاوز المجموع ثلاث سنوات.

وبهذا التحديد تتحقق مصلحة ملاك العقارات التى تم الاستيلاء عليها بصفة مؤقتة، وبذلك تنتهى مدة الاستيلاء المؤقت التى تبدأ من تاريخ الاستيلاء الفعلى على العقارات بانتهاء الغرض الذى من أجله تم الاستيلاء الفعلى على العقارات بإنهاء الغرض الذى من أجله تم الاستيلاء والتى قد تقل عن ثلاث سنوات أو بمضى ثلاث سنوات كاملة⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"... وهذا الاستيلاء المؤقت الذى كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون عن دواعيه ومبرراته هو بحسبان تكييفه الصحيح وصريح وصف المشرع له استيلاء مؤقت يتحدد مجاله الزمنى بالمدة التى عينت له أو بإتمام إجراءات نقل الملكية للمنفعة العامة - أى الأجلين أقرب - حيث يوقع أصحاب الحقوق على نماذج نقل الملكية..... الخ".

(طعن رقم 571 لسنة 18 ق جلسة 1979/5/12)

68- وجوب تحديد مدة الاستيلاء كتابة :

يجب تحديد مدة الاستيلاء فى القرار الصادر من الوزير المختص، حتى يكون بيد صاحب الشأن فى العقار سند يمكن أن يعتمد عليه فى مطالبة جهة الإدارة بإعادة العقار إليه فى نهاية المدة المحددة للاستيلاء، فضلا عن أن القانون أوجب نشر القرار فى الجريدة الرسمية، وهذا النشر لا يكون إلا إذا كان القرار متضمنا مدة الاستيلاء مكتوبا.

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

وفى هذا قضت محكمة النقض - فى ظل القانون الملغى - بأن:

(أ) - "ما تنص عليه المادة 18 من القانون 577 لسنة 1954، من وجوب تحديد مدة الاستيلاء المؤقت على العقارات - سواء كان الاستيلاء بقرار من الوزير المختص أو من المحافظ - بحيث لا تجاوز المدة ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى، يقتضى أن يكون قرار الاستيلاء المؤقت الصادر من المحافظ مكتوباً ومحدداً فيه مدة الاستيلاء حتى يكون بيد صاحب الشأن فى العقار سند يمكن أن يعتمد عليه فى مطالبة جهة الإدارة بإعادة العقار إليه فى نهاية المدة المحددة للاستيلاء فى حالة امتناعها عن تنفيذ ما توجبه عليها المادة 18 من إعادة العقار فى نهاية المدة المحددة للاستيلاء بالحالة التى كان عليها وقت الاستيلاء، يؤيد هذا النظر أن القانون استوجب فى حالة حصول الاستيلاء المؤقت، بقرار من الوزير المختص، وهو السلطة المختصة أصلاً بإصدار قرارات الاستيلاء المؤقت، أن ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية، وهذا النشر لا يكون إلا إذا كان القرار مكتوباً، ووجوب صدور قرار المحافظ كتابة لا يتنافى مع قيام حالة الضرورة التى تستلزم إصداره لأن اقتضاء تحرير القرار لا يؤدى إلى تأخير حصول الاستيلاء".

(طعن رقم 127 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/24)

(ب) - "الملكية حرمة، وقد نصت المادة 805 من القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ومن ثم فإن القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلاء على العقار، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفوياً، يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقاً فى إصداره ومشوباً بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده عن صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ويغدو معه الاستيلاء على

العقار غصباً واعتداءً مادياً تختص المحاكم القضائية بنظر طلبات التعويض عنه".

(طعن رقم 127 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/24)

69- مدددة الاستيلاء :

إذا دعت الضرورة إلى مدددة ثلاث السنوات المحددة للاستيلاء، وتعدر الاتفاق مع ذوى الشأن على ذلك. فإنه لا يجوز لجهة الإدارة مدددة الاستيلاء، وإنما وجب عليها أن تتخذ قبل مضي المدددة السابقة بوقت كاف إجراءات نزع الملكية.

وفى هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء وطبقاً للأسعار السائدة وقت نزع الملكية.

أما إذا أصبح العقار نتيجة الاستيلاء المؤقت غير صالح الاستعمال وجب على الجهة المختصة أن تعيد العقار إلى حالته الأولى أو أن تدفع تعويضاً عادلاً للمالك أو صاحب الحق (م2/16).

فقد راعى المشرع مصلحة صاحب العقار وأوجب تقدير قيمة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء لأن الإدارة قد تحدث بالعين بعض التلفيات فلا يكون صاحب العقار مسئولاً عن ذلك إنما يتعين أن يوضع فى الاعتبار العقار كما تسلمته الجهة الإدارية وقت بداية الاستيلاء. ذلك أن المفروض أن صاحب العقار قد تقاضى تعويضاً مقابل عدم الانتفاع عن فترة الاستيلاء السابقة على نزع الملكية⁽¹⁾.

70- كيفية تقدير التعويض والطعن فى التقدير :

راجع بنود (52 وما بعدها).

(1) المستشار مصطفى هرجه ص 83.

71- إعادة العقار في نهاية مدة الاستيلاء :

إذا انتهت مدة الاستيلاء المؤقت، وجب إعادة العقار إلى مالكه بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء، مع تعويض عن كل تلف أو نقص في قيمته (م16/1). فإذا كانت الإدارة قد استولت على أترية من الأرض الزراعية فإنها تكون ملزمة قانوناً عن قيمة هذه الأترية وعما نقص من خصوبتها بسبب نزع تلك الأترية.

وتكون مسؤولية الإدارة عن ذلك على سند من الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون وليس على أساس المسؤولية التقصيرية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "أجازت المادة 17 من القانون رقم 577 لسنة 1954 لجهة الإدارة الاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لخدمة مشروع ذي منفعة عامة على أن تعين المصلحة طالبة الاستيلاء خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض المستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار المستولى عليه وأوجبت المادة 18 على هذه المصلحة إعادة العقار في نهاية مدة الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص في قيمته. فإذا كانت الوزارة الطاعنة قد استولت على عقار المطعون ضده مؤقتاً بقصد أخذ الأترية اللازمة لمشروع ذي منفعة عامة فإنها تكون ملزمة قانوناً بتعويض المطعون ضده عن قيمة الأترية المستولى عليها من هذا العقار وعن مقابل عدم الانتفاع بالأرض وعما نقص من خصوبتها بسبب نزع تلك الأترية منها إذ أن هذا النقص يعتبر تلفاً أصاب العقار ونقصاً في قيمته. ويقوم التزام الطاعنة بهذا التعويض سواء قامت بتنفيذ المشروع بنفسها بالطريق المباشر أو بواسطة مقاول عهدت إليه بالتنفيذ وأياً كان مدى إشرافها على هذا المقاول".

(طعن رقم 80 لسنة 34 ق جلسة 1968/4/18)

(ب) - "إذا كانت مسؤولية جهة الإدارة (الطاعنة) على أساس المادتين 17،

18 من القانون رقم 577 لسنة 1954 مصدرها هذا القانون فإن الحكم المطعون فيه لا يكون بحاجة إلى الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية للقضاء بالتعويض".

(طعن رقم 80 لسنة 34 ق جلسة 1968/4/18)

(ثالثاً)

دعوى الاستحقاق أو الاسترداد

72- تعريف دعوى الاستحقاق (الاسترداد) :

دعوى الاستحقاق أو دعوى الاسترداد هي الدعوى التي يرفعها شخص مطالباً الحائز لشيء سواء كان منقولاً أو عقاراً برده إليه مستنداً إلى أن هذا الشيء مملوك له، فهي تتأسس من ثم على حق الملكية والغرض منها حمايته.

وهي دعوى عينية. ولذلك يجب تمييز دعوى الاستحقاق (الاسترداد) العينية عن سواها من الدعاوى الشخصية التي قد تؤدي إلى رد شيء معين. فهذه الدعاوى الأخيرة تقوم على حق شخصي أو التزام، التزم بمقتضاه الحائز للشيء بأن يرده إلى الطرف الآخر، فهي إذن دعاوى رد شخصية. كالدعوى التي يرفعها المؤجر على المستأجر برد العين المؤجرة والدعوى التي يرفعها المعير على المستعير برد الشيء المعار والدعوى التي يرفعها المودع على المودع عنده برد الشيء المودع والدعوى التي يرفعها المشتري على البائع بتسليم الشيء المبيع، فهذه الدعاوى جميعاً تتأسس على التزام ناشئ عن العقد ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بحق آخر غير حق الملكية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الإقرار بحق عيني، وإذا رفعها المالك على من يمتسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى الإنكار لحق عيني، وهي في الحاليتين ليست بدعوى استحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير حق الملكية⁽¹⁾.

وللتمييز بين دعوى الاستحقاق أو الاسترداد العينية وهذه الدعاوى الشخصية أهمية كبيرة تبدو في مسائل متعددة هي:

(1) محمود جمال الدين زكي ص 100.

1- دعوى الاستحقاق أو الاسترداد العينية يمكن رفعها ضد كل حائز للشيء، أما دعوى الرد الشخصية فلا يمكن أن توجه إلا للمدين شخصياً. وعند استحالة تنفيذ المدين التزامه يتحول الالتزام إلى تعويض عن التنفيذ.

2- دعوى الاستحقاق أو الاسترداد تفترض إثبات الملكية من جانب المدعى، في حين أن دعوى الرد الشخصية - وهي تقوم على التزام ناشئ بين المدعى والمدعى عليه - لا يكلف المدعى فيها إلا إثبات رابطة الالتزام وهو أمر أيسر بكثير من إثبات حق الملكية، إذا أنه لا يستطيع سوى إثبات السند المنشئ للالتزام بالرد.

3- دعوى الاستحقاق أو الاسترداد لا يكون محلها إلا شيئاً مادياً متميزاً بذاته، في حين أن دعوى الرد الشخصية يصح أن يكون محلها شيئاً من الأشياء المعينة بالنوع فقط، كما هو الحال في عارية الاستهلاك⁽¹⁾.

ويجب أيضاً عدم الخلط بين دعوى الاستحقاق أو الاسترداد ودعوى البطلان أو الفسخ، فكل من هذه الدعاوى طبيعتها الخاصة، حتى في تلك الحالات التي يطلب فيها الاسترداد نتيجة لدعوى البطلان أو الفسخ.

وقد يطالب الشخص بإثبات ملكيته للشيء، لا في دعوى الاستحقاق فحسب، بل في أحوال أخرى، كما إذا أصاب الشيء تلف وعند ذلك يكلف من يطلب التعويض بإثبات ملكيته لهذا الشيء، وكما إذا نزعت ملكية عقار للمنفعة العامة فيكلف من يدعى ملكية هذا العقار ليتقاضى التعويض عنه بإثبات ملكيته له⁽²⁾.

كما يجب عدم الخلط بين دعوى الاستحقاق وبين دعوى تعيين الحدود فإذا انصب النزاع على مجرد وضع الحدود الفاصلة بين عقارين متجاورين دون أن يدعى كل من المالكين ملكيته جزءاً معيناً من الأرض فإن الدعوى تنصب على مجرد تعيين الحدود الفاصلة بين هذين العقارين المتجاورين.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 292 وما بعدها - السنهاورى ص 741 هامش (2).

(2) السنهاورى ص 741 هامش (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كانت الدعوى قد رفعت من الحكومة (المطعون ضدها) بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها باعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضع يد الطاعنين عليها غير مشروع فإن هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة".

(طعن رقم 215 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/27)

2- "دعوى الملكية تختلف عن دعوى الحيازة في أن الأولى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة ويتناول البحث فيها حتماً أساس الحق المدعى به ومشروعيته، أما دعوى الحيازة فليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنه أساسه وعن مشروعيته".

(طعن رقم 447 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/26)

3- "دعوى الحيازة هي الدعوى التي يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته أما دعوى الملكية فهي الدعوى التي ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق والبحث فيما يتناول حتماً أساس هذا الحق ومشروعيته. فإذا كان المطعون ضده قد طلب في دعواه إزالة المبانى 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 من دعاوى الحق".

(الطعن رقم 403 لسنة 34 ق جلسة 1968/5/9)⁽¹⁾

73- الخصوم فى دعوى الاستحقاق :

المدعى فى دعوى الاستحقاق هو من يطالب بملكية الشيء. أى من يدعى ملكية الشيء.

وترفع الدعوى على حائز الشيء، لأن المالك لا يطالب بملكية شىء فى حيازته، بل يطالب بها عندما يكون فى حيازة غيره، فيرفعها على حائزه يطالب برده إليه.

أما إذا كان الشيء فى حيازته وتعرض له غيره، فالغالب أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة طالبا منع التعرض له فى حيازته، ليتجنب عبء إثبات ملكيته، الذى يكون فى العادة عسيرا، وعلى كل حال أكثر صعوبة من إثبات الحيازة. ولا يرفع دعوى الاستحقاق إلا إذا رغب فى تعجل حسم النزاع فى الملكية مع من يتعرض له فيها⁽¹⁾.

وكانت المادة (1166) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على هذا المعنى إذ جرت على أنه :

"لمالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض. وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه"، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة⁽²⁾.

= "مفاد المادة 37 من قانون المرافعات أن الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات تقدر قيمتها بقيمة العقار، فلا عبرة بالثمن الوارد بالعقد المحمول عليه طلب تثبيت ملكيته، وإذا كانت الطاعنة قد طلبت تثبيت ملكيتها لأرض النزاع فإن تقدير قيمة الدعوى يكون بقيمة العقار حسب تقدير محكمة الموضوع له إذا لم يكن مربوطا عليه ضريبة وليس بقيمته الثابتة بعقد شرائه".

(طعن رقم 276 لسنة 43 ق جلسة 1983/6/9)

(1) محمود جمال الدين زكى ص 101.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 22 وما بعدها.

ولكن ليس معنى هذا أنه يشترط أن ترفع دعوى الاستحقاق على واضع يد أى حائز بقصد التملك، بل إن الدعوى تكون مقبولة حتى لو وجهت إلى حائز مجرد أى حائز عرضى يحوز لحساب الغير. وهذا أمر طبيعى لأن رافع الدعوى لا يستطيع أن يتحقق فى أول الأمر من حق صفة حائز الشئ.

ولكن العادة فى مثل هذه الحالة أن يدل الحائز المجرى على الحائز القانونى الذى يحوز لحسابه، وأن يختصمه فى الدعوى ويطلب إخراجها منها⁽¹⁾.

وكانت المادة 1167 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن:

"1- يجوز أن ترفع دعوى الاستحقاق على من تخلى من تلقاء نفسه عن حيازته للشئ وكانت ذلك بعد إعلانه بالدعوى، وعلى من تخلى قبل الإعلان إذا كان سئ النية.

2- وعند ذلك يكون المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ملزماً أن يستعيد الشئ على نفقته ليرده إلى المالك. فإذا لم يستطع فعله أن يوفيه قيمته مع التعويض إن كان له محل.

3- على أنه يجوز للمالك أن يسترد الشئ من الحائز الجديد. فإذا استرده كان ملزماً أن يرد إلى الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشئ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشئ من نقص فى قيمته". إلا أن هذه المادة حذفت بلجنة المراجعة "اكْتفاء بالقواعد العامة"⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص أنه :

"... والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز، فهو المدعى عليه دائماً فى هذه الدعوى، على أنه قد يتحايَل فيتخلى عن الحيازة، سواء كان ذلك بعد إعلانه بدعوى الاستحقاق أو قبل إعلانه، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يدفع الدعوى بأنه غير ذى صفة فيها لتخليه عن الحيازة، بل يبقى مدعى عليه، وفى

(1) محمد على عرفه ص 226.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 22 هامش (1) وما بعدها.

هذا توسع في دعوى الاستحقاق نقل عن المشروع الإيطالي (م 21 فقرة 2، 3، 4) على أن الدعوى في هذا الفرض تكون أقرب إلى الدعوى الشخصية منها إلى الدعوى العينية، فإن المتخلى عن الحيابة يحكم بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك في ميعاد يحدده الحكم، وإلا ألزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضا على سبيل التعويض، وظاهر أن هذا التزام مبنى على العمل غير المشروع الذي أتى به المتخلى عن الحيابة، وقد يتفق أن المالك بعد أن يستوفى التعويض يعرف الحائز فيرفع عليه دعوى الاستحقاق ويسترد منه ملكه، وعليه في هذه الحالة أن يرد للمتخلى عن الحيابة ما استوفاه من التعويض بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته وبعد استئزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء، على أنه لا يوجد ما يمنع المتخلى عن الحيابة إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق على الوجه الذي تقدم أن يدخل الحائز خصما ثالثا في الدعوى⁽¹⁾.

ولما كان نص المادة المحذوفة يطابق القواعد العامة⁽²⁾، فإنه يعمل بهذا النص رغم حذفه.

74- لا ترفع دعوى الاستحقاق من وارث المشتري الذي لم يسجل عقده

:

لما كانت الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، ومن ثم لا تقبل دعوى الاستحقاق المرفوعة من وارث المشتري الذي لم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 24 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 746 وما بعدها - وقارن عبد المنعم البدرأوى ص 295 فيذهب إلى أن المدعى عليه إذا تخلص من الحيابة ينقلها إلى الغير فإن الاسترداد لن يفلح في مواجهته، وكل ما للمالك هو أن يرجع عليه بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية إذا نزل عن الحيابة للغير غشا منه وإضرارا بالمالك المسترد، متى أصاب المسترد ضرر من ذلك كأن امتنع عليه استرداد الثمار من الحائز الجديد لحسن نيته مثلا.

يسجل عقد شرائه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"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 ذلك لوارث هذا المشتري طلب تثبيت ملكيته للمبيع استناداً إلى قواعد الإرث طالما أن المورث لم يسجل عقد شرائه".

(طعن رقم 4723 لسنة 62 ق جلسة 1999/5/18)

75- دعوى الاستحقاق قابلة للتجزئة :

دعوى الاستحقاق قابلة للتجزئة ولو انصبت الدعوى على مال شائع، كما أن هذه الدعوى ليست من الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين، إذ لم يشترط القانون فى تلك الدعوى اختصاص الملاك على الشيوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الموضوع فى دعوى تثبيت الملكية والمطالبة بالريع موضوع قابل للتجزئة ولو انصبت الدعوى على مال شائع كما أن هذه الدعوى ليست من الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين إذ لم يشترط القانون فى تلك الدعوى اختصاص جميع الملاك على الشيوع، وكل ما يترتب على عدم اختصاص من لم يختص منهم هو أن الحكم الذى يصدر فيها لا يكون حجة عليه، ومن ثم يكون طلب التدخل الانضمامى المبدى بجلسة المرافعة أمام محكمة النقض من بعض الطاعنين الذين بطل الطعن منهم، استناداً إلى نص المادة 384 من قانون المرافعات على غير أساس".

(طعن رقم 251 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/20)

76- دعوى الاستحقاق فى نطاق المنقولات :

دعوى الاستحقاق فى نطاق المنقولات، ليس لها سوى نطاق محدود. فلا يمكن

استعمالها إلا في مواجهة الحائز سىء النية. أما إذا كان الحائز حسن النية، فلا يستطيع المالك، بهذه الدعوى، مطالبته برد المنقول الذى فى حيازته إلا إذا كانت حيازته معيبة، أو لم يتوافر لحيازته سبب صحيح، أو فى خلال ثلاث سنوات إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً، لأنه، فى غير هذه الحالات، يكون الحائز قد تملك المنقول بحيازته، ولو تلقاه من غير مالكه، تطبيقاً لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (م 976 مدنى)⁽¹⁾. على النحو الذى سنتناوله عند شرح الحيازة.

إثبات الملكية :

77- عبء الإثبات :

يقع عبء إثبات الملكية وفقاً للقواعد العامة على المدعى فى دعوى الاستحقاق، فىكون عليه إقامة الدليل على حق الملكية الذى يدعيه لنفسه، ولا يكفى أن يثبت أن المدعى عليه ليس مالكا⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان موضوع النزاع المعروض على المحكمة للفصل فيه هو تصرف المدعى عليه فى أطيان مملوكة للمدعى فمن الخطأ أن تغفل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للأطيان وتبحث ملكية المدعى عليه لها، فإن الوضع السليم قانوناً هو تحقيق ملكية المدعى فإن ثبتت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه. أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضى ثبوتها للمدعى ولا أحقيته فيما طلبه".

(طعن رقم 65 لسنة 8 ق جلسة 1939/1/5)

2- "إذا لم تثبت الملكية للمدعين بالسند الذى أسسوا عليه دعواهم فلا يكون

(1) مجموع جمال الدين زكى ص 101.

(2) السهورى ص 744 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 102.

للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعيهم - وهم مدعى عليهم فى الدعوى - عن إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلا قانونيا على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون بإثبات دعواهم".

(طعن رقم 75 لسنة 14 ق جلسة 1945/6/14)

3- "إذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى المدعى بتنشيت ملكيته للأرض محل النزاع تأسيسا على أن هذه الأرض لا تدخل فى مستندات تملكه ولا هو تملكها بوضع اليد، وكان هذا القضاء مقاما على أسباب مؤدية إليه، فلا يجدى المدعى ما ينعاه على هذا الحكم فى خصوص تحدته عن ملكية المدعى عليه".

(طعن رقم 112 لسنة 16 ق جلسة 1947/12/25)

4- "عجز المدعى عن إثبات سبب ملكيته موجب لرفض دعواه ويكون غير منتج البحث فى أوجه الطعن الواردة على ما استطرد إليه الحكم تزييدا فى تملك المدعى عليه للعين بالتقادم".

(طعن رقم 174 لسنة 17 ق جلسة 1952/2/14)

5- "تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعيين. كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطنان المتنازع عليها، وأنها من ذلك تكون ملكا لهما من غير بيان هذه المستندات وكيفية إفادتها هذه الملكية. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين - المطعون عليهما - للأطنان موضوع النزاع قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه - الطاعن - لم يكسب ملكية هذه الأطنان بأى من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطنان إلى المدعيين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنهما ليسا من ورثته، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشتري وإخوته، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين - متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصرا مقصورا يستوجب نقضه".

(طعن رقم 142 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/15)

6- "إنه بحسب المحكمة إذ هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى عجزهم عن إثبات سبب ملكيتهم دون أن تكون في حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التي لم تكن إلا مدعى عليها في الدعوى. ومن ثم فإن النعى على ما قاله الحكم خاصا بسند ملكية المدعى عليها غير منتج".

(طعن رقم 163 لسنة 19 ق جلسة 1952/3/6)

وإثبات الملكية لا يثير أية صعوبات في المنقول - كما سنرى - ولكنه على النقيض يثير صعوبات كبيرة في العقار.

78- إثبات ملكية المنقول :

يحكم إثبات ملكية المنقول، قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ونفرض في تطبيق هذه القاعدة بين حالتين:

الأولى: إذا كان حائز المنقول قد تلقاه من غير مالكة. فإن الحائز يصبح مالكا للمنقول متى كان حسن النية وقامت حيازته على سبب صحيح. وعلى ذلك لا يستطيع مالكة بدعى الاستحقاق مطالبته برده إلا إذا أقام الدليل إما على سوء نية حائزه، أو انعدام السبب الصحيح لحيازته، وإما على أن المنقول قد ضاع أو سرق منه خلال السنوات الثلاث السابقة على رفع دعواه، حين لا يستطيع الحائز المدعى عليه في الدعوى أن يتمسك بحيازته لكسب ملكية المنقول إنما يجب على المدعى كذلك أن يقيم الدليل على ملكيته لهذا المنقول الذي يطالب برده إليه، وإن كان يكفي في هذا أن يثبت أنه كان حائزا للمنقول قبل المدعى عليه. وهذه القاعدة موضوعية.

الثانية: إذا كان حائز المنقول قد تلقاه من مالكة. فإنه يفترض أنه تلقى المنقول بمقتضى سند ناقل للملكية، ويكون على المدعى الذي يطالب برده أن يدحض هذه القرينة بإقامة الدليل على أنه سلم هذا المنقول للمدعى عليه بمقتضى

عقد غير ناقل للملكية، كإيجار أو عارية أو وديعة، لتكون الدعوى التى يرفعها هى الدعوى الشخصية، التى تستند إلى هذا العقد، لا دعوى الاستحقاق، فيتجنب إثبات ملكيته للمنقول⁽¹⁾.

ونكون هنا بصدد قاعدة متعلقة بالإثبات.

79- طرق إثبات ملكية العقار :

(أ) طرق إثبات دلالتها يقينية :

طرق الإثبات ذات الدلالة يقينية هى تلك التى تثبت الملكية فى العقار على وجه حاسم قاطع فتكون لها دلالة يقينية وهى :

(1) - السجل العينى (Liver foncier) :

جعل المشرع السجل العينى حجة على الكافة فى إثبات ملكية العقار، فقد نصت المادة 37 من قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 على أن: "يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل" وبذلك أصبح تسجيل ملكية العقار تسجيلًا عينيًا وسيلة لإثبات الملكية ذات دلالة يقينية قاطعة لا مجال للشك فيها.

والواقع أن اعتبار السجل العينى دليلاً قاطعاً على ثبوت الملكية تمليه الرغبة فى إثبات الملكية على وجه حاسم قاطع، لأن من لديه ملكية كعقد بيع مثلاً، لا يكفى - كما سنرى - فى ثبوت ملكيته تقديم هذا السند، إنما يجب أن يثبت أنه تلقاه عن مالك عن مالك إلى مالك إلى مالا نهاية، فجعل المشرع الركون إلى السجل العينى دليلاً قاطعاً على ثبوت الملكية، دون بحث - بعد تمام التسجيل - عن تسلسلها، لأن هذا البحث ينبغى أن يكون قد تم قبل التسجيل⁽²⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 102 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الناصر العطار إثبات الملكية بالحيازة والوصية فى قضاء محكمة النقض

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يدل النص فى المادة الثانية من قانون إصدار نظام السجل العينى بالقانون 142 لسنة 1964 وفى المواد من 10 إلى 25 والمادتين 37، 38 من ذلك القانون - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- على أن القانون جعل حجر الزاوية لنظام السجل العينى أن يكون للقيد فيه قوة مطلقة فى الإثبات ورتب على ذلك حظر التملك بالتقادم فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل. غير أنه احتراماً لوضع اليد المستقر فى ظل قانون الشهر العقارى نظم طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار بالتقادم قبل العمل بنظام السجل العينى، وأجاز رفع الدعاوى والطلبات للجان القضائية التى أنشأها لتغيير بيانات السجل، كما نص على فترة انتقال يجوز خلالها قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية متى رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان نظام السجل العينى على القسم المساحى الذى يوجد بدائرتة العقار".

(طعن رقم 1474 لسنة 58 ق جلسة 1992/7/28)

2- "لئن كان مؤدى النص فى المادة 32 من القرار بقانون 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى على أن الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى تشمل دعاوى الاستحقاق ومنها دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث إلا أن الدعويين الأخيرتين ليستا تلك الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقى على الحائز مطالباً باستحقاقه العقار الموروث وإنما هى من الدعاوى التى يرفعها الوارث الحقيقى بعد قيد حق الإرث فى السجل العينى لوارث ظاهر مطالباً الأخير باستحقاقه العقار الموروث. وهذه الدعوى هى التى يجب أن تتضمن الطلبات فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل الواردة فى قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقى ومن ثم يجب أن يؤشر

الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعا أمام البيانات الواردة فى السجل بشأن قيد حق الإرث وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث. وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان عندما عرضت للغاية المرجوة والمزايا التى يحققها هذا القانون بما أوردته من أنه يحقق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل العينى إذ أنه بمجرد إثبات البيان بشأن العقار يصبح ممثلا للحقيقة ونفيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن ذلك أن المشرع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينى ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه".

(الطعن رقم 1312 لسنة 61 ق جلسة 1996/3/13)

(2) التقادم المكسب الطويل أو القصير :

وهو طريق يعتبر كذلك حجة على الكافة بما فيهم المالك الحقيقي الذى يفقد هذه الملكية بكسب آخر لها بهذا التقادم. فثبوت التقادم المكسب يتم به إثبات الملكية على وجه يقينى قاطع.

فتمتى أثبت المدعى أنه حاز العقار هو وسلفه من قبله مدة خمس عشرة سنة متوالياً دون انقطاع وأن حيازته قد استوفت شرائطها، فقد تملك العقار بالتقادم. وإذا كان المدعى حسن النية ومعه سبب صحيح فإنه يملك العقار بحيازته مدة خمس سنوات متوالياً.

والسبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم. ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون (م969 مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "كسب الملكية بالتقادم الطويل المدة يعتبر بذاته سببا قانونيا مستقلا فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على التملك بالتقادم المكسب دون أن يستند إلى العقد المدعى بصوريته فلا حاجة للخوض في بحث تلك الصورية ويكون ما أورده الحكم في هذا الشأن تزييدا منه يستقيم الحكم بدونه".

(طعن رقم 249 لسنة 27 ق جلسة 1963/1/17)

2- "التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سببا لكسب الملكية، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته في هذه الحالة امتدادا لحيازة سلفه البائع له".

(طعن رقم 500 لسنة 29 ق جلسة 1964/6/5)

3- "السبب الصحيح اللازم توافره للتمسك بالتقادم الخمسى هو على ما تنص عليه المادة 969 من القانون المدنى "سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم. ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون" والمتصرف الذى لا يعد مالكا فى المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشيء يستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية بسبب أنه ليس مالكا ولا يخوله سنده حقاً فى الحصول على الملكية، ومن ثم فإن البائع إذا كان سنده عقداً غير مسجل صادراً له من المالك الحقيقى فإنه لا يكون للمشتري أن يتمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسى لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكا إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عينا بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك".

(طعن رقم 107 لسنة 30 ق جلسة 1965/1/21)

واعتبار التقادم المكسب دليلاً قاطعاً على ثبوت الملكية يعلله فقه القانون باعتبارات عملية تقتضى تسهيل الإثبات. إذ يلجأ المدعى إلى التمسك بالتقادم بدلاً من إثبات تسلسل الملكية، وباعتبارات اجتماعية إذ يطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز عند اعتباره مالكا بالتقادم، حتى لو كان مغتصباً لأنه أولى بالرعاية من مالك مهمل ترك ما يملكه في يد غيره دون أن يقوم على استغلاله أو الانتفاع به.

(3) - الحيابة :

تنص المادة 964 مدنى على أن: "من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه، حتى يقوم الدليل على العكس" فإذا ثبتت الحيابة فإنها تكون قرينة على الملكية، فيفترض أن الحائز مالك حتى يقوم الدليل على العكس. لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً فى دعاوى الملكية، مع أن الحيابة نفسها قد تكون محل شك فى ثبوتها، لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هى الحيابة المادية، التى توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح، فمتى أثبت الحائز أن عنده هذه الحيابة المادية، تمسك بذلك قرينة على الحيابة القانونية، وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز وأن الحيابة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى، ويبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيابة المادية لنفسه أن يتخذ منها قرينة على الحيابة القانونية ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها، وفى هذا تيسير كبير لإثبات الملكية.

ويلاحظ أن الحيابة إنما تكون قرينة على الملكية، إذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز، أما إذا كان هذا خلفاً لذلك، فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذى انتقلت بمقتضاه الحيابة، فالمستأجر مثلاً لا يستطيع أن يتخذ من الحيابة المادية قبل المؤجر، قرينة على الحيابة القانونية ثم من هذه قرينة على الملكية. بل إن عقد الإيجار هو الذى يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيابة، فيكون المستأجر بناءً على هذا العقد

حائزا لا لحق الملكية بل لحق شخصى هو حقه كمستأجر⁽¹⁾.

80- (ب) - طرق إثبات دلالتها ظنية :

توجد طرق إثبات للملكية ليس لها دلالة يقينية بالمفهوم المتقدم الذى أشرنا إليه. وإنما لها دلالة ظنية، فهى مجرد قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة، ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقينى.

ومن بين هذه الطرق ما يأتى:

(1) - سند التمليك :

المقصود بسند التمليك، هو السند الصادر لمدعى الملكية يفيد ثبوت الملك له. والأصل أن السند الذى يدل به المدعى على ملكيته، لا يكون دليلا يقينا، إلا إذا كان قد نقل الملكية إليه طبقا لأحكام القانون، وهو لا ينقل له ملكية العقار التى يدعيها إلا إذا كان المتصرف إليه مالكا، ولا يكفى من ثم لمدعى الملكية أن يقدم عقدا تملك بمقتضاه، بل يجب أن يثبت أن من تصرف له كان مالكا. فإذا قدم العقد سند ملكية سلفه، فإنه لا يكفى أيضا، بل يجب أن يثبت كذلك، أن سلفه هذا تلقى العقار عن مالك له، وهكذا إلى مالا نهاية. ويكون الدليل الذى يطالب به المدعى أمرا متعذرا، ولذلك سمي الإثبات فى هذه الحالة بالإثبات الشيطانى، فهو طريق لا يمكن السير فيه⁽²⁾.

ومن ثم فإن هذا السند لا يكون دليلا يقينيا على الملكية، وتكون دلالته ظنية ويؤخذ على أنه مجرد قرينة تفيد احتمالا راجحا ويترك تقدير ذلك للقاضى، وسواء كان السند عقدا أوصية أو ميراثا.

وبناء على ذلك لا يشترط فى السند الذى يقدمه المدعى أن يكون ناقلا

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 483. وما بعدها.

(2) السنهورى ص 756 - الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية

الطبعة الثالثة 2000 ص 32 وما بعدها.

للملكية، كالبيع أو الهبة، وإنما يجوز أن يكون مقرراً لها كعقد صلح أو عقد قسمة. كما يجوز أن يكون هذا السند حكماً قضائياً.

ولا يشترط أن يكون الخصم طرفاً في العقد أو الحكم الذى يقدمه مدعى الملكية، إذ لا يجوز الاحتجاج هنا بمبدأ نسبية القوة الملزمة للعقد أو بمبدأ نسبية حجية الأحكام، الذى يقصر أثرهما على طرفيه لأن المدعى لا يتمسك به لمطالبته بتنفيذ التزام ترتب عليه، ولكن لمطالبته باحترام الوضع القانونى الناشئ عنه، الذى لا فرق إزاءه بين طرفيه وغيرهم⁽¹⁾. والفرص هنا أن كلا من المتنازعين لم يستطع التقدم بدليل قاطع على ملكيته فلا تثريب على القاضى إن استعان بالقرائن التى تمكنه من ترجيح كفة أحد المتنازعين على الآخر. ولاشك أنه يستطيع أن يستمد هذه القرائن من السندات المقدمة فى الدعوى بل أن يستطيع أن يرجح كفة أحد المتخاصمين بناء على قرائن يستمدّها من السندات المقدمة من خصمه⁽²⁾.

(2) - المكلفة :

هذا السند وما سيأتى ذكره فيما بعد من سندات تقل فى قوتها عن قوة سند التملك. وإن كانت المكلفة هى التى تلى سند التملك مباشرة فى القوة. والمقصود بالمكلفة أن يكون العقار مكلف باسم مدعى الملكية، أى مقيد فى سجلات مصلحة الضرائب على أنه مملوك له. وأنه هو الذى يدفع الضرائب المفروضة عليه. ذلك أن الغالب أن يكون صاحب التكليف هو المالك. ولكن دلالة التكليف ظنية يجوز إثبات عكسها، أى إثبات أنه رغم أن العقار مكلف باسم البائع إلا أنه مملوك لشخص آخر⁽³⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 104 وما بعدها - محمد على عرفه ص 232 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 232 وما بعدها.

(3) محمد على عمران ص 33 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 105 - وكانت

المادة 4/49 من قانون الشهر العقارى توجب بشأن بيان المستندات الواجب تقديمها مع =

= طلب شهر حق الإرث أن يقرن بالطلب سندات ملكية المورث للعقار فإذا تعذر تقديمها

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن محكمة الموضوع إذ تقرر - معتمدة على بيانات شهادات التكليف وظروف الدعوى وأحوالها - أن أصل هذا التكليف المختلف على دلالته لم يكن لإثبات الملك لمن هو باسمه ابتداء، وإنما كان بسبب أرشديته، ولإثبات الملك له وتغيره بالميراث، فإنها تفصل فى أمر واقعى لا دخل للقانون فيه".

(طعن رقم 99 لسنة 2 ق جلسة 1933/3/23)

واستندت ملكية المورث بالنالى إلى وضع اليد المدة الطويلة اكتفى بكشوف رسمية من دفاتر التكليف تثبت ورود العقار فى تكليف المورث من سنة 1923. وكان مقتضى هذا الحكم أن المشرع اعتبر ورود العقار فى تكليف المورث قبل سنة 1924 أمراً كافياً لثبوت حيازته لهذا العقار الحيازة التى تكسبه الملكية بالتقادم الطويل وقد رددت المادة (15) من تعليمات الشهر العقارى سنة 1969 هذا الحكم. وقد عممت مصلحة الشهر العقارى القاعدة السابقة فنصت المادة 143 من تعليمات الشهر العقارى والتوثيق على أن الأصل فى مراجعة أصل الملكية هو وجوب تقديم سند تمليك مع آخر ورد أو قيمة عوائد، فإذا ثبت عدم وجود مستندات تمليك وكان التكليف وارداً باسم المتصرف، وأراد صاحب الشأن اعتبار طريق امتلاكه بوضع اليد المدة الطويلة فيمكن الاكتفاء بكشف رسمى من دفاتر المكلفات يثبت ورود العقار فى التكليف وقد بينت المواد 143-149 من تعليمات الشهر العقارى مدة الكشف الرسمى والشروط اللازمة لاعتبار طريق الامتلاك بوضع اليد المدة الطويلة.

وقد ألغى الحكم السابق بالقانون رقم 25 لسنة 1976 الذى أوجب تحقيق وضع اليد وفقاً لأحكام القانون المدنى إذ نصت المادة (23 مكرراً) المضافة بالقانون رقم 35 لسنة 1976 على أن :

"إذا كان أصل الملكية أو الحق العينى محل طلب الشهر لا يستند إلى أحد المحررات المنصوص عليها فى المادة السابقة وطلب صاحب الشأن إسناده إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، فعلى المأمورية تحقيق وضع اليد للتثبت من مدى توافر شروطه وفقاً لأحكام القانون المدنى ثم تحيل الطلب إلى مكتب الشهر العقارى مشفوعاً برأيها ... إلخ" (راجع عبد الناصر العطار ص 212 وما بعدها).

2- لا جناح على المحكمة فى أن تتخذ من عدم تكليف الأَطِيان موضوع النزاع باسم مورث الطاعنين قرينة على انتفاء ملكيته لها مضافة إلى الأدلة الأخرى التى أوردتها فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 185 لسنة 20 ق جلسة 1953/11/26)

3- "أسباب كسب الملكية قد حددها القانون على سبيل الحصر وليس من بينها قيد اسم شخص بذاته فى السجلات التى تعدها الدولة لجباية الضرائب على العقارات فهذا القيد لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة على الملكية قابلة لإثبات العكس".

(طعن رقم 424 لسنة 53 ق جلسة 1986/5/15)

4- ورود العقار المراد تملكه بالتقادم ضمن تكليف أو عقد مسجل باسم المدعى عليه لا يحول دون قيام الحياة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل إذا ما استكملت مدتها وشروطها القانونية دون معارضة منه للحائز يجابه به تلك الحياة".

(طعن رقم 3156 لسنة 67 ق جلسة 1998/12/2)

(3) - خرائط المساحة :

رأينا أن ورود العقار فى تكليف المورث قبل سنة 1924 كان يعتبر أمراً كافياً لثبوت حيازته له، إذا تعذر تقديم سندات ملكية المورث، وقد عممت المادة 143 من تعليمات الشهر العقارى هذا الحكم فى مراجعة أصل الملكية ولو بغير طريق الإرث، ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل نصت المادة 151 من هذه التعليمات الصادرة سنة 1969 على أنه فى الجهات التى تمت فيها إعادة المساحة، يمكن الاستغناء عن الكشف الرسمى المشار إليه فى المادة 143 إذا كان ثابتاً فى دفتر المساحة أن أصل الملكية بالتكليف قبل 1924/1/1 على ألا يطبق هذا الحكم فى حالة شهر حق الإرث الذى يتعين فيه تقديم الكشف الرسمية قبل سنة 1924

تطبيقاً للمادة 49 من قانون الشهر العقاري (قبل تعديلها)⁽¹⁾.

إلا أن محكمة النقض لم تأخذ بتعليمات الشهر العقاري الخاصة بالاكتفاء بدفاتر المساحة لثبوت أصل الملكية قبل 1924/4/1 إذ قضت بتاريخ 1955/12/22 في الطعن رقم 251 لسنة 22 ق بأن :

"لا حجية لخرائط المساحة في بيان الملكية وإنما تعبر فقط عن الواقع المادى".

ومفاد ذلك أن خرائط المساحة، وكذا ما أثبت بسجلات المساحة مجرد قرينة على الحيازة لا تكفى وحدها لثبوتها وإنما يجب أن تضاف إليها قرائن أخرى، وإذا كانت لا تكفى لإثبات الحيازة فلا يمكن الركون إليها في ثبوت الملكية لمجرد أنها تشير إلى أن هناك تكليفاً باسم من يدعيه من 1924/1/1 وطالما عدل المشرع بالقانون رقم 25 لسنة 1976 المادة 49 من قانون الشهر العقاري وأوجب بالمادة 23 مكرراً تحقيق وضع اليد وفقاً لأحكام القانون المدني فلا محل للعمل بتعليمات الشهر العقاري سالفة الذكر⁽²⁾.

81 - دفع ضرائب الأراضي الزراعية وعوائد المباني :

لا يعتبر قيد اسم الشخص في سجلات الجمعية التعاونية الزراعية المعدة لإثبات بيانات الحيازة سنداً لإثبات ملكية الأرض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لكسب الملكية أسباب حددها القانون ليس من بينها قيد اسم شخص في سجلات الجمعيات التعاونية الزراعية المعدة لإثبات بيانات الحيازة وجميع البيانات الزراعية الخاصة بكل حائز. ومن ثم فإن الاستدلال بشهادة من الجمعية التعاونية

(1) عبد الناصر العطار ص 214.

(2) عبد الناصر العطار ص 214 وما بعدها.

الزراعية لا يصلح سنداً لإثبات ملكية الأرض".

(طعن رقم 842 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/26)

82 - تعارض طرق إثبات الملكية العقارية :

يقدم المدعى فى دعوى الاستحقاق أدلة لإثبات دعواه، حين يركن المدعى إليه إلى حيازته، مستمداً منها قرينة على ملكيته للعقار الذى يحوزه، فإذا استطاع المدعى أن يثبت تملكه العقار موضوع النزاع عن طريق السجل العينى - فى المناطق التى يسرى فيها- أو بطريق التقادم المكسب، فإنه يقضى للمدعى بالاستحقاق.

أما إذا تقدم المدعى بقرائن لإثبات دعواه كعقد بيع اشترى به العقار، أو مكلفة باسمه أو قسيمة دفعه الضرائب المفروضة عليه أو غيرها مما يتعارض مع القرينة التى تفيدها الحيازة، أو مع قرائن أخرى قدمها الحائز كعقد هبة أو وصية نقلت إليه ملكية ذلك العقار. فيتعين على القاضى أن يرجح بين القرائن المتعارضة، ويحكم بالملكية لمن تصل أدلته إلى إقناعه بأنه المالك أو على الأقل صاحب الحق الأفضل أو الأكثر احتمالاً.

وقد استقر القضاء الفرنسى - تحت رقابة محكمة النقض- إلى عدة قواعد للترجيح بين القرائن المتعارضة نعتها بعض الفقهاء بالنظام القانونى لإثبات الملكية العقارية. وتميز هذه القواعد بين حالات ثلاث :

- 1- وجود سند ملكية عند كل من الخصمين.
 - 2- وجود سند ملكية عند أحد الخصمين دون الآخر.
 - 3- عدم وجود سند ملكية عند أى من الخصمين⁽¹⁾.
- ونعرض لهذه الحالات بالتفصيل على النحو التالى.

الحالة الأولى :

(1) محمود جمال الدين زكى ص 106- محمد على عرفه ص 239 وما بعدها.

وجود سند ملكية عند كل من الخصمين :

إذا قدم كل من الخصمين سنداً ناقلاً للملكية إليه، وكان كلا السندين صادراً عن سلف واحد كأن يكون قد صدر للمدعى عقد بيع من شخص معين، بينما صدر عقد بيع آخر للمدعى عليه من ذات الشخص. فإن العبرة تكون بالأسبقية في التسجيل فيحكم بالملكية لمن سبق الآخر إلى تسجيل سنده طبقاً لأحكام قانون الشهر العقاري.

وإن كان أحد السندين دون الآخر هو المسجل، فصاحب السند المسجل هو الذي يقضى لصالحه⁽¹⁾.

ولكن يتأثر الحكم المتقدم بأحكام الوصية، فهنا ينقلب الوضع وتكون الأفضلية للسند اللاحق، إذ أن الوصية اللاحقة تلغى الوصية السابقة⁽²⁾.

أما إذا كان السندان صادرين من شخصين مختلفين، كأن يكون قد صدر للمدعى عقد بيع للعقار من (زيد) بينما صدر للمدعى عليه عقد بيع للعقار ذاته من (بكر) فيفضل المدعى عليه في هذه الحالة بحسب الأصل، لأن السندين يتهاثران، وتبقى للمدعى عليه الحياة فترجح كفته بسببها.

ولكن المدعى يستطيع مع ذلك أن يتفادى هذا التفضيل إما بتجريح حياة المدعى عليه مباشرة، كأن يثبت أنها غامضة أو غير متوافرة على الشروط التي يتطلبها القانون لاكتساب الملكية بالتقادم إذا توافرت مدته، وبذلك يزول سبب تفضيله، ويستعيد القاضى حريته في تقدير قيمة كل من السندين المقدمين، مستعينا في ذلك بالقرائن التي يستند إليها كل منهما لتقديم سنده. ويصح أن يجد في أسبقية التسجيل أساساً صالحاً للتفضيل يعتد بها عاملاً من عوامل التفضيل

(1) السنهاورى ص 764 وما بعدها - جمال زكى ص 107.

(2) محمد على عرفه ص 231.

إلى جانب العوامل الأخرى⁽¹⁾.

وهو على أى حال حر فيما ينتهى إليه تقديره ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى هذا الصدد.

ويصح أيضا أن ينجو المدعى من تفضيل المدعى عليه بسبب حيازته، إذا أثبت المدعى أن سلفه كان يفضل على سلف خصمه لو أن النزاع كان قائما بينهما. وسبيله إلى ذلك هو أن يثبت أن الحيازة السابقة على حيازة خصمه كانت لسلفه هو، ولم يكن سلف المدعى عليه حائزا للشيء وقت التصرف فيه. وبذلك يفضل المدعى استنادا إلى أنه: لا يجوز لشخص أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر مما يملك⁽²⁾.

غير أن محكمة النقض الفرنسية، فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1964/11/26 لم تحل إلى هذه الحلول، بل قررت فى عبارات عامة، أنه إذا قدم الخصمان سندين صادرين عن سلفين مختلفين يستطيع قاضى الموضوع تكوين اقتناعه من البيانات الواردة فيهما، ويعتمد على ما يستخلصه من قرائن أفضل وأكثر وضوحا⁽³⁾.

الحالة الثانية :

وجود سند ملكية عند أحد الخصمين دون الآخر :

إذا كان سند الملكية لدى المدعى عليه الذى يحوز العقار، فإن المدعى عليه يكون قد جمع بين سند الملكية والحيازة، ومن ثم ففى هذه الحالة يقضى برفض دعوى الاستحقاق.

أما إذا كان سند الملكية لدى المدعى، حين أن الحيازة لخصمه، تعينت

(1) السنهورى ص 765 - محمد على عرفه ص 230.

(2) محمد على عرفه ص 230 وما بعدها - السنهورى ص 765 وما بعدها.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 108.

المفاضلة بين السند والحيازة، ويفضل السند إذا كان سابقا على الحيازة ويقضى للمدعى بالاستحقاق أما إذا كان سند الملكية لاحقا على الحيازة، وكانت هذه سابقة فى بدايتها عليه، استرد قاضى الموضوع سلطته التقديرية فى الترجيح بحسب ظروف الدعوى⁽¹⁾.

الحالة الثالثة :

عدم وجود سند ملكية عند أى من الخصمين :

إذا لم يوجد سند ملكية عند أى من الخصمين، تعين التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها، فتقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية لم يدحضها سند تمليك من المدعى، فينقضى لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق، ولو قدم المدعى أدلة أخرى، كالمكفلة أو أوراق إدارية أو مالية أخرى.

وإذا كانت الحيازة لمدعى الاستحقاق، واستوفت الحيازة شرائطها القانونية قامت قرينة على الملكية لصالحه لم يدحضها سند تمليك من المدعى عليه فيقضى للمدعى بالاستحقاق.

الفرض الثانى :

أن تكون حيازة المدعى عليه (أو حيازة المدعى) غير مستوفية لشرائطها القانونية :

إذا كانت حيازة المدعى عليه غير مستوفية للشروط اللازمة لكسب الملكية

(1) السنهورى ص 769 - محمود جمال الدين زكى ص 109 ونقض فرنسى 1938/10/24 المشار إليه بالمرجع الأخير، ونقض فرنسى 1864/6/22، 1874/7/8، 1897/11/15 وأكتوبر سنة 1906، يناير سنة 1907، 24 أكتوبر 1938 المشار إليها بالمرجع الأول.

بالتقادم إذا استطلت المدة اللازمة، بأن كانت معيبة، فلا تكون الحيازة فى هذا الفرض قرينة على الملكية. ومن ثم يفاضل القاضى بين القرائن التى يقدمها كل من الخصمين. فقد يقدم أحد الخصمين قرينة الحيازة غير المستوفية للشرائط ويقدم الخصم الآخر قرائن أخرى كالتقيد فى سجل المكلفة أو دفع الضرائب عن العقار محل النزاع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المفاضلة بين سندات الملكية التى يعتمد عليها أحد طرفى النزاع وبين سندات ملكية الطرف الآخر والتى صدرت لإثبات تصرفات قانونية هى من المسائل القانونية التى يتعين على المحكمة أن تقول كلمتها فيها فإذا كان الحكم قد أغفل التعرض لبحث هذه المستندات والمفاضلة بينها فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب - ولا يغنى عن ذلك اعتماد المحكمة فى هذا الخصوص على ما ورد بنقل الخبير المنتدب لإثبات الواقع فى الدعوى وتطبيق مستندات الطرفين على الطبيعة".

(طعن رقم 32 لسنة 23 ق جلسة 1957/1/24)

83 - رأى الفقه المصرى فى قواعد إثبات الملكية :

يرى الفقه المصرى أن القواعد التى يطبقها القضاء الفرنسى فى إثبات حق الملكية العقارية والتى عرضنا لها فيما تقدم، تتفق فى مجموعها مع طبائع الأشياء وتوفق ما بين تعذر الإثبات المطلق لحق الملكية إذا لم يوجد نظام للسجل العينى وبين ضرورة إيجاد طرق للإثبات تقرب بين الواقع بقدر المستطاع⁽²⁾ ومن ثم يجب الاستئناس بها فى مصر.

ومع ذلك فالأخذ بها رهن باتفاقها مع ظروف الدعوى المطروحة أمام

(1) السنهاورى ص 764 وما بعدها.

(2) محمود جمال الدين ركى ص 110 - السنهاورى 769 وما بعدها.

القاضي، الذي له سلطة تقدير الأدلة، خارج نطاق الدليل المعد لاسيما وأن بعض هذه القواعد هدف لنقد الفقه الفرنسى.

والأولى فى إثبات حق الملكية أن يتقيد القاضى بالمادة (964) مدنى التى تقيم الحيازة التى استوفت شرائطها القانونية قرينة قانونية على الملكية، وتوجب عليه الحكم بالملكية على أساسها ما لم يدحض خصمه هذه القرينة بأدلة أخرى يراها كافية⁽¹⁾.

فإذا لم تتوافر الحيازة المستوفية لشرائطها لأى من الخصمين جاز التمسك بالحيازة الفعلية، على أن تكون محض قرينة قضائية تدحضها قرائن قضائية أقوى منها. فالواجب إذن الوقوف عند الحيازة إلا أن ترجحها حيازة أفضل أو تدحضها قرائن قضائية أقوى. وعند تعارض القرائن، يترك الأمر لتقدير القاضى فى ترجيح قرينة على أخرى بحسب ظروف كل قضية⁽²⁾.

84- قضاء محكمة النقض فى إثبات الملكية :

1- "لا يهم عند القضاء فى دعوى الملكية أن يكون المشتري استرد ما دفعه أو لم يسترده مادام طلب رد الثمن لم يكن معروضا على القاضى، ولا يهم كذلك أن يكون البائع قد رد إلى المشتري ما قبضه من ثمن المبيع ردا مبرئا لزمته أو أن يكون هذا الرد مشوبا بعيب يجعله غير مبرئ للذمة. وإذن فإذا تعرض القاضى فى أسباب حكمه إلى ما لا تتأثر به دعوى الملكية من ذلك فإن ما يعرض له يكون، لعدم تعلقه بالطلب المرفوعة به الدعوى ولعدم اتصاله بالمنطوق، عديم الأثر زائدا على حاجة الدعوى، وهو على هذا الاعتبار لا يحوز كالمنطوق قوة الشيء المحكوم فيه".

(طعن رقم 77 لسنة 6 ق جلسة 1937/2/18)

2- "إذا تمسك مدعى الملكية بأنه تملك الأطيان المتنازع عليها بالشراء ممن

(1) السنهاورى ص 770 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 110.

(2) السنهاورى 771.

تملكها بالتقادم من مالها الأصلي، ودفع المدعى عليه بأنه هو الذى تملك بالتقادم، وأمرت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات وضع اليد بشهادة الشهود، وحملت المدعى عليه عبء الإثبات فقبل هذا الحكم التمهيدى ولم يستأنفه، ثم لما أصدرت حكمها القطعى نفت ملكية المدعى عليه وأثبتت فى الوقت نفسه ملكية المدعى وردت هذه الملكية إلى سببها القانونى وهو التقادم، وسأقت على هذا التقادم أدلة من شأنها أن تؤدى إليه، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق قواعد إثبات الملكية، ولو جعلت فى المقام الأول من الأدلة التى أوردتها على تملك المدعى بالتقادم ما استفادته من إخفاق المدعى عليه فى دفاعه وما ترتب على هذا الإخفاق من انتفاء وضع يده، فذلك حقها الذى لا معقب عليه، إذ أن وضع اليد واقعة تقبل الإثبات بالطرق كافة بما فيها القرائن، والقرائن القضائية من الأدلة التى لم يحدد القانون حجيتها والتى أطلق للقاضى فى الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها، كما أطلق له فى أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية والتقدير المنزلة التى يراها".

(طعن رقم 120 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/10)

3- "إذا كان الحكم فى دعوى تثبيت الملكية لم يقر الدليل على ملكية المدعين لما قضى لهما به وإنما أقام قضاءه على ما ادعياه من أن سبب الملكية هو الميراث وعلى أنه لا نزاع من جانب المدعى عليهم لهما فى ذلك دون أن يفصح الحكم عن أصل هذه الملكية وأيلولتها إلى المدعين بالنسبة للقدر المقضى لهما بملكيته وكان الثابت بالحكم نفسه أن المدعى عليهم قد أنكروا على المدعين تلك الملكية وأنهم تمسكوا بأن آخرين شاركوهم فى الملكية مما مؤداه - لوصح هذا الدفاع- أن يقل نصيب المدعين فى الأطيان محل التداعى، فإن الحكم يكون قد شابه قصور بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 251 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/20)

4- "ولما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على أن الطريق محل النزاع

والمملوك للطاعنين طريق عمومي مخصص للمنفعة العامة أخذاً بتقرير الخبير المقدم في الدعوى لمجرد وجوده على الخريطة المساحية منذ مدة طويلة، ورتب على ذلك أحقية المطعون عليه في فتح باب عليه، في حين أن مجرد وجود الطريق على خريطة المساحة لا يصح دليلاً على أنه طريق عمومي طالما لم تنتقل ملكيته إلى الدولة بأحد أسباب كسب الملكية المنصوص عليها في القانون، فإن الحكم المطعون فيه إذ اكتفى باعتماد تقرير الخبير في هذا الخصوص دون أن يفصل في ملكية الطريق وهي مسألة قانونية تخرج عن مأمورية الخبير الذي تقتصر مهمته على تحقيق الواقع في الدعوى وإبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضى استقصاء كنهها بنفسه، واتخذ من تقرير الخبير سنداً لقضائه وكانت أسبابه لا تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ولا تصلح رداً على ما تمسك به الطاعنون من أن الطريق مملوك لهم ملكية خاصة، وهو دفاع جوهرى من شأنه لوصح أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب".

(طعن رقم 1517 لسنة 55 ق جلسة 1992/4/12)

5- "محكمة الموضوع إذ تفصل في المفاضلة بين المشتريين من متصرف واحد بشأن عقار واحد توصلوا إلى معرفة من منهم المالك الحقيقي للأرض المتنازع عليها إنما تفصل في مسألة قانونية وإذن فعملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 3106 لسنة 58 ق جلسة 1993/4/15)

6- "لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن بصفته قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بملكية الدولة للأرض محل التداعى طبقاً للمستندات المقدمة منه وعدم جواز تملكها أو التعامل عليها ورتب على ذلك طلب رفض دعوى المطعون ضدها الأولى، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد ما قضت به محكمة أول درجة من صحة ونفاذ عقد البيع الابتدائي الذى تضمن التصرف في تلك الأرض دون أن يتحقق

من ملكية البائع لها مجتزئا القول بأن الأرض محل التعاقد لم ترد ضمن سجلات أملاك الدولة أو خرائطها، وهو ما لا يكفي لمواجهة دفاع الطاعن ولا يصلح رداً عليه في ضوء ما سلف بيانه، وإذ حجب ذلك - الحكم - عن مواجهة هذا الدفاع الجوهري بما يقتضيه من البحث والتمحيص وصولاً إلى وجه الحق فيه فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب الذي جره إلى خطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 1125 لسنة 68 ق جلسة 2000/6/18)

7- "إن الإقرار بالملكية حجة على المقر طالما صدر منه عن إرادة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فلا يحق له أن يتصل مما ورد فيه بمحض إرادته إلا بمبرر قانوني، ومن ثم فإنه ينتج أثره فيما بينه والمقر له، وليس له أن يدفع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل الملكية، ولو تبين أن محل الإقرار كله أو بعضه مملوك للغير، إذ الإقرار بملكية ثابتة للغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المقر له، وليس لمصلحة المقر، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له أن يقر بالتصرف صراحة أو ضمناً، فإذا لم يقره كان غير نافذ في حقه. وإن النعى بأن الطاعن (المقر) دفع في غلط جوهري - غير مقبول لمخالطته واقعا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع".

(طعن رقم 3370 لسنة 61 ق جلسة 2001/2/20)

8- "إن الإقرار بالملكية في ورقة عرفية لا تنتقل به الملكية، ولا يصلح سنداً لرفع دعوى بتثبيت هذه الملكية، لأنها لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل، ولما ينطوى عليه طلب الحكم بصحة ونفاذ الإقرار من التسليم بثبوت الملكية للمقر، والرغبة في الحصول على حماية قضائية غايتها أن يطمئن المقر له إلى أن المقر لا يستطيع - بعد الحكم بصحة الإقرار ونفاذه في حقه - أن ينازع فيما أقر به. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأتبع قضاءه بصحة ونفاذ الإقرار موضوع النزاع باعتباره سنداً للملكية صالحاً للتسجيل والشهر. فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 3370 لسنة 61 ق جلسة 2001/2/20)

85 - آثار الحكم للمدعى بالاستحقاق :

إذا حكم للمدعى بالاستحقاق، ثبت له الحق فى استرداد الشيء، وتوابعه وملحقاته الموجودة وقت رفع الدعوى، وفى التعويض عن الأضرار التى كان فى الإمكان تفاديها لو بقى الشيء فى حيازته⁽¹⁾.

غير أن التزامات الحائز فى مواجهة المحكوم له بالاستحقاق تختلف باختلاف ما إذا كان الحائز حسن النية أو سىء النية على أنه لا محل لهذه التفرقة بعد رفع الدعوى، إذ يعتبر الحائز سىء النية على أى حال من تاريخ رفع الدعوى، وذلك ما صرح به المشرع فى الفقرة الثانية من المادة 966 بقوله: "ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره". فالإكراه يجعل الحيازة مشوبة بسوء النية منذ بدئها، أما عيوب الحيازة الأخرى كالغموض والخفاء، فتؤدى إلى اعتبار الحائز سىء النية من وقت إعلانه بها فى صحيفة الدعوى.

ومن مقتضى ذلك أن أثر التفرقة بين حسن نية الحائز أو سوءها لا يظهر إلا بالنسبة إلى الالتزامات التى تنقرر فى ذمته بصدد حيازة الشيء قبل رفع الدعوى، وهو ما يظهر فى الحالات الآتية:

1- إذا هلك الشيء قبل رفع الدعوى فهلاكه على الحائز إن كان سىء النية، لأن المدين يسأل حتى عن القوة القاهرة إذا كانت مسبقة بخطأ منه، وظاهر أن كون الحائز سىء النية يعد خطأ يتحمل من أجله تبعة القوة القاهرة.

أما الحائز حسن النية فلا يسأل عن هلاك الشيء قبل رفع الدعوى بقوة القاهرة، لأن العدالة تأبى ذلك من جهة، ولأنه لم يثبت فى جانبه خطأ ما حتى يتحمل تبعة القوة القاهرة من جهة أخرى. أما إذا هلك الشيء بعد رفع الدعوى،

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوى فى حق الملكية 1978 ص 295.

فيجب على الحائز رد قيمته لأن المشرع اعتبره سىء النية من هذا التاريخ فيتحمل لذلك عبء القوة القاهرة.

2- يسأل الحائز عن حاصلات الشىء التى حصلها سواء أكان حسن النية أوسئها، لكون الحاصلات من حق المالك دائماً.

أما الثمار فيسأل عنها الحائز سىء النية من وقت ثبوت سوء نيته، أما الحائز حسن النية فلا يسأل عن رد الثمار التى حصلها قبل رفع الدعوى، لأن المشرع يجعل له الحق فيما يقبضه من ثمار مادام حسن النية (م978 مدنى). ومادام أن حسن نيته يزول برفع الدعوى، فإنه يصبح مسئولاً عن الثمار التى يحصلها من هذا التاريخ.

كما أن الحائز سىء النية مسئول حتى عن الثمار التى أهمل تحصيلها، أما الحائز حسن النية فلا يسأل عن الثمار التى أهمل فى تحصيلها إلا من وقت رفع الدعوى.

3- يسأل الحائز عن تعويض الأضرار التى تصيب الشىء بخطئه إن كان سىء النية، أما الحائز حسن النية فلا يسأل عن تعويض هذه الأضرار إلا إذا حدثت بعد رفع الدعوى أى فى الوقت الذى يعتبره فيه القانون سىء النية.

4- إذا تصرف الحائز سىء النية فى الشىء، فإنه يسأل عن رد قيمته بصرف النظر عن المقابل الذى حصل عليه فى نظير هذا التصرف. أما الحائز حسن النية فلا يسأل إلا فى حدود ما قبضه، أو فى حدود الفائدة التى عادت عليه من هذا التصرف.

5- يلتزم المستحق بأن يرد للحائز، سواء أكان حسن النية أم سىء النية، جميع المصروفات التى صرفها فى إنتاج الثمار وتحصيلها. وكذلك جميع النفقات الضرورية التى أنفقها للمحافظة على الشىء أو لإصلاحه. أما المصاريف النافعة فتزد فى حدود أقل القيمتين: ما زاد فى قيمة الشىء أو ما أنفقه الحائز فعلاً. ولا ترد المصاريف الكمالية أصلاً، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد

الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة. وهذا هو حكم القواعد العامة (م 980 مدنى) ⁽¹⁾.

86 - عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم :

الملكية - كما رأينا سلفاً - لا تسقط أبداً بعدم الاستعمال، فيكون هذا هو الشأن في الدعوى التى تحميها وهى دعوى الاستحقاق. فالملكية وإن كانت تكتسب بالتقادم، فهى بالعكس لا تسقط بالتقادم، فلا يقبل من المدعى عليه أن يدفع قبولها بدعوى سقوط الحق فى رفعها بمضى المدة الطويلة ⁽²⁾. ومن ثم يجوز رفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت.

ويسرى ذلك على العقار والمنقول على حد سواء، لأن الدوام خاصة أساسية من خصائص الملكية عموماً لا فرق فى ذلك بين أن يكون محلها عقاراً أو منقولاً، وأن من مقتضى ذلك أن مالك المنقول لا تزول عنه ملكيته إلا بطريق غير مباشر، شأنه فى ذلك شأن مالك العقار. فإذا رفعت دعوى الاستحقاق على حائز المنقول، وكان لا يستطيع دفعها بالاستناد إلى قاعدة "الحيازة سند الملكية" فإنه لا يستطيع أيضاً أن يحرم المالك من حقه الطبيعى فى استرداد الشيء إلا إذا كانت حيازة المدعى عليه صالحة لاكتساب الملكية بالتقادم الطويل ⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "دعوى الاستحقاق التى يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقاراً كان أو

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 298 - محمد على عرفه ص 233 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 226 - السنهورى ص 751.

(3) محمد على عرفه ص 227 ويرى الشراح الفرنسيون أن الحكم المتقدم قاصر على دعوى استحقاق العقار أما دعوى استحقاق المنقول فيقررون أنها تسقط بالتقادم وفقاً للمبدأ العام الوارد بالمادة 2262 ولو لم يكن فى وسع حائز المنقول أن يتمحض بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" (عرفه ص 227).

منقولاً لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقاً دائماً لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن".

(طعن رقم 2030 لسنة 58 ق جلسة 1993/4/29)

2- "إذا كانت الملكية لا تسقط بمجرد الغصب وإنما تبقى لصاحبها حتى يكتسبها غيره بأحد أسباب كسب الملكية... وكان طلب التعويض هو بديل عن طلب المال المغصوب فإن لازم ذلك أن التعويض لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق عملاً بنص المادة 374 من القانون المدني".

(طعان رقما 2445، 2650 لسنة 59 ق جلسة 1994/12/27)

(راجع أيضاً طعن رقم 2054 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/4 منشور

فى شرح المادة 802)



2- القيود التى ترد على حق الملكية

مادة (806)

على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة. وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية :

الشرح

87 - وجوب مراعاة المالك فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين

والمراسيم واللوائح :

تبدأ سلسلة القيود التى ترد على حق الملكية بنص يشير إلى القوانين الخاصة وما يلحق بها من مراسيم ولوائح تتعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ويكون من شأنها التقييد من حق الملكية⁽¹⁾.

ومع أن القانون يحمى المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، إلا أنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، كانت المصلحة العامة أولى بالرعاية⁽²⁾.

وليس من السهل حصر القيود التى يفرضها القانون على الملكية، فهى مبعثرة فى التشريعات المختلفة، سواء كانت تشريعات عادية أو فرعية كاللوائح والقرارات الوزارية. وقد نص القانون المدنى على بعضها، ولذا جاء بعجز المادة عبارة "وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية".

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 806.

(2) محمد على عرفه ص 239.

ومن أمثلة هذه التشريعات ما يأتى :

(أ) التشريعات التى تحظر على المالك بعض أوجه الاستعمال، كالأمر العالى الصادر فى 25 يونية سنة 1890 المعدل بالأمر العالى الصادر فى 10 مايو 1892 بمنع زراعة الدخان والتبناك فى جميع أنحاء مصر. ومن يزرع دخانا أو تنباكا يجازى بغرامة قدرها 200 جنيه مصرى عن كل فدان أو جزء من فدان فضلا عن مصادرة وإتلاف الزراعة أو المحصول.

(ب) - التشريعات التى تنظم بعض صور الاستعمال وتتطلب الحصول على ترخيص إدارى قبل القيام به.

ومثال ذلك :

1- القانون رقم 371 لسنة 1956 (المعدل) فى شأن المحال العامة الذى يحظر فتح أى محل عام إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة بذلك (م3).

2- القانون رقم 453 لسنة 1954 (المعدل) فى شأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة الذى يحظر إقامة أى محل تسرى عليه أحكام هذا القانون أو إدارته إلا بترخيص بذلك (م2).

3- القانون رقم 55 لسنة 1977 فى شأن إقامة وإدارة الآلات الحرارية والمراجل البخارية الذى يحظر على أى فرد من الأفراد أو أى شخص من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أن يقيم أو يدير الآلات الحرارية أو المراجل البخارية الثابتة أو المتنقلة التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة المختصة (م1).

4- القانون رقم 119 لسنة 2008 بإصدار قانون البناء الذى يحظر إنشاء مبان أو منشآت أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو تدعيمها أو ترميمها أو هدم المباني غير الخاضعة لقانون هدم المباني غير الآيلة للسقوط

جزئيا أو كليا أو إجراء أى تشطيبات خارجية دون الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم وفقا للاشتراطات البنائية وقت إصدار الترخيص ولما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون (م1/39).

5- القانون رقم 117 لسنة 1983 (المعدل) بإصدار قانون حماية الآثار.

(ج)- التشريعات التى ترد على حق التملك ذاته حماية للمصلحة العامة

ومثال ذلك :

1- المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى والتعديلات المتعددة التى أدخلت عليه، والتى وضعت حدا أقصى لتملك الفرد والأسرة للأراضى الزراعية وما فى حكمها.

2- القانون رقم 15 لسنة 1963 (المعدل) بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها.

ودراسة هذين القانونين تدخل فى نطاق القانون الزراعى.

3- القانون رقم 230 لسنة 1996 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء.

ونتولى دراسة أحكام هذا القانون فيما يلى.

تنظيم تملك غير المصريين للعقارات

المبينة والأراضى الفضاء

88 - التشريع الذى ينظم تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضى الفضاء :

نظم تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضى الفضاء لأول مرة بالقانون رقم 81 لسنة 1976 بتنظيم تملك المصريين للعقارات المبينة والأراضى الفضاء، وقد عدل هذا القانون بالقانونين رقمى 106 لسنة 1985، 8 لسنة 1986 ثم ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم 56 لسنة 1988، وأخيرا ألغى القانون الأخير وحل محله القانون رقم 230 لسنة 1996 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضى الفضاء⁽¹⁾.

(1) وننشر نصوص هذا القانون فيما يلى :

قانون رقم 230 لسنة 1996

بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضى الفضاء

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

مع عدم الإخلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم 230 لسنة 1989، يكون تملك غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين، للعقارات المبينة أو الأراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية- أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث - وفقا لأحكام هذا القانون.

ويقصد بالتملك فى نطاق أحكام هذا القانون الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع.

ويقصد بالعقارات المبينة والأراضى الفضاء فى تطبيق أحكام هذا القانون، المبانى =

= والأراضي، ولو لم تكن خاضعة لأحكام القانون رقم 113 لسنة 1939 في شأن ضريبة الأطنان أو القانون رقم 56 لسنة 1954 في شأن الضريبة على العقارات المبنية. وتعتبر في تطبيق أحكام هذا القانون شركة غير مصرية، أية شركة - أيا كان شكلها القانوني - لا يملك المصريون أغلبية رأسمالها، ولو كانت قد أنشئت في مصر طبقاً لأحكام القانون المصري.

(المادة الثانية)

يجوز لغير المصري تملك العقارات، مبنية كانت أو أرض فضاء، بالشروط الآتية:

- 1- أن يكون التملك لعقارين على الأكثر في جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكنى الخاصة له ولأسرته، وذلك دون إخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية المختصة.
- ويقصد بالأسرة الأزواج والأبناء القصر.
- 2- ألا تزيد مساحة كل عقار على أربعة آلاف متر مربع.
- 3- ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثراً في تطبيق أحكام قانون حماية الآثار ولرئيس مجلس الوزراء الاستثناء من الشرطين الواردين بالبندين (1، 2) من هذه المادة في الحالات التي يقرها.
- ولمجلس الوزراء أن يضع شروطاً وقواعد خاصة بالتملك في المناطق السياحية والمجتمعات العمرانية التي يحددها.

(المادة الثالثة)

لا يخضع تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء للشروط الواردة في هذا القانون في حالة ما إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذها مقراً لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو ملحقاتها أو لسكنى رئيس وأعضاء البعثة، وذلك بشرط المعاملة بالمثل، أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية أو الإقليمية.

(المادة الرابعة)

يجب على غير المصري الذي اكتسب ملكية أرض فضاء بالتطبيق لأحكام هذا القانون أن يبدأ البناء عليها خلال مدة لا تتجاوز السنوات الخمس التالية لشهر التصرف، فإذا انقضت هذه المدة دون البدء في أعمال البناء زيدت مدة الحظر المبينة في المادة التالية بما يساوي مدة التأخير في البدء في البناء.

(المادة الخامسة)

لا يجوز لغير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار وفقا لأحكام هذا القانون أن يتصرف فيه بأى وجه من وجوه التصرفات الناقلة للملكية قبل مضى خمس سنوات من تاريخ اكتساب الملكية.

ومع ذلك يجوز لرئيس مجلس الوزراء فى الحالات التى يقرها الإذن بالتصرف فى العقار قبل مضى هذه المدة.

(المادة السادسة)

يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره. ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

(المادة السابعة)

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق هى الجهة المنوط بها تنفيذ أحكام هذا القانون. وتنشأ مكاتب خاصة للشهر العقارى والتوثيق، تختص بجميع شئون الشهر والتوثيق بالنسبة لطلبات تملك غير المصرين للعقارات المبنية أو الأراضى الفضاء وفقا لأحكام هذا القانون، ويتعين على هذه المكاتب إنهاء إجراءات التسجيل خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ استيفاء الأوراق المطلوبة.

ويصدر بتنظيم العمل بهذه المكاتب قرار من وزير العدل.

(المادة الثامنة)

يلغى القانون رقم 56 لسنة 1988 بتنظيم تملك غير المصرين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

(المادة التاسعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يصمم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية فى 28 صفر سنة 1417 هـ.

الموافق 14 يولية سنة 1996م.

89 - دواعى تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى

الفضاء :

على إثر الانفتاح الاقتصادى فى مصر ازداد إقبال الأجانب وخاصة أبناء الدول العربية على شراء العقارات المبنية، رغبة فى الاستغلال أو التملك للإقامة الخاصة، وقد بدا هذا الإقبال واضحا فى المدن الكبرى. كما شجع قانون استثمار المال العربى والأجنبى رقم 43 لسنة 1974 (المعدل) - الذى كان ساريا قبل صدور القانون رقم 81 لسنة 1976 - على الاستثمار فى مجالات مشروعات الإسكان ومشروعات الامتداد العمرانى.

وقد كان للإقبال على اقتناء العقارات المبنية فى مصر أن ارتفعت أسعار المبانى وأراضى البناء بصورة فاحشة، كما رأى أن إقبال الكثيرين على التملك قد يكون من شأنه تضيق الفرصة أمام المواطنين فى الحصول على المسكن، فى الوقت الذى تغلق فيه المساكن التى يحصل عليها الأشقاء العرب، إلا أياما معدودات فى العام. هذا فضلا عن أن الكثير من الدول الأخرى - العربية والأجنبية - تحظر أو تحد من تملك الأجانب للعقارات المبنية ولأراضى البناء. وهو ما حدا بالمشرع إلى إصدار القانون رقم 81 لسنة 1976 بشأن تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء⁽¹⁾ كأول تشريع ينظم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء.

90 - الأشخاص الخاضعون للتنظيم الوارد بالقانون :

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 230 لسنة 1996 على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم 230 لسنة 1989، يكون تملك غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين... إلخ". فالنص لم يستخدم لفظ (الأجنبى) وإنما عبر عن الخاضعين

(1) توفيق فرج ص 131 وما بعدها.

لأحكام القانون بـ (غير المصريين)، وبالتالي يدخل فى نطاق هؤلاء الأجانب والعرب- ومن بينهم الفلسطينيون⁽¹⁾ - وعديمى الجنسية ومجهولى الجنسية، والمصرى الذى فقد الجنسية المصرية بحكم أو بقرار أو بإرادته والاكتفاء بجنسية أخرى يكون قد اكتسبها.

ولكن لا يندرج فيهم الشخص متعدد الجنسية إذا كانت الجنسية المصرية من بين الجنسيات التى يحملها⁽²⁾.

ويسرى التنظيم الوارد بالقانون على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على السواء. كالشركات والجمعيات.

ولم يترك المشرع جنسية الشركات للقواعد التى تمنح الجنسية المصرية لكل شخص اعتبارى أنشئ فى مصر وفقا للقانون المصرى، وإنما اعتبر الشركة غير مصرية - أيا كان شكلها القانونى إذا كان لا يملك المصريون أغلبية رأسمالها، ولو كانت قد أنشئت فى مصر طبقا لأحكام القانون المصرى. والحكمة من ذلك واضحة حتى لا يتحايل غير المصريين على أحكام تنظيم الملكية فيقومون بتكوين شركات وفقا للقانون المصرى، وبالتالي تتمتع بالجنسية المصرية، من خلالها يكون لهم حق التملك المحظور عليهم كأشخاص طبيعيين.

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة الأخرى كالجمعيات والمؤسسات فقد ترك المشرع جنسيتها طبقا للأحكام العامة، وذلك استنادا إلى أنها تخضع فى إنشائها لرقابة شديدة وقيود عديدة، فضلا عن أنها لا تستهدف الربح. وبالتالي فإن مشكلة التملك لا تثور بالنسبة لها كمشكلة أساسية.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فجنسية هذه الأشخاص لا تثير أى غموض أو لبس، حيث لا يتصور اكتساب أى دولة أو أحد فروعها الجنسية المصرية.

(1) توفيق فرج ص 132.

(2) محمد على عمران ص 83.

91- العقارات والأراضى الفضاء التى يسرى عليها تنظيم ملكية غير المصريين :

تنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون على أن : "ويقصد بالعقارات المبنية والأراضى الفضاء فى تطبيق أحكام هذا القانون، المبانى والأراضى، ولو لم تكن خاضعة لأحكام القانون رقم 113 لسنة 1939 فى شأن ضريبة الأقطان أو القانون رقم 56 لسنة 1954 فى شأن الضريبة على العقارات المبنية".

والإطلاق الوارد بالفقرة المذكورة قد يؤدى إلى القول بأن تعبير الأراضى الفضاء معناه كل الأراضى غير المبنية فى مصر دون تفرقة بين أراضى داخل كردون المدن أو خارجها، بما فيها الأراضى الزراعية. غير أن ذلك من شأنه حصول تداخل بين هذا القانون والقانون رقم 15 لسنة 1963 بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها، إذ تنص المادة الأولى من هذا القانون على أن: "يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية فى الجمهورية العربية المتحدة"، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع.

وتعتبر أرضا زراعية فى تطبيق أحكام هذا القانون الأراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم 52 لسنة 1940 المشار إليه إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأقطان.

ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون مؤقتا" ومن ثم يجب تفسير الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 230 لسنة 1996 على ضوء أحكام المادة الأولى من القانون 15 لسنة 1963، والقول بأنها قاصرة على الأراضى والمبانى الداخلة فى كردون المدن، دون مساس بالأحكام الخاصة بالأراضى الزراعية والبور والصحراوية التى نظمها القانون رقم 15 لسنة 1963⁽¹⁾.

(1) نعمان جمعة ص 84 وما بعدها.

92- الحقوق محل تنظيم الملكية :

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون على أن: "ويقصد بالتملك فى نطاق أحكام هذا القانون الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع". وعلى ذلك فالتنظيم الوارد بالقانون لملكية غير المصريين لا يشمل حق الملكية فقط، بل يمتد إلى ملكية الرقبة وحق الانتفاع، إلا أنه لا يشمل باقى الحقوق العينية الأصلية مثل حق السكنى والاستعمال والحكر. كما لا يشمل هذا التنظيم الحقوق العينية التبعية.

93- أسباب كسب الملكية التى تخضع لتنظيم الملكية :

يسرى تنظيم تملك غير المصريين المنصوص عليه بالقانون على العقارات المبنية والأراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث فيخضع لهذا التنظيم الملكية التى يكون سببها العقد أيا كانت تسميته بيعا أو مقايضة أو هبة، كما تخضع له الوصية والالتصاق والتقدم المكسب.

94- شروط تملك غير المصريين العقارات المبنية والأراضى الفضاء :

أجازت المادة الثانية من القانون لغير المصرى تملك العقارات، مبنية كانت أو أرض فضاء، بالشروط الآتية :

1- أن يكون التملك لعقارين على الأكثر فى جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكنى الخاصة له ولأسرته، وذلك دون إخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المختصة.

وعرفت المادة المقصود بالأسرة، بأنه الأزواج والأبناء القصر.

2- ألا تزيد مساحة كل عقار على أربعة آلاف متر مربع.

3- ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثرا فى تطبيق أحكام قانون حماية

الآثار.

ولرئيس مجلس الوزراء الاستثناء من الشرطين الواردين برقمى (1، 2) فى الحالات التى يقدرها. ولمجلس الوزراء أن يضع شروطا وقواعد خاصة بالتملك فى المناطق السياحية والمجتمعات العمرانية التى يحددها.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل القانون رقم 81 لسنة 1976 الملغى - بأن

:

1- "لئن حظرت المادة الأولى من القانون رقم 81 لسنة 1976 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأرض الفضاء فى جمهورية مصر العربية أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث، إلا أن البند (ب) من المادة الثانية من القانون المذكور استثنى من هذا الحظر الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء بالشروط التى نص عليها فى البند المذكور، مما مفاده أنه إذا تمسك الطاعن بأنه عرض طلب استثناء التصرف الصادر له من المطعون عليهم على مجلس الوزراء بعد استيفاء كافة الشروط المنصوص عليها فى البند المذكور وقدم الدليل على ذلك، تعين على محكمة الموضوع أن تثبت من عدم صدور قرار مجلس الوزراء، بالموافقة على التصرف قبل أن تقضى ببطلانه، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن - المشتري - قدم لمحكمة الموضوع ما يفيد أنه تقدم بطلب استثناء التصرف موضوع النزاع من حظر التملك المنصوص عليه فى المادة الأولى من القانون رقم 81 لسنة 1976 وأن طلبه مازال معروضا على مجلس الوزراء، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعن بتمحيص هذا الدفاع وقضى ببطلان التصرف قبل التثبت من صدور قرار مجلس الوزراء بعدم الموافقة عليه، يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 2059 لسنة 50 ق جلسة 1981/5/19)

2- (أ) - "أورد القانون رقم 81 لسنة 1976 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء فى المادة الأولى منه نصا عاما حظر فيه على غير المصريين سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم أشخاصا اعتباريين اكتساب

ملكية العقارات المبنية أو الأراضى الفضاء فى جمهورية مصر أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث إلا أنه اتبع ذلك بالنص فى المادة الثانية على استثناء حالات من هذا الحظر بينها بيان حصر منها موافقة مجلس الوزراء إذا توافرت الشروط الآتية: (1) أن يكون التملك لمرة واحدة بقصد السكنى الخاص للفرد أو لأسرته أو لمزاولة نشاط خاص. (2) ألا تتجاوز مساحة العقار بملحقاته ألف متر. (3) أن يحول عن طريق أحد المصارف المرخص لها نقداً أجنبياً قابلاً للتحويل بالسعر الرسمى يعادل قيمة العقار التى يقدر على أساسها الرسم النسبى المستحق على شهر المحرر (4) ألا تكون ملكية العين حصة شائعة مع مصرى، ومؤدى ذلك أنه إذا ما توافرت تلك الشروط وصدرت موافقة مجلس الوزراء على تملك غير المصرى فإن قرار المجلس بهذه الموافقة من شأنه أن يرتفع به حظر التملك".

(ب) - "إذا ما كان الأجنبى قد أبرم عقد ابتدائياً عن العقار الذى انصبت عليه موافقة مجلس الوزراء من قبل صدورها فإن هذا العقد الذى لا تتولد منه سوى التزامات شخصية لا يعتبر منشأ لحق المشتري فى التملك بل يكون قرار مجلس الوزراء هو الذى أحدث الأثر الفورى فى إباحة اكتساب ملكية العقار موضوع العقد، مما يستتبع بطريق اللزوم الحتمى إمكان تنفيذ البائع التزام نقل ملكية العقار المبيع إلى هذا المشتري بتسجيل العقد، فإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه جاز للمشتري رفع الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع. ولا يسوغ فى هذه الحالة أن يتمسك البائع - سواء بطريق الدعوى الأصلية أو بطريق الدفع فى دعوى مطروحة - ببطالان عقد البيع لمخالفته أحكام الحظر المقررة بالقانون رقم 81 لسنة 1976 طالما قد ارتفع هذا الحظر بصدور موافقة مجلس الوزراء على حق المشتري الأجنبى فى التملك وصار فى مكنة البائع نقل ملكية العقار المبيع إليه".

(طعان رقما 311 لسنة 52 ق، 2624 لسنة 56 ق جلسة 1989/1/26)

95- استثناء من شروط التملك :

ورد هذا الاستثناء فى المادة الثالثة من القانون التى تنص على أنه لا يخضع تملك العقارات المبنية والأراضى الفضاء للشروط الواردة فى القانون فى حالة ما إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذها مقرًا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو ملحقاتها أو لسكنى رئيس وأعضاء البعثة، وذلك بشرط المعاملة بالمثل، أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية أو الإقليمية.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل القانون رقم 81 لسنة 1976 الملغى -

بأن :

1- "النص فى المادة الثانية من فقرتها (أ) من القانون الخاص بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء قد أجازت استثناء من الحظر المنصوص عليه فى المادة الأولى لغير المصرى اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضى الفضاء إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذها مقرًا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو لسكنى رئيس البعثة وذلك بشرط المعاملة بالمثل أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية، وإذا كان ذلك فإن مصلحة الطاعنة وقد قررت أنها تبتغى الأرض المشفوع فيها لتوسيع مقر بعثتها تكون قائمة طالما أن أحدا من المطعون ضدهم لم يدع عدم توافر ما اشترطته تلك المادة لجواز تملك الأرض موضوع النزاع من طريق الاستثناء".

(طعن رقم 450 لسنة 45 ق جلسة 1979/1/17)

96- قيد على غير المصرى الذى اكتسب ملكية أرض فضاء طبقا

للقانون :

أوردت المادة الرابعة من القانون قيда على غير المصرى الذى اكتسب ملكية أرض فضاء بالتطبيق لأحكام القانون. إذ أوجبت عليه أن يبدأ البناء عليها خلال

مدة لا تتجاوز خمس السنوات التالية لشهر التصرف، فإذا انقضت هذه المدة دون البدء فى أعمال البناء زادت مدة الحظر المبينة فى المادة الخامسة بما يساوى مدة التأخير فى البدء فى البناء والمادة الخامسة - كما سنرى - تنص فى فقرتها الأولى على أنه لا يجوز لغير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار وفقا لأحكام هذا القانون أن يتصرف فيه بأى وجه من وجوه التصرفات الناقلة للملكية قبل مضى خمس سنوات من تاريخ اكتساب الملكية.

(أنظر تفصيل آخر فى البند التالى)

97- قيد على غير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار طبقا للقانون :

أوردت المادة الخامسة من القانون قيда على غير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار وفقا لأحكام القانون. إذ حظرت عليه أن يتصرف فى العقار بأى وجه من وجوه التصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو المقايضة أو الهبة قبل مضى خمس سنوات من تاريخ اكتساب الملكية.

ومع ذلك أجازت المادة لرئيس مجلس الوزراء فى الحالات التى يقدرها الإنذ بالتصرف فى العقار قبل مضى هذه المدة.

وواضح من الربط بين هذه المادة والمادة الرابعة من القانون أن هذا القيد يسرى على غير المصرى الذى اكتسب ملكية أرض فضاء بالتطبيق لأحكام القانون. إذ بعد أن أوجبت المادة الرابعة على غير المصرى الذى اكتسب ملكية أرض فضاء بالتطبيق لأحكام القانون أن يبدأ البناء عليها خلال مدة لا تتجاوز السنوات الخمس التالية لشهر التصرف، رتبت الجزاء على مخالفة هذا القيد بزيادة مدة الحظر المبينة فى المادة الخامسة بما يساوى مدة التأخير فى البدء فى البناء. مما مفاده خضوع الأرض الفضاء للحظر أو القيد المنصوص عليه بالمادة الخامسة.

98- عدم سرىان قواعد تنظيم تملك غير المصرىين للعقارات المبنية والأراضى الفضا على ما يخضع للقانون رقم 8 لسنة 1997 بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار :

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 230 لسنة 1996 فى صدرها على أنه :

"مع عدم الإخلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم 230 لسنة 1989، يكون تملك غير المصرىين الخ".

فقد استثنت الفقرة المذكورة العقارات المبنية والأراضى الفضا التى تخضع للقانون رقم 230 لسنة 1989 بإصدار قانون الاستثمار من الخضوع لقواعد تنظيم تملك المصرىين للعقارات المبنية والأراضى الفضا المنصوص عليها فى القانون رقم 230 لسنة 1989، وقد ألغى هذا القانون - عدا الفقرة الثالثة من المادة 20 منه - بالقانون رقم 8 لسنة 1997 بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار (المنشور بالجريدة الرسمية العدد 19 (مكرر) فى 11/5/1997 والمعمول به من اليوم التالى لتاريخ نشره). ومن ثم لا تخضع العقارات والأراضى الفضا الخاضعة للقانون الأخير لقواعد تنظيم تملك غير المصرىين للعقارات المبنية والأراضى الفضا المنصوص عليها بالقانون رقم 230 لسنة 1996.

99- النطاق الزمنى لسرىان أحكام القانون رقم 230 لسنة 1996 :

تنص المادة التاسعة من القانون رقم 230 لسنة 1996 على أن ينشر القانون فى الجريدة الرسمية. ويعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره. وقد نشر القانون فى الجريدة الرسمية بتاريخ 14/7/1996 العدد 27 مكررا. وعلى ذلك فإن هذا القانون لم يمس الملكيات القائمة قبل العمل به، ويجوز التملك لغير المصرىين

بعد العمل بالقانون بالقيود الواردة به.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان القانون 230 لسنة 1996 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء قد نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1996/7/14 ونصت المادة التاسعة منه على العمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره، وإذ أعلنت المحكمة نصوص هذا القانون بالحكم الصادر منها بتاريخ 1996/7/22 فإنها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

(طن رقم 9263 لسنة 66 ق جلسة 1998/10/20)

وبالترتيب على ذلك إذا كان التصرف قد انعقد لغير المصرى قبل العمل بالقانون الجديد، وطبقا لأحكام القانون السابق عليه دون أن يسجل، فإنه لا يكون قد اكتمل لغير المصرى أى مركز قانونى فى خصوص الملكية، وبالتالي يخضع هذا التصرف للتنظيم الوارد بالقانون رقم 230 لسنة 1996.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

"إذ كان المحذور قانونا طبقا لنص المادة الأولى هو اكتساب الأجانب ملكية العقارات المبنية والأراضي الفضاء، وكان كسبهم لهذه الملكية بالعقد هو مركز قانونى مركب لا يتم تكوينه إلا بتوافر عنصرين هما انعقاد العقد صحيحا من ناحية وتسجيله من ناحية أخرى، فإن العقود الصحيحة غير المسجلة قبل تاريخ العمل بالقانون المطعون فيه وإن كان يتولد عنها التزام بنقل الملكية إلى المتصرف إليهم، إلا أن ذلك لا يكفى فى ذاته لاكتمال أى مركز قانونى لهم فى خصوص هذه الملكية حتى يترتب على أعمال حكم الحظر المساس بها. وبالتالي لا يصح أن ترمى إلى تلك الفقرة برجعية الأثر".

(القضية رقم 26 لسنة (1) قضائية "دستورية" جلسة أول يناير سنة 1983)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"صدور تشريع لاحق يلغى وجوب توافر شرط ما لقيام صحة نوع من

التصرفات فإنه يسقط ترتيب البطلان أو حق الإبطال بسبب تخلف هذا الشرط فى التصرفات التى تصدر فى ظله، كما أن أثره الفورى المباشر يزيل ذلك الجزاء بالنسبة للتصرفات السابقة عليه التى كانت لا يتوافر فيها هذا الشرط طالما لم يكن قد صدر قبل سريانه حكم نهائى بإبطالها أو بطلانها. لما كان ذلك، وكان النص فى القانون 56 لسنة 1988 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء- الذى ألغى القانون 81 لسنة 1976 - قد حظر فى المادة الثانية منه على غير المصريين تملك العقارات المبنية والأراضى الفضاء إلا إذا توافرت شروط معينة من بينها صدور موافقة مجلس الوزراء على التملك، وفى المادة السادسة منه رتب البطلان على مخالفة هذه الشروط وأجاز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، إلا أنه بصدر القانون 230 لسنة 1996 فقد نص على إلغاء القانون 56 لسنة 1988 سالف الذكر وأسقط من بين الشروط اللازمة لتملك الأجنبى للعقارات والأراضى الفضاء صدور قرار من مجلس الوزراء بالموافقة على التملك، فإنه- تطبيقاً للأساس القانونى المشار إليه - تسرى أحكام القانون 230 لسنة 1996 بأثر فورى على عقود شراء الأجانب للعقارات والأراضى الفضاء ولا يجوز الحكم ببطلان هذه العقود بسبب عدم صدور موافقة مجلس الوزراء على التملك".

(طعن رقم 9263 لسنة 66 ق جلسة 1998/10/20)

100 - مصلحة الشهر العقارى والتوثيق هى الجهة المنوط بها تنفيذ

أحكام القانون :

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق هى الجهة المنوط بها تنفيذ أحكام هذا القانون. وتتشأ مكاتب خاصة للشهر العقارى والتوثيق، تختص بجميع شئون الشهر والتوثيق بالنسبة لطلبات تملك غير المصريين للعقارات المبنية أو الأراضى الفضاء وفقاً لأحكام هذا القانون، ويتعين على هذه المكاتب إنهاء إجراءات التسجيل خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ استيفاء الأوراق المطلوبة.

ويصدر بتنظيم العمل بهذه المكاتب قرار من وزير العدل (م7).

101- بطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام القانون :

تنص المادة السادسة من القانون على أن يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره. ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها".

فقد نص المشرع صراحة على بطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام القانون. وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام ولذا أجاز النص لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بالبطلان كما أجاز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها.

وقد نصت المادة على عدم جواز شهر التصرف المخالف لأحكام القانون، وبالتالي يتمتع على مصلحة الشهر العقارى شهر هذا التصرف فالمشرع بوجه خطابه فى ذلك إلى مصلحة الشهر العقارى⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة الخامسة من القانون رقم 81 لسنة 1976 (الملغى) تنص على أنه: "مع عدم الإخلال بما نص عليه فى الفقرة الأخيرة من البند (ب) من المادة (2) وحكم المادة (3) من هذا القانون، تبقى التصرفات التى تم شهرها قبل العمل بهذا القانون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية.

أما التصرفات التى لم يتم شهرها قبل العمل بهذا القانون فلا يعتد بها ولا يجوز شهرها إلا إذا كانت قدمت بشأنها طلبات شهر إلى مأموريات الشهر العقارى أو أقيمت عنها دعاوى صحة تعاقد أمام القضاء أو استخرجت بشأنها تراخيص بناء من الجهات المختصة وذلك كله قبل 21 من ديسمبر سنة 1975".

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا - فى ظل هذا النص - بأنه :

"إن المشرع بعد أن أورد فى المادة الأولى من القانون رقم 81 لسنة 1976 حكما جديدا - يسرى من يوم نفاذه- حظر بمقتضاه كأصل عام على غير المصريين اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضى الفضاء إلا فى حدود الاستثناءات والضوابط التى تكفلها نصوصه وذلك دون أن يرتد أثر هذا الحظر إلى الماضى، عمد فى المادة الخامسة منه

وإذا كان سبب اكتساب الحق واقعة قانونية كالتقادم المكسب، فإن الجزء يكون عدم الاعتداد بهذا التقادم، فيظل العقار مملوكا لمالكه الأصلي. ولا يستطيع الحائز غير المصرى الالتجاء إلى دعوى الاستحقاق إن اغتصب الغير العين من تحت يده.

أما عن دعاوى الحيازة فإن قدرة غير المصرى على الالتجاء إليها أمر لا يخلو من الصعوبة. فالحيازة هي مباشرة سلطات حق معين مع نية اكتساب هذا الحق، أى ادعاء اكتساب هذا الحق. وغير المصرى محظور عليه اكتساب الحقوق المشار إليها سلفا، وبالتالي ليس له ادعاء كسبها لأنه يفتقد أهلية الوجوب بالنسبة لها. والنتيجة المنطقية هي حرمان غير المصرى من دعاوى الحيازة إن هو فقد

إلى التفرقة بين التصرفات التى تم شهرها قبل تاريخ العمل بالقانون والتصرفات التى = لم تكن قد أشهرت حتى هذا التاريخ. فأبقى على التصرفات الأولى صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية وفقا لما قرره الفقرة الأولى من المادة المذكورة، ذلك أن هذه التصرفات هى التى ترتب عليها كسب الملكية قبل نفاذه، فرأى المشرع حماية لهذه الحقوق المكتسبة واحتراما للأوضاع المستقرة الإبقاء عليها وعدم المساس بها إعمالا لقاعدة عدم رجعية القوانين على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون. أما بالنسبة للتصرفات غير المشهرة قبل تاريخ العمل به. فإنه لا يترتب عليها اكتساب الملكية العقارية- وفقا لما يقضى به القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى فى مادته التاسعة من أن حق الملكية العقارية لا ينتقل سواء بين المتعاقدين أو غيرهم إلا بالتسجيل ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن، ومن ثم فإن المشرع- إعمالا للأثر الفورى لحكم الحظر المنصوص- عليه فى المادة الأولى سالفه الذكر- نص فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة على عدم الاعتداد بتلك التصرفات وعدم جواز شهرها. لما كان ذلك فإن نص هذه الفقرة المطعون عليها يكون قد طبق حكم الحظر المشار إليه فى المادة الأولى من القانون بأثر مباشر من تاريخ نفاذه دون أن ينطوى على أى أثر رجعى يتضمن المساس بالملكيات العقارية القائمة والتى ثبتت لأصحابها الأجانب قبل بدء العمل به".

(القضية رقم 26 لسنة (1) قضائية "دستورية" جلسة أول يناير سنة 1983)

حيازته للعقار الذى يضع يده عليه. بيد أن أمن المجتمع ونظامه بما يقتضيان حماية غير المصرى بدعاوى الحيازة حتى لا يندفع الغير إلى اغتصاب حيازة غير المصريين بالقوة أو بوسائل غير مشروعة. وربما يتضح عند البحث المتأنى أن هذه الحيازة مظهر لحق يتمتع به هذا الحائز استنادا إلى أحد الاستثناءات التى يقرها القانون رقم 230 لسنة 1996. وكونه صاحب حق أو مجرد صاحب مركز واقعى هو أمر يختص به قاضى الموضوع دون قاضى الحيازة. ومن ثم يكون لغير المصرى الحق فى رفع دعاوى الحيازة وليس أمام الغير سوى اللجوء إلى القضاء الموضوعى لإثبات ما يدعيه من حقوق⁽¹⁾.

غير أن النص فى المادة السابعة من القانون على أن مصلحة الشهر العقارى والتوثيق هى الجهة المنوط بها تنفيذ أحكام هذا القانون، لا ينفى اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة للقضاء عملا بالمادة 15 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 (المعدل) - بنظر ما يثور من منازعات بشأن هذا القانون والتحقق من أن التصرف الصادر لغير المصرى طبقا لأحكامه تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها فيه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "النص فى المادتين الثانية والسادسة من القانون 230 لسنة 1996 مفاده أنه يتعين على المحكمة أن تتحقق من أن عقد شراء الأجنبى للعقارات المبنية والأراضى الفضاء قد توافرت له الشروط المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون 230 لسنة 1996 سائلة الذكر قبل أن تقضى بصحته".

(ب) - "غير صحيح ما تمسك به المطعون ضدهم أولا فى مذكرة الرد على هذا السبب من أن التحقق من توافر هذه الشروط (الشروط المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون 230 لسنة 1996 لعقد شراء الأجنبى للعقارات المبنية والأراضى الفضاء) منوط بمصلحة الشهر العقارى والتوثيق وحدها وفقا للمادة

(1) نعمان جمعة ص 87 وما بعدها.

السابعة من القانون ذاته، ذلك أنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للقضاء. فتختص عملاً بالمادة 15 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 المعدل بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص، فتختص بكافة المنازعات أياً كان نوعها وأياً كان أطرافها ما لم تكن إدارية أو يكون الاختصاص بالفصل فيها مقرراً بنص الدستور أو القانون لجهة أخرى استثناء لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة العقد موضوع النزاع دون أن يتحقق من أن هذا العقد تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون 230 لسنة 1996 فإنه يكون معيباً بالقصور".

(طعن رقم 9263 لسنة 66 ق جلسة 1998/10/20)



مادة (807)

- 1- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.
- 2- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له.
- ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق.

الشرح

102- مسؤولية المالك عن الأضرار التي تصيب الجيران طبقاً للقواعد العامة :

يسأل المالك عن الأضرار التي تصيب الجيران بسبب استعمال ملكه طبقاً للقواعد العامة، وذلك استناداً إلى ما يأتي :

- 1- مخالفة القوانين واللوائح.
 - 2- حالة مجاوزة الحدود الموضوعية لحق الملكية.
 - 3- التعسف في استعمال حق الملكية.
- وسنرى أن المادة (807) مدنى فرضت نوعاً رابعاً من المسؤولية هي مسؤولية خاصة إذ أوردت قيداً جديداً على استعمال حق الملكية دعت إليه ظروف الجماعة.
- ونعرض لصور المسؤولية العامة بالتفصيل فيما يلي :

103- أولاً : مخالفة القوانين واللوائح :

نصت الفقرة الأولى من المادة 806 صراحة على أنه على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة

العامة أو بالمصلحة الخاصة. وهذه النص أثر لكون الملكية ليست حقا مطلقا، وإنما حق مقيد بالتفصيل التي ذكرناه سلفا.

فإذا خالف المالك ما توجبه القوانين واللوائح والقرارات، وترتب على خطئه ضرر بالجار، كان مسئولا عن هذا الخطأ طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. فإذا أدار المالك محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة دون أن يحصل على ترخيص بإدارته ودون أن يراعى الاشتراطات التي أوجبتها اللوائح في هذا الشأن، فإنه يكون قد ارتكب خطأ فإذا سبب هذا الخطأ ضررا للغير كان ملزما بتعويضه. وكذلك إذا أقام المالك آلة بخارية بدون ترخيص وخالف الاشتراطات التي تتطلبها القوانين.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نص المادة 806 من القانون المدنى أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وأن المالك فى استعماله إياه، يجب أن يعمل فى حدود هذه القوانين واللوائح فإذا أخل بأى التزام فرضته عليه هذه القوانين واللوائح كان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية ومن ثم فإن الجار الذى يخالف القيود القانونية يرتكب خطأ، فإذا ترتب على خطئه هذا ضرر للجار فإنه يلتزم بتعويض الجار عن هذا الضرر مهما ضؤل ويستوى فى ذلك أن يكون الضرر ماديا أصاب الجار فى مصلحة مالية أو أدبيا أصاب الجار فى معنوياته ومنها شعوره بالاعتداء على حق له".

(طعن رقم 2233 لسنة 51 ق جلسة 1982/11/21)

104 - ثانيا : مجاوزة الحدود الموضوعية للحق :

إذا تجاوز المالك الحدود الموضوعية لحقه، كان مرتكبا خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية ومثال ذلك أن يجاوز المالك حدود ملكه فيبنى فى أرض الجار، أو يفتح مطلا فى المسافة الممنوعة قانونا، أو يترك المياه تسيل من مصنعه إلى ملك

الجار فيصيبه بتلف.

وقد تتحقق مسؤولية المالك فى هذه الصورة بناء على خطئه الشخصى. كما قد تتحقق باعتباره حارسا، ذلك إما بناء على خطأ مفروض كما هى الحال فى مسؤولية حارس البناء (م 177 مدنى)، أو بناء على فكرة التضامن الاجتماعى كما هى الحال فى مسؤولية حارس الحيوان (م 176 مدنى) ومسؤولية حارس الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (م 178 مدنى)⁽¹⁾.

105- ثالثا : التعسف فى استعمال حق الملكية :

يتحقق التعسف فى استعمال حق الملكية - كالتعسف فى استعمال أى حق آخر - إذا استعمل المالك حقه استعمالا غير مشروع، وفقا لأحد المعايير المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى التى تجرى على أن :
"يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :
(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة".

ونعرض لهذه الصور الثلاث فيما يأتى :

(أ) تمحض قصد الإضرار بالغير :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف، وأكثرها شيوعا فى الشرائع الحديثة، لأنه كثيرا ما يسخر المالك حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية فى النكاية بغيره والإضرار به.

وقد عبرت المادة الخامسة عنه بأنه: "إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير".

(1) عبد المنعم الصده ص 84 - منصور مصطفى منصور ص 54.

وهذا المعيار ذاتي يقوم على توافر نية الإضرار بالغير لدى المالك، وأن تتمحض نيته لهذا الغرض، فلا يكفي لوجود هذا المعيار وجود قصد الإضرار عند المالك، إذا لم يكن هو قصده الوحيد ويستفاد ذلك من كلمة (سوى) التي عبر عنها المشرع عن انحصار المعيار في نية الإضرار.

ويترتب على ذلك أن هذا المعيار لا يتحقق إذا كان للمالك، في الوقت ذاته قصد آخر من استعمال حقه، كما لو قصد تحقيق مصلحة شخصية⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك :

1- أن يبنى شخص حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره.

أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار عليه أو على حديقة منزله، فإن المعيار لا يتحقق⁽²⁾.

2- المالك الذي يحدث ضجة شديدة عند مزاوله جاره الصيد، لإشاعة الذعر في الحيوانات وتغييرها.

3- المالك الذي يقيم سياجا يطلبه باللون الأسود، لا لشيء إلا لمجرد تعقيم بناء جاره دون أن تعود عليه أية فائدة.

4- المالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عال، وهو لا يبغي من وراء ذلك أية فائدة شخصية، وإنما تحدوه إلى ذلك رغبة شريرة في حجب النور عن جاره.

ومادام أن الغرض الأساسي من استعمال الحق هو الإضرار بالغير فلا يعتبر من الوصف التعسفي لهذا الاستعمال ما قد يترتب للمالك من منفعة عارضة غير مقصودة. فلو أن شخصا غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره،

(1) الدكتور محمد وحيد الدين سوار الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة 1992-1993 ص 311.

(2) محمد كامل مرسى ص 314 - عبد المنعم الصده ص 86.

كان متعسفا فى استعمال حق الملكية، ولو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع.

وإذا كان إثبات تمحض نية الإضرار أمرا متعسرا، فإن القضاء غالبا ما يعول فى استخلاصها على انعدام المصلحة لدى المالك من استعمال ملكه أو تفاهة المصلحة التى تعود على المالك، معتبرا انعدام المصلحة أو تفاهتها قرينة على أن المالك لم يقصد سوى الإضرار بالغير.

(ب) - رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا :

عبرت المادة الخامسة عن هذا المعيار بقولها :
"إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها".

فمقتضى هذا المعيار لا يكفى أن تكون للمالك منفعة فى استعمال ملكه وإنما يتعين أن تكون منفعة ذات شأن، تسوغ ما قد يحيق بالغير من ضرر من جراء استعماله. أما إذا كانت المنفعة تافهة بالنسبة إلى الضرر الذى يلحق بالغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب البتة، فعندئذ يعد المالك أنه قد انحرف فى استعمال ملكه.

وظاهر أن هذا المعيار ليس ذاتيا كالمعيار السابق، وإنما هو معيار موضوعى، يقوم على التفاوت الكبير بين الضرر اللاحق بالغير، والمنفعة العائدة على المالك. فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة صارخة كان استعمال الحق فى هذه الحالة انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى فتتحقق المسؤولية. والمحكمة هى التى تقدر حسب الظروف توافر هذا المعيار⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

1- ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 818 مدنى من أنه:
"ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 312 وما بعدها.

يضر الجار الذي يستتر ملكه".

(أنظر في التفصيل شرح المادة 818).

2- ما تنص عليه المادة 1029 مدنى من أن: "مالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق به، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1976/11/9 فى الطعن رقم 389

لسنة 43 ق بأن :

"حق الارتفاق طبقا للمادة 1015 من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكاليف لفائدة الثانى، وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق، فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة، ومع ذلك فقد أجازت له المادة 1023 من القانون المدنى فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به، أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر، متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ونفى عن الحق الذى تدعيه الطاعنة صفة حق الارتفاق لمجرد أنه يؤدي إلى تعطيل حق مالك العقار الخادم من الانتفاع بملكه، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 389 لسنة 43 ق جلسة 1976/11/9)

(ج) - إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة :

عبرت المادة الخامسة من التقنين المدنى عن هذا المعيار بقولها: "إذا كانت

المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة".

ومقتضى هذا المعيار أن تكون المصالح التى يقصد المالك تحقيقها غير مشروعة، فالمالك فى هذه الصورة ينحرف عن الصراط المشروع ويسخر ملكه لتحقيق مصالح غير مشروعة. والمعيار هنا موضوعى، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هى القصد من استعمال الحق.

ومثال ذلك أن يحيط المالك أرضه بأعمدة عالية مبدية بأسلاك شائكة، بغية مضايقة شركة الطيران التى تملك المطار المجاور له يحملها على شراء أرضه بثمن مرتفع لكى تبعد عن طائرتها خطر الهبوط⁽¹⁾.

ومثال ذلك أيضا أن يخصص المالك منزله لمقابلات مخالفة للأداب، أو لتعاطى المخدرات⁽²⁾.

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 314.

(2) عبد المنعم الصده ص 86.

مضار الجوار غير المألوفة

106 - مضار الجوار غير المألوفة تنظيم خاص لعلاقات الجوار:

مضار الجوار غير المألوفة التى ترتب مسئولية الجار، لا ترجع كما فى الحالات الثلاث السابقة، إلى مخالفة القوانين واللوائح أو مجاوزة الحدود الموضوعية لحق الملكية أو التعسف فى استعمال حق الملكية ولكنه تنظيم خاص مستقل لعلاقات الجوار، فهى مسئولية يملئها التضامن الاجتماعى بين الجيران ذلك أن المالك المتجاورين يكونون مجموعة لها قوانينها التى يقضى بها العرف، فمن يخرج على هذه القوانين فى استعمال ملكه يلتزم بتعويض الضرر الفاحش الذى ينجم عن هذا الاستعمال. وأساس هذه المسئولية هو القانون (م 2/807 مدنى).

والنص المشار إليه نص مستحدث لم يكن له نظير فى القانون القديم وإن أخذ القضاء فى ظله بهذه النظرية مهتدياً فى تقريرها بالشرعية الإسلامية⁽¹⁾.

107 - التزام المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".

والمبدأ الأساسى الذى وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. فهناك إذن شرطان لمسئولية المالك: ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه. فالعمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتماً، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية 1978 ص 112.

حقه⁽¹⁾.

108 - معيار الغلو الذى يرتب مسؤولية المالك :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.... الخ".

فالمالك لا يسأل أيا كان الضرر، فلو سئل المالك عن أى ضرر يلحق جاره بسبب استعماله لحقه، لأصبح المالك فى حرج شديد، إذ لا يأمن المالك، مهما بلغ حرص كل منهم فى استعماله لحقه، من أن يترتب على هذا الاستعمال قدر من الضرر للجيران. ولرفع هذا الحرج يجب أن يتحمل كل منهم قدرا معينا من الأضرار التى يفرضها الجوار ويمكن التسامح فيها، وهى التى تسمى بـ"مضار الجوار المألوفة"، وقد وصفها المشرع وصفا يساعد القاضى فى أعمال المعيار المرن الذى وصفه وذلك بقوله "التى لا يمكن تجنبها"⁽²⁾.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 43.

(1) وهذا ما تقرره المادة 57 من كتاب مرشد الحيران، إذ تنص على أن "للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه، فيعلو حائطه، ويبنى ما يريد، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار فاحشا". وجاء فى المادة 1197 من المجلة: "لا يمنع أحد من التصرف فى ملكه أبدا إلا إذا أضر بغيره ضرا فاحشا".

وجاء فى المادة 1198: "لكل واحد التعلو على حائط يملكه وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا".

وقد عرفت المادة 59 من كتاب مرشد الحيران الضرر الفاحش بما يأتى: "الضرر الفاحش هو ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية، أى المنافع المقصودة من البناء، وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش".

ونصت المادة 600 على أنه: "يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا".

ومن هذا يتضح أن غلو المالك في استعمال حقه، وهو الذى يترتب مسئولية، ينظر إليه من خلال الضرر الذى يترتب على هذا الاستعمال، بحيث لا يمكن الحكم فى مسألة تحقق أو عدم تحقق الغلو إلا بالنظر إلى الضرر. وذلك على خلاف المسئولية المبنية على الخطأ وفقا للقواعد العامة حيث لا يعتمد البحث فى

وجاء فى المادة 1199 من المجلة أن: "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء، كالسكنى، أو يضر البناء، بأن يجلب عليه وهنا ويكون سبب انهدامه".

= وجاء فى المادة 1200: "يدفع الضرر الفاحش بأى وجه كان، مثلا لو اتخذ فى اتصال دار وكان حداد أو طاحون، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء، أو أحدث فى جانبها فرن أو معصرة، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى، فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان. وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر، فشق فيها خرقا إلى طاحونة وجرى الماء يوهن جدار الدار، أو اتخذ واحد فى أساس جدار جاره مزيلة، وإلقاء القمامة يضر بالجدار، فلصاحب الجدار أن يكلفه رفع الضرر.

وكذلك لو أحدث رجل بيدرا "الموضع الذى تداس فيه الحبوب" فى قرب دار لآخر، وبمجرى الغبار منه يتأذى صاحب الدار، حتى لا يطبق الإقامة فيها، فله أن يكلفه رفع ضرره، كما لو أحدث رجل بناء مرتفعا فى قرب بيدر لآخر وسد مهب ريحه فإنه يكلفه رفعه للضرر الفاحش. كذلك لو أحدث رجل وكان طباحا فى سوق البزازين وكان الدخان يصيب أمتعة الجار ويضرها فإنه يكلفه رفع ضرره. وكذلك لو كان لرجل سيقاق فى داره فانشق وتضرر جاره من جرى مائه ضررا فاحشا، فيلزمه إذا طالبه جاره ترميم ذلك السياق وإصلاحه.

وجاء فى المادة 1201: "منع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش. لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش. فإذا أحدث رجل بناء فسد به شباك بيت جاره، وصار بحال من الظلمة لا يقدر معها على القراءة، فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش. ولا يقال إن الضياء من الباب كاف، لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب. وإن كان لهذا المحل شباكان فسد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضررا فاحشا".

توافر ركن الخطأ على ركن الضرر.

109 - مرونة معيار الضرر غير المؤلف :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن يراعى فى تقدير الأضرار غير المؤلفه: "العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذى خصصت له".

ومفاد هذا أن معيار الضرر غير المؤلف، معيار مرن، وليس بقاعدة جامدة، فيتكيف مع الظروف المختلفة، ويواجه الحاجات المتغيرة، ويستجيب لمقتضيات كل منها.

وهو معيار موضوعى لا معيار ذاتى.

فالمشرع فى المادة 2/807 إذ ينص على الاعتبارات التى يجب مراعاتها عند تقرير ما إذا كانت مضار الجوار مألوفة أم غير مألوفة، ولا يشير إلى شخص من وقع عليه الضرر أو إلى العقار الذى تملكه ذلك الجار وحده بل هو يشير إلى كافة العقارات المحيطة بعقارات المالك الذى تزداد مساءلته. فإنه أخذاً بذلك لا يكون ثمة اعتبار لحالة الجار الذاتية. كأن يكون الجار مريضاً أو منشغلاً بأعمال تقتضى الهدوء التام فينزعج لأيّة حركة ولو كانت مألوفة. وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد، وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحملة فيما بين الجيران⁽¹⁾.

وقد ذهب رأى فى الفقه - نؤيده - إلى أن الظروف الشخصية للجار وإن كانت لا يجوز أن تكون محل اعتبار فى تحديد ما إذا كان الضرر الناتج عن استعمال المالك لملكه مألوفاً من عدمه، إلا أنها تدخل فى تقدير التعويض المستحق له إذا ما تبين على ضوء الاعتبارات الموضوعية أن الأضرار التى نتجت عن استعمال المالك لملكه كانت أضراراً غير مألوفة⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 923 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 93 - محمد على عرفه ص 248.

(2) إسماعيل غانم ص 18 - وهو يشير ص 107 هامش (1) إلى رأى فى الفقه بوجود مراعاة الظروف الخاصة لكل جار، بشرط ألا تكون ظروفًا استثنائية.

وما وضعه المشرع من معايير للضرر غير المألوف هو ما يسمح بمواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور وما يستحدثه التقدم الصناعى فى المستقبل من صور جديدة للمضار.

ولا عبء بكون المدعى عليه فى دعوى المسؤولية هو منشئ الاستعمال الضار بالجار، بأن يكون هو منشئ المصنع المقلق للراحة أو الضار بالصحة، أو أنه قد تلقاه بحالته الراهنة عن سلفه.

إنما يجب أن يثبت على أى حال أن ما أصاب المدعى من ضرر، كان نتيجة لاستعمال المدعى عليه لملكه بالذات. فلا يصح الحكم على شخص بالمسؤولية عن ضرر لا يفرد هو بإحداثه، بل يشترك معه فى ذلك ملاك آخرون، ولذلك قضت المحاكم بعدم مسؤولية المالك عن الدخان أو الضوضاء المنبعث من ملكه، إذا ثبت أن مثل هذا الدخان أو تلك الضوضاء يمكن نسبته إلى جيران آخرين⁽¹⁾.

فإذا ثبت أن المدعى عليه قد تفرد بإحداث الضرر، أمكن الحكم بمسؤوليته بصرف النظر عن طبيعة هذا الضرر.

ونعرض فى البند التالى لمعايير الضرر غير المألوف التى ورد النص عليها بالمادة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن النص فى المادة 807 من القانون المدنى على أن "1- على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. 2- وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذى خصصت له ولا يحول

وقد أخذ بهذا الرأى القضاء الفرنسى (محمود جمال الدين زكى ص 66).

(1) محمد على عرفه ص 248.

الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق" يدل على أن المشرع - بهذا النص - رسم حدا لحق الملكية، ووضع قيوداً عليه وهو ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بجاره ضرراً يجاوز الحد المألوف، وإلا جاز لجاره أن يطلب إزالة هذا الضرر، على اعتبار أن خروج الجار عن الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية - يعد خطأ منه بانحرافه عن السلوك المألوف للشخص المعتاد في استعماله حقه أو إخلاله بالتزامه القانوني الوارد بهذا النص، بآلا يصيب الجار بضرر غير مألوف - فتقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ الشخصي بمعناه المعروف، لا على أساس التعسف في استعمال الحق الذي لا يتحقق إلا في إحدى صور ثلاث وفق نص المادة الخامسة من القانون المدني، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير أو كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو كانت هذه المصالح غير مشروعة".

(طعن رقم 2146 لسنة 70 ق جلسة 2011/5/22)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد النص في المادتين 1/2، 1/4 من القانون رقم 63 لسنة 1974 بشأن منشآت قطاع الكهرباء يدل على أن المشرع وإن كان قد ألزم ملاك العقار أو واضعي اليد عليه بأن يتحملوا مرور أسلاك الخطوط الهوائية أو الكابلات الأرضية المعدة للإنارة العامة أو لنقل وتوزيع القوى الكهربائية وقبول تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضع أو صيانة هذه الأسلاك أو الكابلات، إلا أن ذلك مرهون بقبولهم وعدم اعتراضهم على تنفيذ تلك الأعمال فإذا ما اعترضوا كتابة على ذلك فلا يجوز وضعها إلا بمقتضى قرار يصدر من وزير الكهرباء".

(طعن رقم 7975 لسنة 63 ق جلسة 2006/4/11)

110- معايير الضرر غير المألوف المنصوص عليها بالمادة :

(1) العرف :

ليس العرف المقصود هنا هو العرف كمصدر للقاعدة القانونية، بل يقصد به العادات والتقاليد التى ألفها الناس فى حياتهم. وهو أمر يختلف فيه الريف عن المدن والأحياء الشعبية عن الأحياء الراقية والأحياء التجارية والصناعية عن الأحياء السكنية.

ومثال ذلك أن يخرج المالك عن داره فى وقت مبكر أو يرجع إليها فى وقت متأخر، فيحدث حركة محسوسة بسيارته، أو يكثر الجلب واستعمال مكبرات الصوت فى مناسبات الأفراح أو الحفلات أو المآتم وعند السفر إلى الحج مما يحدث بعض الضوضاء والصخب.

وقد يكون مألوفاً فى استعمال الحق الاحتفال ليلة واحدة بالزفاف، ولكنه غير مألوف أن تستمر الاحتفالات بمكبرات الصوت لعشر ليال متواصلة. فكل هذه أضرار مألوفة، لا يمكن تجنبها وعلى الجيران أن يتحملوها⁽¹⁾.

(2) طبيعة العقارات :

فالضرر الذى يصيب الجار من الدخان أو الضوضاء نتيجة وجود مصنع أو مقهى فى ملك الجار قد يعتبر مألوفاً فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة، ويعتبر ضرراً غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها.

فإذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة أرض من أملاكها أقلقّت إدارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من ضرر⁽²⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 107 - نعمان جمعه ص 105.

(2) استئناف مصر الوطنية فى 17 أكتوبر 1940 المحاماه س 21 رقم 376 ص 891.

وشركة الفنادق التى تقيم جهازا لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه تكون مسئولة عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز⁽¹⁾.

(3) موقع كل من العقارات بالنسبة للآخر :

فصاحب السفلى يجب بطبيعة موقعه من العلو، أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفلى. والعقار الذى يجاور الطريق العام أو السكك الحديدية أو المصانع يتعود من الضوضاء ما يزعج العقار الموجود فى مواقع نائية عن ذلك. والعقارات الواقعة فى أحياء للعمال يتحمل بعضها من بعض ما لا تحتمله العقارات الواقعة فى الأحياء الراقية. فما يكون ضررا مألوا بالنسبة إلى أحياء العمال قد يكون ضررا غير مألوف بالنسبة إلى الأحياء الراقية⁽²⁾.

(4) الغرض الذى خصص له العقار :

العقار الذى يخصص لإقامة مستشفى أو مدرسة قد يفرض مراعاة الجيران لقدر من السكون والهدوء أو الأمن بالنسبة لأطفال المدرسة. كما أن تخصيص عقار لدبغ الجلود يقتضى تحمل الروائح الكريهة التى تصدر منه. ولكن التخصيص المؤثر ليس هو التخصيص الفردى لنشاط معين، وإنما هو التخصيص المنتشر الذى يعطى للحى أو للمكان طابعا عاما يجعل من المألوف تحمل مضاره⁽³⁾.

ويتحقق الضرر الفاحش من باب أولى بصفة عامة إذا جاوزت المضايقة حد إقلاق الراحة إلى الإضرار بالصحة، كمن ينشئ مصحة للسلى فى منزل عادى تحيط به المساكن، أو يختزن موادا قابلة للالتهاب دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة

(1) مصر المختلطة فى 5 مايو 1914 الجازيت س 4 رقم 206 ص 492.

(2) السنهورى ص 925 - محمود جمال الدين زكى ص 65.

(3) نعمان جمعه ص 106 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 76.

بمنع مخاطر الحريق أو إذا تلفت زراعة الجار بسبب ما ينبعث من ملك جاره من أتربة أو نحوها من المواد المتلفة للزرع⁽¹⁾.

111- أثر أسبقية الاستغلال الذي نشأ عنه الضرر :

قد يحدث أحيانا أن يكون الاستعمال الضار للملك سابقا على قيام الجوار، كأن يقيم شخص مصنعا أو مرقصا في منطقة متطرفة، ثم يأتي شخص ويقيم منزلا لسكانه بجوار المصنع أو المرقص، فهل يكون لمالك المنزل أن يرجع على مالك المصنع أو المرقص عن الأضرار غير المألوفة التي تلحقه من استعمال جاره لملكه ؟

ذهب فريق من الفقه إلى أنه ليس لمالك المنزل أن يتضرر من استعمال جاره لملكه ذلك أن هذا الاستعمال كان موجودا من قبل وقد كان الجار يعلم مقدما، وقت إقامة بنائه، الضرر الذي يتعرض له⁽²⁾.

غير أن رأيا آخر - نؤيده - يذهب إلى أن الرأي السابق - على إطلاقه - غير مقبول. فهو يجعل للبادئ في الامتلاك أو الاستغلال حقا في فرض إرادته على الجيران الطارئین، بإجبارهم إما على القيام بنوع معين من الاستغلال يتلاءم مع استغلاله، وإما على تحمل الأضرار غير المألوفة الناشئة عن استغلال المصنع إذا اختاروا أما كنا للسكنى. وإنما تكون لأسبقية الاستغلال أثرها إذا كانت قد حددت طبيعة الحي ذاته. فإذا أقدم عدة ملاك على إقامة المصانع في حي معين بحيث أصبح هذا الحي من الأحياء الصناعية، فلا يجوز لمن يبنى لنفسه منزلا في ذلك الحي بعد ذلك، بل ولا يجوز لمن كان له منزل في الحي قبل أن يتحول إلى حي صناعي، أن يتضرر من وجود المصانع بعد أن أصبح الحي صناعيا. فليس لأسبقية الاستغلال في ذاتها أثر ما.

(1) محمد على عرفه ص 251.

(2) السنهاورى ص 928 - عبد المنعم البدروى فى الحقوق العينية الأصلية ص 111 وما بعدها.

وإنما يتوقف الأمر على طبيعة الحى الذى سبق وجود المصنع أو المحل المقلق للراحة فيه⁽¹⁾.

وهذا رأى هو الذى تأخذ به مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها: "..... أما إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم، وقد وجد فى ناحية مناسبة له، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة، فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه"⁽²⁾.

إنما تثور الصعوبة بعد ذلك فى الحالات التى لا تتحدد فيها طبيعة الحى أو المنطقة بصورة واحدة. ففى هذه الحالة يبدو أن فكرة الأسبقية يجب أن تدخل فى الاعتبار، مع مراعاة ظروف كل حالة⁽³⁾.

112- الترخيص الإدارى لا يعصم من مسؤولية الجار :

غالباً ما يكون الاستعمال الذى قام به المالك، وأفضى إلى الإضرار بالجار، مقروناً بترخيص من الجهة الإدارية المختصة، كما هى الحال فى شأن المحال الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة.

والمسلم أن الترخيص لا يرفع مسؤولية المالك عن الأضرار الفاحشة التى يلحقها بالجار، ذلك أن الترخيص هو مجرد تدبير وقائى هدفه التحقق من توافر الشروط المتطلبة قانوناً لحماية المصلحة العامة فحسب، أما مصلحة الجيران فعلى المالك مراعاتها من تلقاء نفسه، ومن ثم لا شأن لهذا الترخيص بحقوق الغير فيما إذا أصابه ضرر.

كما أن حكم القاضى بإزالة الضرر لا شأن له بالقرار الإدارى الصادر

(1) إسماعيل غانم ص 108- توفيق فرج ص 157 وما بعدها- رمضان أبو السعود ص 67

وما بعدها- الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية 1999 ص 63.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 32.

(3) توفيق فرج ص 159.

بالترخيص، فهو يقضى بتعويض الجار عن الضرر الذى أصابه. فالقاضى يباشر اختصاصه فى مجال منفصل تماما عن مجال القرار الإدارى⁽¹⁾.
وقد نصت المادة صراحة على أن: "ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق".

113 - جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة :

(أ) - التنفيذ العيني :

تنص الفقرة الثانية من المادة 807 مدنى على أن: "وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف..الخ".
فقد أعطى النص للجار الحق فى أن يطلب إزالة مضار الجوار غير المألوفة. لأن التزام المالك فى ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضررا غير مألوف هو التزام بالامتناع عن عمل. فإذا أخل المالك بهذا الالتزام. كان للجار أن يطالب بإزالة الضرر أو التعويض. وتعد إزالة الضرر بمثابة التنفيذ العيني. ويأخذ هذا التنفيذ صورا مختلفة حسب ظروف كل حالة. فهو يتدرج من الأمر بتعديل طريقة الاستغلال إلى الأمر بتحديد زमानا ومكانا إلى الحكم بوقف جزء منه، إلى الحكم بإزالته كليا⁽²⁾.

فقد يحكم القاضى بتعديل حالة الشئ مصدر الضرر كتوجيه فوهة المدخنة إلى اتجاه آخر. أو نقلها من مكانها إلى مكان آخر، وقد يحكم بإلزام المالك بالامتناع عن استعمال ملكه فى وقت معين كوقف الآلة فى الليل ليتسنى للجار النوم. وقد يحكم القاضى بإزالة مصدر الضرر نهائيا كهدم مدخنة أو إغلاق

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 64 - رمضان أبو السعود ص 68.

(2) منصور مصطفى منصور ص 60 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 319 وما بعدها.

مصنع.

والواقع أنه من النادر أن يأمر القاضى بإزالة الكلية بالرغم من أنه يملك ذلك لأن استغلال مصدر الضرر غير المؤلف غالبا ما يكون مفيدا للمجتمع، بل قد تؤدي الإزالة إلى وقف نشاط ضرورى للاقتصاد القومى أو تعطيل عدد كبير من الموظفين أو العمال مما يقتضى الإبقاء على مصدر الضرر، ولكن مع تعويض الجار المتضرر عما يسببه له من مضار غير مألوفة⁽¹⁾.

وللقاضى ألا يجيب الجار المضرور إلى طلب الإزالة اكتفاء بالتعويض، إذا كانت إزالة المضار يترتب عليها إرهاب للمالك بحيث تسبب له خسارة فادحة وكان الاكتفاء بالتعويض لا يلحق بالجار المضرور ضررا جسيما (م 2/203 مدنى)⁽²⁾. ويجوز أن يقترن هذا الجزاء العينى بتهديد مالى، فيقتضى على المالك بغرامة مالية عن كل يوم أو عن كل وحدة أخرى من الزمن لا يقوم فيها بإزالة الضرر أو بالقيام بالأعمال المحددة فى الحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"معيار الضرر غير المؤلف (الناشئ عن غلو المالك فى استعمال حقه إلى حد يضر بجاره ضررا يجاوز الحد المؤلف) موضوعى، بأن يكون الضرر فاحشا متجاوزا الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار، على أن يراعى فيه - كما أورد النص - العرف أو طبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذى خصصت له. ولا يمنع من أن يكون الضرر غير المؤلف - بهذا المفهوم - أن يكون النشاط الذى نتج عنه الضرر مرخصا به من الجهة الإدارية لأن أساس المسؤولية هنا الخطأ الشخصى لا عدم مشروعية الاستعمال فإذا ما تحقق الضرر بهذا المعنى كان للجار أن يطلب إزالته أو

(1) محمد وحيد سوار ص 219 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 96.

(2) نبيل إبراهيم سعد ص 62 وما بعدها.

التعويض عنه إذا استحال التنفيذ، وللقاضى إذا كانت الإزالة ممكنة أن يلجأ إلى الغرامة التهديدية عملا بنص المادة 213 من القانون المدنى".

(طعن رقم 2146 لسنة 70 ق جلسة 2011/5/22)

2- "إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب الطاعن إزالة أجهزة التكييف الخاصة بالمطعون ضدهم والمثبتة فى حائط مسكنه أسفل مطلاتها على ما اجتزأه من تقرير لجنة الخبراء، من أنه وإن كانت هذه الأجهزة تسبب ضررا للطاعن إلا أن وجودها ضرورى بالنسبة للمطعون ضدهم مع انتفاء قصدهم فى الإضرار فلا يعد استعمالا غير مشروع طبقا للمادة الخامسة من القانون المدنى، دون أن يفتن إلى حقيقة السبب القانونى الذى تقوم عليه الدعوى وهو الاستعمال غير المألوف من المطعون ضدهم فى تشغيل هذه الأجهزة بما يترتب عليه ضرر فاحش للطاعن يجيز له طلب إزالتها عملا بالمادة 807 من هذا القانون السابق بيانها، وبالتالي لم يعرض الحكم لدلالة ما أورده تقرير تلك اللجنة فى ضوء ذلك من أن هذه الأجهزة بحسب مكانها وطريقة تشغيلها تسبب ضررا كبيرا للطاعن بما ينبعث منها من حرارة محسوسة وما تحدثه من ضوضاء واهتزازات بشكل يؤثر على القائمين بالمسكن ويمنعهم من استعمال مطلاته أعلى هذه الأجهزة وهى الجهة الوحيدة التى أعدت لذلك، وأن فى ذلك ما يحول بين الطاعن وأفراد أسرته دون الاستعمال الطبيعى للمسكن، مع إمكان نقلها إلى مكان آخر، واكتفى الحكم بما اجتزأه من التقرير على نحو ما سبق بما لا يصلح ردا على الدعوى وهو ما يعيبه بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 2146 لسنة 70 ق جلسة 2011/5/22)

(ب) – التعويض النقدي :

قد يرى القاضى ألا يجيب المضرور إلى التنفيذ العينى اكتفاء بالتعويض إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمالك المسئول وكان الاكتفاء بالتعويض لا يلحق بالجار المضرور ضررا جسيما. فإذا ترتب على وجود مصنع مثلا الانتقاص من منفعة عقار مجاور، فيجوز للقاضى إذا كان التنفيذ العينى يقتضى وقف تشغيل المصنع أن يكتفى بإلزام مالكة بتعويض مالك العقار المجاور⁽¹⁾.

ويجوز أيضا للقاضى أن يحكم بتعويض نقدى أو بتعويض عينى، ويخير المالك بين تنفيذ أى من الجزائين يختاره⁽²⁾.

وإذا كانت الإزالة غير كافية لتعويض الضرر تعويضا كاملا خاصة بالنسبة للأضرار التى حدثت فى الفترة السابقة على الإزالة، حكم القاضى بالتعويض إذا كان هناك مقتضى لذلك⁽³⁾.

114 - التدخل المشروع من الغير :

كانت المادة (1170) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنه: "إذا تدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه، وكان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطر داهم هو أشد كثيرا من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل، فليس للمالك أن يمنع ذلك، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر" - وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص أنه: "(1) يضع هذا النص مبدأ عاما يقيد من حق الملكية تقييدا أساسيا سترد له تطبيقات كثيرة فيما بعد والمبدأ مقتبس من التقنين الألمانى، وفيه وزن صحيح لجميع المصالح المشروعة فإن الغير قد يجد نفسه مضطرا إلى التدخل فى انتفاع المالك بملكه، حتى يتوقى ضررا هو أشد

(1) منصور مصطفى منصور ص 61.

(2) السنهورى ص 937.

(3) رمضان أبو السعود ص 68.

بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من هذا التدخل، لذلك وجب اختيار أهون الضررين، فيتحمل المالك الضرر الأخف حتى يدرأ عن الغير الضرر الأشد. ولا يترك المالك بعد ذلك دون تعويض، بل يعوض تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر، وما حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور إلا تطبيقات لهذا المبدأ".

(2) ويلاحظ أن التقنين الألمانى عبر عن هذا المعنى بنص ذكر فيه أنه لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من استعمال ملكه، أما المشروع فقد استعمل تعبيراً أوسع، فذكر "تدخل الغير فى انتفاع المالك يملكه"، والتعبير فى التدخل بانتفاع المالك ينطوى تحته الدفاع الشرعى عن النفس أو المال كما تنطوى تحته حالة الضرورة، وقد سبق ذكر هاتين الحالتين فى العمل غير المشروع (م233 وم235)".

وقد تليت المادة فى لجنة المراجعة فأقرتها اللجنة مع تعديل لفظى طفيف وأصبح نصها:

"ليس للمالك أن يمنع الغير من التدخل فى انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطر داهم أشد كثيرا من الضرر الذى يصيبه من التدخل. وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر". وأصبح رقمها 876 فى المشروع النهائى.

إلا أنه اقترح أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف المادة المذكورة لما قد تودى إليه من انتهاك حرمة ملك الغير وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ولكن على أساس أن النتيجة العملية من النص تتحقق فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية، وأن فى فكرة التعسف فى استعمال الحق ما قد يغنى عن أحكام هذه المادة فى كثير من الفروض التى تقصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة.

وقد جاء بملحق تقرير اللجنة أنه: "اقترح حذف المادة 808 لما قد تودى إليه

من انتهاك حرمة ملك الغير وما قد تخلفه من مشاكل لا ضابط لها وقد لا يحمدها - وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ولكن على أساس أن النتيجة العملية من النص تتحقق في الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية، وأن في فكرة التعسف في استعمال الحق ما قد يغني عن أحكام هذه المادة في كثير من الفروض التي تقصر فيها المروءة عن حق الضرورة". وقد وافق المجلس على حذف المادة⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 29 هامش (1) وما بعدها.

مادة (808)

- 1- من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها.
- 2- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها. وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها .

الشرح

115 - تنظيم مسائل الرى والصرف :

يضع التقنين المدنى فى المادة 808 قاعدة عامة رئيسية فى الانتفاع بالمساقى والمصارف الخاصة. ولكنه يترك تفاصيل هذا الانتفاع لقانون خاص هو القانون رقم 12 لسنة 1984 (المعدل) بإصدار قانون الرى والصرف. ولذلك نتولى دراسة الأحكام العامة الواردة بالمادة المذكورة مع الإشارة إلى أحكام القانون رقم 12 لسنة 1984 (المعدل).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

"قسم المشروع فى حق الشرب الترع إلى قسمين :

(أ) ترعة عامة مملوكة للدولة (ب) ترعة خاصة مملوكة للأفراد.....

الخ" (1).

وعلى ذلك يمكن تعريف المسقى الخاصة، بأنها المسقى التى ينشئها مالك أو أكثر على نفقتهم لرى أملاكهم، ويتولون الإنفاق على صيانتها، وذلك ما لم يعتبرها

وزير الري بقرار منه ترعة عامة عملا بالمادة الثانية من قانون الري والصرف.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يعد "ترعة عامة" - طبقا للمادة 2 من القانون رقم 68 لسنة 1953 كل مجرى معد للري تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته يوم العمل بهذا القانون ويكون مدرجا فى سجلات وزارة الأشغال أو فروعها ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تقرير ما إذا كانت المسقى التى تروى منها الأرض المشفوع فيها وتلك المملوكة للشفيع عامة أو خاصة، لم يعمل المعيار الذى حدده القانون فى هذا الشأن وأضفى صفة "العمومية" استنادا إلى ما استخلصه الخبير المنتدب فى الدعوى وإلى شهادة إدارية موقعا عليها من رجال الإدارة وكلاهما غير مؤسس على ما رسمه القانون من قواعد واجب اتباعها فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه.

(طعن رقم 384 لسنة 26 ق جلسة 1962/4/5)

116 - الترع والمصارف العامة والمساقى والمصارف الخاصة :

عرفت المادة الثانية من القانون رقم 12 لسنة 1984 (المعدل) بإصدار قانون الري والصرف، التربة العامة والمصرف العام بالآتى :

"تعتبر ترعة عامة أو مصرفا عاما كل مجرى معد للري أو الصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته ويكون مدرجا بسجلات وزارة الري أو فروعها فى تاريخ العمل بهذا القانون وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الري بوصفها ترعا عامة أو مصارف عامة وتدرجها فى سجلات بهذا الوصف".

ولم يعرف القانون المساقى والمصارف الخاصة، وعلى ذلك إذا لم تكن التربة عامة ولم يكن المصرف عاما طبقا للشروط الواردة بالمادة سالفه الذكر، فإن المسقى تكون خاصة والمصرف يكون خاصا.

ويشترط طبقا للمادة المذكورة لى تكون التربة عامة وليكون المصرف عاما

توافر شرطين:

أولهما: أن تقوم الدولة بنفقات صيانتها.

ثانيهما: أن يكونا مدرجين بسجلات وزارة الرى أو فروعها فى تاريخ العمل بقانون الرى والصرف، وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الرى بوصفها ترعا عامة أو مصارف عامة وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف.

فإذا تخلف أحد هذين الشرطين، بأن كانت نفقات صيانة الترعة على كاهل الملاك الذين يروون أراضيهم منها، أو كانت الدولة هى القائمة بنفقات صيانتها ولكنها غير مدرجة بسجلات الوزارة، أو لم تكن من المجارى التى تنشئها وزارة الرى بوصفها ترعا عامة (أو مصارف عامة) وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف فإنها تعتبر من المساقى الخاصة وتسرى عليها أحكامها.

ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الرى أن تعتبر أية مسقاة خاصة (أو مصرف خاص) ترعة عاما أو مصرفا عاما وذلك إذا كانت هذه المسقاة أو ذلك المصرف متصلا مباشرة بالنيل أو بترعة عامة أو بمصرف عام أو ببحيرة⁽¹⁾.

117- أهمية التفرقة بين الترع العمومية والمساقى الخاصة :

أهمية التفرقة بين الترع العمومية والمساقى الخاصة عظيمة، ونقتصر هنا على ذكر الأوجه الآتية :

1- المساقى الخاصة أملاك خاصة، أما الترع العمومية فمن الأملاك العامة. وعلى ذلك فالترع العمومية على عكس المساقى الخاصة، لا يجوز بيعها ولا حجزها ولا امتلاكها بوضع اليد عليها المدة القانونية.

2- نفقات إنشاء المساقى الخاصة وصيانتها وملاحظتها على عاتق المنتفعين بها. ولكن نفقة إنشاء الترع العمومية وصيانتها وملاحظتها على الحكومة.

3- توجد قيود كثيرة مقررة لمنفعة الزراعة والملاحة على ملاك الأراضي

(1) محمد على عرفه ص 255 وما بعدها.

المجاورة للترع العمومية، ولا توجد بالنسبة إلى المساقى الخاصة، وذلك لأن الترع الخصوصية أملاك خاصة، ولا ينتفع منها إلا ملاكها - غالبا - بخلاف الترع العمومية فإنها من الأملاك العامة، ويجوز لجميع الناس الانتفاع بها واستعمال مياهها للرى بنسبة أراضيهم. وليضمن توزيعها بطريقة عادلة قد حاطها الشارع بضمانات وتسهيلات كثيرة⁽¹⁾.

ونورد بعض القيود التى نص عليها القانون رقم 12 لسنة 1984 (المعدل)

بإصدار قانون الرى والصرف.

(أ) - لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية أن تقوم فى الأرضى سالفة الذكر بأى عمل تراه ضروريا لوقاية الجسور أو المنشآت العامة وصيانتها وترميمها وأن تأخذ من تلك الأرضى الأتربة اللازمة لذلك على أن يعوض أصحابها تعويضا عادلا (م5/أ من القانون رقم 12/1984).

(ب) لوزارة الرى الأشغال العامة والموارد المائية أن تلقى ناتج تطهير الترع العامة والمصارف العامة فى تلك الأرضى مع تعويض أصحابها تعويضا عادلا (م5/ب من القانون رقم 12/1984).

(ج) لا يجوز بغير ترخيص من وزارة الأشغال العامة والموارد المائية إجراء أى عمل بالأرضى المذكورة أو إحداث حفر بها من شأنه تعريض سلامة الجسور للخطر أو التأثير فى التيار تأثيرا يضر بهذه الجسور أو بأرضى أو منشآت أخرى (م5/ج من القانون رقم 12/1984).

(د) - لا يجوز زراعة الأرضى المملوكة للدولة والواقعة داخل جسور النيل أو داخل جسور الترع العامة والمصارف العامة أو استعمالها لأى غرض إلا بترخيص من وزارة الأشغال العامة والموارد المائية وطبقا للشروط التى تحددها (م7 من القانون 12/1984).

(1) محمد كامل مرسى ص 323.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن انتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانوني بينته لائحة الترع والجسور، فمن واجب المحكمة إذن أن تراعى في قضائها ما جاءت به تلك اللائحة في هذا الصدد، فإذا هي لم تفعل واعتمدت فقط في قيام صفة الترعة على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريطة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن الترعة بجسريها عمومية كان حكمها متعيينا نقضه".

(طعن رقم 60 لسنة 7 ق جلسة 14/4/1938)

2- "إذا كان الحكم قد استند في اعتباره المسقاة محل الدعوى مسقاة خصوصية إلى أدلة مؤدية إلى ذلك فإنه لا يعيبه كونه لم يرد على ما تمسك به القائلون بأنها ترعة عمومية مع أنها ثابتة في خريط المساحة، أو أنها تروى أطيانا لأشخاص آخرين ومقام عليها كوبرى إذ أن مجرد إثبات المسقاة في خريط المساحة لا يصلح دليلا على أنها مسقاة عمومية كما أن انتفاع ملاك آخرين بها بالرى منها أو إقامة وزارة الأشغال كوبريا عليها - ذلك لا يمنع كونها مسقاة خصوصية محملة بحق ارتفاق للغير أو للمصلحة العامة".

(طعن رقم 101 لسنة 17 ق جلسة 9/3/1950)

118 - الحقوق المقررة للملاك المساقى والمصارف الخاصة :

تنص الفقرة الأولى من المادة 808 من القانون المدنى على أن: "من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها".

ومفاد ذلك ألا يجبر صاحب المسقى الخاصة على أن يبيع ماءها. ويسرى الحكم على حالة من من يحفر مسقى أو مصرف فى أرضه الخاص، كما ينطبق على من يحفر مسقى أو مصرف فى أرض غيره. فمالك الأرض المحملة بحق ارتفاق بمرور مسقاة أو مصرف لا يمكنه الانتفاع بمياه المسقاة أو الانتفاع

بالمصرف، ويكون استعمالها مقصوراً على مالك العقار المنتفع الذى أنشأها⁽¹⁾.

119- تنظيم الانتفاع بين ملاك المسقى الخاصة :

تنص الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم 12 لسنة 1984 (المعدل) بإصدار قانون الرى والصرف على أن: "ملاك الأراضى التى تنتفع بمسقا واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها وبنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من هذه الأراضى". ولتنظيم استعمال هؤلاء الملاك للمسقى الخاصة نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن يضع مفتش رى الإقليم المختص جداول المناوبة للأراضى التى تخضع لهذا النظام ويتولى رجال الإدارة تنفيذها تحت إشرافه. ويكون التنظيم من قرارات مفتش رى الإقليم إلى مدير عام الرى الذى يفصل فى التنظيم بقرار نهائى. كما يختص مدير عام الرى بالفصل فى كل نزاع ينشأ عن كيفية استعمال حق الانتفاع المذكور⁽²⁾.

120- القيود التى يخضع لها ملاك المساقى والمصارف الخاصة :

1- يجب على حائزى الأراضى المنتفعة بالمساقى الخاصة والمصارف الخاصة تطهيرها وإزالة نبات الهاسنت وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة (م19).

(1) محمد كامل مرسى ص 328 وما بعدها.

(2) وقد قضى بأنه: "لا تثريب على محكمة الموضوع فى قضائها بالتعويض على وزارة الأشغال إذا كان حكمها قد بنى على أن هذه الوزارة قد أزالّت سواقى للمدعين مقامة فى أرضهم لتوسيع أحد الخزانات، وأنها استولت على الأرض والسواقى دون أن تتخذ إجراءات نزع الملكية مفاجئة أصحاب السواقى بإزالتها فى وقت حاجتهم إلى مياهها، لأن الوزارة بهذا الذى وقع منها تعتبر متعدية غاصبة وملتزمة بتعويض ما ترتب على عملها من الأضرار ولا يشفع لها فى ذلك التمسك بالمادة السابعة من لائحة الترع والجسور".

2- يجوز لمدير عام الري - بناء على تقرير من مفتش ري الإقليم المختص أو شكوى من ذوى الشأن عن مخالفة الواجب الوارد برقم (1) أن يخطر رجال الإدارة لتكليف الحائزين بتطهير المسقاة أو المصرف أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو ترميم جسورها أو إعادة إنشاء الجسور فى موعد معين وإلا قامت الإدارة العامة للرى بإجراء ذلك ويتم تحصيل التكاليف الفعلية بالطرق العادية من الحائزين، كل بنسبة مساحة ما يحوزه من الأراضى التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف، ويحسب ضمن هذه التكاليف قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير (م20).

وإذا كانت الأراضى الواقعة على جانبى مسقاة خاصة أو مصرف خاص فى حيازة أشخاص متعددين اعتبر محور المسقاة أو المصرف حدا فاصلا بين ما يحوزون بالنسبة إلى أعمال التطهير والصيانة مالم يقم دليل على خلاف ذلك (م21).

4- إذا رأى مدير عام الري أن مسقاة خاصة أصبحت بغير فائدة لوجود طريق آخر للرى فله أن يقرر إلغائها.

كما يختص مدير عام الري فى حالة ثبوت ضرر من مسقاة أو مصرف خاص أن يتخذ التدابير اللازمة لمنع الضرر.

ويلتزم أصحاب المجرى بتنفيذ القرار فى الموعد الذى يحدده وإلا كان للإدارة العامة للرى إجراء ذلك على نفقتهم (م28).

5- لكل ذى شأن أن يتظلم إلى وزير الأشغال العامة والموارد المائية من القرارات الصادرة من مدير عام الرى فى المسائل السابقة ويقدم التظلم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار .
ويترتب على تقديم التظلم وقف تنفيذ القرار مالم يكن منصوصا فيه على تنفيذه بصفة عاجلة.

ويتم البت فى التظلم خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله إلى مكتب الوزير فإذا لم يبت فيه خلال هذه المدة اعتبر التظلم مرفوضا (م 29).

حق الشرب والصرف :

121- تعريف حق الشرب والصرف :

تتناول المادة حق الشرب وحق الصرف .
والمقصود بالشرب بكسر وسكون لغة: النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى
لنمود فى ناقة صالح ﴿ هَذِهِ نَاقَةُ هَآ شَرَبٌ وَلَكُمْ شَرَبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ ﴾ .
ويطلق أيضا على زمن الشرب. ويستعمله علماء الشريعة فى المعنيين، فتاره يريدون به النصيب المستحق من الماء، وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء، سقيا للشجر أو الزرع، أى زمن الانتفاع به لهذا الغرض. وهذا المعنى الأخير هو الذى تضمنته المادة 38 من مرشد الحيران⁽¹⁾.

ويعرفه علماء القانون بأنه حق الشخص فى أن يروى أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر⁽²⁾.

أما حق الصرف فيقصد به التخلص من الماء الزائد أو غير الصالح، وذلك بصرفه فى مجرى خاص يمر بأرض الغير⁽³⁾.

(1) الأستاذ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة 1370 هـ -

1950م ص 19.

(2) عبد المنعم الصده ص 101 - نعمان جمعة ص 113.

(3) نعمان جمعة ص 113.

122- حق الشرب والصرف المقرر للملاك المجاورين :

تنص الفقرة الثانية من المادة 808 مدنى على أن: "ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها. وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها".

ويبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك، وهذا قيد على حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل. ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولاً، ويأتى الجيران بعد ذلك، فإذا تزاخموا قدم من كانت حاجته أشد ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة⁽¹⁾. وسنعرض لذلك تفصيلاً.

123- الإجراءات الواجب اتباعها لتقرير حق الانتفاع بالمسقى

الخاصة أو المصرف الخاص عند عدم الاتفاق مع الملاك :

رسم هذه الإجراءات قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المعدل) وتقضى هذه الإجراءات بأنه إذا تعذر على أحد الملاك رى أرضه أو صرفها على وجه كاف إلا بإنشاء أو استعمال مسقاة خاصة أو مصرف خاص فى أرض غيره وتعذر عليه الاتفاق مع ملاكها فيعرض شكواه على مدير عام الرى المختص ليأمر بالتحقيق فيها وعلى الإدارة أن تطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب فى مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إلى مدير عام الرى ويتولى مفتش رى الإقليم إجراء التحقيق فى موقع المسقاة أو

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 44 - محمد كامل مرسى

المصرف بعد أن يعلن بكتاب موسى عليه بعلم الوصول كل ذي شأن ورئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالمكان والموعّد اللذين يحددهما قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما على الأقل وتعرض نتيجة هذا التحقيق على مدير عام الري ليصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ويعلن القرار لكل ذي شأن بكتاب موسى عليه بعلم الوصول، وتسرى الأحكام المتقدمة في حالة طلب إقامة آلة رافعة على أرض الغير عند مأخذ المياه أو مصبها وكذلك المجرى اللّازم لها لرى أو صرف أرض منفصلة عن المأخذ أو المصب⁽¹⁾.

وهذه المادة لا تسرى على حق الشرب فحسب، بل تسرى أيضا على حق المجرى وحق المسيل، فإجراءات هذه الحقوق الثلاثة الشرب والمجرى والمسيل واحدة (م24).

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 16 من القانون رقم 68 لسنة 1953 - الذي صدر استنادا إليه قرار وزارة الري بإنشاء المسقاة محل النزاع بأنه "إذا رأى أحد ملاك الأقطان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة أو مصرف في أرض ليست ملكه أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود في أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضي ذوى الشأن فيرفع شكواه لمفتش الري ليأمر بإجراء تحقيق فيها... وترفع نتيجة هذا التحقيق إلى المفتش الذى يصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه..."، مفاده أن الحق الذى يتولد من ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة فى أرض الغير ليجرى بها المياه توصلا لاستعمالها فى رى أرض الجار هو حق المجرى والشرب وهو الحق المقرر بالمادتين 808، 809 من القانون المدنى، وتقدير هذا الحق يختلف عن حق الملكية فالحياسة باستعمال المسقاة فى الري ركونا إلى ذلك الحق تعتبر حياسة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفى معه نية تملك أرض المسقاة، وتبقى هذه الحياسة المتجردة من هذه النية غير صالحة للتمسك بالتملك مهما طال أمدها إلا إذا حصل تغيير فى سببها".

وينفذ قرار مدير عام الري بالطريق الإداري بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر منه (م26).

وإذا أجاز القرار الانتفاع بمسقاة خاصة موجودة أو مصرف خاص موجود يجب أن يشمل التعويض جزءا مما تساويه تكاليف الإنشاء وقت تقرير الانتفاع محسوبا بنسبة مساحة الأرض التي تنتفع من أيهما (م2/26).

وهذا يتفق مع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 808 مدنى التى تقضى بأن: "وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما، بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منهما". والمفروض هنا أن الأراضى التى تنتفع من المسقاة أو المصرف يكون انتفاعها كاملا، ولذلك يكون التعويض بنسبة مساحة هذه الأرض، فإن كان الانتفاع جزئيا، وجب مراعاة ذلك أيضا عند تقدير التعويض، فيكون بنسبة مساحة الأراضى ونسبة هذا الانتفاع الجزئى⁽¹⁾.

وإذا رفض صاحب الشأن قبول التعويض المقرر أو تعذر أدائه إليه أودع خزانة التفتيش المختص لحساب ذوى الشأن مع إخطارهم بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ويعتبر الإيداع فى حكم أداء التعويض (م4/26).

وإذا صدر قرار لصالح أكثر من شخص جاز للإدارة العامة للرى أن ترخص لواحد منهم أو أكثر فى تنفيذ القرار نيابة عن الآخرين ولمن نفذ القرار الرجوع على الباقيين بما يخص كلا منهم فى التكاليف بنسبة مساحة أرضه (م27).

غير أنه يراعى أن تنظيم طريق اللجوء إلى مدير عام الري لا يحول دون حق صاحب الشأن فى اللجوء إلى المحكمة المختصة إذا شاء، فله سلوك أحد الطريقين.

(انظر بند 132).

124- التظلم من القرار الصادر من مدير عام الرى :

أجازت المادة 29 من قانون الرى والصرف لكل ذى شأن أن يتظلم إلى وزير الأشغال العامة والموارد المائية من القرار الصادر من مدير عام الرى بإجابة أو رفض طلب إنشاء أو استعمال مسقاة خاصة أو مصرف خاص فى أرض غيره. ويقدم التظلم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار. ويترتب على تقديم التظلم وقف تنفيذ القرار ما لم يكن منصوصا فيه على تنفيذه بصفة عاجلة.

ويتم البت فى التظلم خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله إلى مكتب الوزير فإذا لم يبت فيه خلال هذه المدة اعتبر التظلم مرفوضا.

125- التظلم من التعويض :

تنص المادة 102 من قانون الرى والصرف على أنه - مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 10 لسنة 1990- تختص بالفصل فى منازعات التعويضات المنصوص عليها فى هذا القانون لجنة تشكل بدائرة كل محافظة برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية فى المحافظة وعضوية وكيل الإدارة العامة للرى ووكيل تفتيش المساحة ووكيل مديرية الزراعة بالمحافظة أو من يقوم مقامهم وممثل عن المحافظة يختاره المحافظ المختص ولا يكون انعقادها صحيحا إلا بحضور رئيسها وعضوين من أعضائها على الأقل. وتصدر اللجنة قرارها خلال شهر من تاريخ أول جلسة.

ويصدر القرار بأغلبية الأصوات وعند تساوى الأصوات يرجح الجانب الذى منه الرئيس ويكون قرار اللجنة قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة⁽¹⁾.

(1) واختصاص هذه اللجنة قاصر على منازعات التعويض المنصوص عليها فى قانون الرى والصرف، أى فى الحالات التى تتضمن نصوصه أحوالا خاصة لاستحقاق =
= التعويض عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ أحكامه، أما منازعات التعويض وغير هذه

ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار، وغنى عن البيان أن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية يجوز الطعن عليه أمام محكمة الاستئناف، كما يجوز الطعن في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض طبقاً للقواعد العامة.

والمقرر أن المشرع قد ناط بتلك اللجنة وحدها ولاية الفصل ابتدائياً في التعويضات المنصوص عليها في هذا القانون وجعل من المحكمة المدنية جهة طعن في قرارات تلك اللجنة، فإذا لجأ صاحب الشأن إلى المحكمة مباشرة كانت دعواه غير مقبولة. وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها لأن إجراءات التقاضي وقواعد الاختصاص الولائية مما يتعلق بالنظام العام.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أن النص في المادة 82 من القانون رقم 74 لسنة 1971 بشأن الرى والصرف على أنه "يختص بالفصل في منازعات التعويض المنصوص عليها في هذا القانون لجنة تشكل بدائرة كل محافظة برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية في المحافظة وعضوية وكيل تفتيش الرى ووكيل تفتيش المساحة ووكيل مديرية الزراعة بالمحافظة أو من يقوم مقامهم وعضو من أعضاء الاتحاد الاشتراكي العربي يندبه أمين الاتحاد الاشتراكي بالمحافظة، ولا يكون انعقادها صحيحاً إلا بحضور رئيسها وعضوين من أعضائها على الأقل وتصدر اللجنة قرارها خلال شهر من تاريخ أول جلسة، ويصدر القرار بأغلبية الأصوات وعند تساويها يرجح الجانب الذي منه الرئيس، ويكون قرار اللجنة قابلاً للطعن أمام المحكمة المدنية المختصة ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار" يدل على أن المشرع قد ناط بتلك اللجنة وحدها ولاية الفصل ابتدائياً في التعويضات المنصوص عليها في هذا القانون وجعل من المحكمة المدنية جهة

الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الأنزعة إلا ما استثنى بنص خاص.

طعن فى قرارات تلك اللجنة، لما كان ذلك وكانت إجراءات التقاضى وقواعد الاختصاص الولائية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة مما يتعلق بالنظام العام فإن لجوء صاحب الشأن مباشرة بصدد المنازعة فى التعويض المنصوص عليها فى قانون الرى والصرف إلى المحكمة المدنية مباشرة للحكم ابتدائيا فى دعواه رغم كونها جهة طعن مما يمس نظام إجراءات التقاضى التى فرضها المشرع فى هذه الحالة فيتعين على المحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى بعدم قبول الدعوى دون أن تعرض لموضوعها أو أصل الحق فيها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى على غير أساس".

(طعن رقم 2247 لسنة 51 ق جلسة 1985/3/3)

126- شروط تقرير حق الشرب والصرف :

يشترط لتقرير حق الشرب والصرف للجار توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول :

أن يكون للمالك مسقاة خاصة أو مصرف خاص.
وقد بينا سلفا المقصود بالمسقاة الخاصة والمصرف الخاص.

الشرط الثانى :

أن يستوفى المالك حاجته من المسقاة الخاصة أو المصرف الخاص :

فالملاك المجاورون لا يشتركون مع المنشئين للمسقاة الخاصة والمصرف الخاص على قدم المساواة، بل إن الأولين لا يأخذون من مياه المسقاة إلا الفائض عن حاجة المنشئين. ومعنى ذلك أن يكون من حق المنشئين منعهم من الشرب حتى يستوفون حاجتهم، أى أن نوبة انتفاع المجاورين تأتى بعد سد حاجة المنشئين، حتى لو كان لدى الملاك مصدر آخر للرى غير هذه المسقاة.

ويسرى ما ذكر على الانتفاع بالمصرف الخاص.

ويرى البعض أن هذا الوضع يثير إشكالات بين المجاورين والمنشئين، كما

أنه مدعاة لتحكم الأخيرين في الأولين، وأنه كان أخرى بالمشروع أن يقرر المساواة بين الجميع تحقيقاً لمصلحة الزراعة⁽¹⁾.

الشرط الثالث :

أن يكون للمالك جار هو الذي له حق الشرب أو الصرف.

يشترط أن يكون للمالك جار هو الذي له حق الشرب أو الصرف. والمشروع وإن قرر حق الاشتراك للملاك المجاورين، إلا أنه لم يحدد المقصود بالجوار سواء في المادة 808 مدني أو في قانون الري والصرف. ولذلك ثار الخلاف بين الفقهاء في بعض صور الجوار. والمسألة كلها لا تعدو فروضاً ثلاثة:

(أ) أن تنشأ المسقاة الخاصة أو المصرف على حدود أملاك منشئها، وبذلك تقع إحدى ضفتيها عند حدود أراضي الجيران، فيكون لمالك هذه الأراضي الملاصقة حق الشرب منها، وقد انعقد الإجماع على ذلك⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 265.

(2) السنهوري ص 949- محمد على عرفه ص 264 - عبد المنعم الصده ص 102- منصور مصطفى منصور ص 66- ويستند الدكتور محمد على عرفه ص 264 هامش (2) في تأييد هذا الرأي إلى المادة 21 من قانون الري والصرف التي تجرى على أن: "إذا كانت الأراضي الواقعة على جانبي مسقاة خاصة أو مصرف خاص في حيازة أشخاص متعددين اعتبر محور المسقاة أو المصرف حداً فاصلاً بين ما يحوزون بالنسبة إلى أعمال التطهير والصيانة ما لم يقر دليل على خلاف ذلك..." تأسيساً على الغاية من هذا النص هو تحديد نصيب أصحاب الأراضي التي تنتفع بالمسقاة في تطهيرها، وقد عبر المشروع عن هذه الأراضي بأنها الواقعة على جانبي المسقاة -" غير أن الدكتور السنهوري ص 950 هامش (1) يذهب - بحق - إلى أن هذا النص لا شأن له بهذه المسألة، فهو إنما يعرض للأرض الواقعة على جانبي مسقاة أو مصرف خاص. وتكون = مملوكة لمالك متعددين، فيعتبر "بالنسبة إلى أعمال التطهير والصيانة محور المسقاة أو

(ب) أن يقتضى إنشاء المسقاة الحصول على حق المجرى فى الأراضى التى تفصل أرض منشئها عن مأخذ المياه، وفى هذه الحالة يقع جزء من المسقاة فى هذه الأراضى، فيعتبر أصحابها مجاورين للمسقاة، ويكون لهم بالتالى حق الاشتراك فى استعمال مائها. ويسرى ذلك على حق الصرف.

(ج) أن تقع المسقاة كلها داخل أرض المالك فهى غير ملاصقة لأرض الجار، لأنها لا تقع فى حدود هذه الأرض، ولا هى تعبرها حتى تصل إلى أرض المالك. وفى هذه الصورة لا تكون أرض الجار ملاصقة للمسقاة ذاتها. وهذه الصورة هى التى انقسم فيها رأى.

فيذهب رأى إلى أنه ليس للمالك المجاورين حق فى المسقاة لأنهم لا يمكنهم الاتصال بها إلا بعد الحصول على حق بالمجرى، أى بمرور المياه على الأرض الفاصلة⁽¹⁾.

بينما يذهب رأى الغالب إلى أنه يثبت لهؤلاء الجيران حق الشرب، لأن عبارة "الملاك المجاورين" التى وردت بنص المادة 2/808 مدنى جاءت عامة مطلقة فالمشرع بذلك لم يحدد المقصود بالجوار هل هو المسقاة ذاتها، أم جوار الأرض الموجودة بها المسقاة. ولأن الحكمة فى الحالتين متوافرة، فالجار فى حالة ملاصقته للمسقاة وفى حالة ملاصقته للأرض التى فيها المسقاة فى حاجة إلى رى أرضه، وماء المسقاة يفيض عن حاجة مالكها، فواجب التضامن الاجتماعى يقضى فى الحالتين بأن يكون للجار الحصول على حق الشرب، والجار فى هذه الحالة فى حاجة أيضا إلى حق المجرى إذ يجب أن تعبر مياه المسقاة غير الملاصقة لأرضه جزءا من أرض المالك حتى تصل إلى أرض الجار. وشرط حق المجرى هنا متوافر إذ الجار فى حاجة إلى المياه لرى أرضه، فيأخذها من المسقاة عن طريق الحصول على حق المجرى فى أرض المالك فضلا عن أن هذا التفسير تقتضيه

المصرف حدا فاصلا بين أملاكهم ما لم يثبت خلاف ذلك".

(1) محمد كامل مرسى ص 330 وما بعدها.

حاجات الري الزراعي⁽¹⁾.

ولئن كانت عبارة النص فيما يتعلق بشرط الجوار، واحدة بالنسبة للشرب والصرف، إلا أن الجوار يختلف معناه في الصرف عنه في الشرب. فبالنسبة لحق الصرف في مصرف الجار الخاص، يجب أن تكون الأرض التي تحتاج إلى الصرف مجاورة للمصرف ذاته، إذ لو كانت مجاورة للأرض التي فيها المصرف دون أن تجاور المصرف ذاته، لا تقتضى الأمر إمرار مياه الصرف في أرض الجار لتصب في مصرفه الخاص والمشرع لم يجز إمرار مياه الصرف في الأرض المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في مصرف عمومي⁽²⁾.

الشرط الرابع :

حاجة الجار إلى ري أرضه :

يشترط أن يكون الجار في حاجة إلى ري أرضه. وهذه الحاجة لا تتحقق إذا كانت الأرض تتصل بترعة عامة أو بمسقى خاصة. ولكنها تتحقق إذا كان لدى الجار مورد آخر للمياه ولكنه غير كاف. فالقانون يعطيه الحق في ري أرضه ريا كافيا. ولذلك تنص المادة 24 من قانون الري والصرف على أنه: "إذا تعذر على أحد الملاك ري أرضه أو صرفها على وجه كاف.... الخ".

كما تتحقق الحاجة ولو كان الجار يستطيع أن يسدها بالالتجاء إلى طرق أخرى كحفر بئر ارتوازية أو بجلب المياه من طريق مجرى يطلبه من جار آخر.

(1) السنهاوري ص 950 - إسماعيل غانم ص 85 - عبد المنعم الصده ص 102 - منصور مصطفى منصور ص 66 - عبد المنعم البدرأوى ص 393 - جميل الشرقاوى ص 84 وما بعدها.

(2) منصور مصطفى منصور ص 69 - جميل الشرقاوى ص 87 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 106 وما بعدها.

فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ إلى طريقة دون أخرى⁽¹⁾.

غير أن هذه الحاجة لا تكون قائمة إذا كان يوجد مجرى خاص أقرب لهذه الأرض المستفيدة من المجرى المطلوب استخدامه. أو أن يكون المجرى الآخر فى نفس البعد أو أبعد ولكن استخدامه يكون أقل عبئا على الغير من استخدام المجرى محل النزاع⁽²⁾.

ويسرى ذلك على حق الصرف.

الشرط الخامس :

اشتراك الجار فى نفقات إنشاء المسقى :

يشترط لإشتراك الجار فى مياه المسقى أن يسهم فى نفقات إنشاء المسقى وصيانته بنسبة مساحة أرضه المنتفعة. ويقصد بالإنشاء شق المجرى وتقوية جسوره ووضع البرازخ ونفقات الترخيص بالإنشاء وبالتوصيل بالمجارى المائية العامة.... الخ. ويقصد بالصيانة والتطهير إزالة العوائق النباتية وغيرها وتقوية الجسور وإعادةتها إلى حالتها إن تهدمت.... الخ.

ويقتصر الاشتراك فى نفقات الإنشاء على النفقات اللازمة لأعمال شق القناة، وهذه النفقات لا يحسب فيها مقابل الأرض التى شقت فيها المسقاة، كما أنها لا تشمل تعويضا عن حرمان المالك من زراعة هذه الأرض وانتفاعه بها. ولذلك تظل المسقاة مملوكة لصاحبها ولا يترتب على إشتراك ملاك الأراضى المجاورة فى الانتفاع بالمسقاة إشتراكهم فى ملكيتها. وقد راعى القانون فى ذلك لا شك، أن مالك المسقاة ينشئها لمصلحته وهو غير حاسب حساب جيرانه، كما أنه يظل مالكا لها

(1) السنهورى ص 951.

(2) نعمان جمعة ص 116.

وحده⁽¹⁾ .

وقد ترتب على ذلك أن ميز المشرع مالك المسقاة عن سائر المنتفعين، فقرر له الأولوية فى الرى منها، فلا يكون لملاك الأراضى المجاورة استعمال المسقاة إلا بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها⁽²⁾.

والاشتراك فى نفقات الإنشاء بنسبة مساحة الأرض المنتفعة يقتضى إعادة حساب نصيب كل من المنتفعين كلما جد عليهم منتفع جديد. ويسرى ما تقدم على حق الصرف.

127- أولوية مالك المسقى أو المصرف فى الانتفاع بهما :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها.... الخ "فقد ميز المشرع مالك المسقاة والمصرف عن سائر المنتفعين فقرر له الأولوية فى الرى من المسقى أو صرف مياهه فى المصرف، فلا يكون لملاك الأراضى المجاورة استعمال المسقاة إلا بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها، وفى حدود الفائض عن هذه الحاجة، وكذلك الحال بالنسبة للصرف.

وقد راعى المشرع فى ذلك أن المسقاة أو المصرف الخاص رغم ارتفاع ملاك الأراضى المجاورة بها تظل مملوكة لملاكها خاصة وأن ملاك الأراضى المجاورة

(1) محمد على عرفه ص 262 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 85- جميل الشرقاوى ص 85.

(2) ينتقد البعض الاشتراك فى نفقات الإنشاء على النحو الذى يفرضه المشرع، أى بنسبة مساحة الأراضى التى تنتفع من المسقاة، لأنه يصطدم فى العمل بصعوبات كثيرة فى حالة تعاقب طلبات الاشتراك، لأنه وإن كان إجراء هذه النسبة بسيط بالنسبة إلى الطلبات المعاصرة لإنشاء المسقاة، فإنها تتعقد بالنسبة إلى الطلبات اللاحقة إذ يقتضى الأمر إعادة نسبة الاشتراك فى نفقات الإنشاء فى كل مرة يتقدم فيها مشترك جديد، حتى يمكن رد الزيادة فى المبالغ التى دفعت فعلا على حساب النسب القديمة (محمد على عرفه ص 265).

لم يتحملوا نصيبا من ثمن الأرض التى أقيمت عليها كما تحملوا نصيبا فى نفقات إنشائها وصيانتها⁽¹⁾.

128 - وضع الأراضى التى تمر فيها مسقاة خاصة أو مصرف خاص

؛

تنص المادة 22 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المعدل) على أن: "تعتبر الأراضى التى تمر فيها مسقاة خاصة أو مصرف خاص محملة بحق ارتفاق لصالح الأراضى الأخرى التى تنتفع بتلك المسقاة أو بذلك المصرف ما لم يقد دليل على خلاف ذلك".

وقد استدل بعض الشراح من هذا النص على أن القيود القانونية التى يتضمنها حق الشرب وحق المسيل إنما هى حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق⁽²⁾. غير أن هذا النص لا يتضمن سوى قرينة على أن الانتفاع الفعلى بالمسقاة أو المصرف الخاص دليل على وجود حق للأراضى المنتفعة فى هذا الانتفاع. أما وصف هذا الحق بأنه ارتفاق فهو يصدق فى حالة ما إذا تقرر هذا الحق بفعل الأفراد، ولكنه لا يصدق فى الحالة التى نحن بصددتها حيث يتقرر حق الانتفاع بقوة القانون للأراضى المجاورة التى توافرت فيها الشروط التى نصت عليها المادة 808 مدنى وما بعدها فقد أورد المشرع هذه النصوص فى الفصل المخصص للقيود التى ترد على حق الملكية مفرقا بينها وبين حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق. والأولى اتباع التكييف الذى اتبعه القانون المدنى، فهو أدق صياغة من قانون الرى والصرف⁽³⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 85.

(2) الدكتور عبد المنعم البدرأوى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى 1954 ص 392.

(3) عبد المنعم الصده ص 102 - إسماعيل غانم ص 84 هامش (2).

مادة (809)

يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا.

الشرح

129- تنظيم حق المجرى وحق الصرف (المسيل) :

تتناول المادة تنظيم حق المجرى وحق الصرف (المسيل) والمقصود بحق المجرى: حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه فى أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لرى أرضه. فحق المجرى القانونى مقرر لصالح الأرض البعيدة عن مورد المياه، إذ يكون لمالك هذه الأرض أن يجلب المياه لريها من أقرب مورد مناسب بواسطة مسقاة ينشئها فى أرض الغير. وقد يكون هذا المورد النيل أو ترعة عامة أو مسقاة خاصة مملوكة لمالك الأرض المراد ريها أو لغيره. فإذا كان المورد النيل أو ترعة عامة وجب على مالك الأرض المراد ريها أن يحصل على ترخيص من وزارة الرى.

وإذا كان المورد مسقاة خاصة مملوكة للغير وجب أن يكون لذلك المالك الحق فى أخذ المياه من هذه المسقاة إما بمقتضى حكم المادة 808 مدنى الذى يخوله حق الشرب القانونى إذا توافرت شروطه التى قدمناها، أو بناء على اتفاق مع صاحب المسقاة إذا لم تتوافر هذه الشروط. وفى جميع الأحوال يكون للمالك إذا تعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى التى يجب أن يمر فيها المجرى أن يرفع شكواه لمدير عام الرى⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص1044 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 85 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

"أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة من مأخذ المياه، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لرى أرضه، وهى مياه يأخذها من ترعة عامة أو من ترعة خاصة مملوكة له، أو من ترعة خاصة مملوكة للغير، ولكن تقرر له عليها حق الشرب، وذلك فى نظير تعويض عادل يعطى للجار مقدما... الخ".

أما حق الصرف أو حق المسيل: فهو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام فى تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه بعد ريها، إما فى مصرف خاص لغيره، وإما خلال أرض غيره لتصب فى أقرب مصرف عمومى. ومن هذا التعريف ومن نص المادتين 808، 809 مدنى يتضح أن هناك حالتين لحق الصرف، تقابل إحداها - فيما يتعلق بمياه الرى - حق الشرب، وتقابل الأخرى حق المجرى.

فالحالة الأولى: وهى التى تقابل حق الشرب ورد حكمها مع حكم حق الشرب فى المادة 808، ومقتضاها أنه يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف الخاص بجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من صرف، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته منه، على أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المصرف وصيانته بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منه، كما هى الحال بالنسبة لحق الشرب. وقد عرضنا لهذه الحالة تفصيلا فيما سلف.

ومن ثم يكون هناك تقابل كامل بين الرى والصرف، فتارة يستعمل الجار مساقاة جاره للرعى وهذا هو حق الشرب الذى تناولناه فى موضعه، وتارة يستعمل مصرف جاره للصرف وهذا هو حق المسيل فى إحدى صورتيه.

أما الحالة الثانية: لحق الصرف والتى تقابل حق المجرى، فهى التى ورد حكمها فى المادة 809، ومقتضاها أنه يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر فى أرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض على ذلك تعويضا عادلا.

ويختلف حق الصرف هنا عن حق المجرى في أنه يجب كما يتضح من المادة 809 أن يكون المقصود هو حبس المياه في مصرف عمومي بينما يحوز فيما يتعلق بحق المجرى أن تمر المياه بأرض الجار سواء كان مورد المياه عاما أو مسقاة خاصة⁽¹⁾.

130- الشروط الواجب توافرها لثبوت حق المجرى وحق الصرف

(المسئل):

الشرط الأول:

وجود جار تبعد أرضه عن مورد المياه :

ويقصد بالبعد عن مورد المياه، عدم الاتصال بهذا المورد اتصالا مباشرا، أي يفصل أرض الجار عنه أرض مملوكة للغير، أيا ما كان الاتساع الفاصل لهذه الأرض، وأيا كانت طريقة استغلالها، وسواء كانت قطعة واحدة أو قطعا متجاورة لملاك متعددين. ففي هذه الحالة الأخيرة يحصل الجار على تقرير حق المجرى في جميع هذه الأراضي أرضا بعد أخرى حتى يستطيع جلب مياه الري إلى أرضه.⁽²⁾ وفيما يتعلق بحق المسئل في صورته الأولى، وهو المسئل المقابل للمجرى يشترط أن تكون الأرض التي ينشئ فيها الجار المصرف على نفقته مجاورة لأرضه، حتى تسيل مياه الصرف منها فتصل إلى أقرب مصرف عام. وقد يقتضى وصولها إلى مصرف عام أن تخترق المصرف الذي ينشئه الجار أراضي متعددة، الأرض المجاورة والأراضي الأخرى التي تجاورها، فيتقرر حق المسئل على هذه الأراضي جميعها أرضا بعد أخرى. ويختلف حق المسئل هنا عن حق المجرى في أن حق المسئل يتقرر لتصل مياه الصرف إلى أقرب مصرف عام، لا إلى مصرف

(1) منصور مصطفى منصور ص 68 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 87 وما بعدها.

(2) الدكتور أحمد سلامة القانون الزراعي دار النهضة العربية الطبعة الأولى 1970 ص 187-

خاص سواء مملوكا للجار أو مملوكا للغير كما هو الأمر فى حق المجرى⁽¹⁾.
وواضح من نص المادة 809 مدنى أنها لم تمنح حق الصرف بنفس السعة
التي منح بها حق المجرى، فالمادة لا تبيح الحق فى الصرف إلا "فى أقرب
مصرف عمومى".

ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للجار أن يطلب صرف مياهه فى مصرف
خاص جبرا على صاحبه، بل إن ذلك يقتضى الاتفاق مع صاحب هذا المصرف
الذى يحق له أن يرفض الطلب⁽²⁾.

وماخذ المياه قد يكون واحدا من ثلاثة :

النيل أو ترعة عامة أو ترعة خاصة.

فإذا كانت الأخيرة وكانت غير مملوكة لصاحب الأرض البعيدة، وجب أن
يكون قد سبق أن تقرر له عليها حق الشرب، إما بالاتفاق مع صاحب المسقة
وإنما بالتطبيق لنص المادة 809.

وبناء على ذلك إذا طالب الجار بحق المجرى فى هذه الحالة دون أن يكون
صاحبا لحق الشرب فإن طلبه يكون غير مقبول.

أما إذا كان مورد المياه هو نهر النيل أو ترعة عامة، فإزاء ما نصت عليه المادة
التاسعة من قانون الرى والصرف من أنه لا يجوز إجراء أى عمل خاص داخل حدود
الأملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف أو إحداث تعديل فيها إلا بترخيص
من وزارة الرى وطبقا للشروط التى تحددها ويمنح الترخيص لمدة لا تزيد على عشر
سنوات... الخ" فإنه يتعين على صاحب الأرض البعيدة الحصول على هذا الترخيص
وقبل الحصول عليه لا يكون له المطالبة بحق المجرى إذ ربما ترفض وزارة الرى
إعطاء هذا الترخيص أو ربما ترخص بأخذ المياه من موضع آخر. وفى الحالة الأولى
لن يكون لحصوله على حق المجرى أى معنى، وفى الحالة الثانية ستتغير الأرض

(1) السنهورى ص 965 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 275 وما بعدها.

التي يتقرر عليها المجرى⁽¹⁾.

الشرط الثانى :

حاجة الجار إلى رى أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف :

يشترط أن يكون الجار المطالب بحق المجرى فى حاجة إلى مياه تروى بها أرضه. ومعنى الحاجة ألا تكون لديه وسيلة لرى أرضه ريا كافيا كبئر ارتوازية أو مجرى آخر. فإذا كانت لديه هذه الوسيلة الأخرى فلا يثبت له حق المجرى. أما إذا كانت هذه الوسيلة غير كافية لرى الأرض ثبت له الحق فى المروى لأنه لا يشترط أن تكون المياه المطلوب مرورها فى أرض الغير ضرورية لرى الأرض البعيدة عن مورد المياه، بل تكون المياه مطلوبة لرى الأرض ريا كافيا. وهذا واضح من المادة 809 التى تنص على أنه: يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه "المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه"⁽²⁾.

وكان التقنين المدنى الملغى يقتصر على السماح بإنشاء ممر فى أرض المالك "للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه" وقد فسر ذلك بأن الجار إذا كان يصله الماء فعلا لم يستطع أن يحصل على حق المجرى فى أرض جاره، حتى لو كان الماء الذى يصله لا يسمح برى الأرض كلها ريا كافيا".

وفىما يتعلق بحق المسيل يجب أيضا أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار هى حصوله على حق مسيل فى أرض جاره. فإذا كان لديه وسائل أخرى، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيدا، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل فى أراضيهم، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق

(1) السنهورى ص 965 وما بعدها - أحمد سلامه ص 188 - عبد المنعم الصده ص 104 - محمد على عرفه ص 270 - منصور مصطفى منصور ص 67.

(2) السنهورى ص 968 - عبد المنعم الصده ص 105 - أحمد سلامه ص 188 وما بعدها.

المسيل في أرض جاره.

ويجب أن يمكن الجار من صرف مياهه صرفا كافيا - كالحال في الرى الكافى - فإذا كان يستطيع صرف مياهه صرفا غير كاف، لم يمنعه ذلك من طلب حق المسيل.

والمياه التى يطلب من أجلها حق المسيل هى المياه التى تتخلف بعد رى أرض الجار⁽¹⁾.

وإذا كانت المادة 809 مدنى قد صرحت بهذا المعنى بالنسبة إلى حق المجرى ولم تذكره بالنسبة إلى حق الصرف، فإن المادة 24 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 صريحة فى هذا المعنى بالنسبة إلى حقوق الشرب والمجرى والصرف جميعا حيث تنص على أن: "إذا تعذر على أحد الملاك رى أرضه أو صرفها على وجه كاف..... الخ".

131 - استبعاد مياه الأمطار والمياه المتخلفة عن الاستعمال :

صرحت المادة 64/42 من التقنين المدنى القديم بأن مياه الأمطار والمياه المتخلفة عن استعمال منزل أو مصنع لا تدخل فى نطاق حق الصرف إذ كانت تنص على أن: "يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أوفى الطريق العام مياه الأمطار أو مياه المنزلية بالتطبيق على اللوائح الصحية"⁽²⁾.

أما المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فكان يتضمن نصا يعطى حق المسيل للمياه التى تتحدر بفعل الطبيعة كمياه الأمطار فكانت المادة 1177 من المشروع تنص على أن: "على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل فى أرضه المياه التى تتحدر بفعل الطبيعة من الأراضى المرتفعة عنها كمياه الأمطار، وليس لمالك

(1) السنهورى ص 969 وما بعدها.

(2) وكان القضاء المختلط يقضى بوجود حق مسيل للمياه التى تتحدر بفعل الطبيعة من أرض عالية إلى أرض منخفضة بالرغم من عدم وجود نص يقضى بذلك (استئناف مختلط أول يونية سنة 1922 م 34 ص 441).

الأرض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك"، إلا أنه فى لجنة المراجعة بمجلس النواب اقترح حذف هذه المادة لعدم الحاجة إليها فى مصر حيث تقل نزول الأمطار فوافقت اللجنة على ذلك⁽¹⁾.

ولما كانت قيود الملكية واردة فى القانون على سبيل الحصر وليس من بينها حق صرف مياه الأمطار والمياه المنزلية، فلا يأتى إجبار مالك آخر على قبولها فى أرضه. بل يتعين صرف هذه المياه فى الطريق العام بشرط مراعاة لوائح التنظيم واللوائح الصحية أو فى نفس العقار الذى تجمعت فيه، اللهم إلا إذا ارتضى صاحب العقار المجاور أن يتقل أرضه بارتفاق بمسيل هذه المياه أو إذا كان هذا الارتفاق مرتبا بتخصيص رب الأسرة.

كما أنه يصح اكتساب هذا الارتفاق بالتقادم أيضا، إذا تميز بعلامات ظاهرة، كأن تكون أنبوبة الصرف بارزة فوق ملك الغير، ولا محل للخلاف فى ذلك فى ظل التقنين المدنى الجديد الذى لا يشترط لاكتساب ارتفاق بالتقادم إلا أن يكون ظاهرا (م 1016 مدنى)، فحتى لو اقتضى الأمر تدخل الإنسان لتحويل المياه ناحية الأنابيب المخصصة لإسالتها، وهو ما يؤدى إلى اعتبار الارتفاق غير مستمر، فإن ذلك لا يؤثر فى اكتسابه بالتقادم، لأن الاستمرار ليس شرطا فى اكتساب الارتفاق بهذه الوسيلة⁽²⁾.

وينظم صرف المخلفات السائلة الآن، سواء من المساكن والمصانع والمحال العامة والتجارية والصناعية وغيرها ومياه الرش والأمطار لغرض التخلص منها بطريقة صحية بعد تنقيتها أو دون تنقية القرار بقانون رقم 93 لسنة 1962 فى شأن صرف المخلفات السائلة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 43 الهامش.

(2) محمد على عرفه ص 274- السنهورى ص 971 الهامش - عبد المنعم الصده ص 106

هامش (1).

132- إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل :

حق المجرى وحق المسيل المنصوص عليه بالمادة 809 مدنى ، لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون فى هذه المادة على مالك الأرض من السماح بأن تمر فى أرضه المياه الكافية لرى الأطيان البعيدة عن مورد الماء، بل يجب لذلك أن يتقدم طالب الحق والذى يتعذر عليه التراضى مع مالك الأرض التى يمر بها حق المجرى إلى الجهة المختصة التى نص عليها قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 لتقرير هذا الحق له وبيان الكيفية التى يكون بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذى يدفعه مقابل تقرير هذا الحق، لأن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل.

وهذا ما قضت به محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

1- "حق المجرى لا يتقرر وفقا للمادة 33 من القانون المدنى الملغى والمادة 809 من القانون المدنى القائم والمادة التاسعة من لائحة الترع والجسور لمجرد ما أوجبه القانون فى هذه المواد على مالك الأرض من السماح بأن تمر فى أرضه المياه الكافية لرى الأطيان البعيدة عن مورد الماء بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذى يرى أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا والذى تعذر عليه التراضى مع مالك الأرض التى تمر بها المجرى، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق له وبيان الكيفية التى يكون بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذى يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له إذ أن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل".

(طعن رقم 40 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/11)

2- "إن المادة 809 سمحت بأن من حق صاحب الأرض الذى يتعذر ريبها ريا كافيا وأخفق فى التراضى مع جاره أن يلجأ إلى المحكمة أو إلى الجهة الإدارية التى حددها المشرع لتقرير حقه فى إنشاء المجرى وسعته ومكانه وتحديد التعويض العادل الذى يتعين عليه دفعه فليس له من حق سوى الذى حسبما يبين من نص

هذه المادة والتي كان نصها في المشروع التمهيدي يشترط دفع التعويض مقدما ثم عدل في مجلس النواب بالاكتفاء بالنص على التعويض العادل ولقد بين القانون 12 لسنة 1984 بشأن الرى والصرف الإجراءات التى ينبغى اتباعها فاشتترطت المادة 24 منه أن يتقدم المستفيد بطلب لمدير عام الرى المختص ترفق به الخرائط والمستندات اللازمة وينتقل مفتش الرى المختص إلى موقع المجرى المقترح بعد إخطار أصحاب الشأن بالموعد المحدد لانتقاله على أن يمهلهم مدة لا تقل عن أربعة عشر يوما ثم يعرض مفتش الرى ما يراه على مدير الرى ليصدر قرارا مسببا يعلن لأصحاب الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، وتنص المادة 29 على حق ذوى الشأن فى التظلم من هذا القرار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانهم، كما تنص المادة 26 على أنه لا يجوز تنفيذ القرار بإنشاء المسقاة قبل أداء التعويض فإذا رفض المضرور قبوله أو تعذر أدائه إليه فيجب إيداعه خزانة تفتيش الرى لحساب المستفيد مع إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ليعتبر الإيداع بمثابة أداء. فإذا اتبعت هذه الإجراءات جميعا كان لصاحب الشأن أن ينازع فى التعويض أمام اللجنة المنصوص عليها فى المادة 102 من هذا القانون وأن يطعنوا بعد ذلك على قراراتها أمام المحكمة الابتدائية".

(طعن رقم 3121 لسنة 67 ق جلسة 2010/5/24)

وقد نظمت إجراءات الحصول على هذا الحق المواد 24، 26، 27، 28، 29 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المعدل)، وقد سبق أن تناولناها سلفا فى موضعها من الموسوعة.

133 - هل يجوز اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بتقرير حق

المجرى وحق المسيل؟

نبادر إلى القول بأن الراجح أن اختصاص جهة الإدارة بتقرير حق المجرى وحق المسيل لا يسلب المحاكم وهى ذات الولاية العامة، اختصاصها بهذه

المسائل، ذلك أن قانون الرى والصرف لم ينص على اختصاص جهة الإدارة بهذه المنازعات وحدها دون غيرها، ولا يبين من نصوص القانون أنه يسلب المحاكم اختصاصها بذلك.

وقد نصت المادة 15 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 (المعدل) على أن: "فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. وتبين قواعد اختصاص المحاكم فى قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية".

ومن ثم فإنه يجوز اللجوء ابتداء الى القضاء العادى للفصل فى هذه المنازعات ويسرى فى هذا الشأن ما تنص عليه المادة 43 من قانون المرافعات التى تجرى على أن :

"تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما كانت قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه ما يلى:

1- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف.

2-.....الخ".

وهذه الدعاوى تشمل كافة الدعاوى التى تتعلق بحقوق ارتفاق الرى مثل حق الشرب وحق المجرى سواء أكانت حقوق ارتفاق قانونية أو اتفاقية، وسواء أكانت الدعاوى تتعلق بالنزاع حول أصل الحق أو حيازته أو التعويض عن الاعتداء عليه.

ويشترط لاختصاص المحكمة الجزئية بالنزاع حول الانتفاع بالمياه أو التطهير ألا تكون الملكية محل نزاع فإن كانت كذلك فصلت المحكمة فى النزاع حول الملكية إن كان يدخل فى اختصاصها القيمى وإلا أحالت الدعوى الى المحكمة

الابتدائية⁽¹⁾.

وإذا كانت الدعوى التى يرفعها صاحب الحق تتضمن ادعاء بأن له حق ارتفاق سابق مقرر، ويريد تثبيت ملكيته لما يعتبره حقا مكتسبا من قبل على أرض الجار من مرور المياه لأرضه مختزقة أرض الجار المذكورة فإن الدعوى تكون من اختصاص المحاكم وحدها⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى المادة 43 من قانون المرافعات على "تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسين جنيها فيما يلى: 1- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع و المصارف". ومن بين الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه- الدعاوى المتعلقة بحقوق ارتفاق الرى، وإذا كانت الدعوى التى أقامها المطعون ضده ابتداء أمام محكمة دمياط الابتدائية هى بطلب منع تعرض الطاعنين له فى الرى من المسقى المبينة بصحيفة الدعوى ومن ثم فهى بهذا الوصف تعتبر من الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه التى عنتها المادة 43 سالفه الذكر وتدخل بالتالى فى الاختصاص الاستثنائى لمحكمة المواد الجزئية".

(طعن رقم 1426 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/15)

2- "النص فى المادة 43 من قانون المرافعات على أن تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها خمسين جنيها فيما يلى 1- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع

(1) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة ص 341 - الدكتور أحمد أبو الوفا التعليق على قانون المرافعات ج1 الطبعة الثالثة ص 963 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 355- جميل الشرقاوى قواعد اختصاص المحاكم المدنية فى القانون المصرى 1955/1956 ص 55 هامش (1).

والمساقى والمصارف "وكان من بين الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه الدعاوى المتعلقة بحقوق ارتفاق الرى ومن ثم فهما بهذا الوصف يعتبران من الدعاوى المتعلقة بالمياه التى عنتها المادة 43 سالفه الذكر وتدخلان بالتالى فى الاختصاص الاستثنائى لمحكمة المواد الجزئية".

(طعن رقم 5109 لسنة 63 ق جلسة 1994/12/14)

3- "إذا كان النص فى المادة 43 من قانون المرافعات- المنطبق على واقعة النزاع بعد تعديله فى 1999/5/17 - على أن تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها ألفى جنيه الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف وكان من بين الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه الدعاوى المتعلقة بحقوق ارتفاق الرى ومن ثم فهى بهذا الوصف تعتبر من الدعاوى المتعلقة بالمياه التى عنتها المادة المذكورة وتدخل بالتالى فى الاختصاص الاستثنائى لمحكمة المواد الجزئية".

(طعن رقم 4353 لسنة 63 ق جلسة 2001/7/11)

وإذا صدر حكم يتعارض مع قرار الجهة الإدارية فإن كان واجب النفاذ ولم يكن القرار قد تم تنفيذه وجب تنفيذ الحكم لصدوره من المحكمة صاحبة الولاية العامة، أما إذا كان قد تم تنفيذ القرار قبل صدور الحكم فيقضى فى الدعوى بعدم قبولها إن كانت قد رفعت بعد تنفيذ القرار أو برفضها إن كان القرار قد نفذ أثناء نظرها⁽¹⁾.

وكان الخلاف قد ثار منذ القانون المدنى القديم حول الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالرى والصرف. ذلك أن المادة 54/33 من القانون المدنى القديم تجعل للمحاكم الاختصاص بتقدير التعويض المستحق عن شق مسقاة أو مصرف فى أرض الغير، كما تخولها النظر فى تحديد طريقة مرور المسقاة أو المصرف،

(1) محمد كمال عبد العزيز ص 343.

وفى سائر المنازعات الأخرى المتعلقة بحقوق الرى والصرف.

فلما صدرت لائحة الترع والجسور فى 1894/2/22 نصت فى كثير من موادها على اختصاص الجهات الإدارية، ممثلة فى المدير ووزارة الأشغال، بالفصل فى المنازعات المتقدمة. كما جعلت المادة 27 من اللائحة المذكورة تقدير التعويض المستحق عن إنشاء مسقاة أو مصرف من اختصاص لجنة خاصة، تؤلف من المدير أو من ينوب عنه رئيسا ومن الباش مهندس واثنين من عمد المديرية يختار كل من الخصمين واحدا منهما. وصرحت المادة 42 بإلغاء كل ما كان من الأحكام السابقة مخالفا لأحكام اللائحة فنشأت عن ذلك مشكلة هامة تتصل بمسألة الاختصاص: هل أصبحت الجهات الإدارية المنصوص عليها فى لائحة الترع والجسور مختصة وحدها بالفصل فى كل المسائل المتصلة بحقوق الرى والصرف؟ أم أن للمحاكم العادية أيضا حق الفصل فيما يرفع إليها من منازعات بشأن هذه الحقوق ؟

فذهب غالبية الفقه إلى أن لائحة الترع والجسور قد أفردت جهات الإدارة بالاختصاص، فجعلت لها النظر فى إنشاء المساقى والمصارف، واجتياز المياه بأرض الغير، وإصلاح مسقاة أو مصرف أو إبطالهما لمنع الضرر، وبالجمل فى سائر المنازعات التى قد تحدث بشأن المساقى والمصارف.

كما أن المادة 42 منها نصت على إلغاء كل ما كان مخالفا لهذه اللائحة، وهذا النص العام يتناول بالإلغاء اختصاص المحاكم الذى قرره المادة 55/33 من القانون المدنى القديم.

بينما ذهب رأى آخر إلى إبقاء اختصاص المحاكم بنظر كافة منازعات الرى والصرف بما فيها ما خولت لائحة الترع والجسور جهة الإدارة أو اللجان التى شكلتها سلطة الفصل فيه مادامت هذه اللائحة لم تقصر هذا الاختصاص على جهة الإدارة وحدها، فيكون الاختصاص بتلك المسائل مشتركا بين المحاكم وجهة

الإدارة⁽¹⁾.

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن الاختصاص يظل مشتركا بين المحاكم وجهة الإدارة في دعاوى وضع اليد المتعلقة بالترع والمصارف. أما دعاوى الملك فإن المحاكم وحدها دون غيرها هي صاحبة الحق في الفصل فيها.

إذ ذهب بتاريخ 1940/1/11 فى القضية رقم 14 لسنة 9 ق بأن :

1- "إن الجهة الإدارية ليس لها فى الأصل اختصاص بالفصل فى حقوق الارتفاق المتعلقة بالرى أو الصرف. ولكن المشرع، مراعاة لمصلحة الزراعة وما يقتضيه ذلك من وجوب احترام المساقى والمصارف من تعدى أحد المنفعين بها بما يضر الآخرين، قد أجاز لهؤلاء - توخيا للسرعة التى تقتضيها الحال - أن يلجأوا إلى الجهات الإدارية التى خولها فى هذه الحالة أن تعيد الأمور إلى ما كانت عليه. وذلك دون أن يقصد منع المحاكم مما هو مقرر لها أصلا من الفصل فى هذه الدعوى سواء أكانت متعلقة بوضع اليد أم بالملك. وبذلك تكون هناك هيئتان مختصتان بالفصل فى دعاوى وضع اليد المتعلقة بالترع والمصارف أما دعاوى الملك فإن المحاكم وحدها دون غيرها هي صاحبة الحق فى الفصل فيها. وإذن فقضاء المحكمة باختصاصها بدعوى منع التعرض مسقى لا مخالفة فيه للقانون. وإذا كان الحكم الذى تصدره المحكمة بمرور المسقى يقتضى تنفيذه وضع بدالة على المصرف - الأمر الذى لا يكون الترخيص به إلا من وزارة الأشغال، فإن ذلك لا تأثير له فى الاختصاص"⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 351 وما بعدها - الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة 1990 ص 342.

(1) وقارن نقض جنائى فى 12 مارس 1931 فى الطعن رقم 709 لسنة 48 ق بأن :

"أخذ شىء من الأثرية المكونة لجسور الترعة العامة اختلاسا وإن كان يعتبر فى ذاته جريمة مما تختص المحاكم الأهلية بالنظر فيه باعتبارها المحاكم العادية ذات الاختصاص الشامل

وكانت المادة 881 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تقضى بأن: "تتولى الجهات الإدارية الفصل فى المنازعات المتعلقة بتطبيق المواد من 877 إلى 880 وفقا للوائح الصادرة فى هذا الشأن" ولكن لجنة العدل بمجلس النواب أشارت بحذفها بعد أن تقدمت للحكومة برغبة فى أن تعدل اللوائح الإدارية الخاصة بهذا الموضوع "بما يجعل الجهة الإدارية هى المختصة دون غيرها كدرجة أولى، وأن يكون استئناف قراراتها أمام الجهة القضائية". وبناء على ذلك حذف النص المتقدم من التقنين المدنى الجديد.

وقد صدر بعد ذلك قانون الرى والصرف رقم 68 لسنة 1953 المعدل بالقوانين رقم 29 لسنة 1956، 385 لسنة 1956، 116 لسنة 1959، وخول الجهات الإدارية الاختصاص بالبت فى المنازعات الناشئة عن قيود الانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والجسور وبما فيها التعويض المستحق لذوى الشأن. كما نصت المادة 46 من قانون المرافعات الملغى رقم 77 لسنة 1949 فى

طبقا لما ورد بالمادة 15 من لائحة الترتيب، إلا أن هذا الاختصاص العام قد أخرج منه الشارع بعض أنواع خاصة وكل الفصل فيها لهيئات أخرى. ومن تلك الأنواع المخالفات المنصوص عليها بالمواد 32 إلى 35 من لائحة الترع والجسور الصادر بها الأمر العالى فى 22 فبراير سنة 1894 والتي منها أخذ الأتربة من جسر ترعة عمومية، فإن المادة 38 من تلك اللائحة جعلت نظر تلك المخالفات والفصل فيها من اختصاص لجنة إدارية تكون أحكامها قابلة للاستئناف لدى لجنة إدارية أخرى. كما أن إثبات وقوعها لم يكله الشارع لرجال الضبطية القضائية بل جعل إثباتها من اختصاص عمال مصلحة الرى على الوجه المبين بقرار وزير الداخلية الصادر فى 16 يولية سنة 1898 تنفيذا للمادة 39 من اللائحة. وبما أن المحاكم الأهلية مكلفة بالعمل بما تقضى به قوانين البلاد ولوائحها فعليها - احتراماً لأمر الشارع بالمادة 38 من لائحة الترع والجسور المشار إليها أن تمتنع عن الفصل فى جميع المخالفات الداخلة فى اختصاص اللجنة المنصوص عليها فيها، فإذا هى قضت فيها كان قضاؤها حاصلاً فيما لا ولاية لها فيه وتعين نقض حكمها والنقل بعدم اختصاصها".

فقرتها (ج) على اختصاص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها خمسين جنيها فيما يأتي:

(ج)..... الدعوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف".

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن اختصاص اللجنة الإدارية مقصور على نظر طلبات التعويض في الحالات المحددة بالقانون سالف الذكر، أما طلبات التعويض في غير هذه الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة.

إذ قُضت بأن :

1- "جعلت المادة 77 من القانون رقم 68 لسنة 1953 في شأن الرى والصرف، الاختصاص بطلب التعويض في الأحوال الخاصة التي نص على استحقاق التعويض فيها عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ بعض أحكامه إلى لجنة إدارية. ومفاد ذلك أن اختصاص اللجنة الإدارية مقصور على نظر طلبات التعويض في الحالات المحددة بالقانون المذكور، أما طلبات التعويض في غير هذه الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الأنزعة إلا ما استثنى منها بنص. فإذا كان الطاعن قد طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بأرضه نتيجة لما يدعيه من أن الحكومة لم تراع الأصول الفنية في إنشاء المصرف ولم تتعهد بالصيانة والتطهير وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص في القانون رقم 68 لسنة 1953 فإن اللجنة الإدارية سالفة الذكر لا تكون مختصة بنظره".

(طعن رقم 389 لسنة 27 ق جلسة 1963/1/31)

2- "مؤدى نص المادتين 6، 77 من القانون رقم 68 لسنة 1953 في شأن الرى والصرف أن اختصاص اللجنة المذكورة - بالمادة 77- بنظر طلبات تعويض الضرر الناشئ عن مجرد إلقاء الأتربة المخلفة عن تطهير الترع

والمصارف العمومية وإنما يشمل أيضا تعويض الضرر الناتج عن تعطيل الانتفاع بسبب إلقاء الأتربة طالت مدته أو قصرت لأن كل إلقاء للأتربة يتضمن تعطيل الانتفاع فترة من الوقت لم يحدد القانون مداها فيحمل على إطلاقه وينطبق على تعطيل الانتفاع أيا كانت مدته. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل فى النزاع - حول التعويض عن الحرمان من الانتفاع بالأطيان نتيجة عدم إزالة الأتربة المخلفة عن تطهير المصرف العمومى الذى يخترقها إحدى عشر سنة تالية لمدة أخرى قضى فيها بالتعويض - على الرغم من خروجه عن ولاية القضاء العادى واختصاص اللجنة المنصوص عليها فى المادة 77 من القانون المذكور به، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 124 لسنة 39 ق جلسة 1975/5/12)

ثم صدر بعد ذلك قانون الرى والصرف رقم 74 لسنة 1971 الذى ألغى القانون السابق، ثم صدر القانون رقم 12 لسنة 1984 الحالى ونصا أيضا على اختصاص جهة الإدارة بمنازعات الرى والصرف. وقد ثار الخلاف الذى كان موجودا فى ظل لائحة الترع والجسور حول اختصاص المحاكم. وقد أوضحنا سلفا رأى الواجب الاتباع.

134 - تعويض المالك عن حق المجرى وحق المسيل :

بعد أن نصت المادة 809 مدنى على حق الجار فى المجرى والمسيل - إذا توافرت شروطهما - أردفت: "بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضا عادلا".

كما نصت المادة 26 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 على أن "ينفذ القرار الصادر وفقا لأحكام المادتين السابقتين بالطريق الإدارى بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر منه".

فإذا لم يتم الاتفاق على التعويض بين الجارين. فإن المالك يعرض عن حق المجرى وحق المسيل كما يعرض عن حق الشرب.

فإذا كان المطلوب شق مرمى أو مصرف فى أرض المالك للمجرى أو

المسيل، تحمل الجار كل نفقات إنشاء المروى أو المصرف، وجميع تكاليف صيانته، وقيمة الأرض التى ضاعت على مالك الأرض الخادمة نتيجة إنشاء المجرى لصالح الأرض المخدومة.

وإذا كان المطلوب الانتفاع بمسقاة المالك أو بمصرفه، فإن التعويض يكون جزءا مما تساويه تكاليف الإنشاء وقت تقرير الانتفاع محسوبا بنسبة مساحة الأرض التى تنتفع من أيهما، مضافا إليها مصروفات الصيانة بنسبة مساحة الأراضى التى تنتفع بأى منهما (م 26 من قانون الرى والصرف)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"حق المجرى لا يتقرر وفقا للمادة 33 من القانون المدنى الملغى والمادة 809 من القانون المدنى القائم والمادة التاسعة من لائحة الترع والجسور لمجرد ما أوجبه القانون فى هذه المواد على مالك الأرض من السماح بأن تمر فى أرضه المياه الكافية لرى الأطنان البعيدة عن مورد المياه بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذى يرى أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ربا كافيا والذى تعذر عليه التراضى مع مالك الأرض التى يمر بها المجرى، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق له وبيان الكيفية التى يكون بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذى يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له إذ أن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل".

(طعن رقم 40 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/11)

135- هل يشترط دفع التعويض مقدما ؟

كانت المادة 54/33 من التقنين المدنى القديم تقضى بوجوب دفع التعويض مقدما. ولذلك كان لا يجوز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض، وكان للمالك الحق فى رفع دعوى وقف الأعمال، لمنع الأعمال التى بدأت قبل ذلك كما أن ذلك

(1) السنهاورى ص 972 - نعمان جمعة ص 22.

كان يتعارض مع طلب جعله مرتبا سنويا يدفعه مالك العقار المخدوم.
وكانت المادة 1173 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى (المقابلة للمادة 809 مدنى) تشترط دفع التعويض مقدما فعدلت فى مجلس النواب واستبدلت بكلمة (مقدما) عبارة (تعويضا عادلا)⁽¹⁾.

غير أن المادة 26 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 نصت على أن القرار الصادر من مدير عام الرى بإنشاء أو استعمال المسقاة أو المصرف فى أرض الغير ينفذ بالطريق الإدارى بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر منه، ولما كان هذا القانون لاحقا على التقنين المدنى، فإنه يكون قد نسخ حكم هذا الأخير.

وهذه المادة لم تشترط أداء التعويض قبل إصدار القرار وإنما اشترطت أداءه قبل تنفيذه أى قبل البدء فى تنفيذه، ومن ثم فإن أداء التعويض لا يكون واجبا إلا قبل البدء فى تنفيذ القرار، أما قبل ذلك فلا يجب أدائه، ومن باب أولى يجوز دفعه على أقساط⁽²⁾.

136 - الاختصاص بتقدير التعويض :

راجع بند (134).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 38 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 973 - أحمد سلامة ص 195 وما بعدها.

مادة (810)

إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء أكان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر.

الشرح

137- تعويض المالك عن أي ضرر يصيب الأرض من مسقاة أو مصرف

يمربها :

ذكرنا سلفاً أن المالك الذي يتقرر على أرضه حق شرب أو حق مجرى أو حق مسيل يستحق تعويضاً عن تقرير الحق، وأن هذا التعويض يختلف بحسب ما إذا كان الحق حق شرب من ناحية أو حق مجرى أو مسيل من ناحية أخرى. غير أنه بجانب هذا التعويض، فإن المالك يستحق تعويضاً آخر عن الأضرار التي تنشأ عن استعمال الحق وهو قاصر على حالتى المجرى والمسيل، إذ هو غير متصور بالنسبة لحق الشرب. ويستوى أن يكون هذا الضرر قد نشأ عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور.

ذلك أن منشئ المسقاة أو المصرف يلتزم بأن يقوم بأعمال التطهير وتقوية الجسور الكفيلة بمنع انسياب المياه فى الأرض التى تقرر له عليها حق الرى أو الصرف، فإن هو قصر فى شىء من ذلك وكان من نتيجة ذلك فيضان المياه بحيث أثلفت زراعة مالك الأرض، أو امتنع عليه زرعها، أو أصابها ضرر من أى نوع كان، أصبح على صاحب المسقاة أو المصرف أن يعوض مالك الأرض عن الضرر الذى أصابه. وحسب هذا الأخير أن يثبت أن ما أصاب أرضه من ضرر كان بسبب سوء التطهير أو رداءة حالة الجسور، ليقرر حقه فى التعويض⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 277.

وعلى مالك العقار الذى فيه المسقاة أو المصرف أن يسهل للجار المستفيد الوصول لإجراء التعمير والصيانة⁽¹⁾.

138- تقدير التعويض :

التعويض المنصوص عليه بالمادة يجرى وفق قواعد المسؤولية التقصيرية. وهو يكون كافيا - كما صرحت المادة - فيغطى جميع الأضرار سواء كانت تلف زراعة لانسباب المياه أو امتناع الزرع أو غير ذلك. ويستوى أن يكون فعل صاحب الأرض هو عدم التطهير أو سوء حالة الجسور أو أى سبب آخر ينسب إلى خطأ المالك المنتفع⁽²⁾. وبداهة لا يلزم فى هذه الحالة تعجيل التعويض إذ لا يستحق التعويض إلا بعد حصول الضرر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

"وهناك أحكام عامة تنظم حقوق الشرب والمجرى والمسيل جميعا، نقلها المشروع عن لائحة الترع والجسور. فالمادة 1174 تعطى للجار الذى ترتب على أرضه حق مجرى أو مسيل، فأصابه ضرر من المسقاة أو المصرف الذى يمر بأرضه، الحق فى أن يطلب تعويضا كافيا ممن ينتفع بهذه المسقاة أو المصرف، سواء نشأ الضرر عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور أو عن أى سبب آخر ينسب إلى خطأ المالك المنتفع (أنظر م 16 من لائحة الترع والجسور)⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 342.

(2) أحد سلامه ص 165.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 45 وما بعدها.

أحكام واردة بقانون الري والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المعدل) :

139 - (أ) - التنفيذ العيني لالتزام المستفيد من المسقاة أو المصرف :

بعد أن نصت المادة 19 من القانون رقم 12 لسنة 1984 على أنه يجب على حائزى الأراضى المنتفعة بالمساقى الخاصة والمصارف الخاصة تطهيرها وإزالة نبات الهاسنت وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة.

أردفت المادة 20 من القانون (المستبدلة بالقانون رقم 213 لسنة 1994) - أنه يجوز لمدير عام الري - بناء على تقرير من مفتش رى الإقليم المختص أو شكوى من ذوى الشأن عن مخالفة المادة السابقة - أن يخطر رجال الإدارة لتكليف الحائزين بتطهير المسقاة أو المصرف أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو ترميم جسورها أو إعادة إنشاء الجسور فى موعد معين وإلا قامت الإدارة العامة للرى بإجراء ذلك ويتم تحصيل التكاليف الفعلية بالطرق الإدارية من الحائزين، بل بنسبة مساحة ما يحوزه من الأراضى التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف، ويحسب ضمن هذه التكاليف قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير .

140 - (ب) - إجراء وقائى :

تنص المادة 23 من قانون الري على أنه: "إذا قدم مالك الأرض أو حائزها أو مستأجرها شكوى إلى الإدارة العامة للرى بسبب منعه أو إعاقته بغير حق من الانتفاع بمسقاة خاصة أو مصرف خاص أو من دخول أى من الأراضى اللازمة لتطهير تلك المسقاة أو المصرف أو لترميم أيهما جاز لمدير عام الري إذا ثبت أن أرض الشاكى كانت تنتفع بالحق المدعى به فى السنة السابقة على تقديم الشكوى أن يصدر قرارا مؤقتا بتمكين الشاكى من استعمال الحق المدعى به مع تمكين

غيره من المنتفعين من استعمال حقوقهم على أن يتضمن القرار القواعد التي تنظم استعمال هذه الحقوق.

ويصدر القرار المذكور في مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ ورود الشكوى لمدير عام الري ويتم تنفيذه على نفقة المشكو ويستمر تنفيذه حتى تفصل المحكمة في الحقوق المذكورة.

ويجوز التظلم من هذا القرار إلى وزير الري بالتفصيل الوارد بالمادة 29 من القانون.

والقرار الصادر من مدير عام الري أو من وزير الأشغال العامة والموارد المائية في التظلم المرفوع عنه لا يعد قرارا إداريا بحكم موضوعه لأنه يدور حول مسألة من مسائل القانون الخاص. ومن ثم يكون الطعن عليه أمام جهة القضاء العادى وليس القضاء الإدارى، وينعقد الاختصاص بنظره للمحكمة الجزئية.
وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1996/2/3 فى القضية رقم 10 لسنة 17 قضائية "تنازع" بأن :

"وحيث إن المادة 23 من قانون الري والصرف الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1984 تنص على أن "إذا قدم مالك الأرض أو حائزها أو مستأجرها شكوى إلى الإدارة العامة للرى بسبب منعه أو إعاقته بغير حق من الانتفاع بمسقة خاصة أو مصرف خاص أو من دخول أى من الأراضى اللازمة لتطهير تلك المسقة أو المصرف، أو لترميم أيهما، جاز لمدير عام الري إذا ثبت أن أرض الشاكى كانت تنتفع بالحق المدعى به فى السنة السابقة على تقديم الشكوى أن يصدر قرارا مؤقتا بتمكين الشاكى من استعمال الحق المدعى به مع تمكين غيره من المنتفعين من استعمال حقوقهم على أن يتضمن القرار القواعد التي تنظم هذه الحقوق. ويستمر تنفيذه حتى تفصل المحكمة المختصة فى الحقوق المذكورة.

وحيث إن البين من نص المادة 23 المشار إليها، أن مدير عام الري لا يفصل فى الحقوق المدعى بها فى شأن الانتفاع بمسقة خاصة سواء بإثباتها

لمدعيها أو بنفيها، وإنما ينظر في الأوضاع السابقة فعلا على تقديم الشاكي لشكواه، فإذا دل الواقع على أن الشاكي كان منتقعا بمسقا خاصة خلال السنة السابقة على تقديم شكواه، وأنه أعيق من الانتفاع بها أو من المرور في أرض للغير من أجل تطهيرها أو ترميمها، كان لهذا المدير أن يمكن الشاكي وغيره من المنتفعين من استعمال حقوقهم، بما مؤداه أن القرار الصادر بالتمكين، هو إبقاء للأوضاع على حالتها الظاهرة قبل صدوره، دون تقص لتوافقها أو تعارضها مع الحقوق المقررة قانونا في شأن هذه المسقا، ليكون بالضرورة قرارا مؤقتا، وقلقا، ومتوقفا مصيرا على القضاء الصادر من المحكمة المختصة بالفصل في الحقوق المذكورة.

وحيث إن من المقرر أن حقوق الانتفاع بمسقا خاصة تدور أساسا حول حقى الشرب والمجرى المنصوص عليهما في المادتين 808، 809 من القانون المدنى، سواء نظر إلى هذين الحقين بوصفهما من القيود القانونية التى يقتضيها التنظيم العام لحق الملكية، أم باعتبارهما من حقوق الارتفاق التى تخرج عن إطار هذا التنظيم فلا يألّفها، وكان من المقرر قانونا أن كل قرار يصدر عن هيئة إدارية عامة، لا يعتبر بالضرورة قرارا إداريا مما يختص القضاء الإدارى بإلغائه أو وقف تنفيذه، بل يتعين لتحقيق هذا الوصف أن يكون القرار إداريا بحكم موضوعه. ولا كذلك أن يكون القرار دائرا حول مسألة من مسائل القانون الخاص، وكان ثابتا كذلك أن القرار الصادر من الجهة الإدارية بتمكين الشاكي - مؤقتا - من الانتفاع بمسقا خاصة، وكذلك القضاء القطعى الصادر من المحكمة المختصة فصلا فى الحقوق المدعى بها فى شأن هذا الانتفاع سواء بإثباتها لمن يدعيها أو لغيره، يتعرضان كلاهما لأوضاع ولحقوق تقع جميعها فى منطقة القانون الخاص، وينظمها هذا القانون ابتداء وانتهاء لتعلقهما بمصالح خاصة لأطرافها، فإن القرار مؤقتا بالانتفاع بتلك المسقا لا يكون قرارا إداريا، ولا

يدخل إلغاؤه أو التعويض عنه بالتالي في اختصاص جهة القضاء الإداري، بل تتولى النظر فيه والتعقيب عليه جهة القضاء العادي بحكم ولايتها العامة".



مادة (811)

إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم.

الشرح

141 - الإصلاحات الضرورية للمسقى أو المصرف :

الأصل أنه إذا انتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون، سواء لأنهم اشتركوا جميعا فى الإنشاء، أو لأن واحد منهم هو المنشئ وثبت للباقيين حق الانتفاع على النحو الذى أوضحنه سلفا، وسواء أيضا أن يكون بعضهم مالكا والبعض الآخر له حق الشرب أو المسيل، فإنه يجب عليهم أن يقوموا بالإصلاحات الضرورية التى يقتضيها التطهير والصيانة وحفظ الجسور فى حالة جيدة. وتكون نفقات هذه الإصلاحات شركة بينهم بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف متى كان هذا الانتفاع كاملا. فإذا كان جزئيا دخل فى التقدير بجانب مساحة الأرض مقدار الاستفادة. فإذا لم يتفقوا على الاشتراك فى هذه الإصلاحات جاز إجبارهم على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا انتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون، سواء لأنهم اشتركوا جميعا فى الإنشاء، أو لأن واحدا منهم هو المنشئ وثبت للباقي حق الانتفاع وفقا لما تقدم من الأحكام، فإنهم يشتركون جميعا فى الإصلاحات الضرورية، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم"⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 109 - أحمد سلامة ص 196 وما بعدها - جميل الشرقاوى فى الحقوق العينية الأصلية ص 86.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 45.

وقد نصت المادة 19 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 على أنه: "يجب على حائزى الأراضى المنتفعة بالمساقى الخاصة والمصارف الخاصة تطهيرها وإزالة نبات الهايسنت وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة".

142- إجراء الإدارة العامة للرى أعمال الترميمات الضرورية عند اللزوم

:

لما كان إصلاح مسقاة أو مصرف من الأمور التى لا تحقق مصلحة المنتفعين بها فحسب، بل إنها تحقق مصلحة الزراعة أيضاً، وهى مصلحة عامة. فقد وضعت المادة 20 من قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المستبدلة بالقانون رقم 213 لسنة 1994) جزاء على عدم تنفيذ حائز الأراضى المنتفعة بالمساقى الخاصة والمصارف الخاصة الالتزام الذى فرضته عليهم المادة 19 من القانون بتطهيرها وإزالة نبات الهايسنت وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة، بأن أجازت لمدير عام الرى - بناء على تقرير من مفتش رى الإقليم المختص أو شكوى من ذوى الشأن عن مخالفة المادة السابقة- أن يخطر رجال الإدارة لتكليف الحائزين بتطهير المسقاة أو المصرف أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو ترميم جسورها أو إعادة إنشاء الجسور فى موعد معين وإلا قامت الإدارة العامة للرى بإجراء ذلك ويتم تحصيل التكاليف الفعلية بالطرق الإدارية من الحائزين، كل بنسبة مساحة ما يحوزه من الأراضى التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف، ويحسب ضمن هذه التكاليف قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وفقاً للمادة الثانية من لائحة الترع والجسور الصادرة بالأمر العالى المؤرخ 22 فبراير سنة 1894 تعتبر مسقاة كل قناة أو مجرى معدة لرى أراضى بلد واحد

أو بلدين أو لرى أرض لمالك واحد أو لعائلة مشتركة ولو كانت المسقاة فى زمام عدة بلاد وتعتبر المساقى جميعها أملاكاً خصوصية والمنتفعون بها هم المكلفون بتطهيرها وصيانتها، ويجوز للحكومة عند التأخير فى تطهيرها أن تطهرها على نفقة هؤلاء المنتفعين".

(طعن رقم 209 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/11)



مادة (812)

1- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك فى نظير تعويض عادل. ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك.

2- على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء.

الشرح

حق المرور لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام :

143- طبيعة الحق ودواعيه :

هذا النص يعطى لصاحب العقار المحبوس حقا فى المرور فى عقار الجار وبالتالى فهو يقرر قيда مهما على حق الجار الذى يتقيد حقه فى استعمال واستغلال أرضه بل وفى التصرف فى الجزء من أرضه الذى للجار حق المرور فيه.

هذا الحق يقرره القانون مباشرة ولا يحتاج فى وجوده إلى اتفاق بين أصحاب الشأن وأساسه حالة الضرورة التى يوجد بها صاحب العقار المحبوس. فهذه الضرورة اقتضت تدخل القانون لكى يفرض على الجار ممر فى أرضه يوصل الأرض المحبوسة إلى الطريق العام. ويلاحظ أن الذى يقرره القانون مباشرة هو

حق المرور ذاته. أما تعيين المرور وموقعه واتساعه، فذلك يحتاج إلى واقعة تحول الحق النظرى المقرر بنصوص القانون إلى واقع ملموس محدد. ويلاحظ كذلك أن الضرورة التى تقضى فرض المرور على الجار فى عقاره، تفرض من ناحية أخرى على صاحب الحق فى المرور أن يدفع تعويضا عادلا نظير مروره فى عقار الغير⁽¹⁾.

144 - الأراضى التى يسمح بالمرور فيها :

رغم أن النص يتحدث عن "الأرض المحبوسة" مما يوحي بأن الأمر قاصر على الأرض الزراعية إلا أن الحكم الوارد بالنص يشمل جميع أنواع العقارات بغض النظر عن طبيعتها والغرض من استغلالها، فقد يتعلق بأرض زراعية أو أرض فضاء أو مسكن أو مصنع أو متجر أو مخزن أو حظيرة دواجن⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فإن المشرع يقضى بأن يعطى لها هذا الحق بالقدر اللازم لاستغلالها واستعمالها على الوجه المناسب، سواء كان الاستغلال زراعيا أو صناعيا، أو كان المرور لمجرد الاستعمال كما تقدم"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 33 من القانون المدنى خاصة بحق المجرى. أما حق المرور فالمادة المتعلقة به هى المادة 43، وهذه المادة لا تفرق فى حكمها بين الأراضى الزراعية والأراضى غير الزراعية بل تخول بصفة عامة صاحب الأرض التى لا اتصال لها بالطريق العام حق الحصول على مسلك فى أرض الغير للوصول منه

(1) نعمان خليل جمعة ص 123 وما بعدها.

(2) الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 48 وما بعدها - نعمان جمعة ص 124 - إسماعيل غانم ص 90.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 50.

إلى تلك الطريق. فمتى كان الثابت أن أرض المدعى لا سبيل للوصول منها إلى الطريق العام إلا بالمرور على أرض المدعى عليه فقضت له المحكمة بالمسلك اللازم لذلك فلا غبار عليها ولو كانت أرضه زراعية لا أرض بناء".

(طعن رقم 46 لسنة 11 ق جلسة 1942/1/29)

ويجوز ترتيب حق المرور على أى عقار بصرف النظر عن وضعه القانونى. وتطبيقاً لذلك يمكن منح الممر فى عقار لا يجوز التصرف فيه، كالعقارات الموقوفة. إنما يجب أن يتقرر حق المرور فى هذه الحالة بحكم قضائى، لأن تقرير حق المرور بالتراضى مع ناظر الوقف فيه خروج على أحكام منع التصرف فى هذه العقارات.

ويجوز منح حق المرور فى عقار من الدومين العام لأن هذه العقارات تخضع للقيود القانونية شأنها فى ذلك شأن الأملاك الخاصة للدولة أو للأفراد، إنما يشترط فى مثل هذه الحالة ألا يتعارض ترتيب حق المرور مع الغرض الذى خصصت من أجله الأموال العامة، ولذلك لا يجوز منح ممر فى مناطق الاستحكامات الحربية. كما ينبغى ألا يمنح حق المرور فى عقار من الأموال العامة إذا أمكن المرور فى أرض مملوكة ملكية خاصة⁽¹⁾.

وحق المرور القانونى لا يتقرر إلا للاتصال بالطريق العام، فلا يثبت للمعاونة على إجراء ترميمات فى عقار مجاور.

145 - لا يتحتم أن يكون الممر على سطح الأرض؛

لم تستعمل المادة 812 عبارة المادة 682 من القانون المدنى الفرنسى التى تقرّر منح المرور على الأرض (surle fonds)⁽²⁾. وإنما قررت المادة حق المرور

(1) محمد على عرفه ص 288.

(1) ومع ذلك ذهب أغلب الفقه إلى جواز ترتيب حق الممر تحت الأرض وأيدته محكمة النقض الفرنسية.

(فى الأرضى المجاورة)، وهى عبارة عامة تتضمن المرور على الأرض أو فى باطنها، كما إذا لزم الممر لاستغلال المناجم أو المحاجر الموجودة فى باطن الأرض، أو فى موضع أعلى سطح الأرض كما إذا أقام أحد الأفراد جسرا عاليا فوق سطح الأرض فيتقرر لجاره صاحب الأرض المحبوسة حق المرور فى هذا الجسر. كما يجوز أن يكون هذا الممر هوائيا⁽¹⁾.

146 - لمن يثبت حق المرور؟

صريح نص المادة 812 مدنى أن حق المرور يثبت "لمالك الأرض". غير أن الفقه يرى أن هذا الحق يثبت لغير المالك من أصحاب الحقوق العينية كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال والسكنى والحكر. أما المستأجر فإنه صاحب حق شخصى فلا يتقرر له هذا الحق. وإنما له أن يلجأ إلى المؤجر للحصول على هذا الحق⁽²⁾.

147 - المقصود بالاحتباس :

حتى يتقرر الحق فى المرور لأرض معينة، يجب أن تكون هذه الأرض أيا كانت طبيعتها أو الغرض المخصصة له محبوسة عن الطريق العام، أى لا يكون لها منفذ على هذا الطريق ولكن لا يلزم فى هذا الاحتباس أن يكون تاما أو كليا أى تتعدم وسيلة اتصال الأرض بالطريق العام، يل يكفى أن يكون هذا الاحتباس جزئيا كما لو وجد للأرض ممر ولكنه غير كاف لأنه لا يؤدي إلى الطريق العام إلا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 1/812 من القانون المدنى يدل وعلى ما جرى به قضاء

(نقض 1937/11/22 دالوز 1938/62)

(2) السنهورى ص 1004 - محمد كامل مرسى ص 365 وما بعدها.

(3) توفيق حسن فرج ص 173 هامش (1) - محمد كامل مرسى ص 363.

محكمة النقض أنه لا يشترط حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها أى منفذ يودى إلى هذا الطريق بل يكفى لتحقيق هذه الحالة أن يكون للأرض ممر إلى الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا تيسير لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وآية ذلك أن المشرع لم يقرر حق المرور إلا لضرورة هى تيسير استعمال الأرض المحبوسة واستغلالها والضرورة تقدر بقدرها فيجب أن يكون اتساع الممر بالقدر الذى تتطلبه حاجات الأرض القائمة والفعلية مقابل تعويض عادل يدفعه صاحبها للجار نظير حق المرور فى أرضه فإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض تولى القاضى تحديده ببيان الضرر الحقيقى الذى أصاب مالك الأرض المجاورة بتشغيل أرضه بحق الارتفاق بالمرور لصاحب الأرض المحبوسة".

(طعن رقم 3633 لسنة 71 ق جلسة 2012/6/14)

والاحتباس المقصود بالنص يشمل حالات ثلاث هى :

الحالة الأولى :

هى حالة الاحتباس التام التى يوجد فيها العقار محاطا من جميع الجهات بعقارات مملوكة للغير ولا يكون له أى منفذ أو طريق يوصل إلى الطريق العام. ولا تعتبر الأرض محبوسة إذا كان للمالك حق ارتفاق بالمرور فى أرض من الأراضى المجاورة كسبه بتصرف قانونى (عقد أو وصية) أو بالميراث أو بالتقادم أو بتخصيص رب الأسرة.

ويذهب الرأى الغالب إلى أن الأرض لا تعتبر محبوسة، ولو كان حق الارتفاق متنازعا فيه.

وكذلك إذا كان للأرض ممر بناء على مجرد تسامح قانونى من جانب الجار ودون معارضة من أحد. ذلك أن العبرة بالاحتباس الفعلى فطالما أن هناك ممرا

كافيا فى أرض مجاورة يستعمله المالك للوصول إلى الطريق العام، فإن طلب المالك حق المرور القانونى بحجة أن حق الارتفاق متنازع فيه، وأن حق المرور مبنى على مجرد حق التسامح، سابق لأوانه⁽¹⁾.

غير أن رأيا آخر - نؤيده - يذهب إلى أن المالك بحق له طلب حق المرور فى الصورتين السابقتين، لأن حق الارتفاق المتنازع فيه لا يستطيع المالك الاطمئنان إليه فيبغى مركزا مزعزا معلقا على نتيجة البت فى النزاع كما أن حق المرور القائم على التسامح، عرضه لعدول الجار عن تسامحه، فلا يكون وضعه مستقرا، فضلا عن أن المالك قد لا يقبل تحمل مكربة جاره مدة طويلة⁽²⁾.

ويذهب بعض أنصار هذا الرأى إلى أنه إذا كان الارتفاق بالمرور متنازعا فيه، فلا ينبغى أن ترفض دعوى الجار المطالب بحق المرور القانونى، ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت فى النزاع فيكلف الجار برفع الأمر إلى القضاء فى شأن حق المرور المتنازع فيه. فإن كسب الدعوى خسر دعوى المطالبة بحق المرور القانونى ويكسب هذه الدعوى الأخيرة إن خسر الدعوى الأولى⁽³⁾.

وإذا كان الممر الموجود كافيا، ولكنه غير مريح فإنه لا يكون للمالك الحق فى ممر آخر، لأن الممر الذى يمنحه القانون هو الممر الذى يكون ضروريا، لا الذى يكون مفيدا أو سهلا⁽⁴⁾.

ولا يعتبر الأرض محبوسة إذا كان يفصلها عن الطريق العام حاجز ترابى أو صخرى أو من الطوب ففى وسع صاحب العقار أن يحدث فتحة يمر فيها ولا تعتبر كذلك محبوسة الأرض التى يفصلها عن الطريق العام ترعة ضيقة يمكن أن

(1) إسماعيل غانم ص 91- محمد كامل مرسى ص 361- محمد على عرفه ص 292 - عبد المنعم البدرأوى ص 378.

(2) السنهورى ص 995- منصور مصطفى منصور ص 75.

(3) السنهورى ص 995 وما بعدها.

(4) محمد كامل مرسى ص 360.

يقام عليها معبر بنفقات معقولة⁽¹⁾.

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام، حتى لو كان لها منفذ يؤدي إلى مرفأ للسفن لا يصلح إلا لهذا الغرض. فالمرفأ وإن كان ملكا عاما، إلا أنه لا يعتبر طريقا عاما.

وإذا نزل المالك عن حق ارتفاق بالمرور كان ثابتا له، فإنه يفقد حقه في المطالبة بحق المرور القانوني⁽²⁾.

أما إذا ترك صاحب الأرض حقه في الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال، فيذهب رأى إلى حرمان هذا المالك من المطالبة بالحق القانوني في المرور إذ ليس من العدل أن يحمل ملاك الأراضي المجاورة نتائج إهمال مالك الأرض المرتفعة⁽³⁾.
بينما يذهب رأى ثان إلى أن الأرض في هذه الصورة تعتبر محبوسة عن الطريق العام⁽⁴⁾.

ويذهب رأى ثالث -نؤيده- إلى أنه إذا كان عدم استعمال حق الارتفاق الذي ترتب عليه سقوط هذا الحق، كان بسبب تغيير المالك لطريقة استغلال الأرض، فلا يحرم المالك من حق المرور القانوني⁽⁵⁾.

الحالة الثانية :

إذا كان للعقار ممر غير كاف إلى الطريق العام. فالفرض هنا أن العقار ليس محبوسا تماما عن الطريق العام. أى أن له ممرا إلى الطريق العام، ولكن هذا الممر لا يكفي لاستعمال العقار واستغلاله على الوجه المألوف.

(1) محمد كامل مرسى ص 360 - نعمان جمعة ص 124.

(2) السنهوري ص 995 الهامش - رمضان أبو السعود ص 500.

(3) إسماعيل غانم ص 92 - عبد المنعم الصده ص 119.

(4) السنهوري ص 994 هامش (1).

(5) منصور مصطفى منصور ص 74 وما بعدها.

ومثال ذلك أن يكون الممر الذى يوصل بين الأراضى الزراعية والطريق العام لا يمكن أن يستعمله المالك للمرور بماشيته وعرباته وآلاته الزراعية. ويعتب الممر غير كاف أيضا - كما صرحت المادة - إذا كان لا يتيسر للجار الوصول إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة.

ومثال الممر الذى يكبد المالك نفقات باهظة، الممر الذى لا يمكن المرور فيه إلا بتعبيده وتقويته مما يتكلف نفقات كبيرة لا تتناسب مع المنفعة التى يجنيها المالك من الأرض المحبوسة، كبناء كوبرى من الخرسانة المسلحة على ترعة.

ومثال الممر الذى يكبد المالك مشقة كبيرة، الممر الشديد الانحدار الذى يعرض مرور الإنسان أو الدواب أو المواشى فيه للخطر، أو الممر الذى يقع بين جبلين تحصل فيهما انهيارات بصفة مستمرة.

وإذا تغير استغلال العقار، فإن الحق يتغير بحسب تغيير الاستغلال إذا أصبح حق المرور غير كاف للاستغلال الجديد، فيثبت لمالك الأرض الحق فى تغيير الممر وجعله أوسع نطاقا ليكون كافيا للاستغلال الجديد. كما إذا كان العقار مستغلا زراعيًا فقام المالك ببناء مصنع فى الأرض أو ببناء عمارة من عدة طوابق فأصبح الممر غير كاف لاستغلال العقار⁽¹⁾.

وتقدير ما إذا كان الممر كافيا أو غير كاف لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة مما يخضع لسلطة قاضى الموضوع. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه، طالما أن النتيجة التى انتهى إليها لا تصطدم بالوقائع التى عرضت عليه وبشرط أن يراعى ألا يمنح الممر إلا استجابة لضرورة ملحة، لا لمجرد التيسير بتقضى صعوبات ليس من العسير تذليلها⁽²⁾.

والعبرة فى تقدير كفاية أو عدم كفاية الممر الذى يصل الأرض بالطريق العام

(1) محمد كامل مرسى ص 362 - توفيق فرج ص 176.

(1) محمد على عرفه ص 292 - محمود خيال ص 54.

تكون بحسب حاجة الأرض وقت المطالبة بحق المرور وتختلف هذه الحاجة باختلاف الاستعمال الذى خصصت له الأرض. فالمر الذى يصلح لمرور المشاة دون الدواب قد يعتبر ممرا كافيا لأرض حديقة ولكنه غير كاف لأرض زراعية، والمر الذى يكون كافيا للأرض الزراعية أو المبنية للسكنى قد يكون غير كاف لأرض عليها مصنع يقتضى استغلاله مرور العربات الكبيرة، وهكذا لاستجابة لضرورة ملحة، لا لمجرد التيسير بتفادى صعوبات.

وهذه الحالة لم تكن منصوفا عليها فى التقنين المدنى القديم.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"(أ) المشروع أوسع من التقنين الحالى فى تقرير حق المرور من ناحيتين: الناحية الأولى أنه لا يكتفى بإعطاء حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام حبسا تاما، بل يعطيه أيضا للأرض المتصلة بالطريق العام ولكنها لا تتصل به إلا بمر غير كاف لا يتييسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة.... إلخ" (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يشترط حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها أى منفذ يؤدى إلى هذا الطريق، بل يكفى لتحقيق هذه الحالة وفقا لنص المادة 1/812 من القانون المدنى أن يكون للأرض ممر إلى الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا يتييسر لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وهو أمر يستقل قاضى الموضوع بتقديره متى أقام قضاءه على أسباب سائغة".

(طعن رقم 401 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/31)

2- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى المادة 1/812 من

القانون المدنى على أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك فى نظير تعويض عادل ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يشترط حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها أى منفذ يودى إلى هذا الطريق بل يكفى لتحقيق هذه الحالة أن يكون للأرض ممرا إلى الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا يتيسر لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وإن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان الدفاع جوهريا مؤثرا فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا فى أسباب الحكم الواقعية ويترتب عليه البطلان".

(ظعن رقم 1996 لسنة 68 قى جلسة 2010/4/10)

3- "لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بدفاع حاصله أن منزله محبوس عن الطريق العام ولا منفذ للوصول إليه أو الخروج منه وصولا إلى الطريق العام إلا من الجهة الشرقية مرورا بأرض الجمعية المطعون ضدها ودلل على صحة دفاعه بما ورد بتقارير الخبراء المنتدبين فى الدعوى، إلا أن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض دعوى الطاعن وأجاب المطعون ضده بصفته إلى طلباته فى دعواه على سند من عدم اكتساب الطاعن حق المرور بالتقادم، وأن محاولة الطاعن منع المطعون ضده بصفته استكمال بناء السور يعد تعرضا له، دون أن يواجه دفاع الطاعن آنف البيان رغم كونه دفاعا جوهريا من شأنه لو صح أن يتغير به

وجه الرأي في الدعويين فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعاره القصور في التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

(طعن رقم 1996 لسنة 68 ق جلسة 2010/4/10)

148 - لا يعتد بالاحتباس إذا كان ناشئاً عن فعل طالب الحق في الممر :

لا يعتد باحتباس الأرض عن الطريق العام إذا كان الاحتباس ناشئاً عن فعل الجار طالب الحق في المرور، لأنه يكون هو المسئول عن هذا الاحتباس، فلا يجوز تحميل جاره بنتائج أعماله التي لم يكن مضطراً إليها. لأن فرض القانون مرور صاحب الأرض المحبوسة من أرض جاره إنما يستند إلى الضرورة. ومثال ذلك أن يقيم بناء في الجزء المتصل بالطريق العام من أرضه، فيصبح الجزء الباقي محبوساً عن هذا الطريق، فلا يكون له أن يطالب بحق المرور القانوني⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل أنه لا يعتد باحتباس الأرض إذا كان المالك هو الذي حبسها عن الطريق العام بفعله".

(طعن رقم 929 لسنة 63 ق جلسة 2000/7/11)

149 - ثبوت الحق في المرور بقوة القانون :

قد يتم تعيين الممر في أرض الجار باتفاق المالكين، وتراعى في هذا التعيين حينئذ مصالح كل من الطرفين⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 363 - إسماعيل غانم ص 116 - جميل الشرقاوى ص 93.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بتمكين المطعون ضدها من المرور في جزء من قطعة الأرض التي اشتراها من والدته بالعقد المؤرخ 1986/1/1 على

أما إذا لم يتم هذا الاتفاق فلطالب حق المرور الالتجاء إلى القضاء لتقرير هذا الحق وتعيين الممر. لأن القانون رتب الحق في المرور على حالة واقعية هي حالة الاحتباس الفعلي على النحو الذي أوضحناه سلفاً. وعلى ذلك يثبت هذا الحق بقوة القانون مادامت الأرض محبوسة عن الطريق العام.

فليس للمطالبة بتقرير حق المرور القانوني أو السكوت عن المطالبة به أثر في وجوده. وإن كانت المطالبة ضرورية لتعيين الممر وكيفية المرور - كما سنرى - ويترتب على ذلك أن إقدام مالك الأرض المحبوسة على المرور في الأرض المجاورة قبل أن يحدد طريق المرور بالاتفاق أو بحكم القضاء، لا يوقعه تحت طائلة المادة 1/387 من قانون العقوبات.

فهذه المادة تقضى بعقاب من يمر في أرض مهيأة للزراعة بمفرده أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجر أو الحمل أو الركوب، وكان ذلك بغير حق. ولكن صاحب العقار المحبوس له حق المرور في العقار المجاور بالشروط المقررة في المادة 812 مدني، فكل ما يترتب على مروره قبل توافر هذه الشروط هو المطالبة بالتعويض إن كان قد تخير للمرور طريقاً غير الذي عينته المحكمة بعد ذلك.

كما يجوز لحائز الأرض التي دخلها مالك الأرض المحبوسة للمرور منها إلى الطريق العام أن يرفع دعوى منع التعرض طالما لم يصدر حكم القاضي بتعيين الممر في أرضه⁽¹⁾.

ومن المتفق عليه أيضاً أن استعمال الممر على هذا الوضع لمدة سنة فأكثر،

دعامتين: هي كون المرور من تلك الأراضي أخف ضرراً من المرور في أراضي الغير ممن لا تربطهم بالمطعون ضدها اتفاقات مثل الاتفاق سالف البيان....، وإذ خلت الأوراق من دليل على تسجيل الاتفاق المؤرخ 1988/2/10 سالف البيان، فإن لازم ذلك أن تنهار الدعامة الأولى التي أقام الحكم قضاءه عليها".

(طعن رقم 929 لسنة 63 ق جلسة 2000/11/7)

(1) محمد على عرفه ص 294 - إسماعيل غانم ص 92 وما بعدها.

يخول صاحب العقار المحبوس الحق في الالتجاء إلى دعاوى وضع اليد لتدعيم حيازته للممر. فقد قرر المشرع في المادة 1016 أن حق المرور يكسب بالتقادم، أى أنه يصلح لأن يكون محلاً لحيازة نافعة.

فإذا كانت حيازة مالك العقار المحبوس مستوفية لسائر الشروط القانونية، بأن كانت هادئة وظاهرة وغير غامضة، واستمرت سنة كاملة على الأقل قبل التعرض، أصبحت حمايتها واجبة، وكان لواضع اليد حق المطالبة بمنع تعرض مالك الأرض التي يمر فيها، باعتباره متعدياً على حيازته، فإذا أثبت المدعى انحصار عقاره، فلا تجوز مطالبته بتقديم سند مثبت لحقه، لأن حقه في المرور مستمد من القانون⁽¹⁾.

150 - عدم سقوط حق المرور بعدم الاستعمال :

لا يترتب على عدم المطالبة بالحق في المرور أن يسقط بعدم الاستعمال فهو باق مادامت حالة الانحباس. وتجوز المطالبة به في أى وقت على أنه إذا تعين الممر ودفع التعويض لمالك الأرض التي تقرر المرور فيها، ثم ظل مالك الأرض المحبوسة لا يستعمل حقه في المرور مدة خمس عشرة سنة، سقط حقه في الممر المعين ووجب أن يدفع تعويضاً جديداً لمالك الأرض المجاورة إذ أراد العودة إلى المرور ثانية⁽²⁾.

151 - تعيين الممر :

رأينا أن مناط الحق في المرور هو توافر حالة الانحباس عن الطريق العام، حيث ينشأ هذا الحق بقوة القانون على أثر توافر هذا الانحباس، غير أن مباشرة هذا الحق تقتضى تعيين الممر وطريقة المرور. وقد يتم هذا التعيين بالاتفاق بين مالك الأرض المحبوسة ومالك الأرض المجاورة، وإلا تولى القاضى هذا التحديد مسترشداً بالقواعد التي قررها القانون في هذا الصدد، والتي سنعرض لها في البند التالي.

(2) محمد على عرفه ص 294 - جميل الشرقاوى ص 94.

(3) إسماعيل غانم ص 93.

152- القواعد الواجب مراعاتها فى تعيين الممر :

وردت هذه القواعد فى المادة 812 مدنى، وتخلص هذه القواعد فيما يلى:

(أ) القاعدة الأولى :

الممر يكون فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضرراً.

عبرت الفقرة الأولى من المادة عن ذلك بقولها :

"لا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً وفى موقع منه يتحقق فيه ذلك". فقد يفضل القاضى ممراً طويلاً على ممر قصير، إذا كان الأخير يقتضى المرور فى فناء منزل أو حديقة أو هدم مبنى أو إتلاف أشجار كبيرة القيمة، فى حين أن الممر الأول (الأطول) يشق أرضاً فضاءً أو أرضاً تزرع بالمحاصيل.

ولا يجوز لطالب الممر أن يشكو من أن الممر الطويل يحمله بتعويض أكبر مادام تعيين الممر بهذه الصورة يخفف الأضرار التى تلحق بالجار.

وإذا كان الممر على أرض مسورة، فليس من اللازم هدم السور، إذا كان فتح باب فيه كافياً، كما يمكن أن يكون الممر تحت أرض الجار، إذا كان لا يضر هذه الأرض أو بطريق هوائى، كالأسلاك التى تحمل عربات نقل منتجات المناجم والمحاجر وبعض المصانع⁽¹⁾.

والمرور فى الطريق العام يكون فى الأرض المجاورة إذا أدت هذه الأرض إلى الطريق العام مباشرة وإلا فإنه يمر بالأراضى المجاورة الأخرى حتى يصل إلى هذا الطريق ويمكن ممارسة حق المرور فى الأراضى المجاورة للأرض المحبوسة سواء أكانت هذه الأراضى من الأملاك العامة أو الخاصة طالما لم يتعارض المرور مع تخصيص الأرض للمنفعة العامة⁽²⁾.

(1) جميل الشرقاوى ص 95.

(2) رمضان أبو السعود ص 56.

153- هل يكتسب الممر بالتقادم؟

قد يتخذ مالك الأرض المحبوسة لنفسه في أرض أحد جيرانه ممرا إلى الطريق العام دون اتفاق مع الجار ودون اللجوء إلى القضاء، ويمارس المرور فعلا إلى الطريق العام من هذا الممر، فلا يعترض الجار ولا يطلب تعديل الممر أو إنقاصه ورغم أنه قد لا يكون في أخف المواضع ضررا، كما قد يكون أكثر من حاجة استغلال الأرض المحبوسة، ثم يستمر صاحب حق المرور على استعمال الممر مدة خمس عشرة سنة، فيستقر حقه في المرور في هذا الممر الذي عينه بنفسه ولا يجوز بعد ذلك لصاحب الأرض التي يقع بها الممر أن يطلب نقله أو تعديله. وقد اختلف الفقه في بيان الأساس القانوني لاستقرار حق المرور لمالك الأرض المحبوسة على الصورة التي يحددها هذا المالك بعد مرور خمس عشرة سنة (مدة التقادم الطويل).

فذهب رأى إلى أن حق مالك الأرض المحبوسة في المرور في هذا الموضع يثبت بالتقادم لأن حق المرور يكتسب بالتقادم بصريح النص. ولكن التقادم هنا لا يكون تقادما مكسبا، إذا أن صاحب الأرض المحبوسة قد عني أن يستعمل حق المرور القانوني، لاحق مرور اتفاقي، وإنما اختار موضعا له لا يتفق مع القواعد المقررة. فيكون التقادم في هذه الصورة تقادما مسقطا، إذ يتقادم حق الجار في الاعتراض على الموضع الذي اختاره صاحب الأرض المحبوسة، مادام قد بقي ساكنا دون أن يعترض مدة خمس عشرة سنة⁽¹⁾. وذهب رأى آخر إلى أن هذا الحق يثبت لمالك الأرض المحبوسة بالتقادم المكسب، بعد أن صرح المشرع بجواز اكتساب المرور بالتقادم⁽²⁾.

(1) السنهوري ص 1014، ص 1015 (الهامش) - إسماعيل غانم ص 197 الهامش - عبد المنعم الصده ص 123.

(2) محمد علي عرفه ص 296 - محمد كامل مرسى ص 371.

ويفرق رأى آخر بين ما إذا كان مالك الأرض المحبوسة قد باشر حقه بالمرور فى الحدود التى رسمها المشرع بنص المادة 1/812 مدنى أو أنه تجاوز هذه الحدود، وفى الحالة الأولى يبقى حقه مرورا قانونيا وفقا للنص المذكور، أما فى الحالة الثانية وحيث يوجد التعدى فيكون بصدد حق ارتفاق بالمرور يكسب بالتقادم⁽¹⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأول.

(ب) القاعدة الثانية :

أن يكون المرور فى العقار فى الموضع الأخف ضررا :

عبرت المادة 1/812 مدنى عن ذلك بقولها: "ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك". فبعد اختيار العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا يجب أن يتحدد الممر فى هذا العقار فى الموضع الأخف ضررا. فقد يكون من مصلحة صاحب حق المرور اختيار الطريق الأقصر ولكن مثل هذا الطريق قد يترتب عليه مضار بالغة للعقار المجاور. كما لو كان الممر يخترق العقار ويقسمه إلى شطرين يصعب استغلالهما أو لو كان هذا الممر يخترق مسكنا خاصا أو ملحقاته. فقد يكون أقل ضررا اختيار الممر عند حدود العقار أو بعيدا عن المساكن وملحقاتها أو بعيدا عن أشجار الفاكهة أو أحواض الزهور..... الخ.

ولكن هذا التفصيل شرطه وجود عدة بدائل يختار القاضى أحدها أما لو كانت إقامة الممر إلزامية فى موضع معين لا بديل له. فإن القاضى يأمر بالمرمر بغض النظر عن الأضرار التى تصيب العقار المحمل بالمرمر. فقد يقتضى إقامة الممر إحداث فتحه فى سور مبنى. ولكن فى هذه الحالة قد يشترط صاحب العقار

المحمل بالمرمر إقامة بوابه على هذا السور ويحتفظ صاحب الحق فى المرور بمفتاح هذه البوابة. بل أكثر من ذلك قد يقتضى إقامة الممر هدم جزء من بناء لتيسير النفاذ إلى الطريق العام.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قرر المشروع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضررا من المرور فى العقارات المجاورة الأخرى، وفى موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك. وفى هذا تقييد عادل لحق المرور يقابل التوسع السابق"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تقضى المادة 1/812 من القانون المدنى أن يكون المرور فى الأراضى المجاورة التى تفصل العقار المحبوس عن الطريق العام على ألا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه هذا الاعتبار، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بإنشاء الممر فى أرض الطاعنة وفى المكان الذى حدده الخبير لأنه لا يترتب على ذلك إلا إزالة حجرتين منفصلتين عن باقى الحجرات وحوائطها مشيدة بطريقة اندثرت من عشرات السنين ولا تتبع حتى فى بناء العزب، وأن هذه هى أخف أضرار ممكنة تترتب على إنشاء الممر وهى تقارير موضوعية سائغة، وكانت المحكمة قد اقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها الخبير وسلامة الأسس التى بنى عليها رأيه فإن ما تثيره الطاعنة بشأن طريقة بناء الغرفتين المطلوب هدمهما يكون جدلا موضوعيا فى كفاية الدليل الذى اقتنعت به محكمة الموضوع مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 401 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/31)

(ج) القاعدة الثالثة :

أن يكون مرور مالك الأرض المحبوسة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف :

وقد عبرت عن ذلك الفقرة الأولى من المادة 812 مدنى بقولها:

"... له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف". ذلك أن الشارع لم يقرر حق المرور إلا لضرورة، هى تيسير استعمال العقار المحبوس واستغلاله، والضرورة تقدر بقدرها. فيجب أن يكون اتساع الممر بالقدر الذى يتطلبه استعمال هذا العقار واستغلاله⁽¹⁾.

ويختلف القدر اللازم لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف باختلاف الاستغلال أو الاستعمال الذى خصصت له الأرض. فالممر الذى يصلح لمرور المشاة دون الدواب قد يعتبر ممرا كافيا لأرض مبنية فلا يتحقق الانحباس فى شأنها ولكنه لا يكون كافيا لأرض زراعية. والأرض التى أنشئ عليها مصنع تحتاج إلى ممر كاف لمرور عربات النقل الكبيرة مما لا تحتاج إليه الأرض المبنية منازل للسكنى أو الأرض التى تستغل للزراعة.

ويترتب على أن العبرة بطريقة استعمال الأرض أو استغلالها أن تغيير هذا الاستعمال أو الاستغلال قد يؤثر فى حق المرور القانونى ليتناسب مع الاحتياجات الجديدة.

وقد يقتضى الأمر استبدال الممر القديم بممر جديد يتناسب مع احتياجات الأرض الجديدة، فقد تقام فى الأرض الفضاء أبنية أو تعد للاستغلال الصناعى أو الزراعى، فتزيد حاجات الأرض باستحداث أوجه الاستغلال هذه، فيكون صاحب الأرض المحبوسة فى حاجة إلى ممر أكبر يتناسب ما استجد من حاجات، ولا

(1) عبد المنعم الصده ص 121.

يجوز الاعتراض على ذلك بأن صاحب الأرض المحبوسة قد زاد من أعباء حق المرور بإرادته وحده، ذلك أنه يجب أن يكون حراً منطلقاً فى نشاطه وفى تجديده لأنواع النشاط الذى يقوم به كما لو كانت أرضه غير محبوسة فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة، ولا يجوز تقييده فى ذلك مادام فى نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه⁽¹⁾.

وقد يغير مالك الأرض المحبوسة طريقة استغلال أرضه فلا يصبح فى حاجة إلى هذا الممر المتسع، عندئذ يجوز لمالك الأرض المجاورة أن يطلب تضيق الممر بحيث يتناسب مع طريقة الاستغلال الجديدة.

وإذا كان لمالك الأرض المنحبة أن يغير من نشاطه بشكل قد يودى إلى المطالبة بممر أكبر. فإن هذا مشروط بآلا يكون متعمدا الإضرار بصاحب الأرض المجاورة أو مجاوزا للنطاق المألوف من النشاط فيزيد من أعباء حق المرور وكان يستطيع ألا يفعل، عندئذ يكون مسئولا ويحق للجار منعه إما لأنه متعسفا فى استعمال حقه أو لأنه قد جاوز المألوف من مضار الجوار فألحق بجاره ضررا فاحشا.

154 - الحالة التى يكون فيها الحبس ناشئا عن تجزئة العقار بناء

على تصرف قانونى :

تنص على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 812 مدنى التى تجرى على أن: "على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء".

(1) السنهورى ص 1000 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 118 - رمضان أبو السعود ص

فهذا النص يفترض أن عقارا متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام، ثم تصرف مالكة في العقار بعد تقسيمه إلى عدة أجزاء، وترتب على هذه التجزئة انحباس جزء أو أكثر من أجزاء هذا العقار عن الطريق العام. وقد أوجب النص أن يكون ممرا للأجزاء المحبوسة.

فيشترط إذن توافر شروط ثلاثة :

- 1- أن يكون العقار متصلا بالطريق العام اتصالا كافيا.
 - 2- أن يتصرف مالك العقار فيه تصرفا يؤدي إلى تجزئته.
- وكلمة التصرف وردت بالنص عامة فتشمل أى تصرف سواء كان بيعا أو مقايضة أو هبة أو قسمة العقار إذا كان مملوكا على الشيوع لعدة شركاء.
- 3- أن يترتب على تجزئة العقار حبس إحدى هذه القطع على الأقل عن الطريق العام. كأن يبيع المالك جزءا من الأرض لشخص آخر، فيؤدي البيع إلى أحد أمرين: إما أن يشتري المشتري الجزء غير المجاور للطريق العام فيكون هذا الجزء محبوسا، أو يشتري الجزء المجاور للطريق العام فيصير الجزء الآخر الذي استبقاه البائع هو المحبوس.
- وكذلك لو باع المالك الأصلى جزءا من الأرض إلى مشتر، وجزءا آخر أصبح محبوسا بالبيع الأول إلى مشتر آخر⁽¹⁾.
- والحكم في هذه الحالة أنه إذا كان في المستطاع إيجاد ممر كاف في الأجزاء الأخرى يصل الجزء المحبوس إلى الطريق العام، فتقتصر المطالبة بحق المرور على هذه الأجزاء ولا تجوز المطالبة بحق المرور في الأراضي المجاورة الأخرى إلا إذا تعذر إيجاد ممر في أجزاء العقار الأخرى.
- فيكون لمالك العقار عندئذ الحق في الحصول على الممر الكافي في أحد العقارات المجاورة طبقا للقاعدة العامة الواردة بالفقرة الأولى من المادة 812 مدنى.

(1) السنهاورى ص 1007 وما بعدها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 812 من القانون المدني أنه إذا كان للأرض منفذ إلى الطريق العام، ثم تصرف فيها صاحبها تصرفاً قانونياً أدى إلى جعل جزء منها محبوساً عن هذا الطريق فيجب أن يتقرر حق المرور في الأجزاء الأخرى دون العقارات المجاورة كما كان الأمر قبل تجزئة العقار وبشرط أن يكون هذا مستطاعاً، فإذا لم يكن مستطاعاً إما لأن العقار كله كان من مبدأ الأمر محبوساً عن الطريق العام أو لأنه لم يتيسر الحصول على ممر كاف في أجزاء العقار الأخرى، فإنه يكون لمالك العقار عندئذ الحق في الحصول على الممر الكافي في أحد العقارات المجاورة وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة 812 سالف الذكر".

(طعن رقم 401 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/31)

2- "إن النص في الفقرة الثانية من المادة 812 من القانون المدني على أن "إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء" - يدل على أنه إذا تصرف مالك الأرض التي لها منفذ إلى الطريق العام في جزء منها تصرفاً قانونياً أدى إلى حبس الجزء الآخر عن هذا الطريق، فإن حق المرور لا يكون إلا في الجزء المبيع طالما كان ذلك مستطاعاً، ولو لم يكن المرور فيه أخف ضرراً من المرور في العقارات المجاورة - لأن الحبس كان بفعل البائع".

(طعن رقم 929 لسنة 63 ق جلسة 2000/7/11)

3- "إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك في أسباب استئنافه بأن عقار النزاع كان له باب من الناحية الغربية يتصل بالطريق العام، وأن المطعون ضدها باعت جزءه المتصل بهذا الطريق لإحدى بناتها، وأن الحكم المطعون فيه واجه هذا الدفاع الجوهري الذي من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى

بأن عقار المطعون ضدها محبوس عن الطريق العام، ومرورها في أرض الطاعن أخف ضررا من مرورها في أرض غيره ممن لم تربطهم بها أية اتفاقات" دون أن يفتن إلى حالة انحباس الأرض بفعل البائع المنصوص عليها في المادة 2/812 من القانون المدني، وتحجب بذلك عن بحث دفاع الطاعن، فإنه فضلا عن مخالفته للقانون، وخطئه في تطبيقه، يكون مشوبا بقصور يبطله".

(طعن رقم 929 لسنة 63 ق جلسة 2000/11/7)

والحكمة في تقرير هذا الحكم أن الانحباس عن الطريق العام نتيجة تصرف قانوني أي عمل إرادي من جانب المالك أو الملاك المشتاعين، فيجب - بقدر الإمكان - ألا يتحمل الملاك الآخرون قيда على حقوقهم بسبب هذا العمل الإرادي، وإنما يتحمل أطراف التصرف أنفسهم ما يترتب على تصرفهم من نتائج⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أنه لو كانت تجزئة العقار بسبب غير إرادي كنزع ملكية الجزء الذي يتصل بالطريق العام، فليس لصاحب الجزء المحبوس عن الطريق العام أن يجعل حق المرور من هذا الجزء المنزوع ملكيته. وكذلك الحكم لو باع المالك الجزء الذي يتصل بالطريق العام مضطرا، خشية عليه من نزع الملكية⁽²⁾.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذا حكم معقول، فإن العقار الذى يكون متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام، ثم يجزئه مالكة بتصرف برضاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءا منه عن الطريق العام، فحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى، كما كان الأمر قبل تجزئة العقار"⁽³⁾.

155 - تأصيل الحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة 812 الخاص

(1) منصور مصطفى منصور ص 82.

(2) محمد على عرفه ص 301 - عبد المنعم البدرأوى ص 386.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 51.

بتجزئة العقار بناء على تصرف قانونى :

انقسم الرأى فى تكييف الحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة 812 مدنى الخاص بتجزئة العقار بناء على تصرف قانونى إلى عدة آراء :

الرأى الأول :

أن هذا الحكم توسع فى مبدأ تخصيص المالك الأصلى فى حقوق الارتفاق الاتفاقية، فقد نصت المادة 1107 مدنى فى هذا الصدد على أن: "1- يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى. 2- ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى إذا تبين بأى طريقة من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة. فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين، وفى هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهم، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك". وجاء التوسع هنا من أنه لا يشترط فى الحالة التى نحن بصددنا أن يكون المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء على الأجزاء الأخرى، استغناء عنها بأن العقار كان فى مبدأ الأمر عقارا واحدا ثم تجزأ، فكأن المالك الأصلى، وهو يجرى العقار تجزئة اختيارية، فحبس جزءا منه عن الطريق العام، خصص الجزء الآخر للممر الذى يجب أن يكون للجزء المحبوس. ولو أن المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور على جزء من العقار قبل التجزئة لمصلحة الجزء الآخر، لأصبحت قاعدة تخصيص المالك الأصلى ذاتها هى المنطبقة، ولترتب على ذلك أنه عند تجزئة العقار يصبح لجزء منه حق مرور اتفاقى، لا حق مرور قانونى، على الجزء الآخر. وفى هذه الحالة ليس من الضرورى، كما هو ضرورى فى حالة المرور القانونى أن يكون الجزء صاحب حق الارتفاق محبوسا عن الطريق العام، لأن هذا

الجزء إنما كسب حق مرور بتخصيص المالك الأصلي وهذا سبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق الاتفاقية ولا يشترط فيه أن يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام⁽¹⁾.

وقد أخذت بهذا الرأي مذكرة المشروع التمهيدي للتعنين المدني إذ جاء بها :

"... وفي هذه القاعدة توسع في مبدأ تخصيص المالك الأصلي الذي سيأتي ذكره فيما يلي، وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط في الحالة التي نحن بصددتها أن يكون المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء على الأجزاء الأخرى. على أنه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرر حق المرور، بتخصيص المالك الأصلي، حتى لو كان الجزء المرتفق لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام، بل كان له ممر كاف من ناحية أخرى"⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 1009 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 382 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 367.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 51.

الرأى الثانى :

أن التصرف الذى أدى إلى تجزئة العقار يتضمن التزاما بإنشاء حق ارتفاق بالمرور.

يذهب هذا الرأى إلى أن التصرف الذى نشأت عنه تجزئة العقار الأصلى على وجه نتج عنه أن أصبح أحد الأجزاء غير متصل بالطريق العام يعتبر متضمنا لالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور ولو لم يرد فى التصرف نص صريح فى هذا الصدد فهو يقوم على الإرادة الضمنية. ذلك أن العقد - أو التصرف عموما - لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. وقد نص المشرع على هذه القاعدة العامة فى تحديد مضمون التصرفات القانونية بين القواعد العامة فى نظرية العقد (م2/148). ويؤدى تطبيقها فى حالتنا هذه إلى القول بوجود التزام لصالح مالك الجزء المحبوس على عاتق مالك الجزء الآخر بأن يقرر له حق ارتفاق بالمرور فى جزئه. وفى حالة تجزئة العقار الأصلى إلى عدة أجزاء يكون الالتزام على عاتق مالك الجزء الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وذلك قياسا على المادة 1/812 لا تطبيقا مباشرا لها إذ هى لا تنطبق فى هذه الحالة.

ومقتضى ذلك ألا تنطبق المادة 1/812، إذ لن يتحقق الانحباس على المعنى المقصود فى هذا النص مادام هناك التزام بإنشاء حق ارتفاق بمقتضى التصرف ذاته الذى نشأت عنه التجزئة. ولذلك نص المشرع فى الفقرة الثانية على أنه لا تجوز المطالبة بالحق فى المرور فى الأرض المجاورة الأخرى. وليس هذا مجرد تعديل للقواعد التى نصت عليها الفقرة الأولى بصدد تعيين الأرض التى يجوز استعمال حق المرور القانونى فيها، إذ حق المرور القانونى لا وجود له فى هذه الحالة. فالمطالبة بالمرور فى الجزء الآخر لا تستند إلى حق المرور القانونى، وإنما إلى الالتزام بإنشاء حق ارتفاق، وهو التزام ناشئ عن التصرف ذاته طبقا

للقواعد العامة فى تحديد مضمون التصرفات القانونية، وقد انتفى به الانحباس الذى جعله المشرع مناطا للحق القانونى فى المرور⁽¹⁾.

ويرتب أصحاب هذا الرأى على هذا التأصيل عدة نتائج :

1- يسقط الحق فى طلب إنشاء حق الارتفاق بالتقادم المسقط، ولو كانت الأرض بعد مضى الخمس عشرة سنة لازالت بعيدة عن الطريق العام لا يصلها به ممر كاف. فالمطالبة بالمرور لا يستند إلى الحق القانونى الذى نصت عليه المادة 1/812 وهو باق ما بقى الاحتباس، وإنما إلى الالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور والقاعدة أن الحقوق الشخصية (والعينية) تسقط بالتقادم المسقط (م374مدنى). وإذا طوّل بحق الارتفاق فتقرر للجزء المحبوس، فإن هذا الحق كسائر حقوق الارتفاق يسقط بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م1027) حتى ولو ظلت الأرض غير متصلة بالطريق العام.

2- لا ينتقل الالتزام بإنشاء حق الارتفاق إلى الخلف الخاص بانتقال ملكية الجزء المتصل بالطريق العام إليه إلا إذا كان عالما به (م146مدنى)، بأن كان يعلم أن العقار الذى انتقلت إليه ملكيته كان جزءا من عقار أصلى جزئى على وجه ترك الجزء الآخر بغير اتصال بالطريق العام.

أما شرط كون الالتزام من مستلزمات الشيء طبقا للمادة 146 فهو متحقق فى الالتزام بإنشاء حق ارتفاق.

3- لا يستحق التعويض المنصوص عليه فى المادة 1/812 على مالك الجزء المحبوس فى مقابل المرور فى الجزء الآخر. فهذا النص غير منطبق فى هذه الحالة كما تقدم. والغالب أن يكون المتعاقدان قد أدخلوا فى الاعتبار، عند تحديد التزاماتهما المتقابلة فى العقد التى نتجت عنه التجزئة ما يحدثه الارتفاق

(1) إسماعيل غانم ص 99 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 127- منصور مصطفى

منصور ص 84 وما بعدها.

بالمروء من نقص فى قيمة الجزء المثلل به.

4- يذهب جمهور الفقهاء إلى أن زوال حالة الانحباس لا يؤدى إلى انقضاء حق مالك الجزء المحبوس فى المطالبة بإنشاء ارتفاق بالمروء، ولاحق الارتفاق الذى ينشأ بناء على هذه المطالبة. وحجتهم فى ذلك الأمر لا يتعلق بحق المروء القانونى حتى يزول بزوال الانحباس، بل بحق ارتفاق ناشئ عن التصرف الذى أدى إلى تجزئة العقار.

غير أنه مع التسليم بأن الأمر يتعلق بحق ارتفاق ناشئ عن التصرف فإن هذا ليس من شأنه أن يؤدى إلى الرأى الذى يقولون به. ذلك أن الالتزام بإنشاء حق ارتفاق لصالح الجزء المحبوس إنما يترتب على التصرف فى الحدود التى بينها المادة 2/148 مدنى فى خصوص نطاق التصرف، وهى أن الالتزامات التى تترتب على التصرف زيادة على ما ورد فيه تكون "من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وهذه الحدود تجعل حق المطالبة بإنشاء الارتفاق، وحق الارتفاق الذى ينشأ بناء على هذه المطالبة، رهينين بقيام حالة الانحباس. فهذه الحالة هى التى جعلت الالتزام بإنشاء حق الارتفاق يدخل فى نطاق التصرف، ومن ثم فإن زوالها يؤدى إلى انقضاء حق الارتفاق⁽¹⁾.

الرأى الثالث :

وجود التزام بالضمان من جانب بائع الجزء المحبوس أو من جانب

الشركاء المتقاسمين بضمان ممر إلى الطريق العام.

ذلك أنه فى الحالة التى يبيع فيها المالك الأصلى جزءا من العقار فىصبح هذا الجزء محبوسا عن الطريق العام، فإن البائع كما يضمن للمشتري استحقاق الجزء المبيع، يضمن له كذلك حق مرور للجزء المبيع على الجزء الذى استبقاه، فهو

(1) إسماعيل غانم ص 101 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 127 وما بعدها - منصور

مصطفى منصور ص 86 وما بعدها.

التزام بالضمان ناشئ عن سند التصرف ويعتبر بمثابة ارتفاق مقرر بمقتضى الاتفاق. ويتفرع عن ذلك نتيجتان هامتان هما :

(أ) أن صاحب الممر لا يلزم بدفع تعويض في مقابل المرور، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك.

(ب) أن زوال حالة الانحصار لا يستتبع زوال الممر الذى تقرر بناء على سند، والذى يعتبر بالتالى تنفيذا لالتزام الضمان، وهذا الالتزام لا ينتهى بزوال حالة الانحصار.

وهاتان النتيجتان لا تترتبان فى حالة ما إذا كان منح الممر غير مترتب على تنفيذ التزام بالضمان، فإذا فرضنا أنه فى حالة البيع استبقى البائع الجزء المحبوس، فإن من حقه أن يطالب بممر فى الجزء الذى آل إلى المشتري. ولكن حقه فى هذه الحالة يستند إلى حكم القانون، لا إلى التزام بالضمان الذى يتقرر فى ذمة البائع دون المشتري وكذلك الحال إذا بيعت أجزاء العقار إلى مشتريين متعددين، فلا يعتبر كل منهم ملتزما بالضمان فى مواجهة الآخر، ومع ذلك يجوز لمن آلت إليه ملكية جزء محبوس أن يطالب بالمرور فى الأجزاء المتصلة، وسنده فى ذلك نص القانون.

وينتقد البعض الرأى الثانى بأن اصطلاح الإرادة الضمنية ينبغى ألا يستخدم إلا حيث نكون بصدد إرادة حقيقية أى موجودة فعلا وإن كان استخلاصها يكون عن طريق التعبير الضمنى المستمد من ظروف التعاقد، وهذا يعنى أنها قد توجد فى بعض الأحوال ولا توجد فى البعض الآخر، فى حين أنه يجب إعمال حكم النص فى جميع الأحوال التى يصدق عليها بصرف النظر عما قصده فعلا أطراف التصرف⁽¹⁾.

وأخذ على الرأى الثالث أن الأساس الذى يقول به - وهو ما سلّم به

أصحاب الرأي المذكور - لا يمكن أن يتحقق في بعض الحالات، كما في حالة ما إذا باع المالك جزءا من العقار واستبقى لنفسه الجزء المحبوس، وكما في حالة ما إذا بيعت أجزاء العقار إلى مشتريين متعددين، إذ لا يلتزم المشتري بالضمان قبل البائع في الحالة الأولى، ولا يلتزم المشترون قبل بعضهم بالضمان في الحالة الثانية⁽¹⁾.

ونرى الأخذ بالرأي الأول.

156- أثر زوال الانحصار على حق المرور :

قد يزول الانحصار على الأرض المحبوسة عن الطريق العام باتصالها بالطريق العام، ويحدث ذلك إما بإنشاء طريق عام بجوار الأرض المحبوسة أو بتملك صاحب الأرض المحبوسة أرضا أخرى متصلة بأرضه وكانت الأرض الأخرى متصلة بالطريق العام.

وفي هذه الحالة يتعين التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى: أن يكون مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام لم يحصل على حق المرور في أرض مجاورة.

ففي هذه الحالة يزول حقه في طلب حق المرور لأن الانحباس هو المناط في تقرير الحق القانوني للمرور، وقد زالت الضرورة التي فرضت هذا القيد.

الحالة الثانية: أن تكون حالة الاحتباس قد زالت بعد منح الممر ومباشرة المرور فيه فعلا.

وقد انقسم الرأي في حكم هذه الحالة إلى رأيين.

الرأي الأول: أن تعيين الممر يكسب صاحبه حق ارتفاق على العقار المجاور، والارتفاق حق دائم لا يزول إلا بأحد الأسباب التي ذكرها القانون، وليس زوال الاحتباس من بينها ولذلك يبقى لصاحب العقار المحبوس حق المرور في

(1) عبد المنعم الصده ص 125 وما بعدها - السنهوري ص 1010 وما بعده.

الأرض المجاورة حتى بعد اتصال عقاره بالطريق العام، لأنه تلقى هذا الحق فى مقابل تعويض، فلا فرق بينه وبين من يكتسب ارتفاقا بطريق الاتفاق. ولا يزول هذا الحق إلا بسبب من أسباب زوال حق الارتفاق الاتفاقي وليس من بينها انفكاك الحبس.

الرأى الثانى: وهى الرأى الغالب - الذى نؤيده - أن حق الارتفاق يزول، لأن السبب قد زال، والعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما، وحق الارتفاق لم يقرر إلا للضرورة، وقد زالت ومن المصلحة الزراعية والاقتصادية عدم بقاء هذا الحق، مادام قد أصبح لا مسوغ له.

ويؤيد هذا ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

"... وينتهى حق المرور إذا اتصلت الأرض بالطريق العام من ناحية أخرى فلم يعد حق المرور ضروريا، ويسترد صاحب الأرض من التعويض الذى كان قد دفعه فى حق المرور القدر المناسب" وأنه لا ينال من ذلك أن يزول الاحتباس بعد المطالبة بحق المرور وتعيين الممر واستعماله، حتى لو ظل هذا الاستعمال مدة تزيد على خمس عشرة سنة، ذلك أن هذا الحق ليس إلا قيذا يساهم فى بيان الحدود الدائمة لحق الملكية فهو ليس ارتفاقا، ومن ثم لا يكسب بالتقادم. ونص المادة 812 مدنى صريح فى أن هذا الحق ينقضى بزوال الانحباس، حيث يقول، إن مالك الأرض المحبوسة له حق المرور "مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام".

غير أنه يرد إلى المالك التعويض الذى يكون قد تقاضاه منه الجار مقابل هذا الحق، بعد أن يستتزل منه جزءا مناسباً للوقت الذى باشر فيه المالك فعلا حق المرور فى أرضه⁽¹⁾.

ولكن ذلك منوط بأن يثبت صاحب العقار المخدوم أنه دفع التعويض فعلا،

(1) السنهورى ص 999 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 129 وما بعدها - محمد لبيب

شنب ص 540 وما بعدها.

والمبلغ الذى دفعه، فلا يكفيه الاستناد إلى أنه استعمل الممر مدة تزيد على خمس عشرة سنة، لأن مضى المدة لا يعد قرينة على دفع التعويض⁽¹⁾.

157- طبيعة الحق فى الممر :

الممر حق خاص لصاحب العقار المحبوس، وبالتالي فهو لا يتحول إلى طريق عام يسمح للكافة باستخدامه. فليس لأصحاب العقارات المجاورة التى قد يمر الممر بها استخدامهم وليس للكافة أن تستخدمه للنزهة أو لوقوف السيارات. فالممر يفرضه القانون على عقار معين كضرورة. والضرورة تقاس بقدرها ولا توسع فيما تفرضه من أعباء. والضرورة هنا هى الانحباس ولا يترتب عليها إلا إنهاء هذا الانحباس دون أى تزيد⁽²⁾.

وينبنى على ذلك أيضا أنه ليس للمالك أن يستعمل الممر الذى له فى أرض الغير لاستغلال أرض أخرى يكون قد امتلكها بعد ذلك، بل يجب عليه فى هذه الحالة أن يحصل على ممر للأرض الجديدة، وقد يكون هذا الممر هو نفس الممر الذى لأرضه القديمة⁽³⁾.

وحق المرور لا يعطى مالك العقار المستفيد ملكية الأرض المقرر عليها المرور، بل تبقى الملكية لصاحب الأرض، ويكون له أن يتصرف فيها كما يشاء، بشرط ألا يضر بحق المرور⁽⁴⁾.

158- مقابل المرور (التعويض) :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن الحق فى المرور المقرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام يكون "تظير تعويض عادل".

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى ".... ويجب فى كل الأحوال تعويض المالك

(1) محمد على عرفه ص 299.

(2) محمد على عمران ص 132.

(3) محمد كامل مرسى ص 362 وما بعدها.

(4) محمد كامل مرسى ص 363.

عما أصابه من الضرر تعويضا عادلا⁽¹⁾.

فالمشرع وإن كان قد خول مالك الأرض المحبوسة عن الطريق حق المرور في أرض جاره لم يشأ أن يضار المالك الجار من ذلك، ولذلك خوله الحق في تقاضى تعويض عادل نظير تقرير هذا الحق.

فإذا لم يتفق الطرفان على مبلغ التعويض فإنه يقدر بدعوى ترفع أمام المحكمة المختصة.

ويراعى في تحديد التعويض الضرر الذى يتسبب للمالك الجار ولا يعتد في هذا التقدير بمقدار الفائدة التى عادت على مالك الأرض المحبوسة من جراء استفادته من هذا الحق. كما لا يدخل في عناصر تقدير التعويض ثمن الأرض التى يمارس فيها المرور حيث تبقى هذه الأرض على ملك صاحبها.

وإذا تحددت قيمة الضرر حكم القاضى بتعويض الجار ولكن لا يجوز له الحكم بتعويض إضافى إذا تحققت أضرار أخرى نتيجة لتعديل فى حق المرور إذا كان هذا التعديل قد تم بمعرفة مالك الأرض المجاورة وليس بفعل مالك الأرض المحبوسة⁽²⁾.

وقد كانت المادة 65/43 من القانون المدنى القديم تقضى بدفع التعويض مقدما، وكان المشروع التمهيدى للمادة 812 يتضمن نصا يقضى بأن يكون حق المرور "فى نظير تعويض كامل يدفع مقدما"، ولكن عدل هذا النص فى لجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب فأصبح "فى نظير تعويض عادل"⁽³⁾.

وبناء على ذلك لا يلزم أن يكون التعويض مبلغا متجمدا يدفع قبل البدء فى استعمال الممر، بل يجوز الحكم بدفع التعويض على دفعات فى مواعيد دورية. ويجوز أن يجعل التعويض إيرادا مرتبا يدفع فى أول كل سنة.

وعلى هذا لا يشترط لقبول دعوى مالك الأرض المحبوسة قبل الجار أن

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 51.

(2) رمضان أبو السعود ص 58 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 52.

يعرض عليه التعويض الواجب. على أنه يجوز للجار أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته والواجب الأداء طبقاً لقواعد الحق في الحبس⁽¹⁾.

ولا يعطى التعويض إلا في حالة عدم الاتصال بالطريق العام الذى يحدث بسبب آخر غير البيع أو المقايضة أو القسمة أو أى عقد آخر. أما في هذه الحالات فإن الممر يكون بدون دفع تعويض إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، لأنه في حالة القسمة، بسبب مبدأ المساواة الذى يجب أن يسود بين المتقاسمين، يفرض أن الجزء المحصور يكون له اتصال بالطريق العام من الأجزاء الأخرى، وفي حالة البيع يجب على البائع أن يسلم الشيء مع توابعه وكل ما هو معد لاستعماله الدائم، وبين هذه التوابع حق المرور، لأنه لازم لاستعمال الشيء⁽²⁾.

159 - سقوط الحق في المطالبة بالتعويض بالتقادم :

إذا لم يتم تقدير التعويض بالاتفاق أو بحكم قضائي، وسكت صاحب الحق عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة، سقط الحق في التعويض بالتقادم. ويبدأ سريان هذه المدة من وقت أن يباشر مالك الأرض المحبوسة حقه في المرور، لأن هذا الوقت هو الذى ينشأ فيه الحق في التعويض وتجوز فيه المطالبة.

أما إذا تم تقدير التعويض اتفاقاً أو قضاءً، فإن التعويض يصبح مستحقاً، فإذا كان التعويض مبلغاً يدفع جملة واحدة تقادم الحق بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه.

وإن كان مبلغاً يدفع على أقساط معدودة تقادم الحق في كل قسط على حدة، بانقضاء المدة المذكورة. وإذا كان التعويض المتفق عليه أو المحكوم به إيراداً

(1) السنهوري ص 1016 وما بعدها - محمد على عرفه ص 292 وما بعدها - رمضان أبو

السعود ص 58 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 364.

يتجدد كل سنة، فإن هذا الإيراد يسقط بخمس سنوات شأنه في ذلك شأن كل دين دورى متجدد⁽¹⁾.



(1) السنهوري ص 1018 وما بعدها- منصور مصطفى منصور ص 81.

مادة (813)

لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما.

الشرح

دعوى وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة :

160 - المقصود بدعوى وضع الحدود :

المقصود بدعوى وضع الحدود - ويطلق عليها قانون المرافعات دعوى تعيين الحدود - هو طلب وضع علامات مادية ظاهرة تبين معالم كل من الملكين المتلاصقين، كوضع فواصل من الطوب أو من الحديد بين بعضها والبعض مسافات، فلا يبقى إلا مد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل ليبين حد الملكية على وجه الدقة⁽¹⁾.

ولم يعرض التقنين المدني القديم لهذه الدعوى، غير أن المادة (29/26) من تقنين المرافعات كانت تنص على جعل "الدعوى المتعلقة بتعيين حدود العقار" من اختصاص القاضي الجزئي. وبما أن كل دعوى يجب أن تستند إلى حق لرافعها، فكأن المشرع افترض بهذا النص التزام الجيران بوضع الحدود. ولذلك رأى المشرع أن ينص صراحة على هذا الالتزام في التقنين المدني الجديد تنسيقاً للتشريع.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"لم يعرض التقنين المدني الحالي لالتزام الجيران بوضع حدود ما بين أملكهم المتلاصقة. ولكن تقنين المرافعات (م29/26) جعل الدعوى المتعلقة بوضع الحدود من اختصاص القاضي الجزئي فافترض وجودها.

(1) عبد المنعم البدرأوى في الحقوق العينية الأصلية ص 117.

وتنسيقاً للتشريع نص المشروع على هذا الالتزام.... الخ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت دعوى تعيين الحدود بين العقارات المتجاورة المقصود بها رسم الحد الفاصل في الطبيعة بين عقارين متجاورين وتقتصر مهمة القاضى فيها على تطبيق مستندات الملكية وبيان الحد الفاصل بين العقارين طالما أنه لا يوجد نزاع جدى حول ملكية كل منهما لعقاره أو حول مساحة العقار".

(طعن رقم 157 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/6)

161- دعوى وضع الحدود قيد على حق الملكية :

تعتبر دعوى وضع الحدود قيذا على حق الملكية، لأن الأصل أن المالك حر فى ملكه له أن يحدده أو لا يحدده طبقاً لإرادته. ولكنه فى دعوى وضع الحدود يجبر على المساهمة فى وضع الحدود، فتتقيد بذلك حريته فى ملكه⁽²⁾.

وبما أن وضع الحدود قيد وارد على الملكية العقارية، فإن الدعوى المتصلة به أى دعوى وضع الحدود تعتبر بداهة من الدعاوى العينية العقارية⁽³⁾.

وليس هناك ميعاد لرفع هذه الدعوى، فهى ترفع فى أى وقت، إذ لا يرد عليها التقادم، مادام سببها قائماً وهو التلاصق ما بين الأراضى المتجاورة، وذلك بعكس ما إذا انطمست الحدود التى تعينت ومضى على انطماسها خمس عشرة سنة، إذ تسقط إعادة الحدود إلى ما كانت عليه بالتقادم المسقط كما سنرى.

162- الاتفاق بين الطرفين على وضع الحدود :

يحدث أن يكون المالكان المتلاصقان على اتفاق على ملكية كل منهما لملكه المتلاصق ومساحته، وإنما يثور شك فى حدود الملكين فيرغبان رفعاً لأى نزاع فى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 54.

(2) المستشار أنور العمروسى ص 146.

(3) محمد على عرفه ص 303.

ذلك الاتفاق على وضع حدود للملكين. وقد يستعينان فى ذلك بخبير مساحى لقياس الملكين على أساس مستندات الملكية التى يقدمها كل منهما، وتحديد الحدود الفاصلة بين الملكين، ووضع علامات ظاهرة تفصل الملكين. ويحرر بذلك محضر يوقع عليه من الطرفين يسمى (محضر تحديد).

وهذا المحضر هو عقد ملزم للطرفين بمقتضى القوة الملزمة للعقد، ولا يستطيعان الطعن فيه إلا بأحد أسباب الطعن فى العقود كالغلط أو التدليس أو الإكراه، والطرفان يرجعان دائماً إلى هذا المحضر كلما حدث طمس للحدود التى اتفقا عليها.

وعلى كل فإن هذا الاتفاق لا يخضعه القانون لشكل معين⁽¹⁾. أما إذا تعذر على المالكين الاتفاق على تعيين حدود ملكيهما المتلاصقين، فلا سبيل أمامهما سوى رفع دعوى وضع الحدود.

163- تمييز دعوى وضع الحدود عن دعوى الاستحقاق ودعوى الحيازة:

تختلف دعوى وضع الحدود عن دعوى الاستحقاق، فى أن الدعوى الأولى تفترض أن ملكية الأراضى المتلاصقة ليست محل نزاع بين الطرفين فيكون طلب المدعى فيها مجرد وضع الحدود الفاصلة بين الأرضين. دون تثبيت ملكية أرضه أو أى جزء منها. كما إذا كان محور النزاع زراعة أشجار بمحاذاة الحد المشترك مثلاً، فمانع أحد المالكين فى زراعتها فى حدود ملكه، مما اضطر جاره إلى طلب وضع الحدود ليضع حدا لهذه المنازعة⁽²⁾.

أما إذا حصل نزاع جدى بين الطرفين على ملكية الأرض أو ملكية أى جزء منها، أو على مستندات التملك، فإن الدعوى - كما سنرى - تنقلب إلى دعوى تثبيت ملكية أى دعوى استحقاق، ويتعين بحث الملكية فيها.

(1) محمود خيال ص 49.

(2) محمد على عرفه ص 303.

وتختلف دعوى وضع الحدود عن دعوى الحيازة فى أن المطلوب فى دعوى الحيازة هو تثبيت الحيازة مؤقتا للحائز التى توافرت فيه الشروط إلى أن ترفع دعوى الاستحقاق.

وفى دعوى الحيازة يجب التقيد فى رفعها بمواعيد معينة، أما دعوى وضع الحدود فليس لها مثل هذه المواعيد. فهى دعوى ترفع فى أى وقت، ولا يلحقها التقادم كما سنرى⁽¹⁾.

164 - وجوب تحقق التلاصق بين المالكين :

تنص المادة 813 على أن: "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة.... الخ".

فيجب لرفع الدعوى أن يكون هناك ملكان متلاصقان مملوكان ملكية فردية لمالكين مختلفين.

فإذا كان الملكان المتجاوران منفصلين بطريق عام أو مجرى عام، فلا يقبل من أحد المالكين أن يطالب الآخر بوضع الحدود بين أملكهما.

ولكن تكون الدعوى مقبولة إذا كان الفاصل بين المالكين طريقا خاصا أو مسقاة خاصة، ولا يحول دون تحقق التلاصق بين المالكين أن يكون هناك سور قائم بين المالكين، إلا إذا كان هذا السور قد أقيم بناء على محضر، تم بين الطرفين لتعيين الحدود⁽²⁾.

ولا يشترط لقبول دعوى وضع الحدود أن تكون الأملك المتصلة من الأراضى الزراعية، بل إن المادة 813 ذكرت الأملك المتلاصقة، فينبطوى تحت هذه العبارة العامة العقارات المبنية إذا كان التلاصق بينها من ناحية تركت فضاء كفناء أو بستان. أما إذا كان التلاصق من ناحية المباني، أى بحائط فاصل، فلا يكون ثمة

(1) السنهاورى ص 980.

(2) عبد المنعم الصده ص 132.

مجال لوضع الحدود، إذ أن قيام هذا الحائط على الحد الفاصل بين الملكين يعد تحديدا كافيا لها، فلا يتصور أن يثور النزاع على الحدود فى هذه الحالة، إنما يتصور النزاع على ملكية الحائط الفاصل، فتكون الدعوى من قبيل الاستحقاق لا وضع الحدود⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى الأراضى الخاصة الملاصقة لأرض من الأموال العامة، كطريق عام أو مجرى عام، فلا تقبل دعوى تعيين الحدود أمام المحاكم العادية، فإذا كانت الإدارة قد أدخلت فى نطاق المال العام جزءا من أرض خاصة دون مراعاة القواعد التى يقرها القانون فى هذا الخصوص جاز للمالك أن يطالب أمام القضاء الإدارى بإلغاء قرار التحديد الذى أصدرته الإدارة، فيصل من هذا الطريق إلى تعيين حدود ملكه، ويجوز له، بدلا من ذلك أن يطالب بالتعويض أمام المحاكم العادية⁽²⁾.

165 - ممن ترفع دعوى وضع الحدود؟

رغم أن المادة 813 تنص على أن: "كل مالك أن يجبر جاره... إلخ" أى أنها تخول المالك رفع دعوى وضع الحدود، إلا أن الإجماع قد انعقد على أن طلب وضع الحدود ليس قاصرا على المالك فقط، بل يجوز أن يتقدم به كل من له حق عينى على العقار كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال أو السكنى أو المحتكر لأن حقوقهم تنتصب مباشرة على العقار ويكون لكل منهم مصلحة فى بيان حدود العقار الذى يزاولون عليه حقهم لا تقل عن مصلحة المالك. ولذلك يكون طلب وضع الحدود منهم مقبولا، حتى ولو لم يدخل المالك فى الدعوى، ولكن يكون من مصلحة الطرف الآخر فى هذه الحالة أن يدخل المالك فى الدعوى حتى يصدر الحكم فى مواجهته، فلا يتجدد النزاع بينهما.

(1) محمد على عرفه ص 306 - السنهورى ص 984 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 132 - السنهورى ص 985.

ويسرى هذا الحكم على الدائن المرتهن الحائز للعقار على أساس أن له حقا عينيا فى القانون المصرى⁽¹⁾.

أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له فى رفع الدعوى. وكذلك لا تقبل دعوى وضع الحدود من أصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجر أو المزارع لأن حقوقهم لا تنصب على العقار. ويتعين عليهم الاستعانة بالمالك لرفع الدعوى⁽²⁾.

166- الأهلية اللازمة لرفع دعوى وضع الحدود :

الأهلية اللازمة لرفع دعوى وضع الحدود، هى أهلية الإدارة، لأن وضع الحدود يعتبر من قبيل الإجراءات التحفظية التى لا يلزم لاتخاذها أهلية التصرف. وبناء على ذلك يجوز للوصى أو القيم ومن فى حكمهما أن يرفع دعوى وضع الحدود دون الحصول على إذن سابق من محكمة الأحوال الشخصية. كما يجوز للوكيل العام مباشرة هذه الدعوى. وكذلك بالنسبة للقاصر المأذون له فى الإدارة ومن فى حكمه، كالمحجور عليه للسفه أو الغفلة إذا أذنته محكمة الأحوال الشخصية بالإدارة (م 67 من قانون الولاية على المال)⁽³⁾.

167- المحكمة المختصة بنظر دعوى وضع الحدود :

تنص المادة 43 من قانون المرافعات على أن: "تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فيما يلى:

(1) السنهاورى ص 986 هامش (2) - منصور مصطفى منصور ص 32- وعكس ذلك محمد على عرفه ص 306 ويذهب إلى أن حقه على العقار ليس أصليا، بل تابعا لحق شخصى فهو يستغل العقار لحساب المدين الراهن لا لحسابه الشخصى فلا يحق له رفع الدعاوى التى تمس ملكية العقار المرهون، ولو بطريق غير مباشر.

(2) السنهاورى ص 986 - محمد على عرفه ص 306- عبد المنعم البدرأوى ص 118.

(3) محمد على عرفه ص 307 - عبد المنعم الصده ص 132 وما بعدها.

2- دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع.

3-..... الخ".

فالمحكمة الجزئية تختص نوعياً بنظر دعاوى تعيين الحدود أياً كانت قيمة الأراضي المتلاصقة أى ولو تجاوزت حدود نصاب المحكمة الجزئية طبقاً للقواعد العامة، طالما لم تكن الملكية محل نزاع، على النحو الذى سنراه تفصيلاً فى موضعه.

وتختص محلياً بنظر هذه الدعاوى المحكمة الكائن فى دائرتها الأراضي المتلاصقة.

ويكون حكم المحكمة الجزئية نهائياً إذا لم تجاوز قيمة الأراضي خمسة آلاف جنيه، فإذا تجاوزت هذا المقدار كان حكم القاضى الجزئى ابتدائياً يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية.

ويفسر منح الاختصاص بهذه الدعوى إلى المحكمة الجزئية أياً كانت قيمتها، أن القاضى فى هذه الدعوى لا يتعرض للنزاع فى الملكية، لأن الفرض أن الملكية ثابتة، وكل ما ثبت فيه المحكمة مسألة مادية تخلص فى مطابقة مستندات ملكية الطرفين على حدود الملكين المتلاصقين ووضع علامات بارزة فاصلة بينهما كما سنرى وهى عملية يستعان فيها عادة بخبير مساحى أو هندسى.

أما إذا ثار فى الدعوى نزاع جدى فى ملكية أحد الطرفين، فسنرى أن الاختصاص فى هذه الحالة بالفصل فى الملكية يكون للمحكمة المختصة قيمياً طبقاً للقواعد العامة.

إجراءات المحكمة فى دعوى وضع الحدود :

يستلزم الفصل فى دعوى وضع الحدود قيام المحكمة بعدة إجراءات تخلص

فيما يلى:

168- (أ) - إجراءات يراد بها التحقق من الحدود :

- 1- تتولى المحكمة بحث مستندات الطرفين للوقوف على الحدود المبينة فيها. وهذه المستندات قد تكون مشتركة بين طرفي الدعوى، وقد يكون لدى كل طرف مستنداته.
- 2- معاينة الملكين على الطبيعة للتعرف على الحائز لهما وما قد يوجد بهما من علامات مادية.
- 3- مسح الأراضي المتلاصقة للتحقق من مساحتها الحقيقية، وما إذا كانت تتطابق مع مستندات الطرفين، وما إذا كان بها نقص أو زيادة. ويجوز للقاضي إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الطرفين مسح أراضي مجاورة أخرى إذا تبين وجود عجز في مساحة الأراضي المتلاصقة، فقد يتبين أن هذا العجز موجود فيها، وبخاصة إذا كانت هذه الأراضي المجاورة هي والأراضي المتلاصقة مجموعاً واحداً ثم قسم بعد ذلك. وليس لأصحاب الأراضي المجاورة أن يحتجوا بعدم تلاصق أراضيهم بالأراضي المطلوب تحديدها⁽¹⁾.
- إلا أنه في هذه الحالة يجب إدخال أصحاب الأراضي الأخرى خصوماً في الدعوى إما بناء على طلب أحد الخصوم أو بناء على أمر القاضي⁽²⁾.
- وإذا خلص القاضي من بحثه إلى وجود عجز ليس موجوداً في الأراضي المجاورة أو زيادة لا تدخل في مساحات تلك الأراضي، فإنه يقسم ما يجده من عجز أو زيادة بين الطرفين.

169- (ب) - إجراءات تنفيذيان :

- 1- رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضي المتلاصقة، وذلك بوضع علامة مادية عند نهاية كل حد تكون عادة عبارة عن قطعة من الحديد في شكل وتد يقد

(1) السنهاورى ص 987 - عبد المنعم الصده ص 133.

(2) عبد المنعم الصده ص 133.

فى الأرض، بحيث يمكن ضبط كل حد من الحدود الأربعة بمد خط مستقيم بين كل وتدين متقابلين⁽¹⁾.

وقد يتبين أن الحدود الفاصلة هى خطوط متعرجة غير مستقيمة، فيجوز فى هذه الحالة تصحيح هذه الخطوط وجعلها مستقيمة عن طريق تبادل أصحاب الأراضى المتلاصقة أجزاء من أرض كل منهم على الآخر. وهذا يقتضى أن يكون أطراف الدعوى قد توافروا على أهلية التصرف فلا تكفى أهلية الإدارة، وأن يكونوا راضين بهذا التبادل فلا يستقل به القاضى، وأن يدفعوا رسوم نقل الملكية طبقاً للقواعد المقررة⁽²⁾.

2- تحرير محضر بالحدود يطلق عليه محضر تحديد. يبين فيه الحدود التى رسمتها المحكمة للأمالك المتلاصقة، بالدقة المستطاعة. وهذا المحضر يوقعه الطرفان أو يصدق عليه القاضى.

170 - قوة محضر التحديد فى الإثبات :

محضر التحديد الذى يوقعه الطرفان أو يصدق عليه القاضى يكون بمثابة سند بمساحة كل من الطرفين⁽³⁾، وحدود هذه المساحة التى تفصل بين الملكين

(1) محمد على عرفه ص 308.

(2) السنهورى ص 988 هامش (1) وحال مناقشة المادة 813 فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قال معالى حلمى عيسى باشا إنه يخشى أن يكون هناك تعارض بين هذا النص وما يجرى عليه العمل الآن فى مصلحة المساحة من حيث تحديد الملك وطلب معاليه حذفها.

قرر معالى السنهورى باشا قائلاً إنه ليس هناك تعارض لأن النص يقرر حق فصل الحدود أما فيما يختص بالتنفيذ فيرجع فيه إلى الأوضاع التى يقرها القانون ثم قال إنه إلى أن يوضع القانون الخاص بذلك فمرجع الأمر للقضاء، فوافقت اللجنة على المادة دون تعديل، كما وافق المجلس عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 55).

(3) محمد على عرفه ص 208 - المستشار أنور العمروسى ص 148.

ومن ثم يرجع إلى هذا المحضر عند إعادة وضع الحدود إذا حصل أن نقلت علاماتها من مكانها أو أزيلت أو اختفت بسبب عارض⁽¹⁾.

ويجوز أيضا لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى الحيابة إذا توافرت شروطها لإعادة معالم الحدود، وعلى من يعنيه الأمر أن يرفع دعوى الموضوع. غير أن محضر التحديد يفقد قيمته إذا تغيرت معالم الحدود أو انطمست ومضى على تغييرها وانطماسها خمس عشرة سنة، إذ تسقط دعوى إعادة الحدود إلى ما كانت عليه بالتقادم المسقط⁽²⁾. ويجب في هذه الحالة رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود.

ولا يجوز للمتعاقدین اللذين وقعا محضر التحديد الطعن في هذا المحضر إلا بما يطعن به في أي عقد كما ذكرنا سلفا.

171 - حالة وجود نزاع على الملكية :

إذا نازع أحد الخصمين في ملكية الآخر المتلاصقة، كأن ينازع في سند ملكيته، أو تمسك بملكية الجزء الذي يدعى خصمه أنه تجاوز حدود ملكه، وادعى اكتساب ملكيته بسبب من أسباب كسب الملكية كالتقادم مثلا. فإن النزاع يخرج عن مجرد وضع الحدود ويصبح نزاعا على الملكية، لأنه نزاع ينصب على أصل الحق ذاته.

غير أن مجرد النزاع في الملكية أو في سند الخصم لا يؤدي إلى سلب اختصاص القاضى الجزئى اختصاصه بنظر الدعوى - لأن اختصاصه النوعى بها منوط بانتفاء النزاع - بل ينبغى أن يكون هذا النزاع جديا مدعما بأسباب تؤيده، وإلا أصبح اختصاص القاضى الجزئى سوريا بحتا، إذا جاز أن يتخلى عن نظر الدعوى بحجة إثارة نزاع من هذا القبيل من الطرفين⁽³⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 133.

(2) السنهورى ص 988.

(3) محمد على عرفه ص 304 وما بعدها.

كما لا يعتبر نزاعاً في الملكية مجرد الاختلاف على تطبيق مستندات التملك دون أن يكون هناك نزاع على هذه المستندات ذاتها. وكذلك مجرد الاحتجاج بوضع اليد لمدة سنة فأكثر، طالما أن واضع اليد لم يتمسك باكتساب الملكية بالتقادم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان مطلب الدعوى بتعيين الحد الفاصل بين عقارين متجاورين ورد الجزء المغتصب من أحدهما مرده إلى نزاع بين صاحبي هذين العقارين على الملكية ذاتها ومداها فإنه ينبغي على محكمة الموضوع أن تعرض في قضائها لبحث ملكية كل منهما وسببها في القانون ومحلها وبالتحديد، وإذا كان الثابت من الأوراق أن النزاع المطروح في الدعوى ثار بين طرفي التداعى في شأن نطاق ملكية كل منهما للعقارين المتجاورين، وكان الخبير الذي اعتنق الحكم المطعون فيه تقريره قد خلص إلى ثبوت ملكية المطعون ضدهم للأرض محل النزاع من مجرد وجود نقص في الأرض التي يضعون اليد عليها بموجب عقود بيع عرفية لم يتم تسجيلها ووجود زيادة في الأرض التي يضع الطاعن الأخير يده عليها عما هو ثابت في عقود البيع التي يستند إليها، دون أن يستظهر أن هذه المساحة بعينها بحسب أبعادها وحدودها تدخل في نطاق ملكية المطعون ضدهم التي اكتسبوها بأحد من أسباب اكتساب الملكية المقررة في القانون، وإذا اعتنق الحكم المطعون فيه هذا التقرير الذي يشوبه النقص والغموض وأحال إليه وانتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي القاضي برد المساحة محل النزاع للمطعون ضدهم دون أن يبين سبب اكتسابهم لملكيتها ولم يعن بالرد على ما أثاره الطاعنون من اكتسابهم هم دون هؤلاء لملكية تلك المساحة، فإنه يكون قد جاء مشوباً بعيب القصور المبطل".

(طعن رقم 331 لسنة 54 ق جلسة 1990/3/8)

وإذا كان النزاع على الملكية جدياً، وكانت قيمة النزاع تدخل في حدود الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية طبقاً للقواعد العامة، وجب على المحكمة الجزئية الفصل أولاً في الملكية ثم القضاء بعد ذلك في وضع الحدود.

أما إذا كانت قيمة النزاع تجاوز قيمة نصاب اختصاصه، فقد ذهب رأى إلى أنه يجب على المحكمة الجزئية أن تقضى بعدم اختصاصها، ولا تقتصر على وقف الدعوى حتى يبت في النزاع في الملكية⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى الغالب إلى أن المحكمة تقضى بوقف الفصل في دعوى تعيين الحدود حتى تفصل المحكمة المختصة في دعوى الملكية⁽²⁾.

وفي تقديرنا أن للقاضي الجزئي الخيار بين الأمرين: القضاء بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، أو بوقف الدعوى حتى يتم الفصل في الملكية من المحكمة المختصة، لاسيما وأن الفقرة الأولى من المادة 129 مرافعات - السند القانوني في وقف الدعوى - تنص على أنه: "في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم" - فقد جعلت الوقف جوازياً لا وجوبياً.

(1) السنهوري ص 983 وما بعدها - محمد على عرفه ص 305 - الدناصورى وعكاز ص 221.

(2) عبد المنعم الصده ص 133 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 177 - الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة 15 سنة 1990 ص 345 - الدكتور فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدنى سنة 1980 ص 289 - المستشار مصطفى مجدى هرجه التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثالثة سنة 2000 ص 441 - الدكتور أحمد الصاوى الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة 1994 ص 346.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 293 من قانون المرافعات (الملغى) قد جعلت الأمر فى وقف الدعوى جوازيا للمحكمة ومتركوكا لمطلق تقديرها فلا يجوز الطعن فى حكمها لعدم استعمالها هذه الرخصة".

(طعن رقم 123 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/11)

وفى حالة نظر دعوى الملكية أمام المحكمة الابتدائية، فإنه يكون على هذه المحكمة أن تفصل ليس فى مسألة الملكية فحسب، بأن تقرر أى من الخصمين يملك المساحة المتنازع عليها، بل عليها أيضا أن تعيد الحدود الحقيقية لملك المتنازعين بحسب ما ينجلي عنه النزاع، حتى يتسنى لكل منهما أن يعود بعد ذلك إلى رفع دعوى وضع الحدود أمام القاضى الجزئى لمباشرة العملية المادية، فيأمر بوضع الحدود وفقا لما رسمته المحكمة الابتدائية⁽¹⁾.

172- الاشتراك فى نفقات التحديد :

تنص المادة 813 فى عجزها على أن: "وتكون نفقات التحديد شركة بينهما والمقصود أن تكون النفقات شركة بين المالكين المتلاصقين.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران على حسب الرؤوس، ولو اختلفت مساحات الأراضى، ولكن نفقات مسح الأراضى ذاتها تكون على أصحابها كل بنسبة مساحة الأرض التى يملكها⁽²⁾.

ويجب التمييز بين نوعين من النفقات :

النوع الأول :

النفقات التى تقتضيها الإجراءات التنفيذية للتحديد، أى عملية وضع الحدود

(1) محمد على عرفه ص 305.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 54.

كثمن الأوتاد ومصاريف تثبيتها، وكذا نفقات تحرير محضر التحديد. وهى نفقات ضئيلة فى ذاتها. وهذه النفقات تكون شركة بين المالكين وتقسم مناصفة بينهما وإذا كان الملاك أكثر من ثلاثة قسمت بالتساوى بينهم على حسب الرؤوس، بصرف النظر عن مساحة الأراضى المتلاصقة، لأن الفائدة التى تعود من وضع الحدود متساوية بالنسبة للجيران.

النوع الثانى :

نفقات بحث المستندات وتطبيقها على الطبيعة ومسح الأراضى المتلاصقة، رسم الحدود الفاصلة بينهما، وهذه تقضى العدالة أن تكون على أصحابها بنسبة مساحة الأرض التى يملكها كل من الجيران⁽¹⁾.

وإذا استدعى الأمر إدخال ملاك آخرين فى دعوى وضع الحدود- بالتفصيل السابق- فإن هؤلاء الملاك يشتركون فى النفقات لأن وضع الحدود واجب فرضه المشرع على كل مالك، ولاشك أنهم يستفيدون فى النهاية من نتيجة الحكم فى الدعوى المرفوعة، وذلك بالوقوف على الحدود الصحيحة لأملأهم⁽²⁾.

173- مصاريف الدعوى :

المقرر بالمادة 1/184 مرافعات أنه يلزم بمصاريف الدعوى خاسرها. وخاسر دعوى وضع الحدود، هو الذى يتضح من المرافعة أنه ادعى لأرضه مساحة غير مساحتها الحقيقية، فاضطر جاره بذلك إلى التقاضى لإجباره على التسليم بالحدود الحقيقية التى تتفق مع ظاهر مستندات الملكية⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 309 - الصده ص 134 وقارن السنهورى ص 989 فىرى أن النوع الثانى يشمل نفقات مسح الأراضى المتلاصقة فقط.

(2) محمد على عرفه ص 309.

(3) محمد على عرفه 309- الصده ص 134- محمد كامل مرسى ص 379 - السنهورى ص 990.

مادة (814)

1- لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

2- فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه.

الشرح

الحائط المشترك :

174- المقصود بالحائط المشترك :

الحائط المشترك، هو ذلك الذى يفصل بين بنائين مملوكين لمالكين، وليس لمالك واحد. وقد تكون ملكية الحائط المشترك مشتركة بين المالكين، أو تكون ملكية خالصة لأحدهما، وفى هذه الحالة ينعت بالحائط الفاصل.

ولم يعرض القانون المدنى القديم فى نصوصه إلا للحائط الفاصل الذى تكون ملكيته لأحد الجارين (م38/59-60) أما التقنين الحالى فقد أورد نصوصا شاملة للحائط الفاصل بنوعيه، حيث استبقى ما كان ينص عليه التقنين القديم واستكماله بنصوص تتناول الحائط المشترك استمدها من الشريعة الإسلامية والتقنين الفرنسى ومشروع التقنين الإيطالى. وهذه النصوص هى المواد من 814 إلى 818 مدنى، وبذلك استكمل الشارع ما كان ينقص هذه المسألة من تنظيم.

ويعتبر اشتراك الجارين فى ملكية الحائط الفاصل صورة خاصة للملكية الشائعة، إذ هو من قبيل الشيوع الإجبارى كما سنرى⁽¹⁾ فى موضعه من الموسوعة.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص64 - عبد المنعم الصده

175- استعمال الحائط المشترك :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "مالك الحائط المشترك أن يستعمله.... إلخ". ومعنى ذلك أن لكل شريك فى ملكية الحائط المشترك الحق فى استعماله.

غير أن هذا الاستعمال مقيد بقيدين : القيد الأول :

أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذى أعد له الحائط المشترك. والغرض من إنشاء الحائط المشترك هو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما، وكذلك وضع عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليه المالك سقف بنائه. كما أن لكل شريك أن يسند إلى الحائط ما يشاء من الأمتعة والأثاث، وله أن يحدث حفرا فى الحائط لكى يهبط فيه مكانا لدولاب أو مدفأة أو أنبوبة مياه أو نحو ذلك.

ولكن ليس له أن يفتح فى الحائط مطلات أو مناور، لأن هذا يتعارض مع الغرض الذى أعد له الحائط وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما⁽¹⁾. وإحداث هذه الفتحات لا يؤدى فى الأصل إلى اكتساب حق المثل على الجار بالتقادم، لأن حيازتها تكون مشوبة بمظنة العفو والتسامح إذ يجب لاكتساب مثل من الحائط المشترك بالتقادم أن يكون من شأن هذه الفتحات مضايقة الجار مضايقة جدية تنتفى معها شبهة التسامح⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) منصور مصطفى منصور ص 246- محمد على عرفه ص 312- نبيل إبراهيم سعد ص 92.

(2) محمد على عرفه ص 313.

"ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بناءين قد يكون مشتركاً وقد يكون غير مشترك. فإن كان مشتركاً، جاز لكل شريك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، ومن غير أن يحول ذلك دون استعمال الشريك الآخر له فلكل شريك أن يضع فوق الحائط سهاما ليسند عليها سقف بنائه، دون أن يحمل الحائط فوق طاقته..... إلخ" (1).

ولما كان شيوخ الحائط المشترك شيوعاً إجبارياً نظراً للغرض الذي أعد له الحائط، فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط، كما لا يجوز له التصرف في حصته الشائعة مستقلة عن العقار الذى يملكه، ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصّة الشائعة استقلاً (2).

وللجار أن يلجأ إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ليحول دون استمرار جاره فى عمل يرى أن فيه إخلالاً بالغرض الذى أعد له الحائط، أو أن من شأنه إلحاق الضرر به. أما بعد إتمام العمل فيكون له أن يطالب إما بإزالته أو بإدخال تعديلات عليه، مع عدم الإخلال بحقه فى تعويض الضرر الذى لحق به. وللقاضى أن يأمر بما يراه لازماً بحسب تقديره لظروف الحالة وملايساتها (3).

القيد الثانى :

ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله للغرض الذى أعد له، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط.

ويجب أن يراعى فيما يسنده إلى الحائط من الأمتعة والأثاث طاقة الحائط واحتماله، وألا يكون فيما يجريه من حفر فى الحائط ما يقلل من متانته.

ولئن كان يجوز للشريك أن يضع عوارض على الجدار ولو تجاوزت نصف

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 64 وما بعدها.

(2) المستشار أنور العمروسى ص 154.

(3) محمد على عرفه ص 314.

السّمك، أو يجرى فتحات تجاوز هذا الحد، تأسيساً على أن كل شريك يملك على الشيوع فيرد حقه على الحائط كله⁽¹⁾، إلا أنه لا يجوز أن يحول ذلك دون استعمال الشريك الآخر للحائط في وضع أعمدة عليه أو إجراء حفر به، إذ أن في هذه الحالة يجب التزام كل شريك بنصف سمك الحائط.

176 - نفقات صيانة وإصلاح وتجديد الحائط المشترك :

صيانة الحائط المشترك يتحمل نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته في الحائط. وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذي خصص له عادة، فيحتاج إلى ترميم أو إلى هدم وإعادة بناء. فإذا كان ذلك يرجع إلى خطأ أحد الشركاء كان هو الملزم بنفقات الترميم أو نفقات الهدم وإعادة البناء.

أما إذا كان ذلك لا يرجع إلى خطأ أي من الشركاء، فإن هذه النفقات يتحملها الشركاء بنسبة حصة كل منهما في ملكية الحائط المشترك.

ويجوز لأي منهم أن يجبر الآخرين على المساهمة في هذه النفقات. أما إذا كان الإصلاح أو التجديد غير مفيد إلا للشريك الذي يطلبه فعليه أن يتحمل وحده نفقاته. كأن يحتاج أحد الشريكين إلى تقوية الحائط أو إلى هدمه وإعادة بنائه لتعلية مبانيه المسندة إليه أو للتعديل فيها⁽²⁾.

وإذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضرورياً ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له، ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) منصور مصطفى منصور ص 246.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 104 - عبد المنعم البدرأوى ص 123.

".... فإذا احتاج الحائط إلى ترميم أو تجديد، فإن كان ذلك بسبب خطأ من أحد الشريكين كان هو الملزم وحده بالترميم أو التجديد، وإلا اشترك الجاران فى النفقات كل بنسبة حصته فى الحائط" (1).

والالتزام بتحمل مصاريف الصيانة والإصلاح والتجديد التزام عيى، ومن ثم يجوز للشريك التخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن ملكيته الشائعة فى الحائط. وإذا تخلى الشريك عن ملكيته الشائعة، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذى له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميمه وصيانته. فإن لم يرممه، وسقط الحائط، كانت الأنقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسماها بينهما. على أن حق الشريك فى التخلى عن الحائط على النحو الذى قدمناه يشترط فيه ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا إلى الحائط، وإلا فإنه سيظل منتقعا بالحائط بل يجب أن يهدم البناء أولا ثم يتخلى عن الحائط. ولا يكفى أن يتعهد بهدم البناء، لأنه قبل أن يتهدم البناء فعلا يظل شريكا فى الحائط ولا يستطيع التخلى عنه (2).



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 65.

(2) السنهورى ص 1319 - محمود جمال الدين زكى ص 204.

مادة (815)

- 1- للمالك إذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه، بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلق، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته.
- 2- فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع مازاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلق مشتركا، دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض.

الشرح

177 - حق الشركاء فى تعلية الحائط المشترك :

رأينا أن للمالك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أعد له. وقد تقتضى الإفادة من الحائط تعليته حتى يستر سطح البناء أو الطبقات الجديدة التى يراد إنشاؤها.

فإذا اتفق الشريكان على التعلية تحمل كل منهما نصيبه فى نفقاتها بحسب حصته فى الحائط المشترك.

178 - حالة وجود مصلحة لأحد المالكين فى التعلية :

إذا لم يتفق الشريكان على تعلية الحائط المشترك. وكان لأحدهما مصلحة جدية فى التعلية، جاز لهذا الشريك أن يستقل بالقيام بالتعلية، بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا جسيما. وعليه أن يتحمل نفقة التعلية وصيانة الحائط حتى تتم

التعليية، ثم صيانة الجزء المعلى، وإجراء ما يلزم لتمكين الحائط من أن يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليية دون أن يفقد الحائط شيئاً من متانته. ويظل الجار الآخر ملزماً بالاشتراك فى نفقة صيانة الجزء الأسفل كلما اقتضى الحال ذلك، حتى ولو كانت الصيانة لازمة بسبب زيادة العبء⁽¹⁾. وإذا اقتضت التعليية إعادة بناء الحائط، كانت نفقة ذلك على الجار الذى له مصلحة فى التعليية، وما زاد من سمك الحائط يكون فى ناحيته بقدر الإمكان، وإلا دفع لشريكه تعويضاً عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الشريك. ويكون الحائط المجدد مشتركاً فى غير الجزء المعلى، ولا يدفع الشريك تعويضاً للشريك الذى قام بالتعليية عن الفرق فى القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"..... أما إذا اقتضى الأمر تعليية الحائط لمصلحة الجارين، اشتركا معا فى نفقات التعليية كل بنسبة حصته. فإذا كانت التعليية تقتضيها مصلحة جدية لأحد الجارين دون الآخر، كان لهذا الجار أن يعلى الحائط على أن لا يلحق بشريكه ضرراً جسيماً، وعلى أن يتحمل نفقة التعليية وصيانة الجزء المعلى، وإجراء ما يلزم لتمكين الحائط من أن يتحمل زيادة العبء الناشئة عن التعليية دون أن يفقد الحائط شيئاً من متانته. فإذا اقتضت التعليية إعادة بناء الحائط، كانت نفقة ذلك على الجار الذى له مصلحة فى التعليية، وما زاد من سمك الحائط يكون فى ناحيته بقدر الإمكان، وإلا دفع تعويضاً لشريكه عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا

(1) ويذهب الدكتور محمد على عرفه ص 316 إلى أن هذا حكم جائر لا سبيل إلى التخفيف من حدته إلا بتحصيل محدث التعليية نفقات الصيانة الناشئة عن زيادة العبء، باعتبار أنه قد تسبب بفعله فى ضرورة هذه النفقات، وتلك مسألة يستعان فى تحقيقها بخبرة الخبراء.

(2) جميل الشرقاوى ص 104 - رمضان أبو السعود 216.

الشريك.

ويكون الحائط المجدد مشتركا فى غير الجزء المعلق، ولا يدفع الشريك تعويضا للشريك الذى قام بالتعليق عن الفرق فى القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد (مادة 1183 من المشروع، ولا نظير لها فى التقنين الحالى، وانظر مادة 70 من مرشد الحيران، ومادة 75 من المشروع الإيطالى، ومادة 659 من التقنين الفرنسى). أما الجزء المعلق سواء عُلّي دون تجديد الحائط أو بعد التجديد، فسيبقى ملكا خاصا للشريك الذى قام بالتعليق... الخ⁽¹⁾.

179- تعليق الحائط عن طريق إعادة بنائه :

إذا كانت تعليق الحائط المشترك غير ممكنة دون هدم الحائط وإعادة بنائه، كان للجار الذى له مصلحة جدية فى ذلك القيام بهدم الجار وإعادة بنائه على نفقته، بشرط ألا يلحق بالجار ضررا جسيما. كأن يكون بناء الجار الآخر معتمدا على الحائط، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه أو تصدعه، فإن هذا يعتبر ضررا جسيما يلحق الجار، ويمنع من يريد التعليق من القيام بها. وعليه فى هذه الحالة أن يترك الحائط المشترك على حاله ويبنى حائطا آخر إلى جانبه عند الاقتضاء، ويكون هذا الحائط الآخر ملكا خالصا له⁽²⁾.

أما إذا كانت إعادة البناء لا تلحق ضررا جسيما بالبناء، كان للجار هدم الحائط وإعادة بنائه على نفقته. وما زاد من سمك الحائط يكون من ناحيته بقدر الإمكان، وإلا دفع تعويضا لشريكه عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الشريك.

ويكون الحائط الجديد مشتركا بين الجارين فى غير الجزء المعلق الذى يكون مملوكا لمن أقامه ويتحمل وحده نفقات صيانته ولا يجوز لمحدث التعليق الحق فى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 65.

(2) السنهاورى ص 1322 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 206.

مطالبة جاره بتعويض ما كالفرق في القيمة بين الحائط القديم والحائط الجديد. لأنه وإن كان سيستفيد من تجديد الحائط، إلا أنه لا يجبر على الاشتراك في نفقات التجديد، لكونها نجمت بسبب حاجة الشريك الآخر إلى التعلية، ولم تستلزمها حالة الحائط.

كما أن محدث التعلية سيراعى في بناء الحائط الجديد، ما يلزم لتحمله عبء التعلية.



مادة (816)

للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة.

الشرح

180 - حق الجار فى الاشتراك فى الجزء المعلى :

يعتبر الجزء المعلى من الحائط مملوكا ملكية خاصة للشريك الذى أنشأه. وهذا وضع طبيعى لأنه تحمل بمفرده نفقات إنشائه. ولكن الشريك الآخر قد يحتاج إلى الإفادة من التعلية إذا أراد أن يضيف فى المستقبل إلى بنائه. وبما أنه شريك فى الجزء الأسفل من الحائط، فقد كان طبيعيا أن يجعل له المشرع حق الاشتراك فى الجزء المعلى جبرا على ماله.

فإذا أبدى الجار رغبته فى الاشتراك فى الجزء المعلى حتى يتم له الاشتراك فى ملكية الحائط بأكمله، فعليه أن يدفع نصف نفقات التعلية، وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها الزيادة فى السمك - فى ملك من قام بالتعلية - إن وجدت. وظاهر أن هذه الزيادة لا توجد إلا فى حالة هدم الحائط وإعادة بنائه لتحمل التعلية.

وليس لإبداء هذه الرغبة شكل خاص، فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك⁽¹⁾.

أما النفقات فهى التكاليف التى تكلفها بناء الجزء المعلى، ونفقات تدعيم الجزء الأسفل أو إعادة بنائه. ويرجع لتقدير هذه النفقات إلى وقت إنشاء التعلية، لا إلى

(1) السنهاورى ص 1320.

وقت طلب الاشتراك فيها. فلا عبء إذن بقيمة الجزء المعلى وقت طلب الاشتراك فيه. ولهذه التفرقة أهميتها عند زيادة تكاليف البناء وقت طلب الاشتراك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الجزء المعلى سواء علّى دون تجديد الحائط أو بعد التجديد، فسيبقى ملكا خالصا للشريك الذى قام بالتعليق. ولكن إذا أراد الشريك الآخر أن يكون هذا الجزء أيضا مشتركا بينهما، جاز ذلك، وعليه أن يدفع نصف نفقات التعليق، بقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك، إذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعليق (مادة 1184 من المشروع، ولا نظير لها فى التقنين الحالى، وانظر مادة 660 من التقنين الفرنسى)⁽²⁾.

181 - عدم سقوط حق الاشتراك فى الجزء المعلى بالتقادم :

يبقى حق الجار فى الاشتراك فى الجزء المعلى ما بقى سببه وهو الاشتراك فى ملكية السفلى، فلا يسقط بالتقادم⁽³⁾.

ومما ينبغى ملاحظته أنه فى حالة زيادة سمك الحائط حتى يتحمل التعليق، تظل الأرض التى تحملت بهذه الزيادة ملكا للمالك الذى تقع الزيادة فى ناحيته فلا يجوز للمالك الآخر أن يدعى اكتساب ملكية هذه الزيادة بالتقادم بحجة اشتراكه فى الجزء الأسفل من الحائط مدة تزيد على 15 سنة. ولذلك يكون من حق الجار الذى تقع هذه الزيادة فى ملكه أن يستردها عند هدم الحائط وإزالته، ما لم يكن جاره قد استعمل حقه فى الاشتراك فى الجزء المعلى قبل إزالته الحائط. إذا أن هذا الاشتراك يقتضيه كما قدمنا دفع قيمة نصف الأرض

(1) محمد على عرفه ص 318.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 65.

(3) منصور مصطفى منصور ص 248 - نبيل إبراهيم سعد ص 94.

التي تقوم عليها زيادة السمك، فيصبح شريكا في ملكيتها⁽¹⁾.

182 - وجوب تسجيل الاشتراك في ملكية الجزء المعلى :

اشترك الجار في ملكية الجزء المعلى بالاتفاق مع محدث التعلية يعد تصرفا قانونيا على العقار، ولذلك يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وكذلك لو صدر بالاشتراك حكم من القضاء، وذلك عملا بالمادة التاسعة من قانون الشهر العقاري⁽²⁾.



(1) محمد على عرفه ص 319.

(2) السنهاورى ص 1325 - محمود جمال الدين زكى ص 206.

مادة (817)

الحائط الذى يكون فى وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما، ما لم يقد دليل على العكس.

الشرح

183- إثبات الاشتراك فى الحائط المشترك :

يجوز للجار إثبات أن الحائط الذى يفصل بين بنائه وبناء الجار مشترك بينهما. وله إثبات ذلك طبقا للقواعد العامة.

فيجوز للجار إثبات ملكيته المشتركة بإقامة الحائط مع جاره بنفقات مشتركة، أو أن الجدار كان مملوكا لجاره وتصرف له فى حصة شائعة فيه بأى تصرف قانونى.

كما يجوز إثبات ذلك بالتقادم، فمضى خمس عشرة سنة على استعمال الحائط استعمالا مشتركا يكسب الملكية المشتركة فيه حتى ولو كان الأصل حائطا خاصا أقامه أحد الجارين على نفقته وذلك تطبيقا لأحكام التقادم المكسب، ويشترط لذلك ألا يكون استعمال الجار للحائط مبنيا على التسامح.

إلا أن المشرع وضع قرينة قانونية تيسر إثبات اشتراك الجار فى الحائط نصت عليها المادة 817 مدنى، ونعرض لهذه القرينة فى البند التالى.

184- القرينة المنصوص عليها بالمادة 817 مدنى :

تنص المادة 817 على أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما، ما لم يقد دليل على العكس فيشترط لقيام هذه القرينة شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين، فلا يكفى أن يكون فاصلا بين أرض وبناء، أو بين أرضين.

الشرط الثانى :

أن يكون الفصل بين البنائين قد تحقق منذ إنشاء الحائط. فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط، فلا تقوم القرينة. ويعتبر فى وضعه الجديد فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خالصة لصاحب هذا البناء.

وعليه إذا ادعى أحد الجارين، أنه شريك فى ملكية الحائط الفاصل فحسبه أن يقيم الدليل على توافر هذين الشرطين. فإذا نجح فى الإثبات انطبق حكم القرينة، فيعتبر الحائط مشتركا بينه وبين جاره حتى مفرق البنائين، أى حتى قمة البناء الأقل ارتفاعا.

أما الجزء الذى يعلو المفرق فيعتبر مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى ويشمل حكم القرينة الحائط والأرض التى يقوم عليها. وتتأسس هذه القرينة على أن الحائط مادام يحقق فائدة للبنائين فالأرجح أن يكون المالكان قد أقاماها معا على أرض كل منهما بقدر النصف وبنفقات مشتركة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويشترط حتى تقوم هذه القرينة القانونية شرطان: (أ) أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين. فلا يكفى أن يكون فاصلا بين أرضين، أو بين أرض وبناء، (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البناءين منذ إنشائه، فإن لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط، فأصبح هذا الحائط جزءا من البناء الأول، فإن القرينة لا تقوم، ويعتبر فى وضعه الجديد فاصلا بين بناءين ومملوكا ملكية خالصة لصاحب هذا البناء"⁽²⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 200.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى ج6 ص 64.

ويستطيع الجار الآخر أن ينقض القرينة بالدليل العكسي. كأن يقدم سنداً يثبت أنه يملك الحائط كله أو يثبت أنه استعمل الحائط وأنفق على إصلاحه مدة خمس عشرة سنة فتملكه بالتقادم.

أو يستدل بعلامات ظاهرة تفيد أن الحائط قد أعد لاستعمال أحد الجيران فحسب، كما لو أعد الحائط لتحمل سقف أحد البنائين دون الآخر، أو يثبت أن الحائط كله يقوم على أرضه، حيث تنهض على ملكيته له قرينة قانونية أخرى فحواها أن (ملكية الأرض تشمل ما فوقها).

وإذا تعارضت القرائن رجح قاضى الموضوع بينها.

وغنى عن البيان أنه فى الحالات التى لا تقوم فيها القرينة يجرى الإثبات طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم الصده ص 136 - توفيق فرج ص 186 وما بعدها.

مادة (818)

1- ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 816.

2- ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

الشرح

الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين :

185 - لا يجوز إجبار الجار على تحويط ملكه :

المقصود بتحويط الملك، إنشاء المالك سياج فاصل بين ملكه وبين ملك الجار، فهو يختلف عن وضع الحدود بالمعنى المتقدم ذكره. وإذا كان للجار - كما رأينا سلفاً - أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، فليس له أن يجبره على تحويط ملكه.

186 - لا يجوز إجبار الجار عن النزول عن جزء من حائط أو من الأرض

التي عليها الحائط :

إذا كان الحائط الفاصل بين البنائين مملوكاً لأحد الجارين، فليس للجار الآخر أن يجبره على مشاركته في هذا الحائط أو في الأرض التي عليها الحائط، حتى لو كان ذلك في مقابل تعويض يدفع إليه، فمالك الحائط الفاصل له مطلق الحرية في قبول اشتراك الجار الآخر معه في الحائط أو عدم قبوله⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 40 وما بعدها - نبيل إبراهيم سعد ص 94.

ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التى ينفرد فيها أحد الشركاء بتعليق الحائط المشترك طبقا لحكم المادة 816 مدنى سالف الذكر.

غير أن للجار أن يستتر بالحائط الفاصل.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"أما إذا لم يكن الحائط مشتركا، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين، فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك ولو بدفع تعويض. على أن له أن يستتر بالحائط.... إلخ" (1).

ولا يوجد ما يمنع من جواز تملك الحائط على الشيوع بوضع اليد المدة القانونية، لأنه كان فى وسع المالك الأصلى إرغام الجار على عدم انتفاعه بالحائط انتفاعا يؤدى إلى تملكه بوضع اليد. ويصير الحائط بتملك الجار له بوضع اليد مشتركا بين الفريقين فى الجزء الذى يستر فيه هذا الحائط منزل الجار واضح اليد (2).

187 - التزام مالك الحائط الفاصل بعدم هدمه إلا لعذر قوى :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط".

فالأصل أن الجار الذى يملك الحائط الفاصل ملكية خالصة يكون له وحده حق استعماله والتصرف فيه، سواء كان هذا التصرف ماديا أو تصرفا قانونيا. غير أن الشارع أورد قيда على حق هذا الجار فى أن يتصرف فى الحائط بالهدم. وكانت المادة 60/38 من التقنين المدنى القديم تنص على هذا الحكم. وهو يعتبر تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق، إذ أن استعمال الحق يكون غير مشروع "إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها" (5/ب مدنى).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 65.

(2) محمد كامل مرسى ص 388.

وبيين من النص أن المالك يتمتع عليه أن يهدم الحائط الفاصل إذا توافرت شروط ثلاثة وهى :

1- أن يكون ملك الجار مستترا بالحائط، وذلك بأن يكون الملك مسورا من جهاته الثلاث وأن يكون الحائط حده الرابع⁽¹⁾.

ولا ينفي الاستتار أن يكون ملك الجار غير مسقوف⁽²⁾.

فإذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو من جهة واحدة، أو كان غير مسور أصلا، فلا يمكن أن يقال أنه مستتر بالحائط الفاصل.

2- أن يكون من شأن هدم الحائط أن يضر بالجار. والمقصود بالضرر، الضرر المحسوس الذى يلحق بالجار الذى يستتر بالحائط. فإذا كان هذا الجار له أرض فضاء فسورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره فى الجهة الرابعة، فهدم الجار لحائطه لا يعود فى هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الأرض الفضاء⁽³⁾.

3- ألا يكون بالمالك حاجة ملحة إلى هدم الحائط، وهذا هو المقصود بالضرر القوى.

ويعتبر من قبيل الحاجة الملحة أو العذر القوى رغبة المالك فى هدم منزل مخصص لسكنائه، ليقيم مكانه عمارة للاستغلال. ويعتبر كذلك من باب أولى أيلولة الحائط للسقوط لقدمه أو لعيب فى بنائه. ولقضى الموضوع مطلق الحرية فى تقدير قيمة الأضرار التى يبيدها المالك لهدم الحائط⁽⁴⁾.

(1) السنهاورى ص 133- محمد كامل مرسى ص 389- عبد المنعم البدرى فى الحقوق العينية الأهلية ص 119.

(2) عبد المنعم الصده ص 141 وما بعدها - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 321.

(3) السنهاورى ص 1331- محمود جمال الدين زكى ص 207.

(4) محمد على عرفه ص 321.

وكما ذكرنا سلفاً، يعتبر منع مالك الحائط الفاصل من هدمه بالشروط التي تضعها المادة تطبيقاً لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق وفقاً للمعيار الوارد في الفقرة (ب) من المادة الخامسة من القانون المدني، أي على أساس أن هدم الحائط إذا كان لا يبرره عذر قوى وكان بسبب للجار الذي يستتر ملكه بهذا الحائط الفاصل ضرراً، يكون استعمالاً للحق يرمى إلى تحقيق مصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها⁽¹⁾.

188 - حقوق الجار على الحائط الفاصل :

يقتصر حق الجار على الاستتار بالحائط الفاصل، دون أن يدخل فيه أبنية أو يجرى فيه حفراً أو غير ذلك مما يضر به، إذ ليس للجار من الحائط سوى الانتفاع السلبي الناشئ عن وجوده⁽²⁾.

ولا يجوز للمالك إلزام الجار بنصيب في نفقات صيانة الحائط.

189 - حق الجار في اللجوء إلى القضاء المستعجل :

لما كان الاعتراض على هدم الحائط الفاصل حقاً مقرراً للجار المستتر ملكه به، فلهذا الجار أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة ليأمر بوقف أعمال الهدم التي بدأها المالك دون موافقة جاره. وعلى المالك في مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر في مواجهة الجار حكماً بجواز هدم الحائط دون أن يكون له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتراض الجار على الهدم لأنه إنما يستعمل حقه القانوني في الاعتراض⁽³⁾.

(1) جميل الشرقاوى ص 102.

(2) إسماعيل غانم ص 80.

(3) محمد على عرفه ص 321.

مادة (819)

1- لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجة .

2- وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل.

الشرح

المطل المواجه :

190- تعريف المطلات :

المطلات فتحات لا تتجاوز قاعدتها فى الارتفاع قامة الإنسان العادى. تمكن من إدخال الهواء والنور والإطلال إلى الخارج، كالنوافذ والمشربيات والخارجات. فلا يكفى أن تسمح النافذة بمرور الهواء والنور لتكون مطلا، بل يلزم أن يكون المقصود بالانتفاع منها النظر وهذا التعريف مستفاد من معنى المطل الشرعى والعرفى⁽¹⁾.

191- هل تعتبر الأبواب ومداخل العقارات مطلات ؟

يذهب رأى إلى أن الأبواب ومداخل العقارات لا تعتبر مطلات، إذ هى لا تعد

(1) محمد كامل مرسى ص 397 - محمود خيال ص 62.

للإطلال على الجار، بل هي موجودة أصلاً للدخول إلى العقار والخروج منه⁽¹⁾.
بينما ذهب آخر إلى اعتبارها من المطلات لأنها تمكن من الإطلال على تلك الجار⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض في حكم حديث لها بالرأى الأخير إذ قضت بتاريخ 2002/1/18 في الطعن رقم 5895 لسنة 63 ق بأن :

"إذ جاءت النصوص الخاصة بوضع قيود مسافة على المطلات عامة دون تفرقة بين باب ونافذة- فإنها تسرى على المطلات جميعاً متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقارين، ويكون للأخير طلب الحكم بسدها عند عدم مراعاة المسافة القانونية ولو كان العقار المطل عليه أرضاً فضاء باعتبار أن فتح المطل في هذه الحالة اعتداء على الملك، يترتب على تركه اكتساب المعتدى حق ارتفاق بالمطل يلزم صاحب العقار المطل عليه بمراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بعد من بناء وهي نتيجة تتأبى مع النظر القانوني الصحيح".

192 - تعريف المطل المواجه :

المطل المواجه هو الذي يسمح بالنظر المستقيم إلى ملك الجار مباشرة. إذ يفتح في حائط يوازي الخط الفاصل بين العقارين أو يقرب من أن يكون كذلك، بحيث يتقابل الخط العمودي المقام من سطح المطل في إحدى النقط مع الملك المجاور في مسافة أياً كان طولها فهو بذلك لا يكلف من يطل منه عناء في أن يرى ما يجري عند الجار بأن يلفت رأسه يمينا أو شمالاً أو ينحني إلى الخارج⁽³⁾.

(1) السنهاوري ص 1027 - محمد علي عرفه ص 330- المستشار أنور العمروسي ص 190.

(2) محمد كامل مرسى ص 400- عبد المنعم الصده ص 400.

(3) عبد المنعم الصده ص 144 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 324 وما بعدها. =

= ونعرض فيما يلي رسماً توضيحياً للمطل المواجه:

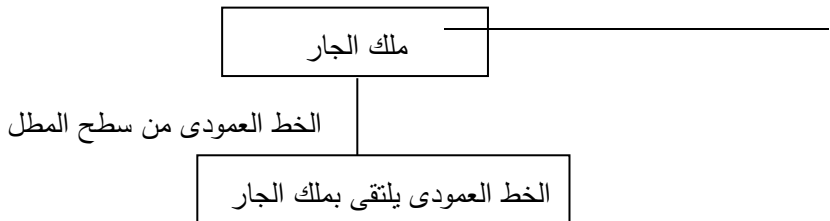
ولذلك فإن الخارجات كبروز الشرفات والبلكونات أو المشربية تكون مطلا مواجهها بالنسبة للعقارات المواجهة لها من أى ناحية من نواحيها الثلاث لأن الناظر يمكنه أن ينظر إليها دون حاجة إلى الانحناء للخارج، وهى تعتبر مطلا منحرفا بالنسبة للعقار الذى تقع واجهته على نفس الخط⁽¹⁾.

ويبين مما تقدم أن المطل المواجه يفترض دائما وجود ملك الجار كله أو بعضه فى مواجهة الفتحة التى تسمح بالنظر تجاهه⁽²⁾.

ويعتبر المطل المواجه أشد مضايقة للجار من المطل المنحرف إذ يمكن الجالس فى مسكنه دون أن يتحرك من رؤية ما يحدث لدى جاره. لذلك قيد الشارع فتح المطل المواجه بقيد أشد مما قيد به فتح المطل المنحرف كما سنرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر أنه إذا كانت الفتحات مطلة مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهى مطلات مقابلة لا منحرفة لأن هذه هى التى لا تسمح بنظر ملك الجار إلا بالالتفات عنها إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج وإذن فلا شك أن لذلك الجار الحق فى سد الفتحات. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما استخلصه من الثابت بالأوراق وبتقرير الخبير من أن الفتحات محل النزاع التى أجراها الطاعن بمنزله الملاصق لمنزل وأرض المطعون ضدها تطل مباشرة على ملكها عند الحد الفاصل بين العقارين دون ترك المسافات المقررة قانونا وإنها لذلك تعد مطلات مقابلة للمطعون ضدها



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 126.

(2) محمد على عرفه ص 326 - محمود جمال الدين زكى ص 73.

وليست مواجهة للطريق العام ومن ثم فإن الطاعن بإقامته لها قد اعتدى على حق مشروع للمطعون ضدها وإذ أنها وقد أقامت على أرضها منزلا وتركت جزءا منها كممر خاص لها كان من حقها إلزام جارها - الطاعن - بالقيود التي ترد على حق الملكية، وإذ كان الثابت فضلا عن ذلك أن ترخيص البناء الصادر للطاعن قد منعه من فتح تلك المطلات فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى من كل ذلك إلى القضاء للمطعون ضدها بسد المطلات فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعى عليه على غير أساس".

(طعن رقم 1839 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/3)

193 - قيد المسافة :

نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجية والمعتبر في قياس هذه المسافة هو حد ملك الجار، بصرف النظر عما قد يكون ببنائه من أبراج أو شرفات خارجة عن هذا الحد.

فإذا كان المطل نافذة أو شبাকা مفتوحا في حائط من حوائط المبنى، أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية، فإن كانت المسافة ما بين خط البداية وخط النهاية مترا أو أكثر، كان المطل المواجه مفتوحا في حدود المسافة القانونية. وإن كانت هذه المسافة أقل من متر، كان المطل المواجه مجاوزا لحدود المسافة القانونية.

وإذا كان المطل المواجه خارجة أو شرفه أو فيراندا أو تراسا أو بلكونا أو غير ذلك كانت نقطة البداية هي حافة المشربة أو الخارجية ونقطة النهاية هي دائما الخط الفاصل ما بين العقارين، ويجب أن تكون المسافة ما بين هاتين النقطتين لا تقل عن متر. وإذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك، فالخط الفاصل

هو منتصف سمك هذا الحائط⁽¹⁾.

ويسرى قيد المسافة على جميع العقارات حتى تلك المملوكة للدولة ملكية خاصة، كما لا يهم أن يكون ملك الجار بناء أو أرضاً زراعية أو أرض فضاء، مسكونة أو غير مسكونة⁽²⁾. فى مدينة أو قرية.

أو ما إذا كانت المنافذ تفتح فى حائط المنزل أو فى حائط السياح أو السور، ولكنها لا تسرى على الأسوار الحديدية⁽³⁾.

كما لا يشترط وجود فتحات متقابلة فى العقارين، أى فى العقار الذى تفتح فيه والمطلات والعقارات التى تفتح عليه⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"طلب سد المطلات غير القانونية هو حق لصاحب العقار المطل عليه ولو كان أرضاً فضاء، باعتبار أن فتح المطلات اعتداء على الملك يترتب على تركه اكتساب صاحبها حق ارتفاع بالمطل والتزام مالك العقار المرتفق به مراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بناء".

(طعن رقم 699 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/15)

ولا ينطبق القيد الخاص بالمسافة فى حالة وجود رصيف طبيعى ناتج من اختلاف ارتفاع العقارين المجاورين. وفى هذه الحالة يجب على مالك الأرض الأقل ارتفاعاً أن يتحمل بسبب طبيعة الأمكنة أن يكون لمالك الأرض الأكثر ارتفاعاً مطل مواجه على عقاره، إذا كان المالك الأعلى لم يجعل هذا الارتفاق الطبيعى أكثر عبئاً ببعض الإنشاءات، ولكن إذا أقام المالك الأعلى "درازيناً"

(1) السنهاورى ص 1024 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 146 - محمد كامل مرسى ص 398.

(3) رمضان أبو السعود ص 61.

(4) محمد كامل مرسى ص 398.

يسهل الإطلال على ملك الجار فإنه يمكن سده⁽¹⁾.

وليس للمطل حجم محدد، فلم يرد بالقانون أى قيد على حجم المطل.
وقيد المسافة الوارد بالمادة لا يحول دون مراعاة قيود المسافة الأخرى
المنصوص عليها فى تشريعات خاصة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى ما نصت عليه المادتان الثالثة والسادسة من القانون رقم 63 لسنة 1974 بشأن منشآت قطاع الكهرباء أنه بالنسبة للعقار الذى تمر فوقه أو بالقرب منه أسلاك الخطوط الكهربائية ذات الجهود الفائقة أو العالية أو المتوسطة يحظر على صاحبه - دون مراعاة المسافات المنصوص عليها فى المادة السادسة - أن يقيم مبان على الجانبين إذا كان العقار أرضا فضاء أو أن يرتفع بالمبانى إذا كان العقار مبنيا، وفى حالة مخالفة هذا الحظر يتعين طبقا للمادة الثالثة أن يحكم على وجه الاستعجال بهدم المبانى المخالفة وإزالتها على نفقة المخالف".

(طعن رقم 34 لسنة 51 ق جلسة 1985/2/27)

ولم يتعرض القانون رقم 106 لسنة 1976 (المعدل) بشأن تنظيم وتوجيه أعمال البناء لقيد المسافة بالنسبة للمطلات المواجهة للعقار ومن ثم فإنه لم يضع استثناء من نص المادة 819 مدنى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت أحكام القانون 106 لسنة 1976 ولائحته التنفيذية فى شأن تنظيم وتوجيه أعمال البناء قد نظمت قيد المسافة بالنسبة للأبنية الخارجية والداخلية دون أن تتعرض لقيد المسافة بالنسبة للمطلات المواجهة للجار والتي مازالت تخضع لحكم المادة 819 من القانون المدنى، كان الحكم المطعون فيه بما له من سلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى قد خلص استنادا إلى تقرير الخبير المنتدب والرسم

(1) محمد كامل مرسى ص 398 هامش (1).

الهندسى إلى أن ما أقامه المطعون ضده من فتحات فى عقاره تعد مطلات مواجهة قانونية مما تخضع لحكم المادة 819 من القانون رقم 106 لسنة 1976 بشأن تنظيم وتوجيه أعمال البناء وكان ذلك بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتكفى لحمله فإنه يكون قد طبق صحيح القانون".

(طعن رقم 1483 لسنة 57 ق جلسة 1989/10/25)

194 - هل يسرى قيد المسافة إذا كان عقار الجار مسورا بحائط مرتفع لا فتحات فيه ؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه يجب مراعاة قيد المسافة ولو كان ملك الجار محاطا بسور فاصل (أصم) يمنع رؤية ملك الجار من المبنى الذى يفتح فيه المطل (بسبب انخفاض المبنى أو ارتفاع السور)⁽¹⁾ لأن استثناء هذه الصورة لا يستند إلى أساس فى القانون⁽²⁾.

فالقانون لا يفرق بين العقارات المسورة وغيرها ولا بين ما إذا كان السور أو الحائط يمنع من النظر أو لا يمنع.

بينما يذهب رأى الغالب - الذى نؤيده - إلى أن الغرض من قيد المسافة هو منع النظر القريب إلى ملك الجار، لذلك لا يكون هناك مبرر للتقيد بالمسافة القانونية إذا كان عقار الجار مسورا بحائط مرتفع أصم لا فتحات فيه من شأنه أن يمنع من وصول النظر إليه⁽³⁾.

على أن للجار إذا ما هدم الحائط الساتر لملكه أن يطلب سد المطلات التى فتحت دون تقيد بالمسافة، وذلك أيا كانت المدة التى بقيت فيها تلك المطلات

(1) محمود جمال الدين زكى ص 76 - جميل الشرقاوى ص 107.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 76.

(3) محمد كامل مرسى ص 401 - السنهورى ص 1028 - إسماعيل غانم ص 77 - محمد

على عرفه ص 331 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 92 هامش (1).

مفتوحة تطل على الحائط قبل هدمه. ذلك أن الإبقاء على تلك المطلات طوال تلك المدة لا يتضمن تعديا على ملك الجار، فقييد المسافة لم يكن منطبقا، وحياسة الارتفاق لا تقوم على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات⁽¹⁾.

195- حالة ما إذا كان العقاران يفصل بينهما أرض مشتركة :

إذا كان العقاران المتجاوران يفصل بينهما أرض مشتركة بين المالكين وجبت التفرقة في شأنها بين الشيوع العادي والشيوع الجبري.

فإن كان الشيوع عاديا تعين على من يفتح مطلا من المالكين أن يراعى المسافة القانونية من حد الأرض المشتركة المجاورة لعقاره، وليس من منتصف هذه الأرض، وإذا كان الشيوع جبريا، كما لو كانت الأرض المشتركة فناء أو طريقا معدا لاستعمال المالكين الدائم، فإن قيد المسافة يرتفع بشرط ألا يقل عرض هذه الأرض عن المسافة القانونية وألا يتعارض فتح المطل مع الغرض الذي خصصت له⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك بأنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة إذ يعتبر هذا الإغفال قصورا في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه. لما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام خبير الدعوى ولدى محكمة أول درجة بأن المطلات مفتوحة على المسافة القانونية تأسيسا على ما أثبتته الخبير في تقريره من أن المطلات مفتوحة على منور مشترك بين طرفي النزاع تتراوح مساحته بين 1.2، 2.7 مترا وأنه قد مضى على فتحها أكثر من ثلاثين

(1) منصور مصطفى منصور ص 92 هامش (1) رمضان أبو السعود ص 61.

(2) عبد المنعم الصده ص 146.

عاما، وهو دفاع جوهرى- إن صح- يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، ويعتبر مطروحا على محكمة الاستئناف بحكم المادة 233 من قانون المرافعات التى ترتب على الاستئناف نقل الدعوى إلى هذه المحكمة بما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة من دفع أو أوجه وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف حتى ما كان قد فصل فيه لغير مصلحته أثناء سير الدعوى دون حاجة إلى استئناف فرعى منه كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن التمسك بشيء منها صراحة أو ضمنا - وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتعرض لهذا الدفاع الجوهرى إيرادا له وردا عليه بما يقتضيه من البحث والتمحيص، فإنه يكون معيبا بقصور مبطل له مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 5443 لسنة 62 ق جلسة 2000/3/5)

196 - المطالات التى يفصلها عن عقار الجار أرض لآخر:

إذا وجد بين العقار الذى تفتح فيه النوافذ وملك الجار أرض يقل عرضها عن المسافة القانونية مملوكة لآخر وكان لمالك العقار الذى تفتح فيه النوافذ حق المثل عليها، وجبت مراعاة المسافة القانونية بالنسبة إلى عقار الجار⁽¹⁾.

197 - قيد المسافة المقرر بالنسبة لكل مالك على حدة :

قيد المسافة ينقرر بالنسبة لكل مالك على حده. فإذا كان لا يجوز للمالك أن يفتح مطلا مواجهها على مسافة تقل عن متر من ملك الجار، فإن حق الجار يتقيد بهذا القيد كذلك، إذ ليس له أن يفتح مطلا إلا على المسافة نفسها من حد جاره، وبهذا يتصور، إذا كان لكل من الجارين مطلات مواجهة، أن تكون المسافة بين حدى المباني مترين. وذلك متى كانت المطالات فى العقارين نوافذ، وقد تتسع

(1) محمد كامل مرسى ص 403.

المسافة بين حائطي الجارين أكثر من هذا إذا كانت المطات بلكونات مثلا حيث تقاس المسافة السابقة من الحافة الخارجية للبلكون⁽¹⁾.

198 - قيد المسافة القانونية ليس حق ارتفاق :

قيد القانون بالمادة 819 مدنى حق المالك فى فتح المطات أى أنه قيده فى استعمال ملكيته، بأن أوجب عليه ترك مسافة معينة عن ملك جاره، ولهذا فهذا النص يعتبر من القيود القانونية المقررة لصالح الجار، ولا يعتبر من حقوق الارتفاق المقررة لصالح الجار. والذى دعا إلى هذا القيد هو ما تحدثه المطات من مضايقة للعقارات المجاورة⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن كل ما قصده الشارع من المادة 39 من القانون المدنى إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء فى أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطات له على ملك جاره، وهو لم يقصد بحال أن يحمل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية.... الخ".

(طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/18)

199 - حقوق صاحب الحق فى المطل :

يعتبر المطل المفتوح على المسافة القانونية مطلا قانونيا، ويعد فتحه من قبيل الاستعمال المشروع لحق الملكية. فلا يجوز للجار أن يعترض عليه بأى وجه كان، ولكن ذلك لا يمنع صاحب العقار المجاور من أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره مادام لا يفتح فيه مطلا. ويتصرف فى مبانيه بالهدم والبناء مرة بعد أخرى وفى كل آن. وذلك لأن المشرع لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية، فمثل هذا المطل لا

(1) توفيق حسن فرج ص 195.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 126 - المستشار أنور العمروسى ص 193.

يعتبر ارتفاعاً للعقار المطل على العقار المطل عليه⁽¹⁾.

ومهما مضى على هذا المطل من زمن فلا يجوز لصاحبه أن يتمسك بأنه قد كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل، لأنه إنما يستعمل رخصة ولا يصح أن تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص باعتباره مجرد رخصة من المباحات (م 1/949 مدني)⁽²⁾.

(راجع نقض طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/18 - المنشور بالبند السابق).

200 - عدم خضوع المطالات المواجهة للشوارع العامة لقييد المسافة :

مراعاة المسافة غير لازمة إذا كان المطل على شارع أو طريق عام ولكن يجب احترام القيود التي تقرها السلطة الإدارية. ذلك أن قيد المسافة فرض حماية للملكيات الخاصة المجاورة. وإذا كان عرض الشارع يقل عن المسافة القانونية فإن هذا لا يستلزم مراعاة تلك المسافة، لأن الطريق معد لأن يكون على جانبيه منازل، وأن توجد فيها شبابيك تطل عليه، بل إن المصلحة العامة تستلزم ذلك لأنه فضلاً عن أنه لا يكون للشارع منظر جميل إذا لم يكن للمنازل منافذ عليه، فإنه لا يؤمن على حياة المارة إذا لم توجد هذه المنافذ، يضاف إلى ذلك أن إباحة فتح المنافذ على الشارع في مصلحة الجارين المتقابلين لأنه يكون لكل منهما أن يحدث في منزله الشبابيك التي يريد، فيستفيد الجاران أكثر مما يخسران⁽³⁾.

ويلحظ أن الحق في الفتحات التي للملاك على الشارع لا يعتبر حق ارتفاق، وعلى ذلك فأخراج الشارع من الملك العام يبني عليه سد الفتحات التي لم يترك لها المسافة القانونية.

(1) محمد على عرفه ص 332 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 146 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 403 - محمود جمال الدين زكي ص 75.

201- المطلات المفتوحة على أقل من المسافة القانونية :

إذا فتح المالك مطلا دون أن يترك أية مسافة أو ترك مسافة تقل عن المسافة القانونية، كان هذا اعتداء على ملك الجار ولو لم يصبه ضرر من جراء ذلك، لأن القانون يفترض حصول الضرر على أية حال⁽¹⁾. لأنه قد يترتب ذلك أن يكسب المالك حق ارتفاق بالتقادم كما سنرى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن قول الشارع في المادة 39 مدني "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل الخ "معناه التحريم. والتحريم يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضررا بالفعل أو لم يحدثه، فإنه مع التحريم يكون الضرر مفترضا قانونا".

(طعن رقم 141 لسنة 16 ق جلسة 1948/1/15)

2- "إنه لما كان القانون يوجب الحكم بإزالة المطل الذي تنطبق عليه المادة 39 من القانون المدني بلا نظر إلى الضرر، فإن عدم تحدث المحكمة في حكمها بالإزالة عن اعتساف الجار في طلب الإزالة لعدم إصابته بضرر من شأنه أن يستوجبها - ذلك لا يقدح في حكمها، إذ هذا التحدث كان يكون له محل لو أن المحكمة كانت تملك النظر في قيام الضرر أو عدم قيامه".

(طعن رقم 141 لسنة 16 ق جلسة 1948/1/15)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قول الشارع في المادة 39 من القانون المدني القديم المقابلة للمادة 1/819 من القانون المدني الحالي "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر "معناه التحريم، والتحريم يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضررا بالفعل أم لم يحدث فإنه مع التحريم يكون الضرر مفترضا قانونا".

(طعن رقم 1656 لسنة 52 ق جلسة 1986/4/6)

ومن ثم يكون من حق الجار طلب التنفيذ العيني أى إزالة المطل ويكون ذلك بسد المطل.

ولم يبين القانون الشروط التى بها يحكم بسد المطل الذى يفتح من غير مراعاة المسافة القانونية. وهذه مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأحوال. والمحكمة تقدر فى كل دعوى على حدتها إذا ما كانت الطريقة التى تسد بها النافذة تكفى لتحقيق ما أراده القانون⁽¹⁾.

وقد قضى بأنه يمكن أن يعتبر كافيا إقامة حاجز من الخشب، بشرط أن يسد المطل سداد تاما، وأن يكون دائما، ولكن لا يكون كافيا إذا كان الحاجز المقام حاجزا متحركا، ومن الممكن إزاحته عن محله بسهولة، وفى مثل هذه الحالة لا يمكن أن يبقى الجار معرضا لأن يكرر تجديد دعوى منع التعرض، ويكون هناك محل للحكم بإزالة المطل بصفة دائمة بالبناء⁽²⁾.

وقضى بأن للقاضى بدلا من أن يحكم بسد المطل بأكمله، أن يكتفى بتحويله إلى منور، وذلك بسد الجزء الأسفل منه بحيث تصبح قاعدته أعلى من قامة الإنسان المعتاد⁽³⁾.

وقضى بأن كون الفرق بين المسافة القانونية والمسافة التى تركت بين المطل والعقار المجاور طفيفة (فى الدعوى 98 سنتيمتر) لا يجيز للقاضى التجاوز عن تطبيق القانون والسماح للجار ببقاء المطل لأن القانون قد أظهر منتهى التساهل بتحديد المسافة القانونية بـ متر واحد⁽⁴⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 406 وما بعدها - توفيق فرج ص 194 هامش (1).

(2) استئناف مختلط 15 يناير 1925 - منشور بمؤلف محمد كامل مرسى ص 47 هامش (1).

(3) استئناف مصر فى 22 أكتوبر 1925 المحاماه 6 رقم 486 ص 794.

(1) استئناف مختلط 15 يناير 1925 مشار إليه فى مؤلف محمد كامل مرسى ص 407

هامش (2).

ويجوز الترخيص للجار فى سد المطلات المنشأة فى المسافة الممنوعة بمصروفات على الذى أحدثها⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد تكييف دعوى سد المطلات - بأن :

"إذ كانت العبرة فى تكييف الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعا لها وكانت الطاعتان قد أقامتا الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التى فتحها المطعون ضدهم فى بنائهم المجاور لعقار الطاعتين على سند من أن فتح هذه المطلات دون مراعاة قيد المسافة يمثل اعتداء على ملكهما، فإن التكييف الصحيح لهذه الدعوى يكون باعتبارها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن اعتبر الدعوى من دعاوى منع التعرض التى يوجب القانون رفعها خلال سنة من تاريخ وقوع التعرض باعتبارها من دعاوى الحيازة ورتب على تجاوز

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت أن المطعون عليهم طلبوا أمام محكمة أول درجة الحكم بإلزام الطاعنين بسد جميع الفتحات التى تطل على ملكهم من الجهة القبلية ولما أن قدم الخبير تقريره، عدلوا بطلباتهم إلى طلب الحكم أصليا بإلزام الطاعنين بإقامة السور الذى بينه الخبير فى تقريره، واحتياطيا بإلزامهما بأن تدفعا لهم مبلغ 1035 ج قيمة تكاليف إنشاء هذا السور - وهى القيمة المبينة، بالتقرير - ليتولوا إقامته بمعرفتهم. وإذ قضت المحكمة برفض دعواهم فقد طلبوا فى صحيفة استئنافهم إلغاء الحكم المستأنف وإلزام الطاعنين بإقامة السور المذكور، ثم طلبوا فى مذكرتهم إلزام الطاعتين بأن تدفعا لهم متضامنتين مبلغ 1035 ج من قيمة تكاليف إنشاء هذا السور الذين اضطروا لإقامته، وقالوا فى مذكرتهم إن هذا المبلغ هو ما قدره الخبير ولكنهم تحملوا بباقي التكاليف الفعلية ولما كان المطعون عليهم فى صحيفة الاستئناف تنفيذ الالتزام بطريق التعويض العينية بإقامة السور لسد الفتحات على نفقة الطاعتين ينطوى على طلب إلزامهما بقيمة تكاليف إقامة هذا السور، فإن طلب هذه التكاليف فى مذكرتهم لا يكون طلبا جديدا فى الاستئناف".

هذا الموعد فى رفع الدعوى قضاءه بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 1863 لسنة 59 ق جلسة 1993/11/18)

202 - دعوى سد المطلات من الدعاوى التحفظية :

دعوى سد المطلات من الدعاوى التحفظية، ومن ثم يكفى لرفعها توافر أهلية الإدارة فقط.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

"دعوى سد المطلات المفتوحة بغير حق على المال الشائع من قبيل الوسائل اللازمة لحفظه التى يملك كل شريك على الشيوع مباشرتها ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء، عملاً بنص المادة 830 من القانون المدنى ."

(طعن رقم 699 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/15)⁽¹⁾

فلا تعتبر هذه الدعوى من الدعاوى المتعلقة بحق عيى عقارى ومن ثم لا محل لإعمال إجراءات المادة 32 من القانون رقم 42 لسنة 1964 بنظام السجل العيى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) وقضت محكمة النقض بأن هذه الدعوى تختص بها المحكمة الابتدائية إذ ذهبت إلى أن: "طلب سد المطل. عدم قابليته لتقدير قيمته طبقاً لقواعد التقدير الواردة فى المواد من 36 إلى 40 مرافعات. مؤداه. اعتبار قيمة الدعوى فى شقها الخاص به زائدة على عشرة آلاف جنيه. انعقاد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية وعدم اعتبار حكمها فيه انتهاياً عملاً بالمادة 1/47 مرافعات. أثره. جواز استئنافه فى هذا الشق تطبيقاً للمادة 219 مرافعات. القضاء بعدم جواز الاستئناف لصدور الحكم فى نطاق النصاب الانتهاى باعتبار أن قيمة المطلات المطلوب سدها داخله فى هذا النطاق. خطأ ومخالفة للقانون".

(طعن رقم 1992 لسنة 74 ق جلسة 2005/3/22)

"دعوى سد المطلات من القيود الواردة على حق الملكية. عدم اعتبارها من الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى. مؤداه. لا محل لإعمال إجراءات المادة 32 ق142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني. علة ذلك. نعى النيابة بعدم قبولها لعدم اتباع القيد الوارد بالمادة المشار إليها. على غير أساس".

(طعن رقم 4439 لسنة 65 ق جلسة 2011/1/22)

203 - رفع الجار الذي لم يتقيد بالمسافة القانونية دعاوى الحيابة:

إذا ظل المطل غير المستوفى لقيد المسافة مفتوحا لمدة سنة، وتوافرت شرط دعوى الحيابة، ولم يمكن اعتبار فتح المطل على سبيل التسامح، فإن لصاحبه أن يمنع الجار من التعرض له بدعوى منع التعرض، أو من إقامة جدار على حدود ملكه يسد المطل، وذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة.

ويكون للجار أن يرفع على صاحب المطل دعوى موضوعية بإنكار حق الارتفاق طالبا سده، غير أنه يجوز للأخير إقامة الدليل على أنه كسب حق ارتفاق المطل بأحد الأسباب القانونية لكسب حقوق الارتفاق، ومنها التقادم كما سنرى⁽¹⁾.

204 - كسب الحق في المطل بالتقادم :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه :

"وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل".

وقد حسم المشرع بذلك خلافا قام فى القضاء - فى ظل التقنين المدنى القديم - بشأن كسب المطل المواجه بالتقادم، فكانت هناك أحكام تقضى بأنه إذا كسب المطل بالتقادم، فلا يحق للجار أن يبنى على مسافة أقل من متر على طول البناء الذى فتح فيه المطل، وكانت هناك أحكام أخرى تعطى الجار الحق فى أن يبنى

(1) محمود جمال الدين زكى ص 77 وما بعدها - محمد على عرفه ص 333.

على حدود ملكه ولو سد المطل المفتوح. وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بالرأى الأول لأنه هو الذى يجعل لكسب المطل بالتقادم قيمة جدية. ويجب أن يؤخذ بهذا الحل أيضا فى المطل المنحرف إذا كسب بالتقادم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى نص المادة 819 من القانون المدنى أنه إذا كسب المطل المواجه بالتقادم فلا يحق للجار أن يبنى على مسافة أقل من متر على طول البناء الذى فتح فيه المطل حتى لا يسد المطل كلياً أو جزئياً، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بمنع تعرض الطاعنين للمطعون عليه فى حيازة حق الارتفاق بالمطل وقضى فى نفس الوقت بإزالة المضيفة التى بنوها فإنه يكون قد خالف القانون إذ كان يتعين قصر الإزالة على ما بنى فى مسافة متر بطول المنزل المفتوح فيه المطل".

(طعن رقم 524 لسنة 46 ق جلسة 1978/11/21)

2- "حق الارتفاق إذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1016 من القانون المدنى. وينتهى إعمالاً لما تنص عليه المادة 1026 من القانون المدنى بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً".

(طعن رقم 490 لسنة 49 ق جلسة 1980/12/4)

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص68.

3- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق الارتفاق ومنها حق المطل إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة 76 من القانون المدني القديم والمادة 968 من القانون المدني الحالي، فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطل وجب عليها أن تبين في حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون".

(طعن رقم 319 لسنة 51 ق جلسة 1981/12/31)

4- "لما كان المشرع قد وضع قيودا على حق الملكية من بينها ما نص عليه في المادتين 819، 820 من القانون المدني من أنه "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجية، ولا يجوز له أن يكون له على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل، ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام"، مما مفاده أن من حق الجار أن يكون له مطل على جاره شريطة أن تراعى المسافة التي حددها المشرع في هاتين المادتين، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ماهية المطلات التي أقامها الطاعن ووجه مخالفتها للقانون، ولم يعرض لدفاعه الذي تمسك به أمام محكمة الموضوع من تملكه الأرض التي تطل عليها هذه المطلات بوضع يده عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية، وهو دفاع جوهرى من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 1562 لسنة 51 ق جلسة 1988/1/13)

5- (أ) - "حق الارتفاق إذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1016

من القانون المدنى".

(ب) - "الواقع فى الدعوى أخذاً من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بدفاع مؤداه أنه كسب حق المطل بالتقادم وطلب تحقيقه على النحو الوارد فى دفاعه، فإن الحكم المطعون فيه إذ اطرح - دون تحقيق - هذا الوجه من الدفاع على سند أنه جاء مرسلاً ولا دليل عليه فى الأوراق وهو ما لا يكفى بذاته للرد على هذا الدفاع الذى إن صح لتغير وجه الرأى فى النزاع وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 297 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/10)

6- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه لما كان يتعين وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يبنى الحكم على ما يدعمه من الأسباب فإذا ما كانت الأسباب التى أقيم عليها فيها ثغرة يتطرق منها التخاذل إلى مقومات الحكم فلا يتماسك فيها قضاؤه وهو ما يتحقق إذا ذكرت المحكمة فى أسباب حكمها أنها كونت اقتناعها من المستندات والمذكرات وتقرير الخبير المنتدب فى الدعوى دون بيانه لماهية تلك المستندات ومؤداهما فإن حكمها يكون قد عاره القصور المبطل وينسحب ذلك الأمر على ابتناء الحكم على واقعة تم استخلاصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه فى معرض الرد على دفاع الطاعن بكسب حق الارتفاق بالمطل على الممر الفاصل بين منزله والمطعون ضده اجتزأ القول تبريراً لقضائه فى هذا الصدد بأن الثابت من معاينة الخبير على الطبيعة بتقريره أنه يوجد بمنزل المدعى عليه - المستأنف - بالدور الأرض شباك حديد تم تركيبه بعد البناء مستخلصاً من ذلك عدم اكتمال المدة القانونية التى تجيز للمستأنف اكتساب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم دون بيان منه لماهية تلك المستندات ومؤداهما وكيف أفادت ما انتهى إليه فضلاً عن أنه لم يفتن إلى أن تقرير الخبير لا تحمل مقدماته النتيجة التى خلص

إليها إذ أنه بعد ما أورد بتقريره أن أياً من طرفي التداعى لم يقدم ما يثبت ملكيته للعقارات التي تقع بها المطلات مثار النزاع وحدد حصة كل منهما في الممر الفاصل انتهى إلى ملكية المطعون ضده له دون أن يبين سنده في ذلك وعازاه الاستعانة بكشف تحديد مساحي للأرض التي تقع بها عقارات النزاع ومطابقته على عقد شراء كل منهما المقدمة بحوافظ المستندات وصولاً إلى وجه الحق في الدعوى بما لا يكفي لمواجهة دفاعه المبين بوجه النعى بما يعيب الحكم المطعون فيه فضلاً عن القصور في التسبيب بالفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 535 لسنة 79 ق جلسة 2010/5/12)

7- "إذ كانت المادة 819 من القانون المدني تنص على أنه "1- لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجية. 2- وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابقة بيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل". مما مفاده أن المطل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المطل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم.

(طعن رقم 6736 لسنة 63 ق جلسة 2010/6/12)

ويترتب على اكتساب ارتفاع المثل بالتقادم النتيجةان التاليتان :

1- ليس للجار أن يطلب إزالة المطلات المفتوحة على أقل من المسافة القانونية.

2- يلتزم الجار بأن يراعى المسافة القانونية بين المثل المشرف على أرضه والبناء الذى يرغب فى إقامته على هذه الأرض وذلك على طول البناء الذى فتح فيه هذا المثل.

وإذا اكتسب ارتفاع المثل بالتقادم، فلصاحب المثل الحق فى توسيعه، لأن المشرع لم يقيد حجم المطلات كما ذكرنا سلفاً.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد المادة 819 من القانون المدنى أن المثل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليس على سبيل التسامح، فإن صاحب المثل يكسب حق ارتفاع المثل بالتقادم ويكون له الحق فى استيفاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المثل مفتوحاً فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطاً فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المثل المكتسب بالتقادم".

(طعن رقم 490 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/4)

2- "تنص المادة 819 من القانون المدنى على أنه (1) لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مثل مواجهه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المثل أو من حافة المشربة أو الخارجة (2) وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مثل مواجهه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول

البناء الذي فتح فيه المطل، مما مفاده أن المطل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو. وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المطل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم".

(طعن رقم 297 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/10)

كما قضت بأنه :

"متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن رد على دفاع الطاعن باكتساب حق المطل قبل إنشاء المدرسة الإعدادية بأنه غير مجد في النزاع استناداً إلى أن حق الارتفاق ينتهي بهلاك العقار المرتفق به - هلاكاً مادياً أو قانونياً - إلا أن يكون وجوده غير متعارض مع تخصيص العقار للنفع العام - خلص إلى أنه سواء صح ما يدعيه المستأنف - الطاعن - من أنه اكتسب حق المطل بالتقادم أو لم يصح فلا محل لمطالبته بتثبيت ملكية له على الأساس المذكور، إذ الثابت أن الفتحات تطل حالياً على مال خصص للنفع العام "حديقة لمدرسة كفر الشح الإعدادية" وكان هذا الذي قرره الحكم لا يكفي لمواجهة دفاع الطاعن، ذلك أنه فضلاً عن أنه لم يناقش قوله أن العقار المملوك له لا يطل مباشرة على المدرسة سألقة الذكر وإنما يفصله عنها من الناحية القبلية أرض فضاء وشارع بعرض عشرة أمتار فإنه لم يبين أوجه التعارض بين استعمال حق المطل الذي يدعيه الطاعن وبين الاستعمال الذي خصص له عقار المطعون عليها لمدرسة إعدادية للبنين ومن ثم يكون معيباً بالقصور".

(طعن رقم 156 لسنة 38 ق جلسة 1974/1/31)

ويكسب صاحب المثل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل فى نطاق الحياة التى كانت أساسا للتقادم. فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة واحدة. لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى أو يغير مكانها. ومن كسب بالتقادم مطلا فى الطابق العلوى لا يحق له أن يفتح مطلا فى طابق أعلى أو فى طابق أسفل.

ويجوز إثبات كسب المطل بالتقادم بالبينة لأن محل الإثبات واقعة مادية⁽¹⁾. ولاشك أن مدة التقادم تخضع لأسباب الانقطاع والإيقاف المقررة فى شأن التقادم عموما، فلا تسرى على القاصر إلا من تاريخ بلوغه سن الرشد، وإذا كان هذا القاصر شريكا على الشيوع مع شخص آخر بالغ فى العقار المطل عليه، انتفع هذا الأخير بوقف التقادم، وكان له أن يدفع بعدم جواز التمسك باكتساب حق المطل بمضى المدة فى مواجهته، لأن هذا الحق غير قابل للتجزئة، ولما كان المطل يكتسب على العقار المجاور كله، فلا يتأتى تقرير اكتسابه بالتقادم فى

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان يبين مما قرره الحكم أن المحكمة حصلت من عقد البيع المسجل المبرم بين الطاعنة والبائعتين لها ومن باقى الأوراق، أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى التنازل عن حق الارتفاق بالمطل المقرر للعقار المبيع للطاعنة على عقارات المطعون عليهم، ولم تخرج فى تفسيرها هذا عن المعنى الظاهر لعبارة العقد، وأوضحت الاعتبارات المبررة لذلك ثم أعملت أثر هذا التنازل فى النزاع المطروح لا على أساس قواعد الاشتراط لمصلحة الغير واستفادة المطعون عليهم من عقد لم يكونوا طرفا فيه، وإنما على أساس تفسيرها لعقد البيع الذى تستند إليه الطاعنة فى إثبات ملكيتها، وعلى أن التنازل الذى ينطوى عليه ينتج أثره بالإرادة المنفردة للمتنازل ولا يحتاج إلى قبول فلا يلزم أن يكون المتنازل له طرفا فى المحرر المثبت له، إذا كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 459 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/15)

مواجهة مالك، بينما يتراخى اكتسابه بالنسبة إلى المالك الآخر⁽¹⁾.

205- عدم توافر التقادم إذا كان استعمال المثل على سبيل التسامح

:

لا بد لاكتساب حق ارتفاق بالتقادم أن تكون ثمة حيازة بنية تملك حق ارتفاق. والحيازة هنا عبارة عن عمل غير قانوني عن تعد ينتقص من حق ملكية الجار ويشعره بهذا الانتقاص ويسكت عليه، فحيث يكون السكوت عن فتح المثل من قبيل التسامح لا يكتسب الحق فيه بالتقادم. ذلك أن أعمال التسامح لا تقيد تنازلاً من صاحب العقار الخادم عن حقه، وإنما سكوته عنها من قبيل التساهل وحسن الجوار، وهي بهذا تتم عن عدم وجود نية التملك عند صاحب العقار المخدوم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- إن كل ما قصده الشارع من المادة 39 من القانون المدني إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء في أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره، وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادماً للعقار الذي فتح فيه المثل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملاً بحق ارتفاق سلبي لا يمكن معه لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف في سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفي كل آن.

وذلك لأن هذا الارتفاق السلبي ليس مما يكتسب بمضى المدة وإنما هو لا يكون بالاتفاق عليه. فالمثل لا يعتبر ارتفاقاً للعقار المثل على العقار المثل عليه متى كان مفتوحاً على المسافة القانونية. أما فتح المثل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه، له نفعه وعليه خطره. ولابد، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمثل يكسب بالتقادم، من

(1) محمد على عرفه ص 339 وما بعدها - المستشار أنور العمروسي ص 193.

انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور وانتفاء شبهة الاختصار في الانتفاع بالمطل على القدر الذى تركه فاتحه من ملكه بينه هو وجاره، وهذه الشبهة وتلك المظنة لتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل".

(طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/18)

2- "مفاد نص المادة 819 من القانون المدنى أن المطل إذا كان مفتوحا على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت حيازته مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض".

(طعن رقم 5548 لسنة 63 ق جلسة 1994/4/17)

ولمعرفة ما إذا كان فتح مطل هو من قبيل التسامح أو اقترن بنية اكتساب حق ارتفاق يجب أن ينظر إلى موضع المطل وأبعاده، وإلى الفائدة التى تعود منه على العقار الخادم، وإلى التكليف الذى يقتضيه على العقار الخادم. فإذا كان فتح المطل مبنيا على علاقات شخصية بين صاحبي العقارين فإنه تسامح⁽¹⁾.

وقاضى الموضوع هو الذى يتعرف من ملاصات كل حالة نية صاحب العقارين وبالتالي ما إذا كانت الأعمال من قبيل التسامح أم لا.

ومن الصور التى يعتبر سكوت الجار فيها عن طلب سد المطل تسامحا منه :

1- أن تكون الأرض التى أقيم عليها المطل أرض فضاء فهى لا تشعر مالك الأرض بضرر، وليس فى وجودها اعتداء على وضع يده أو انتفاعه بملكه⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمود خيال ص 66 وما بعدها.

(2) منصور مصطفى منصور 93- إسماعيل غانم ص 78.

"متى كان الواقع فى الدعوى هو أن مورث الطاعنة أقام منزلاً به مطلات تطل على قطعة أرض فضاء مملوكة لآخر أقام عليها "جراجاً" مصنوعاً من الخشب والصاج ثم باعها أخيراً إلى المطعون عليه الذى أقام حائطاً لسد هذه المطلات فأقامت عليه الطاعنة دعوى تطلب منع تعرضه، وكان الحكم المطعون فيه وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد قد استخلص من الأدلة التى ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعنة على العقار المبيع للمطعون عليه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أى اعتداء على ملكه وبذلك نفى نية التملك عن وضع يد الطاعنة وهو ركن أساسى من أركان دعوى منع التعرض فإن فى هذا وحده ما يكفى لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض أما ما استطرد إليه بعد ذلك من القول بأن هذا التسامح لا ينشئ حقاً ولا يكتسب صفة الارتفاق فهو تزيد لا يضيره، ومن ثم فإن النعى عليه الخطأ فى تطبيق القانون استناداً إلى أنه إذ تصدى للبحث فى التسامح على النحو المشار إليه يكون قد خلط بين دعوى الملكية ودعوى وضع اليد، هذا النعى يكون غير منتج".

(طعن رقم 145 لسنة 49 ق جلسة 1951/6/14)

2- أن يكون هناك سور فاصل بين الملكين ولو كان به فتحات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... فإذا فتح المالك فى ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها، فإنه - مهما يكن فى هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار - إنما يكون مخاطراً فى فتحه هذه النوافذ، من جهة لقصور عمله هذا فى الدلالة على معنى التعدى (empiétement) الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد اكتسابه بمضى المدة على ملك الغير، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه فى أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه

فى البناء على نهاية ملكه فى كل وقت. ولا ىرد على ذلك بأن صاحب السور بتراضيه فى ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه فى هذا الترميم، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من اكتساب حق عليه، إذ حق المالك فى ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح⁽¹⁾.

(طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/18)

3- إذا أقام الجار حائطا على حدود ملكه وفتح به نوافذ دون ترك المسافة القانونية، وثبت أن هذه النوافذ كانت أثناء سير التقادم مطلة على حجرة للجار وعلى أرض له ليس عليها بناء، وأنه لم يكن ساكنا بها، وأنه لهذا السبب لا يمكن أن يقال إنه كان يشعر بأى نقص فى انتفاعه بملكه بسبب وجود هذه النوافذ⁽²⁾. غير أنه يجب أن يبين الحكم المصدر الذى استخلص منه ثبوت واقعة التسامح فى فتح المطلات من جانب الجار أو سلفه، وإلا كان معيبا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسد المطلقين على ما قرره من

(1) وقد قضى ذات الحكم بأن :

"إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التى قضى استئنافيا بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها قد فتحها صاحبها فى الدور الأرضى من منزله على مسافة بضعة سنتمترات فقط من نهاية ملك جاره، وأنه فتحها فى فرصة تهدم سور الجار أمامها، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر فى ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ومنع مجال النظر أمامها عن أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل. فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد ولو استطالت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذى يدعيه. وذلك لعدم انتفاء الإبهام الذى يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده، ولعدم تحقق وصفى الهدوء وعدم النزاع من الجار".

(2) استئناف أهلى 24 يناير 1911 مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد كامل مرسى هامش

أن ".... البين رجوعا إلى تقرير الخبير... أن المنزل المملوك للمستأنف ضده (الطاعن) أقيم مكان منزل قديم مخلف له عن والده، وأن المنزل القديم كانت به مطلات تفتح على الأرض المملوكة للمستأنف (المطعون عليه)... فإن ظروف وملابسات التداعى لترشح للقول بأن هذه المطلات.... كانت على سبيل التسامح ولا تؤدى إلى كسب حق ارتفاق بالمطل طالما كانت على أقل من المسافة القانونية.... وأن إعادة فتح تلك المطلات فى تاريخ معاصر لتاريخ الشكوى الإدارية 2436 لسنة 1987 والتى أنهت التسامح وعلى أقل من المسافة القانونية.... تعنى التعدى على ملك المستأنف تنتفى معه مظنة التسامح..." ودون أن يبين المصدر الذى استخلص منه ثبوت واقعة التسامح فى فتح المطلات من جانب المطعون عليه أو سلفه لمورث الطاعن ومن بعده خلفه مع خلو الأوراق من دليل على ذلك، وكان مؤدى هذا أن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ثبوت هذه الواقعة دون أن يكون من شأن ما ساقه أن يؤدى إلى هذا الثبوت فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 5548 لسنة 63 ق جلسة 1994/4/17)

206- هدم العقار الذى اكتسب فيه الحق فى المطل :

إذا هدم البناء الذى فتح فيه المطل، فإن الارتفاق لا يزول، ويجوز لصاحبه أن يعيد فتح المطل عند إعادة البناء. وذلك بنفس مضمون الارتفاق الأصلي. ما لم تكن قد مضت مدة خمس عشرة سنة على هدم البناء دون أن يعاد فتح المطل، إذ يسقط حق الارتفاق حينئذ بعدم الاستعمال (م 1027 مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر أنه إذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه فإن حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد "مادة 1028 مدنى" إلا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تنقيد بمضمون الارتفاق الأصلي، وإذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلي

بالمطل لا يجاوز الدور الأرضى من العقار القديم، فإن الحكم المطعون فيه بتقديره حق المطل لكافة الطوابق التى تعلو الدور الأرضى من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 281 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/18)



مادة (820)

لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل، ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.

الشرح

المطل المنحرف :

207- تعريف المطل المنحرف :

المطل المنحرف هو الذى لا يسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالاتفات إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج. إذ يفتح فى حائط يكون زاوية مع الحد الفاصل بين العقارين، بحيث يتعين على من ينظر منه إلى ملك الجار أن يلتفت أو ينحنى.

والمشربات والخارجات يحكم عليها فيما يتعلق بنوع المطل الذى تكونه بصرف النظر عن النافذة المتصلة بها. فقد تكون هذه النافذة مطلا منحرفا بالنسبة إلى العقار المجاور، وهو الذى يكون زاوية قائمة مع الحائط المفتوحة فيه، فى حين أن المشربة أو الخارجة تكون بالنسبة إليه مطلا مواجهها لأنه يمكن النظر إليه منها دون الالتفات أو الانحناء⁽¹⁾.

فالمطلات المنحرفة تقتضى وجود ملك يكون حده زاوية مع حائط المالك الموجودة فيه الفتحات، أو وجود ملك على مسافة بعيدة عن الفتحات، فلا يمكن رؤيته منها إلا بالانحناء إلى خارجها⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 144 - توفيق حسن فرج ص 193.

(2) محمد كامل مرسى ص 391 - توفيق حسن فرج ص 193.

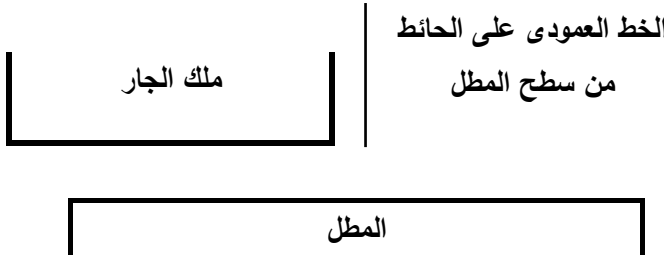
وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كانت الفتحات مطلة مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهي مطلات مقابلة لا منحرفة، لأن هذه هي التي لا تسمح بنظر ملك الجار إلا بالاتفات منها إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج. وإذن فلا شك أن لذلك الجار الحق في سد تلك الفتحات".

(طعن رقم 129 لسنة 13 ق جلسة 1944/11/2)⁽¹⁾

على أنه يمكن أن تكون نفس الفتحة مطلا مواجهها ومنحرفا في نفس الوقت، وذلك في حالة ما إذا كان ملك الجار يحدث زاوية حادة عند اتصاله بالحائط الذي فيه فتحة المظل. أما إذا كانت الزاوية قائمة أو منفرجة فلا يمكن أن يكون المظل إلا منحرفا. ولكن الخارجات عموما، سواء أكانت أبراجا أم شرفات، تكون مطلات

= ونوضح فيما يلي رسما توضيحيا للمطل المنحرف :



الخط العمودي لا يلتقي بملك الجار ومن ثم فالمطل منحرفا (راجع نعمان جمعة ص39).

(1) وقد جاء بذات الحكم ما يأتي:

"إذا كان الثابت من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأه مالك الأرض في أرضه وأعدده لمنفعة المباني التي تقام فيها على جانبه فإن هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المباني مخصصا لمنفعتها المشتركة. وبالتالي فإنه يكون مملوكا لأصحابها على الشيوع الجبري، أي معدا للبقاء مؤبدا ولا تجوز فيه القسمة. ومتى كان ذلك كذلك فإن المشتري من هذا المالك يكون حقه على هذا الشارع حق الشريك في الملك على الشيوع لاحق ارتفاق عليه، فلهم قانونا الحق في سد الفتحات التي يحدثها عليه من عداهم من الملاك الآخرين".

مواجهة بالنسبة إلى الأراضى والمباني المواجهة لها من أية جهة من جهاتها ومطلات منحرفة بالنسبة إلى الأملاك المجاورة لها⁽¹⁾.

208- قيد المسافة :

قيد النص من فتح المطلات المنحرفة، إذ لا يجوز أن يكون للجار مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل، أى أنه يجب أن يكون بين حرف المطل وملك الجار نصف متر على الأقل. على أنه إذا كان المطل المنحرف مواجهها فى الوقت ذاته للطريق العام فإن القيد يرتفع بمعنى أنه إذا فتح المالك مطلا مواجهها على الطريق العام، وكان هذا المطل يعد فى الوقت ذاته مطلا منحرفا بالنسبة لملك الجار، فلا يتقيد فتح مثل هذا المطل بمسافة معينة من ملك الجار من أى من جانبي المطل⁽²⁾.

وقد راعى المشرع قى تحديد هذه المسافة، أن المطل المنحرف هو أقل مضايقة للجار من المطل المواجه فأنقص قيد المسافة إلى نصف متر. بل أعفى المالك من قيد المسافة إذا كان هذا المطل المنحرف مواجهها فى الوقت ذاته للطريق العام⁽³⁾.

ولم يكن التقنين المدنى القديم يورد قيда على المطلات المنحرفة، فكان يجوز للمالك فتحها على أية مسافة من ملك الجار.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المشرع وضع قيودا على حق الملكية من بينها ما نص عليه فى المادتين 819، 820 من القانون المدنى أنه - لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل

(1) محمد على عرفه ص 326 وما بعدها.

(2) توفيق حسن فرج ص 193.

(3) رمضان أبو السعود ص 610.

أو من حافة المشربة أو الخارجية، ولا يجوز له أن يكون له على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل، ولكن يرتفع هذا الخطر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام، إلا أنه إذا كان الفاصل بين العقارين أرض فضاء مشتركة بالطريق خاص أو بناء أو ممر للاستعمال المشترك دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية سواء للمطل المواجه أو المطل المنحرف فيحسب المتر أو نصف المتر من المطل إلى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار لا إلى نصف هذه الأرض فقط".

(طعن رقم 2990 لسنة 64 ق جلسة 2004/1/6)

209 - إحالة إلى الأحكام الواردة في شرح المادة (819) بشأن

المطلات المواجهة :

نحيل في باقى الأحكام الخاصة بهذه المادة إلى الأحكام التى ذكرناها بشأن المطلات المواجهة فى شرح المادة 819.



مادة (821)

لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور.

الشرح

210- تعريف المناور :

المناور هو فتحة تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة أى متوسط الطول، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على ملك الجار إلا فى وضع غير مألوف وغير قابل للاستمرار مثل الإطلال بالوقوف على سلم أو كرسي.

وعلى ذلك لكى تعتبر الفتحة منورا يلزم أن تكون قاعدتها مرتفعة عن القامة العادية للإنسان، بمعنى أن قاعدتها يجب أن تكون أعلى من قامة إنسان عادى، فلا ينظر إلى قامة شخص طويل أو شخص قصير⁽¹⁾. ومفاد ذلك أن المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقا لهذا المعيار. وقد جرى العرف على احتساب القامة المعتادة للإنسان بـ 180سم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان يبين من تقرير خبير الدعوى المقدمة صورته الرسمية لهذه المحكمة والذي أخذت به محكمة الموضوع وبذلك صار من بينة حكمها أن الفتحات الكائنة بمنازل المطعون عليهم الأربعة الأولى ليست إلا مناور لا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور، فهى بهذا الوصف تندرج تحت النوع الذى رفضت المحكمة القضاء بسده

(1) توفيق حسن فرج ص 197 - نعمان جمعة ص 138.

لأنه مناور ومن ثم فلا محل للقول بأن الحكم المطعون فيه قد أغفل التحدث عن دفاع الطاعن الخاص بطلب سد هذه الفتحات ويكون النعى عليه بالقصور في هذه الخصوص على غير أساس".

(طعن رقم 359 لسنة 20 ق جلسة 1952/10/30)

2- "النص في المادة 821 من القانون المدني على أنه: "لا يشترط أية مسافة لفتح المناور وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة" دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين - يدل على أن المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقا لذلك المعيار. وإذا كان الثابت بتقرير الخبير المنتدب أن العرف جرى على احتساب القمة المعتادة للإنسان بـ 180سم، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن برفع قاعدة الفتحات - موضوع الدعوى- إلى العلو المشار إليه استنادا إلى ما جاء بتقرير الخبير، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 156 لسنة 38 ق جلسة 1974/1/31)

3- "النص في المادة 821 من القانون المدني على أنه لا يشترط أية مسافة لفتح المناور وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين يدل على أن المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقا لذلك المعيار، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القمة المعتادة هي 180سم فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 1993 لسنة 50 ق جلسة 1981/7/23)

4- "المقصود بالمناور - وفقا لما نصت عليه المادة 821 من القانون المدني - تلك التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة، وإذا كان الثابت من تقرير الخبير المنتدب من محكمة الاستئناف والمقدمة صورته الرسمية رفق أوراق الطعن والذي أخذ به الحكم المطعون فيه، أن العرف قد جرى على احتساب القمة المعتادة للإنسان بـ 180 سم وأن قاعدة إحدى الفتحات التي أنشأتها الطاعنتان

ترتفع بمقدار 150 سم ومن ثم فإن هذه الفتحة لا تعتبر منورا، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، والتقت عن بحث دفاع الطاعنين أنف الذكر وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فحجب نفسه بذلك عن بحث مدى أحقية الطاعنين فى كسب المطل المذكور بالتقادم وما قد يترتب لهما على ذلك فيكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1489 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/30)⁽¹⁾

وإذا فتح منور فى بئر السلم قيس الارتفاع من أقرب درجات السلم إلى المنور⁽²⁾.

وإذا لم يكن مستوى ارتفاع الأملاك المتجاورة واحدا، فإنه يكفى أن تتوافر المسافة القانونية لارتفاع المناور من ناحية المالك الذى يفتحها بصرف النظر عن مستوى ارتفاع أرض الجار.

وبما أن المشرع لم يقيد المناور إلا من حيث ارتفاعها عن أرض الحجرة المراد إنارتها، فيكون للمالك أن يختار الحجم المناسب لها طولاً وعرضاً، ولا يقبل

(1) وفى القانون الفرنسى يجب أن يفتح المنور على بعد 260 سنتيمترا من أرض الحجرات الكائنة فى الدور الأرضى وعلى بعد 90 سنتيمترا فى الأدوار العلوية. كما يجب تجهيزه بشباك من حديد لا تزيد أى عين من عيونه على ديسمتر واحد وسده بزجاج غير شفاف. ويرى البعض الأخذ بالارتفاع الذى حدده القانون الفرنسى (محمد على عرفه ص 327) - ويذهب رأى آخر إلى أنه يجب أن يراعى فى ارتفاع المنور ألا يقل عن أطول الأفراد قامة كى يتعذر الإطلال منه، ولا يصح الأخذ بارتفاع يتناسب مع متوسط القامات إذ الحظر يجب أن يكون شاملا، فإذا أمكن الإطلال من الفتحة على عقار الجار، كانت هذه الفتحة مطلا، يتقيد فيه المالك بقيد المسافة، لا منورا لا يتقيد به فيه (محمود جمال الدين زكى ص 82 وما بعدها).

(2) السنهورى ص 1039 هامش (2) - عبد المنعم البدرأوى ص 125.

من جاره الاعتراض بحجة الخروج على الحجم المألوف للمناور⁽¹⁾. ولا يشترط تجهيز المنور بشباك من حديد أو زجاج مطموس المسام. والنافذة الموجودة على السلاسل مطل تجب إزالته لأنه من السهل على الصاعد على السلم أن يرى منزل الجار⁽²⁾، وكذلك النافذة التي تفتح على سلم الخدم على ارتفاع يقل عن قامة الإنسان، ويمكن الإطلال منها على عقار الجار فتعتبر مطالا لا منورا⁽³⁾.

211- عدم اشتراط مسافة عند فتح المناور :

لم يفرض المشرع في شأن المناور أية مسافة. وأطلق حرية المالك في فتح المناور، فيجوز للمالك فتحها في حائط يقيمها على حافة ملكه، إذ لا ضرر من ذلك على الجار. على أن فتح المناور على هذا الوجه لا يخول للمالك أى حق في إبقائها، بمعنى أنه يجوز للجار أن يبني بدوره على حافة ملكه فيسد تلك المناور، وذلك مهما طالبت مدة بقاء المنور مفتوحا. فلا يكون للمالك أن يدعى أنه قد اكتسب بالتقادم حق ارتفاع على العقار المجاور من شأنه أن يمنع الجار من إقامة بناء على حافة ملكه.

ذلك أن التقادم المكسب يقتضى الحيازة، والحيازة لا تقوم على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (م 949 مدنى) فحيازة حق الارتفاع، وهو يتضمن عبئا يثقل العقار المرتفق به، تقتضى أن يقوم الحائز بأعمال فيها تعد على ملكية ذلك العقار.

ولا يتضمن فتح المناور هذا المعنى، فليس فيها تعد على ملك الجار، بل

(1) محمد على عرفه ص 327.

(2) توفيق حسن فرج ص 198 - عبد المنعم البدرأوى ص 125 - دمياط الجزئية فى 17

ديسمبر سنة 1930 مشار إليه فى مؤلف محمود جمال الدين زكى ص 83 هامش (9).

(3) استئناف مختلط فى 3 مايو سنة 1906 مشار إليه فى المرجع السابق ص 83 هامش

يقتصر المالك إذا ما فتح مناور في حائط يقيمه على حافة ملكه على استعمال رخصة من الرخص التي تخولها له ملكيته⁽¹⁾.

212- متى يجوز طلب إزالة المنور أو تعديله ؟

يجوز للجار طلب إزالة المنور أو تعديله في حالتين :

1- إذا لم يراع الجار الذي أقام المنور الارتفاع القانوني، بأن كان المنور لا تعلو قاعدته عن قمة الإنسان المعتادة. لأن الجار يكون قد خالف القيد الذي فرضته المادة 821 مدني على ملكه.

وللجار في هذه الحالة أن يطلب إما إزالة المنور أو تعديله بما يتفق والارتفاع القانوني. ويجوز للقاضي إذا طلب الجار إزالة المنور أن يكتفى بتعديله بما يتفق وحكم القانون.

2- أن يسئ الجار استعمال المنور، كما إذا اعتاد أن يعتلى ما يمكنه من الإطلال من المنور على ملك الجار، أو اعتاد أن يلقي منه مخلفات منزله فتسقط في ملك جاره. لأن حق المالك في فتح المناور على حافة ملكه مشروط بالقيد العام الذي يرد على الحقوق كافة، وهو القيد الذي يتضمنه مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. إذ يجب على المالك ألا يستعمل المناور في غير ما أعدت له⁽²⁾.

ولذلك يصبح من حق الجار طلب سد المنور ليتفادى استعماله فيما لا يقره القانون.

213- اكتساب حق ارتفاع المنور بالتقادم :

(1) إسماعيل غانم ص 75- رمضان أبو السعود ص 640.

(2) إسماعيل غانم ص 75 وما بعدها - محمد علي عرفه ص 328- نبيل إبراهيم سعد ص 99.

إذا فتح الجار المنور على خلاف حكم القانون بأن كانت قاعدة المنور لا تعلو عن قامة الإنسان المعتادة، واستمر فتح المنور مدة التقادم المكسب (خمس عشرة سنة) دون أن يقترن ذلك بمظنة العفو والتسامح من الجار، فإن مالكة يعد مكتسبا لحق ارتفاع بالتقادم على ملك الجار. ولا يجوز لجاره طلب إزالته⁽¹⁾.

وتلك مسألة يهتدى القاضى فى تقديرها بظروف كل حالة، فيراعى حجم المنور والمكان الذى فتح فيه، وكيفية استعماله، وعلى الأخص مدى المضايقة التى يمكن أن يحدثها للجار. فإذا انتفت مع هذه الظروف شبهة التسامح، وكانت مدة التقادم قد استكملت، اكتسب صاحب المنور ارتفاعا على ملك الجار، وإلا اعتبرت حيازته غير نافعة وجاز الحكم بإزالة المنور أو تعديله حتى بعد مضي مدة التقادم⁽²⁾.



(1) محمد على عرفه ص 328 - السنهورى ص 1043.

(2) محمد على عرفه ص 328 وما بعدها.

مادة (822)

المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح وبالشروط التى تفرضها.

الشرح

214- مراعاة المسافات المقررة فى إنشاء المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران :

نص المادة 822 مدنى تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة 806 مدنى من وجوب أن يراعى المالك فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة. وقد خص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران، ويمكن إجمالها فيما يسمى بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة.

وهناك قيود أخرى كثيرة ترد على حق الملكية للمصلحة العامة قررتها القوانين والمراسيم واللوائح. وليس هنا مقام حصر هذه القيود، إذ هى تدخل فى مباحث القانون الإدارى.

فيتقيد ملاك المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة فى إنشاء محل من هذه المحال أو تشغيله بوجوب الحصول على رخصة من جهة الإدارة تعطى للمالك مقدما. وتجب الرخصة أيضا فى حالة نقل المحل من مكان إلى مكان آخر، أو إحداث تغيير فيه من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلا كلياً يتعلق بالراحة وبالصحة وبالأمن العام. وقد وضع المشرع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها فى إنشاء هذه المحال، وهدف منها إلى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته (ومثال هذه القوانين القانون رقم 453 لسنة 1954 (المعدل) بشأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة).

كما أن هناك قيوداً على تركيب الآلات البخارية شبيهة بالقيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة (مثالها ماورد بالقانون رقم 55 لسنة 1977 بشأن إقامة وإدارة الآلات الحرارية والمراجل البخارية)⁽¹⁾.



(1) المستشار أنور العمروسي ص 220 وما بعدها.

مادة (823)

- 1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة.
- 2- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.
- 3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

الشرح

215 - تمهيد :

الملكية جماع سلطات ثلاث هى التصرف والاستعمال والاستغلال. بل إن حرية المالك فى التصرف فى ملكه تعد من خصائص الملكية الأساسية، ولذلك اعتبرت هذه الخاصية من النظام العام لكونها تستند إلى اعتبارات اقتصادية عامة. فحرية تداول الأموال هى الوسيلة الوحيدة لاستغلالها والانتفاع بها على أحسن وجه، فهى السبيل إلى خروج المال من يد عاجزة إلى أخرى قادرة، وبذلك تصبح الأموال كلها مثمرة فى أيدي أربابها، مما يؤدي إلى انتعاش الحالة الاقتصادية والنهوض بالمستوى الاجتماعى⁽¹⁾.

ومن هذا فإن الملكية فى حالتها العادية تكون قابلة للتصرف فيها. ولكن القانون قد يحد من سلطة المالك فى التصرف، وذلك فى حالات استثنائية، كما هى الحال بالنسبة إلى الشريك فى ملكية الأسرة إذ لا يجوز له أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا (م 1/853 مدنى)، وكما

(1) محمد على عرفه ص 358.

هى الحال بالنسبة إلى المالك الذى توزع عليه الأرض المستولى عليها إذ لا يجوز له ولا لورثته من بعده التصرف فى هذه الأرض قبل الوفاء بثمنها كاملاً (م 16 من قانون الإصلاح الزراعى).

وقد هاجم الفقهاء الفرنسيون شرط المنع من التصرف عندما ظهر فى الحياة العملية، وتبعهم فى ذلك القضاء الفرنسى حيث قضى فى أول الأمر ببطلان هذا الشرط.

غير أن منطق الواقع فى الحياة العملية كان أقوى من منطق القانون المجرد فقد تبين القضاء الفرنسى أن هناك حالات يستند فيها شرط المنع من التصرف إلى مبررات عملية مقبولة، فعدل من موقفه الأول وأخذ يقضى بصحة هذا الشرط إذا كان المنع مؤقتاً وكان يستند إلى مصلحة جديّة. وسار القضاء المصرى فى نفس الطريق حيث أخذ بما انتهى إليه القضاء الفرنسى.

ثم جاء المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد فقتن فى المادة 823 مدنى ما كان يجرى عليه القضاء فى هذا الموضوع⁽¹⁾.

216- تعريف شرط المنع من التصرف :

شرط المنع من التصرف clause d'inalie nabilité هو شرط يرد فى عقد أو وصية فيمنع المالك من التصرف فى مال معين من أمواله. كأن يشترط الواهب فى عقد الهبة على الموهوب له ألا يتصرف فى المال الموهوب طول حياته، أو حتى يبلغ سناً معينة. أو يشترط الموصى فى الوصية على الموصى له مثل هذا الشرط.

217- نطاق تطبيق الشرط المانع من التصرف :

يبين من نص الفقرة الأولى من المادة أن شرط المنع من التصرف يجب أن يرد فى عقد أو وصية. فلا يجوز للمالك أن يعلن بعمل من جانبه أن شيئاً من

(1) عبد المنعم الصده ص 164 وما بعدها.

الأشياء المملوكة له أصبح غير قابل للتصرف فيه، لأن المنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز، ولا يمكن أن يستساغ أن مدينا يستطيع بمجرد إعلان من جانبه أن يخرج بعض أمواله عن الضمان العام المقرر للدائنين. والغالب أن يكون الشرط المانع من التصرف مدرجا في عمل من أعمال التبرع سواء أكان هبة أم وصية. فبمقتضى هذا الشرط يحبس الواهب أو الموصى المال الموهوب أو الموصى به بين يدي الموهوب له أو الموصى إليه. لأن مركز المتبرع فيهما يسمح له بإملائه⁽¹⁾. ولكن ليس هناك ما يمنع من ورود هذا الشرط في عقود المعاوضة⁽²⁾، إذ الواقع العملى قد يقدم صورا لعقود معاوضة يكون فيها على المتصرف له أن يذعن لهذا الشرط. كما لو كان البيع بسعر أقل من المعتاد، أو كان ثمة تسهيلات في الدفع أو كان المبيع فرصة لا تتاح لكل الناس⁽³⁾.

وقد يوحى استعمال الشارع لاصطلاحى "المتصرف" و"المتصرف إليه" فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 823 مدنى بأن الشرط لا يرد إلا فى تصرف ناقل لحق عينى. ولئن كان هذا هو الغالب، إلا أنه لا يتحتم أن يكون الشرط مصحوبا بنقل حق عينى⁽⁴⁾ ففى عقد الوعد بالبيع قد يشترط الموعود له على الواعد ألا

(1) ويتوسع بعض الشراح فيرون أنه من الممكن أن يرد الشرط المانع من التصرف فى الوعد بجائزة الموجه للجمهور لقاء القيام بعمل معين وكانت الجائزة عقارا، استنادا أن ذكر المشرع للوصية ليس إلا مثالا للتصرف الانفرادي، وأنها ليست صورته الوحيدة التى يجوز أن تتضمن شرطا مانعا (أحمد سلامه ص 135 وما بعدها).

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 86 - عبد المنعم الصده ص 165 وما بعدها - نعمان جمعه ص 143.

(3) نعمان جمعه ص 143.

(4) محمد وحيد الدين سوار ص 437 - عبد المنعم الصده ص 166 - عبد المنعم البدرأوى ص 86 - رمضان أبو السعود ص 7 وما بعدها - نبيل إبراهيم سعد ص 41 وما بعدها - المستشار أنور العمروسى ص 223 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 437 إذ يشترط أن يكون شرط حظر التصرف فى عقد أو عمل من أعمال التصرف عند نقل الملكية.

يتصرف فى الشئ الموعود ببيعه أثناء المدة المتفق عليها لى يظهر الموعود له خلالها رغبته فى الشراء، إذ أن للموعود له مصلحة جدية فى هذا، وذلك لأنه إذا كان الشئ الموعود به شيئاً معيناً بالذات وتصرف فيه الواعد قبل فوات هذه المدة إخلالاً منه بوعده فلا يبقى أمام الموعود له فى هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض.

كما يجوز أن يرد المنع من التصرف فى إبراد مرتب مدى الحياة، لأنه يراعى فى ترتيب الإيراد اعتبارات شخصية. أى أن عقد ترتيب الإيراد مبنى على الاعتبار الشخصى، فتكون إباحة عدم التصرف فيه أولى منها بالنسبة إلى الأموال الأخرى، لأن مثل هذه الإيرادات غير معدة للتداول⁽¹⁾.

وفى عقد الرهن الرسمى قد يشترط الدائن المرتهن على مدينه مالك العقار المرهون ألا يتصرف فى العقار طول مدة الرهن، وذلك لى يتجنب الإجراءات اللازمة لتتبع العقار إذا تصرف فيه المدين ويتلافى المخاطر التى تنجم عن التطهير. غير أنه يلاحظ أن جواز هذا الشرط فى عقد الرهن محل نظر، ولا يرجع ذلك إلى مخالفة لقواعد الشرط التى نحن بصددھا، وإنما يرجع إلى الخشية من أن يضار نظام الائتمان إذا ما درج الدائنون على إبراد هذا الشرط فى عقود الرهن، فنظام الرهن يقوم على التوفيق بين حرية المدين فى التصرف فى ماله وضمن حق الدائن، ولاشك فى أن فى اشتراط عدم التصرف يحول دون تحقيق هذا الغرض⁽²⁾.

ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وحرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيدھا اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن

(1) السنهاورى ص 632 - محمد على عرفه ص 367.

(1) عبد المنعم الصده ص 167 - إسماعيل غانم ص 55.

المرتتهن بألا يتصرف في العقار المرهون.....⁽¹⁾.

وقد يرد هذا الشرط بالنسبة للمنقول، كما يرد بالنسبة للعقار إذ نص المادة 823 مدنى عام فى هذا الصدد لأنه يستعمل كلمة (مال) والمال يشمل العقار والمنقول ويذهب البعض إلى أن هذا الشرط إذا أدرج فى تصرف فى منقول فإنه فى الغالب سيكون معدوم القيمة، لأن المتصرف إليه يستطيع نقله إلى مكتسب حسن النية يجهل هذا الشرط ويستطيع التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية⁽²⁾.

ويرد على هذا رأى بأن تطبيق هذه القاعدة لا يحول دون سريان أثر الشرط المانع، لما هو معلوم من أنه يشترط للاحتجاج بها توافر السند الصحيح لدى الحائز، ولا يعتبر السند الباطل بطلاناً مطلقاً سنداً صحيحاً. وسنرى أن جزاء مخالفة الشرط المانع هو بطلان التصرف المخالف بطلاناً مطلقاً، وبذلك يتمتع على الحائز الاحتجاج بالقاعدة المتقدمة⁽³⁾.

ولا يلزم أن يرد شرط المنع من التصرف فى السند الذى تلقى به المالك ملكية الشئ، وإن كان ذلك هو الغالب عملاً⁽⁴⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 39.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 86 - نبيل إبراهيم سعد ص 42.

(3) محمد على عرفه ص 366.

(4) إسماعيل غانم ص 56 - نبيل إبراهيم سعد ص 41 وما بعدها - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 437 - محمود جمال الدين زكى ص 94 - جميل الشرقاوى ص 53، فيرون أنه يجب أن يكون شرط حظر التصرف فى عقد أو عمل من أعمال التصرف عند نقل الملكية. ويقول الدكتور جميل الشرقاوى: "ويؤخذ استلزام هذا الشرط من نص المادة 823 على أنه: "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف..."، وفى العقد يكون الشرط نتيجة لاتفاق بين المتصرف إليه الممنوع وبين الطرف الآخر، وفى الوصية يوضع الشرط من قبل الموصى، ليلتزم به الموصى له إن قبل الوصية.... كما =

= يؤخذ من صياغة المادة 823 أن الشارع يفترض ورود شرط المنع من التصرف فى سند

شرطان لصحة شرط المنع من التصرف :

218- الشرط الأول :

أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع :

تنص الفقرة الأولى من المادة 823 على أن شرط المنع من التصرف لا يصح ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع. فلو كان تصحيح شرط المنع من التصرف خروجاً على الأصل، فمن الطبيعي إذن أن يكون لمثل هذا الشرط باعث مشروع. ويراد بالباعث المشروع أن تكون ثمة مصلحة جدية تبرر احترام رغبة مشترط المنع، وحرمان المالك من قدرته على التصرف فيما يملك⁽¹⁾. وجدية المصلحة أمر يتوقف على ظروف كل حال، ويرجع تقديرها عند الخلاف فيها إلى القضاء الذي يفصل فيه على ضوء الظروف.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "شرط المنع من التصرف يصح إذا بنى على باعث مشروع واقتصر على مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل

ملكية المال الذي ينصب عليه المنع، فهو يذكر المتصرف على أنه المشترط والمتصرف إليه على أنه المالك الممنوع، مما يعني أنه يتصور الشرط دائماً في إطار لنقل الملكية". واستطرد ص 53 هامش (3) أن هذا الافتراض واضح في مذكرة المشروع التمهيدى للمادتين 823، 824 ويجب أن نفهم المقصود بالعقد أو الوصية الوارد في صدر المادة 823 في ضوء هذا التصور أو الافتراض".

(1) جميل الشراوى ص 51 - محمد وحيد سوار ص 348.

فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى بنى رأيه على أسباب سائغة".

(طعن رقم 299 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/27)

2- "المادة 823 من القانون المدنى لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبناء على باعث مشروع، وهى الحدود التى أباح المشرع فى نطاقها الخروج على مبدأ حرية تداول الأموال، وقد استخلص الحكم - المطعون فيه - من عبارات الوصية وفى استدلال سائغ أن الباعث على حظر التصرف الموقوف بحياة الموصى إليها هو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه على قواعد النظام العام، ومن ثم فإن هذا الذى انتهى إليه الحكم لا ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 7 لسنة 42 ق "أحوال شخصية" جلسة 1977/1/19)

ونصت الفقرة الثانية من المادة على أن الباعث يكون مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.

ومن أمثلة المصلحة المشروعة للمتصرف :

(أ) - أن يكون المتصرف واهباً واشترط لنفسه على الموهوب له إيراداً مرتباً فى مقابل الهبة. فيرغب فى بقاء المال لدى الموهوب له ضماناً لحصوله على الإيراد. أو يشترط على الموهوب له عدم التصرف احتياطاً لممارسة حقه فى الرجوع فى الهبة واسترداد المال الموهوب، إذا تحقق عذر من الأعذار المقبولة للرجوع فى الهبة كجحود الموهوب له، أو إفسار الواهب.

(ب) أن يكون المتصرف بائعاً واشترط لنفسه الانتفاع بالعين المباعة أو بحق الاستعمال الشخصى أو السكنى، فيلتزم المشتري بعدم التصرف حتى لا

يضطر إلى التعامل مع مالك رقبة لايعرفه إذ قد يضايقه فى الانتفاع بحقه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا اشترط البائع فى عقد البيع الاحتفاظ لنفسه مدة حياته بحق الانتفاع بالعقار المبيع ومنع المشتري طول تلك المدة من التصرف فى العين المبيعة. ورأت محكمة الاستئناف أن هذا العقد، مع الأخذ بظاهر الشرط الوارد فيه، قد قصد به التملك المنجز لا التملك المؤجل إلى وفاة البائع بانية رأيها على أسباب مسوغة له مستخلصة من ظروف الدعوى وملابساتها - فلا سلطان لمحكمة النقض عليها فى ذلك".

(طعن رقم 13 لسنة 8 ق جلسة 1938/6/22)

2- "إن اشترط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدة حياته ومنع المشتري من التصرف فيه طول تلك المدة ضمنا لحقه - ذلك لا يمنع من اعتبار التصرف بيعا صحيحا ناقلا ملكية الرقبة فورا. ووصف هذا التصرف بأنه وصية استنادا إلى هذا الشرط وحده يكون خطأ".

(طعن رقم 1449 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/8)

3- "متى كان الحكم قد أقام قضاءه باعتبار العقد بيعا باتا منجزا بثمن مقبوض على ما استخلصه استخلاصا سليما من عبارات العقد ومن الظروف والملابسات التى أحاطت بتحريره مفندا زعم الطاعن فيه بأنه وصية مستندة فى ذلك إلى أن الشرط الوارد به والذى يمنع المشتري من التصرف إلا بموافقة البائع لا يفيد أن التملك مضاف إلى ما بعد الموت بل المقصود منه أن يوافق البائع كتابة على هذا التصرف باعتبار أنه والد المشتري بما له من حق مراقبة هذا التصرف وموجبه، وأن هذا الشرط لم يكن موجودا فى العقد الابتدائي بل ذكر فى العقد النهائى الذى صدق عليه أثناء قيام دعوى صحة التعاقد المرفوعة عنه وذلك

(1) محمد على عرفه ص 363 وما بعدها.

لتقضى الاستمرار فى التقاضى، فإن هذه الأسباب تتضمن الرد على طلب التحقيق بالبينة الذى قدمه الطاعن فى العقد لإثبات أنه وصية".

(طعن رقم 13 لسنة 18 ق جلسة 1949/12/29)

ومن أمثلة الباعث المشروع للمتصرف إليه :

أن يهب شخص أو يوصى لآخر بعقار، ولما يعرفه من أن الموهوب أو الموصى له سئ التدبير طائشا، يخشى أن يضيع سفها العقار الموهوب أو الموصى به يعمد إلى حمايته بوضع شرط عدم التصرف فى العقار أو يشترط عدم التصرف فى العقار حتى يصل إلى سن معينة يكون عند بلوغها قد أنضجته التجارب وحصل على الخبرة الكافية.

ومن أمثلة حماية مصلحة للغير :

(أ) أن يهب شخص لآخر عقارا أو يوصى به له، ويشترط عليه أن يؤدي مرتبا دوريا لشخص ثالث، ويمنعه من التصرف فى هذا المال حتى يستطيع من اشتراط له المرتب أن يجد مالا ينفذ عليه بحقه عند إخلال الموهوب له أو الموصى بالتزامه⁽¹⁾.

(ب) أن يكون لأجنبى حق سكنى فى الدار الموهوبة، فيمنع الواهب الموهوب له من التصرف طيلة حياة هذا الأجنبى تحقيقا لمصلحته حتى لا يواجه بشخص لا يريحه⁽²⁾.

219- تقدير جدية المصلحة المشروعة :

جدية المصلحة المشروعة أمر يتوقف على ظروف كل حال، ويرجع تقديره عند الخلاف فيه إلى قاضى الموضوع الذى يفصل فيه على ضوء هذه الظروف. ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى بنى رأيه على أسباب سائغة.

(1) عبد المنعم الصده 169 .

(2) محمود جمال الدين زكى ص 92.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى بنى رأيه على أسباب سائغة".

(طعن رقم 299 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/27)

220- بطلان الشرط المانع الذى ليس له باعث مشروع :

إذا لم توجد مصلحة فى الشرط المانع، أو وجدت وكانت تافهة، أو لم تكن مشروعة، فإن شرط المنع من التصرف يقع باطلا⁽¹⁾.

ومثال ذلك أن يهب شخص آخر عقارا ويشترط عليه عدم التصرف فيه ليمنعه بذلك من القيام بمشروع علمى أو عمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه، وقد يبيع العقار الموهوب له فى سبيل ذلك فهو لا يحقق مصلحة مشروعة له أو للموهوب له أو للغير.

والمفروض أن للشرط المانع باعثا مشروعاً إلى أن يثبت المتصرف له أن الباعث غير مشروع⁽²⁾.

ويكون التصرف الذى اشتمل على الشرط الباطل باطلاً أيضاً، إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلى هذا التصرف، أما إذا كان هذا الشرط ليس هو الباعث على التصرف فإن الشرط يبطل ويظل التصرف قائماً. وذلك تطبيقاً للمادة 143 مدنى التى تقضى بأنه إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع

(1) محمد كامل مرسى ص 438.

(2) السنهورى ص 637 وما بعدها.

باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله⁽¹⁾.

ذلك أنه فى ضوء هذا النص يمكن القول أن الشرط المانع من التصرف والعقد المقترن به، يعدان فى الأصل قابلين للتجزئة. بمعنى أن الخلل الذى يعتور الشرط المانع من التصرف يؤدى إلى بطلان الشرط وحده. أما التصرف المقترن به، فيبقى صحيحا. بيد أنه إذا كان الشرط متصلا بجملة التصرف، بمعنى أن المشترط ما كان ليبرم التصرف دون هذا الشرط، فعندئذ يقع التصرف باطلا أيضا، وفى ضوء ما تقدم إذا كان الباعث على شرط المنع من التصرف لا يكفى لتسويغه، وقع الشرط باطلا، أما التصرف فيبقى صحيحا، ما لم يتبين أن المشترط ما كان ليرضى بالتصرف دون هذا الشرط. فعندئذ يبطل الشرط والتصرف معا⁽²⁾.

221- الشرط الثانى :

أن يكون المنع لمدة معقولة :

اشتترطت الفقرة الأولى من المادة لصحة شرط المنع من التصرف أن يكون المنع مقصورا على مدة معقولة. فالنص يحرم الشرط المانع من التصرف إذا كان مؤبدا، إذ يخرج العين بهذا المنع من دائرة التعامل بتاتا، وهو أمر مخالف للنظام العام. ولا يجوز إلا بنص فى القانون كما هو الحال فى الوقف كما لا يجوز أن يكون الشرط لمدة طويلة تجاوز الحاجة التى دعت إليه لأنه لا يبقى للمتصرف له مصلحة، ولذلك اشترط النص أن يكون الشرط مقصور على مدة معقولة. ولما كان من الصعب تحديد متى تكون المدة معقولة ومتى لا تكون كذلك،

(1) منصور مصطفى منصور ص 104 - السنهاورى ص 638 - عبد المنعم الصده ص 170 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 350 وما بعدها - وقارن محمد على عرفه ص 363 فيذهب إلى أنه من الخطأ الحكم ببطلان الشرط ونفاذ التصرف لأن هذا الشرط يعد من قبيل الشروط الدافعة للالتزام، فبطلانه يستتبع دائما بطلان التصرف المقترن به، سواء أكان التصرف معاوضة أم تبرعا.

(2) محمد وحيد الدين سوار ص 350 وما بعدها.

فإنه لامناص من أن يترك لقاضى الموضوع تقدير المدة المعقولة. وهو يفصل فى ذلك حسب ظروف كل حالة، وبصفة خاصة حسب الحاجة التى دعت إليه. فما يعتبر معقولا فى حالة قد يكون غير معقول فى حالة أخرى. فإذا زالت هذه الحاجة زال الأساس الذى يستند إليه الشرط⁽¹⁾.

وهكذا لو أن هدف الشرط المانع من التصرف هو استمرار المال فى ذمة المتصرف إليه حتى أيلولته إلى ورثته، كما لو كان المال موهوبا من والد لولده مع علمه بسفاهته، فيضع فى الهبة الشرط المانع من التصرف حتى يستمر المال فى ملكية الأسرة إلى أن يصل إلى أحفاد الواهب، ففى هذا الفرض يعتبر المنع لمدى حياة الموهوب له مدة معقولة. أما لو كان المنع لصغر سن الموهوب له فإن المدة تكون غير معقولة إذا تجاوزت بلوغه سن الرشد أو سن النضوج كثلاثين عاما⁽²⁾.

222- يجوز أن تستغرق المدة المعقولة مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن: "والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".
ولاشك أن المنع يكون مؤقتا فى الصور المتقدمة لأن حياة الإنسان مهما طاللت فهى على كل حال مؤقتة بميقات لا يعلمه إلا الله.
غير أن المدة الواردة فى النص جوازية لا وجوبية. وعلى ذلك يجوز للقاضى أن يعد مدة المنع من التصرف مدى حياة أى من هؤلاء معقولة، أو غير معقولة، حسب كل حالة، بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا⁽³⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 169 - توفيق فرج ص 204 - محمد وحيد الدين سوار ص 349.

(2) نعمان جمعه ص 147.

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 350 - منصور مصطفى منصور ص 100 وما بعدها.

ويراعى أنه في الأمثلة السابقة (الواردة ببند 217)، إذا كان المتصرف قد اشترط لنفسه إيراداً مدى الحياة، أو حق انتفاع أو حق سكنى مدى الحياة أو الاستيثاق من أن يقتصر الجوار على شخص المتصرف إليه، فمن الطبيعي في هذه الفروض أن يجعل الشرط مانعاً قائماً لمدة تستغرق حياته، وتكون المدة في هذه الحالة مدة معقولة.

لكن هناك فروض كبيع عقار بثمن مقسط أو بيع عقار يرتثه البائع، فإنه لا يكون فيها مبرر لأن تستغرق مدة المنع حياة المتصرف ويكفى في حالة بيع عقار بثمن مقسط أن تكون مدة المنع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالأقساط جميعها. وفي حالة بيع عقار يرتثه البائع أن تكون مدة المنع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالدين المكفول بالرهن حتى يأمن البائع شر التطهير فيما إذا باع المشتري العقار قبل وفاء الدين.

وإذا حدد للشرط مدة تستغرق حياة المتصرف له إذا كان الأخير معروفاً بسوء

ويرى البعض أن الشرط الذي يرد لمدى حياة المتصرف إليه يجب اعتباره باطلاً. حقا إن المادة 823 في فقرتها الثالثة تنص على أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف إليه، ولكن يلاحظ على نصها أنها واردة على سبيل الجواز إذ هي تقرر أن المدة المعقولة "يجوز" فالأصل أن تقدير المدة المعقولة متروك للقاضي. ويمكن حمل المادة المذكورة على معنى آخر. إنها لم تقرر صراحة أن الشرط يصح إذا اشترط المنع لمدة حياة المتصرف إليه، بل إنها قررت أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف إليه، بل إنها قررت أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف إليه، ومعنى ذلك أن المدة المشروطة إذا قيدت بمدة معينة من السنين صح الشرط ولو استغرقت هذه السنين بالفعل حياة المتصرف إليه. فالممنوع في نظر هذا الرأي هو أن ينص في العقد أو الوصية على حرمان المتصرف إليه مدى حياته من التصرف. ولكن ليس هناك مانع من اعتبار الشرط صحيحاً إذا حدده العقد أو الوصية بمدة معقولة، وإن ظهر فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه (عبد المنعم البدرأوى ص 89).

التدبير فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف فى العين الموهوبة طول مدة حياته، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع، فإن المدة تكون معقولة.

أما إذا كان المتصرف إليه قليل الخبرة والتجربة نظرا لصغر سنه أو يكون قاصرا، فإنه لا يكون هناك مقتض لأن تستغرق المدة حياة المتصرف له إذ يكفى تحديد مدة معقولة يستوفى أثناءها الخبرة اللازمة أو يبلغ سن الرشد عند انقضائها. وإذا حددت المدة بمدى حياة الغير، كما إذا اشترط الواهب على الموهوب له إيرادا يرتبه للغير مدى حياته فإن المدة المعقولة للمنع من التصرف قد تستغرق فى هذه الحالة حياة الغير.

وإذا مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة، انتقلت العين إلى ورثة المتصرف له مثقلة بالشرط المانع، فلا يجوز لهؤلاء التصرف فيها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"عرض المشروع للشرط المانع من التصرف فى نصين (المادتين 1191، 1192 من المشروع) لا نظير لهما فى التقنين الحالى، وقد قنن المشروع أحكام القضاء المصرى فى هذا الموضوع. فالشرط المانع قد يرد فى وصية أو فى عقد، ويكون العقد فى الغالب هبة أو هبة مستترة فى بيع. ويصح هذا الشرط إذا كان الغرض منه حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، كما إذا اشترط الانتفاع بالعين طول حياته فيكون الشرط المانع من التصرف مؤكدا لذلك، أو حماية مصلحة مشروعة للغير، كما إذا كان الانتفاع بالعين مشروطا لمصلحة هذا الغير، أو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه، كما إذا كان سئ التدبير وأراد المتصرف أن يحميه من طيشه بالشرط المانع من التصرف. ويجب أيضا لصحة الشرط المانع أن يكون لمدة معقولة، قد تكون مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو

الغير، ولكن لا يصح تأييد هذا الشرط ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت إلى ذلك⁽¹⁾.

223- هل يجوز للقاضي إبقاء الشرط المانع مع إنقاص مدته ؟

ذهب رأى إلى أنه إذا كان المانع من التصرف مؤبداً أو كان لمدة غير معقولة، أبقى القاضي الشرط مع إنقاص مدته إلى الحد المعقول. وذلك ما لم يتبين أن المدة المشترطة لا تتفصل عن جملة التصرف، بمعنى أن المشترط ما كان ليرتضى التصرف بدون هذه المدة كلها، إذ أنه حينئذ يبطل الشرط والتصرف معا⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر - بحق - إلى أنه يصعب التسليم للقاضي بإبقاء الشرط مع إنقاص مدته إلى ما يقدر أنه الحد المعقول، مستندا في ذلك إلى المادة 143 مدني التي تقضى بانتقاص العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق منه دون الشق الآخر، فهو مدى واسع في السلطة التقديرية. لأنه في الحالات الأخرى الذي يجري فيها إنقاص في العقد يكون القانون قد رسم له حد أقصى لا تجوز مجاوزته، كما إذا أنقص الفوائد إلى 7% أو مدة البقاء في الشيوخ إلى خمس سنوات. أما هذا فليس أمام القاضي حد أقصى فرضه القانون حتى يلتزمه، فالأسلم أن يبطل الشرط المانع بدلاً من أن يحدد له مدة يقدرها مدة معقولة ثم يقدر في الوقت ذاته أن المتصرف كان يرضاها عند إبرام التصرف⁽³⁾.

224- بطلان الشرط المانع الذي تكون مدته غير معقولة :

إذا كانت مدة الشرط المانع غير معقولة - بالتفصيل السابق - فإن الشرط المانع يقع باطلاً لتخلف أحد شرطي صحته.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 76.

(2) عبد المنعم الصده ص 171 - توفيق حسن فرج ص 206 - نعمان جمعه ص 149.

(1) السنهوري ص 642 - إسماعيل غانم ص 59 هامش (1).

(راجع فى التفصيل بند 220).

225- الآثار التى تترتب على الشرط المانع :

إذا توافر فى الشرط المانع من التصرف الشرطان السابقان، وهو أن يكون الباعث على الشرط مشروعاً وأن يكون المنع لمدة معقولة، كان الشرط صحيحاً، وترتبت عليه آثاره. فإذا ورد الشرط المانع عاماً، أى لم يحدد نوعاً من التصرفات هى التى تمنع، فإن المنع يشمل كافة التصرفات القانونية، الناقلة للملكية. فلا يجوز له أن يبرم تصرفاً ينقل به حقه إلى شخص آخر، كأن يبيع الشئ أو يهبه أو يقدمه حصة فى شركة.

ولا يجوز له أن يرتب للغير على الشئ حقاً عينياً آخر، كحق انتفاع أو ارتفاق، فهذه كلها تصرفات من شأنها أن تؤدى إلى زوال حق المالك كله أو بعضه، ولذلك لا يجوز للمالك أن يبرم أى تصرف منها، لأن الغرض من الشرط هو أن تبقى الملكية كاملة للمالك. كما يتمتع عليه إجراء التصرفات التى وإن لم تكن ناقلة للملكية فهى تؤدى إلى ذلك وتعتبر لذلك من أعمال التصرف كالرهن⁽¹⁾. ولا يحول الشرط المانع بين المالك والقيام بأعمال التصرف المادى ولو ترتب عليها تغيير جوهرى للعين ما لم ينص الشرط على ذلك صراحة، لأن المقصود بالمنع أعمال التصرف القانونية.

ومن ثم لا يمنع المالك من هدم البناء أو التغيير المادى فى الشئ. إلا إذا

(2) السنهاورى ص 643 - منصور مصطفى منصور ص 104 وما بعدها - جميل الشراوى ص 54 وما بعدها - وعكس ذلك عبد المنعم البدروى ص 90 وما بعدها - فيذهب إلى أن الشرط المانع لا يحول دون تقرير الحقوق العينية الأخرى التى لا تؤدى = إلى احتمال إخراج الشئ من ذمة المتصرف إليه، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع ما لم يكن المنع قد امتد إلى هذه الحقوق بصريح العقد أو الوصية. فالشرط بحكم كونه استثناء يجب التضييق فى تفسيره.

اشتراط المتصرف ذلك صراحة فيكون هناك التزام في ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل، ولا يكون هذا حق ارتفاق لأن حق الارتفاق إنما يكون لمنفعة عقار لا لمنفعة شخص. فضلا عن القول بغير ذلك لا يتفق مع الجزاء الذي فرضه القانون على مخالفة الشرط⁽¹⁾.

ومع ذلك إذا ورد شرط المنع من التصرف مطلقا، أى لم يذكر فيه شيء عن الاستبدال، واقتضت الضرورة أو المصلحة التصرف في الشيء، كأن كان مبنى وأصبح مهددا بالسقوط فيجوز للمالك إذا لم يتمكن من الحصول على موافقة من تقرر الشرط لمصلحته على التصرف أن يطلب الإذن بالتصرف من القضاء، وللمحكمة أن تأذن بالتصرف إذا وجد ما يقتضيه على أن يكون الإذن مصحوبا بما يكفل استمرار تحقيق الغرض من شرط المنع فتأذن بالتصرف مع الاستبدال. أما التصرفات التي لا تكون ناقلة للملكية أو منشئة لحق عيني آخر، فيجوز للمالك أن يباشرها، لأنها ليس من شأنها أن تؤدي إلى زوال حقه كله أو بعضه، كما هي الحال بالنسبة للتصرفات التي تعتبر من أعمال الإدارة. كالإيجار - وكذلك التصرفات المقررة كالقسمة والصلح.

كما أن الشرط لا يحول دون أن تنتقل ملكية الشيء إلى غير المالك بسبب آخر غير التصرف القانوني، أى لسبب غير إرادي، كالميراث أو التقادم أو نزع الملكية للمنفعة العامة⁽²⁾.

ولا يتمتع على المالك أن يوصى بالعين، فالوصية ولو أنها تصرف قانوني، إلا أنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. والمقصود من المنع هو التصرف حال

(1) السنهاوري ص 643 هامش (3) - محمود جمال الدين زكي ص 96- وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص 174.

(1) عبد المنعم الصده ص 174 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 351 - رمضان أبو السعود ص 73 وما بعدها.

الحياة، إلا إذا تبين أن الغرض المراد تحقيقه من شرط المنع يقتضى منع الوصية كذلك، كما إذا كان قصد المتصرف من الشرط المانع هو أن تقول العين بعد موت المتصرف له إلى ورثة الأخير⁽¹⁾.

226- شرط الاستبدال :

قد يتخذ شرط المنع من التصرف صورة خاصة تعرف بشرط (الاستبدال). وبمقتضى هذا الشرط يلزم المتصرف إليه بعدم التصرف فى الشيء إلا إذا استبدل به شيئاً آخر يقوم ويحل محله فيما هو حق له. ومثل هذا الشرط يكون صحيحاً متى قصد به تحقيق مصلحة مشروعة. لأنه ليس أخطر من شرط عدم التصرف المطلق بل هو على العكس أقل منه مدى وشدة. فيجب إذن اعتباره صحيحاً من باب أولى، ومن يملك الأكثر يملك الأقل⁽²⁾.

-
- (2) السنهاورى ص 644- رمضان أبو السعود ص 73 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 297 هامش (55) وكان المشروع التمهيدى للمادة 823 مدنى ينص صراحة على الشرط الذى "يقضى بمنع التصرف فى مال أو بمنع الإيصاء به"، فحذفت عبارة "أو يمنع الإيصاء به" فى لجنة المراجعة مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 74.
- (3) عبد المنعم البدرأوى ص 90- السنهاورى ص 74 - محمد لبيب شنب ص 296.

227- اشتراط عرض العين على شخص معين :

قد يتفق في العقد على أنه لا يجوز التصرف في الشيء إلا بعد عرضه على شخص معين تكون له الأفضلية في التصرف على غيره، فلا يعد هذا شرطاً مانعاً⁽¹⁾ وإنما ينطوى على التزام من الطرف الآخر قبل حصول التصرف بعرض الشيء على من اتفق عليه فهو وعد بالتفضيل، ومن ثم فإن هذا الشرط ينشئ التزاماً شخصياً بأن يعرض على الشخص المتفق عليه رغبته في التصرف بحيث لا يكون له التصرف في الشيء إلا إذا لم يشأ الأخير استعمال حق الأفضلية له، فإذا تصرف فيه للغير قبل عرض الأمر عليه نفذ تصرفه ولا يكون له إلا أن يرجع عليه بالتعويض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس لأى من الطرفين الأول أو الثانى الحق في التصرف في نصيبه الذى يملكه في المحل بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو بأية صورة من الصور إلا بعد عرضه على الطرف الآخر وأخذ موافقته على ذلك كتابة، فإن العبارة الواضحة للشرط تدل على أنه لم يمنع أى من الطرفين من التصرف في نصيبه في المحل وإنما تضمن التزاما على كل منهما قبل حصول التصرف بعرض رغبته في ذلك على الطرف الآخر ومن ثم فإنه لا يعد شرطاً مانعاً من التصرف وإنما هو وعد بالتفصيل متبادل بين طرفي العقد يلتزم فيه كل طرف إذا رغب في بيع أو رهن أو تأجير نصيبه في المحل أن يعرض رغبته في التصرف أولاً على الطرف الآخر ويعطيه الأولوية تفضيلاً على غيره ومن ثم فإن هذا الشرط ينشئ في ذمة كل من الطرفين التزاماً شخصياً بأن يعرض على الطرف الآخر رغبته في التصرف بحيث لا يكون له أن يتصرف في حصته في المحل إلى الغير إلا إذا لم يشأ الطرف الآخر استعمال حق الأفضلية المقرر له، فإذا تصرف فيه للغير قبل عرض الأمر

(1) السنهاورى ص 637، 644.

على الطرف الموعد له نفذ تصرفه ولا يكون لهذا الأخير إلا أن يرجع بالتعويض على الواعد".

(طعن رقم 1773 لسنة 53 ق جلسة 1984/12/10 - غير منشور)

228- نفاذ الشرط المانع فى العقار قبل الغير :

لكى يكون الشرط المانع الوارد على عقار نافذا فى حق الغير، أى فى حق من سيتصرف إليه المالك الممنوع من التصرف، فإنه يجب أن يسجل الشرط المانع ويتم تسجيله عادة مع تسجيل التصرف الأصيل إذا كان واردا فى العقد الذى ينقل الملكية. فإذا ورد الشرط فى تصرف لاحق على التصرف الناقل للملكية وجب تسجيل هذا الشرط حتى يمكن الاحتجاج به على الغير، لأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى لا تقتصر على التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو زواله، بل هى تشمل أيضا تلك التى يترتب عليها (تغيير) حق من الحقوق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل التقنين المدنى القديم - بأن :

"المقرر فى ظل القانون المدنى القديم وقبل صدور قانون التسجيل رقم 18 سنة 1923 أن الملكية فى العقار تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد دون حاجة إلى التسجيل وأن الشرط الذى يمنع المشتري من التصرف فى العين المشتراه إلا بعد سداد ثمنها كاملا لا ينفذ فى حق الغير الذى تلقى العين منقولة بهذا الشرط إلا بتسجيل الشرط المانع ضمن تسجيل التصرف الأصيل الذى نقل العين منقولة بالشرط فيذكر فى تسجيل التصرف الأصيل ما ورد فى التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع ولا يكون الشرط المانع حجة على الغير إلا من تاريخ تسجيله - لما كان ذلك وكانت الجهة الطاعنة قد باعت إلى مورث المطعون ضدهم من السادسة حتى الأخيرة بموجب عقد البيع فى عام 1921 الأرض

(1) إسماعيل غانم ص 64 - رمضان أبو السعود ص 74 - نعمان جمعه ص 147 وبعدها.

الزراعية موضوع الدعاى فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ التعاقد عملاً بالقانون السارى فى ذلك الحين وإذ كانت الجهة البائعة اشترطت على المشتري منها عدم التصرف إلا بعد سداد الثمن فإن هذا الشرط لا يسرى فى حق الغير إلا من تاريخ تسجيل العقد الذى تضمنه ولا يكون له أثر على الغير حسن النية الذى اشترى من المشتري وسجل عقده قبل تسجيل العقد المحتوى على هذا الشرط إذ أن القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق تسجيلها إعلماً لكل أحد بوجود الحق العينى الذى شهر بحيث يكون حجة على جميع أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل إذ أنهم يعتبرون قانوناً عالمين بوجوده ولا حجية له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به - لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن إشهار شرط عدم التصرف لم يتم إلا بإشهار ذات العقد الصادر من الجهة الطاعنة بتاريخ 1921/12/14 أى بعد أن انتقلت الملكية للمشتريين (المستأنف عليه الأول ومورث المستأنف عليهم من الثانى للخامسة) بتسجيل عقدهما فى 1921/7/19 فلا ينفذ الشرط فى حقهما لأنهما لم يكونا عالمين به بسبب عدم إشهاره وقت حصول البيع الصادر لهما من المشتري من الجهة الطاعنة وانتقال ملكية القدر المبيع لهما بالعقد ثم بتسجيل هذا العقد بعد ذلك وقبل تسجيل عقد المشتري من الجهة الطاعنة - وكان مفاد هذا الحكم أنه اعتد بحق مورث المطعون ضدهم الخمسة الأول المشتري من الطاعنين بالنسبة للعقار المبيع ورتب على تعاقد الطاعنين مع المشتريين الأول انتقال ملكية العقار المبيع إليهم ثم رتب على التعاقد الأخير من المشتريين من الطاعنين ومورث المطعون ضدهم الخمسة الأول انتقال ملكية العقار إليهم وأن ما تضمنه العقد الأول من شرط مانع للتصرف لا يسرى فى حقهم لعدم إشهاره قبل تعاقدهم وإشهار ذلك التعاقد فإنه يكون قد صادف صحيح القانون الذى تم التعاقد موضوع المنازعة فى ظله ولا عبرة بالتسجيل اللاحق لعقد بيع الجهة الطاعنة إذ أنه إنما يرتب أثره من تاريخ حصوله ولا يترد إلى تاريخ سابق عليه

ومن ثم فإن النعى ببطلان العقد الصادر إلى مورث المطعون ضدهم الخمسة الأول وصحة امتياز الحكومة على العقار المبيع يكون على غير أساس".

(طعن رقم 51 لسنة 41 ق جلسة 1978/6/28)

229- عدم قابلية المال محل الشرط المانع للتنفيذ :

إذا أُجيز لدائى المالك أن ينفذوا بحقوقهم على الشئ الذى منع من التصرف فيه، فإن ذلك كفيل فى معظم الأحوال، بأن يفقد الشرط المانع كل قيمته. إذ يكفى أن يمتنع المالك عن الوفاء بديونه فيبيع الشئ جبرا ليستوفى الدائن حقه من ثمنه، وبذلك يصل المالك بطريق غير مباشر إلى التصرف فى الشئ رغم الشرط المانع. لذلك استقر الفقه والقضاء على أن اشتراط المنع من التصرف يستتبع عدم القابلية للتنفيذ.

ولكن يجب أن نلاحظ أن عدم القابلية للتنفيذ لا ترمى إلى تحقيق غرض مستقل عن الغرض المقصود من اشتراط المنع من التصرف، بل هى تقوم على أساس هذا الغرض ذاته وتقتصر وظيفتها على المساهمة فى تحقيقه⁽¹⁾.

وتترتب على هذه الملاحظة الأساسية عدة نتائج :

1- أن المنع من التصرف لا يستتبع حتما وفى كل الأحوال عدم القابلية للتنفيذ. فقد تعرض أحوال لا يتعارض فيها الغرض المقصود من المنع من التصرف مع إجازة التنفيذ. مثال ذلك ما إذا كان الشرط المانع قد اشترط فى عقد بيع تأكيدا لامتياز البائع على العقار المبيع لحين وفاء المشتري بالثمن. فإن الغرض من الشرط المانع فى هذه الحالة هو أن يتجنب البائع الإجراءات التى يستوجبها مباشرة حق التتبع فى مواجهة الغير. وتحقيق هذا الغرض لا يقتضى حرمان دائى المشتري من التنفيذ على العقار. ذلك أنه يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد، طبقا للمادة 450 مرافعات تطهير العقار من كافة الحقوق العينية

(1) إسماعيل غانم ص 68- محمد على عرفه ص 372- توفيق فرج ص 210 وما بعدها.

التبعية، بما فى ذلك امتياز البائع، ويكون له أن يستوفى حقه بالأولوية من الثمن الذى رسا به المزاد. فهو إذن لن يضطر إلى مباشرة إجراءات التتبع.

2- إن عدم القابلية للتنفيذ التابعة للشرط المانع من التصرف تختلف عن عدم القابلية للتنفيذ التى تشترط بشرط مستقل فى الهبة أو الوصية طبقا للمادة 308 مرافعات. فاشتراط عدم جواز التنفيذ فى هذه الحالة الأخيرة يقصد به إبعاد الشئ الموهوب أو الموصى به عن مال الدائنين السابقين على الهبة أو الوصية. ولذلك فللدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد الهبة أو الوصية الحق فى التنفيذ.

أما حظر التنفيذ التابع لاشتراط المانع من التصرف فالمقصود به سد السبيل أمام المالك بحيث لا يستطيع التصرف فى الشئ، ولو عن طريق غير مباشر، عن طريق الامتناع عن الوفاء بديونه. وذلك متحقق أيا كان تاريخ نشوء الدين الذى يمتنع المالك عن الوفاء به. ولذلك فإن حظر التنفيذ يسرى على الدائنين جميعا بصرف النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم⁽¹⁾.

3- إن مدى عدم القابلية للتنفيذ تختلف باختلاف الغرض المقصود من الشرط المانع فإذا اشترط المانع من التصرف فى هبة أو وصية حماية للمالك من رعونته وتبذيره إلى أن يبلغ سنا معينة، فإن القضاء الفرنسى قد استقر على أنه لايجوز للدائنين، الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المانع من التصرف، التنفيذ على الشئ حتى بعد انقضاء هذه المدة. ذلك أن الغاية التى يرمى إليها المشترط هى جعل الشئ الموهوب أو الموصى به فى مأمن من عواقب إسراف المالك إلى أن يستكمل نضجه. ولن يتحقق هذا الغرض إلا إذا أخرج الشئ الموهوب أو الموصى به نهائيا من ضمان الدائنين الذين تنشأ حقوقهم أثناء مدة المانع. أما إذا كان المقصود من المانع من التصرف حماية مصلحة المشترط (المتصرف) أو الغير فإنه بانتهاء مدة المانع من التصرف، يكون للدائنين جميعا بغير تفرقة الحق

(1) إسماعيل غانم ص 69.

فى التنفيذ⁽¹⁾.



(1) إسماعيل غانم ص 69 وما بعدها - محمد على عرفه ص 371 وما بعدها.

مادة (824)

إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا.

الشرح

جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف :

230- رأى الفقه :

انقسم الفقه في بيان جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية إذا كان صحيحا إلى رأيين.

(أ) الرأي الأول :

أن المشرع وقد نص في المادة 824 مدنى على أنه: "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا". فإنه يكون قد جعل جزاء التصرف المخالف للشرط المانع هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى.

وبناء على ذلك يجوز للمتصرف أن يطلب بطلان التصرف المخالف دائما، حتى لو كان المنع مشروطا لحماية المتصرف إليه، ولدائنى المتصرف أيضا حق طلب البطلان إذا كانت لهم مصلحة فى ذلك، كما إذا كان المنع مشروطا لكفالة رجوع المال إلى المتصرف فى حالة وفاة المتصرف إليه قبله. وكذلك يطلبه المتصرف إليه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأيهما. ويطلبه أيضا دائئو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة فى رفع دعوى البطلان⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 370 - محمد وحيد الدين سوار ص 353 وما بعدها - السنهورى ص 653 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 451 - محمود جمال الدين زكى ص

وقد أخذت مذكرة المشروع التمهيدى بهذا الرأى فجاء بها :

"وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما، فالشرط المانع من التصرف صحيح. فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف. وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة، إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصيل. والذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة فى ذلك. ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما، وهذه هى القاعدة التى سبق تقديرها فى الاشتراط لمصلحة الغير، والمال الذى منع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم"⁽¹⁾.

(ب) الرأى الثانى :

يذهب إلى أن المادة 824 مدنى وإن كانت قد نصت على أن البطلان هو جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية ، إلا أن أحكام البطلان طبقاً للقواعد العامة لا تتفق مع الغرض المقصود من الشرط، سواء فى ذلك البطلان المطلق أو البطلان النسبى، بل إن البطلان نفسه ليس هو الجزاء الذى تقضى به القواعد العامة عند مخالفة الشرط، وإنما هو جزاء أخذ به القضاء ونص عليه الشارع لأنه يستجيب للغرض المقصود من الشرط. وما دام الأمر كذلك فإن أحكام هذا البطلان تتحدد وفقاً للغرض المذكور وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين دون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة فى البطلان.

وعليه فالأصل فى هذا الخصوص أن من يجوز له التمسك بالبطلان هو الشخص الذى تقرر الشرط لمصلحته. ويصدق هذا الأصل على المشتري وعلى الغير، فمن تقرر الشرط لمصلحته منهما كان هو وحده صاحب الحق فى التمسك ببطلان التصرف الذى يقع على خلاف ما يقضى به الشرط، وكان له أن ينزل

عن طلب البطلان فيجيز التصرف. أما إذا كان الشرط مقررا لمصلحة المالك فإن قصر الحق في طلب البطلان في هذه الحالة على المالك، أو إعطائه حق الانفراد بإجازة التصرف، يجرّد الشرط عن قيمته، إذ يستطيع المالك حينئذ أن يتصرف دون أن يطلب البطلان فلا تكون هناك فائدة من الشرط. ولهذا يتعين في هذه الحالة أن يكون للمشتراط أيضا الحق في التمسك بالبطلان، وذلك بناء عما له من مصلحة أدبية في أعمال الشرط، كما أن إجازة التصرف يجب أن تصدر من المالك والمشتراط معا⁽¹⁾.

231- اتجاه محكمة النقض :

أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى للفقه وذهبت في قضائها إلى أن الجزء الذى وضعته المادة 824 مدنى على مخالفة الشرط المانع وهو البطلان ليس بطلانا مطلقا، بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه

(1) عبد المنعم الصده ص 177 - نبيل إبراهيم سعد ص 49 - نعمان جمعه ص 155 - إسماعيل غانم ص 67.

ويكيف الدكتور عبد المنعم الصده شرط المنع من التصرف بأنه يورد قيّدا على سلطات المالك، إذ يتضمن تعديلا في النظام العادى للملكية بمقتضى إرادة الأفراد. ومادام الأمر كذلك فإن هذا التعديل يجب أن يؤخذ به في الحدود التى تتفق مع الأغراض المقصودة منه. (ص 173 وما بعدها) (ومن هذا الرأى أيضا إسماعيل غانم ص 63 وما بعدها). أما الدكتور نعمان جمعه - فيذهب إلى أن المنع من التصرف "تكليف عينى" وهى عبارة واسعة ومطاطة ولذلك تحددت بفكرة القيد العينى الوارد على مال معين. فالمنع من التصرف قيد يحد الملكية في إحدى سلطاتها وهى سلطة التصرف القانونى، وهذا القيد يستند إلى نص المادتين 823، 824 مدنى.

ويذهب الدكتور نبيل إبراهيم سعد ص 48 إلى أنه يجب الأخذ في الاعتبار طبيعة شرط المنع من التصرف من كونه قيّدا على سلطة المالك، وتعديلا للنظام العادى للملكية لذلك أعطى القانون للإرادة سلطان تقديره لمدة مؤقتة تحقيقا لمصلحة مشروعة عند تحديد نطاق آثاره وطبيعة الجزء المقرر عند مخالفته.

الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها.

إذ هبت محكمة النقض إلى أن :

1- "استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر في ظل القانون المدني القديم- الذى لم يتناول الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته - على أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا أقت وكان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة وإذا خولف بعد استيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصيل أو إبطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته، لما كان ذلك، وكان النص فى القانون المدني الجديد فى المادة 823 على أنه: "1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة. 2- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير" والنص فى المادة 824 منه على أنه "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً"، يفيد أن المشرع- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- قد قنن ما استقر عليه الفقه والقضاء من قبل ولم يضيف جديداً إلا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصيل عند مخالفة الشرط المانع فأثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصيل أما نوع الجزاء فقد أبقي عليه وهو ليس بطلاناً مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص وهو ما حرصت به المذكرة الإيضاحية بقولها "إن الذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة فى ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى

مصلحة مشروعة لأحد منهما" ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ولا محل بعد ذلك للتحدى بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه "بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف" لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذى اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان دون نوعه الذى يتحدد بمدلولة أخذاً بالغاية التى تغياها المشرع وهى حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة".

(طعن رقم 750 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/31)

2- "البطلان المقرر بالمادة 824 من القانون المدنى لمخالفة شرط المنع من التصرف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها، وكان اشتراط حظر التنازل عن الشقة فى عقد شراء مورث الطاعنين مقررًا لحماية مصلحة خاصة للشركة البائعة إلى أن تستوفى كامل الثمن فإن لهذه الشركة وحدها التمسك بإبطال التصرف الذى يقع مخالفاً لشرط المنع أو النزول عن هذه الحماية، وإذ قرر وكيل الشركة البائعة الموافقة على التصرف الصادر من الطاعنين ولم يتمسك بإبطال هذا التصرف كجزاء على مخالفة ذلك الشرط، فلم يكن لهؤلاء أن يتمسكوا به، وبالتالي لا يقبل منهم النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب".

(طعن رقم 1180 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/24)

جواز طلب فسخ العقد الأسمى الذى تضمن الشرط المانع من التصرف :

لئن كانت المادة 824 مدنى قد نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، دون أن تتعرض للعقد الأسمى الوارد فيه هذا الشرط. إلا أن

ذلك لا يمنع المتعاقد الذى اشترط هذا الشرط من طلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 1/157 مدنى، إذا كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان ليتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له فى هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 824 من القانون المدنى وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الأسمى الوارد فيه هذا الشرط، إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذى اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استنادا إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ فى العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له فى هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقا للمادة 157 من القانون المدنى".

(طعن رقم 299 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/27)

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل التقنين المدنى القديم - بأن :

"إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد فى تاريخ لاحق لتلك الورقة، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف ما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشترين فى الحقيقة بل المشترى هى الأم، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر بل يتم الأمران بعقد واحد، فهذا الذى حصلته المحكمة يسوغه ما

ورد في الإقرار. والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت في صورة عقد بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشتري الواهبة، وإذ حكمت ببطلان البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف، لا تكون قد أخطأت بل طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً، فلا يصح الطعن على الحكم من هذه الناحية.

وما يقال من أن شرط عدم التصرف باطل، أو أن الفسخ لم ينص عليه جزاء بمخالفته، مردود بأن اشتراط عدم التصرف قد أقت بحياة الواهبة فهو لا يناقض ترتيب حق الملكية لمن وهبت له، ومن ثم صح الشرط ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلى نص صريح على حق الفسخ. وأما القول بأن إقرار المشتريين سابق على الشراء والتملك وأنه يخالف عقد البيع في رواية دفع الثمن فلا غناء فيه متى كانت المحكمة قد حصلت فهمهما واقع الدعوى من أن الإقرار وعقد الشراء، ولو اختلف تاريخهما، إنما هما عن واقعة واحدة. وكذلك القول بأن ورقة الإقرار إذ كان تاريخها غير ثابت فلا يجوز الاحتجاج بها على من تصرف له الموهوب لهم بالبيع، فهو مردود بأن الواهبة قد سجلت دعواها بالفسخ قبل أن يسجل المشتري عقد البيع الصادر له وأنها اختصمته في الدعوى.

(طعن رقم 82 لسنة 17 ق جلسة 1949/1/20)

3 - الملكية الشائعة

أحكام الشيوخ :

مادة (825)

إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوخ - وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك.

الشرح

232- تعريف الملكية الشائعة :

الملكية الشائعة هي ملكية أكثر من شخص لشيء واحد بغير فرز وتجنّيب نصيب كل منهم في هذا الشيء. فالمالك في الشيوخ يملك حصة تقدر بنسبة من المال. ولكن هذه النسبة لا يقابلها جزء محدد من الشيء محل الحق. فهو يشترك هو وباقي الملاك، كل بقدر حصته في كل ذرة من ذرات الشيء المملوك لهم شيوعاً، فلا يختص أي منهم منفرداً بقدر محدد من الشيء⁽¹⁾. وعلى ذلك فالملكية التي تثبت لشخص اعتباري واحد كشركة لا تعتبر ملكية شائعة، لأن المالك ليس هو الشركاء المتعددون بل هو الشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً مستقلاً عن أشخاص الشركة⁽²⁾.

(1) الدكتور نعمان جمعة الحقوق العينية 1999- 2000 ص 159.

(2) الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة 2000

والشيوخ حالة قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي. فالشيوخ متصور بالنسبة لكل الحقوق العينية الأصلية، وإذا كان المشرع قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك يرجع إلى أنها الصورة الغالبة للشيوخ. ومثال الشيوخ في حق الانتفاع أن يوصى شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص، فيكون بذلك مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا. أما الحق الشخصي إن تعدد أصحابه فإما أن يؤدي إلى انقسامه، وهذا هو الأصل، وإما أن يكون الالتزام غير قابل للانقسام أو موصوفا بتضامن إيجابي⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كانت الملكية الشائعة تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال المشاع فإن ذلك لا يحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتي فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول القسمة، وحينئذ نصير متميزة بالفعل. ذلك أن الحصة الشائعة وإن لم تكن في العيان متميزة حالا فإنها متميزة بالقسمة مالا وبموجب ما للقسمة من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر. فإذا قضى حكم برفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشتراها المدعى، مؤسسا ذلك على بطلان عقد البيع الصادر إليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تملك البائع الأصلي، في حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البيع الصادر منه حصة شائعة في جملة الأطنان يمكن أن تخرج منها الحصة المبيعة فلا مخالفة في ذلك للقانون. إذ أن ما باعه البائع الأصلي وآل أخيرا إلى المدعى وإن كان قدرا شائعا في جملة الأطنان فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكونه هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة وقضى بإبطال البيع الصادر له في خصوصه، فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذي تملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع".

(طعان رقما 111 لسنة 16 ق، 10 لسنة 17 ق جلسة 1948/1/15)

(1) الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية 1999 ص 101.

ولمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها عن قيام حالة الشيوخ التي يدعيها أحد الأخصام من أى دليل فى الدعوى دون أن تكون ملزمة بنذب خبير.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الحكم إذ قضى بتثبيت ملكية الطاعن إلى المقدار الذى اشتراه شائعا لا مفرزا قد استند إلى ما ورد بعقد شرائه فليس له أن يتمسك بما ينعاه على الحكم لعدم قضائه له بالملكية مفرزة استنادا إلى أن ملكية البائعين له كانت مفرزة وأن ما ورد بالعقد من أن البيع شائع فى مساحة معينة إنما كان بناء على أمر المساحة إذ أن مؤدى هذا النعى مخالفة ما ورد بسند ملكيته فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 280 لسنة 20 ق جلسة 1953/4/16)

2- "لمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها عن قيام حالة الشيوخ التي يدعيها أحد الأخصام من أى دليل فى الدعوى دون أن تكون ملزمة بنذب خبير لا ترى حاجة إلى الاستعانة به حتى ولو كانت قد ندبت أحد الخبراء من قبل لتحقيق مزاعم خصم آخر عن حصول القسمة مادامت لم تر فى تقريره ما يعارض الأسانيد الدالة على الشيوخ".

(طعن رقم 62 لسنة 23 ق جلسة 1955/11/3)

وإذا باع الشركاء على الشيوخ قبل القسمة حصة مفرزة، فإن مفاد ذلك أنهم قد وافقوا على أن يخرج القدر المبيع من ملكيتهم قبل قسمتها بحيث لا تدخل فى قسمة تجرى بينهم فيما بعد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان البيع قد ورد على حصة مفرزة ومحددة التزم البائعون باستئزالها من الأعيان الموقوفة قبل قسمتها، فإن مفاد ذلك أن الطاعنة (البائعة الأولى) وشركاءها وافقوا على أن يخرج القدر المبيع من ملكيتهم قبل قسمتها بحيث لا

يدخل فى أية قسمة تجرى بينهم فيما بعد، مما مقتضاه أن الصفقة - فى مقصود المتعاقدين - وحدة قائمة بذاتها لا يمكن تفريقها على المشتري. وأن الالتزام فى مفهوم إرادتهما ووفق الغرض الذى رميا إليه لا يجوز تنفيذه مقسما، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة. ومن ثم فإذا لم يكن قد جرى استبعاد الأطيان المبيعة قبل وقوع القسمة فإن البيع الصادر إلى المشتري - المطعون ضده الأول - يكون صحيحا وناظرا قبل البائعين جميعا أيا كانت النتيجة التى تترتب عليها قسمة الأطيان حتى ولو وقع القدر المبيع فى نصيب واحد منهم، وهذا الشريك وشأنه فى الرجوع على باقى شركائه طبقا للقواعد المقررة قانونا".

(طعن رقم 286 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/29)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"إن مجرد وضع يد المدعى على قدر (مفرز) من أرض مشتركة لا يمنعه من أن يطالب بتثبيت ملكيته لحصته الميراثية شائعة فى هذه الأرض، ولا من القضاء له بذلك، مادامت التركة لا تزال على الشيوخ. وإن فلا يعيب الحكم فى هذه الدعوى إغفاله بحث أمر وضع اليد اعتبارا بأنه غير منتج".

(طعن رقم 170 لسنة 17 ق جلسة 1949/1/6)

233- الفرق بين الشيوع والملكية الجماعية (ملكية اليد المشتركة) :

الملكية الجماعية (ملكية اليد المشتركة) نظام جرمانى. وفى هذا النظام تكون الأموال المشتركة مملوكة لمجموع الشركاء ولا تكون خاضعة للقسمة بسبب الغرض الذى خصصت له. وهو ينطبق على الجماعات التى لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، والمشاركة المالية بين الزوجين، والتركات التى تظل مشتركة بين الورثة. ويقتصر حق الشريك على استغلال محل الملكية والحصول على نصيب من الأرباح دون أن يكون مالكا للمال ولا لحصة فيه.

أما الملكية الشائعة فهى ملكية فردية وليست ملكية جماعية، ذلك أن الملكية

الفردية نوعان: ملكية فردية مفرزة، و ملكية فردية شائعة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"عرفت المادة 1193 الملكية الشائعة. وتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة. فالحصة التى يملكها الشريك فى الشيوع شائعة فى كل المال لا تتركز فى جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة. والشيء المملوك فى الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة"⁽²⁾.

234- تمييز الشيوع عن ملكية الطبقات :

المقرر أنه حيث لا يوجد شيء واحد مملوك على وجه الاشتراك لعدة أشخاص فإنه لا يمكن أن يقال أن هناك شيوعا. ولذلك فإن ملكية الطبقات ليست ملكية شائعة، بل هى ملكية فردية مفرزة، لأن كل مالك يملك طبقة من المنزل لا يشاركه فى ملكيتها غيره من الملاك، وإنما لا يعد مملوكا على الشيوع من المنزل إلا أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك وكذلك الأرض (مادة 856 مدنى)⁽³⁾.

235 - الفرق بين الشيوع والشركة :

الأموال الشائعة مملوكة على الشيوع لجميع الملاك، أما أموال الشركة فلا تعد مملوكة للشركاء على الشيوع، بل هى مملوكة مفرزة للشركة باعتبارها شخصا اعتباريا، له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك، إذ متى قدم كل شريك نصيبه، فقد

(1) الدكتور أحمد سلامة الملكية الفردية فى القانون المصرى الطبعة الأولى 1970 (مكررة) 1975 ص 243.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 78 وما بعدها.

(3) الدكتور عبد المنعم البدر اوى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى 1954 ص 133.

حقه العيني عليه، لينتقل إلى الشركة، وتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه. ولا تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيته⁽¹⁾.

236 - أسباب الملكية الشائعة :

كل سبب يؤدي إلى كسب ملكية مفرزة يصلح سببا لنشوء ملكية شائعة مادام أن هذا السبب يتصل بأكثر من شخص في نفس الوقت. فقد يكون تصرفا قانونيا، أى عقدا أو وصية، أو يكون واقعة مادية.

ومثل التصرف المنشئ لملكية شائعة أن يشتري شخصان أو أكثر مالا على الشيوع أو يوصى شخصان لاثنتين أو أكثر بمال على الشيوع.

ومثل الواقعة المادية المنشئة لملكية شائعة أن يرث عدة أشخاص مالا على الشيوع. أو يحوز شخصان مالا حيازة مشتركة بريئة من الغموض الذى قد يشوبها عادة فى هذه الحالة بسبب مخالطة يد الحائز يد غيره من المشتاعين. وذلك طول المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم.

وأكثر أسباب الشيوع وقوعا فى الحياة العملية هو الميراث.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومصدر الشيوع قد يكون العقد، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع، وقد يكون الوصية كما إذا أوصى شخص لاثنتين بمال على الشيوع.. وقد يكون أى سبب آخر من أسباب الملكية، وأكثر الأسباب انتشارا هو الميراث فإن الورثة تتوزع حصصهم شائعة فى التركة...."⁽²⁾.

237- احتساب الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك :

(1) الدكتور محمد وحيد الدين سوار الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة 1992 - 1993 ص 360.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 79.

تحدد حصص الشركاء في المال الشائع عند بدء الشيوخ. فإن لم يكن هناك تحديد أو كان هناك شك في التحديد حسب الحصص بالتساوي. وإذا كان مصدر الشيوخ هو الميراث، فإن القانون هو الذي يحدد نصيب كل شريك في المال الشائع الموروث.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوخ، فإن لم يكن هناك تحديد، أو كان هناك شك في التحديد حسب الحصص متساوية".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت حصص كل من الشركاء في المحل التجارى لم تفرز فهم شركاء على الشيوخ وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلا مقنعا على غير ذلك عملا بالمادة 825 من القانون المدنى الجديد التى قننت - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور - ما كان معمولا به أثناء سريان القانون المدنى القديم".

(طعن رقم 576 لسنة 34 ق جلسة 1970/1/8)

238- مضار الملكية الشائعة :

لاشك أن للملكية الشائعة مساوى اجتماعية واقتصادية تجعل الاستمرار فيها أمرا غير مرغوب فيه.

فتعدد الملاك فى الملكية الشائعة يؤدي إلى إشكالات عديدة فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطاته على الشئ ولاسيما الاستعمال والاستغلال، فإذا لوحظ أن الشيوخ ينشأ عادة بين من تربطهم وشائج القرى فإن استمراره قد يؤدي إلى النفور والقطيعة وذلك أمر غير مرغوب فيه اجتماعيا.

كما أن استقلال كل شريك بحصته يتيح له إجادة استغلالها وتكريس طاقته

فى ذلك، إذ ينطوى هذا الاستقلال على حافز قوى على العمل والإبداع، ولذلك فإن الملكية المفترزة أكثر إنتاجا من الملكية الشائعة. وورود أكثر من حق على ملكية شىء واحد ينطوى على كثير من التعقيد والغموض من الناحية القانونية⁽¹⁾.

239- انقضاء الشيوخ :

السبب الرئيس لانقضاء الشيوخ هو القسمة، إلا أن هناك أسبابا أخرى ثانوية ينقضى بها الشيوخ، ومثال ذلك:

1- أن يكتسب أحد الملاك المشتاعين ملكية أنصبة باقى الشركاء، وذلك عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو المقايضة أو بوضع اليد المدة الطويلة المكسب للملكية، ذلك أن حيازة الحصة الشائعة كالنصيب المفترز تصلح لأن تكون أساسا لتملكها بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "ليس فى القانون ما يمنع الشريك فى العقار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين إذا استطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة".

(طعن رقم 332 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/21)

2- "الحصة الشائعة كالنصيب المفترز يصح كلاهما - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد ولا فارق بينهما إلا من حيث أن الحائز للنصيب المفترز تكون يده بريئة من المخالطة أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوخ تخالط يده غيره من المشتاعين وليست هذه المخالطة عيبا فى ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها من

(1) راجع مؤلفنا قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء ص 10.

غموض وإبهام فإذا انتقت واستقرت الحياة على مناهضة حق باقي المالكين ومناهضتهم بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح، فإن الحياة تصلح عندئذ لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم".

(طعن رقم 133 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/9)

(ذات المبدأ : طعن رقم 170 لسنة 50 ق جلسة 1980/2/18 - طعن رقم 142

لسنة 40 ق جلسة 1978/2/2 - طعن رقم 2061 لسنة 53 ق

جلسة 1987/12/20 "غير منشور" - طعن رقم 2488 لسنة 57 ق

جلسة 1988/12/22)



مادة (826)

1- كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء.

2- وإذا كان التصرف منصبا على جزء من مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق فى إبطال التصرف.

الشرح

240- ملكية كل شريك فى الشيوع حصته ملكا تاما :

الرأى السائد فى الفقه أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية. فملكية الشئ الشائع يتعدد فيها الملاك. أما الشئ وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ. أى أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء، بينما لا يكون هناك تقسيم مادى للشئ. ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشئ فى مجموعه، وإن كان محددًا بقدر حصته. ولا يقدح فى ذلك أن الشريك المشتاع لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال الشائع، إذ أن الشركاء الآخرين يشاركونه فى الحصول على هذه المزايا ملكا مثله. وكل ما هنالك أن الشريك المشتاع ليس له أن يمارس سلطات المالك إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الآخرين كما سنرى.

وقد قننت المادة 825 مدنى رأى الفقه واعتبرت حق الشريك المشتاع حق ملكية إذ تنص على أنه: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء فيه على الشيوع⁽¹⁾."

241 - حق المالك فى الشيوع فى استعمال واستغلال المال الشائع :

الملكية فى الشيوع كالملكية المفردة تشتمل على عناصر ثلاثة: الاستعمال والاستغلال والتصرف. فكل شريك أن يستعمل المال الشائع ويستغله بقدر حصته، وله الحق فى ثمار الحصة التى يمتلكها وقد نصت المادة على ذلك صراحة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له إلا من وقت حصول القسمة.... إلخ".

(طعن رقم 136 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/25)

2- "الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم، وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد عن حصتهم كل بقدر نصيبه فى هذه الزيادة".

(طعن رقم 341 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/3)

3- "إذا تعددت أعيان المال الشائع فإن حصة كل شريك فى الثمار التى تنتجها تكون بقدر حصته فيها مجتمعة وليست بقدر الثمار التى تنتجها كل عين بمفردها، وعلى ذلك فإذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على عين مفرزة وكانت ثمارها لا تتجاوز نصيبه فى ثمار المال الشائع كله فإنه لا يجوز لباقي

(1) الدكتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية 1964 ص 186 وما بعدها - نعمان

الشركاء مطالبته ببيع عن حصصهم في هذه العين لأن وضع يده إنما كان على عين تنتج ثمارا لا تزيد عن نصيبه في ثمار أعيان المال الشائع مجتمعة".

(طعن رقم 1368 لسنة 75 ق جلسة 2006/2/14)

4- "حق الشريك المشتاع على حصته. نطاقه. عدم الإضرار بسائر الشركاء. م826 مدنى. قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم شقة النزاع دون أن يبين أن ضررا لحق بسائر الشركاء من وضع يد الطاعن عليها. قصور".

(طعن رقم 11060 لسنة 75 ق جلسة 2006/6/21)

5- "وحيث إن هذا النعى شديد ذلك أن مؤدى نص المادتين 825، 826/2 من القانون المدنى أنه إذا كانت حصص كل من الشركاء فى المال الشائع لم تفرز فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلا مقنعا غير ذلك، وأن كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن ينتفع بها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء فالملكية فى الشيوع كالملكية المفردة تشتمل على عناصرها الثلاثة الاستعمال والاستغلال والتصرف، وتصرف الشريك فى مقدار شائع يزيد على حصته لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم، وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة إلا أنه إذا أقر الشركاء الباقين البيع فيما زاد عن حصة الشريك البائع سرى العقد فى حقهم وانقلب صحيحا فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ فى حقهم، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن والمطعون ضدها الثانية يمتلكان العين محل التداعى شيوعا بحق النصف لكل منهما، وكانت المطعون ضدها الثانية قد تصرفت فيها كلها بما فى ذلك حصة الطاعن الشائعة فيها وذلك بأن باعتهما للمطعون ضده الأول وتنازلت عن حق الانتفاع فيها وذلك بموجب العقدين المؤرخين 1995/4/18 بما تكون معه قد تصرفت فى حصة تزيد عن حصتها فى الشقة مما يحق للطاعن طلب

عدم نفاذ العقدین فیما يتعلق بالقدر الزائد عن حصتها وذلك بالنسبة للبيع وحق السكنى إذ أنها لا تملك التصرف فى حق الانتفاع أيضا لأن حصتها لا تخولها القيام بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 1595 لسنة 71 ق جلسة 2012/4/4)

غير أن سلطة الشريك فى الاستعمال والاستغلال مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين، وهى ترد مثل حقه على العين الشائعة جميعها، ولكن الشريك مقيد فى ذلك بالألحاق الضرر بحقوق باقى الشركاء.

ويترتب على ذلك أن الشريك ليس له أن ينفرد بأى عمل يتضمن تغييرا فيما أعد له الشئ الشائع من استعمال أو استغلال أو يقتضى الاستئثار به أو بجزء معين منه. وإنما تقتصر الأعمال التى للشريك أن يقوم بها بمفرده على تلك التى تتفق وما أعدت له العين الشائعة ويستطيع الشركاء جميعا القيام بها فى نفس الوقت بحيث لا يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين عنها. مثل ذلك المرور فى الأرض، واستخراج الماء من البئر أو المسقاة، والصيد فى الغابة أو التربة. وللشريك أن يتنازل عن حقه هذا للغير، إن لم يكن ذلك يتعارض مع إعداد العين الشائعة، وبشرط أن يمتنع هو بعد ذلك عن استعمال ذلك الحق، إذ أن فى مضاعفة الاستعمال إضرارا بحقوق سائر الشركاء فلا يجوز.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 826 من القانون المدنى - يدل على ما أورده المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد- على أن الملكية فى الشيوع كالملكية المفوضة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف. إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، وكانت المطعون ضدها لم تقم دعواها بالطرد إلا على أساس غصب ملكها دون أن تتسب للطاعن

الأول - الشريك المشتاع وهو والد الطاعن الثانى - أنه استعمل حصته الشائعة استعمالاً ألحق ضرراً بسائر الشركاء. فإنه يكون من حقه استعمال هذه الحصة لسكانه وعائلته وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بطرد الطاعنين من شقة النزاع فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 976 لسنة 52 ق جلسة 1984/6/13)⁽¹⁾

أما أعمال الاستعمال والاستغلال التى تقتضى الاستئثار بالعين الشائعة أو بجزء منها، وهى الأغلب فى تلك الأعمال، فلا يجوز لأى من الشركاء أن ينفرد بالقيام بها ولو كان الجزء المعين الذى يستأثر الشريك به معادلاً فى نسبته إلى مجموع مساحة العين لحصته الشائعة فيها أو أقل منها. ذلك أن حقوق الشركاء جميعاً ترد على العين جميعها مادامت حالة الشيوع. فيكون للشركاء الآخرين منع الشريك من الانفراد بالقيام بأى عمل مادية من شأنه أن يشغل العين أو جزء منها، كزراعتها أو البناء عليها، ولا يحتج عليهم بالأعمال القانونية التى ينفرد الشريك بإبرامها إذا كانت تقتضى تسليم العين أو جزء منها، كتأجيرها للغير.

وعلى ذلك فإذا وضع الشريك يده على العين أو جزء معين منها بغية القيام بمفرده بزراعتها مثلاً، كان لسائر الشركاء الاعتراض على ذلك. وإذا زرع فعلاً أو أقام غراساً أو بناءً أو منشآت أخرى بمفرده كان لسائر الشركاء طلب إزالة الزرع أو الغرس أو هدم البناء أو المنشآت. ولو كان ما أقامه الشريك متفقاً وما أعدت له

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تمسك الطاعن الشريك على الشيوع بحقه فى حبس المستحق لشركائه المطعون ضدهم من ثمار العقار الشائع إلى حين وفائهم بما هو مستحق له قبلهم من تكاليف إقامته طوابق فى العقار وذلك بموجب حكم نهائى فى دعوى أخرى. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزامه بأداء المستحق لهم من الثمار وإطراحه ذلك الدفاع على سند من أنه طلب بإجراء مقاصة بين الدينين لم يبد بصورة صحيحة جازمة. مخالفة للقانون وخطأ وقصور مبطل".

(طعن رقم 6834 لسنة 72 ق جلسة 2004/5/25)

الأرض الشائعة.

ويثبت هذا طالما ليس هناك ثمة تعسف في استعمالهم لهذا الحق.
وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي في حكمها الصادر بجلسة
1990/1/31 في الطعن رقم 1784 لسنة 54 ق⁽¹⁾

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لشريك على الشيوع طبقا للمادة 826 من القانون المدني أن يتصرف في حصته وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها، إلا أنه لما كان ذلك مشروطا بألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزا لإدارة أعماله وأمواله، وأنها ظلت في حيازته حتى وفاته، وأن حيازتها انتقلت بوفاته إلى جميع الورثة وأن أموال الشركة إذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء على عين النزاع مقرا لإدارتها، ورتب على ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقرا لأعماله إضرارا بحقوق باقى الورثة فإنه يكون صحيحا فيما قضى به من طرد الطاعن من عين النزاع".

(طعن رقم 229 لسنة 48 ق جلسة 1979/2/7)

على أنه يلاحظ أن باقى الشركاء إذا اختاروا إبقاء ما أقامه الشريك من أبنية أو منشآت وجب عليهم أن يشتركوا فى نفقات إقامتها بنسبة حصصهم. فلا يحق لهم أن يتمسكوا بحكم المادة 924 مدنى لأنها تتعلق بمن يقيم منشآت فى أرض الغير، والحال أن الشريك المشتاع يرد حقه على العين الشائعة كلها. وإنما أجاز للشركاء الآخرين أن يطلبوا إزالة هذه الأبنية أو المنشآت لأن فى إقامتها مساسا بحقوقهم، فإذا اختاروا بقاءها تعين عليهم أن يساهموا فى نفقات إنشائها.

(1) غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1997/12/27 فى الطعن 3952 لسنة 66 ق إذا كان بناء الشريك على جزء معادل لنصيبه، وأجازت للشركاء الآخرين مجرد المطالبة بالقسمة (الحكم منشور ببند 251).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير فى معنى المادة 65 من القانون المدنى، فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء وجب أن يكون ذلك فى مقابل ما يناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبرا فى حكم الوكيل".

(طعن رقم 97 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/30)

وإذا انفرد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة كلها أو بعضها فلا ينفذ الإيجار فى حق الشركاء الآخرين. فيكون لهؤلاء أن يستغلوا العين دون اعتبار لوجود المستأجر من شريكهم، فيؤجرونها مثلا إلى مستأجر آخر يصبح هو صاحب الحق فى الانتفاع بها إذا كان قد استأجرها من الأغلبية التى تملك التأجير. وإذا كان المستأجر الأول قد شغل العين جاز لهم أن يطلبوا طرده عنها، ولا يحق لهذا المستأجر أن يدفع دعوى الإخلاء بوجوب انتظار نتيجة القسمة لاحتمال أن تقع العين المؤجرة فى نصيب المؤجر. إنما يقع الإيجار الذى انفرد الشريك بإبرامه صحيحا بين طرفيه. فلا يجوز للمؤجر أن يتحلل منه بحجة أن شركاءه قد اعترضوا عليه. ولا يجوز ذلك للمستأجر بحجة أنه مهدد فى الانتفاع بالعين بسبب عدم نفاذ الإيجار فى حق الشركاء الآخرين، إلا إذا كان قد وقع فى غلط بأن حسب أن الملكية خاصة للمؤجر ثم تبين بعد ذلك أنها شائعة، إذ فى هذه الحالة يكون المستأجر قد وقع فى غلط جوهري يجيز له أن يطلب الإبطال. كما لا يجوز للمستأجر أن يطلب الفسخ طالما أن المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين ولم يتعرض له أحد. وإذا أجريت القسمة ووقعت العين المؤجرة فى نصيب الشريك المؤجر استقر الأمر للمستأجر. أما إذا وقع فى نصيب المؤجر نتيجة للقسمة عين غير التى أجرها فإن حق المستأجر ينتقل إلى العين التى آلت إلى المؤجر فى حدود القدر المؤجر له، وذلك قياسا على حكم المادة 2/826 مدنى. ولا يعنى ذلك أن

هناك حلولاً عينياً في هذه الحالة، فالحلول العينية لا يؤدي إلى انتقال حق شخصي يتصل بعين إلى أخرى، بل ينطبق فقط بالنسبة إلى الحقوق والتكاليف العينية، وإنما ينطبق حكم المادة المذكورة بطريق القياس فحسب، إذ أن هذا هو الذي يتفق مع مسلك الشارع في تنظيمه للشيوخ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر أنه يحق للمالك على الشيوخ الحائز للعقار أن يؤثر جزءاً منه للغير سواء أكان من الشركاء المشتاعين أو غيرهم، وتبقى العين المؤجرة في حيازته رغم الإجارة، لأن المستأجر حائز عرضي يحوز لحساب المؤجر، فلا يستطيع أن يجابهه بحيازته وإنما تبقى علاقتهما محكومة بعقد الإيجار، فيلتزم المستأجر برد العين المؤجرة عند انتهاء الإجارة عملاً بالمادة 590 من القانون المدني ولا تبرا ذمته من هذا الالتزام إلا بهذا الرد".

(طعن رقم 160 لسنة 69 ق جلسة 2000/1/17)

(أنظر الأحكام المنشور في شرح المادة 829)

غير أن محكمة النقض - في ظل التفتين المدني القديم - كانت تجرى على غير ذلك. فقد كان إجماع الشركاء ضرورياً للقيام بأى عمل من الأعمال التي لا يجوز للشريك أن ينفرد بها، فكانت معارضة شريك واحد كافية لتعطيل الانتفاع بالمال الشائع. وقد حاولت محكمة النقض أن تتفادى تلك النتيجة، ولكنها اتخذت في سبيل ذلك وسائل لم تسلم من النقد.

فقضت بأنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوخ واضعاً يده على جزء معين "تسهيلاً للانتفاع به" فلا يكون للشريك الآخر إلى أن يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع أو يطلب القسمة⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 189 وما بعدها.

(1) طعن رقم 46 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25.

وقضت بأنه إذا تمكن أحد الشركاء على الشيوع من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإن كل ما للشريك الآخر هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة⁽¹⁾. وقضت بأنه إذا أجر الشريك حصته، ووضع المستأجر يده على جزء من الأرض المشاعة معادل لها، فلا يقبل من الشريك الآخر أن يدعى حصول تعرض له فى وضع يده من المستأجر أو أن يطلب استرداد حيازته منه، فإن النزاع فى هذه الصورة لا يكون إلا عن طريق الانتفاع، وهذا محله دعوى محاسبة أو قسمة⁽²⁾.

وقد دعت محكمة النقض إلى الالتجاء إلى ذلك رغبتها فى منع تعطيل الانتفاع بالعين الشائعة، وهو ما كان يحدث فى ظل التقنين السابق حين كان تنظيم الشيوع متروكا لاتفاق الشركاء. ولم يعد لهذا كله أى مبرر فى التقنين الجديد بعد أن عنى المشرع بوضع قواعد لإدارة المال الشائع تكفل منع تعطيل الانتفاع به فى حالة اختلاف الشركاء، فقرر للأغلبية سلطات معينة وخول للقاضى عند الحاجة أن يعين من يدير المال الشائع. ولذلك لم يعد هناك ما يدعو المحاكم إلى الخروج على قواعد الشيوع بغية تسهيل الانتفاع بالمال الشائع.

242- حق الشريك فى رفع دعاوى وضع اليد :

للشريك الذى استأثر فعلا بوضع اليد على جزء من المال الشائع أن يلجأ إلى دعاوى الحيابة لحماية حيازته، إذا توافرت فى حيازته عموما الشروط التى يتطلبها القانون بالنسبة لكل دعوى من دعاوى الحيابة الثلاث⁽³⁾.

(2) طعن رقم 64 لسنة 9 ق جلسة 1940/1/11.

(3) طعن رقم 28 لسنة 9 ق جلسة 1940/3/7.

(1) الدكتور إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية 1959 ص 119

وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 187 وما بعدها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واضعاً يده على جزء معين تسهيلاً لطريقة الانتفاع.... فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع فلهذا الشريك، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه".

(طعن رقم 46 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25)

2- "إن القانون قد جعل لكل ذي يد على عقار أن يحمي يده بدعاوى وضع اليد. ولما كان وضع اليد بمعناه القانوني كما يقع على العقار المفروز يقع على الحصة الشائعة، لا يمنع من ذلك أن تكون الحيازة المادية حاصلة لبعض الشركاء دون البعض الآخر أو لممثل مشترك لهم كوكيل أو مستأجر، ولما كان لا يوجد في القانون أية تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أى مقتضى - لما كان ذلك كذلك فإنه يكون لكل واضع يد، خالصة أو على الشيوع، أن يستعين بدعاوى وضع اليد في حماية يده. فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك في الملك الشاع لدفع التعرض الواقع له، أيا كان المتعرض، فإن وقع من بعض الشركاء في العقار الشائع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء، فإنه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض. وإذن فإذا كان الحكم قد رفض دعوى منع التعرض بمقولة إنه لا يجوز في القانون رفعها من الشريك على شريكه في الشيوع فإنه يكون مخالفاً للقانون".

(طعن رقم 109 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/4)

(ذات المبدأ طعن رقم 62 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/11)

3- "للمالك على الشيوع أن يدفع دعوى تعرض الشركاء له صونا لحيازته. وإذن فمتى كان الثابت أن المدعى هو الذى استلم الأطنان موضوع الدعوى

واستمر حائزا لها حيازة هادئة ظاهرة وزرعها بواسطة مستأجره حتى نازعه المدعى عليه في حيازته بعد شرائه نصيب شركائه، فإنه يكون للمدعى أن يدفع تعرض المدعى عليه له وأن يرفع دعوى اليد ضده حماية لحيازته".

(طعن رقم 224 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/16)

4- "للحائز على الشيوع أن يرفع دعاوى اليد ضد شركائه الذين ينكرون عليه حقه في الانتفاع بمظاهر مادية تخالف حقوق الشركاء على الشيوع".

(طعن رقم 179 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/24)

5- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع".

(طعن رقم 341 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/3)

6- "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه وفيما عدا حالة اتحاد الذمة بشروطها إذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على جزء معين من المال الشائع تسهيلا لطريقة الانتفاع فليس من حق أحد الشركاء انتزاع هذا الجزء منه باعتبار أن واضع اليد يمتلك فيه ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ويكون انتفاعه بالباقي مستمدا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة إلا أن ذلك رهن بأن يكون واضع اليد مالكا على الشيوع بأحد أسباب كسب الملكية المقررة قانونا وألا يتصف بصفة المستأجر والتي مؤداها جعل انتفاعه بالعين مستمدا إلى هذه الصفة فحسب ونفذ عقد الإيجار قبله بشروطه وعدم جواز التحلل منه وصيرورة التحدي بعدم أحقية باقي الملاك على الشيوع في انتزاع هذا الجزء منه مفتقرا إلى سنده القانوني الصحيح".

(طعن رقم 7425 لسنة 63 ق جلسة 1997/11/13)

7- "انفراد 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 اعتراض باقى الملاك المشتاعين. كفايته بذاته لاكتمال صفة الأولين فى الدعوى. اندراج ذلك ضمن أعمال حفظ المال الشائع. القضاء لهم بالتعويض عن كامل المساحة المنزوع ملكيتها. صحيح".

(طعن رقم 4862 لسنة 73 ق جلسة 2005/5/22)

243- ترتيب الشريك حق عيني غير الملكية على حصته :

قد لا يمس تصرف الشريك فى حصته الشائعة ملكية الحصة الشائعة، بل يكون موضوعه إنشاء حق عيني آخر غير الملكية على هذه الحصة. والحقوق العينية الأصلية التى يمكن أن يرد عليها تصرف الشريك فى حصته الشائعة هى الانتفاع والاستعمال والسكنى.

أما حق الارتفاق، فلا تصلح الحصة الشائعة لكى يرد عليها هذا الحق، لأنه بحسب السائد لا يقبل التجزئة، ومن ثم فلا يكون لها أو عليها.

أما حق الحكر فلا يجوز إنشاؤه - منذ العمل بالقانون المدنى الحالى - إلا على أرض موقوفة، هذا بالإضافة إلى أن هذا الحق يخول صاحبه سلطة البناء أو الغراس على الأرض، والبناء والغراس لا يكون إلا على جزء مفرز ويستحيل أن يكون حصة شائعة.

أما عن الحقوق العينية التبعية فلا يكون للمالك على الشيوع إلا ترتيب حق الرهن بنوعيه: الرسمى والحيازى. لأن كلا من الاختصاص والامتياز ينشأ بغض النظر عن إرادة الشريك.

ولما كان كل من حق الاستعمال والسكنى ليسا إلا وجهها من أوجه حق الانتفاع، فستقتصر على تناول حق الانتفاع.

ونعرض لما تقدم بالتفصيل على النحو الآتى.

244 - ترتيب حق الانتفاع :

يكون ترتيب حق الانتفاع من مالك الحصة الشائعة صحيحا وناظرا سواء بالنسبة للشريك المتصرف أو بالنسبة لزملائه من الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم. أما صحته ونفاذه بالنسبة للمتصرف فأمر بدهى لأنه هو الذى رتب الحق على ملكه، وأما صحته ونفاذه بالنسبة للشركاء الآخرين فمرجعها إلى أن ترتيب الشريك للحق على حصته ليس فيه مساس بحقوقهم.

وإذا كان الحق المترتب حق انتفاع فإن المنتفع يكون وحده صاحب الحق فى ثمار الحصة التى ترتب عليها حقه. فحق الانتفاع يعطى لصاحبه حق جنى الثمار، وكذلك يكون المنتفع لا الشريك المتصرف الذى استبقى الرقبة - هو صاحب الرأى عند القيام بأعمال الإدارة المعتادة جميعا. ولما كانت المادة 1/988 مدنى تقضى بأنه لا يجوز للمنتفع أن يستعمل الشئ إلا بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له فإن المنتفع لا تكون له الصفة فى القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة ولا الموافقة على القيام بها، بل يكون ذلك للشريك صاحب الرقبة⁽¹⁾.

245- رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا أو حيازيا :

للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهنا رسميا إن كانت حصته شائعة فى عقار.

ويكون الرهن عندئذ صحيحا لأن الشريك أنشأه فى حدود حقه. ولا يصح القول بوجوب توقف الرهن على نتيجة القسمة. لأن الرهن الرسمى لا يستلزم الحيازة حتى لنفاذه ضد الغير. فيجب القول إذن بأن رهن الحصة الشائعة هو رهن صحيح وناظرا فى حق جميع الشركاء شأنه شأن بيع الحصة الشائعة. فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يقم المدين الراهن بالوفاء، كان للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها، حتى ولو لم تكن القسمة قد

(1) أحمد سلامة ص 323 وما بعدها - الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 161 وما بعدها.

أجريت بعد، ولا يمكن حرمان الدائن من هذا الحق بمقولة وجوب انتظار نتيجة القسمة.

كما يجوز له أن يرهن حصته الشائعة رهنا حيازيا سواء كان المال الشائع عقارا أو منقولا، ويكون الرهن صحيحا - كالرهن الرسمي تماما - وهذا الحكم وإن كان محل خلاف في ظل القانون القديم نظرا لأن الحيازة فيه كانت شرطا لصحة العقد، فإنه لا يجوز أن يكون موزعا للشك في ظل القانون الجديد الذي يجعل الحيازة شرطا لنفاذ الرهن في حق الغير.

ويمكن تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة بوسائل متعددة حتى يكون الرهن نافذا في حق الغير.

فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وباقي الشركاء على تسليم المال إلى أحد الشركاء الذي يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن، أي بصفته عدلا، فإن المادة 1109 تشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان. ويجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشيء المرهون كله إلى الدائن المرتهن، فيحوز الشيء فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائنا مرتهنا، وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلا أو مديرا⁽¹⁾.

246- أحكام الانتفاع والرهن بعد وقوع القسمة :

المقصود بذلك الأحكام التي تتبع في حالة وقوع قسمة المال الشائع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن الرسمي أو الحيازي، وأثر القسمة على وجود حق الانتفاع.

ولتناول هذا الأثر يتعين التفرقة بين الحالات الآتية :

1- أن تؤول إلى الراهن عين أخرى غير التي رهن حصة شائعة فيها.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 153 - إسماعيل غانم ص 152.

- 2- أن يختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار الذى رهن حصة شائعة فيه.
- 3- أن يختص الشريك بكامل العقار الذى رهن حصة شائعة فيه.
- 4- أن يؤول إلى الشريك منقول.
- 5- أن يؤول إلى الشريك مبلغ من النقود.

ونعرض لهذه الحالات بالتفصيل على النحو الآتى:

الحالة الأولى :

أن تؤول إلى الراهن عين أخرى غير التى رهن حصة شائعة فيها :

تنص على حكم هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 1039 مدنى بقولها : "إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزا فى هذا العقار، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل. ويعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه هذا القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

ومثال ذلك أن يكون المال الشائع قطعة أرض ومبنى فرتب الشريك الرهن على قطعة الأرض فقط فأسفرت القسمة عن اختصاصه بالمبنى. ففي هذه الحالة ينتقل الرهن بمرتبه إلى قدر مما وقع فى نصيب الراهن يعادل قيمة العقار المرهون أى الحصة، وهو حكم معقول فهو يوفق بين مصلحتين معتبرتين، الأولى مصلحة المتقاسم الذى اختص بالجزء الذى ورد الرهن ابتداء على حصته منه فى أن يخلص له هذا الجزء خاليا من الرهن، والمصلحة الثانية هى مصلحة الدائن المرتهن الذى ينبغى ألا يهدر حقه الذى نشأ صحيحا فى حدود سلطة الراهن. وأساسه الفنى هو الحلول العينية، فقد وقع فى نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقارا

آخر غير العقار الذي رهنه⁽¹⁾.

والنص المذكور وإن ورد في شأن الرهن الرسمي، إلا أنه يطبق بطريق القياس على الرهن الحيازي⁽²⁾.

الحالة الثانية :

أن يختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار الذي رهن حصة شائعة فيه :

إذا اختص الشريك الراهن بجزء مفرز من العقار الذي رهن حصة شائعة فيه. فإن الرهن ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى المدين الراهن بعد القسمة. فيصبح محل الحق مفرزا بعد أن كان شائعا. وليس - كما يذهب الرأي الغالب في الفقه - لأن هذا الجزء قد حل محل حصته حلولا عينيا، فهو لم يحل وإنما تركز فيه حق الشريك الراهن بمقتضى القسمة⁽³⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 153 - عبد المنعم الصده ص 203 - الدكتور السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء العاشر 1970 ص 329.

(2) عبد المنعم الصده ص 211.

(1) أحمد سلامة ص 327 - إسماعيل غانم ص 153 - عبد المنعم الصده ص 210 - السنهوري ج 10 ص 328 هامش (2) - وعكس ذلك مصطفى منصور مصطفى ص 166 وهامش (2) - الدكتور سمير عبد السيد تتاعو التأمينات العينية طبعة 2000 ص 84 - عبد المنعم الصده ص 203 ويقول الدكتور مصطفى منصور مصطفى شرحا لوجهة نظره (ص 166) أنه: "يترتب على القسمة أن يستبدل الشريك بحصته حق ملكية مفرزة، فينتقل الحق أو القيد بمقتضى الحلول العيني إلى ما يستبدل بالحصصة التي ورد عليها ابتداء". ويستطرد في هامش (2) إلى أنه: "قلنا من قبل إنه إذا رهن الشريك حصة شائعة في عقار ثم وقع في نصيبه جزء مفرز من هذا العقار، فاننتقل الرهن إلى هذا الجزء يمكن أن يعتبر تطبيقا للحلول العيني، ثم تحفظنا وقلنا "وإن كان ذلك محل نظر" رسالتنا

الحالة الثالثة :

أن يختص الشريك بكامل العقار الذى رهن حصة شائعة فيه :

إذا اختص الشريك الراهن بكل العقار، فإن الرأى الغالب على أن الرهن لا يشمل إلا الحصة المرهونة شائعة⁽¹⁾. وتبرير ذلك أن قاعدة عدم تجزئة الرهن لا

عن نظرية الحلول العينية وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى، رقم 137 ص 233". ولم يلق هذا الرأى قبولا من الشراح الذين ذهبوا إلى أن تركيز الرهن على الجزء المفرز هو مقتضى القسمة ذاتها "إسماعيل غانم رقم 81 ص 183، عبد المنعم الصده ص 137 ص 210، شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات فى القانون المدنى ط 2 رقم 45 ص 112 هـ 1، أحمد سلامه التأمينات المدنية رقم 5، ص 973 حسن كيره رقم 120 ص 403 هـ 1 حيث يتولى الرد على رأينا بالتفصيل".

ونحن لا نزال عند رأينا، بل نؤكد بعد أن كنا نتحفظ فى القول به، وحجتنا فى ذلك هى ما ذهبنا إليه من قبل من أن القسمة لا ترد على حق الرهن إذ قلنا "يجب أن نلاحظ أولا أن حق الرهن ليس شائعا، ولكن الحق الشائع هو حق الملكية وهو محل الرهن، فما هو أثر القسمة على كل من حق الملكية وحق الرهن؟ أما بالنسبة لحق الملكية فأثر القسمة هو أن يستبدل كل من الشركاء بحصته الشائعة ملكية مفرزة، أما بالنسبة للرهن فالقسمة لا ترد عليه لأنه ليس شائعا. بل على محله وهو حق الملكية. وهنا يمكن أن يقال إن انتقال الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز هو أثر القسمة التى غيرت محله ولكننا نرى أن هذا التفسير ناقص. فالقسمة لا يتعدى أثرها تغيير المحل أى استبدال ملكية مفرزة بحصة شائعة. وأما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العينية..(الرسالة السابقة، الموضوع السابق). =

= وقد قيل فى الرد على رأينا هذا أن القسمة إذ تفرز محل الملكية فتجعل حق الشريك الراهن جزءا مفرزا، تجعل هذا الجزء محملا لحق الدائن المرتهن (حسن كيره، الموضوع السابق). وردنا على ذلك أنه إذا تصادف ووقع فى نصيب الراهن جزء مفرز من العقار يساوى فى قيمته قيمة الحصة الشائعة، فقد لا يتحقق ذلك فيقع العقار كله أو جزء مفرز منه أكبر من قيمة الحصة فى نصيب الراهن، فيمتنع القول إن القسمة تفرز محل الرهن، وهذا يؤيد ما ذهبنا إليه من أن القسمة لا شأن لها بالرهن".

(1) السنهاورى الجزء العاشر ص 328 - أحمد سلامه ص 325- الدكتور محمد على عرفه

تحول دون تقرير هذا الحل من ناحية، ولكونه الحل المناسب مع ما قرره المادة 1039 مدني في حالة وقوع عقار آخر في نصيب الشريك الراهن من جهة أخرى⁽¹⁾.

الحالة الرابعة :

أن يؤول إلى الشريك منقول :

إذا لم يختص الراهن في القسمة إلا بمنقولات، فالرأى السائد أن حق الدائن المرتهن لا ينتقل إلى هذه المنقولات إذا كان الرهن رسمياً على أساس أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات فضلاً عن أن العقار الذي وقع في نصيب لم

شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية - الجزء الأول 1954 ص 399 - منصور مصطفى منصور ص 164 - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية 1954 ص 58.

(2) وهناك رأيان آخران : الأول : أن العقار يصبح كله، لا حصة منه فقط مرهوناً. والثاني : أن العبرة بإرادة الطرفين. فإذا كان المرتهن قنع بالضمان المتمثل في الحصة الشائعة فإنه يبقى كذلك بعد اختصاص الراهن بالعقار كله، أما إذا كان قد اشترط امتداده إلى كل المال فإنه يمتد إلى العقار كله (مشار إلى الرأيين بمؤلف أحمد سلامه ص 326).

وينتقد الدكتور مصطفى منصور الرأي الأول مستهدياً بمثل يسوقه كالاتي :
"فإذا افترضنا أن شخصاً يملك النصف شيوفاً في كل من منزل وقطعة أرض قيمة كل منهما 1000 جنيه، ثم رهن حصته في الأرض بقيمتها 500 جنيه ضماناً لدين مقداره 800 جنيه. ثم اختص في القسمة بالأرض كلها دون المنزل. فيتربط على الرأى القائل =

= ببقاء الرهن على الأرض كلها أن يضار دائنو الراهن الذين اعتمدوا فيما أولوه لمدينهم من ائتمان على ما يملكه في المنزل ملكية خالية من الرهن، وفي الوقت نفسه يقابل هذا الضرر إفادة الدائن المرتهن إذ يتمكن عند بيع الأرض المرهونة من الحصول على دينه كاملاً بالتقدم على غيره في حين أنه لو نفذ قبل القسمة لما تقدم إلا على قيمة الحصة المرهونة فقط أي 500 جنيه (ص 164 هامش 3).

يرهنه ومن ثم فإن الدائن يفقد حقه في الرهن الرسمي⁽¹⁾، وفي الرهن الحيازي ينتقل الرهن إلى هذه المنقولات.

الحالة الخامسة :

أن يؤول إلى الراهن مبلغ من النقود :

إذا اختص الراهن بمبلغ من النقود، فإن إجماع الشراح على تطبيق مبدأ الحلول على هذه الحالة، فيكون للدائن المرتهن الحق في أن يستوفى دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقا لدرجة رهنه.

أما إذا لم يكن الدين مستحق الأداء، فينتقل الرهن إلى المبلغ الذى يستحقه الراهن، أى بمقتضى هذا المبلغ لضمان دين الدائن المرتهن⁽²⁾.

وتطبق الأحكام السابقة فى حالة ترتيب حق انتفاع. وبالتالي ينتقل حق الانتفاع إلى العين الأخرى التى آلت إلى منشئ حق الانتفاع⁽³⁾.

247- رهن الشريك جزءا مفرزا فى المال الشائع :

إذا رهن الشريك جزءا مفرزا فى العقار الشائع لم ينفذ هذا الرهن فى حق

(1) السنهاورى جـ 10 ص 331 - عبد المنعم الصده ص 211 - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص 169 - أحمد سلامة ص 332 فيريان أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة. ويكون للمرتهن أن يطلب من القضاء إلزام الراهن بتسليمه العين ليحوزها أو ليحوزها لغيره. ويكون له أن يبيعها فوراً ليستوفى حقه من ثمنها إذا كان مستحق الأداء أو ينتظر حتى يصبح كذلك. وهنا أيضا يحل المنقول محل العقار الذى كان مرهونا حلولا عينيا (أحمد سلامة ص 332).

(1) السنهاورى جـ 10 ص 331 - منصور مصطفى منصور ص 165 - عبد المنعم البدرأوى ص 1525 وما بعدها - محمد على عرفه ص 397 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 62 وما بعدها.

(2) أحمد سلامة ص 332.

الشركاء الآخرين، ولهؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم في هذه الجزء المفرز باعتباره شائعا بينهم جميعا.

أما الدائن المرتهن، فإنه إذا كان لا يعلم أن الجزء المفرز الذي ارتهنه هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه، يستطيع أن يبطل عقد الرهن للغلط. وإذا كان يعلم بشيوع الجزء المفرز، فإنه لا يستطيع إبطال الرهن للغلط. ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهن والدائن المرتهن صحيحا، على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضى بانتظار نتيجة القسمة⁽¹⁾.

غير أنه يجوز لسائر الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في هذا الجزء المفرز، ويجوز لهم إقرار الرهن فيصبح الرهن صادرا من جميع الشركاء وينفذ في حقهم جميعا⁽²⁾.

أما إذا حصلت قسمة للمال الشائع، ووقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن، فإن الرهن يكون باثا، إذ يتبين أن الشريك كان يملك هذا الجزء المفرز من بداية الأمر وقت رهنه⁽³⁾.

أما إذا وقع في نصيب الشريك الآخر جزء آخر من نفس المال، أوفى مال آخر فإن الرهن ينتقل إلى الجزء الآخر الذي آل إليه أو إلى المال الآخر الذي اختص به.

وانتقال الرهن في الحالة الأولى يأتي تطبيقا للقاعدة العامة التي تحكم التصرف في المال الشائع عموما، تلك القاعدة التي تضمنتها المادة 2/826 بقولها: "2- وإذا كان التصرف منصبا على جزء من هذا المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت

(3) السنهاورى ج 10 ص 332.

(4) السنهاورى ج 10 ص 332 هامش (3) - إسماعيل غانم ص 138.

(1) السنهاورى ج 10 ص 332 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 61.

التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق فى إبطال التصرف - فالقاعدة العامة هى أنه إذا تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع، ثم اختص عند القسمة بجزء آخر، فإن حق المتصرف إليه ينتقل إلى هذا الجزء الآخر من وقت التصرف. وهذا القاعدة تسرى على الرهن، شأنه فى هذا الشأن شأن غيره من الحقوق، وعلى رأسها حق الملكية أما بالنسبة إلى الحالة الثانية، وهى الحالة التى ينتقل فيها الرهن من عين إلى أخرى مستقلة عنها، فإن الرهن ينتقل بمرتبه إلى قدر من هذه العين يعادل قيمة العين التى كانت مرهونة فى الأصل وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة 1039 مدنى التى تجرى على أن: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين"⁽¹⁾.

وهذا النص وإن ورد فى الرهن الرسمى، إلا أنه يطبق بطريق القياس على الرهن الحيازى⁽²⁾.

(راجع فى حكم انتقال نصيب الراهن إلى منقول أو مبلغ من النقود البند السابق).

248- رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع :

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 61 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 211.

إذا رهن أحد الشركاء جميع العقار الشائع، فإنه يكون قد تجاوز الحصة المملوكة له. فإذا كان الدائن المرتهن يعتقد أن الشريك الراهن يملك المال الشائع جميعه، كان له طلب إبطال عقد الرهن للغلط.

أما إذا كان عالماً أن الشريك الراهن لا يملك سوى حصة في العقار المرهون، فإن الرهن يكون صحيحاً ولكنه لا ينفذ في حق سائر الشركاء المشتاعين، ويجب انتظار نتيجة القسمة⁽¹⁾. فلا يعتبر هذا رهناً لملك الغير، لأن الراهن يملك حصة شائعة في هذا العقار.

فإذا حصلت القسمة، وآل العقار كله إلى الشريك الراهن زال كل عائق عن نفاذ الرهن.

وإذا أمكنت قسمة العقار أجزاء مفرزة، ووقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع، فإن الدائن المرتهن وكان على بينة من هذا الأمر يتركز حق رهنه في الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق، صريح أو ضمنى بين الشريك الراهن والدائن المرتهن على شيء آخر. فقد يتفقان على أنه إذا لم يقع كل العقار الشائع في نصيب الشريك الراهن، جاز للدائن المرتهن إبطال الرهن، وقد يتفقان على أن الرهن يبقى على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن ولكن على هذا الشريك أن يستكمل الرهن بأى ضمان آخر، رهن رسمى أو رهن حيازة أو كفالة⁽²⁾.

(3) السنهورى ج 10 ص 334 - سمير تناغو ص 92 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص

405 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 163 فيريان أن الرهن يعتبر واقعاً على ملك الغير فيما زاد على نصيب الراهن وبالتالي باطلاً بالنسبة إلى باقى الشركاء. ولذلك يجوز لكل من هؤلاء أن يطلب إبطال التصرف دون انتظار نتيجة القسمة. وبعبارة أصح لكل شريك أن يطالب باستحقاق نصيبه فى مواجهة المتصرف إليه، إذ أن التصرف الصادر من شريكه يعتبر غير نافذ فى حقه، فلا يحتج به عليه.

(1) السنهورى ج 10 ص 334 وما بعدها.

249- تصرف الشريك فى حصته الشائعة :

ذكرنا سلفا أن الشريك فى الشيوخ مالك لحصته الشائعة، ومن ثم له عليها سلطات المالك الثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف.

فالمالك يستطيع أن يأتى أى تصرف على حصته الشائعة، سواء كان المتصرف إليه هو أحد الشركاء أو شخصا من الغير. ويكون تصرفه نافذا فى حق بقية الشركاء. وقد حرص المشرع على أن يؤكد هذا المعنى فضمن الفقرة الأولى من المادة 826 مدنى أن كل شريك فى الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها.

وقد عقلت مذكرة المشروع التمهيدى للنص قائلا :

"أما حق المالك المشتاع فى التصرف كحق المالك ملكية مفرزة، على أن يقع تصرفه فى حصته الشائعة. فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها وأن يرهنها رهنا رسميا أو رهن حيازة"⁽¹⁾.

ومن ثم فإن للشريك فى المال الشائع أن ينقل ملكية حصته الشائعة إلى باقى شركائه فى المال الشائع جميعا أو إلى واحد منهم أو إلى الغير. يستوى أن يكون ذلك بمقابل كالبيع أو بغير مقابل كالهبة.

وسواء كان المقابل مبلغا من النقود أو أى مال آخر كما فى المقايضة. وفى جميع الأحوال يكون تصرفه نافذا فى مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم بهذا التصرف.

ويترتب على ذلك أن يحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف، سواء فى حصته الشائعة كلها أو فى جزء منها بحسب الأحوال. وتكون له كافة حقوقه وعليه كافة التزاماته باعتباره شريكا فى الشيوخ. ومن ثم يكون المتصرف إليه هو صاحب

الشأن عند قسمة الأعيان التي تلقى حصة شائعة فيها⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تصرف الشريك في حصة شائعة نافذ في مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم طبقا لنص المادة 1/826 من القانون المدني".

(طعن رقم 190 لسنة 32 ق جلسة 1966/3/24)

2- "مفاد نص المادة 1/826 من القانون المدني أن للشريك المالك على الشيوع حق التصرف في حصته شائعة وينفذ هذا التصرف في حق شركائه إذ يترتب عليه أن يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف".

(طعن رقم 3469 لسنة 58 ق جلسة 1993/2/21)

غير أنه إذا كان التصرف بيعا صادرا لأجنبي فإن الشارع يخول هؤلاء الشركاء الحق في الحلول محل المشتري، وذلك إما بطريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار (936/ب مدنى)، أو بطريق استرداد الحصة المبيعة إذا كانت هذه الحصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال (م 833 مدنى). وقد راعى الشارع في تخويله الشركاء هذا الحق أنهم قد يتضررون من دخول الأجنبي بينهم، فأتاح لهم أن يمنعوا دخوله شريكا بينهم بهذه الوسيلة أو بتلك تبعا لطبيعة المال الشائع.

وإذا كانت الحصة التي ورد عليها التصرف شائعة في عقار أو في مجموع من المال يشتمل على عقار فإنه يجب تسجيل التصرف حتى تنتقل الملكية. ولا يمنع الشريك من التصرف الناقل لحصته كونه قد التزم سلفا بالبقاء في الشيوع مدة معينة وكون أن هذه المدة لم تنقض بعد. إذ التعهد بالبقاء في الشيوع يفيد الامتناع عن طلب القسمة ولا يفيد الامتناع عن التصرف في الحصة. هذا

(1) أحمد سلامه ص 304 ومابعدهما - محمد لبيب شنب ص 325 ومابعدهما.

بالإضافة إلى أن المتصرف إليه، وهو خلف خاص للمتصرف يكون ملتزما بمراعاة هذا الاتفاق بالتطبيق لحكم المادة 146 مدنى⁽¹⁾.

250- حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع بعد إجراء القسمة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق فى إبطال التصرف.

فهذا النص يميز بين فرضين :

الفرض الأول : أن يكون المشتري للجزء المفرز قد اعتقد أن الشريك البائع يملك هذا الجزء مفرزا لا شائعا، ولذلك أقدم على الشراء مطمئنا إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له.

فالمشتري هنا يعتقد أن الحصة المفرزة التى باعها له الشريك على الشيوع، يملكها هذا الشريك مفرزة وبالتالي فإنه يكون قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشئ المبيع باعتقاده أن المبيع يملكه البائع مفرزا لا شائعا، ومن ثم يكون البيع قابلا للإبطال للغلط عملا بالمادة 121 مدنى، ويجوز للمشتري طلب إبطاله إذا تقدم بالطلب قبل القسمة، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها. ويستطيع المشتري فى هذه الحالة أن يجيز العقد، فيصبح البيع صحيحا غير قابل للإبطال، ويكون حكمه حكم البيع الذى صدر لمشتري غير واقع فى الغلط أى مشتري يعلم أن الجزء المفرز الذى اشتراه مملوك للبائع على الشيوع⁽²⁾. أما بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض

(1) أحمد سلامه ص 305 - إسماعيل غانم ص 149.

(1) السنهاورى فى الوسيط الجزء الثامن حق الملكية الطبعة الثانية 1991 ص 1150 وما

الشائعة بينه وبين شريكه الآخر، فلا يخلو الحال من أحد أمرين:

الأول: أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، على ما توقع. وعندئذ تخلص ملكية هذا الجزء للمشتري بعد التسجيل، ولا يستطيع بعد ذلك إبطال العقد للغلط حتى لو كان لم يجزه. ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذي قصده إليه المشتري.

وتنص المادة 124 مدني على أنه: "1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. 2- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد"⁽¹⁾ إذ بعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفرزة لم يعد هناك ما يبرر التمسك بالإبطال.

الثاني: ألا يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع:

وهنا لا يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع على غير ما كان يتوقع المشتري إذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية. ومن ثم يكون لهذا المشتري أن يطلب إبطال البيع لوقوعه في الغلط عملاً بالمادة 121 مدني.

غير أنه يجوز له النزول عن طلب إبطال البيع وذلك بإجازة البيع، وعندئذ ينقلب البيع صحيحاً ملزماً لكل من البائع والمشتري. ويتحول التصرف من الجزء المفرز الذي وقع عليه البيع إلى الجزء المفرز الذي وقع بالفعل في نصيب البائع فتنتقل إلى المشتري ملكية هذا الجزء الأخير بعد التسجيل⁽²⁾.

بعدها.

(2) السنهاوري ص 1151- منصور مصطفى منصور ص 171 وما بعدها.

(1) السنهاوري ص 1151 وما بعدها - ويذهب سيادته إلى أنه لما كان من المقرر أن المشتري قد اشترى أرضاً مفرزة من شريك لا يملك إلا في الشيوع، فإنه يكون فيما يتعلق بالسبب الصحيح قد اشترى من شخص لا يملك إلا حصة شائعة فيعتبر في حكم المشتري من غير

الفرض الثاني :

أن يكون المشتري عالما أن البائع لا يملك المبيع إلا شريكا على الشيوع.

مالك بالنسبة إلى التملك بالتقادم القصير. ولما كان حسن النية فإنه إذا حاز الأرض المفروزة التي اشتراها خمس سنوات فإنه يملكها بهذا التقادم (ص 1152 هامش 1).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المراد بالسبب في تملك العقار بالتقادم الخمسى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار، ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هو. والمراد بكون السبب صحيحا في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف. ولهذا يصلح العقد الباطل بطلانا نسبيا، وكذا العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط، لأن يكون سببا صحيحا لتمليك المشتري، على أساسه، العقار بوضع اليد. فبيع الشريك على المشاع جزءا مفروزا محدودا يصلح إذن لأن يكون سببا صحيحا لتملك المبيع بالتقادم، متى توافر عند المشتري حسن النية".

(طعن رقم 18 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/16)

2- "إذا باع المشتاع جزءا مفروزا محددا في الملك الشائع فبيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يملك به المشتري ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر لديه حسن النية".

(طعن رقم 58 لسنة 11 ق جلسة 1942/4/23)

3- ".... واعتبار عقد البيع الصادر للمشتري سببا صحيحا بالنسبة إلى العجز صحيح، لأن البائعين له وإن كانوا ملاكا لما باعوه فإنهم بالنسبة للمقدار الذى أدخلوه فى المبيع من نصيب الشريك يعتبرون بائعين لا يملكون فيكون عقد البيع الصادر منهم فى ذلك سببا صحيحا فى حكم المادة 76 من القانون المدنى.... إلخ".

(طعن رقم 145 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/24)

4- "استقر قضاء هذه المحكمة على أنه إذا باع الشريك المشتاع جزءا مفروزا محدودا فإن بيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يملك به المشتري ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر حسن النية - ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه".

(طعن رقم 168 لسنة 24 ق جلسة 1958/10/16)

فبهذا لا يكون المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء ومن ثم لا يجوز له طلب إبطال العقد. وإنما ينتقل حقه إلى الحصة المفزة التي آلت إلى المتصرف بالقسمة، وذلك تطبيقاً للمادة 2/926 مدني التي تقرر صراحة أنه: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف. انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة".

وهذا الحكم يمتد ليشمل التصرف الناقل للملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى. وجدير بالذكر أن الفرق بالزيادة أو بالنقصان بين الحصة المتصرف فيها والحصة التي انتقل إليها حق المتصرف إليه تسوى بطريقة التعويض النقدي الذي يدفعه المتصرف إلى المتصرف إليه أو العكس.

أما في الحالة التي يخرج المتصرف فيها من القسمة بغير نصيب أو بنصيب نقدي فإن حق المتصرف إليه يتحول إلى تعويض نقدي ويكون له الحجز على النصيب النقدي تحت يد باقي المتقاسمين قبل سداده للمتصرف⁽¹⁾. وقد بين المشرع الإجراءات الواجبة لاتباع لتعيين العقار الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه إن كان التصرف رهنا رسمياً. فنصت المادة 2/1039 على أنه: "وإذا رهن أحد الشركاء... أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن في خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين". ويمكن بطريق القياس إتباع الإجراءات ذاتها أياً كان التصرف

(1) نعمان جمعة ص 179 وما بعدها.

الذى انفرد به الشريك. فإن كان التصرف بيعا، كان على المشتري أن يستصدر أمرا على عريضة بتخصيص جزء مما آل إلى الشريك البائع ينتقل إليه حقه. ثم يقوم المشتري بتسجيل هذا الأمر إن كان الشيء عقارا. فإن تم هذا التسجيل فى خلال فترة التسعين يوما، فإن أثره يستند إلى وقت تسجيل البيع، فلا تنفذ فى حق المشتري التصرفات التى صدرت من البائع فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل أمر التخصيص.

ولكن إذا كان كافة الشركاء قد قرروا رهنا على ذلك الجزء الذى آل إلى الشريك البائع بمقتضى القسمة، فإن هذا الرهن يظل نافذا ويؤول الجزء الذى اختص به المشتري بمقتضى أمر القاضى محملا بذلك الرهن. كما يظل امتياز المتقاسمين ثابتا لهم ولو كان المشتري قد أجرى التسجيل فى خلال 90 يوما من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة وقبل أن يتم قيد امتياز المتقاسمين⁽¹⁾.

ومفاد ما تقدم أن تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز لايعتبر تصرفا فى ملك الغير، ولو أسفرت القسمة بعد ذلك على وقوع ذلك الجزء فى نصيب شريك آخر.

251- حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع قبل إجراء القسمة :

لم تبين المادة 2/826 مدنى حكم تصرف الشريك فى حصته مفرزة أى فى حصة مفرزة تعادل نصيبه فى المال الشائع، قبل أن تتم القسمة، واقتصرت على أن تبين هذا الحكم بعد أن تتم القسمة، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القسمة.

ونقضى هذه القواعد بأنه إذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك، ما يملك هو حصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء فى هذا

(2) إسماعيل غانم ص 141 وما بعدها.

الجزء. ويعتبر البيع صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع. ولا يستطيع المشتري إبطال البيع لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعاً في غلط. ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير. لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة. فتفيد بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها مملوكة للشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك. هذا إلى أن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه يكون قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة⁽¹⁾.

ونظراً لورود حقوق الشركاء الآخرين على الجزء المفرز لأن الشريك يملك كل ذرة في المال الشائع، فإن التصرف يكون غير نافذ في حقهم فيما يتعلق بحصصهم في الشيوع في هذا الجزء المفرز. فقبل القسمة تتعلق حقوق كافة الشركاء بهذا الجزء المفرز، وما دام الشركاء لم يرتضوا القسمة فإن الشيوع يظل قائماً بالنسبة لجميع أجزاء الشيء الشائع.

(1) السنهوري ص 1153 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 148 - نعمان جمعة ص 179 - رمضان أبو السعود ص 1000 - وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص 201 وما بعدها = منصور مصطفى منصور ص 172 وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكي دروس في الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 145 وما بعدها - فالرأي عندهم أن حكم القواعد العامة في الشيوع تقضى بأن حق الشريك المشتاع لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه وإنما يرد على هذا الجزء أيضاً حقوق الشركاء الآخرين، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء. ومن ثم يحق للمشتري من الشريك أن يطلب إبطال البيع دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة، سواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوع أو كان يجهله (م/466 مدني).

ويترتب على عدم نفاذ التصرف فى مواجهة باقى الشركاء ما يأتى :

1- أنه لا يحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف فى الشيوع، فلا يصبح المتصرف إليه شريكا فى الشيوع، ومن ثم لا يحق له المشاركة فى إدارة المال الشائع، ولا يكون له حق طلب القسمة، إنما يكون ذلك من حق المتصرف وحده باعتبار أنه مازال هو الشريك فى الشيوع.

2- لا يجوز للشركاء فى الشيوع رفع دعوى الاستحقاق إلا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيب المدعى وليس فى نصيب البائع لذلك المشتري.
أما إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب المتصرف فإن التصرف ينفذ فى مواجهة كافة الشركاء بأثر رجعى إعمالا لمبدأ الأثر الرجعى للقسمة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "ليس للشريك على الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه أن يدعى الاستحقاق فى الجزء الذى باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصل القسمة ويقع المبيع فى نصيبه هو، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها".

(طعن رقم 4 لسنة 10 ق جلسة 1940/4/25)

2- "ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع".

(طعن رقم 47 لسنة 19 ق جلسة 1950/12/7)

3- "جرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع فى التركة أن يبيع حصة محددة، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء

(1) الدكتور حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية ص 47 وما بعدها.

بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز".

(طعن رقم 111 لسنة 22 ق جلسة 1955/6/30)

4- "ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع. وتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكا لباقي الشركاء تجب مخصصته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقيون من الشركاء عقده. وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق - سواء أكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري. وهذا الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة 826 منه".

(طعن رقم 361 لسنة 22 ق جلسة 1956/6/28)

5- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع".

(طعن رقم 341 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/3)

6- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة 826 فقرة ثانية من القانون المدني على أنه "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإن وقع

الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطاعن، وإن لم يقع انتقال حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفزاً أو شائعاً وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه - بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفزاً - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 910 لسنة 45 ق جلسة 1980/3/25)

7- "نص المشرع في المادة 826 من القانون المدني على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها ويستولي على ثمارها وإذا كان التصرف منصفاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة...." ثم نص في المادة 936 من هذا القانون على أنه "يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي"، يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددًا مفزاً 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 الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاءً مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص في المادة 936 من القانون المدني".

(طعن رقم 784 لسنة 47 ق جلسة 1980/5/1)

8- "..... إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة 826/2 من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع

ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن 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 الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة".

(طعن رقم 161 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/9)

9- "لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة عملا بالمادة 2/826 من القانون المدني أنه إذا كان البيع الصادر من أحد المشتاعين قد انصب على جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قسمته بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشتري ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفرز المبيع له في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهرا من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجردا من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري، كما يحق ذلك ممن اختص به ولو لم يسجل عقده".

(طعن رقم 686 لسنة 48 ق جلسة 1981/12/13)

10- "النص في الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدني على أن "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة" يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجز للمشتري طلب

تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا".

(طعن رقم 2382 لسنة 51 ق جلسة 1982/11/4)

11- "مؤدى نص المادتين 826، 936 من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محددًا مفرزا ويقع البيع صحيحًا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحًا وصدر لأجنبى وكان الإقرار الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة 936 من القانون المدنى".

(طعن رقم 384 لسنة 49 ق جلسة 1983/1/30)

12- "النص فى الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدنى على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا "

(طعن رقم 2123 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/25)

13- "المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لايعد بانبا فى ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع، ثم يرتب حقه على

ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه، فإذا جاوزه اعتبر بانيا فى ملك غيره ويسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته".

(طعن رقم 3952 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/27)

14- "إنه لا مجال لإعمال الحلول العينية إلا إذا أصاب المتصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع، فإن زالت حالة الشيوع بتصرف البائع لكامل حقه لشريكه الآخر استحال فى هذه الحالة أن يقع الجزء المفرز فى نصيب البائع أو إعمال الحلول بعد أن آلت ملكية العقار كله إلى غير المتصرف وينتفى سند المشتري فى وضع يده على ذلك الجزء المفرز من العقار قبل المالك له".

(طعن رقم 2322 لسنة 71 ق جلسة 2002/7/28)

15- "وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار الشائع. عدم أحقية باقى الشركاء فى انتزاع هذا القدر منه. أثره. حق الشركاء ينحصر فى طلب القسمة أو مقابل الانتفاع بالزيادة عن حصته".

(طعن رقم 5807 لسنة 78 ق جلسة 2009/10/25)

16- "النص فى الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدنى على أنه "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. الحق فى إبطال التصرف" يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء. لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا. وليس له المطالبة بالتسليم مفرزا. لأن البائع له لم يكن يملك وضع يده على حصته مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا. ولا يمكن أن يكون للمشتري

حقوق أكثر مما كان لسلفه. هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون".

(طعن رقم 5106 لسنة 79 ق جلسة 2010/6/9)

252- لا يجوز تسليم المشتري الحصة المباعة مفرزة :

إذا باع الشريك فى المال الشائع حصة مفرزة فى المال الشائع فإنه لا يجوز تسليم المشتري هذه الحصة مفرزة ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع بمقتضى هذه القسمة، لأن البائع لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته قبل القسمة، ولا يمكن أن يكون للمشتري أكثر مما كان لسلفه البائع، فضلا عن أن هذا التسليم يترتب عليه إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يجوز الحكم للمشتري بالتسليم إذا حكم له بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون".

(طعن رقم 494 لسنة 29 ق جلسة 1965/12/2)

2- "من المقرر فى قضاء النقض أنه لا يجوز للمشتري للقدر المفرز فى العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزا قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا".

(طعن رقم 1461 لسنة 53 ق جلسة 1984/4/29)

3- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن مؤدى القضاء باعتبار المطعون

ضده الأول من الغير بالنسبة لحكم القسمة الصادر في الاستئناف رقم 211 سنة 1971 مدنى مستأنف الإسكندرية أن يعامل معاملة من تلقى حقا عينيا على عقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع ولو كان قد سجل عقد شرائه. ولما كان النص في الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدني على أن "إذا كان تصرف الشريك في الشيوع منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة" مؤداه أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع، وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء، فإن حق المشتري في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة، فإذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه - من وقت التصرف - إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وإذا كان هذا الأخير لا يملك حق الاختصاص بحصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء في الشيوع، فإنه لا يجوز للمتصرف إليه أن يطالب بتسليمه حصة مفرزة طالما بقيت حالة الشيوع قائمة لأنه ليس له من الحقوق أكثر مما كان لسلفه. هذا فضلا عن أن القضاء بتسليمه تلك الحصة يترتب عليه إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتسليم المطعون ضده الأول لحصته المفرزة التى اشتراها بالعقد المسجل برقم 4073 سنة 1981 شهر عقارى الإسكندرية، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه نقضا جزئيا في هذا الخصوص. لا يغير من ذلك ما أثاره المطعون ضده المذكور في مذكرة دفاعه من أن الحكم بتسليمه قطعة الأرض التى اشتراها مفرزة لم يصدر ضد الطاعنين وإنما صدر ضد البائعين له إعمالا لحكم المادة 431 من القانون المدني - ذلك أن البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول ابتغى بطلب التسليم الموجه إلى الأخيرين في الدعوى 75 سنة 1986

مدنى كلى إسكندرية مواجهة طلبات الطاعنين فى دعواهم الرقيمة 4964 سنة 1982، ومن ثم فإن دعواه فى حقيقتها لا تعدو أن تكون دفاعا فى هذه الدعوى الأخيرة التى تقوم - وفقا لتكييفها القانونى الصحيح- على طلب عدم نفاذ عقد شرائه فى حقهم، وهو ما ينبى عليه أن تندمج الدعويان وتفقد كل منهما استقلالها".

(طعن رقم 1548 لسنة 69 ق جلسة 2002/4/9)

مادة (827)

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

الشرح

إدارة المال الشائع :

253 - الأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين :

أدق ما يعرض للشركاء فى الشيوخ هو إدارة المال الشائع. لذلك تكفل التقنين المدنى بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تيسر عليهم القيام بها، وأن تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف بينهم.

والغرض من إدارة المال الشائع هو الانتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بين الشركاء. فهم ملاك لهذا المال، ولكل مالك حق استعمال الشئ واستغلاله.

فإذا أمكن لكل من الشركاء استعمال المال الشائع كان له ذلك، كوجود ترعة خاصة مملوكة على الشيوخ أو مصرف خاص شائع أو بئر شائع، إذ يجوز لأى من الشركاء أن ينتفع بالمال الشائع، فيأخذ من التربة أو البئر الماء الذى يروى

به أرضه. ويوصل الماء الذى يتبقى بعد الرى إلى المصرف الخاص⁽¹⁾.
غير أن المال الشائع قد يكون مما ينفر بطبيعته من أن يكون محلا لاستعمال مشترك كحصان أو سيارة مثلا. وأغلب الأشياء لا يتأتى الاشتراك فى استعمالها إلا بالتضامن العام بين الشركاء على طريقة الاستعمال، وكثيرا ما يتعذر تحقيق هذا التضامن لاختلاف نزعات الشركاء، فقد يرغب أحد الشركاء فى منزل أن يستعمله سكنا بينما يريد شريك آخر أن يفتح فيه محلا لتجارة فى حين يرغب شريك ثالث أن يجعل له مخزنا فى جزء منه. وهكذا يؤدى اختلاف الشركاء على طريقة الاستعمال إلى تعطيل استعمال المال الشائع، لأن حق كل منهم فى استعماله مقيد بعدم المساس بحقوق شركائه الآخرين. ولذلك نصت المادة على أن "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين.... إلخ". وهو ما يترتب أيضا على مبدأ المساواة بين حقوق الشركاء باعتبار أن لكل شريك حقا فى المال الشائع يمثل فى طبيعته حقوق الشركاء الآخرين.

وقد جاء فى عجز المادة تحفظ يقضى بأن "ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك". وهو تحفظ يرتضيه الشركاء مجتمعين أيضا بأن يجمعوا على أن يتولى أحدهم أو بعضهم أو شخص من الغير إدارة المال الشائع، فإن من يتولى الإدارة يكون نائبا يستند عمله إلى رضا مجموع الشركاء⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"أدق ما يعرض للشركاء فى الشروع هو إدارة المال الشائع. لذلك تكفل المشروع بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تيسر عليهم القيام بها، وأن تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف فيما بينهم. والأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، إلا إذا اتفقوا على توكيل أحدهم فى أن ينفرد بالإدارة. ولكن لما

(1) السنهورى ص 1069 وما بعدها.

(1) أحمد سلامه ص 280.

كان من غير الميسور أن ينعقد الإجماع فى كل مسألة من مسائل الإدارة، فقد وضع المشروع من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة⁽¹⁾.

وأهم صورة لاتفاق الشركاء على تنظيم إدارة المال الشائع هى قسمة المهايأة. وهى إما قسمة مكانية يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، أو قسمة زمانية يتفق فيها الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، وهذا وذلك بصفة مؤقتة. وسنتناول ذلك تفصيلا فى موضعه من الموسوعة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 827 من القانون المدنى على أن "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك" يدل على أن أعمال إدارة المال الشائع التى يوافق على إجرائها جميع الشركاء تكون ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة".

(طعن رقم 2391 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/3)⁽²⁾

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 84.

(1) وقد قضى بأن :

الاتفاق على إدارة المال مقتضاه أن يتسلم المال محل الإدارة من مالكه لممارسة سلطة الإدارة عليه وأنه وإن كانت الملكية تظل لصاحبها إلا أنه يفقد من سلطاته على المال المملوك له سلطة الإدارة التى عهد بها إلى غيره فلا يجوز له أن يسترد هذا المال من المدير مادام الاتفاق على الإدارة لازال قائما وإذ كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع المسجل برقم 645 لسنة 1983 المنيا والنظام الداخلى للجمعية التعاونية للإصلاح الزراعى الذى أحال إليه العقد وبغير منازعة من المطعون ضدها - اتفاقها والطاعن على إسناد إدارة الأطيان محل العقد إليه وأن هذا الاتفاق لا يزال قائما فإن طلب المطعون ضدها تسليمها أطيانها لمجرد ملكيتها لها يتعارض مع قيام اتفاق الإدارة ويصبح طلبها بلا سند من القانون".

254 - رأى جميع الشركاء ملزم ولو كانت أعمال الإدارة غير معتادة :

تنص المادة على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، وقد ورد نصها عاما، ومن ثم فإن أعمال إدارة المال الشائع التي يوافق عليها جميع الشركاء تكون ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة.

مادة (828)

- 1- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع".
- 2- وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا.
- 3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم.

الشرح

255 - المقصود بأعمال الإدارة المعتادة :

المقصود بأعمال الإدارة المعتادة، كل الأعمال والتصرفات اللازمة لاستغلال الشئ فيما أعدله بطبيعته والحصول على ثماره.

فالإدارة تشمل زراعة الأرض واستئجار العمال لها وشراء البذور والمبيدات والماكينات، وتشمل تخزين المحصول وبيعه.

وبالنسبة للمباني تشمل تأجيرها مفروشة أو خالية مادام الإيجار لمدة معقولة وبأجرة المثل وتشمل قبض الأجرة وإعطاء المخالصات.

وتشمل الإدارة المعتادة كذلك توظيف النقود بإيداعها فى البنوك فى حسابات جارية أو كودائع بفائدة أو شراء سندات الاستثمار مادام التوظيف مؤقتا ولا يترتب عليه تجميد الأموال لفترة طويلة.

ولا تدخل في هذه الأعمال تلك التي تعتبر نافعة للشيء أو لزيادة قيمته أو زيادة نفعه. ولا يدخل فيها كذلك الأعمال الكمالية التي تسعى إلى زخرفة الشيء وزينته⁽¹⁾.

ويلحق الفقه عادة أعمال الحفظ بأعمال الإدارة وتناول معظم الفقهاء الفرنسيين بالدراسة أعمال الحفظ بالتبعية لأعمال الإدارة باعتبار أنها وجه من وجوه هذه الأخيرة⁽²⁾. إلا أننا سنرجئ تناول أعمال الحفظ لحين شرح المادة 830 مدني، لأن المشرع فرق في المال الشائع بين السلطة في إدارة المال الشائع وبين سلطة حفظه.

256- سلطة الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة :

تنص المادة 1/828 مدني على أن ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء⁽³⁾.

فالمشروع اكتفى برأى الأغلبية المطلقة في إدارة المال الشائع إدارة معتادة. والأغلبية لا تقاس بعدد الأشخاص وإنما بقيمة الأنصباء. فقد يتعلق الأمر بمالك واحد تحقق حصته هذه الأغلبية وقد يملكها أكثر من مالك. والأغلبية المطلوبة هي الحصة أو الحصص التي تجاوز قيمتها نصف قيمة المال الشائع. فمن يملك هذه الأغلبية تكون له سلطات المجموع. والقرار الذي تتخذه الأغلبية يلزم الأقلية فور صدوره، كما يلزم خلفاءها. وبظل نافذا حتى يحدث أحد أمرين : إما أن تعدل عنه الأغلبية أو تعدله، وإما أن تقرر المحكمة إلغائه على التفصيل الذي سيلي ذكره⁽³⁾.

(1) نعمان جمعه ص 164 وما بعدها - الدكتور محمد السعيد رشدي أعمال التصرف وأعمال

الإدارة في القانون الخاص سنة 1983 ص 163 وما بعدها.

(2) محمد السعيد رشدي ص 129.

(3) نعمان جمعة ص 166 - أحمد سلامه ص 166.

وإذا قررت الأغلبية العدول عن القرار السابق أو تعديله فإن قرارها الجديد يلزم بدوره الأقلية وينفذ فور صدوره. وهى أغلبية بدورها تحسب على أساس الأنصبة بصرف النظر عن أشخاص من يوافقون عليها.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة، يكون ملزما للجميع، حتى الأقلية التى خالفت هذا الرأى، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء الخ"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كان مفاد المادتين 827، 828 من القانون المدنى 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 صحيحا وناظدا فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجارة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا، اعتبارا بأن الإيجار يقع فى جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها أو من أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة".

(طعن رقم 587 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/21)

2- "مفاد المادة 828 من القانون المدنى أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء، ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمنا، وأنه يترتب على عدم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 85.

سريان الإيجار من أحد المشتاعين في مواجهة الباقيين ثبوت الحق لهؤلاء في اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإزالة التعديلات التي أجراها الطاعن بالعين المؤجرة على سند من القول بأن العقار الشائع المملوك مناصفة للمطعون عليهما قد قسم قسمة مهايأة شملت بعض أجزائه بمقتضى الاتفاق المؤرخ 1918/5/5 الذي نظماً فيه حقوقهما والتزاماتهما وطريقة تحصيل ما اختص به كل منهما، ونصاً فيه على أن يقوم الطرفان مناصفة بمصروفات إصلاح العقار والتحسينات اللازمة له إلا بعد الاتفاق عليها كتابة، وبقيت أجزاء من العقار - من بينها مدخل المنزل والجزء المتبقى من الحجرة التي كانت معدة للبواب والتي ضم بعضها إلى الشقة الكائنة بالدور الأرضي - ظلت شائعة دون قسمة ومخصصة لخدمة العقار بأكمله وقام المطعون عليه الثاني في تاريخ لاحق للاتفاق المؤرخ 1968/5/5 منفرداً بتأجير هذا الجزء للطاعن الذي ضمه لمطعمه وإذ اعترض المطعون عليه الأول المالك لنصف العقار على التأجير والضم فإنهما لا يسريان في حقه ويجوز له إلزام الطاعن بإعادة الجزء الشائع إلى حالته الأولى بما يجعله منفصلاً ومستقلاً عن باقي المحل المؤجر له بموافقة الشريكين .

(طعن رقم 328 لسنة 44 ق جلسة 1978/2/1)

3- "النص في المادة 827 من القانون المدني على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك والنص في المادة 828 من هذا القانون على أن ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع، وللأغلبية

أنصباؤه أن تختار مديرا ... وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباؤه ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباؤه، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصباؤه لا يسرى في مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمنا، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين في مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء في اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضا لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين".

(طعن رقم 762 لسنة 52 ق جلسة 1984/3/15)

4- "مفاد نص المادة 828 من القانون المدنى أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباؤه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا بما له من سلطة تامة في فهم الواقع في الدعوى أن مورث الطاعنين ثانيا قد أبرم عقد الإيجار المؤرخ 1975/5/23 بصفته وكيلا ظاهرا عنهم وكان البين من الأوراق أن المذكورين يمتلكون أغلبية الأنصباؤه في العقار الكائن به الشقة محل النزاع فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 334 لسنة 58 ق جلسة 1992/12/30)

5- (أ) - "النص في المادة 1/828 من القانون المدنى على أن (1) ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباؤه" وفي المادة 1/829 منه على أن (1) للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ... "يدل على أن أعمال الإدارة التى

يكون لأغلبية الشركاء فى المال الشائع القيام بها دون أن يكون لباقى الشركاء الاعتراض عليها هى أعمال الإدارة التى لا تخرج عن حدود الإدارة المعتادة. أما ما يخرج عنها فإنها تكون لمن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل وفقا للإجراءات التى أوردتها المادة 829 المشار إليها. لما كان ذلك، وكانت الأعمال التى قامت بها الطاعنة الأولى المالكة لحصة شائعة مقدارها 16 قيراطا من 24 قيراط فى العقار محل النزاع من استكمال بناء الدور الثالث وبناء الدور الرابع وغرفتين ودورة مياه بالدور الخامس فى ذات العقار تعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة".

(ب) - "المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانيا فى ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه، فإذا جاوزه اعتبر بانيا فى ملك غيره ويسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته".

(ج) - "مفاد المادة 924 من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات البانى فى أرض غيره سىء النية كان لصاحب الأرض 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 طلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالالتصاق مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء، ولا يعتبر ميعاد السنة التى يتعين طلب الإزالة خلالها مرعيا إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه".

6- "النص في الفقرة الأولى من المادة 828 من القانون - مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من يملك أكثر من نصف المال الشائع - ولو كان شخصا واحدا - له حق إدارته المعتادة بتأجيده أو إنهاء إجارته... ويكون التصرف ملزما لباقي الشركاء الذين لهم حق الاعتراض على رأى الأغلبية".

(طعن رقم 1289 لسنة 72 ق "إيجارات" جلسة 2004/5/24)

257- اختيار مدير للمال الشائع ووضع نظام للإدارة :

تنص الفقرة الثانية من المادة 828 على أن للأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا.

فقد خولت الفقرة المذكورة أغلبية الشركاء فى المال الشائع بالإضافة إلى القيام بأعمال الإدارة المعتادة أمرين آخرين :

الأمر الأول: اختيار مدير، ومفهوم ذلك أن يكون لهذا المدير فقط سلطة القيام بأعمال الإدارة المعتادة، إذ يفسر السماح لهذه الأغلبية بأن تقوم بتعيين مديرا على أنها لم تشأ أن تقوم بهذه الأعمال بنفسها وإنما أنابت عنها هذا المدير، ومن ثم تأتي سلطاته على الأكثر، بقدر ما يكون لهذه الأغلبية من سلطات.

الأمر الثانى: وضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع.

ووضع نظام لإدارة المال الشائع أمر يتسق مع الاعتراف للأغلبية بالقيام بأعمال الإدارة المعتادة، ومن ثم لا ينفى أن يتجاوز هذا النظام حدود هذه الأعمال. ويكون لهذا النظام صفة الاستمرار، بمعنى أنه كما يلتزم الشركاء بمراعاته يلتزم بمراعاته أيضا خلفاؤهم، لا فرق فى ذلك بين خلف عام وخلف خاص، بل وحتى ولو لم يعلم به هذا الخلف الخاص، إذ الفقرة الثانية المذكورة حين قررت سريانه عليه إنما تكون قد افترضت - فرضا لا يقبل إثبات العكس - علمه به.

ويجوز لهذه الأغلبية أن تجمع بين هذين العاملين، فتعين مديرا وتضع نظاما لحسن إدارة المال.

وفي هذه الحالة يعتبر هذا النظام قيда على سلطة المدير، فإن احترامه سرى عمله في حق الشركاء وإن خرج عنه كان متجاوزا لحدود سلطته. ومثال ذلك أن تقرر الأغلبية إيداع الربح في مصرف معين⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة كإيجار المال الشائع، فإن اتفقت الأغلبية (على أساس قيمة الأنصبة) 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 عاما أم خاصا. أما إذا لم يختاروا مديرا، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم، وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا وذلك في حدود قواعد الفضالة"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد المادة 828 من القانون المدنى يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - على أنه إذا كان الأمر متعلقا 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 مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتتعقد أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر عنه فى حق الشركاء".

(طعن رقم 766 لسنة 40 ق جلسة 1983/4/11)

(1) أحمد سلامه ص 286 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 86.

2- "مفاد المادة 828 من القانون المدنى يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع واتفقت غالبية الشركاء على اختيار مدير من بينهم أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر عنه - ومن ضمنها الإيجار - فى حقهم".

(طعن رقم 2001 لسنة 57 ق جلسة 1992/12/10)

3- "اتفاق الأغلبية على اختيار مدير لإدارة المال الشائع أو تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض الباقين. أثره. اعتباره وكيلا عنهم تنفذ فى حقهم أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر منه م828 مدنى".

(طعن رقم 884 لسنة 72 ق جلسة 2005/10/19)

258- موقف الأقلية من قرار الأغلبية :

رأينا فيما سلف أن أغلبية الشركاء فى المال الشائع إذا أصدرت قرارها فى أعمال الإدارة المعتادة، كان قرارها ملزما للأقلية وناظرا فى حقها. ونضيف هنا أنه يجوز للأقلية التظلم من قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعوى. غير أن هذا التظلم يقتصر على أحوال التعسف فى استعمال الحق طبقا للقواعد العامة فقط، فلا يجوز للأقلية أن تبنى تظلمها على عدم ملاءمة القرار لصالح الشركاء طالما أنه خلا من التعسف. ذلك أن المشرع لم ينظم رقابة خاصة على قرارات الأغلبية فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة على خلاف ما سنراه فى أعمال الإدارة غير المعتادة⁽¹⁾.

ويعد قرينة على التعسف قلة عدد الأغلبية بالنسبة لعدد الأقلية.

وتستطيع الأقلية التخلص من رأى الأغلبية بطلب إجراء القسمة القضائية⁽²⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 141 - عبد المنعم الصده ص 193 - السنهورى ص 1097.

(1) أحمد سلامه ص 288.

259- حالة عدم توافر الأغلبية في إدارة المال الشائع :

تنص الفقرة الأولى من المادة 828 مدنى فى عجزها على أنه : "فإن لم تكن ثمة أغلبية للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع".

فقد لا يتفق الشركاء جميعاً على أعمال الإدارة، كما قد لا تتوافر الأغلبية اللازمة للإدارة والتي تحسب على أساس قيمة الأنصبة، ومن ثم يجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية أو الجزئية المختصة قيماً، وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة. فقد تأمر المحكمة بتأجير الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة، وتتدب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار ولها أن تعين عند الحاجة من يدير هذا المال سواء من بين الشركاء أم أجنبياً عنهم. وتكون لهذا المدير سلطات الحارس القضائى. ويلزم بتقديم حساب إلى الشركاء⁽¹⁾.

غير أن المحكمة لا تملك التعاقد نيابة عن الشركاء، فهي تأمر فقط بما يتخذ من أعمال الإدارة المعتادة⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... فإن لم تكن هناك أغلبية، وثلث الإدارة بسبب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل فى دائرتها العقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، وتتخذ المحكمة، من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال"⁽³⁾.

(2) السنهاورى ص 1098 وما بعدها - محمد على عرفه ص 387.

(3) حسام الدين الأهوانى ص 40.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 86 - ورغم أن مذكرة المشروع التمهيدى أوضحت

260- تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 828 على أنه: "وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم".

فإذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع إدارة معتادة، ولم يعترض عليه باقى الشركاء أو أغلبية الشركاء التى تملك حق الإدارة، فيكون هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر منه فى حق الشركاء، وذلك استنادا إلى القواعد العامة التى تقضى بانعقاد العقود ومن بينها الوكالة بالإرادة الضمنية المستخلصة من ظروف الحال ومن بينها الاعتراض فضلا عن أن المشرع لم يكتف بالقواعد العامة وإنما نص صراحة على هذه الوكالة فى الفقرة الثانية من المادة 828 مدنى⁽¹⁾.

وفى هذه الحالة يكون إيجار هذا الشريك للمال الشائع مثلا نافذا فى حق باقى الشركاء وكذلك قبضه للأجرة وقيامه بأعمال الصيانة ودفعه الضرائب وغير ذلك من أعمال الحفظ. وله أن يزرع الأرض الزراعية وأن ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات، وأن يستأجر عمال الزراعة وأن يشتري ما يلزم من سماد وبذور، ويبيع المحصولات فى الأسواق بأثمانها الجارية. ومن هذه الأعمال ما هو عمل مادي كزراعة الأرض وما هو تصرف قانوني كالشراء والبيع⁽²⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

".... أما إذا لم يختاروا مديرا، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين، عد وكيلا عنهم، وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا

بالنص على أنه يحسن أن تكون المحكمة الجزئية التى يدخل فى دائرتها العقار هى المحكمة المختص إلا أن ذلك لم يتحقق.

(2) نعمان جمعة ص 166 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 1094 وما بعدها.

وذلك في حدود قواعد الفضالة⁽¹⁾.

واعتبار الشريك الذي ينفرد بعمل من عمل الإدارة وكيلا عن الباقيين مقصور على أعمال الإدارة المعتادة وليس شرطا لقيام وكالة الشريك القائم بعمل الإدارة أن يسكت جميع الشركاء الباقيين، كما قد يدل على ذلك ظاهر النص، بل يكفي أن يعلم به، فلا يعترض عليه من الشركاء من يملك مع الشريك أغلبية الأنصباء، لأن حق الإدارة لا يلزم لثبوته الإجماع. بل يكفي توافر الأغلبية. وعلى ذلك إذ أجر أحد الشركاء المال الشائع، وعلم بذلك باقيهم، ولم يعترض عليه سوى نفر قليل منهم فإن ذلك لا يمنع من نفاذ الإيجار في مواجهة الجميع، حتى من اعترض، مادام أن المؤجر ومن لم يعترض، كانوا يملكون معا الأغلبية المطلقة للأنصباء. وينفذ عمل الوكيل في هذه الحالة، في حق الجميع على أساس الوكالة عن الأغلبية غير المعترضة والنيابة عن الأقلية عملا بالمادة 828 مدني التي تلزم الأقلية برأى الأغلبية.

وإذا استقل أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة، بالرغم من اعتراض الأكثرية، فلا ينفذ الإيجار في حق باقي الشركاء، وإنما يحق لهم أن يطالبوا بإخلاء العين المؤجرة⁽²⁾.

ويجوز بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقيين، أن يعترض على إدارته بعض الشركاء فيكون ذلك بمثابة عزل له من الوكالة الضمنية. فإذا كان الباقي من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم في المال الشائع، ويدخل في ذلك حصته هو، بقي الشريك متوليا الإدارة، ولكن باعتباره معيناً من قبل الأغلبية فتسرى أعمال إدارته في حق المعترضين على أساس أنه يمثل الأغلبية. أما إذا اعترض على إدارته من

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 86.

(2) محمد وحيد الدين سوار ص 372.

الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع تزيد على النصف، فإنه لا يصبح ممثلاً للأغلبية، ومن ثم لا يستطيع المضى فى إدارته ويجب عليه أن يتتحي⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كانت المادة 3/828 من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء. ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا. أو تصرفا قانونيا تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة 2/701 من القانون المدنى وكيلا عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقتضيه الإدارة".

(طعن رقم 320 لسنة 35 ق جلسة 1969/11/18)⁽²⁾

2- "إذ كان مفاد المادتين 827، 828 من القانون المدنى 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 صحيحا وناظدا فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسرى فى حق

(1) المستشار أنور العمروسى الملكية وأسباب كسبها فى القانون المدنى 2003-2004 ص 332.

(2) وقد قضى ذات الحكم بأنه :

"يجوز تأسيسا على المادتين 3/828، 2/701 من القانون المدنى للشريك فى علاقته بالشريك الآخر الذى تصرف ببيع المحصول الناتج من زراعتهم المشتركة أن يثبت فى حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف منه بوصفه من أعمال الإدارة وذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن على أساس أن هذا التصرف يعتبر بالنسبة له بمثابة واقعة مادية".

باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا، باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة".

(طعن رقم 587 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/21)

3- "النص في المادة 828 من القانون المدني على أنه 3- إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم "يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني - على أنه إذا كان الأمر متعلقا 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 مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، مما مؤداه أنه إذا تعدد ملاك العين المؤجرة فإنه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة".

(طعن رقم 939 لسنة 45 ق جلسة 1979/5/12)

4- "إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لما كانت المادة 828/3 من القانون المدني تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض الباقين عد وكيلا عنهم، فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة 701/3 من القانون المدني وكيلا عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة الخ".

(طعن رقم 940 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/17 - غير منشور)

5- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة وعملا بنص المادة 3/828 من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء المشتاعين إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، وأنه لا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالانكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على اعتزاه إنكار الملكية على صاحبها واستثنائه بها دونه عملا بنص المادة 2/972 من القانون المدنى. ويتعين حينئذ على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد وهى أن يكون مقرونا بنية التملك ومستمرًا وهادئًا وظاهرًا وببين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها الخ".

(طعن رقم 1888 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/19)

6 - "المقرر عملا بالمادة 3/828 من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، ولما كان طلب إخلاء العين المؤجرة يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أيا من باقى ملاك العقار الذى تقع به محلات التداعى لم يعترض على انفراد المطعون ضده الأول بالتنبيه على الطاعنين بإخلاء هذه المحلات ورفع الدعوى وتدخلوا فى الاستئناف منضمين له فى طلباته، فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلا عنهم فى اتخاذ هذه الإجراءات".

(طعن رقم 1697 لسنة 50 ق جلسة 1987/6/8)

7- "لما كان مؤدى المادتين 827 و 828 من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، لما كان ذلك وكان الثابت أن عقد إيجار شقة النزاع قد تم بين المطعون ضده الأول ومورث باقى المطعون ضدهم وكان

رفع الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء للتنازل عن الإيجار يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أياً من الشريكين الأخيرين في ملكية العقار لم يعترض على انفراد المطعون ضده الأول برفعها فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلا عنهما في إقامتها وهو ما يكفي بذاته لاكتمال صفته. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 991 لسنة 49 ق جلسة 1984/5/28 - غير منشور)

8- "الأصل في الملكية الشائعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقي الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم إقراراً لعمله ويكون البناء وما يغل ملكاً شائعاً بينهم جميعاً منذ إنشائه ولو لم يفوا بما عليهم من نفقات فذلك حق شخصي للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقاً لما يخضع له من أحكام الوكالة".

(طعن رقم 3250 لسنة 58 ق جلسة 1993/4/22)

9- من المقرر أن الأصل في الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقي الشركاء أو دون اعتراض منهم اعتبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم إقراراً لعمله، ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصي للبانى يسترده 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 أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما لهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته".

(طعن رقم 83 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/7)

10- "وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان النص في المادة 828 من القانون المدني على أن "1- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال

الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة..... 2- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" - يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - على أنه - إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، ولم يختار أصحاب الأغلبية مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر منه - ومن ضمنها الإيجار - فى حقهم، لما كان ما تقدم وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الموضوع بقيام المطعون ضده الثانى وهو أحد الملاك على الشيوع بتأجيله شقة النزاع فى 1984/2/1 دون اعتراض من الباقين حتى 1998 وقدم عقد الإيجار الدال على ذلك، وهو ما يكفى لنفاذ عقده إذا كان العقد جدياً ولم يعين أصحاب الأغلبية مديراً فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع، واشترط لنفاذ العقد موافقة الأغلبية صراحة أو ضمناً فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وجره ذلك إلى الإخلال بحق الدفاع وهو ما يعيبه ويوجب نقضه".

(طعن رقم 983 لسنة 71 ق جلسة 2002/10/28)

11- "مفاد المادتين 827 و 828 من القانون المدنى 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 ونافذاً فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجارة طالما لم يقرروها صراحة أو ضمناً اعتباراً بأن الإيجار يقع فى جزء منه على ملك الغير فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة".

(طعن رقم 6633 لسنة 65 ق جلسة 2006/4/6)

12- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه

المحكمة - وعملا بنص المادة 3/828 من القانون المدني أنه إذا تولى أحد الشركاء المشتاعين إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، وأنه لا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده لاكتساب الملكية بالتقادم مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابي ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على اعتزازه إنكار الملكية على صاحبها واستثنائه بها دونه عملا بنص المادة 2/972 من القانون المدني ويتعين حينئذ على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد وهي أن يكون مقرونا بنية التملك ومستمرًا وهادئًا وظاهرا وببين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها. وأنه وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ في معرض الإثبات بالقرائن إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التي عولت عليها تؤدي إلى ما انتهت إليه".

(طعن رقم 10873 لسنة 66 ق جلسة 2009/6/14)

13- "إذا كان الطاعن الثاني قد قدم أمام محكمة أول درجة تفويضا صادرا من ورثة المرحوم..... للطاعنة الأولى في إدارة ما يخصهم في عقار النزاع وتحصيل الأجرة، كما أن الثابت من تقرير الخبير أن الأخيرة كانت تقوم بإدارة العقار وتحصيل أجرة بعض وحداته وأن بعض الشركاء على الشيوع قاموا بتحرير توكيل خاص للطاعنة الأولى لاستخراج رخصة المبانى رقم 85 لسنة 1995 لتعديل الدور الثاني العلوى ببناء شقتين ولم يعترض أغلبية الشركاء المالكين لأكثر من نصف العقار على هذه الإدارة بما مؤداه وجود وكالة ضمنية منهم للطاعنة الأولى في الإدارة وبالتالي نفاذ عقدى الإيجار المؤرخين 1995/5/1 الصادرين منها للطاعنين الثاني والثالث في حقهما وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بعدم نفاذ عقدى الإيجار المؤرخين 1995/5/1 سالفى الذكر على سند من أن الطاعنة الأولى قامت بتأجير شقتى النزاع دون تفويض لها من باقى الشركاء وبأجرة لا تتناسب وتكاليف البناء مما ينبى عن وجود تواطؤ بين الطاعنة الأولى وبين

الطاعنين الثانى والثالث فى إبرامهما للإضرار بباقى الشركاء ملتفتنا عن المستندات الدالة على التفويض الصادر من بعض ورثة المرحوم..... للطاعنة الأولى وعما أورده الخبير المنتدب فى الدعوى بتقريره من قيام الأخيرة بإدارة عقار النزاع دون أن يبين بأسباب خاصة ما يبرر هذا الإطار فإنه يكون معيباً".

(طعن رقم 2152 لسنة 68 ق جلسة 2010/1/21)



مادة (829)

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

الشرح

أعمال الإدارة غير المعتادة :

261- المقصود بأعمال الإدارة غير المعتادة :

يحدد النص أعمال الإدارة غير المعتادة بأنها التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له الشئ. فكل شئ بوضعه القائم له استعمال مألوف. وهو مألوف إما بحكم طبيعته أو بحكم ما جرى عليه المجتمع. فالغرض المألوف لعمارة مقسمة إلى شقق، هو تأجيرها للغير بقصد السكن. وغير المألوف هو تحويلها إلى فندق أو مكاتب أو ملهى.

والمألوف بالنسبة للأرض الزراعية هو زراعتها وغير المألوف تحويلها إلى أرض فواكه أو مشاتل أو لتربية المواشى أو تحويلها إلى أرض بناء، والمطعم يدار كمطعم، وغير المألوف أن يتحول إلى ملهى ومقهى. إذن يعتبر من أعمال الإدارة

غير المعتادة تغيير الشيء بما يعدل من غرضه المؤلف الذى أعد له الشيء بطبيعته أو بتخصيصه⁽¹⁾.

وجاء فى هذا بمذكرة المشروع التمهيدي أن :

"إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة الخارجة عن الأعمال المعتادة، كإدخال تغييرات أساسية فى الغرض الذى أعد له المال لتحسين الانتفاع به، وذلك كتحويل مطعم إلى مقهى، أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال.... الخ"⁽²⁾.

262- الأغلبية المطلوبة لأعمال الإدارة غير المعتادة :

الأغلبية المطلوبة لأعمال الإدارة غير المعتادة هى ثلاثة أرباع المال الشائع. أى الملاك الذين يملكون ثلاثة أرباع المال. فمن له هذه الأغلبية من حقه أن يقرر أعمال الإدارة غير المعتادة، ولو كان واحدا فقط. ويعزى التشدد فى تحديد الأغلبية هنا إلى خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة، فنظر إليها المشرع على أنها نوع من التصرف - كما سنرى. وإذا حدث وأراد الشركاء أن يعينوا مديرا للمال الشائع يقوم بهذه الأعمال أو أن

(1) نعمان جمعة ص 168.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 88 - ويعرف الدكتور أحمد سلامة ص 289 وما بعدها أعمال الإدارة غير المعتادة قائلا : "يمكن القول بأن أعمال الإدارة غير المعتادة هى الأعمال التى تخرج عن حدود الأعمال المعتادة أو تلك التى تقتضى تغييرا أساسيا فى المال أو تعديلا فى الغرض الذى أعد له. وواضح أن هذا التعريف ليس حاسما، شأنه فى ذلك شأن تعريف عمل الإدارة بوجه عام. ومن ثم يحسن الابتعاد عن وضع معيار جامد للفرقة بين عمل الإدارة المعتاد وعمل الإدارة غير المعتاد. والنظر إلى كل عمل على حده والاستهداء بخطورته من الناحية الاقتصادية لتقرير ما إذا كان معتادا أو غير معتاد. لهذا فإن الفرقة بين النوعين تكون - فى رأينا - من عمل قاضى الموضوع، والفصل فيها فصل فى مسألة موضوعية".

يصرحوا لمن عين مديرا للمال أن يقوم بها فإنه يتعين أن يأتي التعيين أو التصريح من جانب هذه الأغلبية غير العادية. فإذا كان المدير واحدا من الشركاء حسب نصيبه في هذه الأغلبية إذا كان موافقا، أو حسب في الجانب المعارض إذا كان غير موافق. فإذا وافقت الأغلبية - بالرغم من معارضته - كان له أن يتتحي إذا لم يخضع للقرار.

وبدهى أنه كما تلزم هذه الأغلبية لتقرير عمل الإدارة غير المعتاد، فإنها تلزم أيضا للعدول عنه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، له الحق في إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقا لأحكام المادة 829 من القانون المدني، ويكون البناء الذي يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلا في حدود حقه في إدارة المال الشائع، وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلا عن نفسه ونائبا 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 210 لسنة 36 ق جلسة 1971/3/18)

2- "أ)- تخول المادة 829 من القانون المدني الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة مما مفاده أن ما تجريه الأغلبية من تغيير أو تعديل يدخل وفقا لهذه المادة فيما تملك من أعمال الإدارة غير المعتادة وينفذ في حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد تنثير من اعتراض".

(ب)- "إن ما تباشره الأغلبية في المال الشائع من تغييرات أساسية، وتعديل

(1) السنهاورى ص 1097 ومابعدها - أحمد سلامه ص 290 ومابعدها.

فى الغرض يخرجـه من أعمال الإدارة المعتادة، إنما تنبأـه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء فإن هى شادت من مالها على العقار الشائع بناء كما فى الدعوى المائلة ملكت الأقلية فيه وفيما يغل منذ إنشائه ولو لم تف فى حينه بما عليها من نفقاته فذلك حق شخصى للأغلبية تسترده مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ على وجه التقابل أو التبادل مع حق الأقلية المدينة فى التملك وثماره فالحقان يختلفان مصدرا وأثرا ولا يرتبطان بما يجعل أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للأقلية من ريع وما عليها من دين الإنفاق وفائدته مما لا يثور فى خصوص الدعوى لصيرورة الدين وفوائده أمرا مقضيا بحكم سابق وسداد حاصل".

(طعن رقم 19 لسنة 46 ق جلسة 1978/12/13)

3- "تنص الفقرة الأولى من المادة 829 من القانون المدنى على أن "الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان "وبعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بناء أحد الشركاء فى جزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته فإذا لم توافق أغلبية الشركاء على ذلك جاز إجبار الشريك الباقى على إزالة البناء".

(طعن رقم 1784 لسنة 54 ق جلسة 1990/1/31)

263- حق الأقلية فى الالتجاء إلى القضاء :

تنص الفقرة الأولى من المادة 829 مدنى فى عجزها على أن: "ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان". ومفاد ذلك أن النص يلزم الأغلبية بإعلان الأقلية بقرارها حتى يبدأ تظلمها منه أمام المحكمة

المختصة.

ولم يحدد النص شكلا معيناً لإعلان قرار الأغلبية. فقد يتم بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو شفاهة. ويقع عبء إثبات حصول الإعلان على الأغلبية. وميعاد التظلم شهران يبدأ من اليوم التالي لحصول الإعلان. فإذا لم يتم التظلم في الميعاد أصبح القرار نهائياً. ولا يجوز للأغلبية أن تشرع في تنفيذ قرارها قبل فوات هذه المدة دون طعن من جانب الأقلية. وإذا فرض وطعن أحد الشركاء فقط استنفاد بقية الشركاء المعارضين من طعنه. وإذا قدم الطعن فلا يجوز للأغلبية أن تنفذ قرارها دون ما ضرورة لأن تأمر المحكمة بوقف التنفيذ⁽¹⁾.

وحق الأقلية في التظلم ليس مقيدا بوجود غش أو تعسف من جانب الأغلبية. فالتظلم قد يبنى على الملاءمة وعلى مدى سلامة وواقعية قرار الأغلبية⁽²⁾.

264- قضاء المحكمة في تظلم الأقلية :

تنص الفقرة الثانية من المادة 829 على أن: "وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير. ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

ويبين من هذا النص أن للمحكمة عند تظلم الأقلية وبعد سماع حجج كل من الأغلبية والأقلية الخيار بين حلول ثلاثة:

1- أن تلغى قرار الأغلبية، ويكون ذلك بعد التحقق من أن قرار الأغلبية،

(1) أحمد سلامة ص 292 وما بعدها - نعمان جمعة ص 169.

(2) نعمان جمعة ص 170.

- صدر بناء على غش أو تعسف أو أنه لا يحقق صالح الشركاء.
- 2- أن توافق على قرار الأغلبية دون اتخاذ أى تدبير، ويكون ذلك بعد أن يثبت لها أنه لا تشوب القرار ثمة شائبة.
- 3- أن توافق على قرار الأغلبية مع اتخاذ ما تراه مناسباً من التدابير. فقد ترى المحكمة أن العمل غير مأمون العاقبة فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية، وتأمّر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية، تضمن الوفاء لها بما قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التى تلحق بها من جراء تنفيذ قرار الأغلبية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "... ولها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض، من جراء تنفيذ قرار الأغلبية فيما إذا تبين أن هذا القرار ضار بالمصلحة"⁽²⁾.

والمرجع بذلك يكون قد أخضع حق الأكثرية فى الإدارة غير المعتادة إلى رقابة قضائية، تكفل حقوق الأقلية، وتوفق بين مصلحتها من جهة، ومصلحة الأكثرية فى تحسين الانتفاع بالمال الشائع وجعله أصح للاستغلال من جهة أخرى.



(1) السنهاورى ص 1105 - محمد وحيد الدين سوار ص 373 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 88.

مادة (830)

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

الشرح

265- المقصود بأعمال الحفظ :

أعمال الحفظ هى أعمال ضرورية وعاجلة تهدف إلى حماية المال الشائع دون أن يترتب عليها تعديل المركز القانونى للشركاء وتتميز بضالة نفقاتها بالنسبة لقيمة المال الذى تتم حمايته. وأعمال الحفظ قد تكون مادية أو قانونية. ومثال أعمال الحفظ المادية أعمال الصيانة والترميم، وجنى الثمار قبل أن تتلف، وتسوير الأرض أو تحويطها إذا كان من شأن عدم التسوير أو التحويط أن يتعرض الشئ للتلف.

ومثال أعمال الحفظ القانونية رفع دعاوى الحيازة وقطع التقادم ورفع دعوى تعيين الحدود ودعوى الاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض، وبيع الأشياء التالفة والتى تكون فى طريقها إلى التلف، والتعاقد على أعمال الصيانة والإصلاح العاجل، وسداد أقساط الديون التى يضمنها المال الشائع، ورفع الضرائب المفروضة على العين⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لئن كان من الأصول المقررة وفقا لنص المادتين 830، 831 من القانون المدنى أن للشريك فى الشىوع منفردا ودون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى فى ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو

(1) محمد السعيد رشدى ص 124 وما بعدها - أحمد سلامة ص 256 - نبيل سعد ص 116

من التصرفات القانونية، ويلتزم جميع الشركاء فى ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتتنقسم عليهم كل بقدر حصته فى الملكية، إلا أنه إذا كان أحد الشركاء مستأثراً بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوع فأصاب العقار التلف لسبب مرده خطأ هذا الشريك فإن مسئوليته عن تعويض ما حاق بالشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أساس من قواعد المسئولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار مملوكاً باتفاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل وبصار إلى عوضه أى التعويض النقدي إن تعذر التعويض عينياً، فإن أصلح الشريك الذى وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فإن ذلك لا يعتبر عملاً من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عيناً عن المضرورين فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح فى هذه الحالة على الشركاء فى الملكية الشائعة".

(طعن رقم 110 لسنة 56 ق جلسة 1988/12/15)

2- "النص فى المادة 83 من القانون المدنى على أنه "لكل شريك على الشيوع الحق فى 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 فى ذلك يعتبر أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن أعمال الحفظ المعنية بالنص المشار إليه تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض".

(طعن رقم 1323 لسنة 59 ق جلسة 1994/3/30)

كما قضت محكمة النقض بتاريخ 1981/1/15 فى الطعن رقم 699 لسنة 47 ق بأن دعوى سد المطلات المفتوحة بغير حق على المال الشائع من قبيل الوسائل اللازمة لحفظه.

266- حق كل شريك فى القيام بأعمال الحفظ :

أعطت المادة لكل شريك فى الشيوخ الحق فى اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ الشئ، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء. ويعزى ذلك إلى أن حق الشريك على المال الشائع يخوله القيام بكافة الأعمال إلا ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين، وليس فى أعمال الحفظ مساس بحقوقهم، فيكون له القيام بها ولو عارضوا. وعلى ذلك فإن الشريك يقوم بأعمال الحفظ باعتباره صاحب حق يرد على المال الشائع كله لا ينحصر فى جزء منه، ولذلك تعود منفعة هذه الأعمال على الشئ كله فيستفيد سائر الشركاء. وسنرى أنه يكون للشريك الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه فى النفقات التى أنفقها لحفظ الشئ⁽¹⁾.

267- الأساس القانونى لحق الشريك فى القيام بأعمال الحفظ :

تذهب غالبية الفقه إلى أن الأساس القانونى لحق الشريك فى القيام بأعمال الحفظ، أن الشريك يعتبر نائبا قانونيا عن باقى الشركاء⁽²⁾. غير أنه قد اعترض على ذلك بالقول بأن النيابة لا تكون إلا فى الأعمال القانونية. أما هنا فمن الممكن أن يتم الحفظ بعمل مادية، وقد دفع هذا الاعتراض بأنه ليس من المسلم أن النيابة القانونية تنحصر فى التصرفات القانونية وحدها، إذا المعلوم أن للولى وللوصى القيام بأعمال الحفظ لأموال القاصر رغم أن هذه الأعمال قد تكون تصرفات قانونية أو أعمالا مادية⁽³⁾.

(1) محمد نبيل سعد ص 117.

(2) أحمد سلامه ص 258 - عبد المنعم البدرأوى ص 149 - عبد المنعم الصده ص 194.

(3) أحمد سلامه ص 258 - وهناك رأيان آخران فى الفقه كالآتى :

1- رأى يذهب إلى أن أعمال الحفظ إذا تمت دون علم سائر الشركاء اعتبر الشريك الذى قام بها فضوليا بالنسبة إليهم، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (م 189 مدنى) (السنهورى ص 1063 - محمد على عرفه ص 394). =

268- لا يلزم توافر أهلية الإدارة لمباشرة أعمال الحفظ :

نظراً لأن أعمال الحفظ أعمال عاجلة تقتضيها ضرورة المحافظة على المال، فإن المشرع لا يتطلب فيمن يباشرها أهلية الإدارة، فيجوز لناقص الأهلية القيام بها، كما تعد واجبا على عاتق من له سلطة إدارة أموال غيره كالوصى أو الوكيل دون إذن من المحكمة⁽¹⁾.



= وبهذا الرأي أخذت مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها :

"... الشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله "(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 65).

2- رأى يذهب إلى أن أساس هذا الحق أن القاعدة أن لكل شريك أن يحافظ على حقه فإذا اقتضى ذلك أن يحفظ للشركاء الآخرين حقوقهم كان له ذلك ولو عارضوا (إسماعيل غانم ص 120 هامش (3)).

(1) محمد السعيد رشدى ص 121، 139.

مادة (831)

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

الشرح

269- تحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه :

لما كان الشركاء فى المال الشائع يشتركون فى مزايا الشئ الشائع، كل بحسب نصيبه، فيكون من البديهي أن يشتركوا كذلك فى تحمل ما ينفق عليه فى سبيل إدارته والمحافظة عليه، سواء أنفقت هذه النفقات باتفاق الجميع أو باتفاق الأغلبية فيما أعطاهما القانون من سلطات، أو من شريك بمفرده عند القيام بأعمال الحفظ. إذ تتفق هذه النفقات فى جميع الأحوال لحساب الشركاء جميعا ولذلك نصت المادة 831 على هذا الحكم صراحة⁽¹⁾.

وما يتحمله الشريك من هذه النفقات يكون عبارة عن نسبة مما أنفقه من قام بعمل الحفظ. يستوى أن يكون هذا الشريك يجهل أو يعلم بقيام الشريك بهذه الأعمال، كما يستوى أن يقبل أو يعارض، وبغض النظر عن مقدار الفائدة التى عادت عليه من هذا الإتفاق، وبغض النظر أيضا عما إذا كانت هذه الفائدة قد بقيت أو زالت⁽²⁾.

وقد ذكرنا سلفا المقصود بأعمال الإدارة والحفظ. وقد أضافت المادة إلى هذه النفقات سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع، كنفقة إصلاح الحائط المشترك

(1) منصور مصطفى منصور ص 146.

(2) أحمد سلامه ص 259.

أو تجديده (م/814/2 مدنى)، أو المقرر على المال كفوائد الديون وأقساطها. وإذا قام أحد الشركاء بالأعمال سالفة الذكر كان له أن يرجع على الآخرين كل بقدر حصته على أساس الوكالة وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى، فتجعل مثلاً بالاتفاق حصة الشريك القائم بالإدارة فى النفقات فى نظير قيامه بالإدارة.

وكذلك ما لم يوجد نص أيضا يقضى بغير ذلك. مثل ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 815 مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعليه الحائط المشترك بنفقات التعليه وصيانة الجزء العلوى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليه دون أن يفقد شيئاً من متانته⁽¹⁾.

270 - تخلص الشريك من نفقات الحفظ بتخليه عن نصيبه فى المال

الشائع :

كان مشروع المادة 831 ينص فى عجزه على أن : "ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع". وقد علقت مذكرة المشروع التمهيدى على هذا النص بقولها : "ولكل شريك أن يتخلص من الالتزام بالنفقات إذا هو تخلى عن حصته، كما هو شأن كل صاحب حق عينى".

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ انقسم الرأى حول هذا الحكم فقد حذب رئيس اللجنة فكرة التخلص أو التخلي بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التى يذهب إليها هذا النصيب مخافة أن يعتبر سائبا وخشية أنه إذا حرمنا المالك على الشيوع من التخلي أن يلجأ الشركاء إلى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه.

وعارض هذه الفكرة رأى آخر يقول إن حذفها من المادة لاضرر منه لأن

(1) السنهورى ص 1066.

النفقات الإدارية لا يمكن أن تصل إلى أكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل الشريك يتخلى عن ملكه، ولاخوف من أن القضاء لا يستطيع أن يستتبط هذا الحكم من القواعد العامة لأنه قاعدة أصلية مؤداها أن الشخص الملتزم بالتزام شخصى يمكنه أن يتحلل من التزامه بترك الشئ فالحكم الوارد فى هذه المادة حكم غير عملى، ولايصح أن تشغل اللجنة وقتها فى تنظيمه وقد وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة "ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع".

وجاء بتقريرها: رأت اللجنة حذف العبارة الأخيرة التى تختتم هذه المادة ونصها: "ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع"، وقد روعى فى ذلك أن فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التولية فكرة عامة التطبيق، ولكن إجراء حكمه من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها "، وقد وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة⁽¹⁾.

وواضح من المناقشات سالفة الذكر وتقرير لجنة القانون المدنى أن اللجنة تركت حكم التخلي للقواعد العامة. ولذلك ذهبت غالبية الفقه إلى أنه لما كان التزام الشريك على الشيوع بالاشتراك فى التكاليف والنفقات الناتجة عن الشيوع، هو التزام عينى سببه الاشتراك فى ملكية العين الشائعة، فإنه يكون للشريك حق التخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن نصيبه فى الملكية.

ويترتب على تخلى الشريك عن حصته على النحو المتقدم، أن تصبح هذه الحصة ملكا للشركاء الآخرين، كل بقدر نصيبه فى المال الشائع، وذلك فى مقابل إعفاء شريكهم المتخلى من سائر الالتزامات الناشئة عن اشتراكه فى الملكية⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 92 ومابعدها.

(1) السنهورى ص 1067 وهامش (3) - محمد على عرفه ص 395 - الصده ص 195 -

وبعيدا تقسيم النفقات على أساس الحصص الجديدة. وبعبارة أخرى تزداد بقوة القانون "حصة أو حصص من تخلى إلى حصص من دفع نصيبه دون حاجة إلى قبول منهم".

وهكذا يترتب على التخلي أثران: أحدهما مبرر والآخر منشىء. أما أثره المبرر فيتحقق في حق الشريك المتخلي، وأما الأثر المنشئ فيتصل بالشركاء الآخرين الذين تؤول إليهم ملكية حصة هذا الشريك. وينبنى على ذلك وجوب تسجيل سند

إسماعيل غانم ص 132 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 149. ورغم أن الدكتور منصور مصطفى منصور (ص 147 وما بعدها) يسلم بأن ما جاء بالمتن هو الرأي السائد في الفقه، يذكر أن مبدأ التخلي هذا مع ما يترتب عليه من آثار، محل نظر، وقد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. ويكتفى لإيضاح هذا بأن يفترض أن عدة شركاء في سيارة تحطمت في حادث قد اتفقوا على إصلاحها، وقام أحدهم بالإتفاق على الإصلاح، ثم تبين بعد الإصلاح أنها لا تساوى ما أنفق عليها. فمقتضى ما يذهب إليه الشراح أنه يجوز لسائر الشركاء، غير من أنفق على الإصلاح، أن يتخلوا عن حصصهم فتصبح السيارة ملكا خالصا لمن أنفق على الإصلاح ويتحمل وحده المصاريف والفرض أنها أكثر من قيمة السيارة. وهذه نتيجة غير مقبولة.

أما الدكتور أحمد سلامة (ص 261 وما بعدها) فيورد تحفظا واحدا على مبدأ التخلي المبرر من النفقات، ويقول أنه تحفظ مستمد من جوهر فكرة الالتزام العيني. فهو التزام يثبت في العين ليس لسبب سوى أن المدين به يملك هذه العين. ومن هنا تجب التفرقة بين فرضين: الأول: أن يوافق الشريك على أن يقوم زميله بأعمال الحفظ أو على الأقل أن يعلم بذلك ولا يعترض، والثاني: أن يجهل أو يعلم ويعترض، وفي الفرض الأول لا يقبل منه التخلي المبرر، بل يكون لمن أنفق أن يرجع على من يتخلى في أمواله الأخرى إما بكل نصيبه في النفقات وإما بما يجاوز قيمة حصته. ذلك أن سبب الالتزام بدفع النصيب في النفقات هو موافقته على القيام بأعمال الحفظ. ومن ثم فهو لا يلتزم لمجرد تملكه، أما في الفرض الثاني فيجوز له أن يتخلى فتبرأ ذمته من نصيبه في النفقات. واتساقا مع الحكم في هذا الفرض الثاني فإن التخلي لا يؤدي إلى براءة ذمة المتخلي من التعويض الذي يستحق عليه نتيجة خطأ ارتكبه، كما لو أتلف المال الشائع أو تعسف في استعمال حقه في الملكية الشائعة.

التخلية إذا كان موضوع الشيوخ عقارا حتى تنتقل الملكية فيما بين الشركاء، وبالنسبة إلى الغير، وذلك تطبيقاً للمادة التاسعة من قانون الشهر العقاري. غير أنه يجب ملاحظة أن التخلي لا أثر له إلا على الالتزامات الناتجة عن الشيوخ ذاته، وهى تلك التى يسهم فيها الشركاء جميعاً، سواء فى ذلك الالتزامات التى نشأت قبل التخلي أو بعده. فلا أثر له على مسؤولية المالك الشخصية الناتجة عن خطأ ارتكبه ترتب عليه إتلاف المال الشائع، أو الناتجة عن تعسفه فى استعمال حق الملكية الشائعة⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين 830، 831 من القانون المدنى أن للشريك فى الشيوخ منفرداً ودون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى فى ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية، ويلتزم جميع الشركاء فى ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتتقسم عليهم كل بقدر حصته فى الملكية، إلا أنه إذا كان أحد الشركاء مستأثراً بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوخ 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 مملوكاً باتفاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسؤولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل ويصار إلى عوضه أى التعويض النقدي إن تعذر التعويض عينياً، فإن أصلح الشريك الذى وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فإن ذلك لا يعتبر عملاً من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عينياً عن المضرورين فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح فى هذه الحالة على الشركاء فى الملكية الشائعة".

(طعن رقم 110 لسنة 56 ق جلسة 1988/12/15)

(1) إسماعيل غانم ص 133 - الصده ص 195 - السنهاورى ص 1067 هامش (3).

مادة (832)

للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة عند ما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا.

الشرح

التصرف فى المال الشائع :

271- الأغلبية المطلوبة للتصرف فى المال الشائع :

الأغلبية المطلوبة للتصرف فى المال الشائع، هى أغلبية من يملك على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع. وهى ذات الأغلبية التى تطلبها المادة 829 مدنى لأعمال الإدارة غير المعتادة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "سار المشروع فى تغليب رأى الأغلبية إلى حد بعيد، إذ أجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعتادة (شركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال) أن تتصرف فى المال الشائع بالبيع أو المقايضة مثلا... إلخ".

وعلى ذلك فإن هذه الأغلبية لا تتصل بعدد الشركاء، وقد تتحقق هذه الأغلبية لشريك واحد إذا كان يملك ثلاثة أرباع المال الشائع.

272- المقصود بالتصرف فى المال الشائع :

نصت المادة على أن للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه.... إلخ - فوردت كلمة "التصرف" عامة، فهى تشمل التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والمقايضة، كما تشمل من باب أولى مجرد

الرهن، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

والتصرف الناقل للملكية، قد يشمل المال الشائع كله، أو جزءا مفرزا منه⁽¹⁾.

273- يشترط في تصرف الأغلبية الاستناد إلى أسباب قوية :

نصت المادة على أن: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية.... إلخ". فيجب لتصرف الأغلبية المذكورة في المال الشائع وجود أسباب قوية تدعو للتصرف، فلا يكفي مجرد الرغبة في التصرف والتي تكفي لتبرير تصرف المالك ملكية مفرزة فيما يملكه، أو التي تكفي لتصرف الشركاء بالإجماع.

والأسباب القوية يجب أن تكون من الأهمية والعجلة بحيث لا تحتمل انتظار القسمة، أو أن تكون القسمة ضارة بالشركاء، أو أن تكون هناك فرصة يخشى ألا تعود مرة أخرى. فقد يحتاج المنزل لنفقات صيانة ضخمة لا يقدر عليها الشركاء ويحتمل انهيار البناء في حالة انتظار القسمة، وقد تكون مساحة المال ضئيلة بحيث يتعذر قسمته أو يترتب على القسمة الإضرار بالشركاء، إذ يتعذر التصرف في كل جزء على حدة، أو أن يعرض على الشركاء سعر مرتفع للمال لظروف طارئة تلح على المشتري ويخشى ألا يترتب على سرعة التصرف ضياع الفرصة⁽²⁾.

وقد يحتاج الشركاء إلى اقتراض المال اللازم لإصلاح هذا المال أو إدخال تحسينات من شأنها أن تزيد في غلته أو أن تجعل استغلاله ممكنا، مما ترى معه الأغلبية رهن العين ضمانا للفرض⁽³⁾.

274- إعلان الأقلية بقرار الأغلبية :

(1) محمد على عرفه ص 407 - عبد المنعم البدرأوى ص 193.

(2) الدكتور حسام الدين الأهواني الحقوق العينية الأصلية أحكام حق الملكية ص 43.

(3) محمد على عرفه ص 407- محمد وحيد الدين سوار ص 378.

أوجب النص على الأغلبية إذا أصدرت قرارها بالتصرف فى المال الشائع أن تعلن هذا القرار إلى الأقلية التى لم توافق على قرارها، ويكون الإعلان إلى كل منهم على حده.

ولم تبين المادة طريقة الإعلان، ومن ثم يجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب عادى أو شفاهة. ويقع على عاتق الأغلبية إثبات حصول الإعلان.

وإذا أصبح التصرف الصادر من أغلبية الشركاء نهائيا، إما لعدم اعتراض أحد من الأقلية، وإما بعد عرض الأمر على المحكمة وصدور حكم بإقرار التصرف بإنشاء حق عينى، كالانتفاع أو الرهن، فيبقى الحق نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب على القسمة، حكمه فى ذلك حكم الحق الناشئ باتفاق جميع الشركاء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل فى انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم، إذ يترتب على وفاة المورث تملك الورثة لأعيان التركة ملكية شائعة كل بنسبة حصته الموروثة وكان النص فى المادة 832 من التقنين المدنى على أن "الشركاء الذين يملكون على الأقل على ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى 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 تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا" يدل على أن التصرف أيا كان نوعه ينبغى صدور قرار به من أغلبية خاصة تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل ويلزم أن يكون قرار الأغلبية مبنيًا على أسباب قوية وللاقلية من الشركاء حق التظلم إلى المحكمة المختصة خلال شهرين من تاريخ إعلانهم بالتصرف بأى طريق وللمحكمة أن تقدر ما إذا كان التصرف واجبا من عدمه وإذا لم يعارض أحد فى الميعاد أصبح

قرار الأغلبية نافذا وملزما للأقلية".

(طعن رقم 284 لسنة 41 ق جلسة 1982/1/11 غير منشور)

2- "النص في المادة 832 من القانون المدني على أنه "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى 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 تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا "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 باقى شركائهم أصحاب الأقلية إلا أنه اشترط لذلك إعلان هؤلاء بالقرار حتى إذا لم يصادف قبولا لدى أى 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 بأى طريقة أخرى ولو كانت قاطعة".

(طعن رقم 531 لسنة 51 ق جلسة 1985/12/31)

275- سلطة المحكمة في اعتراض الأقلية :

ظاهر العبارة الأخيرة من المادة "وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا". يدل على أن على المحكمة قبل أن تنتظر مبررات القرار لكى تقدر ما إذا كان التصرف واجبا أن تنتظر أولا في أمر قسمة المال الشائع ومبلغ نفعها. فإذا كانت القسمة ممكنة دون إضرار بمصلحة الشركاء تعين على المحكمة أن تأمر بها. ولا تنتظر المحكمة في مبررات القرار إلا إذا اتضح لها أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء.

فتقدر فى هذه الحالة فقط ما إذا كان التصرف واجبا فتقره، أولا يقوم على أسباب قوية فتلغيه، سواء طلبت الأقلية إجراء القسمة أم لم تطلب⁽¹⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 152 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 379 - أحمد سلامة ص 301- عبد المنعم البدرأوى ص 165 وما بعدها - محمد على عرفه ص 407 - نبيل سعد ص 123- ويذهب رأى إلى أنه يجب ألا يفسر نص المادة 832 على المعنى الظاهر من عبارته الأخيرة حيث أن سياق النص يقضى أن يفسر شطرها الأخير على أن المقصود به هو حالة ما إذا تمثلت معارضة الأقلية فى طلب الخروج من الشيوخ، وعلى ذلك يرى أنه يجب التفرقة بين حالتين : حالة إذا لم تطلب الأقلية القسمة وإنما طلبت إلغاء القرار، وحالة ما إذا طلبت الأقلية القسمة، أى لا يجوز للمحكمة أن تنتظر مباشرة فى أمر القسمة من تلقاء نفسها ودون طلب من جانب الشريك المعارض (إسماعيل غانم ص 136 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 198 وما بعدها).

ويذهب رأى ثان إلى أن المحكمة تستوثق أولا من قيام أسباب قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة، فإن لم تقتنع بعد ذلك ألغت قرار الأغلبية.

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية، فإنها تنتقل بعد ذلك إلى النظر فيما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشيوخ وإطلاق يد كل واحد منهم فى نصيبه مفرزا، فلا يعود الأمر فى حاجة إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية. والمشروع التمهيدى لنص المادة 832 صريح فى هذا المعنى إذ يقول: "وللمحكمة أن تقرر، تبعا للظروف، ما إذا كان التصرف واجبا، بعد أن تتبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء". فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجبا يأتى بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء وإذا كان النص الذى استقرت عليه المادة 832 مدنى، وهو يقول "وللمحكمة، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء. أن تقرر.. "قد غير من ترتيب العبارات. فإنه لم يقصد تغييرا فى المعنى، بل إن هذا التعبير قد وصف بأنه مجرد تعديل لفظى. فإذا رأت المحكمة أن القسمة العينية =

= لا تضر بمصالح الشركاء، أمرت بها، ولو من تلقاء نفسها، دون أن يطلبها أحد من الشركاء.

أما إذا تبينت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء، فإنها تنتقل أخيرا إلى

والمحكمة في هذا توازن بين قرار الأغلبية بالتصرف واعتراض الأقلية، وتستهدى بالأسباب التي استندت إليها الأغلبية في تقرير التصرف والمبررات التي يستند إليها المعارض لتنتهي إما إلى الحكم بصحة القرار ونفاذه رغم معارضة الأقلية وإما إلى إلغاء القرار.



تقرير ما إذا كان التصرف الذي قرره الأغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح. فهي في النهاية تقدر، تبعا للظروف، "ما إذا كان التصرف واجبا". فإن رأته واجبا أمرت به، ونفذته الأغلبية وفقا للقرار الذي اتخذته في هذا الشأن، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار، وإن لم تره المحكمة واجبا، ألغت قرار الأغلبية، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء (السنهوري ص 1115 وما بعدها).

مادة (833)

- 1- للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.
- 2- وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.

الشرح

حق استرداد الحصة الشائعة :

276 - تعريف حق الاسترداد :

حق الاسترداد (retrait) هو حق الشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال فى أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى.

وحق الاسترداد وحق آخر هو حق الشفعة تغيا منهما الشارع أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبى بينهم فى الشيوع. ولكل من الحقين نطاقه الذى يباشر فيه، فحق الاسترداد لا يكون إلا فى بيع الحصة الشائعة فى منقول أو فى مجموع من المال، وحق الشفعة لا يكون إلا فى بيع الحصة الشائعة فى عقار معين. وبذلك لا يكون أمام الشريك فى بيع معين إلا طريق واحد يتحدد بحسب المال الذى تخرج منه الحصة المبيعة.

ولئن كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في المبررات التي تنهض بهما في الشيوخ، إلا أن للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوخ، فلها أسباب عديدة يعتبر الشيوخ واحدا منها. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد. وسنرى تفصيلا لذلك حين دراسة الشفعة بين أسباب كسب الملكية. والمصدر التاريخي لحق الاسترداد هو القانون الفرنسي، أما المصدر التاريخي لحق الشفعة فهو الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار. وجعل الشفعة في العقار مغنية عن هذا الحق، حتى لا تتضارب الحقوق في الميزان الواحد"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن الشفعة والاسترداد وإن كانا متفقين في أن كلا منهما يؤدي إلى نوع من الافتيات على حرية التبائع وإلى نزع الملكية جبرا على مشتريه، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل. وذلك بأن الشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار، ومحلها أن يكون المبيع عقارا فلا شفعة في منقول أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسي، وحكمته حفظ أسرار الشركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى، وسببه التركة في الإرث،

(1) عبد المنعم الصده ص 212 وما بعدها - نبيل سعد ص 126.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 98.

ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شائعة فى التركة عامة منظورا إليها كوحدة قانونية تنتظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات".

(طعن رقم 79 لسنة 15 ق جلسة 1946/11/21)

277 - نطاق حق الاسترداد :

(أ) من حيث الموضوع :

لا يثبت حق الاسترداد إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة فى منقول معين، أو مجموع من المال، كالتركة التى تتكون من عناصر متعددة، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر وهو يتكون من عناصر متعددة حتى لو حوى هذا المجموع عقارا، إذ المجموع فى حد ذاته يعتبر منقولا معنويا. أما إذا كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين فإنه لا يجوز الاسترداد، ولا سبيل فى هذه الحالة للحلول محل المشتري إلا عن طريق الشفعة⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة 561/462 من التقنين المدنى القديم تنص على أن : "يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة". وقد استقرت محكمة النقض - أخيرا- على أن محل ثبوت حق الاسترداد هو أن يكون المبيع حصة شائعة فى مجموع الملك المشترك كله لا حصة شائعة فى عين أو أعيان معينة.

إذ قضت بتاريخ 1947/5/22 فى الطعن رقم 113 لسنة 16 ق بأن :

"إن محل ثبوت حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة 462 من القانون المدنى هو أن يكون المبيع حصة شائعة فى مجموع الملك المشترك كله لا حصة شائعة فى عين أو أعيان معينة منه. وذلك لأن حلول أجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع =

= فى مجموع الملك هو وحده الذى قدر فيه الشارع مظنة إذاعة أسرار الشركة وإفشاء محيطها".

وعلى ذلك فحق استرداد الحصة الشائعة يثبت أيا كان مصدر الشيوخ، فيستوى أن يكون الشيوخ ناشئا عن الإرث أو غير ذلك من الأسباب. ولا يجوز الاسترداد إلا في كل الحصة المبيعة، حيث لا تجوز تجزئة الصفقة على المشتري، وذلك حتى يتحقق الغرض من الاسترداد، وهو عدم دخول الأجنبي في الشيوخ، لأنه لو أجاز استرداد بعض الحصة المبيعة لبقى المشتري شريكا في الشيوخ بالجزء المتبقى، وبذلك تنتفي العلة من الاسترداد⁽¹⁾.

(أيضا طعن رقم 79 لسنة 15 ق جلسة 1946/11/21 - طعن رقم 44 لسنة 16 ق جلسة 1947/3/13 - طعن رقم 153 لسنة 19 ق جلسة 1951/3/29 - طعن رقم 177 لسنة 20 ق جلسة 1952/6/12 - طعن رقم 213 لسنة 20 ق جلسة 1952/12/4 - طعن رقم 65 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/16)

وقد عدلت المحكمة في الأحكام سالفة الذكر عن قضاء سابق لها ذهبت فيه إلى المادة 462 من القانون المدني عامة التطبيق فيرد الاسترداد على أى حصة شائعة، سواء أكانت في مجموع الأموال المشتركة أم في عقار معين منها.

إذ قضت بتاريخ 1944/6/8 في الطعن رقم 132 لسنة 13 ق بأن :

"إن المادة 462 من القانون المدني إذ قررت حق استرداد الحصة الشائعة قد جاء نصها عاما مطلقا لا قيد فيه. فيدخل في مدلوله كل حصة شائعة. أيا كان سبب الشيوخ، وسواء أكانت في مجموع الأموال المشتركة أم في عقار معين منها".

(ذات المبدأ طعن رقم 133 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/24)

(1) محمد على عرفه ص 417 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 157 وما بعدها - نبيل سعد ص 127 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 330 وما بعدها - أما في ظل التقنين المدني القديم فكان الرأي أن حق الاسترداد قاصر على (الشركاء الأصليين) استنادا إلى النص الفرنسي للمادة 462/561. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة 462 من القانون المدني إذ قررت حق استرداد الحصة الشائعة قد جاء نصها عاما مطلقا لا قيد فيه. فيدخل في مدلوله كل حصة شائعة أيا كان سبب الشيوخ، وسواء =

= أكانت في مجموع الأموال المشتركة أم في عقار معين منها، إلا أنه لما كانت الحكمة من تقرير الشارع لهذا الحق هي حماية الشركاء الأصليين الذين جمعت بينهم القرابة العائلية

(ب) من حيث الأشخاص :

يثبت حق الاسترداد لكل شريك فى الشىوع وقت البيع، وذلك دون تفرقة بين شريك أصلى، وهو الذى كان موجودا منذ بدء الشىوع، وشريك عارض وهو الذى لم يدخل فى الشىوع إلا فى تاريخ لاحق، كورثة الشركاء الأصليين، والموصى لهم بحصة أحد الشركاء، والشريك الذى يشتري حصة أحد الشركاء ويحل محله. فلا يحرم من هذا الحق إلا الشركاء الطارئین بعد البيع، فليس لهم التضرر من حالة سابقة على نشوء حقهم.

ولكن ليس لدائنى الشريك أن يستردوا باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة، لأن الاسترداد رخصة ، ولا يجوز للدائن بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل ما للمدين من رخص⁽¹⁾.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أنه إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.

أو الرغبة الاختيارية، من الأجنبى الدخيل عليهم تجنباً لاطلاعه على أحوال التركة أو الشركة لما قد يترتب على تدخله من ارتباك لهم سواء أثناء قيام الشركة أو عند تصفيتها - لما كانت هذه هى الحكمة من تقرير حق الاسترداد فإنه لا يكون له محل فى الحصة الشائعة فى العقار المعين الذى يتبادر بجلاء وبلا أدنى شك سهولة تسليمها للمشتري الأجنبى دون ذلك الاطلاع أو الارتباك ودون احتمال اشتراكه فى القسمة. فإذا كان الحكم قد رفض طلب استرداد الحصص المبيعة الشائعة فى عقارات معينة لا لانقضاء تلك الحكمة بل على أساس قصر حق الاسترداد على حالة بيع الشريك حصته كلها أو بعضها شائعة فى عموم أموال الشركة فإن الحكم المذكور يكون قد خالف القانون فى قضائه هذا".

(طعن رقم 132 لسنة 13 ق جلسة 1944/6/8)

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الرابع الطبعة الثالثة 1355 هـ - 1936 م ص 385 - السنهورى ص 1136 - محمد على عرفه ص 418 - منصور مصطفى منصور ص 157.

ولكن سبق أحد الشركاء إلى المطالبة بالاسترداد لا يؤدي إلى حرمان باقيهم من استعمال هذا الحق، مادامت لم تمض المواعيد القانونية التي حددها القانون لاستعماله⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".. ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلى وشريك عارض، وجعل الحق في المنقول الشائع أو في المجموع من المال (كالمتجر أو الشركة ولو حوت عقارا...⁽²⁾".

وقبول الشركاء مشاركة أجنبي باعه أحدهم حصته، لا يمنعهم من أن يعودوا إلى طلب استرداد هذه الحصة بالذات إذا تصرف فيها هذا الشريك الطارئ بالبيع لأجنبي آخر، لأن المادة لم تفرق بين البيع الصادر من شريك أصلى لأجنبي وبين البيع الصادر من هذا الشريك الطارئ لأجنبي آخر إذ كلاهما قد يضر بمن هم شركاء في الملك في وقت البيع⁽³⁾.

278 - شروط الاسترداد :

يشترط لثبوت حق استرداد الحصة الشائعة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون التصرف الصادر من الشريك بيعا. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة 833 مدنى. ومن ثم إذا كان التصرف الناقل للملكية ليس بيعا، لما جاز الاسترداد، يستوى أن يكون بمقابل كالمقايضة أو بغير مقابل كالهبة والوصية. وتستند هذه التفرقة على أنه في غير حالة البيع يصعب على الشريك المسترد أن

(1) محمد على عرفه ص 421.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 98.

(3) محمد على عرفه ص 419.

يقدم للشريك المتصرف نفس ما قدمه المتصرف إليه مقابلًا للحصة، سواء كان هذا المقابل ماديا أو أدبيا⁽¹⁾.

فإذا كان محل البيع إنشاء حق انتفاع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصته، فلا يجوز الاسترداد. ومن هذا يتضح ضيق نطاق الاسترداد عن نطاق الشفعة كما سنرى⁽²⁾.

غير أنه ينبغي مراعاة أن وصف التصرف ليس مما يستقل به طرفاه، ومن ثم يجوز للمسترد - وهو من الغير - أن يثبت أن وصف التصرف بغير البيع ليس مما يطابق الواقع وأنه بيع في حقيقته، ويكون له أنه يكشف عن التكييف الحقيقي بكافة طرق الإثبات⁽³⁾.

الشرط الثاني :

أن يكون المبيع حصة شائعة :

يشترط أن يكون المبيع حصة شائعة، لأن بيع الحصة الشائعة هو الذى يؤدي إلى دخول الأجنبي شريكا فى الشيوع والغرض من الاسترداد هو منع دخول الأجنبي.

فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع واردا على جزء مفرز من المال الشائع، لأن هذا البيع لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين ولا يترتب عليه بالتالى دخول المشتري شريكا فى الشيوع، وبذلك تنتفى الحكمة من الاسترداد⁽⁴⁾.

وإذا كانت الحصة المبيعة شائعة، فلا يجوز للمسترد أن يسترد نسبة منها إذ

(1) أحمد سلامه ص 307.

(2) محمد لبيب شنب ص 330.

(3) أحمد سلامه ص 308.

(4) محمد كامل مرسى ص 386 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 214.

فوق أن في استرداد هذه النسبة تبغيضا غير جائز للصفقة، فإنه لا يؤدي إلى تحاشي المساوي المترتبة على دخول الأجنبي الذي سيظل شريكا بحصة ضئيلة أو كبيرة. أما إذا بيعت أكثر من حصة لأكثر من أجنبي، فإنه يجوز للشريك أو للشركاء أن يستردوا الحصة المباعة لواحد منهم، فقد يتضرر الشركاء من دخول أحد المشترين معهم في حين لا يتضررون من دخول الآخر⁽¹⁾.

الشرط الثالث:

أن يكون البيع صادرا لأجنبي:

يشترط أن يكون البيع صادرا لأجنبي، فإذا كان المشتري هو أحد الشركاء، فلا يجوز الاسترداد، لأن البيع حينئذ لن يؤدي إلى دخول أجنبي بين الشركاء، وبذلك تنتفي الحكمة من الاسترداد.

الشرط الرابع:

أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة:

يشترط أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة. فإذا كان البيع قد تم بطريق المزاد ورسا المزاد على أجنبي فلا يجوز الاسترداد، إذ كانت لدى الشركاء فرصة الدخول في المزاد فلا يمكن الأجنبي من رسو المزاد عليه، فتخلفهم عن ذلك رضا ضمنى منهم بأن يكون الأجنبي شريكا.

والبيع بالمزاد العلني الذي يمنع من استعمال حق الاسترداد هو البيع الجبري والاختياري على حد سواء.

غير أنه يشترط أن يكون البيع قد تم وفقا لإجراءات رسمها القانون. وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على أن البيع بالمزاد الذي يحول دون الاسترداد هو البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، في حين أنه نص على ذلك بالنسبة

(1) السنهاورى ص 1135 هامش (1) - أحمد سلامة ص 312.

للشفعة (م 1/939 - أ) مدنى). إلا أنه يجب إعمال هذا الحكم بالنسبة للاسترداد، لأن البيع بالمزاد الذى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون هو الذى تتحقق فيه الضمانات التى تكفل علم الشركاء به كما تكفل جدية المزاد. وعلى ذلك فإذا عرض أحد الشركاء حصته للبيع فى مزاد بغير إجراءات رسمها القانون، فلا يحول هذا دون سائر الشركاء وطلب الاسترداد، إذ يبرر تقاعس الشريك لا على أساس عزوفه عن تلك الحصة المبيعة بل على أساس عدم اطمئنانه لإجراءات البيع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الطاعن استرداد الحصة الشائعة فى العقار الذى طلب المطعون عليه بيعه عند عدم إمكان قسمته عينا أقام قضاءه على أن دعوى استرداد الحصة الشائعة المبيعة لا توجه إلا إلى مشتري هذه الحصة متى كان أجنبيا عن الشركاء الأصليين، ومن ثم لا يجوز رفعها على المطعون عليه لأنه من جهة ليس مشتريا ومن جهة أخرى لم يصدر بيع بعد وأنه لا يغير من هذا النظر أن يطلب حق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينا لأن الحكمة فى تخويل هذا الحق للشركاء هى منع تدخل الأجنبى فى الملكية الشائعة وهذه الحكمة تتوفر بطبيعتها فى البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبى من التدخل فى الشركة، كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسى لهذا البيع لا يعتبر عرضا ملزما له ببيع حصته بالثمن الذى حدده إذا طلب منه الشريك الآخر الشراء استنادا إلى أن له أفضلية على الغير باسترداد الحصة الشائعة وذلك لأن هذا الحق لا يكون إلا فى حالة البيع التام وهو لم يتم ولأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة وليس مؤداه أن

(1) السنهورى ص 1122 - منصور مصطفى منصور ص 157 - عبد المنعم الصده

يتخلى طالب القسمة عنها وهي حق من حقوقه وليس معناه أن يجبر على بيع حصته لأحد الشركاء فإن هذا الذي أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور".

(طعن رقم 200 لسنة 20 ق جلسة 1952/10/30)

إجراءات الاسترداد :

279 - أولا : الإعلان بالاسترداد :

يجب على المسترد أن يعلن البائع والمشتري برغبته في الاسترداد. ويتضمن الإعلان رغبة المسترد في استرداد الحصة المبيعة، مع استعداده لدفع الثمن مع ملحقاته لصاحب الحق فيه⁽¹⁾.

وفيما عدا تحديد ميعاد لإعلان رغبة الشريك في الاسترداد - كما سنرى - لم ينص القانون على وجوب القيام بأى إجراء آخر، ولذلك فلا يلزم المسترد بإيداع الثمن الذى حصل به البيع خزانة المحكمة، وذلك على خلاف ما هو مقرر فى الشفعة (م/2/942)، ولا حتى بعرضه عرضا حقيقيا⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... فأوجب على المسترد أن يعلن البائع والمشتري برغبته فى الاسترداد... الخ"⁽³⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 462 من القانون المدنى لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض

(1) محمد لبيب شنب ص 331.

(2) عبد المنعم الصده ص 216 - محمد لبيب شنب ص 331 - توفيق فرج ص 246 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 98.

الثلث، خلافا لما هو مقرر فى قانون الشفعة وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى، إلا إذا أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح له فرصة العلم به. فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مختلفا عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبت فيه الثمن الحقيقى، ثم حكمت المحكمة فى ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن، فإنها تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم 69 لسنة 15 ق جلسة 1946/4/18)

(أنظر أيضا طعن رقم 1191 لسنة 53 ق جلسة 1992/2/10)

(المنشور ببند 281)

280 - شكل الإعلان :

لم يبين القانون شكل الإعلان بالاسترداد، ومن ثم فإنه يجوز أن يتم بأى طريقة، فلا يشترط أن يكون رسميا، وذلك على خلاف ما هو مقرر فى الشفعة حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 942 مدنى على أن إعلان الرغبة بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا فيكفى أن يكون إعلان الاسترداد بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة، ويقع على عاتق من يدعى حصول الإعلان إثباته⁽¹⁾.

281 - ميعاد الإعلان :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة 833 أن يكون إعلان البائع والمشتري بالاسترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ويجب أن يتم الإعلان للبائع والمشتري خلال هذا الميعاد فإذا لم يعلن خلال هذا الميعاد أو لم يعلن أحدهما خلاله سقط حق المسترد فى الاسترداد.

(1) السنهاورى ص 1137 وما بعدها - أحمد سلامة ص 314.

فميعاد الإعلان المذكور يبدأ إما من تاريخ إعلان البائع للشريك بالبيع أو من تاريخ علم الشريك بالبيع.

ولم يحدد القانون ميعادا للإعلان بالبيع بل ترك الأمر ليقظة صاحب الشأن. كما أنه لم يشترط أن يكون الإعلان رسمياً، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م 1/942 مدنى) فيصح الإعلان بأى طريق، كالشأن فى إعلان الاسترداد، فيكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة. ويقع على من يدعى حصول الإعلان إثباته.

والإعلان الذى يبدأ منه الميعاد، يجب أن يشتمل على شروط البيع ومنها مقدار الثمن الذى تم به، حتى يستطيع الشركاء أن يعملوا إرادتهم فى الصفقة فيستردونها أو يتركونها، والمقصود بالعلم الذى يبدأ منه سقوط الحق فى طلب استرداد الحصة هو العلم الحقيقى بشروط البيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظنى. ويجوز إثبات هذا العلم بكافة طرق الإثبات القانونية لأنه يرد على واقعة مادية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى الفقرة الأولى من المادة 833 من القانون المدنى على أن "لشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلان به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه" وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على أن "قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار، وجعل الشفعة فى العقار مغنية عن هذا الحق.... فإذا أعلن المسترد رغبته فى الاسترداد واتفق الجميع حل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته كما فى الشفعة، وعوض المسترد المشتري كل ما أنفقه... ولم يلزم المشروع المسترد أن

يعرض الثمن عرضاً حقيقياً فيكفي إذن إظهار الرغبة في الاسترداد وفي الاستعداد لدفع الثمن وبقية النفقات" يدل على أنه يتعين أن يشتمل الإعلان الذي يوجه من الشريك البائع لحصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال أو ممن اشترى منه إلى باقى شروط البيع ومنها مقدار الثمن الذي تم به، حتى يستطيع هؤلاء أن يعملوا إرادتهم فى الصفة فيستردونها أو يتركونها، وأن المقصود بالعلم الذى يبدأ منه سقوط الحق فى طلب استرداد الحصة المبيعة هو العلم الحقيقى بشروط البيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظنى".

(طعن رقم 1191 لسنة 53 ق جلسة 1992/2/10)

وعبارة "من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به"، تفيد أن العبرة فى بدء الميعاد بأى الأمرين أسبق، فإذا كان الإعلان سابقاً على العلم بدأ الميعاد من تاريخ الإعلان، وإذا كان العلم سابقاً على الإعلان بدأ الميعاد من تاريخ العلم. ويجب أن يتم الإعلان إلى الشريك البائع والمشتري خلال الميعاد سالف الذكر وفقاً للقواعد المقررة فى قانون المرافعات، ولا عبرة بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن قانون الشفعة إذ نص فى المادة 14 على أنه "يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لهما كتابة على يد محضر ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً، وإذ نص فى المادة 19 على أن حق الشفعة يسقط إذا لم يظهر الشفيع رغبة فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع - إذ نص على هذا وذلك فقد دل على أنه يجب على طالب الشفعة أن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري بورقة على يد محضر فى ميعاد خمسة عشر يوماً يبدأ من تاريخ العلم بالبيع وإلا سقط حقه فى الشفعة، كما دل على أن العبرة فى انتهاء الميعاد هى

بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين، لأن نص المادة 14 صريح في وجوب الإعلان، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق المقررة له في قانون المرافعات. يؤكد هذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة 19 من أنه "يزاد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوما" عند الاقتضاء ميعاد المسافة"، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو الإعلان أى بتسليم الورقة للمعلن إليه أو فى محله على حسب الأصول المرسومة فى القانون، فإنه لو كان يكفى مجرد التسليم لقلم المحضرين لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة، ولكن الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخصم. وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن العبرة فى احتساب مدة إظهار الرغبة فى الشفعة هى بحصول الإعلان إلى البائع والمشتري لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين يكون قد أصاب فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 36 لسنة 14 ق جلسة 1945/4/12 - ذات المبدأ طعن رقم 58 لسنة 14 ق ذات الجلسة)

282 - الاتفاق على الاسترداد :

إذا أسفر إعلان المسترد البائع والمشتري باسترداد الحصة المباعة عن موافقتهم على الاسترداد، فإن الاسترداد يكون قد تم باتفاق الطرفين ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته - كما سنرى - ويعوض المسترد المشتري كل ما أنفق، مع مراعاة التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة فى مجموع من المال يشمل على عقارات. ومن ثم فلا يضحى ثمة محل لرفع دعوى فى هذه الحالة.

283 - ثانيا : رفع دعوى الاسترداد :

إذا لم يتم استرداد الحصة المباعة بالتراضى بعد إعلان الاسترداد. تعين على

المسترد رفع دعوى الاسترداد أمام المحكمة المختصة. وترفع الدعوى ضد الشريك البائع والمشتري فى كافة مراحل التقاضى. ويترتب على عدم إعلان أحدهما بالدعوى عدم قبولها بالنسبة للثانى الذى تم إعلانه⁽¹⁾. فهى دعوى غير قابله للتجزئة، لأن الاسترداد عندما يتم فهو يتم فى مواجهة كل من البائع والمشتري إذ يترتب عليه حلول المسترد محل المشتري فى علاقته بالبائع⁽²⁾. وتقضى المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة، فيتعين أن تطبق فى هذا الصدد القواعد العامة، ولكن لما كان هذا الاسترداد نوعاً من الشفعة كانت الدعوى به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة. أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية فإنه - إذ كان وارداً على خلاف أحكام

(1) أحمد سلامه ص 315.

(2) يرى الدكتور السنهورى أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى بالاسترداد كما نظمت دعوى الشفعة، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلاً بمجرد إعلانه لكل من البائع والمشتري على الوجه السالف. فبتمام الإعلان يصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة فى مجموع من المال يشمل على عقارات فإذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة - البائع أو المشتري - من تسليمها إلى المسترد، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم. وإذا امتنع المسترد عن دفع الثمن والملحقات، كان لصاحب الشأن - البائع أو المشتري - أن يرفع دعوى يطالب فيها بالمسترد بالدفع، وهذا هو السبب - فى رأيه - فى أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التى تلى الإعلان بالاسترداد إن كان لها مقتضى، كما نظم دعوى الشفعة، إذ ترك الدعوى القضائية فى الاسترداد خاضعة للقواعد العامة، بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذى يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري.

(من هذا رأى أيضا محمود جمال الدين زكى ص 138)

القانون العام ومن ثم لا يصح القياس عليه - لا يطبق على دعوى الاسترداد وإذ كان الاسترداد، كما في الشفعة، يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشتري، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاسترداد، كما يلزم في دعوى الشفعة أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشتري والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة فلا يسرى لأنه حكم استثنائي بل الذي يسرى هنا هو حكم القانون العام".

(طعن رقم 131 لسنة 14 ق جلسة 1945/12/27)

2- "لئن كان الأصل في دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبي على الشيوع أنها غير قابلة للتجزئة ولا بد لقبولها من اختصاص البائع والمشتري والمسترد أو ورثة من يتوفى منهم في جميع مراحلها سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض وسواء أكان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو البائع أو المشتري أو المسترد بحيث إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها إلا أنه إزاء عدم استساعة تنافر المواقف بين المحكوم عليهم في موضوع غير قابل للتجزئة لا يحمل بطبيعته سوى حل واحد يسرى عليهم جميعاً فقد أوجب المشرع في المادة 218 من قانون المرافعات على المحكمة المنظور أمامها الطعن أن تأمر الطاعن باختصاص المحكوم عليه الذي لم يطعن مع زملائه في الحكم الصادر ضدهم وإذ بادر الطاعنان - وقد انفردوا دون باقي المحكوم عليهم "ورثة البائع" بالطعن على الحكم الاستثنائي - إلى ذلك من تلقاء نفسيهما فإنهما يكونان قد حققا مراد القانون كاملاً مما يستقيم معه شكل الطعن وتكتمل معه موجبات قبوله".

(طعن رقم 976 لسنة 53 ق جلسة 1989/1/30)

284 - ميعاد رفع الدعوى :

ذهب رأى فى الفقه إلى أن المشرع لم يحدد ميعادا لرفع دعوى الاسترداد، ومن ثم يكون للمسترد إذا أعلن رغبته فى الاسترداد فى الميعاد المحدد دون أن يتم الاتفاق على الاسترداد بينه وبين البائع والمشتري أن يرفع دعوى الاسترداد فى أى وقت يشاء إلى أن تقع القسمة⁽¹⁾، أو تسقط الدعوى بالنقادم.

ويستند هذا الرأى إلى أن الفقرة الأولى من المادة 833 تنص على أن : "الشريك.... أن يسترد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري"، وأنه واضح من عبارة النص أن الشارع لم يفرض على المسترد أن يرفع الدعوى خلال مدة معينة، وذلك على خلاف ما فعل بالنسبة إلى الشفعة (م 943 مدنى). فمدة الثلاثين يوما هى ميعاد لإعلان الرغبة فى الاسترداد، وليست ميعادا لرفع الدعوى. بينما ذهب رأى آخر إلى أن الأخذ بالرأى السابق يفوت على الشارع غرضه من اشتراط إعلان الرغبة فى ميعاد معين. والمذكرة الإيضاحية صريحة فى أن الشارع قيد حق الاسترداد بميعاد قصير "حتى لا يظل مصير التصرف معلقا مدة طويلة"، ومن ثم فإنه يجب رفع دعوى الاسترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك بالبيع أو من تاريخ إعلانه به⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأخير فى حكمها الصادر بتاريخ

1956/2/16 فى الطعن رقم 65 لسنة 22 ق إذ ذهبت فيه إلى أن:

"وحيث إن مما ينهائى الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه أخطأ فى تطبيق القانون إذ قضى برفض الدفع المقدم منه بسقوط حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين فى استرداد الحصة المبيعة لمضى أكثر من ثلاثين يوما على تاريخ علمهم

(1) منصور مصطفى منصور ص 158 - عبد المنعم البدرأوى ص 174 - نبيل سعد

ص 130 - محمد لبيب شنب ص 331 - محمود جمال الدين زكى ص 138 - إسماعيل

غانم ص 161.

(2) السنهورى ص 1137 - عبد المنعم الصده ص 216.

بالبيع قبل رفع الدعوى ذلك أن المادة 833 من القانون المدني الجديد توجب أن يكون طلب الاسترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك بالبيع، أو من تاريخ إعلانه به وقد أصبح هذا القانون نافذا من 15 من أكتوبر سنة 1949 ولم ترفع الدعوى إلا في 12 من فبراير سنة 1950 إلا أن الحكم لم يعمل مقتضى هذه المادة بمقولة إن القانون الواجب التطبيق هو القانون المدني القديم الذي نشأ الحق في ظله من تاريخ صدور عقد البيع للطاعن في 19 من فبراير سنة 1942 هذا إلى أنه يفرض أن القانون المدني القديم هو الذي يجب إعماله فإن الحكم المطعون فيه قد أساء تأويل المادة 462 منه وأخطأ في تطبيقها ذلك أن هذه المادة لا تجيز الاسترداد إلا إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع التركة أو الشركة شاملا لها وما عليها من حقوق والتزامات لا حصة شائعة في عين معينة من مجموع المال المشترك كما هو الحال في الدعوى.

وحيث إن المطعون عليهم الثلاثة الأولين دفعوا بعدم قبول السبب الأول لأنه مؤسس على قضاء الحكم الابتدائي برفض الدفع بسقوط حق الاسترداد ولم يتمسك الطاعن بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية ولم تفصل هي فيه.

وحيث إن هذا الدفع مردود بأن استئناف الطاعن لحكم محكمة الدرجة الأولى بما تضمنه من قضاء في الدفع وفي الموضوع ينقل الدعوى بحالتها إلى المحكمة الاستئنافية طبقا للمادة 409 من قانون المرافعات وأن من واجب تلك المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى عملا بالمادة 410 مرافعات فمتى كان الطاعن لم يتنازل عن الدفع المقدم منه بسقوط الحق في الاسترداد فإنه يعتبر مطروحا أمام المحكمة الاستئنافية ولازم هذا أنه يجب على المطعون عليهم إثبات تنازل الطاعن عن هذا الدفع أمام محكمة ثانية درجة ولا يجب على الطاعن إثبات تمسكه أمامها بهذا الدفع على أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه وإن لم يشير إلى هذا الدفع صراحة فإنه قد رد عليه فعلا في أسبابه مما يدل على أنه كان

معروضا عليها فقد ورد به "... فإنه مع التسليم بأن المادة 462 كانت معطلة عندما أصدرت المحكمة الجزئية حكمها بتاريخ 12 من يونية سنة 1950 بسبب إلغاء القانون المدنى السابق فإنها لم تكن كذلك فى يوم 19 من فبراير سنة 1942 حين تحرير عقد البيع الذى تولد عنه حق الاسترداد بل كانت سارية المفعول وهى التى تحكم عقد البيع سالف الذكر لأنه صدر فى ظلها".

ويجب إعلان صحيفة الدعوى خلال ميعاد الثلاثين يوما إلى الشريك البائع والمشتري، ولا يكفى تقديمها إلى قلم المحضرين فى هذا الميعاد، كما لا يكفى إعلان أحدهما فقط خلال الميعاد.

فإذا لم تعلن الصحيفة إلى البائع والمشتري أو إلى أحدهما فقط فى الميعاد، كانت الدعوى غير مقبولة وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها⁽¹⁾.
(راجع فى الإعلان بالبيع والعلم بالبيع بند 48).

285 - إتمام الاسترداد بالتراضى دون إعلان الرغبة فى الاسترداد :

إعلان الرغبة فى الاسترداد فى الميعاد ضرورى لقيام الحق فيه، ولو تم الاسترداد بالتراضى بين المسترد والمتبايعين. فإذا لم يعلن المسترد رغبته فى الميعاد، وتراضى الجميع - مع ذلك - على نزول المشتري عن الحصة المبيعة إلى الشريك، لم يكن هذا استعمالا لحق الاسترداد، بل كان تقايلا من البيع الأول وإبرام بيع جديد بين الشريكين. ولما كان التقايل لا يمس حقوق الغير. فإن الحصة الشائعة تعود إلى البائع مثقلة بما يكون المشتري قد رتبته عليها من حقوق وتنتقل بها إلى الشريك الآخر⁽²⁾.

286 - آثار الاسترداد :

تنص الفقرة الأولى من المادة 833 مدنى فى عجزها على أن: "ويحل المسترد

(1) السنهورى ص 1141 هامش (1).

(1) محمود جمال الدين زكى ص 137 - إسماعيل غانم ص 160.

محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه".
 وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص: "إذا أعلن المسترد رغبته في الاسترداد واتفق الجميع حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما في الشفعة"⁽¹⁾. فليس الاسترداد إعادة بيع من المشتري إلى المسترد، وإنما هو إحلال المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع. فهو حلول شخصى بموجبه أخذ المسترد مكان المشتري وأصبح هو المشتري مباشرة من البائع، وأصبحت له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته، وذلك لا من وقت الاسترداد فحسب، بل ينسحب هذا الحل بأثر رجعى إلى وقت البيع الصادر من الشريك البائع إلى المشتري. فيكون للاسترداد أثر رجعى، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء إلى المسترد، ويختفى شخص المشتري، ولا يبقى إلا البائع والمسترد⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوخ هي دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد، فتزول صلة البائع بالمشتري وتحل محلها صلة البائع بالمسترد، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد".

(طعن رقم 49 لسنة 41 ق جلسة 1952/12/18)

وهذا الحل معلق على شرط واقف هو دفع المسترد الثمن وملحقاته، وعلى هذا نص عجز الفقرة الأولى من المادة 833 بقوله : "إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه".

ويترتب على ما تقدم النتائج الآتية :

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 98.

(3) السنهورى ص 1142 - نبيل سعد ص 131.

1- أن المسترد يلتزم فى مواجهة البائع بالالتزامات التى كان يلتزم بها المشتري السابق، وينفس حدود ما كان يلتزم به. فإذا كان المشتري لم يوف الثمن إلى البائع، التزم المسترد بالوفاء به إلى البائع.

والثمن الذى يلتزم به المسترد هو الثمن الحقيقى، فإذا ادعى صورية الثمن المذكور فى العقد كان له أن يثبت هذه الصورية بجميع طرق الإثبات طبقاً للقواعد العامة.

ويجوز له إثبات الثمن الحقيقى بتوجيه اليمين إلى المشتري، ولكن لا يجوز توجيه اليمين إلى البائع، لأنه ليس طرفاً فى الدعوى⁽¹⁾.

وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً لدفع الثمن، أو اتفق معه على السداد مقسطاً، فإنه يحق للمسترد الانتفاع بالأجل أو التقسيط حسب الأحوال وذلك على خلاف ما هو مقرر فى الشفعة حيث لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع (م 2/945 مدنى)⁽²⁾.

غير أنه يجوز للبائع إذا رغب المسترد فى الإفادة من تأجيل الثمن أو تقسيطه أن يطلب من هذا الأخير تقديم تأمين كاف⁽³⁾.

وإذا كان الثمن محدداً بشكل مرتب مدى الحياة، فإن كان البائع قد مات وقت استعمال الاسترداد فإن المرتب ينقضى، ولا يدفع المسترد إلا مجموع المرتبات التى دفعها المشتري بالفعل. أما إذا كان لا يزال حياً فإنه يجب عليه أن يرد المبالغ التى دفعت وأن يلتزم بدفع المرتبات اللاحقة بحيث لا يكون المشتري مهدداً بأى رجوع

(1) محمد كامل مرسى ص 395.

(2) عبد المنعم الصده ص 217 - عرفه ص 421 - أحمد سلامة ص 319.

(3) السنهاورى ص 1145 وما بعدها - وقارن محمود جمال الدين زكى ص 140 إذ ينتقد إفادة المسترد من الأجل أو التقسيط، لأن منح الأجل يقوم على الاعتبار الشخصى والثقة بالمدين على الخصوص، ويتعذر الاعتراف بانتقاله إلى غير من منح له بغير رضا البائع.

لاحق. وليس له أن يطلب دفع رأس المال، كما أنه لا يمكن إلزامه بذلك⁽¹⁾.
 أما إذا كان المشتري قد أوفى بالثمن للبائع، فإنه يجب على المسترد أن يدفع
 للمشتري الثمن الذي أوفى به. بالتفصيل السابق - وفوائده من يوم الوفاء. كما يجب
 عليه أن يدفع للمشتري كل ما تحمله من نفقات كأجرة السمسرة ورسوم التسجيل
 وما أسهم به من نفقات في حفظ الأموال الشائعة وإدارتها.
 ويكون للمسترد الحق في الثمار التي أنتجها الشيء في المدة مابين إبرام البيع
 وتمام الاسترداد.

ولا يجوز للمسترد أن يمتنع عن دفع الثمن للمشتري بحجة أنه مهدد باستحقاق
 المبيع، إذ أن استحقاق المبيع يضمنه البائع للمسترد - كما سنرى - فلا يقبل من
 المسترد أن يتخذ من هذا السبب ذريعة لتعطيل حق المشتري في استرداد ما
 دفعه⁽²⁾.

وللمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفى كل ما أنفقه من ثمن ومصروفات
 وذلك طبقا للمادة 246 مدنى التى تنص على أن : "كل من التزم بأداء شىء أن
 يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام يترتب عليه بسبب التزام
 المدين ومرتبطة به".

2- سقوط كل تصرف يكون المشتري قد أجراه على الحصة المبيعة. ذلك أن
 المسترد لا يعتبر خلفا للمشتري، بل خلفا للبائع، لأنه تلقى بمقتضى الاسترداد
 الحصة الشائعة مباشرة منه ثم لا يحتج عليه بالحقوق التى يكون المشتري قد رتبها
 على الحصة المبيعة إذ تؤول إليه خالصة منها. وبالتالي فإن أى تصرف يكون قد
 أجراه المشتري على الحصة المبيعة يعتبر قد صدر من غير مالك ويسقط بالتالى ولا
 يحتج به على المسترد. فإذا كان المشتري قد رهن الحصة الشائعة قبل الاسترداد أو

(1) محمد كامل مرسى ص 395.

(2) محمد على عرفه ص 421.

رتب عليها حق انتفاع فإنها تعود إلى المسترد خالصة منهما⁽¹⁾.

ولا يرد على هذا النتيجة من قيد سوى القيد الخاص بحماية المتصرف إليه حسن النية. فإذا كان المشتري قد تصرف إلى شخص حسن النية فإن الحق الذي يتلقاه هذا الشخص ينفذ في مواجهة المسترد. وتطبيقا لقانون الشهر العقاري فإنه متى سجلت صحيفة دعوى الاسترداد في حالة استرداد الحصة الشائعة في مجموع من المال به عقار، فإن أى حق يتلقاه الغير بعد تسجيل الصحيفة لا يحتج به على المسترد. إذ أن هذا الغير يعتبر من تاريخ هذا التسجيل سىء النية⁽²⁾.

3- يلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد فتنتقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد. وتنتقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد في الحصة الشائعة في المنقول المعين بالذات. أما إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار فلا بد لانتقال الملكية في هذا العقار من التسجيل، فإن كان المشتري قد سبق له أن سجل عقد البيع، فيكفى أن يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد. أما إذا كان المشتري لم يسبق له التسجيل فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل إليه الملكية⁽³⁾.

(أنظر أيضا البند التالى).

4- إذ استحققت الحصة الشائعة أو ظهر بها عيب خفى رجع المسترد بالضمان على البائع لا على المشتري، فلا يلزم المشتري بأى ضمان نحو المسترد، لأن المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع، ومن ثم فإن البائع هو الذى يلتزم بضمان الاستحقاق⁽⁴⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 140 - أحمد سلامه ص 320.

(2) أحمد سلامه ص 320.

(3) السنهورى ص 1146.

(1) السنهورى ص 1144 - عبد المنعم الصده ص 217 - محمود جمال الدين زكى ص 140.

- 5- تعود الحقوق التي انقضت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصة المبيعة، لأن البيع الذي كان سببا في اتحاد الذمة قد سقط مستندا إلى الماضي.
- 6- بما أن المسترد يعتبر خلفا للبائع مباشرة، فحيازة المشتري السابقة تمحي.
- 7- يستفيد المسترد من كل المزايا التي كانت الأموال المشتراه محلا لها في المدة من وقت البيع لوقت الاسترداد. وعلى الخصوص المزايا الناتجة من انقضاء المرتب مدى الحياة.
- 8- بما أن الاسترداد ليس بيعا فلا يكون للمسترد امتياز البائع، ولكن يكون له امتياز المتقاسم إذا ترتب على الاسترداد إنهاء الشيوخ⁽¹⁾.

287 - تسجيل المبيع إذا كان في مجموع من المال به عقار :

إذا كان المبيع حصة في مجموع من المال، وكان هذا المجموع يشتمل على عقار، فإنه يجب تسجيل الاتفاق الذي يتم به الاسترداد أو الحكم الذي يصدر بالاسترداد، وذلك لكي تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار من البائع إلى المسترد⁽²⁾. قياسا على ما هو مقرر بالنسبة إلى حكم الشفعة (م 944 مدني) وذلك لأن الاسترداد نوع من الشفعة وكونه كذلك يستلزم أن يطبق عليه من القواعد الموضوعية للشفعة ما تقتضيه هذه النوعية، مادامت هذه القواعد غير مخالفة لأحكام القانون العام.

وإذا كان في الاسترداد، كما في الشفعة يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الالتزامات، وقد أوجب

(2) محمد كامل مرسى ص 400.

(3) السنهوري ص 1146 - محمد على عرفه ص 422- إسماعيل غانم ص 163 - محمود جمال الدين زكي ص 140 وما بعدها - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 401، فيذهب إلى أنه لا يلزم تسجيل طلب الاسترداد. ولا الحكم الصادر فيه لأن السندات التي يجب تسجيلها هي التي تشتمل بذاتها على تصرف.

المشرع تسجيل حكم الشفعة رغم ذلك فإنه يكون من اللازم تسجيل حكم الاسترداد، كما هو لازم في حكم الشفعة لاتحاد العلة في الحالتين.

ويترتب على وجوب التسجيل أنه لا يجوز الاحتجاج بالأثر الرجعى للاسترداد على الغير الذى تلقى من المشتري بحسن نية حقا عينيا على الحصة الشائعة فى العقار قبل هذا التسجيل. وإذا سجلت صحيفة دعوى الاسترداد فإن الحكم الصادر بالاسترداد يكون حجة على من ترتبت له حقوق عينية من المشتري بعد تسجيل صحيفة الدعوى، سواء كان الغير حسن النية أو سىء النية، ولا يكون حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل (م 15 - 17 من قانون الشهر العقارى)⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم الصده ص 218 - السنهورى ص 1146 هامش (3).

انقضاء الشيوع بالقسمة :

مادة (834)

لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه.

الشرح

288- المقصود بقسمة المال الشائع :

قسمة المال الشائع هي إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال وقد عرفتها محكمة النقض في حكم لها صادر بتاريخ 1985/2/7 في الطعن رقم 104 لسنة 52 ق بقولها : "قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء" (1).

والقسمة بهذا المعنى يطلق عليها (القسمة النهائية)، وهو المعنى الذى يقصد من لفظ القسمة إذا أطلق، فهي ترد على الملكية وينتهى بها الشيوع. وهناك نوع آخر من القسمة يطلق عليه (قسمة المهايأة)، وهي عبارة عن تقسيم لمنافع الشيء الشائع بين الشركاء فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، ومن ثم لا ينتهى بها الشيوع، وإنما تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع. وسنعرض لذلك تفصيلا في موضعه من الموسوعة.

(1) وقد استطرد الحكم بأن : "والتسليم الفعلى للمبيع فى البيع على الشيوع وعلى ما جرى به نص المادة 235 من القانون المدنى يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع فى حقوقه وهو ما لا تنتهى به حالة الشيوع ولا يعتبر قسمة للمال الشائع".

289 - من يحق له طلب القسمة ؟

تنص المادة 834 مدنى على أن: "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من خلفه".

ويتضح من هذا النص أن من حق كل شريك فى الشيوع أيا كان مقدار نصيبه فى المال الشائع أن يطلب قسمة المال الشائع فى أى وقت مادام الشيوع قائما.

والشريك فى الشيوع هو المالك لنصيب فى المال الشائع. فإذا لم تكن الملكية قد استقرت لأحد الشركاء فى المال الشائع فلا يجوز له طلب القسمة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان من المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء فى ملكية المال الشائع ومحلله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق، وكان المطعون عليهما الأول والثانى لا يملكان فى مال مورث الطاعنين - الثلاثة أقدنه التى اشتراها من المطعون عليه الأخير - شيئا فإن اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة فى القانون لعقد القسمة".

(طعن رقم 1714 لسنة 48 ق جلسة 1980/6/10)

وبالترتيب على ذلك لا يجوز للأشخاص الآتى ذكرهم طلب القسمة :

- 1- المشتري لحصة شائعة بمقتضى عقد بيع عرفى، لأن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل - سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير - إلا بالتسجيل.
- فإذا لجأ المشتري بموجب عقد بيع عرفى إلى القسمة القضائية برفع دعواه أمام المحكمة الجزئية المختصة كانت دعواه غير مقبولة لرفعها قبل الأوان.

وقد قضت محكمة دمنهور الابتدائية بتاريخ 12/6/1989 فى الدعوى رقم 4841 لسنة 1988 مدنى بأن:

"ولما كان ذلك وكان المدعى يطلب القضاء بصحة ونفاذ عقد القسمة المبرم بينه وبين المدعى عليهم وكانت المدعى عليها التاسعة تطلب وقف الدعوى استنادا إلى أنها اشترت جزءا من أطيان المدعى محل عقد القسمة على الشيوع وكان هذا العقد ابتدائيا لم يسجل ومن ثم فإن ملكية العقار حتى مع تمام الشراء تظل باقية على ملك المدعى - البائع لها - ويكون هو الخصم فى دعوى القسمة دون المشترية منه ولا يحق لها المنازعة فى إجراء القسمة بين البائع لها وشركائه فى العقار استنادا إلى عقد البيع الابتدائى الصادر لها منه. ومن ثم يكون طلبها وقف دعوى القسمة حتى يفصل فى دعوى صحة التعاقد فى غير محله ودون سند من القانون متعين الرفض".

غير أنه يجوز للمشتري بعقد عرفى باعتباره دائئا للبائع استعمال حق مدينه وطلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة 235 مدنى إذا توافرت شروطها.

2- المشتري بعقد بيع عرفى صدر له حكم بصحة ونفاذ عقده دون أن يسجل هذا الحكم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"أوجبت المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 1923 تسجيل جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم فى كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة 452 مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع، وكان يبين من الوقائع التى أثبتتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا العقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة

المطعون عليه الثانى الإرثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 283 لسنة 25 ق جلسة 1960/4/21)

غير أنه يجوز له استعمال حق مدينه فى طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

3- المستأجر لجزء من المال الشائع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان المستأجر قد استأجر نصيبا مفرزا فى الأرض بما عليه من المبانى فلا صفة له فى التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت على الأرض دون البناء".

(طعن رقم 96 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/3)

2- "ليس للمستأجر أن يجادل المؤجر فى سند ملكيته وعما إذا كان له الحق فى القسمة التى أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة القانون".

(طعن رقم 96 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/3)

وليس لطلب القسمة أجل معين، فيمكن طلب القسمة مهما كانت مدة بقاء الشريك، فلا يسقط حق طلب القسمة بعدم الاستعمال أى بالتقادم المسقط لأن الشيوع حالة متجددة وهو ما يؤدى إلى تجدد الحق فى طلب القسمة باستمرار طوال مدة بقاء الشيوع⁽¹⁾. كل ذلك ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على البقاء فى الشيوع خلال المدة التى يحددها القانون.

(1) توفيق فرج ص 249 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 178 - محمد على عرفه ص

290- لا يجوز للشريك طلب القسمة إذا كان مجبرا على البقاء فى

الشيوع :

نصت المادة 834 مدنى- كما رأينا - على أنه لا يجوز للشريك طلب قسمة المال الشائع إذا كان مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، فالبقاء فى الشيوع إما أن يكون بموجب نص فى القانون أو بموجب اتفاق ونعرض لهاتين الحالتين فيما يأتى :

291- أولا : البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون :

قد يكون الشريك فى المال الشائع مجبرا على البقاء فى الشيوع بموجب نص فى القانون، سواء فى القانون المدنى أو غيره من التشريعات وهو ما يطلق عليه الشيوع الإجبارى، إذا يجب عليه التزام ما يقضى به النص الذى يفرض الشيوع، فلا يجوز له طلب القسمة.

ومن أمثلة ذلك :

(أ)- الشيوع الإجبارى مراعاة للغرض الذى أعد له المال الشائع وفقا لنص المادة 850 مدنى والتي تجرى على أن: "ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذى أعد له المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع". فالعبرة فى هذا الشأن بالغرض الذى أعد له المال الشائع، فإذا كان هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال دائما على الشيوع ولا يمكن الانتفاع به إلا مع بقاءه على هذه الحال كان الشيوع إجباريا. وهذه مسألة موضوعية فقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان المال الشائع ضروريا للاستعمال المشترك وما إذا كانت القسمة من شأنها أن تعوق استعمال هذا المال أو تجعل الانتفاع به على النحو الذى أعد له مستحيلا.

ويمكن أن ترد حالات الشيوخ الإجبارى إلى نوعين :

1- الشيوخ الإجبارى أصليا، بمعنى أن الأشياء الشائعة لا تكون تابعة لعقار، وإنما توجد مستقلة، فهى توجد مستقلة وتكون مخصصة بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد على وجه دائم، كمبانى المدافن العائلية⁽¹⁾ وكصور ووثائق الأسرة.

(ب)- الشيوخ الإجبارى تبعا، وهو الذى تكون الأشياء الشائعة فيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات.

وهذا النوع من الشيوخ يفوق فى أهميته النوع الأول وتتعدد حالاته فى العمل. ومثل ذلك حالة المسقاة المملوكة لعدة ملاك على الشيوخ فيما بينهم مع تخصيصها لرى الأراضى التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة. ويتحقق ذلك عملا إذا شق مالك أرض مسقاة خاصة فيها ثم يتوفى عن عدة ورثة، فقد يرى الورثة عند قسمة الأرض أن يبقوا المسقاة شائعة بينهم مع تخصيصها لرى الأجزاء التى يختص بها كل منهم. ومثل ذلك أيضا الممر أو الفناء الذى يبقيه الشركاء فى الشيوخ بعد اقتسام الأراضى المحيطة به⁽²⁾.

وقد خص الشارع بعض حالات الشيوخ التبعية هذه بتنظيم تفصيلى نظرا لأهميتها ومن أمثلة ذلك:

1- حالة الحائط المشترك، وهو يفصل بين عقارين مملوك كل منهما ملكية مفرزة لأحد الشريكين فى الحائط، وهو مخصص لخدمة هذين العقارين (المواد من 814 - 817 مدنى).

(1) أما أراضى الجبانات فهى من الأموال العامة (م 1/1 ق 5 لسنة 1966).

(2) إسماعيل غانم ص 278.

2- حالة ملكية الأسرة، فقد نصت المادة 1/853 مدنى على أنه ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، والاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة يكون لمدة لاتزيد على خمس عشرة سنة (م 1/852 مدنى).

3- ما تنص عليه المادة 41 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال من أنه إذا رفعت دعوى (قسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما.

292- ثانيا : البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق :

إن الحق فى طلب القسمة ليس متعلقا - بحسب المبدأ - بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعطيله تعطىلا مؤقتا، فيتفق الشركاء فى المال الشائع على البقاء فى الشيوع مدة معينة، وهذا الاتفاق يمنعهم طوال هذه المدة من طلب قسمة المال الشائع.

ويدفع الشركاء إلى هذا الاتفاق تحقيق مصلحة لهم فى البقاء بالشيوع مدة معينة، مثل ذلك أن يكون بين الشركاء غائب يتوقعون عودته بعد فترة معينة، أو يكون بين الشركاء ناقص الأهلية سيبلغ سن الرشد بعد مدة ليست طويلة، فيتفقون مع النائب عن ناقص الأهلية على البقاء فى الشيوع مدة معينة حتى يبلغ سن الرشد.

وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان المال الشائع ويؤدى بيعها فى الحال إلى خسارة لهم فيتفقون على البقاء فى الشيوع حتى تسنح لهم الفرصة ببيع هذه الأطنان بما يحقق صالحهم.

ونعرض لأحكام البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق تفصيلا على النحو

الآتى:

293- أحكام خاصة بالاتفاق على البقاء فى الشيوع :

(أ) - الاتفاق على البقاء فى الشيوع من أعمال الإدارة :

يخضع الاتفاق على البقاء فى الشيوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد

العامة.

غير أنه يجب مراعاة أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع من أعمال الإدارة

وليس من أعمال التصرف.

ويترتب على ذلك أنه يكفى أن تتوافر فى الشريك أهلية الإدارة دون أهلية

التصرف.

(ب) يجوز أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع من بعض الشركاء :

لا يلزم أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع من جميع الشركاء فى المال

الشائع، وإنما يجوز أن يتفق بعض الشركاء فى المال الشائع دون البعض الآخر

على البقاء فى الشيوع، كأن يكون من بين الشركاء غائبون فيتفق الشركاء

الحاضرون على البقاء فى الشيوع، ويكون اتفاقهم صحيحا ملزما لمن وافق عليه،

فلا يجوز لأىهم خلال المدة المتفق عليها أن يطلب القسمة⁽¹⁾.

أما من لم يوافق فلا شك أنه يجوز له فى أى وقت أن يطلب القسمة كما

يجوز له أن ينضم إلى الاتفاق الذى أبرمه البعض.

(1) السهنورى ص 1172 - منصور مصطفى منصور ص 188 - إسماعيل غانم ص 173 -

أحمد سلامة ص 360 وما بعدها - وقارن الدكتور عبد المنعم البدرأوى ص 178 فيذهب

إلى أنه يلزم اتفاق جميع الشركاء وإلا كان الاتفاق لغوا بالنسبة لكل المتفقين.

ويجب عدم الخلط في هذا المجال إذ ربما يقال إنه متى كان هذا الاتفاق عملاً من أعمال الإدارة فإنه يجوز للأغلبية التي حددها القانون أن تعقده، فتلتزم الأقلية به، لأن عمل الإدارة الذي يجوز للأغلبية أن تقرر القيام به متعلق باستغلال المال وليس بمنع قسمته⁽¹⁾.

(ج) الحد الأقصى لمدة البقاء في الشيوع :

أوضحنا سلفاً أن المادة 834 مدني تنص على أنه: "ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين".
فهذه المادة وضعت حداً أقصى للاتفاق على البقاء في الشيوع هو مدة خمس سنوات.

والحكمة من تحديد المدة المذكورة حداً أقصى للاتفاق على البقاء في الشيوع، ألا يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع إلا مدة معقولة، ولكن يظل الشيوع حالة استثنائية فيكون لكل شريك الحق في طلب إنهائها لكي تعود الملكية إلى وضعها الطبيعي⁽²⁾. فلا يجوز أن تزيد مدة البقاء في الشيوع على خمس سنوات، أو أن تكون مدة البقاء في الشيوع مؤبدة أو مدة غير معينة، كأن ترتبط المدة بواقعة غير معلومة سلفاً بأن يتفق الشركاء مثلاً على الاستمرار في الشيوع حتى وفاة أحدهم أو شخص من الغير.

فإذ كانت مدة البقاء في الشيوع مؤبدة أو غير معينة، فإن هذه المدة تكون خمس سنوات، وكذلك إذا اتفق الشركاء على مدة تزيد على خمس سنوات، أنقصت هذه المدة إلى خمس سنوات، ما لم يتبين أن المدة المتفق عليها لا تنفصل عن جملة التعاقد، بمعنى أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق بدون هذه المدة كلها،

(1) أحمد سلامة ص 360 وما بعدها.

(2) محمد علي عرفه ص 425.

إذا أنه حينئذ يبطل الاتفاق كله طبقاً للقاعدة العامة في انتقاص العقد⁽¹⁾ التي نصت عليها المادة 143 مدنى بقولها:

"إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل. إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله". غير أن تحريم زيادة مدة الاتفاق على البقاء في الشيوخ على خمس سنوات، لا يمنع من الاتفاق من جديد على مدة أخرى، ولعدد غير محدد من المرات.

والاتفاق على التجديد لى ينتج أثره كاملاً يجب أن يتم بعد انقضاء مدة خمس السنوات السابقة. أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على تجديد اتفاقهم لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى، فإن خمس السنوات الجديدة يبدأ سريانها في الحال من وقت الاتفاق عليها دون انتظار لانتهاء المدة الأصلية. إذ أن القول بغير ذلك يجعل الشركاء في الشيوخ ملتزمين من وقت الاتفاق الجديد بالبقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات، وهذا لا يجوز⁽²⁾.

وإذا تضمن الاتفاق شرطاً يقضى بتجديد المدة بعد انقضائها، لا يسرى الاتفاق إلا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائى. أما إذا كانت المدة الأصلية أقل من خمس سنوات كأن كانت ثلاث سنوات وتضمن الاتفاق شرطاً بالتجديد مدة سنتين آخرين جاز ذلك، إذ كان في الإمكان الاتفاق على خمس سنوات من البداية⁽³⁾.

(1) السنهاورى ص 1172 - عبد المنعم البدرأوى حق الملكية ص 210 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 148- منصور مصطفى منصور ص 188- إسماعيل غانم ص 172 وما بعدها - وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه: "وقد يتفق الشركاء في الشيوخ المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين، فإذا زاد أنقص إلى المدة المنصوص عليها في هذه المادة" - مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 101.

(2) السنهاورى ص 1173 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 173 - الصده ص 220.

(3) السنهاورى 1174 هامش (2).

غير أن هناك وسيلة عملية يستطيع بها الشركاء الشائعون التوصل إلى عدم التقيد بالحد الأقصى المنصوص عليه بالمادة 834، وذلك بإنشاء شركة يكون رأس مالها من حصصهم في الشيء، فتطبق في هذه الحالة قواعد الشركة لا قواعد الشيوخ، فيصح الاتفاق على أن تستمر الشركة مدة تزيد على خمس سنوات⁽¹⁾.

294- هل الاتفاق على قسمة المهايأة يحول دون طلب القسمة النهائية؟

قسمة المهايأة - كما سنرى - هي التي يتفق فيها الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته، وهي تكون مهايأة مكانية أو زمانية. ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين (م 1/846 مدنى).

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان الاتفاق على قسمة المهايأة يمنع من طلب القسمة النهائية طيلة مدته أو لا يمنع. فذهب رأى إلى أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الأعيان الشائعة، قبل انتهاء المدة المتفق عليها في قسمة المهايأة، لأن تلبية القسمة في هذه الحالة يؤدي إلى نقض اتفاق المهايأة قبل انقضاء مدته، وهو لا يجوز إلا برضاء الشركاء جميعاً⁽²⁾.

ويستطرد بعض أنصار هذا الرأى تأييدا له أنه من المشروع أن يثق كل شريك في أنه بمقتضى المهايأة يستمر الشيوخ إلى مدة معينة. وبالتالي يكون مشروعاً اعتقاده بأن أحداً من الشركاء لن يطلب قسمة المال قسمة نهائية متى كانت المهايأة سارية، وبعبارة أخرى فإن مقتضى المهايأة أن يمتنع على الشريك طلب القسمة مدة التهايو. فهذا هو ما يقضى به مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود⁽³⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 173.

(2) أحمد سلامه ص 362.

(3) أحمد سلامه ص 362 وما بعدها.

وذهب رأى آخر إلى أن الاتفاق على قسمة مهاية لتنظيم الانتفاع بالشئ مدة معينة لا يحول دون أن يكون للشريك الحق فى طلب القسمة النهائية قبل انقضاء هذه المدة، ذلك أن اتفاق الشركاء على نظام معين للانتفاع بالشئ الشائع مدة معينة، سواء اتخذ هذا الاتفاق صورة قسمة مهاية أو أية صورة أخرى، إنما هو اتفاق يتعلق بطريقة الانتفاع، فهو لايسرى فى حدود المدة المتفق عليها إلا طالما كان الشيوع قائما، ومن ثم فإنه ينقضى بانقضاء الشيوع بأى سبب من أسباب انقضائه بما فيها القسمة النهائية⁽¹⁾.

فضلا عن أن من مقتضى الرأى الأول أن أى اتفاق على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع يترتب عليه منع طلب القسمة، إذ ليس هناك ما يبرر أن تختص قسمة المهاية بهذا الأثر وحدها دون غيرها من صور الاتفاق على تنظيم المال الشائع. بل إن منطق هذا الرأى يؤدى إلى القول بأنه إذا وضعت أغلبية الشركاء نظاما للانتفاع بالمال الشائع فلن يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة أثناء المدة التى حددتها الأغلبية لهذا النظام، إذ أن النظام الذى تضعه الأغلبية ملزم لكافة الشركاء طبقا للمادة 1/828، مثله فى ذلك مثل قسمة المهاية وهذا كله غير مقبول⁽²⁾.

والرأى الثانى هو الذى نرى الأخذ به.

295- اشتراط الواهب والموصى على الشركاء البقاء فى الشيوع :

قد يهب أو يوصى شخص لعدة أشخاص بمال شائع، وتتضمن الهبة أو الوصية شرطا يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء فى الشيوع مدة معينة. وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان هذا الشرط يقع صحيحا ويلزم الشركاء، أم أنه يقع باطلا فلا يلزمون به.

(1) عبد المنعم الصده ص 221 - منصور مصطفى منصور ص 189 - إسماعيل غانم ص 175.

(2) إسماعيل غانم ص 175.

فذهب البعض إلى أن هذا الشرط صحيح مادام يمنع القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على سبب مشروع، لأن المادة 1/823 مدنى تقضى بأنه إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة. ومن ثم فإن هذا النص يجيز أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف⁽¹⁾. والقول بغير ذلك من شأنه تجاهل الباعث المشروع الذى يدفع الواهب أو الموصى إلى إيراد مثل هذا الشرط⁽²⁾.

وذهب رأى آخر إلى أن هذا الاتفاق يكون باطلا فلا ينفذ فى حق الشركاء، وذلك لأن الاتفاق على البقاء فى الشيوع استثناء من القاعدة العامة التى تجعل لكل شريك الحق فى طلب القسمة فى أى وقت شاء، ولما كان المشرع قد جعل مناط هذا الاستثناء اتفاق الشركاء على تقييد حقهم فى طلب القسمة، فلا يصح أن يفرض عليهم هذا القيد بإرادة الواهب أو الموصى الذى يجهل عند عمل الهبة أو الوصية ما ستؤول إليه علاقة الموهوب لهم أو الموصى إليهم من تفاهم أو خلاف، فيجب أن يترك ذلك لإرادتهم، ولا يصح أن يعترض على ذلك بأن للموصى أن يمنع الموصى إليهم من التصرف فى المال خلال مدة معينة فيكون له من باب أولى أن يمنعهم من اقتسامه خلال نفس المدة، فهنا قياس مع الفارق إذ أن المنع من التصرف لا يؤدي إلى الاحتكاك المباشر الذى ينجم عن الشيوع⁽³⁾.
والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به.

(1) السنهورى ص 1175 - الصده ص 221 - منصور مصطفى منصور ص 174.

(2) الصده ص 221.

(3) محمد على عرفه ص 426 وما بعدها - الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى 1368 هـ - 1949 ص 138 - محمد وحيد الدين سوار ص 386 - محمد وحيد الدين سوار ص 386.

296- سريان الاتفاق على البقاء فى الشيوع فى حق الخلف العام والخاص للشركاء :

الاتفاق الذى يعقده الشركاء على البقاء فى الشيوع، كما يكون ملزما لأشخاصهم فإنه يكون ملزما لخلفهم العام كالورثة أو الدائنين، ولخلفهم الخاص كالمشتريين، وذلك عملا بالمادة 834 مدنى التى تنص على أن: "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن يمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه".

ولئن كانت المادة 146 مدنى تنص على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص. فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء"، فهى تشترط لانتقال الالتزامات والحقوق المذكورة إلى الخلف الخاص علمه بوجودها وقت انتقال الشيء إليه إلا أن الرأى الراجح أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع يسرى على الخلف الخاص حتى ولو لم يكن يعلم به وذلك تطبيقا لإطلاق نص المادة 833 واستثناء من حكم المادة 146⁽¹⁾.

وتبريرا لهذا الاستثناء يمكن القول أن حكم المادة 146 يعتبر حكما عاما يسرى على كافة العقود، أما نص المادة 833 فهو حكم يسرى على حالة الاتفاق على البقاء فى الشيوع، فيكون هذا النص قد أتى باستثناء خاص فى هذا الصدد.

(1) السنهاورى ص 1172 - أحمد سلامة ص 363 - البدروى ص 211 - عرفه 427 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 188 - الصده ص 220 - إسماعيل غانم ص 172 وهامش (1).

297- التعسف في طلب القسمة :

إن حق طلب قسمة المال الشائع - كما أوضحنا سلفاً - مقرر لكل من الشركاء، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يخضع في استعماله لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها بالمادة الخامسة من التقنين المدني. ولذلك يجب ألا ينطوى استعمال الشريك المشتاع لهذا الحق على تعسف في استعماله، فإذا كان طلب القسمة لا يحقق لطالبه ثمة مصلحة، أو يحقق له مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر الكبير الذى يحقق ببقية الشركاء كان للقاضى أن يرفض الطلب، فيظل الشيوخ إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير على الشركاء، ومثل ذلك أن تكون قسمة المال عينا غير ممكنة، ولا بد من أن يباع المال وتكون الأسعار فى حالة انخفاض كبير وطارئ⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1176 - أحمد سلامة ص 358- وقارن إسماعيل غانم (ص 175 وما بعدها وهامش (1) بالصحيفة المشار إليها) فيذهب إلى أن الأصل أنه ليس للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة طلب القسمة أو رفضه، فليس من شأنه أن يبحث فيما إذا كان إجراء القسمة ضاراً أو غير ضار بمصالح الشركاء، بل تقتصر مهمته على التحقق من وجود التزام بالبقاء فى الشيوخ أو عدم وجوده. على أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء فى حالة ما إذا قرر الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه، فاعترض أحد الشركاء الآخرين طالبا إجراء القسمة.. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يجعل للمحكمة سلطة تقديرية كأصل عام. فقد كانت المادة 1202 من المشروع تتضمن فى فقرتها الأولى النص الذى صار بعد ذلك نص المادة 834 من التقنين، أما فقرتها الثانية فكانت تقضى بما يأتى : "ومع ذلك فللمحكمة، بناء على طلب أحد الشركاء، أن تأمر باستمرار الشيوخ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوخ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك " وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، ثم أعيدت فى مجلس النواب. وثار البحث فى مجلس الشيوخ، وانتهى إلى حذفها ثانية توخياً لاستقرار التعامل". =

وهناك تطبيق تشريعي لهذه الحالة سنعرض له فيما بعد وهو نص المادة 41 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال التي تنص على أنه: "إذا رفعت دعوى "قسمة" على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل ضررا جسيما".

298- حكم التعامل في التركة المستقبلية :

تنص المادة 131 من التقنين المدني على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون".

فالمشرع وإن أجاز في الفقرة الأولى من المادة التعامل في الأشياء المستقبلية إلا أنه استثنى في فقرتها الثانية من هذا الحكم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان التعامل برضاه، إلا ما استثنى بنص في القانون. والتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته فإذا كان الإنسان

= وقد علق الدكتور أحمد سلامه - وهو من أصحاب الرأي العكسي الوارد بالمتن - على الرأي السابق (ص 358 هامش 1) بقوله: "إن القول المذكور بالمتن لا يبنى على أن للقاضي سلطة التقدير بل يبنى على فكرة التعسف وفرق بين الأمرين.

ومن ناحية أخرى فإنه بين ما نذكره بالمتن وبين ما كانت تنص عليه المادة 1202 من المشروع فرق فقد كانت هذه المادة تنص على ما يأتي: ومع هذا فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تأمر باستمرار الشيوخ حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء في الشيوخ وذلك متى كانت القسمة عاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما أن لها أن تأمر بالقسمة في الحال، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك، وقد انتهى الأمر بحذف هذه الفقرة توخيا لاستقرار التعامل".

على قيد الحياة فهذا المجموع هو الحقوق والديون منظورا إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية، والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلية فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة.

ويستوى أن تأتى التركة عن طريق الميراث أو الوصية، أو يكون التعامل بين المورث والورثة أو بين المورث أو الورثة والغير، ومثال التعامل البيع لوارث أو لأجنبى، أو الاتفاق مع وارث على إعطائه نصيبا أكبر من نصيبه الذى سيرثه، وكذلك قسمة التركة⁽¹⁾.

وإذا وقع هذا التعامل كان باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام، لأن ذلك يتضمن مخالفة لأحكام الميراث والوصية والتي تتعلق بالنظام العام. غير أن القانون أجاز التعامل فى التركة المستقبلية بنص فى صورتين فقط هما الوصية وقسمة المورث لأعيان تركته كما سنرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن كون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه مستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى، وتحريم التعامل فى التركات المستقبلية يأتى نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شىء يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة

(1) السنهاورى الوسيط ج1 طبعة 1964 ص 414 - محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه 1980 الجزء الأول ص 354.

التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام".

(طعن رقم 2 لسنة 4 ق جلسة 1934/6/14)

2- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا بدهاة أن الهبة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحاييل على قواعد الإرث على ما ذكر.

هذا والاعتراض بأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرفات الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصرف منجزا، إذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الشخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 91 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/23)

3- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلية بإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها

حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 38 لسنة 36 ق جلسة 1970/3/31)

4- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كاعتبار شخص وارثاً، وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك 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 لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج منه حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 239 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/18)

299- وصية المورث بقسمة تركته صحيحة :

نصت المادة 908 مدني على أن : "تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية".

وقد نقلت هذه المادة من المادة 13 من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية التي تنص على أن : "تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاء الموصي فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية". وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 71 لسنة 1946 عن المادة 13

سألقة الذكر أنه: "مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها، فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له، ووصيته بذلك صحيحة نافذة قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة".

وواضح مما تقدم أن المادتين سالفتي الذكر أجازتا للمورث أن يوصى بقسمة أموال تركته، وذلك استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة 131 مدنى التى تجعل التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، وعملا بعجز الفقرة المذكورة التى تجيز الاستثناء من هذه القاعدة بنص فى القانون. وعلى ذلك يجوز للمورث أن يوصى بتقسيم أموال تركته على جميع ورثته، كما يجوز له أن يوصى بتقسيم بعض أموالها، على أن يظل الباقي تركة بينهم.

فإذا كان ما أوصى به المورث لأحد ورثته المستقبلين يزيد على نصيبه الميراثى اعتبرت الزيادة وصية وتأخذ حكمها، وتنفذ دون إجازة باقى الورثة إذا كانت فى حدود ثلث التركة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى المادة 908 من القانون المدنى على أن: "تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية لايفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه فى التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب، ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته وتكون فى صورة وصية".

(طعن رقم 154 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/31)

2- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التى أحاطت به طالما كان ما استخلصته لا يخرج عن المعنى الذى تحتمله تلك العبارات، ولما كان نص

المادة 908 من القانون المدني يقضى بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فإن زادت قيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية. ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائي الذي اعتمد تقرير الخبير والذي انتهى إلى زيادة نصيب الطاعنة وأخواتها بمقتضى الاتفاق المؤرخ 1967/7/4 عن حقهن الشرعى في الميراث واعتبر الزيادة وصية لاتنقد في حقها إلا في حدود الثلث وقدر نصيب الطاعنة ميراثا ووصية فإن هذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون ويضحى النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 1756 لسنة 52 ق جلسة 1986/2/23)

300- جواز الرجوع عن الوصية :

نصت المادة 909 مدنى على أن : "القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما. وتصبح لازمة بوفاة الموصى". وتتفق هذه المادة والفقرة الأولى من المادة 18 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 التى تجرى على أن: "يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة".

وعلى ذلك يجوز للمورث - قبل وفاته- أن يرجع عن وصيته لورثته أو بعضهم بقسمة أعيان تركته، فإن توفى كانت تركته شائعة بين الورثة. وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن للموصى أن يرجع فى وصيته مادام سليم الأهلية وذلك لأن الوصية تبرع ولأن الرجوع فيها يحصل قبل أو ان تملكها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا تكون الوصية لازمة إلا بوفاة الموصى إذ من حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته، ولا تتحدد شروط الوصية- بصفة نهائية - إلا وقت وفاة

(1) المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها ص 813.

الموصى لا وقت صدور الإرادة منه".

(طعن رقم 414 لسنة 36 ق جلسة 1962/6/21)

2- "مؤدى نص المادتين 18، 20 من قانون الوصية أن وجود الموصى به المعين فى ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدور الوصية إلى وقت قبولها، لأن الوصية عقد غير لازم فما يكون شرطاً لإنشائه يكون شرطاً لبقائه، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة".

(طعن رقم 520 لسنة 42 ق جلسة 1976/5/27)

3- "مفاد نص المادتين 2، 18 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لا تنفذ إلا بعد الوفاة، ولا يترتب عليها أى حق قبلها، فيجوز من ثم للموصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها مادام أن الرجوع الصحيح يكون بأى عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها وتدل بوضوح على أنه غير راغب فى الإبقاء على الوصية".

(طعن رقم 7 لسنة 45 ق - أحوال شخصية - جلسة 1977/2/23)

4- "متى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع برجوع الموصية فى الوصية التى سترها عقد النزاع بالوصية الرسمية اللاحقة، ومن ثم لا يقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 804 لسنة 44 ق جلسة 1981/4/7)

301- حالة عدم شمول القسمة جميع أموال المورث :

نصت المادة 910 مدنى على أنه: "إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التى لم تدخل القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث".

فالقسمة قد لا تشمل جميع أموال المورث وقت الوفاة، إما لأن المورث يريد ذلك لمبررات يقدرها، فيترك بعض أمواله شائعة، وإما أنه قد آلت إلى المورث بعد القسمة وقبل وفاته أموال أخرى ولم يدخلها فى القسمة التى أجراها.

وحكم ذلك أن الأموال المذكورة تؤول إلى ورثته عند وفاته شائعة، ولهم إجراء
قسمة جديدة فيها.

أما إذا تصرف المورث قبل وفاته في بعض الأموال التي شملتها القسمة فيختل
التوازن في القسمة التي أجراها، فإن ذلك يعد رجوعاً من المورث عن وصيته لأن
القسمة هنا تمت بطريق الوصية، وتؤول الأموال إلى ورثته عند وفاته شائعة كأن
قسمة لم تتم.

وفي هذا جاء بالملذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

"ففيما يتعلق بالأموال، إذا لم تدخل في القسمة أموال تركها عند موته، بقيت
هذه الأموال شائعة بين الورثة، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض
الأموال التي دخلت القسمة فإن القسمة تبطل".

302- موت بعض الورثة قبل وفاة المورث :

تنص المادة 911 مدنى على أنه : "إذا مات قبل المورث واحد أو أكثر من
الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة، فإن الحصة المفروزة التي وقعت في
نصيب من مات تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث".

وقد أوضحت ذلك الملذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولها :

"... وإذا نقصوا بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث، ولم تتغير أنصباء
الباقى بعد هذا الموت، فإن الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول
شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث وإن حجب أحد منهم بوارث
وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب بطلت القسمة"⁽¹⁾.

303- زيادة الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية :

قد يزيد عدد الورثة وقت وفاة المورث عن عددهم وقت الوصية، وهو ما يترتب

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 287.

عليه تغيير فى أنصبة الورثة، وفى هذه الحالة تبطل الوصية وتنتقل أعيان التركة إلى الورثة الموجودين وقت الوفاة شائعة ولهم إجراء القسمة إذا أرادوا.

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

"وفيما يتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، فإن القسمة تصبح باطلة" (1).

304- عدم تناول القسمة كل ديون التركة أو عدم موافقة الدائنين :

تنص المادة 913 مدنى على أنه : "إذا لم تشمل القسمة ديون التركة أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة، جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة 895، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها".

فالمقرر أنه يجب لنفاذ القسمة التى يجريها المورث فى حق دائنى التركة، أن يوافق الدائنون على هذه القسمة، فإذا كانت القسمة شملت ديون التركة ولكن لم يوافق عليها الدائنون، أو كانت القسمة لم تشمل هذه الديون، فأحد أمرين :

الأول: أن يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم، وفى هذه الحالة ينفذ اتفاقهم وتنفذ قسمة المورث.

الثانى: ألا يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم، وفى هذه الحالة تعتبر القسمة التى أجراها المورث غير كاملة، ويكون لكل منهم أن يطلب إجراء قسمة جديدة من المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية طبقا لأحكام المادة 895 مدنى التى تجرى على أن: "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 فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى

الإرث.

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 جميعها.

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 الاختصاص⁽¹⁾.

واحتراماً لإرادة المورث واحتراماً لوصيته، يجب على المحكمة أن تلتزم بما نصت عليه المادة السابقة بقدر الإمكان القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة. فلا تتحرف عنها إلا لضرورة.

305- سريان أحكام القسمة على قسمة المورث عدا أحكام الغبن :

نصت المادة 912 مدني على أن : "تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن".

وعلى ذلك تسرى على قسمة المورث كافة الأحكام التي تسرى على القسمة، عدا أحكام الغبن، فيسرى عليها أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وامتنياز المتقاسم.

أما أحكام الغبن التي تسرى على دعوى القسمة فإنها تتعارض مع طبيعة قسمة المورث باعتبارها وصية، فالزيادة في نصيب أحد الورثة لا تعد غبناً وإنما تعد وصية تسرى في حق باقي الورثة دون إجازتهم في حدود ثلث التركة جميعها⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة - كما وردت في المشروع التمهيدي - تنص في فقرتها الأولى على أن : "تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق، وما يتعلق منها بالغبن وامتنياز المتقاسم"، ووافقت

306- أنواع القسمة :

إذا اتفق الشركاء على كيفية اقتسام المال الشائع بينهم تمت القسمة بموجب هذا الاتفاق، فتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية وإذا لم يتفق الشركاء على ذلك تولى القضاء إجراء القسمة بناء على طلب أحد الشركاء المشتاعين، فتكون القسمة حينئذ قسمة قضائية.

وهذه القسمة ترد على الملك ومن ثم فهي دائمة وتسمى بالقسمة النهائية. ولا تكون القسمة النهائية قابلة للزوال إلا إذا كانت معلقة على شرط فاسخ أو شرط واقف وتحقق الشرط الفاسخ أو الشرط الواقف. إذ يترتب على تحقق هذا الشرط زوال القسمة بأثر رجعي فتعتبر كأنها لم تكن.

ولذلك تسمى القسمة المعلقة على شرط فاسخ أو واقف القسمة غير الباتة. والقسمة النهائية سواء اتفاقية أو قضائية إما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية. وإما أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية.

فالقسمة الكلية أو الكاملة هي القسمة التي تشمل كل الأموال الشائعة ليحصل كل شريك على نصيب مفرز منها. وهذا هو الأصل في القسمة النهائية. أما القسمة الجزئية فهي التي تتناول مالا من الأموال الشائعة أو أكثر وتبقى باقى الأموال شائعة بين الشركاء، وذلك إما بإخراج شريك أو أكثر من حالة الشيوع ويبقى باقى الشركاء كما كانوا ملاكا على الشيوع لما تبقى بعد إفراز نصيب من تم إخراجهم من حالة الشيوع، أو تتناول بعض الأموال الشائعة فتقسم بين الشركاء،

لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظي إلا أن النص عدلته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وجاء بنقيضها: "عدلت الفقرة الأولى فأصبحت "تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة فيما عدا أحكام الغبن". وقد أخذت اللجنة بحكم يخالف الحكم الذي أخذ به المشروع فلم تجعل الغبن سببا من أسباب الطعن في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت دفعا للتداخل بين أحكام الوصية والأحكام المتعلقة بالغبن.. الخ"- مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 284 وما بعدها.

بينما تبقى باقى الأموال شائعة كما هى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل فى انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا للقسمة، وعلى ما تقضى به المادة 843 من القانون المدنى، مالكا للحصة التى آلت إليه من وقت أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال شائعا على حالته بين الورثة".

(طعن رقم 282 لسنة 40 ق جلسة 1975/3/30)

وإما بتقسيم الأموال الشائعة إلى قسمين أو أكثر بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعا بينهم⁽¹⁾.

وهذه الصورة الأخيرة وإن لم يترتب عليها إفراز نصيب لكل شريك أو لبعض الشركاء إلا أنها تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم ويطلق البعض عليها اصطلاح (قسمة طبقات) أو اصطلاح (قسمة فئات)⁽²⁾.

والقسمة العينية هى التى تؤدى إلى إفراز نصيب الشريك فى الأموال الشائعة، وهذا هو الأصل فى القسمة. ويكون الإفراز إما بطريقة التجنيب أو بطريق القرعة.

وتكون القسمة العينية بدون معدل أو بمعدل إذا لم يمكن إجراء القسمة إلا إذا نال أحد الشركاء نصيبا أكثر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل، مبلغا من النقود يعادل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم.

والقسمة بطريق التصفية، تجرى إذا لم يمكن تقسيم الأموال عينا، فتباع الأموال الشائعة بالمزاد ويجوز بيعها بالممارسة إذا اتفق الشركاء على ذلك، ويوزع الثمن المحصل من البيع على الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة. وهنا لا يخلو الأمر من أحد فرضين :

(1) منصور مصطفى منصور ص 182.

(2) منصور مصطفى منصور ص 182 هامش (1).

1- أن يتفق الشركاء على أن ينحصر المزداد فيهم، وهذا حق لهم عملاً بالمادة 841 مدنى وفى هذه الحالة فإن المزداد يرسو على واحد منهم ويكون رسو المزداد قسمة بطريق التصفية.

2- ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر المزداد فيهم. وفى هذا الفرض قد يرسو المزداد على واحد منهم، فيعتبر هذا الرسو قسمة بطريقة التصفية وقد يرسو المزداد على أجنبى، فيعتبر رسو المزداد بيعاً من جميع الشركاء إلى هذا الأجنبى. وقد ترد القسمة على المنفعة وتسمى بقسمة المهايأة، وهى قسمة مؤقتة لها صورتان: قسمة المهايأة المكانية، وقسمة المهايأة الزمانية.

ففى الصورة الأولى يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلاً فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء. وفى الصورة الثانية يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

وهذه القسمة قسمة منفعة - كما قلنا - لا قسمة ملك، ولاتدوم أكثر من خمس سنوات.

مادة (835)

للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون.

الشرح

القسمة الاتفاقية :

307- القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه الأحكام العامة فى

التقنين المدنى :

القسمة الاتفاقية ليست سوى عقد من العقود يبرمه الشركاء المشتاعون بقصد إنهاء حالة الشيوخ. ومن ثم يخضع فى انعقاده لما تخضع له سائر العقود، سواء من حيث التراضى أو المحل أو السبب، فلا بد من تراضى الشركاء، وتوافر الأهلية وخلو الإرادة عن العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع. ويجب أن يكون الاتفاق على القسمة نهائياً، فالاتفاق التمهيدى على أسس القسمة يسقط إذا اعترض أحد الشركاء على تنفيذه⁽¹⁾.

308- اختيار الشركاء لطريقة القسمة :

نصت المادة 835 مدنى على أن للشركاء إذا انعقد اجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فاللشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل منهم فى المال الشائع، وقد تكون القسمة بمعدل أو بغير معدل. ولهم الاتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المال الشائع جميعه. أو

(1) محمد على عرفه ص 428.

جزئية يقصرونها على بعض هذا المال، فيظل باقى المال شائعا بينهم على أصله. ولهم الاتفاق على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم بينما يستمر الباقيون فى الشيوع ولهم الاتفاق على إجراء القسمة بطريق التصفية فيبيعون المال الشائع ويقسمون ثمنه على الشركاء كل بحسب مقدار حصته، ويتفق الشركاء على ذلك عادة إذا كان المال لا يقبل القسمة العينية أو إذا كانت قسمته عينا تؤدي إلى خسارة لهم.

ولهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه عليهم بحسب أنصبتهم، على أن يظل الجزء الباقي شائعا بينهم أو يقسمونه عينا. ولهم إجراء البيع بطريق الممارسة، أما إذا اختلفوا فى ذلك فلا مناص من إجراء البيع بالمزاد.

وإذا اتفقوا على بيع المال بالمزاد فلهم أن يقصروا المزايدة على الشركاء ولهم أن يسمحوا لأجنبى عن الشيوع بالدخول فى المزاد فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية. أما إذا رسا المزاد على أجنبى اعتبر رسو المزاد بيعا.

309- اتفاق بعض الشركاء على القسمة :

رأينا أن القسمة عقد كسائر العقود، ومن ثم فالقسمة لا تتم إلا إذا اتفق عليها كل الشركاء فى المال الشائع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة نهائية".

(طعن رقم 29 لسنة 19 ق جلسة 1951/5/31)

أما إذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر فلا تكون القسمة نافذة أى لا يترتب عليها إنهاء الشيوع، ولكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها

فيظل العقد قائماً بالنسبة لهم فإذا أقرها الشركاء الآخرون بعد ذلك. فإنها تتم بهذا الإقرار وينتهى بها الشيوخ⁽¹⁾.

وحق هؤلاء الشركاء في الإقرار بالقسمة لا يرتبط بموعد معين وينتقل إلى ورثة من يتوفى منهم.

وفي هذا قضت النقض بأن :

1- "إذا كانت القسمة قد عابها أنها لم يشترك فيها إلا بعض الشركاء فلا يحق لمن عقدها منهم أن يتمسك ببطلانها المترتب على ذلك، بل الذي يحق له التمسك بهذا البطلان هو من لم يكن طرفاً فيها".

(طعان رقما 105، 133 لسنة 16 ق جلسة 1947/6/5)

2- "عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يظل ملزماً لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد، بل يظل العقد قائماً وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء - وحق الشريك الذي لم يوقع العقد في إقرار هذا العقد يظل قائماً له ما بقيت حالة الشيوخ ويكون لورثته من بعده، إذ عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقيدها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء. ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه، إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، فلا ينقضى بوفاة ذلك الشريك. فالحكم الذي يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن

(1) السنهاورى ج8 ص 1182 وما بعدها - جميل الشراوى ص 150 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 224 - منصور مصطفى منصور ص 184 - أحمد سلامة ص 375 وما بعدها.

توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقه ورثته، مستندا في ذلك إلى أن أحد موقعى العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وأن يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول العقد بعد وفاته - هذا الحكم يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 106 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/23)

3- "إذا اشترى زيد قدرا مفرزا من الأطيان من وارث ثم باع هذا القدر إلى بكر، ثم رفع وارث آخر دعوى بطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في التركة اختصم فيها إخوته وزيدا وبكرا، فقضت المحكمة برفض دعواه تأسيسا على أن قسمة حصلت بينهم وأن هذه القسمة ملزمة له ولبقية الورثة لإجازته عقدها وموافقة جميع الورثة عليه وأنه بموجب هذه القسمة يملك نصيبه في التركة مفرزا، ثم رفع هذا الوارث دعوى على زيد وبكر طلب فيها الحكم بتثبيت ملكيته إلى القدر الذى اشتراه زيد وباعه إلى بكر تأسيسا على أن هذا القدر يدخل فيما اختص به بموجب عقد القسمة، فدفع بكر هذه الدعوى بأن عقد القسمة باطل لأن بعض الورثة لم يوقعوا عليه ومنهم الوارث لبائعه، فقضت المحكمة له بتثبيت ملكيته لهذا القدر مؤسسة قضاءها على أن عقد القسمة صحيح ملزم لجميع الورثة ومن تلقوا حقوقا عينية منهم، وأنه على فرض أن الوارث البائع لم يوقعه فإن بكر كان ممثلا في الدعوى السابقة ولم يبد اعتراضا على العقد عندما بحثته المحكمة في مواجهته وأن زيدا حين اشترى من ذلك الوارث البائع كان الوارث مالكا على الشيوع فكان يبيعه متوقفا على نتيجة القسمة ومادام المبيع لم يقع في نصيبه فلا يكون لبيعه أثر، فهذا الحكم لا خطأ فيه. أما الطعن عليه بمقولة أنه أخطأ إذ اعتد بعقد القسمة مع أنه لم يكن مسجلا فلا يجوز الاحتجاج به قبل من تلقوا حقوقا عينية من الورثة بعقود مسجلة وبأنه لم يلق بالا إلى أن هذه القسمة باطلة بالنسبة إلى بكر لأنها قد حصلت في غيبته هو وزيد البائع له، فهو طعن مردود، مادام كل ما أثاره بكر من منازعة لدى محكمة الموضوع في عقد القسمة انحصر في أنه لم يوقع عليه الوارث

الذى باع لزيد الذى باع له فهو غير ملزم له وما رد به الحكم على هذه المنازعة كاف ولا خطأ فيه، أما ما عدا ذلك مما لم يقدم دليل على سبق التمسك به لدى محكمة الموضوع فلا يعتد به".

(طعن رقم 4 لسنة 20 ق جلسة 1951/12/6)

4- "عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء".

(طعن رقم 78 لسنة 22 ق جلسة 1955/5/19)

5- "حق الشريك فى إقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوخ ويكون لورثته من بعده، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقيدها اعتبار فى إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه إذ هو فى قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، ومن ثم فإنه لا ينقضى بموت ذلك الشريك".

(طعن رقم 78 لسنة 22 ق جلسة 1955/5/19)

6- "عدم نفاذ عقد القسمة فى حق الشريك المشتاع لعدم توقيعه عليه. التمسك به يكون للشريك الذى لم يوقع عليه أو خلفه".

(طعن رقم 771 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/25 - غير منشور - قرب طعن رقم

537 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/15)

7- "عقد القسمة لا يبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه. اعتباره ملزما لكل من وقعه منهم. عدم جواز تحلل الشريك المتقاسم من التزاماته بحجة تخلف شريك آخر عن التوقيع على عقد القسمة. للأخير إقراره متى شاء. مؤداه. انصراف أثره

إليه. م 835 مدنى".

(طعن رقم 274 لسنة 53 ق جلسة 1988/4/21 - غير منشور)⁽¹⁾

8- "مؤدى النص فى المادة 835 من القانون المدنى على أن "الشركاء إذا انعقد إجماعهم على أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها... "أن القسمة التى لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوخ إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعضهم... وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعتبر باطلا وهو وإن كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه الحق فى إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه".

(طعن رقم 2730 لسنة 57 ق جلسة 1992/2/20)

9- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن نص المادة 835 من القانون المدنى على أن الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها... مؤداه أن القسمة التى لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوخ إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعضهم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعتبر باطلا وهو وإن كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه الحق فى إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده.... إلخ".

(1) وقد قضى بأن: "عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة وكونها لا تصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه أن يحول دون وضع يد المطعون عليهم - شركاؤهم فى الملكية على الأطيان موضوع العقدين - وضعا مؤديا لكسب الملك، ولا يمنع من أن يتخذ الحكم من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد، تضاف إلى أقوال شاهدة الإثبات".

(نقض طعن رقم 255 لسنة 36 ق جلسة 1971/6/24)

(طعن رقم 2461 لسنة 68 ق جلسة 2000/3/29)

ولا يستثنى مما تقدم إلا أن يتضمن الاتفاق على القسمة بين الشركاء شرطاً بحق الرجوع في الرضاء إذا لم يوافق باقي الشركاء في أجل معين، أو يرجع من رضى من الشركاء بالقسمة عن اتفاقهم مع إخطار الشركاء الذين لم يكونوا طرفاً فيه، شريطة أن يقع هذا الرجوع قبل صدور إقرار ببقية الشركاء⁽¹⁾.
أما لو استأثر المتفقون بكل المال الشائع وقسموه بينهم - عمداً أو سهواً - فإن القسمة تكون باطلة⁽²⁾.

310- القسمة المعلقة على شرط واقف أو فاسخ :

القسمة عقد كسائر العقود، ومن ثم يجوز تعليق القسمة على شرط واقف، كأن يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء.

كما يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا استحق جزء من أعيان المال الشائع. أو كأن يعلقوا القسمة على تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة.
كما يجوز في حالة اتفاق بعض الشركاء فقط على القسمة دون باقي الشركاء تعليقها على شرط واقف هو موافقة الشركاء الذين لم يتفقوا معهم على القسمة.

وقد قضت محكمة النقض بجلسته 2012/1/23 في الطعون أرقام 12215/

12216، 12217، 12526 لسنة 79 ق بأن:

"إذا كان الثابت بعقد القسمة موضوع التداعى أن العقار المملوك للمتقاسمين عبارة عن ثلاثة طوابق اتفق المتعاقدون على تعليته بطابقين إضافيين وتوزيع التكاليف عليهم وبالنسب الواردة بالعقد ورتبوا على ذلك توزيع الأنصبة على اعتبار

(1) أحمد سلامه ص 376 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 1183 هامش (1) - أحمد سلامه ص 376 هامش (1).

وجود الطابقين الرابع والخامس فاختص بعضهم بنصيب فيهما بحسب قيمة مشاركته في التكاليف وقيمة نصيبه بالعقار قبل التعلية، بما مفاده أن هذا العقد معلق على أمر مستقبلي هو إتمام البناء غير محقق الوقوع لأنه متوقف على عدة أمور منها مدى تحمل العقار للتعلية وموافقة الجهة الإدارية بالترخيص بهذه التعلية - وهو أمر غير لصيق بمجرد إرادة المتعاقدين بما يضحى معه التزام المتعاقدين غير مكتمل الوجود وغير قابل للتنفيذ إلا بإتمام البناء فعليا. لما كان الحكم المطعون فيه لم يفتن للتكييف الصحيح للعقد مما جره للقضاء بصحة ونفاذ هذا العقد قبل أن يتحقق الشرط الواقف ودون أن يقول كلمته في مدى قابلية الشرط الواقف للوجود بمرور هذه الفترة الطويلة من الزمن دون إتمام البناء فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقاصرا في التسبب".

311- القسمة تحتاج إلى وكالة خاصة :

تنص الفقرة الأولى من المادة 702 مدنى على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، بوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء". ولما كان عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فإنه يلزم لإبرامه قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في إبرامه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر. مؤداه. وجوب قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في إبرامه"⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض أيضا بتاريخ 1962/5/3 فى الطعن رقم 449 لسنة 26 ق بأن

(طعن رقم 274 لسنة 53 ق جلسة 1988/4/21 - غير منشور)

312 - إثبات القسمة :

لما كانت القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، فإنها تخضع في إثباتها للقواعد العامة في الإثبات، فإذا كانت قيمة المال الشائع محل القسمة تزيد على ألف جنيه - وهذا هو الغالب - فلا يجوز إثبات القسمة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة. فإذا لم تزيد قيمة المال الشائع محل القسمة على ألف جنيه فإنه يجوز إثبات القسمة بشهادة الشهود والقرائن (م 60 من قانون الإثبات معدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999). والمعلوم أن قواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام. ويجب التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة في الحالات التي لا يجوز فيها ذلك من الخصم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع في الإثبات للقواعد العامة، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات"⁽¹⁾.

(طعن رقم 151 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/20)

(أنظر في إثبات القسمة الفعلية البند التالي).

313 - القسمة الفعلية :

القسمة الفعلية قسمة تقوم على التراضي دون اتفاق صريح عليها، فهي تقع عن طريق التعبير الضمني عن الإرادة. وهذه القسمة تسمى بالقسمة الضمنية، وقد أطلقت عليها محكمة النقض - كما سنرى - القسمة الفعلية.

عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر.

(2) أصبح النصاب الآن ما يزيد على ألف جنيه.

والتراضى الضمنى الذى يؤدى إلى القسمة الفعلية هو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحال، ويعتبر هذا الاستخلاص مسألة موضوعية. ومثال القسمة الضمنية أو الفعلية أن يتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، فيحذو حذوه كل الشركاء وتتتابع تصرفاتهم حتى إذا قام آخرهم بإبرام تصرفه وقعت القسمة. وهذه القسمة تنطبق عليها القاعدة العامة فى وجوب التسجيل للاحتجاج بها على الغير - كما سنرى - على أنه يكفى فى هذا، نظرا للطبيعة الخاصة للقسمة الفعلية، أن تكون التصرفات المتتابعة التى قام بها الشركاء الواحد بعد الآخر قد تم تسجيلها جميعا⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات مختلفة، ومما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية، ثم رتب على القسمة التى قال بها، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل، نتائجها القانونية فى حق الغير، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة، فإنه لا يكون قد خالف القانون فى شيء".

(طعن رقم 22 لسنة 12 ق جلسة 1942/12/24)

2- "إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذى ندب فى الدعوى أنه بعد أن تصرف أحد الورثة فى جزء محدود

(1) السنهورى ص 1184 وما بعدها- أحمد سلامة ص 375- عبد المنعم الصده ص

224- منصور مصطفى منصور ص 184- إسماعيل غانم ص 182.

من الأَطْيان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في أنصبتهم محددة. كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددًا، وأصبحوا جميعًا لا يملكون شيئًا في هذه الأَطْيان، ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحًا لأنه في حدود القدر الذي يملكه بالميراث، ولذلك قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقًا لتصرفه، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانونًا، وماداموا هم قد تابعوه وتصرفوا في أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء".

(طعن رقم 39 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/21)

3- "إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسًا على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابي على القسمة".

(طعن رقم 42 لسنة 15 ق جلسة 1946/4/4)

4- "حالة الشيوخ بين الشركاء لا تنتهي إلا باتجاه إرادتهم جميعًا إلى قسمة المال قسمة نهائية، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشفوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلًا سائغًا من أن الأعمال المادية التي أثبتتها خبير الدعوى - استحداث مبان بالمنزل - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ووجدت في تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفي

لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأى خبير آخر فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبب استنادا إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولأنه مسخ محضر مناقشة الخبير هذا النعى يكون فى غير محله".

(طعن رقم 29 لسنة 19 ق جلسة 1951/5/31)

5- "لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال، وإذن فمتى كان الطاعن فى مقام الاستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس، وكان الثابت من هذا المحضر أنه وإن كان المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه فى العقار المشفوع به إلا أنه لا يوجد فى الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لا يمكن من الاطلاع على محضر الانتقال معرفة ما إذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط، فإن النعى عليه القصور فى التسبب استنادا إلى أنه مسخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير خاليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل".

(طعن رقم 29 لسنة 19 ق جلسة 1951/5/31)

6- "على أنه إذا كان مرمى دفاع الطاعن الذى أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز إثباتها بالبينة فإن الحكم المطعون فيه قد نفى حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله "وينقض هذا الدفاع أن أخ المستأنف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستأنف (الطاعن) فى 23 ديسمبر سنة 1948 الدعوى 317 سنة 1949 مدنى كلى المنصورة يطلب فيها

نفس طلبات المستأنف عليهم (المطعون ضدهم) في الدعوى الحالية وقضى له ابتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل في أول مارس سنة 1944 وانتهت الدعوى صلحا في الاستئناف الأمر الذي يدل على أن إخوة المستأنف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل بالنسبة لهم "وهذا الذي قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمة رأت في أوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها بعدم حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لإجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع".

(طعن رقم 151 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/20)

7- "القسمة الفعلية تتحقق في صورة ما إذا كان تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذا ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه. وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التصرفات التي تمت بعد صدور القانون رقم 180 لسنة 1952 لم يرق بها الشركاء جميعا في الأعيان التي كانت موقوفة، وإنما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر، فإنه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء".

(طعن رقم 293 لسنة 36 ق جلسة 26 يناير 1971)

الإجراءات الواجب اتباعها عند إجراء القسمة

في حالة وجود ناقص الأهلية

بين الشركاء المشتاعين

314 - المقصود بناقص الأهلية :

نصت المادة 835 مدنى على أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون. والمقصود بناقص الأهلية، القاصر أو المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، أو الغائب.

وقد أوجبت المادة اتباع الإجراءات التى يفرضها القانون فى حالة وجود من هو ناقص الأهلية ولم تحدد القانون الذى يجب اتباعه. والمقصود هو المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال، فهو الذى ينص على الأحكام المنظمة لرعاية حقوق ناقصى الأهلية وقد تضمن المرسوم بقانون المذكور فى هذا الشأن نص المادتين 40، 79. وقد قصد من الإجراءات الواردة بهاتين المادتين - كما سنرى - حماية ناقص الأهلية عند إجراء القسمة، فقد تكون هذه القسمة ضارة أو مجحفة به. وقد اعتبر المشرع القسمة - لخطورتها - من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة المعتادة التى يستقل بها الوصى.

315 - النصاب القانونيان :

المادتان 40، 79 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال.

مادة (40) :

"على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت

من عدالتها وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية. وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص. ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك.

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم. ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص".

مادة (79) :

"يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن مال القاصر من أحكام".

الأحكام الواردة بالنصين :

316 - أولا : وجوب استئذان الوصى أو من فى حكمه المحكمة فى

قسمة أموال ناقص الأهلية :

أوجبت المادة 40 على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك، فقد يرى الوصى أنه لا مصلحة للقاصر فى القسمة، أو أنها ضارة به فيرفض من تلقاء نفسه إجراء القسمة، فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصى إلى المحكمة.

فإذا رأى الوصى أن للقاصر مصلحة فى القسمة فإنه يتعين عليه استئذان المحكمة المختصة فى قسمة أموال القاصر.

ونشير إلى أنه ليس معنى العبارة الواردة فى نهاية المادة 835 مدنى التى

توجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون، أنه يكون من المتعين التجاء الوصى إلى القسمة القضائية إذا رأى قسمة مال القاصر كما تذهب إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني⁽¹⁾. وإنما معناها هو وجوب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون المنظم لأحكام الولاية على المال، فاتباع إجراءات القسمة القضائية لا يكون إلا حيث تأمر بذلك المحكمة التي يستأذنها الوصى في الاتفاق على القسمة كما سنرى⁽²⁾.

والمرجع - كما أوضحنا سلفاً - اعتبر القسمة من أعمال التصرف نظراً لخطورتها.

وما يسرى على الوصى يسرى على القيم على المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، وعلى وكيل الغائب، فقد نصت المادة 79 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 على أن يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصر من أحكام.

(1) فقد جاء بها : "إذا تقرر القسمة ولم يكن في الشركاء من هو ناقص الأهلية، فلهم أن يتفقوا عليها وتكون القسمة في هذه الحالة عقداً يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على سائر العقود. أما إذا لم ينعقد الإجماع فيما بينهم، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية" - مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 105.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 182.

317 - هل يتعين على الولي الشرعى استئذان المحكمة فى قسمة

أموال ناقص الأهلية ؟

لا يسرى الالتزام المنصوص عليه فى المادتين 835 مدنى، 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 سالفتى الذكر على الولي الشرعى إذا كان هو الأب، فلا يلتزم باستئذان المحكمة فى قسمة أموال ناقص الأهلية لأن المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 أطلقت يد الأب فى التصرف فى أموال القاصر عدا بعض القيود التى أوردتها، ليس من بينها قسمة مال القاصر، فقد نصت على أن : "يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون".

أما إذا كان الولي هو الجد فإنه يلتزم باستئذان المحكمة شأن الوصى لأن المادة 15 من المرسوم بقانون المذكور تنص على أنه: "لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 835 من القانون المدنى على أن : "للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون" وفى المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال على أن: "يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون" وفى المادة 40 منه على أن: "على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى" يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولي فى مجال القسمة، على أن يجرى القسمة بالتراضى عن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة".

(طعن رقم 702 لسنة 51 ق جلسة 1985/11/6)

318 - سلطة المحكمة فى الإذن بإجراء القسمة :

إذا رأت المحكمة أن لناقص الأهلية مصلحة فى القسمة كان لها أن تأذن للوصى ومن فى حكمه بإجرائها.

وإذا أذنت المحكمة بإجراء القسمة عينت للوصى ومن فى حكمه ما تراه لازما لحماية مصالح غير كامل الأهلية من أسس وإجراءات.

وبعد أن تتم القسمة يجب على الوصى ومن فى حكمه عرض عقد القسمة على المحكمة للتثبت من عدالة القسمة وأنها تمت طبقا للأسس والإجراءات التى قررتها، فإذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة.

وللمحكمة مع هذا أن ترفض القسمة وأن تكلف الوصى ومن فى حكمه باتخاذ إجراءات القسمة القضائية، فتكليف الوصى ومن فى حكمه باتخاذ إجراءات القسمة القضائية هو أمر يخضع لتقدير المحكمة.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة

1952 فى هذا الشأن ما يأتى :

"ولما كانت القسمة تصرفا له خطره فقد أوجبت المادة 40 على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى إجرائها على هذا النحو ولم يكن هناك بد من إحاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر. ولذلك نصت المادة نفسها على أنه يتعين على المحكمة إذا أذنت أن تبين الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع كما أوجبت على الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وتركت أخيرا للمحكمة حرية تقدير وجوب الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية فى جميع الأحوال".

319 - جزاء عدم استئذان الوصى ومن فى حكمه المحكمة فى إجراء

القسمة الاتفاقية :

إذا تمت القسمة بغير مراعاة القواعد السابقة والمنصوص عليها فى المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 سواء بعدم حصول الوصى أو القيم أو وكيل الغائب بداءة على إذن المحكمة بالقسمة، أو بعدم عرضه نتيجة القسمة عليها لتأمر باعتمادها، فقد ذهبت محكمة النقض - فى أحكام صريحة لها - وأيدها بعض الشراح⁽¹⁾ إلى أن القسمة تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصى 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 نافذا فى حق ناقص الأهلية. وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات".

(طعن رقم 190 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/23)

2- "البطلان المترتب على عدم اتباع الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر فى عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به".

(طعن رقم 374 لسنة 35 ق جلسة 1969/11/6)

(1) السهنورى ص 1189 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 223.

3- "استصدار إذن محكمة الأحوال الشخصية للنائب عن ناقص الأهلية ليس بشرط للتعاقد أو التصرف وإنما قصد به - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلى رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ولهم وحدهم بعد بلوغهم سن الرشد الحق في إبطال هذه التصرفات".

(طعن رقم 370 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/25)⁽¹⁾

(أنظر أيضا الأحكام التالية المنشورة في هذا البند والبند التالي)

(1) وفي رأينا أن عقد القسمة- في الحالة محل البحث- لا يكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، وإنما هو صحيح غير نافذ في حقه لأن البطلان لا يكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد والنائب الذي يتجاوز حدود نيابته يكون في حكم الغير، كما أن العقد في حالتنا هذه لا ينتج أثره من وقت حدوثه على خلاف البطلان النسبي إذ ينتج العقد جميع آثاره من وقت حصوله على أن تزول هذه الآثار إذا تقرر بطلانه. وقد أخذت بهذا الرأي المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 إذ جاء بها: "وبديهي أن عدم الحصول على إذن المحكمة في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولي أو عقده بوجه عام غير نافذ في حق الصغير لانتفاء الولاية".

وقد أخذت محكمة النقض أيضا بهذا الرأي في بعض أحكامها إذ قضت بأن:

1- "نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها".

(طعن رقم 508 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/31)

2- "نيابة الوصي عن القاصر هي نيابة قانونية ينبغي أن يباشرها - وفقا لما تقضى به المادة 118 من القانون المدني - في الحدود التي رسمها القانون. ولما كان النص في المادة 39 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصي مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة، من بينها جميع التصرفات = التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره

كما قضت المحكمة بشأن عقد المقايضة بأنه :

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة التي عقدته الوصية بدون إذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الإجازة تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح".

(طعن رقم 107 لسنة 30 ق جلسة 1965/1/21)

وإذا أبرم القاصر نفسه عقد القسمة، فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته لأن القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، والتي يلزمها أهلية التصرف.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتعادل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد".

(طعن رقم 449 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/3)

2- "ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف

أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق، فإنه ينبغي على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالي في إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تتصرف آثاره إلى القاصر".

(طعن رقم 872 لسنة 51 ق جلسة 1982/5/13)

وقد رأينا أن نعرض للأحكام التفصيلية لجزاء عدم استئذان الوصى ومن في حكمه المحكمة في إجراء القسمة الاتفاقية، على أساس الأحكام الصريحة الصادرة من محكمة النقض في القسمة الاتفاقية والتي اعتبرت هذه القسمة باطلة بطلانا نسبيا.

الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم حالة القصر أو يجهلها".

(طعن رقم 429 لسنة 49 ق جلسة 1980/3/12)

ولا يملك القاصر إجازة القسمة التى أجراها الوصى دون إذن المحكمة المختصة لأن هذه الإجازة تنطوى على إسقاط لحق لا يملكها ناقص الأهلية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

إجازة العقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاطا لحق لا يملكها ناقص الأهلية".

(طعن رقم 429 لسنة 49 ق جلسة 1980/3/12)

320 - بطلان القسمة نسبي مقرر لمصلحة ناقص الأهلية :

البطلان الذى يلحق القسمة التى لا تتبع فيها الإجراءات المنصوص عليها بالمادتين 835 مدنى، 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952، بطلان نسبي شرع لمصلحة ناقص الأهلية حتى لا يتعاقد الوصى ومن فى حكمه على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به.

ومن ثم لا يحتج بهذا البطلان إلا ناقص الأهلية، عملا بالمادة 138 مدنى التى تقضى بأنه : "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا فى إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع

الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات".

(طعن رقم 190 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/23)

2- "البطلان المترتب على عدم اتباع الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به".

(طعن رقم 374 لسنة 35 ق جلسة 1969/11/6)

3- "العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإرادة له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته - ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب - لما كان ذلك.... الخ".

(طعن رقم 790 لسنة 50 ق جلسة 1981/2/21)

وبالترتيب على ذلك لا يجوز لغير القاصر من الشركاء المشتاعين الذين وافقوا على القسمة، التمسك بإبطال عقد القسمة لعدم اتخاذ الإجراءات سالفه الذكر. ولا يستطيع دائن القاصر أو خلفه الخاص أن يطلب إبطال العقد بمقتضى حق مباشر لهما، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين له يستعملان حقه في إبطال القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾. ولكن إذا توفى القاصر انتقل حقه في إبطال العقد إلى ورثته.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة 111 من القانون المدني فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه. وإذا كان موضوع طلب

(1) السنهاورى الوسيط في شرح القانون المدني ج1 طبعة ثانية 1964 ص 582.

الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف مباشرته".

(طعن رقم 42 لسنة 24 ق جلسة 1958/2/27)

321 - تقرير البطلان باتفاق أو حكم :

العقد القابل للإبطال له وجود قانوني وينتج جميع آثاره القانونية⁽¹⁾، ولا يبطل إلا إذا تقرر البطلان بالتراضي أو التقاضى وذلك بعكس العقد الباطل، فالعقد الأخير لا ينعقد أصلا ولا تكون هناك حاجة إلى إيقاع بطلانه فالبطلان حاصل من تلقاء نفسه، غير أنه إذا نوزع في البطلان كان لا مناص من رفع الأمر إلى القضاء لتقرير هذا البطلان⁽²⁾.

والتراضى يكون بين المتقاسمين، بعد أن يزول سبب نقص الأهلية، كبلوغ القاصر سن الرشد القانونى وهو 21 سنة ميلادية كاملة، أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو السفیه...الخ.

وإذا لم يتم التراضى عن إبطال العقد - وهذه هى الحالة الغالبة فى العمل - فيكون إبطال العقد عن طريق رفع دعوى الإبطال من ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته، وصدور حكم بذلك.

والقاعدة أنه إذا طلب الإبطال من القاضى ممن تقرر لمصلحته، وتوافر له سببه، وجب على القاضى أن يقضى به، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه. فليس للقاضى كأصل عام سلطة تقديرية فى إجابة طلب الإبطال، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا الحالات التى يقضى فيها القانون بخلافه، والتى ليس من بينها الحالة محل البحث.

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسؤولية المدنية ج1 1978 ص 177.

(2) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة 1984 ص 468 وما بعدها.

وكما يجوز إبطال العقد عن طريق الدعوى، يجوز التمسك به عن طريق الدفع في دعوى مرفوعة ضد القاصر.

322- سقوط دعوى الإبطال بالتقادم :

تنص المادة 140 مدنى على أنه :

"يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه. وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه. وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة وقت تمام العقد".

فالدعوى بإبطال عقد القسمة التى ترفع من ناقص الأهلية يسقط الحق فيها بانقضاء ثلاث سنوات، من تاريخ استكمال نقص الأهلية إذا كانت الدعوى مرفوعة من القاصر، أو من تاريخ زوال سبب الحجر، إذا كانت الدعوى مرفوعة من المحجور عليه.

323- آثار تقرير إبطال عقد القسمة :

تنص المادة 142 مدنى على أنه :

"فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

ولبيان أثر تقرير إبطال عقد القسمة، تجب التفرقة بين آثار الإبطال فيما بين المتعاقدين، وآثار الإبطال بالنسبة للغير، وهو ما نعرض له فيما يلى:

324 - آثار تقرير إبطال عقد القسمة فيما بين المتعاقدين :

إذا تقرر إبطال عقد القسمة رضاء أو قضاء، اعتبر العقد كأن لم يكن، وزال

الوجود القانوني للعقد منذ إبرامه⁽¹⁾، فيعود المتقاسمون إلى حالة الشيوخ التي كانوا عليها قبل القسمة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "بطلان العقد. أثره. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا. مؤداه. محو البطلان لكل أثر للعقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمنى بين عاقيه".

(طعن رقم 1482 لسنة 50 ق جلسة 1987/6/28 - غير منشور)

2- الأثر الرجعي لبطلان البيع أو إبطاله أو فسخه. مؤداه. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع إلى البائع شرطه. ألا تكون ملكية المبيع قد آلت إلى المشتري بسبب آخر من أسباب كسب الملكية".

(طعن رقم 2292 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/22)

ومؤدى ذلك أن كل متقاسم يلتزم قبل الآخر بأن يرد له كل ما أخذه منه أو أن يؤدي له ما يعوضه عنه إذا استحال الرد عليه.

فإذا كانت القسمة بمعدل استرد المعدل من دفعه من الشركاء المتقاسمين مع فوائده القانونية من تاريخ المطالبة القضائية.

ولما كان حق الشركاء فى ثمار المال الشائع يكون بقدر حصة كل منهم، فإنه تحسب ثمار المال الشائع كلها من تاريخ القسمة ويعاد تقسيمها على الشركاء كل بقدر نصيبه، وفى هذه الحالة يلتزم من تقاضى من الشركاء ثمارا تزيد على حصته بأن يردّها إلى الشركاء الآخرين.

ولا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد، إذا كان الشئ الذى تسلمه المتقاسم بمقتضى عقد القسمة الذى أبطل باقيا بذاته لم يهلك أو يتلف

(1) محمود جمال الدين زكى ص 178.

إذ أن ذلك الأساس يتمثل في تسلم غير المستحق أو دفع غير المستحق، فنتيجة الأثر الرجعى لإبطال العقد يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر، من غير أن يكون له حق فيه، ومن ثم يلتزم برده إليه وهذا هو عين ما قضت به المادة 182 مدنى بقولها : "يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق" (1).

أما إذا أصبح إعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت القسمة مستحيلا، كأن تكون القسمة قد تمت بطريق التصفية وبيع المال الشائع بالمزاد أو الممارسة، أو كان المال محل القسمة منقولاً وهلك فى يد الشريك الذى اختص به بمقتضى القسمة بخطأ منه حكم القاضى بتعويض معادل، فيلزم برد قيمته وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر إبطاله باعتبار أن

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 491 - السهنورى جـ 1 ص 588 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 178 - ويذهب الدكتور السهنورى هامش (4) من الصحيفة السابقة، إلى أن الشيء محل التعاقد إذا كان قد هلك بقوة قاهرة فإن المتعاقد إذا كان حسن النية، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين وللمتعاقدين فى جميع الأحوال استرداد الشيء التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. أما إذا كان المتعاقد سىء النية أى يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له التزم برد قيمته وقت الهلاك ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد باقى المتعاقدين وذلك عملاً بالمادة 185 مدنى - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص 492 فيرى أن يرد الالتزام بأداء التعويض العادل إلى تسلم غير المستحق أو دفع ما لا يجب، شأنه فى ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته. إذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعه هلاكه أو تلفه، وإذا كان ذلك راجعاً إلى سبب يعزى له.

وإذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع فى أساسه إلى تسلم غير المستحق، لزم أعمال قواعد هذا النظام بالنسبة إلى الفوائد والثمار (م185)، وبالنسبة إلى تبعه الهلاك، مع مراعاة حسن النية وسوئها.

العقد الذى تقرر إبطاله واقعة مادية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"أساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة إبطال العقد أو إبطاله مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية".

(طعن رقم 138 لسنة 34 ق جلسة 1969/6/4)

325- التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ

عقد القسمة :

إذا أبطل عقد القسمة بسبب نقص الأهلية، إما لأن الوصى أو من فى حكمه أبرمه دون استئذان المحكمة المختصة أو لأن القاصر نفسه هو الذى أبرمه، فإنه يجب إعمال نص المادة 2/142 مدنى التى تجرى على أنه : "ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد "وهو تطبيق لمبدأ عام ورد النص عليه فى المادة 186 مدنى فى دعوى غير المستحق التى تقضى بأن "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به".

فلا يلزم ناقص الأهلية بالرد إلا على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه، فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته، فناقص الأهلية يعامل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته، ويعتبر هذارجوع عن خاصية دفع غير المستحق التى تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هى عين قيمة الافتقار، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التى افتقر بها الدافع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

"... ولكن إذا كان من تسلم الشيء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء. فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به، وبوجه خاص فى حالة ضياع الشيء (المادة 256) وحالة التصرف فيه بسوء نية (المادة 258). أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به، ولو كان سىء النية، ولا يلزم بشىء ما إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائى. وهو لا يؤدى كذلك إلا ما قبض من عوض، إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عينا أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية.

وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة، حالة تسلم ناقص الأهلية لشيء معين بالذات فهو يلزم برده عينا مادام قائما ولو أنه لم يثر منه، باعتبار أنه لم يدخل فى ذمته. وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة 251⁽¹⁾.

وإذا كان ظاهر نص المادة 2/142 يجعل الاسترداد فى حدود المنفعة مقصورا على حالة نقص الأهلية وهو القاصر ثم السفیه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما، إلا أن هذا الحكم يسرى أيضا على عديمى الأهلية، وهم الصبى غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر. ذلك أن الحكم السابق - كما أوضحنا - لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أهم وأشمل أوردها المادة 186 مدنى⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"نيابة الولى عن القاصر نيابة قانونية، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 461 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 493.

هذه الحدود فإنه يفقد صفته النيابية ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليها بسببها".

(طعن رقم 508 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/31)

2- "تنص الفقرة الثانية من المادة 142 من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم - إذا أبطل العقد لنقص أهليته- أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، مما يعنى أن الرد فى هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة 186 من ذات القانون بقولها إنه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المثرى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته".

(طعن رقم 450 لسنة 46 ق جلسة 1979/3/15)

وينبنى على ما تقدم ما يأتى :

1- "إذا كان المال الشائع محل القسمة منقولا، وتسلم القاصر نصيبه عينا معينة بالذات، فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه، لا يكون ناقص الأهلية ملزما قبل الشركاء فى المال الشائع. أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ⁽¹⁾".

2- إذا تبرع ناقص الأهلية بالعين التى تسلمها دون حق، لا يرجع الشركاء بشئ، لأن ناقص الأهلية لم ينتفع بالعين، ولو كان سىء النية وقت أن تبرع.

(1) حسين عامر وعبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية 1979

3- يعتبر ناقص الأهلية قد أفاد من الحصة التي تسلمها إذا كان قد أوفى بها ديناً عليه أو اشترى بها شيئاً نافعا ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعي أو رمم به عقارا حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة، أو بقى المال الذى أخذه فى يده إلى وقت الرد⁽¹⁾.

4- يعتبر نافعا للناصر ما ينفقه فى سبيل تعليمه أو مأكله وملبسه فى الحدود المعقولة التى تتناسب دخله.

5- لا يعتبر نافعا للناصر ما ينفقه فى ملاذه ومجونه أو فى المقامرة أو فى شراء أشياء ضارة أو غير مفيدة.

326- عبء إثبات إثراء ناقص الأهلية :

يقع عبء إثبات إثراء ناقص الأهلية ومدى هذا الإثراء أو حصوله على منفعة ومدى هذه المنفعة على باقى الشركاء المشتاعين، ويجوز لهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن. ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول الإثراء أو المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات الممضاة منه لأنها هى أيضا باطلة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه".

(طعن رقم 450 لسنة 46 ق جلسة 1979/3/15)

327- (ب) - آثار تقرير إبطال عقد القسمة بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر إبطال عقد القسمة على الشركاء فى المال الشائع المتقاسمين، بل يمتد إلى الغير. وهو من رتب له أحد المتقاسمين حقا عينيا على الحصة التى

(1) السنهاورى ج1 ص 1378 هامش (1).

(2) السنهاورى ج1 ص 1378 هامش (1).

آلت إليه بموجب العقد الذى أبطل، فإذا كان القاصر قد رتب للغير حق ارتفاق على الحصة التى وقعت فى نصيبه ثم تقرر إبطال العقد، حق للشركاء المشتاعين استرداد هذه الحصة خالية من حق الارتفاق.

إلا أنه يحد من هذه القاعدة الاستثناء الوارد بالمادة 1034 مدنى بالنسبة للرهن الرسمى والتى تقضى بأن: "يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن".

وكذلك حكم المادتين 15، 17 من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 (المعدل) الذى يستلزم الاحتجاج على الغير بالحكم الصادر بالبطلان أن يتم تسجيل الحكم أو صحيفة دعوى البطلان قبل تسجيل سند هذا الغير⁽¹⁾.

(1) فقد نصت المادة 15 على أنه: "يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجل تلك الدعاوى. ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بجدول المحكمة".

وتنص المادة 17 على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة.

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول".

كما يحد منها أن الغير قد يستفيد من قواعد حيابة العقار بالتقادم إذ لا يقطعه فى حقه سوى مطالبته برد العقار، وكذلك مبدأ حماية حائر المنقول حسن النية⁽¹⁾.

328- زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازة ناقص الأهلية العقد :

تنص المادة 139 مدنى على أن : "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير".

فيكون لناقص الأهلية عند زوال سبب نقص الأهلية، كبلوغ القاصر سن الرشد القانونى وهو 21 سنة ميلادية كاملة، أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو ذى الغفلة أو السفية، أن يجيز القسمة التى تمت بغير استئذان المحكمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعقدة الأثر قانونا أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه، فإن النعى على الحكم الخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح".

(طعن رقم 197 لسنة 18 ق جلسة 1955/2/1)

ويشترط فى الإجازة التى تصحح العقد الباطل أن تصدر من ناقص الأهلية - بعد زوال سبب نقص الأهلية - وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبى من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون

(1) محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه 1980 ص 390.

فيه لصدوره فى مرض الموت، وإن لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل فى صحة العقد المطعون فيه إلا أنه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه".

(طعن رقم 7 لسنة 7 ق جلسة 1937/5/20)

2- "الإجازة التى تصحح العقد القابل للإبطال هى التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازته وإذن فمتى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استنادا إلى هذه الواقعة غير منتج، ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبى كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها من الطعن على العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا".

(طعن رقم 36 لسنة 21 ق جلسة 1953/11/26)

والإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد، فلا حاجة لاقتران قبول بها، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر.

والإجازة تكون صريحة كما تكون ضمنية، والإجازة الصريحة هى تلك التى تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال. إنما لا يشترط فى هذه الإجازة أن تشتمل على بيانات معينة، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح بشرط أن تكون نية المجيز فى الإجازة واضحة.

أما الإجازة الضمنية، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا فى إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال، إذ أن

النزول عن الحق لا يفترض، ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه.
ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته
بالأفعال الآتية :

1- تنفيذ عقد القسمة أو مطالبة باقى المتقاسمين بتنفيذه من جانبهم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره
أن يطلب إبطال العقد. وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب
الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب
البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد".

(طعن رقم 243 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/14)

2- تنفيذ عقد بالقسمة⁽¹⁾.

3- البناء على الحصة التى آلت إليه بموجب عقد القسمة⁽²⁾.

4- التصرف فى معدل القسمة.

5- الاستيلاء على ريع الجزء المفرز الذى آل إليه بموجب عقد القسمة
والاستمرار مدة طويلة على هذه الحال.

6- الانضمام لأبيه فى طلب قسمة عقار مشترك بينهما لقسمة تمت دون
مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغه سن الرشد⁽³⁾.

7- التوقيع على عقود البيع الصادرة من المتقاسمين والمشار فيها إلى أن
أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة الذى أبرمه وهو ناقص الأهلية أو أبرمه
الوصى دون استئذان المحكمة المختصة.

(1) استئناف مختلط فى 16 ديسمبر سنة 1896 - 2 نوفمبر سنة 1916.

(2) استئناف مختلط فى 29 مايو سنة 1913.

(3) استئناف مختلط فى 13 فبراير سنة 1913.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت - في حدود سلطتها الموضوعية - استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها - إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالي لاتعدو المجادلة في ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لاتقبل إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 449 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/3)

إنما لا يعتبر من قبيل الإجازة ما يأتي :

- 1- مجرد سكوت ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته، عن طلب إبطال عقد القسمة مهما طال مدتة، إلا إذا فهم من هذا السكوت نزوله عن طلب الإبطال. أو سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم طبقا لنص المادة 140 مدني.
- 2- دخول ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته في مفاوضات للصلح لم تكلل بالنجاح.
- 3- أن يدفع ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بوجه من وجوه البطلان وتركه الوجوه الأخرى.
- 4- أن يطعن ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بالتزوير على عقد القسمة الذي أبرمه أو أبرمه نائبه، إذ يجوز له بعد الإخفاق في هذا الطعن أن يطلب إبطال بالعقد⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس من القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان العقد لعيب في أهلية

(1) استئناف مختلط في 26 مايو سنة 1904.

المتصرف بعد الإخفاق في الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق مرمى كل من الطعنين على الآخر، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه، في حين أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية موجه إلى ذات التصرف بإنكار توافر الأهلية في التصرف. فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الإدعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لصدور التصرف منه، كما أن الطعن بالتزوير لا يتضمن في ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه في الطعن بعد ذلك في التصرف لعيب في الأهلية".

(طعن رقم 348 لسنة 26 ق جلسة 1962/2/15)

ويعتبر استخلاص حصول إجازة عقد القسمة من عدمه مسألة تدخل في رحاب الواقع، ولقاضي الموضوع فيها القول الفصل، من غير أن يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله⁽¹⁾.

329- أثر إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

إذا أجاز ناقص الأهلية عقد القسمة بعد زوال سبب نقص الأهلية، زال حقه في إبطال العقد واستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال ويعتبر العقد صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الإجازة لأن للإجازة أثر رجعي.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 139. كما نصت على أن ذلك لا يخل بحقوق الغير إذ جرت على أن : "وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"، والمقصود بالغير من كسب حقا عينيا على

(1) عبد الفتاح عبد الباقي - راجع نقض 1962/5/3 المنشور بهذا البند.

الشيء موضوع العقد⁽¹⁾.

(1) السنهوري ج1 ص 570 - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص 477 وما بعدها وهامش (1)، إذ يرى أن فكرة الأثر الرجعى عقيمة وغير ذات موضوع أصلا لأن العقد القابل للإبطال قبل إجازته صحيح ومنتج لآثاره، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى أن ترتد الإجازة إلى ماضيه لتصحيحه، فى وقت كان هو خلاله صحيحا، ومن ناحية أخرى، فالقول بأن أثر الإجازة يستند إلى تاريخ إبرام العقد، "دون إخلال بحقوق الغير"، هو قول مجرد عن المعنى، فليس من المتصور، لو أننا تمشينا مع منطق القانون، أن يخل الأثر الرجعى للإجازة فى ذاته بحقوق الغير، وقد لجأ بعض الفقهاء فى فرنسا وفى مصر إلى تصوير حالة يقع فيها الإخلال. وهم فى هذا الصدد يقولون بأنه إذا باع ناقص الأهلية أرضه لزيد، وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية لبكر أو رهنها له، ثم أجاز البيع الأول، فإن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر الذى تخلص له الملكية دون زيد، أو تنتقل الملكية لهذا الأخير مثقلة بالرهن لصالح بكر... وهذا القول لا يتسق مع مدلول نص المادة 2/139، فهذا النص لا يقضى بأن الإجازة لا تسرى فى حق الغير، وإنما هو يقول إن الذى لا ينفذ فى حق الغير هو استناد تلك الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ومع افتراض أن الإجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير، فإن ذلك لا يؤدى بذاته وبمجرده إلى النتيجة التى يريتها أنصار الرأى الذى نعارضه. فإذا أخذنا المثال السابق، ومؤداه أن يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد، وبعد بلوغه سن الرشد، يبيعه مرة ثانية أو يرهنها لبكر. ثم يجيز البيع الأول، فى هذا المثال، نجد أن البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحا منتجا لآثاره، حتى قبل إجازته. فهو بهذه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية إلى زيد. فإذا جاء البائع بعد ذلك. وتصرف فى الأرض لبكر، فإنه يتصرف له فى ملك الغير. فلا يستطيع أن ينقل إليه الملكية أو يرتب له حق الرهن، لأن فاقد الشيء لا يعطيه. فإذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد، وقلنا إن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجرده أن يخلص الحق لبكر. إذا أن عدم الاعتداد بالإجازة=

= بالنسبة إلى بكر معناه عدم وجودها فى حقه، والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الإجازة ومن قبل صدورها".

(راجع أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 243 وما بعدها)

والإجازة لا تحدث هذا الأثر، إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذى انصبت عليه، والذى استهدف بها تصحيح العقد منه. فإذا قام العقد على أكثر من عيب وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره، مثل نقص الأهلية، تصحح العقد منه، ولكنه يبقى مشوبا بالعيوب الأخرى وقابلا للإبطال بسببها.

330- إثبات إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

يقع عبء إثبات إجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة على مدعى الإجازة، وهم باقى الشركاء فى المال الشائع.

وإذا كانت الإجازة صريحة فإنها تخضع فى إثباتها لحكم القواعد العامة، فإذا كانت قيمة نصيب القاصر تجاوز ألف جنيه فلا يجوز إثبات الإجازة بشهادة الشهود. وإنما يجب إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها.

أما إذا كانت الإجازة ضمنية، فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن، لأن الإثبات هنا ينصب على واقعة مادية دالة على الإجازة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة... الخ".

(طعن رقم 36 لسنة 21 ق جلسة 1953/11/16)

331- استحالة تنفيذ القسمة :

إذا استحال تنفيذ القسمة التى صدقت عليها المحكمة جاز طلب الحكم بإلغائها بدعوى أصلية، وفى الواقع أن القسمة المذكورة إما تعتبر عقدا يبرم تحت إشراف المحكمة ورقابتها، والعقود تفسخ إذا استحال تنفيذها، سواء كانت الاستحالة طارئة أم كانت سابقة للعقد من باب أولى وإما أن يعتبر تصديق المحكمة على القسمة كلها حائزا قوة الشيء المقضى به، ومن المقرر أن استحالة تنفيذ الأحكام مما يضيع قوة

الشيء المقضى به ويجوز إعادة النظر فى النزاع من جديد⁽¹⁾.

332 - دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

يجوز لكل ذى مصلحة من الشركاء فى المال الشائع الذين أبرموا القسمة الاتفاقية، أن يرفع دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة، وباختصاصه بنصيبه المبين بالعقد، كما له أن يضيف طلب تسليم الحصة التى اختص بها إليه. ويكون على المحكمة التى تنظر الدعوى الوقوف على توافر أركان القسمة من رضا ومحل وسبب، على النحو الذى أوضحناه، سلفاً.

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيمياً طبقاً للقواعد العامة، فترفع إلى المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز أربعين ألف جنيه وإلى المحكمة الابتدائية إذا تجاوزت هذه القيمة. والعبرة فى تقدير قيمة الدعوى بقيمة المال محل القسمة (م 7/37 مرافعات)، أى قيمة المال الشائع جميعه وليس نصيب المدعى فقط. فإذا كان المال عقاراً مبنياً قدرت قيمته باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية. فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته (م 1/37 مرافعات معدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999)، وعلى ذلك لا يعتد بالقيمة الثابتة بعقد القسمة⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 154 - حكم محكمة بنى سويف الابتدائية فى 16 أكتوبر 1914

المشار إليه فى المرجع السابق فى هامش رقم (1) فى ذات الصحيفة.

(2) وقد قضت محكمة النقض - الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - بصدد تقدير قيمة دعوى الشفعة - بتاريخ 1988/4/27 فى الطعن رقم 321 لسنة 57

=

ق بأن :

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد قدر - صحيحاً - وبما لا خلاف عليه بين طرفى الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيهاً وسبعمائة وثلاثين مليماً - وذلك طبقاً للبند الأول من المادة 37 من قانون المرافعات - اعتباراً بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية

333- قضاء النقص فى شأن رسوم دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

1- "رسم الدعوى التى ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لأن الحكم فى الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشريكين فى هذا القدر بأكمله وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة 75 من القانون رقم 90 لسنة 1944 الخاص بالرسوم القضائية".

(طعن رقم 12 لسنة 23 ق جلسة 1956/11/5)

2- "رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة. وجوب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه. علة ذلك لقلم الكتاب التحرى عن القيمة الحقيقية للعقار بحسبانه أرضا معدة للبناء. مادة 75 ق 90 لسنة 1944 المعدلة بالقانون رقم 60 لسنة 1964".

(طعن رقم 118 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/24 - غير منشور)

3- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء فى عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤداه أن فرز وتجنيب حصته التى تم التراضى على فرزها بذلك العقد ينبى عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أى أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وأن الحكم الذى صدر قد حسم النزاع بين الشركاء فى شأن المال موضوع العقد جميعه لا حصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة 75 من المرسوم بقانون رقم 90 لسنة 1944 بشأن الرسوم

العقار المشفوع فيه فيرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضى التى يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها - بما يجعل الدعوى تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية فإن الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استثناءه - والبين من أسباب الحكم أنه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها 589 جنيها".

القضائية فى المواد المدنية".

(طعن رقم 881 لسنة 55 ق جلسة 1990/2/8 - غير منشور)

334- دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة غير قابلة للتجزئة :

دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعوى غير القابلة للتجزئة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... ولما كان الحكم المستأنف صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة هو صحة ونفاذ القسمة التى تمت بين أطراف الخصومة. فإن بطلان الاستئناف بالنسبة لها (المستأنف عليها الثالثة) يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم".

(طعن رقم 566 لسنة 35 ق جلسة 1970/3/12)

ومن الآثار التى تترتب على كون دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعاوى غير القابلة للتجزئة أعمال نص المادة 218 مرافعات التى تجرى على أن : "فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه.

على أنه إذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضمًا إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن. وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم..... الخ".

335- سلطة القاضى المستعجل فى فرض الحراسة على الأموال

الشائعة محل عقد القسمة :

أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1985/2/28 فى الطعين رقمى 1480، 1635 لسنة 54 ق إذ قضت بأن :

1- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير توافر النزاع الجدى والخطر الموجبين للحراسة من المسائل الواقعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب سائغة تكفى لحمله".

2- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاضى الأمور المستعجلة يتمتع عليه أن يمس أصل الحق فى الإجراء المؤقت الذى يأمر به، وإذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بفرض الحراسة القضائية محمولا على قيام النزاع الجدى حول صحة وقيام عقدى القسمة... فإن تكليفه الحارس بتوزيع صافى ريع الأموال محل الحراسة على الخصوم طبقا لأنصبتهم الشرعية فى التركة ينطوى على إهدار لعقدى القسمة واعتبار أن الأموال محلها تركة شائعة بين الورثة وهو ما يمس أصل الحق بما يعيبه بمخالفة القانون".

336- أوجه الطعن فى القسمة الاتفاقية :

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، ومن ثم يجوز الطعن على عقد القسمة بكافة أوجه الطعن التى توجه إلى أى عقد من العقود.

فيجوز للشركاء الطعن على القسمة بما يأتى :

1- بالبطلان المطلق، كما إذا تمت القسمة بين الشركاء على أموال مورثهم الشائعة حال حياته، باعتبار أن القسمة تعد تعاملًا فى تركة مستقبلية.

2- بالإبطال إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م 120 مدنى) أو لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع.

3- بالإبطال للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد (م 125 مدنى)⁽¹⁾.

4- بالإبطال للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس (م 127 مدنى).

والمشرع وإن أجاز إبطال العقد للغبن بالتفصيل الذى نصت عليه المادة 129 مدنى التى تجرى على أن: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجوز أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن".

(1) وقد قضى بأن :

"إذا رفضت المحكمة دعوى بطلان القسمة بناء على أن ما يقوله المدعى من أن الأرض التى اختص بها بموجب العقد وجدت بعد مساحتها تغاير المقادير الموضحة فيه لا يؤثر فى صحة القسمة ووجوب احترامها فإنها لا تكون مخطئة فى ذلك، لأن اختلاف المساحة لا يؤثر فى صحة العقد مادام قد احتيط فيه بذكر أن المقادير تقريبية، مما ينتفى معه القول بوجود غش أو خطأ فى القسمة".

إلا أننا سنرى أن المشرع نظم نقض القسمة للغبن على خلاف ما جاء بهذه المادة، وما جاء بالمادة 425 مدنى بخصوص الغبن فى البيع، وذلك لما للغبن فى القسمة من أهمية خاصة.



مادة (836)

- 1- إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية.
- 2- وتندب المحكمة إن رأت وجها لذلك، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته.

الشرح

القسمة القضائية :

337- المقصود بالقسمة القضائية :

القسمة القضائية هى القسمة التى تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها، رغم معارضة بعض الشركاء فى إجرائها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء فى المال الشائع تسمى دعوى (قسمة).

338 - متى يلجأ الشريك فى المال الشائع إلى القسمة القضائية ؟

تنص المادة 1/836 مدنى على أن : "إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية".

وتنص المادة 1/140 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال على أن: "على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إن كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية".

وتتص المادة 79 من المرسوم بقانون سالف الذكر على أن: "يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى بشأن مال القاصر من أحكام".
ويبين من هذه النصوص أن الشريك في المال الشائع يلجأ إلى القسمة القضائية في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا لم يتفق جميع الشركاء في المال الشائع على إجراء قسمة اتفاقية، سواء كانوا رافضين لمبدأ القسمة الاتفاقية، أو كانوا متفقين على هذا المبدأ، ولكن اختلفوا في تحديد الأنصبة. فيكون للشريك الذي يريد الخروج من الشيوع رفع دعوى القسمة.

الحالة الثانية :

أن ينعقد إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية، ولكن كان من بينهم من هو ناقص الأهلية (قاصر أو مجنون أو معتوه أو ذو غفلة أو سفيه أو غائب)، واستأذن الوصي أو القيم أو وكيل الغائب - بحسب الأحوال - المحكمة في قسمة المال اتفاقاً، فلم تأذن له، أو أذنت له مبدئياً بالقسمة الاتفاقية، ولكنها لم توافق على القسمة عند عرض مشروع العقد عليها للتنبث من عدالته، وقررت اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

الخصوم في دعوى القسمة :

339- رفع الدعوى من أحد الشركاء في المال الشائع ضد باقي الشركاء

:

ترفع دعوى القسمة من أحد الشركاء في المال الشائع، إذا لم يتفق جميع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحد، إذا كان هو فقط الذي لم يوافق على القسمة

الاتفاقية.

وترفع الدعوى من أحد الشركاء أو أكثر ولو كانت ملكيتهم لحصة فى المال الشائع طارئة ليست ملكية أصيلة منذ بدء الشروع، وهذا ما سنعرض له بالتفصيل. وترفع الدعوى على باقى الشركاء فى المال الشائع، أى الشركاء عدا المدعين.

340- الأجنبى المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين :

إذا باع أحد الشركاء حصته فى المال الشائع لأجنبى أى لشخص ليس من بين الشركاء المشتاعين فإن هذا الأجنبى يصبح شريكا فى المال الشائع بدلا من الشريك البائع له، والذى يترتب على بيعه لحصته إخراجة من الشروع⁽¹⁾. غير أنه إذا كان المال الشائع عقارا، فإنه يشترط لاعتباره شريكا فى الشروع، أن يكون قد سجل عقد شرائه، لأن الملكية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

فلا يكفى لاعتباره مالكا وبالتالي شريكا أن يكون قد رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد شرائه وسجل صحيفة الدعوى. وطالما أصبح المشتري شريكا فى الشروع فإنه يجوز له رفع دعوى القسمة، كما يجب على المدعى فى دعوى القسمة اختصامه فى الدعوى ضمن باقى الشركاء.

وإذا تصرف الشريك فى حصته لأجنبى، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة، فإن البائع لا يعتبر ممثلا للمشتري فى دعوى القسمة، ويتعين اختصام المشتري فى الدعوى.

غير أن المشتري الذى لم يسجل عقده، يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "للشريك على الشيوع فى عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة فى بعض العقارات. وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعا ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة هذه الأوطيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة. ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة ذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا فى القدر الذى يملكه البائع - والمشتري دون البائع - هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة".

(طعن رقم 154 لسنة 22 ق جلسة 1955/10/20)

2- "أوجبت المادة الأولى من القانون رقم 18 لسنة 1923 تسجيل جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره. ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم فى كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة 452 مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع، وكان يبين من الوقائع التى أثبتتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الإرثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذ الملكية لا

تنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 283 لسنة 25 ق جلسة 1960/4/21)

3- "الأصل أن البائع لا يمثل المشتري فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى، وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة".

(طعن رقم 79 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/24)

4- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله، قبل تسجيل سند القسمة، فالمشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة. ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها".

(طعن رقم 1157 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/28)

5- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف بالبيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشتري منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل

انتهاء إجراءات القسمة".

(طعن رقم 1920 لسنة 50 ق جلسة 1982/1/24)

وإذا تصرف الشريك فى حصته الشائعة لأجنبى، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة، فإن البائع لا يعتبر ممثلاً للمشتري فى دعوى القسمة، ويتعين اختصاص المشتري فى الدعوى.

341- الأجنبى المشتري لحصة مفرزة من أحد الشركاء المشتاعين :

إذا باع أحد الشركاء فى المال الشائع حصة مفرزة فى العقار الشائع إلى أجنبى عن الشيوع، فإنه لا يترتب على ذلك أن يصبح المشتري شريكاً فى الشيوع بدلاً من الشريك البائع، لأن هذا البيع لا ينفذ فى حق الشركاء فالمشتري لا يعتبر مالكا إلا تحت شرط واقف، هو حصول القسمة ووقوع الحصة المبيعة فى نصيب البائع.

ومن ثم فإنه لا يجوز للمشتري رفع دعوى القسمة، كما لا يلزم اختصاصه فيها⁽¹⁾.

غير أنه يجوز له تطبيقاً للمادة 1/842 مدنى بوصفه دائناً لأحد الشركاء أن

(1) السنهورى ص 1209 - الصده ص 225 - أحمد سلامة ص 284 - وقارن محمد على عرفه ص 430 إذ يقول: "لا نرى مسوغاً قانونياً لحرمان هذا المشتري من رفع دعوى القسمة إذا سجل عقده قبل رفعها فعلاً، وذلك لأن له مصلحة جدية فى رفع هذه الدعوى حتى يطمئن إلى نتيجة عقده، ولا يظل مصير التصرف الصادر إليه معلقاً بأيدي باقى الشركاء دون أن يكون فى وسعه وضع حد لحالة القلق الناشئة عن طبيعة مثل هذا التصرف، لاسيما أنه لا يستطيع المطالبة ببطلانه إذا اشترى وهو عالم بحالة الشيوع.

والقول بخلاف ذلك يؤدى إلى موقف غريب حقاً، إذ يكون للشريك الذى تصرف فعلاً فى قدر مماثل لحصته وقبض الثمن حق طلب القسمة مع انعدام مصلحته فى طلبها، بينما يتمتع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية، وهو المشتري الذى دفع الثمن فى مقابل تملك حصة هذا الشريك !! وظاهر ما فى هذا الوضع من مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون".

يعارض فى أن تتم القسمة بغير تدخله، ويترتب على هذه المعارضة إلزام الشركاء بإدخاله فى جميع الإجراءات، ويجب على كل حال إدخاله إن كان قد توصل إلى تسجيل البيع الصادر له- إذا كان عقارا - قبل رفع دعوى القسمة، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقه.

كما يجوز له باعتباره دائنا للبائع أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (م 235 مدنى).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء، فإن المشتري فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدنى - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله فى القسمة، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء، فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها، ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلس له هذا القدر، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة".

(طعن رقم 1409 لسنة 49 ق جلسة 1981/1/20)

2- (أ) - "النص فى الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدنى على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة يدل على أن بيع الشريك المشتاع

لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجوز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا".

(ب) - "بيع الشريك في العقار الشائع قدرا مفرزا قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشتري - بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدني - شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله في القسمة حتى لو سجل عقده قبل القسمة".

(طعن رقم 2123 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/25)⁽¹⁾

وترتيباً على ما تقدم قضى بأن :

(1) قارن عكس ذلك :

1- "جرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع في التركة أن يبيع حصة محددة، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز".

(طعن رقم 111 لسنة 22 ق جلسة 1955/6/30)

2- "ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع. وتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكا لباقي الشركاء تجب مخاصمته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقيون من الشركاء عقده. وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق - سواء أكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري، وهذا الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة 826 منه".

(طعن رقم 361 لسنة 22 ق جلسة 1956/6/28)

(راجع أيضا ذات المبدأ : نقض 1932/6/16 مجموعة عمر ج1 رقم 58 ص 131 -

1940/5/3 مجموعة عمر ج3 رقم 54 ص 189)

"النص في الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدني على أن بيع الشريك المشتاع لجزء من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا".

(نقض طعن رقم 383 لسنة 57 ق - جلسة 1990/7/25)

342- المالك لحصة في الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف :

يجوز رفع دعوى القسمة من الشريك الذي يملك حصة في المال الشائع تحت شرط فاسخ، وإذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء وجب عليهم اختصاصه في الدعوى.

أما الشريك الذي يملك حصته تحت شرط واقف فإنه لا يجوز له رفع دعوى القسمة، لأنه لا يملك سوى اتخاذ الإجراءات التحفظية، والقسمة لاتعد من الإجراءات التحفظية.

أما إذا رفعت دعوى القسمة من غيره من الشركاء، ولو من الشريك الذي يملك حصة تحت شرط فاسخ فإنه يجب اختصاصه في الدعوى⁽¹⁾.

343- جواز إدخال من لم يختص من الشركاء في المال الشائع قبل

الفصل في دعوى القسمة :

إذا لم يختص المدعى في دعوى القسمة جميع الشركاء في المال الشائع - بالتفصيل السابق - فله تدارك ذلك وأن يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء.

كما يجوز هذا الإدخال بناء على طلب المدعى عليهم (مادة 117 مرافعات). ويجوز أيضا للمحكمة إدخالهم في الدعوى من تلقاء نفسها (م 118 مرافعات). ويجوز للشريك الذي لم توجه إليه دعوى القسمة أن يطلب التدخل فيها.

(1) السنهاورى ص 1211 - أحمد سلامه ص 384.

344- جزاء عدم اختصام بعض الشركاء في المال الشائع في دعوى القسمة :

إذا لم يتم اختصام بعض الشركاء في المال الشائع - بالتفصيل السابق - فإن الحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على من لم يتم اختصامه⁽¹⁾.
ولكن لا يجوز للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى التحدى بأن الدعوى لم توجه إلى كافة الشركاء بطلب الحكم بعدم قبولها، لأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبي لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذي لم يختصم وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة في حقه⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "جرى قضاء محكمة النقض بأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى الفرز والتجنيب هو بطلان نسبي لا يحق التمسك به إلا للشريك الذي لم يكن طرفاً فيها".

(طعن رقم 220 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/24)

2- "وفقاً للمادة 834 من القانون المدني يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذي كانوا طرفاً في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم".

(طعن رقم 376 لسنة 43 ق جلسة 1983/4/26)

(1) السنهاورى ص 1209 - الصده ص 325 - إسماعيل غانم ص 185 - جميل الشراوى ص 156 - أحمد سلامة ص 384 ومابعدها.
(2) السنهاورى ص 1209 - إسماعيل غانم ص 185.

ولما كانت إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا جزءا من إجراءات دعوى القسمة فإنه يجب اختصاص جميع الشركاء فيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان قانون المرافعات القديم قد نص فى المادة 626 على أنه إذا لم تمكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختيارا، وكانت المادة 620 مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة "بالأوجه المعتادة" بمقتضى شروط وروابط للبيع تودع مقدما قلم كتاب المحكمة، إلا أن هذا لا يعنى إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا، وأنها جزء من إجراءات دعوى القسمة التى يجب أن يكون جميع الشركاء أطرافا فيها، فإذا حدد قاضى البيوع بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى، ولا يكفى إمكان علمهم بما ينشر أو يلصق من إعلانات، إذ هم أطراف الدعوى الذين يجب أن تتم الإجراءات جميعا فى مواجهتهم، وإلا كان حكم رسو المزاد غير صالح لأن يحاج به من لم يعلن من الشركاء وعدم إعلان الشريك هو إغفال لإجراء جوهري يعتبر أصلا من الأصول العامة فى التقاضى، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مشترى، أو حق طلب زيادة العشر أو إجراء البيع فى مكان آخر غير المحكمة ويترتب على ذلك أن إغفال إعلان الشريك باليوم الذى يحدد للبيع سواء لأول مرة بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى موجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه. وإذن فالحكم الذى يبنى على أن القانون لا يوجب إعلان الشريك باليوم الذى يحدده قاضى البيوع لإجراء البيع لعدم إمكان القسمة يكون مخطئا فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 112 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/29)

345- اعتبار دعوى القسمة من قبيل المطالبة بحق يترتب عليها

سقوط دعوى الحيازة التى رفعها الشريك طالب القسمة :

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ

1995/11/9 فى الطعن رقم 852 لسنة 61 ق ذهبت فيه إلى أن :

"إذ 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 وإنما بقسمة المال إلى حصص أو التجنيب بما يستتبع أن يثبت كل شريك أصل ملكيته لحصته الشائعة فى هذا المال وتتسع معه هذه الدعوى بالتالى للفصل فى المنازعات التى قد تثور حول هذه الملكية وذلك على النحو الذى بينته المادة 838 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 ادعائه بالحيازة الذى يكون قد أقام به الدعوى قبل رفعه دعوى القسمة".

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة :

346- النصوص القانونية :

تنص الفقرة الأولى من المادة 836 مدنى على أنه : "إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية".

وتنص المادة 43 مرافعات (معدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999) على أن:

"تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم الابتدائى مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها ألفى جنيه فيما يلى :

- 1- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف.
- 2- دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع.
- 3- دعاوى قسمة المال الشائع.
- 4- الدعاوى المتعلقة بالأجور والمرتببات وتحديدها".

347- المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى :

تختص المحكمة الجزئية نوعياً بالفصل فى دعاوى قسمة المال الشائع أياً كانت قيمة المال، أى ولو جاوزت قيمته نصاب المحكمة الجزئية وهو أربعون ألف جنيه، وكانت الدعوى تدخل بحسب الأصل فى اختصاص المحكمة الابتدائية. وهذا اختصاص نوعى استثنائى للمحكمة الجزئية نصت عليه المادتان 1/836، 838 مدنى والمادة 43 مرافعات.

وجعل الشارع الاختصاص للمحكمة الجزئية فى دعاوى قسمة المال الشائع ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها المحدد فى قانون المرافعات، تأسيساً على أن اختصاصها - كما سنرى - لا يتناول إلا إجراءات القسمة، وإجراءات القسمة لا تختلف بحسب قيمة المال المراد قسمته، ورغبة فى التعجيل بالإجراءات وحتى لا يطول أمد نظر الدعوى أمام المحكمة.

348- المحكمة المختصة محلياً بنظر الدعوى :

يجب التفرقة فى بيان المحكمة المختصة محلياً بنظر دعوى القسمة بين ما إذا كان المال الشائع محل القسمة عقاراً أو منقولاً فإذا كان المال الشائع عقاراً، كانت المحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً فى دوائر محاكم متعددة⁽¹⁾، وليس من اللازم فى تحديد المحكمة المختصة

(1) كانت الفقرة الأولى من المادة 1204 من المشروع التمهيدي (التي أصبحت المادة 836 مدنى) تنص على أنه : "أما إذا اختلف الشركاء، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن

إذا كان العقار مجزأً أن تكون هي المحكمة التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة، لأن النص لا يضع هذا الشرط⁽¹⁾.

أما إذا كان المال الشائع منقولاً كانت المحكمة المختصة، هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا.

349- إجراء القسمة العينية :

تنص الفقرة الثانية من المادة 836 على أن "وتتدب المحكمة إن رأت وجها لذلك، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحق نقص كبير في قيمته".

فتبدأ المحكمة عند نظر دعوى القسمة، بنadb خبير أو أكثر إذا رأت وجها لذلك لإجراء القسمة. فقد يرى القاضي أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات خاصة فيقوم بتولى هذه العملية بنفسه، إلا أن العمل بالمحاكم جرى على ندب خبير لإجراء القسمة.

وتكون مهمة الخبير بيان ما إذا كان المال الشائع المراد قسمته، يمكن قسمته عينا دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته، أم أنه لا يمكن ذلك.

فإذا كانت قسمة المال عينا دون نقص كبير في قيمته غير ممكنة، فإن المحكمة تلجأ إلى طريق قسمة التصفية بالتفصيل الذي سنذكره. أما إذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة دون نقص كبير يلحق المال في قيمته، فإن الخبير يسير في إجراءات القسمة.

يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية التي تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة وإن كان المراد قسمته منقولاً فأمام المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم - "إلا أن لجنة المراجعة حذفت الشق الأخير من الفقرة المتعلقة بالاختصاص المحلى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 106 وما بعدها).

(2) الدكتور جميل الشرفاوى قواعد اختصاص المحاكم المدنية 1956/1955 ص114.

(أنظر شرح المادة 837).



مادة (837)

1- يكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته.

2- وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

الشرح

350- كيفية إجراء القسمة العينية إذا كانت ممكنة دون نقص كبير يلحق المال في قيمته :

إذا تبين أن قسمة المال الشائع عينا ممكنة دون نقص كبير يلحق المال في قيمته، فإن الخبير يسير في إجراءات القسمة، فيقسم المال الشائع حصصا مفرزة على أساس أصغر نصيب إن كان ذلك ممكنا، فتكون بذلك حصصا متساوية ويستوى في ذلك أن تكون القسمة كلية تشمل كل المال الشائع وجميع الشركاء، أو جزئية من حيث المال أو من حيث الشركاء بأن يكون المراد قسمته أحد الأموال الشائعة فيقسم هذا المال عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتترك بقية الأموال شائعة، أو بأن يكون من طلب القسمة هم بعض الشركاء فيفرز الخبير نصيبهم ثم يقسمه حصصا على أساس أصغر نصيب أيضا.

وعلى ذلك لو افترضنا أن الشركاء ثلاثة وكان لشريك خمس المال وللشريكين الآخرين الباقي بالتساوي، كونت الحصص على أساس الخمس لأنه أصغر نصيب. وإذا كانت أنصبة الشركاء نصف وثلاث وسدس قسم المال أسداسا. فإذا كانت أنصبتهم هي الثلثان والرابع وجزء من اثني عشر يقسم المال إلى اثني عشر جزءا وهكذا⁽¹⁾.

(1) توفيق فرج ص 259.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

"فإذا أمكن قسمة المال عينا دون أن تلحقه نقص محسوس وعين خبير لتكوين الحصص، كونها على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين.. أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثالث والسدس فيقسم المال أسداسا، أو تكون أنصبتهم هى الثلثان والرابع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال إلى اثنى عشر جزءا وهكذا"⁽¹⁾.

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص متساوية، ولا يقصد بتعذر القسمة أن تكون مستحيلة وإنما يمكن أن يتحقق هذا التعذر فى غير حالة الاستحالة، كأن يكون من شأن تقسيم المال إلى حصص صغيرة أن تنقص قيمتها، أو يقتضى إجراءات معقدة لا تبررها المصلحة المقصودة أو أن توقع فى نصيب الشريك أجزاء متناثرة يصعب استغلالها⁽²⁾.

فى هذه الحالة يتولى الخبير قسمة المال الشائع إلى أجزاء مفرزة، كل منها يمثل حصة أحد الشركاء أى إجراء القسمة على أساس إفراز جزء لكل شريك وفقا لحصته وهذا ما يسمى بالقسمة بطريق التجنيب ولا يلزم فى هذه الحالة اتفاق جميع الشركاء بل يكفى أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص متساوية، وهذا على خلاف ما كان مقررا فى القانون المدنى القديم حيث كان يجب اتفاق الشركاء جميعا على إجراء القسمة بطريق التجنيب عند تعذر إجرائها بطريق الاقتراع وإلا بيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 129 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 1222 وما بعدها - أحمد سلامه ص 391 - إسماعيل غانم ص 189.

"كانت نصوص القانون المدني القديم تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنيب، فإن تعذر الأمران - إجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب، وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته - ولكن هذه النصوص وإن اتفقت مع نص الفقرة الأولى من المادة 837 من القانون المدني الحالي في أن القرعة هي الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب إذا اتفق على ذلك الشركاء إلا أن النصوص تختلف في حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيدا لإجراء القرعة فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضا الشركاء بينما يبيح القانون الحالي ذلك".

(طعن رقم 385 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

وفى حالتى القسمة على أساس الحصص أو بطريق التجنيب، قد يحدث ألا يتمكن الخبير من جعل الحصص أو الأجزاء المفزة متساوية تماما، وحينئذ يساوى بين الحصص أو الأجزاء عن طريق ما يسمى (بالمعدل)، وهو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم بدفعه من وقع فى نصيبه - بطريق القرعة كما سنرى - الحصة الكبرى أو من آل إليه الجزء الأكبر قيمة، والدائن بهذا المعدل هو الشريك الذى وقعت فى نصيبه الحصة الأصغر أو من آل إليه الجزء الأقل قيمة، وذلك تعويضا له عن النقص فى نصيبه.

وعلى هذا نصت المادة 2/837 مدنى إذ جرت على أن: "إذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص فى نصيبه". وبالبداية فإنه لى يتحدد مقدار المعدل فإنه يلزم أن يسبقه تحديد قيمة ما آل إلى كل شريك. والعبرة فى تحديد هذه القيمة هى بوقت إجراء القسمة، إذ فى هذا الوقت يصبح كل شريك مالكا ملكية مفزة لما آل إليه، ومن ثم فلا عبرة بقيمة الحصة عند بدء الشروع، ولا عند رفع دعوى القسمة، وهذا الحل هو الذى أخذ به الشارع المصرى فى تقدير الغبن عند طلب نقض القسمة الاتفاقية للغبن كما

رأينا⁽¹⁾.

وقد جاء بالمشروع التمهيدى أنه :

"فإذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب جاز له أن يقسم بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتعادل مع حصته، وإذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل"⁽²⁾.

وظاهر من عبارة نص المادة 2/837 مدنى سالفة الذكر أن هذا الحكم استثناء فلا يجوز الالتجاء إلى هذه الطريقة إلا عند الاقتضاء وبالتالي يجوز للشريك الذى لم يختص بكامل حصته عينا أن يعارض فى تكوين الحصص على أساس المساواة فى القيمة ويكون على المحكمة أن تأمر بتحقيق المساواة العينية بين الحصص إذا تبين لها أن إجراء القسمة ممكن على هذا الأساس⁽³⁾.
ويصح أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ولو كان يمكن قسمة المال على أساس

(1) السنهورى ص 1224 - أحمد سلامة ص 392 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 229- منصور مصطفى منصور ص 192- إسماعيل غانم ص 189 - ويجب ملاحظة أنه من المستحيل أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الأموال الشائعة وقت صدور الحكم بالقسمة، إذ أن تكوين الحصص إنما يتم حتما قبل صدور الحكم. كما أن مهمة الخبير تستغرق عادة فترة غير قصيرة، وهو لن يستطيع تقدير كافة الأموال الشائعة جميعا فى وقت واحد. ومع ذلك فإنه من الضرورى أن يكون الأساس فى تقديرات الخبير تاريخا موحدا. ولذلك جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن لقاضى الموضوع أن يحدد تاريخا معينا، يراعى فيه أن يكون أقرب تاريخ مستطاع إلى وقت صدور الحكم بالقسمة، يتخذ أساسا للتقدير بحيث تكون العبرة بقيمة الأموال الشائعة جميعا فى ذلك التاريخ وهذا القضاء جدير بالاتباع فى مصر، فهو يكفل التوفيق بين الاعتبارات المختلفة التى تنتازع الموضوع (إسماعيل غانم ص 189 وما بعدها هامش 1).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 120.

(3) محمد على عرفه ص 432.

تكوين الحصص، وذلك إذا اتفق جميع الشركاء على ذلك، ذلك أن المشرع وضع هذا القيد بقصد حماية مصالح الشركاء، فإن هم أجمعوا على عدم تمسكهم به كان ذلك من حقهم⁽¹⁾.

ومتى طلب الشريك أن تكون القسمة بطريق التجنيب أو وافق على التجاء الخبير إليها فلا يجوز له الرجوع في طلبه أو موافقته⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانية درجة في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة".

(طعن رقم 385 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

وإذا طلب المدعى في دعوى القسمة فرز وتجنيب نصيبه في المال الشائع، ولم يطلب المدعى عليهم ذلك، كان على الخبير فرز وتجنيب نصيب المدعى فقط وإبقاء المدعى عليهم في الشيوع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت المحكمة قد ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب - المدعين - طالبي القسمة والخصم الثالث الذي انضم إليهم بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له فلا تثريب على الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعين وأبقى عليهم في الشيوع".

(طعن رقم 385 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

351- أحكام خاصة بقسمة بعض الأموال الشائعة إذا كان سبب

(1) السنهاورى ص 1223 - أحمد سلامة ص 391.

(2) السنهاورى ص 1223 هامش (2) - أحمد سلامة ص 392.

الشيوع هو الميراث :

وردت هذه الأحكام فى المادتين 905، 906 من التقنين المدنى .
 والمادة 905 أوردت الأحكام الخاصة بقسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، فنصت على أنه : "إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع استئزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استئزال، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية".

ومن أمثلة الأوراق والأشياء المذكورة بالنص ملابس المورث ومذكراته وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وما إلى ذلك.

وهذه يترك طريقة تقسيمها إلى الورثة فإذا لم يتفقوا على ذلك، يقدر القاضى بشأنها ظروف العائلة والظروف الشخصية للورثة، فقد يأمر ببيعها وقد يعطيها لوارث معين بعد استئزال قيمتها من نصيبه فى الإرث أو دون الاستئزال⁽¹⁾.

وقد جرى القضاء الفرنسى على أن للورثة الذين لم تؤل إليهم هذه الأوراق أو الأشياء الحق فى استخراج صور منها. وهذا قضاء جدير بالاتباع فى مصر .

والمادة 906 خاصة بالمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها فنصت على أن :

"إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به. وثن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستئزل من نصيب الوارث فى التركة، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل".

(1) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 272.

ومثل المستغل الزراعى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها البستان ومثل المستغل الصناعى المصنع ومثل المستغل التجارى المتجر. فقد لاحظ المشرع أن من شأن تقسيم المستغل إنقاص قيمته⁽¹⁾، كما أن اتباع طريق القرعة قد يؤدى إلى أن يقع المستغل فى نصيب وارث لا تتوافر لديه الخبرة اللازمة للاستمرار فى استغلاله.

ومن ثم أوجب النص تخصيص المستغل برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع بإدارته. ويستنزل ثمن المستغل من نصيب الوارث فى التركة⁽²⁾.

ولم يتعرض النص لحالة ما إذا كانت قيمة المستغل تزيد على نصيب الوارث، على أنه ليس هناك من مبرر فى هذه الحالة لمنع تطبيق قاعدة تخصيص المستغل لأقدر الورثة على إدارته إن طلب ذلك، على أن يدفع الفرق فى القيمة، وهذا ما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدى⁽³⁾.

وإذا كان من بين الورثة أكثر من واحد يستطيعون النهوض بالمستغل فيكون وجه التفضيل بينهم من يعطى أعلى قيمة مع الاحتفاظ دائما بمستوى ثمن المثل على الأقل، فقد جعل الشارع المزايدة فى القيمة مناسبا للترجيح بين الورثة الذين يستطيعون إدارة المستغل.

وإذا كان المستغل زراعيا فإن حكم المادة 906 مدنى سالف الذكر قد يتعارض مع حكم المادتين 23، 24 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952

(1) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 274.

(2) وقد ورد النص فى المشروع التمهيدى على تقدير ثمن المستغل بمراعاة قيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط، وجعلت لجنة المراجعة الثمن باعتبار (قيمة إيراده)، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت النص على الوضع الحالى وذكرت تبريرا لذلك أن "الإيراد قد يتأثر بطريق الاستغلال وقدرة المستغل" - مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 274 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 274.

بشأن الإصلاح الزراعى.

فقد نصت المادة 23 على أن: "إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الأراضى الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم، فإذا تعذر الاتفاق رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة للفصل فيمن تؤول إليه الأرض، فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقي الأنصبة قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد. وتفصل المحكمة فى الطلب بغير رسوم".

وتنص المادة 24 على أن: "تفصل المحكمة الجزئية - فى أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة - من يحترف الزراعة من ذوى الشأن، فإن تساوا فى هذه الصفة اقترح بينهم.

على أنه إذا كان سبب الملكية الميراث فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة، فإن تساوا فى هذه الصفة قدم الزوج فالولد، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم".
والرأى الغالب أن حكم المادة 906 مدنى هو واجب التطبيق لأن المادة المذكورة تعتبر فى هذا الصدد نصا خاصا. فهى تتناول صورة خاصة من الأراضى الزراعية هى المستغل الزراعى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، ومن ثم تقيد نص المادة 24 من قانون الإصلاح الزراعى وهو نص عام التطبيق على كافة الأراضى الزراعية⁽¹⁾.

(1) راجع مؤلفنا مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الإصلاح الزراعى والزراعة 1993

ص 284 - الدكتور حسام الدين الأهوانى أصول القانون الزراعى 1975 =

= ص 221 وما بعدها وفى هذا المعنى: محمد على عرفه شرح قانون الإصلاح الزراعى

الطبعة الثانية 1954 ص 127 - وعكس ذلك أحمد سلامة القانون الزراعى الطبعة الثانية

352- هل يجوز أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد؟

يمكن القول بوجه عام، أنه لا يصح للقاضي أن يلجأ إلى إنشاء حق جديد، رغم معارضة بعض الشركاء، إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة المحافظة على قيمة المال الشائع. أما إذا أمكننا القسمة عينا، أو أمكن بيع المال في المزاد، بغير إنشاء حقوق جديدة، ودون أن يترتب على ذلك نقص كبير في قيمة المال، فلا يصح للقاضي أن ينشئ حقاً جديداً.

ففيما يتعلق بحق الارتفاق، يصح للقاضي أن يقسم العقار الشائع أجزاء ويقرر لأحد الأجزاء حق ارتفاق على جزء آخر أو على الأجزاء الأخرى، إذا اقتضى ذلك حسن الاستغلال وكان من المتعذر بيع العقار بالمزاد جملة واحدة لصعوبة العثور على مشتر يقبل شراء العقار كله في مقابل ثمن مناسب لقيمته. وقد استقر على ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية.

أما فيما يتعلق بحق الانتفاع فلم يعرض في العمل قضية أثير فيها البحث في جواز تقريره. وقد كان من الجائز في القانون الروماني إنهاء الشيوخ بتقرير حق انتفاع لأحد الشركاء وملكية الرقبة لشريك آخر. ولكن الفقه الفرنسي التقليدي كان يذهب إلى أن في ذلك تجاوزاً لسلطة القاضي. وقد رأى البعض أنه إذا توافرت الشروط المتقدمة، من حيث ضرورة الالتجاء إلى إنشاء حق الانتفاع حفظاً لقيمة المال الشائع فلا يوجد ما يحول دون جواز ذلك، وإن كان من النادر عملاً أن تتوافر هذه الشروط فيما يتعلق بحق الانتفاع⁽¹⁾.

وأما إنشاء حق إيجار لأحد المتقاسمين في عقار يختص به متقاسم آخر، فيثور البحث فيه بوجه خاص في حالة ما إذا كان صاحب المحل التجاري مالكا

1976 ص 221 هامش (2) - فيذهب إلى أن المادة 906 مدني تتكلم عن الوحدة

الاقتصادية القائمة بذاتها، وهذه مسألة مختلفة تماماً عن المسألة محل البحث.

(1) إسماعيل غانم ص 199 وما بعدها.

للعقار الذى باشر فيه تجارته، ويقتضى الحال بعد وفاته أن يختص أحد ورثته بالعقار وأن يختص وارث آخر بالمحل التجارى. فإذا لم يمنح من اختص بالمحل التجارى حق إيجار فى العقار الذى اختص به المتقاسم الآخر، فسيترب على ذلك فى كثير من الأحيان إنقاص قيمة المحل التجارى، إذ أن جانباً كبيراً من العملاء يتوقف على موقع المحل. ومثل هذا إذا تقرر بيع المحل التجارى فى المزاد وتقسيم ثمنه بين الشركاء، فإذا لم تتضمن قائمة شروط البيع بنداً بتقرير حق الإيجار للمشتري فسيحجم الكثيرون عن الدخول فى المزاد ولن يتيسر الحصول إلا على ثمن قليل ولذلك فمن المعقول فى مثل هذه الحالات أن يكون لقاضى القسمة سلطة إنشاء حق الإيجار رغم معارضة بعض الشركاء⁽¹⁾.

وأما عن تقسيم العقار الشائع إلى طبقات أو شقق بحيث يختص كل متقاسم طبقة أو شقة وتبقى الأجزاء المشتركة شائعة بينهم شيوعاً إجبارياً فقد اختلف فيه القضاء الفرنسى. أما فى الفقه فالأغلبية ترى جوازه.

وقد ذهب بعض الأحكام إلى أنه لا يصح الالتجاء إلى بيع العقار فى المزاد إذا كان فى الإمكان قسمته إلى طبقات أو شقق، على اعتبار أن هذه القسمة عينية ولا يصح العدول عنها مادامت ممكنة إلى قسمة التصفية⁽²⁾.

ويرى البعض - بحق - أن فى هذا القضاء مغالاة، ذلك أن قسمة المنزل إلى طبقات أو شقق لا تؤدي إلى إفراز كامل، بل تبقى الأجزاء المشتركة فى الشيوع، فهى تؤدي إلى أن تنشأ، بجانب الملكيات المفردة للطبقات أو الشقق، حقوق جديدة هى حقوق الملكية المقررة لملاك الطبقات أو الشقق فى الأجزاء المشتركة، وهى ملكية شائعة شيوعاً إجبارياً وتخضع لتنظيم خاص. ولذلك فلا يصح الالتجاء إلى هذا الطريق إلا إذا تعذرت قسمة التصفية، بأن كان من المتعذر العثور على مشتر

(1) إسماعيل غانم ص 200.

(2) استئناف ليون 19 يونيو ص 1952 المشار إليه بالمرجع السابق ص 200، 201.

للعقار كله بثمن مقبول⁽¹⁾.



(1) إسماعيل غانم ص 201.

مادة (838)

- 1- تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها.
- 2- فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات.

الشرح

353- تحديد المنازعات التى تثار أمام المحكمة الجزئية وما يتبع للفصل فيها :

إذا أودع الخبير المنتدب من المحكمة لإجراء القسمة تقريره، حددت المحكمة جلسة لنظر المنازعات التى يبيدها الخصوم بشأن القسمة⁽¹⁾.
وقد جرى العمل على أن تنتظر المحكمة هذه المنازعات فى جلسات المرافعة التى تلى إيداع التقرير دون تخصيص جلسة معينة لنظر هذه المنازعات.
وتتقسم المنازعات التى تعرض على المحكمة الجزئية حال نظر الدعوى إلى نوعين من المنازعات نعرض لهما فيما يلى:

(1) محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ص 433.

النوع الأول :

المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص ويلحق بها المنازعات التى تتعلق

بتجنيب نصيب الشركاء.

ومثل هذه المنازعات :

- 1- ادعاء أحد الشركاء أن الحصص التى كونها الخبير غير متساوية.
 - 2- ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن تقسيم المال بطريقة أفضل من الطريقة التى حددها الخبير.
 - 3- ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن للخبير إجراء القسمة العينية بدون معدل.
 - 4- ادعاء أحد الشركاء أن المعدل الذى قدره الخبير غير مناسب (منخفض أو مغالى فيه).
 - 5- ادعاء أحد الشركاء أن النصيب الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق.
 - 6- ادعاء أحد الشركاء أنه كان يمكن تجنيب نصيبه بطريقة أفضل⁽¹⁾.
- وهذا النوع من المنازعات يدخل فى إجراءات القسمة، ولما كانت المحكمة الجزئية تختص بكافة المنازعات التى تتعلق بإجراءات القسمة أيا كانت قيمة المال الشائع، ومن ثم فهى تختص بالفصل فى هذه المنازعات.
- فإذا فصلت المحكمة فى المنازعات المذكورة فإنها تمضى فى نظر الدعوى إلى المرحلة الثالثة من القسمة كما سنرى.

ولا يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو بإجراء التجنيب إلا عند الطعن فى الحكم المنهى للخصومة وهو الحكم الصادر بإعطاء كل شريك نصيبه فى المال المفرز، وذلك عملاً بالمادة 212 من قانون المرافعات التى تجرى على أنه : "لا يجوز

(1) السنهاورى ص 1226 ويلاحظ أن المحكمة الجزئية تختص أيضاً بتقدير تعذر القسمة العينية فتجرى القسمة بطريق التصفية وذلك ببيع المال الشائع بالمزاد وقسمته بين الشركاء.

الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة الأخيرة الخ (1)».

النوع الثانى :

المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب نصيب الشركاء، وكلها تدور حول الملكية.

ومثال ذلك :

- 1- ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر لا يملك شيئاً فى المال الشائع.
- 2- ادعاء أحد الشركاء أن له حصة أكبر فى المال الشائع من الحصة التي يقر

(1) وقارن السنهاورى ص 1226 فيرى أن المحكمة الجزئية عندما تفصل فى هذه المنازعات وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية، جاز لذوى الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات.

وهذا رأى كان يتفق ونص المادة (405/361) من قانون المرافعات الأهلى الذى كان ساريا وقت صدور التقنين المدنى إذ كانت تجيز استئناف الأحكام التمهيدية دون الأحكام التحضيرية قبل صدور الحكم فى الموضوع، إذا كان الحكم الصادر فى الموضوع مما يجوز استئنافه، أما نص المادة 378 من قانون المرافعات الملغى - الذى حل محله فقد جرت على أن الأحكام التي تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع سواء أكانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالإثبات أو بسير الإجراءات إنما يجوز الطعن فى الحكم الصادر بوقف الدعوى وفى الأحكام الوقتية المستعجلة قبل الحكم فى الموضوع.

به باقى الشركاء كأن يدعى أن له الثلث فينازعه باقى الشركاء مدعين أن له الربع.

3- ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر تصرف فى حصته لأجنبى ومن ثم لم يعد مالكا ولا يجوز له الدخول فى القسمة.

وحكم هذه المنازعات، أنها إذا كانت تدخل بحسب قيمتها فى اختصاص المحكمة الجزئية - طبقا للقواعد العامة - تولت المحكمة الجزئية الفصل فيها. ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى هذا النزاع على استقلال، وإنما يكون الطعن عليه مع الحكم المنهى للخصومة أى الصادر باعطاء كل شريك نصيبه فى المال المفرز⁽¹⁾.

أما إذا كانت المنازعة لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية طبقا للقواعد العامة، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها، وأن تقف دعوى القسمة حيث يفصل نهائيا فى ذلك النزاع. فتعود المحكمة الجزئية إلى السير فى الدعوى لإتمام القسمة.

والدعوى تكون مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية ومتصلة بها قانونا بالإحالة الصادرة من المحكمة الجزئية دون حاجة إلى أن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة 63 مرافعات وذلك استثناء من حكم هذه المادة.

ويكون الفصل نهائيا فى النزاع إذا فات ميعاد استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية أو طعن فى هذا الحكم وفصل فى الاستئناف.

فإذا أصبح الحكم نهائيا جاز لأى ذى مصلحة من الخصوم تعجيل السير فى دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية لتواصل السير فيها.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

(1) راجع عكس ذلك السنهاورى ص 1237 - وراجع فى الرد على هذا رأى الهامش السابق.

"فإن قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية وإن قام نزاع فى غير ذلك، كأن تنازع الشركاء فى تحديد حصصهم وادعى شريك أن له الثلث فنازعه الشركاء الآخرون مدعين أن له الربع، فصلت المحكمة المختصة فى هذا النوع، فإن كانت هى المحكمة الجزئية المختصة بالقسمة تولت الفصل فيها وإلا أحالت الخصوم على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التى يحضرون فيها، ووقفت دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى هذا النزاع"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- مفاد نص المادة 838 من القانون المدنى أن اختصاص محكمة المواد الجزئية الاستثنائى فى دعاوى القسمة قاصر على المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص، أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل فى اختصاصها العادى- ومتى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى أمام محكمة الموضوع يدور حول طبيعة الشيوخ فى "السلم المشترك" وما إذا كان هذا الشيوخ عاديا أم 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 نوعيا إذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه - كما قدرها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة 838 من القانون المدنى وإذ هى لم تفصل فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون".

(طعن رقم 297 لسنة 26 ق جلسة 1962/1/25)

2- "قول الحكم بأن الفصل فى القسمة لا يكون إلا بعد الفصل نهائيا فى المنازعات القائمة بشأن الملكية واستناده فى القضاء بوقف دعوى القسمة إلى نص المادة 293 من قانون المرافعات التى لا يكون وقف السير فى الدعوى بالتطبيق

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 120.

لها إلا إذا كانت المسألة الأولية التي رأت المحكمة تعليق حكمها على الفصل فيها خارجة عن اختصاصها الوظيفي أو النوعي، كل ذلك يفيد أن المحكمة الجزئية رأت أنها مختصة بنظر النزاع بشأن الملكية وأن قضاء المحكمة الجزئية بوقف السير في دعوى القسمة إنما بنى على عدم اختصاصها بنظر هذا النزاع وبذلك تضمن قضاء ضمنيا بعدم الاختصاص وإلا فلو أنها رأت نفسها مختصة بنظر هذا النزاع لفصلت فيه ولما لجأت لوقف السير في الدعوى حتى يفصل فيه من محكمة أخرى ذلك أن المادة 838 من القانون المدني تلزم المحكمة الجزئية المطلوب منها إجراء القسمة بالفصل في كل المنازعات التي تدخل في اختصاصها ولا تجيز لها أن تقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات إلا إذا كانت خارجة عن اختصاصها".

(طعن رقم 232 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/16)

3- "النص في المادة 838 من القانون المدني يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد قسمتها فإذا أثبتت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة، فإن الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا 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 التي يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات".

(طعن رقم 565 لسنة 42 ق جلسة 1976/6/15)

4- "دعوى قسمة المال الشائع. تخصيصه أو بيعه. اختصاص المحكمة الجزئية بنظرها المواد 3/43، 464 مرافعات، 836 مدنى".

(طعن رقم 719 لسنة 52 ق جلسة 1988/4/17 - غير منشور)

5- "النص في الفقرة الأولى من المادة 836 من القانون المدني والنص في

المادة 838 من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص بها إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادى، فإذا ما أثبتت فى دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج من الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا فى هذه المنازعة، وهى لا تكفى فى ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقرونا بإحالة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائية واتصلت بها قانونا بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليها فى المادة 63 من قانون المرافعات إذ قد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المنازعة التى أثبتت فى دعوى القسمة على ملكية العقار قد أحييت إلى محكمة قنا الابتدائية للفصل فيها إعمالا لحكم المادة 838 من القانون فإن الدعوى بهذه المنازعة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون".

(طعن رقم 74 لسنة 57 ق جلسة 1990/1/25)

6 - "النص فى الفقرة الأولى من المادة 836 من القانون المدنى والنص فى المادة 838 من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل فى اختصاصها العادى. فإذا ما أثبتت

فى دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا فى هذه المنازعة، وهى لا تكفى فى ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقرونا بإحالة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائية واتصلت بها قانونا بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة 63 من قانون المرافعات إذ قد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى، لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المنازعة التى أثرت فى دعوى القسمة على ملكية العقار قد أحيلت إلى محكمة قنا الابتدائية للفصل فيها إعمالا لحكم المادة 838 من القانون فإن الدعوى بهذه المثابة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون".

(طعن رقم 74 لسنة 57 ق جلسة 1990/2/25 - غير منشور)

7- (أ) - "مفاد نص المادتين 1/836، 838 من القانون المدنى يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل فى اختصاصها العادى، فإذا ما أثّر فى دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا فى هذه المنازعة وهى لا تكفى فى ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقرونا بإحالة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها بما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة

الابتدائية واتصلت بها قانونا بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليها فى المادة 63 من قانون المرافعات إذ استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى".

(ب) - "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن أثار أمام المحكمة الجزئية المنازعة بشأن ملكيته لكامل عقار التداعى بالتقادم المكسب فأحالت المحكمة الجزئية هذا النزاع لمحكمة طنطا الابتدائية المختصة قيميا بنظرها ومنها أحيلت إلى مأمورية المحلة الكبرى الابتدائية للفصل فيها إعمالا للمادة 838 من القانون المدنى فإن الدعوى بهذه المنازعة - وعلى هذا النحو - تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة الأخيرة على نحو يتفق وصحيح القانون، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا جدوى بعد ذلك من تعييبه فيما أورده من تقارير خاطئة ويضحى النعى بهذا السبب غير منتج".

(طعن رقم 1501 لسنة 56 ق جلسة 1993/4/4)

354- القضاء بإحالة الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ووقف دعوى

القسمه رهن بجديه المنازعة التى يثيرها الخصوم :

يجب على المحكمة الجزئية قبل إحالة الخصوم إلى المحكمة الابتدائية للفصل فى النزاع على الملكية ووقف الدعوى، أن تتحقق من جدية المنازعة، وتقدير جدية المنازعة مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة وبالترتيب على ذلك إذا استبان للمحكمة الجزئية عدم جدية المنازعة كان عليها الالتفات عنها والسير فى الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "لقاضى القسمه تقدير جدية المنازعة فى الملك التى تثار أمامه

حتى لا يصده ذلك عن ممارسة اختصاصه. وهذا التقدير يقتضى حتما بحث أوجه المنازعة ووزن أسانيدھا لا للفصل فى موضوعھا وإنما للوصول إلى قرار بتأخير الفصل فى القسمة أو للسیر فى إجراءاتھا".

(ب)- "تقدير جدية المنازعة فى الملك المثارة فى دعوى القسمة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض مادامت تقيم قضاءھا على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة".

(طعن رقم 220 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/24)

2- "لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت المنازعة فى دعوى القسمة جدية ومؤثرة على الدعوى حتى توقف السیر فيها أو أنها ليست كذلك فتطرحھا جانباً وتسیر فى الدعوى".

(طعن رقم 385 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/3)

355- من صاحب الحق فى التمسك بوقف الدعوى حتى يفصل نهائياً

فى النزاع على الملكية ؟

التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً فى الملكية، مقرر لصالح الخصم الذى ينازع فى الملكية، وهو دون باقى الشركاء الذى يحق له التمسك بوقف الدعوى. ولكن ليس معنى ذلك أن لمحكمة القسمة، بدلاً من أن تحيل المنازعة التى تخرج عن نصاب القاضى الجزئى إلى المحكمة الابتدائية المختصة، أن تفصل فيها مادام أن من نازع فى الملكية لم يطلب وقف دعوى القسمة وإحالة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية. ذلك أن قواعد الاختصاص القيمى مما يتعلق بالنظام العام، ويجب على المحكمة مراعاتھا من تلقاء نفسها (م 109 مرافعات).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً فى الملكية هو من

شأن الخصم الذى نازع فى الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به".

(طعن رقم 385 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

356- الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر بوقف الدعوى:

يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بوقف الدعوى حتى يفصل نهائيا فى النزاع على الملكية إذا كانت قيمة الدعوى تزيد على النصاب النهائى للقاضى الجزئى وذلك عملا بالمادة 212 مرافعات التى تقضى بأنه : "لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها. وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة الأخيرة.... الخ".



مادة (839)

1- متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدرت المحكمة الجزئية حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه.

2- فإن كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

الشرح

إعطاء كل شريك نصيبه المفرز :

357- كيفية إعطاء كل شريك نصيبه المفرز :

إذا انتهت المحكمة الجزئية من الفصل في المنازعات التي أباها الشركاء في تكوين الحصص، وإذا فصلت المحكمة الابتدائية نهائياً في النزاع على الملكية، فإن هذه المنازعات تكون قد حسمت، ويكون لكل ذي مصلحة من الخصوم تعجيل دعوى القسمة من الوقف، وتمضى المحكمة في نظر الدعوى لتقضى بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

وفي هذا الشأن يتعين التفرقة بين الحالتين :

الحالة الأولى: هي التي يكون نصيب كل شريك قد تعين مفزراً في المال الشائع بمعدل أو بغير معدل أي تمت القسمة بطريق التجنيب.

والحالة الثانية : هي التي يكون المال الشائع قد قسم إلى حصص متساوية.

ففي الحالة الأولى، تصدر المحكمة حكمها بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه مع إلزامه بأداء المعدل إلى الشريك أو الشركاء الذين عينهم الخبير إن كان.

وفى الحالة الثانية، فقد رأينا أن الخبير يقسم المال الشائع إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب، ولكن هذا التقسيم لا يؤدي إلى معرفة كل شريك للحصص التي تقع في نصيبه تحديداً.

وتحقيقاً لذلك وحتى يخضع جميع الشركاء لفرص متساوية في توزيع هذه الحصص، فقد أوجبت المادة 839 مدنى توزيع الحصص على الشركاء بطريق القرعة.

فإذا كان مجموع الحصص التي كونها الخبير تسع وعدد الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثاني ثلاث حصص وللرابع خمس حصص وضعت القرعة فى تسعة أوراق مرقمة ترقيماً مسلسلاً من رقم (1) إلى رقم (9) وترقم القطع التسع بنفس الطريقة⁽¹⁾.

ثم يعرض القاضى الورق على الشركاء، ليسحب الشريك الأول ورقة واحدة، والشريك الثانى ثلاث ورقات والشريك الثالث خمس ورقات فتكون نتيجة القرعة أن يختص كل شريك بالقطعة أو القطع المدون رقمها بالورقة أو الورق الذى سحبه⁽²⁾.

فإذا كان المال المراد قسمته عقاراً، فإن القرعة قد تؤدي إلى اختصاص الشريك ذى النصيب الذى يزيد على حصة واحدة، بحصص متفرقة فى الغالب الأعم. ولذلك فإن القرعة لا تكون مناسبة فى قسمة العقار إلا فى حالة تساوى الحصص وهى أكثر مناسبة فى قسمة المنقولات على الشيوع⁽³⁾.

وللتخلص من هذه النتيجة يمكن للخصوم ارتضاء تقسيم يجريه الخبير بحيث

(1) فتكون كالاتى :

رقم مسلسل (1)	رقم مسلسل (2)
حصة رقم (1)	حصة رقم (2)

(2) فى هذا المعنى السنهورى ص 1231 وهكذا.

(3) محمد كامل مرسى ص 150 - محمد على عرفه ص 434.

يجعل حصصهم متحدة، أو الاتفاق فيما بينهم على التبادل بأنصبتهم بما يحقق لهم ذلك بعد صدور حكم القسمة.

غير أن الاقتراع يعتبر إجراء حتميا لتحديد الأنصبة، لا تصح القسمة بغيره، إلا إذا رضى كل من المتقاسمين بأخذ حصته بغير القرعة، بشرط أن يكونوا كلهم أهلا للتصرف، أما إذا كان من بينهم شخص ناقص الأهلية فالقرعة واجبة. وفي كل الأحوال التي تجب فيها القرعة تكون القسمة باطلة إذا أهملت القرعة⁽¹⁾.

وإذا اقترح الخبير في تقريره طرقا متعددة لتسوية الأنصباء بطريق القرعة وجب على المحكمة أن تجرى القرعة التي اقترحها الخبير، ولا تترك طريقا من الطرق التي ذكرها الخبير باعتبار أن الطريق الذي استبعدته يترتب عليه بقاء شيوخ جزئى.

وبعد أن تنتهى المحكمة من إجراء القرعة تثبت ذلك في محضرها وتصدر حكمها بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ولا يقتصر أثر الحكم بتوزيع الحصص على تسليم كل شريك نصيبه المفرز الذى آل إليه بل يتناول أيضا تسليم مستندات الملكية المتصلة بالأموال التي وقعت في نصيب كل شريك⁽²⁾. وبما تصدره المحكمة الجزئية من قضاء بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز في الحالتين الأولى والثانية تنتهى دعوى القسمة.

غير أنه يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية فإنه يجب تصديق المحكمة الابتدائية على النحو الذى

(1) محمد كامل مرسى ص 151 واستئناف مختلط 20 نوفمبر 1889 المشار إليه بهامش رقم (1) بذات الصحيفة من المؤلف المذكور.

(2) وليس في التشريع المصرى نص مقابل للمادة 842 من القانون المدنى الفرنسى التى بينت الطريق الواجب اتباعه بالنسبة إلى المستندات الخاصة بالملك المشترك كله عند تجزئته، أو المستندات المشتركة بين أعيان التركة.

سنذكره تفصيلاً، وفي هذا الفرض تمر دعوى القسمة بالمرحلة الرابعة.



مادة (840)

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.

الشرح

358- متى يلزم تصديق المحكمة على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية؟

يلزم تصديق المحكمة وهي المحكمة الابتدائية - كما سنرى - على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية إذا كان من بين الشركاء في المال الشائع طرفي القسمة، غائب أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه. أما إذا كان القاصر مشمولاً بولاية أبيه، فإنه لا يلزم التصديق على حكم القسمة. والخصوم الذين تتطلب المادة التصديق من المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بالنسبة لهم هم ذات الخصوم الذين تتطلب المادة 835 مدني اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالمادتين 40، 79 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال بالنسبة لهم عند إجراء القسمة الاتفاقية.

(راجع في التفصيل شرح المادة 835).

359- المحكمة المختصة بالتصديق وما يجب التصديق عليه :

تنص المادة 840 مدني على أنه: "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" - وكانت المادة (552/456 مدني قديم) المقابلة للنص الحالي تقضى بأنه: "إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل

للتصرف أو غائبا، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص".

وهناك فارق بين النصين، فالنص القديم يوجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص، أى بعد أن تنتهى المحكمة الجزئية من تكوين الحصص والفصل فيما يثار حولها من منازعات، وقبل أن تصدر الحكم المنهى لدعوى القسمة بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، أما النص الحالى فيوجب التصديق بعد صدور الحكم المذكور، وذلك حتى يتسنى للمحكمة مراقبة إجراءات القسمة كلها بما فيها عملية الاقتراع⁽¹⁾.

وهذا المعنى هو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولها:

"وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى.

أما فى التقنين الحالى، فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص⁽²⁾، وقد رؤى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه"⁽³⁾.

وكانت الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون رقم 99 لسنة 1947 بإصدار قانون المحاكم الحسبية - السارى فى ظل التقنين المدنى - متفقا مع المادة 456 المذكورة، إذ جرت الفقرة المشار إليها على أن: "وفى حالة القسمة القضائية يكون التصديق المنصوص عليه فى المادة 456 من القانون المدنى من اختصاص المحكمة الحسبية الكلية"⁽⁴⁾، غاية الأمر أنه جعل التصديق من اختصاص

(1) محمد على عرفه ص 436.

(2) وكان هذا هو رأى الراجح فى ظل التقنين الملغى.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 120.

(4) باعتبارها أقدر فى تفهم أحوال ناقص الأهلية - هاشم مهنا الموسوعة الحسبية - الطبعة

الأولى 1948 ص 392.

المحكمة الحسبية الكلية مما حدا بلجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عند نظر مشروع التقنين المدني الجديد إلى حذف لفظ (الابتدائية) الوارد بعد لفظ (المحكمة)، وجاء بتقريرها أنها عدلت المادة "تعديلاً يتسق مع مشروع المحاكم الحسبية الذي وافق عليه مجلس النواب"⁽¹⁾.

ولما صدر المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بعد العمل بالتقنين المدني الجديد - والذي ألغى القانون رقم 99 لسنة 1947 نص في المادة 40 منه على أن: "وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص. ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك.

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم. ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص".

وواضح من هذه المادة أنها جعلت التصديق من اختصاص المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنتظر دعوى القسمة، وقصرت تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص. فيكون التصديق بعد تكوين الحصص والفصل فيما يثار بشأنها من منازعات بين الشركاء، وقبل إجراء القرعة وصدور الحكم بالقسمة أى بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزاً، وتكون المادة بذلك قد عادت إلى مسايرة المادة (552/456) من التقنين المدني السابق، وخالفت نص المادة 840 من التقنين الحالى التى توجب التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً، رغم أن هذه المادة أحالت إلى القانون المنظم لأحكام الولاية على المال.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 114 وما بعدها.

وإزاء التعارض بين نص المادة 840 مدنى، والمادة 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952⁽¹⁾، نرى أن المادة الأخيرة قد نسخت المادة الأولى باعتبارها لاحقة لها، ومما يؤيد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من قانون إصدار القانون رقم 119 لسنة 1952 من أن : "يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم 99 لسنة 1947 وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون"⁽²⁾.

وبالترتيب على ذلك فإن يجب إعمال ما تقضى به المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952.

فإذا كان بين الشركاء غائب أو محجور عليه للجنون أو العته أو السفه أو الغفلة أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه، تعين على المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنتظر دعوى القسمة التصديق على

(1) ومع الأسف نجد المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بعد أن عرضت لحكم المادة (40) تضيف أنه : "وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها فى المادة 840 من القانون المدنى، وهى التى تقضى بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا، وذلك وفقا لما يقرره القانون"، فقد اعتبرت أن حكم المادة جاء عملا بالإحالة الواردة بالمادة 840 من القانون المدنى، بالرغم من أنها خالفت هذه المادة صراحة.

(2) من هذا رأى : السنهاورى ص 1235 - أحمد سلامة الملكية الفردية ص 395 - محمد على عرفه ص 436 وما بعدها وقارن الصده ص 229، منصور مصطفى منصور ص 192 فهما يعرضان فقط لحكم المادة 840 مدنى دون أن يناقشا أمر المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952، والبدرأوى ص 185 فهو رغم عرضه نص المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 يذهب إلى أن التصديق يكون على الحكم الصادر بالقسمة، وتوفيق فرج ص 187 فرغم إشارته إلى المادة 40 فى هامش (1) يذهب إلى ذات رأى.

قسمة الأموال إلى حصص بعد أن تفصل المحكمة الجزئية فيما يثور بشأنها من منازعات.

فإذا كان قد أثير أمام المحكمة الجزئية نزاع يتعلق بالملكية من اختصاص المحكمة الابتدائية، تعين أن يكون تصديق المحكمة الابتدائية بعد صيرورة الحكم الصادر في النزاع على الملكية نهائياً.

وللمحكمة الابتدائية إذا عن لها استجلاء أمر من الأمور أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك.

فإذا صدقت المحكمة الابتدائية على تكوين الحصص استأنفت المحكمة الجزئية السير في نظر دعوى القسمة.

أما إذا رفضت التصديق على تكوين الحصص وجب عليها أن تقسم الأموال إلى الحصص التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم، وحينئذ تلتزم المحكمة الجزئية بهذا التقسيم⁽¹⁾.

وواضح من صراحة نص المادة 40 سالفه الذكر أن المحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص، أى أن مجال تصديق المحكمة الابتدائية عندما تجرى القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص.

إلا أن رأياً في الفقه - نؤيده - ذهب إلى أنه لما كان ما يقابل قسمة المال إلى حصص في القسمة بالافتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء في قسمة التجنيب فإنه يجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياساً على التصديق على قسمة المال إلى حصص، ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية

(1) وأصبح لا محل لإعمال ما يقضى به عجز المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 من أنه يقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص، بعد أن خلصنا إلى عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في منازعات تكوين الحصص إلا مع الحكم المنهى لدعوى القسمة.
(راجع في التفصيل بند 352).

بحكم القسمة ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر في قسمة المال إلى حصص، فإنه يصح، القول من الناحية العملية دائماً، أنه في حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء⁽¹⁾.



مادة (841)

إذا لم تمكن القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع⁽¹⁾.

(1) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة 1998/1/3 برفض القضية رقم 36 لسنة 17 قضائية "دستورية" التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية نص المادة 841 من القانون المدنى فيما تضمنه من بيع المال الشائع بالطرق المبينة بقانون المرافعات وذلك إذا تعذرت قسمته عينا بغير نقص كبير فى قيمته. وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد (3) فى 15 يناير سنة 1998 ونشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 3 يناير سنة 1998 م الموافق 5 رمضان سنة 1418هـ.
برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر..... **رئيس المحكمة**
وعضوية السادة المستشارين: محمد ولى الدين جلال ونهاد عبد الحميد خلاف وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف وعدلى محمود منصور.
وحضور السيد المستشار الدكتور / حنفى على جبالى **رئيس هيئة المفوضين**
وحضور السيد / حمدى أنور صابر **أمين السر**.

أصدرت الحكم الآتى :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 36 لسنة 17 قضائية "دستورية".

المقامة من :

السيد / صلاح الدين محمود عبد الوهاب.

ضد :

- 1- السيد / رئيس الجمهورية.
 - 2- السيد / رئيس مجلس الوزراء.
 - 3- السيد المستشار / وزير العدل.
 - 4- الدكتور / محمود أحمد فؤاد.
- بصفاتهم

الإجراءات

بتاريخ 28 من مايو سنة 1995، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة 841 من القانون المدنى فيما تضمنه من بيع المال الشائع بالطريق المبينة بقانون المرافعات وذلك إذا تعذرت قسمته عينا بغير نقص كبير فى قيمته.

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى. وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة. وحيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليه الرابع كان قد أقام ضد المدعى الدعوى رقم 165 لسنة 1990 مدنى محكمة الدقى الجزئية يطلب فيها الحكم بفرز نصيبه الشائع وتجنبيه فى العقار رقم 1 شارع المستشار عبد العزيز حلمى قسم الدقى محافظة الجيزة، مع الحكم ببيع هذا العقار جميعه بالمزاد العلنى إذا تعذرت القسمة.

وقد دفع المدعى هذه الدعوى أصليا، بعدم قبولها تأسيسا على أنه يملك كامل العقار المشار إليه أرضا وبناء بمقتضى عقد بيع ابتدائى مؤرخ 1954/1/1 اقترن بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية التى جاوزت أربعين عاما كانت الحياة فيها هادئة ظاهرة مستمرة وبنية التملك. ولم يكن للمدعى عليه الرابع بالتالى أية حصة شائعة فيه، لا عن طريق الوصية الواجبة التى يدعيها، ولا من خلال أى طريق آخر، واحتياطيا الحكم بإحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل فى النزاع حول الملكية عملا بالفقرة الثانية من المادة 838 من القانون المدنى.

وقد مضت محكمة الموضوع فى نظر دعوى المدعى عليه الرابع، وندبت خبيرا لمعاينة العقار وبحث إمكان قسمته عينا. وإذ انتهى الخبير إلى عدم إمكان ذلك، فقد عهدت إليه بتقدير ثمنه، مما حمل المدعى على الدفع بعدم دستورية المادة 841 من القانون المدنى التى تمسك بها المدعى عليه الرابع، واعتبرها أساسا لدعواه. وإذ قدرت محكمة =

= الموضوع جدية الدفع، وصرحت للمدعى بالطعن بعدم الدستورية، فقد أقام الدعوى الماثلة. وحيث إن المادة 841 من القانون المدني تقضى بأنه إذا لم تمكن القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع. وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون فيه إخلاله بالحماية التي كفلها الدستورية للملكية الخاصة، ذلك أن الملكية لا تنزع وفقا للدستور عن أصحابها، إلا لمنفعة عامة ومقابل تعويض. وبيع العقار الذي تتعذر قسمته بالمزاد وفقا للنص المطعون فيه، هو انتزاع للملكية من أصحابها في غير الأحوال التي نص عليها الدستور. ولا يدخل تقرير هذا النص في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، ذلك أن سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق لا تعنى ترخصه في التحرر من الضوابط التي فرضها الدستور كحدود نهائية لهذا التنظيم لا يجوز تخطيها، فإذا اقتحمها المشرع، كان ذلك إهدارا لها. وكان أولى بالمشرع - إذا كان قد توخى بالنص المطعون فيه حقا تحقيق التوازن بين الشركاء على الشيوع - أن يكتفى بقصر البيع على الحصة الشائعة وحدها بالثمن المقدر لها، دون غيرها من حصص باقي الشركاء الذين يتمسكون ببقاء ملكيتهم لها حتى لا تنزع منهم بغير رضاهم.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها اتصالها عقلا بالمصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازما للفصل في الطلبات الموضوعية، المرتبطة بها، وكان الخبير الذي عينته محكمة الموضوع لبحث مدى إمكان قسمة العقار المتنازع عليه عينا، قد خلص إلى أن هذا العقار مملوك أصلا للمرحوم محمود عبد الوهاب بمقتضى عقد مسجل ثم انتقلت الملكية بعد وفاته إلى ورثته الشرعيين، ومن بينهم المدعى عليه الرابع، وأن عقد البيع الابتدائي المؤرخ 1954/1/1 المقدم من المدعى ليس مسجلا، وأن القسمة متعذرة دون أن يلحق العقار نقص كبير في قيمته، متى كان ذلك، وكان النص المطعون فيه قد حتم بيع عقار النزاع بالمزاد في هذه الصورة، فلا تبقى حالة الشيوع التي يصر المدعى على استمرارها، فإن مصلحته في إبطال هذا النص تكون متحققة. =

= وحيث إن الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، لازمها أن كل تنظيم تشريعي لا

Ces modes يجوز أن ينال من أصل الحق فيها ولا أن يغير من أوضاع ممارستها d'exercise دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. فإذا آل هذا التنظيم - سواء بالنظر إلى محتواه أو من زاوية الآثار التي يربتها - إلى حرمان من يملكون من ملكيتهم، كان مخالفا للدستور.

N`entre pas dans le champ d'application de la protection due au droit de propriété une disposition législative qui n'a ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation de ce droit.

(85 - 189 Dc, 17 Juillet 1985. Cons. 13. Rec. p. 49)

وحيث إن من المقرر أن الملكية الشائعة تقع على مال معين تعيينا ذاتيا، وبها يكون هذا المال مملوكا لأكثر من شخص واحد، كل بقدر حصته فيه، فلا يقع حق كل من الشركاء إلا على حصة شائعة في هذا المال، مع بقاء المال ذاته كلا غير منقسم. ومن ثم كان منطقيا أن تنص المادتان 825، 826 من القانون المدني على أنه إذ ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه، كانوا شركاء على الشيوع، ومتساوين في حصصهم إلا إذا قام الدليل على غير ذلك. ويعتبر كلا منهم مالكا لحصته ملكا تاما وعلى تقدير شيوعها في كل المال وليس تركزها في أحد جوانبه. وهذه الخاصية وحدها هي التي تباعد بين الملكية المفترزة التي لا تخالطها غير يد صاحبها، وبين الملكية الشائعة التي يتزاحم عليها الشركاء فيها، وإن كانت كلتاها ملكية فردية تتكامل عناصرها.

وحيث إن من المقرر كذلك أن الشيوع ليس وصفا دائما يتصل بالمال فلا يزول أبدا وإنما يكون الشيوع عادة مؤقتا، ومنقضيا حتما بالقسمة باعتبارها سببا يتوخى أصلا إنهاءه، وحقا لكل شريك ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون أو بناء على اتفاق مع الشركاء الآخرين على ذلك، لمدة معينة موقوته بطبيعتها لا تتجاوز زمنا أقصاه خمس سنين على ما تقضى به المادة 834 من القانون المدني حتى 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 على شرط يزيل حكمها بأثر رجعي، فاسخا كل هذا الشرط أم واقفا، وكان الأصل في القسمة النهائية أن تكون كلية تتناول الأموال الشائعة جميعها ولا تقتصر على بعض أجزائها، وأن 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. وحيث إن القسمة النهائية - كلية كانت أو جزئية، عينية كانت أو قسمة تصفية - قد تكون قسمة اتفاقية تتم باتفاق كل الشركاء على إجراءاتها بغير اللجوء إلى القضاء، فإذا لم يتيسر الاتفاق، كان القضاء سبيلها. وهذه هي القسمة القضائية التي عنتها المادة 841 من القانون المدني المطعون عليها، ومفادها أنه كلما كان من شأن قسمة الأموال الشائعة عينا إلحاق نقص كبير في قيمتها، فإن قسمتها من خلال حكم يصدر عن المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة، تتم - وأيا كانت قيمة هذه الأموال - من خلال بيعها بالمزاد وفقا للقواعد الإجرائية التي حددها قانون المرافعات، وبمراعاة أن اتفاق الشركاء على قصر المزايدة عليهم، يعتبر اتفاقا صحيحا ملزما لهم جميعا.

وحيث إن ما تقدم مؤداه، أن النص المطعون فيه لا يتعلق بالأحوال التي ينعقد فيها إجماع الشركاء المشتاعين على تقرير الطريقة التي ينهون بها شيوخ حصصهم وسريانهم في أموال بذواتها، وإنما يخول المحكمة الجزئية المرفوع إليها طلب قسمتها بعد تعذر الاتفاق عليها، وعلى ضوء ما ينتهي إليه الخبراء الذين تندبهم لهذا الغرض، ببيعها بالمزاد لتصفيتها، وذلك كلما كان من شأن قسمتها عينا الإضرار بقيمتها بصورة ملحوظة ولا إهدار في ذلك لحق الملكية، ذلك أن كلا من الشركاء على الشيوخ، إنما ينال من ثمن الأموال التي تقرر بيعها بالمزاد جزءا يعادل حصته فيها. كذلك فإن بيعها لا يعتبر انتزاعا لمليكتها من أصحابها في غير الأحوال التي نص عليها القانون، وإنما ليستخلص كل منهم ما يقابل حصته فيها بعد أن استحال فرزها وتجنبيها دون نقص كبير يلحق بقيمتها، وهو ما يعنى أن النص المطعون فيه قد تقرر لضرورة، وقدرها بقدرها، ترجيحاً لمصلحة أعم على مقاصد محدودة أهميتها.

وحيث إن ما ينعاه المدعى من أن بيع العقار محل التداعى وفقا للنص المطعون فيه يتضمن إهدارا لحق الملكية التي كفل الدستور صونها، مردود بأن حقوق الملكية التي يحميها الدستور، هي التي تتصل مباشرة بضمان مقوماتها، وكذلك بالمزايا التي ترتبها الملكية لأصحابها privileges not constituting property are not entitled to protection والتي لا يندرج تحتها أن يظل الشيوخ قائما أبدا بالأموال التي تعلق بها، =

متصلا بها اتصال قرار، فلا ينقضى في أية حال، ولو كان إنهاؤه مبررا مثلما هو الأمر في النص المطعون فيه.

360- متى تجرى القسمة بطريق التصفية ؟

أوضحنا سلفا أن القسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بالمزاد العلنى، وتوزيع حصيلة ثمنه على الشركاء فيه كل بقدر حصته. وقد نصت المادة 841 مدنى على حالتين تجرى فيهما القسمة بطريق التصفية.

الحالة الأولى :

إذا لم يمكن قسمة المال الشائع عينا، إذ فى هذه الحالة يكون فى القسمة العينية إتلاف للمال الشائع، كأن يكون المال حيوانا أو سيارة أو قطعة من الحلى.

الحالة الثانية :

إذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة، ولكن من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمته. كما لو كان المال الشائع قطعة أرض معدة للبناء ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد لا يسمح بالبناء فيه، أو لا يسمح إلا ببناء مبان صغيرة، أو كان منزلا معدا لسكنى أسرة واحدة.

ولقضى الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير ما إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته أو أنه بالعكس لا يمكن قسمته عينا، فيأمر ببيعه فى المزاد⁽¹⁾.

361- المحكمة المختصة بإجراء القسمة بطريق التصفية :

وحيث إن النص المطعون فيه لا يتعارض مع حكم فى الدستور من أوجه أخرى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(1) محمد على عرفه ص 439 ونقض فرنسى فى 22 أكتوبر 1945 الذى أشار إليه بهامش رقم (2).

يمكن القول أن الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد هو نتيجة دعوى القسمة أو هو القسمة بعينها إذ المراد منه التخلص من الاشتراك وقسمة الثمن. ومن ثم فإن المحكمة الجزئية المختصة بإجراء القسمة عينا هي المختصة بالحكم ببيع المال الشائع بالمزاد⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 838 (فقرة أولى) و 841 من القانون المدني والمادة 43 من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعيا بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصا فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عينا أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فإنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة".

(طعن رقم 2311 لسنة 61 ق جلسة 1996/6/11)

362- الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد :

إذا رأت المحكمة الجزئية أن القسمة العينية غير ممكنة، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، أصدرت حكما بإجراء بيع المال الشائع بالمزاد. وتقف المحكمة في حكمها عند هذا الحد.

كيفية إجراء البيع :

363- أولا : بالنسبة للعقار :

أحالت المادة 841 مدني إلى قانون المرافعات في الطريقة التي يباع بها المال الشائع.

وقد نصت المادة 464 مرافعات على أنه إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعه بطريق المزايدة

(1) محمد كامل مرسى ص 157 وما بعدها - اسماعيل غانم ص 193.

على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء.

وتشتمل قائمة شروط البيع على البيانات الآتية :

- 1- تعيين العقار الشائع ببيان وصفه وموقعه ومساحته وحدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض ورقمها التى يقع فيها وغير ذلك مما يفيد فى تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقارى (مادتان 401، 460 مرافعات).
- 2- شروط البيع والتمن الأساسى ويكون تحديد هذا التمن وفقا للفقرة الأولى من المادة 37 مرافعات⁽¹⁾.
- 3- تجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر التمن الأساسى لكل صفقة.
- 4- بيان سندات الملكية.
- 5- بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم.
- (م 465 مرافعات).

وترفق بقائمة شروط البيع المستندات الآتية :

- 1- شهادة ببيان الضريبة العقارية أو عوائد المباني المقررة على العقار.
- 2- سندات الملكية.
- 3- صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع.
- 4- شهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على إيداع القائمة. (مادتان

(1) تنص المادة 1/37 مرافعات (معدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999) على أن يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

- 1- الدعوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية.
- فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته.

461، 465 مرافعات).

ويحدد فى محضر الإيداع تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة البيع (مادة 414 مرافعات).

ويخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنيين رهنا حيازيا أو رسميا وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز وجميع الشركاء فى المال الشائع، ويكون لهؤلاء إبداء ما لديهم من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة (مادتان 462، 466 مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وإن كان قانون المرافعات القديم قد نص فى المادة 626 على أنه إذا لم تمكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختيارا، وكانت المادة 620 مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة "بالأوجه المعتادة" بمقتضى شروط وضوابط للبيع تودع مقدما قلم كتاب المحكمة إلا أن هذا لا يعنى إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا، وأنها جزء من إجراءات دعوى القسمة التى يجب أن يكون جميع الشركاء أطرافا فيها، فإذا حدد قاضى البيوع بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى، ولا يكفى إمكان علمهم بما ينشر أو يلصق من إعلانات، إذ هم أطراف الدعوى الذين يجب أن تتم الإجراءات جميعا فى مواجهتهم، وإلا كان حكم رسو المزاد غير صالح لأن يحتاج به من لم يعلن من الشركاء وعدم إعلان الشريك هو إغفال لإجراء جوهرى يغير أصلا من الأصول العامة فى التقاضى، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مستترى، أو حق طلب زيادة العشر أو إجراء البيع فى مكان آخر غير المحكمة ويترتب على ذلك أن إغفال إعلان الشريك باليوم الذى يحدد للبيع سواء لأول مرة بعد

الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى موجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه. وإذن فالحكم الذى يبنى على أن القانون لا يوجب إعلان الشريك باليوم الذى يحدده قاضى البيوع لإجراء البيع لعدم إمكان قسمته يكون مخطئاً فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 112 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/29)

364- إحالة إلى أحكام قانون المرافعات فى بيان باقى أحكام البيع :

لما كان بيع العقار من المسائل التى تدخل فى نطاق أحكام قانون المرافعات، فإننا نحيل إلى أحكام هذا القانون فى بيان باقى الأحكام التفصيلية للبيع.

ونكتفى هنا بالإشارة إلى ثلاثة أمور :

الأول: ما نصت عليه المادة 468 مرافعات من أنه : "تطبق على بيع العقار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختياريًا الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا إخبار النيابة بإيداع قائمة شروط البيع"، وينبنى على ذلك سريان القواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من الباب الثالث- الكتاب الثانى- من قانون المرافعات وذلك عملاً بالمادة 463 التى تقضى بأن : "تطبق على البيوع المشار إليها فى المادة 459⁽¹⁾ القواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث".

الثانى: أنه يسرى على البيع الأحكام الخاصة بزيادة العشر المنصوص عليها فى المادة 440 مرافعات التى تقضى بأن :

(1) تنص هذه المادة على أن: "بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايدة يجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب".

"يجب على من يعتمد القاضي عطاءه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذي اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل، وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه.

فإن لم يودع الثمن كاملاً وجب عليه إيداع خمس الثمن على الأقل وإلا أعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة. وفي حالة عدم إيداع الثمن كاملاً يؤجل البيع.

وإذا أودع المزايد الثمن في الجلسة التالية حكم بإيقاع البيع عليه إلا إذا تقدم في هذه الجلسة من يقبل الشراء مع زيادة العشر مصحوباً بكامل الثمن المزداد، ففي هذه الحالة تعاد المزايدة في نفس الجلسة على أساس هذا الثمن. فإذا لم يتقدم أحد للزيادة بالعشر ولم يقدّم المزايد الأول بإيداع الثمن كاملاً وجبت إعادة المزايدة فوراً على ذمته، ولا يعتد في هذه الجلسة بأي عطاء غير مصحوب بكامل قيمته.

ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تشمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"في حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن".

(طعن رقم 104 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/6)

الثالث: أن الإحالة الواردة بالمادة 468 إلى قواعد قانون المرافعات على النحو السابق لا يؤثر في اختصاص المحكمة الجزئية نوعياً بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن البيع بالمزايدة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"نظمت المواد 464، 465، 466، 468 من قانون المرافعات إجراءات وقواعد بيع ذلك العقار وأحالت المادة 468 فى شأن الأحكام المقررة للبيع إلى أحكام بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب، وحددت المادة 463 هذه الأحكام المحال إليها بالقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من ذات القانون، ولما كان إجراء البيع بالطريق السالف لا يعدو أن يكون أحد إجراءات القسمة التى تتخذها المحكمة الجزئية لتحديد حصص الشركاء فى المال الشائع، فإن الإحالة إلى الطريق الذى رسمه قانون المرافعات سالف البيان فى شأن البيع مقصور أثرها على اتباع القواعد الإجرائية المتعلقة بنظام البيع دون أن يؤثر ذلك فى اختصاص المحكمة الجزئية بالفصل فى المنازعات التى قد تنشأ عن اتباع ذلك الطريق باعتبارها منازعات متفرعة عن المنازعات الأصلية المتعلقة بتكوين الحصص والتى تختص بها تلك المحكمة نوعياً".

(طعن رقم 2311 لسنة 61 ق جلسة 1996/6/11)

365- جواز قصر المزايدة على الشركاء :

الأصل فى المزايدة أن تكون مفتوحة أمام الجميع فيسمح للشركاء فى المال الشائع وغيرهم بالتقدم فى المزايدة، غير أن المادة 841 مدنى تضمنت حكماً جديداً حين قررت أنه يجوز أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع. فيشترط إذن إجماع الشركاء، فإذا خرج واحد منهم على هذا الإجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع دون أن يقصر على الشركاء⁽¹⁾.

(1) وقد اقترح أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ويمتتع بذلك اتفاقهم على باطل إضراراً بغيرهم من الشركاء أو الدائنين.

= ولكن وجه الدكتور السنهاورى النظر إلى أن من شأن هذا النص إبقاء المال فى العائلة، أما

وقد يدعو الشركاء إلى قصر المزايدة عليهم رغبتهم في الاحتفاظ بملكية الأسرة خاصة إذا كان المال الشائع قد آل إليهم بطريق الميراث. فإذا قصرت المزايدة على الشركاء ورست المزايدة على أحدهم، اعتبر رسو المزايدة قسمة بين الشركاء، وترتب على حكم مرسى المزايدة جميع الآثار التي تترتب على حكم القسمة، وأهمها اعتباره كاشفاً لحق الشريك الراسى عليه المزايدة لا منشئاً له.

أما إذا كان المزايدة مفتوحاً أمام الشركاء وغير الشركاء، ورسا المزايدة على أحد الشركاء اعتبر رسو المزايدة قسمة، أما إذا رسا على أجنبي اعتبر أيضاً قسمة فيما بين الشركاء وبيعاً في علاقة الشركاء بالراسى عليه المزايدة⁽¹⁾.

366- ثانياً : بالنسبة للمنقول :

لم ينص قانون المرافعات على إجراءات خاصة لبيع المال لعدم إمكان قسمته إلا إذا كان المال عقاراً، وعلى ذلك إذا كان المال الشائع المراد بيعه لعدم إمكان قسمته منقولاً وجب اتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقع الحجز عليها لدى المدين المنصوص عليها في قانون المرافعات فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات والغرض المقصود من البيع⁽²⁾.

الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية (842) وأضاف أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ولو كان في اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم مادام لا يمس المصلحة العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 117).

(1) السنهاورى ص 217 - البدراوى ص 186 وما بعدها - عرفه ص 439.

(2) السنهاورى ص 1316 هامش (2) - منصور مصطفى منصور ص 193 - جميل الشراوى

ص 161 هامش (3).

367- هل يلزم استئذان المحكمة فى قصر المزايدة على الشركاء إذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

إذا قصر الشركاء فى المال الشائع الدخول فى المزايدة عليهم، وكان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية، وجب على النائب عن الغائب أو ناقص الأهلية استئذان المحكمة المختصة (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال) على قصر المزايدة على الشركاء لأن ذلك لا يعتبر من أعمال الإدارة المعتادة، بل يعتبر اتفاقاً بشأن القسمة وهى من أعمال التصرف، فضلاً عن خطورة هذا الاتفاق⁽¹⁾.

368- قسمة الثمن بين الشركاء :

إذا تمت القسمة بطريق التصفية ببيع المال الشائع بالمزاد، فإن الثمن يقسم بين الشركاء بنسبة حصصهم، ويكون ذلك بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة الجزئية المختصة.

369- هل يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين إذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية؟

يترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين آثار القسمة، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبى فيجب تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان من بين الشركاء غائب أو ناقص الأهلية⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 1217 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 133 - إسماعيل غانم ص 225 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 1218 هامش (2) - إسماعيل غانم ص 193 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 437 إذ يذهب إلى أنه لا محل للتصديق فى حالة القسمة بطريق التصفية =

وقف المحكمة لدعوى القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات :

370- النص القانونى :

مادة 41 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على

المال :

"إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجوز عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما".

371- الدعوى التى يجوز وقفها :

الدعوى التى يجوز وقفها هى دعوى القسمة التى ترفع على القاصر أو المحجوز عليه أو الغائب من وارث آخر، فالمادة تتناول حالة الشيوخ الناشئة عن الميراث فى أموال بخصوصها، فلا يطبق الحكم الوارد بالمادة على القسمة التى تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن فى التركات⁽¹⁾.

372- مبررات وقف دعوى القسمة :

استقى الشارع حكم المادة (41) من القانون المدنى الإيطالى وقد أريد منه - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 - "دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجوز عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع.. فمن المعروض ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر كما هو الشأن لو هبطت أثمان العقارات هبوطا جسيما فى فترة من الفترات وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكان القسمة أو البيع

= لأن القسمة لا تتم إلا بعد التصفية ويكون محلها الثمن الذى يرسو به المال فى المزاد، ومن ثم فلا يكون لمن يتضرر من الحكم المذكور إلا استئنافه إذا كان قابلا للاستئناف.

(1) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952.

بثمن بخس بعد القسمة وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوخ ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ويتحقق ذلك فى الأراضى الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن كما يتحقق فى حالة ما إذا كان القاصر شريكا فى متجر أو فى مصنع يتولى إدارته أحد الشركاء. وغنى عن البيان أن فى النص الجديد تقييدا لحق الشركاء فى طلب القسمة بيد أن إيراد هذا القيد لا يتنافى مع القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى فقد نصت المادة 834 من القانون المدنى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق خاص. وما فى شك فى أن نص المشروع على تقييد حق الشريك فى طلب قسمة العقار الذى يكون أحد المشتاعين فيه قاصرا أو ناقص أهلية بوجه عام وروعى فيه حماية مصلحة القاصر وهى مصلحة أقل من أن تتعارض مع مصالح الشركاء الباقين ولاسيما متى لوحظ أن هذا التقييد مؤقت لا تتجاوز مدته خمس سنوات.

373- مدة وقف دعوى القسمة :

لا يجوز للمحكمة التى تنتظر دعوى القسمة أن توقف الدعوى أكثر من خمس سنوات ميلادية. ومدة خمس السنوات يجب أن تقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة. أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة فلا شك فى أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضاها.

374- صاحب الحق فى طلب وقف دعوى القسمة :

شرع وقف الدعوى لصالح ناقصى الأهلية والغائب ورعاية لهم، ومن ثم - كما نصت المادة- يكون طلب وقف الدعوى من النائب عن ناقص الأهلية وللنيابة العامة باعتبارها قائمة على رعاية شئون القصر.

ومن ثم لا يقبل طلب وقف الدعوى من غير النائب عن ناقص الأهلية أو الغائب أو النيابة العامة.

375- القضاء بوقف الدعوى جوازي :

وقف الدعوى جوازي للمحكمة ويخضع لتقديرها، فإذا رأت أن الوقف في صالح ناقص الأهلية قضت به، وإلا رفضت الطلب ومضت في نظر دعوى القسمة.



مادة (842)

1- لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يبيع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم بأن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.

ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

2- أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش.

الشرح

تدخل الدائنين في القسمة :

376- مصلحة الدائنين في المعارضة في القسمة :

للدائنين مصلحة في المعارضة في القسمة حتى يقوم الشركاء في الشروع بإدخالهم في إجراءات القسمة، ذلك أن للدائنين مصلحة جدية في هذا الإدخال، إذ قد يغبن فيها أحد الشركاء المدينين فيقل ضمان الدائنين، كما أنه من المتصور أن يتواطأ الشركاء المتقاسمون إضرارا بدائنيهم أو بدائني واحد منهم، ومن الممكن أن يقع هذا الإضرار في فروض متعددة.

فقد يدعى الشركاء في تركة أن شريكهم المعسر مدينا لمورثهم توطئة لخصم هذا الدين الصوري من حصته العينية ثم يدفعون إليه الفرق خفية لتكملة نصيبه الحقيقي.

أو يكون الشريك المدين قد تصرف في حصة شائعة أو في جزء مفرز من عقار معين، فيتفق مع الشركاء الآخرين على إيقاع هذا العقار في نصيب شريك آخر حتى يفوتوا على المشتري غرضه من الصفقة.

كما قد يعتمد الشركاء إلى أن يقع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب أحد الشركاء الآخرين، فيتحول الرهن من المال محل الرهن إلى مال آخر على غير إرادة ورغبة الدائن المرتهن.

كما قد يتفق الشركاء على أن تقع في نصيب الشريك المدين أموال غير قابلة للحجز أو سهولة الإخفاء كالنقود والمنقولات والأوراق المالية. وفي حالة البيع بطريق التصفية، قد يتفق الشركاء على قصر المزايدة عليهم، رغم أن في دخول أجنبي المزايدة فرصة لارتفاع الثمن الذي يرسو به المزاد فيرتفع ضمان الدائنين.

ولذلك هيأ القانون لدائني الشركاء ما يمكنهم من منع هذا الإضرار والتواطؤ قبل وقوعه، وكذلك تفادى نتائجه إذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ بقصد الإضرار بالدائن، لأن هذا الدائن لو ترك لحكم القواعد العامة فإنه لا يكون أمامه سوى الطعن في القسمة بالدعوى البوليصة، وليس باليسير إثبات شروطها.

377- الدائنون الواجب إدخالهم :

الدائنون الذين يجب إدخالهم في دعوى القسمة هم دائنو كل شريك، يستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً أو دائناً ذا حق مقيد كالدائن المرتهن رسمياً أو حيازياً أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز. وفي الحالة الأخيرة يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع المراد قسمته، أو واقعاً على غيره من أموال الشريك⁽¹⁾. ويجوز أن يكون حق الدائن مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط.

إنما لا يعتبر دائناً من يدعى استحقاق المال الشائع وليست له مصلحة في التدخل في القسمة إذ هي غير نافذة في حقه إذا أثبت استحقاقه.

378- إدخال الدائنين مقصور على القسمة القضائية :

الرأى السائد⁽¹⁾ أن إدخال الدائنين فى القسمة عملا بنص الفقرة الأولى من المادة 842 مدنى مقصور على القسمة القضائية، فلا يترتب على معارضة الدائن إلزام الشركاء بإدخاله فى القسمة الاتفاقية، وذلك استنادا إلى عبارة النص حيث يحدد المشرع الدائنين الذين يجب على الشركاء إدخالهم بقوة القانون بقوله: "المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة"، كما أن المذكرة الإيضاحية للنص تقول تعليقا على الفقرة الثانية من المادة "أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، أو كانت القسمة عقدا، فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة إلا بطريق الغش فى الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصة فى الحالة الثانية"⁽²⁾.

وعلى ذلك فإنه طبقا لهذا الرأى السائد ليس أمام الدائنين إذا تمت القسمة اتفاقا إلا أن يطعنوا فى عقد القسمة وفقا للقواعد العامة بدعوى عدم نفاذ التصرف أى الدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 162 - محمد على عرفه ص 440- عبد المنعم البدرأوى ص 190 - جميل الشرقاوى ص 158 - عبد المنعم الصده ص 233، وإن كان ينتقد الحل الذى أخذ به المشرع بقوله: "إذ أن حاجة الدائنين إلى الحماية بتحويلهم حق المعارضة ألزم فى القسمة الاتفاقية منها فى القسمة القضائية".

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 120.

(3) عكس ذلك: السنهاورى ص 1240 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 196 وما بعدها - أحمد سلامه ص 368- محمد على عمران ص 330 هامش (1) - توفيق فرج ص 188. ويذهب الدكتور السنهاورى إلى القول (.. ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية إذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى: "أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، أو كانت القسمة عقدا. فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة إلا بطريق الغش فى الحالة الأولى، أو بطريق الدعوى البوليصة فى الحالة الثانية" ولكن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص. وقد أضيفت فى لجنة=

= الشئون التشريعية لمجلس النواب، إلى آخر الفقرة الأولى، العبارة الآتية: "ويجب على كل

379 - كيفية معارضة الدائنين في القسمة :

لم يشترط القانون شكلاً معيناً في معارضة الدائنين في القسمة⁽¹⁾. وكل ما اشترطه هو أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء بما فيهم الشريك المدين. وبالترتيب على ذلك يكفي أن تصل المعارضة إلى علم الشركاء بأي طريق كان. فيجوز أن تكون بإعلان على يد محضر - وهو الأفضل - أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو بكتاب مسجل، أو بكتاب عادى إلى كل من الشركاء، يبدى فيه الدائن معارضته في إجراء القسمة في غير حضوره. كما يجوز أن تكون المعارضة شفوية، ولكن الدائن يلتزم في هذه الحالة بحمل إثبات معارضته. وتعتبر معارضة كافية أن يحصل الدائن من مدينه أو من أى شريك آخر

حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات"، والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقاً على القسمة القضائية، فيبقى النص غير متمحض للقسمة القضائية. ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت - بطريق عارضة - العبارة المضافة فأصبحت: "وبجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة"، وكان النص بهذا التعديل سيتمحض للقسمة القضائية ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين، بل لعل القسمة الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل، لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية والقسمة الاتفاقية. ويدعى من الدائنين المقيدون، في القسمة الاتفاقية الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة، قياساً على دعوة الدائنين المقيدون قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية. وليس في مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع، مادامت حكمة تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماماً، بل هي أكثر توافراً في القسمة الاتفاقية كما قدمنا هذا إلى أن نص المادة 882 من التقنين المدني الفرنسي، وهو النص الذي استقى منه نص المادة 824 من التقنين المدني المصري لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية".

(1) محمد على عرفه ص 440- منصور مصطفى منصور ص 95.

على وعد ألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء⁽¹⁾.

ولا يكفي مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم، ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم في عقد المديونية، بأن يدعوه للتدخل في قسمة المال الشائع قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء⁽²⁾.

وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون البعض، لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة لأن القسمة لا تتجزأ.

ومعارضة الدائنين عمل من الأعمال التحفظية فيكفي أن تتوافر في الدائن أهلية القيام بأعمال الإدارة وإذا لم يعارض الدائن في القسمة على نحو ما تقدم، فإنه يجوز له بعد رفع دعوى القسمة أن يتدخل في الدعوى منضماً إلى مدينه⁽³⁾.

ويكون التدخل بالطريق الذي رسمته المادة 26 مرافعات التي تجرى على أن :
"يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى.

ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاها في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة"⁽⁴⁾.

(1) السنهاورى ص 1243 هامش (1).

(2) السنهاورى ص 1243 هامش (1).

(3) الصده ص 232 - منصور مصطفى منصور ص 195.

(4) ويذهب الدكتور السنهاورى وهو من أنصار الرأى القائل بإيجاب إدخال الدائنين في القسمة الاتفاقية - أن التدخل في القسمة الاتفاقية يكون بأن "يتقدم الدائن إلى الشركاء مت دخلا في القسمة، طالبا مثلا أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة، أو أن يثبتت =

= فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل إعلان كاف عن البيع

380- ميعاد المعارضة :

لم يحدد القانون ميعادا لمعارضة الدائنين في القسمة القضائية، ومن ثم فإنه يجوز أن تتم هذه المعارضة بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة في مال شائع، ويستمر حق الدائن في المعارضة قائما حتى تصدر المحكمة حكما في دعوى القسمة أى باعطاء كل شريك نصيبه المفزر الذى اختص به فى القسمة، أو بتقسيم الثمن الذى بيع به المال الشائع على الشركاء. أما إذا صدر الحكم فى دعوى القسمة فإنه لا يجوز للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش⁽¹⁾.

381- أثر معارضة الدائنين فى القسمة :

إذا عارض الدائنون فى القسمة على النحو السالف، وجب على الشركاء فى المال الشائع إدخال من عارض منهم فى جميع إجراءات القسمة، سواء أكانت القسمة عينية أم بطريق التصفية.

382- إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ولو لم

يعارضوا فى القسمة :

نصت المادة 1/842 مدنى على أن : "ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة".

فيجب على الشركاء إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة سواء عارضوا فى القسمة أم لم يعارضوا، فدعوتهم واجبة فى كل الأحوال.

وهؤلاء هم الدائنون الذين تقرر لهم حق عيني تبعى على حصة مدينهم الشائعة فى العقار، وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، ويدخل فيهم الدائن

ومن أن إجراءات البيع سليمة وما إلى ذلك "ص 1245.

(1) عرفه ص 441 وما بعدها.

الذى تقرر له رهن على جزء مفرز من العقار الشائع، إذا توصل إلى قيد حقه⁽¹⁾.
ومثل هؤلاء الدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص
أو الامتياز على المال الشائع.

وقد أضيفت العبارة السابقة التى أتت بهذا الحكم إلى عجز الفقرة الأولى من
المادة 842 لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب وذلك - على ما أفصح عنه
تقرير اللجنة- "حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع فى
غيبتهم"⁽²⁾.

واقصر النص على إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل القسمة لأنه يمكن
معرفتهم عند رفع الدعوى، ولتفادى إجراءات القسمة للبطلان إذا لم يدخل الشركاء
دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد إلا خلال الإجراءات أو عندما تشرف على
النهاية.

ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين لأن لهم الحق دائما فى التدخل فى
الإجراءات من تلقاء أنفسهم. وعلى ذلك فالقانون لا يلزم الشركاء فى المال الشائع
بإدخال هؤلاء الدائنين فى القسمة⁽³⁾.

ويرى الفقه - بحق- قياس حالة المتصرف إليه فى جزء مفرز من العقار
الشائع إذا كان قد سجل عقده قبل رفع القسمة على حال الدائن صاحب الحق
المقيد قبل رفع الدعوى من حيث وجوب إدخاله فى دعوى القسمة باعتباره دائنا
للشريك⁽⁴⁾.

383- أثر إدخال الدائنين فى دعوى القسمة :

(1) الصده ص 242 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 121.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 122.

(4) السنهورى ص 1245 - منصور مصطفى منصور ص 196 - جميل الشرقاوى

ص157- عبد المنعم الصده ص 233 وما بعدها.

إذا أدخل الشركاء فى المال الشائع الدائنين فى دعوى القسمة أو تدخلوا هم فيها، كان الدائنون طرفا فى جميع إجراءات القسمة، فلا يجوز مباشرة إجراءات دعوى القسمة بعد إدخالهم أو تدخلهم إلا فى مواجهتهم.

ويكون دور الدائنين فى الدعوى هو أن يطلبوا سير إجراءاتها فى الطريق السوى، فيتلافى الدائنون ما يلحق بمدينهم من غبن، أو حدوث تواطؤ بين الشريك المدين وباقى الشركاء على الإضرار بهم على النحو الذى أوضحناه سلفا. فلهم مثلا أن يطلبوا أن تكون الحصص متساوية فى قيمتها أو أن يعطى كل شريك نصيبه بطريق الاقتراع لا بطريق التجنيب غير أنه لا يجوز للدائن توجيه إجراءات القسمة وفق مصلحته، فلا يجوز له بيع المال فى المزاد بدلا من قسمته عينا إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر يلحق بقيمة المال الشائع، أو يطلب أن يختص مدینه بكامل حصته عينا.

ولا يجوز له منع مدینه من التصرف فى حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها، مع احتفاظ الدائن بحقه فى رفع الدعوى البوليصة.

أما إذا حصلت القسمة بطريق التصفية، فللدائن أن يطلب قبول الأجانب فى المزايدة، حتى لو اتفق الشركاء جميعا على قصرها عليهم، ذلك أن الحكمة من إدخال الدائنين هى الحيلولة دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم. فإذا أبيع للشركاء الاتفاق على استبعاد الأجانب من المزايدة سهل لهم ذلك سبيل التواطؤ الذى عمل الشارع على حمايتهم منه، فليس عسيرا على الشركاء فى مثل هذه الحالة أن يتفقوا على جعل المزايدة صورية بحتة حتى يرسو المزاد على أحدهم بأبخس الأثمان، ثم يسوون علاقتهم فيما بينهم بعد ذلك من وراء ظهور الدائنين⁽¹⁾.

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن معارضة الدائنين تعتبر بمثابة حجز ما لمدينهم

(1) عرفه ص 441 - السنهاورى ص 1245 وما بعدها - وقد ذهب الدكتور السنهاورى - وهو من القائلين بوجوب تدخل الدائنين فى القسمة الاتفاقية - إلى أنه لا يجوز للدائنين أن يطلبوا أن تكون القسمة قضائية إذا اتفق الأطراف على إجراء قسمة اتفاقية.

لدى الغير، فإذا تمخضت القسمة عن وقوع دين مستحق في ذمة الغير، أو معدل نقدي مستحق على أحد الشركاء في حصة مدينهم، فلا يجوز الوفاء بالدين أو بالمعدل لهذا الشريك، بل يتعين الوفاء به للدائنين المعارضين، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار الحماية التي أسبغها القانون على هؤلاء الدائنين⁽¹⁾، واستطرد بعض أنصار هذا الرأي إلى أن المادة 558 من القانون المختلط كانت تنص على ذلك، فقد جاء فيها: "المعارضة الحاصلة منهم" أي من أرباب الديون على الشركة أو من أرباب الديون التي على أحد المتقاسمين "تحت يد المتقاسمين الآخرين تعتبر بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير".

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يرتب على معارضة الدائنين أثرا لم ينص عليه القانون لاسيما وأنه لا يطلب فيها اتخاذ إجراءات الحجز⁽²⁾.

كما يلاحظ أن هذا الرأي قد يبرره في فرنسا أنه ليس لدائن الشريك أن يحجز على حصته الشائعة (م 2205 مدني فرنسي)، فهو لا يستطيع أن يحجز إلا بعد القسمة، وقد يأتي هذا الحجز بعد أن يكون الشريك قد استوفى فعلا الدين أو المعدل النقدي بمجرد تمام القسمة، فلا يكون لهذا الحجز أثر. لذلك دعت الحاجة في فرنسا إلى اعتبار المعارضة بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير حماية للدائن⁽³⁾.

ولكن ليس لهؤلاء الدائنين الاعتراض على القسمة بعد الحكم في الدعوى، ولا يجوز لهم بوجه خاص أن يطعنوا عليها بالدعوى البوليصرية فقد حل تدخلهم محل الدعوى⁽⁴⁾.

ويتحمل الدائنون وحدهم نفقات معارضتهم ونفقات تدخلهم⁽⁵⁾.

384- جزاء عدم إدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم في

(1) محمد على عرفه ص 441 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 232 هامش (1).

(3) إسماعيل غانم ص 196 الهامش.

(4) السنهوري ص 1247.

(5) السنهوري ص 1246.

دعوى القسمة:

إذا عارض الدائنون في القسمة، أو كان لهم حق مقيد قبل رفع دعوى القسمة، ومع ذلك لم يقيم الشركاء في المال الشائع بإدخالهم في دعوى القسمة، ولم يكن هم قد تدخلوا فيها، فقد نصت المادة 1/842 مدني على الجزاء المترتب على ذلك بقولها: "وتوجه المعارضة إلى الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم".

فيلتزم على عدم إدخال هؤلاء الدائنين إذن عدم نفاذ القسمة في حقهم، ولا يلزم لعدم نفاذ القسمة في حقهم إثبات تواطؤ الشركاء، فالقانون إذ ألزم الشركاء إدخالهم في جميع الإجراءات فقد افترض هذا التواطؤ، فلا يقبل من الشركاء إثبات عكس هذه القرينة القاطعة⁽¹⁾.

ويلتزم على عدم نفاذ القسمة في حق الدائنين أن يعود المال إلى الشيوع بالنسبة للدائنين، ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد من أي من الشركاء لتكون القسمة نافذة في حق الدائنين.

كما يجوز للدائن أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة⁽²⁾.

غير أنه يجب لثبوت الحق للدائنين في عدم نفاذ القسمة في حقهم، أن يثبت الدائنون أن القسمة بالشكل التي تمت به قد عادت عليهم بالضرر إذ في غير حالة توافر هذا الضرر لن يكون لهم مصلحة في التمسك بعدم نفاذ القسمة في حقهم⁽³⁾.

ومن ناحية أخرى فإنه يحق للدائن أن يعتبر عدم إدخال الشركاء له في القسمة خطأ تقصيرياً يخول له أن يطالبهم متضامنين بتعويض الضرر الذي لحقه، ويكون

(1) السنهاوري ص 1248 - البدراوى ص 186 - جميل الشراوى ص 157 - أحمد سلامة ص

370 وما بعدها - محمد على عرفه ص 442.

(2) السنهاوري ص 1248.

(3) السنهاوري ص 1248 - أحمد سلامة ص 371.

لهؤلاء أن يتحاشوا الرجوع عليهم بهذه الدعوى إذا هم أوفوا لهذا الدائن حقه ثم يرجع الموفى أو الموفون على زميلهم المدين⁽¹⁾.

385- أثر عدم تدخل الدائنين فى دعوى القسمة لعدم معارضتهم أو بعد معارضتهم ودعوتهم إلى التدخل :

إذا لم يتدخل الدائنون فى دعوى القسمة، لعدم اعتراضهم عليها أو لعدم وجود حق مقيد لهم قبل رفع الدعوى، أو اعترض الدائنون على القسمة ودعاهم الشركاء إلى التدخل فى الدعوى، ولكنهم لم يتدخلوا، فإن القسمة تكون نافذة فى حقهم وليس لهم أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش.

وعلى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة 842 مدنى بقولها : "أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش". وذلك أن الشركاء لا ذنب لهم فى هذه الصورة فى عدم تدخل الدائنين فى القسمة، ويكون النقيض من جانب الدائنين فلا يجوز لهم الإفادة من الجزاء الذى يقرره القانون. بمعنى أن القسمة تسرى قبلهم فلا يكون لهم الاعتراض عليها إلا فى حالة الغش⁽²⁾.

ومفهوم ذلك هو الرجوع إلى القواعد العامة الخاصة بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم. ومن مقتضى ذلك أنه يشترط لقبول دعوى عدم نفاذ القسمة التى تمت فى حق الدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصة، وأخصها إعسار الشريك المدين وإثبات التواطؤ بينه وبين الشركاء على الإضرار بدائنيه (م 238)، إنما يكفى لإثبات هذا التواطؤ التدليسى أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة، بحيث يفترض لفرط سرعتها تواطؤ الشركاء فيما بينهم على الانتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة

(1) أحمد سلامة ص 371 - السنهورى ص 1248.

(2) توفيق فرج ص 265 وما بعدها.

فيها⁽¹⁾.

كما يجوز للدائن أن يطعن في الحكم النهائي الصادر بالقسمة بطريق التماس إعادة النظر، عملاً بالمادة 8/241 مرافعات التي تنص على أن: "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية: "لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثل أو تواطؤ أو إهماله الجسيم".
ويكفي في هذه الدعوى أن يثبت الدائن غش المدين أو إهماله الجسيم.

386- متى يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى القسمة؟

نصت المادة 43 مرافعات (معدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999) على أن: "تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائياً إذا لم تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فيما يلي:
(3) - دعاوى قسمة المال الشائع".

وبالترتيب على ذلك فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف إذا زادت قيمة الدعوى على خمسة آلاف جنيه.

ونقدر قيمة الدعوى بقيمة المال الشائع محل القسمة، فإذا كان المال الشائع عقاراً قدرت قيمته طبقاً لنص المادة 37 بند (1) مرافعات (معدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999، التي تقضى بأن: "يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتي:

1- الدعاوى التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار، يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً، فإن كان من الأراضي يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة

(1) عرفه ص 442 - نقض فرنسي 27 يناير 1907، 1935/6/25، 1937/4/24 المشار إليها بهامش رقم (1) بذات الصحيفة من المؤلف المذكور.

الضريبة الأصلية.

فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته".
وعلى ذلك لا يعتد بالقيمة التي قدرها المدعى للعقار فى صحيفة دعوى
القسمه، إذا كانت مخالفة للتقدير سالف الذكر.

387- المحكمة المختصة بنظر الاستئناف :

تختص بنظر استئناف الأحكام الصادرة ابتدائياً فى دعاوى القسمه من
المحكمة الجزئية، المحكمة الابتدائية (بهيئة استئنافية) أيا كانت قيمة الدعوى⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الطعن استئنافياً فى أحكام محاكم المواد الجزئية الصادرة ابتدائياً فى دعاوى
القسمه. انعقاده للمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى".

(طعن رقم 433 لسنة 56 ق جلسة 1988/6/14)

(1) وقد قضى بشأن رسوم استئناف الحكم الصادر فى دعوى القسمه بأن : "متى كان الثابت
أن المحكوم عليه قد استأنف الحكم الصادر بفرز وتجنيب حصه بعض شركائه فى الأرض
الشائعة بينهم وقضى برفض استئنافه وتأييد الحكم المستأنف مع إلزامه بمصاريف استئنافه
وأن قلم الكتاب قد سوى الرسوم المستحقة على الدعوى الاستئنافية على أساس قيمة ما
قضى به ابتدائياً فإن الحكم الصادر فى المعارضة فى أمر تقدير الرسوم بإلغاء القائمة
تأسيساً على أن المستأنف لا يلزم من الرسوم بأكثر مما دفعه وأنه لا تستحق رسوم جديدة
إلا فى حالة الحكم له بطلباته كلها أو بعضها فإن الحكم يكون قد خالف القانون ذلك لأن
الحكم الصادر بالتأييد هو فى الواقع وبمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 90 لسنة
1944 بمثابة حكم جديد بالحق الذى رفع عنه الاستئناف - ولا يغير من ذلك أن يكون حكم
محكمة الدرجة الأولى قد ألزم خصوم المستأنف المصروفات ولم يلزمه هو بشيء منها لأن
الرسوم موضوع المعارضة ليست رسوم الدعوى الابتدائية بل هى الرسم المستحقة على
القضية الاستئنافية التى ألزم المستأنف فيها بمصاريف استئنافه".
(ويلاحظ أن المادة الثالثة قد عدلت بعد ذلك).

والاعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذي تعذر قسمته عينا بالمزاد
منازعة متفرعة عن دعوى القسمة تفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف
الحكم الصادر في شأنها أمام المحكمة الابتدائية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذي تعذر قسمته عينا بالمزاد لا
يعدو أن يكون من المنازعات المتفرعة عن دعوى القسمة التي تختص بالفصل
فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكم الصادر في شأنها أمام المحكمة
الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى وذلك طبقا لنص الفقرة الثانية من
المادة 47 من قانون المرافعات. وإذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر فإنه
يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 2311 لسنة 61 ق جلسة 1996/6/11)

388- عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محكمة

الدرجة الثانية في دعاوى القسمة :

تنص المادة 248 من قانون المرافعات على أن :

"للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم
الاستئناف في الأحوال الآتية :

1- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيًا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه
أو تأويله.

2- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

ووضح من هذه المادة أن الأحكام التي تقبل الطعن فيها بطريق النقض وهو
طريق غير عادي للطعن، هي الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (العالي)،
أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية (بهيئة استئنافية) فلا تقبل الطعن فيها
بطريق النقض. وبالترتيب على ذلك فإنه لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام

الصادرة من محاكم الدرجة الثانية فى دعاوى القسمة.

إنما يستثنى من هذا الأصل أن يكون الحكم قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، وذلك عملا بالمادة 249 مرافعات التى تقضى بأن:

"للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى - أيا كانت المحكمة التى أصدرته - فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية وكان لا يجوز وفقا لنص المادة 249 من قانون المرافعات الطعن بالنقض فى هذا الحكم إلا إذا كان قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى.... الخ".

(طعن رقم 1123 لسنة 48 ق جلسة 1979/3/10)

2- "تجيز المادة 249 من قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، وقد جاء النص عاما مطلقا بشأن كل حكم انتهائى صدر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم حاز قوة الأمر المقضى أيا كانت المحكمة التى صدر منها الحكم المطعون فيه... الخ".

(طعن رقم 2555 لسنة 52 ق جلسة 1984/3/7)

3- "لا يجوز وفقا للمادة 249 من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية إلا إذا كان قد فصل فى النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى".

(طعن رقم 1274 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/9)

389- حجية الحكم الصادر فى دعوى القسمة :

الحكم الصادر فى دعوى القسمة ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم.
ولا حجية له على الشركاء الذين لم يكونوا ممثلين فى دعوى القسمة.

فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "حكم القسمة - أيا كان الرأى فى تكييفه - ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم".

(طعن رقم 194 لسنة 30 ق جلسة 1966/2/24)

2- "حكم القسمة. ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم".

(طعن رقم 1948 لسنة 52 ق جلسة 1987/3/31 - غير منشور)

3- "حكم القسمة. حجيته. ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما فصل فيه".

(طعن رقم 1235 لسنة 51 ق جلسة 1988/1/14 - غير منشور)



مادة (843)

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

الشرح

390- إفراز المال الشائع :

إفراز المال الشائع، هو الأثر الجوهري للقسمة وهو الذى يهدف إليه المتقاسمون ويعنى أن يستقل الشريك بملكية الجزء الذى يختص به فى القسمة. بمعنى أن يصبح مالكا لهذا الجزء ملكية مفرزة. وإذا كان الجزء الذى يختص به الشريك عقارا فيجب وفقا للمادة العاشرة من قانون الشهر العقارى - كما سنرى - أن تسجل القسمة ويترتب على عدم التسجيل ألا يحتج بأثر القسمة - وهو تملك المتقاسم للعقار ملكية مفرزة - على الغير أما فيما بين المتقاسمين فيترتب على القسمة أثرها دون حاجة إلى تسجيل⁽¹⁾.

391- الأثر الكاشف والأثر الرجعى للقسمة :

نصت المادة 843 مدنى على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك شيئا فى بقية الحصص"⁽²⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 201.

(2) وقد أزال هذا النص التناقض بين التقنين الأهلى والمختلط فقد كانت المادة 555 من التقنين المختلط تنص على أن القسمة منشئة كالبيع أسوة بما قرره الشريعة الإسلامية، والقانون الرومانى، ومع ذلك لم تنقيد المحاكم المختلطة بهذا النص، بل سارت فى جميع أحكامها على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق، وهو الحكم السائد فى سائر التشريعات الحديثة (محمد على عرفه ص 444).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعليقا على هذا النص أن :

"القسمة سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها أثران :

(أ) - يكون لها أثر رجعى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص.. ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق".

وواضح أنه قد ورد فى هذا القول تعبيران: الأثر الرجعى والأثر الكاشف، والتعبيران غير مترادفين، فالتصرف الكاشف معناه ذلك التصرف الذى يقرر وضع قانونيا قائما من قبل دون أن يعدل فيه وهذا المعنى يفيد أن القسمة لا تعطى (لا تنشئ) المتقاسم حقا جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل فالحق الذى كان له أثناء الشيوع هو الذى انتقل إليه بالقسمة. لأن حق الشريك المشتاع وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك. وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما. والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع، فهى لا تخول الشريك سندا جديدا، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة وهى لا تخول الشريك حقا جديدا، بل يقتصر أمرها على التغيير فى حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة لأنه مستمد من طبيعة القسمة، والأثر الرجعى يفيد أن ما آل إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأن مالم يؤل إليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له فى يوم من الأيام. فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعى أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المقرر فى التركة منذ

موت مورثه، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوخ التى أعقبت موت المورث وبقيت إلى أن تمت القسمة، وهى مرحلة قد تطول سنين عديدة ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعى ويعتبرها كأنها لم تكن، رغم أن مرحلة الشيوخ هذه قد وجدت وخلفت آثارا لا يجوز تجاهلها، منها أن ما قبضه الورثة من الثمار فى أثناء الشيوخ لا يجب رده ولو أعمل الأثر الرجعى لوجب ردها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه، ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال، ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث.

ويسلم مجموع الفقه فى مصر بأن للقسمة أثرا كاشفا ولكنه ينتقد النص على أن لها أثرا رجعيا، ويرى أن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة وأن الأثر الرجعى افتراض قانونى، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة وأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاته فلا محل للتضييق فى تطبيقه، وأنه لما كان الأثر الرجعى مجرد افتراض لا يطابق الواقع فإنه يجب أن يعمل فقط فى حدود الحكمة التى أملتة وهى حماية المتقاسمين⁽¹⁾.

فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعى، وهى أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة فى أثناء الشيوخ، فما دامت القسمة لها أثر كاشف، فهى تكشف عن حق المتقاسم فى نصيبه المفرز، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفى أثناء الشيوخ، وأنه هو نفسه الذى آل إلى المتقاسم بالقسمة فيؤول خاليا من

(1) أحمد سلامة ص 399 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 237، 248 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 164 - أنظر أيضا فى عرض هذا الرأى السنهورى ص 1260 وما بعدها.

تصرفات شركائه ومحتملا بتصرفاته هو، ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعي⁽¹⁾.

(1) ويعارض البعض في فكرة النطاق المعنوي والنطاق المادى لحق الشريك في الشيوخ، فيذهب الدكتور منصور مصطفى منصور ص 213 وما بعدها قائلًا بعد عرض هذه الفكرة "هذه هي فكرة من عرضنا لهم من المحدثين، وهي تبدو لنا غير مقبولة فإذا كان من الواضح أن المقصود بالنطاق المادى لحق الشريك هو الشيء الشائع نفسه الذى يعتبر كله محلاً للحق، فما هو المقصود بالنطاق المعنوى ؟ لاشك أن المقصود هو ما يرمز له بنسبة حسابية كالثالث مثلاً، ولكن ثلث ماذا ؟ يبدو أن هذا لا يمكن إلا أن يتعلق بمضمون الحق، وعلى هذا النحو يمكن وصف حق الشريك أثناء الشيوخ بأن محله هو الشيء المادى كله، ولكن مضمونه هو ثلث مضمون حق الملكية المفترزة. وعلى ذلك لا نستطيع أن نفهم ما يقال من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى. أو العبارات الأخرى التى أشرنا إليها، إلا على معنى أنها تعطى الشريك الذى له الثلث مثلاً حقاً به كل مضمون الملكية المفترزة على ثلث الشيء بعد أن كان له حق يخول ثلث مضمون الملكية المفترزة على الشيء كله. ولا يمكن بعد هذا أن نقول بأن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته، لأن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون، فقبل القسمة كان له حق محله كل الشيء ومضمونه جزء من مضمون الملكية المادية، وبعد القسمة أصبح له حق محله بجزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية العادية (أى المفترزة) وهو ما يكفى فى تقديرنا للقول أن القسمة تعطى للشريك حقاً آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوخ. وبهذا ننتهى إلى رفض ما عبروا عنه بالأثر الكاشف ولم يهدفوا من ورائه إلا نفي الأثر الناقل ونضيف أخيراً، تأييداً لموقفنا، أن ثمة سؤالاً لا نجد له إجابة فى ظل رأى الشراح الذين نعرض لهم، فقد كان للشريك على الأجزاء التى لم تقع فى نصيبه حق مماثل لحقه الذى كان قائماً على ما وقع فى نصيبه؟ فأين ذهب هذا الحق؟

الواقع أن الحاجة إلى الإجابة على هذا السؤال فى غاية الأهمية، إذ أن معرفة مصير ما كان للشريك من حق على الأجزاء التى لم تقع فى نصيبه هى التى تمكن من معرفة مصير ما كان الشريك قد رتبته على هذا الحق من حقوق للغير كالرهن أو الانتفاع. =

= وفى تقديرنا أن قصور نظرية الأثر الكاشف، عند من نعرض لهم من الفقهاء، يدل على

عدم صحة ما ذهبوا إليه من أن هذه النظرية تغنى عن الأثر الرجعى للقسمة للوصول إلى حصول كل متقاسم على الجزء المفروز الذى يختص به خالصا من آثار تصرفات غيره. ولبيان هذا يجب أولا أن نحدد تصرفات الشريك الذى يراد حماية غيره من آثارها، وهى فيما نرى التصرفات التى ترد على حق الشريك الشائع بإنشاء حق للغير عليه كالرهن أو الانتفاع. ولما كان تصرف الشريك فى حقه الشائع، على هذا النحو، تصرف صحيح لصدوره فيما يملكه الشريك فيتربط عليه نشوء الحق العينى ولا يمكن أن يقال أنه غير نافذ بالنسبة لباقى الشركاء، وبالتالي لا تفيد نظرية الأثر الكاشف التى نعرض لها فى تخلص المال الذى ورد التصرف على حصة منه من حق الغير إذا ما وقع هذا المال فى نصيب متقاسم غير المتصرف، لأن هذه النظرية لا تستقيم إلا إذا سلمنا ابتداء أن تصرف الشريك كان غير نافذ قبل القسمة فى حق غير المتصرف من الشركاء. أما وفقا للأثر الرجعى للقسمة فيمكن القول، وإن كان هذا على سبيل المجاز، أنه يترتب على القسمة أن يعتبر المتصرف كأن لم يكن يملك شيئا فى أى وقت إلا فيما وقع فى نصيبه، وبالتالي يعتبر تصرفه فى حصة شائعة فيما وقع فى نصيب غيره تصرفا فى ملك الغير فلا ينفذ فى حق المالك".

ثم يمضى سيادته قائلا ص 215 : "إذا كما نعتقد فى عدم صحة ما ذهب إليه المحدثون من أن القسمة كاشفة بطبيعتها، فيبدو لنا أن النظرية التقليدية، فيما يتعلق بحقيقة أثر القسمة وهى أنها ناقلة كما رأينا عند الرومان، هى الأولى بالقبول ولا نرى وجها لوصف القسمة بأنها كاشفة إلا على أساس النص الذى يقرر الأثر الرجعى، وحيث يعتبر الأثر الكاشف كالأثر الرجعى حكما مجازيا كما رأينا من قبل".

ويذهب الدكتور السنهورى إلى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل فيقول ص 1255 وما بعدها: "والواقع من الأمر أن للقسمة بطبيعتها أثرا مزدوجا، كاشفا وناقلا. ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع وقلنا أن أرضا يملكها اثنان فى الشيوع لكل منهما النصف، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما. فإذا اقتطعنا أى جزء مفروز منها، كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الآخر. فهل يكون =

= للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه فى

ولذلك لا مناص من الأخذ بما ذهب إليه الدكتور السنهوري⁽¹⁾ من أن المادة 843 تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا فى وقت واحد، على أن يكون هذا وذلك على سبيل الافتراض القانونى أو المجاز فتستخلص جميع النتائج التى تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك.

392- بعض المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى للقسمة :

1- حق الشركاء فى الثمار التى ينتجها المال الشائع أثناء الشيوخ :

الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوخ تكون من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم. فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز، لم يكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعى للقسمة للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوخ.

الأرض، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا. وكان هذا النصيب قبل القسمة، وفى أثناء الشيوخ ملكا للشريكين لكل منهما النصف. فالإفراز إذن ثبت للشريك فى هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة فى النصف، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة فى النصف الآخر، فخلصت له الملكية الكاملة فى جميع النصيب المفرز. ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف فى نصف النصيب، وأثر ناقل فى النصف الآخر. ويكون للقسمة إذن، بطبيعتها أثر مزدوج، كاشف وناقل.

ولما كان هذان الأثران يتعارضان، لم يبق إلا أن نغلب أثرا على آخر فى المواضع التى يحسن فيها، من الناحية العملية، تغليب هذا الأثر فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليه، وتارة نغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك".

ولكن سيادته انتهى فى موضع آخر إلى أن المادة 843 تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا فى وقت واحد. (أنظر تفصيل ذلك فى المتن).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء 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 إلا من وقت حصول القسمة. ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة 843 من القانون المدنى من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفروز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر أعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة".

(طعن رقم 136 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/25)

2- تحديد المال الشائع وتقدير قيمته تكون عند وقت القسمة:

رأينا فيما سبق أن العبرة فى تحديد المال الشائع وتقدير قيمته، بحالة المال وقيمه وقت القسمة. وكان مقتضى الأثر الرجعى للقسمة أن تكون العبرة فى ذلك بما هو عليه وقت بدء الشيوع.

3- بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب

على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته (م 1/1039 مدنى).

4- إذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يضع قواعد جديدة للقسمة فإنه يسرى

على القسمة التى تتم بعد العمل به ولا يحتج بأن للقسمة أثرا رجعيا فيطبق القانون السارى وقت بدء الشيوع.

393- عدم تعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام :

لا يتعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام، ولذلك يجوز للشركاء أن يتفقوا

على عدم التمسك بالمادة 834 مدنى، وليس أدل على ذلك مما قضى به المشرع

في المادة 1039 مدني من نفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت نتيجة القسمة أو التصفية.

كما استقر القضاء على أنه يجوز للشركاء عند قسمة عقار شائع بطريق التصفية أن يتفقوا على اعتبار حكم مرسى المزاد منشأً لملكية الراسي عليه المزاد، حتى ولو رسا المزاد على أحد الشركاء فيجوز لهم مثلاً الاتفاق على جواز إعادة البيع على مسؤوليته عند التخلف عن دفع الثمن، وبالرغم من أن هذا الإجراء يعتبر من قبيل الفسخ، والأصل أن القسمة غير قابلة للفسخ⁽¹⁾.

(1) محمد علي عرفه ص 447.

المجال الذى يطبق فيه الأثر

الكاشف للقسمة

394- أولا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات :

كل تصرف من شأنه إنهاء الشيوخ، يكون له أثر كاشف، فهو يكشف عن حق سابق للشريك. فيسرى الأثر الكاشف على القسمة النهائية، سواء كانت اتفاقية - ولو فعلية - أو قضائية، عينية بمعدل أو بغير معدل كلية أو جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوخ فيختص كل منهم بنصيبه مفرزا بينما يبقى الشركاء الآخرون فى الشيوخ، أو يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعا فيما بينهم، أو يقسم المال الشائع إلى قسمين يختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشيوخ ويختص باقى الشركاء بالقسم الآخر يملكونه كذلك على الشيوخ فيترتب على القسمة الأثر الكاشف رغم أن أحدا من الشركاء لم يختص بنصيبه مفرزا، وذلك لأن القسمة قد تضمنت إفرار قسمين من المال الشائع فترتب على ذلك أن انتهى الشيوخ الأصلى الذى كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شيوخ جديد⁽¹⁾.

أما إذا كانت القسمة بطريق التصفية أى ببيع المال الشائع بالمزاد العلنى أو الممارسة فإنه يتعين التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون المزاد أو الممارسة قد رست على أحد الشركاء فى المال الشائع. ففى هذه الحالة يعتبر هذا البيع قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيدا للقسمة، ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع فى نصيب الشريك الذى رسا عليه، ومن ثم يخصم

الثلث الذي رسا به المزاد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة. فإذا زادت هذه الحصة على الثلث أخذ هذا الشريك باقى نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل للقسمة يلتزم به باقى الشركاء، وإذا كان العكس دفع هذا الشريك لباقى الشركاء معدلا للقسمة. وتسقط التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع فى خصوص المبيع، ولكن تبقى التصرفات التى أبرمها هو. والثلث الذى بيع به المال للشريك يكون له حكم معدل القسمة. ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة⁽¹⁾.

الحالة الثانية:

أن يكون المزاد أو الممارسة قد رست على أجنبى، وفى هذه الحالة يعتبر التصرف بيعا فيما بين الشركاء والمشتري، إنما يقتصر ذلك على العلاقة فيما بين الشركاء والراسى عليه المزاد أو الممارسة. ومن ثم يجوز للمشتري أن يطهر العقار المبيع من الرهون التى ترتبت عليه من الشركاء فى أثناء الشيوع. أما فيما بين الشركاء أنفسهم فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف، أى ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثلث الذى رسا به المزاد، ومن ثم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثلث المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى، فيصبح هو البائع وحده، ومن ثم لا تنفذ فى حقه التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع فى خصوص المبيع ولكى تبقى التصرفات التى أبرمها هو. وإذا قسم الثلث بين الشركاء اعتبروا جميعا بائعين وبقيت التصرفات التى أبرمها أثناء الشيوع فى خصوص المبيع⁽²⁾.

أما إذا كانت القسمة لا يترتب عليها إنهاء الشيوع فإنه لا يسرى عليها الأثر الكاشف، ومثل ذلك قسمة المهايأة التى يقتصر أثرها على مجرد تسهيل الانتفاع بالمال الشائع.

(1) السنهاورى ص 1269.

(2) الصده ص 241.

غير أن قسمة المهايأة المكانية إذا استمرت خمس عشرة سنة فإنها تتقلب إلى قسمة نهائية، ويسرى عليها ما يسرى على القسمة النهائية من أحكام، فيكون لها أثر كاشف.

395- تصرفات معادلة للقسمة لها أثر كاشف :

يعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفاً معادلاً للقسمة، فيكون له أثر كاشف، إذ يصبح الشريك المشتري مالكا للحصة المباعة وتضم هذه الحصة إلى الحصة التي يمتلكها، وتكون هذه الملكية قد آلت إليه من وقت بدء الشروع.

كما ذهب محكمة النقض إلى أن للشريك على الشروع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فإذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وذلك عملاً بالمادة 2/826 مدنى.

فقد قضت بأن :

1- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشروع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة 126 فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه : "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه

مفرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه - بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة - مفرزة يكون على غير أساس".

(طعن رقم 910 لسنة 45 ق جلسة 1980/3/25)

2- "نص المشرع في المادة 826 من القانون المدني على أن : "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ثم نص في المادة 936 من هذا القانون على أنه : "يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي"، يدل على أن للمالك على الشيوخ أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوخ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوخ طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع، وفقا لصريح عبارة النص في المادة 936 من القانون المدني".

(طعن رقم 784 لسنة 47 ق جلسة 1980/5/1)

3- "يدل نص المادتين 826، 936 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن للمالك على الشيوخ أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوخ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوخ طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم

التصرف فى قدر شائع، وبالتالي يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع".

(طعن رقم 1139 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/24)⁽¹⁾

ويذهب - بحق - جانب من الفقه إلى أن حكم البيع لايسرى على الهبة فلا تعتبر تصرفا معادلا للقسمة، لأن القسمة من المعاوضات أما الهبة فهى من التبرعات، ومن ثم تكون الهبة ناقله للملكية لا كاشفة⁽²⁾.

(1) وقضت محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1991/5/12 فى الطعن رقم 376 لسنة 57ق بأن : "مؤدى نص المادة 826 من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تودى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته فى الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العينى إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فإنه يتمتع فى هذه الحالة أعمال الحلول العينى طالما أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه ... الخ".

(2) السنهاورى ص 1270 - وعكس ذلك الصده ص 241، أحمد سلامة ص 404 فيذهبان إلى أنه يستوى أن يكون التصرف بمقابل أو بغير مقابل - ويقول الدكتور الصده ص 241 وما بعدها هامش (4) "الرأى الذى يأخذ به القضاء الفرنسى، وهو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى، أن التصرف الذى يعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بعوض، وذلك بحجة أن القسمة جوهرها تصرف بعوض، وأن اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدى إلى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه. الهبة التى تؤدى إلى اختصاص الشريك بمال مفرز تكون فى نظر هؤلاء تصرفا ناقلا، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب، وهناك من الفقهاء =

= من يرى أن المنطق السليم يقضى بعدم التفرقة فى هذا الخصوص بين التصرف بعوض والتصرف بدون عوض. إذ أن هذه التفرقة ترجع فى الواقع إلى الفكرة القديمة التى كانت

والأموال التي يجرى التصرف في شأنها بمناسبة القسمة لا ينطبق عليها الأثر الكاشف، لأنها لم تكن شائعة وأفرزت بالقسمة. فإذا أثبتت القسمة حقا لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخلا من قبل في نطاق الشيوع فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق.

396- ثانيا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأموال :

إن الذي يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المال بين الشركاء، ومن هذا كان طبيعيا أن ترد القسمة على كل مال شائع تم إفرازه، وأن ينطبق بالتالي الأثر الكاشف على ما أفرزته القسمة من هذا المال، سواء كان هذا المال منقولاً مادياً أو منقولاً معنوياً كحق الاختراع أو حق المؤلف. وبالتالي يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ما يأتي :

1 - معدل القسمة :

لأن معدل القسمة لم يكن شائعاً وأفرز، وإنما هو مال مملوك ملكية مفرزة يدفعه الشريك لزميله المتقاسم حيث تتوازن الأنصبة، فإذا تمت القسمة بمعدل سرى الأثر الكاشف على المال الذي أفرز بالقسمة ولا يسرى على المعدل، وإنما يكون التزاماً في ذمة المدين به بموجب القسمة - وتنتقل ملكيته من المدين إلى الشريك الدائن ويعتبر هذا الأخير بالنسبة له خلفاً للأول (المتقاسم) فإذا كان المعدل عقاراً

ترى في القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر الكاشف إلا من طريق الافتراض. ولما كانت القسمة عملية تنطوي على التغيير في حق الشريك بحيث يختص بمال مفرز، فلم يعد هناك ما يدعو إلى التفرقة تبعاً لنوع التصرف الذي يؤدي إلى هذا التغيير، وهذا هو الرأي الذي رجحناه في المتن، لأن هو الذي يتسق مع وظيفة القسمة وما تسفر عنه من اختصاص الشريك بمال مفرز. وليس هناك ما يدعو إلى الخشية من التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه، إذ يستطيع هؤلاء حماية مصالحهم من طريق الدعوى البوليصية، حيث إنه بواسطتها تصبح الهبة غير نافذة في حقهم".

فإن ملكية هذا العقار لا تنتقل إلى الدائن إلا بالتسجيل⁽¹⁾.
وتبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم الأول في خصوص العقار.

2- الحقوق الشخصية:

ذلك أن الشيوع لا يرد على الحق الشخصي، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإنه الحق ينقسم بينهم في ذلك مالم يكن غير قابل للانقسام إذ في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع. ومادام أن هذه الحقوق تكون مقسمة من أول الأمر فلا يكون هناك محل لقسمتها ولا انطباق للأثر الكاشف عليها. فإذا توفى شخص وكان للتركة دين فإن هذا الدين ينقسم على الورثة لحظة الوفاة، كل بحسب نصيبه الشرعي. وعلى ذلك يعتبر كل وارث صاحب حصة في الحق الشخصي من وقت وفاة المورث ودائنا على استقلال للمدين بجزء من الدين بنسبة حصته في التركة لا بسبب الأثر الكاشف للقسمة، بل بسبب انقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث.

وإذا كانت المادة 907 مدنى تنص على أنه: "إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقى الورثة لا يضمنون له الدين إذا هو أعسر بعد القسمة. مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك"، فإنه ليس معنى هذا النص أن يبقى الدين شائعا حتى القسمة، فهو قد آل إلى الورثة لحظة الوفاة فأصبح كل منهم دائنا بدين مستقل، فإذا اتفق الورثة عند قسمة التركة على أن يأخذ أحدهم كل الحق الذى للتركة كان مفاد هذا أن الورثة الآخرين قد حولوا أنصباؤهم فى هذه الحق إلى ذلك الوارث ويكون الاتفاق تصرفا ناقلا بالنسبة إلى هذه الأنصبة⁽²⁾، ويلزم حتى تكون الحوالة نافذة فى حق المدين أن يقبلها أو يعلن بها (م 305 مدنى)، مع

(1) الصده ص 243 وما بعدها - سلامه ص 406 وما بعدها - السنهورى ص 1272 وما بعدها.

(2) أحمد سلامه ص 407 - السنهورى ص 1272 وما بعدها - الصده ص 343 وما بعدها.

مراعاة أن الورثة المحيلين يضمنون للمحال إليه يسار المدين وقت القسمة، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، وهذا يخالف القاعدة العامة التي تجعل المدين ضامنا لوجود الحق فحسب وقت الحوالة (م 1/308).

397- ثالثا: مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأشخاص:

مادام أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشف فإن أثرها الكاشف يقوم بالنسبة لجميع الأشخاص، لا فرق في ذلك بين الشركاء المتقاسمين في المال الشائع والغير.

وبالنسبة للشركاء لا فرق بين شريك أصلي اكتسب ملكية حصته في المال الشائع منذ بدء الشيوع، أو شريك طارئ اكتسب ملكية حصته بعد بدء الشيوع. وكذلك لا عبرة بسند تملك الشركاء فقد يختلف سند اكتسابهم ملكيتهم لحصتهم في المال الشائع. فالعبرة بثبوت ملكية الشريك لحصته وقت القسمة. وبالنسبة للغير، لا فرق بين دائن عادي أو دائن مكتسب لحق عيني أصلي، أو دائن بحق قيد.

وعلى ذلك لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع، على المال الشائع، فإذا كان أحد الشركاء قد باع أو رهن إبان الشيوع - جزءا مفرزا ثم آل هذا الجزء إلى شريك آخر فإنه يؤول إليه محررا من الرهن، كما وأن المشتري لا يستطيع المطالبة بنقل ملكيته، ولو كان قد سجل عقده، إذ يترتب على القسمة سقوط التسجيل ذلك أنه بفعل الأثر الكاشف للقسمة يعتبر كل من البيع والرهن قد صدر من غير مالك. ولا يرد على هذا القول إلا استثناء واحد هو التصرف الصادر من جميع الشركاء فإنه يبقى أيا كانت نتيجة القسمة⁽¹⁾.

ولكن الدائن المرتهن يستوفي دينه بالأولوية من المقابل الذي آل إلى الراهن

(1) أحمد سلامه ص 405 وما بعدها.

تطبيقا للمادة 1056 مدنى التى تجرى على أن: "يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذى حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد"⁽¹⁾.

(1) وقد ذهب الدكتور السهنورى فى حق الملكية ص 1374 إلى أن الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته فى العقار الذى رهنه مبلغا من النقود، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن - ومع ذلك يذهب سيادته فى الجزء العاشر فى التأمينات الشخصية والعينية 1980 ص 333 وما بعدها إلى أن: "وإذا وقع فى نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار، فقد الدائن المرتهن حقه فى الرهن كما فى الفرض السابق. وكما فى الفرض السابق أيضا، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه فى التقدم إذا وقع فى نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود".

النتائج التى تترتب على الأثر

الكاشف للقسمة

398- أولا : سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى

وقع فى نصيبه جزء مفرز:

إذا اختص أحد الشركاء بنصيب مفرز فى المال الشائع بمقتضى القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية يعتبر - كما أوضحنا سلفا - مالكا لهذا الحصة المفرزة منذ بدء الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص وأن الشركاء الآخرين لم يكونوا مالكين لها منذ بدء الشيوع.

ويترتب على ذلك أن التصرفات التى أبرمها أحد الشركاء الآخرين أثناء الشيوع على المال الشائع تكون صادرة من غير مالك لا تنفذ فى حق هذا الشريك، ولكن التصرفات التى أبرمها هو تكون نافذة، وهذه النتيجة هى أهم النتائج التى أريد الوصول إليها من اعتبار القسمة كاشفة، ذلك أن مقتضى هذا الاعتبار ألا تكون القسمة سند تملك المتقاسم للنصيب الذى آل إليه، فلا يكون هذا المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين.

ويسرى هذا الحكم على كافة الحقوق العينية التى رتبها الشركاء الآخرون على النصيب المفرز سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو حقوقا عينية تبعية، ولا يمنع من هذا السقوط أن يكون الحق قد سجل أو قيد⁽¹⁾. فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف بالبيع فى الحصة المفرزة التى آلت إلى الشريك بعد القسمة، أو وهبها، أو رتب عليها حق انتفاع، فإن البيع والهبة وحق الانتفاع يسقط وتخلص الحصة إلى الشريك خالية من هذه التصرفات.

(1) أحمد سلامه ص 407.

وكذلك إذا كان أحد الشركاء فى المال الشائع قد رهن الحصة المفروزة أو جزءا منها رهنا رسميا أو حيازيا جاز للشريك الذى آلت إليه الحصة المفروزة أن يطلب من الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتب من جانبه⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة، إلا أنه يعتبر صحيحا وناظرا فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة. أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فإن وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة. وينبنى على ذلك أنه إذا سجل المشتري لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه، انتقلت إليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث يتمتع على البائع التصرف فى هذا القدر إلى الغير. فإن تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشتري الأول الذى انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه".

(طعن رقم 182 لسنة 40 ق جلسة 1975/2/17)

2- "تقضى المادة 843 من القانون المدنى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يترتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر أعمال الأثر الرجعى للقسمة فى

(2) السنهاورى ص 1275 وما بعدها.

هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شريكه الصادرة قبل القسمة. ولما كان سند الطاعنة في طلب الحكم لها بملكية الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة، وهو بعد يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثر الرجعي للقسمة على واقعة الدعوى".

(طعن رقم 706 لسنة 43 ق جلسة 1979/5/29)

3- "إذا كانت المادة 970 من القانون المدني قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 تنص على أن الأموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم إلا إذا دامت الحياة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذي عمل به اعتبار من 1957/7/13 على أنه لا يجوز تملك الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم فإن حيازة الطاعنين وحيازة من سبقهم من المشتريين حيث صدور قرار لجنة القسمة في 1966/10/23 بفرز حصة الخيرات في الوقف لا تؤدي إلى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا السبب عملا بنص المادة 970 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 147 لسنة 1957 لوجود حصة وقف خيري شائعة فيها، ولا يقدر في ذلك أن المادة 843 من القانون المدني تقضي باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاد جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة، لما كان ذلك وكان سند الطاعنين في تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثر

الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى - ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التى تلت صدور حكم القسمة فى 1966/10/21 لا تكفى لتملكهم الأطيان محل النزاع بالتقادم الطويل، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض ادعاءهم تملكها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون".

(طعن رقم 857 لسنة 44 ق جلسة 1980/6/10)

4- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء، فإن المشتري فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدنى - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله فى القسمة، وقد تمت هذه القسمة بين الشركاء، فإنه تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها، ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوخ واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة".

(طعن رقم 1409 لسنة 49 ق جلسة 1981/1/30)

5- "مؤدى نص المادة 826 من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينية وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته فى الشيوخ بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العينية إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من

المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فإنه يتمتع في هذه الحالة بإعمال الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقي شائعا لم يتم إفرازه، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن مساحة 4 ف شائعة في 10 ف التي اختص بها ووالدته، وشقيقاه وأقام قضاءه. هذا على أن حق المطعون عليه الأول قد انتقل بقوة القانون إعمالا للفقرة الثانية من المادة 826 سالفة البيان إلى الحصة الشائعة التي يمتلكها البائع له من المساحة التي اختص بها ومن معه في حين أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني طالما بقيت حصة البائع شائعة ولم تسفر القسمة عن اختصاصه بقدر مفرز فإنه يكون قد قضى في الدعوى على خلاف سند المشتري، وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين وأعمل الحلول العيني على خلاف مقتضى القانون".

(طعن رقم 376 لسنة 57 ق جلسة 1991/5/12)

399- ثانيا : عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم

الخمسى :

تنص المادة 1/969 مدنى على أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستتده في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات".

وتعرف الفقرة الثالثة من ذات المادة السبب الصحيح بأنه سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون.

ولما كان يشترط في السبب الصحيح للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون ناقلا للملكية أو للحق العيني الأصلي، وكانت القسمة كاشفة للحق وليست ناقلة له، فإنها لا تصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى.

فإذا تبين أن العقار الذى تقاسم فيه الشركاء لم يكن مملوكا لهم، فلا يجوز

للمتقاسم الذى حاز بحسن نية الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا الجزء بالتقادم، إنما تكون العبرة فى هذا الشأن بالسند الأصيل للملكية الشائعة. فإذا كان هذا السند من شأنه أن ينقل الملكية ولكنه صدر من غير مالك، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار الشائع من غير مالكة، فإن هذا السند هو الذى يصح اعتباره سببا صحيحا⁽¹⁾.

وإذا اشترى شخص - وهو حسن النية - عقارا من غير مالك ثم توفى عن ورثة واقتسم الورثة هذا العقار فوقع مفرزا فى نصيب واحد منهم، اعتبر البيع الصادر للمورث سببا صحيحا يجيز للوارث الذى اختص بالعقار أن يتمسك بالتقادم الخمسى، ذلك أن القسمة تكشف عن تملك هذا الشريك للعقار من وفاة المورث، كما أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا يصح اعتبار عقد القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى، ذلك أن القسمة وفقا للمادة 457 من القانون المدنى القديم والمادة 843 من القانون المدنى الجديد تعتبر مفرزة للحق لا منشئة له، ويشترط فى السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الحقيقى لا تقريره".

(طعن رقم 57 لسنة 21 ق جلسة 1954/4/29)

400- ثالثا : عدم اشتراط تسجيل القسمة لسريانها بين الشركاء

المتقاسمين :

يفرق القانون فيما يختص بالتسجيل بين التصرفات التى من شأنها نقل الملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة، فالأولى يترتب على عدم تسجيلها أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، أما الثانية فيترتب

(1) الصده ص 245 وما بعدها.

(2) أحمد سلامه ص 411 هامش (3).

على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير. وقد حرص الشارع على أن ينص على سريان هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة. فقد نصت المادة التاسعة فقرة أولى وثانية من القانون رقم 114 لسنة 1946 (المعدل) 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".

ونصت المادة العاشرة في فقرتيها الأولى والثانية على أن: "جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير. ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة". وينهض بالتفرقة بين التصرفات الناقلة للملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة أن التصرف الناقل يخول المتصرف إليه حقاً لم يكن له من قبل، فهو بذلك أكبر خطراً من التصرف الكاشف الذى يقتصر أمره على تقرير حق ثابت من قبل.

وبناء على ذلك فإنه بمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية إلا بعد تسجيل القسمة، فلهذا

الغير أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوخ لا تزال قائمة⁽¹⁾. ويسرى ذلك على القسمة القضائية والاتفاقية والمهاياة التى تتحول إلى قسمة نهائية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا أقر الورثة القسمة التى أجراها الخبير المنتدب من قبل المحكمة، وصدقت المحكمة على هذه القسمة وسجل محضر الخبير، ثم تصرف أحد الورثة فى نصيبه المقسوم كله أو بعضه بعقود مسجلة أو ثابتة التاريخ، ثم اتفق الورثة فيما بينهم بعد ذلك على تقسيم جديد لتلك الأقطان لم يدخلوا فيه معهم من تلقى الملكية بطريق الشراء عن أحدهم، فعقد الاتفاق الأخير لا يعتبر قسمة جديدة نافذة على أولئك المشترين، وإنما هو عقد بدل بين ملاك، لا يكون حجة على غير المتقسمين إلا إذا سجل. وبدون ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذا البديل على الغير الذى اكتسب حقا على الحصة التى اختص بها الوارث البائع له بموجب القسمة وإلا ولى وحفظ هذا الحق بالتسجيل".

(طعن رقم 16 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/17)

2- "متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة وإن كان واجبا بالنسبة للغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصى، فإن هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946".

(طعن رقم 96 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/3)

3- "مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه 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، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفترزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة".

(طعن رقم 364 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/2)

4- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بشهر هذا الحق وفقا للقانون قبل شهر سند القسمة".

401 - أثر القسمة غير المسجلة على المشتري للعقار من أحد الشركاء

فيه بعقد مسجل قبل القسمة.

(أ) - التصرف فى قدر شائع: إذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشتري من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقا على إجراء القسمة أم لاحقا لها ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها.

(ب) - التصرف فى المفترز قبل القسمة: إذا كان البيع منصبا على جزء مفترز من العقار الشائع وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشتري فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدنى حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله فى القسمة. ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفترز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف

الصادر إليه فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة.

(ج) - **التصرف في المفرز بعد القسمة:** إذا كان التصرف في الجزء المفرز لاحقاً لإجراء قسمة لم تسجل فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين: (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها إما على أساس لأنه لا يعتبر من الغير في حكم المادة 10 من القانون رقم 114 لسنة 1946 لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائماً وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها (الثاني) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يتلقى المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له وإنما على أساس أن الشيوع ما زال قائماً رغم إجراء القسمة، ومن ثم فإن المشتري إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة".

(طعن رقم 494 لسنة 29 ق جلسة 1965/12/2)

5- "الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع".

(طعن رقم 194 لسنة 30 ق جلسة 1966/2/24)

6- "مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه 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 وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة".

(طعن رقم 291 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/30)

7- "لما كان يترتب على قسمة المال الشائع إفراز حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشئ له وفق ما تقرره المادة 843 من التقنين المدنى فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك على الشيوع وأنه لا يملك غيرها فى بقيه الحصص، وأن 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 إلا بتسجيلها، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصيل ولم تقع أطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دافعا جوهريا كان يتعين التصدى له ومناقشته، إذ لو ثبتت القسمة لكان من الجائز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 496 لسنة 41 ق جلسة 1975/11/24)

8- "إذ نصت المادة 843 من القانون المدنى على أن "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقيه الحصص" فقد دلت على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقيه الحصص وذلك حماية للمقاسم من الحقوق التى يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث

يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتنثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا".

(طعن رقم 62 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/11)

9- "مؤدى نص المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 فى شأن تنظيم الشهر العقارى أنه 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، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة".

(طعن رقم 591 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/12)

10- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه 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، إلا أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة".

(طعن رقم 1157 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/28)

11- "وفقا للمادة 843 من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم".

(طعن رقم 376 لسنة 43 ق جلسة 1983/4/26)

12- "أثر القسمة قبل تسجيلها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة. الغير فى حكم المادة 10 من

قانون الشهر العقاري 114 لسنة 1946. ماهيته. المشتري لنصيب أحد الشركاء أو بعضه شائعاً وسجل عقده قبل تسجيل القسمة. اعتباره غير سواء كان شراؤه سابقاً أو لاحقاً على إجراء القسمة. مؤدى ذلك".

(طعن رقم 103 لسنة 51 ق جلسة 1986/2/12 - غير منشور)

13- "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت".

(طعن رقم 314 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/21 - غير منشور)

14- "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة... الخ".

(طعن رقم 1127 لسنة 54 ق جلسة 1988/1/20 - غير منشور)

15- "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة. الغير. ماهيته".

(طعن رقم 604 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/30 - غير منشور)

16- "القسمة غير المسجلة. أثرها. اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة. المقصود بالغير فى حكم المادة 10 من قانون تنظيم الشهر العقاري".

(طعن رقم 746 لسنة 55 ق جلسة 1988/12/15)

402- المقصود بالغير:

الغير فى هذا المقام كل من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال

مملوكا على الشيوع، وتم شهره طبقا للقانون، يستوى أن يكون حقه أصليا أو تبعا، كما يستوى أن يكون قد علم بالقسمة بطريق آخر أو لم يعلم، بل حتى ولو كان قد تواطأ مع أحد المتقاسمين على الإضرار ببقية الشركاء⁽¹⁾.

أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة (م 2/826 مدنى).

والمشتري لجزء مفرز بعد القسمة لا يعتبر من الغير فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة، فإذا اقتسم شريكان أرضا، واختص كل منهما بجزء مفرز منها، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز فليس لمشتري هذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة، وأن الأرض لا تزال على الشيوع، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع⁽²⁾.

ويوجد كذلك بجانب الغير بمعناه الفنى شخص أجنبى أصلا عن القسمة (أنظر البند التالى).

ولا يعتبر المستأجر من الغير، لأنه صاحب حق شخصى لا عينى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة. وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة. إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وفقا لما هو مقرر بالمادة 2/826 من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب

(1) أحمد سلامه ص 409.

(2) السنهاورى ص 1282 هامش (2).

على جزء مفرز من المال الشائع ولو يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن 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 الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة. ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعفود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة".

(طعن رقم 364 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/2)

2- "الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة 2/826 من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن 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 الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى

ذلك الجزء ذاته، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة".

(طعن رقم 291 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/30)

3- "الغير فى حكم المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 فى شأن تنظيم الشهر العقارى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرضا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، ومن ثم فإن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرضا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بمقتضى القسمة".

(طعن رقم 591 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/12)

4- "مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهرى العقارى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة، وأن الغير فى حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرضا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة 2/826 من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب

المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة".

(طعن رقم 161 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/9)

5- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله، قبل تسجيل سند القسمة، فالمشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة. ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة، إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها".

(طعن رقم 1157 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/28)

6- "قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى، وذلك على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها إلا بالتسجيل وأنه فى هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع من ثم غيرا لأنه صاحب حق شخصى".

(طعن رقم 614 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/17)

7- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى. ماهيته. عدم اعتبار من تلقى حقا مفرزا من أحد الشركاء غيرا ولو سجل حقه قبل تسجيل القسمة. أثره. ليس له أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته بالنسبة للجزء المفرز الذى

اشتراه طالما أنه لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ولو لم تسجل".

(طعن رقم 314 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/21 - غير منشور)⁽¹⁾

403- يجوز للغير التمسك بالقسمة غير المسجلة:

شرع التسجيل لحماية الغير الذى يحتج عليه بالقسمة، فهى حماية مقررة لصالح الغير، ولكنها ليست مفروضة عليه. ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم تسجيلها، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة⁽²⁾.

فمن اشترى حصة من عقار شائع وقام بتسجيلها قبل تسجيل القسمة، فإن المتقاسم وإن كان لا يستطيع أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة إلا أن الغير يحق له بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتمسك بها فى مواجهة الشركاء فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة فى حقه وفى حق سائر الشركاء.

فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن القسمة، لم يجز للشريك

(1) وقضى بأن: "قبول طلب شهر المحرر يقتضى إثبات أصل ملكية البائع أو المتصرف ولا يقبل فى إثبات ذلك إلا أوراق معينة منصوص عليها فى قانون الشهر العقارى والتوثيق رقم 114 لسنة 1946، فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة 23 على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا للمادة السابقة إلا المحررات التى سبق شهرها ثم أوردت طائفة أخرى من الأوراق ليس من بينها المحررات المؤشر بصلاحياتها، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصدور القانون".

(طعن رقم 887 لسنة 43 ق جلسة 1978/2/23)

(2) الصده ص 247 - أحمد سلامه ص 409.

الذى وقع فى نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرقى مالكا ملكية مفرزة للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل أن تسجل، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ويستطيع الجار وهو أجنبى أصلا عن القسمة أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة. وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يحم به".

(طعن رقم 34 لسنة 11 ق - جلسة 1942/1/29)

2- "جرى قضاء هذه المحكمة على أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا حق الشفعة ذلك أن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم وينفع على من لم يحم به".

(طعن رقم 98 لسنة 22 ق جلسة 1955/3/17)

3- "إن المادة 10 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقارى إذ تنص على أن "جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية

(1) السنهاورى ص 1282 هامش (2).

ولو كان محلها أموالاً موروثية "فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوخ لا تزال قائمة طالما أن عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذ كان التسجيل فى هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه فإنه يكون له أن يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك متنازلاً عن هذا الحق الذى شرع لفائدته".

(طعن رقم 302 لسنة 24 ق جلسة 15/71/1959)



مادة (844)

- 1- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة فى تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.
- 2- غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه.

الشرح

404- حكمة الضمان فى القسمة :

يستند الضمان فى عقد البيع، إلى أن عقد البيع ناقل للملكية، فالبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فيضمن له ما نقل.

أما القسمة فهى - كما رأينا - ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها، ومع ذلك رتب القانون عليها ضمان التعرض والاستحقاق كما رتبته على عقد البيع، وقد تغيا من ذلك كفالة المساواة بين المتقاسمين فبمقتضى القسمة يجب أن يحصل كل شريك على حصة مفرزة تقابل ما كان له فى المال الشائع من حصة شائعة. فإن اتضح أن أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها أو بعضها كان معنى ذلك أنه لم يأخذ نصيبه الكامل فى الأموال المشتركة، الأمر الذى يقتضى تعويضه، والحقيقة أن المال الذى استحق فى يد المتقاسم لم يكن من الواجب إدخاله فى القسمة، أما وقد أدخله الشركاء فيها فإن الشريك الذى اختص به يجب أن يعرض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعاً، فالالتزام بالضمان هو تطبيق لمبدأ

يجب أن يسود القسمة. وهو مبدأ المساواة⁽¹⁾.

405- العلاقة بين أحكام الضمان في البيع وأحكام الضمان في القسمة:

وضع المشرع قواعد تفصيلية للضمان في البيع تضمنتها المواد (439 مدنى وما بعدها)، بينما لم يرد في شأن الضمان في القسمة سوى نص المادة 844 مدنى.

ولذلك فإن نص المادة الأخيرة هو الذى يحكم الضمان في القسمة فإذا خلا من تنظيم وضع معين تعين الرجوع فى ذلك إلى الأحكام التى تنظم الضمان فى البيع، بشرط ألا تتعارض مع طبيعة القسمة باعتبارها كاشفة للملكية من ناحية وباعتبارها تكفل المساواة بين المتقاسمين من ناحية أخرى⁽²⁾.

الشروط الواجب توافرها

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 194 -الدكتور نبيل سعد الحقوق العينية الأصلية ص 196.

(2) اسماعيل غانم ص 258 - أحمد سلامة ص 420 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين السابق الذى كان خاليا من النص على ضمان المتقاسم، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم.

(نقض 1946/10/10 - منشور ببند 409)

لقيام ضمان التعرض

والاستحقاق

406- الشرط الأول: وقوع تعرض أو استحقاق:

يجب وقوع تعرض أو استحقاق.

فمجرد خشية وقوع التعرض أو الاستحقاق لا تكفي لتحريك الضمان⁽¹⁾.

كما لا يكفي أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفروز الذي وقع في نصيب المتقاسم لأن القانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب في البيع، ويرجع ذلك إلى وجود فرق جوهري بين البيع والقسمة، إذ ليس هناك ما يلجئ المشتري إلى قبول مبيع معيب. أما الشيء الشائع فلا بد أن تشمل القسمة ولو كان معيبا فيقع في نصيب أحد المتقاسمين على أى حال، واكتشاف هذا العيب لا يعنى سوى أن المال الذى آل إلى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته ولذلك لا يكون له إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين بنقض القسمة بسبب الغبن إذا كان الغبن يزيد على الخمس طبقا لنص المادة 845 مدنى، ومن المقرر أن نقض القسمة بسبب الغبن مقصور فقط على القسمة الحاصلة بالتراضى دون القسمة القضائية، ولا غرابة في ذلك فإن المشرع قد أسقط ضمان العيوب الخفية ذاته في البيوع القضائية (م 454 مدنى).

والمادة 844 تتناول التعرض والاستحقاق الصادرين من الغير لا المتقاسم.

(1) ولا يكون أمام المتقاسم إلا أحد أمرين الأول: أن يحبس الثمن أو المعدل حتى يزول الخطر - ما لم يمنعه عن ذلك شرط في العقد - وذلك قياسا على حكم المادة 2/457 مدنى الواردة بخصوص البيع. والثانى: أن يسلم للغير بحقه فيقع الاستحقاق ويتوافر الشرط الأول، ولكن هذا التسليم يقع تحت مسؤوليته (أحمد سلامه ص 421 هامش (2) - منصور مصطفى منصور ص 223).

فإذا كان التعرض أو الاستحقاق صادرا من الغير طبق حكم المادة المذكورة. وتعرض الغير الذى يضمه المتقاسم هو التعرض القانونى إذ أن المتقاسم شأنه فى ذلك شأن البائع لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير⁽¹⁾. والتعرض القانونى هو الإدعاء بحق سواء كان هذا الحق هو حق الملكية أو كان حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن أو كان حقا شخصا بشرط أن يكون نافذا فى مواجهة المتقاسم الذى وقع عليه التعرض ويكون من شأنه أن ينتقص من قيمة المال الذى اختص به، كما لو تبين أن العين التى اختص بها فى القسمة مؤجرة من المورث بأجر يقل عن أجر المثل.

ويجب بطريق القياس تطبيق القاعدة المنصوص عليها فى المادة 2/445 مدنى بخصوص البيع، فلا يضمن المتقاسم حق الارتفاق إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان قد أشير إليه فى القسمة. ولما كان رأى السائد فى البيع يقيس على الارتفاق سائر التكاليف فكذلك فى القسمة.

وعلى ذلك فإنه فى المثل السابق الذى تكون فيه العين مؤجرة بأقل من أجر المثل لا يكون للمتقاسم الرجوع إلا إذا كانت القسمة أو أوراق أخرى كمراسلات المتقاسمين قد خلت من الإشارة إلى عقد الإيجار⁽²⁾.

وقد يكون التعرض عن طريق رفع دعوى للمطالبة بالحق المدعى به - وهذا هو الغالب - إلا أنه قد يقع دون رفع دعوى كأن يعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه فيقوم بشراء العين المدعى بالحق عليها من مالكةا الذى يتعرض، أو يسلم المتقاسم للمتعرض بما يدعيه أو يصلحه عليه. ولكن للمتقاسمين المدينين

(1) توفيق فرج ص 370 - فإذا قام الغير بأى فعل مادى يخل بانتفاع المتقاسم بما اختص به فى القسمة كاغتصاب العين، فلا يسأل عن ذلك المتقاسمون الآخرون وعلى من وقع عليه التعرض أن يحمى حقه بالوسائل التى يخولها له القانون.

(2) اسماعيل غانم ص 259 - منصور مصطفى منصور ص 223.

بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما ادعاه المتقاسم وعندئذ يفقد الأخير حقه فى الرجوع بالضمان.

أما الاستحقاق فيتم بالحكم للأجنبى بملكية حصة المتقاسم الدائن بالضمان كلها أو باستحقاقه لجزء منها⁽¹⁾.

أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين فإنه يتعين التفرقة بين التعرض المادى والتعرض القانونى.

فإذا كان التعرض ماديا امتنع على المتقاسم التعرض المادى لمتقاسم آخر، وهذا بالتطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 1/148 مدنى التى تقضى بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، فإذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا فى نصيب أحد المتقاسمين لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر، فيقيم متجرا آخر ينافسه ويعمل على ضرب عملاء المتجر الأول⁽²⁾.

أما إذا كان التعرض قانونيا، كأن كان أحد الأموال التى شملتها القسمة ملكا لأحد المتقاسمين فوقعت فى نصيب متقاسم آخر، فقد انقسم الرأى بشأنه فذهب رأى إلى عدم إلزام المتقاسم بعدم التعرض، إذ يجوز لهذا المتقاسم أن يسترد العين من المتقاسم الآخر ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها للمتقاسم الآخر، فليس عليه التزام بالضمان. وإنما يجوز فى هذه الحالة إبطال القسمة للغلط كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق - على النحو

(1) محمد على عرفه ص 448.

(2) السنهورى ص 1291.

الذى سيرد تفصيله - وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه، كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط أو نقضها للغبن⁽¹⁾.

وذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانونى. وأن القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمة التى وافق عليها، وتكون وسيلة هذا المتقاسم لاسترداد ماله أن يطعن فى القسمة بالغلط فيبطلها فيترتب على إبطالها أن يعود إليه ماله⁽²⁾.

والضمان واجب فى المنقول كما هو واجب فى العقار، فالمتقاسمون يضمنون لبعضهم وجود الحق الذى وقع فى نصيب بعضهم وكذلك فإنه واجب سواء أحصلت القسمة وديا أو قضائيا⁽³⁾.

407- الشرط الثانى: ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه :

رغم أن القواعد العامة توجب هذا الشرط إلا أن المشرع نص عليه صراحة فى عجز الفقرة الثانية من المادة 844 مدنى. فإذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه وجب أن يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطئه ولا يسأل عنها إلا نفسه.

ورغم أن المادة قررت امتناع الضمان إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم (نفسه)، إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض⁽⁴⁾ من أن كلمة (نفسه) ليست

(1) السهنورى ص 1291 - اسماعيل غانم ص 267.

(2) أحمد سلامه ص 423 - منصور مصطفى منصور ص 229.

(3) محمد كامل مرسى ص 167.

(1) أحمد سلامه ص 424.

أكثر من طريقة للتعبير، بمعنى أن امتناع الضمان يتأتى أيضاً لو كان الخطأ الذى أدى إلى الاستحقاق قد صدر من شخص يسأل المتقاسم عن فعله، أو شخص ينفذ فعله فى حق المتقاسم. ومن أمثلة الحالات التى يكون فيها الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم ما يلى:

1- أن تكون العين التى وقعت فى نصيب المتقاسم، فى حيازة آخر لم يستكمل مدة التقادم، وأهمل المتقاسم فى قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز⁽¹⁾.

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: "ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعاً إلى خطأ المتقاسم، كأن أهمل فى قطع التقادم"⁽²⁾.

2- أن يسلم المتقاسم الدائن بالضمان بما يدعيه الغير من حقوق وقام باقى المتقاسمين بإثبات أن هذا الغير لم يكن على حق فيما يدعيه⁽³⁾.

3- إذا رفع الغير على المتقاسم الدائن بالضمان دعوى استحقاق فلم يخطر باقى المتقاسمين بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، وقام باقى المتقاسمين بإثبات أنهم لو أخطروا وتدخلوا فى الدعوى لأدى تدخلهم إلى رفض الدعوى.

وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة فى ضمان الاستحقاق فى البيع، إذ تنص المادة 3/440 مدنى على ما يأتى: "وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق".

(2) السنهورى ص 1294.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 128.

(4) أحمد سلامه ص 224.

4- أن يمنح المتقاسم الدائن المدين أجلا وتعرض بذلك لضياع حقه بسبب إفسار المدين خلال الأجل الذى منحه إياه.

408- الشرط الثالث: أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة:

يقتضى هذا الشرط أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على العين التى آلت إلى المتقاسم الدائن بالضمان، قد نشأ قبل وقوع القسمة.

فلا يقوم الضمان إذا نزعت ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة، أو إذا اكتملت مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف، ذلك أنه إذا لم يكن هذا الوقت كافيا لاكتشاف المتقاسم للتقادم والقيام بإجراء لقطعه فإن اعتبارات العدالة والمساواة بين المتقاسمين تقتضى القول بأن الاستحقاق يعتبر سابقا على القسمة⁽¹⁾.

أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة فى نصيب المتقاسم فإن ضمان الاستحقاق يقوم فى هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة".

(طعن رقم 256 لسنة 26 ق جلسة 1962/4/26)

2- "من المقرر وفقا لنص المادة 844 من القانون المدنى أن المتقاسمين يضمنون بعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على

(1) السنهاورى ص 1293 - أحمد سلامه ص 423 ومابعدها.

(2) السنهاورى ص 1293.

القسمة ذلك لأن ضمان التعرض يقوم على أساس أن القسمة تقضى المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتقلت هذه المساواة ووجب الضمان، ومن المقرر أيضاً أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين".

(طعن رقم 849 لسنة 51 ق جلسة 1985/3/12)

3- "المتقاسم. ضمانه للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المفرز الذي وقع في نصيبهم نتيجة القسمة. م 1/844 مدنى. استحقاق العين المقسمة للغير. مؤداه. للدائن بالضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين. بمقدار ما نقص من نصيبه. للمتقاسم المدين بالضمان. التزامه بتعويض مستحق الضمان بنسبة حصته فقط في قيمة تلك العين لا بكامل قيمتها. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعنين بكامل قيمة العين دون استئصال نصيب شركائهم المطعون ضدهم. مخالفة للقانون".

(طعن رقم 6998 لسنة 65 ق جلسة 2007/5/14)

409- الشرط الرابع: ألا يوجد شرط صريح يعفى من الضمان:

فلا يكفي لإسقاط الضمان وجود شرط ضمنى على الإسقاط، ومن باب أولى لا يكفي أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذى قد يؤدي إلى الاستحقاق. كما لا يكفي لتوافر الإعفاء من الضمان أن يكون هناك شرط عام يعفى من الضمان كما هو الحكم فى البيع⁽¹⁾ حيث يكفي الاتفاق على الإعفاء من الضمان

(1) وذلك على عكس الحال فى التقنين المدنى القديم فقد قضت محكمة النقض بأن: "القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم. وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علماً من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر لا يسوغ له، فى حالة الاستحقاق، أن يرجع على = قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع، والمقرر فى أحكام عقد البيع، على ما يستفاد من نص

بشرط عام أى لا يقتصر على سبب معين أو نوع معين. بل يجب لذلك أن يكون هناك اتفاق يذكر صراحة سبب الاستحقاق الذى يراد الإعفاء من الضمان فى شأنه. ويرجع هذا التشدد من جانب الشارع إلى حرصه على أن تتحقق المساواة بين المتقاسمين بقدر الإمكان. ولا يشترط أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته، بل يصح أن يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين⁽¹⁾.

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة 844 يشترط أن يكون الإعفاء من الضمان وارداً فى سند القسمة ذاته، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط⁽²⁾. ولا يحول سقوط الضمان دون طلب نقض القسمة للغبن إذا كانت شروطه متوافرة.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ أول أبريل سنة 1975 فى الطعن رقم 51 لسنة 40 ق بأن:

"مفاد نص المادة 2/844 من القانون المدنى، أنه لا محل للضمان فى القسمة إذا وجد شرط صريح فى العقد يقضى بالإعفاء من الضمان وذكر فى هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه".

410- أحكام الضمان لا تتعلق بالنظام العام:

أحكام الضمان فى القسمة وكذلك البيع لا تتعلق بالنظام العام. ومن ثم فإنه

المادة 265 من القانون المدنى، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق".

(طعن رقم 120 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/10)

(1) السنهاورى ص 1297 وما بعدها - اسماعيل غانم ص 263.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 125 وما بعدها.

يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإسقاط.

فقد نصت المادة 445 مدنى فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع على أن: "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان.

ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري.

ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى".

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة واشترط ضمان يسار المدين عند الوفاء.

ومثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق. ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى ولو كانت المسئولية عقدية⁽¹⁾.

ويفترض فى حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا، أو كان المتقاسمون قد أبانوا عنه للمتقاسم الدائن بالضمان، فيكفى إذن أن يكون المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ويكون علمه آتيا من طريق هذا الحق أو الإبانة عنه حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي⁽²⁾.

الآثار التى تترتب على الضمان

(1) السنهورى ص 1296 - اسماعيل غانم ص 263.

(2) السنهورى ص 1296.

411- المبدأ الذى يحكم آثار الضمان:

لم يعرض الشارع لواجب المتقاسم الذى يحصل له التعرض وباقي المتقاسمين الذين يلتزمون بالضمان. ومن ثم يجب تطبيق القواعد التى وضعها بخصوص عقد البيع مع مراعاة عدم تطبيق الأحكام التى لا تتفق وطبيعة القسمة على نحو ما أوضحناه سلفاً.

وعلى ذلك إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان بإخطار باقى الشركاء بالدعوى المرفوعة عليه فى وقت ملائم، فتدخلوا فى الدعوى وحكم برفض ادعاء المتعرض فيكون الالتزام بالضمان قد نفذ عينا ولا محل لضمان الاستحقاق، وإن حكم باستحقاق للمدعى وجب عليهم ضمان الاستحقاق.

وعلى ضوء ما تقدم نعرض فى البند التالى للأحوال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان.

412- الأحوال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق

الضمان:

يكون للمتقاسم الدائن بالضمان إذا استحققت العين التى آلت إليه الرجوع على باقى المتقاسمين بالضمان فى الحالات الآتية:

1- إذا قام المتقاسم الدائن بإخطار باقى المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فى وقت ملائم⁽¹⁾، ولم يتدخلوا فى الدعوى وحكم بالاستحقاق للمدعى، ولم يثبتوا أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة تدليس من المتقاسم الدائن أو نتيجة خطأ جسيم منه.

وفى هذا تنص المادة 440 مدنى على أنه: "إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال ووفقاً لقانون

(1) وليس للإخطار شكل خاص، فيصح أن يكون شفهيًا، ويقع عبء إثبات حصوله على الدائن مستحق الضمان.

المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله. فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه".

2- إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان بإخطار باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فلم يتدخلوا في الدعوى، وأقر المتقاسم الدائن وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي، ولم يستطع باقي المتقاسمين إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه. وفي هذا تقضى المادة 441 مدني بأن: "يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه".

3- إذا لم يخطر المتقاسم الدائن بالضمان باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، ولم يثبت باقي المتقاسمين أن تدخلهم كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق. وفي هذا تقضى المادة 3/440 مدني بأن: "إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

5- إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت باقي المتقاسمين أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه⁽¹⁾.

413- قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان:

(1) السنهاورى ص 1298 وما بعدها- منصور مصطفى منصور ص 225.

تتحدد قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان، على ضوء حالات

ثلاث:

الأولى: أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى.

الثانية: أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الجزئى.

الثالثة: أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد تولى الضمان بدفع مبلغ من

النقود أو شيء آخر فى مقابل حصته.

ونعرض لهذه الحالات فيما يأتى:

414- (أ) - حالة الحكم بالاستحقاق الكلى:

فى هذا الفرض ينجح المتعرض فى إثبات ملكيته للعين التى وقعت فى

نصيب المتقاسم الدائن بالضمان وفى استردادها من تحت يد المتقاسم. ويكون

للمتقاسم الدائن بالضمان الرجوع على باقى المتقاسمين بالتعويض.

ونظرا لأن المادة 844 لم تفصل عناصر التعويض، فإنه يرجع فى هذا الشأن

إلى نص المادة 443 بحسبانها تتضمن القاعدة العامة فى هذا الشأن.

وهذه المادة تنص على عنصرين للتعويض:

الأول: قيمة العين:

المادة 443 وإن حددت هذه القيمة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا أن

المادة 844 حددتها صراحة بقيمتها يوم القسمة. فتكون قد خرجت فى هذا الشأن

عن حكم المادة 443.

وسبب الخلاف بين البيع والقسمة فى هذا الشأن، يرجع إلى ما بينهما من

فرق، فالبيع عقد مضاربة يعرض المشتري للكسب أو الخسارة، ومن ثم يستحق

قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر

وطبيعة عقد البيع تسمح بذلك، أما القسمة فهى عقد مساواة تامة وليس فيها شبهة

المضاربة ومن ثم تتحدد قيمة العين وقت القسمة حتى لا يفيد المتقاسم ولا يضر

من الاستحقاق⁽¹⁾.

وبعد أن تحدد قيمة العين وقت القسمة فإن هذه القيمة تقسم طبقاً لما نصت عليه المادة 1/844 مدنى من أنه: "... ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان فإن كان أحد المستحقين معسراً، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين".

ومن ثم فإن قيمة العين توزع على جميع المتقاسمين - بما فيهم مستحق الضمان - فيكون لهذا المستحق أن يرجع على زملائه كل بحسب حصته بعد أن يتحمل هو نصيباً من قيمة العين بحسب حصته، فإذا كان أحد الشركاء المتقاسمين معسراً قسم نصيبه على من لم يعسر بما فيهم مستحق الضمان، ويكون لهذا الأخير أن يقتضى من كل زميل نصيبه فى قيمة العين التى استحققت مضافاً إليه نصيبه فى حصة من أعسر، ويتحمل هو بدوره نصيبه فى العين ونصيب فى حصة من أعسر⁽²⁾.

الثانى: ملحقات قيمة العين:

نصت المادة 443 مدنى على أنه:

"إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

- 1- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.
- 2- قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.
- 3- المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكل المصروفات الكمالية إذا كان البائع سىء النية.
- 4- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة 440.
- 5- وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب

(1) السنهاورى ص 1300 وما بعدها - أحمد سلامه ص 428 - اسماعيل غانم ص 264.

(2) أحمد سلامه ص 428.

بسبب استحقاق المبيع.

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".
وعلى ذلك تشمل ملحقات قيمة العين التي يلتزم بها المتقاسمون الآخرون
بأدائها إلى المتقاسم الدائن بالضمان ما يأتي:

1- الفوائد القانونية لقيمة العين المستحقة وقت القسمة.

2- قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم الدائن بالضمان بردها لمن استحق المبيع.

3- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم الدائن بالضمان أن يلزم بها
المستحق والمصروفات الكمالية إذا كان باقى المتقاسمين سيئى النية.

وواضح أن المادة لم تنص على المصروفات الضرورية، وهى المصروفات
اللازمة لحفظ العين وصيانتها، لأن هذه المصروفات يلتزم بها المستحق فى جميع
الأحوال أى سواء كان باقى المتقاسمين حسنى النية أم سيئى النية عملاً بالمادة
1/980 مدنى التى تقضى بأن: "على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى
الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية".

أما المصروفات النافعة كإقامة طابق جديد بمنزل أو استصلاح أرض بور،
فإنه يسرى فى شأنها أحكام المواد 2/980، 924، 925 مدنى.
فقد نصت المادة 2/980 على أن: "أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها
أحكام المادتين 924، 925".

ونصت المادة 924 على أنه: "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 فى ميعاد سنة من
اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها
مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

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".

ونصت المادة 925 على أنه: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمال أو يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها.

إلا أنه إذا كان المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعوض عادل".

وتطبيق المواد سالفه الذكر يؤدي إلى تحمل المتقاسم مستحق الضمان بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذي يسمح به القانون على نحو ما ذكر، خسارة هي الفرق بين قيمة ما أقامه وقت الاستحقاق والمبلغ الذي استرده من المستحق، وهذه الخسارة يرجع بها المتقاسم مستحق الضمان على باقي المتقاسمين.

أما المصروفات الكمالية فقد ألزم النص بها باقي المتقاسمين إذا كانوا سيئي النية أى إذا كانوا عالمين وقت القسمة بسبب الاستحقاق، لأن المدين في المسؤولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع. فإذا كان البائع سيئي النية أى كان يعلم بحق الأجنبي فيسأل في هذه الحالة عن الضرر، ولو كان غير متوقع ويحق للمتقاسم إذن أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية⁽¹⁾.

ومن أمثلة المصروفات الكمالية نفقات المصعد إذا كان المألوف في مثل العقار المتقاسم فيه - حتى ولو بعد بناء طبقة جديدة - ألا يكون فيه مصعد وأن العقار ليس في أية حاجة إليه، وكذا فإن مصاريف دهان الحيطان وزخرفتها في الغالب مصاريف كمالية.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة 443 مدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص

4- مصاريف دعوى الاستحقاق التى حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان بعد أن خسر الدعوى، ومصاريف دعوى ضمان الاستحقاق التى رفعها الأخير على باقى المتقاسمين، ولكن لا يحق له الرجوع عليهم بالمصروفات التى كان يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر باقى المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم، لأن هذه المصروفات كانت نتيجة تقصير وخطأ منه.

ويقع على عاتق باقى المتقاسمين عبء إثبات أنه كان من الممكن انقضاء هذه المصاريف لو تم اخطارهم فى الوقت المناسب.

كما تشمل هذه المصاريف ما أنفقه المتقاسم الدائن بالضمان فى الحصول على مستندات تقيده فى الدعوى إذا ثبت أن هذه المستندات كانت موجودة لدى باقى المتقاسمين⁽¹⁾.

5- وبوجه عام يعوز مستحق الضمان عما لحقه من خسارة. غير أنه لا يجوز له أن يطلب التعويض عما فاتته من كسب، كما هو الشأن فى المشتري عملاً بالمادة سالفه الذكر، لأن القسمة ليست من عقود المعاوضة مثل البيع، كما أنها كاشفة فالمتقاسمون لم يلتزموا فيما بينهم بنقل ما أفرز لكل متقاسم حتى يقال أن هناك إخلالاً بالتزام يقتضى تعويض الدائن عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب. ومن ثم لو ترتب على الاستحقاق فوات صفقة رابحة على مستحق الضمان فإنه لا يعوز عنها⁽²⁾.

415- (ب) - حالة الحكم بالاستحقاق الجزئى :

تنص المادة 444 مدنى على أنه: "إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن

(1) الدكتور عبد الودود يحيى دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين 1978 ص 131.

(2) السنهاورى ص 1301 وما بعدها - أحمد سلامة ص 429 وهامش (1) - اسماعيل غانم ص 265 - وقارن منصور مصطفى منصور ص 227 وما بعدها إذ يرى التسوية بين ضمان البائع وضمان المتقاسمين.

يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق".

وقد ذهب الدكتور السنهاوري إلى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم على النحو الوارد بالمادة بشأن البيع، وهو رد ما بقي من المبيع إلى البائع أو استبقائه لأن المتقاسمين لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها على الوجه المبين في النص، هذا إلى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة، وهذا أمر غير مرغوب فيه إلا للضرورة، ومن ثم يرى - بحق - الاقتصار في الاستحقاق الجزئي في القسمة على التعويض وأن ليس للمتقاسم أن يرد ما بقي من العين⁽¹⁾. ومن أمثلة حالات الحكم بالاستحقاق الجزئي، استحقاق جزء من العين ذاتها أو ترتيب حق انتفاع أو ارتفاق على العين.

وفي حالات الاستحقاق الجزئي يرجع المتقاسم الدائن بالضمان على بقية الشركاء طبقاً للتفصيل الذي ذكرناه في حالة الحكم بالاستحقاق الكلي. فهو يرجع عما أصابه من خسارة دون نظر إلى ما فاتته من كسب، مع تحديد قيمة العين بالنظر إلى وقت القسمة، ومع تحمله نصيباً في التعويض ونصيباً في حصة من أعرس بقدر حصته.

416- (ج) - حالة توقي المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب

الذي آل إليه كله أو بعضه :

تنص المادة 442 مدني على أنه: "إذا توقي المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج

(1) السنهاوري ص 1302.

الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات".

وهذا الحكم ينطبق بطريق القياس على القسمة بل أن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر⁽¹⁾.

فقد يتوقى المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذى آل إليه فى القسمة استحقاقا كلياً أو جزئياً بأن يتفق مع المتعرض على أن يدفع له بدلاً من النصيب الذى آل إليه كله أو بعضه مبلغاً من النقود أو أى شىء آخر. وفى هذه الحالة يكون لباقي المتقاسمين التخلص من نتائج الضمان بأن يردوا إلى المتقاسم الدائن بالضمان المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات، وذلك بعد خصم نصيب الأخير فى ذلك كله بقدر حصته، إعمالاً لمبدأ المساواة فى القسمة⁽²⁾.

وبداهة يعزف المتقاسمون عن استعمال هذه الرخصة إذا تبين لهم أن المبالغ التى سيردونها للمتقاسم الدائن بالضمان تزيد على المبالغ التى يلتزمون بها وفقاً لأحكام الضمان.

ويستطيع الدائن المستحق للضمان الرجوع على باقى المتقاسمين بما توفى به استحقاق النصيب الذى آل إليه، سواء كان قد أخطرهم بدعوى المتعرض أو لم يخطرهم، وسواء تدخلوا فى الدعوى أو لم يتدخلوا، ولكن يفترض أن يكون باقى المتقاسمين قد أفادوا من فعل المتقاسم الدائن بالضمان، فإذا كانوا لم يفيدوا من ذلك كأن أثبتوا أن دعوى المتعرض كانت سترفض، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المتقاسم توفى الاستحقاق، وبالتالي لا يلتزم باقى المتقاسمين بأن يردوا له ما

(1) السنهاورى ص 1304 - أحمد سلامة ص 427.

(2) أحمد سلامة ص 427.

دفعه للمتعرض⁽¹⁾.

ويجوز أن يكون الاتفاق الذى تم بين المتقاسم الدائن بالضمان والمتعرض صلحا دون دفع مبلغ من النقود، فقد يكون للمستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض، فيتفق مع المتقاسم الدائن بالضمان على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين. وفى هذه الحالة لا يتخلص باقى المتقاسمين من الضمان إلا بدفعهم قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح، وذلك كله بعد استئزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته⁽²⁾.

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المتقاسم الدائن بالضمان قد تولى استحقاق النصيب الذى آل إليه باتفاقه مع المستحق واحتفظ به نتيجة لذلك. أما إذا قضى للمستحق بما يدعيه فتطبق القواعد العامة ويرجع هذا المتقاسم بالتعويض على باقى المتقاسمين كما أوضحنا سلفا حتى لو كان الدائن المستحق للضمان بعد صدور الحكم قد اتفق مع المستحق على أن يحتفظ بالنصيب الذى آل إليه مقابل مبلغ من النقود أو أى شئ آخر يدفعه للمستحق، لأننا فى هذه الحالة لا نكون بصدد تولى الاستحقاق⁽³⁾.

417- التزام الضمان مكفول بامتياز المتقاسم:

تنص المادة 1146 مدنى على أن: "للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأميننا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفى استيفاء ما

(1) الدكتور عبد الودود يحيى - دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين 1978 ص 124 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 1304 وما بعدها.

(3) عبد الودود يحيى ص 125.

تقرر لهم فيها من معدل.

وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع، فإذا تزامم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ".

كما تنص المادة 1449 مدنى على أن: "للشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة. ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد".

وواضح من المادتين أن حق الامتياز مقرر تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل من المتقاسمين على الآخرين بسبب القسمة. فيدخل فى ذلك حالة ما إذا استحق نصيب أحد الشركاء فى المنقول أو العقار، فيضمن الامتياز التعويض الذى يقرر له فى مواجهة الشركاء الآخرين⁽¹⁾.

418- تقادم الالتزام بالضمان؛

لم ينص القانون على مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان الناشئ من القسمة بين المتقاسمين. ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة، وهى تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة (م 377 مدنى).

وقد ذهب بعض الشراح إلى أن هذه المدة تبدأ فى السريان من وقت وقوع القسمة.

(1) محمد على عرفه ص 450.

بينما ذهب البعض الآخر - بحق - إلى أن هذه المدة تسرى من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق وذلك بصريح المادة 2/381 مدنى فهي تنص على أنه بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق لا يسرى التقادم "إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق" وأن هذا النص تطبيق لقاعدة عامة تقضى بأن التقادم لا يبدأ فى السريان إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (م 1/381 مدنى)⁽¹⁾.



(1) البدراوى ص 195 - أحمد سلامة ص 430 - الصده ص 253.

مادة (845)

- 1- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.
- 2- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته.

الشرح

نقض القسمة الاتفاقية للغبن:

419- نقض القسمة للغبن قاصر على القسمة الاتفاقية:

واضح من نص المادة 845 مدنى أن الشارع يقصر نقض القسمة للغبن على القسمة الاتفاقية، دون القسمة القضائية وذلك على غير ما فعل القانون الفرنسى حيث أباح نقض القسمة القضائية للغبن. وسند الشارع المصرى فى ذلك، أن كل الاحتياطات قد اتخذت فى القسمة القضائية - كما سنرى - لمنع الغبن.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى:

"أما القسمة القضائية فلا يقبل فيها دعوى الغبن، لأن المفروض فى هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن"⁽¹⁾. كما لا يسرى حكم نقض القسمة للغبن على قسمة المهايأة، فهذه - كما سنرى - تخضع للقواعد العامة⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 128.

(2) عبد المنعم الصده ص 254 - اسماعيل غانم ص 180 هامش (2).

ويبرر الفقه تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية، بأن وظيفة القسمة تقتضى أن يسود مبدأ المساواة بين المتقاسمين فى حصول كل منهم على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة. فالقسمة، وهى تقتصر على تحقيق التتابع بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى، لا تنقل للمتقاسم حقاً لم يكن له من قبل، وإنما هى تقتصر على الكشف عن الحق الذى كان ثابتاً له فهى على عكس المعاوضات الناقلة كالبيع، لا تقوم على أساس من المضاربة لذلك عنى الشارع بأن يكفل المساواة فى هذا التتابع بين أنصبة الشركاء فى القسمة وحصصهم الشائعة⁽¹⁾.

420- إجازة القسمة الاتفاقية من الشريك المغبون تمنع من رفع

دعوى نقض القسمة للغبن:

يجوز للشريك المغبون فى القسمة الاتفاقية أن يجيز هذه القسمة فتصبح القسمة بعد هذه الإجازة غير قابلة للنقض وتمنع الشريك المغبون من رفع دعوى نقض القسمة. وهذه الإجازة كما تكون صريحة تكون ضمنية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة 845 من القانون المدنى قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيباً فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التى لحقه منها غبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة. وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه وظروفه يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمة ونزولاً منه عن

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 198- محمد على عرفه ص 451 - اسماعيل غانم ص 180

وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 153 - مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص128.

حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضاء بالقسمة رغم وجوده. وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع".

(طعن رقم 359 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/5)

421- الغبن في ذاته يجيز نقض القسمة :

إذا وقع في القسمة غبن يزيد على الخمس، كان هذا عيباً كافياً بذاته لطلب نقض القسمة. فهذا العيب يجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال. فالمرشع يقيم الغبن على أساس مادي بحت⁽¹⁾.

وعلى ذلك لا يشترط لنقض القسمة بالغبن، أن يكون الغبن الحاصل في القسمة نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح في الشريك المغبون، كما تتطلب المادة 1/129 مدني في الغبن الذي يقع في العقود الأخرى.

والغالب في العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين 120، 121 مدني، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن.

ويقع الغبن، دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه⁽²⁾.

أما الخطأ في الحساب فلا يكون سبباً للإبطال للغلط، ولا للنقض بالغبن. والخطأ في الحساب يجب تصحيحه أي كان مقدار الخطأ (م 123 مدني).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"جعلت المادة 845 من القانون المدني من الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء

(1) الصده ص 254.

(2) السنهوري ص 1195 - عرفه ص 452.

بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سببا للرجوع بالضمان وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن إسقاط الطاعة حقها في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 51 لسنة 40 ق جلسة 1975/4/1)

ويجوز نقض القسمة للغبن سواء كان الشريك المغبون قاصرا أو رشيدا⁽¹⁾.

422- اختلاف الغبن في القسمة عن الغبن في عقد البيع:

تقوم فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن في القسمة عن أحكام الغبن في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان الغبن يزيد على الخمس (م 425 مدني)⁽²⁾، فعلى خلاف ما هو مقرر في هذا البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا، ولا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الأهلية. كما أن هناك فروقا أخرى تتعلق بالدعوى وما يجب على الطرف الآخر أدائه لتجنب نقض القسمة⁽³⁾.

423- جواز نقض القسمة العينية للغبن:

لا خلاف حول جواز نقض القسمة العينية بالغبن أيا كان نوع القسمة، أي سواء تمت بمعدل أو بغير معدل، وسواء كانت كلية أو جزئية.

(1) منصور مصطفى منصور ص 185.

(2) تنص هذه المادة على أن:

"إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

(3) الصده ص 255.

424- هل يجوز نقض قسمة التصفية للغبن؟

القسمة بطريق التصفية أحد أنواع القسمة ومن ثم يجوز نقضها بالغبن. إلا أنه يتعين التفرقة بين ما إذا كان المزداد قد رسا على أحد الشركاء أم رسا على أجنبي. فإذا كان المزداد قد رسا على أحد الشركاء فإن البيع - كما أسلفنا - يعتبر قسمة، وبالتالي فإنه يعتد بالغبن الواقع في القسمة. ومعنى ذلك أنه إذا بيع المال للشريك بأقل من أربعة أخماس قيمته فإنه بتوزيع الثمن على باقى الشركاء يكون نصيب كل منهم أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمال الشائع، ومن ثم يحق لهؤلاء وهم الشركاء في المال الشائع - عدا المشتري - طلب نقض القسمة للغبن. أما إذا كان المشتري أجنبياً أى ليس من بين الشركاء المشتاعين المتقاسمين، فإن رسو المزداد على الأجنبي يعد - كما أسلفنا - بيعاً لا قسمة، ومن ثم لا يتصور أن يكون هناك غبن في قسمة الثمن بين الشركاء، لأن الغبن هنا وقع في بيع المال الشائع وليس في قسمته⁽¹⁾.

425- الغبن في حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود:

قد لا تتم القسمة بعقد واحد، وإنما تتم بأكثر من عقد يرد كل منها على جزء من المال الشائع. وفي هذه الحالة لا ينظر في وجود الغبن إلى كل عقد على حدة ولكن إلى القسمة في مجموعها، إذ ربما يغبن المتقاسم في عقد ويأخذ أكثر من نصيبه في عقد آخر. ومن ثم إذا تبين أن المتعاقد قد غبن بما يزيد على الخمس في مجموع هذه العقود، كان له طلب نقض العقود جميعها لأنها تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة.

(1) السنهاورى ص 1198 - أحمد سلامه ص 380.

426- العبرة فى نقض القسمة بحقيقة العقد :

قد يستتر المتقاسمون عقد القسمة فى صورة عقد آخر، كعقد بيع أو مقايضة أو صلح، وفى هذه الحالة تكون العبرة فى طلب نقض العقد بالغبن، بحقيقة العقد. فإذا ثبت أن العقد فى حقيقته قسمة، وأنه وقع فيها غبن بما يزيد على الخمس، جاز للشريك المغبون طلب نقضها. ويقع على عاتق الشريك الذى يدعى صورية العقد وأنه يخفى قسمة عبء إثبات ذلك.

ويتبع فى الإثبات حكم القواعد العامة فى الإثبات.

427- لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمالى بسبب الغبن :

لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمالى بسبب الغبن، لأن العقود الاحتمالية تأبى طبيعتها أن تنقض للغبن. فإذا قسمت قطعة أرض شائعة بين شريكين على أن يكون نصيب أحد الشريكين أداء احتماليا، كأن يترك له ملكية الأرض فى مقابل أن يقدم له إيرادا مرتبا مدى الحياة أو أن يرتب له على هذا المال حق انتفاع يبقى مادام هو على قيد الحياة.

428- مقدار الغبن الذى يجيز طلب نقض القسمة :

مقدار الغبن الذى يلحق بالشريك فى القسمة، ويجيز له طلب نقض القسمة، هو الذى يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة⁽¹⁾، فهو يقدر تقديرا حسابيا. فإذا كان الغبن يقل عن ذلك، لم يكن للشريك طلب نقض القسمة. وبالرغم من أن الحكمة من جواز نقض القسمة للغبن أنها يجب أن تحقق المساواة بين المتقاسمين، إلا أنه يتعين أن يصل مقدار الغبن إلى قدر من

(1) وقد اقترح فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك.

الأهمية، قدره المشرع بما يزيد على الخمس، وإلا لما استقرت قسمة، إذ لا يخلو الأمر من وجود تفاوت في قيمة الأنصبة⁽¹⁾.

والعبرة في التقدير بقيمة المال الشائع وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة، وليس وقت بدء الشروع، أو وقت رفع دعوى الغبن، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة في حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فينتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع في التقدير⁽²⁾.

فلا يعتد بالزيادة أو النقص الذى يطرأ على المال الشائع أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة، فقد تزيد قيمة المال بسبب زيادة صقعه أو تقل بسبب انخفاض الأسعار.

وقد يحدث الغبن بغير إعادة تقويم المال، كما لو اختص وارث - ضمن حصته - بدين للمورث على الغير، ثم يتبين أن المدين معسر منذ القسمة وترتب على إعساره أن لحق الوارث غبن يزيد على الخمس، فيكون له أن ينقض القسمة⁽³⁾.

ويعتد في تقدير نصاب الغبن بقيمة حصة الشريك في مجموعها، فإذا كانت حصته مكونة من عقارات ومنقولات، وكانت قيمة ما خصه من العقارات أقل من قيمة ما خص بقية شركائه منها بما تزيد على الخمس، ولكن هذا النقص تعوضه زيادة في قيمة ما آل إليه من منقولات، فلا يكون ثمة مجال للطعن في القسمة بسبب الغبن في قيمة العقارات⁽⁴⁾.

ولا يكفي لنقض القسمة أن تكون حصة أحد الشركاء زائدة على قيمة حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس، طالما أن هذه الزيادة لو وزعت على

(1) منصور مصطفى منصور ص 185 وما بعدها.

(2) اسماعيل غانم ص 181 - البدرأوى ص 198.

(3) أحمد سلامه ص 381 هامش (1).

(4) عرفه ص 452.

بقية الشركاء لما تحقق بالنسبة إلى كل منهم غبن يزيد على الخمس ومن ثم لا تكون دعوى الغبن مقبولة من أى منهم⁽¹⁾.

وفى تقدير القيمة لا يعتد بالقيمة المقدرة فى عقد القسمة، وإنما يعاد التقدير من جديد، وللمحكمة الاستعانة بالخبراء فى هذا التقدير.

وبالترتيب على ما تقدم، إذا كان الشركاء فى مال شائع أربعة بحصص متساوية وقدرت قيمة المال بألفى جنيه، كان الواجب أن تكون قيمة نصيب كل من الشركاء 500 ج، ويجب لكى يكون الشريك مغبوناً أن تكون قيمة الحصة المفزة التى وقعت فى نصيبه تقل بما يزيد على خمس المبلغ الأخير وهو مائة جنيه أى بأن تكون قيمة حصته أقل من 400 ج.

429- تحديد نصاب الغبن ليس من النظام العام؛

تحديد نصاب الغبن وهو ما يزيد على الخمس ليس من النظام العام، فيجوز أن يتفق المتقاسمون على خلافه، كأن يتفقوا على تحقيق المساواة التامة بين حصصهم، فإذا لم تراعى هذه المساواة عند تكوين الحصص جاز للشريك الذى يتظلم من نقص قيمة حصته أن يطعن فى القسمة بسبب الغبن، وعندئذ يكون للقاضى أن يقضى بنقض القسمة حتى لو كان الغبن أقل بكثير من الخمس⁽²⁾.

430- عدم جواز تنازل الشريك مقدماً عن الحق فى طلب نقض

القسمة للغبن؛

لا يجوز للشريك أن ينزل مقدماً عن حقه فى طلب نقض القسمة بسبب الغبن، فى أية صورة يفرغ فيها هذا التنازل، لأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل وجوده، وهذا الحق لا يوجد إلا بتحقيق الغبن فعلاً وهو ما لا يتحقق إلا بتمام القسمة وتوزيع الحصص.

(1) عرفه ص 452.

(2) عرفه ص 451.

431- الخصوم فى دعوى نقض القسمة للغبن :

ترفع دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون أى الذى لحقه الغبن. وإذا تعدد الشركاء المغبونون جاز لهم رفع الدعوى منفردين أو مجتمعين. أما الشريك الذى لم يغبن فلا يجوز له بداهة رفع الدعوى. وتنتقل دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون إلى وارثه، فيجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها. ويجوز كذلك لدائن الشريك المغبون أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾. والمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن هم سائر الشركاء المشتاعون، لأن هذه الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة بالنسبة للجميع، ويجب على المدعى اختصاصهم⁽²⁾.

432- رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال سنة :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة 845 مدنى رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال السنة التالية للقسمة، فلا يحسب فيها اليوم الذى تمت فيه القسمة، وتحسب مدة السنة من اليوم التالى، وتحسب السنة بالتقويم الميلادى (م 3 مدنى)، وقد هدف الشارع من هذا الميعاد سرعة تحقيق الاستقرار النهائى للاتفاق المنهى للشيوخ وحتى لا يبقى مصير القسمة معلقا أمدا طويلا⁽³⁾. ويسرى هذا الميعاد على الخلف العام للمتقاسم رافع الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يترتب على انصراف آثار العقد إلى الخلف العام طبقا لنص المادة 145 من القانون المدنى أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق

(1) السنهورى ص 1199.

(2) السنهورى ص 1200 - أحمد سلامه ص 382.

(3) الشرقاوى ص 154.

السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذا ثبت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن هو أحد ورثة الشريك الذي أبرم عقد القسمة محل النزاع مع المطعون ضدهما ومن ثم فإن أثر هذا العقد ينصرف إليه باعتباره خلفا عاما لمورثه- وليس خلفا خاصا كما يدعى - ويكون حجة عليه دون توقف على ثبوت تاريخه أو تسجيله وفي طلبه نقض القسمة للغبن يسرى في حقه ما يسرى في حق مورثه من وجوب تقديم هذا الطلب في خلال السنة التالية للقسمة طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 845 من القانون المدني."

(طعن رقم 342 لسنة 57 ق جلسة 1992/4/15)

فإذا لم ترفع الدعوى خلال سنة، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها بعد الميعاد، يستوى أن يكون المدعى قد علم بالغبن الذي لحق به أو لم يعلم ومدة السنة المذكورة، مدة سقوط لا تقادم، فهي مدة حتمية لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع⁽¹⁾. وهى فى هذا تتفق مع دعوى الغبن للاستغلال المنصوص عليها بالمادة 129 مدنى، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ولكنها تختلف عن دعوى الغبن فى بيع عقار غير متوافر الأهلية المنصوص عليها بالمادة 1/426 مدنى، والتي نصت على أن تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع.

433- إثبات الغبن فى القسمة:

(1) السنهاورى ص 1200 - الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص 326- أحمد سلامه ص 382 - عبد المنعم الصده ص 255 - منصور مصطفى منصور ص 186.

يقع عبء إثبات الغبن فى القسمة على الشريك الذى يدعى الغبن وهو المدعى فى دعوى نقض القسمة بالغبن.

ولهذا الشريك إثبات الغبن بكافة طرق الإثبات القانونية- بما فيها البيئة والقرائن - لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية.

وغالبا ما تندب المحكمة التى تنتظر الدعوى خبيرا تكون مهمته تقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة وقيمة الجزء المفرز الذى آل إلى المدعى وقت القسمة أيضا، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان المدعى قد لحق به غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة⁽¹⁾.

434- الحكم الذى يصدر فى دعوى نقض القسمة :

طلب نقض القسمة بالغبن، يهدف إلى هدم القسمة التى تمت أى هدم الاتفاق الذى أدى إلى الغبن، حتى يتيسر إجراء القسمة من جديد. ومادام هذا الهدم يرجع إلى سبب مقارن لنشوء التصرف القانونى يتمثل فى عيب فيه، فإنه يقوم على بطلان تصرف المتقاسم المغبون أى أن الطعن فى القسمة هو طلب بإبطال القسمة⁽²⁾.

فإذا ثبت للقاضى حصول الغبن وجب عليه القضاء بإبطال عقد القسمة. وليس للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء بإبطال العقد، لأن فى دعاوى الإبطال لا يكون للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء بالإبطال إذا ثبت له تحقق سببه⁽³⁾، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لدعاوى الفسخ فله فيها سلطة تقديرية.

435- آثار القضاء بنقض القسمة :

يترتب على القضاء بنقض القسمة أى إبطالها، اعتبارها كأن لم تكن، فيكون

(1) السنهورى ص 1200 - أحمد سلامه ص 382.

(2) السنهورى ص 1201 - الشرقاوى ص 153.

(3) السنهورى ص 1201 - أحمد سلامه ص 382 هامش (1).

للحكم أثر رجعى، ويعود المتقاسمون إلى حالة الشيوع التى كانت قائمة، ويعتبر الشركاء مالكين على الشيوع منذ بدئه، وذلك عملا بالمادة 1/142 مدنى التى تقضى بأنه: "فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

ويجوز للشركاء بعد صدور الحكم، الاتفاق على قسمة جديدة، كما أن لهم كلهم أو بعضهم اللجوء إلى القضاء لإجراء القسمة.

وإذا وقع غبن لأحد الشركاء فى القسمة الاتفاقية الثانية، جاز له أيضا رفع دعوى نقض القسمة بالغبن.

وتسقط كأثر للحكم تصرفات الشركاء فى الأموال المفترزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة فى شأن إبطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير.

أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة، وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن⁽¹⁾.

436- حق المدعى عليه فى وقف السير فى دعوى نقض القسمة :

نصت الفقرة الثانية من المادة 845 مدنى فى شأن دعوى نقض القسمة على أن: "للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

فقد أجاز النص للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة بالغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع إجراء قسمة جديدة، وذلك بأن يكمل حصة شريكه المغبون (المدعى) بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين حصتى كل منهما، فلا يكفى إذن لوقف السير فى الدعوى أن يعرض المدعى عليه ما يكمل حصة المدعى إلى الحد الذى يزول معه الغبن المحظور بأن يكملها إلى أربعة أخماس القيمة.

وتختلف القسمة في ذلك عن دعوى الغبن عن طريق الاستغلال (م129)⁽¹⁾، ودعوى الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية (م1/425 مدنى)⁽²⁾. وعلة هذه التفرقة أن القسمة تعنى التوزيع طبقا للحقوق الخاصة بالمتقاسمين والتي كانت لهم في الشيوع السابق على القسمة، فوجود هذه الحقوق السابقة هو الذى يوجب احترامها عند القسمة، فإذا لم تحترم هذه الحقوق فإن هذا يخل بروح القسمة، أما العقود الأخرى كالبيع والمقايضة فهي تقوم على المعاوضة. وإكمال نصيب الشريك المغبون يكون إما عينا أو نقدا، ويكون الإكمال عينا إذا أدى إليه جزءا من المال الشائع الذى وقع فى حصته يعادل قيمة النقص فى حصة الشريك المغبون.

ويكون الإكمال نقدا إذا أدى إليه مبلغا من النقود يساوى ما نقص فى حصة الشريك المغبون.

والخيار للمدعى عليه وهو المدين فى اختيار الوفاء بإحدى الطريقتين عينا أو نقدا.

(1) ففي هذه الدعوى يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش.

كما يجوز فى عقود المعاوضة كالبيع والمقايضة وغيرها أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن، ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش (السنهورى ص 1202).

(2) ذلك أن هذه الفقرة تنص على أنه: "إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

غير أنه إذا عرض المدعى عليه الإكمال بإحدى الطريقتين المذكورتين وقبل الشريك المغبون عرضه، امتنع على المدعى عليه العدول عن الطريقة التي اختارها إلى الطريقة الأخرى.

ويجب أن يضاف إلى تكملة النقص في حصة الشريك المغبون، ثمرات القدر الناقص أو فوائده من يوم القسمة حتى يوم الدفع⁽¹⁾.

وإذا تعدد المدعى عليهم، فعليهم الاتفاق على مبدأ إكمال حصة المدعى نقداً أو عيناً. فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على قيمة ما يخص كل منهم، فصل القاضي في ذلك.

أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال ذاته، كان للشركاء الذين وافقوا عليه أداء ما يكمل نصيب المدعى. فإذا قاموا بذلك قضت المحكمة بوقف السير في الدعوى. غير أنه لا يجوز لهم الرجوع على من لم يوافق من الشركاء على مبدأ الإكمال بشئ⁽²⁾.

وكما يجوز للمدعى عليه عرض التكملة، فإنه يجوز لدائنه التدخل في الدعوى وأن يعرض هذه التكملة نيابة عن مدينه⁽³⁾.

وإكمال نصيب المدعى جائز في أية حالة تكون عليها الدعوى، فيجوز ذلك أمام محكمة ثاني درجة، بل بعد الحكم في الدعوى بحكم نهائي، طالما أن قسمة جديدة لم تتم، ذلك أن المشرع جعل له الحق في تكملة النصيب لا ليقف سير دعوى الغبن فقط، بل وليمنع إجراء القسمة من جديد⁽⁴⁾.

ولا محل للاعتراض على ذلك لأن ما يعرضه المدعى عليه وهو تكملة حصة المدعى، يؤدي إلى نفس النتيجة المراد الوصول إليها بالقسمة الجديدة مع تقادى

(1) السنهاورى ص 1203 - أحمد سلامه ص 382.

(2) السنهاورى ص 1204.

(3) أحمد سلامه ص 382.

(4) السنهاورى ص 1304 - عرفه ص 453.

الإجراءات. كما أن نص المادة 845 مدنى يؤدي إلى التفسير السابق فقد جرت على أن: "وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد..... الخ". وفى حالة عرض نصيب المدعى بعد صدور حكم نهائى، وتحمل المدعى ثمة نفقات فى سبيل إجراء قسمة جديدة يلتزم المدعى عليه بإضافة هذه النفقات إلى قيمة ما يكمل نصيبه⁽¹⁾.



(1) فى هذا المعنى السنهورى ص 1204.

مادة (846)

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 الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين. فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد.

وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة.

الشرح

قسمة المهايأة:

437- تعريف قسمة المهايأة:

قسمة المهايأة هى قسمة مؤقتة لا تنهى حالة الشيوع، وإنما تقتصر على تنظيم الانتفاع بالشيء بحيث يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته.

وتستهدف قسمة المهايأة تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات.

وسنرى أن قسمة المهايأة نوعان: مكانية وزمانية.

438- المقصود بقسمة المهايأة المكانية :

تكون قسمة المهايأة مكانية بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء فهى من قبيل الإفراز بجمع منفعة كل من الشركاء فى قطعة مفرزة من المال الشائع.

فيكون لكل من الشركاء أن يحوز الجزء المفرز الذى اختص به ويستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئاً، نظير عدم مطالبة هؤلاء الشركاء بثمة شىء نظير استقلالهم بالأجزاء التى حازوها. ومثل ذلك أن يكون المال الشائع أرضاً يملكها شريكان فاخص أحدهما بالجزء الغربى والآخر بالجزء الشرقى، أو داراً اخص أحدهما بالطابق الأول واخص الثانى بالطابق الثانى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "قسمة المهايأة. قيامها على انفراد الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل تنازله عن الانتفاع بباقى الأجزاء مدة سريان المهايأة".
2- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 846 من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيخص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء. ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اخص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى".

(طعن رقم 1030 لسنة 52 ق جلسة 1989/12/6)

2- "المقرر فى - قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 846 من القانون المدنى أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على

قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسموا قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع ويستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيبه وباقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء الأخرى ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى اختص به إيجاراً نافذاً فى حق باقى الشركاء الذى يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص فى ملكية المال الشائع".

(طعن رقم 9405 لسنة 79 ق جلسة 2011/3/27)

4- "إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بوجود قسمة اتفاقية (مهايأة) بين الشركاء المشتاعين ملاك العقار الكائن به الشقة محل النزاع والمؤجر له - أحد الشركاء - والذى اختص بتلك الشقة بمقتضى هذه القسمة وأجرها له بموجب عقد الإيجار المؤرخ 2002/7/9 واستدل على ذلك بعقد إيجار وحدة بذات العقار صادر من أحد الشركاء على الشيوخ لمستأجر آخر وتقاضى المؤجر له لأجرة الشقة محل النزاع قبل تأجيرها له وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك وكان هذا الدفاع من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إذ إن مؤدى تلك القسمة - لو صحت - ونفاذها فى جانب الشركاء انفراد المؤجر بتأجير تلك الشقة وفقاً للقواعد الخاصة بالإيجار والتزام باقى الشركاء بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص فى ملكية المال الشائع. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد الحكم الابتدائى بانتهاء عقد الإيجار وإخلاء الشقة محل النزاع وتسليمها للمؤجر دون أن يقسط دفاع الطاعن - وما استدل به عليه - حقه من البحث والتمحيص وواجه هذا الدفاع بما لا يصلح

ردا عليه بمقولة أنه قول مرسل لا دليل عليه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون⁽¹⁾.

(طعن رقم 9405 لسنة 79 ق جلسة 2011/3/27)

439- مدة قسمة المهايأة المكانية :

لا يصح أن تزيد مدة قسمة المهايأة المكانية على خمس سنوات (م1/846 مدنى)، فإذا اتفق على مدة أكثر من خمس سنين، كان الاتفاق فيما زاد على خمس سنوات باطلا لا يلزم الشركاء، وقد يبطل الاتفاق كله وذلك إذا تبين أنه ما كان ليتم إلا للمدة المتفق عليها عملا بالمادة 143 مدنى التى تقضى بأنه: "إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده الذى يبطل."

(1) كما قضى بأن: 1- "لما كان يبين من تقرير الخبير الذى أخذ به الحكم المطعون فيه أن قسمة مهايأة قد تمت بين المطعون ضده وإخوته، اختص المطعون ضده بمقتضاها بالانتفاع بأحد المنازل للإقامة فيه بينما تنازل عن منفعة نصيبه فى منزلين آخرين لإخوته وكان الحكم قد أعفى من الضريبة إيراد المطعون ضده المفترض من المنزل الذى اختص به وبقيم فيه فعلا طبقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون رقم 99 لسنة 1949 بعد تعديلها بالقانون رقم 218 لسنة 1951. كما استبعد من وعاء الضريبة إيراد ما يخصه فى المنزلين الآخرين اللذين استقل إخوته بالانتفاع بهما نتيجة للقسمة، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 591 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/14)

كما قضت محكمة النقض - بشأن القسمة الفعلية - بأن:

"القسمة الفعلية تتحقق فى صورة ما إذا تصرف أحد 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 ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق أن تصرف فيه".

(طعن رقم 293 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/26)

إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

وإذا اتفق على مدة فى حدود خمس السنوات، فيجوز بعد انقضاء المدة المتفق عليها، أو حتى قبل انقضائها، أن يتفق من جديد على القسمة إما على النحو السابق نفسه أو على نحو آخر وليس هناك ثمة ما يحول دون تجديد الاتفاق على القسمة مرات متعاقبة. وإذا اتفق على القسمة ولم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن شريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد (م 1/846 مدنى)⁽¹⁾.

وعلة توقيت قسمة المهايأة المكانية، أنها تبقى الشيوع قائماً بالنسبة للملكية، وقد رأينا أن الشريك لا يجبر على البقاء فى الشيوع فى الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"القاعدة الواردة بالمادة 1/846 من التقنين المدنى القائم والتي تقضى بأن إذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد، هى قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير فى التقنين المدنى الملغى، فلا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم".

(طعن رقم 137 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/19)⁽²⁾

(1) منصور مصطفى منصور ص 135 - محمد كامل مرسى ص 179 - نبيل إبراهيم سعد ص 108.

(2) "الأصل فى الدعاوى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنها معلومة القيمة ولا يخرج عن هذا الأصل إلا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير فتعتبر مجهولة =

440- تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية :

نصت المادة 2/846 مدنى على أنه: "وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك... الخ". وبالترتيب على ذلك إذا دامت قسمة المهايأة المكانية مدة خمس عشرة سنة فإنها تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك، أى إذا لم يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية.

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

"... وتنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعى إذا دامت خمس عشرة 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 أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية"⁽¹⁾.

= القيمة، وإذ يبين من الحكم الصادر فى الدعوى أن المدعى فيها أقامها بطلب الحكم باعتبار عقد قسمة المهايأة المؤرخ 1969/12/4 منتهيا وتمسك الطاعنون بأن هذا العقد غير محدد المدة ولا يجوز لأى من الطرفين طلب إنهائه إلا إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته المبينة بالعقد، وقضت المحكمة للمدعى بطلباته تأسيسا على أن العقد قسمة مهايأة مدته سنة فإن الدعوى تكون معلومة القيمة ويحتسب رسمها عملا بنص البند الثالث من المادة 75 من القانون رقم 90 لسنة 1944 فى شأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية، بريع العقار موضوع ذلك العقد عن مدة سنة".

(طعن رقم 527 لسنة 42 ق جلسة 1977/4/7)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 139.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "يشترط وفقا للمادة 2/846 من القانون المدني حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك. وإذا كان الثابت في الدعوى أن القسمة - قسمة نظر - لم تنقلب إلى قسمة نهائية لعدم مضي خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم 180 لسنة 1952 الذي جعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين حتى تاريخ رفع الدعوى في 1959، فإن مقتضى ذلك اعتبار البائعين إلى الطاعن مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع في الأعيان التي كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قسمة النظر".

(طعن رقم 293 لسنة 36 ق جلسة 26 يناير 1971)

2- "قسمة المهايأة المكانية لا تتحول إلى قسمة نهائية وفقا للمادة 2/846 من القانون المدني إلا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك".

(طعن رقم 881 لسنة 45 ق جلسة 19/3/1981)

3- (أ) - "يشترط وفقا لنص المادة 1/846 من القانون المدني حتى يتحول عقد قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يستمر خمس عشرة سنة وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك".

(ب) - "إذا كان البين من عقد قسمة العقار محل التداعي أن طرفيه تراضيا على أن يختص الطرف الأول بالانتفاع بالدور الأول فوق الأرضى بكافة أوجه الانتفاع بالإضافة إلى الغرفتين الكائنتين أسفل الدور الأرضى وأن يختص الطرف الثانى بالانتفاع بكامل الدور الأرضى والحديقة وعلى أنه إذا أراد الطرف الأول تكملة الدور الأول فوق الأرضى على نفقته، يكون له الانتفاع بهذه التكملة أيضا انتفاعا مستديما مدى حياته وبشرط أن لا يرجع على الطرف الثانى بشيء من تلك

النفقات، ويعتبر الطرف الثانى - فى هذه الحالة - مالكا لنصف التكملة دون مقابل باعتباره شريكا بحق النصف فى كامل أرض وبناء العقار وكان مؤدى العبارات الصريحة لهذا العقد أن طرفيه قد اتفقا على اقتسام المنفعة بوحدات العقار المذكور فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوخ قائما فى ملكية الأرض والأجزاء المشتركة، ومن ثم فإن استمرار هذا العقد نافذا لمدة خمس عشرة سنة لا يترتب عليه تحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية أو إنهاء حالة الشيوخ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضده الأول فى طلبه الأخذ بالشفعة استنادا إلى كونه شريكا فى الشيوخ فى عقار التداعى - متى توافرت له الشروط الأخرى - فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 5424 لسنة 63 ق جلسة 1994/10/19)

441- ضرورة توافر الأهلية لتحول القسمة إلى قسمة نهائية :

يلزم لانقلاب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية على النحو المتقدم أن يكون الشركاء الذين تم الاتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كاملى الأهلية، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، فلا يجوز التمسك فى مواجهته بتحول المهايأة إلى قسمة نهائية بعد مضى خمس عشرة سنة على الاتفاق المنشئ لها، لأن المشرع أوجب مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون لقسمة المال الشائع إن كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية (م 835 مدنى)، فلا يقبل الاحتجاج فى مواجهته بحصول قسمة نهائية لم تتبع فى شأنها هذه الإجراءات التى يفرضها المشرع صيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1083 الهامش - محمد على عرفه ص 455 - فى هذا المعنى محمد كامل

مرسى ص 180 هامش (1) وقارن عكس ذلك إسماعيل غانم ص 183 - الصده ص

258- منصور مصطفى منصور ص 199 - ويقول إسماعيل غانم أنه: "ومادامت =

= القسمة النهائية فى هذه الحالة ليست قسمة اتفاقية.... كما أنه لا يمنع من انقلاب قسمة

المهايأة إلى قسمة نهائية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الأهلية أو غائب، ولا

442 - حيابة الشريك على الشيوع جزءا مفزرا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة :

نصت المادة 2/846 مدنى على أن: "... إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفزرا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

فقد وضع المشرع فى هذا النص قرينة على أن حيازة الشريك لجزء مفز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تستند إلى قسمة مهايأة. وهى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، إذ القاعدة فى القرائن عموما أنها قابلة لإثبات العكس، فإذا لم يثبت العكس فإن حيازة الشريك لجزء مفز مدة خمس عشرة سنة تؤدي إلى خلوص ملكية هذا الجزء مفزة للشريك الحازر، إعمال لهذه القرينة وللحكم الوارد فى النص معاً⁽¹⁾.

كما يجوز أيضا لباقي الشركاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة إلى قسمة مهايأة، فإنه قد سبق أن اتفق على ألا تتقلب المهايأة إلى قسمة نهائية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 846 من القانون المدنى تتقلب قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مما مؤداه أنه إذا لم يثبت عكس هذه

محل للاستناد إلى المادة 835 فهى تقتصر على مجرد الإحالة إلى قانون الولاية على المال، وليس فى هذا القانون ما يمنع من تطبيق المادة 2/846 فى هذه الحالة".

(1) السهورى ص 1080 - منصور مصطفى منصور ص 198 - إسماعيل غانم ص 184 - عبد المنعم الصده ص 258 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 456 فىرى أن هذه القرينة قاطعة لأن المشرع لم يصرح بإثبات عكسها.

القرينة فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الواردة في صدر الفقرة الثانية من المادة 846 المشار إليها".

(طعن رقم 332 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/26)

والشريك الحائز لا يطالب في هذا الفرض بإثبات أن حيازته كانت مستكملة للشروط القانونية، لأنه لا يستند إلى التقادم، ولكنه يستند إلى وقوع القسمة النهائية وفقا للحكم الخاص الوارد بالمادة 846 مدني فحسبه أن يثبت أن يده استمرت على هذا الجزء المفرز مدة خمس عشرة سنة لكي يعتبر مالكا إياه بأثر كاشف.

443- هل يجب تسجيل قسمة المهايأة المكانية؟

ذهب رأى في الفقه إلى أن قسمة المهايأة ليست قسمة اتفاقية، وإن كانت ترجع في أصلها إلى اتفاق على قسمة مهايأة. ذلك أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون، ولا يصح القول أن هذا التحول مبني على اتجاه إرادة الشركاء إليه، فقد يجهل الشركاء القاعدة التي تنص عليها المادة 2/846، وهي مع ذلك واجبة التطبيق، فيكون في تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الإرادة افتراض مخالف للحقيقة.

وينبني على ذلك أنه لا حاجة إلى تسجيل القسمة إذا كان المال الشائع عقارا، إذ أن الأساس في وجوب التسجيل هو نص المادة 10 من قانون الشهر العقاري وهي تنص على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة، فيكون عقد القسمة والحكم الصادر في القسمة القضائية واجب التسجيل أما القسمة التي تتم بغير تصرف أو حكم فلا تسجل⁽¹⁾.

وذهب رأى آخر إلى أنه إذا انقلبت قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضى خمس عشرة سنة، فلا بد من كتابة ورقة مثبته لها، فإن اتفق الشركاء على

(1) إسماعيل غانم ص 184 - منصور مصطفى منصور ص 199 - عبد المنعم الصده ص 258، إلا أن الدكتور الصده يذهب إلى أنه إذا وجد اتفاق يقر هذه القسمة أو قام نزاع فصدر حكم في شأنها فإن هذا الحكم أو ذاك الاتفاق يجب تسجيله.

كتابة هذه الورقة سجلت باعتبارها قسمة نهائية، ويعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء المدة المذكورة، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية. وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب إلى قسمة نهائية (دون أثر رجعي)، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف فهي ككل قسمة لها هذا الأثر⁽¹⁾.

وهذا الرأي يوجب تسجيل القسمة للاحتجاج بها على الغير، كما هي القاعدة في القسمة الاتفاقية والقضائية.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأخير وقضت بتاريخ 1969/6/26 فى الطعن رقم 332 لسنة 35 ق بأن:

"إذا كان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقارا فإنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت إليها قسمة المهايأة. ولا يقدح فى ذلك أن القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون إذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 توجب تسجيل كل قسمة عقارية حتى تكون حجة على الغير دون أن تفرق فى ذلك بين القسمة العقارية التى تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون، هذا إلى أن الأعمال التحضيرية للمادة 846 من القانون المدنى صريحة فى وجوب اتخاذ إجراءات الشهر العقارى بالنسبة للقسمة التى تتحول إلى قسمة المهايأة حيث ورد فى قرار لجنة القانون المدنى فى محضر الجلسة السابعة والثلاثين أن النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عند النزاع بحكم ويتبع فى أيهما إجراءات الشهر العقارى".

444- عدم جواز نقض قسمة المهايأة التى تتحول إلى قسمة نهائية

(1) السنهاورى ص 1084.

بسبب الغبن:

رأينا فيما سبق أن قسمة المهايأة التى تنقلب إلى قسمة نهائية وإن كانت تفترض وجود قسمة مهايأة تتم بالاتفاق، إلا أنها ليست قسمة اتفاقية إذ تتحول إلى قسمة نهائية بقوة القانون.

ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنه لا يجوز طلب نقضها للغبن لأن دعوى نقض القسمة للغبن يقتصر بصريح عبارة المادة 845 على القسمة الحاصلة بالتراضى⁽¹⁾.

445- قسمة المهايأة تكون باتفاق الشركاء أو بأمر القاضى إلى أن**تتم القسمة النهائية:**

قسمة المهايأة بنوعها يجب أن تتم باتفاق الشركاء جميعا، فلا يكفى فيها الأغلبية أيا كانت.

وفى حالة خاصة تكون قسمة المهايأة بأمر القاضى، وقد نصت على هذه الحالة المادة 849 مدنى ونحيل فى بيان هذه الحالة إلى شرح المادة الأخيرة.

**مادة (847)**

(1) السنهورى ص 1038 الهامش - عبد المنعم الصده ص 558 - إسماعيل غانم ص 183

- منصور مصطفى منصور ص 199.

تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

الشرح

قسمة المهايأة الزمانية:

446- المقصود بقسمة المهايأة الزمانية:

تتناول هذه المادة تعريف قسمة المهايأة الزمانية.

والمادة توضح أن قسمة المهايأة الزمانية هي التي يتناوب فيها الشركاء منافع المال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه. والغالب وقوع هذه القسمة في المنقولات، حيث يستحيل أو يتعذر انتفاع سائر الشركاء في نفس الوقت فيتقون على تناوب الانتفاع بها بحسب حصصهم فيها. فإن كان لأحدهم الثلث وللآخر السدس وللثالث النصف اقتسموها قسمة مهايأة زمانية على أن ينتفع صاحب النصف ثلاثة أشهر مثلا، وصاحب الثلث شهرين، وصاحب السدس شهر وهكذا فلا بد في المهايأة الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع⁽¹⁾.

447- مدة قسمة المهايأة الزمانية:

لم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية، ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذا الشأن. ومقتضى هذه القواعد أنه يجوز للشركاء في المال الشائع الاتفاق على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع، بشرط ألا يترتب على اتفاقهم إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين⁽²⁾.

448- عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية:

(1) عرفه ص 457.

(2) السنهاوري ص 1086.

لم ينص المشرع على تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية كما فعل بالنسبة لقسمة المهايأة المكانية. لأن قسمة المهايأة الزمانية لا تتحول أبداً إلى قسمة نهائية مهما طالّت مدتها، لأنها تبقى المال الشائع شائعاً على حاله دون إفراز، وإنما تقسم زمن الانتفاع به، فهي لا تهيئ للقسمة النهائية ومن ثم لا يمكن أن تتقلب إليها⁽¹⁾.



(1) وقد قضى بأنه: "يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلى حائز بقصد التملك، إذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع فى التملك".

مادة (848)

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

الشرح

449 - تطبيق قواعد الإيجار على قسمة المهايأة:

قسمة المهايأة - كما رأينا - قد تكون مكانية أو زمانية. وفى المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلا فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء فهى إذن منفعة فى مقابل منفعة، يحصل بمقتضاها كل شريك على الانتفاع بجزء مفرز مساو لحصته دون أن يزاحمه غيره من الشركاء فى مقابل حصول الشركاء الآخرين على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء الأخرى. وفى المهايأة الزمانية يحصل كل شريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى المال الشائع - فيما يتعلق بالانتفاع به - فى مقابل تنازله عن حقه فى الانتفاع بحصته لكل من الشركاء الآخرين كل فى نوبته. فالمهايأة إذن بنوعيها هى مقايضة انتفاع ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا إذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الإيجار نقدا. وفى هذا الإطار يكون كل شريك مؤجرا ومستأجرا، فهو مؤجر لحصته ومستأجر لحصص الشركاء الآخرين⁽¹⁾.

من أجل هذا نصت المادة 848 مدنى على أن: "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم

(1) السنهاورى ص 1086 - محمد على عمران ص 307.

والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

(أنظر نقض 1989/12/6 المنشور ببند 219)

ونعرض في ضوء ذلك للمسائل الآتية.

450- (1) - الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير:

في الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير، مثل المشتري للمال الشائع، تطبق قواعد الإيجار، فيسرى في هذا الشأن حكم المادة 604 مدنى التى تقضى بأن: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية.

ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه".

والعبرة في ثبوت تاريخ قسمة المهايأة أن يكون سابقاً على انعقاد التصرف الذى انتقلت به الحصة الشائعة إلى الخلف الخاص، فلا يكفى أن يكون تاريخها سابقاً على تسجيل هذا التصرف.

ولا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة 563 مدنى (1/605 مدنى).

فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م 2/605 مدنى)⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1087 وهامش (3) - منصور مصطفى منصور ص 136 - اسماعيل

غانم ص 128 وما بعدها (هامش 1)، ص 155.

451- (2) - أهلية المتقاسمين :

لما كان كل شريك في قسمة المهايأة بنوعيتها، يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص باقى الشركاء، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر. وهى هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك ما يأتى :

- 1- أنه لا يجوز للقاصر المأذون له بالإدارة أن يؤجر الأراضى الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من المحكمة أو الوصى فيما يملكه من ذلك (م56 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
- 2- أنه لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م10 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
- 3- أنه لايجوز للوصى تأجير عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المباني إلا بإذن من المحكمة. (م7/39 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
- 4- أنه لا يجوز للوصى تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه

(1) الراجح فقها وهو ما أخذت به محكمة النقض أن التأجير من أعمال الإدارة، أما الاستئجار ففيه خلاف. ففى رأى أنه من أعمال الإدارة وفى رأى آخر أنه يعتبر - بحسب الأصل - من أعمال التصرف وفى رأى ثالث أنه قد يكون من أعمال الإدارة وقد يكون من أعمال التصرف. ولا محل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة إذ أن الحجة التى يستند إليها الرأى القائل أن الاستئجار من أعمال التصرف لا تستقيم مع طبيعة القسمة، فهذا الرأى يستند إلى أن المستأجر حينما يلتزم بالأجرة فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما ينفعه، وفى القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف فى شئ لأن الذى يقابل انتفاعه بجزء هو التزامه بتمكين غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى (منصور مصطفى منصور ص 136 هامش "1"). كما أن الرأى الذى يذهب إلى اعتباره أحيانا من أعمال التصرف يتطلب لذلك أن يكون قصد به رأسا استغلال المال بقصد المضاربة.

سن الرشد لأكثر من سنة (م 8/39 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

5- أنه لا يجوز تأجير الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه إلا بإذن المحكمة (م 39/ خامس عشر من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

6- أنه لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره (م 559 مدنى)، ومثل هؤلاء الوصى والقيم والوكيل العام⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة 35 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى⁽²⁾ قد جعلت عقود إيجار الأراضى الزراعية - التى تزرع بالحاصلات العادية فى نطاق سريانها الزمنى - ممتدة امتداداً قانونياً تلقائياً بعد انتهاء مدتها إذ نصت على أنه: "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأقطان المؤجرة ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها فى العقد إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد... الخ"⁽³⁾.

(1) راجع منصور مصطفى منصور ص 137 - اسماعيل غانم ص 139 - عرفه ص 457 - السهنورى ص 1087 هامش (2).

(2) معدلة بالقوانين 405 لسنة 1953، 554 لسنة 1955، 52 لسنة 1966، 67 لسنة 1975.

(3) فيلاحظ ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 33 مكرراً (ز) من ذات المرسوم بقانون المستبدلة بالقانون رقم 96 لسنة 1992 من أنه: "تنتهى عقود إيجار الأراضى الزراعية نقداً أو مزارعة السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون بانتهاء السنة الزراعية 1997/96، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

= وما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة المذكورة من أن: "وتسرى أحكام القانون المدنى بما فيها ما يتعلق بتحديد القيمة الإيجارية على عقود الإيجار المذكورة فى الفقرتين السابقتين عند انقضاء مدة السنوات الخمس المشار إليها".

كما أن المادة 18 من القانون رقم 136 لسنة 1981 فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، أسبغت الامتداد القانونى سالف الذكر على الأماكن المبنية التى يسرى عليها حكم المادة الأولى من القانون رقم 49 لسنة 1977 بنصها على أنه: "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية.... الخ".

غير أن هذا الامتداد القانونى للإيجار يتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة، وقد نصت المادة 848 من التقنين المدنى على أن أحكام عقد الإيجار لا تطبق على قسمة المهايأة إلا إذا كانت "لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة" (1).

كما أن استبعاد تطبيق مبدأ الامتداد القانونى للإيجار على قسمة المهايأة، يلقى سنده فى أن هذا المبدأ يهدف إلى حماية طبقة المستأجرين من تعسف المؤجرين ومن ثم فقواعده قاصرة على الإيجار الزراعى وإيجار الأماكن. أما قسمة المهايأة فهى بمثابة الإيجار وليست إيجاراً بالمعنى الدقيق، ومن ثم فإن استبعاد قواعد قانونى الإصلاح الزراعى وإيجار الأماكن يستند إلى سببين هما انتفاء مظنة الاستغلال التى أراد هذان القانونان منعها، وأن هذه القواعد قواعد استثنائية فلا يتوسع فى تفسيرها (2).

وما نصت عليه المادة الثالثة من القانون 96 لسنة 1992 سالف الذكر من أنه: "تسرى على عقود إيجار الأراضى الزراعية التى ترمى اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون الأحكام الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى".

(1) فى هذا المعنى محمد على عمران ص 307- وإن كان يذهب إلى عدم إعمال الامتداد القانونى لعقد الإيجار إذا كان يترتب عليه إجبار الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات.

(1) أحمد سلامه ص 268 هامش - السنهورى ص 1088 هامش (1).

452- (3) - حقوق والتزامات طرفى المهايأة:

تسرى على حقوق والتزامات طرفى المهايأة أحكام عقد الإيجار مادامت. هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة.

ويترتب على ذلك على سبيل المثال:

1- يلتزم الشركاء جميعا بالترميمات الضرورية، ويسهم الشريك الذى اختص بمنفعة جزء معين فى النفقات التى تقتضيها هذه الترميمات (م 567 مدنى).
أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذى اختص بالجزء الذى يحتاج إلى الترميم (م 582 مدنى).

2- تسرى أحكام عقد الإيجار فيما يتعلق بالتزام سائر الشركاء بتسليم العين التى اختص بها الشريك بمقتضى القسمة، وفيما يتعلق بالتزامهم قبله بالضمان.

3- تسرى أحكام الإيجار فيما يتعلق بالتزام الشريك باستعمال العين فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها بما فى ذلك مسئوليته عن الحريق وبردها عند انتهاء مدة القسمة، وإلا كان غاصبا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1969/2/11 فى الطعن رقم

66 لسنة 35 ق بأن:

"مقتضى المادة 847 من القانون المدنى هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتتابوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال فى عقد الإيجار. وإذ تقضى المادة 848 التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة، فإن مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايئ كما يلتزم

المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدني في الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها وإلا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر".

أما الالتزام بدفع الأجرة فهو يتعارض مع طبيعة القسمة لأن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى أو بذات العين مدة أخرى⁽¹⁾.

4- لا تسرى على قسمة المهايأة ما تنص عليه المادة 32 من قانون الإصلاح الزراعي- إبان العمل بها - من أن: "يكون تأجير الأراضي الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير أو مشاركته فيها"، وما تنص عليه المادة 18/ج من القانون رقم 136 لسنة 1981 من أنه: "لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: (ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً... الخ "باعتبار هذين النصين من النصوص الاستثنائية، وقد قصد المشرع من النص الأول منع استغلال الوطاء لصغار الفلاحين والقضاء على المضاربة في إيجار الأراضي الزراعية، وقصد من النص الثاني المحافظة على أن يكون شغل المستأجر للمكان بالأجرة المحددة ناشئاً عن ضرورة حقيقته دون أن يتخذه وسيلة للاستغلال والربح بأن يؤجره من باطنه أو يتنازل عنه للغير أو يتركه له بقصد الاستغناء عنه نهائياً، والغالب أن يكون ذلك بإيجار مرتفع ارتفاعاً فاحشاً يثرى به على حساب المالك وهذان الأمران لا محل لهما في القسمة.

وواضح من قضاء حديث لمحكمة النقض أنها تأخذ بهذا الرأي، إذ قضت

بتاريخ 1989/12/6 فى الطعن رقم 1030 لسنة 52 ق بأن:

"النص فى الفقرة الأولى من المادة 846 من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء. ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفروزة الأخرى، ويعتبر الشريك مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص الباقي من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار - فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى اختص به إيجارا نافذا فى حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص فى ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير نافذة فى مواجهة الشريك صاحب الحق فى استغلال وإدارة هذا الجزء ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى استأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهرا إذ يعتبر الشريك فى حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فإنه لايلزم شهره للاحتجاج به على الغير".

453- (4) - إثبات قسمة المهايأة⁽¹⁾؛

(1) كانت المادة 919 من مشروع الحكومة تبيح إثبات المهايأة بكل الطرق فيما عدا المدة فكانت تشترط إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها، وإلا اعتبرت غير معينة المدة، وقد أقر مجلس النواب هذا النص (م917) ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترحت حذفه لمخالفته للقواعد العامة فى الإثبات فى غير حاجة، فأضيفت إلى المادة

تثبت قسمة المهايأة طبقاً لأحكام إثبات الإيجار، ومن ثم فإنها تخضع في الإثبات لحكم القواعد العامة. فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن إذا كان محل القسمة لا تزيد قيمته على ألف جنيه، وبالكتاب وما يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (م 60 من قانون الإثبات معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007).

وتسرى هذه القاعدة ولو كان محل القسمة أرضاً زراعية أو أحد الأماكن الخاضعة لأحكام الباب الأول من القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ومن ثم إذا كان محل القسمة أرضاً زراعية فلا انطباق لحكم الفقرة الأولى من المادة 36⁽¹⁾ - إبان سريانها - التي تقضى بأن: "يجب أن يكون عقد الإيجار

848 من القانون عبارة (وطرق الإثبات) وبذلك أصبح الحكم خضوع المهايأة للقواعد العامة في الإثبات "مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 135 وما بعدها".

(2) هذه الفقرة أبقى عليها القانون رقم 96 لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعي - كما أنه لم يكن هناك محل لتطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة المذكورة والمادتين 36 مكرراً، 36 مكرراً (ب) الملغاة جميعاً بالقانون رقم 96 لسنة 1992 سالف الذكر وكانت هذه النصوص تجرى على أن:

مادة (2/36): ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الأطنان المؤجرة. فإذا لم توجد جمعية في =

= تلك القرية فيكون الإيداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية. ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر".

مادة (36 مكرراً): إذا امتنع المؤجر عن إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة أو إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار - وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة.

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من ينوبه المجلس في ذلك أن يحيل الأمر إلى المحكمة الجزئية المختصة.

مزارعة أو نقدا ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته وكذلك كل اتفاق على استغلال أراضي زراعية ولو كانت لزراعة واحدة".

وإذا كان محل القسمة مكانا يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم 49 لسنة 1977 فلا انطباق لحكم المادة 24 التى تنص على أنه: "اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابية ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقارى الكائن بدائرتها العين المؤجرة... ويجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات... الخ".

والعلة فى ذلك ليست فقط لانتفاء مظنة الاستغلال التى أراد القانونان المذكوران محاربتها ولكن أيضا لأن المستأجر هنا يعتبر مالكا من بعض الوجوه⁽¹⁾.

وعلى المحكمة أن تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الإثبات - فإذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع - وتسلم نسخة من العقد إلى كل من طرفيه وتودع نسخة منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار المحكمة - ويكون هذا العقد ملزما للطرفين".

مادة (36 مكررا ب): "لا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن إيجار الأراضي الزراعية مزارعة أو نقدا أمام أية جهة إدارية أو قضائية ما لم يكن عقد الإيجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة.

فإذا كان عقد الإيجار مكتوبا ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة، فلا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالإيداع".

(1) أحمد سلامة ص 268 وما بعدها - جميل الشرفاوى ص 118 هامش (3) وقارن منصور

مصطفى منصور ص 137 وما بعدها - فىرى تطبيق المواد 36، 36 مكررا، 36 مكر

(أ) - قبل إلغاء الفقرة الثانية من المادة 36 وإلغاء المادتين 36 مكررا، 36 مكررا (أ) -

وينتقد رأى الوارد بالمتن بقوله "... فأولا الواضح من عبارة نص المادة 848 مدنى أن قسمة



المهاياة تخضع من حيث الإثبات للقواعد الخاصة بالإيجار، وإذ كان صحيحاً أن نص المادة 36 إصلاح، وهو يقرر حكماً استثنائياً، لم يكن موجوداً وقت وضع التقنين المدني، إلا أن أصول التفسير تؤدي إلى وجوب تطبيق أحكام الإيجار على قسمة المهاياة سواء ما كان منها موجوداً وقت وضع التقنين المدني وما يستجد منها بعد ذلك فلا محل إذن للقول أن المشرع أراد إخضاع قسمة المهاياة للقواعد العامة في الإثبات وثانياً: لا يصح استبعاد تطبيق المادة 36 على أساس أنه لا توجد مظنة استغلال الشركاء بعضهم لبعض، لأنه ليس من المقطوع به أن النص لم يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال الملاك، فهذا النص يمكن بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعة الأرض حتى يتيسر لها القيام بوظائفها المختلفة في شؤون الزراعة، وبالتالي لا يخلو تطبيق النص على قسمة المهاياة من فائدة. وثالثاً وأخيراً لا يصح القول أن نص المادة 36 يتعارض كله مع طبيعة القسمة، إذ يمكن أن يطبق على الوجه الذي يلائم طبيعة القسمة، وذلك على النحو الذي بيناه في المتن".

مادة (849)

1- للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

2- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضي الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك.

الشرح

454- اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة حتى تتم القسمة النهائية :

أجاز النص أن يتفق الشركاء على قسمة مهايأة مؤقتة - غالبا ما تكون مكانية - أثناء السير فى إجراءات القسمة النهائية حتى تتم هذه القسمة، وذلك لى يضع حدا للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية.

وهذه القسمة المؤقتة تظل نافذة حتى تتم القسمة النهائية وبصرف النظر عن المدة التى تستغرقها إجراءات هذه القسمة، فهى لا تخضع فى تحديد المدة للأحكام الواردة بالمادة 846 مدنى⁽¹⁾.

وبناء على ذلك إذا استمرت إجراءات القسمة أكثر من سنة، فلا يجوز إنهاء المهايأة المؤقتة بإعلان أحد الشركاء إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر، أنه لا يرغب فى التجديد وفقا لما تقضى به المادة 846 مدنى.

455- قسمة المهايأة المؤقتة بأمر القاضى :

إذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على قسمة المهايأة حتى تتم القسمة النهائية، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من القاضى الأمر بها، ويأمر القاضى بها، إذا

(1) محمد على عرفه ص 458- منصور مصطفى منصور ص 135 وما بعدها.

كان هناك من الظروف ما يبرر فرض المهايأة المؤقتة على سائر الشركاء. وللقاضى أن يستعين بخبير، وغالبا ما يكون هذا الخبير هو الذى ندبه لإجراء القسمة النهائية⁽¹⁾.



(1) وكانت المادة 1220 من المشروع التمهيدي تنص على أن: "إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 1202، ولم يكن ميسورا أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة، فللقاضى الجزئى، بناء على طلب الشركاء، أن يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو دون استعانة". وكانت الفقرة الثانية من المادة 1202 المشار إليها تقضى بأن: "ومع هذا فللمحكمة، بناء على طلب أحد الشركاء، أن تأمر باستمرار الشيوخ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوخ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك".

إلا أن الفقرة الثانية المذكورة حذفت فى لجنة المراجعة، فحذفت تبعا لها المادة 1220 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 100 وما بعدها ص 138 - الهامش).

مادة (850)

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

الشرح

الشيوع الإجبارى :

456- المقصود بالشيوع الإجبارى :

بعد أن نظم المشرع الملكية الشائعة بوجه عام، عرض بنصوص خاصة للشيوع الإجبارى.

وقد تناولت المادة 850 تعريف المقصود بالشيوع الإجبارى. ويتضح من هذه المادة أن الفرق الجوهرى بين الشيوع العادى والشيوع الإجبارى هو أن الثانى شيوع دائم لا يصح فيه لأى من الشركاء طلب إنهائه بالقسمة فهو يختلف عن الشيوع المؤقت فيما إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة ويبرر الشيوع الدائم أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المال دائما فى الشيوع. فقسمة هذا النوع من المال من شأنها تعطيل الاستفادة منه وعرقلة الانتفاع به أو أن طبيعته تنفر من القسمة، ولذلك يجب أن تبقى هذه الأجزاء المشتركة دائما فى الشيوع.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"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 أن الغرض الذى 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 أن تبقى دائما شائعة،

ولا يصح طلب القسمة فيها مثل ذلك أيضا الحائط المشترك وقد تقدم بيانه والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات (م1227) وسيأتى ذكرها⁽¹⁾.

457- نوعا الشيوع الإجبارى :

يميز الفقه بين نوعين من الشيوع الإجبارى هما :

(1) - الشيوع الإجبارى الأسمى :

وهو الشيوع الذى يكون محله أشياء مخصصة بطبيعتها لخدمة جماعة من الأفراد على وجه دائم، كمبنى المدافن العائلية فى الجبانات. أما أراضى الجبانات فهى من الأموال العامة، والبناء عليها إنما يكون بترخيص إدارى.

(2) - الشيوع الإجبارى التبعى :

وهو الشيوع الذى يكون محله أشياء مملوكة على الشيوع لعدة ملاك ومخصصة لخدمة عقارات يملكها كل منهم ملكية مفرزة. والنوع الثانى يفوق فى أهميته النوع الأول وتتعدد حالاته فى العمل. ومن هذا الحالات حالتان خصهما المشرع بتنظيم تفصيلى الحالة الأولى هى حالة الحائط المشترك (م814 - 817)، فهو يفصل بين عقارين مملوك كل منهما ملكية مفرزة لأحد الشريكين فى الحائط، وهو مخصص لخدمة هذين العقارين. والحالة الثانية هى حالة المنازل المقسمة طبقاتها أو شققها إلى ملكيات مفرزة بين عدة ملاك (م856 - 869)، إذ تكون بعض أجزاء المنزل مشتركة بين هؤلاء الملاك.

على أن الشيوع الإجبارى التبعى لا يقتصر على هاتين الحالتين، فمن صور العملية حالة المسقاة المملوكة لعدة ملاك على الشيوع فيما بينهم مع تخصيصها لدى الأراضى التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة. ويتحقق ذلك عملاً إذا شق مالك أرض مسقاة خاصة فيها ثم يتوفى عن عدة ورثة، فقد يرى الورثة عند قسمة

الأرض أن يبقوا المسقاة شائعة بينهم مع تخصيصها لرى الأجزاء التى يختص بها كل منهم. ومثل المسقاة فى ذلك البئر الذى يغترف منه كل من مالكيه المياه اللازمة للعقار الذى يملكه ملكية خالصة، ومثل ذلك الممر أو الفناء الذى يبقيه الشركاء فى الشيوع بعد اقتسام الأراضى المحيطة به. ففى هذه الحالات جميعا يكون الشيوع تبعا إذ أن محله عقارات ملحقة بعقارات أخرى مملوك كل منها ملكية مفرزة، وهو شيوع إجبارى إذ واضح من الغرض الذى خصص له الممر أو الفناء أو البئر أو المسقاة - وهو خدمة العقارات التى يملكها كل من الشركاء - أنه يجب أن يبقى دائما فى الشيوع⁽¹⁾.

والشيوع الإجبارى لا يرد إلا على العقارات، لأن طبيعة الأشياء لا تقتضى الاشتراك فى منقول على الدوام لخدمة عدة عقارات بحيث تمتنع قسمته. فإذا أمكن أن نتصور نظريا تحقق مثل هذا الفرض. كما إذا خصص مولد للكهرباء لإنارة منزلين متجاورين مثلا، فإننا نكون فى الواقع بصدد عقار بالتخصيص فتنتفى بذلك الضرورة المسوغة لقيام الشيوع الإجبارى⁽²⁾.

غير أن الشيوع الجبرى قد يرد استثناء على المنقولات كما فى الأوشحة والوثائق والصور العائلية⁽³⁾.

458- طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى :

ذهب رأى قديم إلى أن الشيوع الإجبارى هو بمثابة ارتفاق متبادل على اعتبار أن لكل شريك فيه ملكية مفرزة محملة بحق ارتفاق لملكية الشركاء الآخرين ففى الممر المشترك مثلا، يكون نصف الممر مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الآخر. وهذا النصف الآخر

(1) اسماعيل غانم ص 277 وما بعدها - محمد وحيد سوار ص 438 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 460 - محمد وحيد سوار ص 438.

(3) محمد وحيد سوار ص 438 هامش (2).

مملوك أيضا ملكية مفرزة للمالك المجاور له، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الأول.

إلا أن هذا رأى قد هجر وأصبح السائد الآن أن حق الشريك فى الشيوع الجبرى هو حق ملكية شأنه فى ذلك شأن حق الشريك فى الشيوع العادى. لكل مالك حقوق المالك على الجزء الشائع برمته، وعليه واجباته.

وكل ما يتميز به هذا النوع من الشيوع عن الشيوع العادى هو عدم إمكان طلب القسمة، إذ أن حالة الضرورة التى أملت الشيوع تقتضى بقاءه على الدوام، ما بقيت الأوضاع المبررة لوجوده⁽¹⁾.

ويترب على هذا التكييف نتائج هامة نذكر منها :

1- إذا فصل الطريق المشترك بين بنائين، فلمالك كل بناء أن يفتح مطا مواجهها على بناء جاره. والمسافة التى يتركها هى متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار، لا من منتصف الطريق كما ينبغى أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأه مالك الأرض فى أرضه وأعدده لمنفعة المبانى التى تقام فيها على جانبه فإن هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المبانى مخصصا لمنفعتها المشتركة. وبالتالي فإنه يكون مملوكا لأصحابها على الشيوع الجبرى، أى معدا للبقاء مؤبدا ولا تجوز فيه القسمة. ومتى كان ذلك كذلك فإن المشتريين من هذا المالك يكون حقهم على هذا الشارع حق الشريك فى الملك على الشيوع لاحق ارتفاق عليه، فلمهم قانونا الحق فى سد الفتحات التى يحدثها عليه من عداهم من

(1) السنهورى ص 308- محمد على عرفه ص 460- محمد وحيد الدين سوار ص 439 وما

بعدها - رمضان أبو السعود ص 120.

الملاك الآخرين".

(طعن رقم 129 لسنة 13 ق جلسة 1944/11/2)

2- لا ينقضى حق المالك فى الشيوع الإجبارى بعدم استعمال الجزء المشترك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر، فى حين أن حقوق الارتفاق تنتهى بعدم استعمالها طوال هذه المادة (م 1027 مدنى).

3- لا يسرى على الشيوع الجبرى بعض الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن تلك الأحكام:

(أ)- حكم المادة 2/1023 مدنى والتي تجيز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل الارتفاق إلى وضع آخر من العقار أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك إذا كان الوضع الذى عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد من عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به.

(ب)- حكم المادة 1028 مدنى التى تقضى بأن: "ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق. ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال".

(ج)- حكم المادة 1029 مدنى والتي تقضى بأن: "لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم يبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

(د) حكم المادة 2/1020 مدنى والتي تقضى بأنه لا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أى زيادة فى عبء الارتفاق، بل إن للمالك فى الشيوع الإجبارى أن يستعمل الجزء المشترك لمواجهة الحاجات الجديدة لعقاره. على أن النتائج المتقدمة كلها لا تترتب إلا حيث يتحقق الشيوع الإجبارى،

ولما كان ذلك رهنا بتحقق حالة الضرورة التي يتمتع معها طلب القسمة، فإن تقدير قيام هذه الضرورة أمر موضوعي يستقل بتقديره قاضي الموضوع. فإذا رأى أن قسمة الجزء الشائع ليس من شأنها أن تعطل الانتفاع به، أو أن تحول دون استعماله فيما أعد له، جاز له أن يأمر بقسمته فله مثلا أن يأمر بقسمة⁽¹⁾ فناء مشترك بين منزلين، إذا تبين أن لكل منهما فناء آخر مستقلا يكفي لتحقيق الغرض الذي أعد له الفناء المشترك.

ويجوز أيضا أن يتفق الملاك على جعل الجزء المشترك محملا بارتفاق متبادل، بدلا من اعتباره في حالة شيوع إجباري، ويتحقق ذلك عملا بأن يكون هناك مالكان متجاوران يملك كل منهما نصف ممر مشترك ملكية خالصة، ولكن نظرا لضيق الجزء الذي يملكه كل منهما، وعدم كفايته لمواجهة حاجات منزله، يتفقان على أن يحمل كل منهما الجزء الذي يملكه بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك لجاره، فعندئذ تطبق أحكام الارتفاق، ولا تسرى أحكام الشيوع الإجباري⁽²⁾.

459- أحكام الشيوع الإجباري:

إذا كان الشيوع الإجباري يتميز عن الشيوع العادي بالقاعدة الأساسية التي وضعها المشرع وهي عدم جواز طلب القسمة، فهناك أحكام أخرى تميز هذا الشيوع استخلصها الفقهاء من الخاصة المميزة وهي إعداد المال الشائع ل يبقى على الدوام في الشيوع مستعينين في ذلك بالأحكام التفصيلية التي وضعها المشرع للحالات الخاصة التي عني بتنظيمها ونبين ذلك فيما يلي:

(1) سلطة التصرف:

إذا كانت القاعدة في الشيوع العادي أن الشريك له أن يتصرف في حصته

(1) محمد على عرفه ص 460 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 120 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 461 وما بعدها.

لمن يشاء، ففي الشيوع الإجبارى لا يجوز للشريك أن يتصرف فى حصته تصرفاً يتعارض مع الغرض الذى أعد له هذا المال. وتطبيقاً لهذا لا يجوز للشريك فى مدافن الأسرة أو أوراقها الخاصة أن يتصرف فى حصته لأجنبى، كما لا يجوز للشريك فى الشيوع الإجبارى التبعى أن يتصرف فى حصته فى المال الشائع إلا مع العقار الذى تعتبر هذه الحصة من توابعه.

(2) سلطة الاستعمال:

حقوق الشركاء فى استعمال المال الشائع شيوعاً جبرياً أوسع نطاقاً من حقوقهم فى الشيوع العادى. فلكل شريك استعمال المال الشائع كما لو كان مملوكاً له بالكامل بشرط ألا يغير من تخصيص المال الشائع ولا يستخدمه بطريقة تؤدى إلى الانتقاص من حقوق باقى الشركاء وأن يراعى فى هذا الاستخدام أن يكون قاصراً على خدمة العقارات التى أعد هذا المال لخدمتها وليس لمنفعة عقارات أخرى. وبالتطبيق لذلك يجوز للشريك فى فناء شائع أن يفتح عليه مطلات إذا كان عرض الفناء كله أزيد من المسافة القانونية، كما له الحق فى صرف مياهه المنزلية ومياه الأمطار إذا كان فى الفناء متسع لها. وللشريك أن يحدث تعديلات من شأنها تحقيق منفعة شخصية فى استعماله دون حاجة لاستئذان شركائه فله ردم أرض الفناء وتعليقها أو أن يجرى أعمال حفر فى الفناء لتوصيل المياه والكهرباء إلى عقاره. كما يجوز للشريك فى طريق مشترك أن يقيم على جانبيه سوراً لتحسين منظره بشرط ألا يؤدى ذلك إلى تعطيل أو عرقلة المرور فيه... إلخ.

ولكن لا يجوز للشريك فى فناء مشترك أن يبنى فيه مخزنا أو يشغله بمهمات أو أدوات تعوق استخدامه أو أن يحوطه بسور إذا كان الفناء مخصصا للمرور أو التهوية... الخ⁽¹⁾.

(3) نفقات إدارة المال الشائع وحفظه :

يلتزم الشركاء فى الشيوخ الإجبارى كما هو الحال فى الشيوخ العادى، بالمساهمة فى نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وفى الضرائب وسائر التكاليف المقررة عليه. ولا صعوبة فى تطبيق هذه القاعدة إذا كان الشيوخ الإجبارى أصليا، إذ يتحدد نصيب كل شريك فى النفقات بنسبة حصته فى المال الشائع، وهى ذات القاعدة التى تحكم الشيوخ العادى (م 831). أما فى الشيوخ الإجبارى التبعى فقد أورد المشروع قاعدتين مختلفتين فى الحالتين اللتين عنى بتنظيمهما فى الحائط المشترك رأينا أن المادة 2/814 تنص على أن نفقات إصلاحه أو تجديده، إذا ما أصبح غير صالح للغرض الذى خصص له، تكون على الشركاء كل "بنسبة حصته فيه".

وفى ملكية الطبقات سنرى أن المادة 858 تنص على أن يكون نصيب كل مالك فى تكاليف الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار. فيتعين اختيار إحدى هاتين القاعدتين لتصميمهما على حالات الشيوخ الإجبارى التبعى التى لم يرد فى شأنها نص خاص. والعدالة تقتضى تصميم القاعدة الثانية، فتقسم النفقات بين الشركاء بنسبة قيمة العقارات التى خصص الشئ الشائع لخدمتها مالم يوجد اتفاق على غير ذلك⁽²⁾.

ولما كان التزام الشريك - فى الشيوخ الإجبارى - بالمساهمة فى نفقات الصيانة يعد بمثابة تكليف عينى يقع على العقار الشائع ذاته ويتبعه بالتالى تحت

(1) اسماعيل غانم ص 282 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 121 وما بعدها.

(2) اسماعيل غانم ص 283 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 201.

أى يد يكون، فإنه من الممكن للشريك التخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن ملكية حصته الشائعة فى المال الشائع لباقي شركائه فى هذا المال. وهذا التخلي يعد عملاً قانونياً من جانب واحد لا يلزم فيه موافقة باقي الشركاء. ولا يلزم فيه أى شكل خاص هذا مع ملاحظة أن التخلي لا يعفى الشريك من التزامه بنفقات الصيانة الناجمة عن سوء استعماله للمال المشترك، فمصدر التزامه هنا هو الخطأ وبالتالي فهو التزام شخصى لا يبرأ منه إلا بالوفاء به. غير أنه يستثنى من ذلك الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات، حيث لا يحق للشريك أن يتخلى عن نصيبه فيها للتخلص من الاشتراك فى تكاليف حفظها⁽¹⁾.



ملكية الأسرة:

مادة (851)

لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية.

الشرح

460- أساس التنظيم الخاص لملكية الأسرة:

لاحظ المشرع أنه كثيرا ما يبقى أفراد الأسرة الواحدة فى الشيوع بعد موت المورث، لجامع يجمعهم، إما أن يكون وحدة العمل كما لو كانت التركة مالا من أموال الاستغلال كأرض زراعية أو محل تجارى يستغلونه جميعا معا أو يقوم أحدهم بالاستغلال لحساب لنفسه ولحساب الباقين، وإما أن يكون وحدة المصلحة فيما لا يتصل بالاستغلال، كما لو كانت العين الموروثة منزلا يسكنونه جميعا. وقد رأى المشرع أن يفرد لملكية الأسرة تنظيما خاصا تراعى فيه تلك الرابطة الخاصة التى تربط المشتاعين فيما بينهم وهم أعضاء أسرة واحدة. ولكنه جعل تطبيق هذا النظام متوقفا على اتفاقهم على إنشاء ملكية الأسرة، إذ أن مجرد كون الشركاء المشتاعين أعضاء أسرة واحدة لا يدل دلالة قاطعة على قيام تلك الرابطة القوية التى تبرر هذا النظام الخاص، فلا يكفى لتطبيق أحكامه مجرد بقاء أعضاء الأسرة فى الشيوع بعد موت مورثهم.

ومن ناحية أخرى، فإن المشرع، وإن كان ما دفعه إلى تنظيم ملكية الأسرة هو ما لاحظته من بقاء كثير من الأسرة فى الشيوع بعد موت المورث، لم يجعل إنشاء ملكية الأسرة مقصورا على هذه الحالة، بل أجاز أن يتفق أعضاء الأسرة على

تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم دون أن يرجع أصله إلى تركة مشتركة.

461- إنشاء ملكية الأسرة بالاتفاق كتابة:

أوجبت المادة أن يكون إنشاء ملكية الأسرة بالاتفاق كتابة. ولم تشترط المادة نوعا معينا من الكتابة، ومن ثم لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية، فيكفى أن تكون فى ورقة عرفية.

والكتابة هناك للانعقاد لا للإثبات، فالاتفاق غير المكتوب يقع باطلا، ولو أقر به المتعاقدان، أو وجهت فيه اليمين⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الإثبات"⁽²⁾.

والسبب فى اشتراط الكتابة أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة، قد تصل إلى خمسة عشر عاما - كما سنرى - فوجب أن يكون الاتفاق مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة.

ولم ينص المشرع على الأهلية اللازمة لإنشاء ملكية الأسرة. غير أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى وجوب توافر أهلية التصرف فى أطراف الاتفاق. أى أن يكون طرف الاتفاق بالغا رشيدا غير محجور عليه. إذ يترتب على الاتفاق بإنشاء ملكية الأسرة إشراك كل من الأعضاء فى مال يقدمه غيره، وإشراك غيره فى مال يقدمه. كما أنه يقيد من حريته فى التصرف - كما سنرى - وفى الوقت ذاته يعطى لمن يدير هذه الملكية سلطات واسعة تجاوز فى كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة.

وعلى ذلك إذا كان العضو الذى يدخل فى ملكية الأسرة غير متوافر الأهلية،

(1) السنهورى ص 1384 - محمود جمال الدين زكى ص 245 - عبد المنعم البدرأوى ص 204.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 152.

وجبت مراعاة⁽¹⁾ الأحكام التي قررها قانون الولاية على المال في شأن التصرف في أموال القاصر. ومن ثم يجب على الوصي أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال مال القاصر أو المحجور عليه ضمن ملكية الأسرة.

462 - يجب أن يضم الاتفاق أعضاء أسرة واحدة:

تنص المادة على أن: "لأعضاء الأسرة الواحدة.... الخ". فهي تشترط لإنشاء ملكية الأسرة أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة. ويفسر الشراح المقصود بأعضاء الأسرة الواحدة بالرجوع إلى المادة 34 مدني وهي تنص على أن "1- تتكون أسرة الشخص من ذوى قرياه. ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك". وتطبيقاً لذلك لا تتعد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر⁽²⁾. ومع التسليم بأن لفظ "أعضاء الأسرة الواحدة" في المادة 851 لا يتسع

(1) من هذا الرأي السنيهوري ص 1385 - محمود جمال الدين زكي ص 245 - رمضان أبو السعود ص 153 - محمد عمران ص 358 ومابعدهما - اسماعيل غانم ص 272 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 467 إذ يكتفى بتوافر أهلية الإدارة ويقول: "ونرى أنه يكفي لانعقادها توافر أهلية الإدارة في منشئها، فلا يلزم أن يكون كل منهم أهلاً للتصرف. وذلك لأن إنشاء هذه الملكية إنما يكون بقصد استغلال الأموال الداخلة فيها على خير الوجه، وظاهر أن هذا العمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف، فإذا وجد بين أعضاء الأسرة من هو قاصر جاز لوصيه أن ينوب عنه في الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من تركة يرث فيها القاصر، دون استئذان المحكمة الحسبية (محكمة الأحوال الشخصية الآن) في ذلك. ويدعم هذا النظر أن الشريك في ملكية الأسرة ليس مجبراً على البقاء فيها طوال المدة المتفق عليها، بل له أن يطلب إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك (م 852).

(2) الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية ج2 1368 هـ 1949 م ص 196 - محمد على عرفه ص 466 - عبد المنعم البدرأوى ص 204 - محمد وحيد الدين سوار ص 432.

للأصهار، فإن الاستناد إلى المادة 34 غير مقبول، إذ يترتب عليه أن اتفاق زوجين على إنشاء ملكية للأسرة بينهما يكون اتفاقاً باطلاً إذا لم يكونا من ذوى القربى، مع أن الأساس الذى يقوم عليه التنظيم القانونى الخاص الذى وضعه المشرع لملكية الأسرة هو تلك الرابطة القوية بين الشركاء، وهذه الرابطة هى عادة أقوى ما تكون بين الزوجين. هذا فضلاً عن أن الزوجين، فى التعبير الدارج، يعتبران أعضاء أسرة واحدة. ولذلك فالمصلحة تقتضى تفسير عبارة المادة 851 بالرجوع إلى معناها الدارج لا إلى المعنى الذى حددته المادة 34. ويؤيد هذا أن المشرع فى كثير من النصوص يعبر بلفظ "الأقارب" أو "ذوى القربى" عندما يقصد الإشارة إلى أعضاء الأسرة الواحدة فيما عدا الزوجين. ولم يكن يعجزه التعبير بهذا اللفظ فى المادة 851 إذا كان قد أراد تحريم الاتفاق بين الزوجين على إنشاء ملكية الأسرة⁽¹⁾.

463- وجود وحدة مشتركة فى العمل أو المصلحة :

تنص المادة على أن: "لأعضاء الأسرة الواحدة التى تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة... الخ" - وقد ذهب البعض إلى أن المادة تشترط أن يجمع هؤلاء الأقارب وحدة مشتركة فى العمل أو المصلحة، كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالاً معيناً يقتضى وحدة الإدارة، ومثل ذلك أن يكون مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على حيز الوجود كمتجر أو مصنع⁽²⁾.

بينما ذهب آخرون - بحق - أن هذا ليس فى الحقيقة شرطاً بالمعنى الدقيق لانعقاد الاتفاق على ملكية الأسرة، بل هو الغرض الذى لا يتصور بغيره اتفاق أعضاء الأسرة فيما بينهم على إنشاء تلك الملكية، أى أن المشرع إذ نص فى

(1) اسماعيل غانم ص 270 - السنهاورى ص 1385 وما بعدها - منصور مصطفى منصور

ص 233 - نعمان خليل جمعه ص 226 - عبد المنعم الصده ص 264 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 204 - محمد على عرفه ص 466 - محمد لبيب شنب ص 380.

المادة 851 على وحدة العمل أو المصلحة، لم يكن يبين شرطاً يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التي من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق⁽¹⁾.

464- الأموال التي تتكون منها ملكية الأسرة:

الأموال التي تتكون منها ملكية الأسرة قد تكون على حد تعبير المادة 851 مدنى تركة ورثتها أعضاء الأسرة، واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، أو أموالاً أخرى مملوكة لهم، وهذا أقرب إلى الشركة. ويكون المقصود من استغلال هذه الأموال استغلالاً معيناً يقتضى وحدة الإدارة.

ويصح أن تكون هذه الأموال عقارية أو منقولة، أو حقوقاً في ذمة الغير، ويصح أن تكون مجموعة من الأموال كمشروع تجارى أو صناعى.

وإذا كانت الأموال عقارية وجب تسجيلها طبقاً للمادة 9 من قانون الشهر العقارى، حتى لو كان العقار مملوكاً على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة.

ولا يدخل في ملكية الأسرة إلا الأموال المملوكة فعلاً لأعضائها وقت إنشائها، فلا يصح أن تتضمن ملكية الأسرة الأموال التي قد تؤول ملكيتها في المستقبل لأعضائها.

وبناء على ذلك يبطل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من تركة مستقبلية لمخالفة مثل هذا الاتفاق لنص المادة 131 مدنى التي تحرم التعامل على تركة

(1) اسماعيل غانم ص 270 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 433 هامش (1) -

ويؤيد هذا ما قرره معالى السنهاورى باشا عند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ "إن المفروض ألا تنشأ الملكية المشتركة إلا أن تجمع بين أفراد الأسرة الواحدة وحدة العمل أو المصلحة" - (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 144).

مستقبله⁽¹⁾.

والاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من الأموال الحالة والمستقبلية يقع باطلا حتى بالنسبة إلى الأموال الحالة، لأن صحيح الاتفاق بالنسبة لهذه الأموال يتعارض مع قصد المتعاقدين⁽²⁾.

ولا يصح أيضا أن يكون محل هذه الملكية ما لا يحوزه أحد المتعاقدين بنية تملكه بالتقادم، فمثل هذا المال لا يعتبر مملوكا وقت الاتفاق على إدخاله في ملكية الأسرة. وهو شرط لازم لصحة إنشائها.



(1) السنهاورى ص 1388 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 152 - محمد على عرفه ص

466 - عبد المنعم الصده ص 265.

(2) محمد على عرفه ص 466.

مادة (852)

1- يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك.

2- وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه.

الشرح

465- مدة ملكية الأسرة:

ملكية الأسرة لابد أن تكون مؤقتة، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة.

وبذلك تختلف مدة ملكية الأسرة عن مدة الشيوع العادى، إذ فى الشيوع العادى لا يصح الاتفاق على البقاء فيه لمدة لا تزيد على خمس سنوات (م 834 مدنى).

466- حالة تحديد مدة ملكية الأسرة:

إذا تم تحديد مدة لملكية الأسرة، فإنه لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة، فإذا اتفق على مدة تزيد على ذلك أنقصت إلى هذا الحد. ولكن لا يوجد ما يمنع من تحديد المدة مرات متعاقبة، بشرط أن يقع الاتفاق على التحديد بعد انقضاء المدة السابقة، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التحديد لا من وقت انقضاء المدة السارية.

فإذا لم يتم تجديد المدة بعد انقضائها، ولم يطلب أحد القسمة، بقى أفراد الأسرة

فى الشىوع. ولكن الشىوع هنا يكون شىوعا عاديا لا شىوع ملكية الأسرة⁽¹⁾. ومادامت مدة ملكية الأسرة قائمة فالقاعدة أنه لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة.

467- طلب الشريك إخراج نصيبه من ملكية الأسرة:

أجازت الفقرة الأولى من المادة لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل الأجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوى لذلك. فقد يجد أحد الشركاء نفسه، قبل انقضاء المدة المحددة، فى حاجة ملحة للمال الذى وضعه فى ملكية الأسرة، أو يكون قد انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يصبح مستطيعا أن يتابع سير العمل والإدارة فى هذه الملكية، أو تكون العلاقة بينه وبين أعضاء الأسرة الآخرين قد ساءت إلى حد لا يرجى معه العودة إلى التفاهم⁽²⁾. وقد يكون ذلك لسداد ديونه أو لاستثمار نصيبه فى فرصة نادرة تحقق له أو لأنجاله فائدة كبيرة⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فى إخراج 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 فى تسويته⁽⁴⁾.

وتقدير جدية المبرر أو عدم جديته أمر موضوعى، يستقل بتقديره قاضى الموضوع، وليس لمحكمة النقض رقابة عليه بشرط أن يبنى قضاءه على أسباب

(1) السنهاورى ص 1390 - اسماعيل غانم ص 273.

(2) السنهاورى ص 1390 - عبد المنعم البدرأوى ص 205 - محمود جمال الدين زكى ص 247.

(3) نعمان جمعة ص 227.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 153.

تكفى لحمله، فإن هو قضى بإخراج نصيب الشريك الراغب فى ذلك دون أن يبين فى حكمه الأسباب التى دعتة إلى قبول هذا الطلب، أمكن الطعن فى حكمه بالنقض لقصور أسبابه⁽¹⁾.

468- حالة عدم تحديد مدة ملكية الأسرة:

إذا لم يتفق على مدة ملكية الأسرة، فإنه يجوز لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد انقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الشركاء برغبته فى ذلك. ولم يتطلب المشرع فى هذا الإعلان شكلا خاصا، فلا يشترط أن يكون بإنذار رسمى بل يصح حصوله بخطاب موصى عليه أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة، ويقع على هذا الشريك عبء إثباته.

ويبدأ سريان المدة المذكورة من تاريخ وصول الخطاب إلى المرسل إليه لا من تاريخ تصديره.

ولا يلزم الشريك بتبرير سبب رغبته فى إخراج نصيبه، ولكن عليه ألا يتعسف فى استعمال حقه فى إنهاء الاتفاق على ملكية الأسرة، وذلك وفقا للقواعد العامة⁽²⁾.

على أن مدة ستة الأشهر المنصوص عليها فى القانون لإخراج نصيب الشريك من ملكية الأسرة، يجوز امتدادها إذا قضى العرف بذلك، كما هو الحال فى الملكية الزراعية، فلا يجوز للشريك أن يخرج نصيبه منها إلا بعد جنى المحصول القائم فى الأرض، ولو انقضت مدة تزيد على ستة أشهر بين يوم الإعلان وجنى المحصول، لأن السماح بإخراج نصيب الشريك قبل ذلك يضر بمصالح الشركاء الآخرين، كما يخل بالغرض المقصود من إنشاء ملكية الأسرة

(1) محمد على عرفه ص 468 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 381.

ابتداء⁽¹⁾ وقد كانت المادة 921 من مشروع القانون الذى أقره مجلس النواب تقضى بتحكيم العرف فى هذه الحالة، فأشارت لجنة العدل بمجلس الشيوخ بحذف هذه العبارة لأن العرف الذى يشير إليه هذا النص لم ينشأ بعد، ولكنها أضافت أنه إن نشأ فى المستقبل لن يكون هناك ما يحول دون تطبيقه⁽²⁾. والواقع أن العرف فى شأن الأراضى الزراعية يقضى دائماً بانتظار جنى المحصول لإنهاء جميع الاتفاقات المتعلقة بها، فيجب تحكيم هذا العرف فى خصوص ملكية الأسرة. وإذا أخرج أحد الشركاء نصيبه، بعد انقضاء ستة أشهر من الإعلان، فإن هذا لا يعتبر قسمة للمال الشائع بين الشركاء، فيصح أن يكون إعطاء الشريك نصيبه عن طريق التجنيب، بل يصح إعطاؤه مقابل نصيبه نقداً إذا تعذر التجنيب⁽³⁾.



(1) محمد على عرفه ص 468 - السنهورى ص 1390 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 146.

(3) السنهورى ص 1390 وما بعدها هامش (5).

مادة (853)

- 1- ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا.
- 2- وإذا تملك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء.

الشرح

469- عدم جواز طلب القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة :

يبقى نصيب الشريك شائعا فى ملكية الأسرة طالما أن ملكية الأسرة قائمة. ومن ثم لا يجوز له طلب القسمة. فإذا كانت مدة الشيوخ خمس عشرة سنة ظل الشريك مجبرا على البقاء فى الشيوخ طوال هذه المدة. وفى هذه تختلف ملكية الأسرة عن الشيوخ العادى حيث لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوخ أكثر من خمس سنوات.

470- عدم جواز تصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى إلا بموافقة

الشركاء جميعا :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه لا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا. والحكمة من تقرير هذا الحكم - كما تقول المذكرة الإيضاحية - "أن تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الإمكان"⁽¹⁾. ذلك أن نظام ملكية الأسرة يقوم - كما ذكرنا سلفا - على أساس ما يوجد بين أعضاء الأسرة الواحدة من رابطة، وقد يتضررون من وجود أجنبى بينهم، ولهذا فليس هناك ما يمنع الشريك

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 153.

من التصرف فى نصيبه إلى شريك آخر دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء لانتفاء مظنة الضرر⁽¹⁾.

وبذلك تبدو سلطة الشريك فى التصرف أضيق نطاقا من حق الشريك فى الشيوخ العادى.

ويذهب الرأى الغالب إلى أن التصرف المحظور يشمل التصرف الناقل للملكية، معاوضة أو على سبيل التبرع، كما يشمل الرهن⁽²⁾.

471- تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه إذا تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء.

فبعد أن حظرت الفقرة الأولى من المادة على أى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا.

عرضت الفقرة الثانية للفرض الذى يملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد

(1) منصور مصطفى منصور ص 329.

(2) السنهورى ص 1395 هامش (1) - محمود جمال الدين زكى ص 198 - عبد المنعم البدرأوى ص 205 هامش (1) - اسماعيل غانم ص 275 - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص 239 ويذهب إلى أن: "ونرى قصر عدم جواز التصرف على التصرفات التى يترتب عليها حق للمتصرف إليه يسمح له بالتدخل فى استغلال المال، وبالتالي لايسرى المنع على الرهن الرسمى لأن كل ما يهدد الشركاء فى حالة الرهن الرسمى هو أن ينفذ الدائن المرتهن على الحصة المرهونة فتباع جبرا، وواضح من الفقرة الثانية من النص، حيث يسلم المشرع بإمكان تملك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء جبرا عليه، أن المنع من التصرف المنصوص عليه فى الفقرة الأولى لا يحول دون دائنى الشريك والتنفيذ على حصته".

الشركاء برضاء هذا الشريك بغير التقيد بحكم الفقرة الأولى ومقتضى حكم هذه الفقرة أنه إذا وافق باقى الشركاء على تصرف أحدهم فى نصيبه لأجنبى، فإن هذا التصرف يؤدى إلى أن يصبح الأجنبى مالكا لهذا النصيب، وبالتالي يكون له أن يطلب إخراجه من ملكية الأسرة، ولكن لا يصبح هذا الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة لمجرد رضاء باقى الشركاء، بل لابد من رضائه هو بالدخول فى ملكية الأسرة، فإذا لم يرض التزم الشركاء بتجنيب نصيبه الذى اشتراه، أى بإخراجه من ملكية الأسرة.

ومفاد ما تقدم أنه لابد من صدور موافقة باقى الشركاء مرتين، مرة عند تصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى، ومرة أخرى عند استبقاء هذا النصيب فى ملكية الأسرة. وبهذا تنتفى شبهة التعارض ما بين فقرتى المادة، إذ عند مناقشات لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ لاحظ أحد الأعضاء أن حكم الفقرة الثانية مناقض للحكم الوارد فى الفقرة الأولى التى تحرم على أحد الشركاء التصرف فى نصيبه لأجنبى إلا بموافقة الشركاء، بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز التصرف لأجنبى. فقرر معالى السنهاورى باشا بأن حكم الفقرة الثانية هو حكم خاص بالشريك الذى يتصرف فى نصيبه بغير التقيد بحكم الفقرة الأولى. وقد رأت اللجنة تعديل الفقرة الثانية باستبدال عبارة "فلا يكون الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة"، بعبارة "فلا يشترك الأجنبى فى ملكية الأسرة" وذلك حتى يتبين بوضوح أن الأجنبى يخرج بنصيبه ولا يشترك فى باقى ملكية الأسرة⁽¹⁾.

ويسرى حكم الفقرة الثانية على حالة تملك أجنبى حصة أحد الشركاء جبرا عنه، كما لو حجز على هذه الحصة وبيعت بالمزاد العلنى ورسا المزاد على أجنبى ففى هذه الحالة لا يصبح هذا الأجنبى شريكا، ولابد أيضا موافقة تصدر من الشركاء على قبوله شريكا بملكية الأسرة.

472- جواز الحجز على ملكية الأسرة:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 148 وما بعدها.

لئن كانت القاعدة أن المنع من التصرف يستتبع حتماً عدم جواز الحجز، فكان الأصل أنه لا يجوز الحجز على نصيب الشريك في ملكية الأسرة لأنه لا يجوز له التصرف فيه بدون موافقة سائر الشركاء. ولكن الظاهر أن المشرع أجاز الحجز على نصيب الشريك في ملكية الأسرة حين أشارت الفقرة الثانية من المادة 853 إلى أنه يجوز أن يمتلك الأجنبي حصة الشريك جبراً عنه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "كما يجوز لدائن أحد الشركاء أن ينفذ على نصيب مدينه وأن يبيعه جبراً لأجنبي"⁽¹⁾.

ويرى البعض أن هذا الحكم ثغرة فتحتها المشرع في نطاق ملكية الأسرة، إذ يجوز لأحد الشركاء أن يستدين وينفذ الدائن على نصيبه فيصبح شرط عدم التصرف في الحصة بدون رضا الشركاء جميعاً معدوم القيمة عملاً، وأنه كان الأولى بالمشرع أن يحيط هذا النظام الذي استحدثه بضمانات جدية كفيلة بتحقيق الغايات التي حدثت بالمشرع إلى استحدثاته⁽²⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 153.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 207 وما بعدها - محمد على عرفه ص 470.

مادة (854)

- 1- للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.
- 2- ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل.

الشرح

إدارة ملكية الأسرة:

473- من له حق الإدارة؟

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة تنص على أن: "لشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر" - فمن يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص، أى أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة.

ويشترط أن يكون المدير أو المديرين من بين الشركاء أنفسهم، فلا يصح أن يكون المدير أجنبيا على عكس المدير فى الشيوخ العادى.

وإذا كانت الأغلبية فى تعيينها للمدير تنقيد بأن يكون هذا المدير من الشركاء، فمن الواضح أنه يمكن تعيين مدير أجنبى ولكن بشرط إجماع جميع الشركاء عليه⁽¹⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 383.

474- سلطة المدير :

سلطة المدير فى ملكية الأسرة أوسع بكثير من سلطة المدير فى الشيوخ العادى فالمدير فى ملكية الأسرة لا تقتصر سلطته على أعمال الإدارة المعتادة. بل إن من سلطته أيضا القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة. وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة بقولها: "وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك".

وفى هذا تختلف سلطة المدير فى ملكية الأسرة عن المدير فى المال الشائع. فقد سبق أن رأينا أن التغيير فى الغرض الذى أعد له المال الشائع لا يمكن أن يتم إلا بموافقة الشركاء المالكين على الأقل لثلاثة أرباع المال الشائع، وأن للأقلية الاعتراض على هذا القرار أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلان القرار للأغلبية المعترضة. أما فى ملكية الأسرة فإن الأغلبية العادية هى التى تختار المدير، ولهذا المدير مباشرة الأعمال الخارجة عن حدود الغرض الذى أعد له المال، دون أن يكون للأقلية أن تتظلم من أى عمل من هذه الأعمال، بل إن الأقلية نفسها لا يجوز لها أن تعترض على أعمال المدير هذه إذا لم تكن قد سلبته هذه السلطة الواسعة باتفاق خاص.

وكل ما للأقلية من حق أن تطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... ولهذا المدير سلطة أوسع من سلطة المدير فى المال الشائع التى سبق تحديدها. فهو يقوم بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة، فله أن يدخل على الملكية من التغييرات ومن التعديل فى الغرض الذى أعدت له ملكية الأسرة ما يحسن به

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 208.

طرق الانتفاع، إلا إذا سلب المدير هذه السلطة الواسعة باتفاق خاص. وليس للأقلية أن تنتظم من عمل معين من أعمال الإدارة، ولكن لكل شريك أن يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يببر ذلك الخ⁽¹⁾.

ويجوز من باب أولى، للأغلبية العادية بدلا من أن تعين مديرا يتولى القيام بالإدارة أن تقرر مباشرة ما تراه من أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة، دون أن يكون للأقلية حق الاعتراض أمام القضاء.

غير أنه ترد على سلطة المدير قيودان:

القيد الأول: أنه لا يملك إدخال تعديلات في ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالا أخرى ببعض أموالها، وكل ما يملكه هو التعديل في الغرض الذي أعد له المال لا التعديل في المال ذاته.

وكان مشروع المادة كما ورد بالمشروع التمهيدى ينص على أن: "وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال" - إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت الاقتصار بالنسبة لسلطة المدير على التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك دون التعديل. ولذلك استبدلت عبارة "وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير" بعبارة "للمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل"⁽²⁾.

القيد الثانى: أنه يجوز للشركاء بالأغلبية العادية التى أشرنا إليها، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه، فيقصرونها مثلا على الإدارة العادية، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الإدارة غير العادية⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 153 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 150 وما بعدها.

(3) السنهاورى ص 1397 وما بعدها - المستشار أنور العروسى ص 476.

ويعتبر المدير المعين من قبل الأغلبية نائبا عن سائر الشركاء، فتسرى في مواجهتهم سائر الأعمال القانونية التي يباشرها في حدود سلطته. وطبيعى ألا تكون له سلطة النيابة عنهم في أعمال التصرف، لأن التصرف يقتضى إجماع الشركاء، فليس للمدير أن يتصرف فى المال المشترك كله أو بعضه بالبيع أو الرهن أو نحو ذلك، فإن فعل كان تصرفه باطلا. ولمن تعامل مع المدير فى حدود سلطته أن يرجع على سائر الشركاء بالتضامن لأنه يعتبر وكىلا عن متعددين⁽¹⁾.

475- عزل المدير:

تملك الأغلبية التي عينت المدير حق عزله بنفس الطريقة التي عين بها. ولا يجوز الاتفاق على اعتبار المدير غير قابل للعزل ولو لمدة محددة. ولولا وجود نص على ذلك بالمادة 854 مدنى لما أمكن عزل الوكيل بإرادة الشركاء، إذ من المقرر أن تعلق مصلحة الوكيل نفسه بالوكالة يحول دون استبداد الموكل بعزله. وظاهر أن للمدير هنا، وهو أحد الشركاء، مصلحة فى قيام الوكالة. ويجوز أيضا لأى شريك أن يطلب إلى المحكمة المختصة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل، كما إذا ثبتت خيانتة أو إهماله الجسيم. وهذا هو السلاح الوحيد الذى يمكن للشركاء الذين لم يشتركوا فى تعيين المدير من مراقبته⁽²⁾.



(1) محمد على عرفه ص 471.

(2) محمد على عرفه ص 472.

مادة (855)

فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة.

الشرح

476- انطباق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة :

فيما عدا الأحكام السابقة الخاصة بالتصرف وبالإدارة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة.

فإذا لم تعين الأغلبية مديرا من بينها على النحو المتقدم، تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يستقر رأى الأغلبية العادية على أمر معين من أعمال الإدارة المعتادة، أو يقرر الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة (م 827 - 829). ويتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته، سائر التكاليف الناتجة عن الشروع أو المقررة على المال (م 831).

وفي حالة تعيين مدير لملكية الأسرة تسرى قواعد الوكالة المقررة بالمواد 703 وما بعدها، سواء من حيث التزامات المدير وحقوقه باعتباره وكيلا عن الشركاء، أم من حيث علاقة الشركاء بالغير باعتبارهم موكلين ومن أهم هذه القواعد أن المدير إن كان مأجورا وجب عليه أن يبذل في إدارة ملكية الأسرة عناية الرجل المعتاد دائما (م 2/704)، وعليه أن يقدم حسابا عن إدارته (م 705).

وأن له أن ينيب عنه غيره، وتحدد مسئوليته ومسئولية نائبه وفقا للقواعد المقررة بالمادة (708) الخ.

ويلاحظ أن ملكية الأسرة لا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية أعضائها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وفى غير هاتين الخاصيتين من ناحية التصرف ومن ناحية الإدارة، تخضع ملكية الأسرة لقواعد الملكية الشائعة، ولقواعد الوكالة فيما يتعلق بأعمال المدير والتزاماته" (1).

477- إنشاء حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالقرار بقانون رقم 67 لسنة 1962 وقرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962 :

أنشأ القرار بقانون رقم 67 لسنة 1962 فى شأن نزع ملكية الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى وقرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962 الصادر تنفيذا له، حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة.

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض فى حكمين صادرين لها، إذ قضت بأن :

1- (أ) - "النص فى المادة الرابعة من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962 الصادر نفاذا للقانون 67 لسنة 1962 - على أن تملك كل أسرة تعمل بالزراعة فى النوبة ولا تملك أرضا زراعية بها مساحة من الأرض الزراعية بالمواطن الجديد تقدر بالنسبة لعدد أفراد الأسرة ومساحة الأراضى التى ستوزع عليهم وبعدها أدنى فدان وفى المادة 12 منه على أنه يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الإخوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد يدل على أنه بالنسبة لأسر مهجرى النوبة الذين كانوا يعملون بالزراعة فيها ولا يملكون شيئا من أراضيها، رأى المشرع فى سبيل رعاية هذه الأسر فى المجتمع الذى نقلهم إليه وحتى لا يكون هذا النقل سببا فى تشتت

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 154.

هذه الأسر، أن يمنح كل أسرة منها ملكية زراعية يراعى في تحديد مقدار مساحتها أفراد هذه الأسرة الذين شملهم الحصر وقتئذ، بما مفاده أنه أنشأ بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدني وهي ملكية شائعة يستحق كل من أفرادها نصيبه في ريعها بما لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية".

(ب) - "إذ كان مفاد نص المادة الرابعة من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962 سالفة البيان أن مناط تملك أفراد أسر مهجرى النوبة للأرض الزراعية التي توزع عليهم بالمواطن الجديد هو توافر الشروط المشار إليها بهذه المادة فيهم عند تنفيذ هذا القرار ولو زالت عنهم بعد ذلك، وكان الثابت أن المطعون ضدها الأولى كانت ضمن أفراد الأسرة وقتذاك، فإن إنقاصها عن الأسرة بعد ذلك بطلاقها من الطاعن لا يحول دون أحقيتها لنصيبها في الأرض التي خصصت للأسرة التي كانت فردا فيها".

(طعن رقم 1199 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/10)

2- (أ) - "مفاد نصوص المواد الأولى والثانية والرابعة من القانون رقم 67 لسنة 1962 بشأن نزع ملكية الأراضي التي تغمرها مياه السد العالي، أن المشرع اعتبر من أعمال المنفعة العامة مشروع الأراضي التي تغمرها مياه السد العالي المحصورة بين السد المذكور وحدود جمهورية مصر العربية وجمهورية السودان وذلك وفقا للخرائط التي تقرها مصلحة المساحة، وتنزع على الوجه المبين في هذا القانون ملكية الأراضي المشار إليها في المادة الأولى بما عليها من منشآت وكذلك المباني والمنشآت والأشجار والنخيل التي أقامها الأهالي على أراضي الحكومة واستثناء من أحكام القانون رقم 577 لسنة 54 والقانون رقم 252 لسنة 60 يعوض أصحاب الحقوق في العقارات المشار إليها بالمادتين الأولى والثانية بأداء تعويض لهم عن الأراضي والمباني والنخيل والأشجار والسواقي والآبار وغيرها من المنشآت القائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون، على أنه استثناء من حكم الفقرة الخامسة

من المادة الثالثة يجوز أن يكون التعويض كله أو بعضه أراضى أو مبانى تعدها الحكومة لهذا الغرض، ويصدر وزير الشؤون الاجتماعية قرارا بالقواعد التى تنظم ذلك وقد صدر قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962 ببيان قواعد تعويض وتمليك وإسكان أهالى النوبة، ونص فى المادة الأولى منه على أن لصاحب التعويض الذى يقرر بالتطبيق لأحكام القانون رقم 67 لسنة 1962 أن يختار بين الحصول على التعويض المستحق له نقدا أو عينا، ويكون التعويض العينى وفق القواعد الواردة بهذا القرار، كما نص فى المادة الثانية على أن يملك صاحب المنزل الراغب فى التعويض العينى مسكنا واحدا بالموطن الجديد يتفق حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الاجتماعية مهما تعددت المساكن التى يملكها بالنوبة كما نصت المادة الخامسة من ذات القرار - على أن تملك كل أسرة مقيمة لا وتملك مسكنا بالنوبة مسكنا بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها، وتعد بتوزيع المساكن كشوف تعتمد من وكيل وزارة الشؤون الاجتماعية المختص والنص فى المادة 12 من ذات القرار على أن يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الأخوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد، وكان مفاد نص المادتين الثانية والخامسة من قرار وزير الشؤون الاجتماعية سالف البيان أنه نظم حالتين لملكية المبانى الجديدة الأولى لمن نزع ملكية منزله بالنوبة القديمة واختار التعويض العينى فإنه يملك مسكنا واحدا جديدا عوضا عن منزله يتفق فى حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الاجتماعية فتتقل ملكية المنزل الجديد له وحده دون أفراد أسرته والثانية إذا كانت الأسرة تقيم بالنوبة ولا تملك منزلا بها تملك مسكنا بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها أى أن الأسرة كلها تملك المسكن الجديد وهى الحالة التى أنشأ المشرع بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدنى".

(ب) - "لما كان البين من تقرير الخبير أن المسكن الجديد مسلم للمرحومة والددة الطاعن تعويضاً لها عن منزل نزعت ملكيته لحصره ضمن مشروع الأراضي التي تغمرها مياه السد العالي وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها في الانتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها باعتبارها من أفراد الأسرة ولم يفتن إلى أن المسكن الجديد تم تملكه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة حسبما جاء بتقرير الخبير - هذا إلى أن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد أسرتها عملاً بنص المادة 12 من قرار وزير الشؤون الاجتماعية سالف البيان ولا يغير من ذلك إدراجها في كشف الحصر بأنها زوجة للطاعن ومن أسرته إذ أن المنزل الجديد أعطى لوالدة الطاعن عوضاً عن منزلها المملوك بالنوبة القديمة وذلك عملاً بأحكام المادة الثانية من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962 المنفذ لأحكام القانون رقم 67 لسنة 1962 بشأن نزع ملكية الأراضي والعقارات التي تغمرها مياه السد العالي بالنوبة القديمة على ما سلف بيانه مما يعيب الحكم المطعون فيه".

(طعن رقم 4897 لسنة 63 ق جلسة 1994/6/30)



ملكية الطبقات:

مادة (856)

- 1- إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض و ملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، 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 فى سندات الملك ما يخالفه.
- 2- وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه.
- 3- والحوافز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.

الشرح

478- المقصود بملكية الطبقات والشقق:

يقصد بملكية الطبقات تقسيم الدور بين ملاك متعددين يملك كل منهم طابقاً أو أكثر ملكية خالصة.

ويقصد بملكية الشقق تقسيم الدور بين ملاك متعددين على هيئة شقق، بحيث يملك كل منهم شقة أو أكثر ملكية خالصة.

وتنشأ هذه الصورة من صور الملكية بأسباب متعددة. فقد يوصى الأب أو يهب مثلاً لكل من أولاده طبقة من طبقات بنائه أو شقة أو أكثر فى بنائه، وقد

يبيع مالك البناء بعض طبقاته أو شققه للغير، فتوزع ملكية الطبقات بين ملاك متعددين. وهذا السبب الأخير هو الأكثر انتشارا وذلك لأن الشركات وجمعيات الإسكان والأفراد كثيرا ما يلجأون فى المدن إلى بناء أبنية متعددة الطبقات والشقق، بقصد بيعها طبقة طبقة أو شقة شقة.

وقد أورد القانون المدنى الملغى أحكاما منظمة لملكية الطبقات فى المادة 55/34 ومابعدھا. كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا هذه الملكية ونظموها.

أما التقنين المدنى الجديد فقد زاد هذه المسألة تفصيلا. وهو قد استقى أحكامه من نصوص التقنين المدنى الملغى ومن الشريعة الإسلامية ومن أحكام القضاء المصرى ومن القانون الفرنسى الصادر فى 28 يونيو سنة 1938.

ويلاحظ أن الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق لا تعتبر مملوكة على الشيوع، ولكن لكل مالك فيها ملكية خالصة وكاملة للطبقة أو الشقة التى يملكها، وهو يستطيع أن يباشر عليها جميع حقوق المالك، مع مراعاة بعض القيود التى تنشأ من رابطة الجوار الخاصة التى تربطه بسائر الملاك.

ولكن توجد فى نفس الوقت أجزاء من البناء فى حالة شيوع إجبارى.

فملكية الطبقات تتضمن ملكيات متعددة مستقلة، وملكية شائعة شيوعا إجباريا.

وعلى ذلك يشترط لإعمال الأحكام الخاصة بملكية الطبقات والشقق ما يأتى:

1- أن تكون ملكية المبنى مجزأة بين عدة ملاك، فلا مجال لأحكام تملك الشقق والطبقات فى المبنى المملوك لشخص واحد، حتى ولو جاوره مبنى آخر، وكان لأحد المالكين حق المرور فى عقار الآخر ليصل إلى مبناه.

2- أن تكون كل طبقة أو كل شقة ملكا خاصا مفرزا لملكها أو لملكها وأن تكون الأجزاء الأخرى فى المبنى كالمدخل والسلالم مما يمكن أن يستعمله سائر ملاك الطبقات أو الشقق وتسمى هذه الأجزاء بالأجزاء المشتركة.

479- الأجزاء الشائعة شيوعاً إجبارياً (الأجزاء المشتركة) :

أوضحت الفقرة الأولى من المادة أنه إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض، وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص: الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة.

والبيان الوارد في هذه المادة لم يرد على سبيل الحصر، وإنما ورد على سبيل المثال، ولذلك أردفت الفقرة الأولى من المادة قولها: "كل هذا ما لم يوجد في سندات التملك ما يخالفه".

فالمرجع في تحديد الأجزاء المشتركة هو سند الملك، فإذا حددت فيه هذه الأجزاء وجب العمل به، أما إذا لم تحدد وجب اعتبار الأرض المقام عليها البناء وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع مملوكة لجميع أصحاب الطبقات والشقق ملكية شائعة.

ويعتبر من قبيل الأجزاء المشتركة ما يأتي :

1- الأرض المقام عليها البناء باعتبار أن البناء يقوم على الأرض. ولكن لا يوجد ما يحول دون الاتفاق على أن تظل ملكية الأرض لشخص أجنبي عن ملاك الطبقات حيث يخولهم حق البناء وتملك البناء مع احتفاظه بملكية الأرض. ويكون لملاك الطبقات مصلحة في ذلك من حيث أنه يوفر عليهم ثمن الأرض، ويكون لمالك الأرض كذلك مصلحة في الاحتفاظ بملكية الأرض تتمثل في أنه عند إزالة البناء لأي سبب تكون الأرض ملكاً له وحده وليس لملاك الطبقات أي نصيب فيها.

ويقابل الأرض الأسطح باعتبار أنها الفراغ أو الحجم الذي يعلو البناء والذي يقبل التعليق فبالسطح يعتبر من الأجزاء المشتركة المملوكة ملكية شائعة للملاك.

فالسطح لا يعتبر مجرد سقف لمالك الدور الأخير إلا من حيث داخله كغطاء أو سقف لأرضية وحوائط شقته وإنما من حيث كونه سطحاً فوق الشقة فإنه من الأجزاء المشتركة، فلا يجوز لأحد الملاك أن ينفرد بالبناء على السطح، وإنما يكون استخدامه من حق جميع الملاك.

ويلاحظ بالنسبة لأرضية الطبقات والشقق أن سطحها المصنوع من الخشب أو البلاط هو المملوك لصاحب الطبقة أو الشقة، أما قواعد الأرضية نفسها فإن المشرع لم يعتبرها مملوكة ملكية مشتركة لمالكى الطبقتين التى هى تحتها وفوقها ولكنه اعتبرها من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك، لأن طريق العمارة الحديثة يجعل قواعد الأرضيات جزءاً لا يتجزأ من جسم البناء.

ويعتبر من الأرض ليس فقط المساحة المقام عليها البناء وإنما كذلك الحدائق ومواقف السيارات والممرات الخارجية والأفنية فلا يجوز البناء فى هذه الأماكن إلا بموافقة الملاك لأنها من الأجزاء المشتركة.

ويكون العمق كذلك من الأجزاء المشتركة للبناء وذلك طبقاً للقواعد العامة التى تحدد ملكية الأرض بالحجم وليس بالسطح فقط.

2- أساسات البناء والحوائط الحاملة للبناء والأعمدة المعدة لحمله والجدران الرئيسية وهى ما تسمى بهيكل البناء.

3- المداخل والممرات الداخلية والسلالم والمصاعد والدهاليز والأفنية الداخلية، وهى أجزاء البناء غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك.

4- الأماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين فى خدمة البناء كالבواب أو حارس الأمن وهى بطبيعة الحال غير مخصصة لاستعمال أحد الملاك.

5- الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة مثل الأماكن المخصصة لوضع الأجهزة العامة للتكييف المركزى، أو معدات الكهرباء وحجرات غسل الملابس المشتركة وغير ذلك.

6- كل أنواع الأنابيب والتوصيلات إلا ما كان فيها داخل الأجزاء المفترزة وتقتصر نفقتها على ملاك هذه الأجزاء، كأنابيب المياه الرئيسية وتوصيلات الصرف الصحي، وأنابيب المياه التي تغذى المبنى حتى لو مرت داخل إحدى الشقق.

وإذا كنا بصدد جزء لم ينص فى سند الملك أو فى القانون على أنه من الأجزاء المشتركة فإن تحديد صفته كجزء مشترك من البناء يكون بالبحث عن الغرض الذى خصص له هذا الجزء من البناء أو الأرض، فيكون الجزء مشتركا إذا كان مخصصا لانتفاع واستعمال كافة الملاك.

فالإيرال المركزى للتليفزيون، وطبق استقبال الإرسال التليفزيونى بالقمر الصناعى الذى يخصص لخدمة كل الملاك يعتبر من الأجزاء المشتركة. ومما يؤخذ فى الاعتبار لاعتبار الجزء مشتركا ألا يكون من الممكن صيانتة بواسطة أحد الملاك، أو أن يكون من المستحسن أن تتولى إدارته جماعة الملاك أى الاتحاد، أو أن يمس الجزء المصلحة المشتركة لمجموع الملاك وللبناء سواء من الناحية الإنشائية أو الجمالية، ولهذا تعتبر الواجهات الخارجية للبناء وتناسقها الجمالى من الأجزاء المشتركة، فهى لا تؤثر فقط فى جمال البناء بل قد تؤثر على قيمته.

فلا يكفى أن ينظر للواجهات على أنها من الجدران الرئيسية وإنما يجب أن ينظر إليها أيضا من حيث شكلها أو مظهرها الخارجى والجمالى. فلا يجوز لأصحاب الشقة طلاء الحوائط من الخارج أو طلاء النوافذ بألوان تتنافر مع المظهر الخارجى للبناء وتشوه مظهره⁽¹⁾.

والعبرة بالإعداد للاستعمال لا بالاستعمال الفعلى، فالسطح والسلم والمصعد

(1) حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية ص 61 وما بعدها.

من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك، ولو كان البعض منهم لا يستعمله فعلا إذ الأصل فيه أنه معد لاستعمالهم⁽¹⁾.

وتحديد ما يعتبر من أجزاء الدار معدا للاستعمال المشترك بين الجميع مسألة موضوعية، يختلف تقديرها باختلاف ظروف كل حالة وملابساتها، غير أن هذا المعيار يثير أحيانا صعوبات عملية، ومن ذلك أن السلم يعتبر في الأصل من الأجزاء المشتركة ولو لم يرد ذكره بين الأجزاء المشتركة التي عدتها المادة كما ذكرنا سلفا. ولكن ذلك لا يحول دون تصور حالة يكون فيها السلم غير مشترك في جزئه الأعلى، كما لو كان هذا الجزء موصلا للسطح، وكان استعمال السطح مقصورا على مالك الطبقة العليا. ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر الجزء الأعلى من السلم مشتركا، بل مملوكا ملكية خاصة لمالك هذه الطبقة كما مثل المشرع للأجزاء المشتركة بالأنابيب، ولكنه قصر هذا الحكم على ما يكون منها خارج نطاق الطبقة أو الشقة، مع أنه كثيرا ما يستدعي إصلاح الأجزاء الخارجية أن يمتد العمل إلى الأجزاء الداخلية، ولكن هذا الاعتبار لا يكفي وحده لاعتبار هذه الأجزاء مشتركة أيضا. ولذلك كثيرا ما يكون من المفيد توضيح أمثال هذه المسائل الغامضة بنصوص صريحة في سند الاتفاق الذي يعتبر - كما قدمنا - المرجع الأساسي لتحديد حقوق الشركاء على مختلف أجزاء البناء⁽²⁾.

وبخصوص الحواجز الفاصلة بين شقتين فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة صراحة على أن ملكيتها تكون مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.

(1) اسماعيل غانم ص 294.

(2) محمد على عرفه ص 475.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ملكية الطبقات تشتمل على ملكية مفرزة هي الطبقات والشقق المختلفة التى يحتوئها المنزل والتى يملكها مفرزة ملاك متعددون، وعلى ملكية شائعة شيوعا إجباريا هي أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع. وقد مثلت المادة 1227 من المشروع لهذه الأجزاء الشائعة بالأساسات، والجدران الرئيسة (وذلك فى غير الجدران الخاصة بكل طبقة. وغير الحواجز الفاصلة بين شقتين فهذه تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين وغيرها) والمداخل والأفنية، والأسطح، والسلم، والمصاعد، والممرات، والدهاليز، وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب المياه والغاز والنور الخ) إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، هذا عدا الأرض التى أقيم 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 فيها بنسبة قيمة الجزء المفرز له فى الدار، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه مستقلا عن الجزء المفرز الذى يملكه لما بين الشئئين من علاقة التبعية⁽¹⁾.

480- عدم قابلية الأجزاء المشتركة من الدار للقسمة :

الأجزاء المشتركة من الدار التى أوضحناها فيما سلف، يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له من الدار، وتعتبر مملوكة لجميع الملاك على وجه الاشتراك. ومادامت هذه الأجزاء قد أعدت للاستعمال المشترك فإنه يجب بالضرورة أن تبقى على حال الشيوع الجبرى. ولذلك لا تقبل القسمة أبدا.

ولا يقتصر هذا الحكم على الشريك الأصلى فحسب، بل يكون طلب القسمة غير جائز القبول من خلفه الخاص، ومن دائنيه أيضا. وهذا حكم بديهى لأن الأجزاء المشتركة إنما وجدت بسبب تقسيم البناء إلى طبقات أو شقق، فيجب أن

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 156 وما بعدها.

تبقى على حالها ما بقيت علة تخصيصها للاستعمال المشترك⁽¹⁾.

481 - تحديد نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة؛

نصت الفقرة الثانية من المادة على أن: "يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار".

فمن حيث المبدأ يكون نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه مفزرا.

ويجب الرجوع فى تحديد هذا النصيب أولا إلى سندات الملك، فهى التى تحدد هذا النصيب ولا يوجد ما يمنع الملاك من أن يتفقوا على أن يخرجوا بعض الأجزاء من الملكية الشائعة، كأن يبيعوا الأرض لأحدهم لتصبح بذلك ملكا خالصا له⁽²⁾.

أما إذا لم تتعرض هذه السندات لذلك فإن نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة يكون بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى الدار أو بنسبة قيمة طبقته أو شقته (م 2/856).

وفى هذا يختلف الأمر عن الشيوع العادى. إذ تنص المادة 825 مدنى على احتساب الحصص متساوية ما لم يقر الدليل على غير ذلك.

وتبدو أهمية هذا التحديد فى حالة ما إذا استحق مقابل نقدى عن أحد الأجزاء المشتركة فيتعين توزيعه بين الملاك. مثل ذلك أن يتفق الملاك على بيع أحد هذه الأجزاء - كالمصعد مثلا - فيلتزم المشتري بالثمن، أو يتسبب أحد الملاك أو شخص من الغير فى إتلافه فيلزم بالتعويض، أو تنزع الإدارة ملكية جزء من الأرض المشتركة المحيطة بالدار والتى كانت مخصصة للحديقة مثلا فيستحق تعويض عن نزع الملكية.

فى مثل هذه الحالات يكون نصيب كل من الملاك فى المقابل النقدى

(1) محمد على عرفه ص 476.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 212.

المستحق بنسبة قيمة طبقته أو شقته⁽¹⁾.

كما أنه على أساس نصيب المالك فى الأجزاء المشتركة يتحدد مدى نفوذه فيما يتخذه اتحاد الملاك من قرارات فى إدارة هذه الأجزاء، إذ تؤخذ قرارات الاتحاد بالأغلبية على أساس قيمة الأنصبة لا على أساس عدد الملاك (م 864) فيحدد عدد الأصوات المخولة لكل مالك بحسب قيمة الجزء الخاص به.

والعبرة فى تقدير قيمة الجزء المفرز الذى يملكه المالك، بوقت إنشاء المبنى. وتذكر هذه القيمة عادة فى سند التملك، ومن ثم لا تتغير القيمة بما يمضى من الزمن وقت إنشاء الدار، وما يستتبع ذلك من استهلاك البناء، ولا تتغير بالتغييرات الخارجية كإنشاء شارع أمام جانب من جوانب المبنى أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر، أو بالتغييرات الداخلية كتحسين المالك لشقته أو لطبقة من الداخل، بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت إنشاء الدار⁽²⁾ وذلك أن عبارة "قيمة الجزء الذى له فى الدار" التى وردت فى المادة 2/856، والمادة 1/858 - كما سنرى - تحتل أحد معنيين: إما القيمة وقت إنشاء البناء وإما القيمة وقت توزيع ما يستحق عن أحد الأجزاء المشتركة من مقابل أو ما يقتضيه من تكاليف.

فيتعين أن يفسر النص على الوجه الذى يجعل تطبيقه العملى ميسوراً، فتكون العبرة بالقيمة وقت إنشاء البناء. أما الاعتداد بكافة التغييرات التى تطرأ على قيمة الأجزاء الخاصة أو الاعتداد ببعض هذه التغييرات دون بعض، فإن من شأنه أن يثير المنازعات بين الملاك كلما دعت الحاجة إلى تحديد نصيب كل منهم فى

(1) اسماعيل غانم ص 297.

(2) السنهورى ص 1351 - اسماعيل غانم ص 302 - محمد لبيب شنب ص 272 - السيد على المغازى ملكية طبقات المنازل طبعة 1949 ص 34، 64 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أحكام حق الملكية ص 64 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 479 فىرى الاعتداد بالقيمة وقت النزاع ولو أدى ذلك إلى تغير نسبة الشريك فى هذا الوقت عنها وقت إنشاء الملكية.

الأجزاء أو التكاليف المشتركة⁽¹⁾.



(1) إسماعيل غانم ص 302.

مادة (857)

1- كل مالك فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم.

2- ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة، من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء، دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين.

الشرح

482- حق المالك فى استعمال الأجزاء المشتركة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "كل مالك فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم.

فلما كان حق الملاك فى الأجزاء المشتركة هو حق الشركاء فى الشيوع الإجبارى، فإنه يكون لملاك الطبقات والشقق فى تلك الأجزاء ما للشريك فى هذا النوع من الشيوع. فيكون من حق كل مالك استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها كما لو كانت ملكه الخاص. ولكن يجب أن يكون هذا الاستعمال فيما أعدت له. وعلى ذلك فللمالك استعمال السلم والمصعد للوصول إلى وحدته، وله توصيل أنابيب المياه والغاز وأسلاك الكهرباء من الوصلات الرئيسية بالدار إلى وحدته وأن يضع فى جدران الوحدة ما شاء له من دواليب ومداخن وأنابيب ومواسير، وأن يضع فى سطح الدار أية تجهيزات خاصة باستقبال الأقمار الصناعية بشرط عدم الإضرار بالمبنى أو يحول النافذة إلى شرفه أو يقوم بإغلاق الشرفة وتحويلها إلى

غرفة. كل ذلك مشروط بعدم الإخلال بمتانة البناء ولا بالمظهر الخارجى له. كما لا يجوز لمالك الطبقة الأعلى الاستئثار بالسطح أو البناء فيه. كما يتقيد استعمال المالك للأجزاء المشتركة بأن يكون هذا الاستعمال فيما أعدت له تلك الأجزاء فلا يجوز له عرض منتجاته أو بضائعه فى مدخل الدار ولو كان الجزء الخاص به متجرا، أو يستعمل أحد جدران الدار لى يسند عليه بناء فى أرض ملاصقة مملوكة له⁽¹⁾ كما أنه ليس له أن يستعمل الممر المشترك لإيواء سيارته⁽²⁾.

كما ينقيد هذا الاستعمال بعدم الحيلولة دون استعمال باقى الشركاء لتلك الأجزاء، فإذا كان من بين الأجزاء المشتركة ما يقتضى استعماله تناوب الملاك كحجرة غسيل.

فيجب استفادة كافة الملاك منها بالتناوب.

483- حظر إحداث تعديل فى الأجزاء المشتركة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة، من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء، دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين".

وبناء على هذا النص فإنه لايجوز لأحد الملاك أن يحدث تعديلا فى هذه الأجزاء دون موافقة الجميع، إلا إذا توافرت شروط أربعة هى:

- 1- أن يكون التعديل على نفقة الشريك الذى قام بإحداث التعديل.
- 2- أن يكون من شأن التعديل تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة.

(1) رمضان أبو السعود ص 131.

(2) محمد وحيد الدين سوار ص 453.

3- ألا يغير التعديل من تخصيص الأجزاء المشتركة.

4- ألا يلحق التعديل ضررا بالملاك الآخرين⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك يجوز لمالك إحدى الطبقات أن ينشئ فى أحد الجدران الرئيسية داخل طبقته رفوفا أو تجويفا أو خزانة لحفظ الملابس أو مدفئة يفتح لها مدخنة داخل الجدار، كما يجوز له أن ينشئ شرفات فى طابقه وأن يوسع نوافذه، كل ذلك بشرط ألا يترتب على ما يحدثه المالك من تعديل ضرر بمتانة البناء أو تشويه لمظهره. وعلى العكس، ليس للمالك أن يضع على واجهة المنزل ولو فى مواجهة طبقته، إعلانات مضيئة إذا كان من شأنها تشويه مظهر البناء أو منع الملاك الآخرين من رؤية الطريق العام بسبب انعكاس الضوء. وليس لمالك الطبقة الأرضية التى يقوم باستغلال مقهى فيها أن يفتح فى الجدار بابا يؤدى إلى سلم المنزل، إذ يترتب على استعمال عملاء المقهى لهذا الباب تزايد الحركة فى فناء السلم فيضار الملاك الآخرون.

484- حقوق الملاك والتزاماتهم بالنسبة للأجزاء الخاصة :

لكل مالك على الجزء الذى يملكه وحده حق ملكية مفرزة، فيباشر عليه كافة السلطات التى يخولها هذا الحق من استعمال واستغلال وتصرف وعليه وحده ما يقتضيه هذا الجزء من نفقات.

فللمالك أن يستعمل الجزء الذى يخصه بنفسه أو يستغله بتأجيره مثلا. على أن سلطات المالك مقيدة بالقيود التى ترد على حق الملكية بوجه عام، ومن بينها واجب عدم الغلو فى استعمال الحق إلى الحد الذى يضر بالجار ضررا غير مألوف. ولهذا القيد أهمية خاصة فى نطاق ملكية الطبقات، نظرا للجوار الخاص الذى يربط الملاك بعضهم ببعض، فالطبقة أو الشقة الخاصة بكل منهم ليست إلا جزءا من بناء واحد. وعلى ذلك فلا يجوز لأى منهم أن يقوم بأى عمل فى طبقته أو شقته يكون

(1) مذكرة المشروع التمهيدى ج6 ص 159 وما بعدها.

من شأنه الإضعاف من متانة البناء أو تشويه مظهره العام.

وللمالك أيضا أن يتصرف فى الجزء الذى يملكه وحده، فله أن يبيعه أو يهبه أو يوصى به أو يرهنه. وكما يجوز للمالك أن يتصرف فى طبقته أو شقته كلها تصرفا واحدا، له أن يقسمها ويتصرف فى كل جزء منها على استقلال إلى أشخاص متعددين. ولايجوز لباقي الملاك أن يعترضوا على ذلك بحجة أن التجزئة من شأنها أن تزيد فى عدد الملاك وتحويل المبنى من مستوى معين إلى مستوى أقل منه.

غير أنه يجوز الاتفاق على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف فى طابقه أو شقته إلى شخص أجنبى إلا بموافقتهم، ومثل هذا الشرط تكون المصلحة فيه خشية الملاك من أن يدخل بينهم شخص لا يعرفونه وقد يتضررون من وجوده وهى مصلحة مشروعة ويخضع هذا الشرط لأحكام شرط المنع من التصرف وفقا للمادتين 823، 824 مدنى.

كما يجوز الاتفاق بين الملاك على منع التجزئة بألا يقسم أى منهم طابقه أو شقته إلى أجزاء يتصرف فى كل جزء منها لشخص، ويكون هذا ارتقاقا مقررًا على كل طبقة أو شقة لفائدة الطبقات أو الشقق الأخرى منعا لانخفاض قيمتها، فيصبح إنشاءه بغير تحديد لمدة.

ويجوز التخلص من هذا الارتفاق طبقا للمادة 1029 إذا فقد فائدته أو لم تبق له غير فائدة محدودة، كما لو كان البناء عند إنشائه فى حى من الأحياء الغنية ثم تحول الحى بمرور الزمن إلى حى شعبي، بحيث أصبح لا يؤثر فى قيمة البناء أن تقسم شققه إلى مساكن صغيرة⁽¹⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 296 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 254 وما بعدها -

نبيل سعد ص 211 وما بعدها.

مادة (858)

- 1- على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.
- 2- ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر.

الشرح

485 - تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها :

يبين من الفقرة الأولى من المادة أن تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك، إذ هى معدة لانتفاعهم جميعا، ويدخل فى ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت إلى ترميم، وإصلاح المصعد، ومصروفات الصيانة العادية من كنس ورش، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدار أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك. وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء، ومصروفات صيانة المصعد والسلّم، وأجور الأشخاص الموكلين بتعهد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب، والضرائب المفروضة، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة⁽¹⁾.

ويتحدد نصيب كل من الملاك فى هذه التكاليف وفقا لاتفاق الملاك إن وجد. فقد يتفق على أن مالك الطابق الأرضى لا يشترك فى نفقات السلم والمصعد. فإن لم يوجد اتفاق على كيفية توزيع هذه التكاليف تحملها كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار. ذلك أن نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة يكون بنسبة

(1) السنهورى ص 1356 وما بعدها.

قيمة الجزء الذى يملكه فى الدار .

والمساهمة فى تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها وإدارتها مفروض على جميع الملاك على الوجه المتقدم، وذلك بصرف النظر عن نسبة انتفاع كل منهم. وتطبيقا لذلك تكون تكاليف صيانة السلم فى جميع أجزائه على جميع الملاك. ويجب أن يشترك فيها حتى أصحاب الطبقات السفلى. وكذلك الحال أيضا بالنسبة لقواعد الأرضيات، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

ولا يستطيع أحد الملاك أن يتخلص من المساهمة فى تكاليف هذه الأجزاء بدعى أنه لا يستفيد منها أو لا ينتفع بها، فنص المادة 1/858 صريح فى هذا المعنى، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"خالف المشروع (م 1229) التقنين الحالى (م 57/36) فيمن يتحمل تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها. ففي التقنين الحالى يلزم مالك الطبقة السفلى بإجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له إذ أنها تعتبر ملكا له. وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته بلاط وألواح، وعليه أيضا 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 ما لم تنص سندات الملك على شىء غير ذلك.... الخ"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 215 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 455 وما بعدها -

محمود جمال الدين زكى ص 227.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 162.

1- "مفاد النص فى المادتين 1/856، 2، 1/858 من القانون المدنى أن ملكية الأجزاء المشتركة فى العقار هى ملكية شائعة شيوعا إجباريا لعدم قابليتها للقسمة بين ملاك وحداته ومن ثم يتحمل كل منهم تكاليف حفظ تلك الأجزاء وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء".

(طعن رقم 8071 لسنة 74 ق جلسة 2006/3/13)

2- "قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعنين بتكاليف الأجزاء المشتركة فى العقار على قالة إن الفندق المملوك لهم بعقار التداعى يستخدم كامل الأجزاء المشتركة رغم ثبوت استقلاله بمرفقه عن تلك المخصصة لباقي وحدات العقار ودون مراعاة الأجزاء الخاصة التى يستقل بها الفندق. خطأ وقصور".

(طعن رقم 8071 لسنة 74 ق جلسة 2006/3/13)

3- "إن مناط الاشتراك فى الملكية الشائعة للأجزاء المشتركة فى العقار وتحمل نفقات حفظها أن تكون تلك الأجزاء معدة للاستعمال المشترك لجميع ملاك طبقات البناء - أو وحداته - على سواء، وعلى ذلك فكل الأجزاء المشتركة مثل الأساسات والأعمدة والجدران الرئيسية اللازمة للبناء كلها تكون ملكيتها وحفظها مشتركا، بينما قد توجد أجزاء تدخل فى ملكية بعض الطبقات دون غيرها وتخصص لخدمة طبقة أو شقة بعينها كمدخل خاص لها أو أن تختص بعض الطبقات بمدخلها وسلالمها ومصاعدها لا يشاركها فيها غيرها فى حين تستقل مجموعة أخرى من الطبقات بمرفاق مغايرة فيتحمل كل فريق بنفقات الأجزاء المعدة لاستعماله دون الأجزاء المعدة لاستعمال الآخرين مع بقائهم جميعا ملزمين بنفقات الأجزاء المعدة لاستعمالهم المشترك كأساسات المبنى وأفنيته وأنايبب الصرف الصحى والاتصال بالمرفاق العامة، وكل ذلك مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك".

(طعن رقم 8071 لسنة 74 ق جلسة 2006/3/13)

486- حرمان الشركاء من حق التخلّى :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "لا يحق لمالك أن يتخلّى عن نصيبه

في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر". وقد نقل المشرع هذا الحكم عن الفقرة الثالثة من المادة 342 من المشروع الإيطالي. ويلاحظ أن هذا الحكم مخالف للقاعدة العامة التي تقضى بجواز التخلص من التزام انبنى على حق عيني بتخلي صاحبه عنه. وقد صرح المشرع بوجوب تطبيق هذه القاعدة العامة بصدد الالتزامات المترتبة على حقوق الارتفاق (م 2/1022) وبصدد الرهن الرسمي (م 1060). كما سبق القول بوجوب تطبيقها في شأن الالتزامات الناشئة عن الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل، والالتزامات الناشئة عن الشيوع الإجباري بصفة عامة.

والعلة في هذا الحكم أن تخلى الشريك عن نصيبه في تلك الأجزاء مع احتفاظه بملكية طبقته أو شقته، لن يؤدي غالبا إلى توقف انتفاعه بالأجزاء المشتركة، لأن من شأن ذلك تعطيل الانتفاع بالطبقة أو الشقة ذاتها التي يملكها ملكية مفرزة⁽¹⁾. ومن العسير فرض رقابة كافية لمنع المالك المتخلى من الاستعمال، ومن شأن هذه الرقابة على أى الأحوال أن تثير منازعات مستمرة⁽²⁾.

ولما كان حرمان الشريك في ملكية الطبقات والشقق من حق التخلي حكما استثنائيا، وجب تفسيره تفسيراً ضيقاً. وينبنى على ذلك أن التخلي لا يمتنع على المالك إلا إذا كان واقعا على نصيبه في الأجزاء المشتركة فقط، وبقصد التخلص من الاشتراك في تكاليف حفظها وصيانتها وإدارتها وتجديدها، أما فيما عدا ذلك فلا يسرى الحظر الوارد بالنص.

وتطبيقاً لذلك يصح أن يتخلى المالك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع في الأجزاء المشتركة معا. سواء أكان هذا التخلي بقصد التخلص من التزام الاشتراك

(1) محمد لبيب شنب ص 333- نبيل سعد ص 214.

(2) إسماعيل غانم ص 300 وما بعدها.

فى تكاليف الأجزاء المشتركة، أم بقصد التخلص من التزاماته الأخرى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ونصيب كل شريك فى التكاليف التزام فى ذمته لا يستطيع التخلص منه، حتى بالتخلص عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة، خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بجواز التخلص من الالتزام إذا انبنى على حق عينى يتخلى صاحبه عنه. ولكن التخلص من الالتزام يتم إذا تخلى الشريك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع معا"⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 858 من القانون المدنى يدل على أن تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع المالك. لأنهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة أو هى فى القليل معدة لانتفاعهم بها. ومساهمة كل مالك فى هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته كما هى مقدرة وقت إنشاء الدار، وهذا الالتزام التزام عينى لا يستطيع المالك التخلص منه عن طريق التخلّى عن ملكية حصته فى الأجزاء الشائعة".

(طعن رقم 7100 لسنة 65 قى جلسة 2007/4/17)

(1) محمد على عرفه ص 480 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 456 - نبيل سعد ص 214.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 162.

مادة (859)

1- على صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

2- فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفلى. ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.

الشرح

487- السفلى والعلو:

كان التقنين المدنى السابق يعرف ملكية الطبقات فى صورة السفلى والعلو، وهى الصورة التى نقلها عن الفقه الإسلامى، وتتلخص فى أن يكون كل من صاحب السفلى وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة، تشمل الحوائط والأرضية والسقف والنوافذ والأبواب. ويملك صاحب السفلى الأرض التى يقام عليها البناء كله. أما صاحب العلو فله حق القرار على السفلى وتبعا لهذا التصوير كانت المادة 57/36 من التقنين المدنى السابق تنص على أن: "على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له، إذ أنها تعتبر ملكا له، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح، وعليه أيضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى".

وقد استبقى التقنين المدنى الجديد ملكية السفلى والعلو كما كانت فى التقنين المدنى السابق. ونقل من هذا التقنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع، وكما نقل عن القضاء المصرى ما أقره من المبادئ فى هذا الشأن.

وبذلك ظل هذا التنظيم قائما بجانب التنظيم الآخر الذى نقله المشرع عن

القانون الفرنسى الصادر فى 28 يونيه سنة 1938، والذى يقوم على أن تكون العمارة من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها، ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا، وهو التنظيم الذى عرضنا له فيما تقدم⁽¹⁾.

488- التزامات متبادلة بين صاحب السفلى وصاحب العلو:

رتب الشارع التزامات متبادلة بين ملاك الطبقات المختلفة، وهذه الالتزامات مستمدة من طبيعة الأشياء، إذ أن هذا النوع الخاص من الملكية يقتضى تساند الأجزاء المختلفة وارتكاز بعضها على البعض الآخر. وهذا الضرب من التساند والارتكاز يجعل كل جزء مفرز من هذه الملكية محملا بحقوق ارتفاق لمصلحة الجزء المستند إليه أو المرتكز عليه. وإذ كانت هذه التكاليف المتبادلة بين الأجزاء المملوكة ملكية مفرزة من قبيل الارتفاق، وجب أن تسرى عليها الأحكام المقررة بالنسبة إلى حقوق الارتفاق.

ولعل أثقل التكاليف هى ما يتحمل به صاحب السفلى، فهو ملزم بحكم موقع طبقته بأن يتحمل ثقل العلو، وبالتالي أن يجرى فى طبقته سائر الأعمال التى تكفل أداء هذه الخدمة المفروضة عليه.

وصاحب السفلى ليس ملزما فقط بأن يقف من التكليف المقرر على ملكه موقفا سلبيا، كما هو الشأن بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به وفقا للقواعد العامة (م 1021)، بل إن المشرع يلزمه بأن يتخذ الأعمال الإيجابية اللازمة لمواجهة هذا التكليف⁽²⁾.

ومن هذا ما سنعرض له فى البند التالى.

489- التزام صاحب السفلى بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة

لمنع سقوط العلو:

(1) السنهورى ص 1334 وما بعدها.

(1) محمد على عرفه ص 481.

يلتزم صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، كأن يصلح جدارا داخل شقته يركز عليه العلو أو يرمم السقف الذي تستند إليه أرضية العلو.

غير أن صاحب السفل يستطيع طبقا للقواعد العامة أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن ملكية السفل.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"2- أما صاحب السفل فعليه أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. وهذا التزام إيجابي يستطيع التخلص منه بالتخلي عن ملكية السفل كما هي القاعدة. إذا امتنع عن القيام بالأعمال اللازمة ولم يتخل عن ملكية السفل ألخ⁽¹⁾.

490- جزاء إخلال صاحب السفل بالتزامه :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "إذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل. ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة".

فإذا امتنع صاحب السفل عن القيام بالأعمال والترميمات اللازمة، جاز لصاحب العلو أن يطلب من القاضي أن يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه فيمتنع بذلك سقوط العلو.

وأمر القاضي ببيع السفل جاء على خلاف القواعد العامة. ومن ثم فإن هذه السلطة التي أعطيت للقاضي هي سلطة جوازية⁽²⁾.

غير أن هذا لا يمنع من أن يطلب صاحب العلو الإذن له بالقيام بترميم السفل على نفقة صاحب السفل بدلا من بيعه طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 167 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 218 - توفيق فرج ص 306.

بالمادة 209 مدنى التى تقضى بأنه فى الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا⁽¹⁾.

والقاضى يوازن بين ذلك وبين الأمر ببيع السفلى على ضوء الاعتبارات المختلفة التى تحيط بالموقف، سواء من حيث قدرة صاحب السفلى المالية أو مقدار النفقات اللازمة للترميم أو قيمة السفلى. فإذا بان للقاضى أن النفقات اللازمة للترميم تحمل صاحب السفلى عبئا فوق طاقته، أو أن هذه النفقات من الجسامة بحيث لا تتناسب مطلقا مع قيمة السفلى، جاز له أن يأمر ببيع السفلى. وإذا بان للقاضى غير ذلك جاز له أن يرخص لصاحب العلو فى أن يقوم بالترميم على نفقة صاحب السفلى⁽²⁾.

وتقضى المادة بأنه يجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة. ومن ثم فلا يحق لصاحب العلو أن يقوم بالترميمات فى حالة الاستعجال على نفقة صاحب السفلى دون ترخيص من القضاء، وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة (م 2/209 مدنى).
فقد أراد الشارع أن يجعل التقدير فى حالة الاستعجال للقضاء من أول الأمر، وذلك نظرا إلى ما يلقى على عاتق صاحب السفلى فى هذه الحالة من عبء مالى قد يكون كبيرا⁽³⁾.

مادة (860)

1- إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله. فإذا

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 218 - السنهورى ص 1338 - نبيل سعد ص 217 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 272 وما بعدها - أحمد سلامة ص 442 وهامش (3) - محمد على

عرفه ص 483 - منصور مصطفى منصور ص 442.

(3) عبد المنعم الصده ص 273.

امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه.

2- وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكناه استيفاء لحقه.

الشرح

491- التزام صاحب السفلى بتجديد البناء:

يلتزم صاحب السفلى بإعادة بناء طبقتة من جديد إذا انهارت الدار لأي سبب كان، أي سواء كان انهيارها لقدمها أم لاحتراقها أو لنسفها بغارة جوية أم بغير ذلك.

وواضح أن هذا الالتزام مخالف للقواعد العامة في الملكية، فالأصل أن المالك حر في أن يبني في ملكه أو يمتنع عن البناء فيه، وهو غير مقيد أيضاً بالبناء في وقت معين. ولكن هذه القواعد العامة لا يمكن أن تتسق مع نظام ملكية الطبقات الذي يربط فيه مصير كل طبقة بمصير الطبقات الأخرى، وهو ما يستدعي تقييد ملكية جميع ملاك الطبقات بالقيود اللازمة لتمكين الآخرين من الانتفاع بملكهم.

وبما أن هذا القيد استثنائي، فيجب عدم التوسع في تفسيره. وبناء على ذلك لا تكون الدعوى بإعادة بناء السفلى مقبولة إلا بعد انهدام البناء فعلاً، فلا يجوز للقاضي أن يأمر بهدم بناء آيل إلى السقوط وإعادة بنائه من جديد، بل يجب على صاحب العلو في مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى السلطة الإدارية المختصة لتأمر بهدم البناء أولاً، ثم يلجأ إلى القضاء عند عدم تنفيذ الأمر الصادر بالهدم. فإن هو لجأ إلى القضاء مباشرة ليطالب بالهدم والتجديد معاً، كانت دعواه سابقة لأوانها

متعينا الحكم بعدم قبولها⁽¹⁾.

ويشترط بداهة ألا يكون انهدام البناء راجعا إلى خطأ صاحب العلو، كأن يكون قد أقام عليه مبانى لا يتحملها، فإن صاحب السفل لا يلتزم بإعادة بناء سفله فى هذه الحالة. بل إنه يستطيع أن يرجع على صاحب العلو بتعويضه عن الضرر الذى أصابه نتيجة لتهدم سفله، ويظل رغم ذلك غير ملتزم بإعادة بنائه. ولكن إذا أعاد صاحب السفل من تلقاء نفسه بناء سفله، كان لصاحب العلو أن يعيد بناء علوه كذلك، لأن له حق التعلّى على ذلك السفل⁽²⁾.

492- جزاء إخلال صاحب السفل بالتزامه :

إذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بناء سفله، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. فصاحب العلو بالخيار بين أن يطلب بيع السفل أو أن يعيد بناءه على نفقة صاحبه. فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بالأمر الثانى، وإلا يكون قد قضى بما لم يطلب منه، إذ أن الدعوى تعتبر مرفوعة أصلا بطلب بيع السفل، طالما أن مالك العلو لم يبد استعداده للإنفاق على إعادة بناء السفل واستيفاء ما ينفقه فى هذا السبيل وفقا للأحكام المقررة بالفقرة الثانية من المادة 860⁽³⁾. ولا يستطيع صاحب السفل التخلّى عن التزامه بإعادة البناء إلا إذا تخلّى عن ملكيته، وهذا فرض نادر لأنه يكون من مصلحته بيع السفل⁽⁴⁾.

وإذا أذن القاضى لصاحب العلو بأن يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه. فإنه يكون لصاحب العلو حق الحبس استيفاء لما أنفق. ومن مقتضى هذا الحق أن يمنع صاحب العلو صاحب السفل من السكنى والانتفاع إلى أن يؤدي ما فى

(1) محمد على عرفه ص 484 - محمد كامل مرسى ص 209.

(2) أحمد سلامه ص 443 - محمد لبيب شنب ص 378 - نبيل سعد ص 218.

(3) أحمد سلامه ص 407 - السنهورى ص 1272 وما بعدها - الصده ص 343 وما بعدها.

(4) محمد عرفه ص 485 - عبد المنعم الصده ص 274.

ذمته. حتى ولو كان القاضى قد منح صاحب السفل أجلاً أو آجالاً للوفاء، ذلك أن الأجل القضائى لا يمنع من استعمال حق الحبس.

وزيادة على حق الحبس أعطى المشرع لصاحب العلو سلطة أخرى هى الحصول من القاضى على إذن فى تأجير السفل أو سكناه استيفاء لحقه، وحينئذ يحدد القاضى الأجرة التى يقوم صاحب العلو فى التأجير بها، أو التى يلتزم بدفعها مقابل سكنى السفل. وفى الحالتين تخصم الأجرة من المستحق فى ذمة صاحب السفل⁽¹⁾.

أما إذا قرر القاضى - بناء على طلب صاحب العلو بيع السفل فإن الثمن يكون من حق صاحب السفل، فهو مالكة، ويلتزم المشتري بإعادة بناء السفل، فهو قد اشترى على هذا الشرط. ولا شئ يمنع أن يكون المشتري هو صاحب العلو، وحينئذ ينقضى حق القرار لاتحاد المالك ويكون له أن يتصرف كيف يشاء، يبني أو ألا يبني وبالشكل الذى يفضله⁽²⁾.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... بل إن المشروع سار شوطاً أبعد من التقنين الحالى فى الأخذ بالشرعية الإسلامية فى هذه المسألة الهامة، فألزم صاحب السفل إذا انهدم سفله أن يعيد بناءه وإلا بيع السفل، ويجوز لصاحب العلو أن يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه وله أن يمنع صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه، وله أن يؤجره بإذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته"⁽³⁾.

والراجح أنه لا يجوز أن يقضى على صاحب السفل بالتعويضات عند امتناعه عن البناء.

يؤيد ذلك حرص المشرع على أن يحدد فى المادة 860 الجزاءات المختلفة

(1) أحمد سلامه ص 444.

(2) السنهورى ص 1342 - أحمد سلامه ص 444 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 168.

التي يستتبعها الامتناع عن إعادة البناء وليس من بينها جواز الحكم بتعويضات⁽¹⁾.
وبما أن هذه المادة تضمنت حكما استثنائيا ومخالفا للقواعد العامة فيجب عدم
التوسع في تفسيرها جريا وراء ما تقضى به هذه القواعد⁽²⁾.
كما أن تكليف صاحب السفل بالبناء، وإلزامه بالتعويض عند عدمه، قد يكون
فيه إلزام بأمر متعذر، وتكليف بما لا يستطيع، لجواز عدم قدرته على ذلك⁽³⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 211- محمد على عرفه ص 485.

(2) محمد على عرفه ص 485.

(3) محمد كامل مرسى ص 211.

مادة (861)

لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل.

الشرح

493- التزام صاحب العلو بالزيادة فى ارتفاع بنائه :

أوجبت المادة على صاحب العلو ألا يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل.

وهذا الحكم نص عليه فى المادة 56/35 من القانون المدنى القديم، وهو مأخوذ من الشريعة الإسلامية، فقد جاء فى المادة 68 من مرشد الحيران: لا يجوز لذوى العلو أن يبنى فى علوه بناء جديداً، ولا أن يزيد فى ارتفاعه بغير إذن صاحب السفلى، إلا إذا علم أنه لا يضر بالسفل، فله ذلك بغير إذن صاحب السفلى.

فلا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع طابقه إذا كان هذا يضر بالسفل، أما إذا كان ذلك لا يضر فلا يكون محظوراً.

وكذلك يجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقاً فوق علوه طالما كان ذلك غير ضار بصاحب السفلى لأنه يملك العلو ملكية مفرزة، ويدخل فيه الحيطان الرئيسية والسقف والسطح، وطالما كان ذلك لا يخالف تشريعات البناء⁽¹⁾. ولا يوجد شرط فى سند الملكية يمنعه من ذلك.

(1) السنهورى ص 1244 - محمد لبيب شنب ص 379 - نبيل سعد ص 219 - وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص 275، إسماعيل غانم ص 298 هامش (1) وما بعدها - فيريان أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يضيف طبقات جديدة، ولو كان هذا لا يضر بالسفل، إلا بموافقة الملاك الآخرين، لأن التعلية تمس حقوق الملاك جميعاً الأرض والأجزاء المشتركة الأخرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- أما صاحب العلو فلا يجوز له أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل، ولا أن يأتى أى عمل من شأنه أن يزيد فى عبء السفلى (م 1230 من المشروع وتوافق م 56/35 من التقنين الحالى و م68 من مرشد الحيران ⁽¹⁾).

وبالإضافة إلى هذا الالتزام السلبى الذى تتحدد به حدود صاحب العلو، فإن عليه التزاما إيجابيا بصيانة سطح أرضية طبقته حتى لا تتكشف فيترتب على ذلك الإضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفلى.

وكانت المادة 57/36 من التقنين المدنى القديم تنص على ذلك بقولها: "على مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح".

وواضح من ذلك أن التزام صاحب العلو يقتصر على صيانة سطح الأرضية، أما قاعدتها فهي ملك لصاحب السفلى باعتبارها العنصر الأساس فى سقف طبقته، ولذلك نصت المادة ذاتها على أن "على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة لها ⁽²⁾).

ويلتزم صاحب العلو أيضا بعدم تحميل السقف فوق طاقته. كأن يضع صاحب العلو بضائع أو أشياء ثقيلة لا تحملها أخشاب السقف. ذلك أن استعمال المالك لطابقه أو شقته يجب ألا يترتب عليه الإضرار بحقوق الآخرين ⁽³⁾.

ويجوز لصاحب العلو لاسترداد ما أنفقه من مصروفات قياسا على ما سيجئ فى المادة 2/860 مدنى أن يحبس السفلى فى يده إذا كان قد تسلمه لترميمه، وأن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته. ويجوز

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 168.

(2) إسماعيل غانم ص 320 وهامش (2) - وعكس ذلك عبد المنعم البدروى ص 220 فبرى أن صيانة قواعد الأرضيات يتحملها جميع الملاك لكونها من الأجزاء المشتركة.

(3) عبد المنعم الصده ص 275 - نبيل سعد ص 219.

لصاحب العلو أيضا أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكناه، استيفاء لحقه، وهذا كله تطبيق للقواعد العامة⁽¹⁾.



(1) السنهوري ص 1338 - عبد المنعم البدرأوى ص 218- أحمد سلامة ص 442.

اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد :

مادة (862)

- 1- حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق حاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم.
- 2- ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها.

الشرح

494- حكمة تكوين اتحاد ملاك طبقات وشقق البناء الواحد :

رأينا سلفا أن ملكية الطبقات أو الشقق تؤدي إلى اختصاص كل مالك بملكية طبقة أو شقة ملكية مفردة، بالإضافة إلى مشاركته سائر الملاك في ملكية الأجزاء المشتركة، وتشكل هذه الملكية الأخيرة نوعا من الشيوع الإجباري، وكانت تنطبق على إدارتها أحكام الشيوع عامة (مادة 825 مدني وما بعدها) ونظرا لأن الشيوع هنا شيوع دائم إجباري، ولا يجوز فيه طلب القسمة، في حين أن الشيوع العادي شيوع مؤقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حدا لمتاعب الإدارة المشتركة، فقد رأى المشرع أن أحكام الشيوع قد لا تحقق المصلحة في إدارة الأجزاء المشتركة للبناء المملك طبقات أو شققا، فكفل لملاك الطبقات والشقق أن يكونوا اتحادا منهم لإدارتها، وجعله اختياريا لهم. فمن حقهم إذا شاءوا تكوينه وإلا استبقوا أحكام الشيوع المشار إليها.

495- تكوين الاتحاد اختياري طبقا للتقنين المدني :

تكوين الاتحاد اختياري طبقا للتقنين المدني، فلا يجبر الملاك على الدخول فيه، إلا أنه يلزم لتكوينه إجماع ملاك الطبقات والشقق، فهو لا يقوم إلا بإجماع

الملاك⁽¹⁾.

496- الغرض من تكوين الاتحاد:

الغرض من تكوين الاتحاد هو إدارة الأجزاء المشتركة من العقار على خير وجه - كما سنرى - إلا أنه ليس من الضروري أن يتكون هذا الاتحاد بعد إنشاء البناء بل يجوز أن يكون الغرض من تكوينه هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات أو الشقق بينيه الاتحاد أو يشتريه ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء. والغرض الأخير هو ما أصبح شائعاً الآن بعد انتشار ظاهرة تملك الشقق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المادة 1/948 من القانون المدني قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع وعلى ذلك فإن 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 لنصيبه فيها وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تملك الطوابق أو الشقق".

(طعن رقم 531 لسنة 46 ق جلسة 1978/6/7)

497- اتحاد الشاغلين طبقاً للقانون رقم 119 لسنة 2008 بإصدار

قانون البناء:

صدر القانون رقم 119 لسنة 2008 بإصدار قانون البناء بتاريخ 2008/5/11، ونشر بالجريدة الرسمية في ذات التاريخ (العدد 19 مكرراً). وعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره (م6 من قانون الإصدار). وقد ألغى هذا القانون الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون رقم 49 لسنة

(1) كان نص المادة 862 في مشروع التقنين المدني يسمى الاتحاد "نقابة" إلا أن لجنة المراجعة بمجلس النواب عدلت هذه التسمية واستبدلت كلمة "الاتحاد" بكلمة "النقابة" - مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 169 وما بعدها.

1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م3 من قانون الإصدار) وهذا الفصل هو الذى كان يتضمن تنظيم اتحاد ملاك العقارات المقسم إلى طبقات أو شقق فى المواد (73 - 75).
وقد نظم القانون رقم 119 لسنة 2008 اتحاد الشاغلين (فى الباب الرابع - الفصل الأول) منه.

وقد نص فى المادة (1/72) منه على أن "تتشأ اتحادات لشاغلى العقارات المبنية والتى لا يقل عدد وحداتها عن خمس وحدات، أو المجمعات السكنية سواء كانت كلها أو بعضها سكنية أو غير سكنية، مملوكة أو بحق انتفاع أو مؤجرة لأشخاص طبيعية أو اعتبارية وذلك أيا كان تاريخ إنشائها أو شغلها، كما يجوز إنشاء اتحاد يضم أكثر من عقار، ويجوز تكوين اتحاد يضم مجموعة عقارات متجاورة، وفى حالة التجمعات السكنية المتكاملة من مجموعة أو أكثر يلتزم الشاغلون وملاك هذا التجمع بإنشاء شركة أو أكثر للإدارة والصيانة، لها الاختصاصات المقررة لاتحاد الشاغلين، وذلك كله طبقا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون من إجراءات فى هذا الشأن".

وقد نصت المادة (69) من القانون على أن: "تسرى أحكام هذا الفصل على المباني والمنشآت فى وحدات الإدارة المحلية والمجتمعات العمرانية الجديدة والمباني التى يصدر بتحديددها قرار من الوزير المختص، ولا تسرى أحكام هذا الفصل على المباني التالية:

- المباني المستغلة إداريا بالكامل لجهات حكومية.
- المنشآت الخاضعة لأحكام القانون رقم (1) لسنة 1973 فى شأن المنشآت الفندقية والسياحية.
- المساكن المملوكة لشخص اعتبارى والمخصصة بأكملها لسكنى العاملين بها.
- المساكن التى تشغل بتصاريح إشغال مؤقتة لمواجهة حالات الطوارئ والضرورة.

- العقارات الخاضعة بكامل وحداتها للقانون رقم (4) لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها".
- تكوين اتحاد الشاغلين - عند توافر شروطه - إجبارى وقد صدرت اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر بقرار وزير الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية رقم 144 لسنة 2006 بتاريخ 2009/4/6 ونشرت بالوقائع المصرية بتاريخ 2009/4/8 - العدد 82 تابع (أ)، وعمل بها اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشرها (م4 من مواد الإصدار)، وقد خصصت اللائحة (المواد 155 - 174) منها لتنظيم اتحاد الشاغلين.
- كما صدر النظام النموذجى لاتحاد الشاغلين بالقرار الوزارى رقم 200 لسنة 2009 بتاريخ 2009/5/21 ونشر بالوقائع المصرية بتاريخ 2009/6/3 (العدد 188).
- وقد أصدرنا مؤلفا خاصا بهذا الموضوع (اتحاد الشاغلين وفقا لقانون البناء رقم 119 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية والنظام النموذجى لاتحاد الشاغلين) فنحيل إليه فى تفصيلات هذا الموضوع وسنتكفى فى الموسوعة بدراسة أحكام القانون المدنى، وهى تسرى على المباني التى لا تخضع لنظام اتحاد الشاغلين سالف الذكر.



مادة (863)

للاتحاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته.

الشرح

498- وضع نظام لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته :

الاتحاد يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته.

فإذا اتفق جميع الأعضاء على نظام معين أى على لائحة لتنظيم الانتفاع بالعقار وإدارته، فتكون هذه اللائحة هى المرجع الأول فى كل ما يعرض له من مسائل.

والملاحظ أن المشرع يشترط الإجماع لوضع اللائحة، وذلك على خلاف القاعدة المقررة فى الشيوخ العادى حيث تكفى أغلبية الشركاء لوضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م2/828).

وإذا كانت المادة 863 لم تنص على سريان اللائحة أى نظام الإدارة على الخلف فإنه يجب تطبيق حكم المادة 2/828 التى تنص على سريان النظام "على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا "بل إن تطبيق هذا الحكم على اللائحة التى يضعها الاتحاد أولى منه فى حالة الشيوخ العادى إذ أنها توضع بموافقة جميع الشركاء وليس الأغلبية فقط.

أما إذا لم يتفق الشركاء على وضع نظام، أو خلا النظام الذى وضعوه من حكم لبعض المسائل، فتطبق النصوص التى وضعها المشرع لإدارة الأجزاء المشتركة، وتجديد البناء عند هلاكه⁽¹⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 259 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 307 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والغرض من النقابة هو إدارة الأجزاء المشتركة على خير وجه وتسرى على خلفائهم من بعدهم بما فى ذلك الخلف الخاص بشرط التسجيل (م 1232)، وإما ألا يضعوا لائحة ما فتكون الإدارة من حق النقابة وتتخذ القرارات بالأغلبية (على أساس قيمة الأنصبة) بعد دعوة الأعضاء إلى الاجتماع دعوة صحيحة، والأمر كذلك فيما لم تنص عليه اللائحة (م 1233).

499- الشخصية الاعتبارية لاتحاد الملاك :

اتحاد الملاك هو مجموعة من الأشخاص، ومن المعروف أن الشخصية الاعتبارية تثبت لمثل هذه المجموعة بنص المشرع على ذلك (أى بالاعتراف الخاص) أو بانطباق الشروط العامة لأى شخص اعتبارى عليها (أى بالاعتراف العام)⁽¹⁾.

ولم يرد فى التقنين المدنى اعتراف صريح بالشخصية الاعتبارية للاتحاد، ولا يمكن اعتبار الاتحاد شركة لأن الشركة تهدف إلى تحقيق الربح وليس هدف الاتحاد تحقيق كسب مادى يوزع على الأعضاء ويضاف إلى ثرواتهم، كما أنه لا يعتبر مؤسسة خاصة لأن المؤسسة مجموعة من الأموال ترصد لغرض معين، والاتحاد مجموعة من الأشخاص.

وانما يقترب الاتحاد من حيث طبيعة نشاطه مع الجمعية التعاونية ولكنه يختلف عنها فى بعض الأحكام، فلا يشترط لقيامه نظام مكتوب ولا تكوين مجلس إدارة كما هو الحال فى الجمعية وتصدر قراراته بأغلبية الملاك بينما تصدر بأغلبية الحاضرين فى الجمعية، ولا تملك الجهة الإدارية وقف قراراته ولا

(1) مصطفى الجارحى ص 107 وما بعدها - العطار ص 96 - الدكتور نعمان جمعة

دروس فى المدخل للعلوم القانونية 1977 ص 520 وما بعدها.

يحل بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية وإذا انحل لا تؤول أمواله إلى الجمعيات الأخرى كما هو الحال في الجمعيات التعاونية. ولكننا نجد من ناحية أخرى، أن المشرع قد اعترف ضمناً بالشخصية الاعتبارية للاتحاد⁽¹⁾.

إذ جعل له ذمة مالية مستقلة يدخل فيها اشتراكات الأعضاء والقروض التي يحصل عليها وجعل له الأهلية في أن يقرض الملاك، وقرر له حق امتياز على ما يملكه العضو ضماناً للقرض الذي قدمه (م 869 مدني) وجعل له حق التقاضي فللاتحاد مأمور يمثله أمام القضاء (م 2/866 مدني).

ولا تثبت ذمة ولا أهلية ولا حق التقاضي أو الامتياز إلا لشخص قانوني، ولا يمثل شخص إلا شخصاً قانونياً، فتثبت للاتحاد شخصية اعتبارية بمقتضى هذه النصوص وإن لم يصرح المشرع بها⁽²⁾.

ولذلك نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه إذا كان اتحاد الملاك، يقترب من الجمعية باعتبار أنه جماعة ذات تنظيم مستمر لغرض غير الحصول على الربح ويبتعد عنها في أحكامه، فالأقرب إلى الصواب أن يقال أنه شخص اعتباري جديد أضافه المشرع إلى الأشخاص الاعتبارية المنصوص عليها في المادة 52 مدني⁽³⁾.

(1) السنهاوري ج8 ص 1307 وما بعدها- العطار ص 96- الجارحي ص 106 وما بعدها - الدكتور أحمد سلامه ص 456.

(2) العطار ص 97.

(3) العطار ص 97 ويرى أنه كان ينبغي أن ينص المشرع على نشوء الشخصية الاعتبارية للاتحاد من وقت قيده كما فعل بالنسبة للجمعية التعاونية (م 7/12 قانون 109 لسنة 1975) والخاصة (م 8، 10 قانون 32 لسنة 1964، م 2/6 من القانون رقم 84 لسنة 2002 الساري الآن). وفي هذا المعنى مصطفى الجارحي ص 110 وما بعدها.

وتنشأ الشخصية الاعتبارية للاتحاد من وقت نشوء ملكية الشقق أو الطبقات فى المبنى فى الحالات التى ينشأ فيها الاتحاد بقوة القانون، ومن وقت الاتفاق على تكوين الاتحاد فى الحالات الأخرى⁽¹⁾.

والجلى من الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2008/6/8 فى القضية رقم 98 لسنة 26 ق "دستورية" أن لاتحاد الملاك فى ظل القانون رقم 49 لسنة 1977 الشخصية الاعتبارية.

إذ قضت بأن :

"وحيث إن الوقائع - على ما يتبين من قرار الإحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى فى الدعوى الموضوعية كان قد أقام الدعوى رقم 8596 لسنة 53 قضائية أمام محكمة القضاء الإدارى بطلب الحكم أولاً: بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار رقم 473 لسنة 1999 الصادر بتاريخ 1999/5/12 باعتماد انتخاب المدعى عليه الثانى مأمورا لاتحاد ملاك برج الأطباء بدلا منه.. ثانيا: بقبول الطعن شكلا وفى الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار، وقال بيانا لدعواه أنه سبق انتخابه مأمورا لاتحاد ملاك برج الأطباء، وصدر بذلك قرار حى مصر الجديدة رقم 65 لسنة 1995، وإذ ثارت عدة منازعات بشأن منصب مأمور الاتحاد، فقد قام بدعوة الجمعية العمومية للاتحاد لانعقاد لانتخاب مأمور آخر للاتحاد خلفا له، كما وجه المدعى عليه الثانى دعوى مماثلة لانعقاد الجمعية العمومية للغرض ذاته، وفى اليوم ذاته، وبالرغم من عدم اكتمال نصاب الحضور فى كلتا الجمعيتين، وتحديد موعد آخر لانعقاد الجمعية التى دعا إليها المدعى فقد أصدر حى مصر الجديدة قرارا برقم 473 لسنة 1999 باعتماد انتخاب المدعى عليه الثانى مأمورا للاتحاد، وهو ما حدا به إلى إقامة الدعوى بطلباته السالفة استنادا إلى أن القرار المشار إليه قد بنى على إجراءات

باطلة. وإذ تراءى لمحكمة الموضوع شبهة عدم دستورية نص المادة (5) من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لمخالفته نص المادة (172) من الدستور، فقد أوقفت الدعوى وأحالت أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل فى دستورية النص المشار إليه.

وحيث إن المادة (5) من القانون رقم 49 لسنة 1977 المشار إليه تنص على أن "تختص المحاكم العادية دون غيرها بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون".

وحيث إن نطاق الدعوى الماثلة - فى ضوء الطلبات المطروحة على محكمة الموضوع - يتحدد بمجال انطباق النص المطعون عليه على المنازعة فى قرار الوحدة المحلية المختصة بشأن اختيار مأمور اتحاد ملاك عقار.

وحيث إن قرار الإحالة يعنى على النص المطعون عليه - محددا نطاقا على النحو المتقدم - أنه إذا اختص المحاكم العادية بالفصل فى المنازعة التى تثور بشأن القرار الصادر من الجهة الإدارية فى شأن تعيين مأمور اتحاد ملاك عقار، فإنه يكون قد انتزع اختصاصا أصيلا لمجلس الدولة لكون تلك المنازعة إدارية تتعلق بقرار إدارى، ومن ثم تندرج فى الاختصاصات المقررة له فى المادة 172 من الدستور.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن مجرد صدور قرار من جهة إدارية لا يخلع عليه فى كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإدارى، وإنما يتعين حتى يتحقق له هذا الوصف أن يكون كذلك بحسب موضوعه أو محتواه، فإذا ما دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص خرج من عداد القرارات الإدارية أيا كان مصدره. وكان الثابت من الأوراق أن القرار الصادر من حى مصر الجديدة باعتماد انتخاب مأمور لاتحاد ملاك العقار محل النزاع الماثل يتعرض لأوضاع وحقوق تقع جميعها فى منطقة القانون الخاص وينظمها ابتداء

وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لأطرافها، وذلك في ضوء ما ورد بأحكام المواد من 862 إلى 869 من القانون المدني، ومواد الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون رقم 49 لسنة 1977 سالف الذكر، والنظام النموذجي لاتحاد الملاك الصادر بقرار وزير الإسكان رقم 109 لسنة 1979 والتي يتبين منها أن اتحاد الملاك يعد شخصا من أشخاص القانون الخاص، وأن قرار الجمعية العمومية للاتحاد باختيار مأمور له إنما يتناول إحدى مسائل القانون الخاص، ولا يغير من طبيعتها ما أسندته المادة 75 من القانون رقم 49 لسنة 1977 والمادة الثالثة من قرار وزير الإسكان رقم 109 لسنة 1979 السالف الإشارة إلى الوحدة المحلية المختصة بشأن مراقبة قيام هذه الاتحادات والإشراف على أعمالها، وقيد الاتحاد وبيان أسماء أعضائه وممثله القانوني، إذ يقتصر دور الوحدة المحلية المختصة في هذا الشأن على تلقي الإخطار بما اتفق عليه أعضاء الجمعية، وصدر به قرارها، وإثباته في سجلاتها دون أن يكون لها أى سلطة تقديرية في هذا الخصوص، ومن ثم فإن المنازعة المطروحة تدور حول إحدى مسائل القانون الخاص التي تختص بالفصل فيها جهة القضاء العادى على نحو ما قرره النص محل الطعن المائل في مجال تطبيقه على النزاع المثار في الدعوى الموضوعية، ويخرج عن نطاق مسائل القانون الإدارى التي تختص بنظرها جهة القضاء الإدارى، الأمر الذي لا يكون معه النص المطعون عليه مخالفا لحكم المادة 172 من الدستور أو أى حكم آخر من أحكامه وما يستوجب القضاء برفض الدعوى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى.

رئيس المحكمة

أمين السر

أما القانون رقم 119 لسنة 2008 بإصدار قانون البناء، فقد اعترف صراحة بالشخصية الاعتبارية لاتحاد الشاغلين، إذ نصت الفقرة الأولى من

المادة (76) منه على أن:

"تتولى الوحدات المحلية المختصة قيد الاتحادات وتحديث البيانات الخاصة بعضويتها ومتابعة قيامها بالتزاماتها، ويكتسب الاتحاد الشخصية الاعتبارية بمجرد القيد وطبقا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".



مادة (864)

إذا لم يوجد نظام للإدارة، أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء.

الشرح

500- كيفية إدارة الأجزاء المشتركة :

إذا لم يضع الاتحاد بموافقة جميع الأعضاء نظاما لإدارة الأجزاء المشتركة. فإن إدارة الأجزاء تكون من حق الاتحاد على أساس قيمة الأنصباء أى أصحاب أغلبية قيمة الأنصباء. وقد اشترط النص لذلك دعوة جميع الأعضاء بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع الذى تعرض عليه المسألة المتعلقة بالإدارة. وتكون قرارات الاتحاد ملزمة لأصحاب الأقلية التى لم توافق على قرار الأغلبية.

وأهم ما يستدعى النظر فى هذا النص أمران: الأول هو الشروط اللازمة

لصحة قرارات الاتحاد، والثانى سلطة الاتحاد فى الإدارة.

أما الأمر الأول فهو ليس قاصرا على حالة اتخاذ قرار يتعلق بالإدارة بل إنه ينظم أمر صدور أى قرار يصدر من الاتحاد أيا ما كان الموضوع الذى يتعلق به. وهذا التنظيم التشريعى قد جاء متضمنا شروطا شكلية وأخرى موضوعية. والشروط الشكلية هى عبارة عن توجيه الدعوة إلى جميع الملاك بكتاب موصى عليه، فإن كانت لائحة الاتحاد تتضمن أمورا أخرى وجب مراعاتها، ولم يبين النص عمن تصدر الدعوة. والمفهوم أنها تصدر من مأمور الاتحاد وإن كان البطلان لا يترتب على صدورهما من أحد الأعضاء. ولم يتطلب النص ضرورة مضى فترة زمنية بين

وصول الدعوة وموعد الاجتماع، ولكن المفهوم هو ضرورة مضي فترة معقولة يترك تقديرها لقاضى الموضوع. وأخيرا لم يوجب النص أن يرفق بالدعوة جدول بالمسائل التى ستناقش، ومن ثم فلا ضرورة لهذا الجدول، وحتى إذا أرفق فليس من الضرورى التقيد به⁽¹⁾.

وأما الشروط الموضوعية فهى صدور القرار بالأغلبية العادية. والمقصود بالأغلبية هى أغلبية الملاك لا أغلبية الحاضرين. وتحسب هذه الأغلبية على أساس الأنصبة وقت إنشاء البناء.

وأما الأمر الثانى، وهو الخاص بسلطة الاتحاد فى الإدارة فهو أن قراره الذى يصدر بالأغلبية السابقة يمكن أن يتعلق بعمل من أعمال الإدارة المعتادة أو بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة بحسب المفهوم الذى حددناه فى الشيوخ العادى. وتلتزم الأقلية - فى الحالتين - بتنفيذ القرار كما يلتزم بتنفيذه الخلف عاما كان أو خاصا ولا يكون لهذه الأقلية أن تطعن فى القرار إلا لأحد أمرين: الأول، عدم توافر شرط شكلى فى الجلسة التى صدر القرار فيها، ويرتبط بذلك أن يكون القرار يخرج عن اختصاص الاتحاد بمقتضى نص فى لائحته، والثانى توافر التعسف فى استعمال الحق فى جانب الأغلبية⁽²⁾.

501- هل يجب إعلان قرارات الجمعية العمومية إلى الأعضاء؟

لم يرد فى القانون المدنى نص يوجب إعلان القرارات الصادرة من الجمعية العمومية إلى أعضاء الجمعية أو بعضهم كالغائب منهم عن الحضور مثلا. ويحسن أن ينص المشرع على إيجاب إخطار الأعضاء الذين تخلفوا عن حضور الجمعية بما تصدره الجمعية من قرارات بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول وذلك حتى لا يدعوا عدم علمهم بهذه القرارات مما يؤدى إلى عقبات فى

(1) أحمد سلامه ص 461- إسماعيل غانم ص 309 - السنهاورى ص 1368 هامش (1).

(2) أحمد سلامه ص 461.

التنفيذ.

502- حق الاتحاد فى التقاضى :

أوضحنا سلفا أن لاتحاد الملاك شخصية اعتبارية ومن ثم فإن الاتحاد يكون له كأى شخص اعتبارى حق التقاضى للدفاع عن المصالح التى يتولى إدارتها. ويثبت له هذا الحق فى الدعاوى التى يرفعها سواء على أى من أعضاء الاتحاد أو على الغير، وكذلك فى الدعاوى التى ترفع عليه من أى من الأعضاء أو الغير.

ومن أمثلة الدعاوى التى يرفعها الاتحاد على الأعضاء :

1- دعوى تحصيل الأعباء، فقد يضطر الاتحاد إزاء تخلف عضو الاتحاد عن دفع حصته فى الأعباء المشتركة إلى رفع دعوى أمام القضاء للحصول على سند تنفيذى كمقدمة للتنفيذ الجبرى على أموال العضو.

2- الدعوى التى يرفعها ضد عضو الاتحاد الذى خرج عن حدود حقه فى استعمال الأجزاء الخاصة أو المشتركة.

فللاتحاد باعتباره المهمين على الإدارة أن يرفع دعوى ضد عضو الاتحاد الذى خالف أحكام استعمال حقه سواء أكان مصدر هذه الأحكام القواعد العامة أم النظام النموذجى أم الأحكام الأخرى التى وضعتها الجمعية العمومية للاتحاد والتى لا تخالف القواعد العامة المنصوص عليها فى القانون المدنى والنظام النموذجى.

وتهدف الدعوى بحسب الأحوال إلى التنفيذ العينى أو التعويض العينى فضلا عن التعويض النقدى إن كان له محل⁽¹⁾.

3- **دعوى المسؤولية:** فللاتحاد أن يرفع دعوى المسؤولية ضد أى من الأعضاء أو الغير الذى يتسبب فى إحداث ضرر يصيب الأجزاء المشتركة أو يتسبب فى انهدام مبنى مجاور يحدث ضررا بالأجزاء المشتركة.

(1) مصطفى الجارجى ص 180.

ولكن ليس للاتحاد أن يرفع دعوى المسؤولية بسبب ضرر أصاب أحد أعضاء الاتحاد من عضو آخر أو من الغير.

ويلاحظ أن الاتحاد ليس مالكا للمبنى ولا للأجزاء المشتركة وإنما له سلطة الإدارة فقط، وعلى ذلك فالأصل أن جميع الدعاوى التى يكون أساسها حق الملكية تكون غير مقبولة من الاتحاد، كما أنها لا تكون مقبولة عليه.

كما لا يجوز للاتحاد رفع دعاوى الحيازة، ولا يجوز رفع هذه الدعاوى عليه، لأن الاتحاد ليس حائزا للعقار حيازة قانونية أو عرضية، فسيطرة الاتحاد على الأجزاء المشتركة ليست سيطرة كاملة، فالأصل مازال أن الاتحاد سلطة محدودة بغرضه وهى الإدارة⁽¹⁾.

503- امتناع الاتحاد عن أداء الالتزامات المستحقة عليه للغير:

إذا لم يقم مأمور الاتحاد بأداء الالتزامات المستحقة للغير على الاتحاد، اقتضاها هذا الغير من أموال الاتحاد عن طريق التنفيذ الجبرى طبقا للقانون. فإذا لم يكن لدى الاتحاد أموال، رجع الغير على سائر الأعضاء كل بقدر حصته فى هذه الالتزامات.



(1) مصطفى الجارحى ص 193 - ونقض فرنسى فى 27 مايو 1961 - المشار إليه بهامشه.

مادة (865)

للاتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة، أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم، وله أن يأذن فى إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك على نفقة من يطلبه من الملاك وبما يضيفه الاتحاد من شروط وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء.

الشرح

504- التأمين على المبنى :

التأمين عمل من أعمال الحفظ لأن المقصود به إعادة الحال إلى ما كان عليه وبالتالي فهو من أعمال الإدارة المعتادة. وقد أجازت المادة للاتحاد فرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم، وذلك بالأغلبية المشار إليها بالمادة 864 مدنى. وهذه الأغلبية هى أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء. ومثل ذلك أن يقرر الاتحاد التأمين على العقار ضد الحريق أو الانهدام أو من حوادث المصاعد أو من أى خطر آخر. سواء كان تأميناً من المسؤولية أو تأميناً من الأضرار. وقد لا يقتصر التأمين على الأجزاء المشتركة وحدها بل يشمل البناء برمته بما فيه الأجزاء المشتركة⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1369 - جميل الشرقاوى ص 194- منصور مصطفى منصور ص 235 - وعكس ذلك الدكتور سمير كامل النظام القانونى لملكية الشقق الطبعة الأولى سنة 1985 ص 175 إذ يرى أن التأمين لا يشمل الأجزاء الخاصة (وما يوجد بها من منقولات وأثاث) إذ يكون لكل مالك أن يقوم بإجراء التأمين عليها بمعرفته.

ويفرض فى سبيل هذا التأمين أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين، كل بنسبة قيمة ما يملك.

والاتحاد يعقد التأمين لمصلحة الأعضاء، فكل عضو يكون مستفيدا من هذا التأمين بقدر حصته، وهو الذى يستحق مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر منه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وللنقابة بهذه الأغلبية أن تقرر إلى جانب أعمال الإدارة المعتادة أعمال إدارة غير معتادة، كأن تقرض تأمينا مشتركا ضد الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء، ويكون التأمين على جميع البناء لا الأجزاء المشتركة وحدها"⁽²⁾.

505- إجراء أعمال التحسين :

يستطيع الاتحاد أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات فى البناء كله أو بعضه، فى الطبقات المفترزة أو فى الأجزاء الشائعة، مما يترتب عليه زيادة فى قيمة البناء كله أو بعضه، وهى ما يطلق عليها أعمال التحسين. ويقرر الاتحاد ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء.

ومثل ذلك إعداد مدخل خاص لمالك الدور الأرضى، أو تركيب مصعد مستقل للدور العلوى، أو توسيع مدخل الجراج أو إضافة تجهيزات مشتركة كمصعد أو تدفئة أو مياه ساخنة أو تحسين التجهيزات الموجودة أو إصلاح المحال الموجودة المعدة للاستعمال المشترك أو بناء هذه المحال، كبناء صالات للاجتماعات أو إضافة شقق تعد للاستعمال الاستثمارى وعرضها للبيع⁽³⁾.

وقد سهل المشرع الفرنسى والمصرى إدخال هذه التحسينات لأن العقار لا بد أن يدخله تحسينات وأن يلاحق التطور ويوجد فرضان فى هذه الحالة:

(1) السهورى ص 1369 - أحمد سلامه ص 462 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 183.

(3) راجع مؤلفنا المشار إليه ج3 ص 443.

الفرض الأول:

أن يطلب أحد الشركاء الإذن له بالقيام بعمل من هذه الأعمال. وحينئذ يكون للاتحاد إعطاء الإذن على أن يتحمل طالبه نفقات العمل وأن يلتزم بمراعاة الشروط التي يضعها الاتحاد في هذا الصدد، ومن بينها أن يقوم المأذون له بتعويض بقية الملاك عما عسى أن يصيبهم من ضرر نتيجة شغل أجزاء البناء أثناء القيام بالعمل المأذون به⁽¹⁾.

والفرض الثاني:

هو أن يتصدى الاتحاد للقيام بهذا العمل دون طلب والمادة 865 وإن كانت لم تتكلم صراحة عن هذا الفرض الثاني، إلا أنه مفروض من باب أولى. إذ أن للاتحاد - كما سنرى - سلطة تقرير تجديد البناء فبالأولى يكون له أن يقوم بتحسينه، لاسيما وأن هذا التحسين صورة من صور أعمال الإدارة وهو أمر خولته المادة 864 للاتحاد⁽²⁾.

ولا توجد نصوص في القانون المدني تنظم حق المالك في الاعتراض على مبدأ إجراء التحسينات أو على نفقات هذه التحسينات.



(1) السنهاورى ص 1371 - اسماعيل غانم ص 310.

(2) مؤلفنا المشار إليه ص 443 - السنهاورى ص 1370 - مصطفى الجارحي ص 156 - أحمد سلامة ص 463 - إسماعيل غانم ص 310 - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص 236 - محمود جال الدين زكى ص 236 - عبد الناصر العطار ص 109 وما بعدها - فيرون قصر سلطة الاتحاد على الإذن فقط لأحد الأعضاء في إجراء التحسينات.

مادة (866)

- 1- يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها في المادة 864، فإذا لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم. وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الالتزامات. كل هذا ما لم يوجد نص في نظام الاتحاد يخالفه.
- 2- ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر.

الشرح

مأمور الاتحاد:

506- تعيين مأمور الاتحاد:

لما كان اتحاد الملاك مكونا من ملاك متعددين، لذلك كان الاتحاد في حاجة إلى شخص واحد لتنفيذ قراراته، وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك. وهو في الغالب شخص من بين الملاك أعضاء الاتحاد ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبيا⁽¹⁾. ويعين المأمور بقرار يصدر من رئيس الاتحاد بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة، وهي الأغلبية العادية. وقد يؤدي التوسع الجارى في نظام التملك في وقت قريب، إلى تخصص

(1) السنهاورى ص 1378.

بعض الأفراد أو الشركات فى القيام بمهام مأمور الاتحاد واتخاذها حرفة لها. وليس هناك ما يحول دون إسناد مهام المأمور إلى مثل هذه الشركات المتخصصة. وإذا كان تعيين المأمور قد ورد فى نظام الإدارة الموجود عند بدء ملكية الشقق. وهو الذى فرض على الملاك من البائع، فإن ذلك لا يعنى عدم إمكان عزل المأمور ذلك أن للجمعية العمومية حق عزله إذا شاءت على نحو ما سيلي.

507- اختصاصات مأمور الاتحاد:

مأمور الاتحاد مهمته الأساسية هى تنفيذ قرارات الاتحاد التى يصدرها بالأغلبية المقررة بالقانون أو بنصوص نظام الاتحاد.

وبهذه الصفة فهو يتولى الاختصاصات الآتية:

1- تنفيذ قرارات الاتحاد، ويكون مسئولاً عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد.

2- مطالبة كل مالك بتنفيذ التزاماته، سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها القانون، أو مصدرها اللائحة التنفيذية للاتحاد، أو مصدرها قرارات فردية اتخذها الاتحاد فى جمعيته العامة. ويؤدى حساباً عن ذلك للاتحاد.

3- يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها.

والأصل أن أعمال الحفظ والصيانة والحراسة للأجزاء المشتركة للبناء، وإدارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام، هى من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها، ويقوم المأمور بتنفيذ هذه القرارات. ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلاً لا بد من القيام به فوراً، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد، ويعرض بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة. وهناك أيضاً من الأعمال ما هو محدود الأهمية لا يستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات فى شأنه، فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسئوليته، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية

العمومية للاتحاد فى أقرب جلسة يعقدها.

4- يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء، فيرفع الدعوى باسم الاتحاد، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعوى. وهو فى كل ذلك يمثل الاتحاد بحكم القانون، فهو ليس إذن فى حاجة إلى توكيل خاص، وليس ضروريا أن يذكر أسماء الملاك فى صحيفة الدعوى. ولما كان الاتحاد شخصا معنويا مستقلا عن أشخاص أعضائه، فقد يقاضى الاتحاد أحد أعضائه مطالباً إياه بتنفيذ التزاماته، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعنا فى قراراته، وفى جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد فى مقاضاته للأعضاء وفى مقاضاة الأعضاء له⁽¹⁾.

ويلاحظ أن تحديد سلطات المأمور يعتبر من الموضوعات الأساسية التى يجب أن تتضمنها لائحة الاتحاد، وبذلك يمكن توسيع سلطاته أو تضيقها بمقتضى شروط هذه اللائحة. فيصح أن ينص فى اللائحة مثلاً على منع المأمور من اتخاذ أى قرار يقتضى الإنفاق إلا بعد دعوة الجمعية العمومية للاتحاد واستصدار قرار منها فى هذا الشأن⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الغرض من تكون الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها فإن مأمور الاتحاد هو الذى يمثل الاتحاد 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 فى الاتحاد ملكية مفرزة للوحدة التى اختص بها وملكية شائعة مع باقى الشركاء فى الأجزاء الشائعة كالمناور والسلالم والمصاعد والأسطح والأفنية وتتحصر عندئذ سلطات مأمور الاتحاد فى إدارة

(1) السنهاورى ص 1379 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 491.

الأجزاء الشائعة من العقار".

(طعن رقم 3008 لسنة 62 ق جلسة 1999/1/17)

2- "النص فى المادة 862 من القانون المدنى على أن: "(1) حيثما وجدت ملكية مشتركة للعقار المقسم إلى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم. (2) ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها"، وفى المادة 864 منه على أن "إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه للاجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة"، وفى المادة 866 منه على أن "(1) يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها فى المادة 864... (2) ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر" وفى المادة 14 من قرار وزير الإسكان رقم 109 لسنة 1979 بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن "تشكيل الجمعية العمومية: تتكون الجمعية العمومية للاتحاد من جميع أعضائه...." وفى المادة 17 منه على أن "نصاب الاجتماع: فيما عدا الحالات التى ورد فيها نص خاص فى القانون أو فى هذا النظام لا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحا إلا بحضور مالكي 60% على الأقل من الأنصبة فى العقار، فإذا لم يتوافر هذا النصاب فى الاجتماع انعقدت الجمعية العمومية بدعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوما التالية. ويعتبر اجتماعها الثانى صحيحا أيا كان عدد الأعضاء الحاضرين وأيا كانت ملكياتهم". وفى المادة 18 منه على أن "..... تصدر قرارات الجمعية العمومية من أغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الأنصبة" فإن مفاد هذه النصوص مجمعة أن تكون إدارة الأجزاء المشتركة فى العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لاتحاد الملاك وفقا للنظام الذى يضعه لذلك أو بقرارات فردية يصدرها إذا

لم يكن قد وضع لنفسه نظاما، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بموجب كتب موصى عليها إلى الاجتماع وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة، وأن تعيين مأمور الاتحاد الذى يتولى تنفيذ قراراته وتمثيله أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك أنفسهم متى استلزم الأمر ذلك إنما يكون بذات الأغلبية المشار إليها".

(طعن رقم 3008 لسنة 62 ق جلسة 1999/1/17)

3- "مؤدى نص المادة 866 من القانون المدنى أن سلطة مأمور اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد تقتصر على تنفيذ قرارات الاتحاد، والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ومطالبة كل ذى شأن - بما فيهم الملاك أنفسهم بتنفيذ هذه الالتزامات - أما ما يجاوز ذلك من أعمال التصرف المتعلقة بطبقات العقار فيظل لمن باشروا هذه التصرفات حق النقاضى بشأنها".

(طعن رقم 324 لسنة 71 ق جلسة 2002/2/26)



مادة (867)

- 1- أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه.
- 2- ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة 864 أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل.

الشرح

508- تحديد أجر المأمور:

يحدد أجر المأمور بالطريقة التي عين بها، فإذا كانت الجمعية العمومية هي التي قامت بتعيينه فإنها تحدد أجره في القرار الصادر بتعيينه، وإذا كان تعيين المأمور بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء لعدم توافر الأغلبية المطلوبة لقرار الجمعية العمومية، تولى رئيس المحكمة تحديد أجره في القرار الصادر بتعيينه.

ويمكن إعادة النظر في الأجر من الجهة التي حددته، بالنقص أو بالزيادة بحسب الأحوال. ويدخل الأجر ضمن التكاليف التي تتفق على الأجزاء المشتركة للبناء فيضاف إليها، ويقسم بين الأعضاء كل بنسبة حصته. ويصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطلب أجرا عليه وبخاصة إذا كان واحدا من الملاك. وله الرجوع في تبرعه وطلب تحديد أجر له، إذا رأى أن الأعمال الموكولة إليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجرا⁽¹⁾.

509- عزل المأمور:

تنص الفقرة الثانية من المادة 867 على أنه يجوز عزل المأمور بقرار تتوافر

(1) السنهوري ص 1380.

فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة 864 أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل.

فلا يشترط النص عزل المأمور بنفس الطريقة التى عين بها، بل قد يكون معينا بموافقة أغلبية الشركاء ويعزل بأمر من رئيس المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء. وبالعكس قد يعين المدير بهذه الطريقة الأخيرة، ولا يحول ذلك دون عزله بموافقة أغلبية الشركاء⁽¹⁾.

والعزل يكون إما لإخلال المأمور بالتزاماته إخلالا واضحا أو لعدم أمانته أو لعدم صلاحيته لما وكل إليه من العمل، أو لصيرورته عاجزا عن القيام به، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية⁽²⁾.

وكما أن المأمور قابل للعزل، فهو أيضا يستطيع التتحى عن مهمته فى أى وقت شاء، بشرط أن يكون ذلك فى الوقت المناسب ويعذر مقبول، لأنه يعتبر بمثابة وكيل مأجور - إذا كان يتقاضى أجرا - فيخضع لحكم المادة 716 مدنى⁽³⁾.

كما تنتهى مهمة المأمور بفقده الأهلية وبموته.



(1) محمد على عرفه ص 490 وما بعدها - جميل الشرفاوى ص 196.

(2) السنهورى ص 1380 وما بعدها - العطار فى تملك الشقق والطبقات ص 116.

(3) محمد على عرفه ص 491.

مادة (868)

- 1- إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها فى المادة 864 ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.
- 2- فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة.

الشرح

510- ما يتبع فى حالة هلاك البناء:

تناولت المادة ما يتبع فى حالة هلاك البناء بسبب حريق أو أى سبب آخر كغارة جوية أو زلزال أو اختلال فى أساسه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة. ولبيان حكم المادة يجب التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى: حالة عدم تجديد البناء. والحالة الثانية حالة تجديد البناء:

511- (أ) حالة عدم تجديد البناء:

يجوز للاتحاد أن يقرر عدم تجديد البناء.

وفى هذه الحالة فإن الأرض وحق التعلّى عليها والمباني القائمة والأنقاض وكذلك جميع المنقولات المشتركة تكون كل منها محل شيوع عادى قابل للقسمة، فإذا اتفق جميع الملاك على طريقة القسمة انقسم الأمر، أما إذا لم يتفقوا كان من الضرورى أن تتم القسمة عن طريق القضاء.

ويجب أن يوزع ما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة فى حالة الكوارث العامة،

على الملاك كل بحسب نصيبه وبعد أن يستوفى أصحاب الديون المقيدة على العقار حقوقهم منه⁽¹⁾.

ورغم أن التصفية تتضمن أعمال تصرف فإن الاتحاد هو الذى يتولى أعمال التصفية فى هذه الحالة، إذ تستمر الشخصية القانونية قائمة للشخص الاعتبارى حتى تنتهى الحقوق المتعلقة به⁽²⁾.

512- (ب) - حالة تجديد البناء :

للاتحاد أن يقرر تجديد البناء بالأغلبية المشار إليها بالمادة 864 مدنى، وفى هذه الحالة فإن جميع الملاك يلتزمون بالقرار، من قبل منهم ومن عارض ويقوم الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضاء. وإن كان هناك تعويض أو معونة من الدولة استوفى أصحاب الحقوق المقيدة حقوقهم من هذا المبلغ ثم ينفق الباقي على تجديد البناء. فإذا كفى هذا المتبقى للإنفاق كان بها وانتهى الأمر عند هذا الحد. أما إذا لم يكف التزم الملاك بتكاملته من أموالهم الخاصة كل بحسب حصته فى البناء. فإذا تخلف شريك عن الوفاء لأى سبب تدبر الاتحاد الأمر وحاول أن يجد له حلاً، ومن الحلول التى يلجأ إليها الاتحاد لها إقراض هذا الشريك مبلغاً يكفى لمواجهة التزاماته أو محاولة إقناع هذا الشريك ببيع نصيبه إلى شريك آخر أو إلى أجنبى فيحل هذا الشريك أو الأجنبى محله فى البناء الجديد. فإن لم يكن هذا ولا ذاك قرر الاتحاد تجديد البناء لحساب من يقدر من الشركاء⁽³⁾.

(1) السنهورى ج8 1375 - أحمد سلامه ص 464- العطار ص 112- مصطفى الجارحى ص 172.

(2) العطار فى ص 112 وعكس ذلك الجارحى ص 172.

(3) السنهورى الوسيط ج8 ص 1375 وما بعدها - أحمد سلامه ص 464 - إسماعيل غانم ص 367- ويرى الدكتور العطار ص 111 أنه يجوز للاتحاد أن يبنى لحساب هذا المالك ويرجع عليه بالتكاليف بدعوى الوكالة إذا كان المالك قد وافق على البناء وبدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن موافقاً على البناء. وهذا رأى من شأنه تلافى ما ينشأ من =

ويتولى الاتحاد إعادة البناء الكامل بما فى ذلك الأجزاء المشتركة والخاصة، لاسيما وأن اتحاد الملاك يمكن أن يكون الغرض من تكوينه بناء العقارات لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائه، كما أن كثيرا من الأعمال المشتركة والتجهيزات المشتركة تتم داخل الأجزاء الخاصة مما يصعب معه تولى أكثر من مقال العمل داخل الشقة أو الطبقة. كما أن وحدة المقال تكفل درجة معينة موحدة للتنشيط الأمر الذى يرتبط بدرجة العمارة الإسكانية وبالانسياب الخارجى للواجهة⁽¹⁾.

وتوزع قيمة الأعباء المشتركة على الملاك حسب قيمة الجزء الخاص. ويتم تقدير القيمة على أساس المواصفات الجديدة فى ضوء الرسومات والنماذج⁽²⁾. وبداهة لا محل لتجديد البناء فى حالة نزع ملكية المبنى جميعه.

ويجوز للاتحاد إدخال تحسينات على البناء بنفس الشروط التى يمكنه على أساسها إدخال هذه التحسينات أثناء وجود المبنى ولو اقتضت بعض هذه التحسينات إنقاص مساحة الشقق، بشرط أن يوزع العبء بالعدل بين الملاك بنسبة واحدة⁽³⁾. كأن يحول السطح إلى حديقة صيفية أو شتوية يشترك فى الانتفاع بها سائر الشركاء أو تزويد البناء الجديد بمصعد لم يكن موجودا فى البناء القديم. وقد يحتاج البناء إلى تجديد لا لأنه قد هلك، بل لأنه قد بلى وأصبح فى

= مشاكل نتيجة رفض هذا المالك التنازل عن حقه فى الأرض أو فى حق التعلو وهو ما لا يمكن إجباره عليه - وقد ذهب البعض إلى جواز إجبار الشريك المتخلف قضاء على المساهمة فى تجديد البناء أو بيع طبقته عليه، كما هو الأمر فى شأن صاحب السفلى طبقا لما هو مقرر فى المادة 860 مدنى.

(1) مصطفى الجارى ص 170.

(2) مصطفى الجارى ص 170.

(3) مصطفى الجارى ص 169.

حاجة إلى أن يحدد، وفي هذه الحالة يكون قرار الاتحاد بتجديد البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة، ويصدر القرار بالأغلبية العادية، وينفذ على الوجه الذى ذكرناه فى حالة هلاك البناء⁽¹⁾.

513- الهلاك الجزئى للمبنى :

لم تتضمن المادة 868 مدنى أحكاما خاصة بالهلاك الجزئى للمبنى ولذلك ذهب كثير من الفقهاء إلى أن الأحكام المنصوص عليها فى هذه المادة تنطبق على الهلاك الكلى والهلاك الجزئى على السواء، ذلك أن المادة المذكورة لم تفرق بين الهلاك الجزئى والهلاك الكلى⁽²⁾.

وينبى على ذلك أنه إذا كان الانهدام جزئيا وقرر الاتحاد عدم تجديد البناء بقى المبنى على ما هو عليه واستمر الاتحاد قائما.

إلا أن المشرع لم يقرر حقوق الأقلية أصحاب هذه الشقق إذا قرر الاتحاد عدم تجديد بنائها أو إذا قرر تجديد البناء ولم تكف الأموال التى لديه أو لدى أصحاب هذه الشقق لبنائها⁽³⁾.



مادة (869)

(1) السنهورى ص 1376.

(2) السنهورى ص 374 - أحمد سلامه ص 464 - العطار ص 110 - سمير كامل ص 180.

(3) ولذا يقترح البعض بالنسبة للمستقبل التشريعى أن تكون إعادة البناء فى حالة الانهدام الجزئى إلزامية ويقوم بها اتحاد الملاك ويتحمل نفقة هذه الأعمال جميع الملاك على أن تسلم الشقة للمالك بدون التشطيبات الداخلية (مصطفى الجارحى ص 174).

- 1- كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار.
- 2- وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده.

الشرح

514- منح الاتحاد قروضا لأعضائه :

عرفنا فيما سلف أن كل شريك فى ملكية الطبقات والشقق يلتزم بالتزامات متعددة، بعضها ناشئ عن اشتراكه فى ملكية الأجزاء المشتركة، والبعض الآخر ناشئ عن تلاصق ملكيته الخاصة بملكية غيره من الشركاء.

وقد يعجز أحد الشركاء عن الاضطلاع بعبء هذه النفقات، ويكون هذا العجز طارئاً بحيث لا يستدعى تخليه عن نصيبه فى الملكية الخاصة، فضلاً عن كونه لا يستطيع التخلّى عن المساهمة فى تكاليف الأجزاء المشتركة بالتخلّى عن نصيبه منها (م2/858 مدنى). فلا مندوحة لمثل هذا الشريك من الالتجاء إلى الاتحاد ليمنحه قرضاً لتمكينه من القيام بالتزاماته. فإذا أقر الاتحاد منحه هذا القرض، وهو أمر متروك بداهة لتقدير الأعضاء، فإن المبلغ الذى ينفق من خزينة الاتحاد فى هذا السبيل يكون مضموناً بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار.

وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة أن مرتبة هذا الامتياز تحسب من يوم قيده. وبديهي أنه إن منح أحد الشركاء قرضاً لغير الغرض المتقدم، فلا يكون لهذا القرض امتياز⁽¹⁾، وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلاً قبل أن يقدم على إقراض العضو ما لا لسبب لا يمت إلى قيام العضو بالتزاماته.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) محمد على عرفه ص 493 - السنهورى ص 1372.

"وللنقابة أن تمنح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته، وهذا القرض يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى نصيبه الشائع فى الأجزاء المشتركة، ويجب قيده ليأخذ مرتبته من وقت القيد (م) 1238).

أما إذا أعطى القرض لغرض آخر فلا يكون ممتازا "(1).



الفصل الثانى

أسباب كسب الملكية

1- الاستيلاء

الاستيلاء على منقول ليس له مالك :

مادة (870)

من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه.

الشرح

515- تملك المنقول بالاستيلاء :

تنص المادة على أن من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه. فهذه المادة تتناول ملكية المنقول بالاستيلاء. فالاستيلاء هو عمل مادي يتحقق عن طريق وضع اليد على الشيء المباح أى بحيازته حيازة فعلية. ولذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء يكون الشيء لا مالك له، فهو شيء لا مال، ويصبح مالا بالاستيلاء. وللاستيلاء أركان ثلاثة، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سببا لكسب الملكية وهو ما نعرض له فى البند التالى.

516- أركان الاستيلاء على المنقول :

(أ) ألا يكون للمنقول مالك :

والمنقول الذى لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية، أو أن يكون له مالك فى أول الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته.

ومن المنقولات التى لا مالك لها منذ البداية :

1 - الأشياء المشتركة (السائبة) :

وهذه أشياء خصصتها الطبيعة لاستعمال الكافة، فمن استأثر بشيء منها تملكها، كماء البحر أو النهر أو الهواء. أما إذا انسابت مياه النهر أو الترع العمومية فى مسقاة خاصة اعتبرت ملكا لمالك تلك المسقاة، ومن يستولى على كمية من الهواء المضغوط أو السائل فى أنابيب أو أوعية خاصة اعتبر مالكا لما استولى عليه.

فإذا حاول غيره أن يغترف المياه من مسقاته خلصة، أو اختلس الأنبوبة أو الوعاء فإنه يعد سارقا ويعاقب بعقوبة السرقة⁽¹⁾.

2 - صيد البحر والبر :

فالسماك فى البحر والطيور فى الهواء، منقول لا مالك له أصلا، ويكون لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء.

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى شرح المادة (873).

أما المنقول الذى يكون له مالك فى أول الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته، وهو ما يطلق عليه الشيء المتروك، فيرد عليه الاستيلاء. وسنعرض له بالتفصيل فى شرح المادة (871).

ويجب أن يكون المنقول ماديا، فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء.

فلو أن شاعرا نظم شعرا ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر فى الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوى فى الشعر الذى نظمها، فالتقط الورقة عابر فى الطريق واستولى عليها، فإنه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر فى شعره. ومن ثم لا يجوز لمن استولى على

(1) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجزء الثانى أسباب كسب الملكية 1955ص

15 - الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية 1978 ص 308 وما بعدها.

الورقة أن ينشر الشعر وأن يستعمل في شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى، وليس منقولاً مادياً حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء. ومثل ذلك أيضاً استيلاء شخص على بقايا لوحة أو مخطوط أتلفه أو مزقه مؤلفه وألقى بهذه البقايا.

فالحق الأدبى إذن لا ينتقل إلى المستولى، فلا يجوز له جمع هذه الأجزاء المادية بعضها إلى البعض بقصد إعادة تكوين اللوحة أو المخطط ونشره، إذ أن فعل الإلتاف يدل على رغبة المؤلف فى عدم نشر مصنفه، والمقرر أن المؤلف وحده هو الذى يستطيع تقرير هذا النشر⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"جرى قضاء محكمة النقض على أن أخذ أحجار من الجبل من غير المناطق المخصصة للمحاجر لا يعتبر سرقة لأن تلك الأموال مباحة وملكية الحكومة لها هى من قبيل الملكية السياسية العليا لا الملكية المدنية التى يعد اختلاسها سرقة. فلا عقاب على من أخذ هذه الأحجار إلا فى صورة ما إذا ثبت أن الحكومة وضعت يدها عليها وضعا صحيحا يخرجها من أن تكون مباحة إلى أن تكون داخلة فى ملكها الحر أو المخصص للمنفعة العامة".

(طعن رقم 1413 لسنة 2 ق جلسة 1932/3/14)

(ب) — وضع اليد على المنقول:

يجب أن يضع المستولى يده على المنقول وهذا هو الركن المادى فى الحياة. فيتعين حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه فيصبح فى قبضة يده ويستأثر به دون سائر الناس.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء التاسع المجلد الأول الطبعة الثانية 1992 ص 19- الدكتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية 1964 ص 348 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 411.

(ج) - نية التملك :

وهذه النية هي العنصر المعنوى للحيازة فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى والمعنوى فيصبح حائزاً للمنقول، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء.

فلو التقط شخص منقولا ملقى فى الطريق مدفوعا بعامل الفضول، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية فى الطريق، فإنه لا يملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك. ولما كانت نية التملك واجبة، فإن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولا بالاستيلاء، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز⁽¹⁾.

وتنشأ الملكية للمستولى فور توافر عنصرى الاستيلاء، دون حاجة لمرور فترة زمنية معينة على وضع اليد إذ تؤدي الحيازة إلى كسب الملكية دون قيد ولا شرط، الأمر الذى لا يتوافر لها فى أى مجال آخر.

إذ الأصل ألا تكفى الحيازة وحدها للتملك، بل يتعين أن تكون مدعمة بعناصر أخرى تختلف باختلاف الظروف والأحوال. فإذا وقعت الحيازة على منقول مملوك للغير، وجب أن تقترن حيازة حائزه بالسبب الصحيح وحسن النية كيما يكتسب الملكية. وإذا وقعت على عقار مملوك للغير، وجب علاوة على ذلك مضى مدة خمس سنوات لكى تؤدي إلى نفس النتيجة، أو مضى خمس عشرة سنة إن كانت مجردة من العنصرين السابقين⁽²⁾.

ومادام أن الاستيلاء ينصب على شيء غير مملوك لأحد فإن ذلك يترتب عليه نتيجتان:

(1) السنهاورى ص 20- الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية أبو

السعود سنة 2001 ص 162.

(2) محمد على عرفه ص 14.

الأول: أن الاستيلاء لا يصلح سببا لكسب الحقوق العينية المنقولة عن حق الملكية، كالانتفاع والارتفاق مثلا لأن هذه الحقوق مقررة لصاحبها على ملك الغير، ومادام الاستيلاء يرد على شيء غير مملوك للغير، فإنه لا يصلح سببا لكسب هذه الحقوق، وبالتالي فهو سبب لكسب الملكية فقط.

الثانية: أن الاستيلاء كسبب لكسب الملكية، ينطبق على المنقولات دون العقارات، لأن المنقولات وحدها هي التي يتصور أن تكون سائبة لا مالك لها، أما العقارات فلها بالضرورة مالك، إذ تنص المادة 1/874 مدنى على أن: "الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة" ويتبع الأراضى فى هذا الحكم كل ما يتصل بها اتصال قرار من مبان وأشجار⁽¹⁾.



(1) الدكتور سعيد جبر أسباب كسب الملكية سنة 1997/96 ص 3 وما بعدها.

مادة (871)

1- يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته.

2- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت 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 ولا مالك له.

الشرح

517- التخلي عن المنقول بقصد النزول عن ملكيته :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته.

وهذه الأشياء هي ما يطلق عليها اصطلاح "الأشياء المهجورة" أو "الأشياء المتروكة".

والمقصود بهذه الأشياء، المنقولات التي تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهداً فيها أو تخلصاً منها. وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة التي يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفات المنازل التي تلقى في صناديق القمامة وبقايا المأكولات التي يتركها الإنسان في قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه في قارة الطريق.

ويدخل في ذلك أيضاً البدرات من النقود الصغيرة، التي يلقي بها على الجمهور ليلتقطها في الحفلات والأعراس. وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المهجورة أو المتروكة، لأن صاحبها يهجرها أو يتركها بنية التخلي عنها، فالهجر أو الترك يتكون من عنصرين، أحدهما مادي وهو التجرد عن حيازة الشيء، والآخر معنوي

وهو نية التخلّى عن ملكية الشىء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

1- "الشىء المتروك – على ما أشارت إليه المادة 871 من القانون المدنى فى فقرتها الأولى – هو الذى يستغنى صاحبه عنه بإسقاط حيازته وبنية إنهاء ما كان له من ملكية عليه فيغدو بذلك ولا مالك له، فإذا استولى عليه أحد فلا يعد سارقاً ولا جريمة فى الاستيلاء على الشىء لأنه أصبح غير مملوك لأحد".

(طعن رقم 580 لسنة 29 ق جلسة 1959/4/27)

2- "لا يكفى لاعتبار الشىء متروكاً أن يسكت المالك عن المطالبة به أو يقعد عن السعى لاسترداده بل لابد أن يكون تخلّيه واضحاً من عمل إيجابى يقوم به مقرونًا بقصد النزول عنه".

(طعن رقم 580 لسنة 29 ق جلسة 1959/4/27)

ولا تتدرج فى الأشياء المهجورة أو المتروكة، الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشياء التى اعتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى، فهى مملوكة لورثتهم وقد خصصوها لتبقى مع جنث موتاهم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشياء التى اعتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى تعتبر مملوكة لورثتهم. وقد خصصوها لتبقى مع جنث موتاهم لما قر فى نفوسهم من وجوب إكرامهم فى أجدائهم على هذا النحو موقنين بأن لاحق لأحد فى العبث بشىء مما أودع. فهذه الأشياء لا يمكن عدها من قبيل

(1) السنهورى ص 29- المستشار أنور العمروسى الملكية وأسباب كسبها فى القانون المدنى

المال المباح السائب لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه. فمن يشرع فى اختلاس شىء من ذلك يعد شارعا فى سرقة وعقابه واجب قانونا".

(طعن رقم 1175 لسنة 6 ق جلسة 1936/4/20)

518- التمييز بين الأشياء المهجورة (المتروكة) والأشياء الضائعة؛

ينبغى التحرز من الخلط بين الأشياء المتروكة (المهجورة) والأشياء الضائعة عند تطبيق الاستيلاء كسبب لكسب الملكية، فيتعين لإعمال الاستيلاء أن يكون الشئ عديم الجدوى بالنسبة لمالكة بحيث يسوغ افتراض أنه قد تخلى عنه بقصد النزول عن ملكيته. فمن يجد ملعقة من الفضة فى صندوق القمامة، أو من يعثر على حقيبة تركها أحد المسافرين على رصيف القطار أو فى داخل القطار، لا يستطيع أن يدعى تملك شئ من ذلك بالاستيلاء، إذ لا يسوغ افتراض نية التخلي عن الملكية عند المالك. بل إن هذه الأشياء وأمثالها تعتبر من قبيل الأشياء الضائعة التى لا يؤدى الاستيلاء عليها إلى تملكها، بل إلى اعتبار المستولى مرتكبا لجريمة السرقة إذا لم يبادر إلى تسليمها للجهات الإدارية المختصة وفقا لما يقضى به التشريع الخاص بذلك. كما أن لمالك الأشياء الضائعة أن يستردها من العاثر عليها الذى لا يستفيد أيضا من مبدأ "الحيازة فى المنقول سند الحائز" (1).

519- الحيوانات غير الأليفة؛

الحيوانات غير الأليفة كالغزلان والثعالب والأسود والنمور والقردة والفيلة، ويدخل فيها على ما يراه البعض - الطيور فى الهواء - فهى لا مالك لها مادامت على حالتها الطبيعية. ولكن إذا تملكها شخص بالاستيلاء فهى تظل مملوكة له ما بقيت فى حيازته. فإذا أطلقها أو انطلقت عادت إلى حالتها الطبيعية وخرجت من ملكه، مادام المالك لم يتتبعها فوراً ليستعيدها. فإذا لم يتتبعها، أو كف عن تتبعها جاز لغيره تملكها بالاستيلاء، أما إذا تتبعها فوراً فإنها تظل على ملكه، ولا يجوز

لشخص آخر أن يستولى عليها.

ومن الحيوانات غير الأليفة ما يروض فيألف الرجوع إلى مكانه، كحمام الأبراج ونحل الخلايا وهذه تظل ملكا لصاحبها حتى فى حال انطلاقها مادامت قد ألفت العودة إليه. فإذا فقدت عادة العودة، فإنها ترجع طليقة وتصبح بدون مالك، ويجوز لأى شخص أن يمتلكها بالاستيلاء⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- الاستيلاء لا يكون إلا على شىء لا مالك له، والشىء الذى لا مالك له يسمى سائبة، ويكون المنقول سائبة. إما لأنه لم يكن له مالك من قبل، كالحيوانات المتوحشة الطليقة، وكالسماك فى البحر والطيور فى الهواء، وإما لأنه بعد أن كان مملوكا أصبح سائبة، كأن يتخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته، وكأن تطلق الحيوانات 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 الحيوانات التى روضت واعتادت الرجوع إلى المكان المخصص لها هذه العادة فتراجع سائبة كما كانت فمن وضع يده على سائبة منقول بنية تملكه ملكه. ووضع اليد هنا هو الحيازة بعنصرها المادى والمعنوى"⁽²⁾.

520- الحيوانات الأليفة :

الحيوانات الأليفة كالبهائم والأغنام والدواجن، والكلاب والقطط، يكون لها عادة مالك، ومن ثم لا تعتبر من المنقولات التى لا مالك لها. فإذا فلتت أو تسربت لم يفقد مالكا حقه عليها، بل تعتبر أشياء ضائعة، ولا تملك بالاستيلاء. وإنما يجوز تملكها بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها، لأنها تصبح عندئذ منقولا لا

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 309 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 163 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 193 وما بعدها.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 309 - رمضان أبو السعود ص 163.

مادة (872)

- 1- الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته.
- 2- والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته.

الشرح

521- تعريف الكنز وشروطه :

الكنز هو المنقول المدفون أو المخبوء الذي لا يعرف له مالك.
ومن ثم يشترط لاعتبار الشيء كنزا أن تتوافر الشروط الآتية:

(الشرط الأول) :

أن يكون الشيء منقولاً :

إذ لو كان عقارا لأصبح جزءا من العقار الذي وجد فيه، فيسرى عليه ما يسرى على العقار. فالمباني والأعمدة والقبور التي توجد مدفونة لا تعتبر كنوزا، ولكنها إذا كانت آثارا فإنها تخضع لأحكام الآثار. كما أن المنقولات الأثرية لا تعتبر كنوزا، وإنما تخضع هي أيضا لأحكام الآثار⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الكنز، وهو المنقول المدفون أو المخبوء في الأرض..... الخ"⁽²⁾.
وإذا كان الشيء المدفون المخبوء قد توافرت له شروط العقار بالتخصيص، كتمثال عثر عليه في مخبأ مقفول في حائط فذلك لا يحول دون اعتباره كنزا، إذ العبرة بطبيعة الشيء الحقيقية لا الحكمية، ولا شبهة في أن مثل هذا التمثال منقول

(1) عبد المنعم الصده ص 350- نبيل سعد ص 295.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 194.

بطبيعته، بل إن تخبئته على هذا النحو تفقده شروط العقار بالتخصيص، إذ كيف يسوغ اعتباره مخصصا لخدمة العقار وهو محجوب عن الأنظار⁽¹⁾.

(الشرط الثانى) :

أن يكون الكنز مدفونا أو مخبوءا :

والمقصود بذلك أن يكون الشيء محجوبا عن الأنظار. فالأشياء التى توجد على سطح الأرض لا تعتبر كنوزا، فمثل هذه الأشياء تعتبر من الضوائع لا من الكنوز وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة.

ولا يهم بعد ذلك أن يكون المنقول المدفون أو المخبوء حديث العهد أو قديمه، إذ لا شبهة فى اعتباره كنزا فى الحالين طالما أن أحدا لا يستطيع إثبات ملكية له. وقد يكون الكنز مدفونا فى عقار، كأرض أو حائط أو سقف. وقد يكون مخبوءا فى منقول آخر، كما لو وجد فى مكان غير ظاهر من قطعة أثاث كدرج مكتب أو كأوراق مالية توجد بين صفحات كتاب قديم⁽²⁾.

وإذا كان نص المادة 872 مدنى يفهم منه أن الكنز إنما يوجد فى عقار فإن الشارع لم يتناول فيه إلا الحالة الغالبة⁽³⁾.

(الشرط الثالث) :

أن يكون متميزا عما يحتويه :

يشترط أن يكون الكنز متميزا عما يحتويه كالأرض - غالبا - فما يوجد من معادن ونفط وأحجار كريمة فى باطن الأرض لا يكون كنزا، لأنه جزء من باطن

(1) محمد على عرفه ص 26.

(2) السنهورى ص 33 - عبد المنعم البدرأوى ص 313.

(3) عبد المنعم الصده ص 451 - الدكتور محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدنى -

الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة ص 477.

الأرض وليس مدفونا أو مخبوءاً⁽¹⁾.

(الشرط الرابع) :

ألا يستطيع أحد إثبات ملكيته للمنقول :

فإذا استطاع شخص أن يقيم الدليل على ملكيته للمنقول، وأنه قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفاً عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقائه محفوظاً، كان له أن يسترده بدعوى الاستحقاق.

ويجوز إثبات حق الملكية بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيئة والقرائن. وعلى ذلك فإن إثبات ملكية قطع النقود يجوز أن ينتج من كونها وجدت في منزل كانت تسكنه باستمرار عائلة المالك الحالي من الوقت الذي بدأ فيه تداول هذه القطع. فقد يجد القاضي في هذه الواقعة قرينة لمصلحة مالك المنزل. وإثبات الملكية هو كل ما يتطلبه القانون.

فالمالك لا يتطلب منه أن يثبت أنه كان يعلم أين يوجد الكنز⁽²⁾.

ويقوم وصف الكنز للشيء الذي تتوافر فيه هذه الشروط. دون أن يستلزم العثور عليه بمحض الصدفة، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كنز ويسعى للكشف عنه، فإذا وجده سرت عليه الأحكام الخاصة بالكنز⁽³⁾.

(1) السنهوري ص 33- عبد المنعم الصده ص 451 - الدكتور محمود جمال الدين زكي
دورس في الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 264.

(2) الدكتور محمد كامل مرسى شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية الجزء الثالث
الطبعة الثانية 1371 هـ - 1952م ص 15.

(3) السنهوري ص 33 هامش (3) - محمود جمال الدين زكي ص 264- ويذهب الدكتور
السنهوري - بحق - ص (34) إلى أن: "الكنز بالتحديد السابق ليس من الدقة أن يقال إنه
منقول لا مالك له. فقد رأينا أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد =

522- لمن يكون الكنز؟

يتضح من نص المادة 872 مدنى أن كسب ملكية الكنز ليس أساسه الاستيلاء - وذلك على الرغم من ورود هذه المادة بين النصوص الخاصة بالاستيلاء- فالكنز لمالك العقار الذى يوجد به، ولو كان الذى عثر عليه شخص آخر وضع يده عليه بنية تملكه، ولا يكون لهذا الأخير أى حق فيه. ويذهب الرأى الغالب إلى أن أساس هذا التملك هو حكم القانون، فقد رأى الشارع أنه مادام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فإن أولى الناس بالكنز هو صاحب العقار، فقد وجد الكنز فى عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقاً أقوى من حقه⁽¹⁾.

= منذ البداية، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته. والكنز ليس هذا ولا ذاك، فهو قد كان له مالك، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصاً عليه عندما دفنه أو خبأه. لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء. كما يصح أن يكون محلاً للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له. وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك فى أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف".

(1) السنهاورى ص 36 ومابعدا - عبد المنعم الصده ص 380 - سعيد جبر ص 12- الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية سنة 1974 ص 353 - وهناك رأى يذهب إلى أن أساس تملك مالك العقار الكنز هو التبعية. فملكية الشيء تشمل جميع أجزائه، وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها (عبد المنعم البدرأوى ص 314- الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 166). وقد انتقد هذا الرأى بأنه ليس من الممكن اعتبار الكنز من توابع الأرض فهو ليس جزءاً من الأرض كالمناجم والمحاجر، وهو لا يتصل بالأرض اتصال قرار كالبناء والغراس. كما ذهب رأى ثالث إلى أن الكنز يعتبر من الملحقات التى تشملها ملكية العقار (الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية طبعة 1955).

ومالك العقار الذي يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز. غير أنه يجوز للمالك السابق أن يثبت ملكيته للكنز، إذ أن الاتفاق على نقل الملكية في هذه الحالة لم يكن ملحوظا فيه وجود كنز في العقار⁽¹⁾.

وإذا باع المالك العقار وعثر المشتري على كنز فيه ثم أبطل البيع أو فسخ. فقد ذهب رأى إلى أن الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلا عن ملكية البائع، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز، ومن ثم يكون الكنز له. ولو أنه وجد وقت أن كان المشتري حائزا للعقار. لأن المشتري الذي يفسح سنده يعتبر أنه لم يكن مالكا في أي وقت⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الأولى عدم إعمال الأثر الرجعي - وهو مجرد مجاز قانوني - إلى هذا الحد، والتسليم بأن المالك فعلا وقت العثور على الكنز كان هو المشتري لا البائع، فيكون له الكنز⁽³⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأول.

وإذا عثر على الكنز في منقول، كان الكنز لمالك المنقول، سواء كان مالكا للعقار الذي يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له⁽⁴⁾.

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص آخر أو حق حكر أو كان للعقار مستأجر، وعثر شخص على كنز في العقار، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع أو الحكر أو المستأجر وإنما يكون لمالك العقار، لأن الكنز لا يعتبر ثمارا للعقار.

= وقد انتقد هذا الرأي بأن الكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات، كما أنه ليس من ثمار العقار أو منتجاته، ولو صح أنه من الملحقات لامتد إليه حق المنتفع، في حين أن النص صريح في أن الكنز يكون لمالك الرقبة.

(1) محمد على عر فة ص 28 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 24.

(3) السنهوري ص 37 هامش (1).

(4) السنهوري ص 37.

وإذا عثر على الكنز فى أرض موقوفة (الوقف الخيرى هو القائم الآن)، لم يكن الكنز ملكا للوقف أو المستحقين، وإنما يكون ملكا خاصا للواقف نفسه أو ورثته. فالوقف لا يمتد إلى الكنز.

وإذا عثر على الكنز فى ملك الدولة، سواء ملكها العام أو الخاص، كان الكنز جميعه للدولة.

ولما كان الكنز بطبيعته لا يعتبر جزءا من العقار الذى يوجد به ولا يعتبر من ثماره أو منتجاته فإنه ليس للدائنين المرتهين لعقار وجد فيه كنز حق أولوية على ثمن هذا الكنز⁽¹⁾.

523- مطالبة المالك بالكنز:

للمالك أن يطالب من وجد الكنز بهذا الكنز، مادامت مدة التقادم لم تنقض. ولا يستطيع الأخير أن يحتج على المالك بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية"، لأنه وإن أمكن القول بأن له سندا صحيحا - وهذا غير مؤكد - فإنه لا يعتبر حسن النية، لأنه يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم أن الشيء الذى وجده له مالك، وأن هذا المالك له الحق فى أن يطالب به بإثبات حق ملكيته. ولكن من يشتري الشيء من الواجد أو من خلفائه معتقدا أنه كان مملوكا لهم يمكنه الاحتجاج بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" ضد المالك الذى يطالب باسترداده. ولا يعتبر الكنز شيئا ضائعا أو مسروقا⁽²⁾.

524- عدم استحقاق واجد الكنز نصيبا من الكنز:

لم يعط القانون غير المالك الذى يعثر على الكنز نصيبا منه - على خلاف الحال فى القانون الفرنسى - ويرى البعض أنه إذا لم يتبرع له المالك بشيء فلا يكون أمامه إلا ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 24 وهامش (1).

(2) محمد كامل مرسى ص 15 وما بعدها.

(3) السنهاورى ص 37.

مادة (873)

الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة.

الشرح**صيد البحر والبر:****525- (أ) - اللوائح المنظمة لصيد البحر والبر:**

تنص المادة على أن الحق فى صيد البحر والبر تنظمه لوائح خاصة. فهناك العديد من التشريعات التى تنظم الحق فى الصيد، وتضع بعض الشروط والضوابط له، وهذه تدخل فى مباحث القانون الإدارى ولا شأن لها بحكم الصيد من الناحية المدنية.

526- (ب) - حكم الصيد من الناحية المدنية:

السماك فى البحر والطيور فى الهواء منقول لا مالك له أصلا، ويكون لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء.

ويملك الصائد ما يصيده من صيد البحر أو الهواء ولو كان مخالفا لقوانين ولوائح الصيد حيث يتعرض فى هذه الحالة إلى العقوبات المنصوص عليها فى القوانين واللوائح.

ويقع الاستيلاء الذى يكسب الملكية بوقوع السمك فى شبكة الصائد، ولو لم يخلصه منها، وبعبارة أخرى يقع الاستيلاء على الصيد منذ أن تنتهى حريره.

ويتم تملك صيد البر عندما يصاب الحيوان أو الطير، بحيث لا يستطيع أن يهرب من القبض عليه حتى ولو وقع الطير فى أرض مملوكة لغير الصائد. فليس من الضرورى لتحقيق الاستيلاء الإحراز المادى للطير، فالمسلم به أنه يكفى أن يقع الطير ميتا أو مجروحا جرحا قاتلا بحيث لا يستطيع توقي مطاردة كلاب

الصيد له ولا يستطيع الفرار منها، فيكون إحرازه أمراً محققاً وشيك الوقوع⁽¹⁾. وإذا جرح صيادان حيواناً بعينه جرحاً قاتلاً فإنه يكون ملكاً لمن أحدث به أولاً الإصابة القاتلة. فإذا لم يمكن تعيين مطلق العيار الذى سبب أول جرح قاتل اعتبر أنه حدث من الاثنين ويقسم الحيوان بين الصيادين قسمة عينية أو بالبيع. أما إذا كان الصيد فى مياه مملوكة ملكية خاصة، مثل مياه البرك، فهذا لا يكون إلا لملك هذه المياه، بل إن هذا المالك يعتبر فى الغالب مالكا للسمك الذى يعيش فيها، ومن يصيد إضراراً به يمكن اعتباره مرتكباً للسرقة⁽²⁾.

والأصل فى حق صيد الطير فى الأرض المملوكة لشخص أنه يملكه صاحب هذه الأرض، فإذا كانت الأرض شائعة كان لكل مالك فى الشيوع حق الصيد فيها، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضا جميع الملاك فى الشيوع. ويكون كذلك للمنتفع حق الصيد فيها، أما المستأجر فلا يملك ذلك إلا باتفاق خاص. غير أنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد، لأن حق الارتفاق لا يترتب إلا لمصلحة عقار لا لشخص.

527- حكم اللقطة (الأشياء الضائعة أو المفقودة) :

اللقطة والمقصود بها الأشياء الضائعة أو المفقودة، هى الأشياء الضائعة التى يفقدها صاحبها ولا يعثر عليها، فيعثر عليها شخص آخر ويلتقطها. وهى تختلف عن الأشياء المتروكة فى أن صاحبها لم يقصد التخلّى عنها رغم فقد حيازتها ولذلك تظل على ملك صاحبها ولا يجوز الاستيلاء عليها. ومن أمثلة ذلك الحيوانات الأليفة التى تتسرب من أصحابها أو تضل طريقها، والنقود التى يفقدها أصحابها، والحقائب والأمتعة التى يفقدها أصحابها فى القطارات أو

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكى ص 259 وما بعدها - الدكتور محمود خيال الحقوق

العينية الأصلية ص 181 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 28.

الطائرات أو وسائل النقل العام، والطرود التي لم يتقدم أصحابها لتسلمها من مكاتب البريد أو مخازن الجمارك⁽¹⁾.

والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المتروكة، فلا يكون مثلاً لمن يجد في صندوق القمامة ملعقة فضية، أو في إحدى عربات السكك الحديدية حقيبة للأمتعة، أو في غرفة فندق بعد مغادرة النزيل آلة تصوير أن يدعى أن هذا المنقول أو ذاك شيء متروك يملكه بالاستيلاء عليه، بل تقطع الظروف أنه شيء نسيه صاحبه ولم يتخل قط عن ملكيته⁽²⁾.

ويلاحظ أن الحيوان الجامح لا يعتبر ضائعاً، فإن جمح عن محله، كالخيل والمواشي التي تهرب من اسطبلاتها أو حظائرهما، وأوقفها شخص فلا يكون له الحق في المكافأة التي ينص عليها الأمر العالي الصادر في 18 مايو سنة 1898 (المعدل)⁽³⁾. وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان⁽⁴⁾.

كذلك لا تعتبر شيئاً ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة التي تبعد كثيراً عن مجالها التي توجد به، إذا كان من عادتها الرجوع، مثل حمام الأبراج المنزلية، وسمك البرك أو الأحواض، وحيوانات الصيد التي تحبس في مكان فسيح. فمن يستولى عليها في فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطريقة تدليسية ليستولى عليها يعد في حكم السارق⁽⁵⁾.

والمادة قد نصت على أن اللقطة تنظمها لوائح خاصة. فهناك كثير من اللوائح والأوامر الإدارية التي تنظم الأشياء الفاقدة في بعض القطاعات كالقطارات

(1) رمضان أبو السعود ص 164 وما بعدها - الدكتور نبيل سعد الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها طبعة 1999 ص 294.

(2) السنهوري ص 41- محمود جمال الدين زكي ص 266.

(3) محمد كامل مرسى ص 42 - السنهوري ص 45 هامش (2).

(4) السنهوري ص 45 هامش (2).

(5) محمد كامل مرسى ص 42- السنهوري ص 47 هامش (2) وما بعدها- محمد على عرفه

أو الطائرات أو وسائل النقل العام والطرود التي لم يتقدم أصحابها لتسلمها من مكاتب البريد أو مخازن الجمارك. فهي تحدد مثلاً المدة التي تحفظ الأشياء الضائعة خلالها، وتنظم كيفية التصرف في هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة وحفظ ثمنها لحساب المالك، ومتى تؤول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لاستلامها.

وإذا كانت اللقطة كالكنز منقولاً لم يتخل عنه صاحبه فإنها تختلف مع ذلك عنه في ظهورها على نقيض الكنز الذي يكون مدفوناً أو مخبوءاً، وفي أن احتمال معرفة صاحبها أقرب، لأنه في الغالب فقدّها منذ مدة قريبة، ولا يفتأ عن البحث عنها، على نقيض الكنز الذي لا يعرف في العادة مالكة أبداً نظراً لقدم العهد على دفنه أو تخبئته فقد أشرنا إلى أن الغالب أن يكون دفن أو تخبئة الكنز قديمة.

وبالترتيب على ما تقدم، فإن اللقطة لا تصلح أن تكون محلاً للاستيلاء لأن لها مالكا، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء.

وأهم التشريعات التي تنظم الأشياء الفارقة وأكثرها شمولاً هو الأمر العالي الصادر في 18 مايو سنة 1898 (المعدل بالقانون رقم 29 لسنة 1982) بشأن العثور على الشيء أو الحيوان الضائع ورده إلى صاحبه أو التبليغ عنه.

وتخلص أحكام هذا التشريع فيما يلي :

1- كل من عثر على شيء أو حيوان فاقد وجب رده إلى صاحبه متى تيسر ذلك. أو يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام (م 1 معدلة بالقانون رقم 29 لسنة 1983).

2- إذا لم يطالب المالك بالشيء الضائع في ظرف سنة أو الحيوان المفقود في مدة عشرة أيام يباع الشيء أو الحيوان بمعرفة الإدارة بالمزاد العمومي، وإذا كان الشيء قابلاً للتلف قبل مضي ميعاد السنة يجوز بيعه في ميعاد أقصر يحدده المحافظ أو المدير على حسب الأحوال (م2).

3- كل شخص يسلم لمأموري الحكومة الشيء أو الحيوان الضائع يكون له

الحق في مكافأة قدرها عشر القيمة وفي حالة استرداد المالك للشيء الضائع يكون ملزماً بدفع قيمة المكافأة بحسب تقدير الإدارة (م3).

4- ثمن الشيء أو الحيوان المباع يبقى محفوظاً على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات وفي حالة الطلب يلزم تسليمه بعد خصم مصاريف الحفظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشيء أو الحيوان (م4).

5- بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ البيع يضاف باقى الثمن لجانب الخزنة (م5).

6- يصدر قرار إداري ببيان تفصيلات العمل بأحكام الديكريته المذكور وخصوصاً فيما يتعلق بنشر كشف بالأشياء أو الحيوانات التي صار تسليمها لجهات الحكومة وبالإعلان عن بيعها (م6).

أما إذا لم يسلم من عثر على الشيء أو الحيوان إلى صاحبه متى تيسر ذلك، أو لم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام فإنه يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تجاوز سنتين إذا احتبسه بنية تملكه.

أما إذا احتبسه بعد انقضاء تلك الفترة بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التي لا تجاوز مائة جنيه (م 1 معدلة بالقانون 29 لسنة 1982).

فالمشرع يفرق إذن في العقوبة بين احتباس الشيء أو الحيوان الضائع بعد المدة المذكورة، وبين احتباسه بنية التملك فيجعل العقوبة الحبس مع الشغل مدة لا تجاوز سنتين، وبين احتباسه بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التي لا تجاوز مائة جنيه.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - (قبل تعديل المادة الأولى من الديكريته بالقانون رقم 29 لسنة 1982) بأن:

1- "من المقرر أنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك قد وجدت عند المتهم حال عثوره على الشيء، بل يكفي أن تكون قد توافرت لديه بعد ذلك الوقت".

(طعن رقم 2795 لسنة 32 ق جلسة 1962/12/31)

2- (أ) - "من المقرر أنه يجب لتطبيق أحكام السرقة في أحوال العثور على الأشياء الضائعة أن تقوم لدى من عثر على الشيء نية تملكه ولو كان بعد العثور عليه".

(ب) - "لئن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بالتحدث استقلالاً عن نية التملك في جريمة السرقة إذا لم تكن هذه النية محل نزاع، إلا أنه متى كان المتهم قد نازع في توافر هذا الركن فإنه يتعين على المحكمة أن تتصدى لهذا القصد وتقديم الدليل على توافره. ولما كان مؤدى دفاع الطاعن أن القصد الجنائي للجريمة التي دين بها - وهو نية التملك - لم يكن متوفراً لديه لمبادرته إلى رد الحقيبة للمجنى عليها، فإنه كان يتعين على المحكمة أن تعرض لهذا الدفاع وتقسطه حقه وترد عليه رداً سائغاً يبرر اطراحها له إن رأت عدم الأخذ به باعتباره دفاعاً جوهرياً يترتب على ثبوته تغيير وجه الرأى في الدعوى. أما وهى لم تفعل فإن حكمها يكون قاصراً".

(طعن رقم 1865 لسنة 44 ق جلسة 1975/2/3)

ومن الناحية المدنية فإنه إذا احتفظ العاثر على المال الضائع بحيازته بنية تملكه، فإن هذه الحيازة تؤدى به حتماً إلى التملك إذا استمرت مدة التقادم الطويل، شأنه في ذلك شأن كل مغتصب لملك الغير.

أما إذا لم تكتمل مدة التقادم الطويل، فإنه يجوز لمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يد من عثر عليه، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى

الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشئ بالتطبيق للمادة 977 مدنى، لأن هذا النص لا يفيد من حكمه إلا حائز المنقول بحسن النية ولديه سند صحيح، ولا شبهة فى أن من يحتفظ بحيازة شئ عثر عليه فى الطريق العام يكون سيئ النية، فضلا عن أن واقعة العثور على الشئ الضائع لا تعتبر سببا صحيحا. فلا يمتلك إلا بالتقادم الطويل.

أما إذا باعت الحكومة الأشياء التى سلمت إليها بالمزاد العلنى بعد سنة من تسلمه، فيكون للراسى عليه المزاد أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع. فإذا لم تنقض هذه المادة كان للمالك أن يسترد الشئ الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزاد. ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذى أودع لحساب بعد استنزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشئ الضائع⁽¹⁾.

والحيازة مدة التقادم الطويل لا تفيد فى اكتساب الملكية، إذا ثبت أنها كانت فى الأصل حيازة عرضية، إذ ليس لأحد أن يكسب التقادم على خلاف سنده (م 972). فإذا ترك النزىل فى فندق بعض أمتعته عند مغادرة الفندق، فإن صاحب الفندق لا يكتسب ملكية هذه الأمتعة بمضى خمسة عشر عاما على حيازته إياها، إذ أن حيازته طوال هذه المدة تكون غير نافعة لكونها عرضية بحكم كونه وديعا، فتنشغل ذمته بالتالى بالتزام الرد.

لكن فى وسع صاحب الفندق فى مثل هذا الفرض أن يحبط سعى النزىل فى استرداد الأمتعة بعد مضى 15 سنة على تركها فى الفندق، وهو فى هذه الحالة لا يستند إلى التقادم المكسب، بل إلى التقادم المسقط الذى قرره المادة 374 كمبدأ عام بقولها: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة"، والالتزام بالرد التزم شخصى يخضع دون شك لهذا الحكم العام⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 44 وما بعدها - محمد على عرفه ص 30 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 31.

528- التركة التي لا وارث لها :

إذ توفي إنسان ولم يخلف ورثة، فإن تركته لا تعد مالا غير مملوك لأحد، بحيث يمكن لأي شخص تملكها بطريق الاستيلاء. وإنما تؤول هذه التركة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلى بيت المال، ويمثل بيت المال الآن وزارة الخزانة. غير أن بيت المال لا يملك هذه التركة باعتباره وارثاً، بل باعتبارها مالا لا مالك له، ويكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية.

ويترتب على عدم اعتبار بيت المال وارثاً أنه لا يصلح خصماً في دعوى الوراثة، ولا يجوز بالتالي لبيت المال إنكار الوراثة على أحد ممن يدعيها إنكاراً يستدعي استصدار حكم شرعي، ويمكن لمن يدعي استحقاقه لمال تحت يده إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي.

وقد نصت المادة الرابعة من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943 على أن يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي:

(أولاً) ما يكفي.....

.....

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "بيت المال وإن عد مستحقاً للتركات التي لا مستحق لها، فإنه لا يعتبر وارثاً في نظر الشرع، ولذلك فهو لا يصلح خصماً في دعوى الوراثة".

(طعن رقم 21 لسنة 1 ق جلسة 1932/5/26)

2- "وفقاً للمادة 361 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يكون تحقيق الوفاة والوراثة حجة في هذا الخصوص ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق، وإنكار الوراثة الذي يستدعي مثل هذا الحكم يجب - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يصدر من وارث ضد آخر يدعي الوراثة، وبيت المال - وزارة الخزانة - لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع

التي لا يعرف لها مالك وهو ما تؤكدته المادة الرابعة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 في قولها "فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها للخزانة العامة" - وإذ كان الثابت أن الطاعن استند في دعواه على الإعلام الشرعي الذي بمقتضاه تحققت وفاة والدته وانحصار إرثها فيه وأغفل الحكم المطعون فيه حجية هذا الإعلام في مواجهة بيت المال فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور يعيبه".

(طعن رقم 2 لسنة 35 ق "أحوال شخصية" جلسة 1966/5/11)

وقضى بأن البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث.

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن:

"البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث. بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال. فتصرف البطيريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة، الذي لا يرثها بحال، ليسلمه لدى الحق فيه هو تصرف غير مشروع من أساسه، ولا يدخل إطلاقاً في حدود سلطتها باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام (personne morale de droit publique) وإذن فهي مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص. (personne morale de droit privé)".

(طعن رقم 69 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/2)

وقد صدر القانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث⁽¹⁾، ونصت مادته الأولى على أن: "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة (جمهورية مصر العربية الآن) والتي يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم.

= وننشر فيما يلى القانون بنصوصه كاملة:

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم 71 لسنة 1962

(المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1971)

بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث

باسم الأمة

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور المؤقت ،

وعلى الدكرى الصادر فى 19 نوفمبر سنة 1896 بتنظيم أعمال بيت المال، وعلى

القانون رقم 58 لسنة 1937 بإصدار قانون العقوبات ،

وعلى القانون رقم 113 لسنة 1939 الخاص بصريبة الأطيان والقوانين المعدلة له.

وعلى القانون رقم 77 لسنة 1943 بأحكام الموارث ،

وعلى القانون رقم 143 لسنة 1944 فى شأن رسم الأيلولة والقوانين المعدلة له،

وعلى القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى،

وعلى القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدنى،

وعلى القانون رقم 126 لسنة 1951 بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية

والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية،

وعلى القانون رقم 56 لسنة 1954 فى شأن الضريبة على العقارات المبنية والقوانين

المعدلة له،

وعلى القانون رقم 223 لسنة 1955 بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التى يطرأ

عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة،

وعلى القانون رقم 124 لسنة 1960 بإصدار قانون نظام الإدارة المحلية،

وعلى ما ارتآه مجلس الدولة،

قرر القانون الآتى:

مادة (1) :

تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها

المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم.

=

= وتعد الإدارة العامة لبيت المال بوزارة الخزانة قوائم عن العقارات التي تتضمنها هذه التركات وتشهر بدون رسم.

مادة (2):

ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى 15 سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة من هذا القانون، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التي تقضى بمدد تقادم أقل.

(الفقرة مستبدلة بالقانون رقم 31 لسنة 1971).

وإذا كان التصرف قد تم في أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافى ثمنها.

وعلى كل من يثبت له حق في هذه التركة أن يؤدي كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذي آل إليه.

ولا تبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التي يلتزمون بأدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها.

مادة (3):

على مالكي ومؤجري المساكن والأماكن التي يتوفى بها من لا وارث له والمقيمين مع المتوفى وخدمه وعلى رجال الإدارة المختصين ومديري المستشفيات والمصحات والملاجئ أن يبلغوا الجهات التي يعينها وزير الخزانة بقرار يصدر منه عن الوفاة خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمهم بها.

مادة (4):

على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للحفاظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة هذا البلاغ، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتي جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر.

ويجب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار، وإذا زادت قيمة عناصر التركة على خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار، =

= على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد عن خمسة أيام.
(المادة مستبدلة بالقانون رقم 31 لسنة 1971).

مادة (5) :

على المديرين والمشرفين والحائزين بأية صفة كانت لأى مال من أموال التركات المشار إليها فى المادة الأولى، وعلى المدينين بها أن يقدموا بيانا عنها على الأنموذج المعد لذلك إلى مندوب الإدارة العامة لبيت المال خلال ثلاثين يوما من تاريخ النشرة الثانية.

مادة (6) :

تشكل بقرار من وزير الخزانة لجان تكون مهمتها حصر هذه التركات وجردها ويكون لها الحق فى دخول مسكن المتوفى وأملاكه الأخرى والأماكن التى تكون بها أموال منقولة مملوكة له وذلك لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال.
وإذا كان المتوفى أجنبيا تعين على اللجنة المختصة أن تخطر بوقت كاف، قفصل الدولة التى ينتمى إليها لحضور عمليتى الحصر والجرد فإن لم يحضر كان لها أن تباشر عملها فى غيابه.

مادة (7) :

تقوم اللجنة المشار إليها فى المادة السابقة بتقويم عناصر التركة وعليها أن تودع النقود خزانة المحافظة لحساب التركة.
وإذا كان بين موجودات التركة أوراق مالية أو مصوغات أو مجوهرات أو تحف أو أشياء ذات أهمية خاصة أو يتعذر تقدير قيمتها محليا كان عليها أن ترسلها لوزارة الخزانة للتخفظ عليها بعد تقدير قيمتها بمعرفتها أو بواسطة من ترى الاستعانة بهم من الخبراء الفنيين.

مادة (8) :

تسلم الأراضى الزراعية للإدارة العامة للأملاك وطرح النهر، أما العقارات المبنية والأراضى الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإسكان والمرافق العامة لإدارتها لحساب التركة حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها.
وتصفى من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجارى أو المهنى التى كان يزاولها المتوفى.

مادة (9) :

تصفى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ويودع صافى ثمنها بالخزانة العامة لحساب التركة حتى يتقرر حق ذوى الشأن فيها أو تنتهى المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية.=

وتعد الإدارة العامة لبيت المال بوزارة الخزانة قوائم عن العقارات التي تتضمنها

= ويجوز بالنسبة إلى العناصر التي يقوم بشأنها نزاع جدى إرجاء تصفيتها إلى أن يتم الفصل نهائيا في هذا النزاع.

مادة (10):

تعفى أموال التركات المنصوص عليها في المادة الأولى من جميع الضرائب والرسوم التي تستحق للحكومة ومجالس المحافظات والمدن والقرى.

ولا يسرى هذا الإعفاء في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات.

مادة (11):

في حالة ظهور مستحق للتركة يخصم من نصيبه رسم قدره 10% من إجمالي الإيراد نظير أعمال الإدارة و 5% من إجمالي الثمن نظير إجراءات التصفية كما يخصم منه سائر المصروفات الفعلية الأخرى.

مادة (12):

يكون للرسوم المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحصر والجرد والتقدير والإدارة والتصفية وأجور أهل الخبرة وغيرها من المصروفات التي تؤديها الخزانة حق الامتياز في مرتبة المصروفات القضائية ويحتج بها على كل من استفاد من هذه الإجراءات.

مادة (13):

يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 3 بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات كما يعاقب كل من أخفى بسوء نية مالا منقولاً أو مستندات تتعلق بأموال التركة بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مادة (14):

يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون.

مادة (15):

ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، ويصدر وزير الخزانة القرارات اللازمة لتنفيذه،

صدر برياسة الجمهورية في 14 شوال سنة 1381 (20 مارس سنة 1962).

هذه التركات وتشتهر بدون رسم".

ولما للدولة من سلطان على إقليمها فقد قضت هذه المادة بخضوع تركات الأجانب المقيمين وغير المقيمين لحكمها مادامت عناصرها تقع فى داخل الإقليم⁽¹⁾.

وإذا ظهر وارث بعد ذلك، أو أى شخص آخر له حق فى التركة كدائن للمتوفى فله أن يرجع بحقه.

وفى حالة ظهور مستحق للتركة يخصم من نصيبه رسم قدره 10% من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و 5% من إجمالى الثمن نظير إجراءات التصفية كما يخصم منه سائر المصروفات الفعلية الأخرى (م 11).

ويكون للرسوم المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحصر والجرد والتقدير والإدارة والتصفية وأجور أهل الخبرة وغيرها من المصروفات التى تؤديها الخزانة حق الامتياز فى مرتبة المصروفات القضائية ويحتج بها على كل من استفاد من هذه الإجراءات (م 12).

وقد نصت المادة الثانية من القانون (معدلة بالقانون رقم 31 لسنة 1971) على أن:

"ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى 15 سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه فى المادة الرابعة من هذا القانون، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل⁽²⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 71 لسنة 1962.

(2) وهذه الفقرة مستبدلة بالقانون رقم 31 لسنة 1971 وكان نصها قبل التعديل الآتى:

"ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى 15 سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث أى كان تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ما لم تتخلل هذه المدة سبب من =

وإذا كان التصرف قد تم في أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافى ثمنها. وعلى كل من يثبت له حق في هذه التركة أن يؤدي كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذى آل إليه. ولا تبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التى يلتزمون بأدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها".

وقد نصت المادة الرابعة من القانون (المعدلة بالقانون رقم 31 لسنة 1971) على أنه:

"على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للحفاظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة هذا البلاغ، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإقامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتى جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر.

ويجب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار، وإذا زادت قيمة عناصر التركة عن خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار، على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد عن خمسة أيام".

= أسباب وقف التقادم، إلا أنها عدلت إلى الوضع الراهن - على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 31 لسنة 1971 - لأن هذه الصياغة قد يفهم منها أن التقادم بالنسبة لجميع الحقوق المتعلقة بالتركة 15 سنة - وحيث إنه يحتمل أن يوجد بعناصر التركة حقوق تسرى عليها أنواع أخرى من التقادم الأقل مدة لذلك رُئى إضافة عبارة "وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل" إلى الفقرة الأولى المذكورة.

وواضح من نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون أن كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث ينقضى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التي تقضى بمدد تقادم أقل، رغم أن المادة (375) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 ونص المادة (8) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادرة بالقانون رقم (1) لسنة 2000 الذى حل محل تلك اللائحة، قد جريا على ألا تقبل دعوى الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك. ومؤدى هذا أن دعوى الإرث لا تسقط إذا كانت موجهة لغير الهيئة العامة لبنك ناصر - الذى نقل إليها اختصاص الإدارة العامة للتركات (بيت المال سابقا) كما سنرى - إلا بانقضاء ثلاث وثلاثين سنة، وتسقط إذا وجهت إلى هذه الهيئة بانقضاء خمسة عشر عاما، وهى مفارقة تشكل تمييزا صارخا فى إسباغ حماية غير متكافئة على الهيئة العامة لبنك ناصر، لا يحظى بها غيرها من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية.

وبتاريخ 13 أبريل سنة 2003 قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 101 لسنة 22 ق "دستورية" بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (2) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1971. وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد 17 (تابع) فى 24 أبريل سنة 2003⁽¹⁾.

(1) وننشر فيما يلى الحكم بأسبابه كاملة:

=

باسم الشعب

=

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 13 أبريل سنة 2003م الموافق 11 صفر سنة 1424هـ.

برئاسة السيد المستشار الدكتور / محمد فتحي نجيب..... **رئيس المحكمة**
 وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله
 والدكتور/ حنفى على جبالى ومحمد عبد العزيز الشناوى والسيد عبد المنعم حشيش.
 وحضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما..... **رئيس هيئة المفوضين.**
 وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن..... **أمين السر**
أصدرت الحكم الآتى:

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 45 لسنة 22 قضائية "دستورية".

المقامة من:

ورثة المرحومة / هانم على أحمد الخادم.

ضد

1- السيد رئيس مجلس الوزراء.

2- السيد وزير المالية.

3- السيد رئيس بنك ناصر.

الإجراءات

بتاريخ 2000/2/22، أودع المدعون صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبين الحكم بعدم دستورية نصوص المواد (2، 4، 11) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1971.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى. واحتياطيا
 = برفضها.

= وقدمت الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة 2002/11/3 وصرحت للهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى بتقديم مذكرة خلال أسبوعين. وخلال هذا الأجل تقدمت الهيئة المذكورة بمذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى، واحتياطيا برفضها، فقررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة لجلسة 2002/12/15 للرد على الدفع المبدى من الهيئة وتقديم المستندات المؤيدة له، وبالجلسة المذكورة تقدم المدعون بمذكرة ضمنوها ردهم على الدفع، وأودعوا حافظة بالمستندات المؤيدة له، فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة 2003/2/16، وفيها قررت إصدار الحكم بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن السيدة / هانم على أحد الخادم كانت قد توفيت بتاريخ 1963/5/27، مخلفة وراءها تركة عقارات ومنقولات وإبداعات نقدية لدى البنوك. وإذ لم يظهر لها وارث شرعى آنذاك، فقد اعتبرت تركتها شاغرة، وآلت أعيانها إلى الدولة ممثلة فى الإدارة العامة لبنيت المال بوزارة الخزانة والتي ضمت بقرار رئيس الجمهورية رقم 2937 لسنة 1971 إلى الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى. وبتاريخ 1994/4/26 أقام السيد / يوسف حسن الخادم والسيدة / منى حسن الخادم الدعوى رقم 6285 لسنة 1994 مدنى كلى أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد بنك ناصر الاجتماعى ووزير المالية طالبين تسليمهما أصول تركة المرحومة / هانم على أحمد الخادم من عقارات وأموال والريع المستحق عنها، باعتبار أنهما وارثان شرعيان لها، إذ أن والدهما المرحوم حسن محمد أحمد الخادم الذى توفى فى 1967/8/21 كان ابن عم لها ووارثها الشرعى الوحيد، ومن ثم لزم أن تؤول التركة كلها إليه ومن بعده لهما كونهما الوارثين له طبقا لإعلام الوراثة رقم 382 لسنة 1988 الصادر عن محكمة عابدين الكلية للأحوال الشخصية بتاريخ 1988/11/22. ومن جهة أخرى كان المدعون - فى الدعوى الماثلة - وغيرهم، =

= قد أقاموا الدعوى رقم 10364 لسنة 1994 مدنى كلى أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية طلبا للحكم بأحقيتهم لتركة مورثتهم المرحومة / هانم على أحمد الخادم واستردادها من بنك

ناصر الاجتماعي باعتبار أنهم وحدهم الورثة الشرعيون لها. وبعد تداول الدعويين أمام تلك المحكمة قررت بجلسة 1995/1/31 ضمهما لنظرهما معا للارتباط. وبجلسة 1999/12/2 دفع الحاضر عن المدعين فى الدعوى رقم 10364 لسنة 1994 بعدم دستورية نص المادتين (2و4) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1971، فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة 2000/2/14 لاتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية، فأقام المدعون الدعوى الماثلة.

وحيث إن هيئة قضايا الدولة والهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعي دفعتا بعدم قبول هذه الدعوى لانعدام شرطى المصلحة والصفة بالنسبة للمدعين، ذلك أن النزاع الدائر بينهم وبين غيرهم ممن يدعون أنهم ورثة السيدة / هانم على أحمد الخادم وحدهم دون سواهم لم يحسم بعد بحكم نهائى يحدد حصرا ورثة المتوفاة الذين لهم حق المطالبة بتركته، ومن ثم فلا يكون لهم الحق فى أن يدفعوا بعدم دستورية النصوص القانونية التى تحول دون استحقاقهم لهذه التركة.

وحيث إن هذا الدفع مردود، ذلك أن البين من حافظة المستندات المقدمة من المدعين بجلسة 2002/12/15 أنها حوت صورة رسمية من الإعلام الشرعى رقم 308 لسنة 1994 الصادر من محكمة بندر الجيزة للأحوال الشخصية المتضمن أنه تحقق للمحكمة وفاة المرحومة / هانم على أحمد الخادم بتاريخ 1963/5/27 وانحصار إرثها الشرعى فى أولاد بنت عمها زينب عيسوى أحمد الخادم وهم محمد وإبراهيم وهانم ودولت وإحسان أولاد عبد الرحمن الصباحى ويستحقون جميع تركتها لأنهم من ذوى الأرحام للذكر مثل حظ الأنثيين وذلك بعد استخراج نصيب أصحاب الوصية الواجبة إذ كان للمتوفاة بنت تدعى سنية عبد الرحمن الصباحى التى توفيت قبل والدتها زينب عيسوى أحمد الخادم بتاريخ 1943/10/19 وتركت من تستحق وصية واجبة وهى ابنتها سهير حامد عبد الرحمن الصباحى وتستحق نصيب والدتها لو كانت على قيد الحياة فى حدود الثلث فقط =

= إذ كان ذلك وكان المدعون من ورثة من صدر لصالحهم الإعلام الشرعى رقم 308 لسنة 1994 المشار إليه، وكان هذا الإعلام حجة على ما أثبتته ما لم يصدر حكم نهائى على

خلافه، وإذا لم يصدر مثل هذا الحكم حتى الآن، فإنه يكون للمدعين باعتبار أنهم الورثة الظاهرون للمرحومة هانم على أحمد الخادم الحق في المطالبة بأعيان تركتها، وتكون لهم من ثم مصلحة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تحول دون الحكم لهم باسترداد تلك الأعيان.

وحيث إنه لما كان الدفع المبدى من المدعين أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية قد انصب على المادتين (2، 4) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1971، وقد قدرت تلك المحكمة جدية الدفع وصرحت بإقامة الدعوى الدستورية طعنا على هاتين المادتين وحدهما، فإن إضافة المدعين في دعواهم الدستورية، الطعن على نص المادة (11) من ذات القانون ينحل طعنا مباشرا بعدم دستورية النص الأخير، اتصل بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة للأوضاع المقررة وفقا لحكم المادة (29) من قانونها بما يوجب الحكم بعدم قبول الدعوى في هذا الشق منها.

وحيث إن المادة (2) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث معدلا بالقانون رقم 31 لسنة 1971 تنص على أن "ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى 15 سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة من هذا القانون ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التي تقضى بمدد تقادم أقل.

وإذا كان التصرف قد تم في أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافي ثمنها.

وعلى كل من يثبت له حق في هذه التركة أن يؤدي كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذي آل إليه.

ولا تبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التي يلتزمون أدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها.

وتنص المادة (4) من ذات القانون على أن على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه

الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للثبوت من صحة هذا البلاغ، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتي جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر.

ويجب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار، وإذا زادت قيمة عناصر التركة عن خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد عن خمسة أيام.

وحيث إنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لقبول الدعوى الدستورية توافر المصلحة فيها، ومناط ذلك أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في المسألة الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلبات في دعوى الموضوع إذا كان ذلك، وكان المدعون في الدعوى الموضوعية يطلبون الحكم بأحقيتهم في تركة مورثتهم، واسترداد أعيان هذه التركة من بنك ناصر الاجتماعي، وكان نص الفقرة الأولى من المادة (2) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 معدلة بالقانون رقم 31 لسنة 1971 بما تضمنه من انقضاء كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى خمسة عشر عاما يحول دون الحكم لهم بطلباتهم، فإن الفصل في دستورية هذا النص وحده يكون لازما للفصل في الدعوى الموضوعية وبه وحده يتحقق نطاق الدعوى الدستورية ولا يمتد إلى ما عدا ذلك من أحكام شملها النص الطعين كما لا يمتد هذا النطاق ليشمل نص المادة الرابعة من القانون المذكور إذ تنصب أحكامها على تنظيم الإجراءات القانونية اللازمة للتحفظ على التركات الشاغرة وإجراءات النشر عنها، ومن ثم فإنها لا تلحق بالمدعين ضررا، بل إن اتخاذها من قبل الجهة المنوط بها حفظ هذه التركات من شأنه تحقيق مصلحتهم، ومصلحة كل مستحق في تركة يظن أنها شاغرة.

وحيث إن المدعين ينعون على النص الطعين - محددا نطاقا على النحو المتقدم - مخالفته لنص المادة الثانية من الدستور والتي تقضى بأن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية =

= المصدر الرئيسى للتشريع وذلك لمخالفته قواعد الإرث وانتقاله إلى الورثة الشرعيين وعدم سقوط حق الإرث بمضى المدة، فضلا عن مخالفته لحكم المادة (34) من الدستور التى تصون الملكية الخاصة، وتكفل حق الإرث فيها.

وحيث إن النعى بمخالفة النص الطعين للمادة الثانية من الدستور مردود بأن حكم هذه المادة، وبعد التعديل الدستورى الذى أدخل عليها فى 22 مايو سنة 1980، يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، على أن الدستور - واعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية بعد أن اعتبرها الدستور أصلا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، وكان من المقرر أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقا فى وجوده على هذه النصوص ذاتها، إذ أن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التى أقامها الدستور من معايير قياس الشرعية الدستورية تقتضى لزوما أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بتلك المبادئ - وتراقبها فيه هذه المحكمة - صادرة بعد نشر قيد المادة الثانية من الدستور التى تقاس على مقتضاه، ولما كان هذا القيد هو مناط الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه، تظل بمنأى عن الخضوع لأحكامه. إذ كان ذلك وكان النص الطعين صادرا قبل نفاذ التعديل الذى أدخل على نص المادة الثانية من الدستور فى 22 مايو سنة 1980 ولم يلحقه أى تعديل بعد ذلك التاريخ، فإن النعى بمخالفته حكمها يكون غير سديد.

وحيث إنه عن النعى بمخالفة النص الطعين لحكم المادة (34) من الدستور، فإنه نعى صحيح، ذلك أن نصها إذ يجرى على أن "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون. وحق الإرث فيها مكفول"، فإن مؤدى ذلك أن الدستور حرص على صون الملكية الخاصة، وكفالة حمايتها، على قاعدة من تراث فقهى وقضائى بلغ غايته فى الدقة العلمية لتحديد طبيعة حق الملكية، وللخصائص =

= الجوهرية التي يختص بها وتشكل ذاتيته التي يستقل بها عن سائر الحقوق، ولم يجز الخروج على هذا الأصل العام صونا وحماية لهذا الحق إلا استثناء، وفي حدود تقدر بقدرها، إذ كان ذلك وكانت طبيعة حق الملكية وقوامه القانوني الدقيق، أنه حق دائم، لا يزول بعدم الاستعمال ولا تنقضى دعوى المطالبة به مهما طال الزمن عليها، ما لم يكن غير المالك الأصلي قد كسب حقا على المال وفقا لأحكام القانون، فإن النص الطعين إذ جاوز ذلك كله وأسقط الحق في ملكية أعيان التركة، كما أسقط الحق في الميراث، والحق في الدعوى الناشئة عنهما، كأثر لانقضاء خمسة عشر عاما على تاريخ نشر بيان باسم المتوفى من غير وارث ظاهر - على النحو المشار إليه في المادة (4) من القانون الطعين - فإنه يكون قد نال من حق الملكية في جوهر ما يختص به من خصائص وخرج به عن طبيعته الدائمة، فصار بذلك عدوانا على هذا الحق، بما يقع مخالفا لنص المادة (34) من الدستور.

وحيث إن النص الطعين أيضا، قد أخل بالحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليها في المادة 40 من الدستور ذلك أنه فضلا عن إسقاطه الحق في الملكية على نحو ما تقدم، فإنه إذ جعل انقضاء خمسة عشر عاما على تاريخ النشر المبين سلفا سببا لانقضاء كل حق يتعلق بالتركة، فإن هذه المدة تغدو هي المدة التي تسقط بها دعوى الإرث عندما تكون أعيان التركة تحت يد الهيئة العامة لبنك ناصر، وإذ كان نص المادة (375) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 ونص المادة (8) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000 الذي حل محل تلك اللائحة، قد جريا بحكم واحد هو ألا تقبل دعوى الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك، فإن مؤدى هذا أن دعوى الإرث لا تسقط إذا كانت موجهة لغير الهيئة العامة لبنك ناصر إلا بانقضاء ثلاثة وثلاثين عاما وتسقط إذا وجهت لهذه الهيئة بانقضاء خمسة عشر عاما. وهي مفارقة تشكل تمييزا صارخا في إسباغ حماية غير متكافئة على الهيئة العامة لبنك ناصر، لا يحظى بها غيرها من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، أكثر من ذلك، فإن أثر النص =

= فيما قرره من انقضاء كل حق يتعلق بالتركة بانقضاء الخمسة عشر عاما المشار إليها، هو صيرورة أعيان التركة مملوكة للهيئة العامة لبنك ناصر، ملكية تلازم زمنيا لحظة إسقاط حق الورثة فى ملكية هذه الأعيان بما مؤداه أن يد الهيئة العامة لبنك ناصر تظل حائزة لهذه الأعيان حيازة عارضة دعامتها أنها أمين عليها طوال مدة خمسة عشر عاما، وحتى يظهر ملاكها من الورثة، فإذا اكتملت هذه المدة ولم يظهر ورثة فإن النص الطعين يسقط عنهم ملكهم ولو ظهوروا بعد ذلك بيوم واحد، وينقل هذه الملكية فى ذات الوقت للهيئة العامة لبنك ناصر بحيث إنها تكسب مالا مملوكا للغير لتقادم مدته الزمنية هى العدم، وحتى لو استقام فرضا أو جاز تجاوزا، اعتبار مدة الخمسة عشر عاما التى كانت فيها حائزة لأعيان التركة حيازة عارضة، هى مدة تقادم، فإن كسبها لملكية أعيان التركة استنادا لهذا الفرض، يغدو تمييزا لها فى كسب الملكية بطريق التقادم عن غيرها من أشخاص، إذ يجرى حكم الفقرة الأولى من المادة (970) من القانون المدنى، على أنه فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاثا وثلاثين سنة بما مؤداه أن النص الطعين، وسواء فى حكمه الواقعى بتقريره كسب هيئة بنك ناصر لملكية أعيان التركة بتقادم مدته العدم، أو فى الفرض الجدلى بأن مدة الحيازة العارضة لهذه الأموال والبالغة خمسة عشر عاما هى مدة تقادم - ودون حاجة للخوض فى طبيعتى الحيازة - يكون قد اصطنع تمييزا بين الهيئة العامة لبنك ناصر وغيرها من أشخاص طبيعية واعتبارية لاجوز لها تملك حقوق الإرث إلا بحيازة تدوم ثلاثا وثلاثين سنة، وهو تمييز يخالف حكم المادة (40) من الدستور، بما يغدو معه النص الطعين واقعا فى حماة المخالفة الدستورية بتعارضه مع نصى المادتين (34 و 40) من الدستور وهو ما يوجب القضاء بعدم دستوريته.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (2) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم 31 لسنة 1971، وألزمت الحكومة المصروفات، ومبلغ مائتى جنيه مقابل أنعاب الحمامة.

وبناء على هذا الحكم يضحى نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون منعدها، ويكون نص المادة الثانية من القانون رقم (1) لسنة 2000 سالف الذكر هو الذى يسرى فى حالة المطالبة بالحق فى التركة على أساس الإرث، وقد رأينا أنها تقضى بألا تقبل دعوى الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك.

وبعد أن صدر القانون رقم 66 لسنة 1971 بإنشاء بنك ناصر الاجتماعى، صدر القرار الجمهورى رقم 2937 لسنة 1971 لنقل الإدارة العامة للتركات (بيت المال سابقا) من وزارة المالية وضمها إلى بنك ناصر الاجتماعى وأصبح البنك المذكور هو الذى تؤول إليه عن الدولة ملكية التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث، ويمثلها أمام القضاء فى الدعاوى المتعلقة بهذه التركات الشاغرة والكائنة بجمهورية مصر العربية والتى يخلفها المتوفون من غير وارث، أيا كانت جنسيتهم⁽¹⁾.

529- الأشياء الأثرية:

تنص المادة 873 على أن الحق فى الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"وهناك لوائح تنظم حالات خاصة من المنقول السائبة كلوائح الصيد واللقطة والأشياء الأثرية وما إلى ذلك".

(1) السنهاورى ص 55.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 194.

وينظم الآثار الآن القانون رقم 117 لسنة 1983⁽¹⁾ بإصدار قانون الآثار (المعدل بالقوانين رقم 92 لسنة 1991⁽²⁾، 95 لسنة 2003⁽³⁾، 3 لسنة 2010⁽⁴⁾).

- (1) الجريدة الرسمية العدد 32 (تابع) فى 11/8/1983.
 - (2) الجريدة الرسمية العدد (20) فى 16/5/1991- والقانون رقم 117 لسنة 1983 قد حل محل القانون رقم 215 لسنة 1951، وكان القانون الأخير قد حل محل القانونين رقمى 14 لسنة 1912 لحماية الآثار، 8 لسنة 1918 (لحماية آثار العصر العربى).
 - (3) الجريدة الرسمية العدد 25 (تابع) فى 19/6/2003.
 - (4) الجريدة الرسمية العدد 6 (مكرر) فى 14 فبراير سنة 2010.
- وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 117 لسنة 1983 عن مبررات إصداره ما يأتى:

"منذ اكتشاف حجر رشيد وحل رموز اللغة المصرية القديمة فى العهود الأولى للقرن التاسع عشر ومع تتابع الاكتشافات العظيمة خاصة فى الأقصر وأبيدوس وتل العمارنة وسقارة وأسوان وغيرها من المواقع فى أرجاء البلاد بدأ الاهتمام بالآثار المصرية وضرورة العمل على حمايتها وهو ما دعى إلى التفكير فى إنشاء مصلحة وطنية تقوم على شئونها ومتاحف تضم الآثار المنقولة بعد أن كانت هذه الأخيرة نهبا مباحا من رسل ورعايا الدول الأجنبية يغتربون منها ما شاءوا وينقلونه إلى خارج البلاد وقد استلزم هذا الوضع استصدار القواعد التشريعية التى عيناها تكفل جانبا من الحماية لهذه الآثار إلا أن تدخل المشرع آنذاك وإن كان قد تناول حماية الأراضى والعقارات والمنقولات الأثرية إلا أنه كان جزئيا واتسم بالقصور بيد أنه على الرغم من ذلك كان هذا الاتجاه التشريعى بمثابة انعكاس لبلور قضية الاهتمام بالآثار الوطنية ومؤشرا للاتجاه نحو حمايتها والحفاظ عليها ومبشرا باتخاذ خطوات تشريعية أكثر فاعلية وتطور فى هذا المجال وهو ما تحقق بصدور أول تشريع عام وطنى ينظم الحماية لمختلف الآثار ونتائج الحضارات فى البلاد والذى تضمن تحديدا لها ونظاما لتسجيلها وتنظيمها لتداولها فى الأحوال المصرح فيها بذلك وهو التشريع القائم حتى الآن غير أنه منذ بدء العمل به وحتى الوقت الراهن حدثت العديد من المتغيرات لها أثرا الواضح فى تحديد الكثير من المفاهيم =

= والحقائق الأثرية ويرتد السبب فى ذلك إلى نمو وتقدم الوعى الأثرى على الوجه الذى أصبحت معه قضية الاهتمام بالآثار وبذل جميع السبل الكفيلة بحمايتها تشغل بال الجميع سواء المتصلين بشئون الأفكار المنادية لتدعيم الحماية المطلوبة وتزويد فاعليتها وهو الأمر الذى استلزم استبدال تشريع جديد لحماية الآثار بالتشريع القائم ذلك أن توفير الحماية المطلوبة لا يأتى فى ظل هذا الأخير الذى عجزت أحكامه عن مواكبة التطور فى هذا المضمار بل وأصبح من شأن الإبقاء عليها إلحاق أضرار بليغة بالثروة القومية وهو ما حدث بالفعل مما أدى إلى ضرورة المبادرة إلى التدخل التشريعى المرتقب... فالتشريع القائم الاتجار فى الآثار أنها تشكل خطرا داهما بإباحته على هذه الثروة القومية والتي يفترض فيها بحسب الأصل أنه لا مجال لتقديرها بمال كما وأنه بإباحته الملكية الخاصة بالآثار دون تقييد كاف لها من شأنه ترتيب عديد من الأضرار التى قد تصيب المجموعات الأثرية الخاصة فضلا عن حرمان جميع المواطنين من ثروة قومية. تتساوى حقوق ملاكها مع حقوق المواطنين تجاهها ويضاف إلى ذلك أن وجود القطع الأثرية سواء فى حيازة التجار أو فى حيازة الأفراد دون رقابة فعالة من جانب الدولة ودون إشراف كاف قد سهل تهريبها إلى الخارج وبالتالي أدى ذلك إلى ضياع ثروات قومية وحرمان الأجيال منها لا سبيل إلى تعويضها، كما أن التنظيم الذى استنته لدور السلطة القائمة على شئون الآثار لم يعد يتلاءم والتطورات الحديثة فى هذا المجال ولا يمنحها الصلاحية التى تبين من توالى التطبيق ضرورة منحها لها وتزويدها بها وعلى عكس ما تقضى به مقتضيات التناسق التشريعى أدرجت بعض قواعد حماية الآثار فى الأراضى الصحراوية والمحاجر فى تشريعات أخرى، ومما لا شك فيه أن أخطر ما يعوق توفير حماية الآثار على النحو المطلوب إنما يرجع إلى ما تضمنه هذا التشريع من فرض عقوبات يسيرة كجزاء لمخالفة أحكامه وهى عقوبات فى واقع الأمر لم يعد من شأنها تحقيق الردع العام أو الخاص فى هذا الصدد مما سهل خرق ما حواه من أوامر ونواه.

لكل ما تقدم يتضح جليا مسيس الحاجة إلى استصدار تشريع جديد يكفل سد نواحي القصور القائمة فى التشريع القائم ووضع الحلول الملائمة لما كشف عنه التطبيق من ضرورة معالجته بأحكام متميزة ، وجمع القواعد القانونية فى تشريع موحد لحماية الآثار، وإبراز وتدعيم دور الجهة القائمة على شئونها، وتحقيقا لهذه الأغراض والأهداف المنشودة، فقد أعد مشروع القانون المرافق مصنفا فى أبواب أربعة متضمنة الآتى....=

= ونعرض لنصوص هذا القانون (معدلة بالقوانين رقم 12 لسنة 1991، 95 لسنة 2003، 3 لسنة 2010) فيما يلي:

قانون رقم 117 لسنة 1983

(المعدل بالقوانين رقم 12 لسنة 1991، 95 لسنة 2003، 3 لسنة 2010، 61 لسنة 2010)

بإصدار قانون حماية الآثار

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه:

(المادة الأولى)

يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن حماية الآثار .

(المادة الثانية)

يقصد بالهيئة فى تطبيق أحكام هذا القانون هيئة الآثار المصرية، كما يقصد باللجنة الدائمة اللجنة الدائمة المختصة بالآثار المصرية القديمة وآثار العصور البطلمية والرومانية، أو اللجنة المختصة بالآثار الإسلامية والقبطية ومجالس إدارات المتاحف بحسب الأحوال والتي يصدر بتشكيلها قرار من رئيس (الهيئة).

(حل المجلس الأعلى للآثار محل هيئة الآثار المصرية فى مباشرة اختصاصاتها أينما وردت بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم 82 لسنة 1994، وبمقتضى القانون رقم 3 لسنة 2010 أيضا).

(المادة الثالثة)

لوزير المختص بشئون الثقافة إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون .

(المادة الرابعة)

يلغى القانون رقم 215 لسنة 1951 لحماية الآثار، كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون.

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.
يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها،

صدر برئاسة الجمهورية فى 27 شوال سنة 1403 (6 أغسطس سنة 1983). =

قانون حماية الآثار

الباب الأول

أحكام عامة

مادة (1) :

فى تطبيق أحكام هذا القانون يعد أثر كل عقار أو منقول متى توافرت فيه الشروط الآتية:

- (1) أن يكون نتاجا للحضارة المصرية أو الحضارات المتعاقبة أو نتاجا للفنون أو العلوم أو الآداب أو الأديان التى قامت على أرض مصر منذ عصور ما قبل التاريخ وحتى ما قبل مائة عام.
 - (2) أن يكون ذا قيمة أثرية أو فنية أو أهمية تاريخية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارة المصرية أو غيرها من الحضارات الأخرى التى قامت على أرض مصر.
 - (3) أن يكون الأثر قد أنتج أو نشأ على أرض مصر أو له صلة تاريخية بها.
- وتعتبر رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها فى حكم الأثر الذى يتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون.

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (2) :

يجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة أن يعتبر أى عقار أو منقول ذا قيمة تاريخية أو علمية أو دينية أو فنية أو أدبية أثرا متى كانت للدولة مصلحة قومية فى حفظه وصيانته وذلك دون التقيد بالحد الزمنى الوارد بالمادة السابقة ويتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون وفى هذه الحالة يعد مالك الأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير به، وذلك من تاريخ إبلاغه بهذا القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول.

مادة (3) :

تعتبر أرضاً أثرية الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بهذا القانون أو التي يصدر باعتبارها كذلك قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة. ويجوز بقرار من = رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة إخراج أية أرض من عداد الأراضي الأثرية أو أراضي المنافع العامة للآثار إذا ثبت للمجلس خلوها من الآثار، أو أصبحت خارج أراضي خط التجميل المعتمد للآثر.

مادة (4):

"المباني الأثرية، هي تلك التي سجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بهذا القانون أو التي يصدر بتسجيلها قرار باعتبارها أثراً وفقاً لأحكام هذا القانون. ويجوز للمجلس - متى كانت للدولة مصلحة قومية في ذلك يقدرها مجلس الإدارة - أن يقوم بتوفيق أوضاع المستأجرين للأماكن التاريخية أو المواقع الأثرية التي لم يتقرر نزع ملكيتها وإنهاء العلاقة الإيجارية خلال عام من تاريخ الإجراء الذي يصدر لتوفيق الأوضاع، وذلك بإيجاد أماكن بديلة مناسبة لهم أو تعويضهم تعويضاً عادلاً".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (5):

"مع مراعاة حكم المادة 32 من هذا القانون، يختص المجلس دون غيره بشئون الآثار وكل ما يتعلق بها سواء كانت في متاحفه أو مخازنه وفي المواقع والمناطق الأثرية أو فوق سطح الأرض أو في باطنها أو في المياه الداخلية أو الإقليمية المصرية أو أي أثر عثر عليه بطريق المصادفة، وكذلك البحث والتنقيب في الأراضي حتى لو كانت مملوكة للغير، أو أي نشاط ثقافي أو سياحي أو دعائي أو ترويجي يتعلق بشئون الآثار يقام على المواقع الأثرية أو في داخل حرم الأثر.

وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون ممارسة هذه الأنشطة وبما يحقق تأهيل وتأمين المنطقة الأثرية".

مادة (5 مكرراً):

للمجلس الحق فى إنهاء العلاقة التعاقدية لأى من الإشغالات سواء كانت سكنية أو تجارية أو صناعية أو غيرها من الإشغالات بالمواقع والمناطق الأثرية أيا كان طرفا العلاقة وذلك مقابل تعويض عادل، ويحظر تواجد الباعة الجائلين وأى نوع من أنواع = الدواب فى المناطق الأثرية إلا فى المواقع وبالشروط والضوابط التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

(مضافة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (6):

"تعتبر من الأموال العامة جميع الآثار العقارية والمنقولة والأراضى التى أعتبرت أثرية عدا ما كان وقفا أو ملكا خاصا فيجوز تملكه وحيازته والتصرف فيه فى الأحوال والشروط المنصوص عليها فى هذا القانون ولائحته التنفيذية".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (7):

"تنشأ بالمجلس لجنتان دائمتان إحداهما للآثار المصرية واليونانية والرومانية والثانية للآثار الإسلامية والقبطية واليهودية، وتحدد اللائحة التنفيذية تشكيل واختصاص هاتين اللجنتين".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (8):

"يحظر الاتجار فى الآثار. وفى حالات الملكية الخاصة وفقا لأحكام هذا القانون أو الحيازة القائمة قانونا وقت العمل بهذا القانون أو التى تنشأ وفقا لأحكامه لا يجوز لمالك أو حائز الأثر التصرف فيه للغير أو إتلافه أو تركه، إلا بموافقة كتابية من المجلس، خلال ستين يوما على الأقل، وذلك وفقا للإجراءات والشروط والضوابط التى يصدر بها قرار من الوزير، وإلا كان العمل غير مشروع.

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

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

وعلى كل من يملك قطعاً أثرية وفقاً لأحكام هذا القانون أن يخطر بها المجلس خلال ستة أشهر تبدأ من أول مارس سنة 2010، على أن يلتزم بالمحافظة عليها حتى يقوم المجلس بتسجيلها.

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

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (9) :

(ملغاة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (10) :

"يجوز بقرار من رئيس الجمهورية، عرض بعض الآثار - غير المتفرقة والتي تحددها اللجان المختصة - في الخارج لمدة محددة وكذا تبادل بعض الآثار المنقولة المكررة مع الدول أو المتاحف أو المعاهد العلمية العربية أو الأجنبية، بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمينها تأميناً كافياً".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (11) :

للمجلس الأعلى للآثار حق قبول التنازل من قبل الهيئات والأفراد عن ملكية عقاراتهم التاريخية عن طريق الهبة أو البيع بثمن رمزي أو الوضع تحت تصرف المجلس لأجل لا يقل عن خمسين سنة، متى كانت للدولة مصلحة قومية في ذلك.

مادة (12) :

يتم تسجيل الأثر بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة بناءً على اقتراح مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار ويعلن القرار الصادر بتسجيل الأثر العقاري إلى مالكه أو المكلف باسمه بالطريق الإداري وينشر في الوقائع المصرية ويؤشر بذلك على هامش تسجيل العقار في الشهر العقاري.

مادة (13) :

ومع عدم الإخلال بحق مالك الأثر في التعويض العادل، يترتب على تسجيل الأثر العقارى وإعلان المالك بذلك طبقاً لأحكام المادة السابقة الأحكام الآتية:

- 1- عدم جواز هدم العقار كله أو بعضه أو إخراج جزء منه من جمهورية مصر العربية. =
 - 2- عدم جواز نزع ملكية الأرض أو العقار، أما الأراضى المتاخمة له فيجوز نزع ملكيتها بعد موافقة الوزير المختص بشئون الثقافة، بناء على اقتراح المجلس الأعلى للآثار.
 - 3- عدم جواز ترتيب أى حق ارتفاق للغير على العقار.
 - 4- عدم جواز تجديد العقار أو تغيير معالمه على أى وجه إلا بترخيص من رئيس المجلس بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة ويكون إجراء الأعمال التى رخص بها تحت الإشراف المباشر لمندوب المجلس.
 - فإذا أجرى صاحب الشأن عملاً من الأعمال بغير الترخيص المشار إليه قام المجلس بإعادة الحال إلى ما كانت عليه على نفقة المخالف مع عدم الإخلال بالحق فى التعويض وعدم الإخلال بالعقوبات المقررة فى هذا القانون.
 - 5- التزام المالك بالحصول على موافقة كتابية من المجلس الأعلى للآثار عن كل تصرف يرد على العقار مع ذكر اسم المتصرف إليه ومحل إقامته، وعليه عند التصرف فيه إبلاغ من حصل التصرف له أن العقار مسجل. وعلى المجلس الأعلى للآثار أن يبدى رأيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بطلب التصرف ويعتبر انقضاء هذا الميعاد بغير رد بمثابة قرار بالرفض.
 - 6- للمجلس الأعلى للآثار أن يباشر فى أى وقت على نفقته ما يراه من الأعمال لازماً لصيانة الأثر وتظل هذه الأحكام سارية ولو أصبح ما بالعقار من أثر منقولاً.
- (معدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

وقد سبق أن قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1999/5/2 فى القضية رقم 182 لسنة 19 قضائية "دستورية" بعدم دستورية المادة 13 من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم 117 لسنة 1983 فى مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثر.

مادة (14):

يجوز بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار وبعد أخذ رأى اللجنة الدائمة للآثار شطب تسجيل الأثر الثابت أو جزء منه،

وينشر قرار الشطب فى الوقائع المصرية ويبلغ إلى الأفراد والجهات التى أبلغت من قبل بتسجيله ويثبت ذلك على هامش تسجيل الأثر بالمجلس الأعلى للآثار وعلى هامش تسجيل العقار فى مصلحة الشهر العقارى.

=

= مادة (15):

لا يترتب على أى استغلال قائم من قبل الأفراد أو الهيئات لموقع أثرى أو أرض أو بناء ذى قيمة تاريخية أى حق فى تملكه بالتقادم، ويحق للمجلس الأعلى للآثار كلما رأى ضرورة لذلك إخلاءها مقابل تعويض عادل.

= مادة (16):

"المجلس الأعلى للتخطيط والتنمية العمرانية بناء على اقتراح الوزير ومقابل تعويض عادل ترتيب حقوق إرتفاق على العقارات المجاورة للمواقع الأثرية والمباني التاريخية فى حدود حرم الأثر لضمان المحافظة على خصائصها الفنية أو مظهرها العام، ويحدد القرار الصادر بذلك العقارات أو أجزاء العقارات التى يترتب عليها حق أو أكثر من حقوق الإرتفاق ونطاق هذا الحق والقيود التى ترد على حق المالك أو الحائز تبعاً لذلك".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

= مادة (17):

"مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون أو أى قانون آخر يكون لرئيس المجلس أو للأمين العام - دون غيرهما - بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة إصدار قرار إزالة لأى تعد على أى موقع أو عقار أثرى بالطريق الإداري، على أن تخطر المحافظة بالقرار وتتولى الأجهزة المحلية المختصة تنفيذ قرار الإزالة بتأمين من الشرطة خلال فترة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ إخطار الأجهزة المحلية بالقرار وإلا كان للمجلس أن يقوم بتنفيذ القرار بواسطة أجهزته أو غيرها من الأجهزة بناء على طلبه وتأمين من الشرطة، ويتم ذلك على نفقة المخالف".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

= مادة (18):

يجوز نزع ملكية الأراضى المملوكة للأفراد لأهميتها الأثرية كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الاستيلاء عليها مؤقتاً إلى أن تتم إجراءات نزع الملكية وتعتبر الأرض فى حكم

الأثار من تاريخ الاستيلاء المؤقت عليها ولا يدخل فى تقدير التعويض احتمال وجود آثار
فى الأرض المنزوعة ملكيتها.

=

= مادة (19) :

يجوز للوزير المختص بشئون الثقافة بناء على طلب مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار
إصدار قرار بتحديد خطوط التجميل للآثار العامة والمناطق الأثرية، وتعتبر الأراضى
الواقعة داخل تلك الخطوط أرضاً أثرية تسرى عليها أحكام هذا القانون.

= مادة (20) :

مع مراعاة الاشتراطات الخاصة التى تصدر من المجلس الأعلى للتخطيط والتنمية
العمرانية بناء على عرض الوزير لا يجوز منح رخص للبناء فى الموقع أو الأراضى
الأثرية ويحظر على الغير إقامة منشآت أو مدافن أو شق قنوات أو إعداد طرق أو الزراعة
فيها أو فى المنافع العامة للآثار أو الأراضى الداخلة ضمن خطوط التجميل المعتمدة.
كما لا يجوز غرس أشجار بها أو قطعها أو رفع أنقاض منها أو أخذ أتربة أو أسمدة أو
رمال أو إجراء غير ذلك من الأعمال التى يترتب عليها تغيير فى معالم هذه المواقع
والأراضى إلا بترخيص من المجلس الأعلى للآثار وتحت إشرافها.

ويسرى حكم الفقرة السابقة على الأراضى المتاخمة التى تقع خارج نطاق المواقع المشار
إليها فى الفقرة السابقة والتى تمتد حتى مسافة ثلاثة كيلو مترات فى المناطق المأهولة أو
لمسافة يحددها المجلس الأعلى للآثار بما يحقق حماية بيئة الأثر فى غيرها من المناطق.
ويجوز بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة تطبيق أحكام هذه المادة على الأراضى
التي يتبين المجلس الأعلى للآثار بناء على الدراسات التى يجريها احتمال وجود آثار فى
باطنهما، كما يسرى حكم هذه المادة على الأراضى الصحراوية وعلى المناطق المرخص
بعمل محاجر فيها.

(معدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

= مادة (21) :

يتعين أن تراعى مواقع الآثار والأراضى الأثرية والمبانى والمواقع ذات الأهمية التاريخية
عند تغيير تخطيط المدن والأحياء والقرى التى توجد بها ولا يجوز تنفيذ التخطيط
المستحدث أو التوسع أو التعديل فى المناطق الأثرية والتاريخية وفى زمامها إلا بعد موافقة

المجلس الأعلى للآثار كتابة على ذلك مع مراعاة حقوق الارتفاق التى يرتبها المجلس
= الأعلى للآثار.

= وعلى المجلس الأعلى للآثار أن يبدى رأيه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العرض عليه فإذا
لم يبد رأيه خلال هذه المدة جاز عرض الأمر على الوزير المختص بشئون الثقافة ليصدر
قراراً فى هذا الشأن.

مادة (22) :

مع مراعاة الاشتراطات الخاصة التى تصدر عن المجلس الأعلى للتخطيط والتنمية
العمرانية، للجهة المختصة - بعد أخذ موافقة المجلس الأعلى للآثار - الترخيص بالبناء
فى الأماكن المتاخمة للمواقع الأثرية داخل المناطق المأهولة.
وعلى الجهة المختصة أن تضمن الترخيص بالشروط التى يرى المجلس أنها تكفل إقامة
المبنى على وجه ملائم لا يطغى على الأثر أو يفسد مظهره ويضمن له حرماً مناسباً مع
مراعاة المحيط الأثرى والتاريخى والمواصفات التى تضمن حمايته. وعلى المجلس الأعلى
للآثار أن يبدى رأيه فى طلب الترخيص خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه إليه وإلا اعتبر
فوات هذه المدة قراراً بالرفض.

(معدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (23) :

على كل شخص يعثر على أثر عقارى غير مسجل أن يبلغ المجلس الأعلى للآثار به.
ويعتبر الأثر ملكاً للدولة. وعلى المجلس الأعلى للآثار أن يتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة
عليه وله خلال ثلاثة أشهر إما رفع هذا الأثر الموجود فى ملك الأفراد، أو اتخاذ الإجراءات
لنزاع ملكية الأرض التى وجد فيها أو إبقائه فى مكانه مع تسجيله طبقاً لأحكام هذا القانون ولا
يدخل فى تقدير قيمة الأرض المنزوع ملكيتها قيمة ما بها من آثار.
وللمجلس الأعلى للآثار أن يمنح من أرشد عن الأثر مكافأة تحددها اللجنة الدائمة
المختصة إذا رأت أن هذا الأثر ذو أهمية خاصة.

مادة (24) :

على كل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو يعثر على جزء أو أجزاء من أثر ثابت فيما
يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب سلطة إدارية خلال ثمان وأربعين ساعة من

العثور عليه وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه السلطة المختصة وإلا اعتبر حائزا لأثر بدون ترخيص، وعلى السلطة المذكورة إخطار المجلس الأعلى للأثار بذلك فوراً. =
= وبصبح الأثر ملكا للدولة وللـمجلس الأعلى للأثار إذا قدر أهمية الأثر أن يمنح من عثر عليه وأبلغ عنه مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة.
مادة (25) :

"يتولى تقدير التعويض المنصوص عليه فى المواد (4) و (5 مكررا) و (8) و (13) و (15) و (16) و (18) من هذا القانون لجنة تشكل بقرار من الوزير، يمثل فيها مجلس الإدارة وتحمل الخزانة العامة للدولة التعويضات المشار إليها، ولذوى الشأن التظلم من تقدير اللجنة إلى الوزير خلال ستين يوما من تاريخ إبلاغهم بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول بقيمة التعويض وإلا أصبح التقدير نهائيا.
وفى جميع الأحوال تسقط دعوى التعويض إذا لم ترفع خلال ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة التقدير نهائيا".
(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

الباب الثانى

تسجيل الآثار وصيانتها والكشف عنها

مادة (26) :

يتولى المجلس الأعلى للأثار حصر الآثار الثابتة والمنقولة وتصويرها ورسمها وتسجيلها وتجميع البيانات المتعلقة بها فى السجلات المعدة لذلك ويتم التسجيل طبقا للأحكام والشروط التى يصدر بها قرار من مجلس إدارة المجلس الأعلى للأثار، ويعتبر مسجلا منها الآثار المقيمة فى تاريخ العمل بهذا القانون بالسجلات المخصصة لها.
ويعمل المجلس على تعميم المسح الأثرى للمواقع والأراضى الأثرية وتحديد مواضعها ومعالمها وإثباتها على الخرائط مع موافاة كل من الوحدة المحلية المختصة والهيئة العامة للتخطيط العمرانى بصورة منها لمراجعاتها عند إعداد التخطيط العام.
ويعد المجلس تسجيلا للبيانات البيئية والعمرانية والعوامل المؤثرة فى كل موقع أثرى تبعا لأهميته.

مادة (27) :

يتولى المجلس الأعلى للأثار إعداد المعالم والمواقع الأثرية والمباني التاريخية المسجلة

للزيارة والدراسة بما لا يتنافى مع تأمينها وصيانتها، وتعمل على إظهار خصائصها ومميزاتها الفنية والتاريخية.

= كما يستخدم المجلس إمكانيات المواقع والمتاحف الأثرية فى تنمية الوعي الأثرى بكل الوسائل.

مادة (28) :

تحفظ الآثار المنقولة، وما تتطلب الاعتبارات الموضوعية نقله من الآثار المعمارية وتوضع فى متاحف المجلس الأعلى للآثار، ويتولى المجلس تنظيم العرض فيها وإدارتها بالأساليب العلمية، وصيانة محتوياتها ومباشرة وسائل الحماية والأمن الضرورية لها، وإقامة معارض داخلية مؤقتة تتبعها.

وللمجلس أن يعهد للجامعات المصرية بتنظيم وإدارة المتاحف الكائنة بها، وبكلياتها مع ضمان تسجيلها وتأمينها.

وتعتبر متاحف ومخازن الآثار فى كل هذه الأحوال من أملاك الدولة العامة.

مادة (29) :

يتولى المجلس الأعلى للآثار الحفاظ على الآثار والمتاحف والمخازن والمواقع والمناطق الأثرية والمباني التاريخية كما يتولى حراستها عن طريق الشرطة المختصة والخبراء والحراس الخصوصيين المعتمدين منها وفقا للقواعد المنظمة لذلك. ويضع المجلس حدا أقصى لامتناد كل تفتيش للآثار بما يكفل سهولة التحرك فى منطقته ومراقبة آثارها.

ويحدد بقرار من مجلس إدارة المجلس محيط كل موقع أثرى يتولى المجلس حراسته، ويجوز - بعد أخذ رأى وزارة السياحة- أن يتضمن هذا القرار فرض رسم لدخول هذا الموقع وذلك بحد أقصى خمسة جنيهات للمصريين ومائة جنيه أو ما يعادلها من العملات الحرة بالنسبة إلى الأجانب، ولا يخل هذا الرسم بالرسوم المقررة طبقا للمادة (39) من هذا القانون (الفقرة مستبدلة بالقانون رقم 12 لسنة 1991).

مادة (30) :

يختص المجلس الأعلى للآثار دون غيره بأعمال الصيانة والترميم اللازمة لجميع الآثار والمواقع والمناطق الأثرية والمباني التاريخية المسجلة.

ويتحمل كل من وزارة الأوقاف وهيئة الأوقاف المصرية وهيئة الأوقاف القبطية نفقات ترميم وصيانة العقارات الأثرية والتاريخية التابعة المسجلة لها.

كما يتحمل المجلس الأعلى للآثار بنفقات ترميم المباني التاريخية المسجلة التى فى حيازة الأفراد والهيئات الأخرى ما لم يكن سبب الترميم قد نشأ عن سوء استعمال من = الحائز حسبما تقرره اللجنة الدائمة المختصة، وفى هذه الحالة يتحمل الحائز قيمة مصاريف الترميم.

ويجوز لرئيس مجلس إدارة المجلس بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة أن يرخص للهيئات والبعثات العلمية المتخصصة بأداء عمليات الترميم والصيانة، تحت إشراف المجلس كما يجوز الترخيص كتابة بها للأفراد المتخصصين.

مادة (31):

يرتب المجلس الأعلى للآثار أولويات التصريح للبعثات والهيئات بالتنقيب عن الآثار بدءاً بالمناطق الأكثر تعرضاً لأخطار البيئة والأكثر تأثراً بمشروعات الدولة فى الامتداد العمرانى وفق جدول زمنى وموضوعى يقرره مجلس إدارة المجلس.

مادة (32):

"يتولى المجلس الكشف عن الآثار الكائنة فوق سطح الأرض، والتنقيب عما هو موجود منها تحت سطح الأرض وفى المياه الداخلية أو الإقليمية المصرية، ويجوز لمجلس الإدارة طبقاً للصوابط والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وبعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة أن يرخص للهيئات العلمية المتخصصة والجامعات الوطنية منها والأجنبية بالبحث عن الآثار أو التنقيب عنها فى مواقع معينة ولفترات محددة بترخيص خاص غير قابل للنزول عنه للغير، ولا يمنح هذا الترخيص إلا بعد التحقق من توافر الكفاية العلمية والفنية والمالية والخبرة الأثرية العملية للمجلس أو الجامعة طالبة الترخيص، ويسرى هذا الحكم حتى وإن كان البحث أو التنقيب فى أرض غير أثرية.

ويكون للجهة المرخص لها دراسة الآثار التى اكتشفتها رسمها وتصويرها خلال مدة الترخيص، كما يكون لها النشر العلمى الكامل عنها لمدة خمس سنوات من تاريخ أول كشف لها فى الموقع".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (33):

يصدر مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار قرارا بالاشتراطات والالتزامات التى يجب مراعاتها وتنفيذها فى تراخيص الحفر بحيث يتضمن الترخيص بياناً بحدود المنطقة التى يجرى البحث فيها، والمدة المصرح بها، والحد الأدنى للعمل بها، والتأمينات الواجب = إيداعها لصالح المجلس وشروط مباشرة الحفر، مع الاقتصار على منطقة معينة حتى إتمام العمل بها، والالتزام بالتسجيل المتتابع والمتكفل بالحراسة والصيانة وتزويد المجلس بتسجيل متكامل وتقرير علمى شامل عن الأعمال محل الترخيص.

مادة (34):

يخضع الترخيص للبعثات الأجنبية بالكشف والتنقيب عن الآثار للقواعد الآتية:

(أ) التزام كل بعثة بترميم وصيانة ما تقوم بالكشف عنه من الآثار المعمارية والآثار المنقولة، أولاً بأول وقبل أن تنتهى مواسم عملها، وذلك بإشراف الأجهزة المختصة فى المجلس الأعلى للآثار وبالتعاون معه.

(ب) اقتراح خطة كل بعثة أجنبية لأعمال التنقيب الأثرى فى مصر بخطة مكملة لها تقوم فيها البعثة بعمل من أعمال الترميم للآثار القائمة التى سبق الكشف عنها، أو ما يناسب استعادتها من أعمال المسح أو الحصر والتسجيل الأثرية للمنطقة التى تعمل بها أو بقرىها، ويتم ذلك بموافقة المجلس أو بالمشاركة معها.

(ج) أن يكون تقييم أعمال الجهة المرخص لها بالتنقيب بمعرفة اللجنة الدائمة المختصة. (معدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (35):

"تكون جميع الآثار المكتشفة التى تعثر عليها بعثات الحفائر العلمية الأجنبية والمصرية ملكاً للدولة".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (36):

"تسرى على النماذج الأثرية التى ينتجها المجلس وصور القطع والمواقع الأثرية المملوكة له جميع حقوق الملكية الفكرية والعلامة التجارية وحماية استغلالها لصالحه والمنصوص عليها فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر بالقانون رقم 82 لسنة 2002 وتضع اللائحة التنفيذية الضوابط المقررة فى هذا الشأن".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (36 مكرراً):

للمجلس فى سبيل تحقيق أهدافه أن ينشئ وحدات إنتاجية ذات طبيعة خاصة تحدد اللائحة التنفيذية القواعد الخاصة بإنشائها ونظام عملها.

=

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

= مادة (37) :

يجوز بقرار من مجلس إدارة المجلس إنهاء تراخيص العمل الممنوحة للهيئات والبعثات فى الحفائر لمخالفات وقعت منها أثناء العمل. ومع عدم الإخلال بالعقوبات المقررة للاستيلاء على الآثار دون وجه حق أو تهريبها يكون للمجلس حرمان أية بعثة أثرية أو أى متحف آثار خارجى من مزاوله الحفائر الأثرية فى جمهورية مصر العربية لمدة لا تقل عن خمس سنوات إذا ثبت اشتراك أحد أفرادها أو إعانته على ارتكاب أية جريمة من الجرائم المشار إليها بهذا القانون.

= مادة (38) :

يعفى المجلس الأعلى للآثار وبعثات الجامعات المصرية من أداء الرسوم الجمركية من الأدوات والمعدات والأجهزة التى تستوردها من الخارج لأعمال الحفائر وترميم الأبنية الأثرية والتاريخية وتجهيز المتاحف ومراكز الآثار التابعة لها والعروض الفنية والأثرية. كما تقوم مصلحة الجمارك بالإفراج المؤقت عن الأدوات والأجهزة التى تدخلها إلى البلاد، البعثات الأجنبية للحفائر والترميم والدراسات الطبيعية بالآثار لاستخدامها فى أغراضها، وتعفى هذه البعثات نهائيا من أداء الرسوم الجمركية إذا تصرفت أو تنازلت عن هذه الأدوات أو الأجهزة للمجلس الأعلى للآثار أو للبعثات الأثرية بالجامعات المصرية وتتحمل البعثة بقيمة الرسوم الجمركية المقررة إذا تصرفت فى الأدوات أو الأجهزة بعد انتهاء عملها إلى غير هذه الجهات.

= مادة (39) :

"تحدد بقرار من الوزير بعد موافقة مجلس الإدارة رسوم زيارة المتاحف والمناطق الأثرية للمصريين والأجانب، وذلك بما لا يتجاوز مبلغ ألف جنيه بالنسبة إلى المصريين، ومبلغ خمسة آلاف جنيه أو ما يعادلها من العملات الحرة بالنسبة إلى الأجانب".

(مستبدلة بالقانون رقم 12 لسنة 1991 ثم بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

الباب الثالث

العقوبات

مادة (40) :

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقررها قانون العقوبات أو أى قانون آخر يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون بالعقوبات المبينة فى المواد التالية:

= مادة (41) :

"يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه كل من قام بتهريب أثر إلى خارج الجمهورية مع علمه بذلك، ويحكم فى هذه الحالة بمصادرة الأثر محل الجريمة وكذلك الأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة فيها لصالح المجلس".

(معدلة بالقانون 95 لسنة 2003 ثم بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (42) :

"يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه كل من سرق أثرا أو جزءا من أثر سواء أكان الأثر من الآثار المسجلة المملوكة للدولة أو المعدة للتسجيل أو المستخرجة من الحفائر الأثرية للمجلس أو من أعمال البعثات والهيئات والجامعات المصرح لها بالتنقيب بقصد التهريب. وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنين كل من قام بإخفاء الأثر أو جزء منه بقصد التهريب. ويحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الأثر والأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة فى الجريمة لصالح المجلس. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من قام بالآتي:

1- هدم أو أتلف عمدا أثرا منقولاً أو ثابتاً أو شوهه أو غير معالمه أو فصل جزءا منه عمدا.

2- أجرى أعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار دون ترخيص.

وتكون العقوبة فى الحالات السابقة السجن والغرامة التى لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مائتين وخمسين ألف جنيه إذا كان الفاعل من العاملين بالمجلس أو من مسئولى أو موظفى أو عمال بعثات الحفائر أو من المقاولين المتعاقدين مع المجلس أو من عمالهم.

(معدلة بالقانون رقم 95 لسنة 2003 ثم القانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (42 مكررا) :

"يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز

مائتين وخمسين ألف جنيه، كل من سرق أثرا أو جزءا من أثر مملوك للدولة. وفضلا عن =
 عقوبة الغرامة تكون العقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات كل من قام بإخفاء الأثر أو
 جزء منه إذا كان متحصلا من أية جريمة. وفي جميع الأحوال يحكم بمصادرة الأثر والأجهزة
 والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة في الجريمة لصالح المجلس الأعلى للأثار.
(مضافة بالقانون رقم 61 لسنة 2010).

مادة (43) :

- "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة
 آلاف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من قام بالآتي:
- 1- نقل بغير إذن كتابي صادر من المجلس أثرا مملوكا للدولة أو مسجلا أو نزع عمدا من مكانه.
 - 2- حول المباني أو الأراضي الأثرية أو جزءا منها إلى مسكن أو حظيرة أو مخزن أو مصنع أو زرعها، أو أعدها للزراعة أو غرس فيها أشجارا أو اتخذها جرنا أو شق بها مصارف أو مساقى أو أقام بها أية إشغالات أخرى أو اعتدى عليها بأية صورة كانت بدون ترخيص طبقا لأحكام هذا القانون.
 - 3- زيف أثرا بقصد الاحتيال."
- (مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)**

مادة (44) :

"يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (43) من هذا القانون أو بإحداهما كل من خالف
 حكما من أحكام المواد (6) و (8) و (13) و (17) و (20) من هذا القانون وفي جميع
 الأحوال يحكم بمصادرة الأثر محل الجريمة والأجهزة والأدوات والآلات والسيارات
 المستخدمة فيها لصالح المجلس".
(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

مادة (44 مكررا) :

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على
 عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف نص المواد 5 مكررا، 24، 36
 من هذا القانون، وفي جميع الأحوال يحكم بمصادرة الأجهزة والأدوات والآلات محل
 الجريمة لصالح المجلس.

=

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

= مادة (45) :

"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على خمسين

ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

- 1- وضع على الأثر إعلانات أو لوحات للدعاية.
 - 2- كتب أو نقش على الأثر أو وضع دهانات عليه.
 - 3- شوه أو أتلّف بطريق الخطأ أثرا عقاريا أو منقولاً أو فصل جزءا منه.
 - 4- استولى على أنقاض أو رمال أو مواد أخرى من موقع أثري أو أراضى أثرية بدون ترخيص من المجلس. أو تجاوز شروط الترخيص الممنوح له فى المحاجر وأضاف إلى الأرض أو الموقع الأثرى رمال أو نفايات أو موادا أخرى.
- وفى جميع الأحوال يحكم بالإلزام الجانى بالتعويض عن الأضرار التى تنشأ عن المخالفة".

(مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (45) مكررا:

يعفى من العقوبة المنصوص عليها فى المادتين (41) و (42) من هذا القانون من يقوم بإبلاغ السلطات المختصة أو جهات التحقيق بالجريمة التى ارتكبها قبل الشروع فى التحقيق. ويجوز للمحكمة إعفاء الجانى من العقوبة إذا اعترف بالجريمة بحيث يودى ذلك الاعتراف إلى ضبط الآثار محل الجريمة أو المساعدة على استردادها سواء بالداخل أو بالخارج".

(مضافة بالقانون رقم 3 لسنة 2010)

مادة (46) :

يعاقب كل من يخالف المواد 18، 19، 20 من العاملين بالدولة بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه مع إلزامه بالتعويض عن الأضرار التى تنشأ عن المخالفة.

مادة (47) :

يحكم في حالة مخالفة المواد 7، 21، 22 بمصادرة الآثار لصالح المجلس الأعلى للآثار .

=

الباب الرابع

الأحكام الختامية

=

مادة (48) :

لرئيس مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار ومديرى الآثار ومديرى المتاحف وأمنائها وأمنائها المساعدين ومراقبى ومديرى المناطق الأثرية ومفتشى الآثار والمفتشين المساعدين صفة الضبطية القضائية فيما يتعلق بضبط الجرائم والمخالفات المنصوص عليها فى هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له .

مادة (49) :

تؤول إلى صندوق تمويل مشروعات الآثار والمتاحف بالمجلس الأعلى للآثار الغرامات المحكوم بها طبقا لأحكام هذا القانون والرسوم المقررة بالمادتين 29، 39 منه وللمجلس أن تمنح من حصيلة هذه المبالغ مكافآت يقدرها رئيس مجلس إدارة المجلس لمن ساهم فى الإرشاد أو ضبط المخالفات وذلك طبقا للشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار من مجلس الإدارة .

مادة (50) :

جميع المبالغ التى تستحق للمجلس تطبيقا لهذا القانون يجوز تحصيلها بطريق الحجز الإدارى .

مادة (51) :

يتولى المجلس تنسيق العمل مع الهيئات والجهات المختصة بالتخطيط والإسكان والسياحة والمرافق والأمن ومجالس المحافظات بما يكفل حماية الآثار والمتاحف والمباني التاريخية من الاهتزازات والاختناقات ومسببات الرشح والتلوث وأخطار الصناعة وتغيير المحيط التاريخى والأثرى وبما يحقق التوازن بين مطالب العمران وبين ضرورات صيانة الآثار والتراث .

مادة (52) :

يتولى المجلس تشكيل اللجان الفنية والأثرية التى تقوم بفحص القطع محل جرائم الآثار .

وتقوم هذه اللجان بإعداد التقارير الفنية والأثرية بنتائج الفحص وتقدمها إلى جهات التحقيق والمحاكم، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون إجراءات تشكيل تلك اللجان. (مضافة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

ونشر فيما يلي قانون إصدار القانون رقم 3 لسنة 2010

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

(المادة الأولى)

يستبدل بنصوص المادتين (الثانية والثالثة) من مواد قانون الإصدار، والمواد: (1، 4، 5، 6، 7، 8، 10، 16، 17، 25، 32، والبند ج من المادة 34، والمواد: 35، 36، 39، 41، 42، 43، 44، 45) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم 117 لسنة 1983، النصوص الآتية:

كما تستبدل كلمتي "المجلس" و "للمجلس" بكلمتي "الهيئة" و "للهيئة". وعبارة "رئيس المجلس" بعبارة "رئيس الهيئة" أينما وردت في قانون الآثار المشار إليه.

(المادة الثانية)

"في تطبيق أحكام هذا القانون والقانون المرافق، يقصد بكل من الكلمات والعبارات التالية، المعانى المبينة قرين كل منها:

- الوزير: الوزير المختص بالثقافة.
- المجلس: المجلس الأعلى للآثار.
- رئيس المجلس: وزير الثقافة رئيس مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار.
- مجلس الإدارة: مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار.
- الأمين العام: الأمين العام للمجلس الأعلى للآثار.
- اللجنة الدائمة المختصة: اللجنة الدائمة للآثار المصرية واليونانية والرومانية، أو اللجنة الدائمة للآثار الإسلامية والقبطية حسب الأحوال المنصوص عليها في القانون.
- حرم الأثر: الأماكن أو الأراضي الملاصقة للأثر، والتي تحددها اللجنة الدائمة المختصة

530- تعريف الآثار:

عرف القانون رقم 117 لسنة 1983 (بعد تعديله بالقانون رقم 3 لسنة

2010) الأثر بأنه كل عقار أو منقول متى توافرت فيه الشروط الآتية:

- 1- أن يكون نتاجا للحضارة المصرية أو الحضارات المتعاقبة أو نتاجا للفنون أو العلوم أو الآداب أو الأديان التى قامت على أرض مصر منذ عصور ما قبل التاريخ وحتى ما قبل مائة عام.
- 2- أن يكون ذا قيمة أثرية أو فنية أو أهمية تاريخية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارة المصرية أو غيرها من الحضارات الأخرى التى قامت على أرض مصر.

- 3- أن يكون الأثر قد أنتج أو نشأ على أرض مصر أو له صلة تاريخية بها. وتعتبر رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها فى حكم الأثر الذى يتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون (م 1 المستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

بما يحقق الحماية الكافية للأثر.

- أراضي المنافع العامة للآثار: هى الأراضى المملوكة للدولة والتى يثبت أنها أثرية لوجود شواهد أثرية بها.

= الأماكن أو الأراضى المتاخمة للأثر: الأماكن أو الأراضى التى تقع خارج نطاق المواقع أو الأماكن أو الأراضى الأثرية، والتى تمتد حتى المسافة التى يحددها المجلس ويصدر بها قرار من المجلس الأعلى للتخطيط والتنمية العمرانية سواء بالنسبة للمناطق المؤهلة أو غيرها بما يحقق حماية بيئة الأثر.

- خط التجميل المعتمد للأثر: هو المساحة التى تحيط بالأثر، وتمتد لمسافة يحددها المجلس بما يضمن عدم تشويه الناحية الجمالية للأثر، وتعامل هذه الأراضى معاملة الأراضى الأثرية".

(المادة الثالثة)

"يصدر الوزير اللائحة التنفيذية لهذا القانون وغيرها من القرارات اللازمة لتنفيذه".

ويجوز بقرار من رئيس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة أن يعتبر أى عقار أو منقول ذا قيمة تاريخية أو علمية أو دينية أو فنية أو أدبية أثرا متى كانت للدولة مصلحة قومية فى حفظه وصيانتة وذلك دون التقيد بالحد الزمنى سالف الذكر ويتم تسجيله وفقا لأحكام قانون حماية الآثار وفى هذه الحالة يعد مالك الأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير به، وذلك من تاريخ إبلاغه بهذا القرار بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول. (م2).

وتعتبر أرضا أثرية الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بالقانون أو التى يصدر باعتبارها كذلك قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة. ويجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة إخراج أية أراضى من عداد الأراضى الأثرية أو أراضى المنافع العامة للآثار إذا ثبت للهيئة خلوها من الآثار، أو أصبحت خارج أراضى خط التجميل المعتمد للآثر (م3).

والمباني الأثرية هى تلك التى سجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بالقانون رقم 3 لسنة 2010 أو التى يصدر بتسجيلها قرار باعتبارها أثرا وفقا لأحكام هذا القانون. ويجوز للمجلس الأعلى للآثار متى كانت للدولة مصلحة قومية فى ذلك يقدرها مجلس الإدارة أن يقوم بتوفيق أوضاع المستأجرين للأماكن التاريخية أو المواقع الأثرية التى لم يتقرر نزع ملكيتها وإنهاء العلاقة الإيجارية خلال عام من تاريخ الإجراء الذى يصدر لتوفيق الأوضاع، وذلك بإيجاد أماكن بديلة مناسبة لهم أو تعويضهم تعويضا عادلا (م4) مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

وقد قضت محكمة النقض – فى ظل القانون رقم 14 لسنة 1912 –

بأن:

1- "إن الفقرة العاشرة من المادة التاسعة من القانون المدني، إذا كانت نصت على "أن الآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية "يكون معتبرا بذاته من المنافع العامة، وكانت الفقرة الحادية عشرة منها قد ذكرت أن المال الثابت أو المنقول إذا تخصص بالفعل للمنفعة العامة كان عاما أيضا - إذا كان هذا هو نص القانون المدني، فإن المادة السادسة من قانون الآثار رقم 14 الصادر في 12 يونية سنة 1912 تجرى بأن "أراضي الحكومة المقررة أو التي سيتقرر أنها أثرية تعد جميعها من أملاك الحكومة العامة". وهذا النص واضح الدلالة على أن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر ذلك من قبل الحكومة، أي صدر به قرار من مجلس الوزراء أو على الأقل من قبل وزير الأشغال المكلف بتنفيذ هذا القانون فيما يخصه بمقتضى المادة الثانية والعشرين منه. فكل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قرارا من هذا القبيل فلا يمكن - في علاقة الحكومة بالجمهور - أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة. وإذن فلا يكفي لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ولا وصفها بأنها أثرية في قوائم المساحة والتحديد".

(طعن رقم 75 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/21)

2- "إن حكم المادة السادسة من القانون رقم 14 لسنة 1912 الخاص بالآثار ليس مقصورا على الأراضي التي تقرر الحكومة بعد صدوره أنها أثرية بل يتناول أيضا - كما هو صريح نصها - الأراضي التي سبق أن قررت الحكومة، أي مجلس الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار، أن لها هذه الصفة. فالقرار الصادر من وزير الأشغال قبل صدور قانون الآثار باعتبار أرض معينة أرضا أثرية يكفي لينسحب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق".

(طعن رقم 82 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/15)

وواضح مما سلف أن الأثر قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً.

531- التمييز بين الأثر وبين الكنز واللقطة :

يختلف الأثر عن الكنز واللقطة فيما يلي:

1- أن الأثر قد يكون منقولاً أو عقاراً⁽¹⁾ أو أرضاً أثرية، أما الكنز واللقطة فلا يكونان إلا منقولاً.

2- أن الأثر وإن كان يشترك مع الكنز في أن كلا منهما مخبوء أو مدفون - في معظم الحالات -، إلا أن الأثر ليس له قيمة كالكنز، وإن كانت له طبيعة خاصة كما سنرى.

أما اللقطة فتكون ظاهرة وليست مخبوءة أو مدفونة.

532- الآثار تعد من الأموال العامة :

تعتبر من الأموال العامة جميع الآثار العقارية والمنقولة والأراضي التي اعتبرت أثرية عدا ما كان وقفاً أو ملكاً خاصاً فيجوز تملكه وحيازته والتصرف فيه في الأحوال والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية (م 60 المستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

ولما كانت الآثار من الأموال العامة، فإنه لا يمكن اعتبارها من الأشياء التي لا مالك لها حتى يمكن تملكها بالاستيلاء رغم وجود نص المادة 873 من التقنين المدني تحت عنوان الاستيلاء بالفصل الثاني.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الأولى من قانون الآثار والمادة 9 من القانون المدني الأهلى والمادة 25 من القانون المدني المختلط تعتبر الآثار من الأملاك العامة. فلا يجوز التباع في التمثال الأثرى، وبيعه وشراؤه باطلان. وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 117 لسنة 1983.

في حيازته، مهما كانت جنسيته، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده إليه. وليس له أن يحاج بنص المادة 87 من القانون المدني لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لاترد مطلقاً على الأملاك العامة".

(طعن رقم 44 لسنة 7 ق جلسة 1937/12/16)

533- آثار اعتبار الآثار من الأموال العامة :

لما كانت الآثار تعتبر من الأموال العامة فقد أحاطها المشرع بضروب الحصانة المختلفة التي يتمتع به هذا النوع من الأموال. ومن ذلك ما يأتي:

(أ) تنص المادة 12 من القانون على أن يتم تسجيل الأثر بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار ويعلن القرار الصادر بتسجيل الأثر إلى مالكة أو المكلف باسمه بالطريق الإداري وينشر في الوقائع المصرية ويؤشر بذلك على هامش تسجيل العقار في الشهر العقاري.

وتنص المادة (3) (المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010) على أنه: مع عدم الإخلال بحق مالك الأثر في التعويض العادل يترتب على تسجيل الأثر العقاري وإعلان المالك بذلك طبقاً لأحكام المادة السابقة الأحكام الآتية:

1- عدم جواز هدم العقار كله أو بعضه أو إخراج جزء منه من جمهورية مصر العربية.

2- عدم جواز نزع ملكية الأرض أو العقار، أما الأراضي المتاخمة له فيجوز نزع ملكيتها بعد موافقة - الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة.

كما تحظر على الغير إقامة منشآت أو مدافن أو شق قنوات أو إعداد طرق أو الزراعة فيها أو في المناطق العامة للآثار أو الأراضي الداخلة ضمن خطوط التجميل المعتمدة.

كما تحظر غرس أشجار بها أو قطعها أو رفع أنقاض منها أو أخذ أتربة أو أسمدة أو رمال أو إجراء غير ذلك من الأعمال التى يترتب عليها تغيير فى معالم هذه المواقع والأراضى إلا بترخيص من الهيئات وتحت إشرافها.

ويسرى ما تقدم على الأراضى المتاخمة التى تقع خارج نطاق المواقع المشار إليها والتى تمتد حتى مسافة ثلاثة كيلو مترات فى المناطق غير المأهولة ولمسافة تحددها الهيئة بما يحقق حماية بيئة الأثر فى غيرها من المناطق.

ويجوز بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة تطبيق أحكام هذه المادة على الأراضى التى يتبين للهيئة بناء على الدراسات التى تجربها احتمال وجود آثار فى باطنها كما يسرى حكم هذه المادة على الأراضى الصحراوية وعلى المناطق المرخص بعمل محاجر فيها.

(ج) تنص المادة 15 من القانون على أنه لا يترتب على أى استغلال قائم من قبل الأفراد أو الهيئات لموقع أثرى أو أرض أو بناء ذى قيمة تاريخية أى حق فى تملكه بالنقادم ويحق للهيئة كلما رأت ضرورة لذلك إخلاءها مقابل تعويض عادل.

(د) تنص المادة 21 من القانون على أنه يتعين أن تراعى مواقع الآثار والأراضى الأثرية والمبانى والمواقع ذات الأهمية التاريخية عند تغيير تخطيط المدن والأحياء والقرى التى توجد بها ولا يجوز تنفيذ التخطيط المستحدث أو التوسع أو التعديل فى المناطق الأثرية والتاريخية وفى زمامها إلا بعد موافقة هيئة الآثار كتابة على ذلك مع مراعاة حقوق الارتفاق التى ترتبها الهيئة.

534- العثور على الأثر:

أوجبت المادة 23 من القانون على كل شخص يعثر على أثر عقارى غير مسجل أن يبلغ المجلس الأعلى للآثار به. ويعتبر الأثر ملكا للدولة وعلى المجلس أن يتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه وله خلال ثلاثة أشهر إما رفع الأثر

الموجود فى ملك الأفراد، أو اتخاذ الإجراءات لنزع ملكية الأرض التى وجد فيها أو إبقائه فى مكانه مع تسجيله طبقاً لأحكام هذا القانون ولا يدخل فى تقدير قيمة الأرض المنزوع ملكيتها قيمة ما بها من آثار.

وللمجلس أن يمنح من أرشد عن الأثر مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة إذا رأت أن هذا الأثر ذو أهمية خاصة.

كما تنص المادة 24 من القانون على أن: على كل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو يعثر على جزء أو أجزاء من أثر ثابت فيما يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب سلطة إدارية خلال ثمان وأربعين ساعة من العثور عليه وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه السلطة المختصة وإلا اعتبر حائزاً للأثر بدون ترخيص، وعلى السلطة المذكورة إخطار هيئة الآثار المصرية بذلك فوراً.

ويصبح الأثر ملكاً للدولة وللجنة الأعلى للآثار إذا قدر أهمية الأثر أن يمنح من عثر عليه وأبلغ عنه مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة.

535- الإشراف على الآثار:

مع مراعاة حكم المادة 32 من القانون، يختص المجلس الأعلى للآثار⁽¹⁾ دون غيره بشئون الآثار وكل ما يتعلق بها سواء كانت فى متاحفه أو مخازنه وفى المواقع والمناطق الأثرية أو فوق سطح الأرض أو فى باطنها أو فى المياه الداخلية أو الإقليمية المصرية أو أى أثر عثر عليه بطريق المصادفة. وكذلك البحث والتنقيب فى الأراضى حتى لو كانت مملوكة للغير، أو أى نشاط ثقافى أو سياحى أو دعائى أو ترويجى يتعلق بشئون الآثار يقام على المواقع الأثرية أو فى داخل حرم الأثر.

وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون ممارسة هذه الأنشطة وبما يحقق تأهيل

(1) حل هذا المجلس محل هيئة الآثار المصرية بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم 82 لسنة

1994 والقانون رقم 3 لسنة 2010.

وتأمين المنطقة الأثرية (م5 مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010).

والمادة 32 المشار إليها مستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010- تنص على

أن:

"يتولى المجلس الكشف عن الآثار الكائنة فوق سطح الأرض، والتتقيب عما هو موجود منها تحت سطح الأرض وفي المياه الداخلية أو الإقليمية المصرية، ويجوز لمجلس الإدارة طبقا للضوابط والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وبعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة أن يرخص للهيئات العلمية المتخصصة والجامعات الوطنية منها والأجنبية بالبحث عن الآثار أو التتقيب عنها في مواقع معينة ولفترات محددة بترخيص خاص غير قابل للنزول عنه للغير، ولا يمنح هذا الترخيص إلا بعد التحقق من توافر الكفاية العلمية والفنية والمالية والخبرة الأثرية العملية للهيئة أو الجامعة طالبة الترخيص، ويسرى هذا الحكم حتى وإن كان البحث أو التتقيب في أرض غير أثرية.

ويكون للجهة المرخص لها دراسة الآثار التي اكتشفتها ورسمها وتصويرها خلال مدة الترخيص، كما يكون لها النشر العلمى الكامل عنها لمدة خمس سنوات من تاريخ أول كشف لها فى الموقع".

ويصدر مجلس إدارة المجلس قرارا بالاشتراطات والالتزامات التى يجب مراعاتها وتنفيذها فى تراخيص الحفر بحيث يتضمن الترخيص بيانا بحدود المنطقة التى يجرى البحث فيها، والمدة المصرح بها، والحد الأدنى للعمل بها، والتأمينات الواجب إيداعها لصالح المجلس وشروط مباشرة الحفر، مع الاقتصار على منطقة معينة حتى إتمام العمل بها، والالتزام بالتسجيل المتتابع والتكفل بالحراسة والصيانة وتزويد المجلس بتسجيل متكامل وتقرير علمى شامل عن الأعمال محل الترخيص. (م33).

536- الآثار المملوكة ملكية خاصة:

تنص المادة الثامنة من القانون المستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010

على أن:

يحظر الاتجار في الآثار. وفي حالات الملكية الخاصة وفقا لأحكام هذا القانون أو الحيازة القائمة قانونا وقت العمل بهذا القانون أو التي تنشأ وفقا لأحكامه لا يجوز لمالك أو حائز الأثر التصرف فيه للغير أو إتلافه أو تركه، إلا بموافقة كتابية من المجلس، خلال ستين يوما على الأقل، وذلك وفقا للإجراءات والشروط والضوابط التي يصدر بها قرار من الوزير، وإلا كان العمل غير مشروع.

وفي جميع الأحوال يشترط ألا يترتب على العمل المشار إليه في الفقرة السابقة إخراج الأثر من البلاد بأية صورة كانت.

ويكون للمجلس في جميع الأحوال أولوية الحصول على الأثر من مالكه أو حائزه مقابل تعويض عادل.

وعلى كل من يملك قطعاً أثرية وفقا لأحكام هذا القانون أن يخطر بها المجلس خلال ستة أشهر تبدأ من أول مارس سنة 2010، على أن يلتزم بالمحافظة عليها حتى يقوم المجلس بتسجيلها.

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

وتنص المادة (25) من القانون المستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010 على أن:

"يتولى تقدير التعويض المنصوص عليه في المواد (4) و (5 مكررا) و (8) و (13) و (15) و (16) و (18) من هذا القانون لجنة تشكل بقرار من الوزير، يمثل فيها مجلس الإدارة.

وتتحمل الخزانة العامة للدولة التعويضات المشار إليها، ولذوى الشأن التظلم من تقدير اللجنة إلى الوزير خلال ستين يوما من تاريخ إبلاغهم بكتاب موصى

عليه مصحوب بعلم الوصول بقيمة التعويض وإلا أصبح التقدير نهائياً. وفي جميع الأحوال تسقط دعوى التعويض إذا لم ترفع خلال ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة التقدير نهائياً".

ويلاحظ أن المادة 35 من القانون المستبدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2010 تنص على أن تكون جميع الآثار المكتشفة التي تعثر عليها بعثات الحفائر العلمية الأجنبية والمصرية ملكاً للدولة.

وقد قضت محكمة النقض – فى ظل القانون رقم 8 لسنة 1918

الخاص بحماية آثار العصر العربى – بأن :

"إن الآثار ليست جميعها عامة، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلاً وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لعددها من المنافع العامة. ومنها ما تملكه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير المملوكة للحكومة التى تسرى عليها أحكام القانون رقم 8 لسنة 1918 الخاص بحماية آثار العصر العربى".

(طعن رقم 61 لسنة 9 ق جلسة 1940/3/7)



مادة (874)

- 1- الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة.
- 2- ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح.
- 3- إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا 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 الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك.

الشرح

537- إلغاء الفقرة الثالثة من المادة وكذا القانون رقم 124 لسنة 1958 بموجب القانون رقم 100 لسنة 1964 (□):

نص القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، فى المادة 86 منه على أن: "تلغى الفقرة الثالثة من المادة 874 من المدنى كما يلغى والقانون رقم 124 لسنة 1958 الخ". وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة (874) مدنى ملغاة، ولابقى من النص قائما إلا الفقرتان الأولى والثانية. كما ألغى القانون رقم 124 لسنة 1958 الذى تناولنا أحكامه سلفا.

ويعزى صدور هذا القانون إلى أن تطبيق القانون رقم 124 لسنة 1958 كشف عن قصور فى أحكامه مما أدى إلى عدم إقرار بعض حالات الملكية السابقة على صدوره. الأمر الذى أثار شعورا بالقلق فى نفوس المواطنين فى بعض

(1) الجريدة الرسمية فى 22 مارس سنة 1964 العدد 68 وعمل به بعد انقضاء ثلاثة أشهر

المناطق الصحراوية، وخاصة فى المنطقة الشمالية من شبه جزيرة سيناء⁽¹⁾. وأخيرا ألغى القانون المذكور وحل محله القانون 143 لسنة 1981 فى شأن الأراضى الصحراوية. وقد تناول تنظيم كيفية تأجير الأراضى الصحراوية والتصرف فيها.

ونص فى المادة 27 منه على إلغاء الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية بالقانون رقم 100 لسنة 1964 فى شأن تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، ومن ثم أصبح القانون رقم 143 لسنة 1981 هو الواجب التطبيق فى شأن التصرف فى الأراضى الصحراوية أو تأجيرها.

538- المقصود بالأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة. وقد فسرت مذكرة المشروع التمهيدي ذلك بقولها: "يشمل المال المباح الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة، وتعتبر هذه الأراضى ملكا للدولة، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها"⁽²⁾.

ولا شبهة فى أن اصطلاح "الأراضى غير المزروعة" الذى استعمله المشرع لا يشمل الأراضى الداخلة فى زمام المدن أو القرى. ولا أراضى الجزائر أو شاطئ النيل أو شواطئ الترع المتخلفة عن طرح البحر، إذ أن هذه وتلك تعتبر من أملاك الدولة الخاصة، أى من أموال الدومين الخاص، ومن ثم فلا تسرى عليها الأحكام الخاصة بتملك الأراضى غير المزروعة. بل إن الوسيلة لتملكها هى التعاقد أو التقادم، ولا سبيل إلى ادعاء تملكها بالاستيلاء حتى لو كان مصحوبا بالتعمير⁽³⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1964.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 197.

(2) محمد على عرفه ص 33- عبد المنعم الصده ص 357.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن الأمر العالى الصادر فى 5 ربيع الأول سنة 1292 بشأن أراضى مريوط ليس فيه شىء يدل على أن هذه الأرض محظور تملكها، كما أنه لم يتعرض لأحكام تملك تلك الأطنان بوضع اليد. على أن هذا الأمر على كل حال قد أبطل مفعوله بمقتضى الأمر العالى الصادر فى 7 شعبان سنة 1292 مبينا اللوائح والأوامر الخاصة بالأطنان والتي اعتبرت وحدها المعمول بها فى ذلك التاريخ على أن الواقع أن الأمر العالى الصادر من بعد فى 9 سبتمبر سنة 1984 مصرح فيه بالإعطاء من الأراضى الميرى الغير المنزرعة الخارجة عن زمام البلاد مجانا وبدون ضريبة لمن يستصلحونها كما تنتفع الحكومة بما تفرضه عليها من الضريبة من بعد ذلك بدون استثناء جهة دون أخرى عدا بعض أراضى لها شأن خاص كأراضى الجزائر وشواطئ النيل وغير ذلك مما هو وارد بالمادة الثانية من الأمر العالى المذكور أما أراضى مريوط وأمثالها فلم تستثن من إمكان تملكها للناس، بل إن المادة السابعة من هذا الأمر صرحت بأن الأطنان المتوطن فيها عربان تعطى لهم بالأولوية. وإذن فالحكم الذى يقضى بجواز تملك أرض مريوط بمضى المدة لا مخالفة فيه لأى قانون".

(طعن رقم 3 لسنة 5 ق جلسة 1935/6/20)

2- "متى كان الحكم قد أثبت أن الأرض التى تطلب الطاعنة- مصلحة الأملاك الأميرية - تثبيت ملكيتها لها كانت مملوكة أصلا لشركة أراضى المدن والضواحي ضمن أراض أخرى ثم تداولتها الأيدى إلى أن وضع المطعون عليهم يدهم عليها من تاريخ عقد شرائهم فى سنة 1922 وأحاطوها بسور وأقاموا عليها أكشاكاً ومبانى فإنه يكون قد نفى وصف أنها من الأراضى المملوكة شرعا للميرى وفقا للمادة 75 من القانون المدنى - القديم- ومن ثم فإن الطعن عليه بالخطأ فى تطبيق القانون غير صحيح".

(طعن رقم 70 لسنة 19 ق جلسة 1951/2/22)

3- "إن المشرع وإن أباح تملك الأراضي غير المنزرعة بإحدى الوسيلتين المبينتين في المادة 57 من القانون المدنى القديم (874 من التقنين المدنى الجديد) وهما الترخيص من الدولة أو التعمير إلا أنه فى خصوص الوسيلة الأولى قيد الترخيص بلزوم مطابقته لما نص عليه فى اللوائح الصادرة فى هذا الشأن - ويبين من الاطلاع على الأمر العالى الصادر بتاريخ 9 سبتمبر سنة 1884 أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضي الداخلة فى زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء. وحكم هذا النص لاشك أنه يجرى سواء أكانت وسيلة التملك هى الترخيص أو التعمير وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء على الأراضي الداخلة فى الزمام أيا كانت وسيلة التملك".

(طعن رقم 50 لسنة 25 ق جلسة 1959/6/4)

4- "جرى قضاء محكمة النقض بأن الأراضي الداخلة فى زمام البلاد وتخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة 57 من القانون المدنى الملغى والمادة 8 من القانون المدنى المختلط المقابلتين للمادة 874 من التقنين القائم وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير".

(طعن رقم 342 لسنة 32 ق جلسة 1967/1/26)

5- "إن الأراضي الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التى كان يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة 874 مدنى وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير".

(طعن رقم 93 لسنة 35 ق جلسة 1969/2/20)

6- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأراضي الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التى كان يجوز لكل مصرى طبقا للفقرة الثالثة من المادة 874 من القانون المدنى قبل إلغائها بالقانون رقم 100 لسنة

1964، الاستيلاء عليها وتملك ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه منها، وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء أيا كانت وسيلته".

(طعن رقم 1279 لسنة 52 ق جلسة 1986/1/22)

ولما صدر بعد ذلك القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها⁽¹⁾. قسم الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساما ثلاثة: الأراضي الزراعية، والأراضي البور، والأراضي الصحراوية (م2) وقد عرف الأراضي الزراعية بأنها الأراضي الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين التي تكون مزروعة بالفعل وكذلك أراضي طرح النهر وهي الأراضي الواقعة بين مجرى نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه (م2/أ).

وعرف الأراضي البور بأنها الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين (م2/ب).

وعرفت الأراضي الصحراوية بأنها الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين سواء أكانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير

(1) وقد نصت المادة 86 من القانون على إلغاء الفقرة الثالثة من المادة 874 من القانون المدني، والمرسوم بقانون رقم 111 لسنة 1945 والقانون رقم 306 لسنة 1955 ورقم 8 لسنة 1960 والقانون رقم 124 لسنة 1958 والقانون رقم 192 لسنة 1958 وقرار رئيس الجمهورية رقم 166 لسنة 1958 وقرار رئيس الجمهورية رقم 1385 لسنة 1958 وقرار رئيس الجمهورية رقم 2015 لسنة 1960، كما ألغى كل نص آخر يخالف أحكام هذا القانون (م1/86).

ونصت الفقرة الثانية من المادة 86 على ألا تسرى القواعد المنظمة لتأجير أملاك الميرى الحرة ولائحة قيود وشروط بيع أملاك الميرى الصادرة في 21 من أغسطس سنة 1902 - على العقارات الخاضعة لأحكام هذا القانون.

ثابتة (م 2/ج).

وعبارة الأراضي الواقعة خارج الزمام تشمل الأراضي التي تسمح مساحة تفصيلية ولم يتم حصرها لا في سجلات مصلحة المساحة ولا في سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة والتي لا تخضع للضريبة العقارية على الأطنان⁽¹⁾.

ويجب استبعاد الأراضي الزراعية والأراضي البور، عند تحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة 874 مدني، أما استبعاد الأراضي الزراعية فواضح، فهي أراض مزروعة بالفعل ونحن في صدد تحديد أراض غير مزروعة. وكذلك تستبعد الأراضي البور وإن كانت تشترك في كثير من الأحكام مع الأراضي الصحراوية، لأن المادة (2/ب) من القانون رقم 100 لسنة 1964 عرفت كما رأينا بأنها "الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج الزمام إلى مسافة كيلو مترين" فهي إذن في معظمها أراض واقعة داخل الزمام.

ويبدو أن المادة 874 مدني لا تعرض للأراضي الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها "أرض لا مالك لها" قبل صدور القانون رقم 100 لسنة 1964 فتبقى إذن الأراضي الصحراوية طبقا للتعريف الوارد بالمادة (2/ج) وهي الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين.

ومن ثم فإنه بعد صدور القانون رقم 100 لسنة 1964 تكون العبرة في تحديد الأراضي المشار إليها في المادة 874 مدني بما إذا كانت الأراضي واقعة داخل الزمام أو خارجه. فالأراضي الواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين المشار إليها هي الأراضي التي تدخل في نطاق تطبيق المادة 874 مدني، ويشمل ذلك الصحارى والجبال.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم 143 لسنة 1981 فى شأن الأراضى الصحراوية⁽¹⁾. ونص فى المادة 27 منه على أن تلغى الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية بالقانون رقم 100 لسنة 1964 فى شأن تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون. وقد نصت المادة الأولى من القانون على أنه فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالأراضى الصحراوية الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة، والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلومترين.

ويقصد بالزمام حد الأراضى التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصرت فى سجلات المساحة وفى سجلات المكلفات وخضعت للضريبة العقارية على الأطنان.

وبالنسبة للمحافظات الصحراوية يعتبر زماما كردون المدن والقرى القائمة فى تاريخ العمل بهذا القانون والتى تقام مستقبلا وحتى مساحة كيلومترين. ويصدر رئيس مجلس الوزراء قرارا بتحديد ما يعتبر من المحافظات الصحراوية فى تطبيق أحكام هذا القانون. وتعتبر فى حكم الأراضى الخاضعة لهذا القانون، أراضى البحيرات التى يتم تجفيفها أو الداخلة فى خطة التجفيف لأغراض الاستصلاح والاستزراع.

(1) الجريدة الرسمية العدد (35 مكرر) فى 1981/8/31 - وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م29).

تملك الأراضى غير المنزرعة فى التشريعات المختلفة :

(أولا) فى ظل التقنين المدنى (المادة 874) :

539- طريقان لتملك الأراضى غير المنزرعة :

تنص الفقرة الثانية من المادة 874 مدنى على أنه: "ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح". وتنص الفقرة الثالثة منها - قبل إلغائها بالقانون رقم 100 لسنة 1964 - على أنه: "إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا 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 الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك".

ويبين من فقرتى المادة سالفتى الذكر أن للاستيلاء على المال المباح

طريقين هما:

- 1- الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة.
- 2- الاستيلاء بطريق التعمير كما أن هناك طريقا آخر تكفله القواعد العامة هو التقادم.

ونعرض لهذه الطرق تفصيلا فيما يلى:

540- (أ) الطريقة الأولى :

الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة :

قضت الفقرة الثانية من المادة 874 بأنه: "لا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح". وظاهر أن التملك بناء على ترخيص من الدولة لا يعتبر تطبيقا لأحكام الاستيلاء، بل إنه على العكس تملك بالعقد، إذ أن الدولة باعتبارها مالكة قانونا لهذه الأراضى من حقها أن تتعاقد مع الكافة على نقل ملكيتها.

ومع ذلك فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

"وللاستيلاء على المال طريقان: طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير"، وظاهر ما فى هذا التعبير من خلط واضح⁽¹⁾.

ويجب أن يكون الترخيص بالتملك أو وضع اليد على هذه الأراضى طبقا للوائح المقررة. ولذلك يجب لتفسير هذه الحالة الرجوع إلى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن، وعلى الخصوص الأمر الصادر فى 19 ذى القعدة سنة 1301 - 9 سبتمبر سنة 1884 والذى جعل امتلاك الأراضى البائرة⁽²⁾ المملوكة للدولة موقوفا على إجراءات معينة.

ونحصل هذه الإجراءات فيما يأتى :

1- تقديم طلب كتابى إلى رئاسة مجلس الوزراء مبين فيه اسم الحوض الكائنة به الأرض التى يرغب الطالب فى استغلالها، والمقدار الذى يريد زرعه بحيث لا يزيد عن ألف وخمسمائة فدان إن كانت الأطنان من أراضى الدرجة الأولى (بند 7 من الأمر العالى)⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 36.

(1) وهناك أمر عالى صادر فى 5 نوفمبر سنة 1884 جاء فيه:

المادة (1): لا تقبل طلبات بأخذ أراضى من بعد تاريخ نشر هذا الأمر.

المادة (2): الطلبات السابق تقديمها يجرى ما يلزم نحوها طبقا لأحكام أمرنا المؤرخ 9 سبتمبر سنة 1884.

(2) ونورد نصوص الأمر العالى التى تشير إلى درجات الأرض:

بند (1): تقسم أراضى الميرى الغير مزروعة إلى ثلاث درجات:

أولا: الأراضى الغير مزروعة التى لا يترتب على استغلالها صعوبات ولا مصاريف جسيمة.

= **ثانيا:** الأراضي المألحة والأراضي المستنقعة التي يستغرق إعدادها للزراعة مصاريف باهظة.

ثالثا: الأراضي المعروفة بالبرارى التي يترتب على استغلالها مصاريف كلية فضلا عن التكاليف الناشئة من إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك.

بند (2): لا يدخل فى الثلاث درجات المذكورة قبل أراضي الجزائر أو شاطئ النيل أو شواطئ الترع، ولا الأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقدرة، ولا كافة الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد أو الأراضي المخصصة للتصفية ولا جميع تلؤل السباخ المنتفعة منها أهالى البلاد منفعة عامة مادامت الأثرية المنتفع بها للسباخ باقية فيها.

بند (3): تعطى أراضي الدرجة الأولى بدون تقرير أموال عليها لمدة معينة تحدد بمعرفة مندوب من مصلحة التاربع بناء على أمر من رئيس مجلس النظار. ويرفق مع المندوب المذكور عمد من أهل الخبرة. ومدة الإعفاء لا تتجاوز فى كافة الأحوال ثلاث سنوات.

وبعد انقضاء هذا الميعاد تربط على هذه الأراضي، سواء كان مزروعا كلها أو بعضها، الضريبة الملائمة لحالتها حسب تقدير قومسيون يؤلف من عمد ومن مندوب التاربع تحت رئاسة المدير بعد أن يصدق مجلس الوزراء على التقدير المذكور. (راجع الأمر العالى الصادر فى 17 يناير سنة 1988 والأمر العالى الصادر فى أول مارس 1894).

بند (4): تعطى أراضي الدرجة الثانية بدون تقرير أموال عليها لمدة يصير تحديدها أيضا بعد المعاينة، بشروط ألا تتجاوز ست سنوات. وبعد انقضاء هذه المدة تربط الأموال عنها بالطريقة المنوه عنها فى شأن أطيان الدرجة الأولى فى البند الثالث.

بند (5): تعطى أراضي الدرجة الثالثة بدون تقرير أموال عليها لمدة لا تتجاوز عشر سنوات. وبعد انقضاء هذه المدة تربط الأموال عنها بالطريقة المنوه عنها فى شأن أطيان الدرجة الأولى فى البند الثالث.

2- تعيين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديدّها وتقديم تقرير بذلك لمجلس الوزراء (بند 8 من الأمر العالى).

3- تصديق مجلس الوزراء على الطلب وتحرير حجة مشتملة على شروط الترخيص تسلّم للطالب.

4- تسليم الأرض للمالك الجديد بمعرفة مندوب المديرية (بند 9 من الأمر العالى).

والحجة المشتملة على شروط الترخيص تعتبر سنداً بملكية المرخص له، إذ أن سبب التملك هنا هو التعاقد، والحجة هي وسيلة إثباته. والرأى الغالب⁽¹⁾ أن الملكية لا تنتقل في هذه الحالة إلا بعد تحرير الحجة وتسليمها فعلاً إلى الطالب. أما الإجراءات التي تسبق تسليم الحجة، ومنها تصديق مجلس الوزراء على الطلب، فهي إجراءات تمهيدية داخلية لا يحق للطالب التمسك بها كأساس لاكتساب ملكية الأرض.

أما إذا تسلّم الطالب حجة الترخيص فعلاً، فإنه يجوز له طبقاً للقواعد العامة أن يجبر الحكومة على تسليمه الأرض التي آلت ملكيتها إليه بهذا التعاقد، إذ أن التسليم يعتبر التزاماً من التزامات البائع، فيجوز للمشتري إجباره على تنفيذه.

ومن ثم فإنه يجوز للحكومة أن تعدل عن الترخيص حتى بعد صدور قرار مجلس الوزراء الذي لا يعدو كونه قراراً إدارياً يجوز سحبه. ولكن بما أن هذا القرار فردى يترتب على سحبه ضرر بمن صدر لصالحه، فإنه يجوز لمن لحقه ضرر من جراء سحب هذا القرار أن يطالب الحكومة بالتعويض، بشرط أن يكون السحب قد حصل بعد مضي الستين يوماً الذي يحق لجهة الإدارة أن تسحب قراراتها

= **بند (6):** على الأشخاص المعطى لهم من أن ينقادوا لكافة القوانين واللوائح التي قررتها الحكومة والتي ستقرها بشأن الأراضي المذكورة.

(1) محمد على عرفه ص 37- عبد النعم الصدّه ص 359 - عبد المنعم البدرأوى ص 321 - السنهورى ص 165 وما بعدها الهامش.

الفردية خلالها. ويكون أساس التعويض فى هذه الحالة المسئولية التقصيرية لا العقدية.

ويرى البعض أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية وفقا للمادة 9 من قانون تنظم الشهر العقارى⁽¹⁾.

541- (ب) الطريقة الثانية:

الاستيلاء على الأرض بطريق التعمير:

لم يجعل المشرع الاستيلاء سببا لتملك الأراضى غير المزروعة إلا من قبيل الاستثناء، وليس أدل على ذلك من صياغة المادة 874، فبعد أن قررت فى فقرتها الأولى مبدأ كون الدولة هى المالكة لتلك الأراضى، وطبقت هذا المبدأ فى الفقرة الثانية بأن جعلت سبيل تملكها هو التعاقد مع الدولة، أضافت فى فقرتها الثالثة حكما استثنائيا صيغ على النحو الآتى:

"إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة". ولما كان هذا النص استثنائيا كما ذكرنا فإنه يجب التزام حدوده والتقيد بقيوده⁽²⁾، وقد اشترط المشرع لإعمال هذا النص شرطين هما:

(الأول): أن يكون واضع اليد على هذه الأراضى مصريا، وقد استحدث هذا القيد فى التقنين المدنى الجديد ليحول دون تملك غير المصريين لهذه الأراضى التى تعتبر جزءا من إقليم الدولة بهذه الطريقة السهلة.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا، حتى لا يترك أجنبى أرضا

(1) عبد النعم البدرأوى ص 321 - عبد المنعم الصده ص 359.

(2) محمد على عرفه ص 38.

مصرية بهذا الطريق السهل⁽¹⁾.

ولا يشترط للاستيلاء الحصول على ترخيص من الحكومة. وقد حرص التقنين المدني الجديد على أن ينص على ذلك صراحة ليقضى على ذلك الخلاف الذي ثار قبل صدوره حول لزوم هذا الترخيص أو عدم لزومه⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه التملك في الحال، وأن الحصول على ترخيص ليس ضروريا في الاستيلاء وهاتان المسألتان مثار للخلاف في التقنين الحالي، وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف في هذا الصدد باستعماله ألفاظا واضحة صريحة"⁽³⁾.

(الثاني): أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير، وبعبارة أدق أن التعمير شرط أساسى للتملك بالاستيلاء. ولذلك لا تثبت الملكية لواضع اليد إلا من وقت التعمير، وهذا تقييد للأحكام التى تقضى بأن التملك بالاستيلاء يتحقق بمجرد وضع اليد على الشئ بنية التملك.

وتثبت الملكية لواضع اليد بمجرد التعمير.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"نص المشرع فى المادة 57 من القانون المدنى القديم (المادة 874 من القانون المدنى الحالى) على "أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعا للميرى، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن من الحكومة، ويكون أخذها بصفة أبعادية طبقا للوائح، إنما كل من زرع أرضا من الأراضى المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها غرسا يصير مالكا للأرض ملكا تاما..." وبذلك أباح المشرع تملك تلك

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 197.

(2) محمد كامل مرسى ص 58 - عبد المنعم البدرأوى ص 322.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 197.

الأراضي غير المزروعة بإحدى الوسيلتين المبينتين في هذه المادة وهما الترخيص من الدولة والتعمير. وإذ قيد المشرع الوسيلة الأولى وهى الترخيص من الدولة بالتملك بوجوب مطابقته للوائح، وكان قد نص فى الأمر العالى الصادر فى 1984/9/9 بإخراج أراضي الجزائر والأراضي الداخلة فى زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة، فإن هذا القيد - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ينصرف أيضا إلى التملك بطريق الاستيلاء بالتعمير".

(طعن رقم 213 لسنة 32 ق جلسة 1966/12/6)

وقد جاء بالمادة عبارة "تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى والمشرع يعنى بذلك أن المستولى يملك الأرض بمجرد تعميمها دون حاجة إلى مضى مدة ما. إذ أن سبب الملكية هنا هو الاستيلاء الذى يحدث أثره فورا، بخلاف التقادم الذى يقتضى مدة معينة.

والمقصود بأعمال التعمير هو زرع الأرض أو غرسها أو إقامة بناء عليها، كما يكفى لتوافر التعمير جعل الأرض معدة لنوع من أنواع الاستغلال المفيد، بأن يجعلها صالحة للرعى باستنبات العشب فيها أو صالحة للزراعة بإنشاء المساقى والمصارف، أو بإعدادها لتكون ملتقى للصائدين، أو تنصب خيام فيها لتكون مأوى للزراع فى موسم الأمطار، إلى غير ذلك من ضروب الاستغلال التى يقدرها قاضى الموضوع بحسب ظروف كل حالة وملابساتها. فالضابط أن يكون التعمير جديا⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والمطلوب ممن يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقا لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض، فيكفى أن يجعل الأرض مرعى أو يسورها أو ينصب فيها خياما متنقلة" (1).

وقد انتقد الفقه ما جاء بهذه المذكرة، لأنها تذكر للتعمير صورا تخالف ما يقضى به النص، ولا تتفق مع غرض الشارع، فلئن كان إعداد الأرض للمرعى هو من طرق التعمير فهو إحياء للأرض عن طريق زرعها مراعى، إلا أنه لا يدخل فى هذه الطرق تسوير الأرض أو تنصيب خيام متنقلة فيها، لأن هذا ليس من قبيل التعمير الذى ورد فى النص (2).

ويبدو أن واضعى مذكرة المشروع التمهيدى قد خلطوا بين أمرين: أعمال الحيازة عموما، وأعمال التعمير والإحياء التى يستلزمها نص المادة 3/874، فيصح أن يكون مجرد التسوير أو الإقامة على الأرض فى خيام عملا من أعمال الحيازة التى إذا اقترنت بقصد التملك جاز أن تؤدى إلى كسب الملكية بطريق التقادم. ولكن مثل هذه الأعمال لا يمكن أن تكون كافية لتملكها بالاستيلاء أى بالتعمير والقول بغير ذلك يكون مخالفا لقصد الشارع (3)، الذى نص على هذه الطريقة الخاصة من طرق التملك ليدفع الأفراد إلى التعمير وليشجعهم على إحياء الأرض الموات ولا يكون ذلك إلا بتعميرها على نحو ما سلف بيانه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانونا إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازة بنية تملكه. والأصل فى الحيازة أنها دخول المال فى مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها غير أنه إذا كان المال من نوع ما

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 197.

(2) محمد على عرفه ص 40- عبد المنعم الصده ص 360- عبد المنعم البدرأوى ص 323.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 323.

يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلاً له إما لكونه غير مملوك أصلاً لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله فى مكنة من استولى عليه لا يكفى قانوناً لاعتبار هذا المستولى منتوياً 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 يكفى وحده فى ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه. وأما الأموال التى تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التى هى عليها، والتسلم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل..... الخ".

(طعن رقم 4 لسنة 9 ق جلسة 1939/5/11)

ويترتب على كون التعمير - لا مجرد الحيازة - شرطاً لتملك هذه الأراضى، أن الحكومة تستطيع المطالبة بإخراج الحائز من الأرض مادام لم يعمرها. وعلى الحكومة لتتجح فى هذا أن تثبت أن الأرض هى من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها.

وإذا حصل البناء أو الزرع أو الغرس، تملك البانى أو الزارع أو الغارس الجزء المبنى أو المزروع أو المغروس، كما تمتد ملكيته إلى ما يعتبر من ملحقات هذا الجزء بالقدر المفيد فى استعماله واستغلاله. فمن ذلك أن من بنى منزلاً فى أرض من هذا القبيل يملك فى نفس الوقت المساحة اللازمة كمتنفس لمطلاته وفقاً لما يقضى به القانون⁽¹⁾.

وبما أن الملكية تثبت للمالك فى الحال بمجرد التعمير، فإنه يستطيع من هذا الوقت التصرف كما يشاء فى ملكه الجديد، فله أن يؤجره أو يرهنه أو يهبه أو يبيعه، من غير أن يكون للحكومة الحق فى الاعتراض عليه.

وواقعة التعمير تكفى لإثبات الملكية دون حاجة إلى أى إجراء آخر، فكون

(1) محمد على عرفه ص 41.

الأرض لم تفرض عليها ضريبة بعد زراعتها، أو كونها لم تقيد فى المكلّفة باسم المستصلح، لا ينفى عنه كونه مالكا لها طالما أنه قد ثبت قيامه بتعميرها. فإذا نازعت الحكومة واضع اليد فى ملكيته، فحسبه أن يقيم الدليل على تعمير الأرض حتى لا تستطيع الحكومة حرمانه من الملكية ما لم تثبت انقطاعه عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية فى خلال خمس عشرة سنة كما سنرى.

542- سقوط الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 874 فى عجزها على أن: "ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك -" فلئن كان تعمير الأرض يؤدى إلى كسب ملكيتها فى الحال - كما رأينا سلفا - إلا أن النص جعل هذه الملكية مهددة بالسقوط لعدم الاستعمال، وذلك على خلاف القاعدة العامة التى بمقتضاها تعتبر الملكية حقا دائما فلا تسقط بعدم الاستعمال. فإذا لم يستعمل المالك الأرض لمدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك سقط حقه فى الملكية.

ولا يشترط أن تبدأ مدة خمس السنوات منذ بداية التملك وإنما يجوز أن تبدأ خلال مدة خمس عشرة سنة من تاريخ التملك. ويجب أن تكون هذه المدة متتالية، فلا يكفى أن تكون متقطعة. ويترتب على هذا أنه إذا مضت من تاريخ التملك عشر سنوات ويوم واحد، فإن الملكية لا يمكن أن تكون معرضة للسقوط بعدم الاستعمال.

فالملكية هنا ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال. ونكون بصدد تقادم مسقط لا تقادم مكسب⁽¹⁾. ولذلك يجب ملاحظة الفرق بين المدة التى رتب عليها القانون سقوط حق المالك فى هذه الحالة وبين انقطاع التقادم. فانقطاع التقادم مانع من

(1) عبد المنعم الصده ص 361.

سريان التقادم المكسب لشيء لم يكسبه الحائز لعدم ملكيته. أما هنا فإن عدم الاستعمال يؤدي إلى سقوط ملكية اكتسبت بمجرد تعميم الأرض. ويبنى على ذلك أن الأعمال التي تعتبر قاطعة للتقادم يجب ألا يقام لها حساب هنا، سواء صدرت هذه الأعمال من جانب الحكومة أو من جانب الغير، فالملكية لا تسقط هنا إلا بأمر واحد، هو عدم استعمالها خمس سنوات على الوجه المتقدم⁽¹⁾.

وقد أراد الشارع بهذا الحكم الاستثنائي أن يضمن تعميم الأرض على نحو مستمر. فهو يجعل التعمير سببا للتملك كي يشجع على إحياء الأرض الموات واستثمارها، ومن ثم يتطلب في هذا التعمير أن يكون مستمرا. ولهذا اشترط في خمس السنوات التي يؤدي عدم الاستعمال خلالها إلى سقوط الملكية أن تكون متتالية، لأنه حينئذ تتضح نية الشخص في أن يترك الأرض⁽²⁾.

وهذه الملكية كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى معلقة على شرط فاسخ⁽³⁾.

فقد جاء بها:

"ذكر المشروع أن الخمس السنين التي يفقد المستولى الملكية بعدم استعمال

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 324 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 362.

(3) وعكس ذلك عبد المنعم البدرأوى ص 325 - فيذهب إلى أن الملكية هنا تعتبر ملكية باثة لاملكية معلقة على شرط فاسخ، وإن كانت ملكية قابلة للسقوط بعدم الاستعمال خلافا للأصل العام في الملكية. ويترتب على ذلك أن الملكية لو سقطت لعدم استعمالها لم يعتبر المالك الذي بنى أنه قد بنى على أرض الغير بسوء نية، بل يعامل معاملة الباني حسن النية، وهو ما يجمع عليه الشراح، ولو اعتبر مالكا تحت شرط فاسخ وفسخت الملكية لانقطاعه عن استعمالها خمس سنوات لكان من الواجب اعتباره بانيا بسوء نية لأنه هو الذى تسبب فى تحقق الشرط الفاسخ فضلا عن أنه كان يعلم به. أما الحقوق العينية التي رتبها فهي تسقط بسقوط حقه، ذلك أنه تملك ملكية ضعيفة بعدم الاستعمال، وهو لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك، فمن اشترى الأرض تعرض لسقوط ملكيته لسقوط ملكية البائع بعدم الاستعمال.

الأرض فى أثائها يجب أن تكون سنين متواليات. فأصبح المستولى أقل تعرضا 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 لملكته، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ، أصبحت ملكته بآته، حتى قبل انقضاء الأربع السنوات لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ".

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن:

1- "قبل صدور القانونين رقمى 124 سنة 1958، 100 لسنة 1964 بشأن تنظيم تملك الأراضى الصحراوية تعتبر الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة 57 من التقنين المدنى القديم المقابلة للمادة 874 من القانون المدنى الحالى كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولا تدخل فى الأموال العامة ولا فى أموال الدولة الخاصة، فهى الأراضى الموات التى لا مالك لها كالأراضى المتروكة والصحارى والجبال أى أنها الأراضى التى لا تدخل فى زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضى الداخلة فى الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة بل هى أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها أحد كانت مملوكة ملكية ضعيفة للدولة هى بهذا الوصف أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية وقد أباح المشرع تملك هذه الأراضى بإحدى الوسيلتين المنصوص عليهما فى المادة 57 سالفه البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة 874 من القانون المدنى الحالى قبل إلغائها بالقانون رقم 100 لسنة 1964 وهما الترخيص من الدولة أو التعمير. وطبقا لذلك يملك الأرض التى عمرها سواء بالجراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى فى الحال فور تعميرها ولكن ملكية تكون معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن استعمالها فى خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك مدة خمس سنوات متتالية والتملك هنا يتحقق لا بتصرف قانونى بل بواقعة مادية هى واقعة التعمير، ومادام المعمر قد أصبح مالكا

للأرض بمجرد التعمير فله أن يتصرف فيها بالبيع وغير ذلك من التصرفات وسواء انتقلت ملكية الأرض المعمرة إلى خلف خاص كمشتري أو إلى خلف عام كوارث لها فإنها تنتقل كما كانت وهى فى ملك المستعمر، ولما كان القانونان رقما 124 لسنة 1958، 100 لسنة 1964 ليس لهما أثر رجعى لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة من الأراضى المذكورة والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكامها".

(طعن رقم 1270 لسنة 52 ق جلسة 1983/3/27)

2- "لما كان البين أن دفاع الطاعن أمام محكمة الموضوع من أنه تملك أرض النزاع دون المطعون ضدهما الأولين أسسه على أنها أرض غير مزروعة فى حكم الفقرة الثالثة من المادة 874 من القانون المدنى الحالى قبل إلغائها بالقانون 100 سنة 1964 وبناء على أمرين:

الأول أنه اشتراها من مورث المطعون ضدهما الثالثة والرابعة الذى بدأ وضع يده عليها واستعمرها فى سنة 1912 والثانى أن الطاعن نفسه عمرها بالبناء عليها قبل صدور القانون رقم 52 لسنة 1955 بضمها إلى زمام مدينة القاهرة وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض الأخذ بالدفاع الثانى للطاعن مفضلا الأمر الأول من دفاعه الذى بناه على أن سلفه بدأ وضع يده على أرض النزاع ممتلكا لها اعتبارا من سنة 1912 بالتعمير وهو دفاع جوهرى من شأن ثبوته أن يؤدى إلى تغيير وجه الرأى فى الدعوى مما يكون معه الحكم معيبا بالإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1270 لسنة 52 ق جلسة 1983/3/27)

543- (ج) (الطريقة الثالثة) :

تملك الأرض بالتقادم المكسب :

هناك طريق ثالث لامتلاك الأراضى المزروعة، وهو التقادم المكسب، فالأراضى غير المزروعة معتبرة جزءا من أملاك الدولة الخاصة لا العامة، إذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. فعلى ذلك يمكن امتلاكها بوضع اليد عليها المدة القانونية تطبيقا للقواعد العامة. وذلك دون إذن مجلس الوزراء⁽¹⁾.

ذلك أن عدم جواز تملك أموال الدولة الخاصة بالتقادم حكم استحدثه الشارع بمقتضى القانون رقم 147 لسنة 1957 الذى عدل المادة 970 مدنى لأول مرة فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على النحو الآتى:

"فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة" وأصبحت بعد التعديل:

"فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم".

ثم عدلت المادة بعد ذلك بمقتضى القانون رقم 39 لسنة 1959 وأصبح نصها الآتى:

"فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها

(1) محمد كامل مرسى ص 61 - وحكم استئناف مصر 19 ديسمبر 1926 المشار إليه

بهامش (2) من المؤلف السابق.

بالتقادم كما لا يجوز التعدي عليها. وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحب الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة".

ثم عدلت أخيرا بالقانون رقم 55 لسنة 1970 وأصبح نصها الآتي:

"في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم.

ولا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إداريا".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الأراضي غير المنزرعة التي لا مالك لها تعتبر ملكا للدولة ملكية خاصة (م 57 من القانون المدني القديم وم 874 من القانون الحالي) ومن ثم فهي لا تدخل ضمن الأموال العامة إذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. ويبنى على ذلك أن تلك الأراضي - كغيرها من أموال الدولة الخاصة - كان يخضع لقواعد التقادم المكسب - شأنها في ذلك شأن أموال الأفراد - حتى تاريخ العمل بالقانون رقم 147 لسنة 1957 الذي أضاف للمادة 930 من القانون المدني الحالي حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم".

(طعن رقم 122 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

2- "يعتبر القانون رقم 147 لسنة 1957 منشئا لحكم مستحدث ولا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به. وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور بقولها أن ليس له أثر رجعي

بالنسبة لما اكتسب فعلا من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره".

(طعن رقم 122 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

3- "لا شأن لنصوص الأمر العالي الصادر في 9 سبتمبر سنة 1884 الخاص بتقرير الشروط التي تعطى بموجبها الأراضي غير المنزرعة - التي تعتبر ملكا للدولة - والمادتين 8، 57 من التقنين المدني الملغى بإمكان تملك هذه الأراضي بالتقادم إذ اقتضت نصوص الأمر العالي سالف الذكر على بيان الشروط التي تعطى بها الحكومة تلك الأراضي لمن يستصلحونها حتى تنتفع الدولة بما تفرضه عليها من الضريبة من بعد، فهي إنما تنظم حالة نقل ملكية تلك الأراضي من الدولة إلى الأفراد بطريق التعاقد، وأما المادة 57 من القانون المدني القديم التي تنص على أنه لا يجوز وضع اليد على الأراضي الغير منزرعة المملوكة شرعا "لميرى" إلا بإذن الحكومة فإنها لا تعنى بوضع اليد سوى وضع اليد المجرد عن المدة والمعروف في اصطلاح القانون بالاستيلاء الذي يترتب عليه التملك الفوري وليس وضع اليد المملك بمضى المدة. ويؤكد هذا النظر أولا أن المشرع في القانون المدني القديم أورد ضمن أسباب الملكية وضع اليد، ومضى المدة الطويلة باعتبار كلا منهما سببا مستقلا عن الآخر وأن لكل منهما أحكاما خاصة وقد وردت في المادة 57 سالف الذكر ضمن أحكام الباب الخاص بالتملك بوضع اليد. ثانيا أن اقتضاء الحصول على إذن الحكومة في حالة التملك بالتقادم - كما يشترط الأمر العالي في وضع اليد - إنما يتعارض مع ما يوجبه القانون على من يريد التملك بهذا السبب من أن يظهر بمظهر المالك طوال المدة التي يتطلبها القانون لوضع يده، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على توافر الشروط القانونية في وضع يد المطعون عليه وسلفه مما تجله بذاته سببا للتملك فلا تثريب على الحكم إن لم يستظهر الشروط التي يتطلبها الأمر العالي سالف الذكر أو تتطلبها المادتان 8، 57 من القانون المدني القديم".

(طعن رقم 122 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

4- "يجوز إثبات وضع اليد ومدته بالقرائن التى يستقل قاضى الموضوع باستنباطها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه إذا هو استند إلى أقوال الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى بغير يمين كقرينة أضافها إلى قرائن أخرى فصلها وهى فى مجموعها تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 122 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

5- "عدل القانون رقم 147 لسنة 1957 نص المادة 970 من القانون القانون المدنى بأن أضاف إليه حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم وقد اقتصر على تعديل هذا النص ولم يتناول المادة 874 من القانون المدنى التى تتحدث عن الاستيلاء باعتباره سببا مستقلا بذاته لكسب الملكية والتى كانت تجيز الفقرة الثالثة منها لكل مصرى أن يتركب بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغراس أو البناء ودون اشتراط لمضى مدة ما على وضع يده وإنما تفقد هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك. أما القانون رقم 39 لسنة 1959 فقد اقتصر على حظر التعدى على الأراضى التى منع القانون رقم 147 لسنة 1957 تملكها بالتقادم وتخويل الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة هذا التعدى بالطريق الإدارى، ومن ثم فلا يكون للتعديل الذى أدخل بالقانونين المذكورين على المادة 970 الواردة ضمن النصوص الخاصة بالتقادم المكسب أثر على نص المادة 874 من القانون المدنى لاختلاف سبب كسب الملكية فى كل منهما".

(طعن رقم 93 لسنة 35 ق جلسة 1969/2/20)

(ثانيا) تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم 124 لسنة 1958 بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية⁽¹⁾.

544 - دواعى إصدار القانون :

حدا الشارع إلى إصدار القانون رقم 124 لسنة 1958 بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية - على ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية- أن أهمية أراضى الصحراء تزداد يوما بعد يوم نتيجة المشروعات العمرانية التى سيطرت عليها زيادة قيمتها يضاف إلى ذلك أن للمناطق التى تقع بها هذه الأراضى أهمية استراتيجية وعسكرية. ولما كان التملك فى هذه المناطق لا يخضع لقواعد قانونية شاملة لذلك رؤى أن ينظم التملك فى هذه المناطق بقانون تحقيقا لما سيطرت عليه بعد ذلك من رفع قيمتها ومنعا للتهريب الذى يباشره كثيرون ويتخذون من هذه المناطق الواسعة مأوى لهم هاربين من ملاحقة العدالة والقانون لهم⁽²⁾.

(1) الجريدة الرسمية فى 24 أغسطس سنة 1958 العدد 24 مكررا (ب).

(2) ونعرض فيما يلى للتشريعات التى كانت تحكم التملك فى تلك المناطق:

(أ) بعض الأوامر العالية (الديكرينات) التى صدرت فى عهد الخديويين الذين حكموا مصر فى العهود السابقة كالأمر الذى صدر فى سنة 1284 هجرية - 1884 ميلادية. وهذه الأوامر العالية كانت تمنح العربان بعض الأراضى لاستغلالها فى الزراعة بقصد التعيش من غلاتها دون أن يكون لهم حق ملكيتها ومنحت لهم الأراضى على حجة شرعية تقيد التملك.

=

(ب) لما صدر القانون المدنى القديم اتجه الرأى إلى اعتبار الأراضى الصحراوية من الأراضى المتروكة التى يجوز تملكها بالاستيلاء الحر طبقا للمادتين 57 و 80 منه.

وسند هذا الرأى أن الأراضى المتروكة هى الأراضى خارج الزمام أى الصحارى.

(ج) صدر الأمر العسكرى رقم 62 لسنة 1940 بمنع تملك المصريين والأجانب عامة لهذه الأراضى دون سابق إذن من الحكومة كما يمنح تقرير الحقوق العينية للغير دون هذا الإذن ورتب على مخالفة أحكامه البطلان المطلق.

ولم يعترف الأمر العسكرى المشار إليه إلا بالملكيات التى تتم بطريق الميراث وبشرط أن يكون المورث قد تلقى ملكية صحيحة طبقا للأوامر العالية المشار إليها آنفا أو بطريق البيع من الحكومة للأهالى. بعد إلغاء الأحكام العرفية التى صدر فى ظلها الأمر العسكرى رقم 62 لسنة 1945 المشار إليه .

(د) صدر المرسوم بقانون رقم 111 لسنة 1945 ومد العمل بأحكام الأمر العسكرى المذكور . ويصدر هذا المرسوم بقانون أصبح ذلك الأمر العسكرى قانونا من قوانين الدولة وبالتالى ظلت الملكية فى الأراضى الصحراوية مشروطة بالشروط التى أوردها الأمر العسكرى المشار إليه.

(هـ) ولما صدر القانون المدنى الجديد ثار الجدل حول ما ورد فى المادة 874 منه والتى تجيز تملك الأراضى بطريق الاستيلاء الحر واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم 111 لسنة 1945 وانقسم الرأى فى هذا الشأن إلى اتجاهين متعارضين:

1- أولهما: يرى أن المادة 874 من القانون المدنى الجديد ناسخة للمرسوم بقانون رقم 111 لسنة 1945 لأسباب أخصها أن تلك المادة لاحقة فى صدورهما للمرسوم بقانون آنف الذكر ومن ثم فقد نسخته.

2- وثانيهما: يقول بعكس ذلك تأسيسا على أن المرسوم بقانون نظم التملك فى الأراضى الصحراوية ونظم القانون المدنى الجديد التملك بوجه عام ومن ثم يظل المرسوم بقانون قائما لأنه خاص بمناطق معينة.

= وقد أخذت المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون رقم 124 لسنة 1958 بالرأى الثانى ودلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم 137 لسنة 1951 بمنع غير المصريين من تملك الأراضى الزراعية وهو لاحق للقانون المدنى الجديد أشار فى ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه وبذلك فهو يعترف ببقائه قائما.

545- كيفية تنظيم الملكية فى القانون :

نظم هذا القانون تملك الأراضى الصحراوية على النحو التالى:

1- يحظر على أى شخص طبيعى أو معنوى أن يملك بأى طريق كان - عدا الميراث- عقارا كائنا بإحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام وقت صدور القرار بالقانون - وكذلك يحظر تقرير أى حق من الحقوق العينية على هذه العقارات، كما يسرى الحظر أيضا على عقود الإيجار التى تزيد مدتها على تسع سنوات (1/12).

ولوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة يحظر فيها التأجير لمدة أقل من تسع سنوات إلا بعد التصريح من اللجنة المشار إليها بالمادة 12 من القانون (2/ 1).

ولوزير الحربية كذلك أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لايشملها الحظر المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (م3/1).

2- استثناء من حكم المادة الأولى يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية أو بالتأجير المشار إليه فى المادة المذكورة بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها فى المادة 12 من القانون وله الحق فى رفض الترخيص دون إبداء الأسباب ويكون قراره فى هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة (م 2).

وقد استهدف المشرع منح وزير الحربية هذا الحق لأن الأراضى الصحراوية

ويرى الدكتور أحمد سلامه فى مؤلفه القانون الزراعى الطبعة الأولى 1970 عكس رأى الذى أخذت به المذكرة الإيضاحية وأن حكم المادة 3/874 حكم خاص وأنه لهذا السبب يكون قد نسخ أحكام المرسوم بقانون، وأن مجرد إشارة قانون إلى قانون سابق لا يعنى إحياء هذا القانون أو الإلزام بالقول بأنه قائم متى تبين بحسب قواعد الإلغاء أن القانون المشار إليه قد ألغى فعلا.

لها وضعها الاستراتيجي فضلا عن موقعها العسكري وإشراف سلاح الحدود على هذه الأراضي وعلى عمليات التهريب ولذلك نصت المادة على أن للوزير الحق في رفض الترخيص بدون إبداء الأسباب وأن قراره في هذا الشأن نهائي لا يجوز الطعن فيه أمام أية جهة قضائية لهذه الظروف⁽¹⁾.

3- يعتبر باطلا كل تصرف أو تقرير أى حق عيني أو تأجير يقع مخالفا لأحكام القانون (م3).

4- مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حصل على ترخيص بالتملك أو بتقرير حق عيني أو بالتأجير بطريق الإقرار الكاذب أو بواسطة اسم مستعار أو بأية طريقة احتيالية وذلك فضلا عن بطلان العمل الصادر بشأنه الترخيص (م4).

5- أن الملكية والحقوق التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة (م1/5).

وكل نزاع في شأن هذه الملكية أو الحقوق أو العقود أو الأحكام تفصل فيه اللجنة المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون ويكون حكم اللجنة بعد التصديق عليه من وزير الحربية نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة (م2/5).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نص المادة الخامسة من القانون 124 لسنة 1958 في شأن تملك الأراضي الصحراوية أن الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على نفاذه في 1958/8/24 تظل قائمة.... إلخ".

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(طعن رقم 242 لسنة 43 ق جلسة 1982/1/26)

6- يجوز لشاغلي الأراضي بالبناء أو الغراس الذين لا يعتبرون ملاكا في حكم هذا القانون أن يطلبوا شراء هذه الأراضي أو استئجارها لمدة تزيد على تسع سنوات ولوزير الحربية قبول أو رفض الطلب دون إبداء الأسباب وإذا لم يتقدم شاغلو الأراضي بطلب شرائها أو استئجارها في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون أو كانوا قد طلبوا الشراء أو الاستئجار في الميعاد المشار إليه ورفض طلبهم يكون لجهة الإدارة الحق في إزالة المباني والغراس على نفقتها أو إبقائها واعتبارها مملوكة للحكومة ولا يستحق ملاكها أى تعويض عنها (م 6).

وقد تغيا المشرع من ذلك منح شاغلي الأرض بالبناء أو الغراس رعاية خاصة لما بذلوه من جهد وتكاليف في سبيل إصلاحها وتعميرها.

7- يكون لشاغلي الأراضي بالبناء أو الغراس المشار إليهم في المادة السادسة في رقم (6) في حالة الترخيص لهم بالشراء أو الاستئجار الأفضلية على غيرهم ولهم الحق في طلب تقسيط الثمن وفقا للشروط والأوضاع التي تبينها اللائحة التنفيذية الخاصة بهذا القانون (م 7).

8- جميع المحررات المثبتة للملكية أو أى حق من الحقوق العينية أو لحق الإيجار يجب تقديم إقرار عنها في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون إلى المديرية أو المحافظة التي تقع في دائرتها العقارات الواردة عليها هذه الحقوق. ويعاقب من يتخلف عن تقديم الإقرار المشار إليه في الميعاد القانوني بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها (م 8).

وقد تغيا الشارع من ذلك تمكين السلطة القائمة على تنفيذ أحكام هذا القانون من حصر المحررات المثبتة للملكية والحقوق العينية الأخرى أو حق الإيجار.

9- يكون تملك الأراضي التي تروى من مياه الآبار على الوجه الآتي:

(أولاً): في الأحوال التي يكون فيها صاحب البئر غير مالك للأراضي التي تروى من هذه البئر فإن للزارع الفعلى لهذه الأرض أو لجزء منها الذي لايعتبر

مالكا فى حكم هذا القانون أن يطلب شراء أو استئجار المساحة التى يزرعها وفقا لأحكام المادتين السادسة والسابعة من هذا القانون وتلتزم الحكومة بتعويض صاحب البئر عن ملكيتها.

ومن البديهي أنه إذا كان مالك البئر يزرع بنفسه جزءا من الأرض التى تروى منها وليس مالكا لهذا الجزء الذى يزرعه فله الحق كباقي الزراع فى طلب تملك أو استئجار ما يزرعه⁽¹⁾.

(ثانياً): ملاك الأراضي التى تطمس آبارها بغير تعمد أو تقصير من جانبهم يملكون بمنطقة الآبار الجديدة التى تنشئها الحكومة مساحات مماثلة لملكيتهم وتؤول ملكية الأراضي التى تطمس آبارها للحكومة (م9).

10- يجوز نزع ملكية العقارات فى المناطق التى يسرى عليها هذا القانون والاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا للمنفعة العامة أو للمحافظة على سلامة الدولة وأمنها الخارجى أو الداخلى وذلك دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم 577 لسنة 1954 الخاص بنزع الملكية عدا ما يتعلق منها بتقرير التعويض (م 10).

11- تسرى أحكام هذا القانون أيضا على العقارات والأراضي خارج الزمام بالبلاد ذات الحدود التنظيمية بالمحافظات التابعة الآن لسلح الحدود والتى يصدر ببيانها قرار من وزير الحربية (م11).

12- يصدر وزير الحربية كافة القرارات المتعلقة بهذا القانون، كما يصدر بالاشتراك مع وزير الزراعة اللائحة التنفيذية الخاصة به، وتبين هذه اللائحة كيفية الحصول على الترخيص بالتملك وتقرير الحقوق العينية وبلاستئجار سواء أكان ذلك متعلقا بالعقارات المملوكة للدولة أم المملوكة للأفراد كما تبين اللائحة كيفية وشروط التصرف وتقرير الحقوق العينية والتأجير بالنسبة للعقارات الخاصة بالدولة

(1) المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون.

كما تبين اللائحة كيفية تشكيل اللجنة أو اللجان المختصة بإبداء الرأي وإجراءات نزع ملكية العقارات والاستيلاء مؤقتا وكافة الشروط اللازمة لضمان استصلاح الأراضي واستغلالها (م 12).

3- يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون.

وواضح أن الحكم الذي نصت عليه المادة 3/874 مدنى قد أصبح نطاق تطبيقه ضيقا إلى حد كبير، وذلك بمقتضى القانون رقم 124 لسنة 1958 الخاص بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية. فقد رأينا أن الأراضي الصحراوية فى حكم هذا القانون يراد بها الأراضي الكائنة بالمناطق المعتبرة خارج الزمام، وهى ذاتها الأراضي غير المزروعة التى تناولتها المادة 874 مدنى. وبمقتضى هذا القانون يحظر على أى شخص أن يملك بأى طريق كان، عدا الميراث، عقارا كائنا بإحدى هذه المناطق أو أن يكسب حقا عينيا آخر عن هذا القدر ولوزير الحربية أن يحدد بقرار فيه مناطق معينة لا يشملها هذا الحظر.

واستثناء من هذا الحظر يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية بعد أخذ رأى لجنة خاصة. فقد أصبح نطاق الحكم الذى نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الأخيرة قاصرا على المناطق التى لا يشملها الحظر المذكور بمقتضى قرار يصدر من وزير الحربية⁽¹⁾.

(ثالثا) تملك الأراضي الصحراوية طبقا للقانون رقم 100 لسنة 1964

بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها⁽²⁾.

546- إلغاء هذا القانون للفقرة الثالثة من المادة 874 مدنى؛

نصت المادة 86 من القانون على إلغاء الفقرة الثالثة من المادة 874 من

(1) عبد المنعم الصده ص 360 وما بعدها.

(1) الجريدة الرسمية فى 23/3/1964 العدد 68.

القانون المدنى، وكذا إلغاء تشريعات أخرى وكل نص آخر يخالف أحكام القانون. وقد رأينا أن هذه الفقرة كانت تنص على تملك الأرض بطريق الاستيلاء للتعجير، إذ جرى نصها على أن: "إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس".

547- ملكية الأراضى الصحراوية للدولة ملكية خاصة:

تنقسم الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة- طبقا لما نصت عليه المادة الثانية من القانون - إلى ثلاثة أقسام:

(أ) "الأراضى الزراعية" - وهى الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين التى تكون مزروعة بالفعل وكذلك أراضى طرح النهر وهى الأراضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه.

(ب) "الأراضى البور" - وهى الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين.

(ج) "الأراضى الصحراوية" وهى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها فى البندين السابقين سواء أكانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة.

وعلى ذلك أصبحت الأراضى الصحراوية بموجب القانون رقم 100 لسنة 1964 مملوكة ملكية خاصة للدولة. ومن ثم لا يجوز قانونا تملكها بالاستيلاء الفعلى كما كان الحال فى ظل الفقرة الثالثة من المادة 874 مدنى قبل إلغائها.

548- تنظيم تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم

100 لسنة 1964 :

بعد أن نصت المادة الثانية من القانون رقم 100 لسنة 1964 على أن الأراضى الصحراوية مملوكة ملكية خاصة للدولة، أتت بعد ذلك بنوعين من الملكية:
النوع الأول : عبارة عن أحكام انتقالية تقر بها بعض الملكيات.
والنوع الثانى: ملكيات جديدة على خلاف الأصل الوارد فى القانون.
 ونعرض لهذين النوعين من الملكية بالتفصيل الآتى:

549- النوع الأول من الملكيات :

الأحكام الانتقالية للملكيات :

(أولاً): يعتد فى تطبيق القانون رقم 100 لسنة 1964 بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة، فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 المشار إليه والمستتدة إلى عقود تم شؤها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تنشر بعد (1/75).

(ثانياً): يعتد بالقرارات النهائية الصادرة وفقاً لأحكام القانون رقم 124 لسنة 1958 والتي تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات (م/2/75).

(ثالثاً): يعد مالكا بحكم القانون:

(أ) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 المشار إليه وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضي في تاريخ العمل بهذا القانون وبما لا يجاوز الحد الأقصى للملكية العقارية المقررة قانوناً. ولا يسرى هذا الحكم على الأراضي التي تزرع جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط.

فإذا كانت تلك الأراضي تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضي عنها بمساحات مماثلة لها في مناطق الآبار الجديدة التي تنشئها الدولة (م/1-3/75).

فيشترط للتملك في هذه الحالة شرطان:

الشرط الأول:

الغراس أو الاستزراع الفعلى لحساب الزارع أو الغارس لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958:

فاشترط الغراس أو الاستزراع الفعلى هو الذى يدل على التعمير الذى من أجل تشجيعه يعترف المشرع بجدارة المواطن للتملك.

واشترط أن يكون الزرع أو الغرس لحساب الزارع أو الغارس، وليس لحساب شخص آخر مرجعه أن هذا الشخص هو الذى يكون جديراً بالرعاية التى يسبغها القانون على المواطن الكادح الذى يستزرع لحسابه، ولا يرسل عمالاً إلى الصحراء يتلقون العنت بينما ينعم هو بمباهج المدينة.

والحكمة من اشتراط استمرار الزرع أو الغرس لمدة سنة كاملة أى متصلة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958، هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأراضى الصحراوية لمدة سنة زراعية كاملة، دون الحالات التى تزرع فيها هذه الأراضى أو تغرس بصفة غير منتظمة جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط⁽¹⁾.

وبالرغم من أن عدم الاعتداد بهذا الوضع واضح من سياق هذا الشرط، إلا أن القانون رغبة منه فى قطع الطريق أمام أى تردد قد خصه بنص صريح فى المادة (75) إذ جرى عجز الفقرة الأولى من المادة على أن: "ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط"⁽²⁾.

الشرط الثانى:

أن يستمر الاستزراع أو الغراس الذى بدأ قبل العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 حتى تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 أى حتى 22 يونيو سنة 1964.

فإذا توقف هذا الاستمرار قبل هذا التاريخ لأى سبب من الأسباب حتى ولو بفعل الطبيعة فإن هذا الشرط الثانى ينتفى. وتطبيقا لذلك نصت المادة على أنه إذا كانت الأرض - التى كانت مغروسة مزروعة لمدة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 - تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بهذا القانون فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة.

وإذن فإذا كان طمس الآبار بتقصير من الزراع فإنه لا يعتد بملكيته ولا يعوض عما كان يزرعه، أما إذا كان الطمس بفعل الطبيعة فإنه لا يعتد أيضا

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون - الدكتور أحمد سلامة القانون الزراعى الطبعة الأولى 1970

ص 61 وما بعدها.

(2) الدكتور أحمد سلامة القانون الزراعى الطبعة الأولى 1970 ص 61 وما بعدها.

بملكيته ولكن يكون له الحق فى التعويض بقطعة أرض مماثلة يمكن أن تروى من الآبار. ولا يعتد بملكيته إلا إذا استمر زارعا الأرض - وهو ما يقتضى بالضرورة استمرار مورد المياه - حتى العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964.

ولا يشترط فى هذا الاستزراع أن يكون متصلا خلال الفترة التى تقع بين انتهاء السنة المتصلة التى تمت قبل العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 وبين تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964، فيكفى فى هذه الفترة أن يكون الزرع صيفا أو شتاء. كذلك لا يشترط أن يستمر الاستزراع بعد العمل بالقانون المذكور، فهذا الشرط الثانى ينظر إلى توافره فى 22 يونيو سنة 1964 لا بعد ذلك.

الشرط الثالث:

ألا تزيد مساحة الأرض الصحراوية المستزرعة بذاتها أو مضافة إلى ما يملكه الزراع من أراضي زراعية أخرى على خمسين فدانا، أو على الحد الأقصى للملكية الزراعية الذى يمكن أن يوضع. وهو شرط منطقى يتمشى مع عدم تجاوز الملكية الزراعية حدا أقصى معين⁽¹⁾.

(رابعا): كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم 124 لسنة 1958 إقامة بناء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه - وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون.

فالتملك يشمل البناء والأرض المقام عليها وقدرا من الأرض يلحق بها ويعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر، إذ أن المساحة الأخيرة تعتبر معمرة حكما، ومثل ذلك الأرض التى تستعمل حظيرة للمواشى أو مخزنا للآلات الزراعية أو الحاصلات، وتقدر هذه المساحة بحسب

(1) أحمد سلامه ص 63 وما بعدها.

ظروف الحال كمهنة البانى وعدد أولاده. ومقدار الأرض التى يستزرعها. ولا يشترط أن يكون هذا الملحق قائما فعلا، بل يكفى أن يكون من المحتمل مستقبلا أن يقوم له ملحق⁽¹⁾.

550- التحقق من الملكيات التى أقرها القانون:

تحقيقا لما استهدفه القانون من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه فى الأراضى الصحراوية، وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونية لها، فقد أورد بعض الإجراءات الواجب اتخاذها نحو الإخطار عن تلك الملكيات، وتحقيقها والفصل فى المنازعات المتعلقة بها، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتراد بها ثم شهر هذه المحررات ... إلخ.

وتخلص هذه الإجراءات فيما يلى:

1- يجب على كل ذى شأن من أصحاب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المنصوص عليها فى المادة 75 أن يقدم خلال موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة 1969 إخطارا إلى المحافظة التى يقع فى دائرتها العقار الوارد عليه حقه وإلى المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى. ويتضمن الإخطار المشار إليه بيان الحق الذى يدعيه مقدمه والمحررات المثبتة له كما يتضمن تحديدا وافيا للعقار الوارد عليه الحق وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والإجراءات التى تتبع فى بحث الإخطارات التى تقدم وفقا لحكم هذه المادة وفى تحقيق الحقوق العينية المثبتة فيها (م 76 مستبدلة بالقانون رقم 36 لسنة 1967)⁽²⁾.

وقصد بهذا الإخطار تمكين المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى وهى

(1) أحمد سلامه ص 162 الهامش.

(2) وكان النص القديم يجعل الميعاد (خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون). فاقصر التعديل على تعديل هذا الميعاد.

الجهة الإدارية المختصة التابعة لوزارة الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى، من حصر حالات الادعاء بالملكية والحقوق العينية الأخرى المشار إليها، خلال الميعاد المحدد لذلك، ثم تحقيق تلك الادعاءات وفقا للقواعد والإجراءات التفصيلية التى تحددها اللائحة التنفيذية.

2- تعتمد نتائج بحث الإخطارات المشار إليها فى رقم (1) وتحقيق الحقوق العينية المثبتة فيها بقرارات من مجلس إدارة المؤسسة المصرية لتعمير الصحارى وتبلغ هذه القرارات إلى ذوى الشأن بالطريق الإدارى (م 77).

3- إذا قرر مجلس إدارة المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى عدم الاعتداد بحق من الحقوق العينية المثبتة فى الإخطارات المشار إليها فى رقم (1) أو إذا تنازع على حق واحد منها أشخاص متعددون - فترفع المنازعات المتعلقة بالحقوق المشار إليها إلى اللجان المنصوص عليها فى المادة (39) لتفصل فيها (م78).

4- تصدر المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى "شهادات ملكية" تتضمن الاعتداد بالحقوق العينية الواردة على عقارات كائنة بالمناطق الصحراوية المعتبرة خارج الزمام فى الحالات المنصوص عليها فى رقم (1) وذلك بناء على القرارات الصادرة من مجلس إدارة المؤسسة المتضمنة الاعتداد بتلك الحقوق أو بناء على القرارات النهائية الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها فى المادة (39) بعد التصديق عليها.

ويتبع فى تحرير الشهادات المشار إليها وفى شهرها الأحكام المنصوص عليها فى المادة (53).

ويترتب على إيداع الشهادات فى مكتب الشهر العقارى المختص الآثار المترتبة على شهر التصرفات العقارية وتسلم صورها إلى ذوى الشأن بعد أدائهم الرسوم المقررة عليها. (م79).

وتعتبر هذه الشهادات كاشفة وليست منشئة.

551- النوع الثانى من الملكيات :

الملكيات الجديدة الواردة فى القانون رقم 100 لسنة 1964 :

ورد النص على هذه الملكيات الجديدة فى الفصل الأول (فى التصرف فى الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها) من الباب الثالث (فى الأراضى البور والأراضى الصحراوية) وقد عدلت أحكام هذه الملكيات بالقانونين رقمى 36 لسنة 1967، 17 لسنة 1969 كما سنرى.

552- (أ) ملكيات الأراضى الصحراوية غير المستصلحة :

تخلص أحكام هذه الملكيات فيما يلى:

1- تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضى المناطق التى يجوز أن تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه عن طريق الجهة الإدارية المختصة (م22 مستبدلة بالقانون رقم 36 لسنة 1967)⁽¹⁾.

وواضح أن الحكومة لا تقدم على بيع الأراضى البور والصحراوية إلا إذا تأكدت أنها قابلة للاستصلاح وأن لها موردا من المياه يمكن أن تستزرع به، لأنه

(1) وكانت المادة قبل تعديلها تنص على أن: "تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى - بعد أخذ رأى وزير الأشغال، المناطق التى تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون عن هذه المادة:

"وقد قصد بهذا النص توفير التعاون بين وزارتى الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى والأشغال فى شأن تحديد المناطق التى تتوافر فيها المياه الصالحة للرى، حتى يتم التصرف فى الأراضى البور والأراضى الصحراوية المزروعة بعد ضمان توافر مياه ريها والتحقق من إمكان استصلاحها وزراعتها".

لا جدوى من القيام باستصلاح فى حالة عدم وجود مثل هذا المورد أو فى حالة عدم كفايته أو فى حالة عدم التأكد من استمراره، كما يجب أن يكون لهذه الأرض مصارف إذا كانت تحتاج إلى صرف، ومصدر هذا الوجوب نفس الحكمة التى أوجبت توافر موارد المياه. وترتيباً على ذلك لو صدر قرار وزارى بتحديد منطقة معينة وبيعت لاستصلاحها ثم ثبت - على الطبيعة - أنها غير قابلة للاستصلاح أو أنه ليس لها موارد رى كافية فإن البيع يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، إذ يكون قد وقع فى غلط جوهري⁽¹⁾.

2- يتم التصرف فى الأراضى المشار إليها بطريق المزاد العلنى وبشرط ألا تتجاوز ملكية المشتري - هو وزوجته وأولاده القصر - المائة فدان من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية - بما فيها المساحة التى يرسو مزاد شرائها عليها إن كان من الأفراد ويكون التزايد على معجل الثمن. ويلزم المشتري باستصلاح الأرض التى يرسو مزاد شرائها عليه وزراعتها خلال المواعيد التى تحددها اللائحة التنفيذية.

على أنه يجوز أن تباع بطريق الممارسة الأراضى البور التى تتخلل الأراضى الزراعية وذلك بالشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية. وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم والمساحة التى يجوز التصرف فيها إلى كل منهم وقواعد تقدير الثمن ومدة سداد وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى والشروط والأوضاع التى يتم بها التزايد (م 23 مستبدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1969)⁽²⁾.

(1) أحمد سلامه ص 81.

(2) وكانت المادة قبل تعديلها تنص على أنه يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يرخص فى التصرف فى مساحات من الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة ببيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين فى شرائها لاستصلاحها، فى حدود عشرين فداناً من الأراضى البور أو خمسين فداناً من الأراضى الصحراوية بالنسبة إلى كل مشتر. وذلك بالشروط الآتية:

ومن البديهي أنه يشترط في المشتري أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية إذ المفروض أن الأجنبي لا يملك أرضاً زراعية وما في حكمها. وقد عدل المشرع عن البيع بالممارسة بالنسبة للأراضي الصحراوية، الذي كانت تنص عليه المادة قبل تعديلها، لأنه قد ينجم عن البيع بالممارسة التصرف في هذه الأراضي إلى أشخاص غير قادرين على زراعتها أو ألا تباع بقيمتها⁽¹⁾. وقد قصر النص المزايدة على مقدم الثمن، دون الثمن جميعه، حتى لا تكون قيمة الأرض المعروضة للبيع مطلقة الحدود عند التزايد على شرائها مما يجعلها عرضة للمضاربات ويجعل ثمنها - الذي يرسو مزاد بيعها به - يفوق قيمتها الحقيقية وهو ما ينعكس أثره غالباً على مقدرة المشتري في استصلاحها واستثمارها⁽²⁾. وترك للدولة تقدير هذا الثمن طبقاً لما تنص عليه اللائحة التنفيذية.

553- التزامات المشتري:

نصت المادة 23 من القانون رقم 100 لسنة 1964 (مستبدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1969) في فقرتها الثانية على أن: "يلتزم المشتري باستصلاح الأرض التي يرسو مزاد شرائها عليه وزراعتها خلال المواعيد التي تحددها اللائحة

1- أن يكون المشتري متمتعاً بجنسية الجمهورية العربية المتحدة بالغاً سن الرشد من ذوى السمعة الحسنة لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

2- أن يتعهد المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه.

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى (م23).

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون 17 لسنة 1969.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون 17 لسنة 1969.

التنفيذية". ولاشك أنه يقع على عاتق المشتري بجانب هذا الالتزام، الالتزامات التي ترتبها القواعد العامة قبله.

وإذا أخل المشتري بالالتزام المنصوص عليه بالمادة أو بأحد الالتزامات الواردة في القواعد العامة، وقع عليه الجزاء الذي ترتبه القواعد العامة. وقد ألغى القانون رقم 17 لسنة 1969 جزاء كانت تنص عليه المادة 24 من القانون رقم 100 لسنة 1964 إذ كانت تجرى على أن:

"إذا لم يقيم المشتري باستصلاح وزراعة الأرض البور أو الأرض الصحراوية غير المزروعة المبيعة إليه وفقا لحكم المادة (23) اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي. ويلزم المشتري الذي انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ويستتزل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشتري قبل الفسخ من ثمن وفوائد. وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات وقواعد تقدير الفئة الإيجارية.

كما يلزم المشتري الذي انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها". كما كانت المادة 25 من القانون المذكور تنص على أنه: "لايجوز التصرف في الأراضي البور والأراضي الصحراوية المبيعة وفقا لحكم المادة (23)، إلا بعد استصلاحها وزراعتها خلال المواعيد المقررة لذلك.

ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم الشروط

الآتية:

(1) أن يكونوا متمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة بالغين سن الرشد من ذوى السمعة الحسنة لم يسبق الحكم عليهم بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليهم اعتبارهم.

(2) أن تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم

الرئيسى.

(3) ألا يزيد مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد من صغار الزراع المشار إليهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضى الزراعية والبور والأراضى الصحراوية المستصلحة.

كما كانت المادة (26) تنص على أنه: "يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يرخص فى بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضى البور أو خمسين فدانا من الأراضى الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة بشرط أن تتم استصلاح وزراعة ما تشتريه من الأراضى خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها وإلا سرت بالنسبة إليها أحكام المادة 24.

وتلتزم الأشخاص الاعتبارية المشار إليها باتباع القواعد والأحكام المنصوص عليها فى المادة 25".

إلا أن هاتين المادتين ألغيتا بالقانون رقم 17 لسنة 1969.

554- (ب) ملكيات الأراضى الصحراوية المستصلحة :

1- "يتم التصرف فى الأراضى الصحراوية التى تعهد الدولة باستصلاحها للأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة إما بتسليمها إلى المؤسسات والهيئات العامة التى يعهد إليها بزراعتها واستغلالها وإدارتها أو بتوزيعها، أو بتسليمها إلى المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى لتوزيعها وفقا لأحكام هذا القانون أو يتم التصرف فيها بالبيع طبقا للقواعد والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية- وذلك بناء على قرار من وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضى طبقا لما تقرره الدولة من خطط وبرامج.

وبالنسبة إلى ما يتقرر توزيعه من هذه الأراضي يتم التوزيع على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة أفدنة ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمنتفع (م30 مستبدلة بالقانون رقم 36 لسنة 1967).

والحكم الأول الوارد بالمادة (30 المستبدلة) قد أضاف أحكاما مماثلة لتلك الواردة في النص المعدل للمادة (9) من القانون رقم 100 لسنة 1964 بالنسبة للأراضي البور المستصلحة لذات الأسباب وبقصد تمكين الدولة من حسن استغلال الأراضي الصحراوية المستصلحة على خير وجه، وحتى يتيسر لها إسناد استغلال الأراضي الصحراوية المستصلحة وزراعتها إلى من يحسن ذلك تبعا لطبيعة هذه الأراضي ومساحتها وموقعها، وظروف السكان فيها وتبعا لحاجة البلاد من الحاصلات الزراعية المختلفة... إلخ والحكم الثاني من المادة (30 المستبدلة) مطابق لما جاء بالنص القديم وقد قصد به تحديد القواعد الأساسية لتوزيع الأراضي الصحراوية المستصلحة والتمهيد لسائر أحكام التوزيع الواردة في باقى نص المادة وفي المادتين (31، 37).

وقيد النص حرية التصرف فى الأراضي الصحراوية المستصلحة على النحو المتقدم بناء على قرار من وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضي - باعتباره الوزير المختص- بأن يكون ذلك طبقا لما تقرره الدولة من خطط وبرامج فى هذا الشأن⁽¹⁾.

2- تكون الأولوية فى توزيع الأراضي الصحراوية المستصلحة وفقا لحكم المادة (30) على الترتيب الآتى:

أولاً: لمن أضرار فى مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين فى منطقتها.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 36/ 1967.

ثانيا: ما يتبقى من الأرض المستصلحة بعد ذلك يخصص نصفه للتوزيع على أهل المناطق المزدحمة بالسكان التى يصدر بتحديدتها قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى - وذلك وفقا للترتيب الآتى:

(أ) خريجى المعاهد الزراعية وعمال التراحيل الذين عملوا بصفة دائمة فى استصلاح الأرض محل التوزيع وتعميرها واستزراعها.

(ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع.

(ج) من يقبل الهجرة إلى منطقة الاستصلاح من أهالى المناطق المزدحمة المشار إليها.

ثالثا: النصف الثانى من باقى الأرض المستصلحة - يوزع على الترتيب الآتى:

(أ) خريجى المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا فى استصلاح الأراضى الموزعة واستزراعها بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدحمة.

(ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدحمة.

(ج) أهل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها. ويفضل من بين أصحاب كل مرتبة من مراتب الأولوية المشار إليها من يكون أكثر عائلة وأقل مالا (م31).

وقد فرض البند (أولا) من المادة (31) المرتبة الأولى من الأولوية فى الانتفاع بالتوزيع لمن يكون قد أضرى فى مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين فى منطقتها (منطقة التوزيع) وهذا الحكم فى مجال الأراضى الصحراوية المستصلحة يقابل النص الذى يقرر الأولوية فى توزيع الأراضى الزراعية لمن يكون واضعا يده عليها، وقائما بزراعتها فعلا. مع تطوير هذه القاعدة وتعديلها

على نحو يتفق وطبيعة الأراضى الصحراوية وواقع الحال بالنسبة إلى ظروف استغلالها.

ذلك أن الفرض الأساسى الذى تقوم عليه قواعد توزيع الأراضى الصحراوية المستصلحة، هو أن هذه الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة - كانت غير مزروعة. ثم عهدت الدولة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة المتخصصة - بالقيام باستصلاحها وتعميرها وزراعتها تمهيدا لتمليك تلك الأراضى - بطريق التوزيع - للمواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط المقررة لذلك والمنصوص عليها فى المادة (30).

وليس من المتصور فى ظل هذا الغرض الأساسى قيام وضع يد يحميه القانون لأحد من الناس على الأراضى الصحراوية المستصلحة المشار إليها. كما أنه لا يتصور وجود مزارعين فعليين لها يقر القانون حيازاتهم.

ولكن يقوم إلى جانب هذه الحالة العامة والغالبة فى مجال هذا النوع من الأراضى - حالات واقعية أخرى يتحقق فيها أن يترتب على أعمال الاستصلاح الإضرار ببعض المواطنين والمساس بموارد أرزاقهم. بل وحرمانهم منها أحيانا. ومن أمثلة هذه الحالات الواقعية أن تتجه الدولة إلى تجفيف بعض البحيرات الواقعة فى مناطق صحراوية (خارج الزمام) وتستصلح أراضيها وتستزرعها وتعدّها للتوزيع على صغار الزراع. وفى هذه الحالة يكون من المتوقع أن يضار المواطنون الذين كانوا يشتغلون بصيد الأسماك فى البحيرات - فى مورد رزقهم وهو الصيد وقد يصعب عليهم بحكم ظروفهم الاجتماعية والمادية - الانتقال من المناطق الواقعة فيها تلك البحيرات إلى مناطق أخرى يكون الصيد فيها متاحا وميسورا. ومن أمثلة هذه الحالات الواقعية أيضا - أن تشمل منطقة الاستصلاح أجزاء من الأراضى الصحراوية يعيش فيها بصفة مستقرة مواطنون يعملون برعى الأغنام والماشية أو بالزراعة، ويعتمدون فى الرعى والزراعة على مياه الأمطار أو على موارد المياه الطبيعية المتوافرة فى تلك الأراضى، ومن الواضح فى مثل هذه الحالة أن أعمال

الاستصلاح سوف تنزل الضرر بهؤلاء المواطنين، وتحرمهم من مورد رزقهم الرئيسى سواء بالنسبة إلى الرعى أو بالنسبة إلى الزراعة الموسمية التى كانوا يمارسونها خفية دون ترخيص من الدولة - وقد يصعب على أولئك المواطنين الانتقال إلى مناطق أخرى قريبة تتوافر فيها الأمطار أو موارد المياه الطبيعية التى تهئ لهم الحياة فى الصحراء. وكذلك من أمثلة الفروض الواقعية التى نحن بصددھا. أن يقتضى تنفيذ برامج استصلاح الأراضى الصحراوية التى تقررها الدولة أن تمتد منطقة الاستصلاح فتشمل أجزاء من الأراضى المؤجرة من الدولة لأفراد من المواطنين أو المبيعة إليهم منها. بل وقد تمتد أيضا إلى أجزاء من الأراضى تكون مملوكة لأولئك المواطنين، وذلك إما لوقوع هذه الأجزاء من الأراضى أو تلك داخل منطقة الاستصلاح أو لتداخلها فيها. وفى هذه الحالة يكون محققا أن يترتب على أعمال الاستصلاح الإضرار بالحائزين للأراضى المشار إليها من مستأجرين وملاك نتيجة حرمانهم من مورد رزقهم الرئيسى كليا أجزئيا.... الخ.

وقد قدر المشرع أن المواطنين الذين يضارون فى موارد أرزاقهم بسبب أعمال الاستصلاح - ممن يقيمون فى منطقتها - فى الحالات المشار إليها وفى غيرها من الحالات المماثلة يكونون أولى بالرعاية وأجدر بالانتفاع بتوزيع الأراضى المستصلحة ممن عداهم من المواطنين الآخرين الذين لم تتأثر أرزاقهم بأعمال الاستصلاح. ولم يلحقهم أى ضرر منها وذلك تعويضا لهم عما لحقهم من ضرر غير متعمد نتيجة تنفيذ مشروعات استصلاح الأراضى الصحراوية التى تبتغى تحقيق الصالح العام للمجتمع.

وقضت المادة بأن ما يتبقى من الأرض الصحراوية المستصلحة، بعد التوزيع على من أضرار فى مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين فى منطقتها - يخصص للتوزيع مناصفة بين أهالى المناطق المزدهمة بالسكان فى إقليم الجمهورية بمحافظاته المختلفة، وبين أهالى المنطقة الصحراوية الواقعة فيها

الأرض المستصلحة محل التوزيع وأهالى المناطق الأخرى غير المزدحمة بالسكان فى إقليم الجمهورية.

وقد روعى فى هذا الحكم أن كل أرض صحراوية تمتد إليها الحياة وتستصلح وتستزرع، يجب أن يشترك فى ملكيتها المواطنون الذين تضيق بهم سبل الحياة وموارد الرزق فى المناطق المزدحمة بالسكان فى بلادنا، جنبا إلى جنب وعلى قدم المساواة بين المواطنين المقيمين فى منطقة الاستصلاح الصحراوية وغيرهم من أهالى المناطق المماثلة غير المزدحمة بالسكان فى الجمهورية - ممن يقبلون طوعية الهجرة من مواطنهم الأصلية إلى مناطق الاستصلاح سعيا وراء الرزق أو رغبة فى تحسين حالتهم المادية وكسب ملكية نصيب عادل من أرض وطنهم. وبهذا كفل القانون لكل طوائف المواطنين الجديرين بالرعاية، حقا معلوما فى ملكية أراضي الدولة الواقعة فى المناطق الصحراوية التى تعد للتوزيع بعد استصلاحها وتعميرها وزراعتها.

وقد راعت المادة لأول مرة فى التشريع تقرير حق عمال التراحيل فى الملكية العقارية - وقد روعى فى هذا أن الميثاق الوطنى قد فرض لكل مواطن نصيبا عادلا من ثروة وطنه، وأنه قضى بضرورة توسيع نطاق الملكية العقارية بإتاحة الحق فيها للأجراء. كما روعى فى ذلك أن العمال المشار إليهم يسهمون بجهد ضخم فى قهر الصحراء والبوار، وفى بعث الحياة الخلاقة إلى الأراضى الجديدة التى يعملون فى استصلاحها وتعميرها وزراعتها، ولهذا فإنهم يفضلون سواهم من المواطنين الذين لا يعملون فى هذا المجال من مجالات العمل الوطنى بالنسبة إلى ملكية تلك الأراضى.

وكذلك روعى فى هذا الحكم أن عمال التراحيل يقبلون على العمل فى مناطق الاستصلاح النائية، لقاء أجور زهيدة تسد حاجتهم إلى مطالب الحياة الضرورية ومستلزماتها أو تكاد وأن من صالح المجتمع أن يوفر لهؤلاء العمال مقومات الحياة الكريمة. وبهئى لهم الاستقرار فى مواطنهم الجديدة التى انتقلوا إليها سعيا وراء

الرزق بعد أن ضاقت بهم سبل الحياة في مواطنهم الأصلية المزدحمة بالسكان وأنه مما يدعم توطن أولئك العمال واستقرارهم في مناطق الاستصلاح أن تمنحهم الدولة الحق في ملكية بعض أراضيها التي أسهموا في استصلاحها وبذلوا الجهد والمشقة في سبيل إحياء مواتها.

وقضى البند (ثانياً) من المادة بأن يصدر بتحديد المناطق المزدحمة بالسكان المنصوص عليها فيه - قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي وبديهي أن هذا التحديد سيتم بناء على البيانات والإحصاءات السكانية الرسمية، وما يتوافر من الدراسات المتعلقة بتوزيع القوى البشرية وموارد الثروة بين الأقاليم والمحافظات المختلفة، والبحوث الخاصة بمستويات العمالة والدخول الفردية في تلك الأقاليم والمحافظات.... الخ⁽¹⁾.

4- تحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقدير ثمن ما يتم التصرف فيه من الأراضي الصحراوية المستصلحة سواء بطريق التوزيع أو البيع وشروط أداء الثمن ومدته وفوائده، وسائر أحكام التوزيع والبيع الأخرى (م 33 مستبدلة بالقانون رقم 36 لسنة 1967).

وكان النص قبل تعديله يقصر ذلك على حالات التوزيع فحسب.

5- لوزير الحربية بعد أخذ رأى وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها التملك لأغراض عسكرية (م 35). وقد تغيا المشرع من ذلك مراعاة الاعتبارات المتعلقة بالمحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجى والداخلى.

ولو وزير الحربية اتخاذ إجراءات نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا إذا اقتضت ذلك دواعى المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجى أو الداخلى وذلك دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم 577 لسنة 1954 المشار إليه عدا ما يتعلق منها بتقدير التعويض.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1964.

وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى نزع ملكية العقارات الصحراوية والاستيلاء المؤقت عليها فى الأحوال المشار إليها (م36).
ويكون للحائزين الفعليين الذين ألغيت حيازتهم بالتطبيق لأحكام المادة السابقة الحق فى اقتضاء تعويض عينى وفقا للقواعد التى تحددها اللائحة التنفيذية أو تعويض نقدى وفقا لأحكام القانون رقم 577 لسنة 1954 (م37).

ويجوز عند الضرورة بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى تجنيب أصحاب الملكيات التى تتخلل مناطق الاستصلاح فى مكان واحد وتعويضهم عنها عينا بأراضى أخرى مما يتم استصلاحه أو تعويضهم نقدا وفقا لأحكام القانون رقم 577 لسنة 1954 إذا استلزم ذلك أعمال الاستصلاح وتحدد اللائحة التنفيذية شروط التجنيب وإجراءاته وقواعد التعويض العينى (م38).

555- (ج) حق شاغلى الأراضى الصحراوية فى شراء هذه الأراضى :

كانت المادة 80 من القانون رقم 100 لسنة 1964 تنص على أن:
"يجوز لشاغلى الأراضى الصحراوية بالبناء أو بالغراس الذين لا يعتبرون ملاكا فى حكم هذا القانون أن يطلبوا شراء هذه الأراضى أو استئجارها لمدة لا تزيد على تسع سنوات. فإذا لم يتقدموا بهذا الطلب خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون أو طلبوا ذلك ورفض طلبهم فيكون للمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى الحق فى إزالة المبانى والغراس القائم فى الأراضى المشار إليها أو استبقائها واعتبارها مملوكة للدولة".

ونصت المادة 81 من القانون على أن:

"يكون لشاغلى الأراضى الصحراوية بالبناء أو الغراس المنصوص عليهم فى المادة السابقة فى حالة الترخيص لهم فى الشراء أو الاستئجار الأولية على غيرهم فى ذلك ويجوز لهم طلب تقسيط الثمن فى حالة البيع - وفقا للشروط والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية".

فقد أجازت المادتان لشاغلي الأراضي الصحراوية بالبناء أو الغراس شراء أو استئجار هذه الأراضي ويشترط لذلك.

1- أن يكون هناك شغل للأرض الصحراوية بالبناء أو الغراس بالتفصيل الذي ذكرناه سلفا.

2- ألا يكون الشاغل معتبرا مالكا للأرض طبقا لأحكام القانون رقم 100 لسنة 1964، لأنه لن يكون هناك مبرر للإجازة الواردة بالمادتين. وتعد هذه الإجازة رعاية لهؤلاء الشاغلين.

3- أن يتقدم شاغل الأرض يطلب شراء الأرض التي يشغلها خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 أى خلال سنة تبدأ من انقضاء ثلاثة أشهر على نشر القانون بالجريدة الرسمية في 1964/3/22، وقد مد هذا الميعاد بموجب المادة 14 من القانون رقم 36 لسنة 1967 الذي عدل المادة (80) إلى موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة 1969.

وقد منحت المادة 81 هذا الشاغل في حالة الترخيص له في الشراء الأولوية على غيره في ذلك وأجازت له طلب تقسيط الثمن وفقا للشروط والأوضاع التي تبينها اللائحة التنفيذية.

وقد جاء ذلك تمشيا مع منطق الرعاية التي رؤى توفيرها لشاغلي هذه الأراضي تقديرا لما بذلوه من جهد وما تحملوه من نفقات في سبيل تعمير تلك الأراضي واستزراعها⁽¹⁾.

556- جزاء عدم تقديم الطلب أو رفضه :

إذا لم يتقدم الشاغل بطلب شراء الأرض التي قام بتعميرها في الميعاد المحدد، أو تقدم بالطلب ولكنه رفض، كان للمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى الحق في إزالة المباني والغراس القائم في الأرض، أو استبقائها واعتبارها مملوكة للدولة.

(1) المذكرة الإيضاحية القانون رقم 100 سنة 1946.

ومفاد هذا الجزء أن المشرع عامل البانى أو الغارس معاملة سئ النية، تطبيقاً للمادة 924 مدنى، ولم يطبق عليه قواعد البناء بحسن نية مع أن من هؤلاء البانين أو الغارسين من كان حسن النية بلا جدال، وكان يستند على تصريح من نص المادة 874 مدنى.

وعلى ذلك يجب تطبيق قواعد البناء بسوء نية كاملة، ولا يمنع من هذا التطبيق سكوت المادة (80) من إيراد بقية هذه القواعد. وترتبط على ذلك إذا رأت الحكومة استبقاء المنشآت فإنها تلتزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد من ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م 1/924 مدنى). كما أنه يكون لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً إلا إذا اختارت الحكومة استبقائها مستحقة الإزالة (م 2/924)⁽¹⁾.

557- تيسيرات مقررة للمشتريين:

كانت المادة 84 من القانون رقم 100 لسنة 1964 تنص على أن يعفى من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بهذا القانون مشترى الأراضى الزراعية والأراضى البور والصحراوية التى تسرى عليها أحكام هذا القانون ممن تقل الملكية الخاصة لكل منهم وماتم التصرف إليه من تلك الأراضى عن خمسة أفدنة من الأراضى الزراعية أو خمسة عشر فداناً من الأراضى البور والأراضى الصحراوية. ويؤدى ما تأخر على هؤلاء المشتريين حتى تاريخ العمل بهذا القانون من الثمن على أقساط سنوية متساوية خلال المدة الباقية المتفق على الوفاء بالثمن بها.

ولما صدر القانون رقم 36 لسنة 1967 عدل هذه المادة فأصبحت تنص على أن: "يعفى من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بهذا القانون مشترى الأراضى الزراعية والأراضى البور والصحراوية التى تسرى عليها أحكام هذا

(1) أحمد سلامه ص 84 وما بعدها.

القانون ممن لا تتجاوز المساحة المتصرف فيها لكل منهم عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية أو خمسة عشر فداناً من الأراضي البور والصحراوية ويؤدى هؤلاء المشترون باقى الثمن وملحقاته على أقساط سنوية متساوية مقدارها مثلاً الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على الأرض المباعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لا يتجاوز أجل التقسيط ثلاثين سنة من تاريخ العمل بهذا القانون.

فإذا كانت المساحة المتصرف فيها تزيد على عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية أو خمسة عشر فداناً من الأراضي البور والصحراوية ولا تتجاوز الخمسة والعشرين فداناً من الأراضي الزراعية والبور والصحراوية بالنسبة لكل فئة فيؤدى المشترون باقى الثمن وملحقاته على أقساط سنوية متساوية مقدارها أربعة أمثال الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على الأرض المباعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لا يتجاوز أجل التقسيط عشرين سنة من تاريخ العمل بهذا القانون.

وفى كلتا الحالتين المنصوص عليهما فى هذه المادة تخفض الفوائد السنوية المستحقة على أقساط الثمن إلى $\frac{1}{2}$ % سنوياً. وتحسب الفائدة باعتبارها فائدة بسيطة وبما لا يتعارض مع الأحكام السابقة⁽¹⁾.

وهذا النص - بعد تعديله - يقسم المشتريين للأراضي الصحراوية - وهى التى تعيننا هنا - من حيث التيسيرات التى نص عليها إلى ثلاث فئات، بحسب المساحة التى تم التصرف فيها إليهم، بصرف النظر عما يملكه المشتري من ملكية خاصة بغير هذا الطريق⁽¹⁾. وهذه الفئات هى:

الفئة الأولى:

المشترون الذين لا تتجاوز المساحة المتصرف فيها لكل منهم خمسة عشر

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 36 لسنة 1967.

فدانا من الأراضى البور والصحراوية. فالأرض البور تأخذ حكم الأرض الصحراوية.

الفئة الثانية:

المشترون الذين لا تجاوز المساحة المتصرف فيها إلى كل منهم المساحة الخاصة بالفئة الأولى ولا تجاوز الخمسة والعشرين فدانا من الأراضى الزراعية والبور والصحراوية بالنسبة لكل فئة. ومعنى ذلك أن الأراضى الزراعية تعتبر فئة، والأراضى البور والصحراوية تعتبر فئة أخرى. ومن ثم يعتبر المشتري من الفئة الثانية ولو كان قد اشترى 25 فدانا من الأرض الصحراوية، وعشرين مثلاً من الأراضى الزراعية. فالحد الأقصى لا يحسب على أساس مجموعة مساحة الفئتين وإنما يحسب على أساس مساحة كل فئة على حدة⁽¹⁾.

الفئة الثالثة:

المشترون الذين تتجاوز المساحة المتصرف فيها إلى كل منهم القدر المبين فى الفئة الثانية أى الخمسة والعشرين فدانا من الأراضى الزراعية والخمسة والعشرين فدانا من الأراضى البور والأراضى الصحراوية.

والفئة الأولى تتمتع بتيسيرين:

الأول: الإعفاء من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964.

الثانى: أداء باقى الثمن وملحقاته على أقساط سنوية متساوية مقدارها مثلاً الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على الأرض المبيعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لايجاوز أجل التقسيط ثلاثين سنة من تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964.

(1) أحمد سلامه ص 97 هامش (2).

وبذلك أفسح التعديل مجال تطبيق هذا التيسير الجديد ليشمل كل مشتر لا تجاوز المساحة المتصرف إليه فيها الخمسة عشر فدانا من الأراضى البور أو الصحراوية بصرف النظر عن ملكيته الخاصة⁽¹⁾.

أما الفئة الثانية: فلا تتمتع بالإعفاء من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 مثل الفئة الأولى ويقتصر التيسير بالنسبة لها على أداء باقى الثمن وملحقاته على أقساط متساوية مقدارها أربعة أمثال الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على الأرض المباعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لايجاوز أجل التقسيط عشرين سنة من تاريخ العمل بالقانون المذكور.

وهناك تيسير يفيد منه أفراد الفئتين الأولى والثانية معا، هو تخفيض الفوائد السنوية المستحقة على أقساط الثمن إلى 1.5 % سنويا واحتساب الفائدة باعتبارها فائدة بسيطة وبما لا يتعارض مع أحكام القانون.

وقد جاء بالملذكرة الإيضاحية للقانون 36 لسنة 1967 أنه :

"وقد قصد بهذه التيسيرات رعاية صغار الزراع والفلاحين المشترين للأراضى المملوكة أصلا للدولة (ومعظمها كان الأراضى البور والصحراوية) وتحديد أقساط الثمن وملحقاته التى يلتزم بأدائها هؤلاء المشترين (منذ ما قبل تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964) طبقا لمعيار بسيط وواضح يقدر بمبلغ نقدى محدد (جنيهان أو خمسة جنيهات) أو بنسبه معينة للضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقررة على الأرض المباعة (مثل الضريبة أو مثلاها) أى المبلغين أكبر .

وهذا التقدير وذاك... لا يقتطع من دخل المشترين المتحقق من ريع الأراضى

(1) الملذكرة الإيضاحية للقانون رقم 36 لسنة 1967.

المبيعة إليهم وغلتها إلا جانباً يسيراً لا يرهقهم أداؤه ومن ثم تنتفى الدوافع التي تهريهم من الوفاء بأقساط الثمن وملحقاتها وتيسر للدولة اقتضاء حقوقها في سهولة ويسر دون ما حاجة بها إلى اتخاذ إجراءات تابعة تحصيلها التي قد تمتد أحياناً لآماد طويلة وتقتضى الكثير من الجهد والنفقة بل وقد تكبد الدولة أحياناً نفقات طائلة وترهق في الوقت ذاته المشتريين".

558- جزاء تأخر المشتري في الوفاء بأقساط الثمن؛

إذا تأخر المشتري في الوفاء بأقساط الثمن المشار إليها في البند السابق سنتين متتاليتين بعد العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 سقطت الإعفاءات سائلة الذكر وأصبحت المبالغ واجبة الأداء فوراً ويلتزم المدين بها بأداء فوائد تأخير عنها بواقع 3% سنوياً تستحق من تاريخ حلول القسط الواجب الأداء في السنة الثانية (م 85 من القانون 100 لسنة 1964).

وقد قصد بهذا الحكم سن جزاء رادع لمن يتهاون بعد تقدير الإعفاءات والتيسيرات التي وضعها القانون، في الوفاء بمستحقات الحكومة من ثمن وملحقاته، كما قصد بهذا الحكم أيضاً حث المشتريين على الإقبال على استغلال الأراضي المسندة إليهم وزراعتها على خير وجه، وتنبههم إلى تجنب التقصير في ذلك.

وواضح أن الإعفاء الذي أتى به القانون ليس باتاً، بل معلقاً على شرط الوفاء بالمستحقات المقبلة في المواعيد المحددة.

559- إلغاء المادتين 60، 61 من القانون رقم 100 لسنة 1964؛

كانت المادة (60) من هذا القانون تنص على أنه لا يجوز لمن تؤول إليه ملكية عقار من العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون أن يتصرف فيه كله أو بعضه إلا بعد أداء ثمنه كاملاً وملحقاته، وفي جميع الأحوال لا يجوز

للمتصرف إليه فى أرض زراعية أو أرض بور أو أرض صحراوية أن يتصرف فيها بعد أدائه كامل ثمنها وملحقاته إلا إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة 25.

وكل تصرف يترتب عليه مخالفة حكم الفقرة السابقة يقع باطلا ولا يجوز

شهره.

وكانت المادة 61 تنص على أن تسرى أحكام المادة السابقة على التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون ولم يتم الوفاء بكامل الثمن المتعاقد عليه فيها وملحقاته ولم تشهر.

إلا أن القانون رقم 17 لسنة 1969 نص فى المادة 2 منه على إلغاء هاتين المادتين (ومواد أخرى).

والحكمة من هذا الإلغاء إزالة القيود المفروضة بها على التصرف فى الأراضى الزراعية والبور والصحراوية المشتراه من الدولة. تلك القيود التى عاقت تداول هذه الأراضى تداولاً اقتصادياً يتسم بالمرونة والسرعة والفاعلية على المستوى الذى ترقبه الدولة وقد أخذ فى الاعتبار عند وضع هذا الحكم أن تتضمن اللائحة التنفيذية أحكاماً تحقق المرونة والدقة فى عمليات التصرف فى هذه الأراضى بحيث لا يضيع على الدولة أى حق من حقوقها وبما يكفل تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين⁽¹⁾.

560- نزع ملكية الآبار وعيون المياه التى تستخدم فى الزراعة فى

المناطق الصحراوية :

تنص المادة (33) من القانون على أنه يجوز بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى نزع ملكية الآبار وعيون المياه التى تستخدم فى

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 17 لسنة 1969.

الزراعة فى المناطق الصحراوية وذلك بعد اختبارها والتحقق من صلاحيتها للاستغلال الاقتصادى.

وقد قصد بهذا النص تنظيم نقل ملكية موارد المياه التى تستخدم فى الزراعة فى المناطق الصحراوية والتى تكون صالحة للاستغلال الاقتصادى فى مجال الملكية الخاصة إلى مجال الملكية العامة للشعب، سواء فى ذلك الموارد التى أوجدتها الطبيعة تلقائيا أو الموارد التى يكون الأفراد قد شاركوا فى تهيئتها، وذلك منعا لاستغلال آحاد الناس لتلك الموارد التى تعتبر من الموارد العامة فى الدولة والتى تعد بطبيعتها حقا شائعا ومشتركا لجميع المواطنين، ومن ثم يتعين تنظيم استخدامها لصالح الشعب واستغلالها على نحو يحقق مقتضيات الاقتصاد القومى. وقد روعى فى هذا الحكم تعويض الملاك الحاليين للآبار والعيون التى تنزع ملكيتها على النحو المتقدم وذلك وفقا للقواعد والإجراءات المقررة قانونا بالنسبة إلى نزع الملكية للمنفعة العامة⁽¹⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1964.

(رابعاً) تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم 143 لسنة

1981 (المعدل) في شأن الأراضي الصحراوية^(١) والقانون رقم 7 لسنة

1991 في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة^(٢)؛

561- إلغاء الأحكام المتعلقة بالأراضي الصحراوية المنصوص عليها

بالقانون رقم 100 لسنة 1964 (المعدل)؛

صدر القانون رقم 143 لسنة 1981 (المعدل) في شأن الأراضي الصحراوية

ينظم من جديد إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي الصحراوية.

وقد نص في المادة 27 منه على أن تلغى الأحكام المتعلقة بالأراضي

الصحراوية بالقانون رقم 100 لسنة 1964 في شأن تأجير العقارات المملوكة

للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، وعلى أن يلغى كل نص يخالف أحكام هذا

القانون ومن ثم أصبح القانون رقم 143 لسنة 1981 (المعدل) هو المعمول به في

شأن الأراضي الصحراوية.

إلا أنه لوحظ في الآونة الأخيرة أن الحاجة تدعو لمعالجة بعض المشاكل

المتعلقة بإدارة واستغلال والتصرف في أملاك الدولة الخاصة وذلك بسبب التداخل

في الاختصاص بهذه الشئون بين الوزارات والجهات المعنية مما أثار شكوى

المواطنين وتأخير التعامل مع الجهات المعنية. ومن أجل ذلك ولمعالجة التداخل

في الاختصاص، ولتوحيد الجهة التي تتولى تخصيص تلك الأملاك للأغراض

المختلفة على نحو ييسر على المواطنين معرفة الجهة المختصة الواجب التعامل معها

(1) الجريدة الرسمية العدد 35 مكرر في 1991/8/31 وعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره

(م29).

(2) الجريدة الرسمية العدد 10 (مكرر) في 1991/3/13 وعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره

(م9).

ويضع حدا للمشاكل القائمة، صدر القانون رقم 7 لسنة 1991 فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة. وقد تناول هذا القانون بالتعديل بعض أحكام القانون رقم 143 لسنة 1981 سنشير إليها فى حينها.

562- المقصود بالأراضى الصحراوية فى تطبيق أحكام القانون:

يقصد بالأراضى الصحراوية فى تطبيق أحكام هذا القانون، الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة، والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين. ويقصد بالزمام حد الأرض التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصرت فى سجلات المساحة وفى سجلات المكلفات وخضعت للضريبة العقارية على الأطنان. وبالنسبة للمحافظات الصحراوية يعتبر زماما كردون المدن والقرى القائمة فى تاريخ العمل بهذا القانون والتى تقام مستقبلا وحتى مسافة كيلو مترين (م1). وبذلك حسم الشارع الخلاف الذى طال أمده حول تعيين حد الزمام بالنسبة للمحافظات الصحراوية⁽¹⁾.

563- تحديد الأراضى التى يجوز تملكها:

1- يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع قرارا بتحديد المناطق الإستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها، ويتضمن القرار بيان القواعد الخاصة بهذه القواعد (م2/أ من القانون رقم 7 لسنة 1991) ⁽²⁾.

2- فيما عدا الأراضى السابقة يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص - حسب الأحوال - قرارا بتحديد المناطق التى تشملها خطة مشروعات استصلاح الأراضى وتتولى الهيئة العامة لمشروعات

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(2) وكان هذا الحكم منصوفا عليه بالمادة (2/أ) من القانون 143 لسنة 1981 إلا أنها كانت تنص على صدور القرار من وزير الدفاع.

التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع⁽¹⁾.

وتمارس هذه الهيئة سلطات المالك في كل ما يتعلق بالأمالك التي يعهد إليها بها. وتباشر مهامها بالتنسيق مع وزارة الدفاع وبمراعاة ما تقرره من شروط وقواعد تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة.

3- تتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع (مادة 3/3 من القانون رقم 143 لسنة 1981، مادة 3/2 من القانون رقم 7 لسنة 1991).

4- في جميع الأحوال تكون أراضي البحيرات والسياحات التي يتم تجفيفها مناطق استصلاح واستزراع، وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف في هذه الأراضي، وتمارس سلطات المالك في كل ما يتعلق بشئونها (م3 من القانون رقم 7 لسنة 1991).

وقد حرص النص على إيراد حكم قاطع في تخصيص الأراضي الناشئة عن تجفيف البحيرات والسياحات فجعلتها من اختصاص الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية، وذلك بدلا من أراضي البحيرات مجرد أراضي صحراوية، كما كانت تنص الفقرة الخاصة من المادة الأولى من القانون رقم 143 لسنة 1981، ذلك أن أراضي البحيرات تكون في حاجة إلى استصلاح يهيئها

(1) وكان البند (ب) من المادة (2) من القانون 143 لسنة 1981 يخول وزير استصلاح الأراضي تحديد المناطق التي تشملها خطة مشروعات استصلاح الأراضي - ويلاحظ ما نص عليه القانون رقم 19 لسنة 1984 من أن تعتبر الأراضي الواقعة في أملاك الدولة الخاصة التابعة للهيئة العامة للإصلاح الزراعي والهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية التي تصرف فيها المحافظات أو صندوق أراضي الاستصلاح في 1982/10/9 مملوكة لتلك المحافظات أو الصندوق في تاريخ التصرف فيها (م1).

للزراعة وهى مهمة الهيئة العامة للتعمير والتنمية الزراعية⁽¹⁾.

4- تجب المحافظة على ما يوجد بالأرض من مناجم ومحاجر وثروات طبيعية أو بترولية وما تحويه من آثار أو تراث تاريخى وذلك وفقا للقوانين والنظم المعمول بها (م2/3 من القانون رقم 143 لسنة 1981).

5- يحظر استخدام الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون رقم 7 لسنة 1991 فى غير الأغراض المخصصة من أجلها، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص - حسب الأحوال إعادة تخصيصها لأية جهة أخرى أو لأى غرض آخر.

وعند الخلاف بين الوزارات والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض حول تحديد الجهة المختصة بإدارة واستغلال والتصرف فى أية أراضى أو عقارات من المشار إليها بالقانون، يعرض الأمر على مجلس الوزراء، ويكون قراره فى هذا الشأن ملزما للجميع ويسرى هذا الحكم على الخلافات القائمة بين الجهات المذكورة عند العمل بهذا القانون (م5 من القانون رقم 7 لسنة 1991)⁽²⁾.

564- كيفية التملك :

1- يكون تصرف الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية فى الأراضى الصحراوية أو تأجيرها أو استغلالها لغرض استصلاحها واستزراعها فقط، ووفقا للقواعد والشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة الهيئة سائلة الذكر وتتضمنها العقود المبرمة مع ذوى الشأن.

وتشمل هذه القواعد ما يكفل منح الحماية فى هذه الأراضى وحصول الهيئة على مستحقاتها والمشاركة فى فروق الأسعار فى حالة التصرف فى الأراضى بما

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 7 لسنة 1991.

(2) وهذه المادة عدلت عجز البند (ب) من الفقرة الأولى من المادة (2) من القانون رقم 143 لسنة 1981.

يغطى نصيبها فى المرافق الأساسية التى أقامت الدولة.

وفى جميع الأحوال يكون استغلال الأرض عن طريق تأجيرها لمدة ثلاث سنوات فإذا ثبتت الجدية فى الاستصلاح خلالها تملك الأرض لمستأجرها بقيمتها قبل الاستصلاح والاستزراع مع خصم القيمة الإيجارية المسددة من ثمن الأرض، وإذا لم تثبت الجدية اعتبر عقد الإيجار مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراءات وتسترد الأرض إداريا ممن كان قد استأجرها (م13).

وقد تغيا المشرع من جعل تملك الأرض لمستأجرها بقيمتها التى كانت عليها قبل الاستصلاح والاستزراع حتى لا يضيع هباء مجهود وأموال من يقوم بعملية الاستصلاح والاستزراع خلال مدة التأجير. وهذا الحكم أضافته اللجنة المشتركة من لجنة الزراعة والرى ومكتب لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب إلى المادة 13 من القانون⁽¹⁾.

ويستثنى من الحكم الوارد بالمادة (13) المستثمر الذى يقوم بإيداع القيمة الكلية للمشروع المعتمد من الجهة المختصة والمخصص له المساحة المباحة فى أحد البنوك بجمهورية مصر العربية المعتمدة لدى البنك المركزى كرأس مال يخصص للصرف فيه على المشروع. ويحرر عقد البيع فور إيداع هذه القيمة على ألا تتجاوز المدة ثلاث سنوات من تاريخ توقيع عقد البيع (م41 من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضى رقم 305 لسنة 1982 المستبدلة بقرار وزير الزراعة واستصلاح الأراضى رقم 305 لسنة 1990).

3- يحوز لرئيس الهيئة العامة لمشروعات التعمير أن يرخص فى التصرف بغير المزداد العلنى فى الأراضى المستصلحة، وذلك طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والإجراءات التى يضعها مجلس إدارة الهيئة فى الحالات التالية وبمراعاة منح أولوية لأبناء المحافظة.

(1) تقرير اللجنة المشتركة المشار إليها.

- (أ) المسرحين وأسر الشهداء ومصابى العمليات الحربية.
- (ب) صغار الزراع. والمقصود بصغار الزراع الذين لاتزيد حيازتهم ملكا أو إيجارا عن خمسة أفدنة للأسرة (الزوج والزوجة والأولاد القصر غير المتزوجين) (م43 من اللائحة التنفيذية).
- (ج) خريجي الكليات والمعاهد.
- (د) العاملين بالدولة أو القطاع العام عند تركهم الخدمة أو انتهائها (م14 من القانون).

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم 96 لسنة 1992 (بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى) على أن يكون لمستأجرى الأراضى الزراعية التى تنتهى عقود الإيجار المبرمة معهم وفقا لأحكام هذا القانون الأولوية فى تملك الأراضى الصحراوية التى تستصلحها الدولة طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والإجراءات المقررة للحالات المنصوص عليها فى المادة 14 سالفه الذكر .

4- يحوز التصرف أو التأجير بغير بطريق المزاد العلنى للمشروعات التى تقيد بحسب طبيعتها أو حجمها فى تنمية الاقتصاد القومى، وذلك بموافقة مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة المذكورة (م2/14 من القانون).

5- يحدد مجلس إدارة الهيئة أثمان الأراضى التى يتم التصرف فيها بالتطبيق لأحكام هذا القانون.

ويتم هذا التحديد بعد استطلاع رأى لجان فنية تبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون تشكيلها وأسس العمل بها.

وتودع فى صندوق خاص الحصىلة الناتجة عن التصرف فى الأراضى المخصصة للاستصلاح والاستزراع وإدارتها، كما تودع فيه كافة الموارد والاعتمادات التى تتقرر لهذه الأراضى وفقا لأحكام هذا القانون (م15).

565- التزامات المتصرف إليه :

1- يلتزم المتصرف إليه باستصلاح الأرض المبيعة باستزراعها خلال المواعيد وطبقا للبرامج والشروط والأوضاع التي يحددها مجلس إدارة الهيئة العامة لمشروعات التعمير وتتضمنها العقود المبرمة في هذا الشأن (م 1/16)

2- يحظر استخدام الأراضي المبيعة في غير الغرض المخصصة من أجله كما يحظر التصرف في هذه الأراضي أو جزء منها أو تقرير أى حق عيني أصلى أو تبعي عليها أو تمكين الغير منها، إلا بعد استصلاحها أو استزراعها أو موافقة مجلس إدارة الهيئة المذكورة على التصرف قبل الاستصلاح والاستزراع للأسباب التي يقدرها بعد ضمان حصول الهيئة على كامل حقوقها.

وقد قصد من ذلك الحرص على جدية عملية استصلاح الأراضي⁽¹⁾.
ويقع باطلا كل إجراء يخالف ذلك، ولا يجوز شهره ولكل ذى شأن التمسك بالبطان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.
وفى حالة مخالفة أحكام هذه المادة يكون لمجلس إدارة الهيئة المذكورة أن يقرر إزالة أسباب المخالفة إداريا على نفقة المخالف واسترداد الأرض محل المخالفة إذا لم يقم المخالف بإزالتها خلال المدة التي تحددها له الهيئة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول (م 16).
وواضح أن الجزاء الذى أورده المادة (16) مما يتعلق بالنظام العام.

566- منح مهلة لمن اشترى أرضا يتوفر لها مصدر رى:

يمنح من سبق أن اشترى أرضا يتوفر لها مصدر رى من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون بقصد استصلاحها أو استزراعها مهلة لإتمام ذلك مدتها خمس سنوات من تاريخ توفر مصدر الرى أو ثلاث سنوات من تاريخ العمل بالقانون أى المدتين أطول.

فإذا لم يقم المشتري بالاستصلاح والاستزراع خلال هذا الأجل اعتبر عقد

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراء قضائي وتسترد الهيئة الأرض بالطريق الإداري مع رد ما يكون قد أداه المشتري من ثمن بالإضافة إلى النفقات الضرورية والنافعة وفي حدود ما زاد بسببها في قيمة الأرض (م 17).

567- الاعتراف بملكيات سابقة على العمل بالقانون :

اعتد القانون - مع مراعاة الحد الأقصى للملكية المنصوص عليه فيه - ببعض الملكيات السابقة على العمل بأحكامه وتخلص فيما يلي:

1- من توافرت في شأنه شروط الاعتراف بالملكية وفقا لأحكام القوانين النافذة قبل العمل بأحكام هذا القانون.

2- من تملك بسند مشهر صادر من إحدى الجهات المختصة قانونا بالتصرف في الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون.

3- من استصلح أو استزرع حتى تاريخ العمل بأحكام هذا القانون أرضا داخلية في خطة الدولة للاستصلاح وغير مخصصة للمشروعات العامة ووفر لها مصدر رى دائم وذلك بالنسبة لما يقوم بزراعته بصفة فعلية ومستمرة، ودون التزام الجهات المختصة بالمحافظة على حالة الأرض، أو بتوفير مصادر أخرى إذا تبين عدم صلاحية المصدر الذي وفره المستصلح.

4- شركات القطاع العام بالنسبة لما دخل في رأس مالها من مساحات تم تقويمها كأصول رأسمالية أو التي لم يتم تقويمها وخصصت لمنفعتها أو شغلتها بالفعل حتى تاريخ العمل بهذا القانون (م 1/18، 2، 3، 4).

5- التصرفات غير المشهرة الصادرة من الجهات المختصة قانونا حتى العمل بأحكام هذا القانون لصالح.

(أ) صغار الزراع وأسر الشهداء وخريجي الكليات والمعاهد الزراعية.

(ب) الجمعيات التعاونية الزراعية والجمعيات التعاونية لاستصلاح الأراضي.

(ج) المشتريين بطريق المزاد العلني.

(د) المشروعات المنشأة طبقا لقانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق

الحرّة وتبين اللائحة التنفيذية أوضاع ومواعيد إخطار الهيئة عن الحالات المنصوص عليها في هذه المادة والإجراءات التي تتخذ إقراراً للملكية لمن تتوافر في شأنهم شروط الاعتداد بها (م 4/18).

4- مع عدم الإخلال بالحالات السابقة يصدر رئيس الجمهورية قراراً بإضافة حالات أخرى للاعتداد بالملكية بما يتفق مع ظروف وأوضاع وطبيعة الأراضي الواقعة في كل من شبه جزيرة سيناء والوادي الجديد والبحر الأحمر والصحراء الغربية أو أية مناطق تروى من مياه الأمطار أو عيون أو آبار طمست أو تناقصت مياهها قبل العمل بهذا القانون.

ويتضمن القرار بيان الحالات المضافة والشروط والأوضاع والإجراءات التي يتم على أساسها الاعتداد بالملكية (م 19).

5- مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 18، 19 يجوز لمجلس إدارة الهيئة تنفيذاً لخطة الدولة في مجال الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون وبما يتفق مع أهدافه، أن يتصرف أو يقرر أي حق عيني أصلي أو تبعي أو يؤجر الأرض وذلك بالنسبة إلى من اتخذت لصالحهم إجراءات التصرف سواء عن طريق الإعلان أو التخصيص أو القرعة أو غير ذلك من الإجراءات التي لم تعتمد حتى تاريخ العمل بأحكام هذا القانون أو اعتمدت ولم يصدر عنها سند الملكية المشهر.

ويقدم ذوو الشأن إلى الهيئة في موعد لا يجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون طلباً للانتفاع بهذه الحالة وعلى مجلس إدارة الهيئة البت في هذه الطلبات خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها.

فإذا لم تقدم هذه الطلبات، أو قدمت ورفضت بقرار مسبب يزال وضع اليد وفقاً لأحكام المادة العاشرة من القانون (م 20).

واشترطت تسبب قرار رفض الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن إلى الهيئة تأكيداً

للضمانات التي تمنح لهؤلاء وعدم خضوعهم لأهواء بعض المسؤولين في الهيئة⁽¹⁾.

568- الحد الأقصى للملكية الأراضى الصحراوية :

جعلت المادة (11) من القانون الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون، وفقا لما تحققه أساليب وطرق الرى من ترشيد واقتصاد فى استخدام مصادر المياه المتاحة، وبما يتفق مع التطورات العلمية فى هذا المجال.

وذلك على النحو التالى :

(أ) إذا كان الرى على المياه الجوفية واستخدمت فيه الطرق الحديثة كالرش أو التنقيط أو أى أسلوب للرى يعتمد على ضغط المياه. يحدد الحد الأقصى للملكية على الوجه الآتى:

1- 200 (مائتان) فدان للفرد الواحد و 300 (ثلاثمائة) فدان للأسرة وتشمل الأسرة الزوجة والأولاد القصر غير المتزوجين.

وقد أضافت اللجنة المشتركة بمجلس الشعب وصف (غير المتزوجين) الوارد بالبند (أ) إلى المشروع الوارد من الحكومة، دفعا للمشاكل فى التطبيق إذ من الجائز شرعا الزواج قبل بلوغ سن الرشد فتصبح القاصر زوجا وتتضم بذلك إلى زوجها فى حساب ما يجوز لها.

2- 10000 (عشرة آلاف) فدان للجمعية التعاونية، بحد أقصى مقداره 30 (ثلاثون فداناً للعضو).

3- 10000 (عشرة آلاف) فدان لشركات الأشخاص والتوصية بالأسهم بمراعاة ألا يجاوز الحد الأقصى لملكية الفرد 150 (مائة وخمسين) فداناً.

4- 50000 (خمسون ألف) فدان للشركات المساهمة.

(ب) إذا كان الرى بأسلوب الرى السطحي الذى يتم الاتفاق عليه بين الوزير

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

المختص بالاستصلاح وبين وزير الري أو بالنسبة للمساحات المجففة من أراضي البحيرات فيكون الحد الأقصى للملكية بما لا يجاوز نصف الحدود القصوى المشار إليها.

وفي جميع الأحوال يجب ألا تقل ملكية المصريين عن 51% من رأس مال الشركة، وألا تزيد ملكية الفرد على 20%(1). من رأس مالها، ولا يجوز أن تؤول أراضي الجمعيات التعاونية والشركات عند انقضائها إلى غير المصريين. ولا تخضع شركات القطاع العام لأي حد أقصى.

2- استثناء من الأحكام المنظمة لملكية الفرد والأسرة في الأراضي الزراعية وما في حكمها لا يدخل في حساب الحد الأقصى للملكية وفقا لأحكام هذا القانون المساحات المملوكة في غير الأراضي الصحراوية.

وفي جميع الأحوال يكون تحديد المساحات الجائر تملكها بقرار من مجلس إدارة الهيئة في حدود ما تقتضيه طبيعة المشروع وما تسمح به القرارات الفنية والمالية لطالبي التملك (م 11).

2- تسرى الأحكام السابقة على الملكية التامة وملكية الرقبة ويعتبر في حكم التملك في تطبيق أحكام هذا القانون الإيجار الذي تزيد مدته على خمسين عاما (م 1/12).

3- لا يفيد من التملك وفقا لأحكام هذا القانون سوى المصريون، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها، وبعد موافقة مجلس الوزراء، معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين في هذا القانون. (م 2/12).

وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن المادة 12 من القانون أنه:

(1) النسبة كانت - كما وردت بالقانون - 5% فعدلت إلى 20% بمقتضى القانون رقم 209

لسنة 1991.

"أضافت اللجنة فقرة أخيرة مستحدثة إلى نهاية المادة 12 يكون بموجبها أن تقصر الاستفادة من التملك وفقا لأحكام هذا القانون على المصريين فقط، فيما يتعلق بشركات الأشخاص وذلك حرصا على عدم تملك الأجانب للأراضي المصرية. أما فيما يتعلق بشركات المساهمة والتوصية بالأسهم فيجب ألا تقل نسبة مساهمة المصريين عن 51% وذلك تشجيعا للشركات التي تقوم باستثمار أموالها لاستصلاح الأراضي الصحراوية".

569- حظر الحيازة أو التعدي أو وضع اليد على الأراضي الخاضعة لأحكام القانون:

يحظر على أى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد أو يتعدى على أى جزء من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون وفيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذًا لخطة الدفاع عن الدولة يحظر إجراء أية أعمال أو إقامة أية منشآت أو غراس أو أشغال بأى وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة. ويقع باطلا كل تصرف أو تقرير لأى حق عيني أصلى أو تبعى أو تأجير أو تمكين بأى صورة من الصور على تلك الأراضي يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شمله ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ويزال وضع اليد المخالف بالطريق الإدارى بقرار من الوزير المختص بناء على طلب رئيس الهيئة المختصة، وبقرار من وزير الدفاع بالنسبة للأراضي التي تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية، ويتحمل وضع اليد تكاليف إزالة البناء أو المزروعات أو المغروسات القائمة بالأرض وغيرها من الأعمال المخالفة، وللهيئة أو للقوات المسلحة بحسب الأحوال استبقاء ما ترى استبقاؤه منها واعتباره ملكا للدولة (م 10).

570- أحكام تملك الأراضي الصحراوية تتعلق بالنظام العام:

تعتبر أحكام جميع القوانين المنظمة لتملك الأراضي الصحراوية مما يتعلق بالنظام العام.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في قضاء لها صادر بتاريخ 1982/5/20 في الطعن 621 لسنة 41 ق ذهبت فيه إلى أن:

"القانون رقم 124 لسنة 1958 بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية والذي عمل به اعتبارا من 1958/8/24 قد 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 كنت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة، ثم صدر القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وعمل به اعتبارا من 1964/4/23 بعد أن ألغى القانون 124 لسنة 1958 سالف الذكر - ونص في مادته الثانية على أن الأراضي الصحراوية الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام مملوكة ملكية خاصة للدولة، ونص في المادة 75 منه على أن يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة بها ولم تشهر بعد، ولما كانت أحكام القوانين المتعلقة بتملك الأراضي الصحراوية من النظام العام وتطبق على آثار العقود السارية وقت العمل بها ولو كانت مبرمة قبل ذلك لما استهدفت من تحقيق مصالح عامة ورتب من جزاء العقوبات والبطلان على مخالفة أحكامها في المواد 10، 23، 24، 25 من القانون 143 لسنة 1981 إذ كان ذلك وكانت الدعويان محل النزاع الماثل موضوعهما صحة ونفاذ عقود عرفية عن أرض صحراوية أبرمت قبل سريان القانونين 124 لسنة 1958، و100 لسنة 1964، ولما كانت تلك العقود غير مسجلة وليست صادرة من الحكومة ومن ثم لا يعتد بها في نقل ملكية تلك الأراضي عملا بالقانونين 124 لسنة 1958، و100 لسنة 1964، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة ونفاذ هذه العقود العرفية على سند من اعتبارها ثابتة التاريخ وأنها في حكم المسجلة وينطبق عليها ما ينطبق

على العقود الصادرة من الحكومة لذات الحكمة التشريعية فإنه يكون قد خالف القانون⁽¹⁾.

571- سريان القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على تأجير وبيع الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والأراضى الصحراوية :

بصدور القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، أصبح تأجير وبيع الأملاك المملوكة للدولة ملكية خاصة الخاضعة للقانون رقم 100 لسنة 1964 والأراضى الصحراوية الخاضعة للقانون رقم 143 لسنة 1981 فى شأن الأراضى الصحراوية خاضعا لأحكام القانون المذكور. وقد أوضحت ذلك تفصيلا الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم (50) بتاريخ 2002/1/22 - ملف 382/1/54 جلسة 2001/9/6 إذ جاء بها:

"استظهرت الجمعية العمومية أنه بصدور القانون رقم 89 لسنة 1998

(1) ويلاحظ أنه قد صدر القانون رقم 31 لسنة 1984 فى شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف فى أملاك الدولة الخاصة ونص فى مادته الأولى على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 143 لسنة 1981 فى شأن الاراضى الصحراوية، وبحق الدولة فى إزالة التعديات التى تقع على أملاكها بالطريق الإدارى، يجوز للجهة الإدارية المختصة التصرف فى الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة 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، وفقا للقواعد والضوابط التى يقررها مجلس الوزراء لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية".

كما يلاحظ القانون رقم 29 لسنة 1958 فى شأن قواعد التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة فى الإقليم المصرى.

بتنظيم المناقصات والمزايدات والعمل به وما تضمنه من إفصاح جهير عن سريان أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات بما فيها المحافظات خاضعة لأحكامه دون تفرقة بين كونها تنتمي إلى وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية التي تسرى عليها الأنظمة الحكومية أو تندرج في عداد الهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات بما فيها المحافظات خاضعة لأحكامه دون تفرقة بين كونها تنتمي إلى وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية التي تسرى عليها الأنظمة الحكومية أو تندرج في عداد الهيئات العامة التي تنظمها قوانين ولوائح خاصة وهذا النهج الذي سلكه المشرع يغير نهج قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم 9 لسنة 1983 الذي كان يقضى بسريان أحكامه على بعض الجهات فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات المتعلقة بإنشائها وتنظيمها وإذ عمد المشرع إلى إلغاء ذلك القانون بموجب القانون رقم 89 لسنة 1998 المشار إليه وأخضع جميع الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصداره لأحكامه بصفة مطلقة دون أن يقيد ذلك بما قد يرد من نصوص في القوانين والقرارات المنشئة أو المنظمة لها فإنه لا مناص من القول بخضوع هذه الجهات لأحكامه فيما نظم من وسائل لإبرام العقود أيا كانت طبيعتها القانونية وأنه لما كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 قد أفرد بابا مستقلا نظم فيه السبل الواجب ولوجها لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات فإنه قد نسخ ما قبله من قوانين أو لوائح كانت سارية في شأن ما تناوله بالتنظيم بما مؤداه تقييد جميع الجهات الخاضعة لأحكامه في تصرفاتها تلك بالإجراءات المنصوص عليها فيه فإذا ولت وجهها عن هذه الإجراءات كان تصرفها مخالفا للقانون.

أحكام القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم وتأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها أضحى منسوخة بما تضمنته أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات من تنظيم متكامل لبيع وتأجير العقارات المملوكة للدولة أو للهيئات العامة أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال هذه العقارات بحيث يتعين على كافة الجهات الإدارية بما فيها الهيئات العامة التقيد بهذه الأحكام والإجراءات عند التصرف فى العقارات المشار إليها.

مشروع العقد الذى عرض على هيئة اللجنة الثالثة لقسم الفتوى - فى الحالة المعروضة- يتعلق ببيع قطعة أرض فضاء ومبنى مملوكين للهيئة الزراعية المصرية ومركز البحوث الزراعية (وحدة الخدمات البستانية) بطريق الاتفاق المباشر إلى الشركة المصرية لإنتاج وتسويق وتصدير الحاصلات الزراعية رغم أن قيمة الأرض والمبنى تقدر بملايين الجنيهات وذلك بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 والذى اتخذت الإجراءات فى ظل العمل بأحكامه. ومن ثم فإن ما انتهت إليه هيئة اللجنة من عدم جواز إبرام العقد لمخالفة الإجراءات السابقة عليه للقانون المشار إليه يتفق وصحيح حكم القانون. وقد كان يتعين على الجهات الإدارية أطرافه أن تتوقف عند هذا الحد. وتعيد تصحيح الأوضاع بيد أنها استمرت فى استكمال الإجراءات وقامت بتوقيع العقد وتحصيل قسطين من أقساطه بغرض فرض الأمر الواقع متجاهلة أن ذلك ليس من شأنه أن يضىء المشروعية على ما وقع من أخطاء أو يحول دون محاسبة المسؤولين تأديبيا عن ذلك كما أنه لا يغفل يد اللجنة عن مراجعة العقد بحسبان أنه تضمن نصا بقبول طرفيه ما تدخله جهة الفتوى على العقد من تعديلات فضلا عن عرضه عليها فى صورة مشروع قبل التوقيع عليه. وبمراعاة أن هذه المراجعة لا تضىء على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها ولا تطهره من المخالفات التى شابت إبرامه وإنما تكشف عنها

وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية وبما يستوجب ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه في ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة".



محتويات المجلد الحادى عشر

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	الكتاب الثالث	
	الحقوق العينية الأصلية	
	الباب الأول	
	حق الملكية وأسباب كسبه	
	الفصل الأول	
	حق الملكية بوجه عام	
	1 - نطاق ووسائل حمايته	
	مادة (802)	
3		
3	تعريف حق الملكية.....	-1
4	خصائص حق الملكية.....	-2
5	الخاصية الأولى.....	-3
5	الملكية حق جامع مانع.....	-
	لا يمنع من كون الملكية حقا جامعا مانعا وضع	-4
7	بعض القيود على الملكية.....	
11	الخاصية الثانية: الملكية حق دائم.....	-5
11	(أ) دوام حق الملكية بدوام الشيء.....	-6
13	(ب)- عدم زوال الملكية بعدم الاستعمال.....	-7
18	(ج) حق الملكية لا يرد عليه التوقيت.....	-8

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-9	الخاصية الثالثة: الملكية ليست حقا مطلقا.....	21
-10	آثار الوظيفة الاجتماعية للملكية.....	31
-11	معنى آخر للإطلاق الذى يوصف به حق الملكية ...	32
	عناصر حق الملكية	
-12	المقصود بعناصر حق الملكية.....	34
-13	تعريف الاستعمال والاستغلال والتصرف.....	34
	مادة (803)	
-14	ملكية كل ما يعد من العناصر الجوهرية للشيء.....	38
-15	شمول ملكية الأرض للعلو والعمق.....	41
-16	ملكية العلو.....	46
-17	ملكية العمق.....	50
-18	انفصال ملكية سطح الأرض عما فوقها وتحتها	
	بموجب القانون أو الاتفاق.....	51
-	استثناء : ملكية الدولة للمواد المعدنية	
	والخامات فى المناجم والمحاجر	
-19	حكمة الاستثناء.....	53
-20	ملكية الدولة للمواد المعدنية بالمناجم وخامات	
	المناجم والمحاجر لايشمل الأرض ذاتها.....	54
-21	المقصود بالمواد المعدنية وخامات المحاجر.....	55
-22	أحكام روعى فيها جانب مالك الأرض.....	56

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-23	الترخيص باستغلال المناجم والمحاجر.....	58
-24	قصر الترخيص فى استغلال المناجم ومحاجر الجبس والرمال البيضاء على شركات القطاع العام بمقتضى القانون رقم 73 لسنة 1963.....	61
-	مادة (804)	65
-25	شمول حق الملكية الثمار والمنتجات والملحقات	65
-26	(1) الثمار.....	65
-27	(2) المنتجات.....	67
-28	(3) الملحقات.....	67
-29	أهمية التمييز بين الثمار والمنتجات.....	69
-30	وجود نص أو اتفاق يقضى بعدم أحقية المالك فى الثمار والمنتجات والملحقات.....	70
-	مادة (805)	71
-31	عدم جواز حرمان أحد من ملكه إلا فى الأحوال التي يقررها القانون وبالشروط التي يقررها.....	71
-32	مسئولية الإدارة عن اغتصاب الملكية.....	73
	(أولا)	
	(عدم مساس الإدارة بحق الملكية)	77
-33	(أ) - مسئولية الإدارة عن أعمالها المادية.....	77
-34	(ب) - مسئولية الإدارة عن الأوامر الإدارية.....	79

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(ثانيا)	
	نزاع الملكية للمنفعة العامة	
82		
35-	التشريع الذى يحكم نزاع الملكية للمنفعة العامة	82
36-	تعريف نزاع الملكية للمنفعة العامة	92
37-	نزاع الملكية للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات	
	الواردة فى القانون رقم 10 لسنة 1990 يعد غصبا	94
38-	نزاع الملكية للمنفعة العامة لايرد إلا على العقارات	106
39-	سلطة نزاع الملكية مقصورة على الأشخاص العامة ...	107
40-	طريقان لنزع الملكية.....	108
-	الضمانات المقررة لحماية الملكية الخاصة فى	
	قانون نزاع الملكية للمنفعة العامة.....	110
41-	تعداد.....	110
-	(الضمانة الأولى)	
	(عدم جواز نزاع الملكية الخاصة إلا فى	
	الأحوال التى يقررها قانون نزاع الملكية	
	للمنفعة العامة)	
		111
42-	لا يجوز نزاع الملكية إلا للمنفعة العامة.....	111
43-	مدى سلطة الإدارة فى اختيار العقارات للمنفعة	
	العامة.....	115

رقم البند	الموضوع	الصفحة
—	(الضمانة الثانية)	
	وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها	
	قانون نزع الملكية للمنفعة العامة	119
—44	(أ) صدور قرار من رئيس الجمهورية بتقرير المنفعة العامة.....	119
—45	لا يترتب على صدور القرار الجمهورى بذاته خروج العقارات من ذمة صاحبها.....	119
—46	الطعن على القرار.....	120
—47	هل يجوز لمالك الأرض المنزوعة ملكيتها تقديم بديل لها ؟.....	123
—48	(ب) نشر القرار المقرر للمنفعة العامة واتخاذ إجراءات اللصق.....	123
—49	(ج) دخول مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية للأراضى التى تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة.....	124
—50	(د) حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها.....	125
—51	(هـ) نقل ملكية العقار المنزوعة ملكيته.....	129
	(الضمانة الثالثة)	
		133

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	وجوب تعويض المالك المنزوعة ملكيته	
-52	يجب أن يكون التعويض عادلا	133
-53	كيفية تقدير التعويض	134
-54	عدم استحقاق التعويض للمشتري بعقد عرفي	142
-55	الطعن في تقدير التعويض	144
-56	انعقاد الخصومة في الطعن على تقدير التعويض	
	بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن	145
-57	تعويض صاحب الشأن عن عدم الانتفاع	147
	الاستيلاء المؤقت على العقارات	
-58	المقصود بالاستيلاء المؤقت	148
-59	الاستيلاء المؤقت مشروط بتحقيق المنفعة العامة	
	وبتعويض الأفراد تعويضا عادلا	149
-	(الحالة الأولى من حالتى الاستيلاء المؤقت)	
	الاستيلاء على العقارات تمهيدا لنزع ملكيتها	
-60	حكم هذا الاستيلاء	150
-61	آثار الاستيلاء المؤقت	150
-62	تعويض الملاك وأصحاب الحقوق عن عدم الانتفاع	
	بالعقارات	152
-	(الحالة الثانية من حالتى الاستيلاء المؤقت)	
		155

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الاستيلاء على العقارات فى حالة الضرورة أو الاستعجال	
63-	المقصود بحالة الضرورة أو الاستعجال.....	155
64-	لا يشترط للاستيلاء المؤقت أن يكون العقار خاليا...	157
65-	ممن يصدر قرار الاستيلاء المؤقت فى الأحوال الطارئة أو المستعجلة؟.....	158
66-	يجب صدور القرار كتابة.....	159
67-	مدة الاستيلاء.....	159
68-	وجوب تحديد مدة الاستيلاء كتابة.....	160
69-	مد مدة الاستيلاء.....	162
70-	كيفية تقدير التعويض والظعن فى التقدير.....	162
71-	إعادة العقار فى نهاية مدة الاستيلاء.....	163
-	(ثالثا)	
	دعوى الاستحقاق أو الاسترداد	
72-	تعريف دعوى الاستحقاق (الاسترداد).....	165
73-	الخصوم فى دعوى الاستحقاق.....	168
74-	لا ترفع دعوى الاستحقاق من وارث المشتري الذى لم يسجل عقده.....	170
75-	دعوى الاستحقاق قابلة للتجزئة.....	171
76-	دعوى الاستحقاق فى نطاق المنقولات.....	171

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	إثبات الملكية.....	172
-77	عبء الإثبات.....	172
-78	إثبات ملكية المنقول.....	174
-79	طرق إثبات ملكية العقار.....	175
-	(أ) طرق إثبات دلالتها يقينية.....	175
-	1- السجل العيني (Liverfoncier).....	175
-	2- التقادم المكسب الطويل أو القصير.....	177
-	3- الحيازة.....	179
-80	(ب) طرق إثبات دلالتها ظنية.....	180
-	1- سند التملك.....	180
-	2- المكلفة.....	181
-	3- خرائط المساحة.....	183
-81	دفع ضرائب الأراضي الزراعية وعوائد المباني.....	184
-82	تعارض طرق إثبات الملكية العقارية.....	185
-	الحالة الأولى: وجود سند ملكية عند كل من	
	الخصمين.....	186
-	الحالة الثانية: وجود سند ملكية عند أحد الخصمين	
	دون الآخر.....	187
-	الحالة الثالثة: عدم وجود سند ملكية عند أى من	
	الخصمين.....	188
-83	رأى الفقه المصرى فى قواعد إثبات الملكية.....	189

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-84	قضاء محكمة النقض فى إثبات الملكية.....	190
-85	آثار الحكم للمدعى بالاستحقاق.....	194
-86	عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم.....	196
-	2- القيود التى ترد على حق الملكية	
-	مادة (806)	
-87	وجوب مراعاة المالك فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح.....	198
	(تنظيم تملك غير المصريين للعقارات	
	المبنية والأراضى الفضاء)	
-88	التشريع الذى ينظم تملك غير المصريين للعقارات	201
-89	المبنية والأراضى الفضاء.....	201
-90	دواعى تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء.....	204
-91	الأشخاص الخاضعون للتنظيم الوارد بالقانون.....	204
-92	العقارات والأراضى الفضاء التى يسرى عليها تنظيم ملكية غير المصريين.....	206
-93	الحقوق محل تنظيم الملكية.....	207
-94	أسباب كسب الملكية التى تخضع لتنظيم الملكية.....	207
-94	شروط تملك غير المصريين العقارات المبنية	207

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	والأراضي الفضاء	
-95	استثناء من شروط التملك.....	210
-96	قيد على غير المصرى الذى اكتسب ملكية أرض	
	فضاء طبقاً للقانون	210
-97	قيد على غير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار	
	طبقاً للقانون	211
-98	عدم سرىان قواعد تنظيم تملك غير المصرين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء على ما يخضع للقانون رقم 8 لسنة 1997 بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار	212
-99	النطاق الزمنى لسرىان أحكام القانون رقم 230 لسنة 1996.....	212
-100	مصلحة الشهر العقارى والتوثيق هى الجهة المنوط بها تنفيذ أحكام القانون.....	214
-101	بطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام القانون.....	215
-	مادة (807)	
	مسئولية المالك عن الأضرار التى تصيب الجيران	
-102	طبقاً للقواعد العامة.....	219
-103	أولاً: مخالفة القوانين واللوائح.....	219
-104	ثانياً: مجاوزة الحدود الموضوعية للحق	220
-105	ثالثاً: التعسف فى استعمال حق الملكية.....	221

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(أ) تمحض قصد الإضرار بالغير.....	221
-	(ب) رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا....	223
-	(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.....	225
-	(مضار الجوار غير المألوفة)	226
-106	مضار الجوار غير المألوفة تنظيم خاص لعلاقات الجوار	226
-107	التزام المالك بألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار	226
-108	معيار الغلو الذى يرتب مسئولية المالك	227
-109	مرونة معيار الضرر غير المألوف	229
-110	معايير الضرر غير المألوف المنصوص عليها بالمادة.....	232
-	1- العرف	232
-	2- طبيعة العقارات.....	232
-	3- موقع كل من العقارات بالنسبة للآخر	233
-	4- الغرض الذى خصص له العقار	233
-111	أثر أسبقية الاستغلال الذى نشأ عنه الضرر.....	234
-112	الترخيص الإدارى لا يعصم من مسئولية الجار	235
-113	جزاء المسئولية عن المضار غير المألوفة.....	236
-	(أ) التنفيذ العينى.....	236

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(ب) التعويض النقدي	239
-114	التدخل المشروع من الغير	239
-	مادة (808)	242
-115	تنظيم مسائل الرى والصرف	242
-116	الترع والمصارف العامة والمساقى والمصارف الخاصة	243
-117	أهمية التفرقة بين الترع العمومية والمساقى الخاصة .	244
-118	الحقوق المقررة لملاك المساقى والمصارف الخاصة .	246
-119	تنظيم الانتفاع بين ملاك المسقى الخاصة	247
-120	القيود التى يخضع لها ملاك المساقى والمصارف الخاصة	248
-	حق الشرب والصرف	249
-121	تعريف حق الشرب والصرف	249
-122	حق الشرب والصرف المقرر للملاك المجاورين	250
-123	الإجراءات الواجب اتباعها لتقرير حق الانتفاع بالمسقى الخاصة أو المصرف الخاص عند عدم الاتفاق مع الملاك	250
-124	التظلم من القرار الصادر من مدير عام الرى	253
-125	التظلم من التعويض	253
-126	شروط تقرير حق الشرب والصرف	255
-127	أولوية مالك المسقى أو المصرف فى الانتفاع بهما .	260

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-128	وضع الأراضى التى تمر فيها مسقاة خاصة أو مصرف خاص.....	261
-	مادة (809)	262
-129	تنظيم حق المجرى وحق الصرف (المسيل).....	262
-130	الشروط الواجب توافرها لثبوت حق المجرى وحق الصرف (المسيل).....	264
-131	استبعاد مياه الأمطار والمياه المتخلفة عن الاستعمال.....	267
-132	إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل ..	269
-133	هل يجوز اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بتقرير حق المجرى وحق المسيل؟.....	271
-134	تعويض المالك عن حق المجرى وحق المسيل.....	278
-135	هل يشترط دفع التعويض مقدما؟.....	280
-136	الاختصاص بتقدير التعويض.....	280
-	مادة (810)	281
-137	تعويض المالك عن أى ضرر يصيب الأرض من مسقاها أو مصرف يمر بها.....	281
-138	تقدير التعويض.....	282
-	أحكام واردة بقانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المعدل).....	283
-139	(أ) - التنفيذ العينى لالتزام المستفيد من المسقاة أو	283

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-140	المصرف (ب) - إجراء وقائي	283
-	مادة (811)	287
-141	الإصلاحات الضرورية للمسقى أو المصرف	287
-142	إجراء الإدارة العامة للرى أعمال الترميمات	
	الضرورية عند اللزوم	288
-	مادة (812)	290
-	حق المرور لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق	
	العام	290
-143	طبيعة الحق ودواعيه	
-144	الأراضي التي يسمح بالمرور فيها	291
-145	لا يتحتم أن يكون الممر على سطح الأرض	292
-146	لمن يثبت حق المرور؟	293
-147	المقصود بالاحتباس	293
-148	لا يعتد بالاحتباس إذا كان ناشئاً عن فعل طالب	
	الحق في الممر	300
-149	ثبوت الحق في المرور بقوة القانون	301
-150	عدم سقوط حق المرور بعدم الاستعمال	302
-151	تعيين الممر	303
- 152	القواعد الواجب مراعاتها في تعيين الممر	303
-	(أ) - القاعدة الأولى: الممر يكون في العقار الذي	303

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-153	يكون فيه المرور أخف ضررا	304
-	هل يكتسب المرور بالتقادم؟	304
-	(ب) القاعدة الثانية: أن يكون المرور فى العقار فى الموضع الأخف ضررا	305
-	(ج) القاعدة الثالثة: أن يكون مرور مالك الأرض المحبوسة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف	307
-154	الحالة التى يكون فيها الحبس ناشئا عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى	309
-155	تأصيل الحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة 812 الخاص بتجزئة العقار بناء على تصرف قانونى	312
-156	أثر زوال الانحصار على حق المرور	318
-157	طبيعة الحق فى الممر	320
-158	مقابل المرور (التعويض)	320
-159	سقوط الحق فى المطالبة بالتعويض بالتقادم	322
-	مادة (813)	324
-	دعوى وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة	324
-160	المقصود بدعوى وضع الحدود	324
-161	دعوى وضع الحدود قيد على حق الملكية	325
-162	الاتفاق بين الطرفين على وضع الحدود	325
-163	تمييز دعوى وضع الحدود عن دعوى الاستحقاق	326

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	ودعوى الحيازة.....	
-164	وجوب تحقق التلاصق بين المالكين.....	327
-165	ممن ترفع دعوى وضع الحدود؟.....	328
-166	الأهلية اللازمة لرفع دعوى وضع الحدود.....	329
-167	المحكمة المختصة بنظر دعوى وضع الحدود.....	329
-	إجراءات المحكمة فى دعوى وضع الحدود.....	330
-168	(أ) - إجراءات يرد بها التحقق من الحدود.....	331
-169	(ب) - إجراءات تنفيذيان.....	331
-170	قوة محضر التحديد فى الإثبات.....	332
-171	حالة وجود نزاع على الملكية.....	333
-172	الاشتراك فى نفقات التحديد.....	336
-173	مصاريف الدعوى.....	337
-	مادة (814)	
-	الحائط المشترك.....	338
-174	المقصود بالحائط المشترك.....	338
-175	استعمال الحائط المشترك.....	339
-176	نفقات صيانة وإصلاح وتجديد الحائط المشترك.....	341
-	مادة (815)	
-177	حق الشركاء فى تعلية الحائط المشترك.....	343
-178	حالة وجود مصلحة لأحد المالكين فى التعلية.....	343
-179	تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه.....	345

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (816)	347
-180	حق الجار فى الاشتراك فى الجزء المعلى	347
-181	عدم سقوط حق الاشتراك فى الجزء المعلى بالتقادم..	348
-182	وجوب تسجيل الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى	349
-	مادة (817)	350
-183	إثبات الاشتراك فى الحائط المشترك	350
-184	القرينة المنصوص عليها بالمادة 817 مدنى	350
-	مادة (818)	353
-	الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين	353
- 185	لا يجوز إجبار الجار على تحويط ملكه	353
-186	لا يجوز إجبار الجار على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط	353
-187	التزام مالك الحائط الفاصل بعدم هدمه إلا لعذر قوى	354
- 188	حقوق الجار على الحائط الفاصل	356
-189	حق الجار فى اللجوء إلى القضاء المستعجل	356
-	مادة (819)	357
-	المطل المواجه	357
-190	تعريف المطلات	357
-191	هل تعتبر الأبواب ومداخل العقارات مطلات ؟	357

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-192	تعريف المطل المواجه.....	358
-193	قيد المسافة.....	360
-194	هل يسرى قيد المسافة إذا كان عقار الجار مسورا	
363	بحائط مرتفع لا فتحات فيه.....	
-195	حالة ما إذا كان العقاران يفصل بينهما أرض	
364	مشتركة.....	
-196	المطلات التي يفصلها عن عقار الجار أرض آخر.....	365
-197	قيد المسافة مقرر بالنسبة لكل مالك على حدة.....	365
-198	قيد المسافة القانونية ليس حق ارتفاق.....	366
-199	حقوق صاحب الحق فى المطل.....	366
-200	عدم خضوع المطلات لمواجهة للشوارع العامة لقيد	
367	المسافة.....	
-201	المطلات المفتوحة على أقل من المسافة القانونية....	368
-202	دعوى سد المطلات من الدعاوى التحفظية.....	371
-203	رفع الجار الذى لم يتقيد بالمسافة القانونية دعاوى	
372	الحيازة.....	
-204	كسب الحق فى المطل بالتقادم.....	372
-205	عدم توافر التقادم إذا كان استعمال المطل على	
380	سبيل التسامح.....	
-206	هدم العقار الذى اكتسب فيه الحق فى المطل.....	384
-	مادة (820)	386
-	المطل المنحرف.....	386

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-207	تعريف المطل المنحرف.....	386
-208	قيد المسافة.....	388
-209	إحالة إلى الأحكام الواردة فى شرح المادة (819)	
	بشأن المطلات المواجهة.....	389
-	مادة (821)	
-210	تعريف المنور.....	390
-211	عدم اشتراط مسافة عند فتح المناور.....	393
-212	متى يجوز طلب إزالة المنور أو تعديله؟.....	394
-213	اكتساب حق ارتفاق المنور بالتقادم.....	395
-	مادة (822)	
-214	مراعاة المسافات المقررة فى إنشاء المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران.....	396
-	مادة (823)	
-215	تمهيد.....	398
-216	تعريف شرط المنع من التصرف.....	399
-217	نطاق تطبيق الشرط المانع من التصرف.....	399
-	شرطان لصحة شرط المنع من التصرف.....	403
-218	الشرط الأول: أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع.....	403

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-219	تقدير جدية المصلحة المشروعة.....	406
-220	بطلان الشرط المانع الذى ليس له باعث مشروع.....	407
-221	الشرط الثانى: أن يكون المنع لمدة معقولة.....	408
-222	يجوز أن تستغرق المدة المعقولة مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.....	409
-223	هل يجوز للقاضى إبقاء الشرط المانع مع إنقاص مدته؟.....	412
-224	بطلان الشرط المانع الذى تكون مدته غير معقولة ..	413
-225	الآثار التى تترتب على صحة الشرط المانع من التصرف.....	413
-226	شرط الاستبدال.....	415
-227	اشتراط عرض العين على شخص معين.....	416
-228	نفاذ الشرط المانع فى العقار قبل الغير.....	417
-229	عدم قابلية المال محل الشرط المانع للتنفيذ.....	419
-	مادة (824)	422
-	جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف.....	422
-230	رأى الفقه.....	422
-	(أ) الرأى الأول.....	422
-	(ب) الرأى الثانى.....	423
-231	اتجاه محكمة النقض.....	424
-	أحكام الشيوخ	429

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (825)	429
-232	تعريف الملكية الشائعة.....	429
233	الفرق بين الشيوع والملكية الجماعية (ملكية اليد المشتركة).....	432
-234	تمييز الشيوع عن ملكية الطبقات.....	433
-235	الفرق بين الشيوع والشركة.....	433
-236	أسباب الملكية الشائعة.....	434
-237	احتساب الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك.....	435
-238	مضار الملكية الشائعة.....	435
-239	انقضاء الشيوع.....	436
-	مادة (826)	438
-240	ملكية كل شريك فى الشيوع حصته ملكا تاما.....	438
-241	حق المالك فى الشيوع فى استعمال واستغلال المال الشائع.....	439
-242	حق الشريك فى رفع دعاوى وضع اليد.....	447
-243	ترتيب الشريك حق عينى غير الملكية على حصته	449
-244	ترتيب حق الانتفاع.....	450
-245	رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا أو حيازيا ...	451
-246	أحكام الانتفاع والرهن بعد وقوع القسمة.....	452
-247	رهن الشريك جزءا مفرزا فى المال الشائع.....	457

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-248	رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع.....	459
-249	تصرف الشريك فى حصته الشائعة.....	460
-250	حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع بعد إجراء القسمة.....	462
-251	حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع قبل إجراء القسمة.....	467
-252	لا يجوز تسليم المشتري الحصة المباعة مفرزة.....	474
-	مادة (827)	477
-	إدارة المال الشائع.....	477
-253	الأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين.....	477
-254	رأى جميع الشركاء ملزم ولو كانت أعمال الإدارة غير معتادة.....	479
-	مادة (828)	480
-255	المقصود بأعمال الإدارة المعتادة.....	480
-256	سلطة الأغلبية فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة....	481
-257	اختيار مدير للمال الشائع ووضع نظام للإدارة.....	486
-258	موقف الأقلية من قرار الأغلبية.....	488
-259	حالة عدم توافر الأغلبية فى إدارة المال الشائع.....	489
-260	تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين..	490

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (829)	499
-	أعمال الإدارة غير المعتادة.....	499
-261	المقصود بأعمال الإدارة غير المعتادة.....	499
-262	الأغلبية المطلوبة لأعمال الإدارة غير المعتادة.....	500
-263	حق الأقلية فى الالتجاء إلى القضاء.....	502
-264	قضاء المحكمة فى تظلم الأقلية.....	503
-	مادة (830)	505
-265	المقصود بأعمال الحفظ.....	505
-266	حق كل شريك فى القيام بأعمال الحفظ.....	507
-267	الأساس القانونى لحق الشريك فى القيام بأعمال الحفظ.....	507
-268	لا يلزم توافر أهلية الإدارة لمباشرة أعمال الحفظ.....	508
-	مادة (831)	509
-269	تحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع.....	509
-270	تخلص الشريك من نفقات الحفظ بتخليه عن نصيبه فى المال الشائع.....	510
-	مادة (832)	514
-	التصرف فى المال الشائع.....	514
-271	الأغلبية المطلوبة للتصرف فى المال الشائع.....	514

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-272	المقصود بالتصرف فى المال الشائع.....	514
-273	يشترط فى تصرف الأغلبية الاستناد إلى أسباب	
	قوية.....	515
-274	إعلان الأقلية بقرار الأغلبية.....	516
-275	سلطة المحكمة فى اعتراض الأقلية.....	517
-	مادة (833)	
-	حق استرداد الحصة الشائعة.....	520
-276	تعريف حق الاسترداد.....	520
-277	نطاق حق الاسترداد.....	522
-	(أ) من حيث الموضوع.....	522
-	(ب) من حيث الأشخاص.....	524
-278	شروط الاسترداد.....	525
-	الشرط الأول: أن يكون التصرف الصادر من	
	الشريك بيعا.....	525
-	الشرط الثانى: أن يكون المبيع حصة شائعة.....	526
-	الشرط الثالث: أن يكون البيع صادرا لأجنبى.....	527
-	الشرط الرابع: أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة	527
-	إجراءات الاسترداد.....	529
-279	أولا: الإعلان بالاسترداد.....	529
-280	شكل الإعلان.....	530
-281	ميعاد الإعلان.....	530

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-282	الاتفاق على الاسترداد	533
-283	ثانيا: رفع دعوى الاسترداد	534
-284	ميعاد رفع الدعوى	536
-285	إتمام الاسترداد بالتراضى دون إعلان الرغبة فى الاسترداد	538
-286	آثار الاسترداد	539
-287	تسجيل المبيع إذا كان فى مجموع من المال به عقار	543
-	انقضاء الشيوخ بالقسمة	
-	مادة (834)	
-288	المقصود بقسمة المال الشائع	545
-289	من يحق له طلب القسمة؟	546
290	لا يجوز للشريك طلب القسمة إذا كان مجبرا على البقاء فى الشيوخ	549
-291	أولاً: البقاء فى الشيوخ بمقتضى نص فى القانون	549
-292	ثانيا: البقاء فى الشيوخ بموجب اتفاق	551
-293	أحكام خاصة بالاتفاق على البقاء فى الشيوخ	552
-	(أ) الاتفاق على البقاء فى الشيوخ من أعمال الإدارة	552
-	(ب) يجوز أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوخ	
-	من بعض الشركاء	552
-	(ج) الحد الأقصى لمدة البقاء فى الشيوخ	553

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-294	هل الاتفاق على قسمة المهايأة يحول دون طلب القسمة النهائية؟.....	555
-295	اشتراط الواهب والموصى على الشركاء البقاء فى الشيوخ.....	556
-296	سريان الاتفاق على البقاء فى الشيوخ فى حق الخلف العام والخاص للشركاء	558
-297	التعسف فى طلب القسمة.....	559
-298	حكم التعامل فى التركة المستقبلية.....	560
-299	وصية المورث بقسمة تركته صحيحة	563
-300	جواز الرجوع عن الوصية.....	565
-301	حالة عدم شمول القسمة جميع أموال المورث.....	566
-302	موت بعض الورثة قبل وفاة المورث.....	567
-303	زيادة الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية.....	568
-304	عدم تناول القسمة كل ديون التركة أو عدم موافقة الدائنين.....	568
-305	سريان أحكام القسمة على قسمة المورث عدا أحكام الغبن.....	569
-306	أنواع القسمة.....	570
-	مادة (835)	
-	القسمة الاتفاقية.....	573

رقم البند	الموضوع	الصفحة
307-	القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه الأحكام العامة فى	
	التقنين المدنى.....	573
308-	اختيار الشركاء لطريقة القسمة.....	573
309-	اتفاق بعض الشركاء على القسمة.....	574
310-	القسمة المعلقة على شرط واقف أو فاسخ.....	579
311-	القسمة تحتاج إلى وكالة خاصة.....	580
312-	إثبات القسمة.....	581
313-	القسمة الفعلية.....	582
-	الإجراءات الواجب اتباعها عند إجراء القسمة فى حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء المشتاعين	
	المقصود بناقص الأهلية.....	586
314-	النصان القانونيان: المادتان 40، 79 من المرسوم	586
315-	بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على	
	المال.....	586
	الأحكام الواردة بالنصين.....	587
316-	أولاً: وجوب استئذان الوصى أو من فى حكمه	
	المحكمة فى قسمة أموال ناقص الأهلية.....	587
317-	هل يتعين على الولى الشرعى استئذان المحكمة فى	589

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	قسمة أموال ناقص الأهلية ؟	
318-	سلطة المحكمة فى الإذن بإجراء القسمة	590
319-	جزاء عدم استئذان الوصى ومن فى حكمه المحكمة	
	فى إجراء القسمة الاتفاقية	591
320-	بطلان القسمة نسبى مقرر لمصلحة ناقص الأهلية .	594
321-	تقرير البطلان باتفاق أو حكم	596
322-	سقوط دعوى الإبطال بالتقادم	597
323-	آثار تقرير إبطال عقد القسمة	597
324-	(أ) - آثار تقرير إبطال عقد القسمة فيما بين المتعاقدين	598
325-	التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة	
	بسبب تنفيذ عقد القسمة	600
326-	عبء إثبات إثراء ناقص الأهلية	603
327-	(ب) - آثار تقرير إبطال عقد القسمة بالنسبة للغير ..	603
328-	زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازة ناقص الأهلية	
	العقد	605
329-	أثر إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة	609
330-	إثبات إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة	611
331-	استحالة تنفيذ القسمة	611
332-	دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة	612
333-	قضاء النقص فى شأن رسوم دعوى صحة ونفاذ	613

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	عقد القسمة.....	
334-	دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة غير قابلة للتجزئة....	614
335-	سلطة القاضى المستعجل فى فرض الحراسة على	
	الأموال الشائعة محل عقد القسمة.....	615
336-	أوجه الطعن فى القسمة الاتفاقية.....	615
-	مادة (836)	
-	القسمة القضائية.....	618
337-	المقصود بالقسمة القضائية.....	618
338-	متى يلجأ الشريك فى المال الشائع إلى القسمة	
	القضائية؟.....	618
339-	رفع الدعوى من أحد الشركاء فى المال الشائع ضد	
	باقى الشركاء.....	619
340-	الأجنبى المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء	
	المشتاعين.....	620
341-	الأجنبى المشتري لحصة مفرزة من أحد الشركاء	
	المشاعين.....	623
342-	المالك لحصة فى الشيوع تحت شرط فاسخ أو	
	واقف.....	626
343-	جواز إدخال من لم يختصم من الشركاء فى المال	
	الشائع قبل الفصل فى دعوى القسمة.....	626
344-	جزاء عدم اختصاص بعض الشركاء فى المال الشائع	627

رقم البند	الموضوع	الصفحة
345-	فى دعوى القسمة..... اعتبار دعوى القسمة من قبيل المطالبة بحق يترتب عليها سقوط دعوى الحيازة التى رفعها الشريك طالب القسمة.....	629
-	المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة	629
346-	النصوص القانونية.....	629
347-	المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى	630
348-	المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى	630
349-	إجراء القسمة العينية.....	631
	مادة (837)	633
350-	كيفية إجراء القسمة العينية إذا كانت ممكنة دون نقص كبير يلحق المال فى قيمته	633
351-	أحكام خاصة بقسمة بعض الأموال الشائعة إذا كان سبب الشيوخ هو الميراث.....	638
352-	هل يجوز أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد؟.....	641
	مادة (838)	644
353-	تحديد المنازعات التى تثار أمام المحكمة الجزئية وما يتبع للفصل فيها.....	644
354-	القضاء بإحالة الخصوم إلى المحكمة الابتدائية	652

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	ووقف دعوى القسمة رهين بحدية المنازعة التى يثيرها الخصوم.....	653
-355	من صاحب الحق فى التمسك بوقف الدعوى حتى يفصل نهائيا فى النزاع على الملكية؟.....	654
-356	الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر بوقف الدعوى	655
-	مادة (839)	655
-357	كيفية إعطاء كل شريك نصيبه المفرز.....	659
-	مادة (840)	659
-358	متى يلزم تصديق المحكمة على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية؟.....	659
-359	المحكمة المختصة بالتصديق وما يجب التصديق عليه.....	659
-	مادة (841)	665
-360	متى تجرى القسمة بطريق التصفية ؟	670
-361	المحكمة المختصة بإجراء القسمة بطريق التصفية...	671
-362	الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد	671
-	كيفية إجراء البيع.....	671
-363	أولاً: بالنسبة للعقار	671
-364	إحالة إلى أحكام قانون المرافعات فى بيان باقى أحكام البيع.....	674

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-365	جواز قصر المزايدة على الشركاء.....	676
-366	ثانياً: بالنسبة للمنقول.....	677
-367	هل يلزم استئذان المحكمة فى قصر المزايدة على الشركاء إذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية؟.....	678
-368	قسمة الثمن بين الشركاء.....	678
-369	هل يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين إذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية؟.....	678
-	وقف المحكمة لدعوى القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات.....	679
-370	النص القانونى.....	679
-371	الدعوى التى يجوز وقفها.....	679
-372	مبررات وقف دعوى القسمة.....	679
-373	مدة وقف دعوى القسمة.....	680
-374	صاحب الحق فى طلب وقف دعوى القسمة.....	680
-375	القضاء بوقف الدعوى جوازي.....	681
-	مادة (842)	682
-	تدخل الدائنين فى القسمة.....	682
-376	مصلحة الدائنين فى المعارضة فى القسمة.....	682
-377	الدائنون الواجب إدخالهم.....	683

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-378	إدخال الدائنين مقصور على القسمة القضائية.....	684
-379	كيفية معارضة الدائنين فى القسمة.....	685
-380	ميعاد المعارضة.....	687
-381	أثر معارضة الدائنين فى القسمة.....	687
-382	إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ولو لم يعارضوا فى القسمة.....	687
-383	أثر إدخال الدائنين فى دعوى القسمة.....	689
-384	جزاء عدم إدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم فى دعوى القسمة.....	691
-385	أثر عدم تدخل الدائنين فى دعوى القسمة لعدم معارضتهم أو بعد معارضتهم ودعوتهم إلى التدخل..	692
-386	متى يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى دعوى القسمة؟.....	693
-387	المحكمة المختصة بنظر الاستئناف.....	694
-388	عدم جواز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الثانية فى دعاوى القسمة.....	695
-389	حجية الحكم الصادر فى دعوى القسمة.....	697
	مادة (843)	
-390	إفراز المال الشائع.....	698
-391	الأثر الكاشف والأثر الرجعى للقسمة.....	698
-392	بعض المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى	703

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	للقسمة.....	
-393	عدم تعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام	704
-	المجال الذي يطبق فيه الأثر الكاشف للقسمة	706
-394	أولاً: مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث	
	التصرفات	706
-395	تصرفات معادلة للقسمة لها أثر كاشف	708
-396	ثانياً: مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية	
	الأموال	711
-397	ثالثاً: مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية	
	الأشخاص	713
-	النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة	715
-398	أولاً: سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير	
	الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز	715
-399	ثانياً: عدم اعتبار القسمة سبباً صحيحاً للتملك	
	بالتقادم الخمسى	719
-400	ثالثاً: عدم اشتراط تسجيل القسمة لسريانها بين	
	الشركاء المتقاسمين	720
-401	أثر القسمة غير المسجلة على المشتري للعقار من	
	أحد الشركاء بعقد مسجل	723
-402	المقصود بالغير	728
-403	يجوز للغير التمسك بالقسمة غير المسجلة	732

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (844)	735
-404	حكمة الضمان فى القسمة.....	735
-405	العلاقة بين أحكام الضمان فى البيع وأحكام	
	الضمان فى القسمة.....	736
-	الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان	
	التعرض والاستحقاق	737
-406	الشرط الأول: وقوع تعرض أو استحقاق.....	737
-407	الشرط الثانى: ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ	
	المتقاسم نفسه	740
-408	الشرط الثالث: أن يكون التعرض أو الاستحقاق	
	لسبب سابق على القسمة	742
-409	الشرط الرابع: ألا يوجد شرط صريح يعفى من	
	الضمان	743
-410	أحكام الضمان لا تتعلق بالنظام العام	745
-	الآثار التى تترتب على الضمان	746
-411	المبدأ الذى يحكم آثار الضمان	746
-412	الأحوال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند	
	تحقق الضمان	746
-413	قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان	748
-414	(أ) حالة الحكم بالاستحقاق الكلى.....	748

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-415	(ب) حالة الحكم بالاستحقاق الجزئي.....	753
-416	(ج) حالة توقي المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذي آل إليه كله أو بعضه.....	754
-417	التزام الضمان مكفول بامتياز المتقاسم.....	756
-418	تقادم الالتزام بالضمان.....	756
-	مادة (845)	758
-	نقض القسمة الاتفاقية للغبن.....	758
-419	نقض القسمة للغبن قاصر على القسمة الاتفاقية.....	758
-420	إجازة القسمة الاتفاقية من الشريك المغبون تمنع من رفع دعوى نقض القسمة للغبن.....	759
-421	الغبن في ذاته يجيز نقض القسمة.....	760
-422	اختلاف الغبن في القسمة عن الغبن في عقد البيع..	761
-423	جواز نقض القسمة العينية للغبن.....	761
-424	هل يجوز نقض قسمة التصفية للغبن؟.....	762
-425	الغبن في حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود.....	762
-426	العبرة في نقض القسمة بحقيقة العقد.....	763
-427	لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمالي بسبب الغبن..	763
-428	مقدار الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة.....	763
-429	تحديد نصاب الغبن ليس من النظام العام.....	765
-430	عدم جواز تنازل الشريك مقدما عن الحق في طلب نقض القسمة للغبن.....	765

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-431	الخصوم فى دعوى نقض القسمة للغبن	766
-432	رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال سنة	766
-433	إثبات الغبن فى القسمة	768
-434	الحكم الذى يصدر فى دعوى نقض القسمة	768
-435	آثار القضاء بنقض القسمة	769
-436	حق المدعى عليه فى وقف السير فى دعوى نقض القسمة	769
-	مادة (846)	
-	قسمة المهايأة	773
-437	تعريف قسمة المهايأة	773
-438	المقصود بقسمة المهايأة المكانية	774
-439	مدة قسمة المهايأة المكانية	776
-440	تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية	778
-441	ضرورة توافر الأهلية لتحول القسمة إلى قسمة نهائية	780
-442	حيازة الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة	781
-443	هل يجب تسجيل قسمة المهايأة المكانية ؟	782
-444	عدم جواز نقض قسمة المهايأة التى تتحول إلى قسمة نهائية بسبب الغبن	784
-445	قسمة المهايأة تكون باتفاق الشركاء أو بأمر	784

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	القاضى إلى أن تتم القسمة النهائية.....	
-	مادة (847)	785
-446	المقصود بقسمة المهايأة الزمانية.....	785
-447	مدة قسمة المهايأة الزمانية.....	785
-448	عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية.....	786
-	مادة (848)	787
-449	تطبيق قواعد الإيجار على قسمة المهايأة.....	787
-450	(1) الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير.....	788
-451	(2) أهلية المتقاسمين.....	789
-452	(3) حقوق والتزامات طرفى المهايأة.....	792
-453	(4) إثبات قسمة المهايأة.....	795
-	مادة (849)	798
-454	اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة حتى تتم القسمة النهائية.....	798
-455	قسمة المهايأة المؤقتة بأمر القاضى.....	798
-	مادة (850)	800
-	الشيوع الإجبارى.....	800
-456	المقصود بالشيوع الإجبارى.....	800
-457	نوعا الشيوع الإجبارى.....	801
-458	طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى.....	802

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-459	أحكام الشيوع الإجبارى.....	805
-	ملكية الأسرة:	
-	مادة (851)	809
-460	أساس التنظيم الخاص لملكية الأسرة.....	809
-461	إنشاء ملكية الأسرة بالاتفاق كتابة.....	810
-462	يجب أن يضم الاتفاق أعضاء أسرة واحدة.....	811
-463	وجود وحدة مشتركة فى العمل أو المصلحة.....	812
-464	الأموال التى تتكون منها ملكية الأسرة.....	813
-	مادة (852)	
-465	مدة ملكية الأسرة.....	815
-466	حالة تحديد مدة لملكية الأسرة.....	815
-467	طلب الشريك إخراج نصيبه من ملكية الأسرة.....	816
-468	حالة عدم تحديد مدة لملكية الأسرة.....	817
-	مادة (853)	
-469	عدم جواز طلب القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة.	819
-470	عدم جواز تصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى إلا	
	بموافقة الشركاء جميعا.....	819
-471	تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء.....	820
-472	جواز الحجز على ملكية الأسرة.....	822

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (854)	823
-	إدارة ملكية الأسرة	823
-473	من له حق الإدارة؟	823
-474	سلطة المدير	824
-475	عزل المدير	826
-	مادة (855)	827
-476	انطباق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة	827
-477	إنشاء حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالقرار بقانون رقم 67 لسنة 1962 وقرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 106 لسنة 1962	828
-	ملكية الطبقات:	
-	مادة (856)	832
-478	المقصود بملكية الطبقات والشقق	832
-479	الأجزاء الشائعة شيوعا إجباريا (الأجزاء المشتركة)...	834
-480	عدم قابلية الأجزاء المشتركة من الدار للقسمة	838
-481	تحديد نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة	839
-	مادة (857)	842
-482	حق المالك في استعمال الأجزاء المشتركة	842
-483	حظر إحداث تعديل في الأجزاء المشتركة	843
-484	حقوق الملاك والتزاماتهم بالنسبة للأجزاء الخاصة....	844

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (858)	846
-485	تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها	
	وتجديدها.....	846
-486	حرمان الشركاء من حق التخلّى	849
-	مادة (859)	851
-487	السفل والعلو.....	851
-488	التزامات متبادلة بين صاحب السفل وصاحب العلو .	852
-489	التزام صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات	
	اللازمة لمنع سقوط العلو	853
-490	جزاء إخلال صاحب السفل بالتزامه.....	853
-	مادة (860)	855
-491	التزام صاحب السفل بتجديد البناء.....	855
-492	جزاء إخلال صاحب السفل بالتزامه.....	856
-	مادة (861)	859
-493	التزام صاحب العلو بألا يزيد فى ارتفاع بنائه.....	859
	اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد :	
-	مادة (862)	862
-494	حكمة تكوين اتحاد ملاك طبقات وشقق البناء	
	الواحد.....	862

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-495	تكوين الاتحاد اختياري طبقا للتقنين المدنى	862
-496	الغرض من تكوين الاتحاد.....	863
-497	اتحاد الشاغلين طبقا للقانون رقم 119 لسنة 2008	
	بإصدار قانون البناء	863
-	مادة (863)	866
-498	وضع نظام لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك	
	وحسن إدارته	866
-499	الشخصية الاعتبارية لاتحاد الملاك	867
-	مادة (864)	873
-500	كيفية إدارة الأجزاء المشتركة.....	873
-501	هل يجب إعلان قرارات الجمعية العمومية إلى	
	الأعضاء؟.....	874
-502	حق الاتحاد فى التقاضى	875
-503	امتناع الاتحاد عن أداء الالتزامات المستحقة عليه	
	للغير	876
-	مادة (865)	877
-504	التأمين على المبنى.....	877
-505	إجراء أعمال التحسين.....	878
-	مادة (866)	880
-	مأمور الاتحاد.....	880

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-506	تعيين مأمور الاتحاد.....	880
-507	اختصاصات مأمور الاتحاد.....	881
-	مادة (867)	885
-508	تحديد أجره المأمور.....	885
-509	عزل المأمور.....	885
-	مادة (868)	887
510	ما يتبع فى حالة هلاك البناء.....	887
-511	(أ) - حالة عدم تجديد البناء.....	887
-512	(ب) حالة تجديد البناء.....	888
-513	الهلاك الجزئى للمبنى.....	890
-	مادة (869)	891
-514	منح الاتحاد قروضا لأعضائه.....	891
	الفصل الثانى	
	أسباب كسب الملكية	
	1 - الاستيلاء	
	الاستيلاء على منقول ليس له مالك	
-	مادة (870)	893
-515	تملك المنقول بالاستيلاء.....	893

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-516	أركان الاستيلاء على المنقول	893
-	(أ) ألا يكون للمنقول مالك	893
-	(ب) وضع اليد على المنقول	895
-	(ج) نية التملك	896
-	مادة (871)	
-517	التخلي عن المنقول بقصد النزول عن ملكيته	898
-518	التمييز بين الأشياء المهجورة (المتروكة) والأشياء الضائعة	900
-519	الحيوانات غير الأليفة	900
-520	الحيوانات الأليفة	901
-	مادة (872)	
-521	تعريف الكنز وشروطه	903
-522	لمن يكون الكنز؟	906
-523	مطالبة المالك بالكنز	908
524	عدم استحقاق الواجد نصيباً من الكنز	908
-	مادة (873)	
-	صيد البحر والبر	909
-525	(أ) اللوائح المنظمة لصيد البحر والبر	909
-526	(ب) حكم الصيد من الناحية المدنية	909
-527	حكم اللقطة (الأشياء الضائعة أو المفقودة)	910

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-528	التركة التى لا وارث لها.....	916
-529	الأشياء الأثرية.....	933
-530	تعريف الآثار.....	955
-531	التمييز بين الأثر وبين الكنز واللقطة.....	957
-532	الآثار تعد من الأموال العامة.....	958
-533	آثار اعتبار الآثار من الأموال العامة.....	959
-534	العثور على الأثر.....	960
-535	الإشراف على الآثار.....	961
-536	الآثار المملوكة ملكية خاصة.....	962
-	مادة (874)	965
-537	إلغاء الفقرة الثالثة من المادة وكذا القانون رقم 124 لسنة 1958 بموجب القانون رقم 100 لسنة 1964 ...	965
-538	المقصود بالأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها.....	966
-	تملك الأراضى غير المنزرعة فى التشريعات المختلفة.....	972
-	(أولاً): فى ظل التقنين المدنى (المادة 874).....	972
-539	طريقان لتملك الأراضى غير المزروعة.....	972
-540	(أ) الطريقة الأولى: الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقاً للوائح المقررة.....	972
-541	(ب) الطريقة الثانية: الاستيلاء على الأرض.....	976

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	بطريق التعمير.....	
-542	سقوط الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات	
981	متابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للملك	
-543	(ج) الطريقة الثالثة: تملك الأرض بالتقادم المكسب	985
-	(ثانياً): تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم 124 لسنة 1958 بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية	989
-544	دواعي إصدار القانون	989
-545	كيفية تنظيم الملكية في القانون	991
-	(ثالثاً): تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها.....	996
-546	إلغاء هذا القانون للفقرة الثالثة من المادة 874 مدنى.....	996
-547	ملكية الأراضي الصحراوية للدولة ملكية خاصة	996
-548	تنظيم تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم 100 لسنة 1964.....	997
-549	النوع الأول من الملكيات:.....	997
-	الأحكام الانتقالية للملكيات	997
-550	التحقق من الملكيات التي أقرها القانون.....	1001

رقم البند	الموضوع	الصفحة
551-	النوع الثانى من الملكيات: الملكيات الجديدة الواردة فى القانون رقم 100 لسنة 1964.....	1003
552-	(أ) ملكيات الأراضى الصحراوية غير المستصلحة ..	1003
553-	التزامات المشتري	1005
554-	(ب) ملكيات الأراضى الصحراوية المستصلحة	1007
555-	(ج) حق شاغلى الأراضى الصحراوية فى شراء هذه الأراضى	1014
556-	جزاء عدم تقديم الطلب أو رفضه	1015
557-	تيسيرات مقررة للمشتريين	1016
558-	جزاء تأخر المشتري فى الوفاء بأقساط الثمن	1020
559-	إلغاء المادتين 60، 61 من القانون رقم 100 لسنة 1964.....	1021
560-	نزع ملكية الآبار وعيون المياه التى تستخدم فى الزراعة فى المناطق الصحراوية	1022
-	(رابعاً): تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم 143 لسنة 1981 (المعدل) فى شأن الأراضى الصحراوية والقانون رقم 7 لسنة 1991 فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأموال الدولة الخاصة	1023
561-	إلغاء الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية المنصوص عليها بالقانون رقم 100 لسنة 1964	1023

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	(المعدل).....	
-562	المقصود بالأراضي الصحراوية فى تطبيق أحكام هذا القانون.....	1024
-563	تحديد الأراضى التى يجوز تملكها.....	1024
-564	كيفية التملك.....	1026
-565	التزامات المتصرف إليه.....	1029
-566	منح مهلة لمن اشترى أرضا يتوفر لها مصدر رى.....	1029
-567	الاعتداد بملكيات سابقة على العمل بالقانون.....	1030
-568	الحد الأقصى لملكية الأراضى الصحراوية.....	1032
-569	حظر الحياة أو التعدى أو وضع اليد على الأراضى الخاضعة لأحكام القانون.....	1034
-570	أحكام تملك الأراضى الصحراوية تتعلق بالنظام العام.....	1035
-571	سريان القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على تأجير وبيع الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والأراضى الصحراوية.....	1036
-	محتويات المجلد الحادى عشر.....	1041

تم بحمد الله وتوفيقه المجلد الحادى عشر

