

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الثالث عشر

حق الملكية (الشفعة) - الحيازة

(المواد 935 - 984)



6- الشفعة

شروط الأخذ بالشفعة :

مادة (935)

الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية.

الشرح

1 - التطور التشريعى لأحكام الشفعة :

الشفعة نظام عرفته الشريعة الإسلامية، فهى المصدر لأحكام الشفعة. وعندما صدرت المجموعة المدنية المختلطة اقتبس أحكام الشفعة من مصدرها وهى الشريعة الإسلامية. وقد نصت عليها فى المواد (93 - 101) كسبب لكسب الملكية، وذلك لما تبين لواضعى القانون المدنى المختلط من أن هذا النظام أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد.

لما صدرت المجموعة المدنية الأهلية كان طبيعيا أن تتأثر بهذا الوضع، فنصت بدورها على الشفعة فى المواد (68 - 75) ضمن أسباب كسب الملكية. غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها، مما دعا القضاء إلى الاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه رأى فقهاءها فى شأن المشكلات التى لا يمكن الاستناد فى حلها إلى نصوص القانون. وبذلك فتح باب الاجتهاد على مصراعيه، الأمر الذى أدى إلى تشعب الآراء وتناقض الأحكام.

إزاء ذلك اضطر المشرع إلى سن قانون جديد خاص بالشفعة قنن فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم، وأضاف إليها قواعد أخرى رأى ضرورة إضافتها،

وصدر به الأمر العالى فى 26 مارس سنة 1900 بالنسبة للقضاء المختلط، وفى 23 مارس سنة 1901 بالنسبة للقضاء الأهلى.

وبذلك انفصلت الشفعة عن المجموعة المدنية، وظلت على هذا الحال من الانفصال حتى صدور القانون المدنى الجديد.

وبصدور هذا القانون عادت الشفعة إلى مكانها من التقنين المدنى سببا لكسب الملكية، فقد وردت أحكامها فى المواد (935- 948) ضمن أحكام الفصل الذى خصصه المشرع لأسباب كسب الشفعة⁽¹⁾.

ويلوح مما نشر من مناقشات اللجنة التى شكلت لإعداد نصوص الشفعة، أن بقاء هذا النظام من عدمه كان محل مناقشات طويلة، إلا أن الرأى قد استقر على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية، لاعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد، هذا بالإضافة إلى ما للشفعة من فائدة فى جميع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة. إلا أن اللجنة وإن كانت قد انتهت إلى استبقاء الشفعة، إلا أنها قد عملت من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها، باعتبارها قيда يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه. وقد تبعها المشرع فى ذلك. ومن مظاهر التضييق فى الشفعة ما يأتى⁽²⁾ :

1- حرص المشرع على تعريف الشفعة بأنها رخصة، أى مشيئة وإرادة على حد تعيين الشرعيين، وليس حقا يتصل بالذمة المالية. وسوف نرى ما لهذا الاتجاه من أثر فى الرأى القائل بانتقال خيار الشفعة بالميراث، كما كان من أثره ما قرره المادة 948 من سقوط الشفعة إذا نزل الشفيع عنها ولو قبل البيع. وقد كانت هذه

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الرابع الشفعة فى العقار الطبعة الثالثة 1355 هـ - 1936م ص 14 - الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية طبعة 1955 ص 378 وما بعدها.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 343 هامش (1).

المسألة وسابقتها مثار خلاف فى الفقه والقضاء.

2- توسع المشرع فى موانع الشفعة، بأن منع الشفعة فى البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التى اقتصر عليها قانون الشفعة السابق. ومنعها فى البيع ما بين الأصهار لغاية الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق بمنعه فى البيع ما بين الأصهار أصلا.

3- توسع المشرع فى مسقطات الشفعة، بأن أنقص المدة التى تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م/948/ب مدنى). بدلا من ستة أشهر وفقا للمادة 22 من قانون الشفعة الملغى.

4- ومن مظاهر التضييق فى مجال الإجراءات، أن أوجبت المادة 942 مدنى على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة مبلغا يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، كما استلزمت أن يتم هذا الإيداع قبل رفع الدعوى، وإلا سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة.

وهذا تعديل جوهرى من شأنه القضاء على المنازعات التى كانت تترتب على الاكتفاء من الشفيع بمجرد إبداء استعداده لدفع الثمن فى صحيفة دعوى الشفعة، وفقا لما استقرت عليه أحكام القضاء فى شأن تفسير المادة 14 من قانون الشفعة الملغى.

وكذلك ألزمت المادة 942 الشفيع بأن يقيد دعواه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة، بعد أن كان القضاء مستقرا على عدم لزوم إجراء القيد خلال هذا الميعاد. وظاهر أن قصد المشرع من ذلك هو سرعة البت فى أمر الشفعة حتى لا يتخذ منها الشفيع مجالا للمضاربة، وذلك بالاكتفاء بإعلان صحيفتها وإرجاء قيدها لمساومة المشتري على التنازل عنها فى مقابل مبلغ من المال يكون الحصول عليه هو حذف الشفيع الحقيقى.

5- أن المشرع نص فى المادة 940 مدنى على أن العبرة فى بدء سريان

ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، هى بتاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، بعد أن كانت المادة 19 فقرة ثانية من قانون الشفعة الملغى تتخذ من علم الشفيع بالبيع من أى طريق كان أساسا لبدء سريان هذا الميعاد.

وقد كان تحديد وقت العلم بالبيع مثارا لإشكالات عديدة أمام القضاء، فحسم المشرع بالحكم الذى استحدثه دابر المنازعة فى مسألة فرعية كثيرا ما كان يقصد من إثارتها مجرد الكيد وإضاعة الوقت.

5- نص التقنين المدنى فى الفقرة الثالثة من المادة 937 على أنه إذا توافرت فى المشتري الشروط التى كانت تجعله شفيعا فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم فى طبقته.

وقد كانت محكمة النقض بالتطبيق لأحكام قانون الشفعة الملغى، لا تفضل المشتري الشفيع على شفيع من طبقته، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدنى الجديد بالنص سالف الذكر⁽¹⁾.

2- أدلة الشفعة فى الشريعة الإسلامية :

الشفعة كما ذكرنا نظام نابع من الشريعة الإسلامية، وهو ثابت بالسنة والإجماع.

ودليل ثبوتها بالسنة ما جاء بالأحاديث الآتية :

1- فعن جابر أن النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

2- وعن أبى هريرة قال رسول الله ﷺ إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها.

3- وعن جابر أن النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص344- الدكتور عبد الرزاق

السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء التاسع المجلد الأول الطبعة الثالثة 1992

ص 628 وما بعدها - محمد على عرفه ص 378.

حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإنه باعه ولم يؤذنه فهو أحق به.

4- وعن عبادة بين الصامت أن النبي ﷺ قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور.

5- وعن سمسة عن النبي ﷺ قال : جار الدار أحق بالدار من غيره.

6- وعن الشديد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار؟ فقال الجار أحق بقبه ما كان.

7- وعن عمرو بن الشديد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخزومة ثم جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ، فقال يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد والله ما اتباعها، فقال المسور والله لتبتا عنها، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت رسول الله يقول: الجار أحق بسبقه ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار، فأعطاه إياه.

8- وعن عبد المالك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبي ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا.

والإجماع: لما يرى من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الإسلام.

وفي ذلك يقول ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط "بستان"، وفي المغنى لأبي محمد عبد الله بن أحمد الحنبلي أنه لا يعلم في ثبوتها خلافا لأحد إلا لأبي بكر الأصبم وفي مثل ذلك في كتاب نيل الأوطار⁽¹⁾.

غير أن الأئمة لم يتفقوا على ثبوت الشفعة إلا للشريك في الملك، واختلفوا فيما

(1) تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام ج9 ص 370 وما بعدها- الأستاذ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية وفي المغنى لأبي محمد عبد الله بن أحمد الحنبلي أنه لا يعلم- الطبعة الثالثة ص 109 وما بعدها.

عدا ذلك. فقال أبو حنيفة الشفعة على مراتب، يقدم فيها الشريك فى نفس المبيع، ثم الشريك فى حقوق المبيع، ثم الجار المالك بعدهما. وذهب الشافعى وأحمد ومالك وأهل المدينة إلى أن لا شفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع.

3- الحكمة من الشفعة :

الحكمة من الشفعة هى دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك فى الملك، ثم إن من شأنها أيضا منع تجزئة العقارات ببيعها لغير الجار والشريك وجمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة⁽¹⁾. لكن مما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلا، كما أن انتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفى قيامها حيث إن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ به⁽²⁾.

ويقول ابن عابدين: "دفع الضرر الذى يحتمل وقوعه بين الشركاء أو الجيران نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار دفع ضوء النهار، وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار" ويبين الفقه المعاصر جانبا من الحكمة فيقول :

"فقد يكون ذلك الشخص - المشتري - غليظ الطبع ردى الخلق سىء المعاشرة ذلك إلى ما ينال الشفيع منها من سعة فى مسكنه ومن تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافتقد به راحته، أو زيادة فى مزرعته تمكنه من الإحسان فى استغلالها وإنماء غلاتها"⁽³⁾.

(1) الدكتور عبد المنعم البدر اوى حق الملكية 1978 ص 333.

(2) الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية طبعة 1999 ص 329.

(3) على الحفيف فى أحكام العاملات الشرعية ص 110.

4- الشريعة الإسلامية المصدر التشريعى للشفعة :

استمد المشرع أحكام الشفعة من الفقه الإسلامى، ولذلك يعتبر الفقه الإسلامى مصدرا تاريخيا لها، يجب الرجوع إليه عند تفسير هذه الأحكام بشرط عدم التعارض مع المبادئ العامة فى القانون حيث يحتفظ النظام القانونى بانسجامه وتناسقه⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فتطبيقا للمادة الأولى من القانون المدنى، يجب الرجوع إلى المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص أو عرف فى المسألة المعروضة وعندئذ تكون الشريعة مصدرا رسميا. ولكن يراعى عند الرجوع للشريعة، سواء لتفسير نص أو للبحث عن حكم حيث لا نص ولا عرف عدم التقيد بمذهب معين⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا رأى قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد، وبعد العمل به.

إذ قضت قبل العمل بهذا التقنين بأن :

1- (أ) "إن القانون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه. وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفعيع هل ينتقل للورثة أو لا ينتقل. والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال".

2- "إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم

(1) ويلاحظ أن نظام الشفعة معروف فى بعض القوانين الأجنبية ومنها قوانين البلاد غير الإسلامية، كالقانون الأسبانى والقانون الألمانى.

(2) الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 305 - عبد المنعم الصده ص 398 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 333 وما بعدها.

الأهلية وفيما أحاله القانون عليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد منها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بصفة أصلية. أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين، كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بأراء أئمة الفقه الإسلامى. وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أم لا ينتقل".

(طعن رقم 16 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/24)

ولا يغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية - فى مذهب إلى حنيفة - لا تجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفيع".

(ب) - "إن من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فى انتقال الخيارات إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق المذهب الذى انتحاه القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤملات والدعاوى وآجال الديون. فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه. والمنافع المملوكة للشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها. ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة ثم مات قبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصه وأولوبته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلى ورثته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الدين وكل هذا كما هو صحيح فى القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء، وغير صحيح عند أبى حنيفة".

(طعن رقم 95 لسنة 8 ق جلسة 1939/6/8)

5- تعريف الشفعة لغة :

الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة. وهي ضد الوتر. يقال شفعت الشيء شفعاً من باب نفع، ضممنه إلى الفرد فصار شفعاً، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين. ومن هنا اشتقت الشفعة، لأن صاحبها يشفعه ماله بها فيضم إليه مالا غيره ويزيده. ومنه قوله تعالى "من يشفع شفاعاً حسنة يكون له نصيب منها" أى من يزد عمله فيضم عملاً إلى عمل، وللشفعة استعمالان: أحدهما أن تطلق على المال المشفوع أى المأخوذ، وثانيهما أن تطلق ويراد بها التملك لذلك المال. قال صاحب الصحاح، ولا يعرف لهذا المعنى فعل، والشفيع صاحب الشفعة، وجمعه شفعاء⁽¹⁾.

والأصل في تسميتها هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقعا من حائط أو منزل أتاها المجاور أو الشريك فشفع له فى أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه فتسمى لذلك شفعة.

6- تعريف الشفعة في الشرع :

الشفعة في الشرع هي تملك البقعة المشتراه جبراً على المشتري مما قام عليه. أى بالثمن الذى اشترى به. وقبل هي ضم بقعة مشتراه إلى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار، وهذا أحسن⁽²⁾.

وقد عرفت المادة 95 من مرشد الحيران بقولها هي : "الشفعة هي تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤمن". والمؤمن هي المصروفات كأتعاب السمسار أو نفقات تحرير البيع أو رسوم التسجيل.

(1) الأستاذ على الحيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ص 109 هامش (1) - المبسوط جزء 14 ص 90.

(2) شرح الكنز الجزء الأول ص 185.

7- تعريف الشفعة فى القانون :

عرفت المادة 935 مدنى الشفعة بأنها رخصة تجيز فى بيع العقار الحول محل المشتري فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية. فالشفعة تعتبر إذن مصدرا من مصادر الحقوق العينية العقارية. ولذلك فهى تصلح سببا لاكتساب الملكية والانتفاع والحكر، أما الارتفاق حيث أنه لا يتصور بيعه مستقلا عن العقار المرتفق لذلك فإن الشفعة لا تصلح سببا لاكتسابه مستقلا، وإنما تؤدى إلى انتقاله مع العقار المحمل به.

وقد طعن أمام المحكمة العليا فى الدعوى رقم 3 لسنة 1 قضائية "دستورية" بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى التى تعطى الحق فى أخذ العقار بالشفعة للجار إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة استنادا إلى أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدى إلى الاحتكار والاستغلال عن طريق جمع الأراضى الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور فى مادتيه: الأولى والتاسعة أساسا للنظام الاقتصادى فى الدولة كما يهدد مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المصريين فى المادة الثامنة من الدستور من ثم تكون نصوص القانون المدنى التى تنظم الشفعة مخالفة للدستور.

وقد قضت المحكمة بمجلسه 1971/3/6 برفض الدعوى⁽¹⁾، استنادا إلى ما ذهب إليه فى أسبابها من دستورية نظام الشفعة. ومن ثم تكون النصوص المنظمة للشفعة فى التقنين المدنى دستورية.

(1) وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :

المحكمة العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 6 مارس 1971 - الموافق 9 من المحرم 1391.
 المؤلفة برئاسة السيد المستشار بدوى إبراهيم حمودة.....(رئيس المحكمة)
 وحضور السادة المستشارين محمد عبد الوهاب خليل نائب رئيس المحكمة وعمر حافظ
 شريف وحسين قاسم وحسين زكى وأحمد طوسون حسين ومحمد بهجت
 عتيبة.....(أعضاء)
 وحضور السيد المستشار عادل عزيز زخارى نائب رئيس المحكمة ورئيس هيئة مفوضى
 الدولة.

وحضور السيد/ سيد عبد البارى إبراهيم.....(أمين السر)

أصدرت الحكم الآتى

فى الدعوى المقيمة بجدول المحكمة برقم 3 لسنة 1 قضائية "دستورية".

المرفوعة من :

أسامة محمد النعناعى.

ضد

1- محمد السيد العجمى.

2- يوسف إيفان أوموف.

3- السيد / رئيس الوزراء.

الوقائع

أقام محمد السيد العجمى الدعوى رقم 681 لسنة 1966 مدنى أمام محكمة طنطا الابتدائية
 ضد يوسف إيفان أوموف وأسامة محمد النعناعى يطلب الحكم بأحققته فى أخذ =
 ثلاثة وعشرين فدانا وسبعة قراريط وثمانية أسهم المبينة بصحيفة الدعوى المبينة من
 المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثانى بالشفعة مقابل مبلغ 6677.220 جنيها أو ما
 يظهر أنه الثمن الحقيقى وملحقاته مع تسليم العين المشفوع فيها إليه واستند فى دعواه إلى
 أن الأرض المبينة تجاور أرضه وأن لأرضه حق ارتفاق بالصرف وحق ارتفاق بالمرور
 عليها كما أن للأرض المبينة حق ارتفاق بالرى على أرضه - وقد دفع المدعى عليه الثانى
 بسقوط حق المدعى فى الأخذ بالشفعة استنادا إلى أنه علم بالبيع وكافة تفاصيله عندما

عرضت عليه الصفقة لشرائها فرفضها مما يفيد نزوله عن حقه فى أخذ الأرض بالشفعة - وفى 6 من فبراير سنة 1967 قضت المحكمة برفض الدفع بسقوط الحق فى الشفعة وقبل الفصل فى الموضوع بنذب خبير زراعى من مكتب الخبراء بطنطا لأداء المهمة الموضحة بالحكم - وبعد تقديم التقرير قضت المحكمة فى 27 من شهر مايو سنة 1968 بأحقية المدعى فى أخذ الأرض المشار إليها بالشفعة مقابل مبلغ 6677.220 جنيها وملحقاته الرسمية والتسليم.

استأنف أسامة محمد النعناعى المدعى عليه الثانى الحكمين سالفى الذكر أمام محكمة استئناف طنطا ودفع بعدم دستورية نصوص الشفعة الواردة فى القانون المدنى. وفى 5 من أبريل سنة 1970 قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا وبوقف سير الخصومة فيهما ريثما تفصل المحكمة العليا فى الدفع بعدم دستورية القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 سنة 1948 بالنسبة إلى مواد الشفعة وحددت للمستأنف ميعادا أقصاه ستون يوما يبدأ من يوم صدور الحكم لرفع الدعوى فى هذا الخصوص.

وفى 28 من مايو سنة 1970 أقام أسامة محمد النعناعى هذه الدعوى ضد محمد السيد العجمى ويوسف ايفان أوموف بصحيفة أودعها قلم كتاب المحكمة وطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 سنة 1948 مستندا فى ذلك إلى الأسباب المبينة فى صحيفة الدعوى وفى مذكراته التى أودعها قلم الكتاب.

وقدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا بالرأى القانونى وانتهت فيه إلى أنها ترى الحكم برفض الدعوى.

كما أودعت الحكومة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى وإلزام رافعها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

= وأودع المدعى عليه الأول مذكرتين طلب فيهما الحكم برفض الدعوى وإلزام المدعى بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة وأودعت الحكومة مذكرة تكميلية صممت فيها على طلب رفض الدعوى.

وقد نظرت المحكمة الدعوى بجلستى 10 من أكتوبر سنة 1970 و 5 من ديسمبر سنة 1970 على النحو المبين بمحضرى الجلستين ثم أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة 13 من فبراير سنة 1971 وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل الحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات وبعد المداولة.

من حيث إن الدعوى استوفت الأوضاع الشكلية المقررة قانوناً.

ومن حيث إن المدعى يطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدني الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 استناداً إلى أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواء حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدي إلى الاحتكار والاستغلال عن طريق جمع الأراضي الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكي الذي جعل منه الدستور في مادتيه : الأولى والتاسعة أساساً للنظام الاقتصادي في الدولة كما يهدر مبدأ تكافؤ الفرص الذي كفلته الدولة لجميع المصريين في المادة الثامنة من الدستور ومن ثم تكون نصوص القانون المدني التي تنظم الشفعة مخالفة للدستور ولا يحصنها نص المادة 166 منه، ذلك لأن هذا النص يقصر حصانته على القوانين الصادرة منذ قيام الثورة في 23 من يوليو سنة 1952 حتى تاريخ صدور الدستور في 25 من مارس سنة 1964 دون سواها من القوانين السابقة ومنها القانون المدني يؤيد هذا النظر أن المشرع يحرم الشفعة في الأرض التي يتصرف فيها ملاكها إعمالاً لقانون الإصلاح الزراعي وكذا الأرض التي توزع على صغار المزارعين تنفيذاً لهذا القانون كما يحرمها في الأرض التي تتبعها الدولة طبقاً لأحكام القانون رقم 100 سنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها.

ومن حيث إن المدعى عليه الأول دفع الدعوى بعدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور ومن هذه التشريعات النصوص المنظمة لحق الشفعة والواردة في القانون المدني الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 ومبنى هذا =

الدفع أن المادة 166 من الدستور تقضي باستمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغىها أو تعديها السلطة التشريعية ومن ثم يظل حق الشفعة قائماً كوسيلة مشروعة للتملك في الحدود التي يجيزها القانون.

ومن حيث إن الحكومة طلبت رفض الدعوى استناداً إلى أن الدستور إذ نص في المادة 166 منه على استمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغىها أو تعديها السلطة التشريعية فإنه يسلم بقيام تعارض بين بعض التشريعات المذكورة وبعض أحكام الدستور ومع ذلك أقر استمرار نفاذها حتى تعديها أو تلغىها السلطة التشريعية ومن ثم فلا تخضع

للطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ثم قالت فى مذكرتها التكميلية : إن ولاية هذه المحكمة لا تتناول تلك التشريعات إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة وقت صدورها وعندئذ تجرى عليها رقابتها على أساس هذه الأوضاع وتلك الأحكام- وقد صدرت نصوص القانون المدنى المنظمة لحق الشفعة سليمة غير مشوبة بهذا العيب، إذا أنها تقرر حقا مشروعا للشفيع لا يخالف الدستور .

عن الدفع بعدم جواز الطعن فى دستورية نصوص القانون المدنى المنظمة لحق الشفعة:
من حيث إن المادة 166 من الدستور التى يستند إليها المدعى عليه الأول والحكومة فى تأييد هذا الدفع تنص على أن "كل ما قرره القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور" وقد تردد هذا النص فى مدلوله ومعناه مع اختلاف يسير فى صيغته فى الدساتير المتعاقبة منذ سنة 1923 ومنها الدستور الصادر فى عام 1956 الذى تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر أولهما نص المادة 190 وهو مطابق لنص المادة 166 من الدستور الذى تقدم ذكره والثانى نص المادة 191 الذى يقضى بأن "جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكمله أو منفذة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التى صدرت من هذه الهيئات التى أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت".
وظاهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالا يختلف عن=

= مجال الآخر وأن المشرع لم يلتزم فى دستور سنة 1956 موقفا واحدا من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به بل غاير بينهما فيما أسبغه عليه من الحماية فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفا اقتضته ضرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التى اتخذت فى ظروف لا تقاس فيها الأمور بالمقياس العادى وذلك بالنص على عدم جواز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت - بينما اتخذ بالنسبة إلى سائر التشريعات الأخرى أسلوبا آخر ينطوى على حماية أدنى من تلك التى أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها وذلك بالنص على بقائها نافذة مع إجازة إلغائها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة

في الدستور - وهذه المغايرة التي قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة في الدلالة على أنه إذ تناول موضوع التشريعات السابقة على الدستور في نصين مختلفين في دستور واحد فإن كلا منهما يقرر حكماً يختلف عما يقرره الآخر وأنه إنما يستهدف تحصين التشريعات التي حددها على سبيل الحصر في المادة 191 منه دون غيرها من التشريعات التي وقف بالنسبة إليها عند حد النص على استمرار نفاذها وذلك تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره - ولو أن المشرع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية لأفصح عن ذلك في نص واحد عام يتناولها كافة ولم يكن في حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى في موضوع واحد.

ومن حيث إن المشرع اجتزأ بنقل المادة 190 من دستور سنة 1956 إلى المادة 166 من دستور سنة 1964 ولم ينقل المادة 191 من ذلك الدستور التي استنفدت أغراضها إذ أسبغت على التشريعات الثورية الاستثنائية التي صدرت منذ قيام الثورة حتى عام 1956 حصانة نهائية لا مبرر ولا مسوغ لتكرار النص عليها - ولا ريب في أنه لا يعنى بنص المادة 166 من دستور سنة 1964 غير ما عناه بأصله الوارد في المادة 190 من دستور سنة 1956 وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم فليس معقولاً أن تكون =

= التشريعات التي صدرت قبل صدور الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريته أولى وأوجب.

ومن حيث إن الحكومة تقول في مذكرتها التكميلية بعد إثارة الدفع بعدم جواز الطعن على النحو المتقدم ذكره: أن ولاية المحكمة العليا لا تتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورهما وتكون رقابتها لهذه التشريعات السابقة على الدستور وهذا القول مردود بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت

فى الدولة ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه- ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها اسمى القواعد الأمرة.

ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم يكون الدفع بعدم جواز الطعن فى دستورية الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى غير قائم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضه.

عن الموضوع :

من حيث إن المدعى يطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى التى تقضى بثبوت الحق فى الشفعة للجار المالك إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة ويقول بيانا لأوجه مخالفة هذا النص لأحكام الدستور :

أولا : إن هدف نظام الشفعة هو جمع الأراضى فى يد شخص واحد مما يؤدى إلى الاستغلال ويتعارض مع النظام الاشتراكى الذى أرست أصوله المادتان: الأولى والتاسعة من الدستور وجعلت منه هذه المادة الأخيرة الأساس الاقتصادى للدولة.

ثانيا : إن نظام الشفعة إذ يخول الشفعين دون سواه حق شراء الأرض المبيعة لغيره فإنه يحوله سلطة احتكار هذا الحق ويحرم المشتري ثمرة تعاقد أبرمه بطريقة مشروعة ويهدر بذلك مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة فى المادة الثامنة من الدستور لجميع المصريين. =

= ومن حيث إن الحكومة والمدعى عليه الأول دفعا الدعوى استنادا إلى أن حق الشفعة لا تعارض مع النظام الاشتراكى ولا يخل بمبدأ تكافؤ الفرص وأنه مجرد وسيلة مشروعة لكسب الملكية فى الحدود المقررة قانونا، كما أنه يستهدف منع المنازعات وإقرار الوثام بين ملاك يعملون لصالحهم ولصالح المجتمع.

ومن حيث إنه بالنسبة إلى الوجه الأول من وجهى الطعن المبني على مخالفة الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى لأحكام المادتين: الأولى والتاسعة من الدستور فإن المادة الأولى من الدستور تنص على أنه "الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية اشتراكية"، كما تنص المادة التاسعة منه على أن "الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكى الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع

الاشتراكى بدعامتيه من الكفاية والعدل"- وفى خصوص تنظيم الملكية الزراعية فى ظل النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور أساسا اقتصاديا للدولة أرسى الدستور فى المادة السابعة عشرة مبدأ تحديد الملكية الزراعية كأصل من الأصول التى يقوم عليها هذا النظام وأحال إلى القانون فى تعيين الحد الأقصى لهذه الملكية وقد صدرت قوانين الإصلاح الزراعى المتعاقبة التى قيدت الملكية الزراعية بحد أقصى لا تجاوزه وقضت بتوزيع ما يزيد على هذا الحد من الأراضى الزراعية على العاملين فى الزراعة تحقيقا لأهداف المشرع من توسيع قاعدة الملكية الزراعية وتطبيقا للنظام الاشتراكى الذى يقر الملكية الفردية فى مجال الزراعة فى حدود لا تسمح بالإقطاع ولم يعرض المشرع وهو بصدد من هذه التشريعات الاشتراكية لحق الشفعة إلا حيث اقتضى ذلك تحقيق أهداف الإصلاح الزراعى فحظر الشفعة فى التصرفات الناقلة للملكية التى تتناول مالم يستول عليه من الأرض الزراعية الزائدة على الحد الأقصى (المادة 4 مكررة من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى المضافة بالمرسوم بقانون رقم 311 لسنة 1952) كما حظرها فى توزيع الأراضى على صغار المزارعين تنفيذا لقانون الإصلاح الزراعى (الفقرة الأخيرة من المادة 9 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 سالف الذكر) وكذلك منع الشفعة فى بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة (الفقرة الأخيرة من المادة 58 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها) وفيما عدا تلك الحالات الاستثنائية التى أُلغى فيها المشرع حق الشفعة تحقيقا لأهداف =

الإصلاح الزراعى ما زال هذا الحق قائما كسبب مشروع من أسباب كسب الملكية فى الحدود المقررة قانونا.

ومن حيث إن الأصل فى سلطة التشريع فى موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيدھا الدستور بقيود محدودة ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع فى تحديدها وتنظيمها اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الإقطاع فمن ثم تكون سلطته فى هذا الصدد سلطة تقديرية فى نطاق الحد الأقصى المشار إليها- ولا ريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك فى حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استنادا إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به فى ملكية الشفع وحده فى نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدى إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلا

عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار. لا ريب في أن ذلك الترحيح مما يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لم يقيد بها الدستور في هذا الصدد.

ومن حيث إنه عن الوجه الثاني من أوجه الطعن فإن المدعى ينعى على النص المطعون فيه أنه مخالف للمادة الثامنة من الدستور ويقول في بيان ذلك إن الشفعة تخل بمبدأ تكافؤ الفرص، لأنها تخول الشفيع وحده دون سواه رخصة تجعل منه المحتكر الوحيد لشراء الأرض المشفوع فيها - وهذا النعى مردود بأن المساواة التي يوجبها إعمال مبدأ تكافؤ الفرض تتحقق بتوافر شرطى العموم والتجريد في التشريعات المنظمة للحقوق ولكنها ليست مساواة حسابية ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها المشرع لهم - والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب في تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق - لا يخل بشرطى العموم والتجريد في القاعدة القانونية، ذلك لأن المشرع إنما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط.

=

ومن حيث إن شأن حق الشفعة كشأن غيره من الحقوق في هذا الصدد ذلك لأن استعماله منوط بتوافر أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر تنظيمًا لموضوع كسب الملكية عن طريق الشفعة بحيث إذا توافر سبب من أسبابها في فرد من الأفراد أصبح في مركز قانوني يخوله رخصة الشفعة في العقار ولا يقاس به غيره ممن لم يتوافر فيه سبب من هذه الأسباب، إذ يكون في مركز قانوني مغاير - ولم يتعد المشرع في تنظيم موضوع كسب الملكية بسبب الشفعة على الوجه المتقدم جانب المساواة أمام القانون ولم يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذي أقره الدستور في المادة الثامنة.

=

ومن حيث إنه يخلص من كل ما تقدم أن الدعوى لا تقوم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضها مع إلزام المدعى بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ومصادرة الكفالة.

8 - ورود الشفعة على العقار دون المنقول :

تعرف المادة 935 مدنى الشفعة بقولها: "الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى.... الخ".

وواضح من هذا النص أن الشفعة لا تكون إلا فى العقار، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة، وقد رأينا عند دراسة الشيوخ أن المادة 833 مدنى نصت على الاسترداد فى المنقول.

فالمنقول لا تجب فيه الشفعة، ذلك أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة أو الجوار على الدوام. والجوار متخلف فى المنقول، وإنما الذى يتصور فيه هو الشركة. غير أن القانون لم يثبت الشفعة لدفع ضرر الشركة وإنما أثبت الحق فى الاسترداد، والذى يترتب فى المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا المنقول لأجنبى بطريق الممارسة.

ولذلك لا تثبت الشفعة فى السفينة على خلاف ما رآه المالكية، كما لا تثبت

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز الطعن بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى وفى الموضوع برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة. وألزمت المدعى بالمصروفات وبمبلغ أربعين جنيها مقابل أتعاب المحاماة للحكومة والمدعى عليه الأول مناصفة بينهما.

رئيس المحكمة

أمين السر

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت المحكمة العليا قد انتهت فى حكمها الصادر بتاريخ 1971/3/6 فى الدعوى رقم 3 سنة 1 ق إلى رفض الطعن بعدم دستورية نظام الشفعة تأسيسا على أن حق الشفعة ليس فيه خروج على مبدأ المساواة أمام القانون ولا يخالف مبدأ تكافؤ الفرض الذى أقره الدستور فإن النص بعدم الدستورية يكون غير سديد".

(طعن رقم 61 لسنة 41 ق جلسة 1979/3/5)

فى بيع الثمار على أشجارها استقلالا، حيث تعتبر فى هذه الحالة من المنقولات بحسب المآل فيجرى عليها حكم المنقول لا العقار، وكذلك الشأن فى بيع بناء للهدم أو غراس للقلع.

والبناء يعد عقارا بطبيعته، ويبيعه على استقلال يعد بيعا لعقار لا لمنقول، ولذلك يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذه بالشفعة وذلك على خلاف ما رآه الأحناف.

كما تثبت الشفعة بين ملاك الطبقات⁽¹⁾.

والشفعة لا تجوز فى بيع العقار بالتخصيص استقلالا عن العقار الأصلى. ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلى، فإن الشفعة تشمل به باعتباره من ملحقاته. والحق العينى الذى يقع على عقار يعتبر مالا عقاريا. ومن تجوز الشفعة فى بيع أى حق عينى عقارى أصلى مما يجوز بيعه استقلالا، كحق الانتفاع وملكية الرقبة وحق الحكر⁽²⁾.

التكييف القانونى للشفعة :

9- (أ) قبل العمل بالقانون المدنى الجديد :

انقسم الرأى فى التكييف القانونى للشفعة قبل العمل بالقانون المدنى الجديد. فذهب رأى إلى أن الشفعة حق عينى، استنادا إلى أنها تخول الشفيع حقا مباشرا يسرى بالنسبة إلى الكافة، وأن هذا الحق ينصب على عقار. ومادام هدف دعوى الشفعة هو اكتساب ملكية عقار، فالحق المترتب على هذه الدعوى لا يمكن أن يختلف عنها فى طبيعته فهو بذلك حق عينى، فطالما أن الوسيلة تؤدى إلى اكتساب حق عينى، فيجب أن يخلع عليها نفس الوصف لعدم جواز الفصل بين

(1) السنهورى ص 633 وما بعدها - الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 262.

(2) نبيل سعد ص 262.

الوسيلة إلى الحق والحق ذاته.

وقد قصد أنصار هذا الرأي أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع به. وهم لم يكونوا في حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة، إذ كان يمكنهم القول إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقارى، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى⁽¹⁾.

غير أنه يترتب على هذا الرأي نتيجة هامة هو انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع بمجرد ثبوته له وذهب رأي آخر إلى أن الشفعة حق شخصي استنادا إلى أن الشفعة بحسب قواعد الشريعة الإسلامية إنما تقررت لاعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع وقت حصول البيع، فهي حق يثبت لشخص معين بالنظر إلى ظروفه الخاصة. والشارع الإسلامى لم يقرر حق الشفعة ناظرا إلى العقار نفسه وإنما إلى اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع، فحق الشفعة إذن طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التى استمد منها هو حق شخصي. هذا فضلا عن أن العقار المشفوع لا ينتقل إلى ملك الشفيع إلا بعد تسجيل الحكم، فمتى يتم التسجيل وما يرتبه من آثار يبقى حق الشفعة حقا شخصيا⁽²⁾.

ويترتب على هذا الرأي انقضاء الشفعة بموت الشفيع حتى لو طرأت الوفاة أثناء السير في دعوى الشفعة وتوسط فريق ثالث بين الرايين السابقين، فذهب إلى أن الشفعة ليست حقا عينيا بحتا ولاحقا شخصيا بحتا، بل إنها حق ذو صفة

(1) محمد كامل مرسى ص 27- استئناف مختلط 11 مايو 1892 - استئناف أهلى 7 نوفمبر 1895 - استئناف مختلط أول مارس 1921- وقد ناصر هذا الرأي فى اللجنة الثانية لتتقيح القانون المدنى الأساتذة : يسار وصليب سامى وأيدهما رئيس اللجنة.

(1) استئناف مختلط 26 أبريل 1900- استئناف مختلط 21 ديسمبر 1926، وناصر هذا الرأي فى اللجنة الثانية لتتقيح القانون 1906/12/20 المدنى الأساتذة فان أكد وجراهام ومصطفى الشوربجى.

مختلطة لكونه حقا ينصب على عقار من جهة، ولكونه من جهة أخرى لا يمنح للشفيع إلا بناء على اعتبارات شخصية خاصة به⁽¹⁾.

10- (ب) بعد العمل بالقانون المدني الجديد :

تنص المادة 935 مدنى على أن : "الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحول محل المشتري... الخ".

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

1- "عرفت الشفعة بأنها رخصة لا"حق" لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة حقا عينيا أو حقا شخصيا وقد حذف المشروع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التى تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العقارية. فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية. وإذا أريد بهذه العبارة كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية، كان هذا سببا ادعى لحذفها".

وعلى ذلك فقد اعتبر القانون الشفعة رخصة، وليست حقا عينيا، ولاحقا شخصا، بل هى مصدر من مصادر الحقوق العينية، حيث تعتبر سببا لكسب الملكية والانتفاع والحكر⁽²⁾.

والرخصة أوفى من الحق وأكثر من الحرية. فهى رخصة فى التملك بالشفعة تعنى جريان سبب يقتضى المطالبة بالتملك⁽³⁾. لأن الرخصة هى الخيار المفتوح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانونى وفقا

(2) عبد السلام ذهني فى الأموال ص 652 - وناصر هذا الرأى فى اللجنة الثانية لتتقيح القانون المدنى الأستاذة : دوفيه وعبد الفتاح السيد.

(1) عبد المنعم الصده ص 398- محمد على عرفه ص 387- الدكتور رمضان أبو السعود الحقوق العينية الأصلية طبعة 2001 ص 255.

(2) رمضان أبو السعود ص 255.

لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمد من القانون لكي يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانوني، فالرخصة لا تطابق كل حالة يكون فيها خيار بين أمرين فلا بد وأن يكون الخيار مصدره القانون، وأن تكون ممارسته بقصد إنشاء أو تعديل مركزه قانوني⁽¹⁾.

انتقال الشفعة بالإرث :

11- أولا : رأى فقهاء الشريعة الإسلامية :

اختلف فقهاء الشريعة الغراء في أثر موت الشفيع على حقه في الشفعة. فذهب الأحناف إلى سقوط الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع به بالتراضي أو بحكم القاضي، سواء كان موته قبل طلب الشفعة أو بعده، ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته. لأن الشفعة ليست مالا، ولكنها إرادة ومشئته، والوارث لا يرث مورثه في رغباته لأنها صفات شخصية. فذهب الشافعي ومالك إلى انتقال حق الشفعة إلى الوارث، الذي يحل محل مورثه فيه، لأنه حق متعلق بالمال، وقد ثبت للشفيع بسبب العقار الذي يملكه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

(3) الدكتور نعمان محمد جمعه دروس في المدخل للعلوم القانونية طبعة 1977 ص 313 وما

بعدها- ويذهب الدكتور السنهاوري إلى القول ص 590 بأن:

"والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي، كما قدمنا واقعة مركبة (complexe) اقتربت فيها الشيوع أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية.

وإذا سرنا في هذا التكيف خطوة أبعد، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة. فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه، إرادة منفردة - قد تعاقد مع الموجب، فكسب بالعقد حقا شخصيا".

وذهب أحمد بن حنبل مذهباً وسطاً: يورث حق الشفعة إذا ما تقرر بالمطالبة به، فإذا توفى الشفيع قبل المطالبة بالشفعة، سقط الحق فيها، أما إذا توفى بعد المطالبة بالشفعة، ثبت حقه فيها وانتقل إلى وارثه، لأن الشفيع، في أرجح الآراء عند الحنابلة، يمتلك العقار المشفوع فيه بطلبه، دون حاجة إلى رضاء أو قضاء، فإذا توفى الشفيع بعد طلب الشفعة، فقد توفى وهو مالك للعقار المشفوع فيه، فيورث عنه لأنه عين مالية مملوكة⁽¹⁾.

12- ثانياً : رأى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد :

انتقل الخلاف الموجود بالفقه الإسلامى إلى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد.

فذهب رأى إلى أن الشفعة بطبيعتها حق شخصى وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضاء أو القضاء. ولا تنتقل إلى ورثة الشفيع⁽²⁾.

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

1- أن الشفعة من أوضاع الشريعة الإسلامية ومن مبتكراتها، وقد اختار الشارع المصرى العمل بها، ودمجها ضمن أحكام قانونه المدنى، ولذا وجب الرجوع إلى تلك الشريعة فى كل أمر يتعلق بطبيعة هذا الحق وحدوده، إذا لم يوجد له نص فى القانون المدنى.

والشفعة شرعاً هى تملك العين المشتراه جبراً عن المشتري مقابل دفع الثمن والمصاريف، ومن شرائطها ملك الشفيع وقت الشراء فى العين التى يأخذ بها الشفعة فينتج من هذا التعريف ومن هذا الشرط أنه إذا مات الشفيع بطل حقه فى الشفعة ولا ينتقل إلى ورثته وذلك من وجهين: أما الوجه الأول فلأن الثابت للشفيع هو مجرد حق

(1) الأستاذ على الخفيف ص 129 وما بعدها.

(2) الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى سنة 1913 ص 89- أسيوط الابتدائية=

= استئناف 7 نوفمبر 1899- دمنهور الجزئية 16 يونية 1906- الزقازيق 24 ديسمبر

1908 - الاسكندرية الابتدائية 13 نوفمبر 1926.

التملك لاحق الملك، فله الخيار بين الأخذ والترك، فكان حقه عرضاً والحقوق العرضية لا يصح التعاوض عنها بمال، وما كان ليس محلاً للتعاوض لا يكون محلاً للتوارث، وينبنى على ذلك أنه إذا باع الشفيع حقه في الشفعة من المشتري بثمن فلا ينعقد البيع ويعتبر ذلك تنازلاً عن الشفعة ويسقط الثمن، أما الوجه الثاني فهو بقاء ملك الشفيع للعين التي يشفع بها من وقت الشراء إلى حين القضاء بالشفعة، فإذا باع الشفيع الدار التي يشفع بها قبل القضاء له بالشفعة فليس للمشتري الذي يحل محله أن يطالب بالشفعة، لأن ملكه جاء بعد البيع الذي انبنى عليه حق الشفعة، لأن شرط الشفعة قيام ملك الشفيع وقت الشراء، وكذلك الوارث فإن ملك الدار التي شفع بها مورثه انتقل إليه حين الوفاة، فملكه حادث بعد البيع.

2- أنه قد يمكن الاعتراض بما جاء في المادتين 19، 22 من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمني أو بعدم إظهار رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه وبمضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، فلا يصح الخروج عن هذه الأحوال الثلاثة في سقوط حق الشفعة، بما أن القانون بينها على سبيل الحصر. ولكن هذا الاعتراض مردود، لما هو ظاهر من عبارة القانون من أن هذا السقوط مقصود به سقوط الحق قبل إثباته بالطلب للتنازل عنه صراحة أو دلالة أو لإهمال صاحبه في إظهار رغبة في المدة المقررة.

وذهب رأي ثان إلى أن حق الشفعة كباقي الحقوق يؤول من صاحبه إلى الوارث الذي يكون في نصيبه العقار المشفوع به⁽¹⁾.

وقد استند هذا الرأي إلى ما يأتي :

1- أنه وإن يكن أصل الشفعة موجوداً في الشريعة الغراء فإن القانون الأهلى لم يأخذها بكامل أحكامها الشرعية، بل خالف تلك الأحكام في أكثر المسائل، وسكت عن

(1) الدكتور عبد السلام ذهني بك في الأموال 1344 هـ - 1926 م ص 655 - مصر الابتدائية 19

أبريل 1902 وقد تأيد الاستئناف في 16 ديسمبر 1902 - استئناف 2 يناير 1912.

مسألة انتقال حق الشفعة بالإرث، وبما أن القانون لم يذكر أية عبارة تجيز الرجوع إلى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع إلى ما قرر هو الرجوع إليه عند عدم وجود نص فيه، وهو المبادئ العامة المقررة في القانون أو مبادئ العدل والإنصاف، وبما أن مبادئ القانون تقضى بطول الورثة محل مورثهم (المادة 199 مرافعات)، خصوصا إذا كان المورث طالب بالشفعة قبل وفاته ولم يحكم له بهذا الحق في حياته لمنازعة المشتري له في ذلك، فالورثة لهم الحق في أن يحلوا محله ويستفيدون من كل حقوقه.

2- أنه بالرجوع إلى ما قرره علماء الشريعة الإسلامية في هذه الحالة نجد أن المسألة خلافية بينهم. فقد قرر الشافعي والإمام مالك في مذهبيهما أنه لا يبطل الحق في الشفعة بموت الشفيع، بل تورث عنه ويقوم ورثته مقامه. وجاء في مذهب الحنفية تفصيل : فإذا مات الشفيع بعد طلبى الموائبة والإشهاد وقبل أن يقدم طلب الخصومة فلا يورث عنه حق الشفعة، وليس لورثته أن يقوموا مقامه فيها، وأما إذا مات بعد طلب الخصومة فقد سكتوا عن هذه الحالة. ولكن روح التشريع وحكمة التقسيم الذى قال به علماء الحنفية، ومن عدم تقريرهم حكم المنع والحرمان في هذه الحالة، يحمل على الاعتقاد بأنه إذا مات الشفيع بعد طلب الخصومة وقبل قضاء القاضى حق الشفعة إلى ورثته.

وقد أخذت دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة بالرأى الأول في حكمها الصادر في 3 مايو سنة 1930 وقضت بأن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى.

13- ثالثا : قضاء محكمة النقض قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد

;

أخذت محكمة النقض بالرأى القائل بأن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث، وخالف بذلك الحكم الصادر من دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة. بتاريخ 3 مايو سنة 1930.

وقد أسست قضاءها على أن الخيارات جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال.

إذ ذهب إلى أن :

1- "إن القانون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه. وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفعى هل ينتقل للورثة أولا ينتقل. والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال. ولا يغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية - فى مذهب أبى حنيفة - لا تجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفعى".

(طعن رقم 95 لسنة 8 ق جلسة 1939/6/8)

2- "إن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالا فلا ينتقل هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات.

وإذا كانت المادة 54 من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام الموارث على قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فإن المراد بهذه الإحالة هو أن تطبق أحكام القانون المحال عليه فى مسائل الإرث، ككون الإنسان وارثا أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث ذاته. أما الأشياء التى هى موضوع هذا الحق فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعا لأحكام القانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال.

والمال فى عرف القانون هو كل شيء متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره. وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور. والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية: وهى النفع والتقوم وقابلية الاستئثار، فوجب اعتباره مالا يورث، لاحقا متصلا بشخص الشفعى".

(طعن رقم 16 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/31)

3- "وحيث إن هذا السبب مردود بأنه وإن كانت أحكام الشريعة الإسلامية فى رأى فقهاء الحنفية تقضى بعدم توارث الشفعة إلا أن هذه الأحكام لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم تطبيقه فى العلاقات المدنية إلا فيما أحاله القانون إليها، أما ما استمده الشارع من أحكام الشريعة فى القوانين، كما هو الحال فى الشفعة، فإنه أصبح جزءا من القانون المدنى يخضع لأحكامه دون أحكام الشريعة الإسلامية.

والفصل فى تعرف الحقوق المالية هو من صميم القانون المدنى، وما الاستشفاع إلا حق من هذه الحقوق التى توافرت فيها العناصر المالية من نفع وتقوم وقابلية للاستئثار مما يعتبر معه مالا ويصح توارثه على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ولما كان مورثا المطعون عليهما الأولين قد أعلنوا رغبتهما فى الشفعة ورفعوا الدعوى بها وقد توافرت لهما شرائطها وانتقل حقهما فى الشفعة بالإرث إلى المطعون عليهما فإن الحكم فيما قضى به لهما على هذا الأساس لا يكون قد خالف القانون ولا أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 311 لسنة 23 ق جلسة 1957/3/7)

14- رابعا : حكم التقنين المدنى الجديد :

كانت الفقرة الثانية من المادة (1382) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى المقابل للمادة (935) تنص على أن: "والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة. وإنما ينتقل بالميراث وهو حق لا يتجزأ فى استعماله".

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون: "إن اللجنة جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث، خلافا لما ذهب إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة، وبأخذ بهذا رأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن بينهم الشافعى ومحمد وهو الرأى الذى يتفق مع المبادئ العامة للقانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى

المالية، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث⁽¹⁾.

وفى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قام نقاش حول توريث حق الشفعة وتجزئته من عدمه. وكان من رأى بعض حضرات الأعضاء توريثه ومن رأى البعض الآخر عدم توريثه لأنه حق شخصى حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقا وإنما هى خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الغير من الدائنين أو الورثة، وقد استقر أى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذا الموضوع "لأن اللجنة استحسنت أن يظل أمر الحكم فيما تضمنت موكولا إلى عدل القضاء"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض - كما قضت فى ظل التقنين القديم- بأن حق الشفعة حق مالى يجرى عليه التوارث :

فذهبت إلى أن :

1- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث، وهو حق غير قابل للتجزئة، يثبت لكل وارث إذا انفرد به، ولهم جميعا إذا اجتمعوا عليه".

(طعن رقم 903 لسنة 50 ق جلسة 1981/2/24)⁽³⁾

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 349 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 356 وما بعدها.

(1) أما الفقه قد انقسم الرأى فيه أيضا فى ظل التقنين المدني الجديد إلى آراء ثلاثة هى:

الرأى الأول :

يؤيد ما ذهب إليه محكمة النقض فى ظل التقنين المدني القديم والجديد (عبد المنعم الصده ص 498 - منصور مصطفى منصور ص 357- المستشار عزت حنوره نظرية الشفعة فى القانون المصرى 1987 ص 29 - وعلى عمران ص 106).

ويقول الدكتور عبد المنعم الصده : "نحن نقر ما ذهب إليه محكمة النقض من أن حق الشفع فى الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، وإنما ينتقل إلى ورثته. ونعتقد أن هذا الانتقال

يتحقق حتى لو مات الشفيع قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى. ذلك أن الشفعة ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به، فتنتقل معه إلى الوارث، حيث إنها تثبت للشفيع تبعا للعقار المشفوع به. فهي رخصة لها ناحيتها المالية وترتبط ارتباطا وثيقا بشخص الشفيع.

وليس من المقبول فى نظرنا أن يعترض على هذا الرأى بأن الشفيع إذا مات سقطت عنه ملكية العقار المشفوع به قبل تمام الأخذ بالشفعة، وأن الوارث لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا لهذا العقار وقت البيع. إذ أن المسألة تتعلق بانتقال خيار الشفعة من الشفيع إلى وارثه. ومن المعروف أن الوارث تنتقل إليه الحقوق والخيارات التى كانت لمورثه، فهي تثبت له بالحالة التى كانت عليها بالنسبة إلى مورثه، ومن ثم يكون له أن يباشرها فى الحدود المقررة بالنسبة إلى المورث. فإذا مات الشفيع قبل أن يتخذ إجراء من الإجراءات المقررة للأخذ بالشفعة كان للوارث أن يتخذ هذا الإجراء مادام أن المدة المحددة لم تكن قد انتهت، وإذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل موته كان للوارث أن يستمر فى هذه الدعوى حتى يتم له الأخذ بالشفعة. والوارث فى كل هذا شأنه شأن مورثه الشفيع".

الرأى الثانى :

يذهب إلى أن الشفعة لا تورث قبل المطالبة بها، أما إذا تمت هذه المطالبة وتوفى الشفيع فإن حقه فى الأخذ بالشفعة ينتقل إلى ورثته.

= ويستند هذا الرأى إلى ما يأتى :

1- أن المشرع فى المادة 935 من القانون المدنى الجديد يعرف الشفعة بأنها رخصة. والرخصة هى أكثر من الحرية ودون الحق، فهي مجرد رغبة ومشيئة، وبالتالي فلا يجوز القول بتوارث الرخص إذا ما ظلت فى مرحلة الاختيار وهى فى هذه المرحلة ليست بحق أو بمال. ولذلك فإن التركة المنتقلة من الشفيع إلى ورثته لا تشملها.

ولكن متى تجاوزت الرخصة حد الاختيار والإرادة، وانتقلت إلى مرحلة الحسم، فعندئذ تتأكد وتنتقل إلى حق، وهى لن تصل إلى هذه المرحلة الحاسمة إلا إذا طالب الشفيع بالشفعة، ومتى تحقق ذلك اعتبر صاحب حق، ويمكن بالتالى أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته. وهذا ما يتفق مع مذهب الحنفية فى تعريفهم للشفعة، كما يتفق مع مذهب الحنابلة القائل بسقوط الشفعة إذا مات الشفيع قبل الطلب بها.

2- "حق الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو من الحقوق التى يجرى فيها التوارث".

(طعن رقم 1218 لسنة 53 ق جلسة 1987/4/28)

15- عدم جواز حوالة الشفعة :

الشفعة - على ما ذهب إلية محكمة النقض ورأى فى الفقه- تخول الشفيع

2- أن من شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه، وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة. ووارث الشفيع - إذا لم يكن الأخير قد طالب بالشفعة قبل وفاته - لم يكن مالكا للعقار وقت البيع، كما أنه لا يعد خلفا للمورث فى حق لم يثبت لهذا الأخير بعد. أما إذا مات الشفيع بعد المطالبة بالشفعة، فإن وارثه وإن لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، إلا أنه يعد خلفا للشفيع فى حقه فى الشفعة الذى تأكد بالمطالبة القضائية.

3- إن القول بعدم توارث الشفعة قبل المطالبة بها، هو الذى يتفق مع مذهب المشرع فى التقنين المدنى الجديد فى تضييقه للشفعة والحد منها (رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 266 وما بعدها - محمد على عرفه ص 586 وما بعدها).

الرأى الثالث :

يذهب هذا الرأى إلى أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه، وحل بإعلان هذه الرغبة محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع، ولاشك فى أنه إذا مات بعد ذلك، انتقل حقه هذا، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه إلى ورثته، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها. أما قبل إبداء الرغبة فى الشفعة فإن الشفعة تكون مجرد رخصة أو هى منزلة وسطى ما بين الرخصة =

= والحق فهى لم تكسب الشفيع بعد حقا كاملا فى العقار المشفوع فيه. والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى تثبت للمورث ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحقوق، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة، ومن ثم لا يجوز القول من ناحية المبادئ العامة للقانون المدنى أن الشفعة فى هذا الفرض الذى نحن بصددته تنتقل إلى الورثة (السنهورى ج9 ص 617 وما بعدها).

القدرة على اكتساب الحق العيني العقاري المشفوع فيه، فهي من ثم حق يتعلق بالمال، ولكن ليس مؤدى أنها حق متعلق بالمال، أنه يجوز التصرف فيه بالحوالة أو بغيرها، أو استعماله من قبل دائنى الشفيع نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة أو الحجز عليه، وإنما امتناع هذه الأمور لا يرجع إلى افتقار حق الشفعة إلى بعض مقومات الحق، وإنما يرجع ذلك إلى تعارض هذه الممنوعات مع بعض شرائط الشفعة، وعدم توافر شرائط استعمال الدعوى غير المباشرة.

فالشفعة تثبت للشفيع بسبب معين هو الشركة أو الجوار ولذلك لا يجوز منطقاً حوالتها منفصلة عن العقار الذى كان سبباً لها، فهي تتبع العقار ولا تتفصل عنه، وتنتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المشفوع به⁽¹⁾. فإذا أراد الشفيع أن ينزل عن حقه فى الأخذ بالشفعة إلى الغير، فإن عليه أن يتصرف فى العقار المشفوع به إلى هذا الغير.

ويجب أن يتم ذلك قبل بيع العقار المشفوع فيه وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة.

وإذ يجب لثبوتها أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن النعى فى محله، ذلك أنه لما كانت الشفعة قيداً على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع - ليدفع عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به- ويقع باطلاً تعامله فى هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنها إلى غيره لزوال العلة منها فى هذه الأحوال التى تأبأها طبيعة الشفعة

(1) المستشار عزت حنوره ص 29 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 263 - نبيل سعد ص 331 هامش (1).

(1) الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية ص 100.

ذاتها، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الإقرار موضوع الدعوى صحيحا فيما تضمنه من أنه "إذا حكم للشفيع بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكا للمطعون ضده"، وأن هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العام فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 2474 لسنة 54 ق جلسة 1989/1/17)

16- لا تجوز الشفعة إلا فى البيع :

تعرف المادة الشفعة بأنها: "رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري... الخ".

ومفاد هذا أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع، ولذلك نجد أن المشرع فى كافة نصوص الشفعة يتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع.

وبالترتيب على ذلك لا تجوز الشفعة فيما يلى :

(1) عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة :

لا تجوز الشفعة فى عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة، وإذا كانت المادة 485 مدنى تقضى بأن تسرى على المقايضة أحكام البيع، فإنها تجعل ذلك بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة.

ومن الواضح أن طبيعة المقايضة تأبى خضوعها للشفعة على ما نحو ما يحصل بالنسبة للبيع. ذلك أن الشفعة فى البيع لا أثر لها على حق البائع فى اقتضاء الثمن فالبائع يحصل على الثمن سواء من المشتري أم من الشفيع بينما لو أجازت الشفعة فى المقايضة فإن صاحب العقار المشفوع فيه لن يحتفظ بالشئ الذى حصل عليه بدلا من هذا العقار، إذ يتعين أن يرد هذا الشئ إلى صاحبه، على أن يدفع الشفيع لصاحب العقار المشفوع فيه مبلغا من النقود يعادل قيمة ذلك

الشيء⁽¹⁾.

أما إذا كانت المقايضة بمعدل، وكان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة. فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع فيجوز الأخذ بالشفعة⁽²⁾. وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يقوم بدفع المعدل وكذلك قيمة العقار. وهذه القيمة يقدرها ذوو الخبرة عند الاقتضاء.

(2) عقد الهبة:

لا تجوز الشفعة في عقد الهبة، ولو كانت بعوض، مادامت هبة حقيقة. فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت ستار الهبة، وسمى الثمن عوضا، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع، فتجوز فيه الشفعة، ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور بالعقد، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي لإحكام ستر البيع، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد.

وقد يحصل أن يهب البائع للمشتري الجزء الملاصق لعقار لجار، كي يقوم هذا الجزء فاصلا بين عقار هذا الأخير والعقار المبيع، فينتفى التلاصق الواجب توافره للأخذ بالشفعة. وهذا ضرب من التحايل ليس من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة حيث يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق أن الجزء الموهوب يدخل في

(1) الدكتور إسماعيل غانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية الجزء الثاني 1958 ص 79 - عبد المنعم الصده ص 445 - وكان التقنين المدني الملغى يجيز الشفعة في المقايضة فكانت المادة 6/70 منه تنص على أنه: "لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة"، وهو ما كان محل نقد من الفقه، فلما صدر قانون الشفعة (الملغى) قصر الشفعة على البيع إذ نص في المادة الخامسة منه على أنه: "لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له، ولا ممن تملك بغير المبايعة".

(2) السنهاوري ص 654 - إسماعيل غانم ص 79.

نطاق البيع، وأن الهبة أريد بها الاحتيال على القانون لحرمانه من طلب الشفعة، وذلك بأن يقيم الدليل مثلاً على أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار بما في ذلك الجزء الموهوب⁽¹⁾.

(3) الوفاء بمقابل:

لا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل. فإذا كان الدين مبلغاً من النقود، وقبل الدائن في استيفاء حقه عقاراً بدلاً من هذا المبلغ، فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار. ذلك أن هذا لا ينطوي على بيع، وإنما ينطوي على تجديد بتغيير محل الدين بعقبه في الحال وفاء بالالتزام الجديد. فهو عملية مركبة تجمع بين التجديد والوفاء. وإذا كانت المادة 351 مدني تقضى بأن تسرى على الوفاء بمقابل أحكام البيع، فإنها تجعل ذلك خاصاً بنقل ملكية الشيء الذي أعطى في مقابل الدين⁽²⁾.

(4) عقد الشركة:

لا تجوز الشفعة في عقد الشركة، إذا كان أحد الشركاء قدّم حصته في الشركة عقاراً، فالعقد في هذه الحالة وإن كان من عقود المعاوضة إلا أنه لا يصدق عليه وصف البيع، إذ لا يتضمن ثمناً نقدياً فضلاً عن أن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات، وقد لا ترضى بقيمته بديلاً عنه إذ قد يخل ذلك بإغراضها من تملك العقار⁽³⁾.

وإذا اندمجت شركة في أخرى، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات جاز أخذها بالشفعة. وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى، كان

(1) عبد المنعم الصده ص 445.

(2) محمد كامل مرسى ص 329 - عبد المنعم الصده ص 445 وما بعدها.

(1) السنهوري ص 655 - محمد كامل مرسى ص 350 - إسماعيل غانم ص 79 - عبد

المنعم الصده ص 446.

البيع واقعا على أسهم، وهى منقولة، فلا شفعة⁽¹⁾.

(5) العقود الكاشفة :

لا تجوز القسمة فى العقود الكاشفة للملكية مثل عقد القسمة وعقد الصلح ولو كانت القسمة والصلح تما بمقابل نقدى⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل قطعاً للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقاً لنص المادة 532 من القانون المدنى. ولا يصح اعتباره بيعاً لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين، مادامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلاً لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلاً لحسم النزاع، مما تتقدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح.

والصلح لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد. ذلك أن الصلح الواقع فى ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلاً للملكية بل مقررراً لها، والمبلغ المدفوع صلحاً لا يمثل قيمة العقار وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة دعوى الملكية. ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئاً من حقه، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد، مثل طالب الشفعة أو الاسترداد. هذا فضلاً عن أن نصوص القانون فى الشفعة والاسترداد صريحة فى أن كلا الحقين لا يردان إلا على حالة البيع".

(طعن رقم 72 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

(6) حالة انتقال الملكية بغير تصرف قانونى :

(2) محمد كامل مرسى ص 351- استئناف مختلط 31 مايو 1899 المشار إليه بهامشه.

(2) إسماعيل غانم ص 79 - عبد المنعم الصده ص 446.

إذا انتقلت الملكية إلى المشتري بغير تصرف قانونى، كالميراث والالتصاق والتقادم، فلا تجوز الشفعة، لأنه لم يحصل بيع.

17- جواز الشفعة فى البيع غير المسجل :

لا يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون البيع مسجلاً أو حتى ثابت التاريخ. فحق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً⁽¹⁾.

والمقرر أن البيع الذى يسمى عادة بالبيع الابتدائى هو بيع تام بات، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته.

ووصف العقد بأنه ابتدائى وصف لا يرد على العقد فى ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته من أن تجيء عليها، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى. فالعقد الابتدائى والعقد النهائى فى مجال البيع لا يعدوان أن يكونا مسميين لعقد واحد هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص⁽²⁾.

والغالب أن الذى يدعو إلى إبرام العقد الابتدائى قبل إبرام العقد النهائى هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة طويلة، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فبيروا العقد النهائى. فالبيع الابتدائى إذن هو بيع تام ملزم للطرفين⁽³⁾.

ومن ثم يثبت الحق فى الشفعة من تاريخ إبرام العقد الابتدائى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه، وأن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد

(1) السنهورى ص 659 - عبد المنعم الصده ص 457 وما بعدها- نبيل سعد ص 377.

(2) نبيل سعد ص 377.

(1) السنهورى ص 659 وما بعدها.

البيع لم يسجل. فإن حق الشفعة ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط".

(طعن رقم 120 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/22)

2- "لما كان عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسبابها فإنه لا يكون واجبا على الشفيع اختصام بائع البائع ولو اشترك الأول في التوقيع على العقد النهائي لتسهيل إجراءات التسجيل".

(طعن رقم 418 لسنة 21 ق جلسة 1955/1/27)

3- "من المقرر أنه لا يشترط قانونا في البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ - لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع الصادر من الطاعن - المشتري الأول للعقار المشفوع فيه - إلى المطعون ضده الأخير - المشتري الثانى - قد تم بتاريخ.... أى قبل تاريخ إعلان الرغبة الموجه من الشفيع - المطعون ضده الأول - إلى الطاعن والبايعين له - والذى تم تسجيله فى.... وكان الطاعن قد دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة وأدخل المطعون ضده الأخير المشتري منه فى الدعوى. كما تمسك المدخل أيضا بالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم توجبه طلب الشفعة إلى البيع الثانى الصادر إليه من المشتري الأول فى... والسابق على تاريخ إعلان الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة الموجه إلى المشتري الأول والبايعين له فى.... وعلى تاريخ تسجيله فى... وكان الشفيع المطعون ضده الأول وإن ذهب ردا على ذلك الدفع أمام محكمة الدرجة الأولى إلى العزوف صراحة عن الطعن على البيع الثانى بالصورية بمقولة إنه لا حاجة لذلك - وهو ما سجله عليه الحكم الابتدائي وقضى على أساسه برفض دعواه إلا أنه عاد أمام المحكمة الاستئنافية إلى التمسك بأن العقد المذكور غير ثابت التاريخ ومن ثم فلا يحتج به عليه باعتباره من الغير، هذا إلى أنه عقد صورى صورية مطلقة دون حاجة إلى طلب تحقيق ذلك اكتفاء بما أورده من أنه من صورة واحدة وغير موقع عليه من أى شاهد وأنه مقدم من البائع، لما كان ذلك

وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب في رده على هذا الدفع إلى القول بأنه يشترط لتطبيق نص المادة 938 من القانون المدني أن يكون البيع للمشتري الثاني ثابتاً ثبوتاً قاطعاً على نحو ما توجبه المادة 15 من قانون الإثبات قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وأن كلا من الطاعن والمطعون ضده الأخير لم يورداً أى دفاع أو طلبات بشأن عدم ثبوت تاريخ العقد المذكور مما يقتضى الالتفات عنه لانتفاء الدليل على أنه سابق على تسجيل إنذار الشفعة الحاصل فى... لما كان ما تقدم وكان هذا الذى ذهب وانتهى إليه الحكم يخالف صحيح القانون الذى لا يشترط فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ وأوجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الأخذ بالشفعة إلى البيع الثانى متى كان سابقاً لإعلان الرغبة أو تسجيله فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 864 لسنة 51 ق جلسة 1985/2/12)

18 - عقود البيع التي يوقع عليها بعض البائعين دون الباقيين :

إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من عدة شركاء عن جميع العقار موضوع العقد، وامتنع بعض الشركاء عن توقيعه بينما وقع البعض الآخر. فإن هذا العقد يتحول إلى عقد بيع بات ملزم لمن وقع من الشركاء دون حاجة إلى بحث أثر التعهد - إذا ورد فيه - بتوقيع الغير فيما بين المتعاقدين⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد، وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشتري عن حصته التي يملكها، وللمشتري أن يطالبه دائما بنفاذ البيع في حصته ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع. وإقرار البائعين في العقد بتضامنهم في نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقى الشركاء حصصهم، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا. وإذن فتكييف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبراه عقد بيع بات ملزم لهما وترتيبها على هذا أنه لا تصح فيه الشفعة ذلك منها يكون خطأ".

(طعن رقم 55 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/1)

19 - العقد الصوري :

تنص الفقرة الأولى من المادة 244 من القانون المدني على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا

(1) محمد على عرفه ص 452.

بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم".

وبذهب رأى في الفقه تسانده محكمة النقض إلى أن هذا النص يعطى للغير عامة ومنه طالب الشفعة الحق في التمسك بعقد البيع الظاهر (الصوري)، دون العقد المستتر (الحقيقي) طالما أنه كان حسن النية أى لا يعلم بالعقد المستتر.

ومثال ذلك أن يحرر الطرفان عقد بيع صريح، ثم يحرران ورقة ضد يقران فيها بأن حقيقة العقد المذكور أنه عقد آخر كرهن مثلاً، وذلك لمنع الشفعة فيه. فإن الشفيع وهو من الغير بالنسبة إلى المتعاقدين، يكون له التمسك بالعقد الظاهر ويؤسس عليه طلب الأخذ بالشفعة وأنه لا يقبل من المتعاقدين إحباط الشفعة بالاحتجاج في مواجهة الشفيع بالعقد المستتر طالما أنه لم يثبت علمه به⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه من المقرر قانوناً أن ورقة الضد لا يحتج بها إلا فيما بين العاقلين وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر. وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت هي لم تسجل. فمتى كان العقد صريحاً في أنه بيع لا رهن فلا يجوز قانوناً التمسك قبل طالب الشفعة - وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد - بأنه رهن لا بيع بناء على إقرار من البائع بذلك مقول إنه صار ثابت التاريخ بوفاء بعض الشهود الموقعين عليه".

(طعن رقم 27 لسنة 14 ق جلسة 1944/11/23)

2- "إذا كان الثابت أن هناك عقداً ظاهراً يقول طالب الشفعة إنه هو الذي علم به وحده وبنى عليه طلبه الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائي المسجل، وآخر يقول إنه كان مستترا عنه وقت الطلب، وهو العقد الابتدائي الذي قدمه المشتري

(1) محمد على عرفه ص 444 - إسماعيل غانم ص 80 - وعكس ذلك السنهاورى ص 656 -

عبد المنعم الصده ص 454 - فيريان أن الشفيع لا يعتبر من الغير في الصورية.

أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم، وكان العاقدان مختلفين فى بيان ثمن الصفقة إذ هو فى العقد الابتدائى أكثر منه فى العقد المسجل، والشفيع يتمسك بما جاء من الثمن فى العقد الأخير حتى ولو كان سوريا، فإنه إذ كان الشفيع، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة، من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشتري، وإذ كانت ورقة الضد لا يحتج بها إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام أما غيرهم من ذوى الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت لم تسجل، كان الاحتجاج على الشفيع بعقد البيع الابتدائى الذى هو ورقة ضد العقد المسجل غير حائز قانونا. وإذ خالف الحكم هذه القاعدة دون أن يذكر شيئا عن علم الشفيع أو عدم علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فإنه يكون متعينا نقضه".

(طعن رقم 132 لسنة 17 ق جلسة 1949/4/14)

3- "إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشتري. فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف مقتضى هذه القاعدة وقضى بعدم جواز أخذ العقارات المبيعة بالشفعة تأسيسا على أن عقد البيع ليس فى حقيقته إلا عقدا ساترا لهبة فلا تجوز فيه الشفعة، وكان هذا الخطأ قد صرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليها دعوى الطاعنين من أن حقهما فى الشفعة قد سقط لمضى المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع، لما كان ذلك، كان الحكم متعين النقض".

(طعان رقما 172، 179 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/15)

4- "الشفيع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوعة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعي عليه بمخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/29)

5- "استقر قضاء هذه المحكمة على أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر. وإذن فمتى كانت الأطيان المشفوع فيها مملوكة لمصلحة الأملاك الأميرية وأن لمالكها الأصليين حق استردادها بحكم القانون في خلال فترة معينة ثم تنازلا عن هذا الحق إلى المشتري الذي تعاقد مع مصلحة الأملاك ولم يشر في هذا العقد إلا لإقرارى تنازل صاحبه حق الاسترداد ولم يرد فيه ذكر للعقد الذي سبق إبرامه بين المتنازليين وبين المشتري والذي يتضمن أن مصلحة الأملاك تحرر عقدا لأحد المتنازليين وهذا يحرر بدوره عقدا للمشتري، وكان هذا المشتري لم يتمسك في دفاعه في أية مرحلة من مراحل التقاضي بأن الشفيع كان يعلم بالعقد المستتر حتى كان يصح الاحتجاج عليه بما ورد فيه، فإن النعي على الحكم بأنه فسخ نصوص العقد المستتر، أو أنه لم يلتزم بنصوصه أو أخطأ في تكييفه، أو أنه لم يبت في صوريته، كل هذا النعي يكون غير منتج الشفيع لا يمكن أن يحتاج به مادام البيع الذي صدر من مصلحة الأملاك بوصفها بائعة إلى المشتري هو الذي تقام على أساسه دعوى الشفعة".

(طعان رقما 146، 147 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/25)

6- "لئن كان الشفيع - بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة -

يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدین الاحتجاج عليه بهذا العقد".

(طعن رقم 244 لسنة 31 ق جلسة 1965/12/30)

7- "الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية، أى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 103 لسنة 87 ق جلسة 1979/12/13)

8- "المقرر فى قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين - البائع والمشتري - فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له".

(طعن رقم 1326 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/29)

9- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان فى حقيقته عقدا صوريا بين عاقيه دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستتر إلا أن يكون سىء النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر، وعلى من يدعى سوء نية الشفيع إثبات ذلك، فإن عبء الإثبات يقع فى هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أفلح فى ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجة للعقد الظاهر".

(طعن رقم 1450 لسنة 50 ق جلسة 1985/1/15)

10- "الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع المشفوع فيه بحيث لا يحتاج بما ورد فيه، ويجوز له إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات القانونية، إلا أنه يجوز للشفيع مع هذا أن يتمسك إذا شاء قبل طرفي البيع بما ورد فيه، ولا يكون لهما في هذه الحالة أن يحتجا قبله بصوريته أو أن يتمسكا قبله بعقد آخر خلاف ذلك إلا إذا أثبت أنه كان سىء النية بأن كان يعلم بحقيقة العقد المستتر وبصورته العقد الظاهر المشفوع فيه".

(طعن رقم 1717 لسنة 52 ق جلسة 1985/6/25)

20- وجوب أن يظل البيع قائماً حتى تتم الشفعة :

يجب للأخذ بالشفعة أن يستمر بيع العقار قائماً من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة. فالنتيجة النهائية في الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه، وهذا يستلزم عقلاً ومنطقاً بقاء العقد الذي يجب أن يتم فيه هذا الحل.

وعلى ضوء هذا نعرض لحكم بعض البيوع في البند التالي.

21- حكم بعض البيوع :

(1) البيع المعلق على شرط :

تنص المادة 265 من القانون المدني على أنه : "يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقل غير محقق الوقوع". ومن هذا النص يتضح أن الغاية من وصف العقد بالشرط هي إما تعليق نشوء الالتزام أو تعليق انقضائه والملاحظ أن البيع في الحالتين يكون موجوداً وإن كان وجوده على خطر الزوال. وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف أو معلق على شرط فاسخ لأن البيع في الحالتين يكون موجوداً وإن كان وجوده على خطر الزوال. ومن ثم يثبت الحق في الأخذ بالشفعة فيهما من تاريخ انعقادهما. فإذا تم الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء، حل الشفيع محل

المشتري، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار البيع باتاً، وإذا تحقق زال البيع بأثر رجعى.

وإذا تحقق الشرط الواقف نفذ البيع بأثر رجعى، ونفذت معه الشفعة. ومن ثم فإنه يجب على الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة، وتسرى من وقت إبرام العقد، فإذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها، حل محل المشتري فى البيع. أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت حصول البيع سقط حقه فى الشفعة⁽¹⁾.

وقد أخذت بالرأى السابق محكمة النقض فقضت بأنه يجوز أخذ العقار بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف والبيع المعلق على شرط فاسخ على حد سواء.

(1) السنهورى ص 662 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 340 - نبيل سعد ص 380- وعكس ذلك محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية 1955 ص 451- الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى سنة 1913 ص 83 - ويقول الدكتور محمد على عرفه إن الشفعة لا تثبت فى بيع معلق على شرط واقف، إذ مثل هذا البيع لا يكون نافذاً، بصريح نص القانون، إلا إذا تحقق الشرط. ولما كانت الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجاً باتاً قاطعاً، فإننا لا نستطيع أن نتعلل بالأثر الرجعى للشرط للقول بثبوت الشفعة فى مثل هذا البيع من لدن انعقاده لا من وقت تحقق الشرط، لما فى ذلك من توسع مكروه فى أعمال نظرية الأثر الرجعى التى يجب أن يقتصر أثرها على تحديد علاقة المتعاقدين، دون أن يتأثر بها تكييف العقد وقت انعقاده.

ويرد الدكتور السنهورى على هذا الرأى قائلاً : ص 664 هامش (2) أنه لو صح أن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجاً باتاً قاطعاً، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضاً فى البيع المعلق على شرط فاسخ، لأن ملكية العقار فى هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالاتاً باتاً قاطعاً إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط الفاسخ.

وقضت بشأن جواز الأخذ في الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف بأن: "إن القانون إذ جعل البيع سببا للشفعة، وجعل حق الشفيع في طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاما مطلقا، لا فرق فيه بين بيع خال من الشروط وبيع مقيد بها ولا بين شرط وشرط وإذن فالحكم الذي يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائي المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبي وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبي على بيع نصيب القصر - هذا الحكم يكون خاطئا في تقريره هذا. إلا أنه إذا كانت المحكمة مع ذلك قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بأدلة سائغة أوردتها أن الشفيع لم يكتمل علمه بأركان البيع التي أقرها المجلس الحسبي ومنها الثمن الذي لا بد من علمه به ليوافق بين ما إذا كان يقدم على الطلب أو يتخلى عنه إلا في التاريخ الذي حدده في صحيفة الدعوى، فإن ذلك التقرير الخاطئ لا يستوجب نقض الحكم لأنه لم يكن له تأثير على سلامة النتيجة التي انتهت إليها المحكمة وهي عدم سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لأن مدة السقوط المنصوص عليها في المادة 19 من قانون الشفعة لا تبدأ إلا من تاريخ العلم الكامل بأركان البيع وترك الحق لا يكون إلا بعد توافر هذا العلم".

(طعن رقم 114 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/29)

كما قضت بشأن جواز أخذ الشفعة في البيع المعلق على شرط فاسخ بأن :

"مناطق الحكم بوقف الدعوى وفقا للمادتين 129 من قانون المرافعات 1/16 من القانون 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية أن ترى المحكمة تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، وأن تكون هذه المسألة خارجة عن اختصاص المحكمة الوظيفي أو النوعي، وإذ كانت دعوى الفسخ تدخل في الاختصاص الولائي للقاضي العادي المختص ولائيا بدعوى الشفعة ولا تخرج عن الاختصاص النوعي لها، وكانت الشفعة جائزة في البيع

المعلق على الشرط الفاسخ لأن البيع فى هذه الحالة يكون موجودا وناظدا من وقت إبرامه، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة فيه، فإن هو فوتها سقط حقه فى الأخذ بها، ولا تبدأ مواعيد جديدة بتخلف هذا الشرط، لما كان ذلك وكان لا إلزام على محكمة الشفعة أن تجيب الطاعنين - البائعين - إلى طلب وقف الدعوى بعد أن رأت فى حدود سلطتها التقديرية أنه لا محل لوقفها حتى يفصل فى دعوى الفسخ تأسيسا على أن الشفعة جائزة فى البيع المعلق على شرط فاسخ طالما ظل البيع قائما، فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون فى غير محله".

(طعان رقما 281، 952 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/12)

(2) البيع القابل للإبطال :

البيع الباطل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود، فلا نكون بصدد عقد بيع. أما البيع القابل للإبطال فيجوز الأخذ فيه بالشفعة، لأنه بيع قائم بات نافذ، حتى يقضى بإبطاله، لأن إبطاله لا يكون إلا بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته، كما أن لهذا أن يجيز العقد فتصححه الإجازة بأثر رجعى كما قد تسقط الدعوى بإبطاله بالتقادم فتستقر الملكية نهائيا. وبالترتيب على ذلك يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفى البيع الذى شابه غلط أو تدليس أو إكراه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند إليه فى تملكها لم يصدر من مالكا بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى، وقضت المحكمة - للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثريب عليها فى ذلك. إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال

(1) محمد على عرفه ص 450 - السنهورى 668 - محمد كامل مرسى ص 334.

الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان".

(طعن رقم 119 لسنة 13 ق جلسة 1944/6/8)

2- "بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري ما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما ومنجبا لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لأركانها ولو حمل سببا لبطلانه يحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوق والتزاماته لا يملك تعديله أو تبويض محله، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع، وحمل قضاءه على ما أنبا به من أن البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة ... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته، ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 691 لسنة 47 ق جلسة 1979/1/10)

(3) البيع المقترن بعريون :

إذا كان البيع المشفوع فيه مقترنا بعريون، ولم يستعمل المشتري حقه فى العدول قبل طلب الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه يكون للشفيع أخذ العقار بالشفعة. أما إذا استعمل المشتري حقه فى العدول عن الشراء بعد طلب الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه لا يكون له ما يبرره وخاصة أنه يتحقق للمشتري غرضه فى التخلص من العقد عن طريق حلول الشفيع محله⁽¹⁾.

(4) البيع الذى يتم فيه التقابل :

يقصد بالتقابل (التفاسخ) فى عقد البيع، اتفاق طرفيه على إلغائه ورفع آثاره، وهذا الاتفاق هو عقد جديد فاسخ للعقد الأول.

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 381.

وعلى ذلك فالتقابل يؤدي إلى اعتبار البيع كأن لم يكن، ولما كان البيع هو أساس الشفعة فإنها تنهار بانهيائه وتزول بزواله. فلا حق لأحد في أن⁽¹⁾ يمتلك عقارا جبرا عن مالكه إذا لم يقدم على إخراجه من ملكه، لأن مالك الشيء أولى به من غيره.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التقابل في البيع لا يعتبر بيعا جديدا يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأن التقايل أو التراد في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة وإذن فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة".

(طعن رقم 168 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/25)

أما إذا كان التقابل من البيع تم بعد طلب الشفيع الشفعة في مواعيدها ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقايل حقه، لأن حق الشفيع في طلبها متولد من مجرد إتمام انعقاد البيع⁽²⁾.

(2) فقد قضت محكمة النقض بأن :

"... والتقابل في عقد من العقود هو اتفاق بين طرفيه على إلغائه ورفع أثره. وهذا الاتفاق هو عقد جديد فاسخ للعقد الأول. فإذا كان العقد الأول قد ترتب عليه انتقال حق الملكية في عقار، فإن التقابل فيه من شأنه أن ينقل هذا الحق ممن آل إليه إلى صاحبه الأصلي، ومن ثم يكون تسجيله لازما لانتقال الملكية إليه عملا بنص المادة الأولى من قانون التسجيل، وهو ليس من العقود المقررة للملكية المعفاة من التسجيل. فإذا هو لم يسجل فإنه لا يملك المشتري ولا يصلح لأن يشفع بالعين التي هي محله".

(طعن رقم 144 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/16)

(1) محمد على عرفه ص 456 - منصور مصطفى منصور حق الملكية في القانون المدني المصري 1965 ص 333.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"القانون جعل البيع سببا للشفعة كما جعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فإذا فسخ البيع بترضى الطرفين بعد طلب الشفعة فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه فى الشفعة قائما. ولما كان الثابت بالأوراق أنه بعد إتمام البيع من الطاعن الأول إلى المطعون عليه الثانى بموجب العقد المؤرخ 1972/2/12 قام المطعون عليه الأول بإعلانهما فى 1972/4/2، 1972/5/7 برغبته فى أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ثم أقام دعوى الشفعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب وقيدها بتاريخ 1972/5/10، فإن فسخ البيع الذى ادعى الطاعن الأول حصوله رضاء فى 1972/5/15 بعد طلب الشفعة، لا يسقط حق الشفيع، ويجوز له إجبار البائع أن يمضى معه فى البيع لا مع المشتري".

(طعن رقم 720 لسنة 46 ق جلسة 1980/6/3)⁽¹⁾

22- إثبات البيع :

تثور مسألة إثبات البيع إذا أنكر البائع والمشتري اتفاقهما على البيع لإحباط سعى الشفيع إلى أخذ العقار المبيع بالشفعة.

ولما كان الشفيع ليس طرفا هذا البيع، وإنما هو من الغير، ومن ثم لا يخضع فى إثباته عقد البيع لما تنص عليه المادة 60 من قانون الإثبات التى تقضى بأنه فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم

(2) ويرى البعض أن التقايل لا يترتب عليه زوال العقد الأول وإنما هو عبارة عن عقد جديد يتفق فيه على ما يناقض العقد الأول، إذ يتفق الطرفان على أن يسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن، فيقع حينئذ عقد جديد يكون البائع فيه هو المشتري فى العقد الأول ويكون المشتري فيه هو البائع فى العقد الأول. وعلى ذلك فيكون للشفيع أن يطلب الشفعة بسبب البيع الثانى (السنهورى ص 666 - عبد المنعم الصده ص 452).

يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. وإنما يضحى هذا البيع بالنسبة له بمثابة واقعة مادية، يجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن⁽¹⁾.

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة فى دعوى الشفعة لإثبات واقعة البيع الموجود، فإذا حلفها البائع أو المشتري فإنها تحسم النزاع بالنسبة إلى العقار المقول ببيعه. ولا يلزم أن يحلف كل من البائع والمشتري، إذ لابد لتمام البيع من إيجاب وقبول، فإذا انتفى أحدهما باليمين اعتبر البيع منعدماً⁽²⁾.

ولا يكفى نكول أحدهما عن حلف اليمين، بل لابد من نكول كليهما، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لابد أن يصدر من طرفى البيع فالبيع لا يتم إلا بتراضيهما⁽³⁾.

23- ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة :

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، وقت قيام سبب الشفعة أى وقت انعقاد البيع الذى يريد أن يشفع فيه بصرف النظر عن تاريخ تسجيله.

وهذا الشرط مفهوم بداهة من حكمة الشفعة وهى دفع ضرر الشركة أو الجوار، ولا يتضرر منها إلا شريك أو جار مالك. فإن كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر، وجب أن يكون مالكا الرقبة أو حق الانتفاع أو رقبة العين المحتكرة أو حق الحكر. وإن كان يشفع بحصة شائعة فى عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة وإذا كان تملك الشفيع العقار المشفوع به بتصرف قانونى، وجب أن يكون هذا التصرف مسجلا، لأن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

(1) السنهاورى ص 670.

(2) محمد على عرفه ص 455.

(3) السنهاورى ص 670 هامش (2).

فإذا كان العقار قد آل إلى الشفيع بمقتضى عقد بيع، وجب أن يكون العقد مسجلاً وقت البيع المشفوع فيه، ولا يغنى عن هذا التسجيل مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة تعاقد عن هذا البيع، أو حتى تسجيل الحكم الصادر فيها بعد البيع رأينا أن التسجيل ليس له أثر جعى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أى وقت انعقاد بيع العقار الذى يشفع فيه ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع، لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دفاع المشتري المؤسس على أن الشفيع لم يكن مالكا لما يشفع به وقت حصول البيع سبب الشفعة أقام قضاءه على أن عقد شراء الشفيع للأرض الذى يشفع بها أسبق فى التسجيل على تاريخ تسجيل عقد بيع الأطنان التى يشفع فيها، فإنه يكون قد خالف القانون وكان يتعين على المحكمة ليكون قضاؤها صحيحا فى هذا الخصوص أن تقيمه، على أن تاريخ تسجيل عقد الشفيع سابق على تاريخ بيع الأرض المشفوع فيها".

(طعن رقم 71 لسنة 21 ق جلسة 1954/2/18)

2- "إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على أن الطاعنين لم يقدموا دليلا على ملكيتهما للأرض المجاورة الحصة المراد أخذها بالشفعة، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم، ومن ثم فإن النعى عليه فيما استطرد إليه بشأن تجزئة الصفقة - أيا كان وجه الرأى فيه - يكون نعيًا غير منتج".

(طعن رقم 842 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/26)

3- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة وأن ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وإذا كان الطاعن - الشفيع - لم يسجل حكم صحة التعاقد الصادر لصالحه عن العقار المشفوع به إلا بعد صدور البيع

المشفوع فيه، وكان هذا التسجيل لا يرتب أثره إلا عن تاريخ حصوله ولا ينسحب إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وإذ رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن فى طلب أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع سبب الشفعة يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 414 لسنة 50 ق جلسة 1983/4/10)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان البين من الأوراق ومن عقد البيع المسجل رقم 1477 لسنة 1981 توثيق بنها سند ملكية طالب الأخذ بالشفعة بصفته أن الشركة التى يمثلها المطعون ضده الأول هى إحدى شركات الاستثمار التى تكونت طبقا لأحكام القانون رقم 43 لسنة 1974 الذى حل محله القانون 230 لسنة 1989 فإنه يتعين لقبول دعوى الشفعة منها أن تقدم ما يفيد حصولها على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار على التوسع فى ملكية الأرض الزراعية اللازمة لنشاطها ذلك أن الحكم بثبوت حق الشفع في أخذ العقار المشفوع فيه يكون هو مصدر ملكيته المنشئ لحقه فيه وهو الأمر الممتنع على الشركة سالفة البيان طالما لم تستبق إلى الحصول على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار والتى استلزمها القانون وعلق عليها حكمه الاستثناء من الحظر المفروض على تملك هذه الأرض وإذ لم يفتن الحكم المطعون فيه إلى أن الشركة طالبة الأخذ بالشفعة هى إحدى شركات الاستثمار ورد على ما دفع به الطاعن من عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان استنادا إلى أحكام القانون رقم 230 لسنة 1989 سالف البيان بأن" لم يثبت أن المطعون ضده الأول أجنبى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وحجبه ذلك عن التحقق من حصول موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار على تملك الشركة التى يمثلها المطعون ضده الأول للأرض المشفوع فيها مما يعيبه".

(طعن رقم 6839 لسنة 66 ق جلسة 1988/5/16)

وإذا كان الشفيع يستند في ملكيته للعقار المشفوع به إلى تملكه بالتقادم المكسب، وجب توافر مدة التقادم وقت انعقاد البيع المشفوع به، ولا يغنى عن ذلك اكتمال هذه المدة بعد انعقاد البيع وقبل تسجيله⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى شفعة، قد حصل من تحقيق النزاع القائم بشأن ملكية الشفيع للأرض التي يشفع بها أن الشفيع عجز عن إقامة الدليل على ملكيته لهذه الأرض بأى سبب من أسباب الملك بالتقادم أو بالعقد المسجل حتى تاريخ رفع الدعوى وأنه غير محق في طلب الشفعة لعدم قيام سببه لديه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون، ذلك أن شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ولا يكفى أن يكون حائزا أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك إذ مجرد حيازة الشفيع لا يغنى عن إثبات ملكيته".

(طعن رقم 382 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/2)

2- "إذا تمسك الشفيع بأنه اشترى العقار الذى يشفع به وحازه واستوفت حيازته شرائطها المكسبة للملكية قبل البيع المشفوع فيه وجب على المحكمة التي تنتظر طلب الشفعة أن تتحقق من توافر تلك الشرائط متى كان الشفيع لم يسجل سنده، لأن اكتساب الملكية بالتقادم يغنيه عن هذا التسجيل، لما كان ذلك وكان البين من محاضر أعمال الخبير أن الطاعنة تمسكت فيها بأنها وضعت يدها على الأقطيان المشفوع بها منذ شرائها الحاصل بتاريخ 1955/11/1 واستمرت منذ ذلك

(1) محمد كامل مرسى ص 280- السنهورى ص 771- محمد على عرفه ص 473 - عبد المنعم الصده ص 432 - منصور مصطفى منصور ص 321 - وعكس ذلك عبد السلام ذهني ص 673 فيذهب إلى أن تملك واضع اليد يكون معلقا على شرط واقف وهو مضى المدة القانونية، بالشروط المقررة لصحة وضع اليد، والأمر في ذلك يرجع إلى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو واقف.

التاريخ فى ربيها من الساقية الواقعة فى وقف.... وقد تأيد ذلك بشهادة شاهدها ولم ينكر ملكيتها أحد من المطعون ضدهم أو يجادل فيها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه مع ذلك على قوله أن "عقد البيع العرفى المشار إليه لا ينقل ملكية الأطنان المشفوع بها إلى الطاعنة وحجب عن نفسه بذلك عن بحث اكتساب الطاعنة ملكية الأطنان المشفوع بها بالتقادم فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبب".

(طعن رقم 1210 لسنة 54 ق جلسة 1989/2/28)

وإذا كان سند ملكية الشفيع باطلا، كما إذا تملك بموجب عقد هبة لم يفرغ فى محرر رسمى، فإن العقد يكون ولا وجود له، ولا يكون بالتالى مالكا.

24- وجوب استمرار ملكية الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة :

لا يكفى أن يكون الشفيع مالكا للعين المشفوع بها وقت قيام سبب الشفعة فقط، وإنما يجب أن تستمر ملكيته للعقار المشفوع به حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة، ولو زالت بعد ذلك، ولو كان زوالها بأثر رجعى.

ويثبت حق الشفيع فى الشفعة من وقت صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة، أو من التراضى على الأخذ بالشفعة.

وعلى ذلك إذا تصرف الشفيع فى العقار المشفوع به بأى تصرف ناقل للملكية سواء كان بمقابل كالبيع أو المفاضلة أو بدون مقابل كالهبة، قبل ثبوت حقه فى الشفعة، فإنه يفقد حقه فى الحصول على العقار بالشفعة.

ولذلك نعرض فيما يلى لوضع بعض التصرفات التى تملك بها الشفيع.

25- حكم بعض التصرفات التى آلت بموجبها الملكية إلى الشفيع :

(1) العقد القابل للإبطال :

إذا كان العقد الذى تملك بموجبه الشفيع عقدا قابلا للإبطال، فإن العيب الذى يشوب العقد لا يمنع انتقال الملكية إليه، ذلك أن طلب إبطال هذا العقد مقصور

على من شرع البطلان لمصلحته، فإذا كان الشفيع قد اشترى العقار من ناقص الأهلية، فليس للمشفوع منه أن يدفع بالبطلان لأن ناقص الأهلية هو صاحب الحق في الدفع وحده⁽¹⁾.

(2) الملكية تحت شرط واقف :

لا يجوز للشفيع المالك تحت شرط واقف ولو كان مسجلا طلب الأخذ بالشفعة، لأن المالك تحت شرط واقف لا تتوفر له الملكية، ولكن وجودها يكون معلقا على الشرط، فإذا تحقق الشرط وجدت الملكية، وإذا تخلف الشرط لا توجد الملكية. كما لا يجوز لهذا المالك إذا ما تحقق الشرط بعد صدور البيع أن يطلب الشفعة على أساس الأثر الرجعي للشرط الواقف، لأن هذا الأثر الرجعي مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له في نطاق الشفعة⁽²⁾.

(3) الملكية تحت شرط فاسخ :

المالك تحت شرط فاسخ تتوفر له الملكية طالما كان عقده مسجلا، ولكن زوالها يكون معلقا على الشرط، فإذا تحقق الشرط زالت الملكية واعتبرت كأن لم تكن. وإذا تخلف الشرط صارت الملكية باثة. ومن ثم يجوز لهذا المالك أن يطلب الشفعة. فإذا تحقق الشرط قبل الحكم بالشفعة أو تسليم المشتري بها سقط حقه فيها، لأن الملكية لم تظل له إلى حين تمام الأخذ بالشفعة. وإذا تحقق الشرط بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا يكون لزوال ملكية حينئذ أى أثر على حقه في الشفعة، حيث يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه. ولا يعترض على هذا بأن الشرط يتحقق بأثر رجعي، حيث يستند أثره إلى وقت انعقاد التصرف، فتعتبر الملكية كأنها لم تكن قط للمالك، ويعتبر هذا كأنه

(1) محمد كامل مرسى ص 281.

(2) محمد كامل مرسى ص 277 - السنهاورى ص 772 - عبد المنعم الصده ص 438 -

محمد على عرفه ص 466 إسماعيل غانم ص 77 - منصور مصطفى منصور ص 323.

شفع بعقار لا يملكه، لأن الأثر الرجعى لا يعتد به فى نطاق الشفعة⁽¹⁾.

26- وجوب توافر كافة الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فى الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة :

لا يشترط فقط فى الشفيع أن يكون مالكا عند انعقاد بيع العقار المشفوع فيه، وأن يستمر هكذا إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة، وإنما يشترط أن تكون كافة الشروط الواجب توافرها فى الشفيع للأخذ بالشفعة قائمة حتى ثبوت الحق فى الشفعة أى بالقضاء بها أو بالتراضى عليها.

فإذا كان الشفيع جارا مالكا على الشيوع ثم تمت القسمة أثناء نظر دعوى الشفعة فاختص الشفيع بجزء من الأرض التى يشفع بها لا يتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة، سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها، أما إذا تم الحكم له بالشفعة قبل إجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا أثر للقسمة على حق الشفيع.

وإذا كان الشفيع جارا مالكا وطلب الشفعة، ثم زال الجوار أثناء نظر دعوى الشفعة، كما لو أنشئ طريق أو مصرف عام يفصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق فى الشفعة، أما إذا تم ذلك بعد الحكم فى الشفعة فلا أثر له على حق الشفيع⁽²⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 277- السنهورى ص 772 وما بعدها- إسماعيل غانم ص 76 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 437 - منصور مصطفى منصور ص 323.

(1) عبد المنعم الصده ص 436 - نبيل سعد ص 396.

مادة (936)

يثبت الحق فى الشفعة :

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.
- (ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى.
- (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.
- (د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.
- (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

- 1- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.
- 2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.
- 3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

(أسباب الشفعة)

(السبب الأول)

شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع

27- مضمون السبب :

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه. فالشفعة فى هذه الحالة ليست سببا لكسب الملكية، بل هى سبب لكسب حق الانتفاع، ويصبح بها الشفيع مالكا ملكية تامة. ولئن كانت القاعدة العامة فى الشفعة أنها لا تكون إلا فى العقارات المادية،

فلا تكون في العقارات غير المادية، أي في حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات، وعلى ذلك يكون تخويل مالك الرقبة حق الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع استثناء من القاعدة العامة. وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه، فلا يمنح هذا الحق، في حالة بيع حق المنفعة، إلا لمالك الرقبة دون غيرهم، فلا يعطى مثلاً للشركاء في حق الانتفاع⁽¹⁾.

والحكمة من تقرير حق الشفعة في هذه الحالة هي أنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة فتجمع للمالك سلطاته على الشيء. ولهذا فوائده الاقتصادية غير المنكورة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 936، 937 من القانون المدني أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة- في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جارا مالكا الخ".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

28- فروض متعددة لشفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع :

رغم أن شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع، نادرة الوقوع في العمل، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع عملاً. ومع ذلك يتصور الفقه هذا السبب في فروض متعددة نعرض لها فيما يلي.

(1) محمد كامل مرسى في الجزء الثالث ص 214.

(1) أن يرتب المالك حق الانتفاع على الرقبة كلها :

فيكون هناك عقار مملوك لشخص، ويرتب عليه حق انتفاع لآخر، فيكون المالك الأصلي مجرد مالك رقبة، ويكون حق الانتفاع ملائسا لهذه الرقبة كلها. فإذا تصرف صاحب حق الانتفاع بالبيع في كل حقه أو في بعضه، جاز لمالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة هذا المبيع أي كان مقداره، وهو هنا لا يزاحمه أحد.

(2) أن يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة في العقار :

قد يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة في العقار، ولتكن النصف مثلا، فإن المالك يظل مالكا ملكية تامة لمقدار النصف شيوعا في العقار، ومالكا أيضا لرقبة النصف الآخر - التي يلائسها حق الانتفاع، فإذا بيع حق الانتفاع كله أو بعضه، جاز لمالك الرقبة المذكور أن يشفع فيه كما في المثال السابق⁽¹⁾.

(3) أن تكون ملكية العقار لشخص واحد ورتب حق انتفاع لشخصين أو

أكثر شيوعا بينهم :

في هذه الحالة، إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في حق الانتفاع، ونفرض أنها النصف، كان لمالك الرقبة أن يشفع في الحصة المبيعة، فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار، ومالكا لرقبة النصف الآخر. ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع كما سنرى⁽²⁾.

(1) المستشار عزت حنوره ص 33.

(2) السنهاورى ص 720 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 294.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 936، 937 من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة - فى بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا - وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشركاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة التى يملكها وذلك على ما جرى به نص المادة 937 من القانون المدنى المشار إليها - وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة على باقى الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشركاء الآخرين مالك الرقبة فى بيع حق الانتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكدا بذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمة من تقرير الشفعة وهى منع المضار - لما كان ما نقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب فى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

(4) أن تكون ملكية العقار شائعة لشخصين أو أكثر ويرتب الملاك على

العقار جميعه حق انتفاع :

إذا كان العقار مملوكا على الشيوع لشخصين أو أكثر، ورتب الملاك حق انتفاع لآخر على كامل العقار، وباع صاحب حق الانتفاع حقه، جاز لمالك الرقبة أخذ حق الانتفاع بالشفعة فتخلص لهم ملكية العقار تامة.

كما يستطيع أحد الملاك أن يأخذ بالشفعة حصة فى حق الانتفاع تعادل حصته فى الرقبة، إذ هى الحصة الملازمة للحصة التى يملكها فى الرقبة. فيعود كما كان مالكا لحصة فى العقار ملكية تامة. ويبقى الملاك الآخرون الذين لم

يأخذوا بالشفعة مالكين لحصة فى الرقبة. وعلى هذا الوجه تكون حصة فى العقار الشائع مملوكة لأحد الملاك ملكية تامة، والحصة الباقية يملك رقبتها الملاك الآخرون ويملك حق الانتفاع منها المشتري لحق الانتفاع.

غير أنه إذا اعترض المشتري لتفريق الصفقة عليه، فإن الشفيع يجبر على أخذ حق الانتفاع كله أو تركه كله منعا لتفريق الصفقة⁽¹⁾.

أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على القدر الملابس لحصة الشريك فى الرقبة الذى يطلب الأخذ بالشفعة، فإن هذا الشريك لا يستطيع أن يشفع إلا فى القدر الملابس لحصته فى الرقبة تاركا الباقي للمشتري، ما لم يرفض هذا الأخير تفريق الصفقة عليه فيفرض على الشفيع أخذ كل المبيع أو تركه كله⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "النص فى المادة 936 من القانون المدنى على أن "يثبت الحق فى الشفعة (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ... (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها ... مفاده أن كلا من حق الرقبة وحق الانتفاع يمكن أخذه بالشفعة إذا ما توافرت شروط الأخذ بها".

(طعن رقم 1611 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/4)

(ب) - "مفاد النص فى المادة 1/985 من القانون المدنى أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابس له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 1644 لسنة 51 ق جلسة 1985/4/9)

(1) السنهاورى ص 722 وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 418 - محمد على عمران ص 108 - رمضان أبو السعود ص 294 وما بعدها.

(2) المستشار عزت حنوره ص 34.

(5) أن تكون ملكية العقار لمالكين أو أكثر على الشيوع ويرتب الملاك

حق الانتفاع فى العقار لمصلحة شخصين على الشيوع :

فى هذه الحالة إذا باع أحد صاحبه حق الانتفاع نصيبه الشائع، جاز لملاك الرقبة أن يأخذوا معا هذا النصيب بالشفعة، لأن كلا منهم يملك الأخذ بالشفعة. ويجوز لأحد ملاك الرقبة بمفرده أن يأخذ هذا النصيب، ولا يجوز للمشتري الاعتراض لأن الصفقة لم تنفك (1).

29- جواز الشفعة فى بيع حق الاستعمال والسكنى :

لم يورد القانون بيع حق الاستعمال أو السكنى بين حالات الشفعة. غير أنه لا خلاف على أن بيع حق الاستعمال أو السكنى يسرى عليه فى مجال الأخذ بالشفعة ما يسرى على حق الانتفاع. وليس هذا قياسا على حق الانتفاع، وإنما لأن المبيع حينئذ لا يظل على حاله الأول كحق استعمال أو حق سكنى بل يكون قد تحول إلى حق انتفاع.

فضلا عن أن الشارع نظم أحكام حق الانتفاع فى المواد (985- 995 مدنى)، بينما خص حق الاستعمال أو حق السكنى بمادتين فقط ثم أحال فيهما على أحكام حق الانتفاع إذ نصت المادة 998 مدنى على أنه فيما عدا الأحكام التى وردت فى المادتين السابقتين "تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين".

وعليه فإنه فى الحالات التى يجوز فيها النزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى (م 997 مدنى) تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الحق للملابس لها من هذين الحقين.

وقد أجازت المادة 997 مدنى التنازل عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى بناء على شرط صريح أو مبرر قوى، وسنعرض لذلك فى موضعه من الموسوعة⁽¹⁾.

(السبب الثانى)

شفعة الشريك فى بيع شىء من العقار الشائع

30- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

"(أ).....

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى".

فإن باع الشريك فى الشيوع شيئاً من العقار الشائع إلى أجنبى ثبت لباقى الشركاء على الشيوع الحق فى الشفعة.

ويجب لانتطباق هذا الحكم توافر عدة شروط نعرض لها فى البند التالى.

31- شروط الأخذ بالشفعة :

يشترط للأخذ بالشفعة لهذا السبب توافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون هناك عقار شائع :

والعقار الشائع هو الذى يتعدد مالكوه. ولا يكون نصيب كل منهم فيه مفرزاً. فالإفراز عكس الشيوع. وفى الشيوع تملك كل من الشركاء المشتاعين حصته فى العقار الشائع، مع ملاحظة أن هذه الحصّة ترد على كل ذرة من ذرات العقار الشائع، فهى ليست محدّدة بجزء معين، بل ترد على العقار كله.

(1) عبد المنعم الصده 403 - نبيل سعد ص 335 - منصور مصطفى منصور ص 310 -

المستشار عزت حنوره ص 35 وما بعدها - لاشين الغاياتى ص 11.

وحالة الشيوخ التي يكون الاتفاق أو القانون مصدرها، تنتهي بالقسمة النهائية فبالقسمة يتم إفرار نصيب كل من الشركاء المشتاعين. فالبيع الذي يجيز الشفعة لباقي الشركاء على الشيوخ هو الذي يرد على حصة شائعة، أى هو الذي يتم قبل القسمة. وأما إذا تم هذا البيع بعد القسمة فلا شفعة لباقي الشركاء استنادا إلى نص المادة 936/ب مدنى.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المشتري لا يعدو أن يكون شريكا على الشيوخ فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك على الشيوخ فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوخ الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى هى جزء ضئيل من بعض المبيع".

(طعن رقم 197 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/20)

الشرط الثانى : أن يكون الشريك مالكا للحصة التى يشفع بمقتضاها وقت التصرف فى الحصة الأخرى:

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشريك مالكا للحصة التى يشفع بمقتضاها وقت التصرف فى الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة. فيجب إذن أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع، وإلا امتنع عليه طلب الشفعة. ولما كانت الملكية فى العقار لا تنتقل سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل، فإن الشريك لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده، ومن وقت التسجيل لا قبله، ومن ثم لا يثبت حق الشفعة للشريك إذا كان تسجيل عقد شرائه لاحقا لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 411- عبد المنعم فرج الصده ص 405- الدكتور جميل الشرقاوى

الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول حق الملكية 1974 ص 359.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الشريك فى معنى الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الشفعة هو المالك على الشيوع، وإذ كان المشتري لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده، ومن وقت التسجيل لا قبله، فإن الحكم إذا نفى حق الشفعى فى الشفعة على أساس أن تسجيل عقده لحصة شائعة فى القطعة التى بها الأطيان المشفوعة لاحق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ".

(طعن رقم 30 لسنة 17 ق جلسة 1948/5/20)

وتثبت الشفعة للشريك أيا كان مقدار الحصة المباعة بالنسبة إلى حصته. كما تثبت للشريك على الشيوع سواء كان الشركاء من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين⁽¹⁾.

والشريك الذى له الحق فى طلب الشفعة هو الشريك فى العقار الذى بيع منه شىء.

وعلى ذلك فإن الجار الذى له حصة شائعة فى جدار فاصل بين ملكه والعقار المبيع ليس شريكا على الشيوع فى ذات العقار المبيع، لأن شركته مقصورة على الشركة فى ملكية الجدار الفاصل. وبناء على ذلك ليس له أن يبنى طلب الشفعة على أساس الاشتراك فى الملك وإنما على أساس الجوار متى توافرت له شروط الأخذ بالشفعة. وكذلك إذا لم يكن الشريك شريكا فى ذات العقار المبيع وإنما كان

= وعكس ذلك السنهورى ص 725 هامش (1) إذ يرى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذى اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من الغير فى البيع الذى تم تسجيله.

وقد رأينا عند دراسة العقد أن هذا الرأى يخالف قضاء محكمة النقض والرأى الغالب فى الفقه.

(1) حسام الدين كامل الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية ص 126.

شريكا فقط في آلة للرى قائمة على العقار المبيع، لم يكن له أن يطلب الشفعة في هذا العقار. ولا بعد شريكا في ذات العقار الشريك في مجرى معد للرى⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المشتري لا يعدو أن يكون شريكا على الشيوع في مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك على الشيوع في جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى هي جزء ضئيل من بعض المبيع".

(طعن رقم 197 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/20)

أما إذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم، فإنهم يصيرون بعد القسمة جيرانا لا شركاء، فلا يكون لأحدهم حق الشفعة في نصيب الآخر إذا بيع إلا بسبب الجوار إذا توافرت له الشروط التي يتطلبها القانون في شفعة الجار⁽²⁾. وإذا ادعى المشتري وقوع القسمة وأن الشفيع ليس شريكا بعد وقوعها، فعليه أن يثبت ذلك، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات، ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء في الشيوع المال الشائع كله أو بعضه دليلا على وقوع القسمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال، وإذ فمتى كان الطاعن في مقام الاستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز 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 الذي عرض

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 338.

(2) محمد على عرفه ص 410.

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 الذى عرضه المطعون عليه الأول على المجلس هو كل المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط، فإن النعى عليه القصور فى التسبب استنادا إلى أنه فسخ 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)

2- "حالة الشيوخ بين الشركاء لا تنتهى إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة المال قسمة نهائية، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلًا سائعا من أن الأعمال المادية التى أثبتتها خبير الدعوى - استحداث مبانى بالمنزل - غير قاطعة فى إفادة هذا المعنى ووجدت فى تقدير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأى خبير آخر فإن النعى على الحكم القصور فى التسبب استنادا إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولأنه فسخ محضر مناقشة الخبير. هذا النعى يكون فى غير محله".

(طعن رقم 29 لسنة 19 ق جلسة 1951/5/31)

3- "إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) فى دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوخ فى الأطنان التى يقع بها القدر المشفوع فيه - وأنهما يفصلان الشفعة بشرائهما لذلك القدر - وانتهت إلى عدم التعويل عليه تأسيسا على ما استظهرته من المستندات التى قدمت لها - استظهارا صحيحا من زوال حالة الشيوخ التى كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة

وإقرار الطاعنين للقسمة التي تمت بموجبه وارتضاءهما له وإعمالهما مقتضاه من قبل شرائهما للصفقة المشفوع فيها - وعن تحرير العقد النهائي المسجل الصادر لهما من المطعون عليها الثانية. وقد أقامت حكمها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها فإن النعى على حكمها بالقصور والتناقض يكون في غير محله".

(طعن رقم 302 لسنة 24 ق جلسة 1959/1/15)⁽¹⁾

32- القسمة غير المسجلة :

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقاري 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. وليؤكد المشرع خضوع القسمة في عموم التصرفات المقررة نص في

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الثابت من مدونات الحكم أن الطاعنة قد أوردت دفاعاً مؤداه أن البائع لها وهو زوج المطعون ضدها الأولى طالبة الشفعة ويقيم معها قد باع عن نفسه وبماله من وكالة ضمنية عن زوجته المذكورة وأولادها منه الشقة موضوع النزاع وإن جميع شقق العمارة قد بيعت لآخرين وكان هذا يعني أن المطعون ضده الثاني حينما كان يتعاقد على بيع شقق العمارة جميعها - أخذاً بنص البند الثاني من عقد البيع الصادر للطاعنة - كان ينفذ ما انصرفت إليه إرادة الشركاء المشتاعين والرغبة في بيع جميع شقق العمارة، وأنه كان في تعاقدته يمثل نفسه وينوب عن باقي الشركاء وهم زوجته وأولاده منها نيابة ضمنية مظهورة بمظهر المكلف ببيع نصيب باقي الشركاء المشتاعين ودلت كافة الظواهر على قيام هذه النيابة المستندة إلى وكالة الزوج المفترضة عن زوجته وأولاده ولم يرق أى دليل على انتفاءها، فإن قيام هذه الوكالة الضمنية يجعل من طالبة الشفعة طرفاً بائعاً في عقد البيع يتمتع عليها أن تنقض ما تم منسوباً إليها بطلبها الشفعة لنفسها ويسقط حقها في الشفعة وقد وافقت على بيع زوجها لنصيبها في العين".

(طعن رقم 531 لسنة 46 ق جلسة 1978/6/7)

الفقرة الثانية من المادة العاشرة على أن يسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثاً.

وعلى ذلك فإنه في العلاقة ما بين المتقاسمين يعتبر كل متقاسم مالكا لما آل إليه بمجرد تمام القسمة دون حاجة إلى قيامه بالتسجيل.

أما في علاقة المتقاسمين بالغير فإنه لا يجوز لهم الاحتجاج بالقسمة على الغير إلا إذا كانت قد سجلت، وإن كان يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة حتى بالرغم من عدم تسجيلها. إلا أنه يجوز له أيضا أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوع لا تزال قائمة. لأن التسجيل إنما شرع لمصلحة هذا الغير حتى يتبصر أموره ويصون حقوقه.

وبالترتيب على ذلك إذا باع أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذي آل إليه بموجب القسمة التي لم تسجل، فإن القسمة تكون نافذة بين الشركاء، ولا يحق لهم المعارضة في هذا البيع بحجة أنه انصب على جزء مفرز ناشئ عن قسمة غير نافذة بسبب عدم تسجيلها، لأن القسمة نافذة في حقهم، ولم يشرع عدم النفاذ الناشئ عن عدم التسجيل لمصلحتهم هم، وإنما حماية للغير فقط. وبما أن المشتري من الغير في هذا الخصوص فإنه له أن يتمسك في مواجهتهم بنفاذ القسمة. وإذا تعلل أحد المتقاسمين بعدم تسجيل القسمة ليدعى أن حالة الشيوع مازالت قائمة، وأنه مازال مالكا على الشيوع، وليستند إلى هذه الملكية في طلب الشفعة في بيع عقار مجاور، يستطيع المشتري هنا باعتباره من الغير أن يدفع الشفعة هذه بأن طالبها لم يعد جارا للعقار المبيع، لأن القسمة التي تمت في العقار المشفوع به - ولو لم تسجل - قد أزلت الشيوع ولم تخصص لطالب الشفعة جزءا مفرضا يجاور العقار الذي يريد أن يشفع فيه⁽¹⁾.

(1) الدكتور أحمد سلامة الملكية الفردية في القانون المصري الطبعة الأولى 1970 (مكررة)

33- الشفعة فى حصة مفرزة :

إذا باع أحد الشركاء فى الشيوع حصته فى العقار قبل قسمته إلى أجنبى مفرزة محددة. فهل يثبت الحق فى الشفعة للشركاء المشتاعين الآخرين، أم أن هذا الحق لا يثبت لهم؟

ذهب رأى إلى القول بأن بيع الشريك على الشيوع لحصة مفرزة من العقار الشائع لا يمنع من الأخذ بالشفعة، وحجتهم فى ذلك أن تصرف الشريك على الشيوع فى هذا الفرض لا يقع غير صحيح. آية ذلك ما تنص عليه المادة 2/826 من القانون المدنى من أنه:

"وإذا 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 وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق فى إبطال التصرف"⁽¹⁾.

وذهب رأى آخر - نؤيده - إلى القول بأن بيع الشريك على الشيوع لحصة مفرزة من العقار الشائع لا يجيز لغيره من الشركاء المشتاعين المطالبة بالشفعة. فهذا البيع لا يسرى قبل القسمة فى مواجهة باقى الشركاء على الشيوع. وأن للمتصرف إليه - تطبيقا للقواعد العامة - إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين ملكية مفرزة المطالبة بالبطلان. وإذا كان هذا البيع لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء على الشيوع لوروده على حصة مفرزة فلا يعتبر المتصرف إليه تأسيسا على ذلك شريكا لهم فى ملكية هذا العقار الشائع. وتبعا لذلك فلا يكون لباقى الشركاء على الشيوع المطالبة بالشفعة، لعدم سريان التصرف فى مواجهتهم⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 412.

(2) السنهورى ص 727 وما بعدها - محمد على عمران ص 110.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي إذ قضت بأن :

1- "إن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع فيه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة، ومن ثم فإنه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليك بأن يهدره القاضى، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا. وإذن فإذا كان مبنى مانعاه الطاعن على الحكم هو أنه على الرغم مما ورد فى عقد بدله الذى تلقى بمقتضاه العقار المشفوع به من تحديد وإفراز فإن قسمة نهائية لم تقع بين الورثة الذين حصل البذل مع بعضهم وأنه يعتبر على الرغم من هذا الإفراز وذلك التحديد مالكا على الشيوع ويحق له أن يشفع بهذه الصفة فى المبيع وكان الحكم قد أثبت أن الطاعن تلقى بعقد بدله العقار المشفوع به محددا مفرزا فإنه لا تقبل شفعته إلا إذا توافر لديه ما يشترط فى الجار الشفيع، ومن ثم تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع فى العقار المبيع متعينة الرفض - فإن النعى عليه بأنه أخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 213 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/30)

2- "جرى قضاء محكمة النقض على أن من تلقى حصته مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة. ومن ثم لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وأن كل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليك بأن يهدره القاضى ذلك أن من تلقى حصته مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم توافر سبب الشفعة لدى الطاعن ورتب على ذلك عدم أحقيته فى مزاحمة المطعون عليها الأولى فى الأخذ بالشفعة قد استند إلى أن العقار الذى يريد أن يشفع به قد تلقاه بعقد شرائه

مفرزا، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون أو شابه تناقض فيما استند إليه من أسباب".

(طعن رقم 325 لسنة 20 ق جلسة 1953/6/25)

3- "مؤدى نص المادتين 826، 936 من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز 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)

4- "مفاد المادتين 826، 936/ب من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمالك فى المال الشائع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع فإذا صدر البيع مفرزا لأجنبى فإن هذا الإفراز الذى تحدد به محل المبيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع ولا ينفذ فى حقهم طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع، وينبنى على ذلك أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى هذا البيع وفقا لصريح نص المادة 936/ب من القانون المدنى التى وردت عبارته مطلقة فى قيام الحق فى الشفعة للشريك على الشيوع، وعلى ذلك فإنه يستوى فى ثبوت هذا الحق أن يكون الشئ المبيع حصة شائعة أم قدرا مفرزا فى العقار الشائع إذ المناط فيه هو قيام حالة الشيوع فى العقار الذى بيع قدر منه دون اعتداد بما إذا كان هذا القدر مفرزا أو شائعا".

(طعن رقم 2588 لسنة 56 ق جلسة 1991/15/23)

5- "مؤدى نص المادتين 816، 936 من القانون المدنى 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 فى الشيوخ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء فى الشيوخ 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 923 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/19)

34- الشريك على الشيوخ فى حق الانتفاع :

ثار خلاف فى الفقه حول ما إذا كان للشريك المشتاع فى حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر فى هذا الحق لأجنبى من عدمه.

فذهب رأى إلى أن الشريك فى الانتفاع ليس له الحق فى الشفعة فى هذه الحالة، لأن المادة 936 خولت الشريك فى الشيوخ الشفعة "إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى"، فالذى له الشفعة هو الشريك فى الملك، لا الشريك فى الانتفاع. كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة، وقد خول هذا الحق، كما خوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة، هى جمع ما تفرق من حق الملكية. وكذلك كان الحكم فى قانون الشفعة الملغى فإنه لم يذكر فى المادة الأولى منه إلا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع، ولم يذكر الشريك الذى له حصة فى حق الانتفاع المبيع، وظاهر من هذا النص أن الشريك فى المنفعة لا يكون له الحق فى الشفعة فى هذه الحالة⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 221 - عبد المنعم البدرأوى فى طبعة سابقة ص 431 تم عدل عنها فى هذه الطبعة (1978) ص 339 ما بعدها.

غير أن الرأي السائد أن عبارة الشريك في الشيوخ الواردة بالمادة 936 تشمل الشريك في حق الانتفاع كما تشمل الشريك في حق الملكية، لأن كليهما شريك في العقار المبيع، ولأن المصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوخ متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية. بل إن الضرر يكون أبلغ بالنسبة إلى المنتفع منه إلى المالك، لأن الشركة تنصب في هذه الحالة على استغلال العقار، ولا جدال في أن هذه مسألة تستقيم على الانفراد وتضار من الاشتراك.

كما أن الرأي يفرضه المنطق فرضاً، إذ أنه إن كان من المقرر أن لصاحب حق الانتفاع أن يشفع بحقه المؤقت في حق الملكية وهو دائم، فإنه يجوز له من باب أولى - أن يشفع في حق مماثل لحقه متى كان شريكاً فيه. وهو بهذا الحق أولى من الأجنبي على أي حال⁽¹⁾.

(السبب الثالث)

شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت

الرقبة أو بعضها

35- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدني على أن يثبت الحق في الشفعة :

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 733 الهامش - محمد على عرفه ص 414 - محمد على عمران ص 111 - عبد المنعم الصده ص 406 - المستشار مصطفى هرجه الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية 1986 ص 40 وما بعدها.

(2) وكان إعطاء صاحب حق الانتفاع الحق في الشفعة مثار خلاف في لجنة المراجعة فقد جاء بمحضر جلسة 5 نوفمبر سنة 1937 ما يأتي :

"ثم انتهت اللجنة إلى الفقرة (3) من المادة الأولى فأشار الرئيس إلى أن اللجنة قد انتهت بعد جدل طويل إلى الموافقة على النص التالي :

=

=3- لصاحب حق الانتفاع على كامل العقار المبيع في حالة بيع الرقبة.

وأضافت أن بعض حضرات الأعضاء قد عارض أثناء مناقشة النص المقترح في منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع، وأن نفس هؤلاء الأعضاء لم يقرؤا النص الذي تم الاتفاق عليه إلا بعد توفيق بين وجهات النظر. وعاد الرئيس إلى التساؤل عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المبيع على أن يقصر حقه في الشفعة على الجزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع.

وعقب المسيو فان أكر بأن من المغالاة أن يمنح صاحب حق الانتفاع حق الشفعة بالنسبة لجزء من الرقبة لا يتناوله حقه. ونبه المسيو وفيه إلى أنه سبق للجنة أن رأت التضييق من حق الشفعة، وأنه يرى منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع.

ورأى المسيو سار عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع وذلك درءاً للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة.

وعارض فؤاد حسنى بك فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغيير.

وقال محمد كامل مرسى بك إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع لأنه يكاد في الواقع يكون معدوماً في مصر.

وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع.

وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتعديل إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع، ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً في التضييق من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة :

"3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملاصق لهذا الحق".

واقترح المسيو فان أكر الصيغة الآتية :

"3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملاصقة لهذا الحق إلى أجنبي".

فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 366 وما بعدها)

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يلاحظ أولاً أن اللجنة جعلت ترتيب صاحب حق الانتفاع بين الشفعاء فى المكان الثانى، فيأتى بعد مالك الرقبة وتقول المذكرة الإيضاحية فى ذلك إن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع فى مركز معادل لمركز الآخر، والغرض من إعطاء كل منهما، الحق فى الأخذ بالشفعة هو جمع ما تفرق من حق الملكية، فإذا جاء مالك الرقبة بين الشفعاء فى المكان الأول، وجب أن يتلوه صاحب الانتفاع فيأتى فى المكان الثانى⁽¹⁾.

فالحكمة فى ثبوت الشفعة للشريك فى الملكية، وهى استبعاد الأجنبى والعمل على إنهاء الشيوخ قائمة بالنسبة للشريك فى الانتفاع، ولذلك تقرر له الحق فى الشفعة.

وتثبت الشفعة فى المرتبة الثالثة، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملائمة لهذا الحق أو بعضها، وبنفس الشروط التى تثبت فيها الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع للملابس لها أو بعضه. ولذا تعلق العلة تثبت الشفعة أيضاً، وبنفس الشروط لصاحب الاستعمال أو السكنى طبقاً للمادة 998 التى تنص على سريان أحكام الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعتها⁽²⁾.

36- فروض شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها :

يمكن أن نتصور هنا عدة فروض، كما رأينا بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 360 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 360 وما بعدها.

وهذه الفروض كالآتى :

(1) أن تكون الرقبة لشخص واحد والانتفاع لشخص واحد :

فهنا يكون مالك العقار مالكا للرقبة فقط، فإذا بيع ملك الرقبة، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع فيه دون أدنى صعوبة، فيصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية تامة.

(2) أن تكون الرقبة لشخص واحد والانتفاع شائعا لعدة شركاء :

فإذا بيعت الرقبة كلها فى هذا الفرض، كان لأصحاب حق الانتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه، وبالتالي ليس لكل واحد منهم أن يشفع فى كل الرقبة لأن حقه لا يلبس إلا بعض المبيع.

(3) أن تكون ملكية الرقبة شائعة بين عدة شركاء :

إذا كان ملكية الرقبة شائعة بين عدة شركاء، وباع أحد الشركاء حصته فيها، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع لأن الرقبة المبيعة هى بعض الحق الملبس لحق الانتفاع مما يدخل فى حكم النص.

فإذا تزامم على الشفعة فى بيع الحصة الشائعة فى الرقبة شريك آخر فى ملكيتها وصاحب الانتفاع فضل الشريك فى الرقبة لأنه فى مرتبة سابقة على شفعة المنتفع فى ملكية الرقبة. ويشترط ليقوم هذا التزامم أن يكون بيع الحصة الشائعة فى الرقبة لأجنبى لأنه إذا كان المشتري شريك آخر فى الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب الانتفاع، إذ أن المشتري فى هذه الحالة توافرت فيه الشروط التى تجعله شفعيا فى مرتبة أعلى (م/937/2 مدنى).

(4) أن تكون ملكية الرقبة لمالكين أو أكثر وترتب حق الانتفاع لشخصين أو

أكثر:

إذا كانت ملكية الرقبة لمالكين أو أكثر على الشيوع، ورتبوا حق الانتفاع لشخصين أو أكثر على الشيوع. وباع أحد ملاك الرقبة نصيبه الشائع جاز لمالكى

حق الانتفاع أن يأخذوا معا هذا النصيب بالشفعة، لأن كلا منهم يملك الأخذ بالشفعة مالم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، فيأخذه لأنه شريك في الشيوع ومقدم في المرتبة على أصحاب حق الانتفاع.

كذلك يستطيع أحد ملاك حق الانتفاع وحده أن يأخذ النصيب المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة. ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تنفك عنه. وإذا باع ملاك الرقبة كل الحق، جاز لأصحاب حق الانتفاع أن يأخذوه معا بالشفعة، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة الحصة من الرقبة الملازمة لحقه في الانتفاع، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيتحتّم عندئذ على هذا الشفيع، إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً⁽¹⁾.

37- سريان أحكام شفعة صاحب الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى.

(راجع بند 29).

(السبب الرابع)

شفعة مالك الرقبة في الحكر إذا بيع الحكر

والمستحكر إذا بيعت الرقبة

38- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق في الشفعة:

(د) - "مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة".

(1) السنهورى ص 735 وما بعدها - نبيل سعد ص 343 وما بعدها - محمد على عمران ص 112 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص أنه: "ولاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المستحكر ومالك الرقبة، فكل منهما يأخذ بالشفعة من الآخر، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما فى الرقبة وحق الانتفاع، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر، وهو حق غير مرغوب فى بقائه"⁽¹⁾.

فالمشرع كما أعطى لمالك الرقبة الحق فى الأخذ بالشفعة، إذ بيع حق الانتفاع، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت ملكية الرقبة، أعطى أيضا لمالك الرقبة والمستحكر فى الحكر الحق فى الأخذ بالشفعة.

فالفرض هنا أن مالكا لأرض رتب عليها حق حكر فأصبح هو مالكا للرقبة والمحتكر صاحباً لحق الحكر. فإذا باع المحتكر حقه كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة. وإذا باع مالك حق الرقبة حقه، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة.

والشفعة هنا تقتصر على حق الرقبة وحق الحكر فقط. أما البناء أو الغراس الذى يحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق الحكر، ولا يشفع فيه إلا بطريق الجوار كما سنرى تبعا لحق الحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق الحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة.

ذلك أن المادة 1002 مدنى تنص على أن: "يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحقه فى الحكر". وبذلك يكون للمحتكر حقان مختلفان: حق عينى فى الأرض المحكرة وهو حق الحكر. وحق ملكية تامة فى البناء أو الغراس الذى أحدثه فى العين المحكرة ويجوز له أن يتصرف فى كل منهما مستقلا عن الحق الآخر.

وشفعة مالك الرقبة وشفعة المحتكر أصبحت نادرة الحصول فى العمل، لما

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ص 363 وما بعدها.

يأتى:

1- أنه لم يعد من الجائز منذ العمل بالتقنين المدني الجديد ترتيب حق الحكر إلا على أرض موقوفة إذ تنص المادة 1012 مدنى على أنه من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة وذلك بحكم المادة 1008 الفقرة الثالثة. ولما كانت الفقرة الثانية من المادة 939 مدنى تنص على أنه لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة، ومن ثم لن يكون هناك شفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر.

2- بما أن حق الحكر لا ينشأ إلا على أرض موقوفة. فإن مؤدى ذلك عدم بقاء الحكر إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، وقد زالت صفة الوقف عن الوقف الأهلى - كما ذكرنا سلفا - بمقتضى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، ومن ثم ترتب على ذلك إلغاء الأحكار القائمة على هذا الوقف وهو ما أكدته المادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور بقولها: "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبا على أرض انتهى وقفها وفقا لأحكام هذا القانون. وفى هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة فى المادة 1008 وما بعدها من القانون المدنى".

وحتى بالنسبة للوقف الخيرى عمد المشرع إلى إنهاء هذا الوقف بقرارات من وزير الأوقاف بالقوانين رقم 649 لسنة 1953 ثم رقم 295 لسنة 1954، ثم رقم 52 لسنة 1960. وانتهى الأمر إلى إلغاء الأحكار على الأعيان الموقوفة بمقتضى القانون رقم 43 لسنة 1982.

3- لما كانت الأعيان الموقوفة لا يجوز التبايع فيها، فإن لا يتصور بيع حق الرقبة فى الحكر حتى يشفع فيها المحتكر. أما إذا تقرر بيع أرض موقوفة وفقا خيريا بطريق الاستبدال وكان الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها فإن حق

الحكر يبقى على العين الأصلية، ويكون لصاحب الحكر أخذ الرقبة بالشفعة⁽¹⁾. كذلك تجوز الشفعة في الأحكار القديمة المنشأة قبل العمل بالتقنين المدني الجديد على أرض غير موقوفة أو في حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة عملاً بالفقرة الثالثة من المادة 1008 مدنى التى تقضى بأن: "ينتهى حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

(السبب الخامس)

(شفعة الجار المالك)

39- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدنى على أن : يثبت الحق فى الشفعة :

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

1- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أو القرى.

2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

ويبين من هذا النص أن الحكم يختلف بحسب طبيعة العقار المشفوع فيه. فإذا كان هذا العقار بناء أو أرضاً معدة للبناء. فإنه يكفى لثبوت الشفعة فيه للجار أن

(1) السنهاورى ص 741 - عبد المنعم الصده ص 411- منصور مصطفى منصور ص 315

- وعكس ذلك المستشار عزت حنوره ص 49.

يكون هناك تلاصق من جهة واحدة. أما إذا كان العقار أرضاً غير معدة للبناء فلا تثبت الشفعة للجار إلا في حالتين : الأولى : أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو العكس. والثانية : أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

فهناك إذن ثلاث حالات تثبت فيها الشفعة على أساس الجوار سنتناولها في البنود التالية والحكمة من الشفعة في هذه الحالات الثلاث هو منع المضايقة التي قد تصيب الجار إذا لم يكن له أن يأخذ بالشفعة.

فإذا كان للشريك على الشيوع أن يشفع إذا باع شريكه حصة شائعة في العقار المملوك لهما على الشيوع منعاً لمضايقته، فليس هناك ما يمنع من عدم تقدير الشفعة بسبب الجوار، فالعلة واحدة في الحالتين⁽¹⁾.

(1) الشفعة في الفقه الإسلامي :

ثبوت الشفعة بالجوار محل خلاف بين أئمة الفقه الإسلامي. فقد ذهب الحنفية إلى ثبوت الشفعة للجار، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة، فقالوا لا شفعة بالجوار لقول جابر أنه عليه السلام قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا رفعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

أما الحنفية فلهم قوله عليه السلام : "جار الدار أحق بالدار من غيره" وقوله عليه السلام : "الجار أحق بسقبه (أو بصقبه) ما كان" أي بعله قرية فيستحق الشفعة. وعندهم أن حديث جابر معناه أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء، لأنهم أحق فيه، وحقه متأخر عن حقهم، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث.

حكم القانون المدني القديم :

كانت المادة 73 من القانون المدني القديم تنص على أن : "للجار، بعد الشفيعين السابقين، حق الشفعة إذا دفع الثمن والمصاريف القانونية".

= حكم قانون الشفعة الصادر في 26 مارس سنة 1901 (الملغى).

= كانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا القانون تنص على حق الشفعة للجار المالك في أحوال ثلاثة، أورد القانون تفصيلاتها. وجعلته المادة الثامنة من القانون في آخر مراتب

(حالات شفعة الجار)

(الحالة الأولى)

(المباني والأراضي الفضاء)

هذه الحالة، هي الحالة الأولى من الحالات المنصوص عليها في الفقرة (هـ) من المادة 936 مدنى وهى :

"إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى" فهى تشمل المباني والأراضي المعدة للبناء فى المدن والقرى. ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى.

40- المقصود بالمباني :

يقصد بالمباني كل مجموعة من المواد أيا كان نوعها خشبا أو حجارة أو حديد اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان.

ويجب أن يكون هذا البناء عقارا بالمعنى القانونى، أى مستقرا بحيزه ثابتا فيه لا يمكن نقله بدون تلف حيث إن الشفعة لا تجوز إلا بالنسبة للعقارات⁽¹⁾.

وعلى ذلك لا تعتبر الخيمة أو الكشك أو الحظيرة أو الحجرات الخشبية من النوع المعد للتركيب، من المباني.

أما إذا كانت من النوع الثابت الذى يتلفه النقل فإنها تكون قانونا مبان عقارية⁽²⁾.

وبستوى أن يكون البناء فى المدن أو القرى، داخل الكردون أو الحيز العمرانى

الشفعاء، إذ يأتى بعد مالك الرقبة والشريك وصاحب حق الانتفاع.

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 350.

(2) المستشار عزت حنوره ص 54.

أو خارجه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن الاستئناف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية لتتظروها وفقا لما تقتضى به المادة 233 من قانون المرافعات لا على أساس ما كان مقدما فيها من أدلة ودفع وأوجه دفاع أمام محكمة أول درجة فحسب. بل أيضا على أساس ما يطرح منها عليها ويكون الطرفان لم يبدياه أمام محكمة أول درجة، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأحقيته في أخذ العقار المبيع سالف الذكر بالشفعة استنادا إلى أنه يمتلك أرضا ملاصقة للأرض المقام عليها المبنى موضوع النزاع وهى من الأراضى المعدة للبناء وكان الحق فى الشفعة يثبت وفقا للمادة 5/936 من القانون المدنى للجار المالك إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى، فإن الحكم المطعون فيه إذ حجب نفسه عن بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، يكون قد شابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 819 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/15 - غير منشور)

إلا أنه إذا كان المبنى خارج نطاق الكردون فى المدينة أو الحيز العمرانى للقرية، فإن العبرة فى تصنيف العقار بأنه بناء أو أرض غير معدة للبناء، هى بالنظر إلى السمة الغالبة على العقار كله استهداء بطريقة استغلاله أو بما أعد له. فإذا كان المبنى لا يعدو أن يكون بضع حجرات لا تشغل سوى جزءا ضئيلا من الأرض التى يتبعها هذا البناء. وكانت هذه الأرض مستغلة فى الزراعة بينما أعد ذلك المبنى ليكون استراحة للعاملين أو المشرفين على الزراعة أو حتى بالمتعلقات

(1) محمد على عرفه ص 420 - السنهاورى ص 743.

الزراعية كانت السمة الغالبة على العقار برمته بما فيه المبني أنه أرض زراعية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم قد اعتبر الأرض غير معدة للبناء فلا يكفي للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة قد أقام ذلك على أن المنطقة التي تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (في فهم معنى الإعداد للبناء قانوناً)".

(طعن رقم 42 لسنة 17 ق جلسة 1948/6/10)

41- المقصود بالأرض المعدة للبناء :

الأراضي المعدة للبناء، هي الأراضي الداخلة في نطاق المدن (الكردون) أو القرى (الحيز العمراني)، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة⁽²⁾. وعلى ذلك فإن وجود الأرض داخل كردون المدينة أو الحيز العمراني للقرية قرينة قانونية قاطعة على أن هذه الأرض معدة للبناء دون أي اعتبار للحالة التي هي عليها فعلاً أي حتى لو كانت مستغلة بالزراعة⁽³⁾.

ولبيان ما إذا كانت الأرض المعدة للبناء داخلة في كردون المدينة أو الحيز العمراني للقرية، يتعين الرجوع إلى الخرائط التي وضعتها الحكومة لتحديد الكردون أو الحيز العمراني، في ضوء القوانين المنظمة لذلك وما صدر بشأنها من قرارات تنفيذية⁽⁴⁾.

(1) المستشار عزت حنوره ص 54 وما بعدها - في هذا المعنى السنهاوري ص 743 هامش

(2) وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 420.

(3) المستشار عزت حنوره ص 55- محمد على عمران ص 117- عبد المنعم الصده

ص 412 - الدكتور حسام الدين الأهواني الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية

ص 138 وما بعدها.

(4) السنهاوري ص 743 - محمد كامل مرسى ص 246.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... والأصل في اعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التي وضعتها الحكومة تحديدا لنطاق المدينة أو القرية في ضوء القانونين سالفى الذكر وما صدر بشأنهما من قرارات تنفيذية".

(طعن رقم 248 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/24)

أما الأراضي الكائنة خارج كردون المدن أو الحيز العمراني للقرى، فتتحدد طبيعتها بحسب حقيقة استغلالها، فإذا كان البائع قد أعدها بالفعل لكي تكون أرض بناء، فإنها تعتبر أرضا معدة للبناء.

ولا يفرق في هذا الصدد بين الأراضي الصحراوية وغيرها، فإن كانت الأرض الصحراوية مقسمة لتجهيزها للبناء فهي أرض بناء⁽¹⁾.

غير أنه بالنسبة للأراضي الخارجة عن الكردون أو الحيز العمراني، يجب على من يدعى أنها معدة للبناء إثبات ذلك، إذ لا توجد قرينة مطلقة هنا.

والعبرة في تحديد وصف الأرض بأنها معدة للبناء أو غير ذلك هي بحالتها وقت البيع دون الالتفات إلى الاستغلال اللاحق أو الغرض من الشراء. فإن كانت أرضا زراعية قصد المشتري إعدادها للتقسيم والبناء فإنها في مفهوم الشفعة تكون أرضا زراعية لأن لا عبرة بنية المشتري وإنما العبرة بالحالة التي تكون عليها فعلا وقت التصرف المرتب للشفعة. أي أن العبرة بالتخصيص الحالي للأرض، لا بالتخصيص الاحتمالي لها⁽²⁾.

ولا يقدح في ذلك ربط ضريبة الأطيان على هذه الأراضي، لأن ربط الضريبة عمل إداري، لا إرادة للأفراد عليه وأنه يرجع إلى طبيعة استغلال الأراضي وليس لطبيعة الأرض نفسها، وبالتالي فهو لا يغير من طبيعتها.

(1) السنهاوري ص 743 - عبد المنعم الصده ص 412.

(2) محمد حسام الأهواني ص 139 - المستشار عزت حنوره ص 55 وما بعدها.

كما أن ربط هذه الضريبة على قطعة أرض لا يقوم في ذاته بحسب المعايير السليمة دليلاً قاطعاً على أنها تعتبر في طبيعتها من الأراضي الزراعية⁽¹⁾.

ولا يكفي إعداد الأرض إعداداً فعلياً للبناء، بل يجب أن يكون ذلك في حدود ما تسمح به القوانين واللوائح. خاصة التشريعات التي تستهدف بها الدولة المحافظة على الرقعة الزراعية عن طريق حظر ترك الأرض بغير زراعة أو تبويرها (مادتان 151، 155 من قانون الزراعة رقم 53 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 2 لسنة 1985)، وحظر إقامة مبان أو منشآت في الأراضي الزراعية أو اتخاذ أية إجراءات في شأن تقسيم الأراضي لإقامة مبان عليها (م 152 من القانون رقم 53 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 116 لسنة 1983). ويعتبر هذا القانون في حكم الأراضي الزراعية الأراضي البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية⁽²⁾.

وكون الأرض غير الداخلة في نطاق كردون المدينة أو الحيز العمراني للقرية، قد أعدت فعلاً للبناء أم لا، مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع، دون معقب عليه من محكمة النقض.

ولا تكون الأرض معدة للبناء إذا كانت المنطقة التي تقع بها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل.

(راجع نقض طعن رقم 42 لسنة 17 ق جلسة 1948/6/10 - منشور بيند 40)

42- يشترط للأخذ بالشفعة التلاصق بين العقارين :

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به متلاصقين من جهة واحدة.

غير أنه لا يشترط أن يكون التلاصق بالبناء المشفوع فيه، بل تكفي

(1) نبيل سعد ص 351.

(2) نبيل سعد ص 352.

الملاصقة بالأرض التي عليها البناء. وهذا واضح من تقرير الشفعة في الأراضي المعدة البناء. فإذا كان منزلاً مقاماً في وسط أرض، وبيعت الأرض والمنزل تثبت الشفعة فيها لكل جار ملاصق للأرض.

فإذا كان المبيع داراً لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان تثبت الشفعة⁽¹⁾. ويرى البعض أن للقاضي أن يقدر في كل حالة ما إذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة⁽²⁾، ومقتضى هذا القول أنه يكون للقاضي أن يرفض الحكم بالشفعة إذا لم يكن التلاصق بامتداد كاف يبررها في تقديره.

وهذا الرأي فضلاً عما فيه من إفساح المجال للتحكم وما يستتبعه ذلك من تناقض بين الأحكام في الحالات المتشابهة، فإنه مخالف أيضاً لما هو ثابت عند علماء الحنفية الذين انفردوا بتقرير شفعة الجار من أنه لا عبرة بامتداد مكان الملاصقة، فالملاصق في طول متر من حد كالملاصقة من الحدود الأربعة، بل إن الملاصقة تتحقق ولو قصرت حتى لم تجاوز شبراً⁽³⁾.

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض. إذ قضت بتاريخ أول أبريل سنة 1954 في الطعن رقم 206 لسنة 21 ق بأن :

"لما كانت المادة الأولى من ديكريته 23 مارس سنة 1901 المنطبق على واقعة الدعوى قد اشترطت في فقرتها الأولى لثبوت الشفعة للجار المالك أن تكون أرض هذا الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل، وكان الشارع قد استمد شفعة الجار من فقه الحنفية مكملاً بما أورده في المادة الأنف ذكرها من شروط، وكان الرأي في هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفي ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات في حق الشفعة - لما كان ذلك - فإنه يكون مخالفاً للقانون وللمصدر الذي

(1) محمد كامل مرسى ص 232 - محمد على عرفه ص 420.

(2) محمد كامل مرسى ص 232.

(3) محمد على عرفه ص 419 وما بعدها.

استمد منه الشارع شفعة الجار أن يضيف الحكم المطعون فيه إلى القيود التي أوردها النص قيوداً لم يرد فيه بأن يشترط لثبوت الشفعة للجار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف في حين أنه من المقرر في قواعد التفسير أن لا مساغ للاجتهاد في النص، وأن المطلق يجرى على إطلاقه⁽¹⁾.

ولا يشترط أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة، بل يكفي أن تحقق مع العقار الذي بيع جميعه، أو بيع جزء منه وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقاً. فإذا بيع من دار جانب معين منها، كان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعة، لا فرق في ذلك بين جار ملاصق لنفس الجزء المبيع وجار لا يلاصقه وإنما يلاصقه بقية الدار⁽¹⁾.

ويجب أن يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة. ولم يفرض القانون ثمة شرط آخر يتعلق بالصلة بين العقارين، لا من حيث قيمة أيهما بالنسبة للآخر أو ارتباطهما بحق ارتفاق، أو تعدد مواضع الالتصاق. ولا يشترط أن يكون العقاران بناء أو أرضاً معدة للبناء، فقد يكون أحدهما بناء والآخر أرضاً معدة للبناء، أو أن يكون كل منهما بناء أو أرضاً معدة للبناء⁽²⁾.

43- الشفعة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لملاك متعددين :

الغالب أن يكون الالتصاق في البناء أفقياً بمعنى أن يكون التلاصق من الجهة البحرية أو القبلية أو الشرقية أو الغربية، إلا أنه يصح أن يكون رأسياً، بمعنى أن يكون التلاصق من أعلى أو من أسفل.

وهذا يتحقق في ملكية الطبقات والشقق المملوكة لملاك متعددين. فيكون التلاصق بين الطبقات بين مبنى الطبقة من أعلاها أو من أسفلها. فالطبقة العليا تلاصق التي تحتها، والطبقة الوسطى تلاصق كلا من التي تعلوها والتي أسفلها،

(1) محمد على عرفه ص 421 - السنهاوى ص 246.

(2) حسام الدين الأهواني ص 139.

أما الطبقة الدنيا فلا تلاصق سوى الطبقة التي تعلوها.

ومن ثم إذا بيعت الطبقة العليا، قام حق الشفعة بالجوار لصاحب الطبقة التي تحتها مباشرة دون التي تليها من أسفل. وإذا بيعت الطبقة الوسطى ثبت حق الشفعة لمالك الطبقة التي تعلوها ومالك الطبقة التي أسفلها⁽¹⁾.

وإذا كان المبنى مقسم إلى شقق لكل منها مالك، فإن حق الشفعة يثبت بالجوار الرأسى كما ذكرنا بالنسبة لملكية الطبقات، ويضاف إليه ثبوت حق الشفعة لكل جار تلاصق شقته للشقة المبيعة أفقياً أى تلاصقها تماماً، ولكن لا تثبت الشقة لمالك شقة أخرى غير ملاصقة للشقة المبيعة تكون الشفعة لصاحب الشقة التي تعلو الشقة المبيعة، ولصاحب الشقة التي أسفلها ولصاحب الشقة الملاصقة لها⁽²⁾.

ويذهب رأى فى الفقه إلى أبعد من ذلك، ويقيم شفعة أصحاب الطبقات والشقق لا على مجرد الجوار الرأسى، ولكن أيضاً على الشركة فى الشئوع. ذلك بأن أبنية الطبقات والشقق تقوم كلها على الأرض، والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات، وتنص المادة 1/856 مدنى صراحة فى هذا المعنى على أنه: "إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض"، فصاحب الطبقة أو الشقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة فى الأرض التي أقيمت عليها طبقته فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة فى الأرض فى الطبقة أو الشقة التي بيعت والشئوع هنا إجبارى لا يستطيعون أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصوا جزئياً.

ويترتب على ذلك أن صاحب الطبقة أو صاحب الشقة يكون شافعياً فى كل

(1) محمد كامل مرسى ص 238 - السنهورى ص 752 - عبد المنعم الصده ص 413 -

على عرفه ص 424.

(2) رمضان أبو السعود.

الطبقات أو الشقق الأخرى، ولو لم تكن ملاصقة لطبقته لأنه لا يشفع باعتباره جار ملاصقا، وإنما يشفع باعتباره شريكا فى الشيوخ فى الأرض التى أقيمت عليها الطبقات⁽¹⁾.

وحتى إذا لم تكن الأرض المقامة عليها البناء مملوكة لأصحاب البناء، فإن صاحب الطابق أو الشقة يكون له حصة شائعة فى حق القرار بالبناء على هذه الأرض يبرر له الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

أما بالنسبة لصاحب الأرض الذى لم يتخل عن ملكيتها لأصحاب البناء، فإنه لا يعدو أن يكون مالكا لرقبة الأرض فقط، إذ أن منفعتها مثقلة بحق القرار بالبناء. ولذا يحق له بهذه الصفة أن يطب الأخذ بالشفعة فى بيع البناء القائم على أرضه، كله أو فى بيع حصة شائعة فيه أو جزء مفرز منه.

وهذا رأى رغم وجاهته فهو ليس رأى الراجح⁽³⁾.

غير أنه يحد من إمكانية صاحب الأرض فى طلب الأخذ بالشفعة فى بيع إحدى الوحدات المبنية المقامة عليها، حينما يكون هو الذى أقام البناء أصلا وقام بتمليكه إلى مشتريين، ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من أن قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تملك طوابقه وشققه بطريق البيع، يعد نزولا منه عن حقه فى أخذ الطوابق والشقق عند إعادة بيعها بالشفعة، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصل فى نظام تملك الطوابق والشقق⁽⁴⁾.

(أنظر فى التفصيل بند 152).

44- الشفعة فى البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض :

(1) السنهاورى ص 753- فى هذا المعنى محمد على عرفه ص 424- المستشار عزت حنوره ص 84 وما بعدها.

(2) المستشار عزت محمد حنوره ص 84 وما بعدها.

(3) السنهاورى ص 814.

(4) المستشار عزت محمد حنوره ص 85.

تجوز الشفعة في البناء، ولو بيع مستقلا عن الأرض المقام عليها، ولا يوجد ما يمنع المالك الذي لا يملك إلا البناء من أن يشفع في العقار المبيع، فإذا بيعت أرض مع البناء الذي عليها، أو بيعت الأرض من غير البناء، أو إذا بيع البناء من غير الأرض، كما إذا باع صاحب الطابق الثاني من منزل - لا يملك فيه الطابق الأسفل - طابقه، فإنه يجوز للجار، سواء كان مالكا للأرض وما عليها من البناء، أم للبناء فقط، أن يطالب بالشفعة إذا توافرت لديه شروط الجوار بالنسبة إلى ما يشفع فيه، وذلك لأنه بالنسبة إلى العقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا، والمادة 936 صريحة في جواز الشفعة في البناء، إذ جاء فيها عند الكلام في أحوال الجار أن الشفعة تثبت للجار "إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء"، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض.

وبالنسبة إلى العقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص أيضا عقار الشفع، فالنص صريح كما قلنا - في أن حق الشفعة يثبت للجار المالك "إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء".

يضاف إلى ما تقدم أن القول بعدم إجازة الشفعة في البناء يتعارض مع الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة بالنسبة إلى الضرر الذي يقع ممن ينتقل إليه البناء المبيع ويتأذى منه الذي يريد المطالبة بالشفعة. وإذا كان طالب الشفعة لا يملك إلا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذي يلحقه ممن انتقل إليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذي يلحق مالك الأرض.

ولذلك فإنه بيع عقار فإنه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ولمالك البناء المجاور (إن لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد) أن يطالب بالشفعة⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 235 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 414 - عبد المنعم

البراوي ص 347 - الدكتور لاشين محمد يونس الغاياتي التزام بين الشفعاء عند تعددهم في

الفقه الإسلامي والقانون المدني بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا =

= العدد 16 لسنة 1423 هـ - 2003 م الجزء الأول ص 17 - وعكس ذلك أحمد فتحى

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

"إن عقد البيع غير المسجل يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع وبالوفاء به يصبح المبيع في حيازة المشتري له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشتري بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارا ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء. ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل. ذلك أن الشفع مـشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه وإنما يقيمه على ملكية البناء استقـلالا عن الأرض. كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالاتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الاتصاق إنما يقرر في صالح الأرض قرينة غير قاطعة لإثبات العكس، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار. فمناطق تطبيق قواعد الاتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء، فحيثما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الاتصاق وفقا لأحكام المادة 65 من القانون المدني القديم، ووجب اعتبار البناء عقارا مستقلا عن الأرض وملكا خالصا لمن أقامه. ولانزاع في أن البائع، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشتري حيازة المبيع، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل

زغلول في شرح القانون المدني ص 86- عبد السلام ذهني في الأموال ص 681 فيريبطان بين الأرض والبناء الذي يقام عليها، فلا يجيزان الشفعة لمن يملك البناء دون الأرض، ولا يجيزانها في البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض.

البقاء والقرار".

(طعن رقم 31 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/12)

45- هل يجوز للمنتفع والمحتكر أخذ البناء بالشفعة ؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه لا يجوز للمنتفع أو المحتكر، طلب أخذ العقار المجاور بالشفعة لعدم توافر حكمتهما وهى التضرر من الجوار على الدوام، ذلك لأن حق المنتفع على ما يحدثه فى الأرض من بناء هو بالضرورة حق مؤقت يزول بزوال حق الانتفاع، ثم تؤول هذه المباني عندئذ إلى مالك الأرض الذى يلتزم بتعويض المنتفع وفقا لأحكام الالتصاق.

أما بناء المحتكر على الأرض المحكرة وإن كان له حق البقاء والقرار، فإن بقاء هذا الحق مرهون بالمصلحة وقيام المحتكر بدفع أجرة الأرض المحكرة، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان سقط حق القرار وأزيل البناء، ولذا لا يماثل حق المالك فى بقائه ودوامه، فلا يكون مثله فى أحكامه. هذا فضلا عن أن التحكير أصبح مؤقتا بمدة لا تزيد على ستين سنة (م999)، ومن ثم فلا يتوافر بالنسبة إلى المحتكر ضرر بالجوار على الدوام.

وإذا كان ذلك فإن لا يستقيم وصف المحتكر أو المنتفع بأنه "جار مالك" إذ أن صفة المالك لا تثبت إلا لصاحب الحق الدائم، وهو ما لا يصدق على أى منهما. هذا فضلا عن أنه لا يجوز أن تثبت الشفعة فى حق دائم، وهو حق الملكية، لصاحب حق مؤقت كالانتفاع والحكر، إلا فى الحالة الاستثنائية التى قررها القانون، وكان قصد المشرع منها جمع عناصر الملكية فى يد واحدة.

وظاهر أن طالب الشفعة هنا لا يبتغى تحقيق هذا القصد، بل إنه يرمى إلى اكتساب حق دائم على ملك الغير، بينما حقه الذى يشفع به مصيره الحتمى إلى الزوال، وما لهذا شرعت الشفعة بما فيها من مصادرة للملكية وعدوان على حرية المالك فى التصرف فى ملكه. ويستطرد هذا رأى أن ما يقول به يتفق تماما مع

اتجاه المشرع فى التقنين المدنى الجديد، حيث ذهب إلى التضييق من نطاق شفعة المنتفع والمحتكر إلى أبعد الحدود، فلم يجعل المنتفع شفعيا إلا فى الجزء من ملكية الرقبة الملاصق لحقه، كما أنه قصر حق المحتكر فى الشفعة على ملكية الرقبة، وتلك أوضاع استثنائية بحته لا يسوغ بحال التوسع فيها⁽¹⁾.

غير أن الرأى الغالب يذهب إلى أنه يحق للمنتفع والمحتكر أخذ مبنى المجاور له بالشفعة، شأنه شأن صاحب العلو، تأسيسا على أن لهما حق القرار، ويملكان البناء⁽²⁾.

46- لا يجوز للمستأجر الذى أقام بناء الأخذ بالشفعة :

إذا أقام المستأجر بناء على الأرض المؤجرة مملوكا له فلا يجوز له أخذ مبنى ملاصق بالشفعة، ذلك أن حق المستأجر على المباني التى أنشأها على العين المؤجرة لا يعدو أن يكون حقا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقا بوصفها مالا ثابتا إلا فترة محددة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير يأخذ العقار المبيع بالشفعة

(1) محمد على عرفه ص 422.

(2) محمد كامل مرسى ص 240 وما بعدها - السنهورى ص 747 هامش (1) - عبد المنعم الصده ص 413 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 347 وما بعدها - نبيل سعد ص 353 - ويرى البعض أنه فى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض، وله أيضا أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حق عينى فى عقار فيكون عقارا متميزا عن رقبة الأرض. وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معا، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض، فيشفع بالبناء مقترنا بحق القرار على الأرض فيكفى أن تكون الأرض دون البناء هى الملاصقة للعقار المشفوع فيه (السنهورى ص 747 هامش (1) - المستشار عزت حنوره ص 64) - ويرى البعض الآخر أن فى ذلك توسعا ليس له ما يبرره خاصة وأن الشفعة وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها.

باعتباره جارا مالكا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان للمحتكر وفق النظام المقرر فى الشريعة الإسلامية أن يشفع ببنائه إلا أنه لا يصح أن تقاس حالته على حالة المستأجر الذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها، ذلك أن المحتكر طبقا للنظام المشار إليه له حق عينى تتحمله العين فى يد كل حائز لها، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر مادام قائما بدفع أجرة المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكا أبديا بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقا شخصيا قبل المؤجر ولا يعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء".

(طعن رقم 10 لسنة 22 ق جلسة 1955/2/3)

2- "حق المستأجر على المبانى التى أنشأها على العين المؤجرة لا يعدو أن يكون حقا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقا بوصفها مالا ثابتا إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جارا مالكا".

(طعن رقم 184 لسنة 36 ق جلسة 1970/10/27)

(الحالة الثانية)

الشفعة فى الأراضى غير المبنية

وغير المعدة للبناء

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

1-.....

2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق

الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من

القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

وهذه الحالة تشمل الأراضى الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى.

وهى تشتمل صورتين لم يكتف المشرع فيهما بمجرد التلاصق كما هو الشأن فى

الحالة السابقة وإنما تشدد وتطلب شروطاً إضافية أخرى، ونعرض لذلك بالتفصيل

فيما يلى.

(الصورة الأولى)

تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة

مع وجود ارتفاق

فى هذه الصورة أضاف المشرع فيها إلى شرط التلاصق ولو من حد واحد،

والذى يتحقق معه الجوار بالتفصيل الذى عرضنا له، أن يكون للأرض المبيعة

حق ارتفاق على أرض الشفيع، أو أن يكون لأرض الشفيع حق ارتفاق على

الأرض المبيعة.

ونعرض لشرط التلاصق ثم لشرط الارتفاق.

47- الشرط الأول :

التلاصق من جهة :

يجب أن يكون الشفيع جاراً، أى ملاصقاً للأرض المشفوعة، وتكفي الملاصقة من جهة واحدة ومن أى ناحية من الأرض من أعلى أو من أسفل، كما هو الشأن في المباني والأرضى المعدة للبناء..
وتكفي الملاصقة في أى مساحة ولو بشبر واحد وقد عرضنا لذلك تفصيلاً في موضعه.

48- ما ينتفى به التلاصق :

ينتفى التلاصق الواجب لثبوت الحق في الشفعة بما يأتي:

(1) ملكية الشفيع لمسقة فقط مجاورة للأرض المشفوع فيها :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المادة 936 من القانون المدني قد جرى نصها على أن يثبت الحق في الشفعة للجار المالك في الأحوال الآتية : (1)..... (2) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة. (3)... ومفاده أنه يجب لقيام حق الجار في الأخذ بالشفعة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقين وأن يكون لأى من الأرضين حق ارتفاق على الأخرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في الفرضين لما كان ذلك، فإن تمسك الطاعن بملكيته للمسقة لا يجديه القول بتوافر شروط الشفيع فيه إذ أن ملكية المسقة وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق في الشفعة".

(طعن رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 1980/51/28)

2- "يتعين لتوافر الجوار كسبب للأخذ بالشفعة التلاصق المباشر بين الأرضين بحيث لا يفعل بينهما أى فاصل كطريق أو مسقاة كما يتعين لتوافر حق الارتفاق كسبب لها أن يكون لأيهما حق ارتفاق مباشر على الأخرى لا أن يشتركا فى حق ارتفاق على عين أخرى".

(طعن رقم 1274 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/13)

(2) وجود فاصل غير مملوك للشفيع بين العقارين :

وعلى ذلك إذا فصل بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام انتفى التلاصق الذى يجيز الشفعة. لكن إذا كان هذا الفاصل مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما فإن هذا التلاصق يتحقق. وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا الفاصل قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن هذا التلاصق ينتفى تماما. على أنه إذا كانت قطعة الأرض الفاصلة بين العقارين قد اقتطعها البائع من الأرض المبيعة ليحتفظ بملكيته ولا يدخلها فى البيع وذلك على سبيل التحايل لمنع الشفعة فإنه يرد عليه سوء قصده ويعطى للشفيع الحق فى إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات، فإن أفلح فى ذلك فإنه يحق له الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المصرف الذى يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين. أما إذا كان مشتركا بينهما فالتلاصق قائم".

(طعن رقم 89 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/1)

2- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر.

فإذا ما أجز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر

(1) السنهاورى ص 748 وما بعدها - نبيل سعد ص 355 وما بعدها.

الذى قصد إبطاله، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه".

(طعن رقم 105 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

3- "إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقاة الخصوصية الفاصلة بين أرض الشفعيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للاثنتين مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التى يدخل فيها نصف المسقاة فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون".

(طعن رقم 166 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

4- "إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه إليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردتها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصور او مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

ولا يوجد ما يمنع قانونا من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو ذاته الذى يتوافر به الجوار.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان كل من صاحبه الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التى اتفقا على عملها على حسابهما، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها، فإن كلا منهما فى انتفاعه بالمرور فيها إنما يستعمل حق ملكية فى النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر. ولا يوجد قانونا ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذى يتوافر به الجوار".

(طعن رقم 97 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/21)

49- الشرط الثانى :

أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المشفوع بها أو العكس.
مقتضى هذا الشرط أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض
المشفوع بها أو كان لهذه الأخيرة حق ارتفاق على الأرض المبيعة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى إذ نصت على ثبوت الحق
فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية (1) إذا كانت العقارات من المبانى أو
من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى. (2) إذا كان
للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار
على الأرض المبيعة (3) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من
جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل، فقد دلت على
أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى الحالة الأولى حيث يكون العقاران المشفوع به
والشفوع فيه من المبانى أو من الأرض المعدة للبناء أن يكونا متجاورين أى
متلاصقين من جهة واحدة دون أى شرط آخر، ومن ثم لا يثبت الحق فى الشفعة
للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المبانى أو من
الأراضى المعدة للبناء، ذلك أن الأراضى غير المعدة للبناء لا يكفى فيها للأخذ
بالشفعة مجرد التلاصق بل يجب أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو يكون
التلاصق من جهتين من اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال فى
الحالتين الثانية والثالثة فقرة (هـ) من المادة 936 سאלفة البيان".

(طعن رقم 771 لسنة 47 ق جلسة 1980/4/15)

والحكمة من الشفعة فى هذه الحالة تخليص العقارات مما يحملها من حقوق
ارتفاق باعتبارها أعباء على الملكية، فالشفعة تسمح بالقضاء على الارتفاق عن

طريق اتحاد الذمة أى بتملك كل من العقار الخادم والعقار المخدوم. فالشفعة تؤدى من جهة إلى التخلص من الارتفاق، وهذا يؤدى من جهة أخرى إلى تقادى أسباب المنازعات التى قد تنثور بمناسبة استعمال حق الارتفاق⁽¹⁾.

ولا يشترط للأخذ بالشفعة أن تؤدى الشفعة إلى تخليص العقارات مما يحملها من حقوق ارتفاق كلية بل يكفى تخليصها منها جزئيا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن النعى سديد ذلك أن مفاد النص فى المادة 936 هـ من القانون المدنى على أن للجار للمالك أن يطلب الشفعة إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة أن المشرع لم يشترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق بين العقارين إذا اجتمعا فى يد واحدة هى يد الشفيع وأن يزول هذا الحق فى الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التى تشترك فيه - فزوال - هذا الحق كلية- ليس شرطا من شروط الأخذ بالشفعة وقد استهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ريعه الارتفاق ولو جزئيا باجتماعهما فى يد واحدة وهو ما يتأدى إلى أسباب النزاع عند تعدد الملاك. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واشترط للأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق كلية، فإنه يكون قد عابه الخطأ فى تطبيق القانون وهو ما حجه عن تناول الدفع بالصورية وإنزال أثرها سلبا أو إيجابا على وقائع الدعوى مما يوجب نقض الحكم".

(طعن رقم 428 لسنة 55 ق جلسة 1991/5/29)

ولا أهمية لنوع المصدر المنشئ لحق الارتفاق، فيستوى أن يكون مصدره الاتفاق كارتفاق الشرب أو المجرى أو الصرف أو المرور، أو يكون مصدره

(1) حسام الدين الأهوانى ص 140.

الوصية أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم⁽¹⁾.

وقد ذهب رأى إلى أن حق الارتفاق الذى يجيز الأخذ بالشفعة هو حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، وبالتالي لا ينصرف إلى القيود القانونية الواردة على حق الملكية، كحق المرور فى أرض الجار للوصول إلى الطريق العام، لأن هذه القيود مصدرها القانون وهو ليس من المصادر التى يجوز أن ينشأ بها حق الارتفاق عملاً بالمادتين 1016. 1017 مدنى⁽²⁾ بينما ذهب رأى آخر إلى أن حق الارتفاق الذى يجيز الأخذ بالشفعة يشمل حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، كما يشمل القيود القانونية التى ترد على حق الملكية، إذ هى فى الحالتين تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، الأمر الذى دعا بعض الفقهاء إلى اعتبار هذه القيود ارتفاقات قانونية⁽³⁾.

وذهب رأى ثالث - نؤيده - إلى أنه يجب التفرقة بين التكليف العيني الذى يقيد حق الملاك عموماً دون تمييز بين مالك وآخر، فهذا القيد لا يعتبر فى حكم الارتفاق بل يعتبر تنظيمًا عاماً لحق الملكية وذلك قبل قيد المسافة فى فتح

(1) السنهاورى ص 756 - المستشار عزت حنوره ص 66 - وقد قضت محكمة النقض بأن: إذا كان الثابت أن الأرض المشفوع بها تروى بمرور المياه من فتحة فى ترعة إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع فيها ومنها إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع بها، وأن أرض الساقية الأولى المجاورة للترعة داخلة ضمن الأرض المبيعة، فإن الأرض المشفوع بها يكون لها، والحالة هذه، حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ذاتها لا على الساقية وحدها مادامت الساقية متصلة بالأرض والمياه التى تروى منها الأرض المشفوع بها لاتصل إلا بمرورها بالأرض التى بها الساقية ثم بئرها".

(طعن رقم 97 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/21)

(2) حسن كيره ص 560 - نبيل سعد ص 356.

(3) السنهاورى ص 756 - عبد المنعم الصده ص 415 وما بعدها - لاشين الغاياتى ص 18 - المستشار عزت حنوره ص 69.

المطلات. أما القيد الذي يقع على عقار مالك محدد ويحقق خدمة لعقار مالك آخر وذلك مثل حق المرور وحقوق المجرى والشرب والمسيل، فتأخذ حكم الارتفاق والحكمة من الشفعة في هذه الصورة وفي صورة الارتفاق بالمعنى الدقيق واحدة وهي التخلص من عبء الحق المقرر للعقار المجاور أو من حيث درء أسباب المنازعات بين الجيران⁽¹⁾.

وتسوى المادة في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوعة على الأرض الشافعة، وبين أن يكون للأرض الشافعة على الأرض المشفوعة، وقد كان هذا هو حكم المادة الأولى من قانون الشفعة الملغى⁽²⁾.

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الأولى من قانون الشفعة تسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوعة على الأرض الشافعة وبين أن يكون للأرض الشافعة على الأرض المشفوعة.

وعلى ذلك فلا يجدى الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفيع على الأرض المشفوعة في حين أن الثابت أن حق الارتفاق هو للأرض المشفوعة على أرض الشفيع".

(طعن رقم 52 لسنة 17 ق جلسة 1948/5/3)

ولا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المشفوع بها أو الأرض المشفوع فيها تشترك فيه أراضي أخرى. كما لو كان طريقا عليه حقوق ارتفاق بالمرور لعدة ملاك. لأنه إذا كانت الشفعة في هذه الصورة سوف لا تؤدي إلى زوال الارتفاق نهائيا، إذ أن الارتفاق سيبقى على كل حال لمصلحة الأراضي الأخرى، فلا أقل من أن تكون خطوة في سبيل زوال

(1) حسام الأهواني ص 140.

(2) محمد على عرفه ص 525.

الارتفاق⁽¹⁾.**وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :**

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بأحقية المطعون ضدهم الأربعة الأول فى أخذ أرض النزاع بالشفعة إلى ما ورد فى تقرير الخبير الذى ندبته محكمة الاستئناف من أن الأرض المشفوع فيها زراعية وأن لها حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع بها الملاصقة لها، مما يسوغ طلب الأخذ بالشفعة طبقا لنص البند الثانى من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى الذى يجعل حق الارتفاق سببا للأخذ بالشفعة إذا تعلق بالأرض المبيعة أو بأرض الجار، فمن ثم يكون الحكم فيما انتهى إليه سديدا، ولا ينال منه إغفاله الرد على دفاع الطاعنين - بأن حق الارتفاق بالرى على الأرض المشفوع بها ليس قاصرا على الأرض المشفوع فيها بل تشترك فيه أراضى أخرى مما لا يجوز معه طلب الشفعة - إذ لا عبرة باشتراك الغير فى حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها على الأخرى فى تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لم يشترط أن يكون هذا الحق مخصصا لإحداهما على الأخرى وحدها. هذا إلى أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المروى لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به بل تظل جزءا من هذا العقار، إذا فمتى كان هذا الدفاع لا يستند إلى أساس قانونى صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يعد قصورا مبطلا له. ويكون النعى بهذا الخصوص على غير أساس".

(طعن رقم 593 لسنة 55 ق جلسة 1990/1/4)

(1) محمد كامل مرسى ص 251 - محمد على عرفه ص 427 - عبد المنعم البدرأوى ص 416

- منصور مصطفى منصور ص 318.

50- التنازل عن حق الارتفاق :

رأينا أن الحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الصورة أن حق الارتفاق الذى يشكل عبئا ثقيلًا بجمع الأرضين اللتين يربط بينهما حق الارتفاق فى يد واحدة. ولذلك فإن انقضاء حق الارتفاق لأى سبب من الأسباب من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة.

فإذا نزل المشتري عن حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة المشفوع فيها فإنه لا يضحى هناك مبرر للشفيع فى الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هى التى لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها، وعرض المشتري أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التى يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه، فإن ذلك يجوز، ولكن بشرط ألا يطلب المشتري مقابلا للأرض التى ينزل عنها للشفيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه لما كانت الشفعة سببا لكسب الملكية تثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشتري التنازل عن أرض المسقاة التى يدعى الشفيع أن له ارتفاقا عليها وعن حق الارتفاق المثقلة به العين المبيعة مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع إذ لا سند فى القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض.

(طعن رقم 158 لسنة 18 ق جلسة 1950/3/30)

غير أنه يشترط لينتج هذا التنازل أثره وهو عدم جواز الأخذ بالشفعة توافر شرطين:

الأول: أن يكون هذا النزول قد تم شهره. وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر

(1) محمد على عرفه ص 426 - نبيل سعد ص 357 - عبد المنعم الصده ص 416.

العقارى رقم 114 لسنة 1946.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 الذى حصل التنازل وقت سريانه. وإذن فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بعدم الاعتداد بتنازل المشتري عن حق الارتفاق المقرر للعين المشفوع فيها على العين المشفوع بها متى كان هذا التنازل لم يشهر سواء حصل قبل رفع دعوى الشفعة أن بعد رفعها".

(طعن رقم 187 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/17)

2- "وجوب أن يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون فهو لا يتم إلا إذا كان قد أشهر وفقا لقانون الشهر العقارى 114 لسنة 1946 ولا يغنى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق فى دعوى الشفعة بعد رفعها ذلك أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ويحل محل المشتري فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة- مما يسوغ الالتفات عما يقرره الطاعن فى مذكرة دفاعه أمام محكمة الاستئناف من أن البائع له قد سبق له التنازل عن حق الارتفاق بالرى من المسقاة الفاصلة وأن دليله على ذلك هو إنشاء المسقاة الأخرى التى اشتراها الطاعن لرى الأرض دون أن يقدم ما يثبت حصول شهر هذا التنازل قبل رفع الدعوى".

(طعن رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/28)

ثانيا : أن يتم التنازل قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة:

يجب أن يتم التنازل عن حق الارتفاق، قبل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة لأن عناصر الشفعة تكون قد تكاملت بهذا الإعلان ويحل الشفيع محل المشتري فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك

وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانونى يترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

(راجع طعن رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/28 المنشور سلفاً فى هذا البند)

(الصورة الثانية)

تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل

هذه الصورة تفترض شرطين هما :

- 1- ملاصقة أرض الجار للأرض المبيعة من جهتين.
- 2- أن تساوى أرض الجار من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

ونعرض لهذين الشرطين فيما يلى.

51- الشرط الأول :

أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين :

(1) السنهاورى ص 760- نبيل سعد ص 357- وهناك رأى يذهب إلى أنه يجوز النزول عن حق الارتفاق قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري (عبد المنعم الصده ص 416- منصور مصطفى منصور ص 318 وما بعدها - عبد المنعم البدروى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى 1954 ص 436).

وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن النزول حائز قبل رفع الدعوى (محمد كامل مرسى ص 251).

ويقصد بذلك أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المبيعة من حدين مختلفين من الحدود الأربعة: الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب. ويستوى أن تكون الملاصقة في حدين متجاورين كالشمال والشرق، والغرب والجنوب، أو غير متجاورين كالشرق والغرب والشمال والجنوب. وتكفي الملاصقة في كل من الحدين في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد. ولكن لا يكفي التلاصق في حد واحد ولو كان التلاصق في نقطتين من هذا الحد، بل ولو كان على طول هذا الحد الواحد بأكمله⁽¹⁾.

والتلاصق من جهتين وصف يرد على الأرض المشفوع بها وليس على الأرض المشفوع فيها. فيجب أن يكون التلاصق بين هاتين الأرضين واقعا في جهتين من جهات أرض الجار الشفيع، إذ النص يسند هذا الشرط - كشرط القيمة - كما سنرى - إلى هذه الأرض، فهي الأرض التي ركز الشارع اهتمامه في تحديد أوصافها، لأن الشفعة إنما شرعت مراعاة لظروف صاحبها وهو الجار الشفيع⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الأولى من قانون الشفعة بنصها على جواز الشفعة "إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل" قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة في تقدير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار (الشفيع) من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها، إذ هي قد أسندت الملاصقة إلى أرض الجار (الشفيع) واشترطت أن

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكي دروس في الحقوق العينية الأصلية طبعة 1976 ص 434

- السنهاورى ص 761 - عبد المنعم الصده ص 417 - نبيل سعد ص 358.

(2) محمد على عرفه ص 429 - عبد المنعم البدرأوى ص 350.

يكون ثمن هذه الأرض مساويا نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل. وهذا وذاك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها، مما يقتضى القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضا وصف وارد على الأرض المشفوع بها لا على الأرض المشفوع فيها. يؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار، ومقتضى هذا أن الجار المقصود درء الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار".

(طعن رقم 31 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/7)

كما قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان يبين من الحكم أنه بنى قضاءه بعدم جدية منازعة المشتري في جواز ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين على إقرار المشتري الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاوز القدر المبيع من الحدين الشرقى والغربى وعلى تسليم المشتري بهذا الجوار في صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها وعلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التى تجاوز الأرض المشفوع فيها من حدين، فإن هذه الدلائل التى أوردها الحكم كافية لحمل قضائه في هذا الخصوص ويكون النعى عليه بالقصور ومخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم 15 لسنة 21 ق جلسة 1953/2/19)

52- عدم توافر التلاصق بجهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع بها بقطعتين منفصلتين :

يجب أن يكون التلاصق من جهتين لقطعة واحدة من الأرض يملكها الشفيع، فلا يتحقق التلاصق من جهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بقطعة من الأرض ويجاورها من جهة أخرى بقطعة أخرى. إذ أن النص قد ذكر كلا من أرض الجار والأرض المبيعة بصيغة المفرد، ومن ثم فإن التلاصق من جهتين يجب أن يقع بين عقارين، ولا يصح أن يكون بين ثلاثة عقارات يشفع الجار بعقارين منها. ولا يقدر في صحة هذا النظر أن الحكمة من تقدير الشفعة للجار تنهض بجواز الشفعة في هذه الصورة التي نستبعداها، لأن الشفعة في الأصل من الحقوق غير المستحبة فهي قيد يرد على حرية التصرف، فيجب على القاضى أن يضيق دائرة تطبيقها، ومادام القانون يحتم أن تكون الأرض المشفوع بها تجاور الأرض المشفوعة من جهتين فلا يمكن الحكم بالشفعة لشخص يملك قطعتي أرض كل واحدة منها تجاور الأرض المشفوعة من جهة واحدة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نص المادة 396 من القانون المدنى يدل على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقدير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها، إذ أسند التلاصق بالشروط التى ذكرها إلى أرض الجار. ولما كان التلاصق من جهتين وصفا واردا على أرض الشفيع بصيغة الفرد، فإن هذا الوصف لا يتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما فى إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع ركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما

(1) محمد كامل مرسى ص 243 وما بعدها - محمد على عرفه ص 76- عبد المنعم الصده ص 418 - المستشار عزت حنوره ص 429 وما بعدها.

يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لا يؤدي إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكها، ذلك لأن الشفيع إنما يستند في شفيعته في هذا الغرض إلى عقارين منفصلين فلا يصدق على أى منهما وصف المجاورة من جهتين".

(طعن رقم 405 لسنة 51 ق جلسة 1982/3/2)

53- لا يمنع من الشفعة وجود بين الأرضين طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية :

إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين إذ أن الشفيع يكون مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه.

كما يكون المشفوع فيه مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف، ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه أيضا، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين. وعلى الأساس تكون الشفعة جائزة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين. إذ الشفيع يكون مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه، كما يكون المشفوع ضده مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين، وعلى هذا الأساس تكون الشفعة جائزة".

(طعن رقم 31 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/7)

54- وجوب ثبوت ملكية الشفيع من الجهتين قبل طلب الشفعة :

يجب أن تكون ملكية الشفيع ثابتة من الجهتين قبل طلب الشفعة. فإذا كان ملكه لم يثبت في إحدى الجهتين إلا بعد طلبها، تعين رفض دعوى شفيعته⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

"التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه. فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية، حتى إذا ما تحقق هذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي. فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلاً) بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد فإنه يكون قد أخطأ".

(طعن رقم 41 لسنة 18 ق جلسة 1949/12/22)

55- التحايل لمنع التلاصق :

لما كان الشرط الأساسى لثبوت الشفعة بالجوار هو اتصال لملك الشفيع بالعقار المبيع، فقد درج الناس منذ القدم على التحايل لمنع التلاصق، وبالتالي لمنع الشفعة بإهدار شرط التلاصق.

ويتحقق هذا التحايل إذا احتفظ البائع لنفسه بقطعة صغيرة من الأرض، أو إذا باع البائع أرضه إلا جزءاً فاصلاً بين العقارين وهبه للمشتري أيضاً ليفوت على الجار حق الشفعة⁽²⁾.

وإذا ثبت التحايل لإسقاط الشفعة، فإن ذلك يكون غشاً نحو القانون إذ الغاية

(1) محمد على عرفه ص 429.

(2) محمد كامل مرسى ص 261 - عبد المنعم البدرأوى ص 355.

منه سلب حق قرره القانون، وهو عمل غير مشروع فلا يعتد به. ويحكم للشفيع بحق الشفعة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه عليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردتها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

2- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر. فإذا ما أجاز التحيل لإبطالها كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه".

(طعن رقم 105 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

ولما كان التحايل غشاً فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بما فى ذلك البينة والقرائن⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 749- محمد على عرفه ص 434 - محمد كامل مرسى ص 264 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 354 - وهناك رأى فى الفقه الإسلامى يقول به أبو حنيفة والشافعى بأنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة، وهى من الحقوق غير المستحبة وقد أخذت بذلك بعض المحاكم استئناف وطنى 4 يناير سنة 1898 - دشنا 29 مارس سنة 1899- استئناف مختلط 14 نوفمبر سنة 1894.

(2) محمد كامل مرسى ص 265- محمد على عرفه ص 434.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا يعيب الحكم أنه استند في ثبوت الاحتيال قبل الطاعن على أحكام صدرت بعد رفع دعوى الشفعة وبعد انقضاء مواعيدها المقررة قانوناً متى كان استناده قائماً على استخلاص عناصر الاحتيال من الوقائع الثابتة في تلك الأحكام وكانت هذه الوقائع سابقة على رفع دعوى الشفعة ومعاصرة لها".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

56- الشرط الثاني :

أن تكون قيمة أرض الشفيع لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها :

يجب ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها. وهذا الشرط استحدثه المشرع بقانون الشفعة الملغى، وذلك لمنع المضاربة بالشفعة التي استفحل أمرها في ظل أحكام القانون المدني القديم حيث كان صغار الفلاحين يتقدمون بطلب أخذ مساحات كبيرة بالشفعة استناداً إلى مجاورتهم إياها بقطع صغيرة جداً محصورة بينها، ولم تكن شفعتهم جدية بل كانت وسيلة لاستغلال كل من البائع و المشتري بابتزاز النقود منهم في مقابل التنازل عن الشفعة⁽¹⁾. وقد أقر المشرع هذا الشرط في القانون المدني الجديد، بعد أن استقر الرأي على إبقاء شفعة الجار على ما كانت عليه في قانون الشفعة الملغى. وفيما يتعلق بأرض الشفيع تكون العبرة بقيمتها الحقيقية وقت إبرام البيع، فيجب أن تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المباعة على الأقل، بصرف النظر عن الثمن الذي كان هذا الشفيع قد اشتراها به، لأنه في وقت البيع يجب أن تتوافر شروط الشفعة.

(1) محمد كامل مرسى ص 222 وما بعدها - محمد على عرفه ص 430.

وفيما يتعلق بالأرض المبيعة، فالعبرة بالثمن الحقيقي الذي بيعت به، ولو كان المشتري قد وقع ثمنا يزيد على قيمتها الحقيقية لأن له مصلحة خاصة في الحصول عليها، وصريح النص يؤدي إلى ذلك. ينهض بها أن الأرض المبيعة يجب أن ينظر إلى قيمتها بالنسبة إلى المشتري لأنه المشفوع ضده، ولأن الثمن الذي يدفعه هو الذي يلتزم الشفيع بتقديمه لإمكان الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

ولا يعتد في هذا الخصوص بمساحة الأرضين. فقد تكون مساحة أرض الشفيع منسوبة إلى مساحة الأرض المبيعة هي الربع أو الثلث مثلاً، ولكنها مع ذلك تساوي من القيمة نصف الثمن الذي بيعت به فتثبت فيها الشفعة.

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة على الشيوع لعدة شركاء وطلبوا جميعاً الشفعة فإن العبرة بقيمة الأرض كلها. أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء في الشيوع فقط، فتكون العبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها. لأن هذه الحصة الشائعة تكون هي في هذه الحالة هي الأرض المشفوع بها⁽²⁾.



(1) السنهاوري ص 764 - محمد على عرفه ص 430 - عبد المنعم الصده ص 417 وما بعدها - نبيل سعد ص 378 - رمضان أبو السعود ص 311 - الدكتور جميل الشرقاوي الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية طبعة 1974 ص 365 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 245 فيرى أنه يجب التعويل على قيمة الأرض المشفوعة وقت الشفعة لا على الثمن الذي اشترت به.

(2) المستشار مصطفى هرجه ص 65 - نبيل سعد ص 359 - رمضان أبو السعود ص 312 - عبد المنعم البدرأوى ص 351.

مادة (937)

- 1- إذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة.
- 2- وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.
- 3- فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

الشرح

57- تزامم الشفعاء :

- قد يأخذ التزامم على ضوء المادة (937) مدنى صورة من صور ثلاث هي:
- 1- التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة.
 - 2- التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة.
 - 3- التزامم بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم.
- ونعرض لهذه الصور بالتفصيل فيما يلى.

58 - الصورة الأولى :

الترامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة :

تنص المادة 1/937 مدنى على أن: "إذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 936 مدنى".

وإذن فتزامم الشفعاء من طبقات مختلفة يخضع للمفاضلة بينهم للترتيب الوارد بالمادة 936 مدنى.

فالترتيب الذى اتخذه الشارع فى المادة 936 مدنى حين أحصى الشفعاء هو

الذى يحدد مرتبة الشفع فى هذا الصدد. فمن كان من طبقة أعلى تثبت له الأفضلية على الذين هم من طبقة أدنى. وقد رتبت هذه المادة الشفعاء على النحو الآتى:

- 1- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع الملابس لها.
- 2- الشريك فى الشيوع فى الملكية أو غيرها إذا بيعت حصة شائعة فى العقار.
- 3- صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة الملابس.
- 4- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر أو صاحب حق الحكر عند ما يشفع فى الرقبة.
- 5- الجار المالك عندما يشفع فى العقار المجاور سواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة.

ويترتب على ذلك ما يأتى :

- 1- فى الطبقة الأولى يوجد مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع. فإذا كان حق الانتفاع مقررا لشخصين - مثلا- وباع أحدهما حقه كان الشفعاء اثنين: مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا فى الشيوع (فى حق الانتفاع)، فإذا تزامم الإثنين فى طلب الشفعة، كانت الشفعة لمالك الرقبة وحده.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 937 من ذات القانون على أن "وإذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة" مفادها أن المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها، هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب الانتفاع، وتحقيقا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزامم الشفعاء - لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الانتفاع الملابس

للرقبة التى يملكها، وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزامه إذا بيعت كل الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها، وإذ قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند التزامهم وفق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع أو فى حق الرقبة مقررة أصلاً لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة فى تقرير الشفعة لكل منهم وهى المضارة على أن تجرى المفاضلة بينهم عند التزامه".

(طعن رقم 1644 لسنة 51 ق جلسة 1985/4/9)

2- فى الطبقة الثانية يوجد الشريك فى الشيوخ (والمراد بالشريك هنا الشريك فى حق الملكية التامة، أو الشريك فى الانتفاع أو الرقبة أو الحكر)، فإذا وجد عقار مملوك لاثنتين شائعا بينهما، وباع أحدهما حصته إلى أجنبى، وتقدم لى يشفع كل من الشريك الآخر والجار، تقدم الشريك على الجار. وإذا كان العقار الذى يملكه اثنان شائعا بينهما قد رتبنا عليه حق انتفاع. فأصبحا يملكان الرقبة فقط، ثم باع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لأجنبى، كان الشفعاء الشريك الآخر فى الرقبة، وصاحب حق الانتفاع والجار، ويتقدم - عند التزامه فى طلب الشفعة - الشريك المشتاع الآخر فى الرقبة دون صاحب حق الانتفاع أو الجار.

3- فى الطبقة الثالثة يوجد صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة فإذا كان مالك عقار قد رتب عليه حق انتفاع، فأصبح مالكا للرقبة وحدها، فباع الرقبة، كان الشفعاء هم صاحب حق الانتفاع والجار، ويتقدم هنا صاحب حق الانتفاع على الجار.

4- فى الطبقة الرابعة يوجد صاحب الرقبة يشفع فى حق الحكر أو صاحب الحكر عندما يشفع فى الرقبة. فإذا كان العقار قد رتب صاحبه عليه حق حكر، فقام صاحب حق الحكر ببيع حقه، فالشفعاء هما مالك الرقبة والجار، ويتقدم مالك الرقبة هنا على الجار. وإذا حدث العكس وباع مالك الرقبة حقه كان الشفعاء، صاحب حق الحكر والجار. وهنا يتقدم صاحب الحكر ليشفع فى الرقبة دون الجار

المتأخر في المرتبة.

5- في الطبقة الخامسة يوجد الجار. وهو أدنى الشفعاء مرتبة، حيث يتقدم عليه الشفعاء أصحاب الطبقات الأربعة وبالترتيب السابق. ولا يتصور أن تكون الشفعة للجار بغير مزاحمة، إلا إذا تصورنا العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد ملكية تامة ولم يقرر عليه حق انتفاع أو حكر. عندئذ تكون الشفعة للجار. وهذا هو الفرض العملي الذي يكثر في الحياة العملية⁽¹⁾.

59 - الصورة الثانية :

التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة 937 مدني على أنه : "إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه".
وتطبيق هذا النص على الطبقات الأربع الأولى لا يثير أدنى صعوبة. فإذا كان الشفعاء المتزاحمون شركاء في ملكية الرقبة عند بيع حق الانتفاع، أو شركاء في الشيوع عند بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي، أو شركاء في حق الانتفاع عند بيع الرقبة، أو شركاء في ملكية الرقبة عند بيع حق الحكر، أو شركاء في حق الحكر عند بيع الرقبة. ففي جميع هذه الحالات يقسم المبيع بين الشفعاء المتزاحمين، حيث يستحق كل منهم على قدر نصيبه، أي يأخذ كل منهم بنسبة حصته الشائعة. مثل ذلك أن يكون هناك عقار مملوك على الشيوع لثلاثة شركاء، ثم باع أحدهم حصته الشائعة لأجنبي، إذ يكون للشريكين الآخرين أن يشفعا في الحصة المباعة فيأخذ كل منهما بنسبة حصته⁽²⁾.

60 - قاعدة عدم تجزئة الشفعة :

إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، وكان لهذه الطبقة الحق في أخذ العقار

(1) عبد المنعم الصده ص 425 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 320 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 426.

بالشفعة، باعتبارها الطبقة الأعلى، وانفرد كل من الشفعاء بطلب الشفعة لنفسه مستقلاً عن غيره من الشفعاء، فإنه يجب أن يطلب الأخذ بالشفعة في كامل العقار المبيع، ولا يقتصر على طلب جزء من العقار بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به، طبقاً لما تقضى به قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة. إذ من حق المشتري ألا تتجزأ عليه الصفقة.

أما في حالة اشتراك الشفعاء المتعددين في طلب الشفعة معاً بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شافع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم في أخذ العقار المبيع كله بالشفعة، إذ لا يكون ثمة تبعض للشفعة على المشتري أو تجزئة للشفعة. ولا يغير من ذلك أن يرد في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو في صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهم ولا أثر له على حقوق المشتري⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى أنه لا يجوز للشافع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر. حتى لا يضار المشتري بتبعض الصفقة. وإذا كان الواقع الثابت بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضدهم من الثالث للأخيرة باعوا للطاعة قطعة أرض مساحتها ... وأن المطعون ضدهما الأول والثاني أعلنوا رغبتهما في أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة، وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما في أخذ هذه المساحة كلها بالشفعة، فإنه لا يكون ثمة تبعض للصفقة على المشتري أو تجزئة للشفعة، ولا يغير من ذلك أن يرد في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو في صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهما، ولا أثر له على حقوق المشتري".

(1) محمود جمال الدين زكى ص 447 وما بعدها - نبيل سعد ص 360 وما بعدها.

(طعن رقم 404 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/11)

ولكن إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز فإنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يجوز للشفيع - إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين - أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة طلبت أخذ المبيع كله بالشفعة بما في ذلك الجزء الذي بيع إلى المشتري الذي لم يختصم في الدعوى فإن النعى على الحكم بأنه لم يبحث مدى أحقية الطاعنة في الأخذ بالشفعة بالنسبة لأجزاء العقار المشفوع فيه التي بيعت لمن اختصمهم في الدعوى، يكون دفاعاً جديداً يخالطه واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع وبالتالي لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 165 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/26)**61- التزام الجيران :**

كانت المادة 7 من قانون الشفعة الملغى تنص في فقرتها الثانية على أنه: "إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره". وكانت المادة 1384 من المشروع التمهيدي للنقنين المدني تنص في فقرتها الثانية على أنه : "إذا تزام الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره" - وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المشروع أنه : "إذا تزام الجيران في الأخذ بالشفعة، فإن الذي يقدم منهم هو من تعود على ملكه

منفعة أكثر من غيره، ويترك هذا التقدير للقاضي". وهذا هو نفس ما استقر عليه العمل في ظل قانون الشفعة الملغى.

إلا أنه حدث في لجنة المراجعة أن اقترح استبعاد شفعة الجار كلية، فاقترضى ذلك بطبيعة الحال اقتراح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية المتقدمة، حيث أصبح لا لزوم لها بعد أن حذفت الفقرة (هـ) من المادة السابقة وهي التي كانت تقرر الشفعة للجار.

فلما أعيد النظر في شفعة الجار أثناء مناقشة المشروع في مجلس النواب، وانتهى أمرها إلى بقائها على ما كانت عليه في قانون الشفعة الملغى، سهى المجلس في غمرة هذه المناقشات عن التعديل الذي أدخلته لجنة المراجعة على نص التزام، فأقر النص بحاله كما اقترحته لجنة المراجعة، وفات مجلس الشيوخ أيضاً تدارك هذا النقص⁽¹⁾ وبذلك ظهرت المادة 937 من القانون خالية من حكم التزام بين الجيران واقتصرت نص فقرتها الثانية على أنه: "إذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه".

وظاهر أن هذا الحكم لا يمكن بحال أن ينصرف إلى التزام بين الجيران لأنهم لا يشفعون بعقار واحد حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار، بل إن الجيران يتزاممون بمدى المنفعة التي تعود على كل منهم من الأخذ بالشفعة. ومن ثم لم أن تكون المفاضلة بينهم على قدر هذه المنفعة، لا قدر النصيب الذي لا يتأتى وجوده في هذه الحالة كأساس للتفضيل⁽²⁾.

ولما كان إسقاط الحكم الخاص بجعل المنفعة أساساً للمفاضلة بين الجيران لا يعدو أن يكون من قبيل السهو التشريعي، ومن ثم فلا يسوغ أن يترتب على هذا السهو قلب الأوضاع التي استقرت في ظل قانون الشفعة الملغى بشأن المفاضلة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 386 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 436 وما بعدها - السنهاورى ص 797 - رمضان أبو السعود

ص 322 - محمود جمال الدين زكى ص 449.

بين الجيران عند التزامهم ومن ثم يجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التي تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدي للمادة 937 مدني باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل. وهي على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص⁽¹⁾.

وبالتالي يجب أن يكون أساس المفاضلة عند التزام الجيران في طلب الشفعة هو المنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به، دون اعتداد بالمنفعة التي قد تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ودون اعتبار للفوائد التي قد تعود على الشفيع شخصياً من الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

(1) السنهوري ص 798- محمد على عرفه ص 436- محمد كامل مرسى ص 297 - محمود جمال الدين زكي ص 297.

(2) وهناك آراء أخرى مخالفة في الفقه :

1- فيذهب رأى إلى أن صيغة نص المادة 2/937 مدني قد وردت من العموم بمكان بحيث تنتظم أيضاً حالة التزام بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم. ولا يقدح في ذلك تضمن المشروع التمهيدي للقانون الحالي نفس الحكم الوارد في المادة السابعة من قانون الشفعة السابق طالما لم يرد ذات الحكم في صلب التقنين نفسه. وبالتالي إذا كان الجيران المتزاممون يشفعون بعقار واحد يملكونه على الشيوع فيما بينهم فإنه ليس هناك ثمة صعوبة إذ يستحق كل منهم في الشفعة بقدر نصيبه من الشيوع. أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جار يشفع بعقار مستقل فإن تحديد نصيب كل منهم في العقار المشفوع فيه يتم على أساس نسبة قيمة ما يشفع به كل منهم.

(حسن كيره ص 570 وما بعدها - المستشار عزت حنوره ص 214 وما بعدها - نبيل سعد

ص 362 وما بعدها).

2- رأى يذهب إلى أنه لا يمكن من الناحية الفنية تطبيق القاعدة التي كانت مقررة في القانون القديم، وفي المشروع التمهيدي، باعتبارها قاعدة عرفية - كما يقول البعض - لأنها =

= كانت تطبيق بصفتها قاعدة تشريعية فلم تستمد قوتها الملزمة من جريان العمل وبالتالي لا تتوافر لها مقومات القاعدة العرفية، كما لا يصح تطبيق هذه القاعدة لمجرد عدالتها كما يذهب البعض لأن تطبيقها يؤدي إلى منع تطبيق قاعدة تشريعية على أشخاص تتوافر فيهم

وهذا هو ما أخذت به محكمة النقض إذ قضت بأن :

1- "العبرة في مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به دون اعتداد بالمنفعة التي قد تعود على ملك كسبه بعد البيع أساس الشفعة ودون اعتبار للفوائد التي قد تعود عليه شخصيا من الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 166 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

2- "متى كان الحكم قد أقيم على دعامتين مستقلة إحداهما عن الأخرى (الأولى) أن أرض الطاعن لا تجاور الأطيان المشفوع فيها إلا من حد واحد وليس لأرضه أو عليها حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها (والثانية) أنه بفرض توافر أسباب الشفعة للطاعن فإنه تعود على أرض المطعون عليه الأخير منفعة أكثر مما تعود على ملك الطاعن، وكان يصح قيام الحكم على الدعامة الثانية وحدها، فإن النعى عليه في الدعامة الأولى يكون غير منتج".

(طعن رقم 235 لسنة 21 ق جلسة 1954/1/28)

3- "النص في الفقرة الثانية من المادة 937 من القانونى المدنى.. يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزام بين الشفعاء جميعا. ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة

شروط تطبيقها، وذلك دون مبرر فنى، وهذه القاعدة التشريعية هى التى تقدر حق الجار فى الأخذ بالشفعة على خلاف النص.

ولذلك فإن التطبيق الدقيق لنصوص القانون الحالى يؤدى إلى وجوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة، ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم بالتساوى، فيفرز لكل منهم جزء من العقار المبيع إن أمكن التقسيم مع الإقرار. فإذا تعذر ذلك، كما لو كان المبيع منزلا يتعذر تقسيمه، فيكون المبيع للشفعاء شائعا بينهم لكل حصة تساوى حصة الآخر. فإذا لم يقبل أحد الشفعاء هذا الحل، فيجب أن ينزل عن حقه فى الشفعة (منصور مصطفى منصور ص 328 وما بعدها).

نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق في حالة التزام فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد، فلكل جار عقاره الذي يشفع به لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين وإذ لم يورد النص حكما لتلك الحالة فيجب - وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الرجوع إلى القاعدة التي تضمنها قانون الشفعة السابق باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل - والتي تقضى بتفضيل الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهي أيضا الحكم العادل عند سكوت النص".

(طعن رقم 3160 لسنة 58 ق جلسة 1991/5/28)

وبالترتيب على ذلك إذا تزام جاران في أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة، وكان عقار أحد الجارين ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولها في الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كمطل أو حق مرور، وكان عقار الجار الآخر ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولا شيء غير ذلك، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة، لأن عقاره أكثر اتصالا بالعقار المشفوع فيه، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر⁽¹⁾.

وإذا حصل التزام بين جارين للعقار المشفوع فيه، وكان عقارهما متقلين بحقوق ارتفاق، كانت الأولوية لمن كان عقاره مثقلا بحقوق ارتفاق أوسع نطاقا وأشد عبئا من التي تثقل عقار الجار الآخر⁽²⁾.

وإذا كان التزام بين جارين شفيعين لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوعة، ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة، في حين أن جوار الآخر من جهتين، فإن الأخير هو الذي يفضل⁽³⁾.

وإذا كان التزام بين جارين عقار أحدهما أكبر مساحة وأحسن موقعا عن

(1) السنهاورى ص 799.

(2) استئناف مختلط 24 أبريل 1923.

(3) استئناف مختلط 10 مارس 1925.

عقار الآخر، كانت الأولوية لصاحب العقار الأصغر، لأنه بضمه إلى العقار المشفوع يحصل على منفعة أكثر من الجار الآخر⁽¹⁾.

ويفضل صاحب العقار الأصغر على صاحب العقار الأكبر الذى لعقاره شكل منتظم، وله اتصال بالطريق العام من ثلاث جهات⁽²⁾.

والترجيح بين المنافع التى تعود على ملك كل من الشفعاء المتزاحمين، وهو ما يستقل قاضى الموضوع بتقديره. فإذا استحال هذا الترجيح واستبان للقاضى أن الشفعاء متساوون من حيث ما يعود على كل منهم من الأخذ بالشفعة، فقد رأى البعض وجوب قسمة العقار المشفوع بين الشركاء. ووجه هذا النظر أن الترجيح لا يكون إلا بوجود المرجح، وهو منعدم هنا لتساوى جميع الشفعاء فى المنفعة من الأخذ بالشفعة، ومن ثم تجب القسمة نزولاً عند حكم القانون الذى يقضى بها عند تزامن الشفعاء من طبقة واحدة لعدم إمكان ترجيح مصلحة أحدهم على مصلحة الآخرين⁽³⁾. ويرى البعض أن يكون التقسيم ما بين الجيران بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به⁽⁴⁾.

وقد رد البعض على هذا رأى بأن قسمة العقار المشفوع فيه بين الجيران المتعديين التى كانت مقررة فى الشريعة الإسلامية قد ألغاهها قانون الشفعة الذى يعطى فى حالة التزام الأولوية للجار الذى تعود على عقاره منفعة أكثر من غيره، ولا يقرر القسمة إلا فى حالة التزام بين ملاك الرقبة أو الشركاء فى الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع⁽⁵⁾.

ونؤيد ما ذهب إليه البعض من أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذى تعود

(2) استئناف مختلط 16 مايو 1907، 21 أبريل 1904.

(3) استئناف مختلط 7 مارس 1907.

(4) محمد على عرفه ص 437 وما بعدها.

(5) عبد المنعم الصده ص 428.

(1) محمد كامل مرسى فى الشفعة ص 136 وما بعدها استئناف مختلط 22 فبراير 1927.

الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر، افترض فى ذلك أنه يمكن دائما إذا تزامم الجيران الشفعاء، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره، وهذا الجار هو الذى يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون. ومادامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضى الموضوع، فإن القاضى سيجد دائما فى ظروف الدعوى، وموقع العقارات، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به، واقتصاره فى بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مرافقه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام، وما إلى ذلك، مبررا لتقديم جار على جار، وإيثار أحد الجيران المتزاحمين دون غيره فى الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

62 - الصورة الثالثة :

التزام بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (937) على أنه : "إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفعاء بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

فهذا النص يواجه الفرض الذى يكون فيه المشتري قد توافرت فيه هو نفسه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذى اشتراه، ويتقدم شفعاء أو أكثر بطلب الأخذ بالشفعة من المشتري.

وبقضى هذا النص بأنه إذا كان من تقدم للأخذ بالشفعة أعلى منه طبقة فى مراتب الشفعاء فإن الشفعاء يفضل المشتري، أما إذا كان أدنى منه طبقة أو من طبقته فإن المشتري يفضل عنه.

وهذه الحالة تعتبر من موانع نشوء حق الشفعة أكثر من اعتبارها حالة من

حالات التزام. فإن كان المشتري يصلح شفيعا فى نفس الوقت امتنع على الشفعاء الآخرين الذين هم من نفس طبقة الأخذ بالشفعة، وكذلك الحال بالنسبة لمن هم أدنى منه طبقة⁽¹⁾.

وتبدو أهمية تأصيل هذه الحالة على أنها مانع من نشوء الحق فى الشفعة وليست من قبيل التزام فى أنه ينطبق الحل الذى ورد فى النص إذا توافرت شروط الشفعة فى المشتري وقت شرائه حتى لو فقد هذه الشروط كلها أو بعضها بعد الشراء، وبصرف النظر عن وقت تقدم الشفعاء للأخذ بالشفعة. فإذا كان المشتري شفيعا استحال فى هذه اللحظة أن ينشأ حق الشفعة للشفعاء الذين هم من طبقة أو أدنى منه درجة، ولا يقدح فى ذلك زوال شروط الشفعة بعد ذلك من المشتري أى فى وقت لاحق على الشراء. فمتى امتنعت الشفعة عن باقى الشفعاء وقت البيع فإنها لا تنشأ بعد ذلك من ذات البيع⁽²⁾.

وهذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة لأن المشتري إذا لم يتقدم للشراء كان له الحق فى الأخذ بالشفعة بصفته شفيعا وقت الشراء ولذلك فإن العدالة تقتضى ألا يكون فى مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقى الشفعاء الذين من طبقة أو من طبقة أدنى أخذ العقار منه بالشفعة. ومن أجل ذلك قرر المشرع هذا الحكم بالرغم من أن هذا الفرض لا يثير فكرة التزام بين الشفعاء بالمعنى الفنى⁽³⁾. ولذلك يكفى لقيام هذا الحكم توافر علته وقت الشراء، بمعنى أنه يكفى أن يتوافر فى المشتري شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء ليعتلق به الحكم ولا يلزم استمرارها بعد ذلك كما هو الشأن فى التزام بين الشفعاء.

وعلى ذلك إذا توافر للمشتري سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون، فإن النص يفرق بين ثلاثة فروض هي:

(1) حسام الدين الأهوانى ص 148.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 149 - نبيل سعد ص 364.

(3) نبيل سعد ص 364 - منصور مصطفى منصور ص 328 هامش (1).

الفرض الأول :

أن يزاحم المشتري شفيع أو شفعاء آخرون أدنى منه طبقة :

وفى خصوص هذا الفرض لم يأت النص بجديد حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص فى الفقرة الأولى من المادة (937). فيفصل المشتري، ولا يجوز للشفيع أو الشفعاء الآخرون أخذ العقار بالشفعة.

ويتحقق هذا الفرض فى الأمثلة الآتية :

1- إذا كان هناك مالك للرقبة فى عقار، وترتب على هذا العقار حق انتفاع لشخصين بالتساوى شركة بينهما على الشيوع. فاشترى مالك الرقبة حصة أحد المنفعين وتقدم للأخذ بالشفعة كل من صاحب حق الانتفاع الآخر والجار. فى هذا المثل لا تجوز شفعتهما. فالمشتري وهو شفيع، قد زاحمه من هم أدنى منه مرتبة، فهذه الحصة المبيعة من حق الانتفاع لو بيعت لأجنبى، وتقدم للأخذ بالشفعة كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا، وكذلك الجار، لكانت الأفضلية لمالك الرقبة باعتباره فى المرتبة الأولى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يفترض نص الفقرة الثالثة من المادة 937 من القانون المدنى أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه بأن يكون مالكا بالفعل فى هذا الوقت لما يجعله شفيعا ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته أو من طبقة أدنى - فإن المشتري يفضل فى هذه الحالة ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 2320 لسنة 52 ق جلسة 1986/4/17)

2- أن يوجد عقار يملكه شريكان على الشيوع، فاشترى أحد الشريكين حصة شريكه، وتقدم الجار ليشفع فى هذه الحصة. فلا يقضى له بالشفعة، لأن الحصة لو بيعت لأجنبى لتقدم الشريك الأول على الجار لأنه أعلى منه مرتبة.

3- أن يوجد عقار، الرقبة فيه لمالك، والمنفعة لآخر، وقام صاحب حق

الانتفاع بشراء الرقبة من صاحبها، فتقدم الجار ليشفع، فلا تجوز شفيعته لأنه أدنى مرتبة من صاحب حق الانتفاع، إذ لو بيعت الرقبة لأجنبي وتقدم ليشفع فيها كل من صاحب حق الانتفاع والجار، لكانت الأفضلية للأول.

4- أن توجد أرض محكرة، واشترى صاحب الرقبة حق الحكر، أو اشترى المحتكر الرقبة، وتقدم الجار ليشفع، فلا يقبل طلبه، لأنه لو كان الذى اشترى حق الحكر أو الرقبة شخص آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفيعا فى الطبقة الرابعة، فلو مزاحمه جار - وهو فى المرتبة الخامسة - لفضل عليه⁽¹⁾.

الفرض الثانى :

أن يزاحم المشتري شفعاء آخرين من طبقته :

فى هذا الفرض يفضل المشتري رغم أن هؤلاء الشفعاء من طبقته. فإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر فى الشيوخ، ثم تقدم شريك ثالث للأخذ بالشفعة فإن الشريك المشتري هو الذى يفضل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نص المادتين 936/ب، 937/3 من القانون المدنى - أنه لا يجوز للشريك فى الشيوخ الأخذ بالشفعة فى حصة شائعة مبيعة لمشتري توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه لأنه فى هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك على الشيوخ فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوخ أى من طبقته".

(طعن رقم 1837 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/29)

وإذا بيع لشريك فى الرقبة حق الانتفاع الملابس لنصيبه، وطلب الشركاء

(1) رمضان أبو السعود ص 324 وما بعدها.

الآخرون فى الرقبة الشفعة فى هذا الحق، فضل الشريك المشتري.

أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على القدر الملابس لنصيب المشتري فى الرقبة، فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عدا المشتري على قدر نصيب كل منهم طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة (937)، لأن المشتري ما كان يجوز له أن يشفع فى هذه الزيادة.

وإذا بيعت لشريك فى حق الانتفاع الرقبة الملابس لنصيبه، وطلب الشركاء الآخرون فى حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري. أما إذا كان المبيع من الرقبة يزيد على القدر الملابس لنصيب المشتري فى الانتفاع، فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عن المشتري على قدر نصيب كل منهم طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة 937 لأن المشتري ما كان له أن يشفع فى هذه الزيادة.

ففى هذين المثلين لا يقسم المبيع بين الشفعاء المتزاحمين بما فيهم المشتري طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة 937، بل يفضل المشتري على غيره من الشفعاء طبقا لحكم الفقرة الثالثة من هذه المادة.

وإذا باع شريك فى الشيوع حصته الشائعة فى العقار إلى أحد الجيران، فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون، فضل الجار المشتري. ويصدق هذا الحل حتى لو كان بين الجيران الآخرين من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من المشتري⁽¹⁾. ذلك أن الجيران جميعا يعتبرون من طبقة واحدة، فهم فى هذا الخصوص سواء بصرف النظر عن مقدار المنفعة التى تعود على ملك كل منهم من الشفعة⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 430 - محمود جمال الدين زكى ص 451.

(1) والقانون المدنى الحالى أتى بهذا الحكم الجديد على خلاف ما كان مستقرا عليه فى الفقه والقضاء قبل ذلك. إذ كان رأى السائد حينذاك أن الشفعاء من طبقة المشتري يقفون معه على قدم المساواة ويكون المعيار فى التفضيل بينهم لمن يثبت أن منفعة ملكه من الشفعة

أكبر، وترفض دعوى الشفعة إذا تساوت المنفعتان.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

"إن القول بحرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساويا للمشتري فى سبب الأخذ بالشفعة غير صحيح فى القانون. ذلك بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن "حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفيعا، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل عند تراحم الشفعاء المقررة فى المادة السابعة"، والمادة السابعة تنص على أنه "إذا تعدد الجيران قدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره"، وإعمالا لهذين النصين يكون على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الجار الشفيع وتلك التى تعود على ملك الجار المشتري، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة، فنقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشتري أكبر أو إذا تساوت المنفعتان، فإذا هى لم تفصل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها فإنها تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم 126 لسنة 15 ق جلسة 1946/12/5)

2- "متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجحت الرأى الذى يقول بعدم جواز الشفعة فى الحالة التى يكون فيها الشفيع من مرتبة المشتري أخذا بما انتهى إليه الشارع فى المادة 937 من القانون المدنى الجديد، وكان هذا الرأى الذى ذهب إليه المحكمة وأقامت عليه قضاءها، من حرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساويا للمشتري فى سبب الأخذ بها، غير صحيح فى القانون على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ذلك أن المادة الثامنة من قانون الشفعة (القديم) وهى الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفيعا وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفصيل المقررة فى المادة السابعة لتراحم الشفعاء، وتتص هذه المادة الأخيرة على حالة=

= تعدد الجيران فيقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وأنه إعمالا لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشتري، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة، فنقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشتري أكبر، أو إذا تساوت المنفعتان، أما وهى لم تفعل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان من المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة 937 من القانون المدني أنه إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيحاً بمقتضى المادة السابقة فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته، وكان الثابت من تقرير الخبير الذي اطمأنت إليه محكمة الموضوع أن الطاعن يمتلك قطعة أرض زراعية تجاور القطعة الثانية المشفوع فيها ولكل من القطعتين حق ارتفاق على الأخرى، وكانت المطعون ضدها تشفع في هذه القطعة بالجوار وحق الارتفاق فإنها تكون من طبقة المشتري ولا تجوز لها الشفعة فيها وإذا كان من حق المشتري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ألا تتجزأ الصفقة عليه فإن دعوى الشفعة برمتها تكون غير مقبولة".

(طعن رقم 379 لسنة 58 ق جلسة 1990/6/19)

الفرض الثالث :

أن يزاحم المشتري شفعاء آخرين من طبقة أعلى :

في خصوص هذا الفرض لم يأت النص المذكور بجديد، حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 937 مدني. فيفضل هؤلاء الشفعاء على المشتري لكونهم من طبقة أعلى وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادة السابعة.

ومن أمثلة ذلك :

1- أن نكون بصدد عقار يملك الرقبة فيه شخص ويملك المنفعة شخصان. قام أحد أصحاب حق المنفعة ببيع نصيبه إلى المنتفع الآخر، فتقدم مالك الرقبة ليشفع في هذا البيع، فله ذلك، ويفضل على المشتري الشفيح لأن هذا يعد شريكاً

فى الشيوخ وفى مرتبة أو طبقة أدنى من طبقة المالك.

2- قد نكون بصدد عقار يملك رقبته شخصان، وقد رتبا عليه حق انتفاع لشخص فإذا قام أحد ملاك الرقبة ببيع حصته فى الرقبة لصاحب حق الانتفاع، كان لمالك الرقبة الآخر أن يشفع فى هذا البيع ويفضل على المشتري الذى أصبح شفيعا لأنه أدنى منه طبقة.

3- وقد نكون بصدد عقار رتب عليه مالكان حكرا، فأصبحا لا يملكان إلا رقبة، فإذا باع أحدهما حصته فى الرقبة لصاحب الحق فى الحكر، كان للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ بالشفعة من صاحب حق الحكر. فالأخير أدنى طبقة من مالك الرقبة فى الحكر.

4- وقد نكون بصدد عقار مملوك لشخصين شائعا بينهما، فباع أحدهما نصيبه إلى الجار، فإنه يجوز للشريك الآخر أن يأخذ الحصة المبيعة من هذا الجار ولا يستطيع الأخير أن يحتج بأنه شفيع، فهو أدنى طبقة من المالك على الشيوخ. أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، ثم تقدم جار آخر طالبا الشفعة فى هذا البيع بمقولة أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر.

ويتحقق ذلك عندما يكون جوار المشتري من حد واحد، وجوار الشفيع من حدين، أو بأن يكون الجوار بالحد متشابها، ولكن جوار الشفيع يمتاز بصلة ارتفاع. فإن الجار الآخر لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة من الجار المشتري، لأن جميع الجيران من طبقة واحدة، ولا يعلو أحدهم على الآخر لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. والمادة 936 مدنى عندما رتبت طبقات الشفعاء لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هى الطبقة الأخيرة، فلا يعلو جار على جار.

والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتر يكون شفيعا من طبقته كما ذكرنا سلفا⁽¹⁾.

5- وهى صورة تتعلق بالتزاحم بين ملاك الطبقات وملاك الشقق.

فقد ذكرنا سلفاً أن الرأي الراجح إذا بيعت طبقة من البناء أو شقة من طابق، فهم شفعاء من الطبقة الخامسة والخاصة بالجار الملاصق. فإذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته، وأيضاً إذا باع صاحب الطبقة طبقة لصاحب الطبقة الأسفل، لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لذات السبب⁽¹⁾.

وإذا كان البناء مكوناً من عدة طوابق وبكل طابق أكثر من شقة ولكل شقة مالك، فإذا تصورنا أن صاحب شقة باع شقته إلى صاحب الشقة التي تعلوها أو صاحب الشقة التي أسفلها، وتقدم صاحب الشقة الملاصقة للشقة المبيعة والموجودة بذات الطابق ليشفع كان له ذلك ويفصل على صاحب الشقة الأعلى. فالجوار الجانبي في هذا الفرض وبالأدات في ملكية الشقق يفضل الجوار الرأسى⁽²⁾، فالشفعة ولاشك تعود على الشقة المجاورة أفقياً بمنفعة أكبر. وإذا تعددت الشقق الملاصقة للشقة المبيعة رأساً، كانت المفاضلة أيضاً على أساس الشفيع الذى تعود على شقته من الشفعة منفعة أكبر⁽³⁾.

63- التفضيل لا يقتضى القيام بإجراءات الشفعة :

تفضيل المشتري الذى توفر له سبب الشفعة على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى لا يقتضى منه أن يقوم بالإجراءات التى يستلزمها القانون

(2) السنهورى ص 814 - رمضان أبو السعود ص 327.

(3) رمضان أبو السعود ص 2001.

(4) ويبرر الدكتور رمضان أبو السعود ص 327 تفضيل صاحب الشقة الملاصقة بأنه تحقق في جانبه علة الشفعة بشكل أقوى، فهو علاوة على كونه شريكاً في الأجزاء المشتركة، فهو جار ملاصق، أو هو بعبارة أخرى شريك جار فيكون له الأفضلية على صاحب الشقة الذى لا يجاور ويلصق الشقة الأخرى. فالجوار الجانبي - في هذا الفرض - وبالأدات في ملكية الطبقات، ويفضل الجوار الرأسى.

لإمكان طلب الشفعة. فحسبه أن تتوفر لديه الشروط الموضوعية التي كانت تجعله شفيعا. أما الشروط الشكلية فليست مطلوبة بالنسبة إليه، لأنه يستعمل حقه بطريق الدفع لا بطريق الدعوى، حيث أنه لا ينشد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتري آخر، وإنما هو يبغي استبقاء الملك الذي اشتراه⁽¹⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 303 - عبد المنعم الصده ص 430 وما بعدها.

مادة (938)

إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها.

الشرح

64- شراء العين التى تجوز الشفعة فيها ثم بيعها قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو تسجيلها :

تنص المادة على أنه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها. وقد يوهم نص المادة أنها استعملت كلمة (أو) للتخيير، بين "قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة" وبين "قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942" بحيث أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها إما قبل "أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة" أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942، ويرجع هذا الإيهام إلى عدم إحكام الصياغة اللفظية للمادة⁽¹⁾. غير أن المقصود بهذه

(1) وقد ذهب الفقه إلى أن المادة جاءت رديئة فى صياغتها ويظهر ذلك فى عبارة "قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة". فقد استعملت كلمة (أو) هنا فى غير موضعها، إذ أن هذه الكلمة تفيد التخيير بين الزمنين، أى بين مجرد إعلان الرغبة وبين تسجيل هذه الرغبة، مع أنهما لا يقعان فى نفس الوقت، بل إن = التسجيل يعقب الإعلان بطبيعة الحال. وليس من الجائز الاحتجاج على المشتري الثانى

المادة ألا يتم الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى إذا كان قد تم تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وأنه لا عبرة فى ذلك بمجرد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. وهو ذات الحكم الذى كان منصوصا عليه فى المادة التاسعة من قانون الشفعة الملغى، والذى لم يشأ الشارع مخالفته.

وبهذا رأى قضت محكمة النقض، إذا ذهبت إلى أن :

1- "يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى قبل المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل طلب إعلان الرغبة فى الشفعة. ولا يقدر فى ذلك ما قد يوهم به نص المادة المشار إليها من وجود اختلاف بينهما وبين نص المادة التاسعة من قانون الشفعة الملغى، لأن مرد ذلك إلى عدم إحكام الصياغة اللفظية للمادة 938 سالفة الذكر، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة، ولا عبرة بتاريخ حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري

بإعلان الرغبة غير المسجل لكونه من الغير، وهذا الإعلان لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل عملا بالمادة 942 مدنى ومن ثم فإن الزمن المعتبر لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة، ولا عبرة مطلقا بتاريخ حصول الإعلان. ولذلك كانت صياغة المادة (9) من قانون الشفعة الملغى أفضل من صياغة النص الحالى، إذ استعملت فى صياغتها (واو) العطف، فقالت "قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله" وهو ما يفيد وجوب توافر الإجراءين، وهما إعلان الطلب وتسجيله هنا، لا أحدهما فقط كما يتوهم من صياغة النص الحالى (محمد على عرفه ص 489- السنهاورى ص 684 هامش (2) وما بعدها - نبيل سعد ص 412 هامش (1)).

الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، يؤكد هذا النظر أن المادة 942 من القانون المدنى قضت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل. ولا عبرة بما يسوقه الطاعنان (الشفيعان) من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى، إذ هو صاحب الشأن الأول فى دفع الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 192 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/10)

2- "إنه - وعلى ماسبق لهذه المحكمة القضاء به - يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، ولا عبرة بما قد يسوقه الشفيع فى هذا الصدد من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى إذ هو

صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 253 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/13)

3- "يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحتاج بالتصرف الذى يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، وإن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، لما كان ما تقدم وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة الحاصل فى 1973/4/28، وكان المطعون عليهما قد أخطراه فى 1973/5/5 بحصول البيع الثانى فإن الحكم إذ اعتد بهذا العقد والنمن الوارد به فإنه لا يكون خالف القانون".

(طعن رقم 1020 لسنة 45 ق جلسة 1978/12/12)

4- "يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى قبل المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لهذا الأخير قد تم قبل تسجيل طلب إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة. ولا عبرة بتاريخ حصول الإعلان. ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى

فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفعة. يؤكد هذا النظر أن المادة 942 من القانون المدنى قضت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، ولا عبرة بما يسوقه الطاعن من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى صورية مطلقة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 371 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/28)

5- "النص فى المادة 938 من القانون المدنى على أنه "إذا اشترى الشخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها". والنص فى المادة 947 من هذا القانون على أنه "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة"، مفادهما إنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنما يتخذ إجراءات دعواه قبل مشتري العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشتري متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة".

(طعن رقم 1392 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/24)

6- "المادتين 937، 948 من القانون المدنى إذ تنصان على أنه "إذا اشترى

شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها" وأنه "لا يسرى فى حق الشفيع... أى بيع صدر من المشتري... إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة..." فإن مؤدى ذلك أن بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعا ثانيا ساريا فى حق الشفيع يوجب عليه أن لا يتطلب أخذها بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلا قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ... الخ".

(طعن رقم 1751 لسنة 54 ق جلسة 1991/5/26 - غير منشور)

7- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 938 من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى سوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يعنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى، كما أنه من المقرر أيضا أنه يجب إثبات الصورية فى مواجهة المشتري الثانى لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، وأنه يكفى لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب الشفعة فى البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثانى قبل تسجيله إعلانه برغبته فى الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورية البيع الثانى فى مواجهة المشتري ويتحقق ذلك إما

باختصاصه ابتداء في دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثاني صورية مطلقة وإما بإدخاله في الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله هو فيها. وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية وصدور حكم لصالح الشافع بالصورية يصح إجراءات الشفعة في البيع الأول ودون اختصاص المشتري الثاني. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بعدم قبول الدعوى لأن الطاعنين لم يوجها طلب الشفعة في الميعاد إلى المشتري الثاني - المطعون ضدهما الثالث والرابعة - واستنادا إلى أنه تم إعلانهما بالبيع الثاني المؤرخ 1982/10/1 قبل رفع الدعوى وأنها لم يسجلا رغبتهما في الأخذ بالشفعة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما حجبته عن الفصل في صورية هذا العقد التي لو ثبتت ما كان هناك ثمة ما يدعو الشافع إلى توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 1732 لسنة 59 ق جلسة 1997/2/26)

8- "لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة في الميعاد إلى المشتري الثاني يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجبته ذلك عن الفصل في دفع الطاعنة بصورية العقد الصادر إلى المطعون ضده الثاني".

(طعن رقم 830 لسنة 62 ق جلسة 1998/2/24)

9- "وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان العقد صوريا فإنه يعد غير موجود قانونا حتى لو سجل، وأن العقد الصوري المبني على الغش والتدليس لا يصححه التسجيل، وأنه وإن كان مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثان قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن

يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع سوريا، فإذا ادعى الشفيع صورته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى، وأنه يجب إثبات الصورية فى مواجهة المشتري الثانى لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، فإنه يكفى لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب الشفعة فى البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثانى قبل تسجيله إعلانه برغبته فى الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورية البيع الثانى فى مواجهة المشتري ويتحقق ذلك إما باختصامه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة وإما بإدخاله فى الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله فى فيها، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه، وصدور حكم لصالح الشفيع بالصورية يصح إجراءات الشفعة فى البيع الأول دون اختصام المشتري الثانى. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنة الأولى والطاعن الثانى قد أقاما الدعوى بطلب الحكم بأحقيتهما فى أخذ العقار المباع من المطعون ضدهما الثانى والثالث إلى المطعون ضدها الأولى بموجب عقد البيع المؤرخ 1980/10/8 واتخذوا الإجراءات المنصوص عليها قانونا وتمسكا بصورية البيع الثانى المؤرخ 1983/1/8 الصادر من المطعون ضدها الأولى إلى المطعون ضدها الرابعة وأدخلوا الأخيرة ليصدر الحكم فى مواجهتها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط حقهما فى الأخذ بالشفعة على سند من أنهما أعلنوا بالبيع الثانى المؤرخ 1983/1/8 ولم يوجها إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشتري الثانية (المطعون ضدها الرابعة)، ودون أن

يعرض للدفع المبدى منهما بصورة البيع الثانى المؤرخ 1983/1/8، ويقول كلمته فيه، وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح فإن البيع الأول المؤرخ 1980/10/8 هو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى المؤرخ 1983/1/8 بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المطعون ضدها الرابعة المشتريّة فى هذا البيع، وهو ما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب الذى جره إلى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه، بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 2975 لسنة 63 ق جلسة 2004/5/25)

وبترتب على ما تقدم أنه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأنه لا عبرة بمجرد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة طالما لم تسجل.

65 - حكم البيع للمشتري الثانى بعد تسجيل إعلان الرغبة :

إذا باع المشتري العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فإن هذا البيع لا يسرى فى حق الشفيع، وبناء عليه فإن حقه فى الأخذ بالشفعة من المشتري الأول يظل قائماً وبالشروط التى اشترى بها. ومن ثم لا يلتزم الشفيع بإدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة.

ولكن لما كان هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع، فإنه إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل، فله أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول، ويطلبها فى البيع الثانى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه⁽¹⁾. وإنما يتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى بإجراءات مبتدأة غير تلك التى

(1) السنهاورى ص 682 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 478 - منصور مصطفى

اتخذها بسبب البيع الأول⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 938 من القانون المدنى على أنه"إذا اشترى الشخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها"، والنص فى المادة 947 من هذا القانون على أنه "لايسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة"مفادهما أنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنها يتخذ إجراءات دعواه قبل مشتري العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشتري متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة".

(طعن رقم 1392 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/24)

66- حكم البيع للمشتري الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة :

يترتب على بيع المشتري العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى. فإذا كان الشفيع لم يسجل رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل صدور البيع الثانى، فإن حقه فى طلب الشفعة يتجدد بسبب البيع الثانى.

(1) عبد المنعم الصده ص 478 - منصور مصطفى منصور ص 345.

ولذلك يكفيه أن يرفع الدعوى على المشتري الثانى والبائع له، أما اختصام البائع الأصلي فلا يكون لازماً. كما أن شروط البيع الثانى هى التى تسرى فى حقه.

فمثلاً إذا كان الثمن فى البيع الثانى أكبر منه فى البيع الأول التزم الشفيع بالثمن الذى تم به البيع الثانى⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثانى لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأى سبب، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها كأن يكون البيع الثانى صادراً من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو أحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كانت المادة 9 من قانون الشفعة القديم تقضى بأن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله فلا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها وكان المطعون عليه الأخير هو المشتري الثانى وقد أصبح طرفاً فى الدعوى بتدخله فيها كما أدخلت فيها البائعة له فإن اختصاص البائعين لهذه الأخيرة لا يكون لازماً".

(طعن رقم 245 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/4)

2- "إذا كان الطاعن لم يثبت أن طلب الشفعة قد سجل قبل البيع الحاصل إلى من باع له وكان الشفيع قد وجه دعواه إلى البائعين الأخيرين والمشتري منهما (الطاعن) فإنه يكون قد قام بما أوجبه المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ولا عليه إذا هو لم يعلن البائعة لأحد البائعين للطاعن".

(طعن رقم 31 لسنة 21 ق جلسة 1953/5/28)

3- "إنه - وعلى ما سبق لهذه المحكمة القضاء به- يجب على الشفيع الذى

(1) السنهاورى ص 984 - عبد المنعم الصده ص 476- منصور مصطفى منصور ص 346.

يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتدخل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفعة وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، ولا عبرة بما قد يسوقه الشفيع فى هذا الصدد من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفي الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 253 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/13)

4- "يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، ولا يشترط أن يكون هذا البيع ثابتا أو أن يكون الشفيع قد أُنذر به رسميا أو علم به علما واقعيًا وإن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشتري الثانى على أساسه إلا بعد علمه به. فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان

الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدنى من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

(طعن رقم 2554 لسنة 56 ق جلسة 1991/4/28)

67- لا يشترط للأخذ بالشفعة فى البيع الثانى أن يكون مسجلا أو ثبات التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة :

لا يشترط لوجوب الأخذ بالشفعة من المشتري الثانى، أن يكون البيع الصادر له قد سجل قبل تسجيل إعلان الرغبة، ولا أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل هذا الإعلان. فسنرى أن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل لأن كل ما يتطلبه القانون أن يكون هناك بيع من شأنه أن ينقل الحق المشفوع به إلى المشتري، ولا يشترط أن يكون البيع ثابت التاريخ، لأن الشفيع لا يعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى ثبوت التاريخ. ولهذا كانت العبرة فى هذا الشأن بتاريخ انعقاد البيع الثانى. فإذا كان هذا البيع قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى، ولو لم يكن البيع مسجلا أو ثابت التاريخ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، ولا يشترط أن يكون هذا البيع ثابتا أو أن يكون الشفيع قد أُنذر به رسميا أو علم به علما واقعا وإن كان لا يتصور طلب الأخذ بالشفعة

(1) السنهاورى ص 685 هامش (1) - عبد المنعم الصده ص 477.

من المشتري الثانى على أساسه إلا بعد علمه به. فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعمول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدنى من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذى يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بإعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

(طعن رقم 2554 لسنة 56 ق جلسة 1991/4/28)

68 - بيع المشتري جزء من العقار :

إذا كان المشتري قد باع جزءا فقط من العقار، وأراد الشفيع أن يأخذ كل العقار بالشفعة، وجب عليه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصيلى والمشتري الأول والمشتري الثانى. وإذا أراد الشفيع أن يقتصر على أخذ الجزء الذى استبقاه المشتري الأول فإنه يكفيه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصيلى وهذا المشتري. وإذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء المبيع إلى المشتري الثانى، فإنه يكفيه أن يوجه طلب الشفعة إلى المشتري الأول والمشتري الثانى. وهذا وذاك مع ملاحظة توافر شروط الشفعة بالنسبة إلى الجزء المطلوب⁽¹⁾.

فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح الجزء الذى استبقاه المشتري أو الجزء الذى باعه غير مجاور لعقار الشفيع فلا يجوز للشفيع أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء

(1) عبد المنعم الصده ص 476 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 347.

شرط التلاصق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يجوز للشفيع - إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين- أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للشفعة".

(طعن رقم 1650 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/26)

2- "لئن كان يشترط لعدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه من وقت البيع وحتى الأخذ بالشفعة، إلا أن استمرار التلاصق ليس شرطاً لبقاء الاستحقاق".

(طعن رقم 1247 لسنة 52 ق جلسة 1986/5/6)



(1) منصور مصطفى منصور ص 247.

مادة (939)

1- لا يجوز الأخذ بالشفعة.

- (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون.
 (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
 (ج) إذا كان العقار قد بيع ليُجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.
- 2- لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة.

(موانع الشفعة)

69- أولا : البيع بالمزاد العلنى :

ينص البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة 939 على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة "إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون". وقد جاء النص عاما، فلا تجوز الشفعة فيما يشهر عن بيعه بالمزاد، يستوى فى ذلك أن تتم إجراءات المزايدة أمام السلطة الإدارية أو أمام القضاء⁽¹⁾، ولكن بشرط أن تكون هذه الإجراءات مرسومة فى القانون العام وهو قانون المرافعات أو فى قانون خاص.

ولكن لا يكفى لقيام المانع كون البيع قد تم بالمزايدة العلنية التى تحصل بالنداء بالأثمان فى جلسة للمزايدة حددها البائع وأعلن عنها فى الصحف، فطالما أن المزايدة لم تحصل وفقا للإجراءات التى رسمها القانون أمام إحدى الجهات

(1) محضر الجلسة (39) للجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، فقد جاء فى قرار اللجنة أن عبارة "وفقا لإجراءات رسمها القانون" يدخل فيها كل بيع بمزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها له القانون سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 408).

الإدارية أو القضائية المختصة بذلك، فلا يكون هناك مانع من الشفعة إذ قصد المالك من هذا البيع الحصول على أعلى ثمن، وهو لم يتم أمام القضاء ولم تتوافر فيه الضمانات التي يتطلبها القانون لكفالة العلانية وإيقاع البيع حتماً على صاحب العطاء الأكبر⁽¹⁾.

والحكمة من جعل البيع بالمزايدة العلنية مانعاً من الأخذ بالشفعة، أن مثل هذا البيع يسمح للشفيع وغيره بأن يدخل في المزاد إذا أراد، الذي يكون يسيراً عليه أن يعلم بأمره لصفته العلنية. ولأن إباحة الأخذ بالشفعة يقعد كثيراً من الأشخاص عن الدخول في المزاد. فلا يتسنى الحصول على أعلى ثمن للعقار المبيع علاوة على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، حين أن منع الأخذ بالشفعة يلزم الشفيع بالمزايدة على الراسى عليه المزاد⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد العلنى الذى يمنع من الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبرياً أو اختيارياً، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل المزاد"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تجوز الشفعة فى البيع الذى أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد لأن هذا المزاد لم يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة 939 من القانون المدنى، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على الثمن الراسى به المزاد وعلى حقه فى إلغاء البيع بدون إبداء أسباب، وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ولو أنه يتم بالمزاد إلا أنه لا يتحقق مع ما هو منصوص

(1) السنهاورى ص 705 - محمد على عرفه ص 547 - عبد المنعم الصده ص 460.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 415 - نبيل سعد ص 369.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 407.

عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادفة أحد".

(طعن رقم 336 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/17)⁽¹⁾

ويتوافر هذا المانع في البيوع الآتية :

1- البيع الذى يتم بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء، وذلك بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم وبيعه جبرا واستيفاء حقوقهم من ثمنه. فهذا البيع

(1) الوضع فى ظل قانون الشفعة الملغى :

كانت المادة الثالثة من قانون الشفعة (الملغى) تقضى بأن :

"لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا، أو لنزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء". وقد أثارت عبارة "لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا" جدلا فى الفقه والقضاء وذلك لورودها فى النص كتحديد لما يباع بالمزاد سواء أمام جهات الإدارة أو أمام القضاء.

وقد دعا ذلك البعض إلى القول بأن هذه المادة تقضى بأنه لأجل أن يكون البيع بالمزايدة مانعا من الشفعة يجب أن يكون لعدم إمكان القسمة عينا أو لنزع الملكية قهرا، يستوى فى ذلك حصول البيع أمام السلطة الإدارية أو أمام القضاء، فالبيع الحاصل بالمزايدة لغير هذين السببين لا يكون مانعا من الشفعة. ورتبوا على ذلك أن البيع الحاصل من الحكومة فى ملكها الخاص لا يمنع الشفعة عن المشتري منها، حتى لو حصل هذا البيع بطريق المزايدة وفقا لما تقضى به القوانين واللوائح (مصر الابتدائية (استئناف) 30 يناير 1929 - الأستاذ على زكى العرابى الشفعة فى القوانين المصرية 1906 ص 21).

أما غالبية الشراح والمحاكم فلم تؤيد هذا الرأى، بل ذهبت إلى تفسير النص العربى على ضوء ما جاء فى أصله باللغة الفرنسية، إذ الترجمة الحرفية لهذا الأصل هى أنه : "لا محل للشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العمومى من السلطة الإدارية أو أمام القضاء لعدم إمكان القسمة أو لنزع الملكية". وهو ما يفهم منه إطلاق المنع بالنسبة إلى كل بيع بالمزاد من السلطة الإدارية، وتحديده بالنسبة لما يباع أمام القضاء بالحالتين المذكورتين بالنص.

(استئناف مختلط 23 ديسمبر 1919 - أسبوط الابتدائية (استئناف) 29 يناير 1921 -

عبد السلام ذهنى الأموال ص 741، محمد كامل مرسى فى الشفعة ص 200.

- قد تم بالمزاد العلنى، كما أنه قد جرى وفقا لإجراءات رسمها قانون المرافعات.
- 2- بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر. إذ تقضى المادة 464 مرافعات بأنه: "إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوخ لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء".
- كما وضع المشرع فى المواد 465، 466، 467، 468 بعض الإجراءات الخاصة بهذا البيع (أو ما يسمى بقسمة التصفية)، أى أن بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر يتم طبقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات، وبالتالي لا تجوز فيه الشفعة.
- 3- بيع العقار المتقل بتأمين عينى اختياريا بالمزاد العلنى. إذ تقضى المادة 467 من تقنين المرافعات بأن: "يجوز لمن يملك عقارا مقررًا عليه حق امتياز أو اختصاص أو رهن رسمى أو حيازى لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته، أن يبيعه أمام القضاء بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة".
- وتقضى المادة 468 مرافعات بأن تطبق على بيع العقار اختياريا "الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع".
- 4- بيع الدولة لأملكها الخاصة، طبقا للتشريعات السارية المنظمة لذلك.
- فهو بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة طبقا للشروط التى ينظمها القانون.
- 5- بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب أمام القضاء.
- إذ تنص المادة 459 من قانون المرافعات على أن: "بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايدة تجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب من عديم الأهلية أو الغائب".

وقد تكفلت المواد (460 - 463) ببيان الإجراءات الواجب اتباعها فى هذا البيع⁽¹⁾.

وهذه البيوع جميعا - كما رأينا - تتم وفقا لقواعد وإجراءات رسمتها القوانين واللوائح.

أما البيوع التى لا تتم طبقا لهذه القواعد والإجراءات، فتجوز فيها الشفعة ومثال ذلك :

(1) وكانت المواد 614 وما بعدها من قانون المرافعات الأهلى تنظم إجراءات خاصة لبيع عقار القاصر المأذون ببيع عقاره، ولكن اتباع هذه الإجراءات لم يكن إجباريا، بل جرى العمل على أن يأذن المجلس الحسبى الوصى فى بيع العقار المراد بيعه، وأن يحدد لإيقاع البيع جلسة علنية تتم فيها المزايدة أمام المجلس الحسبى، ثم يصرح المجلس للوصى بإجراء البيع لمن رسا عليه المزداد والتوقيع على العقد بالثمن الذى قبل الراسى عليه المزداد الشراء به أمام المجلس- وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن البيع أمام المجلس الحسبى لا يدخل فى البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة، إذ أنه ليس من البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإدارية المختصة بقوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق، ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزداد.

فقد قضت بأن :

1- "البيوع التى ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أو القائمة فى إجراءاتها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاق بها، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة طبقا لقواعد وإجراءات معينة قانونا تضمن العلانية والطمأنينة الكافيين لحماية ذوى الحقوق، ثم توقعها حتما لمن يرسو عليه المزداد).

(طعن رقم 68 لسنة 5 ق جلسة 1936/2/27)

2- "إن البيع الحاصل أمام المجلس الحسبى لا يدخل فى البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة، إذ أنه ليس من البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإدارية =
المختصة بمقتضى قوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزداد".

(طعن رقم 90 لسنة 14 ق جلسة 1945/4/12)

1- البيع الذى يجريه المالك لعقاره بالمزاد العلنى الذى يحصل بالنداء بالأثمان فى جلسة للمزايدة حددها البائع وأعلن عنها فى الصحف، طالما أن هذه المزايدة لم تحصل وفقا لإجراءات رسمها القانون أمام إحدى الجهات الإدارية أو القضائية المختصة بذلك.

2- البيع بطريق المظاريف :

لا شبهة فى أن مقصود الشارع من منع الشفعة فيما يباع بالمزاد العلنى هو أن هذا البيع تتوافر فيه العلانية الكافية مما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزايدة، كما أن مقصوده من حصول هذا البيع وفقا لإجراءات رسمها القانون هو أن يتم إيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر. وبذلك يستطيع الشفيع إذا كانت له رغبة فى المبيع أن يشترك فى المزايدة، ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد⁽¹⁾.

ولما كانت هذه الشروط لا تتوافر فى البيع بطريق المظاريف المغلقة حيث لا يعرف كل راغب فى الشراء مقدار ما عرضه الآخر ثمنا للشفقة، فلا يعتبر هذا البيع مستوفيا للمقصود من عبارة "المزاد العلنى" الواردة بنص المادة 939، ويمكن القول بأنه فى مثل هذه الحالة لا توجد مزايدة بل مجرد تقديم عطاءات. وقد استقر القضاء فى ظل قانون الشفعة على أن البيع بطريق المظاريف ليس من البيوع التى تمنع فيها الشفعة، إذ ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزايدة، فضلا عن أن وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما

(1) وجاء بمحضر جلسة 19 نوفمبر سنة 1937 وفى مناقشات لجنة المرحوم كامل صدقى

باشا ما يأتى:

"وتساؤل الرئيس عما إذا كان هناك محل للشفقة فى بعض حالات البيع الإدارى التى تتم بمظاريف مغلقة. فأجاب كامل مرسى بك بأن البيوع التى يشير إليها الرئيس لا تدخل فى عداد البيوع الحاصلة بالمزاد العلنى وعليه فلا ريب فى جواز استعمال حق الشفعة فى مثل هذه البيوع".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 405 الهامش وما بعدها).

هو محتفظ به للحكومة عادة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى عطاء⁽¹⁾.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة (silva vente est faite aux enchères publiques) ومقصود الشارع من النص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو البيع بالمزاد طبقاً لقواعد وإجراءات معينة قانوناً تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتماً على صاحب العطاء الأكبر من جهة أخرى بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في المبيع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد. ولما كان بيع أراضي الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزايدة، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ به للحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى عطاء، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حال، فالبيع الواقع من مصلحة الأملاك بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة المنصوص عليه في المادة الثالثة من قانون الشفعة، فتجوز فيه الشفعة".

(طعن رقم 77 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

70- ثانياً : وقوع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب والأصهار

حتى درجة معينة :

تنص المادة 939 في البند (ب) من الفقرة الأولى منها على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة :

"(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية".

والحكمة في المنع من الأخذ بالشفعة في هذه الحالة، أن البيع هنا يقوم على

(1) محمد على عرفه ص 550 - عبد المنعم الصده ص 460 - محمد كامل مرسى ص 386.

اعتبار شخصى ملحوظ، فالصلة الوثيقة هي التي أدت إلى البيع على هذا النحو بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر.

ولذا رأى الشارع أن في إجازة الشفعة في هذا البيع تفويت لغرض البائع، وحرمان للمشتري من ثمار صلة الرحم، وحصول الشفيع على مميزات لم يكن البائع ليرضى بمنحها لغير هذا المشتري⁽¹⁾.

وقد عدد النص على سبيل الحصر الفئات التي يمتنع الأخذ منها بالشفعة، وهي كالآتي :

(1) البيع الذي يقع بين الأصول والفروع :

ينطبق النص على كل البيوع التي تقع بين الأصول مهما علوا والفروع مهما نزلوا، سواء كان الأصل أم الفرع هو البائع أو المشتري.

فينطبق النص مهما كانت الدرجة بين الأصل والفرع. فلا شفعة إذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وإن نزل، أو إذا باعه لأبيه أو لجدّه وإن علا.

وحكم النص يسرى أيضا، في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من فروع البائع أو أصوله، لأن النص إنما جاء في أحكام الشفعة، ولأن مثل هذا النوع من البيع إن لم يكن في الحقيقة هبة ففيه محاباة، لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين، وليست الحكمة منع الأجنبي من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه أو العكس.

وعلى هذا فإذا باع الجد عقارا إلى حفيده، فلا يكون لابن البائع أن يشفع في هذا العقار ولو قام به سبب من أسباب الشفعة بدعوى أنه أقرب إلى البائع من المشتري⁽²⁾.

(2) البيع الذي يقع بين الزوجين :

(1) نبيل سعد ص 369 وما بعدها.

(1) محمد كامل مرسى ص 389- محمود عرفه ص 551.

يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون البيع وقع بين الزوجين، ويستوى أن تباع الزوجة إلى زوجها، أو يبيع الزوج إلى زوجته.

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الذي يقع بين الخاطبين⁽¹⁾.

ولما كان الطلاق الرجعي يزيل الحل ولا يزيل الملك، فيجوز للمطلق أن يراجع مطلقته في فترة العدة، بعكس الحال في الطلاق البائن الذي يزيل الحل والملك، ولا يجوز للمطلق إعادة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، فإن معنى ذلك أن الطلاق الرجعي امتداد للزوجية، ويمنع البيع الحاصل فيه بين المطلقين في فترة العدة الأخذ بالشفعة، بعكس الحال في الطلاق البائن⁽²⁾.

(3) البيع الذي يقع بين الحواشي حتى الدرجة الرابعة :

بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة مانع من أخذ العقار المبيع بالشفعة.

وتحسب قرابة الحواشي طبقاً لنص المادة 36 من التقنين المدني التي تجرى على أن : "يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفروع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة".

وأقارب الحواشي حتى الدرجة الرابعة طبقاً للقاعدة الواردة بالمادة هم :

- 1- الأخ والأخت لأبوين أو لأب أو لأم (أقارب من الدرجة الثانية).
- 2- العم والخال والعمة والخالة (أقارب من الدرجة الثالثة).
- 3- أبناء العم وبنات العم، وأبناء وبنات العمة، وأبناء وبنات الخال، وأبناء وبنات الخالة (أقارب من الدرجة الرابعة).

وكانت الفقرة الثانية من المادة (3) من قانون الشفعة (الملغى) تنص على أن

(2) عبد المنعم الصده ص 442.

(3) المستشار عزت حنوره ص 152.

قربة الحواشي مانعة من الأخذ بالشفعة حتى الدرجة الثالثة⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض - في ظل هذا القانون بأن :

"إن قانون الشفعة حين قال في المادة الثالثة منه أن لا شفعة "فيما بيع من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة" لم يبين القاعدة في احتساب درجات القرابة. ثم إن الشريعة الإسلامية باعتبارها هي الأصل في نظام الشفعة لا يجدى الرجوع إليها في هذا الصدد. وذلك : أولا : لأن المادة المذكورة لم تنقل عن الشريعة الإسلامية وثانيا : لأن الشريعة الإسلامية وإن كانت قد تعرضت لدرجات القرابة وقال فقهاؤها إن الدرجة هي البطن، فإنها لم تتعرض لكيفية احتساب الدرجات إذ هي لم ترتب أحكاما على تعددها. كذلك لم يأت الشارع في النصوص الأخرى التي أشار فيها إلى درجة القرابة بقاعدة لاحتسابها، فيما عدا نصا واحدا في قانون المرافعات في المادة 240 التي أشير فيها إلى هذه القاعدة بصدد رد أهل الخبرة إذ جاء بها بعد ذكر أنه يجوز رد أهل الخبرة إذا كان قريبا من الحواشي إلى الدرجة الرابعة: "ويكون احتساب الدرجات على حساب طبقات الأصول طبقة طبقة إلى الجد الأصلي بدون دخول الغاية وعلى حسب طبقات الفروع طبقة طبقة لغاية الدرجة الرابعة المذكورة بدخول الغاية". وهذا النص وإن كان قد ورد في صدد معين فإن الطريقة التي أوردتها في احتساب درجة القرابة هي الطريقة الواجب اتباعها في سائر الأحوال لا، لأن النص ورد بها فحسب بل لأنها هي الطريقة التي تتفق =

والقواعد الحسابية في عد الدرجات. واحتساب الدرجات بمقتضى هذا النص يكون على أساس أن كل شخص يعتبر طبقة بذاته. وعلى ذلك يكون ابن العم أو العمة في الدرجة الرابعة، إذ هو طبقة ووالده طبقة والأصل المشترك (الجد) طبقة إلا أنها لا تحتسب، ثم العم طبقة وابنه طبقة، فهذه طبقات أربع.

ويظهر أن هذه الطريقة في احتساب الدرجات قد نقلت عن المادة 738 من القانون المدني الفرنسي التي جاء في الفقرة الأولى منها ما ترجمته "يكون احتساب الدرجات بالنسبة إلى الأقارب من الحواشي على حسب الطبقات من القريب المراد احتساب درجته إلى الأصل المشترك من غير أن يدخل هذا في العدد ثم منه إلى القريب الآخر".

وجاء في فقرتها الثانية تطبيقات للقاعدة فقالت : إن أولاد العم الأشقاء هم في الدرجة الرابعة. والواقع أن درجة القرابة ما هي في حقيقة أمرها إلا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه، فيجب بالنسبة إلى الحواشي أن تعد المسافات التي تفصل بين الشخص المطلوب

(4) البيع الذى يقع بين الأصهار حتى الدرجة الثانية :

استحدث المشرع هذا المانع فى نص المادة 939، حيث لم يكن مقررا فى قانون الشفعة الملغى، وهذا يعد مظهرا من مظاهر التضييق فى الشفعة. ولم يكن هذا المانع مقررا فى مشروع الحكومة، بل أضيف إلى المادة (939) بناء على اقتراح لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص هو استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية⁽¹⁾.

ولحساب درجة القرابة بالمصاهرة يرجع إلى نص المادة 37 مدنى التى تجرى على أن: "أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج (آخر). فالزوج يعتبر قريبا من الدرجة الأولى من ناحية المصاهرة بالنسبة لأبى زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر، كذلك يعتبر كل منهما فى الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج. وأخو الزوجة يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة للزوج وأخو الزوج يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة إلى الزوجة. فلا يجوز الأخذ بالشفعة إذن فى البيع الحاصل لأب الزوج أو الزوجة أو لأم الزوج أو الزوجة أو لزوج البنت وزوجة الابن فهؤلاء جميعا يعتبرون أقارب من الدرجة الأولى بالمصاهرة بالنسبة إلى البائع. ولا شفعة كذلك فيما يباع لأخ الزوج أو

معرفة درجة قرابته والأصل المشترك، ثم تضاف إليها المسافات التى بين هذا الأصل والقريب الآخر.

ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة. وعلى ذلك فابن العم أو العمة يكون فى الدرجة الرابعة، لأن بينه وبين أبيه مسافة، وبين هذا وأبيه - وهو الأصل المشترك - مسافة، ومن هذا لابنه مسافة، ومنه لابنه مسافة، فمجموع هذه المسافات أربع. وهذا هو حاصل القاعدة التى أوردها الشارع فى المادة 240 قانون المرافعات. فالحكم الذى يعتبر ابن العمة فى الدرجة الرابعة وعلى هذا الأساس أجاز الشفعة فيما اشتراه من أبناء خاله يكون قد أصاب".

(طعن رقم 27 لسنة 14 ق جلسة 1944/11/23)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 409.

الزوجة أو أختها، إذ يكون المشتري في هذه الحالة قريباً للبائع من الدرجة الثانية. ويوقف المنع عند ذلك، فتجوز الشفعة فيما يبيعه أحد الزوجين لعم الزوج الآخر أو لعمته أو لابن أختي الزوج الآخر أو ابن أخته، إذ أن هؤلاء يعتبرون أقارب في الدرجة الثالثة بالمصاهرة.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد القرابة بالمصاهرة - بأن :

"والقرابة وعلى ما أورده نصوص المواد من 34 حتى 37 من التقنين المدني إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة ويخرج موضوع النزاع المائل عن قرابة النسب إذ يتعلق بقرابة المصاهرة وقد عبرت عنها المادة 37 من التقنين المدني فنصت على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وهذا النوع من القرابة لا يوجد أي صلة بين أقارب الزوج وأقارب زوجته وقرابة المصاهرة لا تنشأ أصلاً من تصرف قانوني يكون الغرض منه إنشاء القرابة ذاتها وإنما تنشأ نتيجة لوجود التصرف القانوني كالزواج الذي يوجد صلة بين أسرة كل من الزوجين أما صلة الزوج بزوجته فهي مترتبة على رابطة الزواج لا على رابطة المصاهرة ولقرابة المصاهرة أهمية في تحديد حقوق الشخص وواجباته قبل أعضاء أسرته أو في معرفة المحرمات من النساء وقد رتب القانون آثاراً قانونية مختلفة على درجة القرابة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي قد قصره المشرع في المادة 2/222 من التقنين المدني على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية وفيما يتعلق بالزواج فقد حرم المشرع على الرجل أن يتزوج من بعض أصهاره تحريماً مؤبداً مثل أصول زوجته أي أمها وأم أبيها وإن علون سواء دخل بزوجته أو لم يدخل بها وكذلك فروع زوجته التي دخل بها أي بناتها وإن نزلن فقد حرم المشرع بنت الزوجة بشرط الدخول بأمرها كذلك حرم المشرع على الرجل زواجه من زوجة أبيه أو جده أو زوجه الفرع أي زوجه ابنه أو ابن الإبن وإن نزلن ويجوز تلك القرابة التي حرمها المشرع تحريماً مؤبداً في الزواج هناك المحرمات مؤقتاً وهي التي تحل

فى حالة معينة وتستمر حرمتها وقتا معينا فترة بقائها على هذا الحال فهى حرمة مؤقتة فإذا زالت صح وإن تزوج المرأة من الرجل الذى كان حراما عليها مثال ذلك أخت الزوجة فهى تعتبر فى حكم أخت الزوج وبنت أخت الزوجة فهى تعتبر فى حكم بنت أخت الزوج وهما محرمتان على الزوج بحكم قرابة المصاهرة التى ينشأ عنها التحريم المؤقت فإذا توفيت الزوجة أو طلقها زوجها وانتهت عدتها جاز له شرعا أن يتزوج من أخت الزوجة أو بنت أختها لزوال المانع وارتفاع سبب التحريم المؤقت إذ لا يوجد حينئذ جمع بين محرمين فى عصمته ومفاد ذلك أن قرابة المصاهرة فى تلك الحالة تزول حتما بوفاة الزوجة أو طلاقها إذ لا يستساغ القول بأن الزوج يصح زواجه من أخته أو بنت أخته حكما وهذه النتيجة تختلف فى حالة التحريم المؤبد فلا أثر للوفاة أو الطلاق على قرابة المصاهرة فى تلك الحالة مما مؤداه أن درجة القرابة فى تلك الأحوال لها معنى مغاير عن غيرها وفق ما رتبته الشارع من أحكام لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضدها وهى ابنة شقيقة زوجة المستأجر الأصلى والثابت من أقوال شاهديها بأن خالتها زوجة المستأجر - توفيت قبل زوجها ومن ثم ارتفع الحظر عنها وصارت أجنبية عن الزوج المستأجر لزوال المانع وارتفاع سبب التحريم بوفاه خالتها - زوجة المستأجر - وأصبحت حلالا له، فلا محل بعد ذلك للقول بأن المطعون ضدها تعتبر فى ذات الوقت بنت أخت المستأجر بعد زوال قرابة المصاهرة بزوال السبب فى إنشائها بوفاة الزوجة أو طلاقها وعلى ذلك فشرط القرابة المطلوب لتطبيق حكم المادة 1/29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 أصبح غير متوافر إذ المقصود بالأقارب فى حكم هذا النص القانونى هم الأقارب الذين ينسبون إلى الشخص بالزواج الصحيح القائم وقت الاستفادة من أحكام الامتداد القانونى فإذا انفصمت العلاقة الزوجية بالطلاق أو انتهت بالوفاة فلا يستفيد من الامتداد القانونى إلا المحرمات على سبيل التأييد متى توافرت لهم الإقامة المستقرة لمدة سنة سابقة على وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة ولا يتسع هذا النص ليشمل الأقارب بالمصاهرة التى تزول قرابتهم بزوال

سببها ذلك أن القرابة فى تلك الحالة قرابة اعتبارية محدودة الأثر وموقوتة بقيام سبب إنشائها فلا يثبت بها إرث ولا تقوم بها نفقة أقارب أو حضانة للصغير ولا يترتب عليها بعد زوالها أى تحریم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدها بأحقيتها فى استمرار عقد إيجار شقة النزاع لصالحها باعتبارها من أقارب المستأجر بطريق المصاهرة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 219 لسنة 61 ق جلسة 1995/1/26)

71- ثالثاً: ما يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :

تنص الفقرة الأولى من المادة (939) مدنى على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة:

"(ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة".
وقد وردت عبارة "محل عبادة" فى النص مطلقة دون تحديد لدين معين يكون موضوع العبادة فلا يشمل الدين الإسلامى فقط بل يشمل الدين المسيحى واليهودى إلا أن كل مطلق مقيد بعدم مخالفته للنظام العام أو الآداب. ولذا إذا كان ما يسميه البعض ديناً من الأديان أو مذهباً من المذاهب يعتنق ما لا يقره النظام العام أو الآداب، فإنه لا يتحقق به وصف "محل عبادة" على المكان الذى تمارس فيه طقوسه. ومن ذلك النوع المخالف للنظام العام القديانية والبهائية والمجوسية عبادة النار، والمذاهب التى تقدر المتعة الجسدية⁽¹⁾.

ويشمل النص الأماكن التى تباع لتلحق بمحل عبادة قائم فعلاً، سواء لتوسعته أو ليكون مقصورة تخصص للنساء إذا أتين المسجد للصلاة، أو لإضافة مرفق جديد إليه كدورة مياه.

كما يجب أن يكون العقار المبيع مخصصاً لإقامة الشعائر الدينية بالمعنى

(1) المستشار عزت حنوره ص 155.

الحرفى للكلمة وما يلحق بها، ويكون لازماً لأدائها، فلا تمتنع الشفعة إذا كان المقصود من البيع هو تخصيص المبيع لغرض دينى آخر غير مباشرة العبادات فيه، فتجوز الشفعة فيما بيع ليُجعل مكتبا لتحفيظ القرآن مثلاً، أو ليكون مدرسة أو مبرة ملحقة بمسجد.

ومن باب أولى لا يتحقق المانع، وتجاوز بالتالى الشفعة، إذا كان المقصود بالبيع غرض غير دينى كما إذا كان العقار سيخصص لإقامة مؤسسة خيرية أو اجتماعية، كإقامة عبادة أو مدرسة أو مكتبة⁽¹⁾.

وقد اقترح أحد أعضاء لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حيث سيحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض العامة، فلم توافق اللجنة على هذا الاقتراح وأبقت الفقرة (ج) من المادة 939 دون تعديل⁽²⁾.

وإذا كان الغرض من شراء العقار ليس هو جعله محلاً للعبادة فقط، وإنما لهذا الغرض بالإضافة إلى غرض آخر، كبناء مسجد وعمارة سكنية أو مسجد ومدرسة، فإن ذلك لا يكون مانعاً من الأخذ بالشفعة، ذلك أن النص لم يمنع الأخذ بالشفعة إلا إذا كان العقار قد بيع ليُجعل محل عبادة... "مما يدل على أن المشرع يعنى بذلك العقار كله لا بعضه. ولما كان هذا المنع استثناء من أصل إجازة الشفعة، فإنه يتعين الوقوف عند حد النص دون توسع.

أما إذا كان الغرض الأصيل هو إقامة دار للعبادة ويلحق مسكن لخدامها أو للإمام فإن هذا المسكن لا يكون مقصوداً لذاته وإنما هو مجرد تابع ملحق بالمسجد تيسيراً على خادمه أو الإمام والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل. ويتحقق فى هذه

(2) نبيل سعد ص 370 - رمضان أبو السعود ص 292.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 409.

الصورة المانع من الأخذ بالشفعة في هذا البيع⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض في قضاء حديث لها في تحديد المسجد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، والذي يشترط في المسجد خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه، بحيث إذا كان علواً ثمنه سفل مملوك أو كان سفلاً فوقه علو مملوك لا يصير مسجداً لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة.. إذ قضت بتاريخ 1997/11/30 في الطعن رقم 6908 لسنة 66 ق بأن :

"وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك أن مناط الأخذ بالشفعة في جميع الأحوال ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها، وإذ كان من موانع الأخذ بالشفعة وعلى ما أورده المادة 939 من القانون المدني أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار يبيع ليجعل محل عباده أو ليلحق بمحل عباده بما مفاده أن المشرع حفاظاً منه وتقديراً لهذا الغرض الديني الذي تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة في هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلاً إلا لدفع المضار التي تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضرر من دار للعبادة وفي القضاء بالشفعة في هذه الحالة ما ينافي طبيعة العقد وتقويت للأغراض المنشودة منه، وإذ يشترط في المسجد - على أرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة - خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه، بحيث إذا كان علواً تحتة سفل مملوك أو كان سفلاً فوقه علو مملوك لا يصير مسجداً لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة فيه ولأن في وجود مسكن أو مستغل فوقه أو تحتة ما ينافي تعظيمه، كما أن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة البر والإحسان من أملاك الدولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شئونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة، وكان قيام حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، إلا

(2) المستشار عزت حنوره ص 156 وما بعدها.

أن العين المشفوعة لا تصير فى ملك الشفيع - فى غير حالة التراضى - إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة، بما لازمه أنه إذا ما صارت العين المشفوعة مسجدا تسلمته وزارة الأوقاف لإدارة شئونه قبل صدور الحكم النهائى المثبت للشفعة امتنع على الشفيع أخذها بالشفعة بعد أن خرجت من ملك العباد عموما إلى ملك الله تعالى، فإنه إذا ما ادعى الشفيع عدم صحة الغرض الذى تمسك به المشتري من أنه قصد من شرائه العقار المبيع جعله محلا للعبادة - مسجدا - لمخالفته الحقيقة والواقع فإن عليه إثبات ذلك، لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه محل النعى وقدم ما يتساند إليه فى أن العين المشفوعة مقام عليها مسجد يقصده المصلون وتسلمته وزارة الأوقاف للإشراف عليه، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بأنه قول غير صحيح، ومردود عليه بأن المادة (946) من القانون المدنى نظمت هذا الأمر، وأن الأرض لم تتوافر فيها أى حالة من الحالات المانعة من أخذها بالشفعة... وأن الأرض لم تبع لإقامة مسجد عليها.... على نحو ما سلف ببيانه، وكان هذا الذى ذهب إليه الحكم المطعون فيه وأقام قضاءه عليه لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح ردا عليه، ومعه حجب الحكم نفسه عن التثبت مما آلت إليه العين المشفوعة وبحث وتمحيص دفاع الطاعن الذى من شأنه لو أنه عنى ببخثه وتمحيصه وصح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

72- رابعا: الوقف:

تنص المادة (939) فى فقرتها الثانية على أن "ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة" وهذا ما قضت به المادة (4) من قانون الشفعة الملغى.

وعلة عدم ثبوت الشفعة للوقف ظاهرة، لأن الشفيع فى هذه المادة إما أن يكون ناظر الوقف وهو وكيل، وإما أن يكون أحد المستحقين وهو ليس بمالك أيضا

وقد كانت المادة (51) من القانون المدنى القديم تقضى بأنه: "لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له" ولكن هذا الحكم لم يرد لا فى قانون الشفعة ولا فى القانون المدنى الجديد. ومن مقتضى ذلك جواز الشفعة فى العقار المبيع من الوقف إذ أن الترخيص ببيعه يقتضى حتما إنهاء الوقف فيه، فيصبح ملكا تجوز الشفعة فيه.

أما إذا استبدلت بعين من أعيان الوقف عين أخرى فلا يجوز الشفعة فى أيهما لأن الاستبدال معاوضة، والشفعة لا تثبت إلا فى البيع.

وإذا اشترت بمال البدل عين للوقف فلا تجوز الشفعة فيه إذا أن ما يحل محل الموقوف يندرج فى الوقف ويجرى مجراه، والأصل أن مال البدل يعتبر وقفا فلا تثبت الشفعة فى المبدل منه⁽¹⁾.

أما إذا كان البدل حاصلا بمبلغ من المال فإنه يعد فى حكم المبيع ويكون محلا فى هذه الحالة لإجازة الشفعة للعقار الموقوف الذى استبدل بمبلغ نقدى إذ أن هذا الاستبدال يعد بيعا⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان البيع الثانى من البيوع التى لا يجوز

(1) محمد على عرفه ص 475.

(2) وقد جاء بمناقشات (لجنة المرحوم كامل صدقى باشا) بمحضر جلسة 1937/12/10 ما يأتى:
"وقال مصطفى الشوربجى إن نص المادة (3) آفة الذكر لا يجيز للوقف أن يأخذ بالشفعة، فهل تجوز الشفعة فى حالة انتهاء الوقف عن طريق البدل مقابل ثمن دفع لشراء عقار آخر يحل محل عقار الوقف المستبدل. فلاحظ الرئيس بأنه إذا حصل البدل بين عقار موقوف وعقار آخر فمن البديهي عدم جواز الشفعة. فى هذا البدل - أما إذا كان البدل حاصلا بمبلغ من المال فإنه يعد فى حكم البيع ويكون هناك محل فى هذه الحالة لإجازة الشفعة بالنسبة للعقار الموقوف الذى استبدل بمبلغ نقدى إذ أن هذا الاستبدال يعد بيعا. فأقرت اللجنة رأى الرئيس".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 407)

الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يتمتع على الشفيع الأخذ بها حتى البيع الأول الذى يجيزها.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكم حديث لها ذهبت فيه إلى أن :

(أ) "إذا كان البيع الثانى من البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يتمتع على الشفيع الأخذ بها حتى فى البيع الأول الذى يجيزها، لأن البيع الثانى - إذا كان جديا - فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعا صوريا صورية مطلقة، فإنه يكون منعما قانونا، غير قائم أصلا فى نية عاقيه، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشتري الثانى. ويبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة فى بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وثبتت صوريته، فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة فى هذا البيع الثانى لأى سبب من الأسباب، لا يحول دون الأخذ بها فى البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه، ومن ثم يكون لزاما على المحكمة أن تتصدى ابتداء لبحث الطعن بالصورية المطلقة، وتقول كلمتها فيه، فإذا ثبتت صوريته كان منعما غير منتج لأى أثر قانوني، ولو كان مسجلا".

(ب) "إذا كان الواقع فى الدعوى - على نحو ما حصله الحكم المطعون فيه - أن الطاعة شفعت فى البيع الأول الحاصل بتاريخ - وهو بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة - وطعنت بالصورية المطلقة فى عقد البيع الثانى المؤرخ، فإن وجود مانع يمنع من الأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأخير لا يحول دون تحقيق هذه الصورية، وتمكين الطاعة من إثباتها توصلا إلى إهدار أثره.

وإذ كان البين مما أورده الحكم فى مدوناته أن محكمة الاستئناف فهتت خطأ أن الطعن بالصورية ينصب على الثمن فقط فى البيع الثانى - فى حين أنه طعن بصورية هذا العقد صورية مطلقة - وجرها هذا الخطأ فى فهم الواقع إلى خطأ فى تطبيق القانون حيث انتهت إلى أنه "حتى لو كان هذا الثمن دون الثمن

الحقيقي..... فإن الشفعة غير جائزة لأن المشتري تنتمي بصفة مصاهرة من الدرجة الأولى للبائع" فإن الحكم يكون - فضلا عن خطئه في فهم الواقع في الدعوى - قد أخطأ في تطبيق القانون، وشابه قصور مبطل".

(طعن رقم 2741 لسنة 63 ق جلسة 2000/11/28 - لم ينشر بعد)

73- بعض موانع الشفعة في القوانين الأخرى:

وردت بعض موانع الأخذ بالشفعة في بعض القوانين الأخرى، نذكر منها ما يأتي:

- 1- المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) بالإصلاح الزراعي: تنص المادة التاسعة من المرسوم بقانون المذكور على أن: "توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لجودة الأرض.

ويشترط فيمن توزع عليه الأرض :

.....

ولا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة إلخ".
والأراضى المذكورة هى التى يتم الاستيلاء عليها من كبار الملاك طبقا
لأحكام المرسوم بقانون المذكور.
والعلة من منع الشفعة فى الأراضى الموزعة، هو مراعاة الشارع فى توزيعها
اعتبارات خاصة تتعلق بالحالة الاجتماعية للموزع عليهم، ومنحها لهم بأسعار
زهيدة، بقصد رفع مستوى معيشتهم ورفع الغبن الذى كان واقعا عليهم قبل ثورة 23
يوليو سنة 1952.

2- القرار بقانون رقم 50 لسنة 1969 (المعدل) بتعيين حد أقصى

لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية ما فى حكمها :

تنص المادة الأولى من القرار بقانون رقم 50 لسنة 1969 (المعدل) بتعيين
حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها على أنه: لا
يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور
والصحراوية أكثر من خمسين فدانا... وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة
هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز شهره.

وتنص المادة السادسة على أن تستولى الحكومة خلال سنة من تاريخ العمل
بهذا القانون - على الأراضى الزائدة عن الحد الأقصى للملكية.

والمقرر أن وضع حد أقصى للملكية مما يتعلق بالنظام العام. ومن ثم إذا
كانت ملكية الشفع خمسین فدانا من الأراضى المذكورة فإنه يكون ممنوعا من
الأخذ بالشفعة فى أراضى أخرى لأن ملكيته ستزيد على الحد الأقصى المقرر
قانونا.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل المادة الأولى من قانون الإصلاح

الزراعى - بأن :

"متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعى التى تقضى ببطلان كل عقد تترتب عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتى فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام - ولا محل للاستناد إلى القانون رقم 267 لسنة 1956 الذى أجاز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان عن طريق الميراث أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد عن المائتى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيود التى نص عليها المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 فى خصوص من يملكون أكثر من مائتى فدان وقت صدوره ذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان وإن فى إباحة تملك ما يزيد على مائتى فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952، أما الوصية والميراث وما جرى مجراهما من أسباب كسب الملكية فإن الأمر فيها يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية".

(طعن رقم 235 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/24)

كما قضت فى ظل المادة السادسة من القانون رقم 50 لسنة 1969

بأن:

"النص فى المادة السادسة من القانون رقم 50 لسنة 1969 الخاص بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها، على عدم الاعتداد فى تطبيق هذا القانون بتصرفات الملاك السابقة ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل تاريخ العمل به، إنما هو نص خاص وضعه المشرع لمعالجة حالة خاصة، هى حالة التصرفات الصادرة من الملاك قبل العمل بهذا التشريع رغبة منه فى استقرار المعاملات ولتقديره أن التصرفات التى تمت بعقود ثابتة قبل العمل به انتفى عنه شبه الصورية والتحايل على القانون وعلى أساس هذا التقدير قرر الاعتداد بهذا استثناء فى مواجهة جهة الإصلاح الزراعي، وإذ جاء هذا الاستثناء مقصورا على التصرفات الثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون المذكور فإن الحكم المطعون فيه- إذ قضى برفض دعوى الطاعن بالشفعة لأن ملكيته للأراضى الزراعية سوف تزيد على الحد الأقصى قانونا- ولم يعتد بالتصرف الصادر منه- لبنائه بعد العمل به لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 207 لسنة 43 ق جلسة 1976/12/9)

3- القرار بقانون رقم 100 لسنة 1964 (المعدل) بشأن التصرف فى

العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة.

نصت المادة (58) من القرار بقانون المذكورة على أن: "تؤول ملكية العقارات التى يتم التصرف فيها وفقا لأحكام هذا القانون إلى المتصرف إليه محملة بما عليها من حقوق الارتفاق. دون أن يترتب على ذلك أى حصر فى المطالبة بتعويض مقابل هذه الحقوق.

وفى جميع الأحوال لا يجوز أخذ العقارات المشار إليها بالشفعة". والعلة فى

منع الشفعة في هذه الحالة هي أن الدولة تباع عقاراتها عادة لتحقيق أغراض اجتماعية أو اقتصادية تقوم على مصالح عامة، وليس بغرض مالي بحت، وهي لذلك تتطلب في المشتري صفات خاصة وتراعى في تحديد الثمن الغرض المقصود من البيع، ولذا فإن إجازة الشفعة في هذه البيوع يفوت على الدولة هذا الغرض.

ولقد سبق للقضاء التوصل لهذه النتيجة في مثل هذه البيوع من قبل صدور القوانين التي نصت صراحة على المنع من الأخذ بالشفعة. وذلك تأسيساً على تكيف البيع الذي يقوم على اعتبارات خاصة، بأنه ليس بيعاً محضاً وإنما تصرف ذو طابع خاص لا تجوز الشفعة فيه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الشفعة أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأولى إلى المطعون عليه الثاني ليس بيعاً تجوز فيه الشفعة وإنما هو تصرف ذو طابع خاص روعي فيه إثثار المتصرف إليه بالأولية في شراء الأطنان المبيعة موضوع طلب الشفعة لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوافر أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضي البور - فضلاً عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون، ذلك بأن القضاء بالشفعة في مثل هذه الحالة يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تقويت للأغراض المنشودة منه".

(طعن رقم 357 لسنة 21 ق جلسة 1953/2/26)

(1) المستشار عزت حنوره ص 58 وما بعدها.

2- "إذا كان المشتري قد تمسك بعدم جواز الشفعة في أرض اشتراها بطريق الممارسة من مصلحة الأملاك بثمن روعى في تقديره اعتبارات خاصة وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهري فإنه يتعين نقضه. ذلك أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شرائها ومهما زيدا على أثمانها، ويعتبر البيع في هذه الأحوال مترواحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن".

(طعن رقم 74 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/16)

كما رددت محكمة النقض هذا القضاء في حكم حديث لها صادر بتاريخ 1985/12/26 في الطعن رقم 2411 لسنة 54 ق حيث كان العقار المشفوع فيه قد بيع إلى رئيس مجلس إدارة الجمعية التعاونية لبناء المساكن لأعضاء هيئة التدريس والعاملين بالجامعة بصفته) وقد جاء بالحكم:

"وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شراء العقار المبيع ومهما زايد وأعلى ثمنه ويعتبر البيع في هذه الأحوال مترواحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى - وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن - فالقضاء بالشفعة في مثل هذه الأحوال - يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تقويت للأغراض المنشودة منه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا في صحيفة الاستئناف بأن البيع الحاصل من أولهما لثانيهما ليس من البيوع التي يجوز فيها الشفعة استناداً إلى أنه تصرف ذو طابع خاص روعى فيه إيثار المتصرف إليه بصفته

بالصفقة لما فيه من تحقيق مصالح اجتماعية واقتصادية لهيئة التدريس بالجامعة وأن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل قيمة العين المبيعة وقت البيع فإن الحكم المطعون فيه إذ رد على دفاع الطاعنين بمجرد القول "بأن الجمعية التي يمثلها الطاعن الثانى لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الجامعة التي يمثلها الطاعن الأول" دون أن يمحس دفاعها من أن البيع روعى فيه اعتبارات خاصة بالمشتري وأن هذه الاعترافات كان لها أثرها فى تحديد الثمن رغم أنه دفاع جوهري من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، وكان ما أورده بالحكم فى صدره لا يواجهه ولا يصلح ردا عليه فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 2411 لسنة 54 ق جلسة 1985/12/26)



إجراءات الشفعة:

مادة (940)

على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك.

الشرح

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة:

74- وجوب إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري:

توجب المادة على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، فلا يغنى إعلان أحدهما بهذه الرغبة عن إعلان الآخر. وكان هذا الحكم مقررا أيضا فى الفقرة الأولى من المادة (14) من قانون الشفعة (الملغى) إذ كانت تنص على أن: "يحب على من يرغب فى الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لهما كتابة على يد محضر..... إلخ".

وقد قضت محكمة النقض فى ظل هذا النص بأن:

1- "إن المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة قد نصت على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصما حقيقيا فى دعوى الشفعة وأنه لا يترتب على عدم إعلانه سقوط الحق فيها".

(طعن رقم 17 لسنة 13 ق جلسة 1943/10/31)

2- "إنه إن صح القول بعدم وجوب إعلان الرغبة فى الشفعة إلى البائع لعدم النص صراحة على السقوط فى المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة وعدم ذكر البائع صراحة فى الفقرة (ثانيا) من المادة التاسعة عشرة فإن ذلك لا يؤثر فى سقوط الحق فى دعوى الشفعة إذا لم ترفع على البائع مع المشتري فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت إعلان الرغبة مادام الشارع- كما سلف- قد نص على السقوط عند عدم مراعاة ذلك".

(طعن رقم 17 لسنة 13 ق جلسة 1943/10/21)

3- ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة:

حددت المادة ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري.

وعلى ذلك لا يجوز احتساب هذا الميعاد من تاريخ العلم اليقنى بحصول البيع، كما كان الحال فى ظل قانون الشفعة الملغى إذ كانت المادة التاسعة عشرة منه تجعل هذا الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته..... فلا يبدأ هذا الميعاد إذن إلا من تاريخ الإنذار الرسمى المذكور، ولو كان الشفيع عالما بالبيع علما يقينيا قبل هذا التاريخ. وبذلك يكون النص الجديد قد قضى على الإشكالات العديدة التى كانت تثور فى ظل قانون الشفعة إذ أن من مصلحة البائع والمشتري أن يتمسكا دائما بعلم الشفيع بحصول البيع توصلا إلى الدفع بسقوط حقه فى الشفعة لعدم إبداء رغبته فيها خلال الميعاد القانونى. فى حين أن مصلحة الشفيع تقتضى إنكار علمه بالبيع فى التاريخ الذى يدعيه البائع أو المشتري حتى يفلت من الدفع بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة. ولما كان تحديد تاريخ العلم بالبيع مسألة واقعية، فقد كان من مقتضى ذلك أن يستطيل النزاع حتى يتثبت القاضى من تاريخ العلم، وهو ما كان يقتضى دائما إحالة

الدعوى إلى التحقيق لسماع شهود كل من الطرفين إثباتاً ونفيًا⁽¹⁾.

غير أن هذا لا يمنع الشفيع من أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس فى القانون ما يحول بينه وبين ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده فى المادة (940 مدني) من تحديد بداية الأجل سوى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً فى نظر الشارع فى القانون المدنى القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري. ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً الذى يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون

(1) وكانت المادة (1388) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد المقابلة للمادة (940 مدني) وكما أقرتها لجنة المراجعة تجعل ميعاد إعلان الرغبة فى الشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ "علمه بالبيع أو من تاريخ الإنذار الرسمى الذى أعلنه به البائع أو المشتري". وفى مجلس النواب عدلت لجنة الشئون التشريعية المادة بحذف عبارة "من تاريخ علمه بالبيع أو" وجاء بتقريرها أنه: "وبناء عليه يكون للشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى وكان النص الأصلى يوجب إعلان الرغبة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع أو الإنذار الرسمى. وقد دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا فحسماً لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده....."، وقد أيدتها فى ذلك لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ.

انتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس فى القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده فى المادة (940) من القانون المدنى تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من إنذار المشتري والبائع إجراء حتميا يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر لسقوط حق الشفيع".

(طعن رقم 565 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/26)

2- "لا يعتبر علم الشفيع بالبيع ثابتا فى نظر الشارع فى القانون المدنى القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري بحصول البيع ولا يبدأ سريان ميعاد إبداء الرغبة إلا من تاريخ هذا الإنذار، ولو علم بالبيع قبل ذلك، ما لم يسجل عقد البيع، ولا عليه إن هو أبدى الرغبة فى الأخذ بالشفعة قبل توجيه الإنذار إليه".

(طعان رقما 281 ، 952 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/12)

3- "لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتا فى نظر المشرع فى القانون المدنى إلا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري، ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما الذى يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس فى القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده فى المادة (940) من القانون المدنى تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من إنذار المشتري أو البائع إجراء حتميا يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر لسقوط حق الشفيع".

(طعن رقم 832 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/17)

4- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك بأنه لما كان القانون المدنى قد وضع نظاما معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه فى المواد من (940 إلى 943) وجعل إجراءات هذا النظام مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة وكانت هذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة وأن المشرع أوجب فى المادة (940) من القانون المدنى على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع وحدد فى المادة (941) من ذات القانون البيانات التى يجب أن يشتمل عليها وهى بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه، فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات وأنه لا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بها بغير تلك الوسيلة التى حددها القانون. فإذا لم يتم إنذار الشفيع بالطريق الذى رسمه القانون فإن ميعاد إعلان رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة يكون منفتحاً أمامه إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص الفقرة ب من المادة (948) من القانون المدنى. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم لم يقوموا بإنذار الطاعنين - الشفعاء - بحصول البيع على نحو ما أوضحتها المادة (941 سالفه الذكر) وكان هؤلاء الآخرون قد أقاموا الدعوى رقم 363 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية بطلب أخذ أرض النزاع بالشفعة وتضمنت صحيفتها التى لم تعلن إلى المطعون ضدها العاشرة لعدم معرفة موطنها إعلان رغبتهم فى الأخذ بالشفعة وفات على الطاعنين إيداع ثمن الأرض المشفوع فيها خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى، غير أنهم عادوا فأقاموا

الدعوى رقم 481 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية بتاريخ 14 من مايو سنة 1969 بذات الطلب موضوع الدعوى السابقة بعد إيداع ثمن الأرض المشفوع فيها خزانة المحكمة بتاريخ 1969/5/6 واختصموا فيها جميع أطراف عقد البيع بما فيهم المطعون ضدها العاشرة التى لم تكن قد أعلنت برغبة الأخذ بالشفعة من قبل، إذ كان ذلك وكان إيداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد وعلى الوجه المبين فى المادة (942) من القانون المدنى هو شرط لقبول دعوى الشفعة فإن تخلف هذا الشرط فى الدعوى رقم 363 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية لا يمنع الشفعاء من تداركه وإعلان رغبته فى أخذ أرض النزاع بالشفعة فى صحيفة الدعوى رقم 481 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية التى رفعت رأساً على البائعين والمشتري مادامت إجراءات هذه الدعوى قد اتخذت فى وقت كان ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لم يزل مفتوحاً بسبب عدم توجيه الإنذار إلى الشفعاء بحصول البيع أصلاً طبقاً لما أوضحتها المادة 941 سالفه الذكر، وعدم تمام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحيفة الدعوى الأولى لجميع أطراف البيع لسبب لا يسأل عنه الطاعنون متى كان لم يوجه إليهم إنذار بالبيع يتضمن بياناً لموطن المطعون ضدها العاشرة التى لم يتم إعلانها من قبل تلك الرغبة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر فى قضائه حين اعتد فى طلب الشفعة بإجراءات الدعوى رقم 363 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية ولم يقم اعتباراً للدعوى رقم 481 لسنة 1969 مما حجبته عن بحث حق الطاعنين فى الشفعة طبقاً للإجراءات التى تمت فيها فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 172 لسنة 54 ق جلسة 1991/2/14)

ومع ذلك، فإن البيع الذى يتعدد فيه البائعون أو المشترون ولا يكون المبيع فيه صفقة واحدة وإنما عدة صفقات، بما يجوز معه للشفيع أن يطلب الأخذ

بالشفعة فى أى منها دون التزام عليه بأخذها جميعا. فإن عدم نجاحه فى إعلان رغبته إلى بعض البائعين أو المشترين فى الميعاد القانوني، لا يؤدى حتما إلى سقوط حقه فى جميع الصفقات. بل يسلم من السقوط حقه فى الصفقة التى يتم إعلان طرفيها برغبته فى الميعاد، لعدم تعارض ذلك مع قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة.

75- كيفية احتساب الميعاد:

حددت المادة مدة خمسة عشر يوما لإعلان الشفيع رغبته منذ تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري.

وعلى أن عبارة "من تاريخ الإنذار الرسمى" يجب أن تحمل على تاريخ تسليم الإنذار للشفيع، لا على تاريخ تحريره من البائع أو المشتري إذ العبرة فى بدء الميعاد هى بعلم الشفيع بالبيع بالطريق الرسمى الذى رسمه القانون وهو الإنذار، وواقعة العلم لا تتحقق إلا من وقت تسليم الإنذار إلى الشفيع طبقا للقواعد التى نظمها قانون المرافعات. ويحسب الميعاد وفقا للقواعد العامة. فلا يدخل فيه يوم إعلان الشفيع بالإنذار، بل يبتدئ من اليوم التالى لتاريخ الإعلان، ولكن يدخل فيه اليوم الأخير فينقضى الميعاد بانقضائه (م15 مرافعات). إلا إذا صادف اليوم الأخير عطلة رسمية فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد هذه العطلة (م18 مرافعات)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل قانون الشفعة (الملغى) - بأن:

"إن المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة إذ نصت على إظهار الشفيع رغبته يكون فى ظرف خمسة عشر يوما، من وقت علمه بالبيع لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوما تبتدئ من لحظة العلم بالبيع، بل أرادت أن تجعلها تبتدئ

من اليوم التالى ليوم العلم به".

(طعن رقم 20 لسنة 5 ق جلسة 1935/6/20)

76- احتساب ميعاد المسافة :

يضاف إلى الميعاد السابق ميعاد المسافة إذا توافرت شروطه وتنص المادة (16) من قانون المرافعات على أن:

"إذا كان الميعاد معيناً فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه، وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو متراً يزداد له يوم على الميعاد، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام.

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود".

وتنص المادة (17) على أن: "ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوماً ويجوز بأمر من قاضى الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعاً لسهولة المواصلات وظروف الاستعمال ويعلن هذا الأمر مع الورقة.

ولا يعمل بهذا الميعاد فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها إنما يجوز لقاضى الأمور الوقتية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة على ألا يجاوز فى الحالين الميعاد الذى كان يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان السبب الذى يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلاً فى عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضاً على تلك المحكمة، وكان مؤدى ذلك منتزعا من أسباب الحكم المطعون

فيه، فلا يعتبر سببا جديدا. فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين، ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلى بالبيع، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ المعين ورفضت دعوى الشفعة، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقررة قانونا لإبداء الرغبة فى الاستشفاع، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمدده لليوم التالى للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله فى عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع".

(طعن رقم 63 لسنة 3ق جلسة 1934/1/25)

2- "ميعاد الخمسة عشر يوما المحدد قانونا لإبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة هو من المواعيد التى يزداد عليها ميعاد مسافة. وتحسب المسافة من محل الشفيع إلى محل المشفوع منه".

(طعن رقم 63 لسنة 3ق جلسة 1934/1/25)

3- "إن ميعاد المسافة بحسب المادة 17 مرافعات إنما هو زيادة على أصل الميعاد وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعادا واحدا متواصل الأيام. فإذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد".

(الطعن رقم 20 لسنة 5ق جلسة 1935/6/20)

4- "إن مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها، بل إنها تسرى فى أثنائها، وكل ما أجاز به بحسب مفهوم المادة 18 مرافعات أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة فإنه يمتد لليوم التالى فإن كانت الأيام التالية هى أيضا أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة".

(طعن رقم 20 لسنة 5 ق جلسة 1935/6/20)

77- شكل إعلان الرغبة فى الشفعة :

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً أى وهو يتم بورقة من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطالان المنصوص عليها فى قانون المرافعات، وهى بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للاعتراف بوجودها ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة لها أو صورتها إذ هى لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام وهى بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للاعتراف بوجودها، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها إذ هى لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها، ولا يجوز تكملة النقص فى البيانات الموجودة بها بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها مهما بلغت قوة هذا الدليل، وإذ كان المطعون فيه قد التزم هذا النظر ولم يعتد بإقرار المطعون ضده الثانى (البائع) بإعلانه فى منتصف شهر يونيو سنة 1976 بإنذار المطعون ضدها الأولى (الشفعية) برغبتها فى أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه دليل غير مستمد من ورقة من أوراق المحضرين المثبتة لهذا الإعلان أو صورته، ولم يثبت بالأوراق إعلانه بذلك قبل تاريخ 1976/7/31 فإنه لا يكون قد أخطأ فى فهم الواقع أو أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 417 لسنة 48 ق جلسة 1981/4/29)

ولئن كان المشرع لم يذكر البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار فإنه يمكن تبرير ذلك بأن إعلان الرغبة الذي يعقب الإنذار سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه، فإن لم يكن هناك إنذار سابق لإعلان الرغبة فإن الشفيع يستطيع أن يستمد المعلومات اللازمة من الشهر العقاري عندما يكون عقد البيع مسجلاً، ولكن الصعوبة يمكن أن تثور عند إعلانه عن الرغبة ولم يكن هناك إنذار أو تسجيل سابق، فإن هذا سيلقى عليه عبء التقصى عن البيانات اللازمة للإعلان. ولذلك فإن الشفيع لا يسأل عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار له بأسماء البائعين.

78- بطلان إعلان الرغبة في الشفعة؛

إذا لم يتم إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع والمشتري طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات. كان الإعلان باطلاً ولا يرتب أثره. غير أنه لا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (م 1/20 من قانون المرافعات)، كما أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق بها البطلان بالنظام العام. وهو هنا لا يتعلق بالنظام العام كما سنرى.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

"إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات والنص في الفقرة الثانية من المادة (20) من القانون المشار إليه على أنه "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء" وفي المدة (22 منه) على أنه "يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع

لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع - وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية - قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معيناً أو بياناً معيناً فإنه يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً إلا إذا تعلق بالنظام العام، لما كان ذلك وكان الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الآخر بتاريخ 1971/10/20 في محل تجارته وليس في موطنه، فرد عليه بإعلان وجهه إليهما في 1971/11/3 أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانيتهما للحقيقة فسارع إلى تصحيحها، وعرض على الطاعنين الحلول محله في عقد البيع بالثمن الحقيقي والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأى اعتراض أو تحفظ في شأن بطلان إعلان الرغبة، مما يدل على تحقق الغاية التي يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبي شرع لمصلحته، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق في الشفعة لبطلان إعلان إبداء الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 569 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/16)

79- إعلان الرغبة بصحيفة دعوى الشفعة :

يجوز للشفيع إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة بنفس صحيفة الدعوى، إذ كل ما اشترطه القانون لإعلان الرغبة هو أن يكون رسمياً، فلم يستلزم حصوله بورقة مستقلة. بل إن إدماج إعلان الرغبة في صحيفة الدعوى ينطوى على معنى

التعجيل بالبت فى أمر الشفعة، وهو ما يتسق مع قصد المشرع. على أنه يشترط فى هذه الحالة إعلان صحيفة الدعوى المتضمنة إبداء الرغبة خلال الميعاد المحدد لإعلان الرغبة، ومن ثم فلا يستفيد الشفيع من الميعاد المحدد لرفع الدعوى- وهو كما سنرى- ثلاثون يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن كل ما تشترطه المادة 942 من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة، مادام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة".

(طعن رقم 239 لسنة 36 ق جلسة 1970/12/10)

2- "يصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأساً على كل من البائع والمشتري إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى فى هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلاً فى الميعاد القانوني".

(طعن رقم 399 لسنة 49 ق جلسة 1982/5/23)

3- "لا يغنى عن إعلان الرغبة- وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن تكون البيانات التى أوجب القانون توافرها فيه تضمنتها صحيفة الدعوى، ما لم تكن هذه الصحيفة قد أعلنت بالفعل فى الميعاد الذى أوجب القانون إعلان الرغبة فيه، ولا يكفى فى ذلك مجرد إيداع الصحيفة بقلم الكتاب لأن هذا

(1) محمد على عرفة ص500- السنهورى ص833- رمضان أبو السعود ص334.

الإيداع لا يحفظ إلا الحقوق التى يحميها رفع الدعوى من السقوط ومن ذلك ما هو مقرر بالمادة (943) من القانون المدنى من وجوب رفع دعوى الشفعة فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها أما جزاء عدم إعلان الرغبة فلا يمنع من إعماله إلا حصول هذا الإعلان فى الميعاد طبقا للمادتين 940 ، 948 سالفتي الذكر، ولما تنص عليه المادة الخامسة من قانون المرافعات".

(طعن رقم 323 لسنة 50 قى جلسة 1983/12/29)

80- عدم تعلق بطلان إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة بالنظام العام:

بطلان إجراءات إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يتعلق بالنظام العام، وإنما شرع لمصلحة المشتري والبائع، ويجب التمسك به من أيهما. ويسقط التمسك به بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا، ولا يجوز التمسك بالبطلان لأول مرة أمام محكمة النقض⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان إعلان الرغبة فى الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1392 لسنة 48 قى جلسة 1982/6/24)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان السبب الذى يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلا فى عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما

كان معروضا على تلك المحكمة، وكان فوق ذلك منتزعا من أسباب الحكم المطعون فيه، فلا يعتبر سببا جديدا. فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين، ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلى بالبيع، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ المعين ورفضت دعوى الشفعة، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر قانونا لإبداء الرغبة فى الاستشفاع، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمدّه لليوم التالى للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله فى عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع".

(طعن رقم 63 لسنة 3 قى 1934/1/25)

81- جزاء عدم إبلاغ الرغبة فى الميعاد:

يترتب على عدم إبلاغ الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال الميعاد، سقوط حق الشفيع فى أخذ العقار بالشفعة. والحكمة من ذلك واضحة حيث أن كل هذه الإجراءات بحسب مآلها ستنتهى بحلول الشفيع محل المشتري فى العقد الذى يربطه بالبائع. ولذلك كان طبيعيا أن يستلزم القانون إعلان الرغبة إلى كل من المشتري والبائع. وأن إعلان الرغبة لأحدهما لا يغنى عن إعلانها للآخر. ولا يلزم أن تعلن الرغبة إلى البائع والمشتري فى نفس الوقت المهم أن يتم إعلانهما فى خلال الميعاد إلى كل منهما سواء كان هذا الإعلان متعاصرا أو متعاقبا. ويجب مراعاة هذه القاعدة أيضا عند تعدد البائعين أو المشتريين أو عند تعددهم معا⁽¹⁾.

(1) نبيل سعد ص 404- السنهورى ص 829.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا دفع بسقوط حق الشفيع فى الشفعة لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ولذلك ذكر بها أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها وكان الطاعن لم يعترض على هذه الصحيفة بأى اعتراض ولم يوجه إليها أى طعن ولم يقدم أى دليل على عدم صحة هذه الإجابة، فإن أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ فى القانون ولا عيباً فى الاستدلال".

(طعن رقم 114 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/29)

وإذا أعلنت الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى حد ذوى الشأن أو إلى بعضهم فقط خلال المدة القانونية، ولكن لم يعلن البعض الآخر إلا بعد فوات الميعاد، جاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمسك بسقوط حق الشفيع فى الشفعة، ولما كان هذا الحق لا يتجزأ فإنه يسقط بالنسبة إلى الجميع فلا يكفى إذن أن يصل الإعلان فى الميعاد إلى المشتري وحده أو إلى البائع وحده، بل يجب أن يعلن الجميع فى الميعاد القانونى مهما تعددوا، وإلا سقط الحق فى الشفعة⁽¹⁾.



مادة (941)

يشمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا.

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

الشرح

82- المقصود بالإنذار:

الإنذار وسيلة لكل من المشتري أو البائع للتبكير بحسم الموقف في مواجهة الشفيع. والقصد منه إثبات علم الشفيع بوقوع البيع بطريقة يقينية، وبالتالي إجباره على اللوج في إجراءات الشفعة- إذا كان يرغب في أخذ العقار المبيع بالشفعة- ويتيح له الإنذار ترقب خطوات الشفيع إذ قد يغفل عن اتباع إجراء أو لا ينجزه في الميعاد المحدد، فيسقط حقه في الشفعة. وكما ذكرنا سلفا أن المشرع لم يقصد من هذا الإجراء تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع فيه إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة فيه، إذ له أن يبادر بإعلان رغبته قبل هذا الإنذار إذا شاء.

83- شكل الإنذار:

الإنذار لابد أن يكون رسميا، أي بإعلان على يد محضر. وقد نصت على هذه الرسمية المادتان (940، 941 مدني).

ومن ثم لا يغنى عن هذا الإنذار الرسمي أية ورقة أخرى ككتاب مسجل بعلم الوصول أو برقية ولو تضمنت هذه الورقة البيانات التي يجب أن يشتمل الإنذار عليها.

كما يذهب الرأى الغالب إلى أن الإنذار يجب أن يكون بورقة مستقلة، ولا تغنى عنه أية ورقة رسمية أخرى، ولو تضمنت البيانات التى يجب أن يشتمل الإنذار عليها. فلو أن المشتري لحصة شائعة فى عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد وأدخل فى الدعوى سائر الشركاء فى الشيوع ليكون الحكم فى مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد، لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمي، ويبقى حق الشركاء فى الشيوع فى الأخذ بالشفعة قائما مادام المشتري أو البائع لم يوجه لهم إنذارا رسميا⁽¹⁾.

ولا يقوم مقام الإنذار، علم الشفيع بالبيع ومعرفته بسائر البيانات التى يجب أن يتضمنها الإنذار.

84- بيانات الإنذار:

يجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية:

(1) استئناف القاهرة 19 ديسمبر سنة 1950 - شبين الكوم 18 ديسمبر سنة 1951 - السنهورى ص 825 - محمد على عرفة ص 479 - عبد المنعم البدرأوى ص 391 - عبد المنعم الصده ص 470 - وقارن المستشار عزت حنوره ص 225 فيذهب إلى أن المشرع لم يشترط أن يكون الإنذار بورقة مستقلة فيقول سيادته: "وبما أن القانون لم يشترط فى هذا الإنذار الموجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع، سوى أن يكون رسميا وأن يشتمل على بيانات معينة، دون أن يشترط فيه أن يكون إجراء مستقلا، أو أن تكون ورقته قاصرة على مجرد إخبار الشفيع بالبيع وبياناته الإلزامية فلا تتضمن موضوعا آخر. فإن القول بوجود ذلك يكون إضافة لشروط لم يوجبها المشرع ولا سند لها من القانون. ومن ثم لا مانع مطلقا من قيام المشتري بإدراج هذا الإنذار بكافة بياناته فى صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع التى يقيمها ضد البائع طالما اختصم فيها الشفيع أو أعلنه فقط بتلك الصحيفة دون اختصاصه فى الدعوى. لأنه فى الحالين يكون قد تم إنذار هذا الشفيع رسميا بالبيع وبما تطلبه القانون من بيانات. وبالتالي يبدأ ميعاد سقوط حق طلب الشفعة من تاريخ إعلان الشفيع بتلك الصحيفة"، وهذا الرأى له وجهته.

(أ) بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا :

يجب أن يتضمن الإنذار بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا. ويقصد بالبيان الكافي، البيان النافي للجهالة ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وكذلك أى بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار، وكذلك ما يميزه من توابع أو ملحقات ذات تأثير فى تقييم الصفقة كالعقارات بالتخصيص المتميزة أى غير المعتادة، وحقوق الارتفاق⁽¹⁾.... إلخ. وإذا لم يكن المبيع هو كل العقار فإنه يجب تحديد الحصة المبيعة، وذلك بحيث يستطيع من وجه إليه الإنذار أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك. وكانت المادة (21) من قانون الشفعة (الملغى) توجب بيان العقار "بيانا دقيقا"⁽²⁾، والتعبيران متساويان.

وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع فى الإنذار قد جاء كافيا أم غير ذلك متروك لقاضى الموضوع، فإذا أقام الحكم قضاءه على أسباب سليمة فلا شأن لمحكمة النقض به.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل قانون الشفعة - بأن :

1- "إن مقصود الشارع من البيانات التى أوجبها بالمادة (21) من قانون الشفعة فيما يتعلق بالعقار المبيع هو تعريف الشفع بالبيع تعريفًا تامًا نافيًا للجهالة بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك. وتقدير

(1) محمود جمال الدين زكى ص 455- رمضان أبو السعود ص 331.

(2) وكان نص المادة (1389) من المشروع التمهيدى المقابل للنص الحال ينص على "بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا دقيقا، مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته" وذلك على غرار نص المادة (21) من قانون الشفعة (الملغى) إلا أنها عدلت فى لجنة المراجعة بحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لا حاجة لها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 417 وما بعدها).

ما إذا كان بيان العقار المبيع في التكليف بإبداء الرغبة قد وقع كافيا أم غير كاف متروك لقاضى الموضوع فإذا ما أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه فلا شأن لمحكمة النقض به".

(طعن رقم 72 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/12)

2- "متى كانت المحكمة بعد أن حصلت دفاع الطاعنين - الشفعاء - ومؤداه أنهم كانوا يجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة فندت هذا الوجه من الدفاع بالأدلة السائغة التى أوردتها فإن هذا منها لا يعتبر تكييفاً للدعوى مخالفاً للتكييف الذى ارتضاه طرفاها بل هو قيام منها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها من وجوه الدفاع الجوهرية وهى إذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالبيع كان شاملاً لكافة البيانات التى أوجبها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعمال حق الشفعة فى الميعاد القانونى وأنهم رغم هذا العلم لم يبدوا رغبتهم فيها إلا بعد فوات الأجل المحدد قانوناً ورتبت على ذلك سقوط حقهم فى الشفعة فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون أو جاوزت نطاق الخصومة المطروحة عليها".

(طعن رقم 177 لسنة 18 ق جلسة 1951/4/5)

3- "تقدير كفاية البيان الوارد فى الإنذار المنصوص عليه فى المادة 941 مدنى عن العقار الجائز أخذه بالشفعة وعدم كفاية هذا البيان مما يستقل به قاضى الموضوع".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

4- "وضع القانون المدنى نطاقاً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه فى المواد من 940 إلى 943 وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة، وهذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة وقد أوجب المشرع فى المادة 940 من القانون المدنى على المشتري أو البائع

إنذار الشفيع لحصول البيع، وحدد في المادة 941 من ذات القانون البيانات التي يجب أن تشتمل عليها وهي بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التي حددها القانون. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أنه لا المشتري ولا البائع قام بإنذار الشفيع بحصول البيع طبقاً لما أوضحتها المادة 941 سالف الذكر فإن ميعاد إعلان الشفيع لرغبتها في أخذ العقار يكون مفتوحاً أمامها إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص المادة 948/ب من القانون المدني، ولا تسأل الشفيع عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين ويكون الحكم المطعون فيه إذ رفض الأخذ بالدفع بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة على هذا الأساس قد التزم صحيح القانون ويكون الطعن بذلك على غير أساس".

(طعن رقم 1060 لسنة 49 ق جلسة 1980/2/21)

5- "المادة 941 من القانون المدني إنما أوجبت أن يشتمل الإنذار - الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة - على بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليمًا من المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وإنما أراد أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ الإنذار بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في

الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها".

(طعن رقم 1062 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/14)

6- "النص فى المادة 941 من القانون المدنى على أن "يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا: (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه" يدل على أن الغرض من هذا الإنذار إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه إعلاما كافيا لإتاحة الفرصة له لإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة إن شاء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار المشار إليه وإلا سقط حقه عملا بنص المادة 940 من القانون ذاته ولا يتحقق علم الشفيع بشروط البيع الأساسية التى استلزم القانون بيانها فى هذا الإنذار إلا إذا كان هذا البيان واضحا لا إبهام فيه ولا غموض وبالتالى فإن عدم وضوح شرط منها يستوى وعدم اشتمال الإنذار عليه فيترتب عليه بطلان الإنذار الموجه إلى الشفيع فلا يفتح ميعاد الخمسة عشر يوما المسقط لحقه فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 943 لسنة 59 ق جلسة 1993/6/8)

(ب) - الثمن:

يجب أن يشتمل الإنذار على بيان الثمن الذى تم به البيع أى الثمن المبين بالعقد، لأن هذا الثمن هو الذى سيلزم الشفيع بإيداعه خزينة المحكمة حتى يتمكن من الحصول على العقار بالشفعة فإذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقى فللشفيع أن يطعن فيه، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقى، ولكن يجب عليه أن يبدى رغبته خلال الخمسة عشر يوما من وقت الإنذار⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 443.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إدعاء الشفيع بصورية الثمن الوارد فى عقد البيع لا يعفيه من واجب إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة فى الميعاد القانوني، وله بعد ذلك أن يطعن فى هذا الثمن أمام المحكمة ويثبت صوريته بجميع طرق الإثبات القانونية".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

(ج) - المصروفات الرسمية :

يجب أن يتضمن الإنذار المصروفات الرسمية وعبرة "المصروفات الرسمية" لم تكن واردة بالمشروع التمهيدي، وقد أضافتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ. وجاء فى محضر الجلسة الأربعين للجنة أنه رأى أن يضاف إلى مشتملات الإنذار الرسمى الذى يوجه إلى الشفيع فضلا عن بيان الثمن، المصروفات الرسمية كرسوم التسجيل وما يماثلها، أما المصروفات الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة.

ويذهب البعض إلى أنه ليس ثمة فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التى يتضمنها الإنذار الرسمى، لأن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات. وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فستكون جميعا محل مطالبة على حدة وكان يكفى ذكر الثمن فهو وحده الذى يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة⁽¹⁾.

بينما يرى البعض الآخر أن اشتراط شمول الإنذار لبيان المصروفات الرسمية، لم يكن تزييدا أو ضئيل الفائدة، بل على العكس من ذلك، فإنه لا يخلو من فائدة محققة ذلك أنه لم يقصد من بيان المبالغ الواجب ذكرها بالإنذار، تحديد ما يلزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة. وإنما تعريفه بأهم ما سيلزم بأدائه فى مقابل

(1) السنهاورى ص 823 هامش (1).

أخذ المبيع بالشفعة حتى يستطيع تقدير ما يقع على كاهله من التزامات مالية إن هو أقدم على هذه الخطوة. وليس من شك فى أن المصاريف الرسمية تلى الثمن مباشرة فى أهميتها فى هذا التقدير، لأن هذه المصاريف تكون عادة كبيرة القيمة، فضلا عن أن مقدارها يثبت بطريق رسمى بعيد عن المساومة والجدل، فيحسن علم الشفيع بها ليتخذ قراره.

(د) - شروط البيع :

أوجب النص أن يشتمل الإنذار على شروط البيع. والمقصود بشروط البيع، الشروط الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم. ومثل ذلك أن تتضمن شروط البيع قيда أو تكليفا شخصيا أو عينيا يحد من سلطات المشتري على العقار المبيع.

ولكن لا يعد من الشروط الأساسية للبيع ما يأتي:

1- بيان حصة كل مشتر فى بيع على الشيوع ذلك أنه لا يجوز فى جميع الأحوال إلا أن يشفع فى العقار المبيع كله.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة 941 من القانون المدنى على أن "يشتمل الإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشتري إلى من يريد الأخذ بالشفعة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا: (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري وصناعته وموطنه" وليس فى القانون ما يمنع موجه الإنذار من اتخاذ موطن مختارا له إذ نص فى المادة 43 من القانون المدنى على أنه "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين". وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإنذار

الموجه من المشتري إلى الشفيع قد حوى بياناً كافياً للعقار المبيع وبيان الثمن والمصروفات وشروط البيع واشتمل على بيان اسم البائع وموطنه وأسماء المشتريين وموطنهم المختار، وكان المقصود بشروط البيع الذى يستلزم بيانها فى الإنذار، الشروط الأساسية التى لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم فإذا كان بيان حصة كل مشتر فى بيع على الشيوخ لا ينفع صاحب الحق فى الشفعة فى تقديره لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه لا يجوز فى جميع الأحوال إلا أن يشفع فى العقار المبيع كله فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشتريين إلى الشفيع على هذا البيان، وعدم اشتماله على بيان محل إقامتهم والاكتفاء بذكر موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه".

(طعن رقم 456 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/9)

2- شروط منح المشتري أجلاً فى الوفاء ببعض الثمن لأن الشفيع ملزم فى جميع الأحوال طبقاً للمادة 942 مدنى بإيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

كما أنه طبقاً للمادة 945 مدنى لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع، ولا يعفيه هذا أيضاً من إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقصود بشروط البيع التى استلزم القانون بيانها فى الإنذار هى شروطه الأساسية التى لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً فى الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق فى الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ذلك أنه ملزم فى جميع الأحوال طبقاً للمادة (942) من القانون المدنى

بإيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة، كما أنه طبقا للمادة 945 مدنى لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع وحتى فى حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل فى الميعاد القانونى، ومن ثم ليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها وبالتالي فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار. ولا يعتبر كذلك من شروط البيع التى توجب المادة (941) من القانون المدنى اشتمال الإنذار عليها ما ورد فى عقد البيع الصادر للمطعون ضده الأول (المشتري) من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريقة الشراء من آخر بعقد ابتدائى، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تمليك البائع.

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

3- شروط تلقى البائع ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائى.

4- شروط عقد تمليك البائع للبائع.

(راجع نقض 1963/11/7 سالف الذكر).

(هـ) - اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه :

يجب أن يشتمل الإنذار على اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

والحكمة من هذا البيان هو تمكين الشفيع من معرفة البائع والمشتري حتى يستطيع أن يوجه إليهما إعلان الرغبة بأخذ العقار بالشفعة خلال الميعاد القانونى، وأن يباشر سائر إجراءات الشفعة بعد ذلك كما أن معرفة الشفيع بالمشتري تفيد فى

تدبير أمره فيما يتعلق برغبته فى الأخذ بالشفعة، فإنه ربما يطمئن إلى المشتري ويرتضيه مشتريا للعقار فيمتنع عن الأخذ بالشفعة، وقد يحصل العكس فيسعى إلى طلب الأخذ بالشفعة.

ولما كانت المادة 43 من التقنين المدنى تنص على أنه: "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين" فإنه يجوز أن يتضمن الإنذار الموجه من البائع أو المشتري مجرد ذكر موطن مختار له بدلا من ذكر محل إقامته الأصلية.

(راجع نقض طعن رقم 456 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/9)

85- جزاء تخلف أو عدم صحة بيانات الإنذار:

تنص المادة (941) على أنه: "يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا ... إلخ". وعلى ذلك تكون هذه المادة قد نصت صراحة على جزاء تخلف البيانات التى أوجبت اشتغال الإنذار عليها أو عدم صحة هذه البيانات، وهو بطلان الإنذار.

ويترتب على بطلان الإنذار ألا يبدأ من تاريخ توجيهه ميعاد إبداء الشفيع ورغبته فى أخذ العقار بالشفعة وهو خمسة عشر يوما، فلا يسقط حقه فى طلب أخذ الشفعة خلال هذا الميعاد ويظل حقه فى الأخذ بالشفعة قائما ما لم يسقط بالتقادم العادى كالأشأن فى أى حق من الحقوق ومدته خمسة عشر عاما.

86- إعلان الإنذار:

يتبع فى إعلان إنذار الشفعة إلى الشفيع الإجراءات التى نص عليها قانون المرافعات لإعلان أوراق المحضرين (مادة 10 مرافعات وما بعدها).

وتنضى المادة العاشرة من قانون المرافعات بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ويجوز تسليمها فى الموطن المختار فى الأحوال التى بينها القانون وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانة فى موطنه كان

عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار.

وتنص المادة (11) على أنه إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه أن يسلمها فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال وذلك بعد توقيعه على الأصل بالاستلام.

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأسمى أو المختار كتاباً مسجلاً، مرفقاً به صورة أخرى من الورقة، يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله فى حينه فى أصل الإعلان وصورتيه. ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً.

والموطن الأسمى للشخص هو المكان الذى يقيم فيه عادة (م40 مدني) أما المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة فلا يعتبر موطناً له إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م41 مدني)، ومن ثم لا يجوز إعلان الشفيع بالمكان الذى يباشر فيه تجارة أو حرفة إلا إذا كانت الشفعة تتعلق بهذه التجارة أو الحرفة⁽¹⁾.

(1) الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة 1995 ص149 وما بعدها- محمد على عرفة ص480- نقض طعن رقم 544 لسنة 44 ق جلسة 1979/1/20 - طعن رقم 591 لسنة 39 ق جلسة 1980/2/4. ونشير إلى أن محكمة النقض قد قضت بتاريخ 31 يناير لسنة 1946 فى الطعن رقم 16 لسنة 15 ق بأن:

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كانت الطاعنة قد تمسكت ببطلان الإنذار الرسمى المؤرخ 1990/12/8 لعدم اتصال علمها به لتوجيهه إلى غير موطنها الذى تقيم فيه ولا صلة لها بالمدرسة الخاصة التى وجه إليها الإنذار والتى تستأجر العقار المشفوع به وإذ خلا الإنذار المذكور من اسم الطاعنة أو موطنها الأسمى ووجه إلى صاحب ومدير مدرسة.... وهى مدرسة لها شخصية مستقلة وباعتبارها جهة مستأجرة لا تثبت لها الشفعة لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا للجار المالك فىكون هذا الإنذار وقع باطلا وبالتالي لا يفتح به ميعاد وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بهذا

"إن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما هو متعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه بعض الأحيان. والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه. وعلى ذلك فإنذار إظهار الرغبة فى الشفعة الذى يعلن به المشفوع منه فى مكتب مقاولاته يكون صحيحا".

وهذا الحكم كان متسقا مع تعريف الموطن فى المادة السادسة من قانون المرافعات الأسمى، بأنه المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما هو متعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه فى بعض الأحيان. فالمحل بهذا = محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه.

ولكن هذا الحكم- كما رأينا- أصبح لا يتسق مع تعريف الموطن فى المادة (40) من القانون المدنى الجديد وتحديده بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة، ومن ثم وجب ألا تنصرف كلمة الموطن إلى محل العمل إلا فى الحدود المرسومة فى المادة (41) من القانون المدنى (محمد على عرفة ص 480 هامش 3- الدكتور عبد الحميد أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر 1340هـ-1921م ص 430 وما بعدها- ص 490 هامش (2)).

الإنذار فيما انتهى إليه بسقوط حق الطاعة في أخذ الأرض المجاورة لها بالشفعة بمقولة إن العقار الذى تستشفع به يعد موطناً مختاراً لها على خلاف حكم القانون فإنه يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 7326 لسنة 64 ق جلسة 2004/6/27)

2- " (الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للشفيع) لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يخضع لما تخضع له هذه الأوراق من أحكام الصحة والبطالان، فيجب أن يتضمن بيانات جوهرية تتعلق باسم المعلن والمعلن إليه وموطن كل منهما وبيان العقار الجائز أخذه بالشفعة واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وثمان المبيع والمصروفات الرسمية وشروط البيع وإلا كان باطلاً، وإذا لم يحدد المشرع طريقة معينة لإعلانه فإنه يتعين على المحضر تسليمه إلى الشخص المراد إعلانه أو فى موطنه فإذا لم يجد ذلك الشخص جاز تسليمه إلى وكيله أو من يعمل فى خدمته أو أحد أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون مقيماً معه على أن يثبت ذلك كله فى ورقة الإعلان، ويقع على عاتق طالب الإعلان التحرى والتثبت من موطن المعلن إليه ولا يعتبر عجزه عن ذلك قوة قاهرة، كما يجوز للمعلن إليه أن يثبت أن المكان الذى أعلن فيه ليس موطناً له بكافة طرق الإثبات دون أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير على ما أثبتته المحضر من انتقاله إلى موطنه لأن المحضر غير مكلف بالتحقق من صحة موطن المعلن إليه وإنما هو ينتقل لإجراء الإعلان فى المكان الذى يورده طالب الإعلان فى الورقة باعتباره موطناً للمعلن إليه".

(طعن رقم 7326 لسنة 64 ق جلسة 2004/6/27)

87- كيفية توجيه الإنذار:

يوجه الإنذار إلى الشفيع إما من البائع أو المشتري، فإذا وجه أحدهما أغنى

ذلك عن أن يوجهه الآخر .

وإذا تعدد الشفعاء، ولو كانوا من طبقات مختلفة تعين أن يوجه إليهم جميعاً، وذلك لاحتمال أن يترك الشفيع شفيعته فيأخذها الشفيع الآخر⁽¹⁾.

وبجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مخولاً أن يمثلته أمام المحاكم وأن يتسلم الأوراق والأحكام نيابة عنه⁽²⁾.

88- بدء ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة من تاريخ تسلم الإنذار:

يبدأ الميعاد المحدد لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة من تاريخ تسلم الإنذار المعلن إلى الشفيع من البائع والمشتري أو من أحدهما، ولا يغنى عن هذا الميعاد علم الشفيع بحصول البيع وشروطه، وإن كان هذا لا يمنع - كما ذكرنا سلفاً - من أن يعلن الشفيع رغبته قبل هذا الإنذار.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وضع القانون المدني نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه في المواد 940 إلى 943، وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة، وهذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وقد أوجب المشرع في المادة 940 من القانون المدني على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع، وحدد في المادة 941 من ذات القانون البيانات التي يجب أن يشتمل عليها وهي بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه

(1) محمود جمال الدين زكي ص 454- رمضان أبو السعود ص 330.

(2) استئناف مختلط 13 أبريل 1913- محمد كامل مرسى ص 443- السنهاوري ص 821

هامش (2).

وصناعاته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التي حددها القانون.

(طعن رقم 1060 لسنة 49 ق جلسة 1980/2/21)

2- "متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشتري- ولو كان ذلك قبل إنذاره من أيهما- فإن هذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً الذي أوجب القانون أن يتم في خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة. ذلك لأن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من المادة 942 وفي المادة 943 من القانون المدني على سريان ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الوارد ذكره في الفقرة الأولى من المادة 942 ولم يعلق سريانه على انقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً الوارد في المادة 940، وكل ما اشترطه القانون في هذا الإعلان هو أن يكون رسمياً وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع".

(طعن رقم 832 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/17)

3- "المادة 941 من القانون المدني إنما أوجبت أن يشتمل الإنذار- الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة- على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعاته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليمًا من المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وإنما أراد أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع

بالبائع وأن يتخذ من تاريخ الإنذار بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها".

(طعن رقم 1062 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/14)

89- الإنذار لا يعد إقراراً بملكية الشفيع:

الإنذار الموجه من المشتري والبائع إلى الشفيع لا يعد إقراراً منهما بملكيته، فهو لا يعدو أن يكون دعوة لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الإنذار الموجه من الطاعن إلى المطعون ضدها الأولى بإبداء الرغبة في الشفعة لا يعد إقراراً منه بملكيتها لأنه لا يعدو أن يكون دعوة لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا تحققت شروطها".

(طعن رقم 1652 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/20)



مادة (942)

- 1- إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.
- 2- وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

الشرح

90- يجب أن يكون إعلان الرغبة بالشفعة رسميا :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة أن يكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة رسميا. وإلا كان باطلا.

ورسمية هذا الإعلان تستوجب إتمامه على يد محضر. ولا يغنى عن الرسمية أن يتم هذا الإعلان بكتاب مسجل ولو كان مصحوبا بعلم وصول، لأنه طالما حدد القانون طريقة خاصة للإعلان، وهو الإعلان الرسمى على يد محضر، فإنه لا مجال للاعتداد بأية وسيلة أخرى⁽¹⁾.

ويسرى على هذا الإعلان ما يسرى على الإنذار الرسمى الذى يوجه من البائع والمشتري لدعوته إلى الأخذ بالشفعة.

وقضاء محكمة أول درجة ببطالان إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لعدم اختصام البائع اختصاما صحيحا فى الميعاد المحدد هو قضاء فى الموضوع

(1) السنهورى ص 829- محمد على عمران ص 138.

تستند به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"قضاء محكمة أول درجة ببطلان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لعدم اختصاص البائع اختصاصاً صحيحاً في الميعاد المحدد في المادة 943 من القانون المدني هو قضاء في الموضوع تستند به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ذلك أن بطلان إعلان الرغبة وإن تعلق بإجراءات الخصومة إلا أن القضاء به في حقيقته قضاء بسقوط حق الشفيع في الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون، لما كان ذلك وإذ قضت محكمة ثانية درجة في نظر الموضوع بعد إلغائها حكم محكمة أول درجة، فإنها لا تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم 933 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/19)

91- وجوب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة للاحتجاج به

قبل الغير:

تنص الفقرة الأولى من المادة (942 مدني) في عجزها على أنه: "ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل".

فلئن كان إعلان الرغبة في الشفعة هو الإجراء اللازم والضروري الذي يجب أن يقوم به الشفيع إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة. إلا أن تسجيل هذا الإعلان له هدف محدد هو الاحتجاج به على الغير، فلا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.

والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشتري في العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشتري (م 947 مدني). وبهذا تتجلى أهمية مبادرة الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة.

(أنظر شرح المادة 947)

وبعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى وما ترتب عليه من تركيز إجراءات الشهر عموما فى جهة واحدة هى مصلحة الشهر العقارى، فقد أصبح تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يتم فى مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرتة العقار المطلوب أخذه بالشفعة⁽¹⁾.

ولم يحدد القانون زمنا ما لتسجيل إعلان الرغبة، إذ أن التسجيل ليس فى الواقع من إجراءات الأخذ بالشفعة، فلا يترتب على إغفاله سقوط حق الشفيع الذى يستقر بإعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري. ولكن التسجيل وسيلة للاحتجاج بطلب الشفعة على الغير، وللشفيع مصلحة مؤكدة فى أن يسارع إلى تسجيل إعلان الرغبة لأن المشرع جعل تسجيل هذا الطلب هى الوسيلة لحماية الشفيع من كل تصرف يجريه المشتري على العقار المشفوع فيه. كما أنه بالتسجيل تقف متابعة الشفيع للبيع التى ينقل بها المشتري حقه إلى الغير، ويتحدد به مركزه من الصفة بصفة حاسمة⁽²⁾.

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته، فالمشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان الشفعة، فإن هذا البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفيع، وينسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة. ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى بمواعيده وشروطه م938 مدني، وتبطل الإجراءات التى يكون الشفيع باشرها للأخذ بالشفعة فى البيع

(1) وكانت المادة (14) من قانون الشفعة (الملغى) تقضى فى فقرتها الثانية بأنه "ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله.. ثم أضافت أن هذا التسجيل يجرى فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار، ما لم تكن الشفعة بين وطنيين فيكتفى بإجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار... إلخ".

(2) محمد على عرفة ص488- السهوى ص852 وما بعدها.

الأول. ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة تقضى بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري كما تقضى المادة التاسعة منه بأن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها. وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله، فإن دعوى أخذها تقام على المشتري الأول بالشروط التى اشترى بها. فإذا باع المشفوع منه العقار إلى أجنبى بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الأهلية، فإن هذا البيع لا يقتضى ترك الدعوى الأهلية ورفع دعوى أمام المحكمة المختلطة ولا إدخال المشتري الأجنبى أمام المحاكم الأهلية. ولكن إذا أدخل المشتري الأجنبى للحكم فى مواجهته بطلبات المدعى فدفعت بعدم اختصاص المحاكم الأهلية فإنه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع فى حق الأجنبى وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيين ودفاعهم فقط".

(طعن رقم 15 لسنة 5 قى جلسة 1935/6/6)

2- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تصرفات مشتري العقار المشفوع فيه لا تسرى قبل الشفيع متى تمت بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة وهو ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدنى مما مؤداه

(1) السنهورى ص 853 وما بعدها - محمد على عرفه ص 488 - محمود جمال الدين زكى ص 462.

بمفهوم المخالفة لتلك المادة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذي يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة في الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

(طعن رقم 1119 لسنة 56ق - جلسة 1989/1/25)

كما فرق القانون في المادة (946 مدني) حكم البناء والغراس الحاصلين من المشتري قبل طلب الأخذ بالشفعة وحكم البناء والغراس الحاصلين بعده، وقد تعرضنا لذلك في موضعه من الموسوعة.

92- إيداع كل الثمن الحقيقي للعقار الذي حصل به البيع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن:

"وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع.... إلخ" فقد أوجبت هذه الفقرة على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع⁽¹⁾.

(1) تطور التشريع في إيداع الثمن:

كانت المادة (14) من قانون الشفعة (الملغي) تتطلب أن يكون إعلان الرغبة "مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا" وقد احتدم الجدل في الفقه والقضاء فيما إذا كان المقصود من هذا النص هو العرض المبدئي للذمة المقرون بالمبلغ موضوع العرض، أم أنه مجرد إيداع الاستعداد لتحمل العقار بما قام عليه من الثمن والمؤن وقد حسمت هذا الخلاف محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة (29 مارس 1923) وقررت بأن عرض الثمن عرضا حقيقيا في دعوى الشفعة ليس محتما، ولكنها أجازت للقاضي إذا تبين له من ظروف دعوى الشفعة احتمال عدم جديتها أن يكلف الشفيع بإيداع الثمن والمصاريف في خزانة المحكمة في أجل يعينه، فإن تأخر عنه عدت دعواه غير جدية وصالحة للرفض. وله أيضا أن يقضى للشفيع بالشفعة ويحدد للشفيع ميعادا لدفع الثمن وملحقاته فإن تأخر

= عنه سقط حقه وزال أثر الحكم الصادر له بالشفعة.
= وهذا ما أخذت به محكمة النقض إذ قضت بأن:

1- "متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ النطق به فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المقرر فيه شرطا لاستحقاق العين المشفوع فيها بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفيعته وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليه من المشتري بالدفع".

2- "متى كان الحكم الابتدائي القاضي بالشفعة إذ قضى بها للشفيع مقابل أن يدفع الثمن للمشتري في خلال مدة معينة من تاريخ النطق به، فإنه يكون - على ما يجري به قضاء هذه المحكمة - قد دل على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المحدد له شرطا لاستحقاق العين المشفوع فيها بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأصل دون أن يقوم بوفاء ما فرض عليه بطلب شفيعته وذلك دون حاجة إلى أن يقوم المشتري بالتنبيه عليه بالدفع ولا بإعلانه بالحكم القاضي بالشفعة ولا باتخاذ أى إجراء من إجراءات التنفيذ بالثمن، ولا يشترط النص صراحة في منطوق الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم".

(طعن رقم 62 لسنة 21 ق جلسة 13/11/1952)

كما جرى قضاء محكمة النقض على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه غير لازمين في حكم المادة (14) من قانون الشفعة، ومن ثم فإمساك الشفيع عن عرض الثمن أو عن إيداعه لا يصلح وحده سببا للقضاء بعدم جدية دعواه أو بسقوط حقه في الشفعة.
إذ قضت بأن:

"إن قضاء محكمة النقض قد جرى على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه غير لازمين في حكم المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة. ومن ثم فإمساك الشفيع عن عرض الثمن أو عن إيداعه لا يصلح وحده سببا للقضاء بعدم جدية دعواه".

(طعن رقم 126 لسنة 15 ق جلسة 5/12/1946)

(أيضا طعن رقم 71 لسنة 14 ق جلسة 11/1/1945)

(طعن رقم 66 لسنة 14 ق جلسة 15/2/1945)

= مناقشات لجنة تنقيح القانون المدني: =

أثارت هذه المسألة مناقشات واسعة أثناء إعداد مشروع التقنين المدني في لجنة المرحوم كامل صدقي باشا. فقد رأى بعض الأعضاء (المسيو باسار، المتر جراهام) عدم ضرورة عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من خطر في الفروض التي يكون فيها العقار باهظ الثمن أو التي لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو الذي يكون العقار فيها مثقلاً بحقوق عينية إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي يحتمل فيها إفسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإفسار.

بينما ذهب رأى ثان إلى وجوب عرض الثمن عرضاً حقيقياً دفعاً للمضاربة حتى لا يتاح لشخص أن يعطل بيعاً هاماً بمجرد إنذار بسيط، كما إن إثبات مقدرة الشفيع على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً، وهو أقطع دليل على حسن نية الشفيع ورغبته الجدية.

وتوسط رأى أخير بين الرأيين السابقين، فذهب أنصاره إلى أنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تفويت حق لأحد، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكمة، إذ أن مثل هذا الإيداع كفيل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من جانب هواة المضاربة، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقي في حالة إفسار المشفوع منه.

وهذا الرأي الأخير هو الذي أجمعت عليه اللجنة عدا رأى واحد، وهو الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة (139) من المشروع التمهيدى حيث أوجبت: "أن يودع بخزينة المحكمة الكائن في دائرتها العقار مبلغ يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع". (محضر جلسة 28 يناير سنة 1938 مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص412 الهامش وما بعدها). ولما نوقش هذا النص بلجنة المراجعة اقترح وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي لا ثلثه.

وقد رأت لجنة الشئون التشريعية حذف الفقرة الثانية وهي الخاصة بإيداع الثمن اكتفاء بعرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن". ووافق مجلس النواب على هذا التعديل.

والحكمة من إيداع الثمن هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، وقطع الطريق على المضاربين، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للابتزاز والمساومة، فاستلزام المشرع إيداع كل الثمن كان الإجراء الحاسم في دابر هذه المساومات واختفائها. وعلى ذلك لا يكفي أن يودع الشفيع جزءا من الثمن ولو كان معظمه حتى ولو كان البائع قد منح المشتري أجلا في الوفاء ببعض الثمن⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد القانوني وعلى الوجه المبين في المادة 942 من القانون المدني شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يعفى من واجب إيداع الثمن كاملا أن يكون متفقا على تأجيل بعضه في عقد البيع المحرر بين المشتري والبائع ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه في المادة 945 مدني من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، كما أن هذا النص إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

93- المقصود بالثمن الحقيقي:

= وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأيت اللجنة عدم الأخذ بالتعديل الذي اختاره مجلس النواب، وأثرت النص على أن يودع الشفيع كل الثمن الحقيقي دون أن يكتفى بعرضه دفعا للمنازعات.

ووافق مجلس الشيوخ على ذلك.

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص422 وما بعدها)

(1) جميل الشرقاوى ص388- عبد المنعم الصده ص481.

المقصود بالثمن الحقيقى الذى يجب على الشفيع إيداعه خزانة المحكمة، هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن ما يجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المباعة بالشفعة (فيما عدا الملحقات القانونية) هو الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها. ويعتبر الثمن المسمى فى العقد هو الثمن الحقيقى إلى أن يثبت الشفيع صورته. فإذا كان الحكم مفيدا أن المحكمة اعتبرت فى تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير قيمة الأطيان المشفوع فيها وقت البيع وأقامت قضاءها على هذا الأساس وحده، ولم يكن تحدثها عن شهادة الشهود الذين سمعهم لتستخلص منها مقدار الثمن الحقيقى الذى حصل عليه الاتفاق فعلا بل لتتخذ منها قرينة تؤيد بها تقرير الخبير الذى بنى على اعتبارات اقتصادية تتصل بالقيمة التى كانت تساويها الأطيان المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقى الذى اتفق عليه، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 48 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/16)

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض أنه لا عبرة فى تقدير الثمن، بتقرير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع استنادا على حركة السعر السائدة وقتذاك.

إذ جرى قضاؤها على أن :

1- "استخلاص الثمن الحقيقى وإن كان من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة إلا أن اعتداد الحكم فى

تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقرير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع استنادا على حركة السعر السائدة وقتذاك وإقامته قضاءه على هذا الأساس وحده يصمه بالعيب".

(طعن رقم 7474 لسنة 65 ق جلسة 1996/11/20)

2- "لما كانت محكمة الموضوع قد عهدت إلى الخبير المنتدب بحث النزاع وبيان الثمن الحقيقى للأرض المشفوع فيها وقت البيع والذى خلص فى تقريره إلى أن سعر الأرض مقداراه.... مراعى فى ذلك تربة الأرض وصقعها ومجاورتها لمبانى بعضها حديث وبعضها قديم وجميع العناصر المؤثرة فى الأسعار وتلك السائدة فى منطقة عقار النزاع بما مؤداه أن هذا التقرير بنى على اعتبارات متعلقة بالقيمة التى كانت تساويها الأرض المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقى الذى اتفق عليه الطاعن مع المطعون ضده الأول، وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الثمن الحقيقى للأرض المشفوع فيها فإنه يكون فضلا عن مخالفته القانون مشوبا بالإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 7474 لسنة 65 ق جلسة 1996/11/20)

94- إيداع الثمن فى حالة عدم إنذار الشفيع من البائع أو المشتري :

إذا لم يعلن الشفيع من البائع أو المشتري بإظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة، وبالتالي لم يعلن بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، ولكنه علم بحصول البيع، فأودع الثمن الذى ظنه الثمن الحقيقى، ثم ظهر أنه على خلافه، بعد تقديم عقد البيع، فإنه يكون للشفيع إيداع باقى الثمن، وتستقيم بالتالى دعواه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان طالب الشفعة لم يودع كل الثمن طبقا لما توجبه المادة 942 من القانون المدنى بعد أن علم به علما يقينيا من عقد البيع الذى قدمته المشتري، فإن

الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه في الأخذ بالشفعة لعدم إيداعه كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدني يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، لأنه إذا صح لطالب الشفعة أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذي حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشتري الثابت به الثمن الذي حصل به البيع، وكما لا يعفى طالب الشفعة من إيداع هذا الثمن كونه طعن عليه بالصورية لأنه في هذه الحالة يكون مجازفاً فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق في إثبات الصورية".

(الطعن رقم 259 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/1)

2- "وحيث إن النعى بهذا الوجه غير سديد ذلك أن الشفيع في حالة عدم إنذاره بالبيع ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقي الذي تم به هذا البيع فيجوز له إيداع الثمن الذي يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي فيصح الإيداع. لما كان ذلك. وكان الثابت من الأوراق أن الشفيع كانت قد بادرت بإعلان رغبتها في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري- الطاعنين- قبل أن يوجه إليها أيهما الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة 940 من القانون المدني وأودعت خزانة المحكمة الثمن الذي قدرت أن البيع حصل بموجبه ثم رفعت دعوى الشفعة طالبة أخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الذي أودعته مبدية استعدادها لتكاملته في حالة ثبوت حصول البيع بأكثر منه وحين قدمت عقود البيع الثابت منها حصوله بثمن أكبر قامت بإيداع الفرق بين المبلغ الثابت بالعقود والمبلغ السابق لها إيداعه قبل أن تقيم دعوها فإنه بإيداعها هذا الفرق تكون قد أودعت كامل الثمن طبقاً لما تفرضه المادة 942 من القانون المدني بعد علمها اليقيني بحقيقته من عقود البيع التي قدمت بعد رفع الدعوى. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون صحيحاً قانوناً ويكون

النعى بهذا الوجه على غير أساس".

(طعن رقم 286 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/29)

3- "الشفيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- فى حالة عدم إنذاره بالبيع ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقى الذى تم به هذا البيع فيجوز له إيداع الثمن الذى يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقى فيصح الإيداع وإذ كان الثابت من الأوراق أن الشفيع كان قد بادر بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري- الطاعن والمطعون ضده الثانى- قبل أن يوجه إليه الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة 940 من القانون المدنى وأودع خزانة المحكمة الثمن الذى قدر أن البيع حصل بموجبه "ثلاثة آلاف جنيه" ثم رفع دعوى الشفعة طالبا أخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الذى أودعه ثم قدم عقد البيع وثبت به أن الثمن مقداره ثلاثون ألف جنيه ثم ندبت المحكمة خبيراً لتقدير الثمن الذى حصل به البيع فقدره بمبلغ..... جنيه، ولم يودع الشفيع الفرق بين المبلغ الذى أودعه والثمن الذى قدره الخبير وأخذت به محكمة الموضوع فإنه لا يكون بذلك قد أودع كامل الثمن طبقاً لما تفرضه المادة 2/942 من القانون المدنى بعد علمه اليقيني بحقيقة الأمر المسقط لحقه فى أخذ العقار المبيع بالشفعة".

(طعن رقم 1027 لسنة 63 ق جلسة 1993/12/9)⁽¹⁾

(1) وقد عدلت محكمة النقض بهذه الأحكام عن قضاء سابق لها سايرت فيه رأى فى الفقه وقضت بأن الشفيع إذا بادر برفع دعواه اعتماداً على علم تلقائى دون انتظار لإنذار من جانب البائع أو المشتري، وأودع ما ظنه الثمن الحقيقى، ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه بذلك يكون مجازفاً عليه خطره، ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرض حقه فى الأخذ بالشفعة للسقوط.

إذ قضت بتاريخ 1955/2/10 فى الطعن رقم 54 لسنة 22 ق بأن: "لما كانت الفقرة الثانية

ولا شك في عدالة هذا القضاء لأنه يرشد الجزاء المقرر وهو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة- كما سنرى- ولا يحكم به إلا إذا كان هناك محل من الناحية القانونية للحكم به فحيث يعدم الشفيع الوسيلة لمعرفة بيان جوهرى متعلق بالعقد المشفوع فيه دون أن ينسب إليه خطأ أو تقصير فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد⁽¹⁾.

ولم يشترط المشرع سوى إيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة فلم يستلزم إتمام هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليه بالمادة 1/488 من قانون المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة 2/942 من القانون المدني على أن المشرع أوجب على الشفيع أن يقوم قبل رفع دعوى الشفعة بإيداع الثمن والملحقات وعلى أن يتم ذلك خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بما مفاده أن القانون لم يشترط سوى إجراء إيداع الثمن بخزينة المحكمة دون أن يستلزم إتمام

من المادة 942 من القانون المدني الجديد توجب على الشفيع أن يودع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع، ورتب على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق فى الشفعة كان مفاد ذلك أن=

= الإيداع الكامل وفى الميعاد المذكور أصبح شرطا أساسيا لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهريا من إجراءاتها، ولا تعتبر الدعوى قائمة فى نظر القانون إلا بتحقيق حصوله وإذن فمتى كان الواقع هو أن الشفيع قد بادر برفع دعواه اعتمادا على علم تلقائى دون انتظار لإعلان إظهار الرغبة من جانب البائع أو المشتري وأودع ما ظنه الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه يكون بذلك مجازفا وعليه خطره ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرض حقه فى الأخذ بالشفعة للسقوط".

(1) نبيل سعد ص 427- المستشار عزت حنوره ص 255 وما بعدها.

هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليه بالمادة (1/488) من قانون المرافعات".

(طعن رقم 1717 لسنة 52 ق جلسة 1985/6/25)

(راجع طعن رقم 172 لسنة 54 ق جلسة 1991/2/14 - منشور ببند 3/74)

95- الثمن الصوري؛

المعول عليه في الثمن الذي يلتزم به الشفيع هو الثمن الذي انعقدت عليه إرادة البائع والمشتري حقيقة. فإذا كان الثمن المذكور في عقد البيع ثمنا صوريا، كانت العبرة بالنسبة إلى الشفيع بالثمن الحقيقي. والأصل أن الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي. فإذا ادعى الشفيع أن الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي جاز له أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات فلا يلتزم إلا بالثمن الحقيقي الذي أقام الدليل عليه. وفي هذه الحالة يستطيع الشفيع أيضا أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي، ويكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل أثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة، ولا يحول دون هذا السقوط أن يقوم بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى، إذ يعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى. ولذلك يكون من الأحوط أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى، وهذا بطبيعة الحال إذا كان يريد الأخذ بالشفعة حتى لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حال عجزه عن إثبات الصورية.

فإذا أثبت الشفيع أن المبلغ الذي أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقي فإن الإيداع يكون صحيحا وله أن يسترد الفرق إذا أودع مبلغا أكبر من الثمن⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص482- السنهوري ص867- محمد على عرفه ص504- نبيل سعد

ولما كان الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة للبائع والمشتري، فله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إنه وإن كان يجوز للشفيع أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد في عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة إلا أن ذلك لا يسلب القاضي سلطته في إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى له من عناصر الدعوى. فإذا توافر لديه الدليل على صحة الثمن المسمى في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق. وإذن فمتى كانت الطاعنة إذ طلبت الإحالة على التحقيق لم تسند إليها بقرينة تؤيد بها صورية الثمن المسمى في العقد بل بالعكس أقامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحته وهو شراء نفس الطاعنة أطيافاً شائعة في نفس الحوض في تواريخ قريبة من تاريخ العقد سبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى في العقد الأخير، فإن المحكمة لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون إذ رفضت بما لها من سلطة التقدير إحالة الدعوى على التحقيق بعد أن تبين لها صحة الثمن المسمى في العقد من القرينة المشار إليها".

(طعن رقم 160 لسنة 21 ق جلسة 1953/5/28)

2- "إذا كان ثمن العين المشفوع فيها محل نزاع بين الخصوم في دعوى الشفعة مما حدا بمحكمة أول درجة إلى إحالة الدعوى على التحقيق للوصول إلى معرفة حقيقة الثمن وسمعت شهود الطرفين إثباتاً ونفيًا في هذا الخصوص فإن الحكم المطعون فيه إذ خلا من بيان الدليل الذي استند إليه في قضائه بالشفعة بالثمن الذي تمسك به الشفيع دون الثمن المسمى في العقد يكون قد شابه قصور

يبطله".

(طعن رقم 158 لسنة 21 ق جلسة 1953/10/22)

3- "إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت الطاعنين المشفوع ضدهما، فى خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً - وهو عقد البيع الابتدائى الموقع عليه منهما - ولم تعتد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن فى العقد النهائى لما ساقته فى هذا الخصوص من أسباب سائغة - فلا وجه للنعى على حكمها بأنها لم تحل الدعوى إلى التحقيق لتحرى حقيقة الثمن - ذلك أن لها فى هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى لها من عناصر الدعوى".

(طعن رقم 302 لسنة 24 ق جلسة 1959/1/15)

4- (أ) "إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البيئة أن الثمن الوارد فى عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة".

(ب) "إذا كانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عقد شراء الطاعنين، وكان الثابت أنها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الأخرى التى استندت إليها أن هذا العقد جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين".

(طعن رقم 372 لسنة 24 ق جلسة 1959/4/2)

5- "الثمن الذى توجب المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين

البائع والمشتري وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائماً هو الثمن المسمى في العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقى بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن في هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقى وعندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة بحيث إن عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانوناً إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى بالعقد.

(طعن رقم 27 لسنة 29 ق جلسة 1993/2/5)

6- "تنص المادة 2/942 من القانون المدنى على أن "وفى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان الرغبة) يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة"، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. ولما كان هذا النص صريحاً فى أن ما يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى فى العقد ولو كان سوريا يعد قيداً لا يحتمله النص".

(طعن رقم 481 لسنة 47 ق جلسة 1980/4/1)

7- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الثمن الواجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المباعة بالشفعة فيما عدا الملحقات القانونية هو الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها ويعتبر الثمن المسمى فى العقد هو الثمن الحقيقى حتى يثبت الشفيع صوريته".

(طعن رقم 7474 لسنة 65 - جلسة 1996/11/20)⁽¹⁾

(1) كما قضت محكمة النقض فى ظل قانون الشفعة الملغى بأن:

8- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من الغير، بالنسبة لطرفى عقد البيع وبالتالي يحق له التمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية لا يكون عالما بصورية الثمن المحدد للعقار المشفوع فيه أو أنه روعى فى تحديده اعتبارات شخصية بين البائع والمشتري بحيث لا تتناسب البتة مع الثمن الحقيقى وذلك وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 904 لسنة 68 ق جلسة 2011/3/13)

وإذا كان الثمن المذكور فى العقد اقل من الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فعلا، وهذا متصور إذا كان البائع والمشتري جعلاً الثمن المسمى فى العقد أقل من الثمن الحقيقى للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً. فإن القاعدة فى هذا الصدد، هى أنه إذا كان الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع المشفوع فيه وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن

"إن القانون لا يشترط لصحة العرض الحاصل من الشفيع أن يكون بالثمن المسمى فى العقد، لاحتمال أن يكون هذا غير حقيقى فلا يكون عدلاً أن يرتبط به الشفيع. وكل ما يطلب من الشفيع هو أن يعرض الثمن الذى يعرف أنه الثمن الحقيقى حسبما وصل إلى علمه، فإذا نازعه المشتري فى مقداره قضت المحكمة بالشفعة بالثمن الذى يتبين لها أنه الثمن الحقيقى. وإذا كان القانون لم يشترط أن يكون عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً يتبعه إيداعه، ولم يجعل للشفيع حق تسلم المبيع إذا أودع الثمن على ذمة المشتري، فالشفيع والحالة هذه لا يضار بإبداء استعداده لأخذ المبيع بثمنه الحقيقى الذى تقضى به المحكمة، لأن هذا لا يكلفه شيئاً أكثر مما يطلب، والمشتري من جهة أخرى لا يستفيد من إبداء هذا الاستعداد، لأن المرجع فى نهاية الأمر إلى كلمة القضاء الملزم =

للطرفين. وإذا قضى الحكم برفض الدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لخلو إعلانها من إبداء الاستعداد لدفع الثمن المسمى فى العقد إذا تبين صحتها، فإنه يكون قد أصاب".

(طعن رقم 71 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/11)

شرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية، بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدین الاحتجاج عليه بهذا العقد المستتر . وبناء على ذلك إذا كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صورياً وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع - باعتباره من الغير في هذا الصدد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا يدفع الثمن المذكور فيه⁽¹⁾.

وبهذا الرأي قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أنه :

1- "الشفيع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوقة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(1) نبيل إبراهيم سعد 426- وقرآن السنهوري ص 869 وعبد المنعم الصده ص 482 فيريان أنه إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي جاز لأى من = المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات وجب على الشفيع أن يدفع الثمن الحقيقي الذى قام الدليل عليه.

وفى هذه الحالة يكفى أن يودع الثمن المذكور فى العقد، حتى إذا ما ثبت الثمن الحقيقي أثناء نظر الدعوى وجب عليه أن يكمل الثمن، ولا يعتبر حينئذ أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن، وله عذره فى ذلك، ويرجع التزام الشفيع بالثمن الحقيقي إلى أنه لا يعتبر - فى هذا الرأي - من الغير فى خصوصية الصورية.

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/29)

2- "إذا كان الثابت أن هناك عقدا ظاهرا يقول طالب الشفعة إنه هو الذى علم به وحده وبني عليه طلبه الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائى المسجل، وآخر يقول أنه كان مستترا عنه وقت الطلب، وهو العقد الابتدائى الذى قدمه المشتري أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم، وكان العقدان مختلفين فى بيان ثمن الصفقة إذ هو فى العقد الابتدائى أكثر منه فى العقد المسجل، والشفيع يتمسك بما جاء من الثمن فى العقد الأخير حتى ولو كان صوريا، فإنه إذ كان الشفيع، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة، من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشتري، وإذا كانت ورقة الضد لا يحتج بها إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام أما غيرهم من ذوى الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، سواء كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت لم تسجل، كان الاحتجاج على الشفيع بعد البيع الابتدائى هو ورقة ضد العقد المسجل غير جائز قانونا، وإذا خالف الحكم هذه القاعدة دون أن يذكر شيئا عن علم الشفيع أو عدم علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فإنه يكون متعينا نقضه".

(طعن رقم 132 لسنة 17 ق جلسة 1949/4/14)

3- "لئن كان الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد".

(ب) "مؤدى عموم نص المادة 244 من القانون المدنى أن المناط فى جواز

تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته ولا يعتد في ذلك بالبائع على الصورية- سواء كان مشروعاً أم غير مشروع- وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذي يقضى بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان. وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبني عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي".

(طعن رقم 244 لسنة 31 ق جلسة 1965/12/20)

4- "الشفيع- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. فمتى كان عقد البيع قد أشهر، فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه".

(طعن رقم 23 لسنة 32 ق جلسة 1966/10/18)

5- "الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين- المشتريين- وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر- البائعين- فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البيئة والقرائن أخذاً بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة في صورة عقد البيع".

(طعن رقم 60 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/14)

6- (أ) "الشفيع- بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة- يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع سبب الشفعة، ولا يحتج عليها إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية".

(طعن رقم 324 لسنة 40 ق جلسة 1975/11/27)

(ب) "بحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى

بعقد البيع المشفوع فيه هو من وسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق في تقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغا".

(طعن رقم 324 لسنة 40 ق جلسة 1975/11/27)

7- "الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية، أي ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

8- "المقرر في قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين - البائع والمشتري - فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له".

(طعن رقم 1326 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/29)

9- "صورية الثمن المسمى في عقد البيع المشفوع فيه. للشفيع الأخذ بالعقد الظاهر وعدم التزامه إلا بدفع الثمن المذكور فيه. شرطه. أن يكون حسن النية غير عالم بهذه الصورية وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة. عبء إثبات علم الشفيع بالصورية وقوعه على عاتق المشفوع ضده. إثبات الأخير سوء نية الشفيع وعلمه بالصورية وبالثمن الحقيقي من قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. اعتبار الإيداع ناقصا. م 2/942 مدني. أثره. سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. عدم إثبات المشفوع ضده ذلك. للشفيع الأخذ بالشفعة لقاء الثمن المبين في العقد. اعتبار إجراء الإيداع صحيح قانونا".

(طعن رقم 5737 لسنة 62 ق جلسة 2000/1/13)

96- يجب أن يكون الشفيح مالكا للمال الذى يودعه :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) "الرهينة- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر. وقد اعترفت به الحكومة. إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية، وقد صرح الأمر العالى الصادر فى 14/5/1938 بترتيب المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكسى وتحديد اختصاصاته بأن للرهينة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له. ووفقا لهذه الأحكام لا تعدم الرهينة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه، إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبة ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة فى تملك هذه الأموال إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا من كل مال كى يتقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب.... وهو راض بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك. وهذا الذى جرى عليه العرف الكنسى ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام".

(ب) "المناطق فى أحقية الطاعن بوصفه راهبا- فى المطالبة بالشفعة يتحدد، لا بما إذا كانت العين التى يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة فحسب، بل بما إذا كان المبلغ الذى أودعه ثمنا للعقار المشفوع به من ماله الخاص أيضا. فإذا كان الطاعن قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التى يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذى أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص. وكان ما قرره الطاعن من أن العين تخرج عن مال

البيعة، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن ما يملكه الطاعن من مال بعد انخراطه فى سلك الرهينة يعتبر ملكا للبيعة التى يتبعها وعلى أن الطاعن رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه ممثلا للكنيسة، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحا فى القانون".

(طعن رقم 9 لسنة 32 ق جلسة 1996/5/31 - غير منشور)

97- هل يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفى؟

يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفى مقبول الدفع، وهو الذى أطلق عليه قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) الشيك المؤشر عليه بالاعتماد من المسحوب عليه م482⁽¹⁾.

أما إذا أودع الثمن بشيك مصرفى عادى، فإنه لا يدل على الإيداع إلا إذا تم صرف قيمته خلال الميعاد القانونى المحدد للإيداع. ولا يعتبر إيداعا للثمن تقديم كفيل موسر أو خطاب ضمان لأداء الثمن فى حالة الحكم بالأحقية فى الشفعة⁽²⁾.

(1) تنص هذه المادة على أن:

- 1- "لا قبول فى الشيك فإذا كتبت عليه صيغة القبول اعتبرت كأن لم تكن.
 - 2- ومع ذلك يجوز تقديم الشيك للمسحوب عليه للتأشير عليه بالاعتماد. ويفيد هذا التأشير وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه فى تاريخ التأشير. ويعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك اعتمادا له.
 - 3- لا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفى لدفع قيمته.
 - 4- ويبقى مقابل وفاء الشيك المؤشر عليه بالاعتماد مجمدا لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته لمصلحة الحامل إلى حين انتهاء مواعيد تقديم الشيك للوفاء.
- (راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثالث فى الأوراق التجارية شرح المادة 482).

(2) السهنورى ص866.

إلا أن محكمة النقض أجازت إيداع الثمن بشيك مصرفى عادى.

إذ قُضت بأن:

"إذ جاءت عبارة النص (نص المادة 2/942 مدني) فى شأن إيداع الثمن الحقيقى (فى دعوى الشفعة) دون ثمة ملحقات عامة مطلقة فلا وجه لتقييدها بقصرها على إيداعه نقداً أو بإضافة ملحقات إليه دون إيداعه بشيك مصرفى لما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستثناء الحكمة منه إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل ولأن الشيك المصرفى هو نوع من الشيكات يسحبها البنك على نفسه بناء على طلب عميله وخصماً من حسابه لديه لصالح المستفيد ومتى استوفى شرائطه القانونية فإن ملكية مقابل الوفاء به تنتقل لذمة المستفيد المالية بمجرد إصداره وتسليمه وبالتالي فهو أداة وفاء يقوم فيه الورق مقام النقد فإن إيداع الثمن خزينة المحكمة فى دعوى الشفعة بشيك مصرفى يحقق ذات غرض الشارع من إيداع الثمن نقداً فضلاً عن أن الشارع لم ينص على تضمين الثمن ثمة ملحقات".

(طعن رقم 101602 لسنة 64 ق جلسة 2005/8/30)

98- لا يجوز للبائع إعفاء الشفيع من إيداع الثمن:

إيداع الشفيع ثمن العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة فى الميعاد الذى حدده القانون، شرط لقبول دعوى الشفعة، فلا يملك البائع إعفاء الشفيع منه، فضلاً عن أن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذ أوجب الشارع فى الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة، فقد دل على أن إيداع كامل الثمن الحقيقى فى ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلا عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه فى المادة 2/945 من القانون المدنى من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري، ومن ثم لا يجوز استنادا إلى هذا النص تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 718 لسنة 41 ق جلسة 1976/1/29)

99- عدم لزوم إيداع ملحقات الثمن :

كانت المادة (14) من قانون الشفعة الملغى توجب على الشفيع أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً⁽¹⁾.

إلا أن نص المادة (942) أغفل النص على إيداع ملحقات الثمن. ومن ثم لا يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن، إذ لو أراد المشرع أن يشمل الإيداع تلك الملحقات لذكرها في النص كما فعل قانون الشفعة الملغى، وكما فعل في تحديده للبيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي ومن اشتمالها تلك الملحقات. وقد اكتفى المشرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقات، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات على وجه التحديد لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة 2/942 مدنى يكتفى بإيداع "ثلث الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع" فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن في المراحل التالية. وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق في ذمته لقاء الأخذ بالشفعة، بل يودع الثمن الحقيقي فقط.

وقد استقرت محكمة النقض على الأخذ بهذا الرأي إذ قضت بأن :

(1) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"النزاع الشفيع بملحقات الثمن إنما يترتب على قيام المشتري بإنفاقها ويبدأ واجب عرض الملحقات من وقت اتصال هذا الاتفاق بعلم الشفيع طبقاً لنص المادة (14) من قانون الشفعة. فإذا كان الثابت أن المشتري ما كان على علم بهذه الملحقات وقت إنذار الشفعة فإنه يكفي أن يكون الشفيع قد أبدى استعداده بعريضة الدعوى الابتدائية لدفع الملحقات مع الثمن ولا يكون الحكم قد أخطأ في القانون إذا قضى برفض الدفع ببطلان إنذار إيداع الرغبة لعدم اشتماله عرض الملحقات في هذه الحالة".

(طعن رقم 197 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/20)

1- "إذا كانت المادة 14 من قانون الشفعة القديم توجب على الشفيع إيداع رغبته فى الأخذ بالشفعة مشتملا على عرض الثمن والملحقات الواجب دفعها قانونا، إلا أن الشارع فى القانون المدنى الجديد لم يأخذ بقاعدة عرض الثمن والملحقات وأوجبت المادة 942 منه على الشفيع إيداع كامل الثمن ضمانا لجدية طلب الشفعة وجعل الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، مما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون الجديد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود بحيث لا ينسحب إلى ملحقات الثمن الذى لم يرد بها تكليف فى القانون".

(طعن رقم 43 لسنة 28 ق جلسة 1963/2/21)

2- "إذا كانت المادة 942 من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضمانا لجدية طلب الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة مما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون الجديد- خلافا لقانون الشفعة القديم- إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه، اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود، دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على ما يثيره الطاعنان بسبب النعي- من سقوط حق المطعون عليه الأول فى الأخذ بالشفعة لعدم اشتغال صحيفة الدعوى على استعداده لدفع الملحقات- لا يعيبه بالقصور".

(طعن رقم 414 لسنة 38 ق جلسة 1974/3/14)

3- "المادة (942) من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضمانا لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة. بما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون القائم- خلافا لقانون

الشفعة القديم إعفاء ملحقات الثمن مما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون".

(طعن رقم 720 لسنة 46 ق جلسة 1980/6/3)

4- "لا على الحكم المطعون فيه إن اكتفى - عند الرد على الدفع بعدم إيداع الشفع لمحقات الثمن - بالقول بأن الشفع قد أودع كامل الثمن ولم يتعرض للمحقات إذ جرى قضاء هذه المحكمة بعد العمل بالقانون المدنى الحالى على تقرير أن الشارع قد تعدد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يجب إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود فلا ينسحب إلى الملحقات التى لم يرد بها تكليف فى القانون".

(طعن رقم 542 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/8)

5- "المادة 942 من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن الذى حصل به البيع ضمانا لجدية الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، وأغفلت ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء بإيداع الثمن الحقيقى فحسب، ولم يرد تكليف فى القانون ببيان المصروفات الرسمية بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 730 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/4)⁽¹⁾

(راجع أيضا نقض طعن رقم 101602 لسنة 64 جلسة 2005/8/30 - منشور

ببند 97)

على أنه يلاحظ - كما سنرى - أنه إذا قضى بثبوت الحق فى أخذ العقار بالشفعة، فإن الشفيع يلزم بأداء هذه الملحقات، وتتسع الدعوى لبحث النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة فى مقدار هذه الملحقات.

100 - عدم التزام الشفيع بإيداع المصروفات الضرورية والنافعة

والتعويض عن البناء والغراس :

سنرى أن الشفيع يجب أن يرد إلى المشتري ما أنفق على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة، ويكون ذلك لا بناء على القواعد

(1) وهذا القضاء عدول من محكمة النقض عن قضاء سابق لها بأن الشفيع لا يعفى من إيداع الملحقات إلا إذا كان لا يعلم بها.

إذا قضت بأن:

"متى كان الحكم قد قرر لأسبابه السائغة والتى تتفق مع شروط البيع أن الشفيع إذا لم يقدّم بإيداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شيء عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحا فى القانون ويكون للشفيع عذره فى عدم إيداع الملحقات مع الثمن".

(طعن رقم 336 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/17)

الخاصة بحق الشفعة، بل بناء على القواعد العامة. كذلك يجب أن يعوض المشتري عما أحدثه هذا في العقار المشفوع فيه من بناء وغراس، وهذا طبقاً لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون - كما سنرى تفصيلاً - في المادة (946 مدني). ولا يلزم الشفيع بإيداع هذه المصروفات جميعاً خزانة المحكمة مع الثمن الحقيقي للعقار، لذات الاعتبار التي ذكرناها في ملحقات الثمن، كما أن هذه المصروفات لم تنفق إلا بعد الشراء⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"بينت المادة 946 من القانون المدني ما يحق للمشتري اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذي يجريه المشتري في العقار المشفوع به والمادة 942 من هذا القانون حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه "كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبرة "كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع" لا تتسع لأن يكون المستحق للمشتري مقابل البناء أو الغراس مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا يبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال للجزاء في غير النطاق الذي حدده".

(طعن رقم 476 لسنة 47 ق جلسة 1980/6/3)

101- ميعاد الإيداع:

تنص الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) على أن: "وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في

(1) السنهوري ص 880 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 469 - محمود جمال الدين زكي

ص 468 وما بعدها.

دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع.... إلخ" ومن ثم فإن إيداع الثمن يجب أن يتم خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الشفيع الرغبة فى الشفعة إلى البائع والمشتري. فإذا كان قد تم إعلان أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.

ولا يحسب اليوم الذى تم فيه الإعلان، وإنما يبدأ الميعاد من اليوم التالى له، ويحسب فى الميعاد اليوم الأخير.

وبصفة عامة يخضع حساب الميعاد وإضافة مواعيد المسافة إليه لقواعد قانون المرافعات والتى ذكرناها سلفاً.

وهذا الميعاد مدة سقوط لا مدة تقادم ولا يرد عليه الوقف أو الانقطاع. ولكن إذا كان الشفيع لم ينذر من البائع والمشتري بإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة ثم رفع الدعوى دون أن يسبقها إيداع الثمن، فله إيداع الثمن ثم رفع دعوى جديدة.

وقد قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض بأن :

"مفاد النص فى المادة 2/942 من القانون المدنى يوجب على الشفيع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. وقد أبانت مناقشات لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على هذا النص قبل إقراره أن اشتراط إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار قد جاء بغرض التأكيد على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وأن اشتراط إيداع كل

التمن الحقيقي خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ورد ضماناً لجدية دعوى الشفعة ونأياً بها عن مجال المضاربة أو الاستغلال من جانب الشفيع وذلك بقصد تقييد دعوى الشفعة لصالح المشتري".

(طعان رقما 5085 ، 5789 لسنة 72 ق "هيئة عامة" جلسة 2005/5/18)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط الحق في الأخذ بالشفعة على أن تاريخ التصديق على عقد البيع هو تاريخ التسجيل وإنه انقضى أكثر من أربعة أشهر منذ هذا التاريخ حتى إعلان الطاعنة برغبتها في الأخذ بالشفعة مع أن الثابت بأعلى الصفحة الأولى من عقد البيع المسجل رقم....وكذا الصفحة الثالثة منه أن العقد سجل بتاريخ 1995/5/14 وكانت الطاعنة قد أعلنت رغبتها في الأخذ بالشفعة إلى كل من المطعون ضدهما الأولى والثانية بتاريخ 1995/8/26 ، 1995/9/3 ، فإنها تكون قد أعلنت رغبتها قبل انقضاء مدة السقوط المقررة قانوناً وتكون قد حفظت بذلك حقها من السقوط، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى مع ذلك بتأييد الحكم الابتدائي بسقوط الحق في الأخذ بالشفعة معولاً في ذلك على تاريخ التصديق على عقد البيع في 1995/4/17 رغم أنه خطوة سابقة على تسجيل العقد يتضمن تصديق الطرفين على العقد في صيغته النهائية والتي يتم على أساسها التسجيل النهائي فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف الثابت في الأوراق مما حجب عنه نظر موضوع دعوى الشفعة".

(طعان رقم 2106 - لسنة 67 ق - جلسة 2010/6/27)

102- وجوب الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة :

توجب الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) "مراعاة أن يكون هذا الإيداع (أي إيداع التمن) قبل رفع دعوى الشفعة".

فيجب إذن أن يتم إيداع ثمن العقار المشفوع فيه قبل رفع دعوى الشفعة. وقد استوجب المشرع ذلك ضمانا للجدية في طلب الشفعة غير أن المشرع لم يحدد فاصلا زمنيا محددا بين الإيداع ورفع الدعوى، فيجوز أن يودع الثمن ثم ترفع الدعوى بعد الإيداع في ذات اليوم.

وعلى ذلك يجب على المحكمة أن تتحقق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة. ويكون ذلك عن طريق ما يرد في صحيفة دعوى الشفعة من الإشارة إلى رقم قسيمة الإيداع وتاريخ الإيداع ورقم حافظة التوريد ورقم اليومية وغير ذلك من بيانات تسمح للمحكمة من التثبت على وجه التعيين من توافر هذا الشرط. وعلى ذلك فإن لم تستطع المحكمة التثبت من ذلك بطريقة قاطعة كما لو أن لم تتضمن صحيفة الدعوى بيانات تفيد ذلك، سقط حق الشفيع في الشفعة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "تضمن نص المادة 2/942 من القانون المدني شرطين أولهما: أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثاني أن يكون هذا الإيداع سابقا على رفع الدعوى. وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ولم يحدد فاصلا زمنيا معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع. أما التحدى بالمادة 20 من القانون المرافعات فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محددا بالأيام له بداية ونهاية والثاني غير محدد بالأيام وإنما بفواصل زمنية غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة".

(1) نبيل سعد ص 431 وما بعدها.

(طعن رقم 197 لسنة 27 ق جلسة 1961/10/16)

2- "لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو ضمان الجدية فى طلب الشفعة، دون تحديد فاصل زمنى بين الإيداع ورفع الدعوى. وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى. فإن اشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق يعد قيداً آخر لا يحتمله نص المادة 2/942 من القانون المدنى".

(طعن رقم 23 لسنة 32 ق جلسة 1966/10/18)

3- "لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو ضمان الجدية فى طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمنى معين بين الإيداع ورفع الدعوى، وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق يعد قيداً لا يحتمله نص المادة 2/942 من القانون المدنى".

(طعن رقم 239 لسنة 36 ق جلسة 1970/12/10)**103- مكان الإيداع:**

أوجبت الفقرة الثانية من المادة (942 مدنى) أن يكون إيداع الثمن فى "خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار" وليس المقصود بالمحكمة الكائن فى دائرتها العقار المحكمة المختصة قيمياً بنظر دعوى الشفعة وإنما يقصد بها أى من المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار.

وفى هذا قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ومحكمة النقض بتاريخ 2005/5/18 فى الطعنين رقمى 5085 ، 5789 لسنة 72 ق هيئة عامة بأن:

"ومن حيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المنعقدة بتاريخ 4 مارس سنة

2004 العدول عن الأحكام السابقة من الدوائر المدنية فيما انتهت إليه من اشتراط أن يكون إيداع الشفيع للثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعوى، ومن ثم رأت إحالة الطعنين إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية للفصل فيهما عملا بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 وإذ حددت الهيئة جلسة لنظر الطعنين قدمت النيابة مذكرة تكميلية رأت فيها نقض الحكم المطعون فيه.

ومن حيث إن نص المادة 2/942 من القانون المدنى يوجب على الشفيع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. وقد أبانت مناقشات لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على هذا النص قبل إقراره أن اشتراط إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار قد جاء بغرض التأكيد على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وأن اشتراط إيداع كل الثمن الحقيقى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ورد ضمانا لجدية دعوى الشفعة ونأيا بها عن مجال المضاربة أو الاستغلال من جانب الشفيع وذلك بقصد تقييد دعوى الشفعة لصالح المشتري. لما كان ذلك، وكانت القواعد المنظمة للاختصاص القيمى للمحاكم الواردة فى قانون المرافعات - والتى أعيد النظر فيها أكثر من مرة على ضوء التغيير الذى لحق قيمة العملة- لا تستهدف حماية خاصة لأحد أطراف الخصومة وإنما أراد بها المشرع أن تكون الدعاوى قليلة القيمة من اختصاص القاضى الجزئى بينما يختص بالدعاوى عالية القيمة الدائرة الكلية بالمحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة مجتمعين من الخبرة والدارية ما يناسب أهمية الدعاوى عالية القيمة. لما

كان ذلك، وكانت المواد المنظمة لحق الشفعة فى القانون المدنى لا يوجد فيها ولا فى قانون المرافعات نص صريح يشترط أن يكون إيداع الشفيع للثمن فى خزانة المحكمة الواقع فى دائرتها العقار والمختصة فى ذات الوقت قيميا بنظر دعوى الشفعة وإنما ورد بنص المادة 2/942 من القانون المدنى لفظ المحكمة الكائن بدائرتها العقار عاما يصدق على المحكمة الجزئية كما يصدق على المحكمة الكلية بمفهوم أن النطاق المكانى للمحكمتين واحد باعتبار أن النطاق المكانى للمحكمة الجزئية هو جزء من النطاق المكانى للمحكمة الكلية لأن متى جاء لفظ المحكمة عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومها، لذلك فإن إيداع الثمن أيا من خزانتي المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع فى دائرتها العقار يحقق ذات غرض المشرع من توافر جدية الشفيع وليس فيه ما ينال من توجه المشرع إلى تقييد الحق فى الشفعة ومن ثم فلا يقبل أن يكون الإيداع فى خزانة المحكمة الجزئية- التى قد تكون هى الأقرب للعقار من المحكمة الكلية المختصة قيميا بنظر الدعوى- سببا فى سقوط حق الشفيع الذى لا ينبغى أن يتحقق إلا من خطأ يستأهله أو نص يوجبه، ويؤكد هذا النظر أن المشرع فى قانون المرافعات لم يرتب سقوط الحق فى أية دعوى- بما فيها دعوى الشفعة- إذا ما رفعت إلى محكمة غير مختصة قيميا بنظر النزاع، ومن ثم فإنه لا يكون مقبولا أن يكون إيداع الثمن فى دعوى الشفعة والذى هو من إجراءاتها ولا يرقى لأهمية رفع الدعوى نفسها لا يساغ أن يكون هذا الإيداع فى محكمة غير مختصة قيميا بنظر الدعوى سببا فى سقوط حق الشفعة لأن هذا السقوط عندئذ سيأتى على غير خطأ يستأهله وبغير نص يوجبه. لما كان ما تقدم، وكانت الأحكام السابق صدورها من الدوائر المدنية قد ذهبت إلى وجوب إيداع الثمن الحقيقى للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعوى دون اكتفاء بأن يكون الإيداع فى خزانة المحكمة الواقع فى دائرتها العقار وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة، فإنه يتعين بعد توافر الأغلبية المنصوص عليها فى

الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972
العدول عن هذا المبدأ ولتفصل الهيئة في الطعنين وفق هذا العدول".

كما قضت محكمة النقض بأن:

إن مفاد نص المادة 2/942 من القانون المدني أن المشرع لم يشترط في المحكمة الواجب إيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانتها إلا أن يكون العقار واقعاً في دائرتها. وإذا كان لفظ المحكمة الكائن في دائرتها العقار قد جاء عاماً يصدق على المحكمة الجزئية كجزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية وأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يرق الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومته. ومن ثم فإن إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار ويتحقق به أيضاً مقصود المشرع في توافر الجدية لدى الشفيع. وإذا تم هذا الإجراء صحيحاً على هذا النحو فلن يزول أثره لقضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعدم اختصاص المحكمة الجزئية بقيمة بنظر الدعوى. ومن ثم يبقى الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن رقم 3940 - لسنة 67ق - جلسة 2010/5/12)

104 - جزاء عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن في دائرتها

العقار في الميعاد:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) بعد أن أوجبت على الشفيع إيداع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، أردفت "فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة".

وعلى ذلك تكون الفقرة المذكورة قد نصت صراحة على جزاء عدم إيداع الثمن

خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة.

ويجوز لكل من المشتري والبائع أن يدفع بسقوط حق الأخذ بالشفعة في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل للمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى ولو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"أوجب القانون المدني في المادة 942 فقرة ثانية للأخذ بالشفعة شرطين: الأول: أن يودع الشفيع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بخزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، والثاني: أن يتم هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فتقويت أحد الشرطين موجب لسقوط الحق في الشفعة ويؤكد هذا المعنى العبارة الواردة في آخر المادة ونصها فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة وعبرة (على الوجه المتقدم) إنما تشير إلى وجوب مراعاة أن يكون الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة".

(طعن رقم 328 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/22)

(أنظر الأحكام المنشورة بالبند التالي)

105- تعلق إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار في

الميعاد القانوني بالنظام العام:

(1) السنهاورى ص 882- نبيل سعد ص 433 وما بعدها.

إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار فى خلال الموعد القانونى هو إجراء من إجراءات الشفعة، وشرط لقبول الدعوى، ويتعلق بالتالى بالنظام العام ومن ثم يجب على المحكمة إذا لم يودع الثمن خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار فى الموعد المحدد أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا لم يقد بإيداع الثمن فى الميعاد المحدد فى المادة 942 من القانون المدنى".

(طعن رقم 140 لسنة 21 ق جلسة 1953/12/31)

2- "أوجب الشارع فى الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع أن يودع- فى خلال الميعاد الذى حدده- خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الأخذ بالشفعة، وقد دل بذلك على أن يدفع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد بالكيفية التى حددها- هو شرط أساسى لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع فى خصوص إيداع الثمن، ويجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك فى الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع. ومن المقرر أن إيداع الثمن باعتباره إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين اتخاذه أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة، وإذ كان المطعون ضده قد أودع الثمن خزانة

المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي أحييت إليها الدعوى بنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها، وقد دفع الطاعنان أمامها بسقوط حق المطعون ضده فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقية فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله وتفسيره".

(طعن رقم 488 لسنة 45 ق جلسة 1978/6/28)

3- "إذ أوجب المشرع فى المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، فقد دل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أن إيداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إن أخل به الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح للإمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع".

(طعن رقم 1328 لسنة 48 ق جلسة 1983/2/2)

4- "وحيث إن هذا النعى فى أساسه سديد، ذلك أن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن الثمن الذى توجب المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع باعتباره أنه الثمن الحقيقى الذى يتعين على الشفيع إيداعه كاملا وبالكيفية التى حددتها هذه المادة وإلا كان لمحكمة الموضوع

أن تقضى من تلقاء نفسها عند مخالفة ذلك بعدم قبول الدعوى ويجيز لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء ذاتها باعتباره مسألة متعلقة بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلزام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع، وكان من المقرر أنه إذا اشتمل عقد البيع على عقارات متعددة وكانت منفصلة بعضها عن البعض فإن الأصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون تلك التي لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة وذلك ما لم تكن تلك العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال الحق في الشفعة بالنسبة إلى جزء منها من شأنها أن يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع وأنه متى تحقق للشفيع أن يأخذ بالشفعة عند اشتمال عقد البيع على عقارات متعددة منفصلة ما توافرت له فيه أسبابها فإن الثمن الحقيقي الواجب عليه إيداعه هو ثمن الجزء الذي توافرت له فيه أسباب الأخذ بالشفعة دون باقى الأجزاء، وأنه وإن كان استخلاص الثمن الحقيقي من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصا سائغا ومرتد إلى ما له من أصل ثابت بالأوراق".

(طعن رقم 9060 لسنة 66 ق جلسة 1998/5/9)

106- لا يجوز للشفيع معاودة إجراءات الشفعة بعد القضاء بالسقوط؛

إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، لعدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة أو عدم إيداعه فى الميعاد القانوني، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعد له الحق فى معاودة إجراءات الشفعة من جديد بصدد العقد المشفوع فيه.



مادة (943)

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها، ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة.

الشرح

دعوى الشفعة :

107- الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة :

استلزمت المادة رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري فى الميعاد المحدد. فالبايع خصم حقيقى فى دعوى الشفعة لأن المادة (943 مدنى) قد نصت صراحة على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصما حقيقيا فى دعوى الشفعة لا يجب اختصاصه. غير أن المحكمة لا يكون واجبا عليها تقصى ملكية البائع للعين المشفوع فيها طالما أنه المالك الظاهر لها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 15 من قانون الشفعة إنما تتطلب رفع الدعوى على البائع الظاهر فى العقد دون نظر إلى كونه مالكا أو غير مالكا، بدليل ما نصت عليه المادة 13 من القانون المذكور من أن الشفيع يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له أو عليه من الحقوق، فإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، وبدليل ما نصت عليه المادة 14 من وجوب إعلان الرغبة فى الشفعة إلى البائع والمشتري وبناء

على ذلك فإن تقصى الحكم ملكية الأرض المشفوع فيها لمعرفة بائعها أمر لا محل له في صدد تطبيق المادة 15 المذكورة".

(الطعن رقم 107 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/21)

ولأن الشفعة في نظر القانون هي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري، إذ أن ما يترتب على الشفعة هو تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من حقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون الصلة في تلك الحقوق ما بين البائع والشفيع ولا يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض إلا قبل ثلاثتهم جميعاً، مما يستتبع حكماً أن تكون دعوى الشفعة دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة قد نصت على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصماً حقيقياً في دعوى الشفعة وأنه لا يترتب على عدم إعلانه سقوط الحق فيها".

(طعن رقم 17 لسنة 13 ق جلسة 1943/10/21)

وفي حالة تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معاً، يجب رفع الدعوى على كل البائعين وكل المشتريين دون إغفال أيهما منهم⁽²⁾ لأن الشفعة حق لا يقبل

(1) محمد على عرفه ص 511 وما بعدها- محمد كامل مرسى ص 475- وكان هذا هو الوضع في ظل قانون الشفعة الملغى (م 15)- أما في ظل التقنين المدني القديم فكانت دعوى الشفعة ترفع على المشتري فقط (استئناف مختلط 11 مارس 1891 - 27 أبريل 1893).

(2) محمود جمال الدين زكى ص 471- عبد المنعم الصده ص 487.

التجزئة، فيجب في حالة تعدد أطرافها أن يشتركوا جميعاً في الدعوى حتى تتم عملية التحويل في مواجهتهم جميعاً، مما يجعل الدعوى من أحدهم فقط أو ضده فقط غير جائزة القبول⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن قضاء محكمة النقض قد استقر على أنه متى كان موضوع الدعوى طلب تمليك بطريق الشفعة فإنه يلزم لقبولها اختصام البائع والمشتري والشفيع في جميع مراحلها ولو تعددوا وكذلك يجب اختصام ورثة من يتوفى منهم وإذن فمتى كان الطعن مرفوعاً من أحد ورثة البائعة دون باقي الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف فإن هذا الطعن يكون غير مقبول شكلاً".

(طعن رقم 44 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/17)

2- "لما كان موضوع الدعوى هو طلب تمليك بطريق الشفعة وكان لزاماً لقبولها قيام الخصومة فيها بين البائع والمشتري والشفيع في جميع مراحلها ولو تعددوا على ما جرى به قضاء محكمة النقض وكذلك يجب اختصام ورثة من يتوفى منهم. ولما كان الطاعن لم يعلن بتقرير الطعن من ورثة البائعة غير المطعون عليها الثانية دون بقية الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً".

(طعن رقم 129 لسنة 20 ق جلسة 1952/6/5)

وقاعدة وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار.. وإلا سقط الحق فيها. تدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري في أول درجة والاستئناف والنقض، سواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، فإذا تعدد

(1) حسن كيرة ص 628- محمد على عرفه ص 628- نبيل سعد ص 438.

أى منهم وجب اختصامهم جميعا كما يجب اختصام ورثة من يتوفى منهم، فإذا رفعها أيهم فى أى مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، بما مؤداه أن اختصام البائع أو ورثته فى الطعن بالنقض واجب قانونا أيا كان موقفه من الخصومة فى درجتى التقاضى ولو أخذ منها موقفا سلبيا إذ لا حكم إلا فى دعوى ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصامهم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا تعلق إعلان تقرير الطعن بدعوى شفعة مما يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري والشفيع فى جميع مراحل الخصومة ومنها النقض، وكان إعلان البائع قد وقع باطلا، فإن الطعن يكون غير مقبول بالنسبة لباقي المطعون عليهم".

(طعن رقم 260 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/9 بذات الجلسة طعن رقم 445

لسنة 22 ق)

2- "يوجب القانون فى دعوى الشفعة اختصام جميع البائعين والمشتريين فى كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض وينبنى على ذلك أن بطلان الطعن بالنسبة إلى بعضهم يترتب عليه عدم قبوله شكلا بالنسبة لجميع الخصوم".

(طعن رقم 298 لسنة 26 ق جلسة 1961/4/27)

3- "دعوى الشفعة لا تكون مقبولة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري فإذا رفع الطعن - فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة - من أى من هؤلاء دون أن يختصم فيه الطرفين الآخرين كان غير مقبول ولأى من الخصوم الحاضرين التمسك بعدم قبوله ومن ثم

(1) محمد على عرفه ص 511.

فإن بطلان الطعن بالنسبة للبائعين الذين لم يصح إعلانهم به يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المطعون ضدهم".

(طعن رقم 499 لسنة 34 ق جلسة 1968/1/25)

4- "دعوى الشفعة من الدعاوى التي يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا وإذا كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشتريين فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقيين".

(طعن رقم 832 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/17)

5- "لا تقبل دعوى الشفعة، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، في جميع مراحل التقاضي بما فيها مرحلة الطعن بالنقض إلا باختصام البائع والمشتري والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم".

(طعن رقم 2226 لسنة 52 ق جلسة 1989/2/21)

6- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة (943) من القانون المدني على أن "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها" يدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري في أول درجة أو في الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها".

(طعن رقم 1330 لسنة 58 ق جلسة 1990/1/14)

ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعي العقار في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على باقي البائعين الآخرين بمجرد

علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني⁽¹⁾.

108- كيفية إعمال الجزاء على عدم اختصام جميع أطراف دعوى

الشفعة :

إذا لم يتم اختصام جميع من يجب اختصامهم في دعوى الشفعة أمام محكمة أول درجة قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى. وكذلك إذا لم يختصم هؤلاء في الطعن بالنقض على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف.

أما إذا كانت الخصومة أمام محكمة الاستئناف فإنه يجب على المحكمة إعمال نص الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات. (أنظر شرح هذا النص في بند 112).

109- عدم قبول الدعوى لعدم اختصام الشفيع والبائع والمشتري من

النظام العام :

يتعلق عدم اختصام الشفيع والبائع والمشتري جميعا في دعوى الشفعة بالنظام العام. ولذلك إذا لم يتم اختصامهم كان على المحكمة - بالتفصيل السابق⁽²⁾ - القضاء بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 943 من القانون المدني على أن "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها...." يدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري وإن

(1) السنهاورى ص 889.

(2) مع مراعاة إعمال نص الفقرة الثانية من المادة (218) مرافعات).

تعددوا فى أول درجة أو فى الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها وإذ قضى الحكم الابتدائى بعدم قبول دعوى الشفعة فاستأنفه المطعون ضدهم السبعة الأول ولم يختصموا فى الاستئناف إحدى المحكوم لهم، ولم تأمر المحكمة باختصاصها فى الاستئناف حتى صدور الحكم المطعون فيه فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلا دون اختصاص أحد المحكوم لهم يكون قد خالف قاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع وهو ما تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها عملا بالحق المخول لها فى المادة 253 من قانون المرافعات بما يبطل الحكم المطعون فيه".

(طعن رقم 1305 لسنة 60 ق جلسة 1993/5/13)

110 - اختصاص آخرين لا يؤثر فى دعوى الشفعة؛

إذا استقامت دعوى الشفعة باختصاص كل من البائع والمشتري فى الميعاد بإجراءات سليمة، وضمت الدعوى غيرهما ممن لا يعتبر خصما حقيقيا فيها، فإن بطلان اختصاص هذا الآخر لأى سبب من الأسباب لا يؤثر فى صحة الدعوى أو الطعن⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن؛

1- "متى تبين أن أحد المطعون عليهم قد اختصم بادئ الأمر فى دعوى الشفعة أمام محكمة الموضوع على أساس أنه من بين البائعين ولما تبين أنه لم يوقع على عقد البيع وأنكر هو من ناحيته صدور البيع منه قصر الشفيع الدعوى

(1) المستشار/ عزت حنوره ص 279.

على طلب أخذ القدر الذى باعه من وقع على عقد البيع بالشفعة كما اقتضت منازعة المطعون عليه المذكور أمام محكمة الموضوع على تحديد القدر الوارد بعد البيع فأخذت تلك المحكمة بوجهة نظره فإن بطلان الطعن بالنسبة له لا يمتد أثره إلى الطعن بالنسبة لباقي المطعون عليهم".

(طعن رقم 169 لسنة 23 ق جلسة 1957/2/7)

2- "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اختصاص المطعون ضدها الأخيرة فى دعوى الشفعة لم يكن لازماً لأنها ليست بائعة للعقار المشفوع فيه وأن طالبي الشفعة قد لجأوا إلى اختصاصها على سبيل الاحتياط فإن بطلان إعلانها بصحيفة الدعوى لا يؤثر فى صحة إجراءات الشفعة ومن ثم يكون الدفع بهذا البطلان غير جوهري لانعدام أساسه القانوني وبالتالي فلا يبطل الحكم إغفاله الرد عليه".

(طعن رقم 430 لسنة 34 ق جلسة 1968/5/30)

111- هل يجب اختصاص المشتري الثانى بعقد صوري فى دعوى

الشفعة؟

ذهبت محكمة النقض إبان فترة طويلة من الزمن إلى أنه إذا كان العقار المشفوع فيه قد بيع إلى مشتر ثان قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وادعى الشفيع بأن عقد البيع الصادر له هو عقد صوري صورية مطلقة، قصد به إسقاط حقه فى الشفعة، فإن ذلك لا يعفى الشفيع من وجوب اختصاصه فى دعوى الشفعة، لأن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يوجب توجيه الدعوى إلى المشتري الثانى ولو ادعى الشفيع بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفي الصورية وإثبات جدية عقد شرائه، وقد رتبت المحكمة على عدم اختصاص المشتري الثانى عدم قبول

الدعوى⁽¹⁾.

(1) فقد قضت بأن:

1- "طعن الشفيع الذى يرغب فى استعمال حقه فى أخذ كل العقار المبيع بالشفعة بصورة عقد أحد المشتريين، هذا الطعن يستوجب أن توجه إلى المشتري سالف الذكر الدعوى به حتى يصح الاحتجاج قبله بالحكم الصادر فيها. وإن فمتى كان الشفيع قد أغفل توجيه دعواه إلى هذا المشتري وكان المشتري الآخر المشفوع منه، قد دفع بعدم قبول الطعن بالصورية وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفع ولم يقر له وزنا وأقام قضاءه على أن إدخال المشتري- الذى لم يختصم فى الدعوى- فى عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتياط لمنع الأخذ بالشفعة، كان هذا الحكم باطلاً إذ كان يتعين على المحكمة لكى يستقيم قضاؤها وقف الفصل فى الدعوى حتى يستصدر الشفيع حكماً نهائياً فى مواجهة جميع أطراف الدعوى ومن بينهم المشتري الذى لم يختصم فيها بصورة عقد هذا الأخير".

(طعن رقم 7 لسنة 19 جلسة 1951/1/18)

= 2- "الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يجب أن يستعمل حقه وفقاً للمادة 938 من القانون قبل المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة. ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثانى بوصفهما مشتريين للعقار المشفوع فيه أخطر الطاعنين ببيع ذلك العقار، وتم هذا الإخطار بإنذار أعلن للطاعنين فى 1972/4/5 أى قبل تسجيل إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة الحاصل فى 1972/4/11 فقد وجب اختصام هذا المشتري الأخير فى الدعوى، ولا يغير من هذا النظر ما دفع به الطاعنان من أن عقد الشراء الثانى عقد صوري صورية مطلقة، ذلك أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى ولو ادعى بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفي هذه الصورية وإثبات جدية عقد شرائه".

(طعن رقم 815 لسنة 44 جلسة 1978/2/28)

3- "إذا بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة كان للشفيع أن يشفع فى أى من هذه البيوع طالما كانت ملكية هذا العقار مازالت للبائع، فإذا انتقلت الملكية إلى مشتر آخر غير

إلا أن محكمة النقض عدلت في أحكام عديدة عن قضائها السابق، وذهبت إلى أن اختصام المشتري الثاني بعقد صوري في دعوى الشفعة بطلب أخذ الشفعة منه غير لازم، وإنما يجب إدخاله في الدعوى ليثبت الشفع صورية العقد الصادر له في مواجهته وهنا لا يتقيد الشفع في إدخاله بالميعاد المحدد لرفع دعوى الشفعة، كما أنه يغنى عن إدخال الشفع للمشتري الثاني تدخله هو في الدعوى.

إذ قضت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صورياً، فإذا ادعى الشفع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغنى الشفع من توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه هو

المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول لأن الشفعة سبب لكسب الملكية وهي في هذه الحالة لا تؤدي إلى انتقال الملكية إلى الشفع، فإن هو ادعى صورية هذا العقد المسجل لا يلتفت إلى ادعائه ما لم يختصم جميع المشتريين فيه وإلا بقيت دعواه غير مقبولة. لما كان ذلك، وكان مفاد دفاع المطعون ضده الأول - الشفع - أنه يشفع في البيع الصادر من المطعون ضده الثاني إلى الطاعنين وحدهما ويدفع بصورية البيع المسجل الصادر من نفس البائع عن ذات العقار إلى الطاعنين و... وكان المطعون ضده الأول لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة ولم يختصم في دعواه هذه المشتري مع الطاعنين بالعقد المدعى صوريته فإن الدعوى تكون غير مقبولة".

صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه. إذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة في الميعاد للمشتري الثاني يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه سوريا وحجب الحكم بذلك نفسه عن الفصل في صورية العقد الصادر إلى المطعون عليه الأخير والتي لو ثبتت ما كان ثمة ما يدعو الشفيع إلى توجيه طلب الشفعة إليه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 159 لسنة 45 ق جلسة 1979/11/27)

2- "على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة، في حالة توالى البيوع، أن يستعمل حقه وفقا لنص المادة 938 من القانون المدني ضد المشتري الأخير وبالشروط التي اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع التالي للبيع الصادر من المالك للمشتري الأول سوريا. فإذا ادعى الشفيع صورية العقد التالي للبيع الأول وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائما، وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيوع المتتالية التي لا وجود لها، بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الأخير. على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة هذا المشتري الأخير لأن هو صاحب الشأن الأول في نفي صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم الذي يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه، ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التي يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا، ولأن الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تختصم أحد المشتريين الأخيرين - رغم أن تاريخ عقده سابق على تاريخ تسجيل الطاعنة إعلان رغبتها في الأخذ بالشفعة - وهو صاحب شأن في صورية العقد الصادر من سلف البائعتين له حتى يعتد بالتالي بعقده هو،

شأنه فى ذلك شأن باقى المشترين من هاتين البائعتين، وكان لمحكمة الموضوع أن ترفض ولو ضمنا طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت أنها ليست فى حاجة إليه بما لها من سلطة تامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديمًا صحيحًا وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه من واقع الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة بعدم قبول دعوى الشفعة لعدم اختصام أحد المشترين الأخيرين، فلا على محكمة الموضوع أن لا تحيل الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية طالما أن الدعوى غير مهيأة للحكم فى موضوعها، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بما جاء بهذين السببين يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1650 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/26)

3- "إذ كان اختصام المطعون ضده الثالث أمام محكمة الموضوع لم يكن بطلب الأخذ بالشفعة في العقد الثاني وإنما للحكم بصورية هذا العقد، والمقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق لشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني سوريا فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له مما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه وإذا كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى في قضائه إلى صورية عقد البيع الثاني، إذ كان ذلك فإن هذا العقد يكون والعدم سواء بالنسبة للشفيع فلا عليه إذ لم يوجه إجراءات دعوى الشفعة أصلاً في خصوصه وبالتالي لا يكون ثمة محل للاحتجاج عليه بمواعيد رفعها".

(طعن رقم 376 لسنة 50 قى جلسة 1983/11/24)

4- "لئن كان مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثاني قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني سوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الثاني غير موجود، وكأن لم يكن ويبقى البيع الأول قائماً وهو

الذى يعتد به فى الشفعة، وهو ما يغنى الشفيع أصلا عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى، وإن كان يتعين مع ذلك إدخاله فى الدعوى لوجوب إثبات الصورية فى مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن الأول فى نفي الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله".

(طعن رقم 864 لسنة 51 ق جلسة 12/2/1985)

5- "لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها- حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقا لنص المادة 938 من القانون المدنى- ألا يكون البيع الثانى صوريا. فإذا ادعى الشفيع فى مواجهة المشتري الثانى صورية عقد هذا المشتري، وأفلح فى إثبات هذه الصورية، اعتبر البيع الثانى غير موجود قانونا، وكان البيع الأول هو وحده الذى يعتد به فى الشفعة، ولا يقبل من المشتري الثانى الطعن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه- وعلى ما سلف إلا على السبب السابق- قد انتهى إلى صورية البيع الثانى صورية مطلقة بما يعتبر معه هذا البيع غير موجود قانونا فلا يقبل من الطاعن- وهو المشتري بهذا البيع الصوري- أن يتمسك بما أثاره بهذا السبب من أسباب الطعن".

(طعن رقم 778 لسنة 57 ق جلسة 5/12/1989)

112- تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون

المرافعات:

تنص الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات على: "على أنه إذا كان الحكم صادرا من 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 في الميعاد من أحد زملائه منضما إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن. وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم".

ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التي يوجب القانون - على نحو ما رأينا سلفا - اختصام أشخاص معينين فيها، فإن حكم هذه الفقرة يسرى على دعاوى الشفعة.

وهذه الفقرة تعرض لحكمين هما:

الحكم الأول:

خاص بالطعن المرفوع في الميعاد من أحد المحكوم عليهم أو بعضهم دون الباقيين. فقد أجاز النص لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم منهم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضما إليه في طلباته. فإذا لم يفعل ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعن باختصامه أو اختصامهم في الطعن فإن تقاعس عن ذلك قضت المحكمة بعدم قبول الطعن.

وهذا الحكم يسرى على جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، فإذا كان الحكم المطعون فيه صادرا لصالح الشفيع ضد البائع والمشتري وطعن أحدهما في الحكم دون الآخر الذي فوت على نفسه الميعاد أو كان قد رضى بالحكم فإنه يجوز لهذا الأخير الطعن في الحكم أثناء نظر الطعن الذي أقامه الآخر في الميعاد وإن لم يفعل ذلك أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فإن امتثل لذلك الأمر استقامت الخصومة وإن تقاعس عن ذلك حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وينطبق نفس الحكم في حالة التعدد، أي عند تعدد الباعين أو المشتريين.

الحكم الثاني:

خاص برفع الطعن على أحد المحكوم لهم أو بعضهم فى الميعاد دون
الباقيين. فقد أوجب النص اختصاص الباقيين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم.
هذا الحكم تم تخصيصه بمقتضى المادة (3/253 مرافعات) بالنسبة للطعن
بالنقض حيث تجرى على أن: "تشمل الصحيفة علاوة على البيانات المتعلقة
بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم... فإذا لم يحصل الطعن على هذا
الوجه كان باطلا وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بطلانه". وتطبيقا لذلك إذا كان
الحكم الصادر فى الاستئناف ضد الشفيع وقرر بالطعن فيه بالنقض فإنه طبقا لهذا
النص يجب أن يذكر أسماء جميع خصومه المحكوم لهم وصفاتهم وموطن كل
منهم فى صلب صحيفة الطعن ذاته وإلا كان باطلا. ومن مقتضى ذلك أنه لا
يجدى الشفيع نفعا الاستناد إلى الحكم الوارد فى نهاية الفقرة الثانية من المادة
(218 مرافعات) ليستترك ما فاتته من عدم ذكر اسم أحد الخصوم المحكوم لهم فى
صلب صحيفة الطعن ذاته باختصاصه حتى ولو فى الميعاد.

ويلاحظ أن حكم نص الفقرة الثانية من المادة (218 مرافعات) قاصر فقط
على حالات عدم شمول خصومة الطعن ابتداء لمن كان يجب أن يكون من بين
أطرافها ومن ثم لا محل لإعمال حكمه لمن شملتهم خصومة الطعن فعلا منذ
البداية، حتى لو شاب البطلان اختصاصه. فمن كان داخلا فى الخصومة أصلا
وبطل اختصاصه لا يعتبر فى حكم من لم يختصم مطلقا، ولا تقاس حالته عليه.
وبالتالى لا يجوز فتح الباب لاختصاصه من جديد، لأن فى ذلك تحميل للنص فوق
ما يحتمل، وإهدار لجزاء البطلان. ولذا فإن بطلان اختصاص من يوجب القانون
اختصاصه فى الطعن يؤدى إلى عدم قبول الطعن برمته⁽¹⁾.

113 - مراقبة ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير فى الصفة :

(1) نبيل سعد ص 440 وما بعدها - المستشار عزت حنوره ص 277 وما بعدها.

لما كان عقد البيع العرفي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة فإنه يكون من واجب الشفيع في هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها⁽¹⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 438- المستشار عزت حنوره ص 279.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المقرر فى قضاء محكمة النقض أن عقد البيع الابتدائى يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة ومن واجب الشفيع فى هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغير فى الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت اتخاذها، كما أنه إذا كان الشفيع لم يختصم فى الميعاد البائعين بأشخاصهم مع سبق اختصام والدهم باعتباره وليا طبيعيا عليهم بالرغم من بلوغ سن الرشد فإن حقه فى الأخذ بالشفعة يكون قد سقط".

(طعن رقم 2368 لسنة 52 ق جلسة 1983/6/30)

2- "دعوى الشفعة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا تكون مقبولة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشتري والبائع سواء أمام محكمة أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض، فإذا رفعت فى أى مرحلة دون اختصام باقى أطرافها قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وعلى الشفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير فى الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذين أصبحوا عليه وقت اتخاذها".

(طعن رقم 344 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/8)

أما إذا أقيمت الدعوى- أو الطعن- فى الميعاد باختصام صحيح، ثم طرأ بعد ذلك تغيير فى حالة أو صفة أحد الخصوم، فإن ذلك لا يتعدى انقطاع سير الخصومة عملا بالمادة (1/130) من قانون المرافعات. ويجوز للمدعى أو الطاعن أو المدعى عليهم أو المطعون ضدهم أن يطلبوا أجلا لإعلان من يقوم مقام الخصم الذى تحقق فى شأنه سبب الانقطاع. (م 2/130 مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى على الطاعن العاشر عن نفسه وبصفته وصيا على الطاعن السابع وأنه رغم بلوغ الأخير سن الرشد أثناء سير الخصومة أمام محكمة أول درجة- على ما هو ثابت من شهادة ميلاده التي تدل على بلوغه سن الرشد في 12/3/1979- وقبل صدور الحكم الابتدائي في 30/4/1981 فإن الطاعن العاشر لم ينبه المحكمة إلى ما طرأ على حالة المذكور من تغيير وظل يحضر عنه رغم بلوغه سن الرشد مما يعد حضوره عنه أمام محكمة أول درجة منتجا لآثاره القانونية بعد أن أصبح تمثيله له قائما على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابته عنه نيابة قانونية، لما كان ذلك وكان الطاعن العاشر قد التزم موقف التجهيل بالحالة التي طرأت على الطاعن السابع إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي عندما وجهت المطعون ضدها الأولى الاستئناف إليه بالصفة التي أقيمت بها الدعوى ابتداء والتي تحدد بموجب الحكم الصادر فيها أطراف الخصومة في الاستئناف فإن اختصاص الطاعن السابع في الاستئناف ممثلا بواسطة الطاعن العاشر يعد اختصاصا صحيحا منتجا لآثاره القانونية إذ ليس للخصم أن يفيد من خطئه ولا أن ينقض ما تم على يديه".

(طعن رقم 2588 لسنة 56 قى جلسة 1991/5/23)

114 - ميعاد رفع دعوى الشفعة :

تنص المادة (943) على أن: "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام.... ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة... إلخ".

فيجب أن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة بالأخذ في الشفعة الذي يوجه من الشفيع إلى المشتري والبائع.

فإذا أعلن كل من المشتري والبائع بالرغبة فى تاريخ غير الذى أعلن فيه الآخر، فإن الميعاد يبدأ من تاريخ إعلان الأخير لهما.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة توجب رفع الدعوى على البائع والمشتري فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة الرابعة عشرة، وهذه المادة تنص على وجوب توجيه الإعلان إلى البائع والمشتري. ومن ثم يجب إعلان كليهما بالدعوى فى خلال ثلاثين يوما تبدأ من تمام إعلانهما برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما بالرغبة بعد الآخر فالعبرة فى بدء الميعاد بالإعلان الأخير. فإذا كان الثابت أن الشفيع أعلن المشتري برغبته فى الأخذ بالشفعة فى 20 من يناير والبائع فى 25 منه، ثم أعلن أولهما بالدعوى فى 20 من فبراير والثانى فى 22 منه، فإن الدعوى تم رفعها فى 22 من فبراير تكون قد رفعت فى الميعاد، إذ ميعادها يبدأ من يوم 25 من يناير."

(طعن رقم 77 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

2- "إن ميعاد الثلاثين يوما المقرر فى المادة 15 من قانون الشفعة لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري إنما يبدأ سريانه من إتمام إعلانهما كليهما بالرغبة فى الأخذ بالشفعة فى ميعاده المقرر بالمادة 19 فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير."

(طعن رقم 126 لسنة 16 ق جلسة 1948/1/8)

3- "مفاد نص المادتين 942 ، 943 من القانون المدنى أنه يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وقيدها بالجدول وذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وميعاد الثلاثين يوما المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري يبدأ سريانه

من تمام إعلانهما كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير لما كان ما تقدم وكانت المطعون عليها الأولى الشفيع قد أعلنت المطعون عليه الثانى البائع بتاريخ 1970/6/13 برغبتها في أخذ العقار المبيع بالشفعة بعد إعلانها الطاعن - المشتري - بذلك في 1970/6/6 فإن ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة يبدأ بالإعلان الذى تم بتاريخ 1970/6/13 وتكون الدعوى إذا رفعت بصحيفة أودعت قلم الكتاب وقيدت بتاريخ 1970/7/12 قد رفعت في الميعاد وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق جلسة 1976/5/25)

والحكمة من اشتراط رفع الدعوى خلال مدة معينة، العمل على إنهاء حالة عدم الاستقرار في المعاملات، وخصوصاً بالنسبة للمشتري، في أقل مدة، وحتى لا يكون رفع الدعوى محلاً لمساومات بين الشفيع والمشتري⁽¹⁾.

115- تصحيح دعوى الشفعة باختصاص من لم يسبق اختصاصه في

الميعاد:

إذا أغفل الشفيع اختصاص أياً ممن يجب اختصاصهم في دعوى الشفعة، جاز له إدخاله في الدعوى وتوجيه الطلبات إليه، بشرط أن يتم الإدخال في الميعاد المحدد لرفع دعوى الشفعة، وبهذا الإدخال تستقيم دعوى الشفعة. كما تستقيم دعوى الشفعة بتدخل الخصم نفسه في الدعوى خلال الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة 115 من قانون المرافعات على أنه "إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى

(1) حسام الأهواني ص 203.

لإعلان ذى الصفة... وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بسقوط الحق فى الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختصم باقى المشتريات بأشخاصهم إلا بعد الميعاد، مع سبق اختصاص والدهن باعتباره وليا عليهن فى الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس".

(طعن رقم 352 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/12)

116- تصحيح خطأ فى حدود الأرض المشفوعة فيها لا يعتبر دعوى

جديدة:

لا يعتبر تصحيح خطأ فى حدود الأرض المشفوعة فيها دعوى جديدة يجب رفعها فى الميعاد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة فى الأقطان المبيعة ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأقطان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأقطان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التى أوردها الشفيع فى صحيفة الدعوى من أخطاء لا تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشتري لها فإن الحكم يكون معيبا إذ قضى بسقوط حق الشفيع فى الشفعة تأسيسا على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعا للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضى

أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع".

(طعن رقم 12 لسنة 24 ق جلسة 1957/12/26)

117 - هل يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة؟

"لا يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد، إذا كانت الطلبات الأصلية لا توجد لبسا عند المشتري فى حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة. فتعديل خطأ ماذى ورد فى صحيفة الدعوى لا يؤثر فى قصد الشفيع وفى فهم المشتري للعقار المشفوع فيه ولا يسقط حق الشفعة"⁽¹⁾.

(راجع نقض طعن رقم 12 لسنة 24 ق جلسة 1957/12/26 - المنشور فى البند

السابق)

118 - كيفية احتساب الميعاد:

يحسب ميعاد الثلاثين يوما سالف الذكر من اليوم التالى لتاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ويحسب اليوم الأخير فى الميعاد (م 15 مرافعات). فإذا كان الشفيع قد أعلن المشتري بالرغبة فى الأخذ بالشفعة فى يوم والبائع فى يوم متأخر عنه، فإن الميعاد يكون من اليوم التالى لإعلان البائع.

وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها (م 18 مرافعات) وإذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عطلة رسمية فلا يعطى الشفيع إلا يوما واحدا بعد نهاية العطلة⁽²⁾.

ولم ينص المشرع فى المادة (943) على زيادة مواعيد مسافة على الثلاثين يوما المحددة فيها لرفع الدعوى وقيدتها، أسوة بما قرره المادة (940) بالنسبة للموعد المحدد لإبداء الرغبة فى الشفعة. وهذا هو نفس الوضع الذى كان مقررا

(1) السنهاورى ص 907 هامش (2) - حسام الأهوانى ص 204.

(2) محمد كامل مرسى ص 485.

بنصوص قانون الشفعة (الملغي)، فقد نص فيه على زيادة ميعاد مسافة على المدة المحددة لإبداء الرغبة (م2/19)، في حين أنه لم يقرر هذه الزيادة بالنسبة إلى المدة المقررة لرفع دعوى الشفعة، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأنه لا حق للشفيع في ميعاد المسافة فوق الميعاد المنصوص عليه في المادة (943) لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان الكسوت عن ذكر المسافة في المادة (943) مع ذكرها في المادة (940)، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة في الشفعة عن القاعدة العامة التي قررها قانون المرافعات في المادة (17) ويسقط الحق في ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوما المنصوص عليه في المادة (943)⁽¹⁾، غير أن الرأي الغالب ذهب إلى أنه طالما أن المشرع لم ينص صراحة على حرمان الشفيع عن ميعاد المسافة في المادة (943)، فيجب أن تجرى عليه حكم القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (17 مرافعات). كما أنه لا مبرر قانونا لحرمان الشفيع من الاستفادة بالقاعدة العامة المقررة في المادة (17) من قانون المرافعات. وهي تقضى بزيادة ميعاد مسافة على كل ميعاد معين في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه. ولا شك أن المواعيد التي قررها القانون في الشفعة تدخل تحت عموم هذا النص، فيسرى عليها حكم زيادة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك. ولا محل للقول بعدم التوسع في حق الشفعة لأنه حق استثنائي، إذ أن مواعيد الشفعة إنما تجب مراعاتها في حدود ما تقرره القواعد العامة، وإلا لترتب على الحد منها وتقيصها إيجاد مسقطات جديدة لهذا الحق بغير نص صريح، وهو ما لا يجوز قانونا⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص487، وحكم محكمة طنطا الابتدائية رقم 530 لسنة 1919 المشار إليه بهامش رقم (1) من الصحيفة المذكورة- السنهاورى ص905.

(2) محمد على عرفة ص517- عبد المنعم الصده ص486- منصور مصطفى منصور ص351. المستشار عزت حنوره ص269.

119- الميعاد في حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد أمام محكمة غير مختصة فقضت هذه المحكمة بعدم اختصاصها بنظرها وبإحالتها إلى المحكمة المختصة، فإنها تعد مرفوعة في الميعاد⁽¹⁾.

غير أن المحكمة المحال عليها تقضى بسقوط حق الشفيع لسبب آخر، هو أن قيامه بإيداع الثمن خزانة محكمة غير مختصة مسقط لحقه سواء أكان عدم الاختصاص ولائياً أو قيمياً أو محلّياً⁽²⁾.

120- طبيعة الميعاد :

ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفع دعوى الشفعة، ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، لا يقبل الوقف، ويسرى في حق الغائبين وغير كامل الأهلية. ولا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب⁽³⁾.

121- وجوب قيد دعوى الشفعة في خلال ثلاثين يوماً :

تنص المادة (943) على أن: "ترفع دعوى الشفعة..... وتفيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة... إلخ".

(1) المستشار عزت حنوره ص274- راجع أيضاً الأستاذ محمد كمال عبد العزيز في تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة ص1439 إذ يذكر ذلك بالنسبة إلى ميعاد الاستئناف ويشير إلى حكمين غير منشورين صادرين من محكمة النقض = بتاريخ 1985/5/28 في الطعن رقم 1485 لسنة 52 ق، 4/12/1985 في الطعن رقم 1483 لسنة 52 ق.

(2) المستشار عزت حنوره ص274.

(3) السنهاوري ص906- عبد المنعم الصده ص486- عبد المنعم البدرأوى ص398- رمضان أبو السعود ص2001.

وقد نظمت رفع الدعوى وقيدتها المواد 63، 65، 67، 68، 69 من قانون المرافعات الجديد.

فتقضى المادة 63 بأن: "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية.... إلخ". وتقضى المادة 65 (مستبدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999) بأن: "يقيد قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى إذا كانت مصحوبة بما يلى.... وعلى قلم الكتاب إثبات تاريخ طلب القيد فى جميع الأحوال. وإذا رأى قلم الكتاب عدم قيد صحيفة الدعوى - لعدم استيفاء المستندات والأوراق المبينة بالفقرة الأولى - قام بعرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية ليفصل فيه فوراً، إما بتكليف قلم الكتاب بقيد الدعوى، أو بتكليف طالب قيدها باستيفاء ما نقص، وذلك بعد سماع أقواله ورأى قلم الكتاب. فإذا قيدت صحيفة الدعوى تنفيذا لأمر القاضى اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد.... إلخ".

وتنص المادة 67 (المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1974) على أن: "يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها. وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه. ومع ذلك يجوز فى غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعى - متى طلب ذلك - أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب". وتنص المادة 68 (المعدلة بالقانون 23 لسنة 1992 ، 18 لسنة 1999) على أنه: "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان

قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور... ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة".

وتنص المادة (69) على أنه: "لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر في المادة السابقة بطلان إعلان صحيفة الدعوى، كذلك لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه في التأجيل لاستكمال الميعاد".

وعلى ذلك فإنه في ظل قانون المرافعات الجديد تعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ولو لم تعلن إلى المدعى عليهم وإنما الإعلان شرط لانعقاد الخصومة فقط ما لم يحضر المدعى عليهم الجلسة.

كما أن قيد الدعوى يتم في ذات اليوم الذي تقدم فيه الصحيفة إلى قلم الكتاب. وعلى ذلك فإنه في ظل هذا القانون يستطيع الشفيع أن يقوم بالإجراءات الثلاثة اللازمة في الدعوى وهي إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة ورفع الدعوى وقيدها في يوم واحد، كما يستطيع الشفيع أن يفيد من اليوم الأخير من الميعاد (وهو ثلاثون يوماً) لأننا ذكرنا سلفاً أن المشرع لا يشترط وجود فاصل زمني بين الإجراءات الثلاثة سالفة الذكر⁽¹⁾.

(1) (1) - أ - الوضع في قانون الشفعة (الملغى):

كانت المادة (15) من قانون الشفعة الملغى توجب رفع دعوى الشفعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع الرغبة في الأخذ بالشفعة ولم تشترط قيد الدعوى في ذلك الميعاد. ولذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى تم إعلان صحيفة دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفعها فإن الدعوى تكون مقبولة ولو كان قيدها بالجدول لم يحصل إلا بعد هذا الميعاد".

(طعن رقم 16 لسنة 8 ق جلسة 1938/5/19)

2- "إذا كان الحكم قرر أن رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ولما كانت المادة (63) من قانون المرافعات الحالى تقضى بأن ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك. وكان القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادى لرفع الدعاوى. وكانت المادة 943 من التقنين المدنى قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين

الرغبة تعتبر به الدعوى قائمة وإن لم تقيد بالجدول ورتب على ذلك أنه لا يسرى على حق الشفعة ميعاد السقوط الوارد فى المادة (22) من قانون الشفعة القديم فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

ب- الوضع فى ظل قانون المرافعات (الملغى):

رأينا أن المادة (943 مدني) أوجبت قيد الدعوى خلال ميعاد الثلاثين يوما سالف الذكر، كى تستحث الشفيع على الإسراع فى الإجراءات فلا يتباطأ دون مبرر وكان تقنين = المرافعات رقم 77 لسنة 1949 (الملغى) ينص على أن الدعوى ترفع بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك" (م69).

كما كانت المادة (75) تنص على أن يقيد قلم كتاب الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر (م75). وقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم تقيد خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى التى سبق تحديدها (م2/78) ووضح من ذلك أن الدعوى كانت لا تعتبر مرفوعة فى ظل ذلك القانون إلا بإعلان صحيفتها وكان قيدها بجدول المحكمة لا يتم إلا بعد هذا الإعلان. ومن ثم كانت المادة (943 مدني) تلقى على عاتق الشفيع عبئا ثقيلا يقلل فى الواقع من المدة المتاحة للشفيع للقيام خلالها بإيداع الثمن ورفع الدعوى، طالما كان لزاما عليه قيد الدعوى بعد إعلان صحيفتها وأن يتم كل ذلك خلال ذات المدة. ولما صدر القانون رقم 100 لسنة 1962 الذى عدل بعض أحكام قانون المرافعات (الملغى) خفف من غلو بعض الإجراءات السابقة- إذ عدل المادة (75 منه)، وأوجب على قلم الكتاب قيد الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك. ومن ثم أصبح قيد الدعوى سابقا على رفعها بعد أن كان لاحقا عليه.

يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بها - دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التي كان معمولاً بها وقت صدور القانون المدني أو ترسم طريقاً معيناً لرفعها فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالي المنطبق على واقعة الدعوى لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنة أعلنت المطعون ضدهم برغبتها في أخذ الحصة المبيعة بالشفعة بتاريخ 8 ، 1982/3/9 وأودعت صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة بتاريخ 1982/3/29 فإن الدعوى تكون قد رفعت في الميعاد المحدد بالمادة 943 من التقنين المدني سائلة البيان دون أن ينال من ذلك تراخي إعلانها إلى تاريخ لاحق ولا يترتب على سقوط الحق في الشفعة. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق في الشفعة على سند من الإعلان بصحيفة الدعوى ثم بعد ميعاد الثلاثين يوماً المقررة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه وعلى أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 3490 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/9)

وإذ كان شطب الدعوى لا يعنى زوالها إذا تبقى مرفوعة منتجة لآثارها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية وإن استبعدت من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة. ومن ثم لا يترتب على شطب الدعوى، زوال الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا لم تجدد الدعوى من الشطب، وأقام دعوى شفعة أخرى في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة استقامت دعوى الشفعة الجديدة.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع بموجب إعلان رسمي إلى المطعون ضدهم من الأول وحتى الخامس بتاريخ 25، 1987/6/26 - ثم أردف ذلك برفع الدعوى رقم 1987/813 مدني

جزئى ببا والتي تقرر بجلسة 1988/12/4 شطبها فإن هذا الإعلان بالرغبة يظل قائما ومنتجا كافة آثاره القانونية إذ من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شطب الدعوى لا يعنى زوالها إذ تبقى مرفوعة منتجة لآثارها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية وإن استبعدت من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة، وبالتالي تكون دعوى الطاعن الماثلة والتي أقامت بتاريخ 1989/1/27 قد رفعت بعد انقضاء أكثر من ثلاثين يوما من وقت إعلان رغبته المشار إليه والقائم والمنتج لكافة آثاره القانونية على النحو آنف البيان بما يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة طبقا للمادة 943 من القانون المدنى.... ولا يغير من ذلك مبادرته بإعلان رغبة أخرى بتاريخ 24 ، 1988/12/31 أعقبه رفع دعواه المطروحة قبل انقضاء ثلاثين يوما ذلك أنه متى كان الطاعن قد أتم إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل رفع دعواه الأولى بإجراء ما زال قائما ومنتجا لآثاره - على النحو سالف البيان - فإنه يكون حجة عليه ومن تاريخ تمامه يبدأ ميعاد سقوط حقه فى الشفعة".

(طعن رقم 4173 لسنة 62 ق جلسة 1999/5/13)

122 - جزاء عدم رفع دعوى الشفعة فى الميعاد :

إذا لم ترفع دعوى الشفعة فى ميعاد الثلاثين يوما سالف الذكر، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. ويحق للبائع أو للمشتري التمسك بسقوط الحق، بل يجب على المحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها، ولو نزل صاحب الحق عن التمسك به، لتعلق هذا الميعاد بالنظام العام⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد إيداع الثمن فى الميعاد - بأن :

1 - "للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ

(1) محمد كامل مرسى ص 484 - السنهورى ص 907 رمضان أبو السعود ص 346.

بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة 942 من القانون المدني".

(طعن رقم 140 لسنة 21 ق جلسة 1953/12/31)

2- "..... إيداع كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في الميعاد وبالكيفية التي حددها المشرع شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى... إلخ".

(طعن رقم 1328 لسنة 48 ق جلسة 1983/2/2)

والدفع بسقوط الحق في الشفعة لرفعها بعد الميعاد كالشأن في أي دفع بسقوط الحق فيها بسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به، ويكون الحكم الصادر بقبوله أو برفضه صادراً في الموضوع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الدفع بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً في الموضوع مما يطعن فيه على استقلال في الميعاد القانوني وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضي".

(طعن رقم 65 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

123- الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن:

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن - فيما لم يستثن - لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم لا يجوز التمسك به إلا من شرع لمصلحته، رغم أن القانون يوجب اختصاص أشخاص معينين في الدعوى، فإذا تمسك به صاحب المصلحة ورأت

المحكمة إجابته إلى طلبه فإنه يفيد منه باقى المدعى عليهم⁽¹⁾.
ومثال ذلك أن تكون صحيفة الدعوى لم تعلن إلى أحد المدعى عليهم خلال
ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى
(م70 مرافعات).
أو لم يتم إعلان أحد المدعى عليهم بصحيفة تجديد الدعوى من الشطب
خلال ستين يوما (م1/82 مرافعات)⁽²⁾.

(1) نقض طعن رقم 619 لسنة 43 ق جلسة 1980/1/29.

(2) راجع مؤلفنا الدفع فى قانون المرافعات.

124- المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة :

تنص المادة (943 مدني) على أن: "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار.... إلخ".

فالمحكمة المختصة محليا بنظر دعوى الشفعة هي المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه. ذلك أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطالب فيها الشافع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة.

وقد أريد بالنص على اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها العقار الدلالة على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وليست شخصية كما ذهب البعض⁽¹⁾.

وإذا كان العقار واقعا في دوائر محاكم متعددة، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أجزائه (م1/50 مرافعات).

أما عن الاختصاص القيمي، فإنه يرجع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (42 ، 47 مرافعات) فتختص المحكمة الجزئية بنظر دعوى الشفعة إذا كانت قيمتها لا تجاوز أربعين ألف جنيه، بينما تختص المحكمة الابتدائية بالدعوى إذا تجاوزت قيمتها ذلك.

125- كيفية تقدير قيمة دعوى الشفعة :

ذهب رأى في الفقه إلى أن قيمة دعوى الشفعة تتحدد بمقدار الثمن المذكور

(1) وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ إبان نظر مشروع التقنين المدني أمامها، إذ اعترض (سعادة العشماوى باشا) على الفقرة الأولى من حيث إقحام بعض قواعد المرافعات فيها فأجاب عبده محرم (بك) على ذلك الاعتراض بأنه حيث ينشئ القانون حقا فهو وإجراءاته من صميم القانون المنشئ لهذا الحق.

وأضاف إلى ذلك أنه يحسن دفعا للشبهة في هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد في المادة فقال سعادة العشماوى باشا إنه ينزل عن اعتراضه (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص429).

فى عقد البيع المشفوع فيه على أساس أن دعوى الشفعة هى دعوى بالحلول فى تعاقد هو حلول الشفع محل المشتري فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع وليست من الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات التى تتحدد قيمتها بقيمة العقارات إذ لا يتحقق تملك الشفع للعقار المشفوع فيه إلا من بعد ونتيجة للحلول المذكور. وإذا كان الثمن الحقيقى الذى هو أقل مما ذكر فى العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئى، فى حين أن الثمن المذكور فى العقد خلافا للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الكلى كان القضاء الكلى هو المختص مراعاة للعقد، ويجب الطعن فى الثمن أمامه، لا أمام سواه⁽¹⁾.

وبهذا رأى أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1983/6/21 فى الطعن رقم 1350 لسنة 49ق إذ ذهبت فيه إلى أن:

"المقرر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن الطلب المدعى به فى دعوى الشفعة هو الحق فى أخذ العقار المبيع إلى الغير والحلول فيه محل المشتري وذلك فى مقابل الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليه، ويعتبر الثمن الوارد فى العقد هو الثمن الحقيقى إلى أن يثبت الشفع صورته، وأنه إذا كانت العين المشفوعة قد بيعت بموجب عقدى بيع فإن الحق فى الشفعة باعتبارها سبب من أسباب الملكية يثبت لكل عقد منهما على استقلال ومن ثم فإن الدعوى بطلب أخذ المبيع بالشفعة تقدر باعتبار قيمة كل منهما على حده مما مفاده أن قيمة دعوى الشفعة لا تقدر بقيمة العقار ذاته بل بقيمة الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وباعتبار أن المدعى الشفع يحل بموجب هذا الحق محل المشتري فى ذلك التعاقد

(1) محمد كامل مرسى ص 489 وما بعدها - السنهورى ص 894 - محمود جمال الدين زكى

والذى يعد بهذه المثابة سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه".

وقد ذهب رأى آخر إلى أنه لما كان المشرع قد أورد الشفعة فى القانون المدنى باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية العقارية، ونص فى المادة (944 منه) على أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. فقد دل على أن دعوى الشفعة، وإن لم تكن دعوى ملكية، إلا أنها بلا شك تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه. وهو ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تعليقها على المادة 37 من أن المشرع اختار اصطلاح الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات حتى لا تنصرف إلى مجرد الدعاوى العينية العقارية، وإنما لكى تشمل دعاوى الشفعة وغيرها من الدعاوى التى تتصل بالملكية ولا تعد من قبيل الدعاوى العينية العقارية. ومن ثم تقدر قيمتها طبقاً للبند الثانى من المادة 37 من قانون المرافعات بقيمة العقار على النحو المبين بالبند الأول منها⁽¹⁾.

والمادة 37 تجرى على أن:

"يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى:

1- الدعاوى التى يرجع فى 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 الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية.

فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته.

2- الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات والمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار تقدر قيمتها بقيمة العقار.... إلخ".

(1) المستشار عزت حنوره ص 271 وما بعدها - نبيل إبراهيم سعد ص 444.

وقد أخذت بهذا الرأي الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى قضائها الصادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1988 فى الطعن رقم 312 لسنة 57 قى "هيئة عامة".

إذ ذهب فيه إلى أن :

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد قدر - صحيحا - وبما لا خلاف عليه بين طرفى الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنية وسبعمئة وثلاثين مليما - وذلك طبقا للبند الأول من المادة (37) من قانون المرافعات اعتبارا بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية 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 استئنافا، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف على سند من أن الدعوى تدخل فى النصاب الانتهاى للمحكمة الابتدائية، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

كما قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض بأن :

"إذا كانت قيمة كل من طلبى الشفعة - المختلفين خصوما وسببا وموضوعا والذين جمعتهم صحيفة واحدة - لا تجاوز خمسمئة جنية وفقا للبندين الأول والثانى من المادة 37 من قانون المرافعات باعتبار أن الدعوى وهى دعوى شفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه - وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تعليقها على هذه المادة وجرى به قضاء هذه المحكمة فتقدر قيمتها باعتبار مائة وثمانين مثلا من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه ومقدارها على ما ثبت فى الأوراق باعتبار أن عقار النزاع من العقارات المبنية وهو التقدير

المنطبق على واقعة الدعوى قبل زيادته بمقتضى القانون رقم 1992/23، فإن كلا من هذين الطلبين يدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية طبقا للمادة 42 من قانون المرافعات والمنطبقة على واقع الخصومة المطروحة قبل تعديلها بالقانون رقم 1992/23... وكانت المادة 269 من قانون المرافعات تنص على أنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل فى مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التى يجب التداعى إليها بإجراءات جديدة...." ولما سلف يتعين إلغاء الحكم المستأنف والحكم بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية قيميا بنظر الدعوى وباختصاص محكمة... الجزئية بنظرها".

(طعن رقم 1301 لسنة 61 ق جلسة 1996/5/23)

2- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها وللخصوم وللنيابة العامة إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو فى صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التى سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه أو حكم سابق عليه لا يشمل الطعن، وأن مناط عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن تكون هذه الأحكام صادرة فى حدود الاختصاص القيمى لتلك المحاكم طبقا لقواعد الاختصاص التى رسمها القانون والمتعلقة بالنظام العام، أما إذا صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فلا يمكن القول إنها قد صدرت فى حدود النصاب الانتهاى لتلك المحاكم بما يتمتع معه الطعن عليها بالاستئناف لغير حالات البطلان. لما كان ذلك، وكانت قيمة الدعوى وقت رفعها فى سنة 1990 تقدر بمبلغ 1052 ج (ألف وإثنان وخمسون جنيها)

تقريباً وذلك طبقاً للمادة 36، والبندين الأول والثاني من المادة 37 من قانون المرافعات - قبل تعديله بالقانون رقم 23 لسنة 1992 - باعتبارها دعوى شفعة تعد متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضي الزراعية والتي كانت قيمتها تقدر وقت رفعها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها ومقدارها 28 ج (ثمانية وعشرون جنيهاً)، وتدخل بالتالي في اختصاص المحكمة الابتدائية في حينه. إلا أنها أضحت من اختصاص المحكمة الجزئية طبقاً للمادة 42 من قانون المرافعات المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 - المعمول به اعتباراً من أول أكتوبر سنة 1992 والتي تنص على أن "تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسمائة جنيه" وقد جاءت المادة الثانية عشر من القانون رقم 23 لسنة 1992 سالف البيان بحكم وقتى في شأن الدعاوى التي تعدل الاختصاص القيمي بنظرها بموجب هذا القانون إذ نصت على أن "على المحاكم أن تحيل بدون رسوم، ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون. وذلك بالحالة التي تكون عليها... وتكون الإحالة إلى جلسة تحدها المحكمة.... ولا تسرى أحكام الفقرتين السابقتين على الدعاوى المحكوم فيها قطعياً أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم" وإذا كان الثابت في الأوراق أن محكمة بنها الابتدائية قد نكلت عن إحالة الدعوى إلى المحكمة الجزئية المختصة - رغم عدم صدور حكم قطعى فيها. كما لم تكن مؤجلة للنطق بالحكم - وقضت بتاريخ 1992/12/29 في موضوعها بما ينطوى عليه ذلك من قضاء ضمنى باختصاصها بنظرها قيمياً. فإن قضاءها يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في شأن قواعد الاختصاص القيمي، ومن ثم جازاً استئنائه. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بعدم جواز

الاستئناف على سند من أن قيمة الدعوى تدخل في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن.

وحيث إن الاستئناف صالح للفصل فيه، ولما تقدم، فإن الاستئناف يكون جائزا وقد استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إنه لما كان الحكم المستأنف صادرا من محكمة غير مختصة قيميا فإنه يتعين إلغاؤه والحكم بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية قيميا بنظر الدعوى وباختصاص محكمة مركز بنها الجزئية بنظرها وإحالتها إليها للفصل فيها إعمالا لنص المادة 110 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 2212 لسنة 64 ق جلسة 2004/3/23)

3- "لما كان من المقرر أن دعوى الشفعة تعتبر - على ما هو مستفاد من نص المادة 44 من القانون المدني - المتعلقة بملكية العقار المشفوع فيه ومن ثم تقدر قيمتها طبقا للبند الثاني من المادة 37 من قانون المرافعات بقيمة العقار على النحو المبين بالبند الأول منها، وكان القانون رقم 23 لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات والذي أدرك الدعوى أثناء سيرها أمام محكمة أول درجة وقبل الفصل فيها قد عدل أسس تقدير الدعاوى التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وجعل تقدير هذه القيمة باعتبار ثلاثمائة مثل الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا ومائتي مثل إذا كان من الأراضي وأوجب على المحاكم أن تحيل من تلقاء نفسها بدون رسوم ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت وفقا لهذا القانون من اختصاص محاكم أخرى".

(طعن رقم 3893 - لسنة 67 ق جلسة 2010/4/8)

126 - الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة:

تنص المادة (943 مدني) في عجزها على أن: "ويحكم في الدعوى على وجه السرعة"⁽¹⁾.

وعبارة (على وجه السرعة) مرادفة لعبارة (على وجه الاستعجال) إلا أنها تختلف عن (الصفة المستعجلة) التي تنتظر بها بعض الدعاوى، فالمنازعات التي يوجب القانون نظرها على وجه السرعة (avec celerite) هي منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد لتصدر فيها حكمها موضوعيا، أما المواد المستعجلة (Matiere de refene) فهي منازعات في طلبات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملا بالمادة (45 مرافعات) لتصدر فيها حكما وقتيا تكون له حجة مؤقتة ولا يجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهما فوراً بغير إبطاء.

وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1962 ينص على وجوب عرض الدعاوى التي يفصل فيها على وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة في المحاكم الابتدائية دون عرضها على قاضي التحضير (م118)، ويمنع الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر فيها (م386) ويجعل ميعاد استئنافه عشرة أيام أيأ كانت المحكمة التي أصدرت الحكم (م402)، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملا بالمادة (405) ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه في ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد الأخرى (م346) ويكتفى بالنسبة لصحف الدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعى فيها موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقائع الدعوى

(1) وقد ورد في المشروع التمهيدي بدلا من هذه العبارة عبارة "على وجه الاستعجال"، وفي مناقشات لجنة القانون المدني استبدلت اللجنة كلمة "السرعة" بكلمة "الاستعجال" تمشيا مع تعبير قانون المرافعات القائم وقتئذ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص429).

وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملاً بالمادة (71).

إلا أن المشرع ألغى بالقانون رقم 100 لسنة 1962 كل تفرقة بين الدعاوى التى تنتظر على الوجه المعتاد وتلك التى تنتظر على وجه السرعة. ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة على إنجاز الدعوى بسرعة⁽¹⁾.

127- الأهلية اللازمة لطلب الشفعة:

بالرغم من أن الفقه يغلب اعتبار الشفعة واقعة مادية، إلا أن إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة يعتبر عملاً إدارياً من جانب الشفيع ولهذا يجب أن تتوفر فى الشفيع الأهلية اللازمة للأخذ بالشفعة.

والأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وليس من قبيل عمل الإدارة. فالشفيع يحل محل المشتري ومن ثم فإن الشفعة تكون فى حكم شراء المال المشفوع فيه. ولهذا يجب أن تتوفر فى الشفيع أهلية التصرف فتتوافر الأهلية فى الأخذ بالشفعة لمن يبلغ سنه 21 سنة. والوكيل لا يجوز له طلب الأخذ بالشفعة إلا إذا كانت الوكالة خاصة. فالوكالة العامة تكون مقصورة على أعمال الإدارة⁽²⁾.



(1) راجع مؤلفنا شرح قانون المبانى الجديد الطبعة السادسة 2003/2002 ص 465 وما بعدها.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 186.

مادة (944)

الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

الشرح

128- ثبوت الحق فى الشفعة بالتراضى:

عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق فى جانبه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يلج إجراءات الشفعة ويبدأ بالإجراء الأول والبدئى وهو إعلان رغبته فى لأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري. وبذلك يكون الشفيع قد عبر عن إرادته بوضوح فى رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة، وفى مواجهة هذا الموقف قد يقبل البائع والمشتري خروج المشتري من الصفقة وحلول الشفيع محله.

ويجب لإتمام الشفعة الرضائية الاتفاق عليها بين كل من البائع والمشتري والشفيع جميعاً، حتى تنشأ عن هذا التراضى تلك الآثار الخاصة التى رتبها القانون على تمام الشفعة. وذلك بإنهاء آثار عقد البيع بالنسبة للمشتري، وحلول الشفيع قبل البائع محل هذا المشتري فى ذلك العقد، بمعنى قيام التزامات البائع التعاقدية نحو الشفيع بدلاً منها نحو المشتري، وقيام الالتزامات التعاقدية التى كانت على المشتري نحو البائع، على الشفيع نحو هذا البائع.

ولئن كان المشرع يخول للقضاء استناداً إلى القانون، تغيير أطراف التعاقد جبراً عنهم، وذلك بإحلال الشفيع قبل البائع محل المشتري فى عقد البيع المشفوع فيه. إلا أن ذلك لا يتأتى لأحد طرفى عقد البيع، بإرادته المنفردة دون رضا الطرف الآخر، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة (147) من القانون المدنى،

ومن ثم لا يجوز للمشتري أن ينهى لنفسه الرابطة العقدية التي تربطه بالبائع وأن يفرض على هذا الأخير قيام علاقة عقدية بينه وبين الشفيع، لا يساهم هذا البائع في شأنها كما أن الأخذ بالشفعة لا يؤدي إلى تلقى الشفيع العقار المشفوع فيه من المشتري وإنما يتلقاه من البائع. ومن ثم لا نرى محلاً للقول بأن سبق تسجيل المشتري لعقد شرائه يغني عن وجوب إشراك البائع في الاتفاق على إتمام الشفعة بالتراضي⁽¹⁾.

(1) المستشار عزت حنوره ص 306 وما بعدها - وقارن السنهوري ص 931 فيرى أنه متى أبدى الشفيع الرغبة في الأخذ بالشفعة وأعلنها لكل من المشتري والبائع، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه، وتحولت الصفقة بعد أن كانت بين البائع والمشتري إلى أن تكون بين البائع والشفيع ويكون ذلك منذ تمام البيع بين البائع والمشتري. فالقانون، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة، يحل الشفيع محل المشتري، ويجعل الشفيع هو المشتري منذ البداية ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تتعقد أصلاً. ويبقى البيع قائماً منذ أن انعقد، ولكنه يكون بيعاً للمشتري فيه هو الشفيع لا المشتري الأصلي، وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع، فيكون للشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته، وذلك منذ أن انعقد البيع الأول، لأن المشتري يختفي تماماً ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في الصفقة، وتتعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع في نفس البيع الذي سبق أن تم، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما بعد أن خرج من الصفقة. وعلى ذلك يكون الشفيع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري. وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري.

وقارن نبيل إبراهيم سعد ص 455 وما بعدها، فيرى أنه يكفي لإتمام الشفعة من الناحية القانونية والفنية رضا المشتري بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع. ولكن تمام الشفعة على هذا النحو لا يجعلها نافذة في حق البائع إلا بإجراءين معاً: الإجراء الأول بإعلانه الرغبة إذ هذا الإعلان وحده يكفي لنفاذ هذا الحلول بالنسبة لما للمشتري من حقوق طبقاً للقواعد العامة. حيث يستوى لدى البائع أن يكون دائنه المشتري أو الشفيع خاصة وأن عقد البيع ليس من العقود ذات الاعتبار الشخصي. لكن بالنسبة لنفاذ حلول الشفيع فيما على المشتري من التزامات لا يكفي فيه هذا الإعلان وإنما يلزم له الإقرار من جانب البائع إذ شخص المدين دائماً وأبداً محل

ويؤيد هذا الرأي ما قضت به محكمة النقض من أنه :

"يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور، ولا بد بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانونا حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعا. ودعوى الشفعة والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء- يجب بحكم طبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصامهم جميعا في جميع مراحل التقاضي كما جرى به قضاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبولة".

(طعن رقم 7 لسنة 19 ق جلسة 1951/1/18)

اعتبار من جانب الدائن فإذا توافر ذلك فإن الشفعة تكون قد تمت صحيحة نافذة وملزمة = لكل من الشفيع والمشتري والبائع. ولذلك لا يحق للبائع أن ينازع في ذلك فيما بعد. وبالتالي تستقر الشفعة للشفيع ويثبت له حقه في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة سواء سجل المشتري عقده أو لم يسجله. وعلى ذلك تجب التفرقة من الناحية الفنية بين تمام الشفعة، إذ يكفي فيه رضا المشتري، ونفاذ الأخذ بالشفعة في حق البائع حيث لا يتم هذا النفاذ إلا بإقرار البائع وهذا الإقرار لازم بالنظر لحلول الشفيع محل المشتري فيما على هذا الأخير من التزامات في مواجهة البائع، أما الحلول محل المشتري فيما له من حقوق فيكفي فيه إعلان الرغبة إلى البائع الذي سيظل قائما إلى أن تتم الشفعة رضا أو المضي في باقي الإجراءات لتتم قضاء.

وقارن الدكتور مصطفى الجمال (فقرة 31 مشار إليه في مؤلف الدكتور نبيل سعد ص 456 هامش 1) - إذ يفرق بين ما إذا كان المشتري قد سجل عقد شرائه، وعندئذ يكفي بموافقة المشتري للشفيع على الأخذ بالشفعة وبذلك تتم بالتراضي. وبين ما إذا لم يكن المشتري سجل العقد، وهنا يستلزم لإتمام الشفعة بالتراضي موافقة كل من البائع والمشتري.

129- تسجيل عقد الاتفاق على الشفعة الرضائية؛

إذا تم الاتفاق على الشفعة بين أطرافها الثلاثة على نحو ما سلف بموجب عقد عرفي، فإنه يجب تسجيل هذا العقد لتنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير عملاً بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تجرى 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 ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة..... إلخ".

أما إذا تقاعس أى من البائع أو المشتري عن الحضور أمام الموثق للتوقيع على العقد المسجل، جاز للشفيع رفع دعوى بصحة التعاقد الذى تم على الشفعة الرضائية، أى أن وسيلته لا تكون دعوى بطلب الأخذ بالشفعة لأن الشفعة قد تمت بموجب الاتفاق الذى أبرم بين أطرافها الثلاثة.

ولما كانت هذه الدعوى ترفع بصحة التعاقد فإنه يجوز دفعها استناداً إلى وجود أى عوار لحق بركن من أركان التعاقد أو بشرط من شرائط صحته، يؤدى إلى بطلانه أو إبطاله كالادعاء بمخالفته لحظر تملك الأجانب، أو تجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية أو انعدام أهلية أحد أطرافه، أو التمسك بنقص الأهلية، أو بأن الإرادة صدرت معيبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه. كذلك يمكن دفع هذه الدعوى بأن عقد البيع ذاته باطل بطلاناً مطلقاً... إلخ.

ومتى ثبت قيام عوار فى الاتفاق على الشفعة الرضائية وأدى ذلك إلى رفض تلك الدعوى. فإن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة يكون قد سقط، بما لا يتيح له فرصة البدء من جديد فى رفع دعوى شفعة، لأن ميعاد رفعها لا يعدو ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، وهو ميعاد معتبر حدا ويكون قد انقضى حتما قبل ذلك⁽¹⁾. أما إذا لم يكن قد أعلن بإبداء رغبته فى الشفعة فإن باب دعوى الشفعة يظل مفتوحا أمامه.

130- ثبوت الشفعة بالتقاضى:

رأينا أن المادة (944 مدني) تقضى بأن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. فالفرض الغالب أن المشتري لا يستجيب لرغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة وعندئذ يجب على الشفيع المضى فى الإجراءات على النحو السالف بيانه وأن يرفع دعوى الشفعة أمام القضاء وفى هذه الحالة بنظر القضاء دعوى الشفعة طبقاً للقواعد العامة فى قانون المرافعات إلى أن ينهى الأمر بصدور حكم فيها إذا توافرت الشروط التى عرضناها فيما سلف.

وبمجرد ن يصبح هذا الحكم نهائياً بثبوت الشفعة فإنه يعتبر سنداً لملكية الشفيع. وجاء نص المادة (944) مطابقاً تماماً للفقرة الأولى من المادة (18) من قانون الشفعة السابق، والذى ثار الخلاف فى ظله حول طبيعة الحكم الذى يقضى للشفيع بأخذ العقار المشفوع فيه، وهل هو حكم مقرر أى كاشف لحق الشفيع فى تملك العقار، أم هو حكم منشئ لهذا الحق للشفيع، وساعد على هذا الخلف، الاختلاف فى تفسير عبارة "سنداً لملكية الشفيع" الواردة بالنص المذكور. وقد ذهب الرأى السائد فقها إلى اعتبار الحكم الصادر فى ثبوت الشفعة هو

(1) المستشار/ عزت حنوره ص 308 وما بعدها.

حكم منشئ حق الشفيع وليس مقررا له، فالشفيع لا يصبح مالكا للعقار إلا من وقت الحكم بالشفعة، وهذا يوافق حكم الشريعة الإسلامية الذى يقضى بأن تملك العقار قضاء كان أو رضا يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع. ومعنى ذلك أن المشتري يعتبر مالكا حتى صدور الحكم النهائى القاضى باستحقاق الشفيع للأخذ بالشفعة، ويكون له الحق فى الاستيلاء على الثمار إلى حين صدور هذا الحكم. فالشفيع بمجرد البيع لا يكون له الحق إلا فى أن يطالب بالشفعة وهو لا يكتسب الملكية بمجرد الطلب ولا يصح أن ترجع ملكيته إلى تاريخ هذا الطلب أو تسجيله. وإذا كان المشرع قد قيد تصرفات المشتري ببعض القيود إذا حصلت بعد طلب الشفعة أو بعد تسجيل هذا الطلب فإنما ذلك رعاية منه لحق الشفيع وحتى لا يلجأ المشتري إلى الإضرار بحق الشفيع وإقامة العوائق أمامه. ولهذا قيد المشرع حق المشتري فى إقامة البناء فى العقار بعد طلب الشفعة (م946)، وقرر عدم سريان التصرفات التى تقع من المشتري فى مواجهة الشفيع إذا سجلت بعد تسجيل إعلان الرغبة (م947). ولو كانت الملكية تثبت للشفيع من يوم تسجيل طلب الشفعة لما احتاج المشرع إلى هذا النص الأخير. ذلك أنه لو اعتبر الحكم بالشفعة ذا أثر رجعى لقضى بمجرد صدوره على جميع التصرفات الصادرة من المشتري بغير حاجة إلى نص، لكونها صادرة من غير مالك.

وبؤيد هذا رأى نص المادة (938) التى تقرر أن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فلا تقام دعوى الشفعة إلا على المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها. فالقانون اعتبر المشتري قبل طلب الشفعة مالكا للعين، فإذا تصرف فيها انتقلت ملكيتها منه إلى المشتري الجديد ولا يكون للشفيع أن يطلبها إلا من هذا المشتري الجديد.

هذا وتقرر المادة (944) أن: "الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر

سندا لملكية الشفيع". ولم يقصد المشرع بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثا، لما هو معروف من أن للأحكام حجية بما قضت به. بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا منشئا لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة (447) من قانون المرافعات الجديد (م 687 قديم) اعتبار حكم البيع سببا قانونيا لملكية من رسا عليه المزداد. فكلية السند لم تجئ هنا بمعنى الدليل أو الحجة وإنما جاءت بمعنى السبب المنشئ.

ويترتب على ما سبق أن دعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة على حكم الشفعة تكون دعوى لا سند لها⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 581 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 359 - عبد المنعم البدرأوى ص 410 - نبيل إبراهيم سعد ص 457 - المستشار عزت حنوره ص 301.

وهناك آراء أخرى نوجزها فيما يلي:

1- رأى يذهب إلى أن الملكية تنتقل من وقت البيع أو بعبارة أدق من وقت انتقالها إلى المشتري، على أساس أن الأحكام هي في الأصل كاشفة ومقررة وليست ناقلة، وأن من أثر الشفعة حلول الشفيع محل المشتري، وهذا الحل يقتضى أن يكون الشفيع مالكا من وقت تملك المشتري (السنهوري ص 932 وما بعدها) وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدي، إذ جاء بها:

"والرأى في ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلا، إلا إذا استولى على ثمار البيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن ومنذ يعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 440)

2- رأى يذهب إلى أن حكم الشفعة مقرر لملكية الشفيع وكاشف لها، وليس منشئا للملكية. ولكنه لا يرد أثر هذا الحكم إلى تاريخ البيع، لأن الشفيع لا يملك بالعقد، بل بالشفعة وقد

جعلها المشرع سببا مستقلا لكسب الملكية. ولا يرد أثر الحكم أيضا إلى تاريخ طلب الشفعة إذ أن حق الشفيع لا يثبت نهائيا بمجرد إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، بل إن حقه يظل مهددا بالسقوط حتى يستوفى سائر الإجراءات التي فرضها =

عليه القانون. وإنما يردت حكم الشفعة بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع سائر إجراءات الشفعة وفقا لنصوص القانون، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه اكتسب مركزا قانونيا نهائيا يستند إليه حقه في تملك العقار المشفوع. ذلك بأنه حيث يقرر القانون اتباع إجراءات معينة لثبوت حق ما، فإن هذه الإجراءات تعتبر من صميم الحق ذاته. والدليل على ذلك أن المشرع قد رتب على عدم استكمال إجراءات الشفعة في مواعيد معينة سقوط الحق في الشفعة، فطالما أن هذا الحق مهدد بالسقوط، فإنه لا يمكن القول بأن الشفيع قد أصبح في مركز قانوني نهائي يؤهله لكسب الحق الذي قرره له القانون في تملك العقار المشفوع فيه.

وبما أن آخر مرحلة للمحافظة على حق الشفيع هي قيد الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة، فقد رتب القانون على عدم القيد في هذه الميعاد سقوط الحق في الشفعة (م943)، فإنه إذا تم ذلك الإجراء في ميعاده القانوني وجب أن يردت أثر الحكم إلى تاريخ رفع الدعوى لأن القيد إجراء متمم لرفع الدعوى، وليس إجراء مستقلا بذاته- ويستطرد هذا الرأي إلى أن ما يقول به يتفق مع رأي الإمام الشافعي الذي قال بأن الشفيع لا يملك إلا بشرط دفع الثمن للمشتري، ولم يقر ما ذهب إليه مالك وأحمد من أن الشفيع يملك بالمواثبة.

كما أنه يتفق تماما مع القاعدة العامة التي تقرر أن الأحكام كاشفة للحقوق، لا منشئة لها، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. فطالما أن المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم الذي يصدر بثبوت الشفعة يعتبر منشئا لملكية الشفيع، فإنه يعد دل بذلك على اتجاهه إلى إخضاع هذا الحكم لتلك القاعدة (محمد على عرفه ص529 وما بعدها).

3- رأى يذهب إلى أن الشفيع يعتبر مالكا ابتداء من التاريخ الذي يعلن فيه رغبته في أخذ العقار بالشفعة، أي من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، لأن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الحق في الشفعة إنما يقر للشفيع بحق يرجع إلى اللحظة التي استعمل فيها هذا الحق، ويمكن إدماج هذا المبدأ في تعريف حق الشفعة (المسيو فان أكر أثناء مناقشة لجنة

المرحوم كامل صدقي باشا محضر جلسة 1938/3/11)

وقد أخذت بهذا الرأي الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى 29 مارس 1922 فقضت بأن الحكم الذى يقضى للشفيع بثبوت الشفعة هو الذى ينشئ الحق له فى أخذ العقار وتملكه، وأنه قبل ذلك لم يكن صاحب حق فى تملك العقار حتى يكون الحكم مقررًا أو كاشفاً له.

ثم أخذت بهذا الرأي بعد ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

1- "وحيث إن الشارع إذا كان قد نص فى المادة 18 من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع Titre de propriété فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التى قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة 232 التى نصت على حجية الأحكام. بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً cause juridique لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة 587 من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً لملكية من رسا عليه المزداد، وكما أراد بنص المادة 608 من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً لملكية واضع اليد على المنقول. وكلمة سند Titre التى وردت فى هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، ولم تجئ على معنى دليل الملكية أو حجيتها. ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها فإن مقتضى هذا النظر ولازمه أن لا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضى.

وحيث إن ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيداً حق المشتري فى أن يبنى وأن يغرس فى العين المشفوعة، وما جاء فى المادة الثانية عشرة قاضياً

بأن لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة- ما جاء من ذلك فى قانون الشفعة لا يمكن أن يفيد أن الشارع قد أراد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ويجعل فى الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط توقيفى هو الحكم له بطلبه بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشتري والموقف لملك الشفيع زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن واعتبر الشفيع مالكا منذ إعلان طلبه. وهذا تقرير غير مقبول، لأن حق الشفيع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار Jusadrem لاحق ملكيته، وهو لا يخول صاحبه مداعة المشتري بدعوى شخصية. ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض من الشرط. والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية. وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري- الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده- إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال. أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقا لمن قام به سبب من أسباب الشفعة فذلك لا يتأتى قانونا.

هذا كله إذا كان الشارع المصرى قد أتى من عنده بجديد فيما أورده من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة من قانون الشفعة ليجوز الخلاف على مراده من إيراد هذه الأحكام، وليجوز القول فى غمرة هذا الخلاف بأنه أراد بها أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى.

لكن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية. فقد كان رأى عند أبى يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع

الشجر لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض. ووجه هذا الرأي أن المشتري لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعديا لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه. فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عنه وجب ألا يترتب على ذلك ضرر.

وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما، لأن الشفيع يأخذ ما زاد فى الأرض بقيمته والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان فى إلزام الشفيع بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتها مقلوعين. وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل. وكان الرأى عند أبى حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمتها مقلوعين، وإن شاء أجبر المشتري على القلع. ووجه هذا الرأى أن المشتري كان عليه أن يترىث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة، وإذا لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر. وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين فاخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس بعد الطلب، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه. فإن كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على نفسه، وأخذ بالرأى الأول إذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ثم هو يتصرف فى ملكه. وكما استمد الشارع المصرى من فقه الحنفية ما شرعه من أحكام لتصرفات المشتري المادية فى العين المشفوعة، كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام للتصرفات القانونية فى هذه العين. إذ المقرر فى الفقه الحنفى أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري فى البيع، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبرا عن المشتري إذا رغب فى ذلك وأنفذ تلك الرغبة. وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف فى ملكه. لا فرق فى ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها. فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها، لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، إذ يكون له فى هذه الحال أن يمضى هذه التصرفات وأن يفسخها،

بناءً على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره، فلا ينفذ تصرفه فيها للإضرار بالشفيع. وهذا الذى قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصرى حكمه فى المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات فى العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة لأن الشارع، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب، كان خليقا بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفيع فى نقض تصرفات المشتري. ومن هذا يبين أن الفقه الحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة. ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعى ولا الاستناد، أى ثبوت الحكم فى الحال مستنداً إلى ما قبله، إلا فى تصرفات الفضولى إذا أجازت وغيرها مما لا يدخل فى باب التعليقات، وكانت هذه الأحكام بناءً على ذلك مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشتري والشفيع، فإن القول بأن الشارع المصرى - الذى أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاقتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى يكون قولاً ظاهرة الفساد.

وحيث إن النص فى المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على حلول الشفيع محل المشتري فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، لا يمكن أن يفيد ما ذهب إليه الطاعن من اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالاً محل المشتري منذ هذا الطلب، إذ اعتباره كذلك لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشتري، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر قبل من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، لأن لازم كونه منشئاً أن لا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم، ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هى جوهر الحق الذى يحل فيه محل المشتري، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتعاً، فإن حلوله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتعاً أيضاً. هذا وإن كان العمل قد جرى فى فرنسا

على غير ذلك فى خصوص حق الاسترداد الوراثى، فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئاً لحق المسترد، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئاً لحق الشفيع، وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة 18 من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ فإن الحق الثانى لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضى نيابة عنه. ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررراً لحق الشفيع فى طلب الأخذ، منشئاً لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشتري على ما نصت عليه المادة 13 من قانون الشفعة. ولا يعيب الحكم المذكور ما جاء فيه مشيراً إلى أن هذا الرأى الذى ارتآه متفق مع رأى الحنفية فى الملك بالشفعة، لأنه لم يقم قضاءه على رأى الحنفية ليصح النعى عليه بأن هذا الرأى ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدنى، بل أقام قضاءه على ما استمده استمداداً صحيحاً من نصوص المادتين 18 و13 من قانون الشفعة. ولهذا يكون الوجهان الأول والثانى من وجوه الطعن واجبى الرفض.

وحيث إن النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على أن الشفيع ليس له فى حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع - هذا النص لا يمكن أن يفيد زوال ملك المشتري للعين المشفوعة بمجرد حكم الشفعة واعتباره كأنه لم يكن مالكا لهذه العين، على نحو ما قال الطاعن فى الوجه الثالث من وجوه طعنه مستدلاً به على استثناء حكم الشفعة وسريانه على الماضى، لأن الشفيع إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق إنما يستعمل حقاً من حقوق المشتري الذى حل محله، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار

المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم وبين إيجاب الضمان في حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري. كذلك لا تعارض بين اعتبار المشتري مالكا إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من الأحكام في الفقه الإسلامي خاصة ببناء المشتري أو غرسه في العين المشفوعة، لأن هذه الأحكام ليس مبناها عند الحنفية اعتبار المشتري غاصبا، كما زعم الطاعن في الوجه الأخير من وجوه الطعن، بل مبناها اعتبار المشتري خاطئا ببنائه أو غرسه في ملكه الذي تعلق به حق الشفيع. أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم في الشفعة فيه افتئات على القاعدة التي تقضى بأن الأحكام مقررّة لا منشئة للحقوق فردّه أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسي عليه المزاد فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه.

وحيث إنه وقد بان مما تقدم أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حال التراضي إلا بالحكم النهائي القاضى بالشفعة، فإن دعوى الشفيع ببيع هذه العين عن المدة السابقة على هذا الحكم تكون دعوى لا سند لها من القانون. ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه. فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزم به القانون فهو شأنه. على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه. وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب إذ قصر مسئولية المطعون ضده عن ريع العين التي اشتراها على المدة التالية للحكم القاضى للطاعن بالشفعة. ويكون الطعن على هذا الحكم متعين الرفض موضوعا".

(طعن رقم 85 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/31)

2- "نصت المادة 18 من قانون الشفعة- القديم- على أن الحكم الذي يصدر

نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائي القاضى بالشفعة، إذ هو سند تملكه. وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه، وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافية بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستئنافية، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي.

وإذن فمتى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليهم اشتروا الأطنان والتزموا بدفع ثمنها رأساً إلى البنك المرتهن لأطيان البائعين الشائعة فيها الأطنان المبيعة خصماً من دين الراهن المستحق على البائعين، ولما أن قضى بأحقية الطاعن في أخذ الأطنان المبيعة بالشفعة حل محل المطعون عليهم فيما التزموا به من دفع كامل ثمن الأطنان المشفوع فيها إلى البنك المرتهن رأساً وقام بدفع هذا الثمن إلى البنك مع فوائده من تاريخ استحقاقه، ثم أقام دعواه على المطعون عليهم يطالبهم بريع الأطنان من تاريخ طلب أخذها بالشفعة حتى تاريخ تسلمه لها فقضى الحكم المطعون فيه برفضها - فإن الحكم يكون قد أصاب إذ قضى برفض الدعوى في خصوص ريع المدة السابقة على تاريخ صدور الحكم الاستئنافية المؤيد للحكم الابتدائي القاضى بالشفعة، إذ مجرد دفع الطاعن ثمن الأطنان وفوائده وحلوله محل المطعون عليهم لا يكسبه أى حق في الريع عن المدة سالف الذكر، إلا أن الحكم من جهة أخرى يكون قد أخطأ في خصوص قضائه برفض طلب الريع عن المدة التالية للحكم النهائي بأحقية الطاعن في الشفعة".

3- "استقر قضاء محكمة النقض في ظل أحكام دكريتو 23 من مارس سنة 1901 بقانون الشفعة على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنتشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها وأن هذه الملكية لا يترد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة. ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو في هذا الخصوص فجاء نص المادة 944 مطابقاً لنص المادة 18 من الدكريتو من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد- وعلى ذلك فلا تنتقل الملكية للشفيع في ظل القانون المدني الحالي إلا من تاريخ الحكم بالشفعة".

(طعن رقم 235 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/14)

4- "مقتضى نص المادة 18 من قانون الشفعة القديم الصادر به دكريتو 23 مارس سنة 1901 أن العين المشفوع فيها تصير إلى ملك الشفيع بالحكم النهائي القاضى بالشفعة إذ هو سند تملكه المنشئ لهذا الحق، ومن ثم يكون ريع هذه العين من حق الشفيع من هذا التاريخ إن كانت مما يغل ثمرات وتقطع صلة المشتري بها ولا يكون له ثمة حق عليها وتتنحصر حقوقه قبل الشفيع في الثمن والتضمينات ولا يغير من ذلك دعم قيام الشفيع بأداء الثمن ذلك أنه إذا لم يحدد الحكم القاضى بالشفعة ميعاداً معيناً لهذا الأداء فإن حكم الشفعة يستمر حافظاً قوته في مصلحة الشفيع حتى يصدر حكم بإلغائه لعدم دفع الثمن أو حتى يسقط بمضى المدة في حالة عدم تنفيذه".

(طعن رقم 348 لسنة 24 ق جلسة 1959/4/2)

5- (أ) "عندما نظم المشرع أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة 944 منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة

18 من قانون الشفعة القديم- التي كانت تنص على أن "الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع" ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم. أما ما أورده القانون فى المادة 2/942 من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة- فلم يقصد به تغيير الوضع وهو لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت تمام إجراءات المطالبة بالشفعة- وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة وضماناً لجدية طلبها- وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوعة فيها لا يستقر إلا بصور الحكم له بالشفعة فلا محل للقول باستحقاق الريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن".

(ب) "النص فى المادة 945 من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشتري فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع هو نص لم يستحدث حكماً جديداً بل هو مماثل لنص المادة 13 من قانون الشفعة القديم- وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالاً محل المشتري فى الريع منذ قيام الطلب- إذ اعتباره كذلك- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يجوز إلا على تقرير أثر رجعى لحلوله محل المشتري الأمر الذى يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع مما يتمتع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة- وإذا كان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري- المشفوع منه- فإن ثمرته تكون له من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق مخالف- ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى تقرير حق المشتريين فى ريع العين المشفوعة من تاريخ تنازل البائعين لهم عن عقد إيجار حتى صدور حكم نهائى بالشفعة لصالح الشفيع فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

6- "الحكم النهائي القاضى بالشفعة يعتبر سنداً لملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين فى الحكم فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع هذا الثمن ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن فإن هذه الدعوى هى فى حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك وللمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن المحدد فى حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي فى هذه الدعوى".

(طعن رقم 37 لسنة 30ق - جلسة 1964/12/3)

7- "الشفعة رخصة تجيز تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذى يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته، لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذى يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشتري إذا كان قد أداه".

(طعن رقم 575 لسنة 35ق جلسة 1970/3/19)

8- "إذا كانت ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذ لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ولا يرتد أثر هذه الملكية إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة وفقاً لنص المادة رقم 944 من القانون المدنى التى تنص على أن الحكم الذى يصدر نهائياً بالشفعة يعتبر سنداً للشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بملكية الشفعاء وقت الحكم مضافاً إليها الأطيان المشفوع فيها باعتبارها معاً لا تتجاوز ملكيتهم أو ملكية أحدهم الحد الأقصى للملكية وفقاً للقانون دون الاعتداد بملكيتهم وقت حصول البيع المشفوع فيه باعتبار البيع سبباً للمطالبة بالشفعة وليس سبباً منشئاً لملكية الشفيع للعقار

المشفوع فيه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعان رقما 281 ، 952 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/12)

9- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لئن كان حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع من قيام المسوغ إلا أن العين المشفوعة لا تعتبر على ملك الشفيع- فى غير حالة التراضى- إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة- إذ أن المشرع عندما نظم أحكام الشفعة فى التقنين المدنى الحالى انتهى إلى ترك الأمر فى تحديد بدء تاريخ ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة 944 منه مطابقا فى هذه الصدد لنص المادة 18 من قانون الشفعة القديم، وهو إذ كان ينص فى هذه المادة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانونى المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية أو حبتها. ومقتضى هذا النظر ولازمه أن العقار المشفوع فيه لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله المشرع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى. ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء فى المادة 946 من القانون المدنى من أن للمشتري الحق فى البناء والغراس فى العين المشفوعة، ولا ما جاء فى المادة 947 من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، لأن المشرع إنما أخذ أحكام المادتين جملة من فقه الحنفية وهى مخرجة فيه، لا على فكرة الأثر الرجعى، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحة المشتري والشفيع، وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه فى المادة 1/945 من حلول الشفيع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ولا مع

ما نص عليه فى فقرتها الثالثة من أن الشفيع ليس له فى حالة استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة أن يرجع إلا على البائع- فإن هذا لا يدل على أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلبه الشفعة".

(طعن رقم 1727 لسنة 49 ق جلسة 1984/1/19)

10- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته".

(طعن رقم 923 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/19)

131- وجوب تحديد الثمن فى الحكم بثبوت الشفعة :

الحكم القضائى النهائى الذى يصدر بثبوت الشفعة للشفيع- كما رأينا سلفاً- هو السند القانونى الذى يملك بمقتضاه العقار المشفوع فيه. ويصبح الشفيع بموجبه بمثابة المشتري إذ يقوم الحكم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته. ومن ثم يجب على الحكم أن يحدد الالتزام المقابل لهذا الحق، وذلك بتحديد الثمن الذى يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، وأن يبين صاحب الحق فى تقاضى هذا الثمن أى ما إذا كان البائع أو المشتري ولا يغير من ذلك ألا يكون الثمن المودع خزانة المحكمة محل نزاع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الشفعة رخصة تجيز تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذى يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته. لما كان ذلك فإنه يجب على

الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذى يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشتري إذا كان أداء وإذ كان الحكم قد أغفل النص فى أسبابه ومنطوقه على الثمن الواجب على الشفيع دفعه لقاء امتلاك العين المشفوع فيها، فإنه يكون قد خالف القانون، ولا يغير من ذلك تقريره فى الأسباب أن الثمن مودع وغير متنازع فيه، إذ يتعين عليه أن يبين صاحب الحق فى هذا الثمن المودع".

(طعن رقم 575 لسنة 35 ق جلسة 1970/3/19)

ويجوز للشفيع الطعن بالتماس إعادة النظر على تحديد الثمن على أساس وقوع غش من خصميه فى الدعوى - البائع والمشتري - بما اقتراه من خداع عن طريق صورية الثمن. ذلك أن الصورية تنطوى على الإيهام بمظهر كاذب أفرغ فى شكل يوحى بالجديية فى حين أنه يستتر حقيقة أخرى خافية تتعارض مع هذا المظهر الكاذب. ومتى انخدع قضاء المحكمة بهذا التحايل، فإن الحكم يكون قد تأثر بذات الغش الذى يؤدى افتضاح أمره إلى فتح باب الطعن فى الحكم بطريق التماس إعادة النظر خلال أربعين يوماً من اليوم الذى ظهر فيه الغش عملاً بالمادتين 241 ، 242 مرافعات⁽¹⁾.

(1) المستشار عزت حنوره ص 302 وما بعدها - وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لما كان الحكم بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن، وكانت الدعوى بطلب سقوط حكم الشفعة هى فى حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك، فإن قيمتها تقدر بالثمن المقدر بالسند - وهو حكم الشفعة - عملاً بالمادة 37 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 356 لسنة 26 ق - جلسة 1961/3/30)

2- "وجوب اختصام البائع والمشتري فى دعوى الشفعة إجراءً أوجبه القانون على خلاف الأصل الذى يقضى بأن المدعى حر فى توجيه دعواه إلى من يشاء فلا يجوز التوسع فى مفهوم هذا الاستثناء. ولما كان ذلك وكانت دعوى الشفعة تنتهى بصور الحكم فيها فإنه لا

132- تسجيل الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة :

رأينا أن المادة (944 مدني) تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. وكانت المادة (18) من قانون الشفعة الملغى تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها. وكانت الفقرة الأولى من المادة (1393) من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة 944 مدني) توجب أيضاً "على المحكمة تسجيله (أي الحكم) من تلقاء نفسها". إلا أن لجنة المراجعة رأّت تعديل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني⁽¹⁾.

ومن ثم فإنه طبقاً للرأي الذي ذهب إلى أن الشفيع لا يملك إلا بالتراضي أو بحكم القاضي والذي أيدته محكمة النقض، يكون حكم الشفعة ناقلاً للملك وليس مقررًا له، ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أن حكم الشفعة لا ينقل الملكية إلى الشفيع إلا من يوم تسجيله، وذلك تطبيقاً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 التي تجرى 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.... إلخ".

يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصام البائع فيها".

(طعن رقم 356 لسنة 26 ق جلسة 1961/3/30)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 430.

ويقوم الشفيع بإجراءات التسجيل وفقا لما قرره المادة 20 من قانون تنظيم الشهر العقارى من أنه: "تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم"⁽¹⁾.

آثار الشفعة:

مادة (945)

- 1- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته.
- 2- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع.
- 3- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

الشرح

133- حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته".

فالشفعة فى نظر القانون هى تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من حقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع.

فعقد البيع الذى انتقلت به الملكية إلى المشتري لا يفسخ بالحكم الصادر بثبوت الشفعة وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التى تكون قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشتري إلى ذمة الشفيع منذ صدور الحكم النهائى. وعلى هذا فإن

(1) محمد على عرفه ص534.

المشتري يكون مالكا إلى حين الحكم النهائي بالشفعة، وبالحكم النهائي يحل محله الشفيع فى العقد.

ويحل الشفيع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته كما وردت تماما فى العقد المبرم بين البائع والمشتري. فإن كان عقد البيع قد أوجب على المشتري التزامات خاصة فإن الشفيع يلتزم بها فلو وجد فى العقد شرط يلزم المشتري ببناء منزل للسكنى فى الأرض المبيعة خلال عام من وقت البيع وإلا فسخ العقد، فإن الشفيع يخضع لنفس الالتزام، والحلول فى نفس العقد بشروطه تماما يعتبر المقابل المعقول لحرمان المالك من اختيار المتصرف إليه، وحتى لا تكون الشفعة مصدرا للإضرار بالبائع فيجب أن يحصل البائع على نفس الأداء والمزايا التى كان يخولها له العقد المبرم مع المشتري⁽¹⁾.

ويكون للشفيع أن يطالب البائع بتنفيذ كل ما التزم به فى مواجهة المشتري، وأهم هذه الالتزامات نقل الملكية إلى الشفيع. فإذا كان عقد الشراء غير مسجل، كان للشفيع أن يطلب الحكم له بصحة التعاقد. ومن حقه أن يوجه هذا الطلب فى صحيفة دعوى الشفعة، فإن فعل وجب أن يتضمن الحكم الصادر بأحقيته فى أخذ العقار بالشفعة الحكم بصحة التعاقد على بيع العقار فى نفس الوقت. وذلك على سند مما تنص عليه المادة (944) من أن الحكم الذى يصدر نهائيا بالشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، فلا يتأتى اعتبار هذا الحكم سندا للملكية إذا لم يكن عقد البيع مسجلا إلا إذا تضمن فى نفس الوقت الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد⁽²⁾.

ويتم هذا الحلول - طبقا لما أخذت به محكمة النقض - من تاريخ التراضى على الشفعة أو الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة.

(1) حسام الدين الأهوانى ص 205 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 486.

(2) محمد على عرفه ص 535 وما بعدها.

ويترتب على الحلول أن البائع يستطيع أن يتمسك في مواجهة الشفيع بكافة الدفعات التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المشتري مثل بطلان البيع بسبب الغلط أو غير ذلك.

كما يستطيع أن يتمسك في مواجهته بالفسخ أو بالدفع بعدم التنفيذ في حالة عدم تنفيذ التزام من الالتزامات التي يفرضها العقد على عاتق المشتري⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "..... الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع، فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانونا حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعا. فدعوى الشفعة، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك".

(طعن رقم 79 لسنة 16 ق جلسة 1948/2/19)

2- "يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور، ولابد، بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانونا حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعا. ودعوى الشفعة والمقصود بها إجراء

(1) حسام الدين الأهواني ص 206.

عملية هذا التحويل قضاء- يجب بحكم طبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصاصهم جميعاً في جميع مراحل التقاضى كما جرى به قضاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبولة".

(طعن رقم 7 لسنة 19 ق جلسة 1951/1/18)

134- عدم انتفاع الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع".
فهذا النص يتناول علاقة الشفيع بالبائع فيما يتعلق بأداء الثمن بعد القضاء له بالشفعة، وقضت بأن الشفيع لا يفيد من الأجل الذى منحه البائع للمشتري فى سداد الثمن، سواء كان ذلك بتأجيل الثمن كله، أو بعضه أو دفعه مقسطاً، وحكمة ذلك أن البائع يراعى فى هذا التأجيل اعتبارات خاصة بالمشتري، قد لا تكون متوافرة فى الشفيع. فإذا ما حصل الشفيع على رضاء البائع بإفادته من هذا الأجل فهو جائز.

ولا شأن لهذا النص بإيداع الثمن الحقيقى للعقار المبيع قبل رفع دعوى الشفعة فقد أوضحنا فى موضعه أن إيداع هذا الثمن واجب على الشفيع وهو شرط لقبول الدعوى، بل لا يملك البائع إعفاءه من هذا الإيداع.

135- استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة:

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن:

"وإذا استحق العقار للغير بعد أن أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع". وتلك نتيجة حتمية لحلول الشفيع محل المشتري، إذا المعتبر فى هذا النص أن الشفيع هو الطرف الآخر فى علاقة البيع القائمة والتى حل فيها

بمقتضى الأخذ بالشفعة محل المشتري. وبالتالي لا يعتبر الشفيع خلفا خاصا للمشتري، وإنما هو خلف للبائع يتلقى منه العقار مباشرة ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب البائع بكل الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالضمان.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه فى المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له فى حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع، فإن هذا لا يعنى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة".

(طعن رقم 85 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/31)

2- "النص فى الفقرة الأولى من المادة (945) من القانون المدنى على أن "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته". مفاده أن البائع وليس المشتري هو الذى يتحمل فى مواجهة الشفيع بكافة الالتزامات التى كان يتحمل بها فى مواجهة المشتري، ومن ذلك الالتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، كما أنه إذا تمت الشفعة اتفاقا التزم الشفيع بالوفاء بالثمن إلى البائع مباشرة إلا أن يكون هذا الأخير قد سبق أن تقاضاه من المشتري فيلتزم الشفيع بأدائه إليه".

(طعن رقم 524 لسنة 48 ق جلسة 1982/3/11)

ويظل البائع ملزما بالضمان حتى لو كان المشتري هو الذى قبض الثمن من الشفيع فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق، فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو

(أى المشتري) على البائع، بل يرجع الشفيع رأساً على البائع⁽¹⁾.
ولكن إذا كان العقد المشفوع فيه مسجلاً وتثبت الشفعة للشفيع رضاء أو قضاء فإن المشتري هو الذى يكون مسئولاً أمام الشفيع عن ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية وإن كان له أن يدخل البائع فى دعوى الضمان حتى يصدر الحكم فى مواجهته فيسهل على المشتري بعد ذلك الرجوع عليه⁽²⁾.
والالتزام بالضمان يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلى أو القانونى وكذلك يشمل ضمان عدم تعرض الغير القانونى طبقاً للقواعد العامة فى عقد البيع بشرط أن يكون للغير حق قائم على المبيع وقت البيع أو يكون قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.
كما أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية رغم عدم وجود نص لأنه نتيجة طبيعية للحلول.

ومنطق الحلول يفرض أيضاً أنه إذا كان العقد متضمناً لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسرى فى حق الشفيع طبقاً للقواعد العامة فى عقد البيع⁽³⁾.

136 - عدم سريان حكم المادة (6) من القانون رقم 49 لسنة 1977

فى شأن تأجير وبيع الأماكن على المشفوع منه :

تنص المادة (6) من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن: "يعد فى حكم المستأجر فى تطبيق أحكام هذا الباب مالك العقار المنزوعة ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من

(1) محمد على عرفه ص 537 - السنهورى ص 981 هامش (2).

(2) نبيل إبراهيم سعد ص 465.

(3) نبيل إبراهيم سعد ص 465 - محمد على عرفه ص 538.

هذا العقار.... إلخ" ولما كان هذا الحكم استثنائيا خرج به المشرع على الأصل العام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم لا يسرى حكمه على المشفوع منه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"جرى نص المادة 1/945 من القانون المدنى على أنه يحل الشفيع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته ولذا يضحى المشتري بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتري من قبل، وإذ كان النص فى المادة 3 من القانون رقم 52 لسنة 1969 المقابلة للمادة 6 من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن على أن "يعد فى حكم المستأجر..... مالك العقار المنزوع ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من هذا العقار....." هو استثناء خرج به المشرع على الأصل العام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم فلا يسرى حكمه على المشفوع منه".

(طعن رقم 703 لسنة 49 قى جلسة 1985/3/7)

137- هلاك المبيع :

لم يرد بقانون الشفعة القديم ولا بنصوص الشفعة فى القانون المدنى الجديد نص خاص بما يجب اتباعه فى حالة هلاك العقار المشفوع فيه كله أو بعضه. ولذلك ذهب الشراح إلى وجوب تحكيم القواعد العامة التى وردت بالقانون فى شأن هلاك المبيع. وقد جعل القانون الهلاك على البائع قبل التسليم وعلى المشتري بعد التسليم كما يظهر من نص المادة (437 مدنى) التى تجرى على أن: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع".

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة تجب التفرقة بين فترتين :

(أ) قبل الحكم نهائيا بالشفعة :

إذا هلك المبيع فى يد البائع بسبب لا يد له فيه قبل تسليمه للمشتري، فالهلاك

على البائع، بما يؤدي إلى انفساخ البيع ورد الثمن إن كان قد دفع. وتسقط الشفعة، وهذا سواء أكان الهلاك قبل إعلان الشفيع رغبته الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أم بعد إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، أو بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائياً.

وإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسليمه إليه، فالهلاك على المشتري، وهذا أيضاً سواء أكان الهلاك قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أم بعد إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، أم بعد رفع الدعوى، وقبل الحكم فيها نهائياً، وسنرى أن للشفيع حتى الحكم، أن ينزل عن حقه في الشفعة⁽¹⁾.

وإذا كان الشفيع قد تسلم العقار المشفوع فيه، وهلك فإنه يتحمل تبعه الهلاك، وجاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك، فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده. وإذا أعذر البائع الشفيع ليتسلم العقار، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار في حكم المسلم للشفيع. فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع. وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة (437 مدني): "إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع" أي أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع⁽²⁾.

(ب) بعد الحكم نهائياً بالشفعة :

إذا هلك المبيع في يد البائع، بعد الحكم نهائياً بالشفعة، فالهلاك عليه، ووجب فسخ العقد ورد الثمن إلى من دفعه. وإذا هلك في يد المشتري قبل تسليمه إلى الشفيع، فالهلاك يكون على المشتري، إذ أنه ملزم بتسليم العقار المشفوع

(1) محمد كامل مرسى ص 539.

(2) السنهورص ص 979.

فيه⁽¹⁾.

138- الهلاك الجزئي:

بمقتضى أحكام البيع العامة إذا كان الهلاك جزئياً فهو على المشتري إذا حصل بعد تسليم المبيع إليه. أما إذا حصل في يد البائع قبل تسليم العقار للمشتري فيطبق حكم المادة (438) التي جاء فيها: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن.

(1) محمد كامل مرسى ص 539.

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نفرق بين فترتين:

(أ) قبل الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا حصل الهلاك الجزئى فى يد البائع، قبل تسليم المبيع إلى المشتري، كان الخيار للمشتري بين الفسخ فى الحالة المنصوص عليها فى المادة وبين إبقاء المبيع مع إنقاص الثمن. وإذا حصل الاختيار قبل طلب الشفعة سرى على الشفيع ما اختاره المشتري، فإذا اختار الفسخ سقطت الشفعة. وإذا اختار إبقاء المبيع جاز للشفيع أن يطلب المبيع بالشفعة. وإذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فإن المشتري إما أن يظهر اختياره وإما ألا يظهره حتى يملك الشفيع. وإذا أظهر المشتري اختياره رغم طلب الشفعة فإما أن يختار إبقاء المبيع، وإما أن يختار الفسخ. فإذا اختار إبقاء المبيع فلا حرج من ذلك على الشفيع، لأن له حتى الحكم أن ينزل عن الشفعة إذا شاء، وإذا اختار المشتري الفسخ سقط حق الشفعة. وليس للشفيع ما يتضرر منه، لأنه بالفسخ تعود العين إلى البائع كما كانت، فلم يوجد ما اضطر الشفيع من أجله للمطالبة بالشفعة. وإذا حصل الهلاك الجزئى تحت يد المشتري، بعد تسلمه العقار المبيع، فإذا كان قد حصل قبل طلب الشفعة فالهلاك على المشتري، وللشفيع أن يطلب الشفعة إذا أراد، أو يترك. أما إذا حصل الهلاك الجزئى بعد إعلان الرغبة فى الشفعة وقبل الحكم نهائياً. فالهلاك على المشتري كذلك، وللشفيع أن ينزل عن الشفعة إذا أراد، لأن له ذلك حتى الحكم⁽¹⁾.

(ب) بعد الحكم نهائياً بالشفعة:

بعد الحكم نهائياً بالشفعة يحل الشفيع بناء على المادة (945)، محل المشتري لدى البائع فى جميع حقوقه والتزاماته. فإذا كان الهلاك الجزئى فى يد البائع، لم يكن المشتري قد أظهر اختياره، فإن الخيار يكون بعد الحكم للشفيع، فله أن يختار

إبقاء المبيع. وإذا اختار الفسخ، فإن ذلك يسرى على المشتري، لأن ملكية العين قد انتقلت إلى الشفيع، وقد حل بالنسبة إلى البائع محل المشتري. وإذا حصل الهلاك الجزئي في يد المشتري، بعد الحكم بالشفعة، أى قبل تسليم العين المشفوعة إلى الشفيع، فإنه يكون للشفيع الخيار بين إبقاء العين وبين الفسخ، أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد تسليم العقار للشفيع فإن الهلاك يكون عليه⁽¹⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 541 وما بعدها - عبد السلام ذهني في الأموال ص 732 وما بعدها.

مادة (946)

1- إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفق، أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

2- وما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

الشرح

البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه

139- أولا : حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة :

إذا كان المشتري قد أحدث زيادة فى المبيع قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، سواء كانت الزيادة بالبناء أو بالغراس أو غير ذلك كعمل شيء من التحسينات التى لا يصدق عليها لفظ البناء مثل استصلاح الأراضى أو التربة بما يزيد خصوبتها، فإنه لا لوم على المشتري فى هذه الحالة إذ أنه يبنى أو يدخل تحسينات فى لحظة لا يعلم فيها بأن هناك من يرغب فى الأخذ بالشفعة فهو كان حسن النية، ومن ثم يلتزم الشفيع بما يختاره المشتري، وهو طبعا يختار أكبر القيمتين مما يأتي:

إما قيمة ما أنفقه لإدخال التحسينات أى التكلفة الفعلية وهى تمثل ما افتقر به المشتري، وإما ما زاد فى قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه المشتري من تحسينات. ولكن لا يجوز للشفيع أن يطلب الإزالة.

والملاحظ أن المشتري يعامل في هذه الحالة معاملة أفضل من الباني في أرض الغير بحسن نية. فهو يستحق أكبر القيمتين لأن الخيار مقرر للمشتري، أما في قواعد الالتصاق فإن الخيار مقرر لمالك الأرض وهو يختار أقل القيمتين. ويرجع ذلك التفضيل إلى أن المشتري يبني على ما اشتراه ويملكه فعلا فهو لم يخطئ ولو بحسن نية.

يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الالتصاق "إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض في أن يؤدي ما هو مستحق عنها. كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن قام المنشآت نظير تعويض عادل" (م 2/925 مدني). فيستطيع إذ صاحب الأرض، في الأحكام العامة في الالتصاق أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس، بأنه يطلب تملكه الأرض في نظير تعويض عادل. أما في الشفعة فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تملكه العقار في نظير تعويض عادل، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الالتصاق. والسبب في ذلك واضح، فإن الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس، فإن الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل. بقي أنه في الأحكام العامة في الالتصاق، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التي استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م 1/925 مدني) وهذا أيضا جائز في الشفعة فيصح للمشتري، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة (946 مدني)، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله⁽¹⁾.

(1) السنهاوري ص 1006 - محمد كامل مرسى ص 557 وما بعدها.

140- ثانياً: حكم البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا أحدث المشتري البناء أو الغراس أو التحسينات بعد إعلانه بالرغبة في أخذ العقار بالشفعة.

كان للشفيع الخيار بين أمرين:

(1) طلب الإزالة:

وفى هذه الحالة تكون الإزالة وإعادة المبيع إلى حالته الأصلية على نفقة المشتري. مع التعويض إن كان له مقتض. وفى هذا يتماثل مركز المشتري مع مركز الحائز سيء النية فى الأحكام العامة للالتصاق.

(2) استبقاء البناء أو الغراس:

وفى هذه الحالة لا يلزم المشتري إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

وهنا نجد مركز المشتري أفضل من مركز من يبنى أو يغرس فى ملك غيره وهو سيء النية حيث يلتزم مالك الأرض، إذا اختار استبقاء المنشآت وفقاً لنص المادة (924) بأن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما ما زاد فى ثمن الأرض، وهو يختار الأقل بداهة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "العبرة فى الشفعة هى بحالة العقار المشفوع وقت بيعه فإذا أقام المشتري عليه بناء أو غراس فيه أشجارا سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة فى الشفعة فإن ذلك لا يحول دون الحكم للشفيع بأحقية فى الشفعة طالما قد توافرت لديه أسبابها

(1) منصور مصطفى منصور ص 362 - رمضان أبو السعود ص 363 وما بعدها.

واستوفى إجراءاتها القانونية وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة فنص في المادة (946) من القانون المدني على أنه:

"إذا بنى المشتري فى العقار الشفيع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. أما إذا حصل البناء أو الغرس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس".

(طعن رقم 61 لسنة 41 ق جلسة 1979/3/5)

2- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 946 من القانون المدنى أن للشفيع الحق فى طلب إزالة البناء أو الغراس الذى يقيمه أو يغرسه المشتري فى العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة فى أخذ ذلك العقار بالشفعة وإعادته إلى أصله باعتبار المشتري فى هذه الحالة حائزا سيء النية وذلك تحسبا لما قد يسببه هذا البناء أو ذلك الغراس من ضرر بالعقار المشفوع فيه أو بالانتفاع به".

(طعن رقم 2264 لسنة 56 ق جلسة 1991/7/25)

141 - التعويض عن المصروفات الضرورية والنافعة :

قد ينفق المشتري على العقار بعد تسلمه من البائع مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية. وكانت الفقرة الثالثة من المادة (1395) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (946 مدني) تنص على أن: "أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه" وفى لجنة المراجعة قررت اللجنة الاستغناء عن هذه الفقرة لأنها تطبيق للقواعد العامة⁽¹⁾.

وقد نص على حكم القواعد العامة فى المادة (980 مدني) التى تجرى على

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص437 وما بعدها.

أن:

1- على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

2- أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين (924 و 925).

3- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها. ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقبها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

وتنص المادة (982 مدني) على أنه: "يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها".

وقد تناولنا هذه الأحكام تفصيلاً في المجلد موضعها من الموسوعة - ونقتصر هنا على القول بأن المشتري، إذا انفق على العقار المشفوع فيه مصروفات ضرورية، استردها بأكملها من الشفيع، وعليه أن يثبت مقدار هذه المصروفات، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها، أو أن يرفع بها دعوى على حدة. أما المصروفات النافعة فيطبق في شأنها قواعد الالتصاق المقررة في المادتين (924 ، 925 مدني) وقد تناولنا شرح هاتين المادتين في المجلد سالف الذكر ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام المادة (925 مدني) وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون

المشتري فى هذه الحالة سىء النية وتسرى عليه أحكام المادة (924). وفى الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما أثناء نظر دعوى الشفعة، أو فى دعوى جديدة على حدة. وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع فى الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة. ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التى استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى. ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما فى أثناء دعوى الشفعة، أو فى دعوى جديدة على حدة وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية⁽¹⁾.

142- عدم إلزام الشفيع بفوائد الثمن :

تناقشت لجنة المرحوم كامل صدقى باشا عند إعداد مشروع التقنين المدنى فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الرغبة فى الأخذ بالشفعة، ويكون عليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزنة المحكمة، فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح. ولكن هذا النص لم يرد ضمن نصوص الشفعة فى القانون المدنى الجديد⁽²⁾.

على أنه بالإطلاع على مناقشات اللجنة يتضح أنها لم توافق على إلزام الشفيع بالفوائد إلا عن الجزء من الثمن الذى لم يقم بإيداعه، ولما كان الاتجاه فى المشروع التمهيدى (م1390) يقضى بإلزام الشفيع بإيداع ثلث الثمن الحقيقى فقط،

(1) السنهورى ص1003 وما بعدها.

(2) محضر جلسة 11 مارس 1938 مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص435 الهامش.

فقد أقرت اللجنة أن يلزم الشفيع بالفوائد بعد أن تستنزل منها الفوائد المستحقة عن الجزء المودع من الثمن.

أما وقد أصبح الشفيع ملزماً بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فإنه ليس من المنطق ولا من العدل وقد أودع الشفيع كامل الثمن أن يلزم بالفوائد المستحقة عليه. ذلك لأن الفوائد لا تسرى إلا على مبلغ مستحق في ذمة المدين، أما وقد برئت ذمة الشفيع من الثمن بإيداعه فإنه لا يعتبر مديناً به، ومن ثم فلا وجه لسريان الفوائد عليه.

ولذلك يكون غير صحيح ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه: "منذ يعلن المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار". فقد جاءت هذه العبارة تفسيراً لما جرى به الحكم في المشروع التمهيدى من أن الشفيع غير ملزم إلا بإيداع ثلث الثمن، فيكون عليه فوائد ما لم يودعه من الثمن في خزانة المحكمة. أما وقد أصبح الشفيع ملزماً بإيداع كامل الثمن، فيلزم من ذلك أيضاً عدم سريان الفوائد عليه عن كامل الثمن الذي قام بإيداعه فعلاً على ذمة صاحب الحق فيه⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفة ص 540 وما بعدها - السنهاورى ص 1001 هامش (1) وقد قضت محكمة النقض بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه يترتب على نقض الحكم القاضى بالشفعة اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت عليه، وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض، ويقتضى ذلك سقوط جميع الآثار التى ترتبت عليه وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له، وليس يجب رد الأصل فحسب بل يجب أيضاً رد فوائد النقد وثمار العقار وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار، لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ويكون لهذا

143- استحقاق الشفيع ريع العقار المشفوع فيه :

إن تحديد الوقت الذى يستحق الشفيع ابتداء منه ريع العقار المشفوع فيه يتوقف حتما على تحديد وقت انتقال الملكية إليه. وقد رأينا أن محكمة النقض - مؤيدة لرأى فى الفقه - تذهب إلى أن الشفيع يمتلك العقار المبيع من وقت التراضى على الشفعة أو صدور حكم نهائى بها، ولو تأخر تسجيل الحكم أو الاتفاق عن هذا اليوم، إذ يصبح الشفيع منذ هذا اليوم هو المشتري. وعلى ذلك فإن ريع العقار المشفوع به لا يستحق للشفيع إلا من تاريخ الاتفاق على الشفعة أو صدور الحكم النهائى بثبوت الشفعة⁽¹⁾.

(راجع الأحكام المنشورة ببند 130)

144- تسليم العين المبيعة :

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، سواء باتفاق أو بحكم نهائى، حق له أن يتسلم العقار المبيع، فإذا كان العقار ما يزال فى يد البائع وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار فى يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار فى يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، ويكون له أن يحبسه تحت يده إلى أن يستوفى من الشفيع ما أنفق عليه من مصاريف الحفظ والصيانة. ويسرى على التسليم ما أتيق عليه بشأنه فى عقد البيع فضلا عن القواعد التى وضعها القانون فى شأنه⁽²⁾.

ولا يشترط للوفاء بالالتزام بالتسليم، تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه. وإنما

الإعلان ذات الأثر المترتب على إعلان صحيفة الدعوى فى زوال حسن نية الحائز".

(طعن رقم 397 لسنة 37 ق جلسة 1972/6/13)

(1) عبد المنعم الصده ص 504 - رمضان أبو السعود ص 362.

(2) عبد المنعم الصده ص 503 - محمود جمال الدين زكى ص 487.

يتحقق ذلك أيضا إذا وضع البائع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع على نحو يتمكن معه هذا الأخير - متى شاء - من وضع يده على هذا العقار والانتفاع به دون حائل، وإخطار الشفيع بذلك. ولا يتوقف أثر هذا التسليم القانوني على استجابة الشفيع له نفاذا لالتزامه بالتسلم. وإذا كانت مصالح البائع تتأثر بتقاعس الشفيع عن التسلم، كما لو كان المبيع حصة شائعة، فإنه يجوز لهذا البائع أن يطلب تعيين حارس قضائي ليتولى المحافظة على العقار وإدارته على نفقة الشفيع⁽¹⁾.

145- إلزام الشفيع بملحقات الثمن:

ملحقات الثمن قد تكون رسمية أو غير رسمية، ومثل الملحقات الرسمية رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية. ومثل الملحقات غير الرسمية السمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه⁽²⁾.

وقد رأينا سلفا أن الشفيع لا يلزم بإيداع هذه المصاريف مع الثمن خزانة المحكمة في الميعاد المحدد لإيداع الثمن. ومن ثم فإنه يجب على المحكمة التي تنظر دعوى الشفعة أن تفصل في هذه الملحقات إذا ما أثارها الشفيع أو المشتري، ولا يتعين طلبها بطلب عارض حال نظر الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه ولئن كان المشرع لم يلزم الشفيع سوى بإيداع الثمن الحقيقي فحسب وأغفل ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه بما ينبني عليه عدم سقوط الحق في الأخذ بالشفعة في حالة عدم إيداع الملحقات إلا أن دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث

(1) المستشار عزت حنوره ص 349.

(2) السنهاوري ص 877 - رمضان أبو السعود ص 340.

النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة حول إلزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن من مصروفات رسمية وغير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل فى هذه المنازعة سواء أثبتت من جانب الشفيع أو المشتري ما دامت مطروحة عليها- لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الشفعاء المطعون ضدهم طلبوا الحكم بأحقيتهم فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن والمصاريف والملحقات، وأن الخصوم تجادلوا أمام محكمة الدرجة الأولى دفعا وردا فى شأن قيمة هذه الملحقات ووجه الشفعاء للطاعنين اليمين الحاسمة فى شأن قيمة السمسرة ومصاريف المهندس الذى عاين العقار كما استمرت المجادلة بين الخصوم فى ذلك الشأن أمام محكمة الاستئناف بما مؤداه أن النزاع بشأن قيمة الملحقات التى يلزم الشفعاء بدفعها للطاعنين كان مطروحا مع طلب الشفعة أمام محكمة الموضوع ومن ثم فهى تلتزم بالفصل فيه باعتبار أن الخصومة حق مشترك بين طرفيها وقد يطرح كل منهما أمر هذه الملحقات فى دفاعه وطلباته الموضوعية فى الدعوى بما ينتقى معه وجه القول بوجوب المطالبة بها استقلالاً بطلب عارض رغم كونها مطروحة فعلاً من جانب الطرفين وتنازلهم فيها طلباً ودفاعاً- لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الشفيع لا يلزم بإيداع ملحقات الثمن بخزينة المحكمة وأن الطاعنين وشأنهم فى المطالبة بها بدعوى مستقلة بعد أن تقاعسوا عن اتخاذ الإجراء المناسب للمطالبة بها فى دعوى الشفعة فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1644 لسنة 51 ق جلسة 1985/4/9)



مادة (947)

لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدى ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.

الشرح

146- تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة؛

للمشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يباشر على العقار الذى اشتراه التصرف الذى يريده، ولا يقيد حقه فى هذا التصرف احتمال أن يؤخذ العقار بالشفعة. فله تطبيقا لذلك أن يبيع العقار أو يهبه أو يقايط عليه، كما أن له أن رتب عليه حقا عينيا كالرهن. وهذه التصرفات ونحوها تكون حجة على الشفيع ما دامت تتم قبل تسجيل إعلان الرغبة. وهذا ما يؤخذ بمفهوم المخالفة من المادة (947 مدني) التى تقضى بعدم سريان مثل هذه التصرفات فى حق الشفيع إذا تمت بعد تسجيل إعلان الرغبة.

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المشتري فى العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفا لا تجوز الشفعة فيه، كأن وهبه أو قايط عليه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة. وإذا باع المشتري العقار قبل هذا التسجيل لأحد أصوله أو فروع أو لزوج أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لصهر لغاية الدرجة الثانية فإن الشفيع يمتنع عليه أن يأخذ العقار بالشفعة، إذ أن هؤلاء الأقارب لا تجوز الشفعة

ضدهم كما رأينا (م 939 مدنى)⁽¹⁾.

كما أن للمشتري أن يرهن العقار أو يقرر عليه حقوقا عينية أخرى. وكل هذه التصرفات إذا كانت تسرى على الغير، إذا كانت مسجلة أو مقيدة، فإنه يمكن الاحتجاج بها على الشفيع.

وقد تكون بعض هذه الحقوق مرهقة لدرجة تمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة. ولكن يكون للشفيع أن يطعن فى جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها على أساس أنها ليست حقيقية بل صورية، و بأنها لم تبرم على هذا النحو إلا احتيالا على القانون لحرمانه من طلب الشفعة. فإذا نجح فى إثبات هذا الادعاء فإن الشفعة تجوز له.

147- تصرفات المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة؛

إذا سجل إعلان الرغبة فى الشفعة فلا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري بعد ذلك فى خصوص العقار المبيع.

فإذا باع المشتري العقار بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، بحيث يكون له أن يأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبالشروط التى اشترى بها، ومن ثم فلا يلزم بإدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة، على أنه يلاحظ أن هذا الحكم مقرر لحماية الشفيع وليس مفروضا عليه. حيث يجوز للشفيع أن يتغاضى عن البيع الأول ويطلب الشفعة فى البيع الثانى إذا كان له مصلحة فى ذلك، كما لو كان الثمن فى البيع الثانى أقل منه فى البيع الأول، إنما يتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى بإجراءات مبتدأة غير تلك التى اتخذها بسبب البيع الأول.

وإذا رتب المشتري على العقار بعد هذا التاريخ حقا عينيا كالرهن، أو ترتب

(1) عبد المنعم الصده ص 475- محمد كامل مرسى ص 547.

ضده على العقار حقا عينيا كالاختصاص، فلا تسرى هذه الحقوق بالنسبة إلى الشفيع بحيث ينتقل إليه العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالصا منها. غير أنه إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع فإن الدائنين المقيدة حقوقهم في هذه الحالة يبقى لهم حق الأولوية على الثمن الذي يسترده المشتري. وهذا الحكم الذي نصت عليه المادة (947) ليس إلا تطبيقا للقواعد الخاصة بميزة التقدم التي تثبت لصاحب الحق العيني. إذ أنه طبقا لهذه القواعد لا تقتصر ميزة الأولوية التي للدائن المقيد حقه على الثمن المحصل من البيع الجبري للشيء محل الحق، بل تمتد كذلك إلى مقابل نقدي لهذا الشيء. ومن ثم فإن فكرة الحلول العيني ليست هي الأساس الذي يقوم عليه ذلك الحكم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الشفعة في العقار المبيع بشرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع تكملها وتحدد منها أحكام الشفعة. وحاصل ما اتفق عليه الرأي في أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائما نافذا في حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه في اختيار الغير. وإذا كان إعمال هذا الاختيار يسند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة في عقد البيع المذكور فإنه يكسبه أيضا حقوقا قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه في الاختيار. ولما كان مقررا بالمادة (12) من قانون الشفعة أن الشفيع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة، فإنه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار المعلن للشفيع الذي ثبت به تاريخ الاتفاق الذي عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم

(1) عبد المنعم الصده ص478- نبيل سعد ص468.

معه فى الشراء والذى قال فيه هذا المشتري إنه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اعتوره من قرارات مخالفة للقانون".

(طعن رقم 101 لسنة 17 ق جلسة 1950/3/9)

148- تصرفات البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة؛

إذا تصرف البائع فى العقار بأى تصرف من التصرفات قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، كالبيع والهبة والمقايضة، أو قرر عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمى أو حيازي، أو أخذ على العقار حق اختصاص من دائنى البائع أو ترتب عليه حق امتياز يكفل ديناً فى ذمة البائع. فإن هذه التصرفات تسرى فى حق الشفيع. ولكن بشرط أن يكون المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل إعلان الرغبة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه. فإذا تحقق ذلك سرت هذه التصرفات فى حق الشفيع سريانها فى حق المشتري المشفوع ضده⁽¹⁾.

149- تصرفات البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة؛

إذا رتب البائع الحقوق التى ذكرناها فى البند السابق، ولم تشهر أو تسجل، إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة فى الشفعة، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تنفذ فى حق الشفيع.

فمثلاً إذا باع البائع - بعد البيع الأول - العقار أو (قابض عليه أو وهبه مثلاً) إلى مشتر ثان لم يسجل قبل تسجيل إعلان الرغبة إلى البائع، فإن هذا البيع لا

ينفذ في حق الشفيع، وكان له أن يشفع في البيع الأول، ويرجع المشتري الثاني على البائع بالضمان، بل وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة، ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول، فإن التصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل، ومادام لا ينفذ في حق المشتري الأول، فإنه لا ينفذ أيضاً في حق الشفيع الذي حل محل المشتري الأول، ولا يسرى أيضاً في هذه الحالة في حق الشفيع إلا البيع الأول فيأخذ فيه بالشفعة.

وهكذا الشأن أيضاً إذا رتب البائع على العقار حق ارتفاق أو انتفاع ولم يتم تسجيله قبل تسجيل إعلان الرغبة. أما إذا رتب البائع رهناً رسمياً أو حيازياً أو ترتب عليه حق اختصاص أو امتياز، ولم تفيد تلك الحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإنها لا تسرى في حق الشفيع. وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار⁽¹⁾.



سقوط الشفعة :

مادة (948)

يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون.

الشرح

150- الفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها :

يقصد بموانع الشفعة، الظروف التى تحيط بالبيع ذاته منذ نشأته فتجعله غير قابل للأخذ فيه بالشفعة أيا كانت شخصية الشفيع، فلا تجوز الشفعة فى هذا البيع لأى شفيع. أما ما يطرأ على حق شفيع معين فيلغيه بالنسبة له مع بقاء البيع فى حد ذاته قابلا للأخذ فيه بالشفعة لغير هذا الشخص من الشفعاء الآخرين، فإنه يكون من مسقطات حق الشفعة. وبعد أن أورد القانون المدنى مسقطات حق الشفعة متفرقة فى ثنايا المواد المنظمة لأحكام الشفعة كجزاء على الإخلال ببعض إجراءاتها أجملها فى المادة (948 منه)⁽¹⁾، وهو ما سنعرض له تفصيلا فيما يلى.

أسباب سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة :

السبب الأول :

نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة :

(1) المستشار/ عزت حنوره ص 283 وما بعدها.

151- المقصود بالنزول:

النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يؤدى إلى سقوط هذا الحق.

وهذا النزول لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م 91 مدنى).

وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل⁽¹⁾.

152- النزول الصريح والنزول الضمنى:

قد يكون التنازل عن الحق فى أخذ العقار بالشفعة صريحا وقد يكون ضمنيا. والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك. أو باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود⁽²⁾.

فقد نصت المادة (90) من التقنين المدنى على أن:

1- "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود.

2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذى اتخذه الشفيع ليس فى ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض

(1) عبد المنعم الصده ص 493- منصور مصطفى منصور ص 353- نبيل إبراهيم سعد ص 446.

(2) السنهاورى الجزء الأول الطبعة الثانية 1964 ص 188.

وجود مثل هذه الإرادة⁽¹⁾.

ولما كان النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه عندما يكون ضمنيا يجب أن يستخلص بوضوح من الظروف، أى يجب التشدد والحيطة فى استخلاص التعبير الضمنى.

وعلى كل فاستخلص هذا النزول من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع. وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب تكفى لحمله.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة يفترض صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع يفيد الرغبة عن استعمال ذلك الحق".

(طعن رقم 578 لسنة 50 ق جلسة 1978/1/10)

2- "النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة كما قد يصدر صريحا فإنه قد يكون ضمنيا بإتيان الشفيع بعد البيع عملا أو اتخاذه موقفا يكشف بوضوح فى دلالة عن هذا النزول، واستخلص ذلك من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا مستمدا له أصل ثابت بأوراق الدعوى".

(طعن رقم 1478 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/11)

(1) السنهورى ص 989- وكانت المادة (79/72) من المجموعة المدنية الملغاة تقضى بأن = "يسقط حق الشفعة إذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري"، ونصت المادة (19) من قانون الشفعة- التى حلت محلها- على أن: "يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفة مالك العقار نهائيا"- وكانت المادة (1397) من المشروع التمهيدي تنص على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة.... " أ- إذا تنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة، صراحة أو ضمنا حتى ولو قبل البيع".
إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذف عبارة "صرحة أو ضمنا" لأنها تزيد تغنى عنه القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 445 وما بعدها).

3- "النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته في عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع".

(طعن رقم 669 لسنة 49 ق جلسة 1982/11/24)

4- "النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته في عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع، واستخلاص هذا النزول الضمني هو من مسائل الواقع التي تستخلصها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله".

(طعن رقم 1006 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/9)

5- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع المشفوع فيه يفيد حتما رغبته في عدم استعمال هذا الحق واعتبار أن المشتري مالكا نهائيا للمبيع، وأن استخلاص هذا النزول الضمني من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله".

(طعن رقم 2123 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/25)

6- "مفاد نص المادة 948 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحا يكون ضمنيا - وذلك بإتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا النزول - فإذا تمسك المشتري بمثل هذا النزول وطلب تمكينه من إثباته 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، فإن لم تعرض له

كان حكمها مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 1390 لسنة 56 ق جلسة 1988/11/15)

7- "لما كان النص في المادة 948 من القانون المدني على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة.... إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، بما مفاده- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا- وذلك بإتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا النزول، وهو بذلك يختلف عن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة لعدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري. وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضدها الأولى ضمنا عن هذا الحق واستدلت على ذلك بما أوردته بوجه النعي، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع بقوله... إن ميعاد الخمسة عشر يوما المسقط لحق الشفيع في إعلان رغبته في الشفعة يبدأ سريانه من تاريخ إنذاره رسميا من البائع أو المشتري بوقوع البيع، وأن علمه بذلك بأي طريق آخر لا يغني عن الإنذار عملا بالمادتين 940 ، 941 من القانون المدني، ومن ثم فإن النعي على الحكم بعلم المستأنف عليها الأولى بالبيع بالمحضر الإداري في 1981/2/28 يكون على غير أساس من القانون" فإنه يكون قد فهم دفاع الطاعنة على غير مرماء وقد حجب هذا الفهم الخاطئ عن تمحيص دفاعها والرد عليه بما يعيبه ويوجب نقضه".

(طعن رقم 391 لسنة 59 ق جلسة 1989/12/12)

8- "المقرر في قضاء هذه المحكمة- أن النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع المشفوع

فيه يفيد حتما رغبته في عدم استعماله هذا الحق واعتبار أن المشتري مالكا نهائيا للمبيع وأن استخلاص هذا النزول الضمني هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، والأصل في الإجراءات أنها روعيت وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب مبررة تكفي لحمله".

(طعن رقم 923 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/19)

غير أن محكمة النقض تخلط في قضائها بين استخلاص التعبير الضمني بوضوح من الظروف وبين اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود باعتباره تعبيراً صريحاً لا ضمناً.

إذ قضت بأن:

"لئن كان تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولاً عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابتست هذا التراخي ظروف يستفاد منه بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة - بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً لا يدع مع تراخيه هذا مجالاً للشك في دلالاته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمناً عن حقه في الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها عملاً بنص المادة 948 من القانون المدني".

(طعن رقم 957 لسنة 54 ق جلسة 1987/12/29)

153- أمثلة للنزول الضمني:

من أمثلة النزول الضمني ما يأتي:

- 1- أن يقوم الشفيع بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري.
- 2- أن يتفق الشفيع مع المشتري على تقرير حق ارتفاق لمصلحة العقار

المبيع⁽¹⁾ أو عليه.

3- أن يضمن الشفيع المشتري في الثمن.

4- أن يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع ومع شهادته في البيع.

5- نزول الشفيع عن الشفعة للغير، فالشفعة لا يجوز النزول عنها للغير، فيحقق مثل هذا النزول معنى إسقاطها⁽²⁾.

6- إقامة الشركاء المشتاعين بناء بقصد تمليك طوابقه أو شققه للغير بطريق البيع، إذ يعتبر ذلك نزولا منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم نصيبه فيه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "أجازت المادة 1/948 من القانون المدني النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولا منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تمليك الطوابق والشقق".

(طعن رقم 531 لسنة 46 ق جلسة 1978/6/7)

(ب) - "إذا كانت المادة (948) من القانون المدني قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع الذي يرتب هذا الحق، وكان قيام مالك الأرض بإقامة مبان عليها يقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع بعد نزولا منه عن حقه في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها باعتباره المفهوم الصحيح

(1) عبد المنعم الصده ص 494.

(2) رمضان أبو السعود ص 264.

لإرادة المالك الأصلى فى نظام تملك الطوابق والشقق".

(طعن رقم 1317 لسنة 50 ق جلسة 1981/3/19)

(ج) - "إذ كان البين من عقد البيع وشركة التضامن المؤرخ 1969/12/25 المحرر بين مورثة المطعون ضدهم ثانيا ومورثة المطعون ضدهم أولا قيام الأولى ببيع نصف قطعة الأرض التى قامت بشرائها بالعقد المؤرخ 1969/12/4 للثانية ونص فى البند الثالث من العقد على اتفاقهما على تكوين شركة تضامن بينهما نشاطها تجزئة قطعة الأرض هذه وعرضها للبيع وقد وضع هذا العقد موضع التنفيذ فعلا كما جاء بتقرير الخبير المقدم فى الدعوى رقم 17 لسنة 1992 مدنى جزئى المنتزه والذى اتخذته الحكم المطعون فيه سندا لقضائه حيث أثبت الخبير تجزئة قطعة الأرض المملوكة للطرفين إلى اثنتين وأربعين قطعة تم بيعها جميعها من الطرفين وهو ما يفيد نية البائعين إلى تملك القطع بطريق البيع ونزولا فى ذات الوقت عن حقهما فى أخذ أى منها بالشفعة سواء صدر البيع منهما معا أو من أحدهما مما يجعل دعوى الشفعة غير مقبولة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للمطعون ضدهم أولا بالأحقية فى أخذ قطعة الأرض المبيعة للطاعن من المطعون ضدهم ثانيا أحد الملاك بالشفعة على سند من قيام حالة الشيوخ وعدم إجراء قسمة بين الشركاء فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 2768 لسنة 69 ق جلسة 2001/1/11)

7- تعامل الشفيع مع المشتري باعتباره مالكا للأرض المشفوع فيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "النزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة، ذلك هو كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له من شأنه أن يفيد النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة، فإذا ساوم الشفيع المشتري على العقار المشفوع فيه

بأن طلب بيعه له بثمن شرائه أو بما يزيد عنه، فإن ذلك يعنى طلب تملك بعقد جديد من هذا المشتري، وفي ذلك دلالة الرضا به مالكا بمقتضى البيع الصادر إليه، كذلك فإن طلب الشفيع من المشتري مقاسمته العقار المشفوع فيه أو إشراكه في جزء منه يفصح في دلالاته عن الإعراض عن استعمال الحق في الأخذ بالشفعة ورضائه بالمشتري مالكا، وهذه أمور اعتبرت لهذا السبب من مسقطات الشفعة في فقه الشريعة الإسلامية التي هي مصدر نظام الشفعة في القانون المدني".

(طعن رقم 1478 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/11)

(ب)- "لما كان الثابت بالمحضر الإداري- المرفق صورته الرسمية ضمن الأوراق- أن الطاعنة قررت به أن مالك الأرض المجاورة لأرضها- وهو المطعون ضده- قام بهدم السور المحيط بأرضها وتعدى على مساحة منها وطلبت إلزامه بالتعهد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهو ما يدل على تعاملها معه باعتباره مالكا للأرض المشفوع فيها فإن استدلال الحكم المطعون فيه من ذلك على تنازلها عن حقها في طلب أخذها بالشفعة يكون استدلالا سائغا".

(طعن رقم 128 لسنة 5 قى جلسة 1985/3/28)

154- أمثلة لما لا يعتبر نزولا ضمنيا:

لا يعتبر نزولا ضمنيا عن الحق في الشفعة ما يلي:

1- أن يكون الشفيع، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها، قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهده له بتسليمها إلى المشتري.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"..... ولا يعتبر الشفيع متنازلا عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائيا للمبيع ولا يكفي في ذلك أن يكون الشفيع وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهده له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصاريف التسجيل وغيرها، فإن القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته، فمتى أبداها في هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل".

(طعن رقم 66 لسنة 14 قى جلسة 1945/2/15)

2- أن يرفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان ما حصلته المحكمة هو أن الشفيع إنما رفض أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذى طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي، واستخلصت من ذلك أن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن طلب الشفعة، وكان ما أوردته المحكمة ثابتا فى التحقيق ومن شأنه أن يؤدى إلى ما استخلصته منه فلا محل للنعى عليها بأنها خالفت التحقيق".

(طعن رقم 30 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/20)

3- دفع الشفيع المستأجر الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الشفيع مستأجرا للأرض التى يشفع فيها من قبل بيعها إلى المشفوع منه، ثم حدث بعد بيعها له أن أوقع الصراف الحجز الإدارى على زراعة الشفيع فى هذه الأرض وفاء للأموال الأميرية المستحقة عليها، وذكر فى محضره اسم المشفوع منه باعتباره مالكا، ثم قبل اليوم المحدد لبيع الزراعة المحجوزة باع الشفيع هذه الزراعة ودفع ثمنها من أصل الأموال المحجوزة بها، ثم لما أقام ملاك الأرض المؤجرة، ومن بينهم المشفوع منه، حالا محل المالك الذى باعه الأرض، الدعى على الشفيع مطالبين بأجرتها طلب هذا أن يخصم منها ما دفعه من الأموال، فاستخلصت المحكمة من ذلك أن الشفيع قد أقر المشفوع منه على ملكيته وتنازل له ضمنا عن حقه فى الشفعة، فهذا الاستخلاص يكون حاصلا مما لا يفيد، إذ الأموال الأميرية تستحق على الأرض بصرف النظر عن شخص مالکها، ودفعها كان مخولا للمستأجر (الشفيع) فى عقد الإيجار، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة، وبهذا يكون الحكم معيب التسبيب متعينا نقضه".

(طعن رقم 126 لسنة 15 ق جلسة 1946/12/5)

4- قبول الشفاعة تعامل زوجها بوصفه مستأجرا مع المشتري.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفاعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة بأن ينطوى على اعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع. لما كان ذلك، وكان مجرد قبول المطعون ضدها الأولى - بفرض ثبوته - لتعامل زوجها بوصفه مستأجرا مع الطاعن بوصفه مؤجرا محولا إليه عقد الإيجار، سواء بالنسبة لاستمرار العلاقة الإيجارية أو بالنسبة لغرض إنهاؤها مقابل مبلغ نقدي، لا يفيد حتما أنها اعتبرت الطاعن مالكا نهائيا لهذه الأطنان المؤجرة ونزلت بذلك عن حقها في طلب الشفاعة".

(طعن رقم 763 لسنة 49 ق جلسة 1980/5/29)

5- المساومة حول التنازل عن حق الشفاعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمني عن الشفاعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفاعة وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته الموضوعية بأسباب سائغة من أقوال الشهود أن المساومة كانت حول التنازل عن حق الشفاعة وليس المساومة على شراء الشفيع للعقار المشفوع فيه من المشتريات وانتهى صحيحا إلى تكييف مثل هذه المساومة بأنها لا تفيد النزول عن حق الشفاعة وفقا للمادة 948 من القانون المدني وتقضى للشفيع (المطعون عليه الأول) بطلاباته فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 542 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/8)

6- مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع ورفضه شراءه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن التنازل الضمني عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد حتما الإعراض عن استعمال حق الشفعة، واعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع، وأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلا عن حقه في أخذه بالشفعة إذا بيع، ومن ثم فإنه بافتراض صحة ما يثيره الطاعن من أنه عرض على المطعون ضده الأول شراء العقار موضوع النزاع فرفض، فإن ذلك لا يسقط حقه في أخذه بالشفعة طالما لم يصدر منه ما ينبئ عن رغبته عن استعمال هذا الحق، الأمر الذي يصبح معه طلب الإحالة إلى التحقيق (الموجه من الطاعن لإثبات العرض والإيداع سالف الذكر) غير منتج حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها، ولا على المحكمة إذا هي لم تستجب إلى هذا الطلب".

(طعن رقم 3269 لسنة 62 ق جلسة 2001/1/30)

7- تراخى الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة، إلا إذا لابتست هذا التراخي ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حقه.

وفي هذا قضت محكمة النقض أن :

"لئن كان تراخى الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولا عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابتست هذا التراخي ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة - بإتيانه عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا لا يدع مع تراخيه هذا - مجالا للشك في دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمنا عن حقه في الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها عملا بنص المادة 948 من القانون المدني".

(طعن رقم 957 لسنة 54 قى جلسة 1987/12/29)

155- جواز النزول عن الشفعة قبل البيع:

يجوز نزول الشفيع عن حقه فى أخذ العقار بالشفعة ولو قبل حصول البيع. وقد قضت صراحة على ذلك الفقرة الأولى من المادة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن ما أريد بذلك هو تمكين المشتري من أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم أحد على الشراء⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك قيام مالك الأرض بإقامة مبان عليها بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير. فإنه يعد متنازلاً عن أخذ أى شيء من هذه المباني بالشفعة.

(راجع قضاء محكمة النقض المنشور بالبند السابق) وكذلك اشتراط بعض الأفراد أو الجهات التى تقوم بإقامة شقق لتمليكها للغير، على المشتريين تنازلهم عن

(1) مذكرة المشروع التمهيدي ج6 ص444- أما فى ظل قانون الشفعة الملغى، فقد اتجه القضاء إلى أن النزول عن الشفعة مقدماً لا يجوز، لأنه لا يصح النزول عن الحق قبل ثبوته وذلك أخذاً بما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية (على الخفيف ص131- على قراعة دروس المعاملات الشرعية 1371هـ-1951م ص229). ولكن محكمة النقض لم تقر هذا الاتجاه حيث قضت بجواز النزول عن الشفعة مقدماً.

إذ قضت بتاريخ 1952/3/20 فى الطعن رقم 87 لسنة 20 ق بأن:

"لما كان الاستشفاع حقا يخول كسب الملك فإنه يجوز التنازل عنه مقدماً وفقاً للقواعد العامة ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدماً بنى قضاءه على أن قانون الشفعة الصادر بتاريخ 26 مارس سنة 1900 والذى تسرى أحكامه على موضوع النزاع وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى بعض أئمة الفقه الإسلامى إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدماً وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام وليس ثمة ما يوجب التقيد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص. فإن ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون".

حقهم في أخذ أى شقة أخرى في العقار بالشفعة.

156- وجوب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحا :

يجب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحا، فلا يجوز أن يكون هذا النزول ضمنيا.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

1- "ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا، أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة. هذا هو مفهوم النزول الضمنى عن الشفعة وهو ما كانت تقرره المادة 19 من قانون الشفعة الملغى إذ نصت على أنه: "يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائيا" أما ما تضمنته المادة 948 من القانون المدنى الجديد من سقوط الشفعة بالنزول عنها قبل البيع، فالمقصود منها جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة، وبهذا النص حسم القانون المدنى الجديد الخلاف الذى كان قائما قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفيع بمثل هذا الالتزام".

(طعن رقم 330 لسنة 25 ق جلسة 1960/3/10)

2- "النص فى المادة 48 من القانون المدنى على أن: "يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية:.... إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع..." يدل على أن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا، أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض

فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة".

(طعن رقم 1247 لسنة 52 ق جلسة 1986/5/6)

157- إلى متى يتم التنازل عن الأخذ بالشفعة؟

يجوز للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد طلبها، ويظل له الحق في النزول ما دام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو بالتراضى. أما إذا تم الأخذ بالشفعة، لأن رضا المشتري هو قبول لذلك الإيجاب الذى عرضه الشفيع بالطلب، ومن ثم يتم عقد بين الاثنين بملكية الشفيع للعين واستحقاق المشتري للثمن، ولا يجوز لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر أو بحكم القضاء. وإذا حكم بثبوت الشفعة فإن الشفعة تصبح ملكا للشفيع والثمن حقا للمشفوع منه، فلا يملك الشفيع النزول عن حكم الشفعة⁽¹⁾.

ولا يجوز مطالبة الشفيع المتنازل عن الأخذ بالشفعة بالتعويض، ما دام الأخير قد استعمل حقه في حدود القانون، فلم يسرف في استعماله ولم يفرط فيه، وما دام لم يصب المشفوع منه ضرر ما من قبل الشفيع، وحتى إذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض، لأن هبوط أسعار العقارات ليس من فعل الأخير⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان الحق في أخذ العقار المباع بالشفعة ينشأ بمجرد بيعه دون توقف على إنذار الشفيع بانعقاد هذا البيع من أحد طرفيه وكان المشرع قد نص في المادة 948 من القانون المدنى على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع

(1) محمد كامل مرسى ص 570- عبد المنعم الصده ص 494.

(2) محمد كامل مرسى ص 565 وما بعدها- السنهاورى ج 9 ص 606 هامش (1)- محمود

جمال الدين زكى ص 396.

عنه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على جواز التنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة دون توقف على إنذار الشفيع يكون قد التزم صحيح القانون".
(طعن رقم 128 لسنة 52 ق جلسة 1985/3/28)

158 - كيفية التمسك بالنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة :

يتم التمسك بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة في صورة دفع يدفع به البائع أو المشتري دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع.
وهذا الدفع يجب أن يبدى في صيغة صريحة جازمة تقرر سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفعات التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التي تطلق عليه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الدفع بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يجب أن يبدى في صيغة صريحة جازمة تقرر سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفعات التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التي تطلق عليه، وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يبدوا هذا الدفع أمام محكمة أول درجة وكان قولهم أن الصفقة عرضت على الشفيع قبل البيع فرفضها لا يفيد بذاته إبداءه لأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلاً عن حقه في أخذه بالشفعة إذا بيع، وكان الطاعنون لم يبدوا الدفع بالنزول في استئنافهم فلا جناح على المحكمة إن هي لم ترد عليه بوصفه دفعا أو دفاعا لم يبد أمامها أو يعرض عليها".

(طعن رقم 531 لسنة 40 ق جلسة 1975/11/26)

ولما كان هذا الدفع يقوم على واقع فإنه لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام

(1) المستشار عزت حنوره ص 291- نبيل إبراهيم سعد ص 453.

محكمة النقض.

وفى هذا قد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز للمشتري أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة لتنهئته له بالصفقة".

(طعن رقم 304 لسنة 22 ق جلسة 15/3/1956)

159- عدم التوسع في تفسير التنازل عن الشفعة:

النزول عن الشفعة في البيع يؤدي إلى سقوط الحق فيها، ومن ثم فإنه يعتبر استثناء من الأصل العام الذي يجيز الشفعة، فلا يجوز التوسع في تفسيره. فإذا كان التنازل عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير على الأرض المجاورة من الجار المتنازل له، فإن هذا لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذي يجيز الشفعة في نطاق الحدود التي بينها القانون فلا يجوز التوسع في تفسيره".

2- "متى كانت المحكمة قد فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين، فإنه يكون غير منتج النعى عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة 146 من القانون المدني".

(طعن رقم 243 لسنة 22 ق جلسة 17/2/1955)

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 477- محمود جمال الدين زكى ص 397 منصور مصطفى منصور ص 355.

160- قصر الاستفادة من النزول على المتنازل له :

من المقرر أن أثر التنازل عن الشفعة نسبي، بمعنى أنه لا يحتج به إلا من صدر التنازل لمصلحته، فإذا نزل جار له حق الشفعة عن حقه هذا قبل مشتر فلا يعتبر هذا نزولا منه عن حقه قبل كل مشتر لاحق، لأن النزول في هذه الحالة هي نزول عن حق شخصي ليس له صفة الحق العيني الذي يلزم العين المبيعة أبدا⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الطاعن قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة وبالتالي فإنه لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشترى هذه الأرض ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه".

(طعن رقم 16 لسنة 20 ق جلسة 1952/3/20)

2- "متى كانت المحكمة قد فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيرا سليما واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين، فإنه يكون غير منتج النعى عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة 146 من القانون المدني".

(طعن رقم 243 لسنة 24 ق جلسة 1955/2/17)

3- "إن الشفعة رخصة والتنازل عنها التزام لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بتنازل البائع إلى المطعون عليها في عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقا عينيا يتبع العقار في يد كائن من كان".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/29)

161- التنازل عن دعوى الشفعة وتكييفه :

تنص المادة 143 مرافعات على أنه: يترتب على ترك الخصومة إنهاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى... والحكم على التارك بالمصاريف، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى" وواضح أن ترك الدعوى من شأنه أن يمحو آثار صحيفة الدعوى، ومن ثم فإن ترك الخصومة في دعوى الشفعة يؤدي إلى اعتبار التنازل عن الدعوى تنازلاً عن الحق ذاته. وذلك لأن المشرع قد ربط في هذا المجال بين الحق وإجراءاته، ورتب على عدم مراعاة الإجراءات سقوط ذات الحق. فإذا تنازل الشفيع عن دعواه وزال بذلك أثر صحيفتها، فإنه لا يستطيع بعد ذلك أن يطلب الشفعة مرة أخرى لاستحالة توجيه هذا الطلب بعد فوات المواعيد المحددة في القانون⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليها الثانية آلت إليها أطيان بطريق الاسترداد من الشركة العقارية ومصلحة الأملاك الأميرية تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء الصادر في 27 من نوفمبر سنة 1935 فطلبت الطاعنة أخذ هذه الأطيان بالشفعة وأقامت الدعوى بذلك وفي أثناء نظرها أمام محكمة أول درجة تنازلت المطعون عليها الثانية إلى المطعون عليه الأول عن هذه الأطيان، ولما قضت محكمة أول درجة برفض تلك الدعوى أقامت الطاعنة دعوى شفعة جديدة على أساس التنازل المشار إليه كما استأنفت الحكم الصادر برفض دعواها الأولى وطلبت في دعوى الشفعة الثانية الإيقاف حتى يفصل نهائياً في الدعوى الأولى، فلما قضى في استئناف الحكم الصادر في الدعوى الأولى للطاعنة بالشفعة طعنت

(1) محمد على عرفه ص 579 وما بعدها- محمد كامل مرسى ص 580.

فيه المطعون عليها الثانية بطريق النقض وأعلنت الشفاعة بهذا الطعن ثم وجه المطعون عليه الأول إنذارا للطاعة يعرض فيه عليها أن تحل محله في العقد موضوع دعوى الشفاعة الثانية مقابل أن تدفع إليه ما عجله من الثمن على أن يتم ذلك في خلال أسبوع من تاريخ الإنذار، وبعد انقضاء هذه المدة دون أن ترد الطاعة على هذا الإنذار قررت هذه الأخيرة في الجلسة المحددة للمرافعة في دعوى الشفاعة الثانية نزولها عن هذه الدعوى لقضاء محكمة الاستئناف في الدعوى الأولى بالشفاعة لها وأثبتت المحكمة نزولها عن دعاها، ثم قضى من محكمة النقض بنقض الحكم المشار إليه فأقامت الطاعة دعوى شفاعة جديدة وصفتها بأنها تجديد للدعوى الثانية التي زعمت أنها نزلت عنها اضطرارا بعد أن قضى لمصلحتها نهائيا في دعوى الشفاعة الأولى، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي الصادر برفض هذه الدعوى الأخيرة قد أقام قضاءه على أن تنازل المدعية عن دعوى الشفاعة الثانية كان تنازلا اختياريا انصب على ذات الحق وعلى أنه يفرض أنه كان مقصورا على ترك المرافعة في الدعوى فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليف بالحضور ويزيل كل الآثار التي ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب وقطع مدة التقادم وأنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الشفاعة، متى كان الأمر كذلك فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون في تكليفه للتنازل المشار إليه وفيما رتبته عليه من آثار كما أنه لا يكون قد خالف المادة 31 من المرسوم بقانون بإنشاء محكمة النقض مادامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطتها الموضوعية وبأدلة سائغة أن تنازل الطاعة كان تنازلا اختياريا ولم يكن نتيجة حتمية للحكم الصادر من محكمة الاستئناف بأحقيتها في دعوى الشفاعة الأولى أيا كان الباعث لها على هذا التنازل إذ صدر منها وهي على علم بقيام الطعن بطريق النقض في الحكم المذكور واحتمال القضاء فيه على غير مصلحتها وأنها بالرغم من ذلك اختارت التنازل الصريح دون

طالب إيقاف الفصل في دعوى الشفعة الثانية حتى يفصل في الطعن المذكور".

(طعن رقم 223 لسنة 18 ق جلسة 1951/5/31)

162- لا يجوز الرجوع في التنازل عن الأخذ بالشفعة؛

ليس للشفيع الذى ينزل عن حقه فى الشفعة أن يعود إلى طلبه غير أن الحق فى الشفعة يتجدد ويمكن استعماله عند كل انتقال للملكية. فإذا نزل شفيع عن حق شفيعته فهذا النزول لا يحتج به عليه إذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد. إذ يجوز له فى هذه الحالة أن يطالب بالشفعة، إذ أن نزوله لم يكن إلا بالنسبة إلى المالك السابق⁽¹⁾.

163- مدى التزام الخلف العام بتنازل سلفه عن الشفعة؛

يعتبر النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة بالنسبة للخلف العام من قبيل الالتزام وبالتالي يعتبر ديناً فى تركة المورث ويسأل عنه الورثة فى حدود هذه التركة ويجب الوفاء به عينا قبل أن يخلص له حقه فى التركة. وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عن الأخذ بالشفعة كأن اشترى عقاراً والتزم فى عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار وبعد الوفاة اختص أحد الورثة بهذا العقار، ثم حدث أن بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فإنه لا يجوز لهذا الوارث أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن يثبت الحق فيها وذلك لسبق نزول المورث عنها، أما إذا كان المورث قد نفذ الالتزام بعدم طلب الشفعة فى حياته بأن تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فيه فلا يكون على الورثة شيء، وإذا توفر لهم سبب من أسباب الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذى سبق وأن نزل المورث عن حق الأخذ بالشفعة فيه فإنه يجوز لهم الحق فى الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 566 - رمضان أبو السعود ص 265.

(2) نبيل إبراهيم سعد ص 45 وما بعدها.

164 - مدى التزام الخلف الخاص بالتنازل عن الشفعة :

الخلف الخاص، هو من يتلقى من سلفه مالا معيناً أو حقا عينياً إذا كان قائماً في ذمة السلف، كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة.... إلخ فإذا اشترى شخص قطعة أرض مستصلحة من شركة استصلاح الأراضي والتزم في عقد الشراء بعدم المطالبة بالشفعة عند بيع الشركة للقطع المجاورة، ثم قام المشتري ببيع هذه القطعة التي اشتراها إلى مشتر ثان.

فيثور التساؤل عن مدى التزام المشتري الثاني بما التزم البائع له من عدم المطالبة بالشفعة.

وقد ذهب رأى في الفقه إلى أن الخلف يتقيد بالنزول عن الأخذ بالشفعة الصادر من سلفه طبقاً لنص المادة (146 مدني) التي تنص على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" ذلك أن النزول عن الشفعة مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكا، فهو من هذا يحد من حرية الانتفاع بالمال، فيعتبر محددًا للشيء، ومن ثم يكون من مستلزماته، ومؤدى هذا أن ينتقل الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة إلى المشتري الثاني إذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الخلف الخاص لا يلتزم بهذا التنازل، لأن هذا التنازل لا يعدو كونه التزاماً شخصياً لا يتبع العقار ولا يلتزم به إلا من رضيه صراحة. فإذا خلا عقد المشتري اللاحق من هذا الشرط فلا التزام عليه بالتنازل عن

(1) عبد المنعم الصده ص 496 - نبيل سعد ص 451 وما بعدها - محمد على عمران ص 160.

الشفعة. ولا يعترض على ذلك بأن شرط التنازل قد فرضته الشركة على كل مشتر منها وعلى كل من يتلقى حق الملكية عن المشتريين منها وأن هذا الشرط أصبح مشهورا معروفا بالتواتر للناس وخصوصا لكل من يتعامل بالشراء أو البيع فى أراضي الشركة التى وضعت هذه لشروط لحماية جميع المتعاملين فى أراضيها. وأنه لذلك يعتبر كل مشتر لقطعة من هذه الأراضي قد تنازل ضمنا عن حق الأخذ بالشفعة ولو لم يرد بعقد شرائه نص صريح على قبول شروط قائمة ببيع الشركة، لأن هذه الشروط قد تواترت بين الناس حتى أصبحت بمثابة شرط ضمنى لكل تعاقد، فلا يكفى للتدخل منها مجرد إغفالها لأن هذا الاعتراض محله أن يعتبر القيد الذى فرضته الشركة على المشتريين منها بالامتناع عن المطالبة بالشفعة حقا عينيا يتبع العقار فى أيدي ملاكه المتعاقبين، والحال أن هذا القيد ليس متضمنا لحق ارتفاق عيني، وإنما هو تنازل من المشتريين عن استعمال حق أجازة القانون لهم، فهو بهذه المثابة لا يعدو كونه التزاما شخصيا لا يلتزم به إلا من رضيه⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بالرى الأخير إذ قضت بأن:

"إن الشفعة رخصة والتنازل عنها لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بتنازل البائع إلى المطعون عليها فى عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقا عينيا يتبع العقار فى يد كائن من كان".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/29)

165- إثبات التنازل عن الشفعة:

كانت المادة (20) من قانون الشفعة (الملغى) تنص على أنه: "يجوز إثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة فى

(1) محمد على عرفة ص 575 وما بعدها- عزت حنوره ص 290.

القانون بما فيها الإثبات بالبينة".

ولم يأت القانون المدنى الجديد بنص مماثل لهذا النص، اكتفاء بالقواعد العامة.

فإذا كان التنازل صريحا فإنه يخضع فى إثباته للقاعدة المنصوص عليها بالمادة (60) من قانون الإثبات، فإذا كان قيمة العقار تزيد على ألف جنيه تعين إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين.

أما إذا كان التنازل ضمنيا، فإنه قد يكون واقعة مادية أو تصرف قانونى. فإذا كان واقعة مادية جاز إثباتها بكافة الطرق، وإن كان تصرفا قانونيا مدعى قيامه بين الشفيع وبين المتمسك بهذا النزول، فإن على هذا الأخير إثباته بالطريق القانونى المناسب⁽¹⁾، ثم تأتى بعد ذلك مسألة الاستخلاص الضمنى. وقد ذكرنا سلفا أن ذلك مما يخضع لسلطة قاضى الموضوع.

والغالب فى الحياة العملية أن يتم النزول عن الأخذ بالشفعة مقدما. فقد يحصل هذا النزول بمقتضى اتفاق بين المشتري والشفيع قبل أن يقدم المشتري على الشراء. وقد يكون مجرد شرط فى العقد ذاته الذى تملك الشفيع بموجبه العقار الذى يشفع به. ومثل ذلك ما يجرى عليه العمل فى العقود التى تبرمها شركات استصلاح الأراضى حيث أنها تشترط على من يشتري قطعة من أراضيتها النزول مقدما عن الحق فى الأخذ بالشفعة فى بيع القطع الأخرى.

السبب الثانى: انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع؛

كانت المادة (22) من قانون الشفعة (الملغى) تقضى بأن: "يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء.....".

(1) محمد كامل مرسى ص 565 - المستشار - عزت حنوره ص 287.

وعند مناقشة النص المقابل لهذه المادة في لجنة المرحوم كامل صدقي باشا (لتحضير القانون المدني) اقترح الرئيس تخفيض مدة ستة أشهر إلى ثلاثة فقط، وذلك لكي لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً، فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس. كما وافقت لجنة المراجعة على هذا التخفيض، ووافق عليه مجلس النواب. ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترحت رفع مدة السقوط من ثلاثة أشهر إلى أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع توخياً للتيسير على الشفيع، فوافق المجلس على اقتراح اللجنة⁽¹⁾.

فللمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة متى أثبت فقط أن عقد بيعه قد سجل، وأنه قد مضى أربعة أشهر من يوم التسجيل. ويظهر تطبيق هذا النص في الحالة التي لا ينذر فيها البائع أو المشتري الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، لأنه إذا تم هذا الإنذار فإن حق الشفيع يسقط حتماً بعد انقضاء الميعاد الذي حدده القانون لإظهار رغبته. ويعيب هذا الحكم أنه يضع عقبة في سبيل حق الشفعة، فالمشتري يستطيع أن يتقى الشفعة بتسجيل عقده في الحال وتأخير وضع يده أو تحاشي إظهاره مدة أربعة أشهر، فإذا لم يعن الشخص الذي يحق له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر إلى دفاتر التسجيل فإنه يفقد حق شفيعته⁽²⁾.

166 - مدة أربعة أشهر مدة سقوط:

كانت المادة (22) من قانون الشفعة (الملغي) تقضى صراحةً بسريان مدة السقوط المحددة فيها (ستة أشهر) بالنسبة لكافة الشفعاء، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً، ومقتضى ذلك أن هذه المدة لا يقف سريانها ولو كان

(1) محضر جلسة 11 مارس سنة 1938 مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 هامش ص443.

(2) محمد كامل مرسى في الشفعة ص322.

الشفيع ناقص الأهلية، وذلك خلافا لما هو مقرر في شأن مدد التقادم. وقد ورد هذا الحكم في المشروع التمهيدي (مادة 1397) ولكن لجنة المراجعة اقترحت حذفه اكتفاء بالقواعد العامة⁽¹⁾.

وهذا الحذف لا يؤثر في وجوب تطبيق الحكم المتقدم، إذ أن المدة المحددة في النص هي دون أدنى شك مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن المقرر أن مدة السقوط لا يعتورها وقف ولا انقطاع.

ولا يشترط علم الشفيع بالبيع، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضى أربعة الأشهر المذكورة.

ومعنى ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن مدد التقادم لا تسرى على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة بمضى أربعة أشهر من تاريخ التسجيل إذ أن مدة السقوط لا تقف بسبب جهل الشفيع بالبيع بسبب الشفعة⁽²⁾. وبحسب الميعاد بالأشهر من الميعاد للميعاد، أى رقم اليوم من الشهر. وإذ لم ينص القانون على حساب المواعيد بالساعة وجب الرجوع لأحكام القانون العام، وحساب مبدأ سريان الميعاد من أول يوم كامل، أى من اليوم التالي⁽³⁾.

فبيئدأ سريان المدة من اليوم التالي لتسجيل عقد البيع، وتنقضى بانقضاء اليوم المقابل له في الشهر الرابع من تاريخ التسجيل (م 15 مرافعات). فإذا فرضنا أن العقد قد سجل في أول يناير، كان بدء سريان مدة السقوط هو 2 يناير، وتنقضى في 2 مايو. فإذا رفعت دعوى الشفعة في 3 مايو، فإنها تكون متعينة الرفض

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 444.

(2) محمد على عرفة ص 580- محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية ج 3 ص 575 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 578.

لرفعها بعد انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن العلم المسقط لحق الشفعة فى معنى المادة 19 من قانون الشفعة هو العلم الواقعى بجميع أركان البيع، ومنها البائع إذا كان واحداً أو البائعون جميعهم إذا تعددوا، وهذا العلم هو الذى يجب على المحكمة أن تتحرراه وأن تقيم على ثبوته بالذات حكمها بسقوط حق الشفع، إلا أن يكون قد انقضى على تسجيل عقد البيع ستة شهور من تاريخ تسجيله طبقاً للمادة 22، إذ أن حق الشفعة يسقط فى هذه الحالة بغير حاجة إلى إثبات العلم الواقعى.. إلخ".

(طعن رقم 44 لسنة 15 ق جلسة 1946/3/7)

2- "إن القانون إذ جعل البيع سبباً للشفعة وجعل حق الشفع فى طلبها متولداً من مجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاماً مطلقاً، لا فرق فيه بين بيع بات خال من الشروط وبيع مقيد بها، ولا بين شرط وشرط. ومن ثم فالبيع المشروط فيه خيار البائع يتولد منه فى الحال كغيره، حق الشفع فى طلب الشفعة وتسرى عليه مواعيد السقوط وإن لم تجب له الشفعة ولا أخذ العين المشفوعة إلا بانقضاء خيار البائع بعد أن يكون الشفع طلب الشفعة وفقاً للقانون.

(طعن رقم 62 لسنة 16 ق جلسة 1947/4/3)

3- "إن المواد (7 ، 10 ، 12) من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 إذ أجازت تسجيل صحائف دعاوى بطلان العقود واجبة التسجيل أو فسخها أو إلغائها أو الرجوع فيها ودعاوى استحقاق الحقوق العينية العقارية ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم الذى يصدر فى هذه الدعاوى على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر التسجيل بالحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة فإنما أجازت ذلك على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من تترتب لهم حقوق عينية

على العقار أو ديون عقارية منذ تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، فهي لا تفيد أن تسجيل الصحيفة في هذه الأحوال يقوم مقام تسجيل العقد في جميع ما يترتب على هذا التسجيل من آثار. وإذا كانت المادة 22 من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضي ستة أشهر على تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطنان المشفوع فيها سواء أكانت هذه الدعوى دعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع.

(طعن رقم 196 لسنة 18 ق جلسة 1950/4/13)

السبب الثالث: الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون:

لم يشأ المشرع أن يحصر حالات سقوط الشفعة في هذا النص وإنما ذكر ما يمكن أن يثور الشك حوله، كنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وحالة ما إذا لم يكن هناك إنذار فقرر ميعاد سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهو أربعة الأشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

أما الأسباب الأخرى للسقوط فقد رأيناها أثناء دراستنا لشروط وإجراءات الشفعة وقد وردت بها نصوص في التقنين المدني ومنها:

- 1- عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد.
- 2- عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد.
- 3- عدم إيداع الثمن في الميعاد.
- 4- عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة.

167- التحيل بقصد الهروب من الشفعة مانع من الدفع بسقوطها:

لا محل للدفاع بسقوط حق الشفعة بعد مضي أربعة أشهر من يوم تسجيل

عقد البيع، إذا كان هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام الشفعة. فإذا ثبت لمحكمة الموضوع أن تجزئة صفقة العقار المشفوع فيه كان مقصودا بها التحيل على منع حق الشفعة، وأن الصفقة كانت فى الواقع واحدة، قضت بأنه لا محل للتمسك بانقضاء المدة على تاريخ تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة، إذ لا يجوز التمسك بسقوط حق الشفعة فى هذه الحالة مع ثبوت التحيل من طريق تجزئة الصفقة.

واستخلاص واقعة التحيل من ظروف الدعوى ووقائعها هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "إن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه".
- 2- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر. فإذا ما أجاز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه".
- 3- "إنه وإن كانت المادة 22 من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا"، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون⁽¹⁾.

(1) واقعة التجزئة التى ثبت لمحكمة الموضوع أنه قصد بها التحيل على إضاعة حق الشفعة هى أن المشتري جعل البائع يبيعه أولا ف3 و9 ط و4 س ثم يحرر بباقي الصفقة وهو 2 ف

(طعن رقم 105 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

168- القضاء بسقوط الحق فى الشفعة تستنفذ فيه محكمة أول

درجة ولايتها ويجوز الطعن عليه استقلا لا :

الدفع بسقوط الحق فى الشفعة بسبب من الأسباب الواردة فى باب الشفعة هو دفع موضوعى وارد على الحق المطالب به، فإذا قضت محكمة أول درجة بقبوله أو برفضه فإنها تستنفذ ولايتها، ويجوز الطعن عليه استقلا لا وإذ قضت محكمة ثانى درجة بإلغاء حكمها فلا يجوز لها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لسبب من الأسباب الواردة فى القانون المدنى فى باب الشفعة هو قضاء فى الموضوع وارد على أصل الحق المطالب به وتستنفذ محكمة الدرجة الأولى بهذا القضاء ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات ودفع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها فى حالة إلغاء هذا القضاء أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد. ولا يغير من الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق فى الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم ذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى فى الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقا لما يتطلبه القانون. ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلا عن الغاية عن التمسك

واس عقد بيع ثانيا لصهره بحيث لا تتوافر فى أى من الجزئين مسوغات الأخذ بالشفعة (محمود أحمد عمر مجموعة القواعد القانونية ج4 ص689 هامش1).

به والأثر المترتب عليه".

(طعن رقم 244 لسنة 31 جلسة 1965/12/30)

2- "الدفع بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً في الموضوع مما يطعن فيه على استقلال في الميعاد القانوني وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضي".

(طعن رقم 65 لسنة 36 جلسة 1970/4/23)



7 - الحيازة

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها :

مادة (949)

- 1- لا تقوم الحيازة على عمل يأتیه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح.
- 2- وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب.

الشرح

169- تعريف الحيازة:

كانت المادة 1398 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تعرف الحيازة بأنها: "وضع مادی به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي:

"الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق - فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية".

وقد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا فى لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب وأصبح نصها الآتى: "الحيازة وضع مادی يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل به حقا من الحقوق".

وأثناء مناقشة هذه المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لقى هذا

التعريف اعتراضاً من رئيس اللجنة لأنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك وقد أسفرت المناقشات عن حذف المادة اكتفاءً بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه ولأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية ووافق المجلس على ذلك.

ويعرف الفقه الحيازة (La possession) بأنها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر. وهذه السلطة الفعلية في الحيازة قد تكون مستندة إلى حق يعترف به القانون للحائز، وذلك حين يكون الحائز مالكا للشيء أو صاحب حق عيني آخر عليه. وقد لا تكون هذه السلطة مستندة إلى حق. فالحيازة ليست مزاولة لحق، إذ ليس هناك تلازم حتمي بين الحيازة ووجود حق للحائز، فهي تكون مزاولة لحق إذا كان للحائز حقيقة حق على الشيء. ولكنها يصح أن توجد دون أن يكون للحائز أي حق، حيث يعتبر كل من السارق والغاصب حائزاً.

ومن هنا كانت الحيازة مجرد وضع فعلى أو واقعى. فهي تنطوى على مباشرة سلطة على الشيء كما لو كان الحائز صاحب حق على هذا الشيء. ومن ثم فهي توجد وتنتج آثارها بصرف النظر عما إذا كان الحائز الحق في أن يباشر هذه السلطة على نحو ما فعل أم ليس له الحق في ذلك⁽¹⁾.

(1) الدكتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية 1964 ص 512 وما بعدها - الدكتور محمد على عرفه (شرح القانون المدنى) الجزء الثانى أسباب كسب الملكية 1955 ص 125 - الدكتور محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدنى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة 1992 - 1993 ص 599.

170- النظرية الشخصية والنظرية المادية للحيازة:

كان تصوير الحيازة عند فقهاء الرومان واقعيًا بحتًا، إذ كانوا يصورونها على أنها وضع اليد على شيء مادي بكيفية تؤدي إلى الاستئثار به كلية، بحيث يستطيع الحائز أن يستعمله ويهلكه أو يستهلكه.

ولما كان هذا التصوير الواقعي لا ينطبق إلا على حيازة المالك لما يملكه، وكان مجال الحيازة أوسع من هذا النطاق الضيق الذي حصرت فيه، فقد اضطر فقهاء الرومان إلى أن يعترفوا إلى جانب هذه الحيازة الكاملة بنوع آخر من الحيازة يقع على الأشياء لا بنية الاستئثار بها، بل لمجرد مباشرة حق معين عليها كحق الارتفاق. ولكن حرصهم على نظرتهم الواقعية إلى الحيازة جعلهم ينعتون هذا النوع الملحق بالحيازة بأنه (شبه الحيازة *quasi possession*) للحيلولة دون امتزاجه بالحيازة الواقعية. وقد تأثر الفقيه "بوتيه" بهذه التفرقة الرومانية، فحرص على أن يبرزها في مؤلفه عن الحيازة بقوله إن الأشياء المعنوية (*choses incorpore*) لا ترد على حيازة حقيقية ولا يمكن أن تكون محلاً إلا لشبه حيازة.

كما تأثر المشرع الفرنسي بدوره بهذه التفرقة التقليدية، فسجلها عند التعريف بالحيازة في المادة 2228 من القانون المدني بقوله "الحيازة هي وضع اليد على شيء أو الانتفاع بحق" ولكنه اكتفى بمجرد التنويه بهذه التفرقة، فلم يجار فقهاء الرومان في التمييز بين الحيازة الحقيقية وشبه الحيازة، بل سوى في الحكم بين حيازة الأشياء وحيازة الحقوق.

بيد أن هذه النظرية الرومانية لم تندثر وتختفي معالمها في الفقه الحديث، فقد جعل منها العلامة "ساقيني" نظرية خاصة تعرف في الفقه الحديث باسم النظرية الشخصية ذلك لأن عماد هذه النظرية هو ربط الحيازة بالإرادة البشرية، إذ أن (ساقيني) يرى أن العنصر المتسلط على وجود الحيازة الحقيقية هي "نية التملك" ومميز بينها وبين "نية وضع اليد" وكلا الاصطلاحين من ابتكاره إذ لم يجر أيهما

على ألسنة فقهاء الرومان. وهو يعنى بنية التملك نية الاستئثار بالشئ وهى عماد الحياة الحقيقية، أما نية وضع اليد فتتصرف إلى حياة الشئ لحساب الغير، ولا يمكن أن تؤسس عليها حياة بالمعنى الحقيقى إلا أنه جابهت هذه النظرية التى تضيق من نطاق الحياة إلى أبعد الحدود النظرية المادية التى نادى بها الفقيه الألمانى إيرنج (Ihering). فهو يأبى على الإرادة الشخصية للحائز أن يكون لها الدور الأساسى فى الحياة. وليس معنى ذلك أنه ينكر دور الإرادة فى هذا المجال، إذ بدون إرادة تتجه إلى الحياة لا تكون هناك حياة، ولذلك فإن السجين لا يعتبر حائزاً للأغلال التى تقيده. وإنما هو ينظر إلى إرادة الحائز على نحو آخر، حيث يعتبرها داخلة فى نطاق السلطة الواقعية التى يباشرها الحائز على الشئ. فعنده أن الحياة تتوفر حيثما وجدت سلطة فعلية يباشرها الحائز بإرادته على الشئ. وإذا كان علينا أن نميز بين الحياة الحقيقية التى يعمل فيها الحائز لحساب نفسه والحياة العرضية التى يعمل فيها الحائز لحساب غيره، فإن ذلك مرده إلى اختلاف سبب الحياة، إذ قد ينبئ هذا السبب بأن الحائز يعمل لحساب غيره، كأن يكون مثلاً عقد إيجار أو عقد عارية، وهو مع ذلك لا يعتبر عنصراً أصيلاً فى الحياة، وإن كان من شأنه فى حالة ثبوته أن تنتفى الحياة الحقيقية ونصبح بصدد حياة عرضية. لذلك فإنه إذا لم يسلم صاحب الشأن بأن الحياة عرضية وجب على القاضى أن يعتبر الحياة حقيقية على أساس الوضع الواقعى الظاهر إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. ومن هنا جاءت تسمية هذه النظرية بالنظرية المادية.

فطبقاً للنظرية الشخصية لا تقوم الحياة إلا إذا كان الحائز يعمل لحساب نفسه، بمعنى أنه يباشر سلطته على الشئ بقصد الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه. أما النظرية المادية فتسلم بقيام الحياة مادامت هناك سلطة فعلية على الشئ، سواء كان الحائز يباشر هذه السلطة لحساب نفسه بالمعنى المذكور أم كان يباشرها لحساب غيره وإن كان يفيد من الحياة. فلا يخرج من نطاق الحياة سوى الحياة التبعية، وهى التى فيها يباشر الحائز سلطته على

الشيء لحساب غيره دون أن يفيد من الحيازة كما هو الحال بالنسبة إلى الخادم والسائق.

وبلاحظ أن الخلاف بين هاتين النظريتين تقتصر أهميته على ما إذا كانت الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيازة تشمل الحيازة العرضية. فأصحاب النظرية الشخصية يقصرون هذه الحماية على الحيازة الحقيقية التى يعمل فيها الحائز لحساب نفسه، بينما يرى أصحاب النظرية المادية أن هذه الحماية تشمل أيضا الحيازة العرضية.

أما فيما يتعلق بالآثار التى تترتب على الحيازة، سواء كان ذلك من حيث كسب الحق العينى أم من حيث تملك الثمار، فلا خلاف فى شأنها، إذ لا جدال فى أن هذه الآثار لا يمكن أن تترتب على الحيازة العرضية.

وقد أخذت الشرائع الجرمانية بالنظرية المادية فى الحيازة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى. أما الشرائع اللاتينية وعلى الأخص القانون الفرنسى فتأخذ بالنظرية الشخصية⁽¹⁾.

171 - اتجاه التقنين المدنى الجديد :

اختلفت الآراء فى تحديد اتجاه التقنين المدنى الجديد، نحو النظرية الشخصية والنظرية المادية وانقسمت إلى عدة آراء على النحو التالى⁽²⁾.

الرأى الأول :

- (1) محمد على عرفه ص 119 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 515 وما بعدها.
- (2) أما المجموعة المدنية الملغاة فقد اعتنقت النظرية الشخصية فى الحيازة من حيث استلزامها وجود الركن المعنوى فى الحيازة القانونية. ولهذا لم تكن تحمى هذه المجموعة الحائزين العرضيين كالمستأجر والمستعير ومن إليهم. فمثل هؤلاء لم يكن لهم حق فى استعمال دعاوى الحيازة (راجع المادة 29 من قانون المرافعات القديم) - (الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية 1978 ص 430 وما بعدها).

يذهب إلى أن التقنين المدنى الجديد اعتنق النظرية الشخصية، فالحيازة فيه تقوم أساسا على (نية التملك)، مع التوسع فى مفهوم هذا الاصطلاح بحيث تنبسط على تملك أى حق من الحقوق العينية الأصلية. فالحيازة فى هذا القانون لا ترد على الحقوق الشخصية ولا على الحقوق العينية التبعية، بدليل أن المشرع تكلم عنها فى الكتاب الثالث من القسم الثانى المخصص للحقوق العينية الأصلية فمجالها هى هذه الحقوق وحدها ومن ثم فإن الحماية التى شرعها القانون للحيازة لا تنبسط إلا على هذه الحقوق، فلا تمتد إلى ما عداها إلا باستثناء بنص صريح فى القانون، كما هو الحال بالنسبة إلى المستأجر. وهذا رأى هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى مصر⁽¹⁾.

ويسوق هذا رأى تأييدا لرأيه الأسانيد الآتية :

1- أن النص الذى كان واردا فى مشروع التقنين المدنى والذى كان يغلب فى تعريف الحيازة الناحية المادية قد حذف فى مجلس الشيوخ. وكان هذا النص يعرف الحيازة بأنها: "وضع مادية به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق". وقد قيل تبريرا لهذا الحذف أنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك. وقالت لجنة القانون المدنى فى تقريرها إن النص قد حذف لأنه يتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية. ولو كان المشرع المصرى قد أراد اعتناق النظرية المادية فى الحيازة لكان من الواجب إبقاء مثل هذا

(1) محمد على عرفه ص 125- الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 377 وما بعدها - الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية 1978 ص 430 وما بعدها- الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص 172 وما بعدها - الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة 1990 ص 146 هامش (1)- الدكتور رمزى سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ص 152.

التعريف إظهارا لهذا الاتجاه الجديد، فالانتهاء إلى حذفه يدل ولاشك على الرغبة في عدم إثارة أى شك حول تمسك المشرع المصرى بالنظرية الشخصية.

2- أن المشرع لم يجز للحائز بالنيابة عن غيره إلا رفع دعوى واحدة من دعاوى الحيازة هي دعوى استرداد الحيازة. وهو عندما أراد إعطائه هذه الدعوى حرص على النص على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة 958. ويفهم من هذا أن من يحوز الشئ نيابة عن الغير ليس له دعاوى الحيازة الأخرى، بل إنه أعطى هذه الدعوى على سبيل الاستثناء. ومن جهة أخرى لو أن المشرع يكتفى لحماية الحيازة بمجرد السيطرة المادية لما كان بحاجة إلى مثل هذا النص.

3- أن المشرع قد نص صراحة فى المادة 575 على أن للمستأجر رفع دعاوى الحيازة.

ولو كانت حماية المستأجر بهذه الدعاوى تطبيقا لقاعدة عامة لما حرص على النص عليها. ثم أنه لم يورد مثل هذا النص بالنسبة لسائر الحائزين العرضيين.

4- إن المشرع لو أراد الخروج على النظرية الشخصية واعتناق النظرية المادية فى الحيازة لنص على ذلك صراحة ولأورد نصوصا قاطعة فى هذا المعنى، ولما ترك الأمر لاجتهاد الفقهاء واستنباطهم. إن التحول من النظرية الشخصية للحيازة إلى النظرية المادية هو تحول خطير لا يجوز لنا أن نستنتجه من النصوص القانونية إلا إذا كانت هذه النصوص قاطعة فى هذا المعنى.

والواقع أن التشريع المصرى لم يتضمن مثل هذه النصوص، ولم ينقل مقابلا للنصوص الواردة فى التشريعين الألمانى والسويسرى، وعلى الخصوص نص المادة 868 من التقنين المدنى الألمانى الذى يقرر أنه "إذا حاز شخص شيئا بصفته منتفعا أو دائنا مرتبتها رهن حيازة أو مزارعا أو مستأجرا أو مودعا لديه أو بناء على أى سند مشابه يخوله حقا أو يفرض عليه التزاما فى مواجهة الغير بحيازة الشئ مؤقتا، كان هذا الأخير حائزا أيضا" ونص المادة 920 من القانون المدنى

السويسرى التى تقرر أنه "إذا سلم الحائز الشئ إلى الغير ليخوله عليه حق انتفاع أو رهن أو حيازة أو حقا شخصيا، كان لكل منهم الحيازة". فهذان النصاب صريحان كما هو واضح فى اعتبار كل من يحوز شيئا بقصد استعمال حق عينى أو حق شخصى حائزا.

5- ثم إن المشرع عندما يطلق لفظ الحيازة يريد الحيازة القانونية لا مجرد الحيازة المادية. من ذلك نص المادة 1963 التى تنص على أنه: "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية". وفى هذا النص مقابلة بين الحيازة القانونية والحيازة المادية، ثم إن نص المادة 953 يستفاد منه أن الحيازة يجب أن تكون مقترنة بنية استعمال حق على الشئ، فهى تقرر أنه "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسلم مادی إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه".

6- لا يمكن التمسك بنص المادة 956 التى تقرر أن الحيازة تزول إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأى طريقة أخرى، لأن هذا النص يشير إلى سبب من أسباب فقد الحيازة، وهو فقد أحد ركنيها وهو الركن المادى، فالحيازة تزول إما بفقد الركن المادى أو الركن المعنوى أو الركنين معا. وليس من شأن هذا النص أن يدل على أن المشرع جعل السيطرة المادية هى مناط الحيازة، بل هى ركن فيها فقط.

الرأى الثانى:

يذهب هذا الرأى إلى أن التقنين المدنى الجديد يأخذ بالنظرية المادية، وآية ذلك ما يأتى:

1- أن التعريف الذى كان قد صدر به مشروع هذا القانون باب الحيازة ثم استغنت عنه لجنة مجلس الشيوخ، كان مقتبسا من الفقرة الأولى من المادة 854 من القانون الألمانى ونصه: "إن الحيازة وضع مادی يسيطر به الشخص سيطرة

فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل به حقا من الحقوق". وهذا التعريف يفرق بين صورتين للحيازة: (أ) وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء. (ب) وضع مادي يستعمل به الشخص حقا من الحقوق. والصورة الثانية تتطلب لحماية الحيازة العنصرين المادي والمعنوي، أما في الصورة الأولى، حيث يعرف المشرع الحيازة بأنها "وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء" فقد اكتفى - لحماية الحيازة - بالعنصر المادي دون ذكر للعنصر المعنوي، أو اعتبار لنية الحائز. والمستأجر ومرتهن العقار رهنا حيازيا إذ كان كلاهما يسيطر على العقار سيطرة فعلية كسيطرة المالك سواء بسواء، فهما في نظره إذن حائزان يستحقان الحماية القانونية.

ولا يقال بأن هذا التعريف لا يدل على اتجاه القانون الجديد لكونه لم يرد في نصوصه النهائية، ذلك لأنه إذا كان قد استغنى عنه فقد علل ذلك بأنه تعريف تغلب عليه الصبغة الفقهية، ثم إن سائر مواد الحيازة التي كانت في المشروع وجاءت تحت هذا التعريف مستوحية روحه لم يطرأ عليها تعديل ما.

2- وقد أفصحت المذكرة التفسيرية عن هذا المعنى أيضا عندما قررت أنه يجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية، فإن هذا قاطع في الدلالة على أنه حائز الحق.

3- نص المادة 956 من هذا القانون على أنه "تزول الحيازة إذا تخلص الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأي طريقة أخرى". وهذا النص فضلا عن أنه مقتبس من المادة 856 من القانون المدني الألماني فإنه يعلق فقد الحيازة على فقد السيطرة المادية على المال أو على الحق موضوع الحيازة أي أنه يجعل السيطرة المادية هي مناط الحيازة، وهذا يوضح أخذه بتلك النظرية.

4- نص المادة 575 من القانون المذكور على أن للمستأجر الحق في أن

يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيابة. ومعناه أن القانون المدنى الجديد يحمى حيازة المستأجر بدعاوى الحيابة. ولاشك فى أن حيازة المستأجر هى حيازة مادية صرف لأنه إنما يسكن المنزل أو يزرع الأرض دون أن تقوم به نية امتلاك العقار أو محاولة الظهور بمظهر المالك له.

ولا يمنع من ذلك أن هذا النص قد ورد بالنسبة للمستأجر دون سائر الحائزين العرضيين (الماديين) فإنه - فى نظر أصحاب هذا الرأى - أحد تطبيقات نظرية الحيابة المادية. ويسرى بالنسبة لجميع الحائزين العرضيين كالمودع لديه والمرتهن حيازيا والحارس، فلهؤلاء جميعا مباشرة دعاوى الحيابة بجميع أنواعها. ومما يؤكد أن هذه هى القاعدة التى أخذ بها القانون المدنى الجديد أن المادة 958 من القانون المدنى (فقرة ثانية) قضت بأنه يجوز أن يسترد الحيابة من كان حائزا بالنيابة عن غيره، فهى بذلك تولى الحائز العرضى الحق فى مباشرة دعوى استرداد الحيابة⁽¹⁾.

الرأى الثالث:

يذهب هذا الرأى إلى أن الشارع لم ينحاز إلى جانب أى من النظريتين الشخصية والمادية. بل اتخذ موقفا وسطا بينهما. فالشارع لم ينحاز إلى جانب النظرية الشخصية فى الحيابة، بدليل أنه يأخذ من النظرية المادية بنصيب يعتد به كما سنرى الآن. كذلك لم ينحاز الشارع إلى جانب النظرية المادية. ذلك أن المادة 1398 من المشروع التمهيدى كانت تعرف الحيابة على النحو الآتى: "الحيابة وضع مادية به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق". وهذه المادة مقتبسة من المادة 919 من التقنين السويسرى الذى يأخذ

(1) الدكتور عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية الجزء الأول الطبعة الثانية

بالنظرية المادية. ولما عرض هذا التعريف على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لقى اعتراضا فحواه أنه تعريف ينقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيابة المادية فقط وترك الحيابة بنية التملك، وانتهى الأمر إلى أن رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية. فضلا عن ذلك فلو أن الشارع كان يريد الانحياز إلى جانب النظرية المادية لأتى فى ذلك بنصوص عامة صريحة على غرار ما ورد فى التقنين الألمانى والسويسرى. بل إن المسلك الذى سلكه الشارع، إذ قرر حماية الحيابة العرضية فى حالات معينة بمقتضى نصوص خاصة كما سنفصل الآن يدل دلالة واضحة على أنه لم يرد الأخذ بالنظرية المادية بصورة تامة. هذا إلى أنه يستفاد من النصوص أن الشارع حينما يطلق لفظ "الحيابة" إنما يريد الحيابة القانونية، وحينما يقصد الحيابة العرضية يعبر عنها بطريقة أخرى، حيث عبر عن الحيابة العرضية فى المادة 963 مدنى بأنها "الحيابة المادية"، وعبر عن الحائز العرضى فى المادة 2/958 مدنى بأنه "من كان حائزا بالنيابة عن غيره". وقد استعمل الشارع لفظ "الحيابة" بإطلاق سواء فى كلامه عن الحيابة المؤدية إلى كسب الحق أم فى كلامه عن دعاوى الحيابة.

وإنما اتخذ الشارع موقفا وسطا بين النظريتين. حيث قن ما كان يجرى عليه القضاء فى مصر وفى فرنسا من تخويل الحائز العرضى دعوى استرداد الحيابة. فنصت المادة 958 فقرة ثانية مدنى فى هذا المعنى على أنه: "يجوز أيضا أن يسترد الحيابة من كان حائزا بالنيابة عن غيره". ويلاحظ أن لفظ النيابة لم يرد فى النص بمعناه الفنى الدقيق، لأن النيابة لا تكون إلا فى التصرفات القانونية، بينما الحيابة عمل مادى. وإنما يقصد الشارع من كان حائزا لحساب غيره، وهو الحائز العرضى. ولهذا عبر عنه فى الترجمة الفرنسية لهذا النص فى مشروع التنقيح بما يأتى: (celui qui possède pour autrui). فضلا عن ذلك فقد خول الشارع، بمقتضى المادة 575 فقرة أولى مدنى، المستأجر الحق فى أن يرفع جميع دعاوى

الحيازة⁽¹⁾.

وبتضح من هذا أن الشارع خول الحائز العرضى، أيا كان، أهم دعوى من دعاوى الحيازة، وهى دعوى استرداد الحيازة. كما خول أهم حائز عرضى فى الحياة العملية، وهو المستأجر، جميع دعاوى الحيازة. وهذا القدر الذى لا يستهان به من حالات الحيازة العرضية جعلنا لا نقنع بقول إن الشارع لا يحمى الحيازة العرضية بدعاوى الحيازة إلا على سبيل الاستثناء، وإنما آثرنا أن نقول إنه اتخذ موقفا وسطا بين النظريتين.

ويخلص مما تقدم أن الحائز العرضى، فيما عدا المستأجر، لا يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض ولا دعوى وقف الأعمال الجديدة. فهذا هو النطاق الذى لا يأخذ فيه الشارع بالنظرية المادية.

الرأى الرابع:

يذهب هذا الرأى إلى أن التقنين المدنى الجديد، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوى وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق. فقد تأثر تأثرا كبيرا بالنظرية المادية. فمد الحيازة آخذا بهذه النظرية إلى الحقوق الشخصية، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية. وأخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة فى المادة 1/575 منه، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح، تحمى بجميع دعاوى الحيازة، وميز فى الوقت ذاته، فى الحيازة لحساب الغير، وبين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر، ومجرد الإحراز المادى كما هو الأمر فى حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدميههم ومتبوعيههم، وذلك فى المادة 951 منه، وقد أخذ فى

(1) عبد المنعم الصده ص 516 وما بعدها.

ذلك بالنظرية المادية⁽¹⁾ - ويستطرد هذا الرأي في بيان تفصيلاته أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهى امتداد الحيابة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية. ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملى، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيابة. والدليل على ذلك ما يأتى:

أولاً: كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا، هو المادة 1398 منه، يعرف الحيابة على الوجه الآتى: "الحيابة وضع مady به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق". وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين 919 و 920 من التقنين المدنى السويسرى، وهما مادتان متأثرتان إلى حد بعيد جدا بالنظرية المادية. والعبارة الأخيرة الواردة فى نص المشروع التمهيدى، وهى "أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق" قصد بها استعمال أى حق، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصا، جريا على نهج نصوص التقنين المدنى السويسرى سالفة الذكر. ويقطع فى ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة 1398 المشار إليها: "الحيابة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق. فتجوز حيابة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيابة الحقوق الشخصية"⁽²⁾. فالمادة 1398 من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيابة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيابة التى تأثرت بها نصوص التقنين المدنى السويسرى، ما فى

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء التاسع المجلد الثانى الطبعة الثانية 1993 - الدكتور حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية ص 240.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 450.

ذلك من ريب⁽¹⁾. ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقا تاما وأن يهجر النظرية الشخصية، فإن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع، بعد أن ذكرت أن الحيابة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيابة، قالت ما يأتى: "وللحيابة، بعد توافر شروطها عنصران عنصر مادی هو السيطرة المادية، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق"⁽²⁾. وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية، وتعريف للعنصر المعنوى للحيابة على النحو الذى تعرفه به هذا النظرية⁽³⁾.

(1) ومما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيابة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة 964 مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى "وإذا ادعى الحائز أن حيابته تقوم على حق غير الملكية، شخصا كان أو عينا، اعتبرت الحيابة قرينة على وجود هذا الحق. ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيابة". وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ "اكفاء بالقواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 483 - 484). ولاشك فى أن هذا النص، لو استبقى، لكان يصبح دليلا قاطعا على أن الحيابة، كما تتناول الحقوق العينية، تتناول الحقوق الشخصية. وهو على كل حال لم يحذف إلا اكفاء بالقواعد العامة، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ما ورد فيه من الأحكام.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 451.

(3) ويقطع فى استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد فى الحيابة أن المشروع التمهيدى للمادة 963 مدنى جرى على الوجه الآتى: "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيابة شىء واحد، اعتبر حائزا بصفة مؤقتة من كانت له الحيابة المادية، إلا إذا كان واضحا أنه قد حصل على هذه الحيابة من غيره بطريقة معينة". وهذا النص يقرر فى وضوح أن الحيابة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيابة القانونية المقترنة بعنصر القصد، فتكون الحيابة إذن مشتملة على عنصرين، عنصر الحيابة المادية =

ثانياً: بقى المشروع التمهيدى متأثراً بالنظرية المادية فى الحياة، فاعتبر الحياة لحساب الغير كحياة المستأجر حياة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية، ولم يعتبرها مجرد إحراز (detention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية. ولم يستثن من ذلك إلا حياة الخدم والعمال والأتباع الذين يأثمرون بأوامر مخدوميهام ومتبوعيهام، فاعتبر هذه الحياة مجرد إحراز وهذا ما تقضى به النظرية المادية فى الحياة كما رأينا. وقد نصت المادة 1401 من المشروع التمهيدى، وهى مقتبسة من المادة 855 مدنى ألماني المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتى: "لا تدوم الحياة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر، وكان منه بـمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمتثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحياة". وقد أشير فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه، وقد ورد فى هذا الصدد: "ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر، ويحوز للمالك حق الملكية"⁽¹⁾.

ثالثاً: وأبلغ أثر للنظرية المادية فى المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على اعتبار حياة المستأجر حياة صحيحة (possession) لا مجرد إحراز (détention) نتيجة المنطقية، وهى حماية حياة المستأجر لحقه الشخصى بجميع دعاوى الحياة. فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحياة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية، أخذاً فى ذلك بالنظرية المادية للحياة. وقد نصت المادة 1/774 من المشروع فى هذا الخصوص على ما يأتى: "لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى، ما دام

= وعنصر القصد. وقد استبقى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال، فى التقنين المدنى الجديد كما سنرى - استبقاؤه دليل على أن الحياة المادية فى هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحياة القانونية أى الحياة المقترنة بعنصر القصد.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 455.

التعرض لا يدعى حقا، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق فى أن يقاضى باسمه المتعرض مطالبا بالتعويض، وبما له من حق فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد⁽¹⁾.

ويستخلص مما تقدم أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق، وأخذ من النظرية المادية التوسع فى نطاق الحيازة ومدىها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية. فهل بقيت الحال على ما كانت عليه فى المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنيا مدنيا وتشريعا معمولاً به؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها فى المشروع التمهيدى، لنرى هل بقيت على حالها فى التقنين المدنى الجديد، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية:

1- ففىما يتعلق بالنص الأول (م 1398 من المشروع التمهيدى) وهو النص الخاص بتعريف الحيازة، سار النص فى مراحله التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ، فلقى اعتراضا "لأنه تعريف ناقص، وينقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط، وترك الحيازة بنية التملك. وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، رأى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية". وقررت اللجنة حذف النص "اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة فى الفقه"، وورد فى تقريرها: "رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية"⁽²⁾. ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك فى التعريف، إذ كان التعريف لا يذكر السيطرة المادية أى العنصر المادى، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية. ولما طالت المناقشة، ولم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 515.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 448 - ص 449 فى الهامش.

يتغلب رأى على آخر، لا الرأى المتشبع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا الرأى الذى يميل إلى الأخذ بالنظرية المادية، حذف النص وترك الأمر للفقه يقول رأيه فيه. وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحياة، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقه.

2- وفيما يتعلق بنص المادة 1/1401 من المشروع التمهيدى وهو النص الخاص بحياة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيههم وباعتبار هذه الحياة مجرد إحراز مادية لا حياة بالمعنى الصحيح، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا فى لجنة المراجعة. وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء طويلا فى ورود الحياة على الشئ دون الحق، فقال بعض بأن الحياة قد ترد على الشئ دون الحق، وقال بعض آخر بأن الحياة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حياة الشئ ليست إلا حياة حق الملكية على هذا الشئ. وقد لقي هذا الرأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة، فحذفت كلمة "الشئ" التى تصاحب كلمة "الحق" اكتفاء بالكلمة الأخيرة⁽¹⁾. ويلاحظ أن هذه هى الخطة التى اتبعت دائما حيث ذكرت كلمة "الشئ" سابقة على كلمة "الحق"، فإن كلمة "الشئ" ليست إلا حياة حق الملكية، ولم يكن حذف كلمة "الشئ" سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء، ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية - فى التقنين المدنى الجديد فى المادة 951 منه، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتميز فى الحياة لحساب الغير بين الحياة بالمعنى الصحيح (possession) كحياة صاحب حق الانتفاع وحياة المستأجر، وبين مجرد الإحراز المادية (détention) كحياة الخدم والأتباع. ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد بقى يحمل آثار

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 453 - 456.

النظرية المادية فى الأخذ ببعض مبادئها.

3- وفيما يتعلق بنص المادة 1/774 من المشروع التمهيدى، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة، استبقى النص كما هو- فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة- فى التقنين المدنى الجديد فى المادة 1/575 منه. ويستخلص من بقاء هذا النص فى التقنين المدنى الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته، فمد بذلك الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية، وقد تأثر فى ذلك تأثراً ظاهراً بالنظرية المادية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون المدنى اعتبر المستأجر حائزاً تحميه جميع دعاوى الحيازة وطبقت المادة 1/587 من القانون المدنى هذا الحكم تطبيقاً صحيحاً فى صدد التعرض المادى الصادر من الغير، فأجازت للمستأجر أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له مادياً أو تعرضاً مبنياً على سبب قانونى⁽²⁾.

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدنى الجديد، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوى وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق⁽³⁾ قد تأثر تأثراً كبيراً بالنظرية المادية. فمد

(1) أنظر فى ذلك الوسيط للسنهورى الجزء السادس، الطبعة الثانية المنقحة، المجلد الأول فقرة 271 ص 476- ص 477 وفقرة 282 ص 498.

(2) نقض مدنى فى أول يناير سنة 1981 مجموعة أحكام النقض السنة 32 رقم 20 صفحة 89.

(3) ويدل على ذلك أن المادة 963 مدنى قابلت ما بين الحيازة المشتملة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية، حين نصت على أنه "إذا تنازع أشخاص متعددون =

الحيازة، أخذاً بهذه النظرية، إلى الحقوق الشخصية، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية. وأخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة فى المادة 1/575 منه، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة، ويميز فى الوقت ذاته، فى الحيازة لحساب الغير، بين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر، ومجرد الإحراز المادى (détention) كما هو الأمر فى حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدميههم ومتبوعيههم، وذلك فى المادة 951 منه، وقد أخذ فى ذلك بالنظرية المادية⁽¹⁾. وهذا الرأى الأخير هو الرأى الذى نرى الأخذ به.

= على حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة". أنظر فى هذا المعنى أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص 123 - عبد المنعم البدرأوى فقرة 487 ص 501.

(1) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتغى حماية يده بدعاوى الحيازة فلا تكفى حيازة عرضية، أما ما أباحه القانون المدنى فى المادة 575 للمستأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة فإنما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ عام، وذلك لما لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه (نقض مدنى 12 أبريل سنة 1956 مجموعة أحكام النقض 7 رقم 70 ص 517 - وانظر أيضاً نقض مدنى 23 يناير سنة 1958 مجموعة أحكام النقض 9 رقم 9 ص 106) - فإن حكمها هذا يستوقف النظر. ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعاوى الحيازة فى حق الملكية، لأنه حائز عرضى بالنسبة إلى هذا الحق. وإنما تحميه هذه الدعاوى فى حقه كمستأجر، لأنه فيه حائز أصيل. فهو إذن لم يجرى استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض، بل جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذى يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضى. وكذلك يجب أن يعامل المرتهن حيازة، فهو حائز عرضى بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمى حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحمى باعتباره حائزاً لهذا الحق.

172 - نتائج التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية :

يترتب على التفرقة بين الحيازة القانونية (possession) والحيازة العرضية أو المادية (détention) ما يأتى:

- 1- الحيازة القانونية هى وحدها التى تحميها دعاوى الحيازة ولا يستثنى من هذا إلا المستأجر، وذلك بالنص الصريح (م575).
- 2- لا يستطيع الحائز المادى مهما طاللت حيازته أن يملك العين بالتقادم أو يكتسب لنفسه على الشئ أى حق من الحقوق العينية الأخرى. فالمستأجر مهما طاللت مدة وضع يده على العين المؤجرة لا يستطيع أن يملكها، ذلك أن الحائز العرضى يحوز دائما بناء على سند يعتبر منه إقرارا متجددا ومستمرا بحق المالك على الشئ.
- 3- لا يستطيع الحائز العرضى للمنقول أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سندا لملكية أو سندا لحق⁽¹⁾.

173 - الحكمة من حماية الحيازة :

(أ) إذا كان الحائز هو المالك :

الحكمة من حماية الحيازة إذا كان الحائز مالكا حقيقيا للشئ، أن المالك لا يتمتع بالحماية القانونية المقررة له إلا إذا أثبت ملكيته، وإثبات الملكية لا يكون بالأمر السهل فى كثير من الأحيان. ففى مجال ملكية المنقول يستلزم إثبات الملكية توافر الدليل عليها، كعقد الشراء أو واقعة الميراث أو غير ذلك. وإلزام المالك بالاحتفاظ بدليل ملكيته ينطوى على إرهاب للناس يعوق سرعة المعاملات، نظرا لكثرة ما يمتلكه الشخص عادة من منقولات، ولأن الكثير منها يكون ضئيل القيمة. ولهذا فإن اعتبار الحيازة قرينة على الملكية ييسر على المالك إثبات ملكيته ويرفع عنه عناء الاحتفاظ بإيصالات الشراء.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 435.

وفى مجال ملكية العقار، فبالرغم من وجود نظام التسجيل إلا أنه أحيانا لا يتييسر إثبات الملكية إذا تسلسلت العقود غير المسجلة وصعب الحصول على ملكية مسجلة للبائع. كما أن نظام الشهر الشخصى لا يقدم الوسيلة السهلة والميسرة للتمتع بالحماية القانونية إما لتشابه الأسماء أو صعوبة الاستدلال على العقد المسجل. ولهذا فإن اعتبار الحيازة قرينة على الملكية يقدم ميزة هامة للمالك فى مجال إثبات حقه فى الملكية. فالحيازة تعتبر المظهر الخارجى لحق الملكية ومن ثم فإن حمايتها يعتبر بمثابة الخط الأمامى للدفاع عن الملكية وحمايتها⁽¹⁾.

(ب) إذا كان الحائز شخصا غير المالك :

إذا كان الحائز شخصا آخر غير المالك فهناك اعتبارات هامة تبرر حماية الحيازة حتى ولو تعارضت لأول وهلة مع مقتضيات العدالة، فالمسألة تتعلق حينئذ بالمصلحة الأولى بالرعاية ويتمثل ذلك فيما يأتى:

1- اعتبارات الأمن واستقرار النظام فى المجتمع. فهذه الاعتبارات تقتضى بدون شك احترام الحالات الواقعية وعدم التعرض لها بما يكدر صفوها، إذ لو أبيع لكل من يدعى حقا على شىء موجود فى حيازة غيره، أن ينزع هذا الشىء من حائزه بالقوة، لأدى ذلك إلى الفوضى والاضطراب فى المجتمع.

ولذا فإن القانون يحمى الحائز ولو لم يكن مرتكزا على حق فى حيازته. وتكون حماية الحائز الغاصب فى الصورة الأخيرة ثمنا لاستقرار التعامل. على أن هذه الحماية تبقى حماية مؤقتة، أى أن مدعى الحق العيى، إذا نجح فى دعواه، كما لو تمكن من إثبات حقه على الشىء، فعندئذ يستطيع أن يجبر الحائز على رده، وله الاستعانة بالسلطة العامة، عند الاقتضاء⁽²⁾.

2- اعتبار اقتصادى يتصل بالمصلحة الاقتصادية للجماعة. فالمالك الذى لا

(1) حسام الدين الأهوانى ص 220 وما بعدها - أحمد أبو الوفا ص 147 وما بعدها.

(2) منصور مصطفى منصور ص 368 - محمد وحيد الدين سوار ص 602.

يحوز ما يملكه يكون قد أهمله وترك أمواله دون استثمار لا يدر إنتاجا وهذا الموقف يعتبر ضارا من الناحية الاقتصادية وفي نفس الوقت فإن الحائز يتسم بالنشاط حيث يستعمل الشيء ويستغله اقتصاديا وإذا كان من شأن الحيابة أن تخوله الملكية فإن اهتمامه بالشيء سيكون كبيرا وهذا يعتبر مفيدا من الناحية الاقتصادية.

ومن ثم فى مجال المفاضلة بين المالك والحائز فإن المصلحة الاقتصادية العليا تستوجب تفضيل من يحسن استغلال الشيء ويدعم الإنتاج أى من يستعمل الشيء استعمالا اجتماعيا نافعا. ولكن يلاحظ أن ذلك لا يصلح إلا إذا كانت الحيابة لا تعطى للحائز حقا إلا بعد مرور مدة معينة يتم التأكد خلالها من نشاط الحائز وإهمال المالك. أما إذا كانت الحيابة تؤدي فورا لاكتساب الحق فإن تلك الحجة تقل أهميتها إلى حد كبير.

وعلى هذا فإن المحافظة على استقرار المعاملات يستلزم تفضيل الوضع القائم على إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الحيابة. ولكن المشرع فى الوقت الذى راعى فيه هذه الاعتبارات، لم يغفل ضرورة ألا تكون حماية الحيابة مدخلا إلى إقرار الغصب خصوصا إذا كان الحائز ليس المالك الحقيقى. ولهذا حرص المشرع على مراعاة قواعد الأخلاق والمبادئ الدينية قدر الإمكان، عند تنظيمه لشروط وآثار الحيابة كما سنرى⁽¹⁾.

174 - مجال الحيابة:

المقصود بمجال الحيابة، الشيء الذى يمكن أن ترد عليه الحيابة. وهناك عدة شروط يجب توافرها فى الأموال والحقوق العينية العقارية التى يصح أن تكون محلا للحيابة، ويمكن بالتالى حمايتها بدعاوى الحيابة وتملكها بالتقادم.

(1) حسام الدين الأهوانى ص 222 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 514.

وهذه الشروط تخلص فيما يلي :

- 1- أن يكون من الجائز التعامل فيه قانونا.
أما الأموال الخارجة عن التعامل فلا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وبالتالي لا تصلح أن تكون محلا لدعاوى وضع اليد.
- 2- أن تكون قابلة للحيازة المادية بحيث يمكن وضع اليد عليها بصفة ظاهرة. وعلى ذلك لا يصح أن يكون حق الرهن التأميني أو حق الاختصاص محلا لدعاوى اليد.
- 3- أن تكون قابلة لأن تكسب بالتقادم⁽¹⁾.
ونبين فيما يلي الأموال والحقوق التي يصح أن تكون محلا لدعاوى اليد. وما لا يصح منها أن يكون محلا للدعاوى المذكورة.

175- أولا: الأموال العامة :

لا ترد الحيازة على الأموال العامة، وهى العقارات والمنقولات⁽²⁾ التى تملكها الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص (م 1/87 مدنى). لأن هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م 2/87 مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

- 1- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان والتى تقوم الدولة بإدارة شئونها والصرف عليها من أموالها، والمباني المخصصة للمقابر - الجبانات - تعتبر من أملاك الدولة العامة - إذ أن الغرض الذى من أجله خصصت الجبانات للمنفعة العامة ليس بمقصود على الدفن وحده

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 308.

(2) غير أن المنقولات - كما سنرى - لا تخضع للحماية بدعاوى الحيازة.

بل يشمل حفظ رفات الموتى بعد دفنهم وبنبنى على ذلك أنها لا تفقد صفتها العامة بمجرد إبطال الدفن فيها مادامت قد خصصت للدفن وأعدت لهذا الغرض ومن ثم فلا يجوز تملكها بوضع اليد عليها إلا بعد زوال تخصيصها لما أعدت له وإندثار معالمها وآثارها".

(طعن رقم 2522 لسنة 61 ق جلسة 1996/3/3)

2- "لما كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق وتقرير الخبير المندوب فى الدعوى والذى اتخذه أساسا لقضائه أن عقار التداعى وقف خيرى مكون من ضريح "سيدى الكرمانى" به رفاتة وملحق به مدرسة لتحفيظ القرآن الكريم كانت تخضع لإشراف وزارة المعارف ثم وزارة التربية والتعليم وأن هذا الضريح وما يتبعه من وقف بطبيعته تابع لإدارة الأضرحة والمدافن بوزارة الأوقاف وأن المدعيات لا يجوز لهن تملك العقار مهما طال وضع يدهن عليه وحيازتهن له لكونه وقفا ومن ثم فإنه كان يتعين على الحكم أن يعرض لشروط وضع اليد ومنها قابلية العقار للتملك بالتقادم ويتحقق عما إذا كان من أملاك الدولة العامة أو أنه قد زال تخصيصه للمنفعة العامة ودخل فى نطاق الأموال الجائز اكتسابها بالتقادم لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بثبوت ملكية المطعون عليهن الأربعة الأول لأعيان التداعى جميعها على مجرد قوله إنه توافرت لهن شروط كسب ملكية أعيان الوقف بوضع اليد مدة ثلاث وثلاثين سنة سابقة على صدور القانون رقم 147 لسنة 1957 المعدل للمادة 970 من القانون المدنى ودون أن يتحقق من هذه الأمور جميعا خاصة ما إذا كان الضريح قد انتهى إعدادة كمقبرة لصاحبه وزال تخصيصه ومدى خضوع هذه الأعيان لإشراف الدولة فى إدارتها والصرف عليها فإنه يكون معيبا بالقصور الذى أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 2522 لسنة 61 ق جلسة 1996/3/3)

3- "ينبغى لمن يستهدف حماية وضع يده بدعوى منع التعرض أن تتوافر

لديه نية التملك باعتبارها ركنا أساسيا في هذه الدعوى يميزها عن دعوى استرداد الحيازة. ولازم ذلك أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم أى ليس من الأموال العامة التى لا يصح أن تكون محلا لحق خاص، أو من الأموال الخاصة المملوكة للدولة، أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أو للوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما، أو للأوقاف الخيرية التى منع المشرع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم عملا بالمادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقوانين أرقام 147 لسنة 1957، 39 لسنة 1959، 55 لسنة 1970 ما لم يثبت أن طالب الحماية كسب الحق العينى قبل نفاذها. كذلك فإن النص فى المادة الثانية من القانون رقم 143 لسنة 1981 بشأن الأراضى الصحراوية المستبدلة بالمادتين الثانية والثامنة من القانون رقم 7 لسنة 1991 بشأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة على تخويل رئيس الجمهورية سلطة تحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها، ووضع القواعد الخاصة بهذه المناطق، وفى المادة العاشرة من القانون رقم 143 لسنة 1981 على حظر وضع اليد أو التعدى على تلك الأراضى، وعلى أن يكون لوزير الدفاع سلطة إزالته بالطريق الإدارى بالنسبة للأراضى التى تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية - لازمه وجوب تحقق المحكمة من طبيعة الأرض التى رفعت بشأنها دعوى منع التعرض أو استرداد الحيازة فإذا ثبت لها أنها من الأموال العامة أو من الأموال الخاصة السالف ذكرها أو من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها أو وضع اليد عليها - قضت بعدم قبول الدعوى، وإذا ثبت لها أنها لا تندرج فى أى منها فصلت فى الدعوى تاركة للخصوم المنازعة فى الملك فيما بعد".

(طعن رقم 75 لسنة 71 ق جلسة 2003/6/24)

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لواضع اليد على عين مخصصة للمنفعة العامة أن يرفع عنها دعوى حيازة. أما إذا كانت صفة العين المدعى بأنها من

المنافع العامة متنازعا فيها وكان هذا النزاع جديا، جاز لواقع اليد أن يرفع الدعوى والمحكمة تقره على وضع يده مؤقتا متى تبين لها جدية هذا النزاع إلى أن يصدر حكم من محكمة الموضوع فى أصل الحق، أما إذا تبين لها عدم جدية النزاع وجب عليها أن تحكم بعدم قبول دعوى وضع اليد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت المحكمة فى دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلًا سائغا من الأدلة التى ساققتها فى حكمها ومن المعاينة التى أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها ما زالت تستعمل جرنًا عموميا، وأنها بذلك تعد من المنافع العامة التى لا يجوز تملكها بوضع اليد، كان حكمها بعدم قبول دعوى وضع اليد المرفوعة بشأنها صحيحا قانونا. ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع التعرض ملكا عاما أم لا، ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك، لأن المقصود به هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى اليد أم لا، حتى إذا رأت الأمر واضحا فى أن العقار من الملك العام وأن النزاع بشأنه غير جدى قبلت الدفع وإلا فصلت فى دعوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة فى الملك فيما بعد. كما أن قضاءها فى هذا المقام المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يعد حاسما للنزاع فى الملك".

(طعن رقم 41 لسنة 13 ق جلسة 1944/3/9)

وتصرف الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة فى الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص، والترخيص بطبيعته مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما لدواعى المصلحة الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله. وهذا الترخيص لا يكون بموجب عقد إيجار مدنى بل بموجب عقد

إدارى تسرى عليه أحكام القانون الإدارى⁽¹⁾.

ومن أمثلة الترخيص الإدارى: الترخيص بالانتفاع بأرصدة الطرق أو بالكبائن

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن تصرف السلطة الإدارية فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص "concession". والترخيص بطبيعته مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائماً، لدواعى المصلحة العامة، الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله. ثم هو - عدا ذلك - خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه. وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه - كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام. ثم إن كون الترخيص يصدر فى مقابل رسم يدفع لا يخرج عن طبيعته تلك ولا يجعله عقد إيجار".

(طعن رقم 110 لسنة 113 ق جلسة 1944/11/23)

2- "من المقرر فى قضاء محكمة النقض ، أن تصرف السلطة الإدارية فى الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص، وهذا يعتبر بذاته، وبطبيعته مؤقتاً، وغير ملزم للسلطة العامة التى لها دائماً لدواعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه، والرجوع فيه قبل حلول أجله، ثم هو - عدا ذلك - خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه، وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه، كل أولئك أعمال إدارية يحكمها القانون العام، وكون الترخيص يصرف مقابل رسم يدفع لا يخرج عن طبيعته تلك ولا يجعله عقد إيجار".

(طعن رقم 202 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/14)

3- "الأموال العامة. ماهيتها. م 78 مدنى. الأموال المخصصة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو وزارى للمنفعة العامة. التصرف فيها يكون بطريق الترخيص المؤقت".

(طعن رقم 5829 لسنة 63 ق جلسة 2001/1/7)

4- "ثبت أن العقار الكائنة به عين النزاع غير مخصص بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار للمنفعة العامة وأن المطعون ضده يشغل العين كمسكن خاص وتخصم منه الأجرة طبقاً للقيمة الإيجارية المحددة قبل مجلس مدينة أسوان. مؤداه. خضوع العلاقة الإيجارية لأحكام القانون الخاص لورودها على مال خاص للجامعة. أثره. انعقاد الاختصاص =
= بنظر المنازعة لجهة القضاء العادى دون القضاء الإدارى. التزام الحكم المطعون فيه بذلك. لا خطأ".

(طعن رقم 5829 لسنة 63 ق جلسة 2001/1/7)

المقامة على شواطئ البحار أو باستغلال الأسواق العامة أو مقاصف السكك الحديدية أو مقاصف الكليات الجامعية .

176- حالات يجوز فيها حماية الحائز العرضى للأموال العامة بدعاوى الحيازة؛

يصح أن تكون الأموال العامة محلا لدعاوى الحيازة فى حالتين:

1- إذا كانت الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة هى رافعة دعوى الحيازة بقصد حماية المال العام لأنها هى وحدها التى تملك التحدث عن هذا المال. وإن كان يغنى هذه الجهات عن دعاوى الحيازة الحق المخول لها فى حالة حصول التعدى على أموالها فى إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (م 3/970 مدنى).

2- إذا كان المرخص له بالانتفاع بالمال العام قد تعرض له الغير بقصد منع انتفاعه بهذا المال، لأن المرخص له بالانتفاع بجزء من هذا المال له نوع من الحيازة تخول له الاحتماء بدعاوى الحيازة ضد كل من يتعرض له من الأفراد فى الانتفاع بهذا المال.

إلا أنه لا يجوز للمرخص له رفع دعاوى الحيازة ضد الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة إذا منعه من الانتفاع قبل انقضاء مدة الترخيص لأن هذه التراخيص - كما ذكرنا سلفا - مؤقتة ويجوز للجهة المرخصة الحق دائما لدواعى المصلحة العامة فى إلغائها والرجوع فيها قبل حلول أجلها⁽¹⁾.

177- ثانيا : أموال الدولة الخاصة والأوقاف الخيرية :

الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما لا تصح حيازتها، لأنها رغم قابليتها لأن تكون محلا

(1) السهنورى ص 1076 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 310.

لملكية خاصة لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم. إذ تنص المادة 970 من القانون المدنى (معدلة بالقوانين 147 لسنة 1957، 309 لسنة 1959، 55 لسنة 1970) على أن: "فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة.

ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم ولا يجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً".

وسنعرض لهذه المادة بالشرح تفصيلاً فى موضعها من الموسوعة.

(أنظر شرح المادة المذكورة)

178 - ثالثاً: المحتكر:

يجوز للمحتكر أن يتذرع بدعاوى الوضع لأن له حق القرار على الأرض المحكرة.

179 - رابعاً: العقارات بالتخصيص:

إذا كان المالك قد خصص منقولاً لخدمة عقاره، اعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص، ومن ثم تجوز حمايته بدعاوى اليد متى كان متصلاً بالعقار. أما إذا زالت عن المنقول هذه الصفة وانفصل عن العقار فتعود إليه طبيعته الأولى وبذلك تطبق قاعدة الحياة فى المنقول سند الملكية.

180 - خامساً: الارتفاقات الظاهرة:

تنص المادة 2/1016 مدنى على أنه: "لا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

وبذلك يجوز اكتساب الارتفاقات الظاهرة كافة بالتقادم.

ولم يساير القانون المدنى المصرى القانون الفرنسى الذى يوجب لاكتساب الارتفاقات الظاهرة بالتقادم أن تتوافر فيها صفة الاستمرار. والارتفاق الظاهر، هو ارتفاق ينبئ عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى، أى له علامة ظاهرة أما الارتفاقات غير الظاهرة وهى التى ليست لها علامة خارجية تنم عن وجوده، كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين، فلا يجوز تملكه بالتقادم.

وسنعرض لذلك تفصيلا عند دراسة التقادم المكسب.

181- سادسا: المجموع من المال:

المجموع من المال هو ما يطلق عليه المجموعات القانونية، مثل مجموع أموال التركة، والمتجر. فالمجموعة باعتبارها كلا له كيانه المستقل عن العناصر التى يتكون منها، تعد شيئا معنويا لاترد عليه الحيابة.

182- سابعا: الحقوق المعنوية:

لاترد الحيابة على الحقوق المعنوية، أى الملكية المعنوية والتى ترد على شىء غير مادى يكون ثمرة الفكر أو الخيال أو النشاط كحق المؤلف فى مؤلفاته العلمية وحق الفنان فى مبتكراته الفنية وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية وحق التاجر فى الاسم التجارى والعلامة التجارية وثقة العملاء⁽¹⁾.

وإنما تقتصر على الأشياء المادية وحدها، سواء كانت هذه الأشياء من المنقولات أو من العقارات. وقصر الحيابة على الأشياء المادية هو الرأى السائد فى الفقه⁽²⁾.

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوى حق الملكية 1978 ص 444 - منصور مصطفى منصور ص 371 - عبد المنعم الصده ص 523.

(1) منصور مصطفى منصور ص 371 - عبد المنعم الصده ص 524 - محمد على عرفه ص 124 - عبد المنعم البدرأوى ص 444.

ويبرر البعض ذلك بأن الأشياء المادية هي التي يمكن التسلط عليها تسلطا ماديا⁽¹⁾.

ويبررها البعض الآخر بأن الحيابة تقتصر على الحقوق العينية وهي لا ترد إلا على الأشياء المادية⁽²⁾.

183- ثامنا : الحقوق العينية والحقوق الشخصية :

لا ترد الحيابة إلا على الحقوق العينية التي ترد على شىء مادي يجوز التعامل فيه لأنها هي التي يمكن التسلط عليها تسلطا ماديا.

والحيابة ترد على الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى. كما أنه يصح أن ترد على الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيابة شىء معين. فالرهن الحيازي قابل للحيابة لأنه يفترض أن صاحب الحق يحوز شيئا معيناً بقصد استعمال حق عيني عليه. ويترتب على ذلك أن الرهن الصادر من غير مالك يصح أن يؤدي إلى اكتساب الرهن على الشىء بمضى المدة (أى التقادم). كما أنه إذا رهن منقول مملوك للغير جاز للدائن المرتهن إذا كان حسن النية أن يحتج باكتساب الرهن تطبيقاً لقاعدة الحيابة فى المنقول سند الحق (م 2/1118). ولهذا أيضا نصت المادة (2/1118) على أن: "الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيابة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول".

أما أصحاب الرهن التأمينى وحق الامتياز وحق الاختصاص فلا تكون لهم حيابة الشىء المادية، ومن ثم لا يعتبرون حائزين⁽³⁾.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 444.

(3) عبد المنعم الصده ص 524.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 443 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 317 - محمد كامل مرسى ص 70- رمضان أبو السعود ص 374 - عكس ذلك محمد على عرفه ص 125، وهو يستند إلى معيار شكلى، هو أن المشرع تكلم عن الحيابة فى الكتاب

وبنبنى على ما تقدم أيضا أن الحيابة لاترد على الحقوق الشخصية، فلا يعتبر حائزا من يسيطر على شىء مادی سيطرة فعلية بمقتضى سند يخوله على الشىء حقا شخصا فقط، ولهذا فإن الحائز العرضى كالمستأجر، لا يعتبر حائزا قانونيا إذا أن العقد المبرم بينه وبين صاحب الحق العينى على الشىء ينفى عنه هذا الوصف، وإنما يكون مجرد حائز عرضى. وإذا كان القانون يخول الحائز العرضى دعوى استرداد الحيابة، ويخول للمستأجر جميع دعاوى الحيابة، فإن هذا لايعنى أن الحيابة الحقيقية يصح أن ترد على الحق الشخصى، وإنما يتعلق الأمر بحماية مؤقتة لدفع الاعتداء، بدليل أن الحائز العرضى لا يكسب الحق الشخصى بالتقادم، وأنه لو قام نزاع بين الحائز العرضى والشخص الذى يعمل لحسابه فلا يجوز للحائز أن يرفع دعوى حيابة، وإنما يتعين أن يكون النزاع على أساس العقد المبرم بينهما. وأحيانا يستعمل الشارع لفظ الحيابة بالنسبة إلى الحقوق الشخصية حيث تنص المادة 333 مدنى على أن الوفاء لشخص غير الدائن لا يبرئ ذمة المدين إلا فى حالات معينة منها إذا "تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته" غير أن لفظ الحيابة هنا لا يؤخذ بمعناه الفنى، إذ يراد به المظهر الذى يتوفر فى أوضاع قانونية معينة على غير الحقيقة فيقع فى روع الناس أنه حقيقى ويتعاملون بحسن نية على مقتضاه. فحائز الدين يقصد به الدائن الظاهر، كالوارث الظاهر بالنسبة إلى ما كان للمتوفى من ديون. ولهذا فإن حيابة الدين بهذا المعنى لا يترتب عليها أى من الآثار التى تترتب على الحيابة الحقيقية. ويستثنى من ذلك الدين الثابت فى سند لحامله. حيث يعتبر الدين أنه قد اندمج فى السند، فيكون حائز السند حائزا للدين الثابت فيه بالمعنى الفنى، ومن ثم تنطبق عليه أحكام الحيابة، وأهمها فى هذا الخصوص القاعدة التى تقضى بأن الحيابة فى المنقول

سند الحائز. وقد نصت المادة 976 مدنى فى هذا المعنى على أن "من حاز بسبب صحيح... سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"⁽¹⁾.

184- تاسعا: الحصة الشائعة:

يمكن أن تقع الحيازة على الحصة الشائعة فى مال شائع، كما تقع على الحصة المفرزة. فيمكن أن تقع الحيازة على حصة رمزية بحيث تتجه نية الحائز إلى تملك هذه الحصة شائعة مع بقية الحائزين. ولذلك استقر القضاء على أن الحيازة القانونية تقع على الحصة الشائعة كما تقع على النصيب المفرز. فإذا حاز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع، فإن الحيازة تثبت لكل منهما وتكون منتجة لآثارها القانونية ويصح أن تكون الحصة الشائعة محلا لأن يحوزها حائز على التخصيص والانفراد بنية تملكها، ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما، إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها وسنرى أن هذه الحيازة تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم.

(1) عبد المنعم الصده ص 521 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 604 - عبد المنعم البدرأوى ص 443 - حسام الدين الأهوانى ص 223- رمضان أبو السعود ص 373 - الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الخامس التقادم أو مضى المدة 1361 هـ - 1942م ص 70- وقارن الدكتور السنهورى الوسيط الجزء الأول الطبعة الثانية 1964 ص 118 هامش (1). فيذهب إلى أنه لا يوجد سبب فى يمنع من كسب الحق الشخصى بالتقادم. ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائده العملية إلا نادرا، فقد أغفلته الصياغة القانونية، وهى لم تغفل فى الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك نظرية الوارث الظاهر فى الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته (م333 مدنى) - وأيضا مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى عن المادة 949 فقد جاء بها. "الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق - فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحصة الشائعة كالنصيب المفرز 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 المفرز تكون يده بريئة من المخالطة. أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين. وليست هذه المخالطة عيبا فى ذاتها. وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام. فإذا انتفت واستقرت الحيابة على مناهضة حق باقى المالكين ومناقضتهم بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح، فإن الحيابة تصلح عندئذ لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم".

(طعن رقم 133 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/9)

2- "الحصة الشائعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية تملكها ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها بل فيما قد ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشتاعين حيابة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيابة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم".

(طعن رقم 838 لسنة 49 ق جلسة 1984/3/13)

3- "الحصة الشائعة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على التخصيص والانفراد بنية تملكها، ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها بل فيما قد ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة شريكه المشتاع

حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكتسب ملكيتها بالنقادم".

(طعن رقم 1501 لسنة 56 ق جلسة 1993/4/4)

185- عنصر الحيازة:

للحيازة عنصران: عنصر مادي وهو عبارة عن الأعمال المادية التي تنطوي عليها مزاوله الحق موضوع الحيازة، وعنصر معنوي وهو عبارة عن نية الحائز في أن يباشر هذه الأعمال لحساب نفسه أي نيته في أن يكون مالكا أو صاحب حق عيني آخر. فإذا توافر هذان العنصران قامت حيازة حقيقية. وإذا تخلف العنصر المعنوي فلا تقوم حيازة حقيقية. بل تكون الحيازة حيازة عرضية. ونعرض لهذين العنصرين بالتفصيل على النحو التالي.

186- (أ) العنصر المادي للحيازة:

يقصد بالعنصر المادي للحيازة السيطرة الفعلية على الشيء سيطرة مادية عن طريق القيام بالأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق موضوع الحيازة. فإذا كان هذا الحق حق ملكية، وجب على الحائز أن يمارس الأعمال المادية، التي يقوم بها المالك عادة كزراعة الأرض أو البناء عليها أو سكنى منزل، أو إحداث تعديل فيه. ولذلك فإن سند الملكية المصحوب بتسليم العقار لا يكفي لإثبات الحيازة، بل يجب أن يكون هناك أفعال مادية للحيازة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يجوز التعامل فيه وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء".

(طعن رقم 266 لسنة 33 ق جلسة 1967/2/7)

ويجب أن تتوافر السيطرة الفعلية أى القيام بالأعمال المادية فى نفس لحظة العنصر المعنوى حتى تتولد أو تنشأ الحيابة فلو توافر العنصر المعنوى دون السيطرة الفعلية، فلا تبدأ الحيابة. وإذا وجد العنصر المعنوى دون القيام بالأعمال المادية فلا وجود للحيابة كذلك. أما متى اقتربنا معا فإن الحيابة توجد.

ويشترط فى الأعمال المادية التى يباشرها الحائز أن تكون من الكثرة والأهمية بحيث تكفى لظهور الحائز بمظهر صاحب الحق موضوع الحيابة⁽¹⁾ وذلك بحسب المألوف بالنسبة إلى الشىء محل الحيابة، كزراعة أرض زراعية أو سكنى منزل أو البناء على أرض فضاء كما ذكرنا.

إنما لا يشترط أن يكون الحائز واضعا يده على الشىء فى كل الأوقات، فيكفى أن يقوم الشخص باستعمال الشىء كما يستعمله عادة صاحب الحق عليه، أى أن يقوم بمباشرة الأعمال المادية على الشىء فى الأوقات التى يلزم فيها القيام بمثل هذه الأعمال للحصول على منافع الشىء. وبعبارة أخرى أن تباشر هذه الأعمال بانتظام كما يباشرها عادة صاحب الحق.

ولا يشترط أن يعلم المالك بالحيابة علم اليقين وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الحيابة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيابة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشىء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله. إلا أنه لا يشترط أن يعلم بالحيابة علم اليقين، إنما

(1) منصور مصطفى منصور ص 372 - حسام الدين الأهوانى ص 227 وما بعدها.

يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها".

(طعن رقم 927 لسنة 45 ق جلسة 1978/11/16)

وجب لى يتوفر العنصر المادى فى الحياة أن يكون الشئ تحت يد الحائز أو تحت يد شخص آخر يعمل لحسابه. وهذه هى الحال بالنسبة إلى معظم الحقوق العينية، وهى الملكية والانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر والرهن الحيازى، لأن مزاوله هذه الحقوق تقتضى أن يكون الشئ محل الحق فى يد صاحب هذا الحق⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانونا إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه. والأصل فى الحياة أنها دخول المال فى مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها. غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشأ للملك لا ناقلا له إما لكونه غير مملوك أصلا لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله فى مكنة من استولى عليه لا يكفى قانونا لاعتبار هذا المستولى منتويا التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه".

(طعن رقم 4 لسنة 9 ق جلسة 1939/5/11)

أما إذا كانت مزاوله الحق موضوع الحياة لا تقتضى أن يكون الشئ تحت يد صاحب الحق، كما هو الحال بالنسبة إلى حق الارتفاق. فهذا الحق ينطوى على تحميل العقار المرتفق به بعبء لفائدة العقار المرتفق، وهذا العبء لا يقتضى أن يكون العقار المرتفق به تحت يد من يباشر الارتفاق، ولهذا يكفى لتوفر العنصر المادى فى هذه الحالة أن يباشر الحائز على العقار المرتفق به الأعمال المادية

(1) عبد المنعم الصده ص 527 - الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز فى الحقوق العينية

التي يخولها الارتفاق، كالمرور مثلا، مع بقاء هذا العقار فى يد مالكه⁽¹⁾. ولا يكفى لوجود الحيابة توافر نية اكتساب الحق دون إقامة الدليل على الوقائع المادية التى تعتبر نقطة البداية للحيابة. فالتصرف فى أجزاء من الأرض مع الادعاء بتوافر نية التملك لا يكفى لوجود العنصر المادى، بل يجب القيام بأعمال مادية على الأرض.

وبضيف البعض أن هذه الحقوق ترد على حق الملكية وليس على الشىء. ومن يفقد الحيابة يمكنه القيام بالتصرفات القانونية.

ولا يتوافر الركن المادى للحيابة باقتراف الأعمال المكونة للجرائم. وليس معنى ذلك أنه لا يوجد تقادم يكون فى مبدئه جريمة، فالسارق قد يكتسب بالتقادم إذا حاز الشىء المسروق بعد ارتكابه الجريمة التى بها استولى عليه، ولكن الجرائم لا يمكن اعتبارها أعمال انتفاع مكونة للركن المادى للحيابة⁽²⁾.

وإذا كان العقار أرض فضاء تلقيت الحيابة فيها من ملاكها المتعاقبين، فإنه يكفى فى إثبات حيازتها - مع عدم المنازع- إنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها. ولو لم يتم تسويرها.

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 الحيابة أنها دخول المال فى مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها. غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئا للملك لا ناقلا له إما لكونه غير مملوك أصلا لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله فى مكنة من استولى عليه لا يكفى قانونا لاعتبار هذا المستولى منتويا 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

(1) عبد المنعم الصده ص 527 - محمد وحيد الدين سوار ص 607.

(2) محمد كامل مرسى ص 79.

وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه. وأما الأموال التي تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها، والتسلم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها دون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين أحكامهما مادام لم يعترضه من يعكرهما عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التي تستوجب بمرورها يد المعارض حماية القانون. فإذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها فضاء، وليست من الأراضي التي لم يسبق فيها الملك لأحد، بل هي من الأراضي التي تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام - مع عدم المنازع - بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها. وإذن فالحكم الذي لا يكتفى في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر، بل يشترط تسويرها على الأقل يكون حكماً مخطئاً في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه".

(طعن رقم 4 لسنة 9 ق جلسة 1939/5/11)

أما بالنسبة للتصرفات القانونية كالبيع أو التأجير فلا تكفي بذاتها للدلالة على السيطرة، وهي الركن المادي للحيازة، فيمكن أن يقوم بها من لا يسيطر على الشيء بل ومن لا يدعى لنفسه الحق أصلاً، كالفضولي⁽¹⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 373 - محمد وحيد الدين سوار ص 607 - عبد المنعم

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف هو عمل من الأعمال القانونية وهو لا يكفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطيان بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلى على هذا الجزء. فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بأسباب الحكم أن شخصا آخر غير مستأجر تلك الأطيان هو واضع اليد ماديا على الجزء المتنازع عليه وأنه لم يكن يدفع عنه إيجارا لناظر الوقف ولا للمستأجر منه فإن القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعلى هو استدلال غير سائغ قانونا إذ العبرة بوضع اليد الفعلى لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة".

(طعن رقم 89 لسنة 23 ق جلسة 1957/3/14)

(ب) - "العبرة- فى الحيازة بالحيازة الفعلية، وليست بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة".

(طعن رقم 387 لسنة 37 ق جلسة 1973/2/8)

(ج) - "إن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى المستوفى عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها فى محرر أو تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الواقع.... الخ".

(طعن رقم 3918 لسنة 68 ق جلسة 2000/1/18)

187 - (ب) العنصر المعنوى للحيازة:

العنصر الثانى فى الحيازة هو الركن المعنوى، أى نية الاستئثار بالحق العينى موضوع الحيازة وليس بحق تملكه فحسب، فمتى كان الحق صالحا للحيازة بأن كان من الحقوق العينية الأصلية، فحسب الحائز أن تتصرف نيته إلى الاستئثار بهذا الحق دون الآخرين.

ويلاحظ في هذا العنصر المعنوي ما يأتي :

(أ) - أنه لا يلزم أن يكون الحائز صاحب حق على الشيء، بل قد تكون حيازته غير مشروعة كالمغتصب فهو حائز للمال الذي اغتصبه بالرغم من كونه غير مالك له فصفة الحائز لا تتحدد بصاحب الحق أو حتى بمن يعتقد أنه صاحب حق على الشيء، بل إن الحائز هو كل من يظهر على الشيء بمظهر صاحب الحق وليس معنى ذلك أن المشرع يسوى بين الحيازة المشروعة والحيازة غير المشروعة، بل إنه يحسن معاملة الحائز حسن النية، ولكنه لا يهدر حيازة الحائز سىء النية.

أما الشخص الذى لا تتوافر لديه هذه النية، لأنه يعمل لحساب غيره، فلا يكون حائزاً حقيقياً، بل يعتبر حائزاً عرضياً. كما هو الحال بالنسبة إلى التابع والمستأجر والمستعير. فهؤلاء وأمثالهم يعترفون للمالك بملكيته للشيء أو لصاحب الحق العينى بحقه على الشيء، ويباشرون على الشيء الأعمال المادية المكونة للعنصر المادى لحساب المالك أو صاحب الحق العينى، وفى هذه الحالة يكون الحائز الحقيقى هو الأصل أو المؤجر أو المعير⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "وضع يد الناظرة بصفتها ناظرة على أعيان مهما طال زمنه لا يكسبها ملكيتها، لأنها لم تضع يدها إلا بصفتها وكيلة عن جهة الوقف، ويد الوكيل لا تؤدى إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها".

(طعن رقم 24 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/31)

2- "الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة، مهما طال مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى".

(طعن رقم 11 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/2)

(1) عبد المنعم الصده ص 531 - محمد على عمران ص 176 وما بعدها.

3- "مجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قسمة أجروها بينهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم فى الوقف، لا شىء فيهما يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لا يخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق فى الوقف. فإذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف فى مدة الثلاث والثلاثين سنة بغير أن يكون فى الدعوى ما يصح اعتباره قانونا أنه قد غير وضع يدهم الأصلى الذى كان هو الوراثة أو الاستحقاق فى الوقف فإنها تكون يدهم أخطأت فى تطبيق المادة 79 من القانون المدنى، ويكون حكمها متعين النقض".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

4- "إن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل. فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة. وإذن فمتى ثبتت الحيازة للمستأجر فى مواجهة المتعرضين له وردت إليه بحكم نهائى فإن المؤجر يعتبر مستمرا فى وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره".

(طعن رقم 46 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25)

5- "الحائز العرضى كالدائن المرتهن وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته، إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى فى حق خلفه الخاص كالمشتري من الدائن المرتهن، لأنه فى هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التى كانت للبائع له".

(طعن رقم 451 لسنة 21 ق جلسة 1954/2/18)

6- "إذا أقر المشتري فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها فى أى وقت شاء فإن وضع يده فى هذه الحالة مهما طال مدتة لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التى تودى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك".

(طعن رقم 151 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/20)

7- "يشترط في التقادم المكسب - وفقا لما تقضى به المادتان 968، 969 من القانون المدني - أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها حتى تكون حيازة قانونية صحيحة، ومن ثم فإن وضع اليد لا ينهض بمجرد سببا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وكان مستمرا هادئا ظاهرا غير غامض".

(طعن رقم 305 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/10)

8- "حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل، فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة. فمتى ثبت وضع اليد الفعلي للمستأجر، فإن المؤجر يعتبر مستمرا في وضع يده بالحيازة التي لمستأجره. ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إليه. والحيازة على هذا النحو ظاهرة لا خفاء فيها ولا غموض".

(طعن رقم 133 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/9)

9- "إذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن عقد مورث الطاعنين صوري صورية مطلقة وأن الأطيان التي وضع اليد عليها استنادا إلى هذا العقد لازالت باقية على ملك المطعون عليها الثانية البائعة صوريا ورتب على ذلك انتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل فإنه يكون قد التزم صحيح القانون إذ أن وضع اليد في هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية ولا يؤدي إلى كسب الملكية مهما طال مدتة".

(طعن رقم 556 لسنة 39 ق جلسة 1976/3/23)

10- "إذ واجه الحكم المطعون فيه دفاع الطاعنين باكتساب مورثهم - المشتري - الذي قضى بفسخ عقد شرائه ملكية أعيان النزاع بوضع اليد المدة الطويلة وانتهى إلى أن حيازته لها كانت حيازة عرضية غير مقترنة بنية التملك فلا تصلح سببا لكسب الملكية بالتقادم، إذ أن وضع يده كان مستندا إلى حقه في حبس الأعيان المببوعة حتى يستوفى مقدم الثمن وقيمة الإصلاحات التي أجراها،

وكانت هذه الأسباب سائغة وتكفى لحمل قضائه فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور أو بمخالفة القانون فى غير محله".

(طعن رقم 429 لسنة 42 ق جلسة 1977/3/30)

غير أن الحائز العرضى تكون لديه نية التملك إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير، وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك".

(طعن رقم 384 لسنة 37 ق جلسة 1972/12/21)

2- "انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرا للسبب ، لأن الحيازة تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه فى التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتى لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة".

(طعن رقم 384 لسنة 37 ق جلسة 1972/12/21)

3- "الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن من صاحبها، فإن مجرد إقامتها لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد بل إن القانون يرتب للمالك الحق فى أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها فى ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها".

(طعن رقم 384 لسنة 37 ق جلسة 1972/12/21)

4- "الحائز العرضى. عدم اكتسابه الملكية إلا بتغيير سبب الحيازة. سبيله. تلقيه الملكية من الغير معتقدا أنه المالك أو مجابهته المالك قضاء أو غير قضاء بإنكار الملكية عليه والاستئثار بها دونه. عبء إثبات ذلك. وقوعه على عاتق

الحائز".

(طعان 4233، 5874 لسنة 65 بقى جلسة 1997/12/13)

(ب)- تتحدد نية الحائز بالحق الذى يريد اكتسابه، فحيازة حق الملكية تقتضى حتما نية الاستئثار بجميع مزايا الشئ. أما حيازة الشئ بنية اكتساب حق آخر عليه، فهى لا تقتضى الاستئثار بجميع مزايا الشئ. بل بالمزايا التى يخولها هذا الحق بالذات. فمن يباشر المرور على أرض الجار ردحا من الزمن بنية اكتساب حق ارتفاق عليها، فإن حيازته تنصب على هذا الحق بالذات، ولكنه لا يعتبر حائزا للأرض نفسها إذ ليست عنده نية تملكها.

فلا يلزم لذلك أن ينكر الحائز كل حق آخر على الشئ، بل حسبه أن يستقصى أى حق منافس للحق الذى يدعيه. فحائز العقار بنية تملكه لا حرج عليه فى أن يعترف بحق الجار فى المرور فيه أو فى فتح مطلات عليه⁽¹⁾.

(ج)- لا يلزم لوجود الركن المعنوى أن يعرف الحائز على وجه التحديد مدى الحق الذى يحوزه. فمن يحوز مكتبة بنية تملك كل ما فيها من مؤلفات فإن حيازته تمتد إلى جميع هذه المؤلفات ولو كان يجهل نوعها ومقدارها. وإذا كان الحائز قد أعد شيئا لتلقى أشياء أخرى فلا يلزم أن تتوفر لديه نية خاصة فى كل مرة يدخل فيها أحد هذه الأشياء الأخرى فى حيازته، بل يكفى أن يوجد لديه نية عامة تتمثل فى هذا الإعداد فمن يعد صندوقا لتلقى الرسائل متى ترد إليه يصبح حائزا لهذه الرسائل من وقت أن توضع فى صندوقه وقبل علمه أنها وضعت فيه⁽²⁾.

إنما يلزم لكى تمتد الحيازة إلى المعلوم والمجهول معا أن تسوغ الوقائع افتراضها. فإذا اشترى شخص مكتبا معتقدا أنه فارغ، ثم تبين أن بائعته أخفى نقودا فى أحد أدراجها، فإن حيازته للمكتب لا تعتبر شاملة للنقود، إذ لا

(1) محمد على عرفه ص 128.

(2) عبد المنعم الصده ص 531- محمد على عرفه ص 128 - منصور مصطفى منصور

يتصور أن يفترض أن نية هذا الشخص قد اتجهت إلى حيازة هذه النقود⁽¹⁾.
(د) - لا يوجد ما يمنع من توافر النية بالنسبة لحق وعدم توافرها بالنسبة لحق آخر بالرغم من وحدة الشيء. فالحيازة ترد على الحق ولهذا يمكن أن تكون هناك حيازة عرضية لحق وحيازة قانونية لحق آخر وكل ذلك على شيء واحد فمن يظهر بمظهر صاحب حق انتفاع على شيء يكون حائزا قانونيا لحق الانتفاع وحائزا عرضيا بالنسبة للملكية⁽²⁾.

(هـ) - العنصر المعنوي للحيازة مفترض، وليس على من له السيطرة المادية على الشيء أن يقيم الدليل على نيته في العمل لحساب نفسه، بل يقع على من ينازعه في حيازته أن يقيم الدليل على انتفاء هذه النية وأنه يباشر السيطرة المادية بالوساطة لحساب غيره، تابعا له أو تنفيذيا لعقد أبرمه معه فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 951 مدنى على أنه: "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها"⁽³⁾.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 951)

188- إثبات الحيازة:

الحيازة أو وضع اليد واقعة مادية، ومن ثم يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيئة والقرائن، فللمحكمة أن تتخذ من تكليف الأرض باسم الخصم قرينة على وضع يده عليها مضافة إلى أدلة أخرى.
ولها أن تعتمد فى ذلك على تقارير الخبراء ولو كانت مقدمة فى دعاوى أخرى، مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصبحت من أوراقها. وأن تأخذ ضمن

(1) محمد على عرفه ص 128.

(2) منصور مصطفى منصور ص 379 - حسام الدين الأهوانى ص 241.

(3) منصور مصطفى منصور ص 381 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 504.

القرائن المستفادة من الأوراق أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير .
ولها أن تستند إلى ما قضى به في دعوى أخرى دون أن تتوافر لهذا القضاء
حجية الأحكام.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لمحكمة الموضوع أن تستدل على نوع وضع اليد من أى تحقيق قضائى
أو إدارى أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمامها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها
فى ذلك مادام ما استتبطنه مستمدا من أوراق الدعوى ومستخلصها منها استخلاصا
سائغا وتؤدى إلى النتيجة إلى انتهت إليها".

(طعن رقم 211 لسنة 36 ق جلسة 1970/12/31)

2- "لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من
جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض،
مادامت هذه العناصر مدونة فى حكمها، وتقيد عقلا النتيجة التى استفادتها".

(طعن رقم 137 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/23)

3- للمحكمة أن تستخلص فى حدود سلطتها الموضوعية أن الحائز يحوز
العقار نيابة عن زوجته وأنه كان يمثلها فى دعوى الحيازة التى أقيمت عليها".

(طعن رقم 463 لسنة 38 ق جلسة 1972/12/31)

4- "لئن كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق من أى مصدر
يستقى القاضى منه دليله، ولا محل لطرح ما تقرره محكمة الموضوع بشأنها على
محكمة النقض، إلا أنه يجب أن يعرض الحكم المثبت للتملك بالتقادم لشروط وضع
اليد فيبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحررها
وتحقق من وجودها، وإذ لم يرد بالحكم المطعون فيه ما يفيد تحقق هذه الشروط فإنه
يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 305 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/10)

5- "تحقيق وضع اليد بما يجوز فيه القرائن، للمحكمة أن تتخذ من تكليف
الأرض باسم الخصم قرينة على وضع يده عليها مضافة إلى أدلة أخرى".

(طعن رقم 141 لسنة 38 ق جلسة 1974/1/15)

6- "متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كانت الصفة العرضية لحيازة النائب عن الطاعنين بعمل مادي أو قضائي يدل على إنكار ملكيتهما لحصتهما في الماكينة واستثثاره بها دونها، وكان استخراج ترخيص لإدارة الماكينة باسم هذا النائب وشريكه دون باقى إخوته لا يعتبر بذاته تغييرا لصفة الحيازة ولا يتحقق معنى المعارضة لحق الطاعنين بالمعنى المقصود قانونا فى هذا الصدد، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم 259 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/4)

7- "وضع اليد المكسب للملكية واقعة مادية مما يجوز إثباته بكافة الطرق، فإن للمحكمة أن تعتمد فى ثبوت الحيازة بعنصريها المبينين بالمادتين 968 و 969 من القانون المدنى على القرائن التى تستتبطها من وقائع الدعوى مادام استخلاصها سائعا ولا مخالفة للثابت بالأوراق. فلها أن تعتمد فى ذلك على تقرير الخبراء ولو كانت مقدمة فى دعاوى أخرى مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصبحت من أوراقها التى تناضل الخصوم فى شأن دلالتها وأن تأخذ ضمن القرائن المستفادة من الأوراق - بما تظمن إليه من أقوال الشهود الذين سمعهم هؤلاء الخبراء دون حلف يمين، وأن تستند إلى ما قضى به فى دعوى أخرى دون أن تتوافر لهذا القضاء حجية الأحكام فى الدعوى المطروحة عليها متى كان ذلك بحسبانه قرينة تدعم بها قضاءها. وهى لا تنقيد بقرينة من هذه القرائن دون أخرى، ولها أن تطرح ما لا تظمن إليه. فلا عليها وهى بصدد بحث كسب الملكية بالتقادم إن هى استبعدت القرينة المستفادة من تكليف الأطيان باسم حائزها إذا وجدت فى أوراق الدعوى ما تظمن معه إلى أنه لم يكن يحوزها حيازة أصلية لحساب نفسه، ولا أن تنقيد بتسجيل عقد مادام قد ثبت لها أنه صدر من غير مالك لأن ذلك ليس سببا بذاته لكسب الملكية، كما أنها لا تلتزم بتعقب الخصوم فى شتى مناحى دفاعهم والرد على كل قرينة غير قانونية يستندون إليها مادامت قد أقامت قضاءها

على الأسباب الكافية لحمله، ولا أن تجيب طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها".

(طعن رقم 1088 لسنة 48 ق جلسة 1984/5/24)

8- "إذا ساق الحائز سببا قانونيا يبرر حيازته وأقام الدليل عليه أو طلب من المحكمة تمكينه من إثباته بالطرق المقررة قانونا، وجب عليها أن تعرض له بأسباب خاصة تصلح ردا عليه وإلا كان حكمها معيبا بالقصور المبطل".

(طعن رقم 2978 لسنة 76 ق جلسة 2007/5/28)

189- عدم قيام الحيازة بالأعمال المباحة:

تنص المادة على أن: "لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات.... إلخ".

والمراد بالعمل الذي يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات، ذلك الذي يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له، فله أن يأتيه أو لا يقوم به، وإذا أتاه لا يملك أحد منعه، فهو لا يتضمن تعديا على ملك أحد. كما أن هذا العمل لا يتحمله منه أحد على سبيل التسامح.

فمثل هذا العمل يتخلف فيه الركن المادى للحيازة، كما أنه لا يتوافر لديه قصد استعمال حق لأحد فيتخلف أيضا الركن المعنوى. فلا تقوم الحيازة إذن على عمل من الرخص المباحة⁽¹⁾.

ومن أمثلة تلك الأعمال ما يأتي:

1- أن يفتح المالك منورا على حافة ملكه، فهو في فتحه للمنور إنما يأتي رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع فعلا اعتداء

(1) السنهورى ج9 ص 1115 - محمود جمال الدين زكى ص 507 - رمضان أبو السعود ص 382. ويرى البعض أن الركن المادى هو الذى يتخلف فقط (حسام الدين الأهوانى ص

245 - عبد المنعم الصده ص 529).

على ملك الجار، مهما طال الزمن على فتح هذا المنور فباستطاعة الجار أن يقيم حائطا في حدود ملكه يسد به هذا المنور، ولا يجوز لصاحب المنور الادعاء باكتساب حق فتح المنور بالتقادم⁽¹⁾.

2- أن يفتح المالك مطلا مستوفيا لقيد المسافة القانونية. فقيام الشخص بفتح مطل في حدود المسافة القانونية لا يكسبه ارتفاعا بالمطل، فيجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في حدود ملكه ويسد به هذا المطل، ولكنه لا يستطيع أن يفتح في هذا الحائط مطلا لأنه لا يكون عندئذ متقيدا بالمسافة القانونية، بل عليه إن أراد ذلك، أن يبتعد عن الخط الفاصل بين العقارين بمقدار المسافة القانونية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "... فالمطل لا يعتبر ارتفاعا للعقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه، له نفعه وعليه خطره. ولا بد لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاع بالمطل يكسب بالتقادم، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور وانتفاء شبهة الاقتصار في الانتفاع بالمطل على القدر الذي تركه فاتحه من ملكه بينه هو وجاره، وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين، ومن شأنه الحد من مجال النظر في المطل. فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها، فإنه - مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بمدّ النظر على ملك الجار - إنما يكون مخاطرا في فتحه هذه النوافذ، من جهته لقصور عمله هذا في الدلالة على معنى التعدي (empiétement) الذي هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانوني على حق ارتفاع بالمطل يراد اكتسابه بمضى المدة على ملك الغير، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور

(1) السنهاوى ص 1115 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 382.

على عدم تهاون صاحبه في أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء في نهاية ملكه في كل وقت. ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور بتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من اكتساب حق عليه، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح.

(طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/18)

هذا وقد يحدث العكس فنوجد بصدد حالة يتمتع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحات، أي يقوم بعمل سلبي، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب، بل نحن بصدد عدم إتيان رخصة من المباحات، والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتقادم. مثال ذلك أن الجار الذي لم يساهم في نفقات تعلية الحائط المشترك، أن يصبح شريكا في الجزء المعلق بشروط (م 816) فهذه رخصة للجار ألا يأتيها، فإذا سكوت ومضى أكثر من خمسة عشر عاما، لم تسقط رخصته في أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق ولو بعد انقضاء هذه المدة. وأيضا فإن للمالك أن يبني على أرضه ويعلى بناءه، فإن لم يستعمل هذه الرخصة وترك أرضه فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر، فله الحق بعد ذلك في البناء والتعلية، ولا يستطيع الجار منعه بمقولة أنه بقي منتفعا بالأرض في حالة كونها فضاء، ذلك أن رخصة البناء والتعلية لا تسقط بالتقادم، فلا يمكن للجار الادعاء بأنه اكتسب حق ارتفاق على جاره بعدم البناء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"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

(1) رمضان أبو السعود ص 382.

خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملا بحق ارتفاق سلبى لا يمكن معه لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف فى سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن.... الخ".

(طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/18)

ومثل ذلك يقال عن استعمال الحائط المشترك فى المثال المتقدم، إذ أن استعمال أحد الجارين للحائط لا يعدو أن يكون من المباحات التى تستند إلى الاشتراك فى ملكية الحائط، حتى لو استنفد الاستعمال سمك الحائط كله. فإذا سكت الشريك الآخر عن هذا الاستعمال، فإن هذا السكوت لا يسقط حقه فى الاعتراض عندما يحتاج بدوره إلى استعمال الحائط. فيكون له مهما طال أمد سكوته أن يجبر جاره على إزالة ما أنشأه فى الحائط من أعمال متجاوزا نصف سمكه⁽¹⁾.

190 - عدم قيام الحيابة على عمل من أعمال التسامح:

يقصد بالأعمال التى تعتبر من أعمال التسامح (acte de tolerance) تلك التى تتضمن فى ذاتها تعديا على ملك الغير، ومن حق هذا الغير أن يمنع من مباشرها من إتيانها، ولكنه يتركه مع ذلك تسامحا لأنها لا تصيبه بضرر يعتد به بالرغم من أنها تنطوى على تعد على حقه، بل قد يعود عليه بعض النفع من ورائها وغالبا ما يحدث ذلك بسبب الجوار. وبعبارة أخرى فإن الغير يرخص لمن مباشر هذه الأعمال - إما صراحة أو ضمنا - فى أن يقوم بها، وهذا الترخيص غير ملزم، فيكون لصاحب الملك الذى رخص بها أن يرجع فى أى وقت عن هذا الترخيص فيمتنع من يقوم بتلك الأعمال عن الاستمرار فيها ومادامت هذه الأعمال تباشر بمقتضى ترخيص - أو تسامح - فليس لمن يباشرها الادعاء بقصد الظهور

(1) محمد على عرفه ص 13 وما بعدها.

بمظهر صاحب حق عيني على الشيء، فينتفى العنصر المعنوي، ولا يعتبر حائزا⁽¹⁾.

ولا يستطيع أن يدعى اكتساب حق ارتفاق أو ملكية بالتقادم. والتأصيل القانوني لعدم قيام الحيازة على أعمال التسامح هو أن التعدييات البسيطة المتسامح فيها لا يمكن أن تكون محلا لحق حقيقي لمن يقوم بممارستها فالتسامح لا يخول حقا، والعمل القائم على التسامح لا يمكن أن يعتبر ممارسة لحق وتكراره لا يسمح باكتساب حق. ولهذا فإن فكرة الحيازة تكون بعيدة أصلا عن مجال أعمال التسامح. والمالك هو الذي يمارس الحق ومن مظاهر ممارسته لحقه أنه رخص للغير على سبيل التسامح باستعمال الشيء. والغير لم يعارض حق المالك لأن العمل يتم بناء على إرادة المالك. والشخص الذي يقوم بعمل يستند إلى ترخيص صريح أو ضمنى يقر بأنه لا يمارس حقا على الشيء، ولا يقصد استعمال الحق أو الحصول عليه وإنما يقتصر على القيام بمجرد عمل مادي ومن ثم تنتفى لديه نية التملك أو الحصول على الحق أى لا يتوافر الركن المعنوي للحيازة⁽²⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

".... ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية، ولا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح. فمن كان يمر بأرض جاره، وقد رخص له الجار فى ذلك لا على أن له حق ارتفاق، لا يعتبر حائزا لحق المرور، ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره، فترك الجار المطل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه مادامت أرضه فضاء لا يعتبر حائزا لحق المطل"⁽³⁾.

والمرور فى أرض فضاء وحده لا يكفى لتملكها يوضع اليد لأنه ليس إلا

(1) السنهاورى ص 1119 - عبد المنعم البدرأوى ص 449.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 247.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 450.

مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع الغير به.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المرور فى أرض قضاء لا يكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك، ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها".

(طعن رقم 124 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/11)

كما قضت بأن :

"لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أخذاً بما ورد بتقريرى الخبيرين المتقدمين بالأوراق محمولين على أسبابهما والذى أطمأن إليهما من أن حيازة الطاعن للممر محل النزاع كانت على سبيل التسامح ولم يقدم الطاعن دليل ملكيته لهذا الممر ورتب على ذلك قضاءه برفض طلبه بتثبيت ملكيته له بالتقادم الطويل المكسب للملكية وكان ما خلص إليه الحكم سائغاً ويكفى لحمل قضائه ولا مخالفة فيه للقانون ومن ثم فإن ما أثاره الطاعن فى هذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 2841 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/11)

191- هل يعتبر التسامح صورة من صور الحيازة العرضية ؟

الحيازة العرضية تعتبر ذا أثر مطلق. بمعنى أنها تستبعد الحيازة فى مواجهة الكافة.

فالحائز لا يحوز لحساب نفسه وإنما لحساب غيره ومن ثم لا تتوافر الحيازة فى مواجهة الكافة.

أما فى مجال التسامح فنظرا لأن المحرز يحوز لحساب نفسه وإنما بإذن المالك فإن الحيازة لا تقوم فى مواجهة المالك ولكنها تقوم فى مواجهة الغير. فالمالك وحده هو الذى تحمل الأعمال على سبيل التسامح، أما الغير فلا شأن له بالتسامح فلا يصدر منه مالا يملكه. ومن ثم للحائز التمسك بحيازته فى مواجهة الغير ويتمتع بالحيازة القانونية. فالتسامح يختلف عن الحيازة العرضية من حيث أنه يجعل الحيازة غير قائمة فى مواجهة المالك وحده أى يكون أثره نسبيا فقط. وتقدير توافر التسامح بالرجوع إلى نية المالك ، والأثر النسبى للتسامح يقربانه من عيب الغموض.

ولكن يقترب التسامح من الحيازة العرضية من حيث أنه يجب لتحول الحيازة إلى حيازة حقيقية صدور أعمال ممن يدعى الحيازة تتطوى على معارضة صريحة لحق المالك ينتفى معها عمل الأخير لتلك الأعمال على سبيل التسامح. ولهذا يجب أن يفهم نص المادة 949 على أنه يقصد أن الحيازة فى مواجهة المالك لا تقوم على عمل تحمله على سبيل التسامح، ولكنها تقوم فى مواجهة غيره إعمالا للأثر النسبى السابق إيضاحه⁽¹⁾.

192- أمثلة للحيازة على سبيل التسامح :

(1) حسام الدين الأهوانى ص 249 من هذا الرأى السنهورى ص 1121 هامش (2) - وقارن عبد المنعم البدرأوى ص 449، منصور مصطفى منصور ص 380 فيريان أن الحيازة عرضية.

- 1- أن يمر شخص فى أرض جاره، فيتركه هذا الجار تسامحا منه مراعاة لما يقتضيه حسن العلاقات بين الجيران⁽¹⁾.
- 2- أن يترك الجار مواشى جاره ترعى فى أرضه على سبيل التسامح، فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه فى أى وقت من رعى مواشيه فى أرض الجار⁽²⁾.
- 3- أن يفتح شخص مطلا على ملك جاره دون أن يترك المسافة القانونية، ويتركه الجار تسامحا منه نظرا إلى أن الظروف تؤدى إلى انتفاء الضرر أو على الأقل إلى جعل الضرر يسيرا كأن تكون الأرض فضاء أو محاطة بسور يمنع النظر أو نظرا لما بين الجارين من صلة قرابة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "إن كل ما قصده الشارع فى المادة 39 من القانون المدنى إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء فى أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره. وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملا بحق ارتفاق سلبي لا يمكن معه لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف فى سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن.

وذلك لأن هذا الارتفاق السلبي ليس مما يكتسب بمضى المدة وإنما لا يكون إلا بالاتفاق عليه. فالمطل لا يعتبر ارتفاقا للعقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية. أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك فى ملكه، وله نفعه وعليه خطره. ولا بد،

(1) منصور مصطفى منصور ص 380.

(2) السنهورى ص 1120 وما بعدها.

لاعتبره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور وانتفاء شبهة الاقتصار من الانتفاع بالمطل على القدر الذى تركه فاتحه من ملكه بينه هو وجاره وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل. 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 مخاطرا فى فتحه هذه النوافذ، من جهة لقصور عمله هذا من 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 يرد على ذلك بأن صاحب السور بتراحيه 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".

(طعن رقم 35 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/18)

(ب) - "متى كان الواقع فى الدعوى هو أن مورث الطاعنة أقام منزلا به مطلات تطل على قطعة أرض فضاء مملوكة لآخر أقام عليها "جراجا" مصنوعا من الخشب والصاج ثم باعها الأخير إلى المطعون عليه الذى أقام حائطا لسد هذه المطلات فأقامت عليه الطاعنة دعوى تطلب منع تعرضه، وكان الحكم المطعون فيه وهو بسبيل 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 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 19 ق جلسة 14/6/1951)

4- "أن يترك الابن أباه ينتفع بالأرض التى يملكها أو بوحدة سكنية يملكها أو يترك الأب الابن ينتفع بالأرض أو الوحدة السكنية أو يترك الإخوة أخاهم ينتفع بما يملكونه وذلك على سبيل التسامح ومراعاة لصلة الأبوة أو البنوة أو الإخوة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا استنتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبيل التسامح فيده عارضة لا تكسبه الملكية بمضى المدة فلا رقابة عليها لمحكمة النقض لكون ذلك من التقارير الموضوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها".

(طعن رقم 4 لسنة 14 ق جلسة 11/1/1945)

193- ثبوت التسامح مما يخضع لتقدير المحكمة:

استخلاص وجود التسامح يكون من الظروف التى تحيط بالدعوى، فهى مسألة تتعلق بالوقائع مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع. فهو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح. وقد يدق الأمر فيتمس القاضى أية علاقة مادية تنم عن نية التسامح عند الجار، كأن يحيط الطريق الذى يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته فى الاحتفاظ بطريقه، ولو فتح فى هذا السياج باباً يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح.

ويلاحظ أن الجوار فى ذاته سبب سائق لتسامح الجار مع جاره ولو لم نقل بأن

أعمال التسامح لا تجعل للجار حقا، لتتشد كل جار مع جاره، ولمنعه من إتيان أعمال فى ملكه لا ضرر عليه منها، خشية أن يكسب الجار حقا على ملك جاره⁽¹⁾.

كما أن من أهم العلامات التى يستنتج منها التسامح قيام علاقة قرابة بين المالك ومدعى الحيازة. وكلما ازدادت درجة القرابة بين الطرفين كلما استخلص التسامح بسهولة. كما يستخلص التسامح من طبيعة العقار الذى يكون محلا لما يقوم به مدعى الحيازة من أعمال، فلو كان أرض فضاء، أو مكانا مهجورا يستخلص بسهولة التسامح لأن المالك لا يضرار من الاستعمال بل قد يستفيد من استعمال المكان المهجور حيث يتم تنظيفه والعناية به.

ومما ينفى التسامح أن تكون الأعمال مؤدية إلى الانتقاص من حقوق المالك بصورة لم يجر العمل على التسامح فيها، أو توتر العلاقات بين الأقارب أو الجيران كما لو جددت خلافات تصل إلى القضاء فى مجال علاقات الملكية⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى التحقق من ثبوت وقائع الدعوى وفى تقديرها، مجردة عن أى اعتبار آخر أو مضافة إليها الظروف التى اكتتفتها، واستخلاص ما قصده أصحاب الشأن منها. فإذا كان التملك بمضى المدة يقتضى قانونا الظهور بمظهر المالك فهى التى تستخلص هذه النية بحسب ما يقوم باعتقادها من وقائع الدعوى وملابساتها. وعلى ذلك فإذا استنتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضع اليد إنما كان مبناه التسامح الذى يحدث بين الجيران فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ولا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض".

(طعن رقم 13 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/10)

2- "نية التملك - وهى العنصر المعنوى فى الحيازة- تدل عليها أمور

(1) السنهورى ص 1121 هامش (2).

(2) حسام الأهوانى ص 250 وما بعدها.

ومظاهر خارجية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع التي يكون لها أن تستخلص ثبوتها من عدمه دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا".

(طعن رقم 838 لسنة 49 ق جلسة 1984/3/13)

3- "إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة الاستئناف بتملك العقار موضوع الدعوى بالتقادم الطويل المكسب وقدم تدليلا على تغير نيته في وضع يده عقدا بشرائه العقار في.... إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن التحدث عن هذا المستند رغم دلالاته على نيته في وضع يده على الأرض منذ هذا التاريخ كما رفض طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك على سند من كفاية أوراق الدعوى لتكوين عقيدة المحكمة لأن وضع يده بصفته مستأجرا لا يكسبه ملكيتها مهما طال أمد أمده فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم 4091 لسنة 69 ق جلسة 2000/5/9)

194- تحول أعمال الإباحة أو التسامح إلى حيازة تؤدي إلى

التقادم:

يجوز أن تتحول أعمال الإباحة أو التسامح بتغيير السند إلى حيازة تؤدي إلى التقادم، كما يحصل فيما يتعلق بالحيازة العرضية⁽¹⁾. وذلك بأن يقوم الشخص بهذه الأعمال بمعارضة حق المالك وإشعاره بأنه يحوز حقا وأنه يقصد استعماله".

(عيوب الحيازة)

لا يكفي لقيام الحيازة أن يتوافر لها ركنها المادي وركنها المعنوي، وإنما يلزم أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب. وعيوب الحيازة ثلاثة: هي الإكراه (أو عدم الهدوء)، والخفاء، واللبس (أو الغموض).

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الخامس التقادم أو مضي المدة

وفى ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 949 مدنى على أنه: "وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو خفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب".

وعلى ذلك فإن الحيازة المعيبة حيازة قائمة بعنصريها المادى والمعنوى، ولكن العيب الذى يشوبها يجعلها غير منتجة لآثارها فى مواجهة الشخص الذى يقوم هذا العيب بالنسبة له، ولكنها صحيحة منتجة لآثارها بالنسبة إلى غيره. وتعاود الحيازة ترتيب آثارها من الوقت الذى يزول فيه العيب الذى لحق بها.

ونعرض لهذه العيوب فيما يلى:

195- أولا: العيب الأول:

عيب الإكراه (أو عدم الهدوء) :

إن أحد الاعتبارات الهامة التى تقوم عليها حماية الحيازة هى كفالة السلم والأمن الاجتماعى، ومقتضى ذلك ألا تكون الحيازة نفسها قائمة فى أساسها على الإكراه، وألا تكون غير جديرة بهذه الحماية. فوجب أن تكون الحيازة هادئة (paisible)، فإذا اقترنت بإكراه كانت حيازة معيبة.

والإكراه الذى يعيب الحيازة هو الذى يصدر من الحائز نفسه أو بفعل نائبه أو أحد أتباعه أو من كلف بذلك عند بدء الحيازة، فإذا حصل الحائز على الحيازة بالقوة أو التهديد، وبقي محتفظا بها بهذه الصفة دون أن يرتفع عنها وصف الإكراه، فإن الحيازة تكون مشوبة بعيب الإكراه.

وهذا الإكراه الذى يعيب الحيازة، يستوى أن يستخدم ضد صاحب الحق أو ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته. كما يستوى أن يكون الحائز شخصا هو الذى يستعمل وسائل الإكراه أو أعوانه.

كما يستوى أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد أو أن يكون

الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها⁽¹⁾.
غير أنه لا يكفي لتوافر الإكراه الإيذاء البسيط وإن كان ليس من الضروري استعمال أسلحة أو إحداث جروح⁽²⁾.

ويجب التمييز بين الإكراه الذى يصدر من الحائز والتعرض الذى يصدر من الغير. فالإكراه ينطوى على أعمال تصدر من الحائز أو نائبه أو أتباعه أو من كلفه بذلك ضد الغير للحصول على الحيازة، وهذا هو الذى يعيب الحيازة. بينما ينطوى التعرض على أعمال تصدر من الغير ضد الحائز لانتزاع الحيازة منه، وهذا ليس من شأنه أن يعيب الحيازة، إذ قد يقع هذا التعرض ضد المالك.

ولم يعرف الشارع فى هذا الخصوص وسيلة الإكراه وما تحدثه فى نفس الغير من أثر على نحو ما فعل بالنسبة إلى الإكراه الذى يعيب الإرادة فى التصرف القانونى. ومع ذلك فإنه تطبق القواعد التى وردت فى خصوص التصرف، عن نوع الإكراه فيصح أن يكون الإكراه حسيا (physique) باستعمال القوة، كما يصح أن يكون إكراه نفسيا (morale) بالتهديد⁽³⁾. إلا أنه لا يشترط أن تكون أعمال الغصب أو التهديد على درجة معينة من الجسامه، أو أن يكون وقعها شديدا بحيث يحمل الحائز على التخلّى عن حيازته كرها، بل يكفي أن يصبح وضع اليد قلعا بحيث لا يستطيع الحائز الانتفاع بالشئ حسب المألوف والعرف⁽⁴⁾.

أما أعمال الإيذاء البسيط فلا تعيب الحيازة، إذ لو صح القول بأن هذا مما يعيب الحيازة لما استطاع أحد أن يكسب الملكية بالتقادم⁽⁵⁾. والملاحظ أن الإكراه باستعمال القوة المادية أكثر انتشارا فى مجال الحيازة.

(1) السنهورى ص 1165 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى.

(2) محمد كامل مرسى ص 96 وما بعدها.

(3) عبد المنعم الصده ص 552 - حسام الأهوانى ص 276.

(4) المستشار محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط الطبعة الثانية 1966 ص 235.

(1) الدكتور محمد كامل مرسى ص 97- المستشار محمد عبد اللطيف 235.

196- الإكراه الذى يحدث أثناء الحيابة:

تنص المادة 949 مدنى على أن الحيابة تكون معيبة إذا اقترنت بإكراه. فالعبرة بالإكراه الذى يقترن ببدء الحيابة. وقد قصد المشرع باشتراط اقتران الحيابة بالإكراه أن تكون قد بدأت مشوبة بالإكراه. أما التعدى الذى يقع فى أثناء الحيابة ويمنعه الحائز فلا يشوب الحيابة، وتظل الحيابة هادئة رغم حدوثه. لأن ما يفعله الحائز لا يبغي منه إلا رد القوة بمثلها للذود عن حيازته خوفا عليها من الضياع، إذ لو استسلم بالفعل للقوة لكان ذلك تسليما منه بالتخلّى عن الحيابة، فهو يمارس حقا مشروعاً دفاعاً عن المال⁽¹⁾.

ولهذا يجب على قاضى الموضوع، إذا رأى أن هناك نزاعاً أو تعكيراً متواصلاً للحيابة، أن يبين متى بدأ هذا النزاع أو التعكير، وهل كان مقارناً لبدء الحيابة أو تالياً لبدئها وأثره فى استمرار الحيابة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "يشترط القانون فى الحيابة التى تؤدى إلى التملك بالتقادم أن تكون هادئة (م 76 مدنى قديم، 1/949 مدنى جديد) وتعتبر الحيابة غير هادئة إذا بدأت بالإكراه فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيابة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيابة التى تظل هادئة رغم ذلك. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تعكيراً متواصلاً للحيابة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير وهل كان مقارناً لبدء الحيابة أو تالياً لبدئها وأثره فى استمرار الحيابة فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه".

(طعن رقم 118 لسنة 25 ق جلسة 1959/6/25)

ولا ينفى صفة الهدوء عن الحيابة ما يأتى:

(2) المستشار على أحمد حسن التقادم فى المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء ص 150-

حسام الدين الأهوانى ص 278.

1- مجرد حصول تصرف قانوني على العين محل الحيازة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وضع اليد واقعة لا ينفي قانونا صفة الهدوء عنها مجرد حصول تصرف قانوني على العين محل الحيازة ولا يعد هذا التصرف تصرفا قاطعا للتقادم".

(طعن رقم 65 لسنة 34 ق جلسة 1968/4/9)

2- مجرد توجيه إنذار إلى الحائز⁽¹⁾.

3- مجرد حصول منازعة قضائية على العين محل الحيازة⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "إن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي قانونا صفة الهدوء عن الحيازة. فإذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 142 لسنة 17 ق جلسة 1949/5/12)⁽³⁾

(ب) - "المقصود بالهدوء الذي هو شرط للحيازة المكسبة للملكية ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً، فإن التعدي الذي يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 235.

(2) السنهوري ص 1167 - نبيل سعد ص 482.

(3) قد خلط الحكم المطعون فيه بين وصف الهدوء في الحيازة وبين شرط ألا تكون الحيازة قد انقطعت مدتها بمثل المطالبة القضائية، ولذلك لم يحفل بما تمسك به الحائز من أن دعوى استرداد الحيازة التي رفعها عليه خصمه قد حكم بعدم قبولها فزال بهذا الحكم أثرها القاطع للتقادم، وأن دعوى الاستحقاق قد شطبت فطلب هو بطلان المرافعة فيها ولم يفصل بعد في هذا الطلب الذي يتوقف على الحكم فيه مصير تلك الدعوى وأثرها - هي الأخرى - في قطع التقادم (مجموعة عمر ج5 ص 765 هامش (1)).

رغم ذلك".

(طعن رقم 336 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/17)

(ج) - يشترط القانون فى الحيازة التى تؤدى إلى التملك بالتقادم أن تكون هادئة (م76 مدنى قديم، 1/949 جديد) وتعتبر الحيازة غير هادئة إذا بدأت بالإكراه فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تعكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير وهل كان مقروناً ببداية الحيازة أو تالياً لبدئها وأثره فى استمرار الحيازة فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه.

(طعن رقم 311 لسنة 38 ق جلسة 1974/4/30)

(د) - "المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً، فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك. ولما كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى هذا الخصوص على أن هناك نزاعاً يعيب حيازة الطاعن استناداً إلى محاولة المطعون عليه الأول استلام الأقطان موضوع النزاع بمقتضى الحكم الصادر له بصحة التعاقد ضد المطعون عليها الثالثة، مع أن هذا لا ينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 557 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/14)

(هـ) - "المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها. فإن بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه

الحائز لا يشوب تلك الحيابة التى تظل هادئة رغم ذلك. ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى هذا الخصوص على أن هناك نزاعا يشوب حيابة الطاعن للأرض استنادا إلى مجرد توقيع الحجز، وكان الطاعنون قد اتخذوا من هذا الحجز موقف المدافع عن حيازتهم مما لا يصح معه القول بأن حيازتهم كانت معيبة لهذا السبب، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر مجتزأ فى ذلك بالقول بأن حيابة الطاعنين للأرض آنفة الذكر فقدت شرط الهدوء، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1081 لسنة 48 ق جلسة 1981/6/7)

(و) - "الحيابة لا تكون غير هادئة إلا إذا بدأت بإكراه".

(طعن رقم 489 لسنة 52 ق جلسة 1983/1/6)

197- عيب الإكراه مؤقت:

عيب الإكراه عيب مؤقت (temporaire)، فالحيابة إذا بدأت عن طريق الإكراه فإنها لا تظل معيبة أبدا. فإذا انقطع الإكراه فإن العيب يزول، فإذا استمرت الحيابة بعد ذلك فإن الحيابة تكون هادئة. والمقصود بزوال الإكراه ليس فقط زوال مظاهر القوة التى اقترنت بالحيابة بل زوال الرهبة فى مواجهة الحائز. ومن الدلائل الأساسية لزوال الرهبة التى ولدها الإكراه فى نفس من انتزعت منه الحيابة أن يكون فى مقدور من انتزعت منه الحيابة أن يسترجع الشئ ولكنه يتقاعس عن ذلك⁽¹⁾.

فإذا اغتصب الحائز الحيابة من الغير، فإن حيازته تبرأ من عيب الإكراه فى الوقت الذى لا يكون فيه الحائز مضطرا إلى استعمال الإكراه ضد من اغتصب منه الحيابة ليحتفظ بها. فإذا اغتصب شخص أرضا من آخر بالقوة، وحكما حاول

(1) حسام الدين الأهوانى ص 279.

استردادها استعمل القوة ضده، ظلت الحيازة غير هادئة⁽¹⁾.

ونص المادة 2/949 صريح في هذا المعنى فهي تقرر أنه "إذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

وهذا الحكم مخالف لما جرى عليه القانون الروماني الذي كان لا يحمي الحيازة التي بدأت بإكراه. على أن الحكم الوارد في التقنين المدني - وهو مأخوذ عن المادة 2233 فرنسي - تبرره الاعتبارات العملية التي تقتضي عدم إثارة البحث في الماضي عن منشأ الحيازة وأصلها والصفة التي بدأت بها، إذ أن إثارة هذا البحث تؤدي إلى نشوء منازعات لا حصر لها، فيكفي أن ثبت إذن أن الحيازة قد استقرت للحائز هادئة من وقت معين حتى يترتب عليها منذ هذا الوقت أثرها القانوني.

ولما كانت الحيازة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال الإكراه، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة في دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحدة منذ زوال الإكراه، فلا يؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على زوال الإكراه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا غصب شخص أطيانا وحكم عليه برد حيازتها فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذي صدر عليه لا تعتبر حيازة هادئة، فلا يصح التمسك بها في دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذي حصل له تعرض جديد من الغاصب والذي توافرت في وضع يده الشروط القانونية".

(طعن رقم 46 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25)

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 471.

198- عيب الإكراه نسبي :

الإكراه عيب نسبي لا يتمسك به إلا من وقع عليه الغصب، فالحيازة تصح أن تعتبر معيبة بالإكراه في مواجهة شخص معين وهادئة بالنسبة لشخص آخر وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة صراحة.

فمثلا إذا تمكن (أ) من وضع يده على عقار (ب) بالقوة ثم رفع (ج) دعوى تثبيت ملكية ضد (أ)، فإذا دفع (أ) هذه الدعوى بأنه وضع اليد على هذا العقار المدة المكسبة للملكية، فليس لـ (ج) أن يحج ضد (أ) بأن حيازته معيبة أو أنها مشوبة بالإكراه لأن هذا الدفع لا يتمسك به إلا (ب) الذي وقع عليه الإكراه⁽¹⁾.

199- تقدير الإكراه في الحيازة من سلطة محكمة الموضوع :

تقدير ما إذا كانت حيازة الحائز معيبة بعيب الإكراه أم ليست كذلك مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع. ولها استخلاص ذلك من واقعات الدعوى وملابساتها، كما لها في سبيل ذلك إحالة الدعوى إلى التحقيق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا استخلصت المحكمة استخلاصا سائغا من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثا ومن عهد قريب، وأن وضع يده لم يكن هادئا، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا معقب عليها لمحكمة النقض".

(طعن رقم 89 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/4)

200- ثانيا : العيب الثاني :

عيب الخفاء (أو عدم العلانية) :

يجب أن تكون الحيازة ظاهرة أى علنية (pulidique)، أى مبرأة من عيب

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 238 - المستشار على حسن ص 151.

الخفاء أو عدم العلانية. فإذا حصلت الحيازة خفية كانت حيازة معيبة. وتكون الحيازة مشوبة بعيب الخفاء (clan destinite) إذا كانت الأعمال التى يباشرها الحائز على الشئ ليس من شأنها أن تظهر الحيازة للجمهور، وعلى الأخص من لهم مصلحة فى العلم بها. ذلك أن الحائز يجب أن يباشر الأعمال المادية للحيازة كما يباشرها صاحب الحق، حيث يتعين أن يظهر الحائز بمظهر صاحب الحق، وهذا لا يخفى ما يقوم به⁽¹⁾.

ومن ثم فإن عيب الخفاء كعيب الإكراه يشوب الركن المادى للحيازة. ويستوى أن يكون الحائز قد تعمد إخفاء الحيازة أم لم يكن قد تعمد هذا الإخفاء، ففى كلا الحالين يقوم العيب، لأنه يأتى من عدم ظهور الحيازة لمن يحتج عليهم بها، وهذا يتوفر سواء كان الخفاء عن قصد من الحائز أم لم يكن عن قصد منه.

وليس المقصود بالخفاء جهل من تسرى ضده الحيازة بأمرها، بل المقصود هو خفاء الحيازة فى ذاتها. أما إذا استعمل الحائز الشئ بشكل ظاهر وعلنى ولكن المالك لم يعلم بالحيازة لسبب يرجع إليه كغيبته أو إهماله لم تكن الحيازة خفية لهذا السبب⁽²⁾. فإذا وضع الحائز علامات ظاهرة ليدل بها على حيازته للشئ فلا يجوز للمالك أن يجهل هذه الحيازة بسبب غيابه أو عدم يقظته⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل

(1) عبد المنعم الصده ص 552- عبد المنعم البدرأوى ص 472- الدكتور جميل الشرقاوى

الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية 1974 ص 289.

(2) السنهاورى ص 1162 - عبد المنعم البدرأوى ص 473.

(3) المستشار على أحمد حسن ص 152.

سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته، وبقدر الحاجة إلى استعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة على اليقين، وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشئ فى كل الأوقات دون انقطاع، وإنما يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك فى العادة، وعلى فترات متقاربة منتظمة".

(طعن رقم 387 لسنة 37 ق جلسة 1973/2/8)

2- "الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله. إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، إنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها".

(طعن رقم 927 لسنة 45 ق جلسة 1978/11/16)

3- "مفاد النص فى المادة 949 من القانون المدنى"....."يدل على أن المقصود بخفاء الحيازة هو ما يعيب ركنها المادى أى عدم ظهور أفعال الحائز الدالة على سيطرته على الشئ، أما المقصود باللبس أو الغموض فهو عدم ظهور قصد الحائز فى حيازة المال لحساب نفسه".

(طعن رقم 4211 لسنة 73 ق جلسة 2004/12/27)

وإن كان وضع اليد خفيا عند بدئه، ثم زال هذا العيب وأصبح ظاهرا، فإنه الحيازة تكون ظاهرة من وقت زوال العيب. أما إذا كان وضع اليد ظاهرا عند بدئه، ثم أصبح خفيا، فإن الحيازة لا تكون ظاهرة من اليوم الذى تصبح فيه خفية⁽¹⁾.

ويتحقق عيب الخفاء عادة بالنسبة إلى المنقولات، إذ أن هذه أشياء يسهل إخفاؤها. أما العقارات فمن النادر أن تحصل حيازتها خفية، لأن يصعب من الناحية العملية أن يسكن الحائز مثلاً منزلاً أو يزرع أرضاً في الخفاء.

ومن الأمثلة النادرة التي يمكن أن نسوقها في هذا الخصوص على حيازة العقار خفية ما يأتي:

1- أن يقوم شخص بتوسيع كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب يحفره تحت أرض جاره، دون أن يشعر الجار بذلك، ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تنم عن السرداب الذي حفره تحت أرض الجار. ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية، لا يحتج بها على الجار عن طريق التملك بالتقادم⁽¹⁾.

2- أن يعتمد الجار المرور في الأرض المجاورة في أوقات لا يراه فيها مالكةا، إذ في هذه الحالة لا يكسب الجار ارتفاقاً بالمرور مهما طال الزمن الذي كان يمر فيه على هذا النحو، لأن حيازته تكون مشوبة بعيب الخفاء⁽²⁾.

3- أن يعتمد الجار إلى اغتصاب أرض جاره وأخذ يزرعها تدريجياً جزءاً بعد جزء أو يمد إليها بناءه دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامات ظاهرة تنم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه⁽³⁾.

(2) السنهوري ص 1161.

(3) عبد المنعم الصده ص 553 - جميل الشرقاوى ص 289.

(4) السنهوري ص 1161 - عبد المنعم الصده ص 553 - منصور مصطفى منصور ص

398 - جميل الشرقاوى ص 289 - محمود جمال الدين زكي ص 520 - نبيل سعد ص

483 - وعكس ذلك المستشار محمد عبد اللطيف ص 241 فيذهب إلى أن هذه =

= الأعمال أعمال ظاهرة وعلى هذا تعتبر الحيازة على هذا النحو منتجة لآثارها القانونية، لأنه لا يجوز أن يكون المالك جاهلاً بالغصب الواقع على أرضه حتى ولو ضئيل قدره، فالعبرة

201- عيب الخفاء نسبي :

عيب الخفاء (أو عدم العلانية) عيب نسبي لا يتمسك به إلا صاحب المصلحة التي لم تكن الحيازة ظاهرة له كالمالك.

وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 949 بقولها: "وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

فإذا كانت الحيازة ظاهرة للمالك، ولكنها خافية على باقي الناس، فإن الحيازة تنتج أثرها في مواجهة المالك ولا يستطيع التمسك بعدم علانيتها⁽¹⁾.

وإذا كان المستأجر قد غير صفة حيازته إلى حيازة كاملة بفعل الغير، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير، ولكنه استمر في الوفاء بالأجرة للمؤجر فإن الحيازة تكون خفية بالنسبة للآخر.

202- عيب الخفاء مؤقت :

عيب الخفاء في الحيازة عيب مؤقت، يزول من وقت أن تصبح الحيازة ظاهرة، أي من وقت أن يباشر الحائز حيازته بطريقة علنية كما يفعل صاحب

في الحيازة في هذه الحالة هو أن يكون فعل الغصب الواقع على أرض المغتصب منه ظاهرا بحيث لا يخفى عليه أمره مهما قلت مساحة القدر المغتصب.

(1) السنهاوري ص 1162 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 93 - حسام الدين الأهواني ص 283.

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس. فإذا خفيت على بعض الناس دون البعض، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه، ولكن هذا الرأى لم يسد (مشار إليه في مؤلف كامل مرسى ص 93، والسنهاوري ص 1163).

الحق ذاته.

فإذا بدأت الحيابة خفية وبقيت كذلك مدة معينة، ثم ظهرت بعد ذلك، فإنه لا يعتد بالمدة التي بقيت فيها الحيابة خفية، وإنما يعتد بالحيابة من تاريخ ظهورها ونص المادة 2/949 صريح في هذا المعنى فهي تنص على أنه: "وإذا اقترنت (الحيابة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

ولما كانت الحيابة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال الخفاء، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة في دعوى استرداد الحيابة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيابة سنة واحدة منذ زوال الخفاء. فلا يؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على زوال الخفاء.

203- تقدير عيب الخفاء:

استخلاص عيب الخفاء هو مما يتعلق بالواقع في الدعوى، تستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها، دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في التحقق من ثبوت وقائع الدعوى وفي تقديرها، مجردة عن أى اعتبار آخر أو مضافة إليها الظروف التي اكتتفتها واستخلاص ما قصده أصحاب الشأن منها، فإذا كان التملك بمضى المدة يقتضى قانونا الظهور بمظهر المالك فهي التي تستخلص هذه النية بحسب ما يقوم باعتقادها من وقائع الدعوى وملابساتها. وعلى ذلك فإذا استنتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضع اليد إنما كان مبناه التسامح الذي يحدث بين الجيران فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ولا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض".

(طعن رقم 13 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/10)

2- "إن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو ما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض. فإذا كانت المحكمة قد استخلصت، من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلي طلبى إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحا في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره، فإن نية تملكه للمنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهرا على النحو المطلوب قانونا، فحكمها بذلك لا معقب عليه".

(طعن رقم 35 لسنة 16 ق جلسة 1947/1/16)

3- "لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون، ولا سبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

(طعن رقم 927 لسنة 45 ق جلسة 1978/11/16)

204- العيب الثالث:

عيب اللبس (أو الغموض):

يجب أن تكون الحيازة واضحة، فإذا شابها لبس أو غموض *équivoque* كانت حيازة معيبة.

وتكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس أو الغموض إذا أحاطت بها ظروف تثير الشك في أن الحائز يباشر سلطته على الشيء لحساب نفسه، بمعنى أن الأعمال التي يقوم بها يمكن أن تحتل معنيين، فيصح أن تحمل على أنه يريد الاستئثار

بالحق لنفسه، كما يصح أن تحمل على أنه يجوز لحساب غيره⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت وزارة الأوقاف - الطاعنة - لم تدع أنها تضع اليد على أعيان الوقف بما في ذلك النصيب الذي يطالب به المطعون عليهم بصفتها مالكة وأنها تتصرف فيه تصرف المالك، وإنما ظاهر الحال أنها وضعت اليد على الوقف شاملاً الحصة التي يستحقها المطعون عليهم بصفتها نازرة أو حارسة طبقاً للمادة الخامسة من القانون 180 لسنة 1952 بإنهاء الوقف على غير الخيرات، وهى بهذه الصفة أو تلك أمينة على ما تحت يدها، فلا يجوز لها دفع دعوى المطعون عليهم ضدها بعدم السماع، بزعم أنها تملك نصيبهم بمضى المدة، لأن يدها على الأموال يشوبها الغموض، فلا يعرف إن كانت امتداداً لحيازتها كناظرة أو حارسة، أو بنية الملك، والأصل بقاء ما كان على ما كان فمادامت حيازتها بدأت على

(1) السنهورى ص 1172 - عبد المنعم البدرأوى ص 474 - عبد المنعم الصده ص 553- وكانت المحاكم تخط بين عيب الخفاء وبين اللبس أو الغموض. ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر في 30 أبريل 1930 بأنه: "لأجل التمسك بوضع اليد المدة الطويلة يجب أن تكون يد الغاصب ظاهرة أمام المالك الأصلى بأفعال دالة على نية التملك بغير لبس ولا إبهام". وظاهر أن الخفاء لا يعيب نية التملك إنما يعيبها اللبس أو الإبهام، وهو ما حصلته المحكمة في واقعة الدعوى. ونصادف هذا الخلط نفسه في قول المحكمة نفسها في قضية أخرى بتاريخ 20 أبريل سنة 1931 بقولها: "من ادعى أنه شغل أرضاً من أراضي البناء بسيارات وحدائد وصفائح بأن وضعها في العراء مدة طويلة، فإن إشغاله الأرض على هذه الصورة غير جائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملك العين إذ أنها من أراضي البناء التي يستلزم التدليل على التظاهر بملكيتها إحداث منشآت مستقرة بها لاسيما إذا طال أمد اغتصابها".

وواضح هنا أن وضع سيارات وحدائد وصفائح في أرض مملوكة للغير عمل ظاهر للعيان ولا يمكن معه القول بخفاء وضع اليد، إنما قد يحمل سكوت المالك على هذا العمل على أنه من قبيل التسامح الذي لا تقوم عليه الحيازة (محمد على عرفه ص 133 وما بعدها).

سبيل النظر أو الحراسة فلا يفترض أنها صارت بنية الملك حتى تجيز الدفع بعدم سماع الدعوى، إلا إذا كان تغيير سبب وضع اليد بفعل إيجابى له مظهر خارجى، يجبه حق المطعون عليهم بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ولا يكفى فى هذا مجرد الامتناع عن دفع الاستحقاق فى الربع، أما عن النص فى المادة 375 من اللائحة على عدم سماع الدعوى فى الإرث والوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة فمجال تطبيقه أن يكون لأجنبى أو الوارث أو ناظر الوقف، الذى يتمسك بعدم السماع قد وضع يده على عين معينة بذاتها بالشروط السابق بيانها طيلة المدة المطلوبة. وعلى هذا فلا تملك وزارة الأوقاف الطاعنة الدفع بعدم سماع دعوى استحقاق مورث المطعون عليهم فى الوقف المؤدى إلى تملكهم للحصة المستحقة طبقاً للقانون 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات".

(طعن رقم 11 لسنة 46 ق "أحوال شخصية" جلسة 1980/4/9)

ومن أمثلة الحيابة الغامضة ما يلى :

1 - فى الملكية الشائعة :

استقلال أحد الشركاء على الشيوع بحيابة المال الشائع جميعه، فإن حيازته لحصص سائر الشركاء لا تعتبر حيابة حقيقية تجيز له تملكها بالتقادم. والسبب فى ذلك أنه لا يعلم بشكل يقينى قاطع للشك ما إذا كان يحوزها استقلالاً ولحسابه أم أنه يحوزها بالنيابة عن سائر الشركاء. على أن هذا لا يعنى أن حيابة الشريك للمال الشائع أو حيابة الوارث لأعيان التركة لا يمكن بمجردهما أن تكون حيابة صحيحة مؤدية إلى كسب الحق بالتقادم. فالمسألة مرجعها إلى اللبس الذى يشوب مثل هذه الحيابة عادة، بحيث أنه إذا انتفى هذا اللبس، فظهر بشكل واضح أن الشريك أو الوارث بنكر على الشركاء أو الورثة الآخرين حقهم ويباعد بينهم وبين الشئ الذى يحوزه فإن حيازته تكون صحيحة⁽¹⁾، وذلك بأن يأتى هذا الشريك أو

(1) عبد المنعم الصده ص 554.

الوارث بأعمال تقطع بنيته فى الاستثنائات بالمال جميعه لحسابه دون باقى الشركاء أو الورثة⁽¹⁾.

2- المساكنة:

قد يكون هناك شخص يموت ويوجد فى منزله أشياء كمجوهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى تكون فى حيازة زوجته أو وارث يعيش معه، أو رفيقة يعاشرها، أو خادم، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه. فالمعاشرة وحدها قد لا تكفى لتعيب الحيازة، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة. أو يدعى أحدهم أن هذه الأشياء وهبت له. فإذا احتج الحائز بهذه الحيازة أمكن القول بأنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس، لأنه لا يتضح من الحائز لهذه الأشياء على وجه التحديد⁽²⁾.

3- المرور فى أرض فضاء:

المرور فى أرض فضاء لا يكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع الغير بالمرور فيها أو بفتح المطلات أو غير ذلك، ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "إن المرور فى أرض فضاء لا يكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده لأنه ليس له إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع

(2) عبد المنعم الصده ص 554 - عبد المنعم البدرأوى ص 475- رمضان أبو السعود ص 396 وما بعدها.

(3) السنهاورى ص 1172 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 474.

الغير به بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك، ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها".

(طعن رقم 23 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/11)

3- "إذا ادعت الدولة أنها اكتسبت ملكية قطعة أرض بالتقادم بسبب مرور الناس عليها، فإن الحيازة على هذا النحو تعتبر غامضة، إذ يشترط لى تصبح الأرض ضمن الأموال العامة أن تقيم الحكومة الدليل على أنها وضعت اليد عليها بنية التملك، بأن تولت صيانتها والإشراف عليها بعد أن أصبحت مطروحة لمصلحة الجمهور⁽¹⁾."

205- عيب الغموض مؤقت؛

عيب الغموض عيب مؤقت يزول متى كشف الحائز عن نيته فى التملك، كما لو أتى أعمالاً أو أفعالا مادية تقطع فى الدلالة على أنه يضع اليد بصفة مالك. أى من الوقت الذى يرتفع فيه أى شك حول حقيقة نية الحائز.

ولا تحسب المدة التى ظلت فيها الحيازة غامضة ضمن مدة الحيازة. وإنما تحسب مدة الحيازة من تاريخ زوال هذا الغموض، وتنتج الحيازة بالتالى آثارها⁽²⁾. ولما كانت الحيازة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال الخفاء، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة فى دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحدة منذ زوال الخفاء فلا يؤخذ فى الاعتبار المدة السابقة على زوال الخفاء.

ويتضح من هذا أن عيب اللبس على خلاف العيبين السابقين - عيب الإكراه (أو عدم الهدوء) وعيب الخفاء (أو عدم العلانية) - يشوب الركن المعنوى للحيازة،

(1) استئناف مصر العليا أول ديسمبر سنة 1909 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 243.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 475 - نبيل سعد ص 484- محمود جمال الدين زكى ص 523.

لأنه عبارة عن الشك الذى يثور بالنسبة إلى نية الحائز (1).

206- عيب الغموض نسبي:

عيب الغموض أو اللبس عيب نسبي. شأنه فى ذلك شأن عيب الإكراه (أو عدم الهدوء) وعيب الخفاء (أو عدم الظهور). فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحياة من حيث القصد كالمالك. أما بالنسبة لغيره فإنه يحتج عليه بالحياة. وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 949 مدنى صراحة بقولها:

(1) وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن اللبس ليس عيبا خاصا للحياة يتميز عن العيوب الأخرى. وإنما هو عبارة عن الشك الذى يثور بالنسبة إلى إحدى صفات الحياة كصفة الظهور مثلا يجب فى الحياة لى تكون منتجة لآثارها أن تستخلص صفاتها من الأعمال التى يباشرها الحائز بطريقة واضحة لاشك فيها (أوبرى درى ج-2 فقرة 17 وهامش 81 مشار إليه بمؤلف الصده ص 555). وقد لوحظ على هذا الرأى أنه يرد المسألة إلى ثبوت الصفات الأخرى للحياة على نحو مؤكد، مع أن اللبس عيب مستقل عن العيوب الأخرى، لأنه على خلافها يشوب الركن المعنوى دون الركن المادى (عبد المنعم الصده ص 555). كما ذهب رأى آخر إلى أن اللبس يعنى عدم وجود الحياة، لأنه يهدم ركنها المعنوى (محمد على عرفه ص 129). ويؤخذ على هذا الرأى أنه يتعارض مع كون العنصر المعنوى مفترض قيامه لدى الحائز، بحيث لا يكون الحائز فى حاجة إلى إثباته. ومادام أن اللبس عبارة عن الشك الذى يوجد بالنسبة إلى نية الحائز، فلا يكون هناك دليل على تخلف العنصر المعنوى للحياة، ومن ثم تعتبر الحياة قائمة.

والواقع أن اللبس عيب مستقل عن عيوب الحياة الأخرى، وهو يشوب الركن المعنوى للحياة ولا يهدمه، إذ أنه يثير الشك فى توافر هذا الركن دون أن يدل على انتقائه. وهذا هو الرأى الذى يكاد ينعقد عليه إجماع الفقه الحديث (السنهورى ص 1174 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 555 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 397 - المستشار على أحمد حسن ص 153) - وهو الرأى الذى أخذ به الشارع فى الفقرة الثانية من المادة 949 مدنى. وبفضل هذا العيب يستطيع القضاء أن يخفف من النتائج التى تترتب على افتراض العنصر المعنوى لدى الحائز. فإذا كانت الحياة تعتبر قائمة حتى ولو كان العنصر المعنوى مفترضا، إلا أن اللبس الذى يشوب هذا العنصر يجعل الحياة غير منتجة لآثارها.

"وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب".

وبتطبيق ذلك على المثال الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الشريك فى الشيوخ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين فى الشيوخ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة. ولكن يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء. وبتطبيقه على المثل الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند من كانوا يعيشون مع المتوفى قبل وفاته، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل من كانوا يساكنون المتوفى، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة، ولكن يحتج بها على غيرهم⁽¹⁾.

207- تقدير الحيازة الغامضة من سلطة محكمة الموضوع:

تقدير ما إذا كانت الحيازة غامضة من عدمه، من المسائل الموضوعية التى تستقل محكمة الموضوع بتقديرها من وقائع الدعوى وملابساتها، ولا رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض⁽²⁾.

208- العيب الرابع:

عدم الاستمرار (أو التقطع) :

(1) السنهورى ص 1175 - عبد المنعم الصده ص 556 - عبد المنعم البدرأوى ص 475 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 398 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 245 - وعكس ذلك محمود جمال الدين زكى ص 524 فيذهب إلى أن الأثر النسبى لعيب الغموض أو اللبس لا يتفق مع طبيعة العيب، الذى يلحق العنصر المعنوى فى الحيازة، مثيرا الشك حول وجوده، والذى يقوم فى الواقع فى مواجهة الكافة، ولذا فإنه يرى أنه عيب مطلق كعيب عدم الاستمرار الذى يلحق العنصر المادى للحيازة، على نقيض الإكراه أو الخفاء اللذين يقترنان بالحيازة، ولا يلحقان عنصرا فيها، ويتصفان لذلك بالنسبية.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 245.

يذهب رأى فى الفقه إلى اعتبار عدم استمرار الحيازة أو تقطعها من عيوب الحيازة⁽¹⁾.

وكانت المادة (1399) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (949 مدنى) تنص فى فقرتها الثانية على هذا العيب بقولها: "وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة" - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "يجب أن تتوافر فى الحيازة شروط معينة هى الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح فالحيازة المتقطعة، والحيازة بإكراه... إلخ".

إلا أن عبارة "وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة" حذفت فى لجنة المراجعة، دون بيان سبب الحذف، واكتفت اللجنة بالإشارة إلى أنها أقرت المادة (1399) مع تعديل لفظى يجعل الحكم أوضح وأدق⁽²⁾.

والمقصود بالاستمرار فى الحيازة، أن يكون وضع اليد مستمرا، ويتكون الاستمرار من قيام واضع اليد بجميع الأعمال التى تتطلبها طبيعة الحق الذى يدعيه على الشئ، وأن يحصل ذلك بانتظام وبدون انقطاع مدة غير عادية قد يتصور معها تخلى الحائز عن الشئ، وبعبارة أخرى يجب أن يكون فى تصرف واضع اليد ما يشعر بأنه صاحب الحق. فيعتبر وضع اليد على أرض زراعية مستمرا بتوالى زراعتها فى المواسم المختلفة، كما أن وضع اليد على منزل يكون مستمرا بسكناه أو بتأجيريه للغير. وليس معنى ذلك أنه يتعين على واضع اليد على المنزل أن يلازمه ولا يتركه أى فترة من الزمن، بل إن تركه إياه لمدة عادية لا يجعل وضع يده معيبا بغياب الانقطاع، مادام أنه من الطبيعى أن يترك المالك منزله بنية العودة إليه. أما إذا هجره لمدة طويلة دون أن يعود إليه خلالها، فإن

(2) السنهورى ص 1151 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 98- محمد على عرفه ص 134 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 517 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 393 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 449 وما بعدها.

ذلك يعيب حيازته بحيث يصبح فى وسع كل ذى مصلحة أن ينكر عليه حيازته. وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى فإن انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى، وهذا يقضى أن يستعمل الأرض فى أوقات معينة هى أوقات الرعى، وأن ينقطع عن استعمالها فى غير هذه الأوقات، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار فى حيازته.

وإذا انقطع الحائز عن وضع يده على الشئ نتيجة قوة القاهرة، كفيضان أغرق الأراضى، أو غزو العدو لمدينة مما أجبر سكانها على هجرها، فإن ذلك الانقطاع القهرى لا يعيب وضع اليد. وهذا رأى هو ما يسير عليه القضاء⁽¹⁾.

(1) ويذهب بعض الشراح إلى أن استمرار الحيازة إنما هو أمر يتصل بالعنصر المادى للحيازة. ومعنى ذلك أن عدم استمرار الحيازة ليس مجرد عيب، وإنما هو يحول دون قيام الحيازة، لأن مقتضاه تخلف ركنها المادى. ويتضح هذا المعنى من نص المادة 1399 فقرة ثانية من المشروع التمهيدى، وهى التى تقابل المادة 949 فقرة ثانية مدنى، حيث كانت تجرى على الوجه الآتى: "وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال مقطعة، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها ليس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه = الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب". فالبقرة الأولى من هذه الفقرة معطوفة على الفقرة الأولى التى تنص على أنه لا تقوم الحيازة على عمل يأتیه الشخص على أنه مجرد رخصة أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، أما العيوب الثلاثة فتأتى بعد ذلك مستقلة فى حكمها. وقد حذفت لجنة المراجعة هذه العبارة كي يكون الحكم أوضح وأدق. فجاء النص قاصرا على ذكر العيوب الثلاثة. ومما يدل على صحة النظر أن الشراح الذين يعتبرون عدم الاستمرار عيبا فى الحيازة يذهب بعضهم إلى أنه عيب مطلق يقوم بالنسبة إلى الكافة. وذلك على خلاف العيوب الأخرى التى تعتبر عيوباً نسبياً، بينما يسكت البعض الآخر فلا يذكر ما إذا كان هذا العيب مطلقاً أم نسبياً. والواقع أن ما يمس الحيازة فى تكوينها هو الذى يكون مطلقاً يحتج به الكافة، أما مجرد العيب الذى يشوب حيازة قائمة فيكون نسبياً لا يحتج به إلا من قام العيب بالنسبة إليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحيازة التي تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته، وبقدر الحاجة إلى استعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشئ فى كل الأوقات دون انقطاع، وإنما يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك فى العادة، وعلى فترات متقاربة منتظمة".

(طعن رقم 387 لسنة 37 ق جلسة 1973/2/8)

2- "يجب أن يقترن وضع اليد بنية التملك وأن يكون مستمرا وظاهرا غير غامض حتى يصلح أساسا للتقادم، كما يجب أن يبين الحكم الوقائع المؤدية إلى توافر شروط وضع اليد".

(طعن رقم 135 لسنة 39 ق جلسة 1974/4/9)

3- (أ) - "كف الحائز عن استعمال حقه فى بعض الأوقات لسبب قهرى لا يفيد أن الحيازة منقطعة ولا يخل بصفة الاستمرار".

(ب) - "الحيازة التي تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته

ويتضح من هذا أن الشارع كان على حق، إذ اعتبر عيوب الحيازة هى فحسب العيوب الثلاثة التى وردت فى النص (عبد المنعم الصده ص 457 وما بعدها - عبد المنعم البدروى ص 468- منصور مصطفى منصور ص 395 هامش (1) - المستشار محمد عبد اللطيف ص 233 وما بعدها).

وبقدر الحاجة إلى استعماله. إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، إنما يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها".

(طعن رقم 927 لسنة 45 ق جلسة 1978/11/16)

"وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة المطلقة فى التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية، وهى أن تكون مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة، وظاهرة إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة ومستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلصت إليها، وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الموضوع - ووفق طلباتها الختامية بأن حيازة سلف المطعون ضده للمنزل - المقام على الأرض المملوكة لها كانت عرضية، إذ كان عاملاً لديها، ودلت على ذلك بشهادة صادرة من التأمينات الاجتماعية، وكان مؤدى هذا الدفاع أن حيازة السلف لعقار النزاع كانت بسبب وقتى معلوم، وكان الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته - على ما تقضى به المادة 2/972 من القانون المدنى، إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفي فى تغيير صفة وضع يده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى ماضى أو قضائى - يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزعم إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه، وعبداء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو - إنما يقع على عاتق الحائز العرضى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بقالة أنه على فرض صحته فقد حاز المطعون ضده المنزل لما يقارب العشرين عاماً بعد وفاة مورثه دون أن تربطه هو بالطاعنة ما يحملها على التسامح فى وضع يده. مما عده الحكم مجابهة صريحة منه لها وإنكار لمليكيته. ورتب على ذلك رفض دعواها بطرده وتثبيت ملكيته للعقار، وكان هذا الذى أورده الحكم لا يصلح رداً على دفاع الطاعنة، ذلك أن

انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرا للسبب، لأن الحيازة إنما تنتقل بصفتها إلى الوارث الذي يخلف مورثه في التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتي لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن، ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب حيازته مجابهة صريحة ظاهرة للمالك. وكانت إقامة المطعون ضده - بعد وفاة مورثه بمنزل النزاع - مهما استطالت - لا تعد بمجرد تغييرا لسبب الحيازة الوقتي الذي تمسكت الطاعنة بانتقاله إليه، هذا إلى أن الحكم الابتدائي - المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه - قد استخلص من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير توافر نية التملك لدى مورث المطعون ضده، على الرغم من خلوها مما يفيد توافر هذه النية، بما يعيب الحكم - فضلا عن الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون - بمخالفة الثابت بالأوراق، مما يعيبه ويوجب نقضه - دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن - على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 3050 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/10)

209 - عيب عدم استمرار الحيازة مؤقت :

عيب عدم استمرار الحيازة عيب مؤقت. فهذا العيب يزول إذا تحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة على النحو الذى ذكرناه سلفا. ومن هذا الوقت الذى يزول فيه العيب تنتج الحيازة أثرها بالنسبة للكافة.

ولما كانت الحيازة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال عدم الاستمرار، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة فى دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحدة منذ زوال عدم الاستمرار. فلا يؤخذ فى الاعتبار المدة السابقة على زوال عدم الاستمرار.

210 - عيب عدم استمرار الحيازة مطلق :

عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق، لأن الحيازة فى ذاتها تكون غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة. ومن ثم يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا

العيب. لأنها غير مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره، فلا يحتج بها عليه⁽¹⁾.

وفى هذا يختلف عيب عدم استمرار الحيازة عن العيوب الثلاثة السابقة، فهي كما ذكرنا ذات أثر نسبي.



(1) السنهوري ص 1157 - رمضان أبو السعود ص 294.

مادة (950)

يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية.

الشرح

211- حيازة غير المميز:

يقصد بغير المميز، من كان فاقدا للتمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز (م 45 مدنى). وقد رأينا أن العنصر المادى فى الحيازة وهو السيطرة المادية على الشئ، تجوز مباشرته بواسطة الغير (كالخادم والتابع والحائز العرضى) أما العنصر المعنوى فلا تجوز مباشرته بالوساطة، بل يجب أن يتوافر لدى الحائز شخصيا. فالقصد أمر شخصى لا يتصور توافره فى غير الحائز. فإذا كان الحائز مميزا (الصبى المميز والمحجور عليه لسفه أو غفلة) فيجوز أن يتوافر لديه عنصر القصد؛ حيث لا يشترط فى توافر هذا العنصر كمال الأهلية، بل يكفى التمييز.

أما إذا كان الحائز عديم التمييز (كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه) فإن إرادته تكون معدومة، فلا يتصور توافر القصد لديه، حيث يرتهن وجود هذا العنصر بتوافر الإرادة وهى متخلفة هنا.

ولذلك فإن عنصر القصد يجب أن يتوافر هنا عند من ينوب، نيابة قانونية عن عديم التمييز من ولى أو وصى أو قيم. فيقوم هذا النائب بمباشرة عنصرى الحيازة مع المادى والمعنوى نيابة عن عديم الأهلية، ولكن لحسابه ولذلك فإن الحيازة تنتج آثارها لصالح عديم التمييز لا لصالح واضع اليد الظاهر⁽¹⁾.

(1) رمضان أبو السعود ص 384- عبد المنعم الصده ص 533- محمد على عرفه 139 وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه يجوز للولى على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية لكونه فاقد الأهلية، هذا الاعتراض مردود بأن ولى هذا القاصر أو وصيه هو الذى يقوم بالحيازة نيابة عنه (استئناف مصر 27 ديسمبر 1938). وكذلك الحال بالنسبة للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية، فمن يمثل هذا الشخص هو الذى يباشر الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز، كما لو ناب عن الحائز فى العنصرين نائبه القانونى (ولى أو وصى أو قيم) ... الخ"⁽²⁾.



(1) رمضان أبو السعود ص 384 - عبد المنعم الصده ص 533.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 455.

مادة (951)

- 1- تصح الحيابة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة.
- 2- وعند الشك يفترض أن مباشر الحيابة إنما يحوز لنفسه فإن كانت استمرارا لحيابة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ فيها.

الشرح

212- الحيابة بالوساطة:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن:

"تصح الحيابة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة".

وينصرف الحكم الوارد في هذا النص إلى العنصر المادى فى الحيابة دون العنصر المعنوى. إذ القاعدة أن العنصر المادى يمكن أن يباشره الحائز بواسطة شخص آخر يعمل لحسابه، بينما يجب أن تتوافر النية التى يقوم عليها العنصر المعنوى لدى الحائز نفسه ما لم يكن الحائز عديم الإرادة كما رأينا.

فيستطيع الحائز أن يمارس الأعمال المكونة للعنصر المادى للحيابة إما بنفسه أو بواسطة غيره. فإذا اشترى شخص ماشية من السوق للاستعانة بها فى خدمة أرضه، فإنه يحوزها حيابة مباشرة، أما ناظر العزبة الذى يشتري الماشية اللازمة لخدمتها من مال المالك، فإنه يضع يده عليها باسم المالك ولحسابه فيكون حائزا بواسطة ناظر العزبة فى مثل هذه الحالة.

والمادة تشير إلى صورة بذاتها من صور الحيابة بالوساطة، ألا وهى الحيابة التى يكتسبها المتبوع بواسطة التابع، كناظر الزراعة فى المثال السابق، وحيابة

المخدوم للأدوات المنزلية التي يستعملها الخادم وحياسة المالك للسيارة التي يحوزها السائق حيازة مادية، وحياسة المزارع للمحاصيل التي يودعها في شونة أو مخزن. وهذا ما يستفاد من عبارة النص.

"متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة"، ويؤيده تاريخ النص فكانت المادة (1401) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (951) تنص على أن: "1- تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر، وكان منه بمكان التابع، بحيث يكون ملزما أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة"، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"1- قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز.. وقد يتفرق العنصران فيكون العنصر المعنوى عند المخدوم... إلخ"، وهذا ما يدل بوضوح على أن الوسيط يجب أن يكون تابعا، غير أنه لما عرض النص على لجنة المراجعة أقرته مع تعديل وصفته بأنه "لفظى"، ثم عدل النص بعد ذلك فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حيث جاء على صورته الحالية، دون أن تثار فى المناقشات مسألة اقتصار الوساطة على التابعين⁽¹⁾.

ولذلك فإن ما يسيطر عليه هؤلاء بحكم التبعية تكون حيازتهم للمتبوع حتى ولو لم يكن الأخير قد علم بالاستيلاء على الشئ⁽²⁾.

فتكون الحيازة للمتبوع ولكنها حيازة غير مباشرة إذ أن هؤلاء يحوزون لحساب الآخرين الذين تكمن عندهم نية التملك لا اكتساب الحيازة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 454 وما بعدها.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 224 وما بعدها - محمد على عرفه ص 141 وما بعدها -

محمد وحيد الدين سوار ص 607 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان يشترط في حيازة المنقول لكي تكون دليلاً على الملكية أن تكون حيازة أصلية وليست عارضة، فإذا ثبت أنها كانت باسم أو لحساب شخص آخر غير الحائز أو بالوساطة عنه فإنها لا تصلح قرينة على ملكية الحائز حتى يقيم هو الدليل على أن صفة حيازته قد تغيرت إلى حيازة أصلية، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن دفاع الطاعن أمام محكمة الموضوع قام على أنه استورد السيارة محل النزاع ولما تعذر عليه الإفراج عنها من مصلحة الجمارك بدون إذن استيراد اتفق مع الشركة على القول بأنها وردت لحسابها وبناءً على ذلك وقع الطاعن على أوراق الإفراج عنها بصفته مندوباً عن هذه الشركة وسددت الرسوم الجمركية المستحقة عليها وأقر ممثلها في تحقیقات النيابة بأن ذلك تم بقصد تسهيل الإفراج عن السيارة مما مفاده أن حيازة الشركة لم تكن لحسابها وإنما لحساب الطاعن في حين أعلنت الشركة أنه حين تعذر الإفراج عن السيارة اشترتها من الطاعن بمبلغ سبعة آلاف جنيه واستدلت على ذلك بتوقيع الطاعن على مستندات الشحن وعلى أوراق الجمارك بصفته مندوباً عنها وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الدفع المبدى من الطاعن بعدم جواز إثبات ذلك البيع إلا بالكتابة وأقام قضاءه على مجرد اعتبار حيازة الشركة للسيارة قرينة على وجود التصرف القانوني الناقل للملكية دون أن تقيم الشركة الدليل على ذلك البيع واعتمد على البيان الجمركي الذي تضمن أن الطاعن استورد السيارة بصفته مندوباً عن الشركة في حين أن ممثلها أقر بتحقیقات النيابة بمخالفة هذا البيان للحقيقة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 972 لسنة 54 ق جلسة 1988/4/26 - غير منشور)

213 - حيازة الحارس القضائي :

الحارس القضائي وكيل عن أصحاب الشأن فى دعوى الحراسة. ومن ثم فإن حيازته للمال محل الحراسة، تكون بالنيابة عنهم، ومن ثم تتصرف إليهم آثار هذه الحيازة بالتطبيق للمادة 951 مدنى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن.

1- "آثار حيازة الحارس القضائي باعتباره وكيلًا عن أصحاب الشأن فى دعوى الحراسة تتصرف إليهم بحيث يكون لهم دون غيرهم الاستناد إليها كسبب من أسباب كسب الملكية".

(طعن رقم 552 لسنة 45 ق جلسة 1978/5/4)

2- (أ) - "مفاد نص المادة 3/92 من قانون الزراعة رقم 53 لسنة 1966 أنه لا يجوز تعديل الحيازة الزراعية إلا بعد موافقة الجمعية التعاونية الزراعية أو بعد أن يلتزم الحائز الجديد بالديون المستحقة على الأرض محل التنازل قبل الحائزين السابقين سواء كانت هذه الديون للحكومة أو للمؤسسة المصرية العامة للتأمين الزراعى والتعاونى بصرف النظر عن تاريخ نشوء هذه الديون أو شخص المدين بها من الحائزين السابقين".

(ب) - "إذ استثنت الفقرة الأخيرة من المادة 92 من القانون 53 لسنة 1966 حالات تغيير الحيازة نتيجة تنفيذ الأحكام القضائية فقد دلت على أن المراد بالحيازة فى هذا الصدد هو معناها العام المعروف به فى القانون، وهى سيطرة الحائز سيطرة مادية على الأرض الزراعية يباشرها باسمه ولحسابه وهذا أمر لا ينطبق على الحارس القضائي الذى ناط به حكم الحراسة أداء أعمال معينة وأسبغ عليه فى أدائها صفة النيابة عن ذوى الشأن الذين خضعت أموالهم للحراسة، فتكون حيازته هى حيازة بالوساطة وفقا لنص المادة 951 من القانون المدنى فينصرف أثرها إلى الأصيل دون النائب، ومؤدى هذا أن الحكم القاضى بتعيين حارس على أرض زراعية لا يندرج على إطلاقه فى عموم الاستثناء المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة

92 من القانون آنف الذكر ولا يعتبر تغييرا للحيازة في مفهومه طالما كان الحارس قد حل محل من خضعت أموالهم للحراسة في حيازتها فصار نائباً يديرها لحسابهم، إذ يلتزم على سند من هذه الصفة بأداء الديون المستحقة على الأرض محل الحراسة التي نشأت في ذمة أولئك، أما إذا كان الحائز من غير ذوى الشأن الخاضعة أرضهم للحراسة ولم يكن يحوزها لحساب أى منهم فتمكن الحارس تنفيذاً لحكم قضائى من استرداد الأرض من يد هذا الحائز كى يباشر سيطرته عليها نيابة عن ذوى الشأن فإن ذلك يعد تغييراً لشخص الحائز بالمعنى الذى قصده المشرع فى قانون الزراعة".

(طعن رقم 170 لسنة 57 ق جلسة 1987/11/26)

214 - افتراض أن مباشر الحيازة يحوز لنفسه عند الشك :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كان استمراراً لحيازة سابقة افتراض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها".

وهذه المادة تتناول الحالة التى يثور فيها الشك حول وصف الحيازة، أى عما إذا كان واضع اليد هو الحائز القانونى أم أنه يحوز بالوساطة لحساب غيره. فجعل النص أن الأصل هو افتراض أن واضع اليد هو الحائز القانونى، أى يحوز لحساب نفسه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزاً لنفسه، إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره"⁽¹⁾. على أن هذه القرينة غير قاطعة لصالحه، بل إنها تقبل إثبات العكس بإحدى وسيلتين هما:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 455.

أولاً: أن يثبت من يدعى الحيابة لنفسه أن واضع اليد ملتزم فى مواجهته برد الشىء، فعندئذ يتعين عليه أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات.

ثانياً: أن يثبت مدعى الحيابة أنه كان حائزاً للشىء قبل أن يضع الحائز الحالى يده عليه، فيفترض عندئذ أن حيابة هذا الأخير استمراراً للحيابة السابقة التى يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وأخصها البينة والقرائن.

ولكن الحائز الحالى يستطيع بدوره، أن يهدم هذه القرينة التى أقامها المشرع لصالح الحائز السابق، وذلك بأن يثبت اكتسابه حقاً عينياً على الشىء الذى انتقلت إليه حيابته، ولكن إثبات هذا الحق مقيد بطبيعة الحال باتباع القواعد العامة فى الإثبات⁽¹⁾.



(1) محمد على عرفه ص 143.

مادة (952)

تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلم مادي للشيء موضوع هذا الحق.

الشرح

215 - انتقال الحيازة من الحائز إلى غيره بالاتفاق:

تنتقل الحيازة من حائز إلى آخر باتفاق الطرفين، شأنها في ذلك شأن انتقال الحق من شخص إلى آخر، إذا اتفق الطرفان على ذلك .

غير أن انتقال الحيازة إلى شخص آخر لا يعنى أن تكون حيازته مستقلة مبتدأة مختلفة عن حيازة سابقة، وإنما يعنى هذا الانتقال أن تكون الحيازة في انتقالها حيازة متصلة، تصل الثانية بالأولى، الأمر الذي يؤدي إلى جواز ضم مدة الحيازة السابقة (حيازة السلف) إلى مدة الحيازة اللاحقة (حيازة الخلف) .

وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء إذا لم يكن للمنقول مالك. ليس فيه انتقال للحيازة لأن المنقول لم يكن في حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر .

واغتصاب الحيازة من الحائز وانتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة لأن المعتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبدأ حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة، ولا يعتبر استمرارا لها ولا يجوز أن تضم إليها مدتها .

ويستوى في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذي ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك .

ومن الأمثلة على نقل الحيازة إلى الغير بالاتفاق عقد البيع والهبة، فهذان العقدان يلزمان الحائز بأن ينقل الحيازة إلى الخلف الخاص .
والمقصود بالحيازة هو الحيازة بركنيها المادي والمعنوي .

ونقل الحيازة إلى الغير بالاتفاق لا يشترط فيه أن يكون بالتسليم المادى للشيء محل الحق، بل يكفي أن يكون هذا التسليم حكما أو يكون رمزيا كما سنرى.

غير أن المادة اشترطت لنقل الحيازة بالاتفاق أن يكون فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشيء موضوع الحق.

ومثال ذلك أن تنتقل الحيازة من شخص إلى آخر على شيء موجود تحت يد شخص ثالث، كأن يبيع شخص منزلا مؤجرا إلى آخر مع اشتراط بقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى نهاية مدة الإيجار. وفى هذه الحالة يبقى المنزل تحت يد المستأجر، ولكن أثر وضع يده ينصرف فى المستقبل لحساب المالك الجديد بدلا من المالك السابق.

ولعل هذا الفرض هو الذى عناه المشرع بالنص السابق⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف، مصحوبا بانتقال السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق إلى الخلف. وقد يكون انتقال الحيازة معنويا فلا يتم تسليم مادى، كما إذا استمر السلف حائزا ولكن لحساب الخلف (مثل ذلك البائع يستأجر الشيء المبيع).... الخ"⁽²⁾.



(1) محمد على عرفه ص 145 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 463.

مادة (953)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم ماذى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه.

الشرح

216 - نقل الحيازة بالتسليم الحكمى :

تنص المادة على صورتين لنقل الحيازة دون تسليم ماذى أى بالتسليم الحكمى هما :

الصورة الأولى :

هى التى يستمر فيها السلف واضعا يده لحساب الخلف كأن يستأجر البائع الشىء المبيع، فهو بعد أن تصرف فى الشىء بالبيع استبقاه فى يده على سبيل الإيجار، أى أنه أصبح حائزا عرضيا لحساب المشتري وهو المؤجر أو يبقى الشىء المبيع فى حيازة البائع بصفة مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة.

الصورة الثانية :

هى التى يستمر فيها الخلف واضعا يده لحساب نفسه، وهذا ما كان يسمى الرومان بالتسليم باليد القصيرة *traditio brevi manu*، كأن يشتري المستأجر العين المؤجرة من المؤجر، فيستمر واضعا يده عليها بصفته مالكا بعد أن كان مستأجرا، أى أنه يصبح حائزا قانونيا بعد أن كان حائزا عرضيا. ويتضح من هذا أن التسليم الحكمى يتم بتغيير صفة الحيازة، إذ أنه فى هاتين الصورتين تتحول الحيازة بتغيير السند الذى يحدد سبب الحيازة.

217 - تقدير مدى كفاية التسليم الحكمى :

تقدير مدى كفاية التسليم الحكمي لنقل الحيازة من السلف إلى الخلف مفروض فيها أن يكون في استطاعة الخلف أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة. وهذه مسألة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. ويقع على عاتق الخلف عبء إثبات ما يدل على أنه قد انتقلت إليه الحيازة المادية للشئ بتمكنه من الاستحواذ عليه وإلا فقدت حيازته له عنصرها المادي⁽¹⁾.

(أنظر نقض طعن رقم 107 لسنة 15 ق جلسة 1947/1/30 - منشور

ببند 220).



(1) عبد المنعم الصده ص 561 - حسام الدين الأهواني ص 295- عبد المنعم البدرأوى ص 460 وما بعدها.

مادة (954)

- 1- تسليم المستندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.
- 2- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة.

الشرح

218- التسليم الرمزي:

التسليم الرمزي يكون بتسليم ما يرمز إليه الشيء موضوع الحيازة أو يمكن من السيطرة على حيازته ماديا.

فالتسليم الرمزي يتحقق إذا تسلم الحائز أداة يستطيع بواسطتها أن يسيطر على الشيء، كما لو تسلم المشتري مفاتيح المنزل المبيع، أو تسلم مفاتيح المكان الذي توجد به المنقولات المباعة.

219- التسليم الرمزي الوارد بالنص:

ذكرت الفقرة الأولى من المادة مثالا للتسليم الرمزي.

فقضت بأن تسليم المستندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

فإذا باع شخص بضائع عهد بنقلها إلى شركة نقل أو أودعها مخازن عامة، فإن تسليم سند الشحن أو الإيداع إلى المشتري يقوم مقام تسجيل البضاعة ذاتها حيث يصبح المشتري حائزا لهذه البضائع. فهو يستطيع أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن ومن ثم يعتبر تسليم المشتري لسندات البضائع انتقالا لحيازة البضائع إليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"سند الشحن وإن كان يمثل فى الأصل دليل الشاحن أو المرسل إليه قبل الناقل فى شحن البضاعة أو حق تسلمها عند الوصول وهو مما يمثل الطابع الشخصى لوظيفة السند إلا أنه يعد أيضا أداة ائتمان. فهو يمثل البضاعة المشحونة لذاتها ويقوم مقامها بحيث تندمج البضاعة فى سند الشحن ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضاعة وإن كانت هذه الحياة رمزية يتمثل فيها الطابع العينى لوظيفة السند".

(طعن رقم 147 لسنة 40 ق جلسة 1977/3/28)

220 - حياة مفتاح الخزانة هى حياة رمزية :

حياة مفتاح الخزانة هى حياة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد. فقد ذكرنا سلفا أن ما ورد فى المادة من تسليم المستندات المعطاة عن البضائع هو مجرد مثال للحياة الرمزية.

وتسليم مفتاح الخزانة ليس بذاته دليلا قطعيا على حياة ما هو فى الخزانة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حياة مفتاح الخزانة هى حياة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حياة ما هو فى الخزانة، وكون الشئ حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل. وإذا كان القانون قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله سلط على الخزانة مستأثرا بالتصرف فى فراغها ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بطروفيها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا وإلا

فلا. وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 107 لسنة 15 ق جلسة 1947/1/30)

221 - تعارض التسليم المادى مع التسليم الرمضى:

إذا تعارض التسليم المادى مع التسليم الرمضى، بأن تسلم شخص السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن، بينما تسلم شخص آخر البضائع ذاتها، وكان كلاهما حسن النية فإن الأول الذى تسلم البضائع هو الذى يفضل فإذا باع صاحب البضائع بضاعته وهى فى يد أمين النقل أو مودعة بالمخازن لشخصين متعاقبين فإن ملكية البضائع تنتقل إلى المشتري الأول بموجب عقد البيع، فإذا ما تسلم هذا المشتري الأول البضائع تسلمها رمزيا بتسلمه سندات البضائع ولم يتسلم المشتري الثانى البضائع أصلا، بقيت ملكية البضائع عند المشتري الأول، ولكن إذا تسلم المشتري الثانى البضائع ذاتها تسلمها فعليا ولو بعد تسلم المشتري الأول سندات هذه البضائع، كان المشتري الثانى هو صاحب الحيابة المادية والمشتري الأول هو صاحب الحيابة الرمزية وتعارضت الحيازتان، ويفضل المشتري صاحب الحيابة المادية⁽¹⁾.

والمقصود بحسن النية ألا يعلم كل منهما بسبق تسليم المستندات إلى غيره، فإن كان سىء النية فيجب تفضيل من تسلم المستندات مادام حسن النية، فيعتبر هو الحائز⁽²⁾.

وفضل صاحب الحيابة المادية، لأن من حصل عليها جدير به أن يكون أكثر اطمئنانا ممن لم يحصل إلا على حيابة رمزية. كما أن الحيابة المادية حالة واقعة ومن ثم يفضل التسليم الواقعى على التسليم الرمضى فى حالة التعارض. كما أن

(1) السنهورى ص 1215.

(2) حسام الأهوانى ص 295.

ذلك يوفر الحماية للغير الذى يتعامل مع الحائز المادى، ومن ثم تستقر المعاملات أحد الأهداف الأساسية لنظرية الحيابة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... كما قد يكون انتقال الحيابة رمزياً، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن. لكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيابة فى هذا الفرض عند الأخير"⁽²⁾.

222 - تقدير مدى كفاية التسليم الرمزى :

راجع بند (215) .



(1) السنهاورى ص 1215 - حسام الدين الأهوانى ص 295.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 463.

مادة (955)

- 1- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته⁽¹⁾.
- 2- ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر.

الشرح

223 - انتقال الحيازة للخلف العام بصفاتها :

المقصود بالخلف العام الوارث أو الموصى له بحصة معينة من التركة. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن: "تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها"، فالحيازة تنتقل هنا من السلف إلى الخلف بحكم القانون، فقد كان الميت هو الحائز فى حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسلماً فعلياً. وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء، ففى الفترة ما بين موت السلف وتسلم الخلف تسلماً فعلياً، لا بد أن يكون للمال حائز مادام مالا مملوكا غير سائبة. ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف فالحيازة تتبع الملكية هنا. وتنتقل هى أيضاً مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف⁽²⁾.

وتنتقل الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها، لأن حيازة الخلف العام استمرار لحيازة سلفه، وعلى ذلك يستمر الخلف فى هذه الحيازة حتى تتم المدة التى بدأها السلف⁽³⁾.

ويترتب على انتقال الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها ما يأتى :

(1) قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2014/7/6 فى القضية رقم 180 لسنة 24 قضائية

«دستورية» الجريدة الرسمية العدد 28 (ج) بتاريخ 2014/7/16 - برفض الدعوى التى أقيمت

بعدم دستورية هذا البند الذى يدور حول انتقال حيازة السلف إلى الخلف العام.

(2) السنهاورى ص 1199.

(3) نبيل سعد ص 498.

1- إذا كانت حيازة المورث حيازة عرضية، لم يكن للوارث أن يتمسك بالحيازة القانونية فى كل ما يرتبه عليها القانون من آثار، ما لم يقع منه عمل تتغير به صفة حيازته بإحدى الطريقتين المبينتين فى المادة 2/972 - كما سنرى - ويلاحظ فى هذه الحالة أن إثبات تغيير الصفة يكون على الوارث نفسه، إذا الفرض أن حيازته هى استمرار لحيازة المورث بصفاتها، وقد كانت حيازة المورث عرضية. فإذا غير الوارث صفة حيازته احتسبت المدة اللازمة لإنتاج الحيازة أثرها من ذلك الوقت دون أن يستطيع ضم مدة حيازة المورث⁽¹⁾.

2- إذا كانت حيازة المورث معيبة كأن كانت حيازة خفية أو بإكراه أو غامضة انتقلت بهذه الصفة إلى الخلف العام، ولا يمكن أن ينتج أثرها القانونى إلا إذا زال عنها هذا العيب بأن أصبحت ظاهرة هادئة لا لبس فيها. هذا مع ملاحظة أن حيازة الحلف لن تعد قانونية إلا من تاريخ زوال العيب

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن المادة (79) من القانون المدنى صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن. وحكم هذه المادة يسرى على الواقف المستحق وعلى الناظر على الوقف وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم، فلا يستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده بما يغير به قانونا".

(طعن رقم 61 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/23)

2- "إذا كان وضع يد المورث بسبب معلوم غير أسباب التملك فإن ورثته من بعده لا يملكون العقار بمضى المدة طبقا للمادة 79 من القانون المدنى. ولا يؤثر فى ذلك أن يكونوا جاهلين حقيقة وضع اليد، فإن صفة وضع يد المورث تلازم العقار عند انتقال اليد إلى الوارث فيخلف الوارث مورثه فى التزامه برد العقار بعد انتهاء السبب الوقتى الذى وضع اليد بموجبه ولو كان هو يجهله. ومادام الدفع بجهل الوارث صفة وضع يد مورثه لا تأثير له قانونا فإن المحكمة لا تكون ملزمة بالتعرض له فى حكمها".

(طعن رقم 65 لسنة 11 ق جلسة 1942/5/21)

الذى شابها.

3- إذا كانت حيازة المورث قانونية أى حيازة مستكملة عنصرها المادى والمعنوى وخالية من العيوب استطاع الوارث أن يستمر فى الحيازة وأن يضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته. فلا تتغير صفة الحيازة إلى عرضية فى يد الوارث إلا إذا أصبح يحوز لحساب غيره⁽¹⁾.

ويترب على ذلك ما يأتى :

(أ) - إذا كنا بصدد التقادم وكانت حيازة المورث مقترنة بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح استطاع الوارث أن يتمسك بهذه الحيازة ليتملك العقار بخمس سنوات تدخل فيها مدة حيازة المورث. ومعنى ذلك أن للوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى استند إليه مورثه وبحسن نية مورثه أيضا وقت تلقيه الحق وكذلك بالمدة التى أمضاها فى الحيازة ليتم التقادم الخمسى.

وليس شرطاً حينئذ أن يكون الوارث نفسه حسن النية، لأن حسن النية - كما سنرى - لا يشترط فى التقادم الخمسى إلا فى ابتدائه أو على الأصح عند تلقى الحق، أما سوء النية الطارئ فلا يحول دون تمامه. وعلى ذلك إذا كان المورث فى هذا الغرض قد حاز العقار مدة ثلاث سنوات استطاع الوارث أن يكسب العقار بحيازته مدة سنتين أخريين ولو كان هو نفسه سيئ النية.

(ب) إذا لم يكن المورث مستنداً إلى سبب صحيح فإن الوارث لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم الخمسى، شأنه شأن المورث، وإنما كان له أن يتمسك بالتقادم الطويل، ويستطيع أن يستفيد من حيازة المورث لأن حيازته كما قلنا هى استمرار لهذه الحيازة⁽²⁾.

224 - حالة ما إذا كان السلف سيئ النية والخلف حسن النية :

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 464- وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 404 .

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 465.

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة فى صدرها على أن: "تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها" أردفت أنه "إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته".

وقد ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن مقتضى الحكم الأخير أنه إذا كان المورث قد حاز العقار بسوء نية ولكن بسبب صحيح، فإن الوارث الذى يصبح حسن النية يستطيع أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى يسند حيازة المورث أى بذلك العقد الذى تلقى المورث الحيازة القانونية بمقتضاه، فيتملك العقار بخمس سنوات. على أن هذه السنوات الخمس لا تبدأ فى السريان إلا من يوم حيازة الوارث نفسه، ولا يكون فى مقدوره أن يضم مدة حيازة سلفه لأن حيازته تعتبر فى هذا الفرض مستقلة عن حيازة السلف، وذلك على خلاف ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى⁽¹⁾. ومعنى هذا أن خلافة الوارث تقتصر هنا على الإفادة من السبب الصحيح⁽²⁾.

(1) فقد جاء بها: "على أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سىء النية جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 463).

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 466 - منصور مصطفى منصور ص 416- محمد وحيد الدين سوار ص 647 وما بعدها - نبيل إبراهيم سعد ص 498 - حسام الدين الأهوانى ص 292- وعكس ذلك محمد على عرفه ص 147 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 404 وما بعدها - السنهورى ص 1204 وما بعدها.

فيذهبون إلى أن الوارث فى هذه الحالة لن يستطيع التملك بالتقادم الخمسى، حيث لا يجديه فى هذا الصدد الاحتجاج بحسن نيته، طالما أنه يحتج بالسبب الصحيح الذى تلقى مورثه بمقتضاه، حيث يشترط حسن النية وقت تلقى الحق، والفرض هنا هو توافر سوء النية =

= فى هذا الوقت من جانب المورث. ولذلك لابد من حصول الوارث على سبب صحيح مستقل عن السبب الذى تلقى مورثه الحق بمقتضاه، حتى يتملك العقار بقاعدة التقادم القصير. فإذا فرضنا أن شخصا اغتصب عقارا مملوكا للغير، ثم مات فخلفه وارثه فى

225- انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

للخلف الخاص في هذا المقام معنى يختلف عن معناه المعتاد. فالخلف الخاص بمعناه المعتاد هو الذي يخلف السلف في حق معين. ولكن الأمر هنا لا يتعلق بخلافة في الحق، وإنما يتعلق بخلافة في الحيازة. وهذه واقعة مادية. ولهذا يؤخذ الخلف الخاص في خصوص ضم الحيازات بمعنى أوسع بكثير من معناه المعتاد.

فهو يصدق على كل حائز قامت بينه وبين سلفه علاقة قانونية أدت إلى انتقال الحيازة، سواء كان هذا الانتقال بناء على التزام السلف بتسليم الشيء أو كان بناء على فسخ سنده أو إبطاله، أو الرجوع فيه حيث تكون هناك صلة بين الحيازة الحالية والحيازة السابقة تجعل الأولى نتيجة طبيعية للثانية.

حيازة هذا العقار وهو يجهل تماما واقعة الغصب فإن دفع الوارث بجهله صفة حيازة مورثه لا يجديه نفعاً طالما أن حيازته استمرار لحيازة مورثه. أما إذا فرضنا أن الوارث وقد علم بواقعة الغصب، توجه إلى من يعتقد أنه مالك العقار فاشتراه منه، ثم بدأ حيازة جديدة تستند إلى هذا السبب الصحيح، ومضت مدة التقادم الخمسى، ثم فوجئ بمالك العقار الحقيقي يطالبه باستحقاقه فإنه يستطيع عندئذ أن يتمسك بحيازته الجديدة المدعمة بالسبب الصحيح وحسن النية. وواضح - في نظر أصحاب هذا الرأي - أننا لا نكون في هذا الفرض بصدد انتقال حيازة، بل بصدد حيازة جديدة لا محل لحرمان صاحبها من أن يتمسك بها بصفاتها الخاصة، دون أن يكون له الحق في أن يضم إليها مدة حيازة مورثه.

وعلى ذلك فطالما كان المورث سيئ النية وقت حصوله على السبب الصحيح، فإن الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية، ولا يستطيع الوارث أن يتمسك العقار إلا بالتقادم الطويل، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة.

فلمشتري أن يضم إلى حيازته حيازة البائع. وللموهوب له أن يضم إلى حيازته حيازة الواهب. وللموصى له بعين معينة من أموال التركة أن يضم إلى حيازته حيازة الموصى، وكذلك حيازة الوارث في الفترة ما بين الوفاة وتسليم العين. وللبائع إذا فسخ عقد البيع أو أبطل أن يضم إلى حيازته حيازة المشتري. وللواهب إذا رجع في الهبة أن يضم إلى حيازته حيازة الموهوب له. وللرأسى عليه المزداد أن يضم إلى حيازته حيازة المحجوز عليه. وللمتقاسم أن يضم إلى حيازته الحيازة التي كانت له ولباقي المتقاسمين أثناء الشيوع. ولحائز حق الانتفاع أن يضم إلى حيازته حيازة من تلقى الحق منه وكان حائزا مثله باعتباره مالكا أو صاحب حق انتفاع. وعلى العكس من ذلك لا يجوز للغاصب أن يضم إلى حيازته حيازة من سبقه في الحيازة. كذلك لا يجوز لمن حصل على الشيء بمقتضى حكم صدر لصالحه في دعوى الاستحقاق أن يضم إلى حيازته حيازة من صدر الحكم ضده حين يرجع عليه المالك⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها، ظاهرا فيها بصفته صاحب الحق، ويتعين عند ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف، قيام رابطة قانونية بين الحيازتين. ولما كان الحكم المطعون فيه قد جرى في قضائه على ضم مدة حيازة المطعون عليه إلى مدة حيازة سلفه، ورتب على ذلك في تقريره، بأن المطعون عليه قد استكمل المدة اللازمة لتملك العقار موضوع النزاع بمضى المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يبين الرابطة القانونية التي تجيز ضم مدة الحيازتين، فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 75 لسنة 37 ق جلسة 1971/12/23)

(1) محمد كل مرسى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية 1371هـ - 1952م ج4 ص177 -

عبد المنعم الصده ص 594 وما بعدها.

أيضا طعن رقم 136 لسنة 57 ق "هيئة عامة" بجلسة 1996/1/2 - طعن رقم 3918 لسنة 68 ق جلسة 2000/1/18.

ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف:

226 - شرط ضم الحيازتين:

يستمد الخلف العام حقه من سند سلفه، بينما يستمد الخلف الخاص حقه من سنده هو الذى صدر إليه من سلفه. وفى ضوء هذا الوضع. نجد أن مركز كل منهما يختلف اختلافا تاما عن مركز الآخر. فحيازة الخلف العام تعتبر استمرارا لحيازة سلفه، فلا يكون هناك ضم لحيازتين بالمعنى الحقيقى، بل تكون هناك حيازة واضحة يستمد فيها الخلف الحالة التى كانت عليها، ومن ثم يتقيد بها الخلف حيث تظل له بصفتها وعيوبها. أما حيازة الخلف الخاص فهى حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه، حيث تكون هناك حيازتان مستقلتان يجوز ضمهما بالمعنى الصحيح، ومن هنا لا يتقيد الخلف الخاص بحيازة سلفه، فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة فى ذلك، ويطرحها مقتصرًا على حيازته إذا لم تكن له مصلحة فى الضم.

إلا أنه يشترط لضم حيازة السلف ما يأتى:

1- أن تكون حيازة السلف صالحة لأن تنتج الأثر الذى يريد الخلف التمسك به. وبناء على ذلك إذا كان الحائز قد اشترى الشيء الذى يحوزه من مستأجر مثلا - وهو حائز عرضى - فليس للمشتري أن يضم إلى حيازته، مدة حيازة سلفه سئ النية وذلك فى حالة كون المدة الباقية للتملك بالتقادم الطويل أقل من خمس سنوات. فقد يكون السلف سئ النية حائزا للعين مدة اثنتى عشرة سنة، وفى هذه الحالة لا يحتاج الخلف إلا لحيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى يستكمل بها مدة التقادم الطويل. هذا وقد يحدث العكس بأن يكون السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ودامت حيازته مثلا ثلاث سنوات، وكان الخلف سئ النية يعلم أن العقار غير مملوك لسلفه، وفى هذه الحالة لا يستطيع الخلف أن يتملك بالتقادم الخمسى لأنه

سئ النية، ولكنه يستطيع أن يملك العين بالتقادم الطويل، فيضم حيازة سلفه إليه ويستمر في حيازته هو مدة اثنتى عشرة سنة⁽¹⁾.

2- أن يكون الحق الذى حازه السلف هو ذات الحق الذى يحوزه الخلف أو يتضمنه، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الخلف الخاص يريد التمسك بالتقادم المكسب لملكية الشيء فلن يستطيع أن يمسك بحيازة السلف إذا كان هذا حائزا للشيء بوصفه صاحب حق انتفاع فقط، وعلى العكس إذا كان الخلف الخاص قد تلقى حق انتفاع من سلفه الذى كان حائزا بصفته مالكا، كان له أن يضم مدة حيازة سلفه ليتمسك بكسبه الانتفاع بمضى المدة فى مواجهة المالك الحقيقى للشيء. ذلك أن الانتفاع داخل فى الملكية إذ هو من عناصرها.

3- أن تكون حيازة السلف صالحة للتقادم المكسب الذى يريد الخلف أن يمسك به. وعلى ذلك إذا أراد الخلف أن يمسك بالتقادم القصير الخمسى، لأنه كان حسن النية ومستندا فى حيازته إلى سبب صحيح، فهو لا يستطيع أن يضم مدة سلفه، إلا إذا كان الأخير حسن النية ولديه السبب الصحيح. أما إذا كان سئ النية أو تخلف لديه هذا السبب، فليس للخلف إلا أن بمضى فى حيازته هو، فيتملك العين بمضى خمس سنوات بشرط وجود السبب الصحيح وحسن النية. ومع ذلك فيستطيع الخلف أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ليتملك العقار بالتقادم الطويل.

(1) محمد على عرفه ص 148- رمضان أبو السعود ص 409 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه مدة خمسة عشر عاما يستوى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر عاما دون حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر في عقود ملكيتهما ولا يهم أن تكون هذه العقود مسجلة أم غير مسجلة رسمية أو عرفية كما لا يهم أن تقدم هذه العقود إلى المحكمة أو لا تقدم لسبب أو لآخر".

(طعن رقم 117 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/17)

2- "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر وكل ما اشترطه لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه المدة التي حددها القانون يستوى في ذلك أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن تلك المدة التي حددها القانون بغير حاجة إلى النظر في مستندات ملكيتهما ذلك أن وضع اليد المدة الطويلة بشروطه القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها الأخرى".

(طعن رقم 494 لسنة 40 ق جلسة 1979/5/16)

3- "من المقرر أن للبائعين وخلفهم أن يتمسكوا بوضع يدهم المدة الطويلة المكسبة - متى توافرت لهم شروطه - في مواجهة من يدعى حقا يعارضهم أيا كان سندده وهو ما يجعل بالتالي لخلفهم المشتري - مصلحة محققة في رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد مشتراه ليكون الحكم الصادر فيها سندا له في ثبوت الملكية بوضع اليد بالتقادم المكسب خلفا للبائعين له ومورثهم - وهو ما يجوز في صحيح القانون - اعتباره سندا ناقلا للملكية وقابلا للشهر عنه فضلا عن كفايته في ذاته

سندا صالحا للاحتجاج به قبل من ينازعه فى ثبوت هذا الحق له أو يدعى عليه بأى حق يعارضه وتلك بدورها غاية تجيز إقامة الدعوى بصحة ونفاذ العقد وتوجب قبولها".

(طعن رقم 537 لسنة 42 ق جلسة 1983/1/11)

4- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن يشترط لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه مدة خمسة عشر عاما يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر عاما. ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهدوء مقرونة بنية التملك بلا انقطاع عن حيازته التى كانت مستوفية لتلك الشروط أيضا".

(طعن رقم 281 لسنة 56 ق جلسة 1990/12/20 - غير منشور)

227 - يشترط لضم مدة حيازة السلف انتقال الحيازة إلى الخلف على نحو يمكنه من السيطرة الفعلية على الشئ :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1979/4/26 فى الطعن رقم 447 لسنة 46 ق بقولها:

"تنص المادة 952 من القانون المدنى على أنه "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشئ موضوع هذا الحق"، وتنص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المذكور على أنه "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر" ومفاد هذا أن ادعاء الخلف الخاص الملكية بالتقادم الطويل المدة بضم مدة

حيازة سلفه يقتضى انتقال الحيازة إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً مع توافر الشروط القانونية الأخرى لكسب الملكية بوضع اليد مدة خمسة عشر عاماً، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما".

(طعن رقم 447 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/26)

(أيضاً طعن رقم 136 لسنة 57 ق "هيئة عامة" بجلسته 1996/1/2 - طعن رقم

3918 لسنة 68 ق جلسة 2000/1/18)

228 - نطاق ضم مدة حيازة السلف إلى الخلف :

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا كان الخلف المتمسك بالتقادم يريد الاحتجاج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة التقادم.

والسلف المشترك هو من يتصرف فى عين تكون هى بذاتها محل تصرف منه لآخر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له، أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه من هذا السلف".

(طعن رقم 130 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/23)

2- "قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف وعلى ما جرى به قضاء المحكمة لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو

غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حياة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف".

(طعن رقم 671 لسنة 44 ق جلسة 1978/2/28)

3- "السلف المشترك هو من يتصرف في عين تكون هي بذاتها محل تصرف منه لآخر، وإذا كان العقار الذى آل إلى الشفيع - الطاعن - من المطعون عليهما الثانية والثالثة بموجب العقد المؤرخ 1967/7/11 يغير العقار الذى تلقاه المشفوع منه - المطعون عليه الأول - من ذات البائعتين، فإن الحكم إذ اعتبر هاتين الأخيرتين سلفاً مشتركاً ورتب على ذلك عدم جواز احتجاج الشفيع قبل المشفوع منه بضم مدة حياة سلفه لمدة حيازته يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 890 لسنة 45 ق جلسة 1978/6/27)

4- "لئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة ضم حياة السلف إلى مدة حياة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حياة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف، إلا أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة ألا يكون ثمة وجود في الحقيقة إلا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانوناً دون ضم مدة حياة صاحب هذا العقد إلى مدة حياة سلفه".

(طعن رقم 229 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/29)

5- "لما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الثالث والرابع قد باعا أرض النزاع إلى المطعون ضده الثانى بالعقد العرفى المؤرخ 1983/8/28 ثم أعاداً بيع ذات الأرض إلى المطعون ضده الأول بالعقد العرفى المؤرخ

15/3/1985، فإن المطعون ضدهما الثالث والرابع يكونان سلفا مشتركا لكل من المطعون ضدهما الأول والثاني فلا يجوز لأى من الأخيرين التمسك قبل الآخر بضم حيازة السلف المشترك المشار إليه (المطعون ضدهما الثالث والرابع) إلى حيازته وبالتالي لا يحق للطاعنين أن يتمسكوا بضم حيازة البائعين لسلفهم إلى حيازتهم توصلا إلى اكتساب ملكية أرض النزاع بوضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية، ومتى كان ذلك فلا على الحكم المطعون فيه إن هو التفتت عن تحقيق دفاع الطاعنين في هذا الخصوص أو لم يرد عليه باعتباره لا يستند إلى أساس قانونى سليم مما لا يشكل دفاعا جوهريا قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فيما لو تعرض له الحكم".

(طعن رقم 2000 لسنة 63 ق جلسة 2000/6/11)

6- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة - محكمة النقض - أن قاعدة ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له ميراثا أو شراءً بحيث إذا كان السلف مشتركا فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يغير من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف".

(طعن رقم 4098 لسنة 65 ق جلسة 2006/11/21)

229 - ضم مدة حيازة السلف لا يتعلق بالنظام العام :

ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم فإنه يجب على الحائز إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية. ومن ثم لا يجوز إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر أن للمشتري باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب، وأنه ليس ثمة 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 كما أنه من المقرر كذلك أن على مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية".

(طعن رقم 37 لسنة 39 ق جلسة 1976/6/30)

2- "للمشتري باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب إلا أنه على مدعى التملك في هذه الحالة إذا أراد ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية".

(طعن رقم 1499 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/16)

3- "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت لها الشروط القانونية، وإذ كانت الطاعة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بتملكها أرض النزاع بوضع اليد المدة الطويلة استمرارا لوضع يد سلفها، فإن ما تثيره بسبب النعى يكون سببا جديدا لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 732 لسنة 55 ق جلسة 1985/12/17)

4- (أ) - "التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم يتعين على مدعى التملك بهذا الطريق أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع بطريق الطلب الجازم إذ ليس لها أن تثيره من تلقاء نفسها".

(ب) - "البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين لم يثيروا أمام محكمة الموضوع دفاعهم الوارد بسبب النعى وهو انتقال الملكية إليهم بوضع اليد عملاً بالمادة 969 من القانون المدني ولم يقدموا في طعنهم المائل الدليل على عرضه لدى تلك المحكمة ولئن تعلق هذا الدفاع بسبب قانوني إلا أن تحقيقه يقوم على اعتبارات يختلط فيها الواقع بالقانون مما لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1312 لسنة 61 ق جلسة 1996/3/13)

وفي دعوى تثبيت الملكية استناداً إلى التقادم الطويل، يعتبر استدلال المدعى على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه طلباً بضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين استند في طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل واستدل على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين لم تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور مبطل".

(طعن رقم 1579 لسنة 57 ق جلسة 1990/1/30)

230 - لا يشترط لضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف ملكية السلف

للعقار موضوع الحيازة:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة تنص على أن: "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر". وقد جاء هذا النص مطلقاً من كل قيد، والقاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه ولا يجوز تقيده. وعلى ذلك فإن مقتضى هذا النص في إطلاقه أنه يجوز للخلف الخاص وفي جميع الأحوال ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم. وبغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك⁽¹⁾.

وهذا ما قضت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في حكمها الصادر في الطعن رقم 136 لسنة 57 ق "هيئة عامة" بجلسة 1996/1/2 والذي ذهب فيه إلى أن:

"وحيث إن الدائرة المدنية المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ 1995/7/13 إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية للفصل فيه عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 1972/46 وإذ حددت الهيئة جلسة لنظره قدمت النيابة مذكرة عدلت فيها عن رأيها السابق وأبدت الرأي بنقض الحكم.

وحيث إن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار، ومنها التملك بالتقادم المكسب، وكان نص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدني على أن "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 500.

سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيابة من أثر " يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أو غير مالك، متى كانت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه ماديا، إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التي استلزمها القانون واستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها، لما كان ذلك وكان الحكم الصادر من هذه المحكمة بجلسة 1983/4/28 في الطعن 1751 لسنة 49ق والأحكام الأخرى التي نحت مناه قد جرت في قضائها على غير هذا النظر مقررة أنه يشترط لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدني ألا يكون هذا السلف مالكا للعقار وقت تصرفه فيه إلى خلفه، أما إذا كان السلف مالكا له فعلا بأى طريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذي لا يملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هو الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها فإنه يتعين العدول عما قرره وذلك بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية.

وحيث إنه عملا بنص الفقرة بذاتها فإنه يتعين على الهيئة أن تفصل في الطعن المحال إليها.

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب حين أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعواه على عدم أحقيته في ضم مدة حيازة سلفه المطعون ضده الثاني إلى حيازته

لكون هذا السلف مالكا للعقار الذى تصرف فيه إليه وبالتالي لا يجوز للخلف الخاص فى هذه الحالة أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى حين أن نص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدنى لا يشترط ذلك بما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدنى - وعلى ما تقدم بيانه - أنه يجوز للخلف الخاص وفى جميع الأحوال باعتباره خلفا للبائع ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من أنه يشترط لإعمال هذا النص ألا يكون السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وقد حجه ذلك عن تحقيق دفاع الطاعن من أنه اكتسب ملكية العقار محل النزاع بوضع اليد الذى استوفى شروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته وهو ما يعيبه أيضا بالقصور مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

وقد قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك بأن النص فى الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدنى على أنه "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر". إنما يدل - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشروطها القانونية بحيث لا يقل مجموع الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك متى كانت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه

السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه تسلماً مادياً مادام المتمسك بالتقادم يريد أن يحتج بهذا الضم قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن البائع للطاعة كان وقت التصرف إليها في 1970/6/8 قد تملك العقار المبيع بالحيازة المكسبة للملكية وامتنع بذلك عن ضم حيازته إلى حيازتها وانتهى إلى رفض دعواها باعتبار أنه وقت رفعها عام 1978 لم تكن مدة التقادم المكسب للملكية الناشئ عن حيازتها الخاصة المستوفية لشروطها قد اكتملت فإنه يكون بذلك قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه وذلك مادام أن الطاعة على ما هو ثابت بالأوراق بعد تنازلها عن مخاصمة ورثة البائع لها - لا تريد أن تحتج بضم حيازتها إلى حيازة سلف قبلهم. وحيث إنه لما تقدم يتعين نقض الحكم".

(طعن رقم 2085 لسنة 61 ق جلسة 1997/11/13)

2- "وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه في أسباب الحكم وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور، وكان المقرر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية بعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، وأن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلي المستوفي عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها في محرر أو تصرف قانوني قد يطابق أو لا يطابق الواقع، كما أن المقرر أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدني على

أن "ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر"، يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك، متى كانت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه ماديا إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التى استلزمها القانون واستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع فى الدعويين الأصلية والفرعية أنه تملك أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب بضم حيازة سلفه إلى حيازته كما أنه اعترض على ما انتهى إليه الخبير فى تقريره من أن حيازته وفقا للمستندات بدأت منذ عام 1986 وطلب إعادة المأمورية إلى الخبير لبحث حيازته وحيازة سلفه باعتبار أن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى لا بما يرد بشأنها فى المستندات، إلا أن الحكم المطعون فيه إذ لم يتناول هذا الدفاع بشقيه بما يقتضيه من البحث والتمحيص رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع والفساد فى الاستدلال مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 3918 لسنة 68 ق جلسة 2000/1/18)

مادة (956)

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى.

الشرح

231- زوال الحيازة:

تنص المادة على أن الحيازة تزول إذا تخلى الحائز عنها باختياره، أو إذا فقدها بأى طريقة أخرى. فقد رأينا أن الحيازة لا تقوم إلا باجتماع عنصرىها المادى والمعنوى. ومن ثم فإنها تزول إذا تخلى الحائز عنها بعنصرىها، أو إذا فقد عنصرها المادى. أما فقد العنصر المعنوى وحده فإنه غير متصور. وذلك على التفصيل الآتى:

1- زوال الحيازة بتخلى الحائز باختياره عن عنصرىها:

تزول الحيازة بتخلى الحائز باختياره عن عنصرىها المادى والمعنوى، إذ التعبير بتخلى الحائز معناه اتجاه نيته إلى التخلّى عن الشئ بقصد النزول عن حقه عليه.

وهذه هى الطريقة الغالبة لزوال الحيازة وهى تتحقق فى حالتين:

الأولى: حين يتصرف الحائز فى الشئ وبسلمه إلى المتصرف إليه الذى يخلفه فى الحيازة أو يعترف الحائز للمالك بحقه ثم يقوم بتسليمه الشئ إما اختياراً أو بمقتضى حكم قضائى فى دعوى استحقاق لمصلحة المالك. وهنا يبدأ المتصرف إليه حيازة جديدة مستقلة عن حيازة المتصرف.

الثانية: أن يتخلى الحائز عن الشئ بنية تركه، فيصبح من الأشياء المتروكة. ويحدث ذلك بالنسبة للمنقولات التى يتخلى عنها أصحابها لعدم نفعها لهم. ويتفق هذا مع حكم المادة 1/871 مدنى التى تجرى على أن: "يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته".

ومن ثم يصبح هذا المنقول من الأشياء المهجورة التي يجوز تملكها بالاستيلاء⁽¹⁾.

2- زوال الحيابة إذا فقد الحائز بدون اختياره العنصر المادى.

تزول الحيابة إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية على الشيء بأية طريقة كانت، إذ أن الحيابة - كما قدمنا - جماع عنصرين لا تقوم إلا بهما معاً، فلا يجدى الحائز نفعا فى احتفاظه بالحيابة أن يظل على نيته فى تملك الشيء، بينما هو لا يستطيع السيطرة عليه فعلاً.

وتجب التفرقة فى هذا الشأن بين المنقول والعقار:

(أ) - فإذا كان موضوع الحيابة منقولاً فإن الفقد يتحقق فى حالتين: الأولى حين يستحوذ الغير فعلاً على الشيء كما إذا اغتصب الغير هذا الشيء أو سرقه. والثانية حين يخرج الشيء فعلاً من حوزة حائزه دون تدخل من جانب أحد، كما لو ضاع الشيء أو هرب الحيوان ممن يحوزه. وفى هاتين الحالتين لا يستطيع الحائز أن يباشر على الشيء المنقول الأعمال المادية للحيابة، فيؤدى هذا إلى أن يفقد حيازته، ولا يجديه أن يظل محتفظاً بالعنصر المعنوى، إذ النية لا تكفى وحدها للاحتفاظ بالحيابة. ولذلك فإنه فى حالة السرقة يصبح السارق هو الحائز⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 149 - رمضان أبو السعود ص 413.

(2) عبد المنعم الصده ص 562 وما بعدها - وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة 956

مدنى يتضمن فقرة ثانية تقرر حكماً غير هذا الحكم، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى:
"إذا فقد الحائز شيئاً دون أنه يحوزه شخص آخر، كان له أن يستبقى الحيابة بمحض نيته، مادام لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 467). وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها تطبيق للقواعد العامة. والصحيح أن حكم هذه الفقرة المحذوفة يخالف القواعد العامة، فإن الحيابة متى فقدت عنصرها المادى تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر المعنوى. وقد كان المقصود بإيراد هذه الفقرة فى المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة، لا تطبيقاً لها.

على أنه يجب التحرز من الخلط بين فقد السيطرة الفعلية على الشيء، وبين عدم مباشرة هذه السيطرة بإهمال الحائز أو بسبب خارج عن إرادته. فإن فقد السيطرة الذي تزول به الحيازة يقتضى قيام عقبة تحول دون هذه السيطرة رغم إرادة الحائز.

وهذه العقبة قد تقوم بأن تعترض يد الحائز يد أخرى تحول بينه وبين مباشرة سيطرته الفعلية، أو أن يقع حدث من شأنه قطع صلة الحائز بالشيء. أما مجرد امتناع الحائز عن مباشرة سيطرته الفعلية بإهماله أو بسبب خارج عن إرادته، كمرض مزمن ألزمه الفراش مدة طويلة، فإنه لا يفقده حيازته مهما طال الزمن، طالما أن في وسعه أن يستعيد سيطرته على الشيء متى شاء⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"لا تزول يد صاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بها، بل يجب لذلك أن تكون قد اعترضتها يد للغير تتوافر فيها الشروط القانونية. فإذا كان صاحب الارتفاق على مروي لم يستعمل حقه في الرى منها منذ عشر سنوات فإن مجرد هذا الترك للاستغناء لا يكون له تأثير في وضع يده عليها. وإذن فمحاولة صاحب الأرض التي تمر فيها المروي إقامة سور عليها تعد تعرضاً ليد صاحب الارتفاق معطلا لحقه".

(طعن رقم 77 لسنة 10 ق جلسة 1941/2/20)

= أما وقد حذفت فلم يعد مجال لهذا الاستثناء، ويجب اعتبار من أضع شيئاً أنه فقد حيازته، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته، ولو لم يفقد الأمل في العثور على المفقود (السنهوري ص 1230 - عبد المنعم الصده ص 562 هامش (1) وما بعدها - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 131 وما بعدها، محمد كامل مرسى ص 28، منصور مصطفى منصور ص 392 وبعدها، فيرون أن ضياع الشيء مؤقتاً لا يترتب عليه فقد الحيازة مادام الحائز لم يفقد الأمل في العثور عليه وما دام لم يحوزه شخص آخر حيازة قانونية صالحة لأن تترتب عليها آثار الحيازة.

(1) محمد على عرفه ص 150 وما بعدها.

(ب) إذا كان موضوع الحيازة عقاراً:

إذا كان موضوع الحيازة عقاراً، فإن زوال الحيازة يتحقق إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية على العقار بسبب سيطرة غيره على ذات العقار، أى قيام حيازة معارضة لحيازته الأولى. ويحدث ذلك إذا اغتصب الغير الحيازة بالإكراه أو سيطر على الشيء بدون علم الحائز. ولكن هذه السيطرة من الغير لا تعنى أن الحائز قد فقد حقه فى حماية حيازته. فقد منحه القانون الحق فى استرداد حيازته خلال سنة من فقد حيازته (مادة 958 مدنى). فإذا تم للحائز استرداد حيازته خلال هذه السنة أو كان على الأقل قد رفع دعوى استرداد الحيازة خلال هذه السنة، فلا تعد حيازته مفقودة. أما إذا مضت السنة دون أن يسترد خلالها حيازته أو يرفع دعوى باستردادها. فإنه يفقد عندئذ حيازته، حتى لو كان لا يعلم باغتصابها، وحتى لو ظل يظهر نيته فى الاحتفاظ بالحيازة، كاستمراره فى دفع التكاليف والضرائب عن هذا العقار⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم الصده ص 563 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 411 وما بعدها.

مادة (957)

1- لا تنقضى الحيابة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى.

2- ولكن الحيابة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً من حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه. وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيابة الجديدة إذا بدأت علناً، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية.

الشرح

232- عدم انقضاء الحيابة بالمانع الوقتى من الحيابة:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "لا تنقضى الحيابة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى".

فإذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى، أى حال دون الحيابة المادية مانع وقتى، فإن الحيابة لا تنقضى، فمادام المانع ليس ناشئاً عن حيابة فإن الحائز يظل محتفظاً بحيابته أى لمجرد احتفاظه بنية التملك.

وقد يكون هذا المانع الوقتى مانعاً طبيعياً أو قوة قاهرة، كطغيان الفيضان على الأرض أو احتلال العدو للأرض⁽¹⁾.

أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير مؤقتة فإن الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها، ومن ثم يفقد الحيابة.

(1) نقض 1936/12/3 مشار إليه فى مؤلف عبد المنعم البدرأوى ص 457.

233- انقضاء الحيابة إذا استمر المانع سنة كاملة وكان ناشئاً عن

حيابة جديدة:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "ولكن الحيابة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً من حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه".

والفرض الذى تعالجه هذه الفقرة فتقطع الصلة بفرض المانع الوقتى الذى ورد فى الفقرة الأولى من نفس المادة، إذ أن المانع الوقتى هو عقبة مادية نجمت عن قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أما الفقرة الثانية فتفترض أن حيابة جديدة اعترضت الحيابة القائمة فحالت دون مباشرتها، وهو فرض يقتضى زوال الحيابة لإبقائها.

على أن الحيابة لا تزول فى هذا الفرض إلا إذا انحسرت عنها الحماية القانونية، وهى لا تنحسر عنها إلا بتوافر الشروط الآتية وهى:

1- أن تعترضها حيابة جديدة مستوفية لسائر الشروط القانونية، ومن بينها الهدوء والعلانية.

2- أن تمضى على الحيابة سنة، كى يفقد الحائز حقه فى رفع دعوى استرداد الحيابة.

3- إذا كانت الحيابة الجديدة قد شابها عنف أو خفاء وجب أن تتطهر أولاً مما يعيبها، وإلا فإنها تكون عديمة الجدوى فى زوال الحيابة القديمة التى تبقى قائمة مهما طال الزمن، طالما أنه لا يمكن افتراض اتجاه نية الحائز إلى التخلّى عنها. فإذا زال العيب وأصبحت الحيابة الجديدة مجدية فى إنتاج آثارها، فإن بقاءها سنة من وقت انكشاف العيب عنها، بزوال أعمال العنف أو بعلم الحائز الأول بها، يؤدى إلى زوال الحيابة السابقة⁽¹⁾.

234- احتساب مدة السنة :

الغالب فى الحيازة الجديدة أن تكون قد اقترنت بإكراه أو تكون قد حصلت خفية. وقد جعل الشارع بدء سريان السنة رهينا بعلنية الحيازة. فإذا بدأت الحيازة الجديدة علنا بدأ سريان السنة من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة، وإذا بدأت خفية بدأ هذا السريان من وقت علم الحائز الأول بها، أى أنه إذا كانت الحيازة الجديدة مشوبة بعيب الخفاء فإن ميعاد السنة لا يسرى إلا من وقت زوال هذا العيب بالنسبة إلى الحائز الأول. على أنه يلاحظ أنه إذا مضت هذه السنة دون أن يسترد الحائز الأول حيازته ودون أن يرفع دعوى الاسترداد خلالها فإنه يعتبر قد فقد الحيازة من يوم أن فقد العنصر المادى، وليس من يوم انتهاء هذه السنة. كما أن الحيازة الجديدة تعتبر أنها قد بدأت من يوم وقوعها، وليس من يوم انتهاء هذه السنة.

غير أنه إذا كانت مشوبة بإكراه أو خفاء فإنها لا تصبح حيازة صالحة لكسب الحق بالتقادم إلا من وقت زوال العيب الذى يشوبها، حيث لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من هذا الوقت⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم الصده ص 564 - السنهورى ص 1232.

حماية الحيازة (دعاوى الحيازة الثلاث) :

مادة (958)

1- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك.

2- ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره.

الشرح

235- دعاوى الحيازة عامة تحمى حيازة العقار دون المنقول :

كانت دعاوى الحيازة في ظل التشريع الرومانى والتشريع الفرنسى القديم تكفل حماية كافة الأموال والحقوق العينية العقارية والمنقولة على السواء. إلا أن التقنيات الحديثة - ومن بينها التقنين المدنى - جرت على الحد من هذه الدعاوى بأن جعلها مقصورة فقط على حماية الأموال والحقوق العينية العقارية، دون الأموال والحقوق العينية المنقولة.

ويرجع ذلك إلى أن المنقول ليس كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه، فبد الحائز للمنقول تختلط بيد المالك، وبالتالي تختلط الحيازة في المنقول بالملكية. فدعوى الملكية تحمى حيازة المنقول وملكيته معا. فالحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هي سند الملكية⁽¹⁾.

(1) المستشار على أحمد حسن ص 174 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 308 - وقد قضت محكمة النقض بأن:

"دعوى الطرد للغصب ليست دعوى حيازة وإنما هي دعوى موضوعية تكون فيها مهمة المحكمة بعد ثبوت حق رافع الدعوى في استعمال الشيء واستغلاله أن تبحث سند واضح اليد، وهي لا تستطيع البت في اعتبار واضع اليد غاصبا أو غير غاصب إلا بعد تكييف السبب القانونى الذى يستند إليه فى وضع اليد وبحث توافر أركانه وشروط =

(الدعوى الأولى)

(دعوى استرداد الحياة)

236- تعريف دعوى استرداد الحياة:

دعوى استرداد الحياة شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان رفعها رهنا بأن يكون لرافعها حياة مادية حالية، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً حال وقوع الغصب، ولا يشترط أن تكون هذه الحياة بنية التملك، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حياة فعلية، ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر والمراد بالقوة المستعملة لسلب الحياة كل فعل مادي أدى إلى منع الحياة الواقعية لا فرق فى ذلك بين القوة المادية أو المعنوية، ولو لم تستعمل القوة أو العنف⁽¹⁾.

وتختلف دعوى استرداد الحياة عن دعوى الطرد للغصب، التى هى من دعاوى الحق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه لما كانت دعوى الطرد للغصب من دعاوى أصل الحق يستهدف بها رافعها أن يحمى حقه فى استعمال الشئ واستغلاله فيسترده ممن يضع اليد عليه بغير حق، سواء أكان وضع اليد عليه ابتداء بغير سند، أو كان وضع اليد عليه بسبب قانونى يسمح له بذلك ثم زال هذا السبب واستمر واضعاً اليد وهى بذلك تختلف عن دعوى استرداد الحياة التى

= صحته ومداه فى ضوء الأحكام القانونية الخاصة بكل سبب من أسباب اكتساب الحقوق".

(طعن رقم 8024 لسنة 65 ق جلسة 2002/4/8)

(1) نقض طعن رقم 711 لسنة 42 ق جلسة 1976/5/5، طعن رقم 25، 28 لسنة 50 ق

جلسة 1981/1/1 - طعن رقم 1312 لسنة 52 ق جلسة 1987/2/12.

يرفعها من كانت له حيازة قائمة ثم انتزعت منه خفية أو بالقوة دون نظر إلى صاحب أصل الحق وبالتالي فإن دعوى الطرد للغصب ليست دعوى حيازة وإنما هى دعوى موضوعية تكون فيها مهمة المحكمة بعد ثبوت حق رافع الدعوى فى استعمال الشيء واستغلاله أن تبحث سند واضح اليد، وهى لا تستطيع البت فى اعتبار واضع اليد غاصبا أو غير غاصب إلا بعد تكييف السبب القانونى الذى يستند إليه فى وضع اليد وبحث توافر أركانه وشروط صحته ومداه فى ضوء الأحكام القانونية بكل سبب من أسباب اكتساب الحقوق. وكان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الأصل خلوص المكان لمالكه فيكفى الأخير إثباتا لواقعة الغصب التى يقيم عليها دعواه أن يقيم الدليل على وجود الغير بالعين لينقل بذلك عبء الإثبات على الأخير ليثبت أن وجوده بالعين يستند إلى سبب قانونى يبرر ذلك. وكان من المقرر كذلك أن شغل المكان بطريق الغصب مهما استطالت مدته لا يكسب الحق فى البقاء".

(طعن رقم 2156 لسنة 69 ق جلسة 2012/1/18)

شروط دعوى استرداد الحيابة

يشترط لرفع دعوى استرداد الحيابة توافر الشروط الثلاثة الآتية:

- 1- وجود حيابة مادية لعقار .
 - 2- سلب الحيابة من الحائز عنوة.
 - 3- رفع الدعوى خلال السنة التالية لسلب الحيابة، أو خلال سنة من وقت انكشاف سلب الحيابة إذا تمت خفية.
- ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل على النحو التالى.

الشرط الأول

وجود حيابة مادية لعقار

237- المقصود بالحيابة المادية :

ذكرنا أن دعوى استرداد الحيابة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع بصرف النظر عن وضع اليد فى ذاته.

ولذلك يكفى لرفع دعوى استرداد الحيابة أن يكون الحائز حائزا لعقار حيابة مادية هادئة ظاهرة حالية، فلا يلزم أن يكون حائزا حيابة قانونية يتوافر فيها الركنان المادى والمعنوى.

والمقصود بالحيابة المادية، أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر.

ومعنى كون الحيابة حالية أن يكون هذا الاتصال قائما فى حالة وقوع الغصب والعبرة فى ثبوت هذه الحيابة - وهى واقعة مادية- بما يثبت قيامه فعلا ولو خالف الثابت بمستندات.

ويجب أن تكون الحيابة هادئة ظاهرة ولا يشترط أن تستمر الحيابة لمدة سنة، كما هو الحال فى دعوى منع التعرض.

وإن كنا سنرى أن استمرار الحيازة لمدة سنة له أهمية عند المفاضلة بين حيازتين (أنظر شرح المادة 959 مدنى).

وطالما لا يشترط فى الحيازة توافر ركنها المعنوى، فإنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة من كل من:

1- الحائز العرضى: وهو الحائز لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع أو المرتهن رهن حيازة، أو المستأجر أو الحارس القضائى، فهم يحوزون حق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك.

وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة 958 بقولها: "يجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره".
ومع مراعاة أن المادة أجازت للمستأجر رفع كافة دعاوى وضع اليد.

2- الحائز على سبيل التسامح⁽¹⁾: ولو رفعت الدعوى ضد المالك الذى أجاز له الحيازة على سبيل التسامح.

3- الحائز بموجب ترخيص إدارى:

إذا كان المرخص له بالانتفاع بالمال العام قد تعرض له الغير بقصد منع انتفاعه بهذا المال، لأن المرخص له بالانتفاع بجزء من هذا المال له نوع من الحيازة تخول له الاحتماء بدعاوى وضع اليد ضد كل من يتعرض له من الأفراد فى الانتفاع بهذا المال.

أما إذا كانت الحكومة هى التى منعت المرخص له من الانتفاع بالمال العام قبل انقضاء مدة الترخيص فلا يجوز للمرخص له الالتجاء إلى قاضى اليد بطلب استرداد حيازته لهذا المال، لأن هذه التراخيص غير ملزمة للسلطة المرخصة التى لها دائما لداعى المصلحة العامة الحق فى إلغائها والرجوع فيها قبل حلول أجلها، وعدا ذلك تخضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيها، وإعطاء التراخيص ورفضها والرجوع فيها كل ذلك أعمال إدارية بحكم القانون العام.

(1) محمد كامل مرسى ص 35 - السهنورى ص 1247.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع بدون نظر إلى وضع اليد في ذاته، وذلك لا يشترط فيها لا نية التملك عند وضع اليد ولا وضع اليد لمدة سنة على الأقل سابقة على التعرض ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره في الحيازة، بل ممن كانت حيازته عن تسامح من صاحب اليد، ويكفي في قبولها أن يكون لرفعها حيازة واقعية هادئة ظاهرة وإنما يشترط أن يقع سلب الحيازة بقوة أو إكراه⁽¹⁾، فإذا قبلت المحكمة دعوى استرداد الحيازة مع أن وضع يد المدعى عليه فيها لم يقدح بقوة ولا إكراه فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون.

(طعن رقم 32 لسنة 3 ق جلسة 1933/6/26)

2- "إن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهناً بأن يكون لرفعها حيازة مادية حالية. ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً في حالة وقوع الغصب، فإذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبتها مستأجره، ونفذ حكم الإغلاق بإخراج جميع الأشياء التي كانت به وإغلاق بابها ووضع الأختام عليه، فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائي الصادر عليه، والقول بأن المستأجر ظل حائزاً رغم ذلك هو خطأ في فهم معنى الحيازة".

(طعن رقم 70 لسنة 16 ق جلسة 1947/6/5)

3- "دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد، فلا يشترط توافر نية التملك عند واضع اليد ولا وضع

(1) هذا الحكم صدر في ظل التقنين المدني القديم، وهو يشترط أن يكون سلب الحيازة "بقوة أو إكراه" وقد عدلت محكمة النقض عن ذلك في ظل التقنين المدني الجديد كما سنرى.

يده سنة سابقة على التعرض، ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره فى الحياة ويكفى لقبولها أن يكون لرفعها حياة مادية حالة تجعل يده متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً قائماً فى حالة وقوع الغصب".

(طعن رقم 58 لسنة 29 ق جلسة 1984/1/9)

4- "النص فى المادة 958 من القانون المدنى على أن "الحائز العقار إذا فقد الحياة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه، فإذا كان فقد الحياة خفيه بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك ويجوز أيضاً أن يسترد الحياة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره" يدل على أن دعوى استرداد الحياة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ومن ثم كان قبولها رهناً بأن يكون لرفعها حياة مادية حالية ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً حال وقوع الغصب ولا يشترط أن تكون هذه الحياة مقرونة بنية التملك فيكفى لقبولها أن تكون لرفعها حياة فعلية ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر مباشرة ودون حاجة لاختصاص المؤجر".

(طعن رقم 2 لسنة 49 ق جلسة 1984/4/9)

5- "من المقرر أن دعوى استرداد الحياة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع فهى شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهناً بأن يكون لرفعها حياة مادية حالة بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً بحيث يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الاتصال قائماً حال وقوع الغصب. وأنه وإن كان لا يلزم أن تكون هذه الحياة بنية التملك إلا أنه يتعين فى جميع الأحوال أن يكون لرافع الدعوى حياة هادئة وظاهرة، وأن ترفع الدعوى خلال سنة من حصول سلب الحياة".

(طعون أرقام 1799، 2097، 2243 لسنة 62 ق جلسة 1993/6/17)

6- "لما كان الثابت أن المطعون ضدّهما الأول والثانية قد افتتحا دعوتهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده باسترداد حيازتهما لأرض النزاع من تحت يده وبالتالي فهى من دعاوى الحيازة المعروفة فى القانون أساسها الأصل الحيازة المادية بشروطها القانونية مرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة المادية فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضدّهما المذكورين بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصوم المدخلين فى مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هذا الطلب عن الطلب الأصلى فى موضوعه وفى سببه وفى خصومه ومن ثم لا يجوز تقديمه فى صورة طلب عارض".

(طعن رقم 1222 لسنة 60 ق جلسة 1995/1/5)

7- "دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع فهى قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ومن ثم فإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب وبحيث تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة".

(طعن رقم 7983 لسنة 64 ق جلسة 1995/7/13)

8- "حيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن دعوى استرداد الحيازة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع، إذ شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم فإن قبولها رهن بأن تكون لرافعها حيازة مادية حالية بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر، وأن يكون هذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب، وبحيث تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة. كذلك فإنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان تقرير الخبير قد استوى على حجج تؤيدها الأدلة

والقرائن الثابتة بالأوراق، وكانت المحكمة قد طرحت النتيجة التي انتهت إليها التقرير وذهبت بما لها من سلطة التقدير الموضوعية إلى نتيجة مخالفة، وجب عليها وهي تبأشر هذه السلطة أن تتأول فى أسباب حكمها الرد على ما جاء بالتقرير من حجج وأن تقيم قضاءها على أدلة صحيحة سائغة من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التي انتهت إليها ولا تخالف الثابت بالأوراق. لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برد حيازة المحل موضوع النزاع للمطعون ضده على ما أورده فى أسبابه من أنه اشتراه ومحلين آخرين بعقد نص فيه على أنه تسلّم المبيع فضلا عما شهد به شقيقاه فى تقرير الخبير المندوب فى الدعوى، وما يستخلص من المحضرين الإداريين 1841، 1944 لسنة 1988 بالجمرك من أن تلك الحيازة كانت هادئة مستقرة حتى سلبها الطاعن 1988/6/7، دون أن يفتن إلى ما جرى به دفاع الأخير من أن حيازة المطعون ضده قد انتهت فى عام 1985 عقب عودته من الخارج وأنه - الطاعن - إستأثر بحيازة المحل بعد ذلك التاريخ، ومن أن تمكينه من وضع سيارته فيه لم يكن إلا عملا من أعمال التسامح، وهو ما تأيد بما انتهى إليه تقرير الخبير من أن الأوراق خلت من دليل يؤيد حيازة المطعون ضده للمحل خلال المدة من عام 1985 حتى 1988 وهى الفترة السابقة على رفع دعواه برد الحيازة، ولم يعن بتمحيص ذلك الدفاع أو تحقيقه مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم يكون معيبا بقصور مبطل يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لمناقشة باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 5577 لسنة 6 ق جلسة 2001/5/22)

238- عدم اشتراط حسن نية الحائز:

لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز الذى سلبت حيازته حسن النية. فنقبل دعوى استرداد الحيازة من الحائز سىء النية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة 961 من القانون المدني على أن "من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض"، إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توفرت الشرائط التى تضمنتها هذه المادة إذ لم يستلزم القانون لإسباغ تلك الحماية على الحائز أن يكون المتعرض سئ النية".

(طعن رقم 524 لسنة 44 ق جلسة 1978/1/10)

239- لوضع اليد على الشيوع رفع دعوى استرداد الحيازة :

جعل القانون لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعوى وضع اليد، ولما كان وضع اليد بمعناه القانونى كما يقع على العقار المفرز يقع على الحصة الشائعة، ومن ثم فإنه يحوز لكل واطع يد على حصة شائعة أن يستعين بدعوى وضع اليد ومن بينها دعوى استرداد الحيازة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واضعا يده على جزء معين تسهيلا لطريقة الانتفاع فهو يمتلك فى هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع ويكون انتفاعه بالباقي مستمدا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل فى المنفعة وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له فى الحقوق على الأرض، بل كل ما له - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واطع اليد بما يقابل الانتفاع. فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع فلهذا الشريك، فى سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض، والمشتري وشأنه فى اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه".

(طعن رقم 46 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25)

2- إن القانون قد جعل لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد. ولما كان وضع اليد بمعناه القانونى 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 فى القانون أية تفرقة فى الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أى مقتضى - لما كان ذلك كذلك يكون لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع أن يستعين بدعاوى اليد فى حماية يده فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك فى الملك المشاع لدفع التعرض الواقع له أيا كان المتعرض فإن وقع من بعض الشركاء فى العقار المشاع 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 فى القانون رفعها من الشريك على شريكه فى الشيوع فإنه يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 109 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/4)

3- "متى كان الحكم برفض دعوى منع التعرض قد أقام قضاءه على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ومستنداتها - من أن حيازة الأطيان محل النزاع لم تكن مقصورة على الطاعن وإنما كانت الحيازة على الشيوع واستمرت كذلك حتى بعد صدور قانون الإصلاح الزراعى الذى ترتب عليه قيام العلاقة بين المستأجر من الباطن والمالك مباشرة بعد انسحاب المستأجر الأصيل نزولا على حكم المادة 37 منه وحصول التعرض المدعى به من المطعون عليه فإنه لا يكون قد خالف القانون إذ لم يفصل الحكم فى الدعوى على أساس بحث الملكية وإنما على أساس بحث الحيازة الذى انتهى منه إلى تقرير أن الحائزين لأطيان النزاع بطريق الاستتجار إنما كانوا يحوزونها لحساب الطاعن وغيره من الملاك - ومنهم المطعون عليه - ولا يعد استناد الحكم فى ذلك إلى أحكام قانون الإصلاح الزراعى

تقريراً لثبوت الحق أو نفيه".

(طعن رقم 337 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/27)

4- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون جعل لكل ذي يد على عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد، ولما كان وضع اليد بمعناه القانوني كما يقع على العقار المفزر يقع على الحصة الشائعة....، ولما كان لا يوجد في القانون أية تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أى مقتض، 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 الشائع لدفع التعرض الواقع له أيا كان التعرض، فإن وقع من أحد الشركاء في العقار المشاع فعل من أفعال التعرض فإنه يجوز لهؤلاء الشركاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض".

(طعن رقم 891 لسنة 62 ق جلسة 1998/1/18)

5- "لما كان الثابت من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين الخصوم - أن المطعون عليهما "أولاً" يضعان اليد على مساحة معينة في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتي تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما - بصفتها هذه - أن يستعينا بدعاوى اليد - ومن بينها دعوى منع التعرض - في حماية يدهما لمنع تعرض الطاعن لهما، ولا يحول بينهما وبين هذه الحماية أن يكون الطاعن بصفته - بدوره مالكا لحصة على الشيوع في كامل المساحة يضع اليد عليها مفرزة خصص جزء منها داراً للمسنين ويؤجر باقيها لآخرين لأن مرد كل ذلك يخضع لأحكام الملكية الشائعة والقواعد التي وضعها الشارع لتنظيمها والتي تقضى بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة".

(طعن رقم 891 لسنة 62 ق جلسة 1998/1/18)

الشرط الثانى

سلب الحيابة من الحائز

240- المقصود بسلب الحيابة:

يشترط لقبول دعوى استرداد الحيابة أن تكون حيابة المدعى للعقار قد سلبت منه، أى أن يكون الفعل الذى يتظلم منه المدعى قد أدى إلى فقد حيابته للعقار كله أو بعضه مع إقامة العقوبات المادية فى سبيل عودته إليه. فإذا كان المدعى مستمرا فى حيابة العين، وكل ما حدث له هو تعكير فى الحيابة لم يفقده إياها، فليس له أن يرفع دعوى استرداد الحيابة، إذ يلزم لرفعها أن يكون الفعل المرتكب قد أدى إلى زوال حيابة المدعى المادية للعقار. فإذا كان الفعل قد أدى إلى زوال الحيابة، حق للحائز أن يطلب استرداد هذه الحيابة المسلوقة.

وقد يحرم الحائز من الانتفاع الكامل بالحيابة دون أن يكون هناك سلب للحيابة، كأن يهدم المعتدى مسقى فى أرضه هو، يروى منها الجار أرضه. وإنما يجوز رفع دعوى منع التعرض لحماية الحيابة المعنوية لحق الارتفاق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن دعوى استرداد الحيابة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيابة مادية أيضا. وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمها المدعى عليه ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليها إذا كان هذا المسقى أو المصرف اللذان هما محل حق الارتفاق مقطوعا بأنهما فى يد المدعى عليه".

(طعن رقم 40 لسنة 6 ق جلسة 1936/10/22)

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة ص 169.

2- "لما كان الواقع في الدعوى في ضوء ما حصله الحكم المطعون فيه، وأقر به المطعون ضدهما في صحيفة دعواهما أن قطعة الأرض موضوع النزاع من أملاك الدولة الخاصة، وأن أولهما طلب من إدارة الأموال المستردة في 1985/12/6 أن تبنيه إياها، ثم طلب الاثنان من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي شراءها في 1994/2/7 فإن دعواهما بطلب منع التعرض لهما فيها تكون حرية بعدم القبول لورودها على مال لا ترد عليه دعاوى الحيازة. وإذا لم يزعم المطعون ضدهما أن حيازتهما انتزعت منهما بالقوة أو بالغصب علناً أو خفية، أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس - وهو شرط لازم لقبول دعوى استرداد الحيازة - وإنما قالاً إنهما فوجئاً بتعرض بعض عمال الشركة الطاعنة لهما في حيازتهما وتقديم بلاغ ضدهما، فإن طلبهما استرداد الحيازة يكون هو الآخر حقيقاً بعدم القبول. ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برد حيازة المطعون ضدهما للأرض موضوع النزاع وبمنع تعرض الشركة الطاعنة لهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 2369 لسنة 68 ق جلسة 1999/11/30)

241- لا يشترط سلب الحيازة بالقوة والإكراه:

قد يقع سلب الحيازة مصحوباً باعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره وبإحداث جروح به أو بغيره. فتكون الحيازة قد وقعت بالقوة والإكراه، سواء كانت الأفعال التي سلبت الحيازة يعاقب عليها القانون الجنائي أو لا يعاقب⁽¹⁾.
ويعد من قبيل القوة اغتصاب العقار بأعمال التهديد والوعيد المصحوب بمجاهرات عدائية⁽²⁾.

(1) محمد على راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الخامسة ص 910 - الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة 1990 ص 168 وما بعدها.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 344.

كما يمكن أن يقع سلب الحيازة بالقوة المعنوية كالاغتصاب بناء على أساليب الغش والتدليس والخداع وغير ذلك من المؤثرات المعنوية، وهذه المؤثرات تؤدي إلى سلب الحيازة بالقوة المعنوية، وهي تتعادل مع القوة المادية⁽¹⁾.

إلا أن القانون لا يتطلب ضرورة سلب الحيازة بالقوة والإكراه، وإنما يكفي أن يستولى المعتدى على العقار غصباً وقهراً أو خلسة دون علم الحائز، طالما أن الغصب يوجه إلى العقار ذاته، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز في حيازته ولا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف.

غير أننا سنرى أن لسلب الحيازة بالقوة فائدة، إذ يخول الحائز الحق في استرداد حيازته خلال السنة التالية، دون المفاضلة بين حيازته وحيازة المعتدى (أنظر شرح المادة 959 مدنى).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الشريك قد طلب تسليمه ما كان في حوزته معادلاً لبعض نصيبه فى الأطنان المشاعة. مقيماً هذا الطلب على أساس أن يده رفعت بفعل غير مشروع ليس هو الإكراه فحسب بل هو أيضاً الغش من جانب المدعى عليهم والتواطؤ بينهم وبين المستأجر منهم، وقضت المحكمة برفض هذا الطلب بحجة أن ما يطلب تسليمه قد خرج من يده ودخل فى يد المدعى عليهم بغير إكراه فإن حكمها بذلك يكون قاصر التسبب إذ هو لم يتعرض لدفاع المدعى خاصاً بالغش والتواطؤ مع كونه دفاعاً جوهرياً لو صح لتغير به وجه الحكم فى الدعوى، لأن قوله بنفى حصول الإكراه لا يدل لزوماً على انتفاء حصول الغش والتواطؤ".

(طعن رقم 143 لسنة 16 ق جلسة 1948/1/15)

2- "لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحيازة مصحوباً باعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره بل يكفي أن يثبت الحكم أن

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 344.

المغتصب وعماله قد استولوا على العقار ولم يقو خفير الحائز على رد اعتدائهم".

(طعن رقم 191 لسنة 22 ق جلسة 1955/10/30)

3- "لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحيازة مصحوبا بإيذاء أو تعد على شخص الحائز أو غيره بل يكفي أن تكون قد سلبت قهرا".

(طعن رقم 58 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/9)

4- "مفاد نص المادة 958 من القانون المدني أن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً حال وقوع الغصب، ولا يشترط أن تكون هذه الحيازة بنية التملك، ويكفي لقبولها أن يكون لرافعها حيازة فعلية، ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر والمراد بالقوة المستعملة لسلب الحيازة كل فعل يؤدي إلى منع الحيازة الواقعية لا فرق في ذلك بين القوة المادية أو المعنوية. فيجوز أن يبنى الاغتصاب على أساليب الغش والتدليس والخداع وغيرها من المؤثرات المعنوية. وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استظهر أن الحيازة المادية والحالية كانت خالصة للمطعون عليها الأولى دون المطعون عليه الثاني ابنها الذي كانت إقامته موقوتة مبنية على عمل من أعمال التسامح الذي لا يكسب صاحبه حقاً يعارض صاحب الحيازة، وأن حالة الغش مستفادة من عدم وجود تفويض من المطعون عليها الأولى له بالتنازل عن الشقة موضوع النزاع بعد استقلالها بها خلفاً لزوجها المستأجر السابق، وكان استخلاص الحكم توافر عناصر الغش هو استخلاص سائغ مارسه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ورتب الحكم على ذلك توافر شروط دعوى استرداد الحيازة فإن ذلك لا ينطوي على خطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 711 لسنة 42 ق جلسة 1976/5/5)

5- "دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما في حالة وقوع الغصب وأن حيازة قد سلبت، فلا يشترط أن يكون سلبها مصحوبا بإيذاء، أو تعد على شخص الحائز أو غيره".

(طعن رقم 689 لسنة 51 ق جلسة 1985/3/27)

6- "..... وكان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه..... خلص من كل ذلك إلى أن الطاعن قد حضر إلى الأرض ومعه العمال الذين قاموا برفع القاذورات وتسوير الأرض وهو ما يمثل عنصر القوة والإكراه الذى لجأ إليها الطاعن فى الاستيلاء على الأرض وأضاف الحكم المطعون فيه أنه "يكفى المستأنف (الطاعن) أنه استولى على الأرض دون رضا المستأنف عليها الحائزة (المطعون ضدها الأولى)، ودون علمها وكان هذا السلب عقبة أمامها لا تستطيع مفاداتها إلا إذا لجأت إلى العنف.. فإنه بذلك يكون قد استظهر بجلاء أن الحيازة قد سلبت قهرا وأن المطعون ضدها الأولى قد أقامت دعواها قبل مضى سنة على سلب حيازتها وإذ كان ذلك وكان لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلبها مصحوبا بإيذاء أو تعد على شخص الحائز أو غيره، بل يكفى أن تكون الحيازة قد سلبت قهرا، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بهذه الأسباب يكون فى غير محله".

(طعن رقم 1312 لسنة 52 ق جلسة 1987/2/12)

وواقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لتقدير قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا وله سند فى الأوراق⁽¹⁾.

242- يجب أن يكون العمل المادى الذى سلبت به الحيازة قد أجرى فى

(1) نقض طعن رقم 108 لسنة 59 ق جلسة 1990/2/15 (غير منشور).

عقار المدعى:

يجب لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون العمل المادى الذى سلب به المدعى عليه الحيازة من المدعى قد تم فى عقار المدعى. أما إذا كان ما قام به المدعى عليه فى ملكه الواقع فى حيازته فإن الدعوى تكون غير مقبولة⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضا. وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمهما المدعى عليه ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما إذا كان هذا المسقى أو المصرف اللذان هما محل حق الارتفاق مقطوعا بأنهما فى يد المدعى عليه".

(طعن رقم 40 لسنة 6 ق جلسة 1936/10/22)

2- "لا تقبل دعوى استرداد الحيازة إذا كان العمل المادى المدعى به قد قام به المدعى عليه فى ملكه الواقع فى حيازته".

(طعن رقم 43 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/3)

243- سلب الحيازة تنفيذا لحكم قضائى:

إذا نزعت الحيازة نفاذا لحكم قضائى لم يكن واضع اليد طرفا فيه جاز لواضع اليد أن يسترد حيازته، لأن الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ولا يضار بها من لم يكن طرفا فيها، لا فرق فى ذلك بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام أو العقود الرسمية إذ يعتبر تنفيذها بالتسليم على غير من كان طرفا فيها سلبا للحيازة يجيز رفع دعوى استرداد الحيازة⁽²⁾.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 345.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 344 وما بعدها.

أما إذا كان فقد الحيازة تنفيذا لحكم قضائي أو عقد له حجيته قبل الحائز فإن ذلك لا يعد أصلا سلبا للحيازة، ومن ثم لا تقبل دعوى استرداد الحيازة في هذه الصورة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن القانون يحمي وضع اليد من كل تعرض له، يستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضا من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضح اليد خصما فيه، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ولا يضار بها من لم يكن طرفا فيها، لا فرق في هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام".

(طعن رقم 35 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/17)

2- "إن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائما في حال وقوع الغصب، فإذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبتها مستأجره، ونفذ حكم الإغلاق بإخراج جميع الأشياء التي كانت به وإغلاق بابيه ووضع الأختام عليه فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائي الصادر عليه، والقول بأن المستأجر ظل حائزا رغم ذلك هو خطأ في فهم معنى الحيازة".

(طعن رقم 70 لسنة 16 ق جلسة 1947/6/5)

3- "يشترط لقبول دعوى منع التعرض أن يكون المدعى عليه قد تعرض للمدعى في وضع يده، ولا يعتبر تسليم العين المتنازع عليها تنفيذا للحكم الصادر بذلك ضد واضع اليد تعرضا له. ولما كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض دعوى منع التعرض المقامة من الطاعن الأول إلى أن تنفيذ الحكم الصادر

ضده في الدعويين رقمي... لا يعد تعرضا لهذا الطاعن في وضع يده، فإن الحكم لا يكون بذلك قد بنى على أسباب متعلقة بأصل الحق وإنما نفى عن الدعوى توافر أحد شروط قبولها".

(طعن رقم 593 لسنة 46 ق جلسة 1979/11/27)

4- "تمسك الطاعن بأنه الحائز لعين النزاع وأن المطعون ضدها الأولى لم تضع اليد عليها إلا نفاذا لحكم صدر بإلحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة بالتواطؤ بين طرفيه في غيبته. دفاع جوهرى. قضاء الحكم المطعون فيه باسترداد المطعون ضدها الأولى لحيازة تلك العين دون تمحيص هذا الدفاع أو الرد عليه. قصور مبطل".

(طعن رقم 7983 لسنة 64 ق جلسة 1995/7/13)

5- "تنفيذ الحكم الصادر بتسليم الطاعنين نصيب كل منهم مفرزا. عدم اعتباره تعرضا للمطعون ضده واضع اليد على جزء من مسطح تلك الأرض يجيز له رفع دعوى منع التعرض".

(طعن رقم 3467 لسنة 61 ق جلسة 1997/1/4)

6- "وحيث إن النعى مردود في شقه الأول لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى استرداد الحيازة تقوم على رد الاعتداء غير المشروع فإذا كان فقد الحيازة تنفيذا لحكم قضائي لا يكون سلبا للحيازة ولا يخول لمن فقدها نتيجة هذا التنفيذ رفع دعوى استرداد الحيازة، وأن الحكم إذ أقام قضاءه على عدة دعامات متعددة وكانت إحدى هذه الدعامات كافية وحدها ليستقيم بها، فإن تعيب الحكم في باقى الدعامات - أيا كان وجه الرأى فيها - يكون غير منتج، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعنين على دعامتين كل منهما مستقلة عن الأخرى، الأولى أن الطاعنين قد تنازلوا عن سلوك دعوى الحيازة بسلوك دعوى الحق بطلب عدم الاعتداد بمحضر التسليم المؤرخ 1975/1/26 مما يسقط حقهم في سلوك طريق دعوى الحيازة إعمالا للمادة 44

من قانون المرافعات، والدعامة الثانية أن تسليم الأرض المطعون ضده كان تنفيذاً للحكم القضائي الصادر لصالحه فى الدعوى رقم.... لسنة..... مدنى مستأنف دمنهور وهو بذلك لا يعتبر تعرضاً للطاعنين الصادر ضدهم الحكم فى وضع يدهم على الأرض محل النزاع وإذ تكفى الدعامة الثانية وحدها لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فإن تعييبه فى الدعامة الأولى - أياً كان وجه الرأى فيها - يكون غير منتج، ومردود فى شقه الثانى بأن استخلاص الفعل المكون لسلب الحيابة من سلطة محكمة الموضوع وأنه إذا تتابعت أعمال التعرض وتراپطت وصدرت عن شخص واحد تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة التى أوجب المشرع رفع الدعوى خلالها من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه تضمن اعتداء على الحيابة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تسليم أرض النزاع كان بناء على محضر التسليم المؤرخ 1975/1/26 تنفيذاً للحكم القضائي الصادر فى الدعوى رقم.... لسنة.... ق مدنى جنوب القاهرة وفى حضور المرحوم..... الذى لم يكن مختصاً فى الدعوى السابقة واعترض على هذا التسليم على سند من أن الأرض المنفذ عليها فى حيازته هو وباقي اخوته الطاعنين وانتهى إلى أن فقد الحيابة يرجع إلى حصول هذا التسليم دون ما نظر إلى الطرد والتسليم اللاحق الحاصل فى 1978/2/12 مادام أن المستلم فى كل من المحضرين شخصاً واحداً هو المطعون ضده ورتب على ذلك قضاءه بأن الدعوى الماثلة المرفوعة فى 1978/3/5 تكون قد رفعت بعد الميعاد القانونى ومن ثم تكون غير مقبولة وكان ذلك بأسباب سائغة كافية لحمل قضائه فإن النعى عليه بهذا الشق يضحى جدلاً فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع ويضحى النعى برمته غير مقبول".

(طعن رقم 1685 لسنة 62 ق جلسة 1999/3/3)⁽¹⁾

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

244- سلب الحيابة المستند إلى قرار إدارى لا يصلح أساسا لرفع دعوى

سلب الحيابة:

المقرر أن التعرض المستند إلى قرار إدارى اقتضته مصلحة عامة، لا يصلح أساسا لرفع دعاوى الحيابة بصفة عامة- وضمنها دعوى استرداد الحيابة - لمنع

"إذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده الأول رفعها بصفته حارسا قضائيا وطلب فيها استرداد حيابة المستشفى محل النزاع بجميع مقوماتها المادية والمعنوية التى وقع عليها الحجز الإدارى وتم بيعها بالمزاد العلنى الذى رسا على الطاعن بتاريخ 1974/9/14 مستندا فى ذلك إلى الحكم النهائى الصادر فى الاستئناف رقم 2955 لسنة 93 قضائية القاهرة والذى قضى به فى مواجهة الأخير وبقية المطعون ضدهم ببطلان إجراءات الحجز الإدارى الموقع من مصلحة الضرائب على منقولات المستشفى المذكورة وحق الإيجار والاسم التجارى وما ترتب عليه من إجراءات بيع ورسو المزاد على الطاعن فإن هذه الدعوى بالنظر إلى الطلبات الواردة بها والأساس الذى أقيمت عليه ليست دعوى استرداد الحيابة قصد بها مجرد حماية حيابة عقار تحت يد المطعون ضده الأول من أعمال غصب تمت من قبل الطاعن وإنما هى بحسب تكييفها الصحيح دعوى بالحق ذاته الهدف منها رد الأموال المنقولة المملوكة للمستشفى محل النزاع بجميع مقوماتها المادية والمعنوية بما فيها حق الإيجار وتمكين المطعون ضده الأول من المستشفى، وذلك إعمالا لأثر الحكم الذى قضى له ببطلان إجراءات الحجز الإدارى على هذه المنقولات - وبيعها بالمزاد للطاعن والذى من مقتضاه عودة الطرفين - الراسى عليه المزاد وورثة المدين - إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد أى بقاء ملكية المنقولات محل النزاع ضمن تركة المدين التى عين المطعون ضده الأول حارسا عليها، والذى أصبح بمجرد هذا التعيين وبحكم القانون نائبا قضائيا عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة فتكون له مباشرة إجراءات التقاضى عنه والمحافظة عليه، ومن ثم فإنه يكون صاحب الصفة فى مقاضاة الطاعن ومطالبته برد هذه المنقولات باعتبار أنه الذى رسا بيعها بالمزاد عليه فيكون ملتزما بردها بعد القضاء ببطلان هذا البيع إعمالا للأحكام المقررة لرد غير المستحق دون تلك الأحكام التى خص بها القانون دعوى استرداد حيابة العقار".

هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة 17 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 التى تجرى على أن:

"ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن 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 كل المسائل الأخرى التى يخولها القانون حق النظر فيها".

ومن ثم لا يكون أمام الحائز إلا اللجوء إلى القضاء الإدارى طالبا إلغاء القرار الإدارى وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "التعرض المستند إلى أمر اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة 15 من قانون السلطة القضائية رقم 56 لسنة 1959 ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه - فإذا كانت الدعوى تهدف إلى منع تعرض وزارة الإصلاح الزراعى المستند إلى الأمرين الإداريين اللذين أصدرتهما الهيئة العليا للإصلاح الزراعى تنفيذا لما تقضى به المادة الثانية من القانون 152 لسنة 1957 وتحقيقا للمصلحة العامة التى يبتغيها قانون الإصلاح الزراعى فإن الدعوى تخرج عن ولاية المحاكم ولا تكون من دعاوى الحيازة التى يختص بنظرها القاضى الجزئى طبقا للمادة 47 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 69 لسنة 34 ق جلسة 1966/12/1)

2- "التعرض المستند إلى أمر إداري اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما على الحكم لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة 15 من قانون السلطة القضائية رقم 56 لسنة 1959".

(طعن رقم 314 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/7)

3- (أ) - "الاعتراض على تنفيذ القرار الصادر من وزارة الإصلاح الزراعي بالاستيلاء على القدر الزائد عن المسموح بتملكه قانونا - لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع تنفيذه، وذلك لما يترتب حتما على الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة 15 من القانون رقم 56 لسنة 1959 والمادة 16 من القانون رقم 43 لسنة 1965 في شأن السلطة القضائية".

(ب) - "مفاد نص المادة 13 مكررا من قانون الإصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 المضافة بالقانون رقم 131 لسنة 1953 والمعدلة بالقانونين 225 لسنة 1953 و 245 لسنة 1955 أنه لا يكون لمن يدعى أن تعرضا وقع عليه من جراء تنفيذ أمر الاستيلاء أن يلجأ إلى جهة القضاء العادي أو الإداري لوقف تنفيذ هذا القرار، وله أن يلجأ إلى اللجنة القضائية المنصوص عليها في المادة 13 مكررا سالف البيان للفصل في طلب ملكية العقار إن كان لذلك وجه. لما كان ذلك وكانت دعوى المطعون عليهم تهدف إلى منع تنفيذ وزارة الإصلاح الزراعي لقرار الاستيلاء الصادر منها بناء على المادة الثالثة من قانون الإصلاح الزراعي، فإن الدعوى - بمنع التعرض تخرج قطعا عن ولاية المحاكم، ولا تكون من دعاوى الحيازة التي يختص بنظرها القاضي الجزئي طبقا للمادة 47/أ من قانون المرافعات السابق".

(طعن رقم 138 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/9)

4- "إذ كان الواقع في الدعوى أن المطعون عليه بوصفه مديرا للجمعية

الزراعية بمدينة مطروح شغل مسكنا مملوكا للحكومة، وخصصته جهة الإدارة لسكنى الموظفين والعمال الذين يعملون بالمدينة، ثم أصدر رئيس مجلس المدينة قرارا إداريا بإنهاء هذا الترخيص وإخلاء المسكن، وأقام المطعون عليه بعد إخراجه من المسكن بطلب تمكينه منه ورد حيازته إليه وكان التعرض المستند إلى أمر إداري اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض، وذلك لما يترتب حتما على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة 16 من قانون السلطة القضائية رقم 43 لسنة 1965، ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى اللجوء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر أو إلغائه. وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون فى مسألة اختصاص تتعلق بولاية المحاكم، وهو ما يجيز الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض رغم صدوره من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية".

(طعن رقم 512 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/15)

5- "التعرض المستند إلى قرار إداري لا يصلح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أساسا لرفع دعوى بمنع هذا التعرض، لما يترتب حتما على الحكم لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم العادية، ولا يغير من ذلك عدم قيام المطعون عليها بالتظلم من هذا القرار إلى اللجنة الإدارية التى حددها القانون أو أن ينسب إلى القرار عيب من عيوب عدم المشروعية لأن النظر فى ذلك كله يكون من اختصاص جهة القضاء الإداري طالما كان القرار لم يلحقه عيب ينحدر به إلى درجة العدم، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الكتاب المرسل من مجلس مدينة المنصورة إلى المطعون عليها - بعدم الاعتراف بملكيته لأرض النزاع - تعرضا لها فى حيازتها، دون أن يأخذ فى اعتباره أن هذا التعرض كان مستندا لقرار إداري سابق برفض الترخيص لها ببناء تلك الأرض، فإنه يكون قد خالف القانون فى مسألة اختصاص متعلق

بولاية المحاكم ويكون الطعن فيه بطريق النقض جائزا".

(طعن رقم 82 لسنة 38 ق جلسة 1973/3/22)

6- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقودا إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام وأظهرت الإدارة نيتها فى الأخذ فى شأنها بأسلوب القانون العام بأن تضمن عقدها شروطا استثنائية وغير مألوفة تتأى بها عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها وكان الثابت من عقد الإيجار المؤرخ 1975/10/12 الصادر من هيئة الأوقاف إلى الطاعن أنه تضمن تأجيرها إليه أرضا زراعية من أملاكها الخاصة ولم يتضمن أى شرط استثنائى يخالف المألوف فى القانون الخاص فإن هذا العقد يعتبر عقدا مدنيا يحكمه القانون الخاص ومن ثم فإن دعوى استرداد الحيازة المرفوعة من المطعون ضدها الأولى بشأن تعرض الطاعن المستند إلى العقد سالف الذكر تكون مما تختص به المحاكم العادية وإذ قضى الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه وبرفض الدفع المبدى من الطاعن بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الدعوى لا يكون قد خالف قواعد الاختصاص الولائى ويكون النعى عليه على غير أساس".

(طعن رقم 681 لسنة 54 ق جلسة 1987/3/26)

7- "المقرر فى قضاء محكمة النقض أن التعرض المستند إلى قرار إدارى اقتضته مصلحة عامة، لا يصلح أساسا لرفع دعوى لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة 17 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 ولا يكون للحائز فى هذه الحال من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ القرار أو إلغائه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بإجابة المطعون عليه إلى طلبه بمنع تعرض الطاعن

له فى المصنع محل النزاع على ما خلص إليه فى أسبابه من أن القرار الصادر بإزالة المصنع لا يعد قرارا إداريا يمتنع على المحاكم العادية التعرض له بإلغائه أو وقف تنفيذه دون أن يعرض لمضمون الترخيص الصادر من الطاعن بإقامة ذلك المصنع، وتحديد طبيعته القانونية، وما إذا كان قد صدر من الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة أم بوصفها الجهة المؤجرة فقط وصولا لتحديد مدى اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعة الناشئة عنه، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1627 لسنة 53 ق جلسة 1993/5/12)

الشرط الثالث

رفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة

245- تحديد الميعاد وحكمته :

حددت المادة ميعادا لرفع دعوى استرداد الحيازة، فأوجب رفع الدعوى خلال السنة التالية لفقد الحيازة، فإذا فقدت الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك.

وقد عبرت المادة عن ميعاد رفع الدعوى بعبارة "أن يطلب خلال السنة التالية"

وحدد المشرع مدة السنة لرفع الدعوى لاعتبارين:

1- أنه إذا تمكن الغاصب من وضع يده على العين مدة سنة وضعا ظاهرا هادئا مقرونا بنية التملك، فقد اكتسب حيازة جديدة يترتب عليها زوال حيازة واضع اليد السابق.

2- أنه إذا سكت الحائز سنة كاملة مع تكرار العدوان الواقع عليه، كان ذلك مما يعيب الحيازة وبفقدتها صفة الهدوء، فتصبح دعوى اليد غير جائزة القبول بسبب عدم توافر صفات الحيازة⁽¹⁾.

246- كيفية احتساب الميعاد :

يحسب الميعاد من اليوم التالي لتاريخ سلب الحيازة. وينتهي بانتهاء اليوم الأخير في السنة. بصرف النظر عن علم واضع اليد أو عدم علمه بسلب الحيازة وفي حالة الاغتصاب الواقع بالغش والتدليس لا يعبأ بتاريخ الدخول في العقار مادام أن نية الاغتصاب لم تكن ظاهرة جلية، بل تبدأ مدة السنة من التاريخ الذي تظهر فيه تلك النية بوضوح. فإذا أدخل إنسان آخر في عقار تحت حيازته بدافع المروءة والشهامة أو

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 330.

تسامحا وكرما منه وكان الشخص المذكور يبطن نية اغتصابه فلا يعتبر بدء وقوع الاغتصاب، وإنما يحسب الميعاد من يوم وضوح النية.

وإذا وقع سلب الحيازة خفية، فلا تبدأ مدة السنة إلا من يوم ظهورها للعيان⁽¹⁾. فلا يكون بدء احتساب مدة السنة من يوم الاكتشاف الفعلى لسلب الحيازة من جانب الحائز، ولكن من اليوم الذى كان يستطيع أن يكتشفه وفقا للحرص العادى للشخص المعتاد، والقول بغير ذلك يعنى ترك مسألة تحديد بدء الميعاد لشخص المدعى الذى يستطيع الزعم بأنه لم يكتشف فقد الحيازة إلا فى اليوم الذى يناسبه⁽²⁾.

247- طبيعة ميعاد السنة :

يذهب رأى فى الفقه إلى أن ميعاد السنة المحدد لرفع دعوى استرداد الحيازة، هو من المواعيد الإجرائية وبالتحديد مواعيد السقوط، ولهذا فلا يرد عليه الوقف والانقطاع، ويسرى ضد ناقصى الأهلية ولو لم يكن لهم نائب يمثلهم.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن هذا الميعاد، مدة تقادم من نوع خاص تسرى عليها قواعد الانقطاع والوقف التى تسرى على التقادم⁽³⁾.

والفارق بين ميعاد التقادم والميعاد الإجرائى هو أن الأول يودى إلى انقضاء الحق فى الدعوى، أما الثانى فإنه يودى إلى انقضاء أو سقوط حق إجرائى ينشأ أثناء الخصومة أو بسببها⁽⁴⁾.

وقد أخذت محكمة النقض - فى غالب أحكامها - بالرأى الثانى إذ

-
- (1) بنى سوفى الابتدائية 12 ديسمبر سنة 1928 المحاماة السنة التاسعة رقم 167 ص 268.
 - (2) الدكتور فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدنى طبعة نادى القضاة 1980 ص 119 وما بعدها.
 - (3) السنهاورى ص 1256 - محمد على عرفه ص 171 - المستشار على أحمد حسن ص 187.
 - (4) الدكتور عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية الجزء الأول الطبعة الثانية 1956 ص 123 هامش (1) - المستشار محمد عبد اللطيف ص 331 - الدكتور فتحى والى ص 120.

قضت بأن:

1- "إذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إزالة السد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة السد، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طالبا بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضى الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم لأنه لا يؤدي إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلا يستنتج منه معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة بالحق المراد اقتضاؤه - هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضى طالبا خاصا بموضوع منع التعرض".

(طعن رقم 25 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/13)

2- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 958 من القانون المدنى على أن "لحائز العقار إذا فقد الحياة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه...." يدل على أن فوات هذه المدة دون رفع الدعوى يؤدي إلى انقضاء الحق فيها، وبالتالي فهي مدة تقادم خاص وينقطع بالمطالبة القضائية عملا بالمادة 383 من القانون المدنى، وإذ تقضى المادة 63 من قانون المرافعات بأن ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، وكانت المادة 958 من القانون المدنى المشار إليها لم ترسم طريقا معيناً لرفع الدعوى باسترداد الحياة فإنها تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها".

(رقم 1312 لسنة 52 ق - جلسة 1987/2/12)

3- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى استرداد الحيازة فإن مدة السنة التي اشترط المشرع في المادة 958 من القانون المدني عدم مضيها على فقد الحيازة هي مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والانقطاع التي تسرى على التقادم المسقط العادى وأن رفع واذع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا استرداد الحيازة يعتبر بمبناه ومعناه طالبا برد الحيازة يقطع مدة تقادم دعوى وضع اليد ولو قضت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة".

(طعن رقم 2008 لسنة 53 ق جلسة 1990/12/25)⁽¹⁾

4- "مدة السنة المشترطة لرفع دعوى استرداد الحيازة. م 1/958 مدنى. مدة تقادم تسرى عليها قواعد الانقطاع. رفع الحائز دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا رد حيازته. قاطع للمدة ولو صدر حكم القضاء المستعجل بعدم الاختصاص. علة ذلك".

(طعن رقم 2417 لسنة 66 ق جلسة 2007/2/28)

(1) وقران نقض طعن رقم 2095 لسنة 50 ق جلسة 1985/1/6. إذ ذهب إلى أن:

1- "أوجب المادتان 958، 961 من القانون المدني أن ترفع دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض خلال السنة التالية لفقدائها أو من وقوع التعرض وهي مدة سقوط يجب أن ترفع الدعوى خلالها وكانت الدعوى تعتبر مرفوعة بإيداع صحتها قلم الكتاب طبقا لنص المادة 63 من قانون المرافعات وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضده أقام دعواه بمنع التعرض بصحيفة قدمها لقلم الكتاب فى 1978/6/1 لمنع التعرض الحاصل بتاريخ 1978/4/12 فإن الدعوى تكون قد أقيمت فى الميعاد ولا يغير من ذلك تعديل المطعون ضده لطلباته الحاصل فى 1979/12/4 إلى طلب الحكم باسترداد حيازته ذلك أن التاريخ الأخير لا يعتبر رفعا لدعوى جديدة وأن رفع الدعوى بمنع التعرض فى الميعاد وتكييف المحكمة لها أنها دعوى باسترداد الحيازة أو طلب الحائز الحكم باعتبارها كذلك لا يؤثر على تاريخ رفعها أيا كان تاريخ تعديل الطلب".

248 - ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام :

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه إذا رفعت الدعوى بعد مضى سنة من تاريخ سلب الحيابة كانت الدعوى غير مقبولة، وتعين على القاضى أن يحكم بعدم قبولها من تلقاء نفسه دون دفع من الخصم، أى أن الميعاد يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى - بصدد دعوى منع التعرض - إذ قضت بأن:

"إن المادة 961 من القانون المدنى تنص على أن "من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى منع هذا التعرض". ومؤدى ذلك أن دعوى منع التعرض يجب أن ترفع خلال سنة من وقت وقوع التعرض وإلا كانت غير مقبولة ومن ثم فإن المحكمة ملزمة بالتحقق من توافر هذا الشرط الذى يتوقف عليه قبول الدعوى فإذا لم يثبت لديها أن الدعوى رفعت خلال السنة التالية لوقوع التعرض تعين عليها أن تقضى بعدم قبولها دون طلب أو دفع من الخصوم بذلك وإذ التزم الحكم المطعون فيه ذلك وقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد مضى أكثر من سنة من وقوع التعرض فإنه قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 1048 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/282)

249 - كيفية رفع الدعوى :

لم يرسم المشرع طريقا خاصا لرفع دعوى استرداد الحيابة، ومن ثم فإنها ترفع طبقا للقواعد العامة الواردة فى قانون المرافعات، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م 63).

ولا عبرة بتاريخ إعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه.

(1) المرافعات لمحمد العشماوى ج 2 ص 15- وعكس ذلك: فتحى والى ص 120 -

المستشار محمد عبد اللطيف ص 331.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"أوجبت المادتان 958، 961 من القانون المدني أن ترفع دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض خلال السنة التالية لفقدائها أو من وقوع التعرض وهي مدة سقوط يجب أن ترفع الدعوى خلالها وكانت الدعوى تعتبر مرفوعة بإيداع صحيفة قلم الكتاب طبقا لنص المادة 63 من قانون المرافعات وكان الثابت في الدعوى أن المطعون ضده أقام دعواه بمنع التعرض بصحيفة قدمها لقلم الكتاب في 1978/6/1 لمنع التعرض الحاصل بتاريخ 1978/4/12، فإن الدعوى تكون قد أقيمت في الميعاد ولا يغير من ذلك تعديل المطعون ضده لطلباته الحاصل في 1979/12/4 إلى طلب الحكم باسترداد حيازته ذلك أن التاريخ الأخير لا يعتبر رفعا لدعوى جديدة وأن رفع الدعوى بمنع التعرض في الميعاد وتكييف المحكمة لها أنها دعوى باسترداد الحيازة أو طلب الحائز الحكم باعتبارها كذلك لا يؤثر على تاريخ رفعها أيا كان تاريخ تعديله الطلب".

(طعن رقم 2095 لسنة 50 ق جلسة 1985/1/6)

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعوى طبقا للقواعد العامة، فإذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز أربعين ألف جنيه رفعت إلى المحكمة الجزئية ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه (م 1/42 مرافعات). وترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية إذا كانت قيمة الدعوى تتجاوز أربعين ألف جنيه.

ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز أربعين ألف جنيه (م 1/47 مرافعات).

وتقدر قيمة الدعوى بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيازة (م 4/37 مرافعات).

250 - رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

إذا رفعت الدعوى فى خلال السنة التالية لفقد الحياة أمام محكمة غير مختصة، فإن الدعوى تكون مقبولة لأن المشرع فى المادة 110 مرفعات يوجب على المحكمة غير المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية إحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، كما يلزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها مما يجعل رفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة مؤديا بذاته إلى نظرها وكأنه إجراء من إجراءات رفعها أمامها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد النص فى المادة 110 من قانون المرافعات على أن "المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية" وعلى أن "تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها" أن يعتد أمام هذه المحكمة الأخيرة بما تم من إجراءات أمام المحكمة التى رفعت إليها الدعوى ومن ثم ما تم صحيحا من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحا وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة التى أحيلت إليها من حيث انتهت إجراءاتها أمام المحكمة التى أحالتها، وإذ كان الاستئناف قد رفع فى ميعاده بإجراءات صحيحة لدى محكمة الجيزة الابتدائية التى قضت بقبوله شكلا وبعدم اختصاصها به وإحالاته إلى محكمة استئناف القاهرة. فلا تثريب على هذه المحكمة إذ تابعت نظره من حيث انتهت إجراءاته أمام المحكمة التى أحالتها فاعتبرته محكوما بقبوله شكلا وسارت فيه حتى حكمت فى موضوعه، فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس".

(ظن رقم 668 لسنة 42 ق جلسة 1977/3/16)

(1) المستشار على أحمد حسن ص 187.

2- "النص فى المادة 961 من القانون المدنى على جواز رفع دعوى منع التعرض فى خلال السنة التالية من وقوع التعرض وإلا كانت غير مقبولة. فإنه وإن كان هذا الميعاد ميعاد سقوط لا يسرى عليه تقادم أو انقطاع إلا أن رفع الدعوى فى خلاله أمام محكمة غير مختصة مجز فى تحقق الشرط الذى يتوقف عليه قبول الدعوى إذ أن المشرع فى المادة 110 من قانون المرافعات يلزم المحكمة غير المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة كما يلزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها مما يجعل رفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة مؤديا بذاته إلى نظرها وكأنه إجراء من إجراءات رفعها أمامها فتعتبر الدعوى وكأنها قد رفعت منذ البداية أمامها وتكون العبرة فى تاريخ رفعها هو برفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة. ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن على المحكمة المحال إليها الدعوى أن تنظرها بحالتها التى أحيلت بها ومن ثم فإن ما تم صحيحا من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحا بما فى ذلك إجراءات رفع الدعوى وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المحال إليها الدعوى من حيث انتهت إجراءاتها أمام المحكمة التى أحالتها".

(طعن رقم 17 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/21)

251 - سلطة المحكمة فى اعتبار دعوى منع التعرض دعوى استرداد

حياة:

لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حياة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها، إذ أنه لا تنافر ولا تعارض بين دعوى استرداد الحياة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد.

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

1- "يكفى في دعوى استرداد الحيازة أن تكون للمدعى حيازة واقعية هادئة ظاهرة، وأن يقع سلب تلك الحيازة بالقوة والإكراه⁽¹⁾، فإذا استظهرت المحكمة قيام هذه العناصر في الدعوى المرفوعة على أنها دعوى منع تعرض فاعتبرتها دعوى استرداد حيازة وحكمت فيها على هذا الاعتبار فإنها لا تكون قد أخطأت".

(طعن رقم 108 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/4)

2- "لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها، ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها".

(طعن رقم 224 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/16)

3- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها، إذ أنه لا تنافر ولا تعارض بين دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد وهو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد وهو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها ومتى ثبت هذا الحق للمحكمة فإنه يجوز للمدعى في دعوى الحيازة أن يغير طلبه من دعوى منع تعرض إلى دعوى باسترداد حيازة".

(طعن رقم 2095 لسنة 50 ق جلسة 1985/1/6)

252 - تكييف دعوى استرداد الحيازة:

دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري، دعوى تتراوح بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة فهي دعوى من دعاوى

(1) الحكم صادر في ظل التقنين المدني القديم.

المسئولية، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية الحياة فهي دعوى من دعاوى الحياة.

وهذا بخلاف القانون الفرنسى، فدعوى استرداد الحياة فى هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحياة، من أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحياة وضعت لحماية الحياة فى ذاتها⁽¹⁾.

253 - ما يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحياة:

يحكم القاضى فى دعوى استرداد الحياة - إذا توافرت شروطها - برد الحياة إلى المدعى، وبرد الحالة إلى ما كانت عليها قبل رفع الدعوى. فإذا كان المدعى عليه قد أقام منشآت فى العقار، وجب الحكم عليه بهدمها. وإذا كان قد هدم منشآت كانت قائمة، تعين الحكم عليه بإقامتها⁽²⁾.

ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية، يحمله على تنفيذ ما قضى عليه به.

ويجوز للقاضى أن يأمر بشمول الحكم الصادر فى الدعوى بالنفاذ المعجل بلا كفالة، عملاً بالفقرة السادسة من المادة 290 مرافعات إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له.

ويجوز أن يحكم القاضى بالتعويض للمدعى بناء على طلبه إن رأى موجبا لذلك.

254 - اختصاص القاضى المستعجل بنظر دعوى استرداد الحياة:

يختص القاضى المستعجل بنظر دعوى استرداد الحياة، إذا توافر فيها شرطا اختصاصه العامان وهما: الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

(1) السهوى ص 1263.

(2) محمد على عرفه ص 173 وما بعدها.

والاستعجال يتوافر فيها لأنه نقوم قانوناً على رد اعتداء غير مشروع بدون النظر إلى وضع اليد في ذاته.

كما أنه لا يترتب على الفصل فيها المساس بأصل الحق، لأن القاضى المستعجل لا يتعرض فيها لأصل النزاع، فهو لا يبحث نية التملك عند وازع اليد ولا شروط الحياة القانونية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن تقدير توافر شرط الاستعجال هو مما يستقل به قاضى الأمور المستعجلة ولا معقب عليه فيه، وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى باختصاص القضاء المستعجل وبإعادة وضع يد المطعون عليه الأول على الأرض قد أقام قضاءه على ما استخلصه من توافر الاستعجال فى الدعوى، وعلى ما تبين للمحكمة من أن ظاهر المستندات والتحقيقات المودعة بالملف ترجح حياة المطعون عليه الأول لها وأنه كان يضع يده عليها حتى نزعته منه بعد الإجراءات التى اتخذها الطاعن والتى تشوبها الحيلة وتقوم مقام الغصب فإن هذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون كما أن تقريره لحق المطعون عليه الأول فى استرداد الحياة هو تقدير وقتى عاجل لا يمس الحق موضوع النزاع".

(طعن رقم 358 لسنة 20 ق جلسة 1952/6/12)

ولما كان قضاء القاضى المستعجل فى دعوى استرداد الحياة لايعتبر قضاء فى وضع يد وإنما قضاء بإجراء تحفظى يراد منه رد عدوان الغاصب محافظة على الأوضاع المادية الثابتة لضمان استقرار الأمن فإن قضاءه يقتصر على رد الحياة فلا يجوز له القضاء بإعادة العقار إلى أصله وذلك بإزالة ما أحدثه المدعى عليه

(1) المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل الطبعة الثالثة 1968 ص 235-
المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ
فى ضوء الفقه والقضاء طبعة نادى القضاة ص 385.

من تغيير سواء بإزالة ما أقامه من مبان أو بإعادة ما هدمه منها.
لأن ذلك يعتبر قضاء موضوعيا يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل⁽¹⁾.



(1) الدناصورى وعكاز ص 407.

مادة (959)

- 1- إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدانها فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالترفضيل. والحيابة الأحق بالترفضيل هي الحيابة التي تقوم على سند قانوني. فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيابة الأحق هي الأسبق في التاريخ.
- 2- أما إذا كان فقد الحيابة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى.

الشرح

الحيابة التي لم يمض عليها سنة :

255 - عدم استرداد الحيابة من شخص يستند إلى حيازة أفضل :

إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدانها، فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالترفضيل. وقد أوضحت المادة أن الحيابة الأحق بالترفضيل هي الحيابة التي تقوم على سند قانوني⁽¹⁾.

فإذا كانت حيازة المدعى دون خصمه تقوم على سند قانوني، كأن يكون حائزاً للعقار بمقتضى حكم صادر له أو عقد لم يكن الشخص المنازع له في الحيابة طرفاً فيه، فضل المدعى⁽²⁾.

(1) وينتقد البعض نص المادة لأنه يرد إثبات الحيابة إلى وجود سند قانوني، مع أن المسلم أن قاضى الحيابة ممنوع من بنائها على ثبوت الحق. وأنه يبدو أن المشرع نقل هذا النص عما استقر عليه القضاء الفرنسي في إثبات الملكية والمفاضلة بين المتنازعين على ملكية العقار، غير أن هذه الوسيلة للإثبات إذا قبلت في تحقيق دعوى الملكية فهي تخالف طبيعة دعوى الحيابة (عبد المنعم الشرقاوى ص 119 هامش (1)).

(2) المستشار محمد عبد اللطيف في التقادم المكسب والمسقط ص 343.

وإذا انتزع الراسى عليه المزداد الحيازة من الدائن المرتهن للعقار، فلا تقبل من الأخير دعوى استرداد الحيازة لأن سند الراسى عليه المزداد أحق بالتفضيل من سند الدائن المرتهن.

وإذا انتزع أمين التفليسة الحيازة من زوجة المفلس الوكيله عنه، فلا تقبل دعوى استرداد الحيازة من الأخيرة إذ أن سند أمين التفليسة يجعله وكيلًا عن المفلس والدائنين جميعًا، فيكون سنده أحق بالتفضيل من سند الوكيله عن المفلس فقط. وبالعكس إذا انتزع الحارس القضائى العقار من المستأجر الذى لم تمض على حيازته سنة كاملة، فيجوز للمستأجر أن يسترد الحيازة من الحارس الذى لا تقوم حيازته على سند قانونى، إذ أن حكم الحراسة يخوله الإدارة لا الحيازة، فى حين أن حيازة المستأجر تستند إلى سند قانونى فتكون أحق بالتفضيل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "يدل نص المادتين 1/958، 1/959 من القانون المدنى على أن من فقد حيازة عقار يجاب إلى طلبه ردها إليه متى ثبتت حيازته له عند فقدانها وأقام الدعوى خلال سنة من تاريخ هذا الفقد ولو كان من سلب الحيازة يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل طالما أن حيازة المدعى دامت مدة تجاوز سنة سابقة على فقدانها".

(طعن رقم 489 لسنة 50 ق جلسة 1984/11/29 - غير منشور)

2- "وحيث إن هذا النعى فى محله. ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونًا على رد الاعتداء غير المشروع وأنها شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهنا بأن تكون لرافعها حيازة مادية حالة. ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصالًا فعليًا قائمًا فى حالة وقوع الغصب. والعبرة فى ثبوت هذه الحيازة - وهى واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلاً ولو خالف الثابت بمستندات. ولما كان النص

(1) محمد على عرفه ص 173.

فى الفقرة الأولى من المادة 959 من القانون المدنى على أن "إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدانها، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل. والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى. فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ" - يدل على أن المشرع وضع قواعد للمفاضلة بين حيازة وأخرى، فإذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أو لاحقا له. وإذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى فإن الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل. وإذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أو لاحقة لها. لما كان ذلك وكان الثابت من تحقیقات المحضر الإدارى رقم 4384 لسنة 1984 المنتزه - وحصله الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه - أن الطاعنين حازا الشقة موضوع النزاع ووضعها بها منقولاتهما منذ شهر سابق على تاریخ المعاينة التى تمت فى 1984/5/30 وحتى تاریخ صدور قرار قاضى الحيازة فى 1984/7/5 بتمكين المطعون ضدها من حيازتها مما مفاده أن المطعون ضدها لم يسبق لها حيازة تلك الشقة، فإنه - وقد تعادلت سندات طرفى النزاع - تكون حيازة الطاعنين هى الأحق بالتفضيل باعتبارها الحيازة الأسبق فى التاريخ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن عقد استئجار المطعون ضدها "تتوافر به حيازتها القانونية المقترنة بوضع اليد نيابة عن المؤجر"، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 463 لسنة 64 ق جلسة 2003/2/25 - لم ينشر بعد)

256 - حالة عدم وجود سند لدى أى من الحائزين أو تعادل

سنداتهم:

إذا لم يكن بيد أى من الحائزين سند لوضع يده، أو كانت سنداتهم فى وضع اليد متعادلة، تكون الأفضلية فى الحيازة، للحيازة الأسبق فى التاريخ. ومثال الحيازة الأسبق فى التاريخ التى تفضل عن الحيازة الأخرى. أن يستأجر اثنان ذات العقار، فحازه أحدهما وهياً الأرض للزراعة مثلاً، ثم اغتصب الآخر هذه الحيازة ببذر البذور فى الأرض، فإنه يكون للأول أن يسترد الحيازة من الثانى لتعادل حيازتهما، فتكون الأفضلية للحيازة الأسبق فى التاريخ⁽¹⁾.

257 - عبء إثبات الحيازة الأحق بالتفضيل أو الأسبق فى التاريخ:

يقع على عاتق المدعى عبء إثبات أن حيازته أحق بالتفضيل إذا كان لدى كل من الحائزين سند لحيازته، كما يقع عليه عبء إثبات أن حيازته أسبق فى التاريخ إذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم⁽²⁾.

258 - استرداد الحيازة التى فقدت بالقوة فى جميع الأحوال:

تنص الفقرة الثانية من المادة (959) على أن: "أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى". وبالربط بين هذه الفقرة والفقرة الأولى من المادة يتضح أنه إذا كان لم يمس على حيازة الحائز مدة سنة، وفقدت حيازته بالقوة كان له استرداد هذه الحيازة خلال السنة التالية لفقدها، دون المفاضلة بين سنده وسند المعتدى. أى له استرداد الحيازة، ولا مجال فى هذه الحالة للمفاضلة أو المقارنة بين الحيازات أو

(1) محمد على عرفه ص 173.

(2) السنهاورى ص 1262 وما بعدها.

الحائزين⁽¹⁾.



(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 343.

مادة (960)

للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيابة على من انتقلت إليه حيابة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية.

الشرح

259 - ضد من ترفع دعوى استرداد الحيابة؟

المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيابة هو الشخص الذى ينتزع الحيابة من الحائز بالقوة أو بالغصب علنا أو خفية.

ولا يلزم أن يكون المدعى عليه الذى ارتكب هذا العمل العدوانى سىء النية، فقد يكون معتقدا بحسن نية، بل قد يكون على حق فى اعتقاده، بأن العقار الذى انتزع حيابته هو عقار مملوك له. ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ فى تعمدته أن يأخذ حقه بيده بدلا من أن يلجأ إلى القضاء، ومن ثم يكون انتزاعه الحيابة عملا عدوانيا يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيابة إلى الحائز ثم ينظر بعد ذلك، بالوسائل التى قررها القانون - أى من الخصمين له الحق فى ملكية العقار، أو له الحق فى حيابته⁽¹⁾.

وإذا انتقلت حيابة العقار المغتصب من المغتصب إلى الغير سواء كان الغير خلفا عاما أو خلفا خاصا، فإن خلف المغتصب الذى انتقلت إليه الحيابة يكون هو المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيابة، حتى لو كان الخلف حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب العقار⁽²⁾.

فدعوى استرداد الحيابة تعتبر من الدعاوى العينية العقارية، وليست من الدعاوى الشخصية التى لا تجوز مباشرتها إلا ضد من انتزع الحيابة أو ورثته⁽³⁾.

(1) السنهاورى ص 1252.

(2) المستشار على أحمد حسن ص 181.

(3) محمد على عرفه ص 169- الدكتور عبد المنعم الشرقاوى ص 106.

وإذا ادعى المعتدى على الحيابة أنه يعمل باسم غيره أو بأمره جاز رفع الدعوى على الاثنين باعتبار أحدهما معتدياً والآخر حدث الاعتداء على الحيابة باسمه⁽¹⁾.

وقد كانت دعوى استرداد الحيابة في ظل التقنين المدني القديم لا ترفع على من آلت إليه حيابة العقار إذا كان حسن النية لأنها كانت دعوى شخصية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى المادة 960 من القانون المدني أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيابة على من انتقلت إليه حيابة العقار من مغتصب الحيابة ولو كان الأول حسن النية ومن ثم فإن الدعوى تكون مقبولة قبل كل من الطاعنين - المالكين - والمطعون عليه الرابع - المستأجر منهما - ويكون من حق المطعون عليها الأولى - المستأجرة الأصلية - استرداد الحيابة دون تأثير لحق أو سوء نية أيهم".

(طعن رقم 711 لسنة 46 ق جلسة 1976/5/5)



مادة (961)

(1) عبد المنعم الشرقاوى ص 125.

من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى
حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض.

الشرح

(الدعوى الثانية)

(دعوى منع التعرض)

260 - شروط الدعوى:

وضعت المادة لدعوى منع التعرض ثلاثة شروط هى:

- 1- أن يكون المدعى حائزا لعقار .
 - 2- أن تستمر حيازة المدعى للعقار مدة سنة سابقة على حصول التعرض .
 - 3- أن يقع للمدعى تعرض فى حيازته .
 - 4- أن ترفع دعوى منع التعرض خلال السنة التالية لحصول التعرض .
- ونعرض لهذه الشروط تفصيلا فيما يلى:

الشرط الأول

حيازة المدعى لعقار

261 - مضمون الشرط:

يشترط لرفع دعوى منع التعرض أن يكون المدعى حائزا لعقار وقت حصول
التعرض له فى حيازته، أى أن يكون له وضع يد فعلى على العقار .
ويجب أن تكون هذه الحيازة قانونية لأن المشرع يحمى الحيازة هنا لأنه
يعتبرها قرينة على تملك الحق . والحيازة التى تعد قرينة على تملك الحق هى بعينها
التي تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم، فمن الواجب أن تتوافر فيها الصفات التى
يتعين توافرها فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم وإلا ما كانت مظهرا

لتملك الحق وما كانت جديرة بأى حماية خاصة.

وترتبيا على ما تقدم يبين أنه يشترط أن تتوافر فى حيازة المدعى عناصرها المادى والمعنوى. دون أن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة، وهى الإكراه أو الخفاء أو الغموض⁽¹⁾.

فيجب أن تكون حيازة الحائز أصيلة لا حيازة عارضه. أى يجب أن يحوز لحساب لنفسه لا لحساب غيره.

فإذا وقع تعرض على حق الملكية، فلا يجوز رفع دعوى منع التعرض إلا ممن يحوز حق الملكية. فلا يجوز أن ترفع الدعوى فى هذه الحالة من صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو صاحب حق السكنى فهم جميعا حائزون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية، لأنهم يحوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك.

وإنما يحوز لكل من صاحب حق الانتفاع وصاحب حق السكنى وصاحب حق الارتفاق - إذ هو يضع يده على العين بنية استعمال هذا الحق - أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذى يباشره لحساب نفسه، فهو أصيل فى حيازته ويحوزه لحساب نفسه لا لحساب المالك⁽²⁾.

أما إذا كان المدعى حائزا حيازة مادية أو عرضية كالمودع لديه والمستعير فلا يجوز له رفع هذه الدعوى.

وقد استثنى المشرع من هذه القاعدة العامة المستأجر. فبالرغم من أن حيازته عرضية أجاز له أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة⁽³⁾.

ودعاوى منع التعرض التى يجوز للمستأجر رفعها هى تلك التى ترفع ضد

(1) محمد على عرفه ص 178 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 182.

(2) السنهاورى ص 1268 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 319 وما بعدها.

(3) أحمد أبو الوفا ص 151- الدكتور أحمد الصاوى الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 1994 ص 213.

الغير، لا ضد المالك، فهو يحوز العين نيابة عنه، وتحكم علاقته بالمالك عقد الإيجار.

ولا تقبل دعوى الحيازة ممن يحوز لحساب آخر ويتبع تعاليمه ويأتمر بأوامره، إذ هو ليست له على العقار سلطة مستقلة بل هو تابع للحائز.

فدعوى الحيازة هنا يجب أن يرفعها الحائز الحقيقي. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 951 على أنه: "تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الانتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة" فالموظف الذى يشتغل فى مصنع أو فى متجر أو فى أرض زراعية لا يستطيع أن يرفع دعوى الحيازة باسمه لأنه يباشر الحيازة باسم الحائز الحقيقى (صاحب المصنع أو المتجر أو مالك الأرض الزراعية) ويتصل به.

ولا يعتبر حائزا قانونا إلا من ترد حيازته على حق عينى أصلى، أما من ترد حيازته على حق عينى تبعى كالدائن المرتهن رهنا حيازيا فلا يعتبر حائزا قانونيا، بل إنه حائز عرضى لا تقبل منه دعوى منع التعرض⁽¹⁾.

غير أن رأيا فى الفقه يذهب إلى أن الدائن المرتهن وإن كان يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة للمالك الحقيقى إلا أنه يعتبر حائزا قانونيا بالنسبة للحق العينى الذى يحوزه، وهو حق الرهن، ومن ثم له أن يدفع تعرض المدين الراهن أو تعرض الغير له بدعوى منع التعرض⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا غصب شخص أطيانا وحكم عليه برد حيازتها فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لا تعتبر حيازة هادئة فلا يصح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له تعرض جديد من الغاصب والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية".

(1) محمد على عرفه ص 178 وما بعدها - المستشار على أحمد حسن ص 183.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 320 - السهورى ص 1269.

(طعن رقم 46 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25)

2- "إن أساس دعوى منع التعرض هو الحيابة المعتبرة قانونا بتوافر نية التملك، فيجب على المحكمة عند الحكم فيها أن تبين في حكمها جميع الشرائط القانونية الواجب توافرها في وضع اليد، وأهمها أن يكون بنية التملك".

(طعن رقم 49 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/18)

3- "المستأجر لا يملك أن يرفع دعوى منع التعرض فإذا دفعت هذه الدعوى بأن رافعها لم يضع يده على الأرض موضوع النزاع بنية التملك لأنه لم يكن إلا مستأجرا، ورأت المحكمة قبول الدعوى وجب عليها أن تثبت توافر الأركان القانونية لدعوى منع التعرض وأن تورد الدليل على حصول التغيير فعلا في سبب وضع يد المدعى، فإن هي اكتفت بقولها أن التغيير في سبب وضع اليد غير محظور قانونا على المستأجر فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".

(طعن رقم 136 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/29)

4- "متى كان الواقع في الدعوى هو أن مورث الطاعنة أقام منزلا به مطلات تطل على قطعة أرض فضاء مملوكة لآخر أقام عليها "جراجا" مصنوعا من الخشب والصاج ثم باعها أخيرا إلى المطعون عليه الذي أقام حائطا 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 التي 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..... الخ".

(طعن رقم 145 لسنة 19 ق جلسة 1951/6/14)

5- "يجب توافر نية التملك لمن يبتغى حماية يده بدعوى منع التعرض ولازم هذا أن يكون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم، فلا تكفى حيازة

عرضية ولا يكفى أن يكون وضع اليد على عقار من الأموال العامة. أما ما أباحه القانون المدنى فى المادة 275 للمستأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة فإنما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ عام وذلك لما لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه".

(طعن رقم 357 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/12)

6- "وضع يد المستحق فى ريع العقار الموقوف لا يبيح له رفع دعوى منع التعرض لأن وضع يده فى هذه الحالة لا يقترب بنية التملك".

(طعن رقم 393 لسنة 23 ق جلسة 1958/1/23)

7- "لا يملك المستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض ضد المؤجر لأن حيازته للعقار المؤجر غير مقترنة بنية التملك وعلاقته بالمؤجر إنما تقوم على عقد الإيجار لا على الحيازة التى تبيح لصاحبها رفع دعوى منع التعرض وهى ليست مجرد التسلط المادى على العقار بل يجب أن تكون مقترنة بنية التملك - ولم يخالف القانون المدنى الجديد القانون المدنى القديم فى هذا الخصوص. أما ما أباحه القانون الجديد فى المادة 575 للمستأجر من رفع دعاوى اليد جميعاً ضد غير المؤجر فإنه استثناء من القاعدة العامة".

(طعن رقم 393 لسنة 23 ق جلسة 1958/1/23)

8- "من الواجب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - توافر نية التملك لمن يبغي حماية يده بدعوى منع التعرض، ولازم ذلك أن يكون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التى منع الشارع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة 970 من القانون المدنى".

(طعن رقم 468 لسنة 44 ق جلسة 1977/11/9)

9- "القانون المدنى اعتبر المستأجر حائزاً تحميه جميع دعاوى الحيازة،

وطبقت المادة 1/575 من القانون المدني هذا الحكم تطبيقاً صحيحاً في صدد التعرض المادى الصادر من الغير، فأجازت للمستأجر أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة، سواء كان تعرض الغير له مادياً أو تعرضاً مبنياً على سبب قانونى".

(طعان رقما 25، 28 لسنة 50 ق أول يناير سنة 1981)

10- "إن حيازة المستأجر تعتبر حيازة للمؤجر واستمراراً لها، وإذا كان القانون قد أجاز للمستأجر رفع دعوى الحيازة طبقاً لنص المادة 575 من القانون المدني فلأن له مصلحة شخصية فى الذود عن الحيازة ضد الغير الذى يعتدى عليها، أما إذا رفع المستأجر دعوى على المؤجر لتعرضه لحيازته أو استناداً لها، فلا تكون هذه دعوى حيازة لأنها لا تستند إلى الحيازة وإنما تستند إلى عقد الإيجار الذى أبرم بينهما لأن دعوى الحيازة هى تلك التى يستند رافعها إلى مجرد الحيازة طالبا حمايتها، وإذا كانت الطاعنة تستند - قبل المؤجر المطعون ضده - فى حيازتها لعين النزاع إلى عقد شرائها بالجدك من المستأجر الأصيل، فإن المادة 594 من القانون المدني وحدها هى التى تحكم صحة هذا العقد وإذا انتهت المحكمة فى الرد على السبب السابق إلى أن عقد شراء الطاعنة لا يكتمل الشرائط اللازمة لانطباقها عليه، فلا على المحكمة إن طبقت عليه قانون إيجار الأماكن ويكون النعى على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 859 لسنة 47 ق جلسة 1981/6/6)

11- "يجب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - توافر نية التملك لمن يبغي حماية يده بدعوى منع التعرض، ولأزم ذلك أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف الخيرية التى منع الشارع تملكها أو كسب حق عيني عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة 970 من القانون المدني المعدلة بالقانونين رقمى 147 لسنة

1957، 39 لسنة 1959".

(طعن رقم 69 لسنة 50 ق جلسة 1984/12/12)

12- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يتعين توافر نية التملك لمن يبغي حماية يده بدعوى منع التعرض ولازم ذلك أن يكون العقار من العقارات التي يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة بالدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف الخيرية التي منع المشرع تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقانونين 1957/147 - 1959/39، ومن ثم يتعين على المحكمة فى دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حول ما إذا كان العقار مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم أم لا للوصول إلى ما إذا كانت حيازته جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض لها أم لا دون أن يعتبر ذلك منها تعرضاً لأصل الحق".

(طعن رقم 1080 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/27)

13- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وجوب توافر نية التملك لدى الحائز الذى يلجأ إلى دعوى منع التعرض حماية لحيازته، ولازم ذلك أن يكون العقار موضوع الحيازة مما يجوز تملكه بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التى منع الشارع تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم. وقد نصت المادة 970 من القانون المدنى بعد تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 على عدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب حق عيني عليها بالتقادم".

(طعن رقم 1623 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/13)

14- "لئن كان يشترط لقبول دعوى منع التعرض توفر الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى مما لا يجوز معه لحائز المال العام أن يرفع هذه الدعوى لعدم إمكان توفر نية الملك فى وضع يده، إلا أنه لما كان الثابت فى الدعوى أن الأرض محل النزاع قد ربطت باسم المطعون ضده كمنافع من قبل مصلحة

الضرائب مما يعد ترخيصاً له من هذه الجهة بالانتفاع بها مقابل ما تستأديه منه عن هذا الربط، وكانت حيازة المرخص له في الانتفاع بالعين المرخص بها وإن اعتبرت حيازة عرضية في مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصلية في مواجهة الغير تجيز للحائز رفع دعوى منع التعرض عليه إذا وقع منه اعتداء على الحق المرخص به- لما كان ذلك وكان وضع يد الطاعن على أرض النزاع بعد إلغاء ربطها عليه قد أضحى بغير سبب فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي الذي خلص في قضائه إلى قبول دعوى المطعون ضده ومنع تعرض الطاعن له في الانتفاع بأرض النزاع يكون قد وافق صحيح القانون ولا يعيبه بعد ذلك ما ورد في أسباب الحكم المؤيد له التي أحال إليها من قرارات قانونية غير سليمة إذ لمحكمة النقض أن تصوب ذلك دون أن تنقض الحكم".

(طعن رقم 268 لسنة 53 ق جلسة 1986/12/21 - غير منشور)

15- "مفاد نص المادتين 1/575، 958 من القانون المدني يدل على أن المشرع وإن كان قد أباح للمستأجر أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له تعرضاً مادياً أو تعرضاً مبنياً على سبب قانوني إلا أن شرط ذلك أن تكون له حيازة مادية وحالية على العين ومعنى كونها مادية أن تكون يده كحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً حال وقوع الغصب وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض الدعوى على سند من عدم توافر أي حيازة للطاعن فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 1377 لسنة 51 ق جلسة 1989/4/17)

16- "لما كان من المتعين فيمن يبغى حماية وضع يده على عقار بدعوى منع التعرض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تتوافر لديه نية التملك وكان لازم ذلك أن يكون هذا العقار الذي تسبغ الحماية عليه بمقتضاها من العقارات التي يجوز تملكها بالتقادم بأن لا تكون من الأموال الخاصة بالدولة أو

الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف الخيرية التي حظر المشرع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة 970 من القانون المدنى بعد تعديلها بالقانونين رقمى 147 لسنة 1957، 39 لسنة 1959 فإن مقتضى ذلك أنه على المحكمة فى دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حول ما إذا كان العقار محل النزاع مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم من عدمه للوصول إلى ما إذا كانت حيازة جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض أم لا دون أن يعتبر ذلك منها تعرضا لأصل الحق".

(طعن رقم 618 لسنة 57 ق جلسة 1992/3/18)

17- "حيازة المرخص له فى الانتفاع بالعين المرخص بها وإن اعتبرت حيازة عرضية فى مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصلية فى مواجهة الغير تجيز للحائز أن يرفع باسمه على من يتعرض له جميع دعاوى الحيازة إذا وقع منه اعتداء على الحق المرخص به وهى تقوم على رد الاعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد فلا يشترط توافر نية التملك عنده ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب والعبرة فى ثبوت هذه الحيازة - وهى واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلا".

(طعن رقم 1924 لسنة 61 ق جلسة 2005/3/3)

(قرب: طعن رقم 2260 لسنة 64 ق جلسة 2003/4/13)

18- "المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها وإسباغ الوصف القانونى الصحيح عليها، والعبرة فى تكييف الدعوى بأنها دعوى أصل الحق هى بحقيقة المطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات التى صيغت بها، وهى تكون كذلك إذا كانت ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة ويتناول البحث فيها حتما أساس الحق المدعى به ومشروعيته، أما إذا كان الغرض من الدعوى مجرد حماية وضع اليد بغض النظر عن أساسه

ومشروعيته فإنها تكون دعوى حيازة. كما أنه من المقرر أيضا أن الحيازة التي تتيح رفع دعوى منع التعرض ليست هي مجرد السيطرة المادية على العقار فحسب بل يجب أن يكون ذلك مقترنا بنية التملك. لما كان ذلك، وكان البين من طلبات الطاعنين في الدعوى أنها انحصرت في طلب الحكم بمنع تعرض المطعون ضدهم لهم في حيازتهم للعقار الخاص بهم تأسيسا على حيازتهم له ومن قبلهم سلفهم حيازة مستوفية لشرائطها، وأن المطعون ضدهم تعرضوا لهم فيه بمطالبتهم سداد مقابل الانتفاع عنه، وكانت هذه الطلبات بحسب مبناها وممرها هي حماية حيازتهم لهذا العقار ومنع التعرض لهم فيه، ومن ثم فهي من دعاوى الحيازة والتي لا يشترط لقبولها تضمينها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وكيف الدعوى على أنها دعوى استحقاق أى متعلقة بأصل الحق وأيد قضاء محكمة أول درجة بعدم قبولها لعدم طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني أو تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه".

(طعن رقم 684 لسنة 70 قى جلسة 2011/12/20)

262- لا يشترط حسن نية المدعى :

لا يشترط لرفع دعوى منع التعرض - كما لا يشترط لرفع دعوى استرداد الحيازة- أن يكون الحائز حسن النية، فللحائز رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية⁽¹⁾.

الشرط الثانى

استمرار حيازة المدعى مدة سنة

(1) السنهورى ص 1272.

سابقة على التعرض

263 - مضمون الشرط:

يشترط أن يكون الحائز قد وضع يده سنة كاملة بدون انقطاع قبل حصول التعرض. وهذا الشرط مستمد في الأصل من التشريعات الجرمانية القديمة التي كانت تحيز لواضع اليد اكتساب الملكية بمضى سنة إذا انتفع بالعقار سنة كاملة فاتخذ التشريع الحديث من وضع اليد مدة سنة قرينة على الملكية.

ولا تقبل دعوى الحيازة ممن انقطعت حيازته بفعل مادي كطرده من العين أو تركه لها، أو بعمل قانوني كإقراره بحيازة خصمه.

أما الموانع الوقتية أو القوة القاهرة التي تحول دون الانتفاع كالغرق أو الفيضان، فلا يترتب عليها اعتبار الحيازة منقطعة من وقت حصول الاستحالة التي منعت الحائز من مباشرة حيازته، وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 957 مدني تنص على أن لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي "وعلى ذلك يظل الحائز محتفظا بالحيازة رغم هذا المانع، وكذلك لاتزول يد صاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بها.

وبجوز للحائز أن يضم إلى حيازته مدة وضع يد سلفه. فيصح للخلف العام أن يتمسك بحيازة سلفه ليكمل بذلك مدة السنة التي يتطلبها القانون. كما يحق للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، متى استجمعت الحيازتان كافة شروطهما القانونية.

وبجوز للأصيل أن يتمسك بمدة وضع يد الأشخاص الذين كانوا يباشرون الحيازة نيابة عنه فالمستأجر والزارع والوكيل هم في الواقع يباشرون الحيازة لحساب الأصيل ومن ثم يحق للأصيل التذرع بمدة وضع يدهم.

وغنى عن البيان أنه إذا وضع الغير اليد على العين لمجرد الانتفاع بها بصفة مؤقتة، دون أن يكون ذلك بنية التملك فإن يده على العين تكون بمثابة استمرار يد ذي الشأن عليها.

وإذا كان المقرر فقها أن لصاحب حق الانتفاع أو السكنى أن يباشر الحيازة لحساب نفسه إلا أنه يباشرها أيضا نيابة عن مالك الرقبة ومن ثم جاز لهذا الأخير أن يتذرع بحيازة صاحب حق الانتفاع أو السكنى عند الحاجة⁽¹⁾.

الشرط الثالث

وقوع تعرض للمدعى فى حيازته

264 – مضمون الشرط :

يشترط أن يقع تعرض للمدعى فى حيازته. والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا. ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن التعرض لا يقتصر مدلوله على التعدى على الحيازة فحسب، بل يمتد إلى سلب الحيازة كلية، إلا أن سلب الحيازة ليس واجبا لرفع دعوى منع التعرض⁽²⁾.

وتطبيقا لذلك قضى بأن لواضع اليد الذى رفعت يده عن العقار بفعل الغير أن يرفع دعوى منع التعرض، ولا يتحتم عليه رفع دعوى استرداد الحيازة، متى كانت شرائط دعوى منع التعرض متوافرة⁽³⁾.

كما قضى بأنه لا يهم فى دعوى منع التعرض المرفوعة من واضع اليد بصفته مالكا أن يقتصر رافعها على استرداد الحيازة أثناء المرافعة، إذا جاء طلبه هذا على إثر إزالة يده. فمثل هذا الطلب لا يجئ معدلا لطبيعة دعواه الأصلية، بل يكون المقصود منه إبداء الغرض الحقيقى والنتيجة النهائية لرفع الدعوى، وهى استرداد العين المغتصبة، الأمر الممكن الوصول إليه من طريق دعوى منع

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 332 - المستشار على أحمد حسن ص 183 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 178 .

(3) بنى سويف استئناف 12 ديسمبر 1928 المجموعة الرسمية 103/44/30.

التعرض⁽¹⁾.

ونعرض فيما يلي لنوعى التعرض:

(أ) التعرض المادى:

التعرض المادى، هو أى عمل مادى من أعمال التعدى يقع على حيازة المدعى، ويكون من شأنه تعكير الحيازة والمنازعة فيها⁽²⁾.

ولا يشترط أن يصاحب هذا الفعل عنف أو قوة بل يكفى أن يحمل فى طياته معنى العدوان الفعلى المهدد للحيازة⁽³⁾.

والتعرض المادى قد يكون مباشرا أو غير مباشر.

والتعرض المباشر هو ما يقع على عقار المدعى (فى دعوى الحيازة) ذاته، ومثال ذلك. إقامة بناء أو إحداث حفرة أو بذر البذور أو حصد المحاصيل أو قطع الأشجار أو المرور فى أرض الحائز أو رعى المواشى أو إقامة أسلاك للكهرباء على سطح البناء⁽⁴⁾.

أما التعرض غير المباشر، فيقع متى كانت الأعمال التى تعتبر تعرضا قد أجريت على عقار المعتدى على الحيازة أو على عقار للغير، فلا تقع أعمال التعرض فى هذه الصورة على عقار المدعى. ومثال ذلك: أن يفتح الجار فى ملكه مطلات على أقل من المسافة القانونية، أو يقيم حائطا أو بناء فى أرضه يسد به مطلا لجاره.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(1) أسيوط استئنافى 28 مارس 1928 مشار إليه فى مؤلف محمد على عرفه ص 178 هامش (3).

(2) السنهورى ص 1278 - محمد على عرفه ص 176.

(3) المستشار محمد عبد اللطيف ص 324.

(4) محمد كامل مرسى ص 43 - عبد المنعم الشرقاوى ص 2.

1- "التعرض الذى يصلح أساسا لرفع دعوى وضع اليد هو الإجراء الموجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حق واضع اليد".

(طعن رقم 32 لسنة 2 ق جلسة 1932/10/27)

2- "فعل التعرض الذى يصلح أساسا لرفع دعوى منع التعرض يتحقق بمجرد تعكير الحيابة والمنازعة فيها، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى أسبابه عن فعل التعرض أن المستأنف عليه (الطاعن) قد أقام السلم جميعه بعمده الأربعة داخل الممر وأنه بذلك يعتبر متعرضا للمستأنف (المطعون عليه) فهذا حسبه بيانا لفعل التعرض".

(طعن رقم 29 لسنة 29 ق جلسة 1963/11/28)⁽¹⁾

3- "التعرض الذى يبيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حق واضع اليد فيكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض واقع من المدعى عليه الخ".

(طعن رقم 1048 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/28)

265- مالا يعتبر تعرضا ماديا :

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

إذا كان الطاعن أسس طلباته الختامية لدى محكمة الموضوع على اعتبار دعواه دعوى منع تعرض ولم يطلب قط من المحكمة اعتبارها دعوى استرداد حيازة وفصلت فيها المحكمة على ذلك الاعتبار الأول، فلا يلتفت لما ينعاه على الحكم مما عساه يكون قد أخطأ فيه من التقريرات الخاصة بأحكام دعوى استرداد الحيازة، التى أوردتها المحكمة فى حكمها استطرادا منها لاستيفاء البحث، لأن كل كلام منه فى دعوى استرداد الحيازة يكون غير ماس بسلامة الحكم من جهة ما قرره من الأحكام القانونية فى ذات دعوى منع التعرض التى هى دعواه".

(طعن رقم 31 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/5)

لا يعتبر تعرضاً مادياً ما يأتي:

- 1- جنى الثمار ليلاً على سبيل السرقة من أرض الحائز، لأن هذا الفعل لا ينطوي على منازعة للمدعى ومن ثم لا يعد تعرضاً⁽¹⁾.
 - 2- التعرض الشفوي بأقوال متكررة أمام الناس أو الحائز أو الجار، طالما لم يصحب هذا الكلام عمل ولم ينشأ عنه مساس حقيقى بحياسة واضع اليد⁽²⁾.
- وللقاضى وحده أن يقدر ما إذا كان التصرف أو العمل يعتبر نزاعاً تنشأ عنه دعوى الحياسة من عدمه.

266- التعرض القانونى:

التعرض القانونى هو كل إجراء قانونى - سواء تم فى مجلس القضاء أو خارجه - يوجه إلى الحائز ينطوى على ادعاء بحق فيه إنكار حياسة الحائز أو منازعة له فيها⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"التعرض الذى يبيح لحائز العقار حياسة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو الإجراء المادى أو القانونى الموجه إلى واضع اليد على أساس حق يتعارض مع حق واضع اليد".

(طعن رقم 117 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/16)

ومن أمثلة ذلك ما يأتى:

-
- (1) المستشار على أحمد حسن ص 184.
 - (2) محكمة المنصورة المختلطة فى 6 يناير 1943 مشار إليه فى مؤلف عبد المنعم الشرقاوى ص 131 هامش 3.
 - (3) الدكتور رمزى سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية 1968/1969 ص 156 - السنهاوى ص 1279 - المستشار على أحمد حسن ص 84 وما بعدها.

1- إرسال إعلان من المتعرض إلى الحائز بأن يزيل بعض ما أحدثه على العقار أو يكلفه إخلاء العين أو التصرف في العقار للغير بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإيجار⁽¹⁾. أو بالتنبيه عليه بعدم إجراء أى تعديل فى حائط بدعوى أنه مشترك بين الطرفين⁽²⁾.

2- توجيه تنبيه بنزع الملكية.

3- تحرير محضر ضد الحائز بمناسبة حيازته لعقار.

4- الإنذار الموجه إلى مستأجرى الحائز بالتنبيه عليهم بعدم دفع الأجرة للحائز.

لأنه لا يشترط أن يكون هذا الإجراء موجهاً إلى الحائز شخصياً، بل يكفى توجيهه إلى من يحوز بالنيابة عنه⁽³⁾.

5- رفع المدعى دعوى منع تعرض ضد الحائز يعتبر تعرضاً قانونياً له فى حيازته، وبالتالي يجوز للحائز أن يرفع دعوى فرعية يطلب فيها الحكم بمنع تعرض المدعى له. ويصبح من المتعين فى هذه الحالة على القاضى أن يبحث أى الخصمين أحق بالحيازة القانونية، أهو المدعى رافع الدعوى الأصلية، أم المدعى عليه رافع الدعوى الفرعية.

6- ما يبيده المتعرض من طلبات فى دعوى أخرى قائمة بينه وبين الحائز إذا تضمنت هذه الطلبات إنكاراً لحقه فى الحيازة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن كل ما يوجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض حتى ولو لم يكن هناك غصب. وإذن فمتى كان الطاعن قد تدخل فى الدعوى التى أقامها المطعون عليه الثانى

(1) محمد كامل مرسى ص 44.

(2) محمد على عرفه ص 175.

(3) محمد على عرفه ص 175 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 275.

على المطعون عليه الثالث مدعيا أن له حقا على الأرض محل النزاع في مواجهة المطعون عليه الأول الذي تدخل أيضا في تلك الدعوى، فإن هذا الادعاء من الطاعن يعتبر تعرضا قانونيا للمطعون عليه الأول يجيز له رفع دعوى بمنع التعرض، ويكون في غير محله ما نعه الطاعن على الحكم المطعون فيه من الخطأ في تطبيق القانون إذ قبل دعوى منع التعرض من المطعون عليه الأول مع انتفاء الغصب".

(طعن رقم 82 لسنة 20 ق جلسة 1952/11/6)

إنما لا يعتبر تعرضا قانونيا للحائز ما يأتي:

- 1- رفع دعوى الملكية، لأن رافع دعوى الملكية ضد واضع اليد هو في الواقع ينكر عليه حق الملكية، ولكن لا ينكر عليه الحيازة. بل إن رفع دعوى الملكية يعد تسليما ضمنيا من المدعى بوضع يد الحائز⁽¹⁾.
- 2- الدفع بطلب تقرير حق ارتفاق على عقار الجار، لأن هذا الطلب هو في الواقع طلب تثبيت ملكية لحق عيني متفرع من حق الملكية، وهذا الطلب لا يتعارض مع الحيازة.
- 3- دعوى القسمة لأنها لا تمس حقوق الحائز.
- 4- اتفاق اثنان على ترتيب حق رهن تأميني على عقار في حيازة الغير، لأنه لا يتعارض مع حق الحائز في وضع اليد.
- 5- الدعوى التي يطالب فيها المدعى بالتسليم استنادا إلى عقد بيع عرفي، أو عقد إيجار.

(1) محمد كامل مرسى ص 44 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 327 - عبد المنعم

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائى الصادر لها، والذى ينقل إليها- ولو لم يكن مشهرا- جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفى حق الارتفاق الذى تدعيه الطاعنة، فإن الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق وليست من دعاوى الحيازة، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعنة منها استنادا إلى أن العقد العرفى يمنح المشتري الحق فى استلام المبيع لأنه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع صحيحا فى القانون، ولا عبرة بما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة على البائعة طالما أن الطاعنة لم تكن طرفا فيها".

(طعن رقم 513 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/25)

2- "إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما الأول والثانى أقاما الدعوى رقم... لسنة.... الجيزة الابتدائية بطلب الحكم بمنع تعرض الطاعن لهما فى استئجارهما وانتفاعهما وحيازتهما لمحل النزاع استنادا إلى عقد استئجارهما له المؤرخ 1976/6/20 لأحقيتهما فى استئجاره ووضع اليد عليه بموجب ذلك العقد بعد صدور الحكم المستعجل بطرد الطاعن المستأجر السابق للمحل ورفض إشكاله فى التنفيذ وقبل صدور الحكم فى استئنائه الحكم الصادر فى الإشكال والذى قضى بإلغائه ووقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل، فإن الدعوى بحسب هذه الطلبات وهذا الأساس تعتبر متعلقة بأصل الحق ولا تعد من دعاوى الحيازة إذ يتطلب الفصل فيها التصدى لعقدى إيجار كل من الطاعن والمطعون ضدهما وفقا للمادة 16 من القانون رقم 52 لسنة 1969 التى تحظر على المؤجر تحرير أكثر من عقد إيجار عن الوحدة الواحدة خاصة وأن الأحكام المستعجلة لا تحوز أى حجية أمام قاضى الموضوع وبعد أن قضى لصالح الطاعن بوقف تنفيذ حكم الطرد

المستعجل وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في الدعوى باعتبارها دعوى حيازة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 1821 لسنة 52 ق جلسة 1990/5/31)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"دعوى الطاعنين بطلب تمكينهما من عين النزاع ومنع تعرض مورث المطعون ضدها الرابعة لهما فيها وتمسكهما أمام الخبير بحيازتهما لها وتدليلهما بشاهدين. تكييفها الصحيح دعوى رد حيازة ومنع تعرض. الغرض منها. حماية وضع اليد. استنادهما والمطعون ضده السادس المتدخل بطلب عدم تعرضهما له في العين إلى سند الملكية. مقصوده. الاستدلال على صفة كل منهم وحقه في ادعائه والتحقق من أوصاف الحيازة وشروطها. عدم اعتباره استنادا إلى الحق الموضوعي. الدفاع المتعلق ببطلان إجراءات الحجز والبيع الإداريين سند ملكية بائع البائع للمطعون ضده السادس. مساس بأصل الحق. وجوب امتناع قاضي الحيازة عن التطرق إليه. التفات الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع. لا خطأ".

(طعن رقم 5048 لسنة 64 ق جلسة 2004/4/10)

267- ما لا يشترط في التعرض:

لا يشترط في التعرض الذي يقع من المدعى عليه في حيازة المدعى ما يأتي:

1- أن يتحقق وقوع ضرر للحائز، فيكفي أن يكون الفعل متعارضا مع حق الحائز، حتى ولو لم يصبه منه ضرر، فمثلا لا يضر المالك من مرور الجار في أرضه، ولكن يجوز له أن يرفع ضد الجار دعوى منع التعرض لمنعه من المرور في أرضه، وكذلك لا يترتب على مجرد فتح مطل على أرض فضاء أى ضرر لصاحبها، ولكن يجوز له أن يطلب سد هذا المطل حتى لا يكتسب الجار حق المطل بمضى المدة⁽¹⁾.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 325.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "دعوى منع التعرض ترمى إلى حماية الحياة، والتعرض الذى يصلح أساسا لرفعها يتحقق بمجرد تعكير الحياة والمنازعة فيها، ولا يشترط فى التعرض أن يكون قد ألحق ضررا بالحائز".

(طعن رقم 1178 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/17)

(ب) - "التعرض الذى يبيح لحائز العقار حياة قانونية رفع دعوى منع التعرض وهو كل عمل مادي أو كل تصرف قانونى يتضمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حق واطع اليد فيكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحياة ليكون هناك تعرض واقع من المدعى عليه فلا يشترط أن يكون التعرض قد ألحق ضررا بالمدعى أو أن يكون ظاهرا أو حصل علنا وإنما يكفى أن يعلم به المدعى حتى يبدأ ميعاد السنة التى يجوز له رفع الدعوى خلالها".

(طعن رقم 1048 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/28)

2- أن تكون أعمال التعرض ظاهرة علنية، فيجوز أن ترتكب هذه الأعمال خفية، ثم يعلم بها المدعى بعد ذلك.

(راجع نقض طعن 1048 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/28 سالف الذكر)

3- أن يكون التعرض قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه. فإن دعوى منع التعرض تكون مقبولة ولو كان المدعى عليه يستند فى تعرضه إلى حق ثابت له، لأن دعوى منع التعرض إنما تحمى الحياة فى ذاتها متى كانت ثابتة، بصرف النظر عما إذا كان للحائز حق يستند إليه فى حيازته أو ليس له هذا الحق⁽¹⁾.

4- أن يكون المدعى عليه سىء النية. فدعوى منع التعرض تكون مقبولة إذا كان المدعى عليه حسن النية يعتقد أن له حق يستند إليه فى تعرضه. لأن دعوى

منع التعرض تحمى الحياة فى ذاتها متى كانت ثابتة كما قدمنا، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سبب النية أو حسن النية⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة 961 من القانون المدنى على أنه "من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض"، إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توافرت الشروط التى تضمنتها هذه المادة إذ لم يستلزم القانون لإسباغ تلك الحماية على الحائز أن يكون المتعرض سبب النية".

(طعن رقم 524 لسنة 44 ق جلسة 1978/1/10)

268- التعرض الحاصل بتنفيذ حكم قضائى:

راجع بند (243).

269- دعوى سد المطلات التى أقيمت دون المسافة القانونية متعلقة

بأصل الحق:

وفى هذا قضت محكمة النقض 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 ضدتهما فى بنائهما 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

(1) السهنورى ص 1277.

خلال سنة من تاريخ وقوع التعرض باعتبارها من دعاوى الحيابة ورتب على تجاوز هذا الموعد في رفع الدعوى قضاءه بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(طعن رقم 1863 لسنة 95 ق جلسة 1993/11/18)

270- لوضع اليد على الشيوع رفع دعوى استرداد الحيابة:
(راجع بند 184).

271- التعرض المستند إلى قرار إداري لا يصلح أساسا لرفع دعوى منع التعرض:

(راجع بند 244).

272- سلطة المحكمة في اعتبار دعوى منع التعرض دعوى استرداد حيابة:
(راجع بند 251).

الشرط الرابع

رفع دعوى منع التعرض خلال سنة

من بدء التعرض

273- مضمون الشرط:

تنص المادة 961 على هذا الميعاد بقولها: "من حاز جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض".

فقد حدد المشرع لرفع دعوى منع التعرض ميعادا هو سنة من تاريخ حصول التعرض، كما فعل بالنسبة لدعوى استرداد الحيابة وقد تناولنا هذا الميعاد تفصيلا في دعوى استرداد الحيابة، فنحيل إليه في ذلك.
(راجع بند 245).

274- بدأ الميعاد فى حالة تعدد أفعال التعرض على الحياة:

إذا تعددت أفعال التعرض على الحياة وتتابعت، وصدرت من شخص واحد، فإن ميعاد السنة يبدأ احتسابه من تاريخ حصول أول عمل من أعمال التعرض. أما إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضاً للمدعى فى حيازته قائماً بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم، وتحتسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى⁽¹⁾.

وقد هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضاً قائماً بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم، وتحتسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه صدرت عن المطعون ضدها الأولى أعمال تعرض لحيازة الطاعن تتابعت بتقديم الشكوى رقم 1751 لسنة 1970 إدارى الخليفة، وإقامة الدعوى رقم 1768 لسنة 1970 مستعجل القاهرة، وقد انتهت هذه الأعمال بصدور حكم استثنائى فى 1970/5/31 بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى، ثم عادت المطعون ضدها الأولى بعد قرابة عام وقدمت شكوى إلى المطعون ضدهما الثانى والثالث اللذين قاما بإجراء تصحيح فى 1971/5/18 وذلك بالتأشير على هامش عقد شراء الطاعن لعقار النزاع بما يفيد أن حقيقية مساحته هى 225 متراً مربعاً وليست 265.5 متراً مربعاً وكان هذا الإجراء يتضمن اعتداء جديداً على حيازة

(1) المستشار على أحمد حسن ص 187 وما بعدها.

الطاعن فيما لو ثبت توافر شروطها - وينشئ له حقاً في رفع دعوى منع تعرض مختلفة عن تلك التي نشأت عن الأعمال السابقة ويبدأ احتساب مدة السنة المقررة لرفعها من تاريخ حدوث هذا التعرض الجديد في 1971/5/18. وإذا أقام الطاعن دعواه بمنع التعرض في غضون شهر فبراير سنة 1972 فإنه يكون أقامها في الميعاد القانوني".

(طعن رقم 117 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/16)

2- "إذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وكانت صادرة من شخص واحد فإنها تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل في هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه يتضمن اعتداء على الحياة".

(طعن رقم 1048 لسنة 47 ق جلسة 1982/11/28)

275- كيفية احتساب الميعاد :

راجع بند (246).

276- طبيعة ميعاد السنة :

راجع بند (247).

277- ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام :

راجع بند (248).

278- كيفية رفع الدعوى :

راجع بند (249).

279- رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

راجع بند (250).

280- سلطة المحكمة في اعتبار دعوى استرداد الحيازة دعوى منع

تعرض:

لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى استرداد الحيازة أن تعتبرها دعوى منع تعرض، وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها، إذ أنه لا تناقض ولا تعارض بين دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"يكفي في دعوى استرداد الحيازة أن تكون للمدعى حيازة واقعية هادئة ظاهرة، وأن يقع سلب تلك الحيازة بالقوة والإكراه، فإذا استظهرت المحكمة قيام هذه العناصر في الدعوى المرفوعة على أنها دعوى منع تعرض فاعتبرتها دعوى استرداد حيازة وحكمت فيها على هذا الاعتبار فإنها لا تكون قد أخطأت".

(طعن رقم 108 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/4)

281- عدم اختصاص القضاء المستعجل بدعوى منع التعرض:

لا يختص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في دعوى منع التعرض، فهي دعوى موضوعية بحتة لأن من واجب القاضي عند الفصل فيها أن يبحث طبيعة وضع اليد وشروطه وصفاته وسببه، كما أن عليه أن يبحث ماهية التعرض وتاريخ نشوئه وحقوق المتعرض على العقار موضوع النزاع، وله عند التأكد من حصول التعرض أن يقضى بإزالة المنشآت التي أقامها المتعرض على العقار، والبحث في هذه الأمور جميعها يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل، لأنه لا يبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعي بين الطرفين في خصوص وضع اليد يصلح عرضه

على القضاء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا ولاية للقضاء المستعجل في الفصل في دعوى منع التعرض لأن الحكم فيها يمس حتما الحق موضوع النزاع إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التي تخول المدعى رفع الدعوى المذكورة وحقوق المتعرض على العقار موضوع النزاع بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعي بين الطرفين في خصوص وضع اليد يصح عرضه على القضاء".

(طعن رقم 127 لسنة 22 ق جلسة 1954/6/24)

282- ما يحكم به في دعوى منع التعرض :

إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض، فإن القاضي يحكم بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى في حيازته، حتى لو ثبت له أن أعمال التعرض قد انقطعت قبل رفع الدعوى.

وبستتبع ذلك القضاء بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أي إزالة الآثار المترتبة على التعرض للحيازة. كرد الحيازة إذا كان المدعى عليه قد سلبها أو إزالة الأعمال التي أقامها المدعى عليه، سواء كانت أعمال التعرض قد تمت في عقار المدعى، أو في عقار المدعى عليه، أو في عقار الغير.

ولا يعتبر ذلك قضاء في أصل الحق لأن الإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض⁽²⁾.

ولا يحول دون القضاء بمنع التعرض وما ترتب عليه من آثار أن يكون هناك

(1) المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل ص 240- راتب وآخرين ص 867 - الدناصوري وعكاز ص 375.

(1) السنهاوري ص 1289 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف في التقادم ص 332.

ما يدعو إلى فوز المدعى عليه في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، لأن قاضى الحيازة لا شأن له بالملكية أو أصل الحق ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى.

غير أنه يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يمنح المدعى عليه أجلاً يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة الشيء إلى أصله بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق فى خلال هذا الأجل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه فى الطريق موضوع النزاع وكذلك بإزالة البناء الذى أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع فى خلال أجل معين دعوى بملكته للطريق ونفى حق ارتفاق المرور عليه للمدعى فإن هذا الحكم لا يجعل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل فى دعوى الحق بل يجعل مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق خلال أجل معين وليس فى هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 48 مرافعات. ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضى الحيازة "فى دعوى منع التعرض" تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاءه فى هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض إلا أن له فى هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة فيقضى بها أو يقرن قضاءه فى خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع فى خلاله الدعوى بالحق".

(طعن رقم 40 لسنة 24 ق جلسة 1958/2/20)

2- "ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار

(1) السهنورى ص 1292 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 332 - عبد المنعم الشرقاوى ص

أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض".

(طعن رقم 258 لسنة 32 ق جلسة 1967/2/7)

3- "الحكم في دعوى منع التعرض إنما يقوم على أسباب مستمدة من الحياة ذاتها. ولما كانت ولاية القاضي في هذه الدعوى تتسع لإزالة الأفعال المادية التي يجريها المتعرض باعتبار أن قضاءه بذلك هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض، وهو ما التزمه الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه، فلا محل للنعي عليه بعدم تطبيق المادتين 925، 246 من القانون المدني، إذ أن أحكامهما تخرج عن نطاق هذه الدعوى".

(طعن رقم 524 لسنة 44 ق جلسة 1978/1/10)

4- "تتسع ولاية قاضي الحياة في دعوى منع التعرض لإزالة الأعمال المادية التي يجريها المدعى عليه في هذا النوع من القضايا، باعتبار أن القضاء بها من قبيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض".

(طعن رقم 665 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/27)

5- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن ولاية قاضي الحياة تتسع لإزالة الأفعال المادية التي يجريها المدعى عليه في هذا النوع من القضايا باعتبار أن القضاء بها من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ومن حق الحائز لمدة لا تقل عن سنة أن يطلب إعادة العقار إلى أصله بطلب إزالة ما يحدثه المتعرض من تغيير سواء بإزالة ما يقيمه من مبان أو بإعادة ما يهدمه منها".

(طعن رقم 1532 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/25)

وللقاضي - طبقاً للقواعد العامة - القضاء بغرامة تهديدية لإجبار المدعى عليه على تنفيذ حكمه.

أما إذا كان التعرض بإجراء قانوني، فيكون الحكم بمجرد التقرير بالحياة

للمدعى⁽¹⁾.

283- الدعوى الفرعية التى ترفع من المدعى عليه :

إذا أقام المدعى عليه دعوى فرعية حال نظر دعوى منع التعرض بادعاء أنه الحائز للعقار محل الدعوى، وطلب رفض الدعوى، نظر القاضى فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لا تتعارض مع حيازة المدعى، وفى هذه الحالة يحكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له فى هذه الحيازة. أما إذا تعارضت الحيازتان ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداها على الأخرى جاز للقاضى أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين.

ويجوز له أيضا إذا لم ير بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق. وقد يقيم فى هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته. أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء. فيكون لهذا الخصم حراسة مؤقتة مقترنة بالتزامه بتقديم حساب عن الغلة⁽²⁾.

284- التعويض عن التعدى على الحيازة:

يمكن التعويض عن التعدى على الحيازة إذا سبب ضررا للحائز، ويجوز طلب التعويض بالتبعية لدعوى منع التعرض، مع مراعاة قواعد الاختصاص القيمى. فالمحكمة الابتدائية تختص بطلب التعويض المرفوع أمامها تبعا لدعوى الحيازة مهما تكن قيمته، بينما لاتختص به المحكمة الجزئية إلا إذا كان يدخل فى حدود نصابها⁽³⁾.

(1) عبد المنعم الشرقاوى ص 138.

(1) السنهورى ص 1292 وما بعدها.

(2) أحمد أبو الوفا ص 157.



مادة (962)

- 1- من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر.
- 2- وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته.

الشرح

(الدعوى الثالثة)

(دعوى وقف الأعمال الجديدة)

285- تعريف :

دعوى وقف الأعمال الجديدة، هي الدعوى التي يرفعها حائز العقار أو الحائز لحق عيني عليه ضد من شرع في عمل لو تم لأصبح تعرضا للحائز في حيازته،

فالغرض من الدعوى ليس منع تعرض وقع بالفعل وإنما تفادى التعرض قيل حصوله، ولذلك قيل بحق إن هذه الدعوى دعوى وقائية *action préventive* المصلحة فيها ليست مصلحة قائمة وإنما محتملة فقط، ومثلها حالة ما إذا شرع جار فى بناء حائط فى ملكه لو تم لترتب عليه سد النور عن مطل فى عقار جاره، فيرفع الحائز للعقار الذى فيه المطل دعوى على جاره بطلب وقف البناء⁽¹⁾.

286- شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة:

يشترط لقبول دعوى وقف الأعمال الجديدة توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

1- أن يكون المدعى حائزاً لعقار حيابة قانونية. أى حيابة يجتمع لها العنصران المادى والمعنوى. فلا تقبل دعوى وقف الأعمال الجديدة من الحائز العرضى، أى الذى يحوز العقار حيابة مادية فقط.

ويسرى على شرط الحيابة القانونية كافة ما ذكرناه بالنسبة للحيابة فى دعوى منع التعرض فنحيل إليه فى ذلك.

راجع بند (261).

الشرط الثانى:

أن تستمر الحيابة لمدة سنة كاملة قبل البدء فى العمل المراد وقفه. ويسرى على هذا الشرط ما ذكرناه بالنسبة لمثيله فى دعوى منع التعرض، ومن إجازة طلب ضم مدة حيابة السلف إلى الخلف.

راجع بند (263).

الشرط الثالث:

أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة خلال سنة من تاريخ البدء فى العمل المراد وقفه:

(1) محمد كامل مرسى ص 47 - رمزى سيف ص 159.

حدد النص ميعادا لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة في خلال سنة من تاريخ البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر. فإذا انقضت سنة على تاريخ البدء في هذا العمل، كانت الدعوى غير مقبولة. كما لا تقبل الدعوى إذا تم العمل ومضت على تمامه سنة. لأنه بتمام العمل نصبح في مواجهة تعرض بالفعل وتكون وسيلة حماية الحيازة حينئذ هي رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ تمام العمل⁽¹⁾.

287- كيفية احتساب مدة السنة :

راجع بند (246).

288- طبيعة ميعاد السنة :

راجع بند (247).

289- ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام :

راجع بند (288).

290- كيفية رفع الدعوى :

راجع بند (249).

291- رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

راجع بند (250).

الشرط الرابع :

أن يبدأ المدعى عليه أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا: عبرت عن هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة بقولها: "وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته". والمراد بهذه الأعمال كل عمل يتضمن إنشاء أو إزالة يترتب على تمامه

(1) رمزي سيف ص 160 - أحمد الصاوي ص 221.

المساس بصالح واضع اليد وحرمانه من فائدة مقررة قانونا أو اتفاقا.
ويجب أن يكون المدعى عليه قد شرع فيها فعلا أو أن يكون على وشك القيام بها⁽¹⁾.

وعلى ذلك لا تقبل دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا كان هذا التصالح لم ينتج عن مركز قانوني أو اتفاقي، بل كان مجرد التسامح. وتفرعا على ذلك لايجوز لواضع اليد أن يطلب وقف بناء سور أقامه الجار على أرض مملوكة له كان يستعملها واضع اليد كمرر بإذن من مالك الأرض على سبيل التسامح، كما لايقبل من واضع اليد دعوى وقف بناء حائط يقيمه الجار على ملكه قد يؤدي إلى سد المناور التي كان فتحها واضع اليد على أرض الجار والتي لم يعترض هذا الأخير على فتحها على أرضه تسامحا منه وحفظا لعلاقات حسن الجوار⁽²⁾.

أما إذا كانت الأعمال قد تمت بالفعل فإنها تعتبر اعتداء مباشر على الحياة، وسبيل ذلك هو رفع دعوى منع التعرض.

وعلى ذلك إذا بدأ المالك فى فتح مطل على أقل من المسافة القانونية كان لجاره أن يطلب وقف هذا العمل الجديد. أما إذا كان المطل قد فتح فعلا، فيبدأ من هذا التاريخ حقه فى رفع دعوى منع التعرض.

وإذا كان لشخص مطل على ملك جاره، ثم بدأ الجار فى إقامة حائط تجاه المطل، كان لصاحب المطل أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، أما إذا ارتفع الجار بالحائط حتى حجب المطل فعلا، كان عليه أن يدفع هذا العدوان بدعوى منع التعرض، إذ أن دعوى وقف الأعمال الجديدة لا تكون مقبولة فى هذه الحالة⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(2) عبد المنعم الشرقاوى ص 132.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 336 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 479.

"دعوى وقف الأعمال الجديدة: وهى كذلك لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة، وموضوع الدعوى ليس هو تعرضا تم، بل أعمالا لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار،، فيرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذى بدأ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم، فإن تم العمل كانت الدعوى التى ترفع هى دعوى منع التعرض، فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها إلخ".

292- وقوع العمل الذى يقوم به المدعى عليه على غير عقار الحائز:

ذكرنا سلفا أن فى دعوى وقف الأعمال الجديدة لا يكون ثمة تعرض، وإنما شروع فى عمل لو تم لأصبح تعرضا. ويبنى على ذلك نتيجة هامة، وهى أنه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة يقع العمل سبب الدعوى على غير عقار الحائز لأنه إن وقع على عقار الحائز لكان تعرضا.

أما فى دعوى منع التعرض فإن العمل قد يقع على عقار الحائز وقد يقع على غيره⁽¹⁾.

أما إذا كان العمل قد وقع فى عقار الغير برضائه أو متواطئا مع المدعى عليه، جاز رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة⁽²⁾.

الشرط الخامس:

وجود أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال نجم عنها تعرض فعلى لحيازة المدعى.

يشترط أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت الأعمال التى يجربها المدعى عليه لنجم عنها تعرض فعلى لحيازة المدعى.

(1) رمزى سيف ص 160.

(2) السنهاورى ص 1298.

فيجب أن تكون هذه الأعمال مؤدية إلى التعرض للحياة في ذاتها لا إلى مجرد الإضرار بالحائز. لأن في هذه الحالة الأخيرة تكون بصدد دعوى تعويض عادية لا دعوى منع تعرض ولا وقف أعمال جديدة⁽¹⁾.

وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع، ويستعين فى ذلك بالمعاينة وقد يستعين برأى الخبراء⁽²⁾.

293- سلطة المحكمة فى اعتبار دعوى منع التعرض دعوى وقف أعمال جديدة؛

لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى وقف أعمال جديدة، وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها إذ أنه لا تنافر بين الدعويين لأن أساسهما واحد. راجع قضاء محكمة النقض بند 250.

294- ما يقضى به فى دعوى وقف الأعمال الجديدة؛

1- إذا رأى القاضى أن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة متوافرة فإنه يقضى بوقف الأعمال وعدم الاستمرار فيها. ويظل هذا القضاء قائماً حتى ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويقضى فيها بحكم نهائى. وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر المدعى الذى قضى لصالحه بتقديم كفالة مناسبة تودع قلم الكتاب تكون ضماناً للمدعى عليه الذى قضى ضده فى الدعوى. فإذا ما قضى بحكم نهائى فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، بأن المدعى عليه كان هو المحق، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحياة، جاز الحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذى أصاب المدعى عليه من

(3) عبد المنعم الشروقاى ص 132.

(1) السنهورى ص 1297.

جاء وقف الأعمال. وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى بناء على حكم قاضى الحيابة ضمانا لهذا التعويض.

2- إذا رأى القاضى أن شروط دعوى وقف الأعمال غير متوافرة، فيقضى فى هذه الحالة برفض الدعوى، فيكون للمدعى عليه الاستمرار فى الأعمال الجديدة التى بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها بحكم نهائى.

ويجوز للقاضى أن يأمر المدعى عليه بتقديم كفالة مناسبة تكون ضمانا للمدعى الذى قضى برفض دعواه. فإذا ما قضى بحكم نهائى، فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، بأن المدعى كان هو المحق وأن اعتراضه على مضى المدعى عليه فى الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيابة، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها. وعندئذ تكون الكفالة التى قدمها المدعى عليه بناء على حكم القاضى ضمانا لهذه الإزالة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بأنه :

"إذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت فى الميعاد، كان للقاضى حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها بكفالة فى الحالتين، فتكون الكفالة فى الحالة الأولى لضمان التعويض، فيما إذا تبين فى دعوى الموضوع أن الأعمال التى قد وقفت كان ينبغى أن تستمر، وفى الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التى أذن فى استمرارها كان ينبغى أن توقف"⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 1300- الدكتور أحمد هندى قانون المرافعات المدنية والتجارية - النظام

القضائى والاختصاص والدعوى 1995 ص 567 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 479 وما بعدها.

295- هل يختص القاضى المستعجل بدعوى وقف الأعمال الجديدة ؟

يختص القاضى المستعجل بنظر وقف الأعمال الجديدة، لا باعتبار أنه يفصل فى دعوى حيازة هى دعوى وقف الأعمال الجديدة. وإنما باعتبار ذلك إجراء مستعجل درءا للخطر الذى لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله عند إتمام الأعمال المذكورة، وذلك إذا توافر فى الطلب شرط عدم المساس بالموضوع⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"دعوى وقف الأعمال الجديدة التى تعد من دعاوى وضع اليد ويرفع الاستئناف عن الحكم الصادر فيها لمحكمة الاستئناف طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم 56 لسنة 1959 بشأن السلطة القضائية هى الدعوى التى يكون سببها وضع اليد على عقار أو حق عيني عقارى وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ومقتضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحمايتها. وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت، والحكم الذى يصدره القاضى المستعجل فى هذا الشأن هو قضاء بإجراء وقتى لا يمس أصل الحق مما يرفع الاستئناف عنه أمام المحكمة الابتدائية طبقا للمادة 51 من قانون المرافعات".

(1) المستشار محمد عبد اللطيف فى القضاء المستعجل ص 239 ومابعدھا- الدناصورى

وعكاز ص 377 ومابعدھا.

(طعن رقم 203 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/18)⁽¹⁾

ويترتب على ذلك أن القاضى المستعجل يجوز له القضاء بوقف الأعمال الجديدة، ولكن لا يختص بإزالة ما تم من أعمال، إذ ينطوى ذلك على مساس بأصل الحق. فإذا طلب المدعى مثلاً وقف الأعمال الجديد وإزالة ما تم منها، فإن القاضى المستعجل يقضى بإجابة الشق الأول متى تكاملت عناصره، وبعدم اختصاصه بنظر الشق الثانى⁽²⁾.

(2) قارن راتب وآخرين ص 869 وما بعدها - المستشار مصطفى هرجه الجديد فى القضاء المستعجل الطبعة الثانية مايو 1982 ص 356 وما بعدها، فيرون أن دعوى وقف الأعمال الجديدة من دعاوى الحيازة المنصوص عليها فى القانون المدنى، ولكن تنظر بصفة مستعجلة إذا توافر فيها شرطاً الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

(1) ويذهب البعض إلى أن الأمر قد يدق على القاضى المستعجل فى بعض الحالات إلى حد لا يستطيع معه القطع بأن العمل الجديد سيهدد حق المدعى أو حيازته عند تمامه، كما لو أبدى المدعى أسباباً فنية تقيد فى ظاهرها أنه سيتربى مثلاً على الاستمرار فى أعمال الهدم التى يباشرها المدعى عليه على عقاره أن يصبح عقار المدعى مهدداً بخطر السقوط، وأقام المدعى عليه من الأدلة المعقولة ما يفيد أنه اتخذ جميع الوسائل التحفظية للمحافظة على عقار المدعى وأن ترقب حصول أى ضرر على هذا العقار بسبب أعمال الهدم بعيد الاحتمال، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى المستعجل أن يراعى مصلحة الطرفين وذلك على البيان الآتى:

1- إذ تبين له حسب تقديره الوقتى أن يقضى بوقف هذه الأعمال فإن عليه أن يأمر المدعى بتقديم كفالة مناسبة تكون ضماناً للمدعى عليه إذا قضت محكمة الموضوع نهائياً بالاستمرار فى الأعمال. فتصبح الكفالة ضامنة لتعويض الضرر الذى تقدره المحكمة بسبب ما أصاب المدعى عليه من وقف الأعمال.

2- إذا تبين للقاضى أن يأذن باستمرار السير فى هذه الأعمال فإن عليه أن يأمر المدعى عليه بتقديم كفالة مناسبة تكون ضماناً للمدعى إذا قضت محكمة الموضوع بوقف الأعمال،

ولا مجال إذن للقول هنا بوجود التقيد بقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية. فيستطيع المدعى الذى يلجأ إلى القضاء المستعجل أن يرفع دعوى بأصل الحق أمام قاضى الموضوع.

أحكام عامة تسرى على كافة دعاوى الحيازة (الحكم الأول)

عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

296- النص القانونى :

المادة 44 من قانون المرافعات :

"لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعائه بالحيازة.

ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه.

وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه".

297- حكمة قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية :

يقرر نص المادة 44 مرافعات التطبيقات المسلم بها فى القانون الفرنسى الحديث والقديم والقانون المصرى القديم لقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى المطالبة بالحق.

فتصبح الكفالة ضامنة لتعويض الضرر الذى تقدره محكمة الموضوع بسبب ما أصاب المدعى من الاستمرار فى الأعمال (المستشار محمد عبد اللطيف ص 239).

وهذه التطبيقات هي التي تتوافر فيها حكمة القاعدة، أما ما عداها من التطبيقات التي لا تتوافر فيها الحكمة والتي هي محل خلاف في فرنسا، فلم يتعرض لها المشرع.

فالغرض المقصود من هذه القاعدة هو استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق، لأن تعرض القاضى لأصل الحق قد يؤدي إلى حكم على الحائز رغم ثبوت حيازته، اعتمادا على ملكية خصمه، وهذا يتنافى مع تحقيق الغرض المقصود من دعاوى الحيازة، وهو رد الاعتداء وإعادة الخصوم إلى مركزهم السابق قبل إثارة النزاع على أصل الحق⁽¹⁾.

والمقصود بدعوى أصل الحق هنا هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع عنها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقصود بدعوى أصل الحق - في هذا المجال - هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها".

(طعن رقم 852 لسنة 61 ق جلسة 1995/11/9)

والجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق قد يأتي من جانب مدعى الحيازة فيما يبيده من طلبات، وقد يأتي من جانب المدعى عليه فيما يبيده من دفعات في دعوى الحيازة، وقد يأتي من جانب القاضى في حكمه في الحيازة، فالجمع بين الدعويين قد يكون طلبا أو دفعا أو حكما.

ونعرض للحالات الثلاث المذكورة بالتفصيل فيما يلي.

الحالات الثلاث للجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق

297 مكررا - أولا: بالنسبة لمدعى الحيازة:

تنص الفقرة الأولى من المادة 44 مرافعات على أنه:

(1) أحمد أبو الوفا ص 172 وما بعدها.

"لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعائه بالحيازة".

ويقصد بذلك أن مدعى الحيازة إذا طالب بالحق سقط حقه فى الادعاء بالحيازة وامتنع عليه أن يرفع بعد ذلك دعوى الحيازة، وأساس هذه القاعدة أن المطالبة بالحق من جانب مدعى الحيازة تتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة، لأن هذا المدعى حينما حصل له التعرض فى حيازته كان أمامه طريقان لدفع التعرض، طريق دعوى الحيازة وهو طريق سهل، وطريق دعوى الحق وهو طريق صعب فباختياره الطريق الصعب يعتبر نازلا عن الطريق السهل⁽¹⁾.

وينبنى على النص المتقدم نتيجتان:

الأولى:

أنه إذا بادر المدعى برفع دعوى الحيازة، فليس ثمة ما يمنعه من رفع دعوى الحق وتكون دعواه بالحق مقبولة ولكنه يترتب على رفعها سقوط دعوى الحيازة. وفى هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى الذى لا يجزى رفع دعوى الحق إلى أن يفصل فى دعوى الحيازة.

ولكن لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الحق أن يرفع طالب الحيازة دعوى الشفعة أثناء نظر دعواه بالحيازة ولا يترتب على ذلك سقوط حقه فى الادعاء بالحيازة لأن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك غير أن السند القانونى المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذى يصدر لمصلحة الشفيع الذى لا يمكن أن يكون مالكا أو يدعى ثبوت الملك له قبل صدور الحكم بأحقية فى تملك العقار المبيع⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها لا يعتبر جمعا بين دعوى اليد ودعوى الملك بما

(1) رمزى سيف ص 172 ومابعداها - أحمد أبو الوفا ص 173 ومابعداها.

(2) السنهورى ص 1316 - المستشار على أحمد حسن ص 191.

يسقط حقه في الادعاء بالحيازة، ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك غير أن السند القانوني المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفيع الذي لا يمكن أن يكون مالكا أو يدعى ثبوت الملك قبل صدور الحكم له بأحقيته لتملك العقار المبيع".

(طعن رقم 224 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/16)

الثانية:

أنه إذا بادر مدعى الحيازة برفع دعوى الحق، فإنه يسقط حقه في رفع دعوى الحيازة، فلا تقبل منه بعد ذلك.

على أن الذي يسقط الحق في رفع دعوى الحيازة هو رفع دعوى الحق. أما الإنذارات المتبادلة بين الخصوم وطلبات الإعفاء من الرسوم القضائية، والإجراءات الوقتية أو التحفظية التي يتم اتخاذها فيما يتعلق بأصل الحق، كل ذلك لا يؤدي إلى سقوط دعوى الحيازة⁽¹⁾.

ويسقط حق المدعى في دعوى الحيازة، ولو كانت دعوى الحق مرفوعة إلى محكمة غير مختصة، أو كان قد ترك الخصومة فيها، أو حكم باعتبارها كأن لم تكن، لأن الظاهر من عبارة "سقط ادعاؤه بالحيازة" التي استعملها المشرع في الفقرة الأولى من المادة 44 مرافعات أن التجاء الحائز إلى دعوى المطالبة بالحق يعني تنازله عن التمسك بحيازته، واعترافه ضمنا بحيازة خصمه، بما يستتبع سقوط الادعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى.

ويستوى في ذلك أن يطالب المدعى في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(1) الدكتور نبيل اسماعيل أصول المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الأولى 1986 ص 454 -

1- "إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع، إذ أن هذا لا يجوز إثارته في دعوى وضع يد طبقا للمادة 29 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 82 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/15)

2- "النص في المادة 1/48 من قانون المرافعات السابق على أنه "لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة" يدل على أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، يستوى في ذلك أن يطالب في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية، وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هي استكمال حماية الحيازة بذاتها مجردة عن أصل الحق، ويبقى هذا المنع قائما مادامت دعوى الحيازة منظورة وإلا سقط حق المدعى في الادعاء بالحيازة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه كان يتعذر على الشركة المطعون عليها الثانية (المدعية في دعوى الحيازة) أن ترفع دعوى الملكية طوال المدة التي نظرت فيها دعوى الحيازة بسبب عدم جواز الجمع بين الدعويين مما يعتبر مانعا يوقف سريان التقادم المكسب للملكية عملا بحكم المادة 1/382 من القانون المدني، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 463 لسنة 38 ق جلسة 1974/11/5)

3- "النص في الفقرة الأولى من المادة 44 من قانون المرافعات على أنه "لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة"، يدل على أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق - يستوى في ذلك أن يطالب في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى أصل الحق - وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هي استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق، فإذا ما

لجأ المدعى إلى رفع الدعوى بأصل الحق حين يقع اعتداء على حيازته، فإن ذلك يعد تسليمًا بحيازة خصمه وتنازلاً عن الحماية التى قررها القانون لها بما يستتبع سقوط الادعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق كل ذلك ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع بعد رفع دعوى أصل الحق فحينئذ يجوز للحائز أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام الدعوى بأصل الحق".

(طعن رقم 852 لسنة 61 ق جلسة 1995/11/9)

4- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى الفقرة الأولى من المادة 44 من قانون المرافعات على أنه "لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة" يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق يستوى فى ذلك أن يطلب فى دعوى الحيازة ذاتها موضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة المستقلة عن دعوى أصل الحق، وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هى استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة من أصل الحق فإذا ما لجأ المدعى إلى رفع الدعوى بأصل الحق حين يقع اعتداء على حيازته فإن ذلك يعد تسليمًا بحيازة خصمه وتنازلاً عن الحماية التى قررها القانون لها مما يستتبع سقوط الادعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق كل ذلك ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع بعد رفع دعوى أصل الحق فحينئذ يجوز للحائز أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام الدعوى بأصل الحق، ولما كانت دعوى قسمة المال الشائع يقوم الحكم فيها على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته من هذا المال مما تعد معه بهذه المثابة من قبيل المطالبة بالحق فإن رفع الشريك فى المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط ادعائه بالحيازة الذى يكون قد أقام به الدعوى قبل رفعه دعوى القسمة".

(طعن رقم 1936 لسنة 75 ق جلسة 2007/4/19)

298- العبرة فى تكييف الدعوى بأنها دعوى بالحق بحقيقة المطلوب فيها :

العبرة فى تكييف الدعوى بأنها دعوى بالحق هى بحقيقة المطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات التى صيغ بها المطلوب.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن دعوى الملكية تختلف عن دعوى وضع اليد فى أن الأولى ترمى إلى حماية حق الملكية والحقوق العينية المأخوذة منه بطريق مباشر، ويتناول البحث فيها حتماً أساس الحق المدعى به ومشروعيته.

أما الثانية فليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنهه أساسه وعن مشروعيته. فإذا رفعت الدعوى بطلب إزالة ماسورة وضعها المدعى عليه فى الطريق، وأسست على ملكية المدعى لهذا الطريق، فدفعها المدعى عليه بأنه مالك لجزء من هذا الطريق، وحققت المحكمة فى ملك الطريق وأثبتته للمدعى، فإن هذه الدعوى هى دعوى ملكية، ولا يغير من طبيعتها أن المدعى لم يطلب فيها الحكم بالملك ولا بالارتفاق ولا بنفيه إذ أن طلبه إزالة الماسورة إنما هو منتزع من حقه فى الملك لا من حقه فى وضع اليد الذى لم يتعرض لطلب حمايته. ولذلك فلا يجوز الطعن بطريق النقض فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية".

(طعن رقم 11 لسنة 9 ق جلسة 1939/6/15)

2- "مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 44 من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيابة ودعوى أصل الحق يستوى فى ذلك أن يطالب فى دعوى الحيابة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيابة مستقلة عن دعوى الملكية، والعبرة فى تكييف الدعوى هى بحقيقة المطلوب فيها".

(طعن رقم 653 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/31)

299- دعوى الحيابة التى نشأ سببها بعد رفع دعوى الحق :

دعوى الحيابة التى يسقط الحق فى رفعها بقرينة النزول عنها الاستفادة من رفع دعوى الحق هى دعوى الحيابة التى يكون سببها قد نشأ قبل رفع دعوى الحق، أما دعوى الحيابة التى يكون سببها قد نشأ بعد رفع دعوى الحق فيجوز رفعها ولايسقط الحق فيها، فلو أن حائزاً رفع دعوى الحق على من ينازعه فى حقه فى موضوع الحيابة ثم تعرض له خصمه فى حيازته جاز للحائز أن يرفع دعوى الحيابة لدفع هذا التعرض لأن رفع دعوى الحق فى هذه الحالة لايفيد كما تقدم نزول رافعها عن التمسك بحيازته⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن حظر الجمع بين دعوى الملك ودعوى اليد لا يكون إلا فى الأحوال التى يعتبر فيها رافع دعوى الملك متنازلاً عن دعوى اليد الأمر الذى لا يمكن أن يصدق إلا إذا كان التعرض فى وضع اليد قد حصل قبل أن ترفع دعوى الملك. أما إذا كان قد حصل بعد رفعها فإنه لا يمنع مدعى الملكية من أن يلحق بدعواه دعوى اليد".

(طعن رقم 10 لسنة 10 ق جلسة 1940/5/9)

2- "من المقرر وفقاً لصريح الفقرة الأولى من المادة 44 من قانون الإثبات أنه لايجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيابة، وهذا السقوط مرده أن التجاء المدعى لرفع الدعوى بأصل الحق حين يقع اعتداء على حيازته يعد تسليماً ضمناً بحيابة خصمه وتتنازلاً عن الحماية التى قررها القانون لها بما يستتبع أن يكون هذا السقوط مترتباً على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق ولو أعقبه ترك الخصومة فيها، ما لم يكن العدوان على

الحيازة قد وقع من بعد رفع دعوى أصل الحق فحينئذ يجوز للحائز أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام الدعوى بأصل الحق".

(طعن رقم 161 لسنة 49 ق جلسة 1982/12/3)

3- "حظر الجمع بين دعوى المطالبة بالحق ودعوى الحيازة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يكون إلا فى الأحوال التى يعتبر فيها رافع دعوى الحق متنازلاً عن دعوى وضع اليد الأمر الذى لايتأتى إلا إذا كان التعرض فى وضع اليد قد حصل قبل أن ترفع دعوى الحق، أما إذا كان قد حصل بعد رفعها فإنه ليس ثمة ما يمنع مدعى الحق أن يلحق بدعواه دعوى وضع اليد، لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة كانت قد أقامت دعواها رقم 8379 لسنة 1979 مدنى كلى جنوب القاهرة فى 1979/1/21 للحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار الصادر إليها فى 1966/3/1، وقبل الفصل فيها أقامت دعواها الثانية رقم 9019 سنة 1979 مدنى كلى جنوب القاهرة فى 1979/11/12 للحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار سالف البيان وبرد حيازتها للشقة موضوع التداعى استناداً إلى أن المطعون عليه قام بتاريخ 1979/11/8 بالاستيلاء على تلك الشقة تنفيذاً للحكم الصادر فى الدعوى رقم 438 لسنة 1979 مستأنف مستعجل القاهرة وكان الثابت أن الطاعنة قد ضمنت تلك الواقعة صحيفة دعواها سالفة الذكر والمودع صورة رسمية منها حافظة مستنداتها مما مفاده أن الادعاء بسلب المطعون عليه حيازة الطاعنة للشقة موضوع النزاع قد حصل بعد رفع دعوى الحق رقم 8279 لسنة 1979 سالفة البيان، وبالتالي لا تكون الطاعنة قد جمعت بين دعوى المطالبة بالحق ودعوى الحيازة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 2098 لسنة 50 ق جلسة 1981/6/13- غير منشور)

300- إجازة رفع المدعى عليه فى دعوى الحق ، دعوى الحيازة؛

المدعى عليه فى دعوى الحق يجوز له أن يرفع دعوى الحيابة سواء أكان سببها قد نشأ قبل رفع دعوى الحق أم بعده إذ لا يمكن أن يقال فى هذه الحالة إن رفع دعوى الحق يفيد النزول عن دعوى الحيابة، لأن العمل الذى يفيد النزول عن حق يجب أن يصدر عن صاحب الحق نفسه، ولأن القول بغير ذلك يفتح الباب للمعتدى على الحيابة لحرمان الحائز من المبادرة برفع دعوى الحق على الحائز⁽¹⁾.

301- مناط الحظر رفع دعوى الحيابة والحق على شخص واحد :

الحظر الوارد بالنص مناطه أن تقام دعوى الحيابة ودعوى المطالبة بالحق على شخص واحد، أما إذا تعددت طلبات المدعى فى الدعوى واختلف خصومه فيها، فإن النزاع فى حقيقة الأمر ينطوى على عدة دعاوى ولو قام المدعى برفعه بصحيفة واحدة، فإذا اختصم أحد الأشخاص فى دعوى الحق، واختصم آخر فى دعوى الحيابة، فإن الحظر الوارد بالنص لا يكون قائماً لتعدد الدعاوى واختلاف الخصوم فيها⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"يدل نص المادة 44 من قانون المرافعات على أن الحظر الذى قصده المشرع من الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى المطالبة بالحق لا يكون إلا إذا أقيمت دعوى اليد ودعوى الحق على شخص واحد أما إذا تعددت طلبات المدعى فى الدعوى، واختلف خصومه فيها فإن النزاع فى حقيقة الأمر ينطوى على عدة دعاوى، ولو قام المدعى برفعه بصحيفة واحدة، فإذا اختصم أحد الأشخاص فى دعوى الحق واختصم آخر فى دعوى الحيابة فإن الحظر الوارد فى نص المادة 44 مرافعات سالف الذكر لا يكون قائماً لتعدد الدعاوى واختلاف الخصوم فيها".

(طعن رقم 381 لسنة 49 ق جلسة 1984/11/8)

(1) نبيل أسمر ص 455 - رمزى سيف 175 - محمد كامل مرسى ص 51.

(2) السنهورى ص 1314 وما بعدها - أحمد أبو الوفا ص 174.

كما قضت بأن:

"لما كانت دعوى الحيابة التى لايحوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الادعاء بالحيابة طبقا لنص المادة 44 من قانون المرافعات هى تلك التى ترفع من الحائز على المعتدى نفسه، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة على طلب استرداد الحيابة، ثم طلب فى الاستئناف - احتياطيا وبالنسبة للمؤجر فقط - الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا يكون قد جمع بالنسبة لمورث الطاعنتين بين دعوى الحيابة وبين الدعوى بالحق".

(طعن رقم 1516 لسنة 51 ق جلسة 1989/2/14)

302- يجوز للمدعى تقديم أدلته فى دعوى الحيابة ولو تعلقت بأصل

الحق:

لايحول حظر عدم الجمع دون أن يقوم المدعى بتقديم أوجه الدفاع والأدلة المثبتة لتوافر صفته أو توافر أوصاف الحيابة التى يحميها القانون، ولو كانت هذه الأدلة تتعلق بأصل الحق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى المادة 1/44 من قانون المرافعات يدل على أن المناط فى سقوط الحق فى دعوى الحيابة، هو قيام المدعى برفع دعوى الحق، إذ يعتبر المدعى برفعه لهذه الدعوى متنازلا عن دعوى الحيابة، ولايعنى ذلك أنه يمتنع عليه تقديم أوجه الدفاع والأدلة المثبتة لتوافر صفة أو توافر أوصاف الحيابة التى يحميها القانون، ولو كانت هذه الأدلة تتعلق بأصل الحق، طالما أن الهدف منها هو إثبات توافر شروط الحيابة فى جانبه، ولم يطلب الفصل فى موضوع الحق ذاته".

(طعن رقم 2573 لسنة 55 ق جلسة 1990/1/10)

303- إشارة المستأجر في دعوى الحيازة إلى صفته لا يعد من قبيل الاستناد إلى أصل الحق؛ وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"من المقرر وفقا لنص المادة 1/575 من القانون المدني أنه يجوز للمستأجر رغم أن حيازته حيازة مادية فحسب، أن يرفع جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له تعرضا ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانوني، ومن ثم فإن إقامة دعوى الحيازة من المستأجر، والإشارة فيها إلى صفته هذه للتدليل بها على حقه في رفع الدعوى لا يعد من قبيل الاستناد إلى أصل الحق الذي يسقط ادعاؤه بالحيازة وفقا لنص المادة 1/44 مرافعات".

(طعن رقم 2573 لسنة 55 ق جلسة 1990/1/10)

304- ثانيا: بالنسبة للمدعى عليه في الحيازة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 44 من قانون المرافعات على أنه: "ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخطى بالفعل عن الحيازة لخصمه".

ويستفاد من هذا النص أنه يتمتع على المدعى عليه في دعوى الحيازة

أمران:

الأول:

يمتتع على المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى أنه صاحب حق يخوله الحيازة وأن الحائز ليس صاحب حق، وإنما هو غاصب مادام المدعى هو الآخر ممنوعا من الاستناد إليه. فإذا رفعت دعوى استرداد الحيازة على من سلبها من حائزها، فلا يقبل من المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بأنه هو المالك

للعين، لأن القانون يحمي الحيابة متى توافرت شروطها لذاتها بصرف النظر عن كون الحائز صاحب الحق أم لا. ولأن الحكم فى دعوى الحيابة يجب أن يبنى على اعتبارات متعلقة بالحيابة دون الحق⁽¹⁾.

الثانى:

أنه يمتنع على المدعى عليه فى دعوى الحيابة أن يطالب بالحق ويطلب الحكم له به، إلا بعد الفصل فى دعوى الحيابة وتنفيذ الحكم الصادر فيها، أو بعد التخلّى فعلا عن الحيابة لحائزها قبل الاعتداء عليها لأن كون المتعرض للحيابة صاحب الحق موضوع الحيابة لا يمنع من أن تعرضه للحائز اعتداء تجب أولا إزالته بتسليم الحيابة لحائزها حتى يمكن النظر فى دعوى الحق.

والنص صريح وقاطع فى أن دعوى الحق المرفوعة من المدعى عليه قبل الفصل فى دعوى الحيابة غير مقبولة، فلا محل لما قيل به فى فرنسا على الرأى الراجح من أن دعوى الحق تقبل ولكن يقف الفصل فيها حتى يحكم فى دعوى الحيابة.

ولا يجعل دعوى الحق المرفوعة من المدعى عليه أثناء قيام الحيابة مقبولة إلا أحد أمرين: الأول، أن يتخلّى المدعى عليه فعلا عن الحيابة لخصمه فلا يكفى مجرد الإقرار بالحيابة لخصمه. الثانى، أن ينتظر الفصل فى دعوى الحيابة وتنفيذ الحكم الصادر فيها⁽²⁾.

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيابة. أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية، فإن المدعى عليه فى هذه الدعوى يستطيع قبل الفصل فيها، أن يرفع دعوى الحيابة، سواء كان الاعتداء على حيازته قد وقع قبل رفع دعوى الملكية عليه أو بعد رفعها. وذلك لأنه لم يصدر منه ما يعتبر تنازلا

(1) رمزى سيف ص 176 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 357.

(2) رمزى سيف ص 176 عبد المنعم الشراوى ص 143 وما بعدها.

عن رفع هذه الدعوى، ولأن المادة 44 حددت أحوال منع الجمع بين دعوى الحيابة والحق، وليست هذه الحالة من بين ما نصت عليه المادة المذكورة. وهى أحوال استثنائية واردة على سبيل الحصر ولايجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا يقبل من المدعى عليه فى دعوى الحيابة دفعها بالاستناد إلى نفى الحق".

(طعن رقم 29 لسنة 29 ق جلسة 1963/11/28)

305- ثالثاً: بالنسبة لقاضى الحيابة:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 44 مرافعات على أنه: "وكذلك لايجوز الحكم فى دعاوى الحيابة على أساس ثبوت الحق أو نفيه".

وهذا النص يعنى أن القاضى بتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الحق من ناحيتين:

(الناحية الأولى) :

أن قاضى الحيابة لايجوز له وهو يبحث دعوى الحيابة أن يبحث فى الحق لأنه إذا ثبت له من بحثه هذا أن مدعى الحيابة ليس صاحب الحق فلا يمنع ذلك من الحكم له باعتباره حائزاً، ولايجوز له أن يحكم بالحق لخصمه ولو طلب ذلك لأن المدعى عليه فى دعوى الحيابة ممنوع من طلب الحق مادام النزاع على الحيابة قائماً، كما أنه إذا ثبت له أن مدعى الحيابة هو صاحب الحق فلا يجوز له أن يحكم بالحق لأنه لم يطلبه⁽²⁾.

غير أنه يجوز له استثناء فحص المستندات المتعلقة بأصل الحق على سبيل الاستئناس، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط الحيابة، الأمر الذى يجب أن يجعله القاضى مناط تقصيه، فإن تجاوز هذا الحد تجاوزاً يمس أصل

(1) السنهاورى ص 1320 - عبد المنعم الشرقاوى ص 144.

(2) رمزى سيف ص 177- نبيل أسمر ص 456.

الحق، فإنه يكون قد خالف القانون. فمثلا المعلوم أنه من شروط قبول دعوى منع التعرض أن يكون العقار موضوع الدعوى مما يجوز امتلاكه بالتقادم، وأن يتوافر في حيازته الشروط التي يتطلبها القانون، فقاضى الحيازة يكون ملزما ببحث توافر هذه الشروط، فيجوز له أن يرجع إلى المستندات المتعلقة بالحق ليتحقق من أن العقار المرفوع بشأنه الدعوى ليس ملكا عاما أو ليستخلص ما يعينه على وصف وقائع الحيازة مدة السنة السابقة على رفع الدعوى كأن يتحقق من توافر أو عدم توافر نية الامتلاك لدى الحائز (أو نية الظهور بمظهر صاحب الحق موضوع الحيازة).

وتطبيقا لما تقدم يتمتع على قاضى الحيازة أن يندب خبيرا لفحص مستندات الخصوم المتعلقة بالحق بقصد تحديد المالك الحقيقى، وإنما يجوز له أن يندب خبيرا ليتعرف على العقار موضوع الحيازة.

وقاضى الحيازة ليس ممنوعا من فحص مستندات الخصوم المتعلقة بأصل الحق عند المفاضلة بين الحيازات المتعاقبة لمدد أقل من سنة ليحكم بالحيازة لصاحب السند الأقوى أو الأسبق فى التاريخ (م 959 مدنى)، وعندما تتعلق الدعوى بحق ارتفاق غير ظاهر أو غير مستمر ليتحقق من حيازة المدعى لهذه الحقوق. فقد رأينا أن هذه الحقوق لا يجوز حمايتها بدعاوى الحيازة لأنها لاكتسب بالتقادم إذ أن حيازتها مشوبة بالخفاء أو بشبهة التسامح، أما إذا كانت مقرررة بالاتفاق فمن الجائز حمايتها.

ويتعين على القاضى أيضا فحص مستندات الخصوم المتعلقة بالحق عندما يدعى المتعرض أنه شريك على الشيوخ، وذلك ليتحقق القاضى من أن الحيازة واردة على ملك شائع، وليحدد قدر ومدى المنفعة التى يجوز لكل شريك أن يجنيها من المال الشائع وفقا لاتفاق الشركاء، ليستخلص من كل ذلك ما إذا كان الشريك يعد متعرضا لشركائه أم أنه يمارس حيازته عند حدود حصته مراعىا حصة غيره.

وبفحص القاضى أيضا مستندات الخصوم المتعلقة بأصل الحق إذا تم تنفيذ

حكم قضائي على الحائز وادعى أن هذا الحكم لا يعتبر حجة عليه فلا مندوحة من أن يكون مدار البحث ما إذا كان الحكم يمكن أن يعتبر حجة على المدعى فيصح تنفيذه في مواجهته أولاً يعتبر هو طرف في الخصومة التي صدر فيها فيعد تنفيذه سلباً للحيازة.

ومما هو جدير بالإشارة أن فحص المستندات المتعلقة بالحق ليس معناه البحث في الحق ذاته، فلا يؤثر هذا الفحص في طبيعة الحكم الصادر في هذه الدعوى باعتباره حكماً متعلقاً بالحيازة لا يحوز حجية الشيء المحكوم به بالنسبة لأصل الحق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن من شروط قبول دعوى منع التعرض أن يكون العقار مما يجوز تملكه بوضع اليد ومما يجوز فيه وضع اليد بنية التملك. فقاضي دعوى وضع اليد ملزم قانوناً ببحث توافر هذا الشرط في العقار المتنازع على وضع اليد عليه ويبحث غيره من الشروط الأخرى. فإذا هو بحث في توافر هذا الشرط ورجع فيه إلى مستندات الملكية فذلك إنما يكون ليستخلص منه ما يعينه على وصف وقائع وضع اليد مدة السنة السابقة لرفع الدعوى. فإذا تجاوز في حكمه هذا القدر كان جامعاً بين دعوى الملكية ووضع اليد وكان حكمه باطلاً لمخالفته لنص المادة 29 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 104 لسنة 5 ق جلسة 1936/5/14)

2- "إذا كانت المحكمة في دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلاً سائغاً من الأدلة التي ساققتها في حكمها ومن المعاينة التي أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جرناً عمومياً، وأنها بذلك تعد من المنافع العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد، كان حكمها بعدم قبول دعوى وضع اليد

(1) نبيل أسمر ص 178 وما بعدها.

المرفوعة بشأنها صحيحا قانونا ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع التعرض ملكا عاما أم لا، ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك لأن المقصود به هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى اليد أم لا، حتى إذا رأت الأمر واضحا في أن العقار من الملك العام وأن النزاع بشأنه غير جدى قبلت الدفع وإلا فصلت في دعوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد. كما أن قضاءها في هذا المقام المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يعد حاسما للنزاع في الملك".

(طعن رقم 65 لسنة 13 ق جلسة 1944/3/9)

3- "إن دعاوى وضع اليد أساسها الحيابة المادية بشروطها القانونية ولا محل فيها لبحث الملكية ولا مستنداتها إلا على سبيل الاستئناس بها في شأن وضع اليد وبالقدر الذى تقتضيه دعوى اليد دون التعرض إلى أمر الملكية بأى حال فعلى المحكمة أن تقيم حكمها فى هذه الدعاوى على الحيابة المادية بشروطها فتتقضى بقبولها أو برفضها بناء على توافر تلك الشروط أو عدم توافرها. أما إذا هى أسست قضاءها فيها على الملكية ومستنداتها فإنها تكون بذلك قد أقحمت دعوى الملك على دعوى اليد، وأغفلت أمر وضع اليد وخالفت المادة 29 من قانون المرافعات. وإذن فإذا كانت المحكمة، وهى تفصل فى دعوى وضع يد، بعد أن أثبتت وضع يد المدعى على الأرض موضوع النزاع، وأثبتت أن المدعى عليه تسلمها تنفيذاً لحكم رسو مزادها وأن المدعى لم يكن ممثلاً فى دعوى نزاع الملكية، فقد أقامت حكمها برفض هذه الدعوى على أساس أيلولة ملكية الأرض إلى المدعى عليه بموجب حكم مرسى المزاد، وعلى حجة هذا الحكم على المدعى، فى حين أن القضاء فى دعوى وضع اليد لا يصح أن يؤسس على الملكية وفى حين أن حكم مرسى المزاد هذا ليس فى مسألة وضع اليد حجة على المدعى، فإنها تكون قد خالفت

القانون".

(طعن رقم 35 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/17)

4- "إذا كانت الدعامة الجوهرية التى أقيم عليها الحكم برفض دعوى منع التعرض هى عدم توافر شروط الحيابة المادية للأرض موضوع النزاع، وكان تحدته عن مستندات الملكية الخاصة بالطاعن لا يجاوز الاستئناس بها فى الدعوى وبالقدر الذى اقتضاه البحث فيها فيكون النعى على هذا الحكم بمخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم 159 لسنة 20 ق جلسة 1952/12/4)

5- "الأساس الأصلى لدعاوى الحيابة هو الحيابة بشروطها القانونية، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقا بالحيابة وصفتها وبشرط أن لا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصودا لتحرى الحق، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى، فلا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ولا أن يقيم القاضى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه. وإذن فإنه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم فى دعاوى الحيابة والبت فى شأنها بالصحة أو بالتزوير لما فى ذلك من المساس بالحق وجودا وعدما".

(طعن رقم 27 لسنة 22 ق جلسة 1955/6/16)

6- "لما كان الثابت أن المطعون ضدتهما الأول والثانية قد افتتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده باسترداد حيازتهما لأرض النزاع من تحت يده وبالتالي فهى من دعاوى الحيابة المعروفة فى القانون أساسها الأصلى الحيابة المادية بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيابة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير

واقعة الحيازة المادية، فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضدهما المذكورين بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هذا الطلب عن الطلب الأصلي في موضوعه وفي سببه وفي خصومه ومن ثم لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض".

(طعن رقم 1222 لسنة 60 ق جلسة 1995/1/5)

7- "المقرر- في قضاء هذه المحكمة - أن الأساس الأصلي لدعوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتهما إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى ومن ثم فإنه لا يجوز للطاعنين دفع دعوى استرداد الحيازة المقامة من المطعون ضدهم على أساس أن العقار موضوع النزاع أدخل في الملك العام بتخصيصه بالفعل لمنفعة عامة لأن محل ذلك إنما يكون في دعوى المطالبة بالحق".

(طعن رقم 1901، 2455 لسنة 62 ق جلسة 1998/12/15)

(الناحية الثانية):

متى امتنع على القاضى وعلى الخصوم التعرض لأصل الحق يكون من الطبيعى أيضا أن يمتنع على القاضى بناء حكمه على نتيجة بحثه له. فإذا بنى حكمه فى الحيازة على نص من نصوص القانون المدنى التى تنظم وسائل اكتساب الحقوق أو فقدائها كان حكمه مخالفا للقانون، وخاصة إذا ذكر ذلك النص فى منطوق حكمه، أو أسس الحكم فى الحيازة عليه وحده.

وإذا كان من المقبول أن يورد الحكم فى حيثيات حكمه الفاصل فى الحيازة بعض أسباب تتعلق بالحق فإنه من المتعين ألا يكون الحكم مبنيا على هذه الأسباب وحدها، بل يكون متضمنا أسبابا تتعلق بالحيازة ذاتها وكافية لإقامة الحكم

عليها⁽¹⁾.

وكذلك يكون جمعا بين الحيازة والحق أن يجعل القاضى الفصل فى الملكية مسألة أولية تسبق الفصل فى دعوى الحيازة.

أو إذا كان القاضى فى منطوق حكمه فى دعوى الحيازة لم يقتصر على الحيازة فى ذاتها بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لا يجوز لقاضى وضع اليد أن يجعل حكمه فى دعوى وضع اليد مبنيا فى جوهره على أسباب متصلة بأصل حق الملك، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه فى هذه الدعوى منصبا على تبين ماهيتها والنظر فى توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصودا لذاته، بل يكون على سبيل الاستئناس، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد- الأمر الذى يجب أن يجعله القاضى مناط تقصيه، فإن تجاوز هذا الحد فبحث فى الملكية فنفاها وجعل أساس قضائه فى دعوى اليد ما نفى به أصل الحق فى أمر الملك فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 32 لسنة 2 ق جلسة 1932/10/27)

2- "لا حرج على القاضى فى دعوى وضع اليد فى أن يستخلص من مستندات الخصوم، ولو كانت خاصة بالملك، كل ما كان متعلقا بالحيازة وصفقتها".

(طعن رقم 31 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/25)

3- "إذا كان الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لم يرد فيه بيان عن وضع يد المدعى لمعرفة هل هو مستوف للشروط القانونية أو غير مستوف، وهل

(1) عبد المنعم الشرقاوى ص 146.

(2) السنهاورى ص 1325 وما بعدها.

المدعى رفع الدعوى قبل مضى سنة على واقعة التعرض، كما هو الواجب قانوناً أولاً. ولكن كان كل ما جاء به هو أنه عرض لوضع يد المدعى عليه فأورد أنه لم يكن مقترناً بنية التملك، تم استعراض مستندات ملكية المدعى، لا للاستئناس بها فى تبين وضع يده وشرائطه بل للاستدلال منها على ملكيته للأطيان المتنازع بشأنها، فإنه يكون قد استند فى دعوى التعرض إلى أدلة الملك فجمع بين دعوى اليد ودعوى الملك وهذا غير جائز قانوناً بحكم المادة 29 مرافعات".

(طعن رقم 52 لسنة 13 ق جلسة 1943/11/25)

4- "إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض فى تطهير مسقى وتعميقها على ما ثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين فى الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسقى تجاه أرضهم، وأن هذا النصف يدخل فى الأرض المكلفة بأسمائهم، وأن ربه من المسقى يرجع إلى ما قبل سنة كذا (أى من مدة تزيد على سنة سابقة على التعرض)، فإن استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسقى للرى - ذلك يكفى لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض. أما ما جاء به عن الملكية فإنه ليس إلا من قبيل التزيد فلا يصح أن يؤسس عليه الطعن فى الحكم".

(طعن رقم 31 لسنة 15 ق جلسة 1945/11/22)

5- "متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بمنع تعرض الطاعنة للمطعون عليه فى الانتفاع بحق ارتفاق المطل موضوع النزاع قد أقام قضاءه على وجود المطل (الشرفة) بمنزل المطعون عليه مدة تزيد على سنة قبل حصول التعرض المطلوب منعه، واستخلص من ذلك توافر الشروط القانونية لدعوى منع التعرض، وكان ما ذكره من أن هذه الشرفة بنيت من أكثر من خمس عشرة سنة إنما كان منه تقريراً للواقع ولم يكن الغرض منه الفصل فى حق الارتفاق، فإن النعى عليه مخالفة قاعدة أنه ليس للمدعى أن يجمع بين دعوى وضع اليد ودعوى الملكية فى آن واحد على غير أساس".

(طعن رقم 113 لسنة 19 ق جلسة 1951/6/7)

6- "لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه. فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيسا على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمى يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقا للمادة 812 من القانون المدني، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 447 لسنة 26 ق جلسة 1962/4/28)

7- "متى كان استناد الحكم إلى استمرار استعمال المطعون عليه للممر سواء بالمطل الذي لا نزاع فيه أو بالمرور الذي استخلصه من أقوال الشهود يكفي أن يكون أساسا للقضاء بمنع التعرض، وكان ما جاء بالحكم عن ثبوت حق المطعون عليه في ارتفاق المطل والمرور استنادا إلى الحكم الصادر لصالحه ليس إلا تقديرا للواقع للاستئناس به في تبين الحيازة وصفتها فإنه يكون غير صحيح ما ينعاه الطاعن على الحكم من أنه بنى قضاءه على أساس ثبوت الحق".

(طعن رقم 29 لسنة 29 ق جلسة 1963/11/28)

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم أو أن يأمر في دعوى الملكية بإجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع. كما يمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض، ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فإن هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة ولكن بسبب الضرر الذي نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(1) السنهوري ص 1325 وما بعدها.

1- "إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم فلا محل للنعى عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد، ذلك لأن الإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض وذلك إزالة الأفعال المادية التي أجراها المتعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هيكل ومسرح وغيرها مما يعتبر وجودها في ذاته تعرضا لحيازة واضع اليد مما تتسع ولاية قاضى الحيازة لمنعه متى قامت لديه أسبابه وكذلك التسليم إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه".

(طعن رقم 417 لسنة 21 ق جلسة 1955/1/13)

2- "دعوى الحيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلى الحيازة بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة ومن ثم فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضده تثبيت ملكيته للأرض البالغ مساحتها 253.13م² وعدم تعرض الطاعنة له في هذه الملكية والزامها بأن تؤدي إليه خمسمائة جنيه كتعويض عما لحقه من أضرار لأن البحث في هذا الطلب يتناول أساس حق الملكية ومشروعيته لا يغير من ذلك ما جاء على لسان المطعون ضده من أن الطاعنة متعرضة له ويطلب منع تعرضها لأن مقصوده من هذا الطلب تقرير الملك له وبالتالي لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض لاختلافه عن الطلب الأصلى في موضوعه وسببه".

(طعن رقم 865 لسنة 61 ق جلسة 1995/11/30)

الحكم الثانى

لا يجوز رفع دعوى الحيازة

فى حالة وجود عقد

306- مضمون الحكم:

إذا كان الحائز مرتبطاً بعقد مع المعتدى على الحيابة، وكان التعدى على الحيابة داخلًا في نطاق هذا العقد، فإنه لا يجوز للحائز الالتجاء إلى دعوى الحيابة، وإنما عليه أن يلجأ إلى دعوى الحق استناداً إلى هذا العقد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "الالتجاء إلى دعوى العقد لا إلى دعوى الحيابة محله أن يكون رافع الدعوى مرتبطاً مع المدعى عليه فيها بعقد ويكون انتزاع الحيابة داخلًا في نطاق هذا العقد، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأخير - المستأجر الذي انتقلت إليه من الطاعنين المالكين - حيابة الشقة لا تربطه بالمطعون عليها الأولى خلف المستأجر السابق التي سلبت حيازتها أى علاقة تعاقدية فإنه يجوز لها من ثم اللجوء إلى دعوى الحيابة".

(طعن رقم 711 لسنة 42 ق جلسة 1976/5/5)

2- "من المقرر أن الالتجاء إلى دعوى العقد لا إلى دعوى الحيابة محله أن يكون رافع الدعوى مرتبطاً مع المدعى عليه فيها بعقد ويكون انتزاع الحيابة داخلًا في نطاق هذا العقد، وكان الثابت أن المطعون ضده يرتبط مع الطاعن الأول - بعقد إيجار مؤرخ 1964/12/1 وكان النص في المادة 571 من القانون المدني يوجب على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ويحق للمستأجر عند وقوع المخالفة من المؤجر أن يلجأ إلى القضاء لإجباره على التنفيذ العيني لعقد الإيجار، وتمكينه من الاستمرار في الانتفاع بالعين المؤجرة بإعادة وضع يده عليه، وهذا الضمان الذي يلتزم به المؤجر يمنعه من تأجير العين للغير، ويحق للمستأجر عند المخالفة بوصفه حائزاً للعين المؤجرة أن يرفع في هذه الحالة دعوى استرداد الحيابة على من انتقلت إليه حيازتها من المالك المغتصب، ولو كان المستأجر الأخير حسن النية إعمالاً لنص

المادة 960 من القانون المدنى".

(طعن رقم 381 لسنة 49 ق جلسة 1984/11/8)

الحكم الثالث

الحكم الصادر فى دعوى الحيازة

لا يحوز حجية فى دعوى أصل الحق

307 - مضمون الحكم :

الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا يحوز حجية الأمر المقضى فى دعوى أصل الحق وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا. ولا يغير من ذلك أن يكون الحكم فى دعوى الحيازة قد فصل فى أسبابه فى أصل الحق، لأن قاضى الحيازة ممنوع من التعرض لأصل الحق.

فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يمس أصل الحق فلا حجية له فى دعوى الموضوع التى يدور النزاع فيها حول من هو صاحب الحق فى ثمار العين محل النزاع".

(طعن رقم 49 لسنة 34 ق جلسة 1967/6/15)

2- "الحكم الصادر من محكمة النقض والذى يقضى بنقض حكم صادر فى دعوى استرداد الحيازة التى أقامها المستأجر على مشتري العين المؤجرة مستندا فيها إلى حيازته للعين وأن هذه الحيازة قد سلبت بالقوة ولا تكون له حجية فى الدعوى الموضوعية التى أقامها المستأجر على المشتري مطالبا إياه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة وبعدم التصرف فيها وهو الالتزام الذى يفرضه عليه عقد الإيجار الذى خلف المؤجر الأصل فىه، وذلك لاختلاف الدعويين موضوعا وسببا ولأن الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا يمس

أصل الحق ولا يبنى على أساس ثبوته أو نفيه وإنما على أساس توافر الحيابة بشروطها القانونية وعدم توافرها".

(طعن رقم 368 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/28)

3- "الحكم الصادر فى دعوى الحيابة لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الريع والتى تعتبر الملكية عنصرا من عناصرها وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا، ومن ثم فلا يجوز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى الأخيرة لمخالفته الحكم الأول، ولا يغير من ذلك أن يكون الحكم فى دعوى منع التعرض قد فصل فى أسبابه فى ملكية أرض النزاع وقضى بأنها لا تدخل فى مستندات الخصم، ذلك أن قاضى الحيابة ممنوع من التعرض للملكية ومن بناء حكمه على أساس ثبوتها أو نفيها وكل ما يقرره فى شأنها لا يحوز أية حجية لدى المحكمة التى يعرض عليها النزاع على أصل الحق أو نزاع متفرع عنه أو مترتب عليه كالنزع على الريع ومن ثم فلا تنقيد به تلك المحكمة".

(طعن رقم 26 لسنة 35 ق جلسة 1969/2/13)

4- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع ملزمة بأن تكيف الدعوى وفقا لما تتبينه من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح فى القانون مقيدة فى ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليها. ولما كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا إلزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا له تعويضا قدره عشرون ألف جنيه عن استيلائهم دون وجه حق على الأطيان المبينة بالصحيفة وحرمانه من الانتفاع بها والحصول على ريعها استنادا إلى أن هذه الأطيان مملوكة له وأنها آلت له بالشراء ووضع اليد المدة الطويلة فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها أقيمت من الطاعن بطلب تعويضه عن الاستيلاء على أرضه وقيمة الريع باعتباره مقابل ما حرم من ثماره وذلك على أساس أن هذه الأطيان مملوكة له وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى على أنها تعويض عن الاعتداء على الحيابة وقضى برفضها على أساس من حجية الحكم الصادر فى

دعوى منع التعرض 144 لسنة 1978 كلى دمنهور الذى أقام قضاءه على أن الطاعن لم يكن حائزاً لأرض النزاع سنة كاملة قبل حصول التعرض المدعى به وأن واقعة الغصب تنتفى تبعاً لذلك فى حين أن الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يمس أصل الحق ولا يحوز حجية فى الدعوى المطروحة والتي تعتبر الملكية عنصراً من عناصرها وذلك لاختلاف الدعويين سبباً وموضوعاً".

(طعن رقم 418 لسنة 54 ق جلسة 1987/5/26)

5- "قضاء الحكم الجنائى بالبراءة فى جريمة انتهاك حرمة ملك الغير. تعرضه لوضع يد الحائز على عين النزاع وسنده فى وضع يده وانتهائه إلى أن طرفى الخصومة يحوزان شقة النزاع بالمشاركة. أسباب زائدة وغير ضرورية للحكم. أثره. لا حجية لهذا الأسباب أمام القاضى المدنى فى خصوص طلب استرداد الحيازة. مؤداه. عدم منعه من بحث توافر شروط تلك الحيازة".

(طعن رقم 201 لسنة 61 ق جلسة 1995/7/5)

6- "الحكم الصادر فى دعوى الحيازة. لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الملكية لاختلاف الدعويين سبباً وموضوعاً. لا يغير من ذلك تأسيس المدعى فى دعوى الحيازة دعواه على الملكية. ما يقرره الحكم بشأن توافر الحيازة من عدمه لا يقيّد المحكمة عند الفصل فى أصل الحق. علة ذلك".

(طعن رقم 2182 لسنة 59 ق جلسة 1997/2/26)

الحكم الرابع

تنفيذ الحكم الصادر فى دعاوى الحيازة

على مسئولية طالب التنفيذ

308- مضمون الحكم :

رأينا أن الأحكام التي تصدر في دعاوى الحيازة كافة ليست حجة في دعوى المطالبة بالحق لاختلاف الموضوع والسبب. فالقضاء في دعاوى الحيازة يرمى إلى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر ومن المحتمل أن يقضى في أصل الحق بما يخالف الحكم الصادر في دعوى الحيازة وبعد تنفيذه. وبالتالي فإن تنفيذ الحكم الصادر في دعوى الحيازة يجرى تنفيذه على مسئولية طالب التنفيذ فتترتب مسئوليته إذا حكم نهائيا في أصل الحق ضده وثبتت سوء نيته.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

"من المقرر أن الأحكام التي تصدر في دعاوى الحيازة بصفة عامة ليست حجة في دعوى المطالبة بالحق لاختلاف الموضوع والسبب، بما مفاده أن القضاء في دعاوى الحيازة إنما يرمى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر وإذ كان من المحتمل أن يقضى في أصل الحق بما يخالف الحكم الصادر في دعوى الحيازة وبعد تنفيذه، فإن الحكم الصادر في دعوى الحيازة إنما يجرى تنفيذه على مسئولية طالب التنفيذ فتترتب مسئوليته إذا ما ثبت فيما بعد بحكم نهائي من محكمة الموضوع أن الحق لم يكن في جانبه متى كان سىء النية، وهو يعتبر كذلك منذ إعلانه بصحيفة الدعوى الموضوعية، لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم في الدعوى المذكورة فيعتبر بمثابة إعلان له بعيوب حيازته مما يزول به حسن النية طبقا للمادة 966 من القانون المدني".

(طعن رقم 129 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/28)

مادة (963)

إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد⁽¹⁾ اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريق معيبة.

الشرح

309 - تنازع أشخاص متعددين على حيازة حق واحد :

تعالج هذه المادة حالة تنازع أشخاص متعددين على حيازة حق واحد، كحيازة حق انتفاع أو سكنى دار معينة، وجعلت من الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، فمن يحوز منهم الحق افترض أنه يحوزه لحسابه ولنفسه، وبعبارة أخرى فإن الركن المعنوي فى الحيازة مفترض بمجرد وجود الركن المادى، فما على الحائز إلا أن يثبت أنه حائز للحق حيازة مادية، ومتى أثبت هذا قامت الحيازة المادية قرينة على العنصر المعنوي، وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز وأن الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلا، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوي⁽²⁾.

والمقصود بالحيازة المادية، تلك التى استوفت شروطها القانونية من هدوء وظهور ووضوح.

وواضح من المادة أن الحائز المادى يكون حائزا للحق بصفة مؤقتة حتى يثبت فى أمر الحيازة.

مادة (964)

(1) استبدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كلمة "حق" بكلمة "شئ" التى كانت واردة بالمشروع التمهيدي.

(2) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 483- عبد المنعم البدرأوى ص 426 - محمد على عرفه ص 129.

من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس.

الشرح

310- حيازة الحق قرينة على الملكية:

إذا ثبتت الحيازة فإنها تكون قرينة على الملكية، فيفترض أن الحائز مالك حتى يقيم من ينازعه الدليل على العكس لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً فى دعاوى الملكية، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك فى ثبوتها. ومن ثم فإن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها. وفى هذا تيسير كبير لإثبات الملكية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الحكم قد انتهى إلى ما قرره من نفي ملكية حائز الأرض موضوع النزاع بأسباب موضوعية سائغة فإنه لا يكون هناك محل للنعى عليه بالخطأ فى فهم أثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصوص عليها فى المادة 964 مدنى، ذلك أن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها".

(طعن رقم 282 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/2)

2- "متى كان الثابت من مدونات الحكم أن الرهن الحيازى موضوع الدعوى رهن تجارى، وأن الراهن تاجر قدم الموترات للبنك الطاعن ضماناً لدينه. وكانت حيازة الراهن للموترات قرينة قانونية على ملكيته لها، وكان رهنها حيازياً لا يتطلب وثيقة رهن خاصة تشتمل على أرقامها وأوصافها لما هو مقرر من جواز إثبات هذا

(1) مذكرة المشروع التمهيدي لمجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 483- محمد كامل مرسى ص 51 وما بعدها - محمد على عرفه ص 129 - الدكتور عبد الناصر العطار إثبات الملكية بالحيازة والوصية فى قضاء محكمة النقض المصرية ص 144 وما بعدها.

الرهن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية، عملاً بالمادة 76 من قانون التجارة بعد تعديلها بالقانون رقم 655 لسنة 1954. إذ كان ذلك، وكان حسن النية يفترض دائماً في الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس الذي يقع عبء إثباته على من يدعيه، والذي عليه أن يثبت أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت إبرام الرهن أو كان في مقدوره أن يعلم أن الراهن غير مالك للشيء المرهون، أو أن ملكيته له مهددة بالزوال، فإن استدلال الحكم على سوء نية الطاعن بالقرائن التي أوردها والتي لا تؤدي إلى ما استخلصه منها يكون فاسداً ومخالفاً للقانون".

(طعن رقم 228 لسنة 38 ق جلسة 1973/4/19)

311- حالة وجود علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز:

تكون الحيابة 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 الذي انتقلت إليه 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 الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيابة، فيكون المستأجر بناءً على هذا العقد مجرد حائز مادي للعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يتمسك بالقرينة الواردة في المادة 963، 2/951 أو القرينة الواردة في المادة 964. ولهذا قضت الفقرة الثانية من المادة 951 في نهايتها (بعد أن أوردت القرينة السابقة) على أنه: إذا كانت الحيابة استمراراً لحيابة سابقة افترض أن هذا الاستمرار لحساب البادئ بها، فمتى تلقى الحائز الشيء عن حائز سابق بمقتضى سند لا ينقل إلا الحيابة المادية كإيجار أو ودیعة أو عارية أو حراسة افترض أن حيازته مهما طالت هي حيابة لحساب الحائز السابق (الحائز القانوني) وعلى هذا الحائز العرضي إذا ادعى أنه يحوز

لحساب نفسه، أى أنه أصبح حائزاً قانونياً أن يثبت ذلك، بأن يثبت السبب القانونى الذى يستند إليه فى تغيير صفته⁽¹⁾.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"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 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 بناء على هذا العقد حائزاً لا لحق الملكية بل لحق شخصى هو حقه كمستأجر"⁽²⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 437 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 52- عبد الناصر العطار ص 145.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 483 وما بعدها.

مادة (965)

- 1- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم.
- 2- فإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله.
- 3- وحسن النية يفترض دائما ما لم يقدّم الدليل على العكس.

الشرح

312- أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيابة:

ليس للفرقة بين حسن النية وسوء النية ثمة أهمية فى دعاوى الحيابة، إذ يستوى فى الالتجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سئ النية.

غير أن لهذه الفرقة أهمية كبيرة فى أحوال أخرى، ومن هذه الأحوال ما يأتى:

- 1- تكسب الحيابة واضع اليد ما يقبضه من الثمار إذا كان حسن النية. فقد نصت الفقرة الأولى المادة 978 مدنى على أن: "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية". (أنظر شرح المادة 978).

- 2- عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على العين، يختلف الحكم فيما إذا كان حسن النية عما إذا كان سئ النية (م2/980 مدنى).

وسنرى تفصيل ذلك.

- 3- تختلف مسئولية الحائز عن هلاك العين التى فى حيازته، طبقا لحسن نيته أو سوءها (مادتان 983، 984 مدنى). (أنظر شرح هاتين المادتين).

- 4- فى اعتبار الحيابة سببا للتملك، يختلف حكم الحيابة بحسن نية اختلافا

بيننا عن حكم الحيازة بسوء نية. ويظهر ذلك فيما يأتى:

(أ) إذا كان الحائز سىء النية، فإنه لا يملك العقار بالتقادم أو المنقول إلا بانقضاء خمس عشرة سنة أى بالتقادم الطويل.

(ب) إذا كان الحائز حسن النية، فإنه يملك العقار بالتقادم القصير أى بمضى خمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 969).

(ج) إذا كان الحائز حسن النية فإنه يملك المنقول فى الحال بمجرد الحيازة إذا كان لديه سبب⁽¹⁾.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 976).

313- متى يعتبر الحائز حسن النية ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن الحائز يعد حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق الغير.

فالحائز إذن لأى حق، سواء كان حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق، يعد حسن النية طالما أنه يجهل أنه يعتدى على حق للغير.

فإذا اشترى شخص عينا من آخر معتقدا أنه المالك وتسلم العين فإنه يحوز حق الملكية، ويكون فى حيازته حسن النية، مادام يعتقد أنه قد اشترى من المالك، ولو لم يكن البائع هو المالك فعلا.

ويسرى ذلك على حيازة العين بالإرث أو الوصية أو الهبة، طالما يعتقد أن المورث والموصى والواهب مالكان للعين.

غير أن الحائز قد يجهل أنه يعتدى على حق الغير، ولكنه مع ذلك يعلم أن حق الذى يحوزه ليس له. ومثال ذلك أن يعتقد شخص أن منقولا معيناً غير مملوك لأحد فيحوزه قاصداً أن يملكه بالاستيلاء، فإذا كان المنقول ليس مالا مباحا بل

(1) السهنورى ص 1181 وما بعدها.

هو مملوك لشخص آخر، فإن الحائز للمنقول يكون جاهلاً أنه فى حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير، ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له. وفى هذه الحالة أيضاً يكون حائزاً للمنقول وهو حسن النية. فليس من الضرورى فى جهل الحائز أن يعتدى على حق الغير، أى يعتقد أن الحق الذى يحوزه هو حق مملوك له⁽¹⁾.

غير أن الحائز لا يكون حسن النية إذا كان جهله بأنه يعتدى على حق الغير، ناشئاً عن خطأ جسيم.

ويتحقق الخطأ الجسيم إذا كان فى مقدور الحائز بشيء من اليقظة أو الانتباه فى التعامل أو ببعض الجهد فى التحرى أن يعلم أن فى حيازته اعتداء على حق الغير، أو يعلم - فى عبارة أخرى - بأن المتصرف ليس مالكا لما تصرف له فيه، أو بأن الشيء الذى استولى عليه ليس سائبا.

فالمقصود بالخطأ الجسيم الخطأ الواضح الذى لاشك فى وجوده.

وعلى ذلك يعتبر حائزاً سىء النية، بداهة السارق لمنقول، ومخفى الشيء الذى يعلم أنه مسروق، ومن وجد اللقطة واحتفظ بها لنفسه، ومشتري العقار مع علمه بأن البائع لا يملكه، والوارث الذى يستولى على عين فى التركة يعلم أنها ليست ملكاً لمورثه، ومن يجور عمداً على جزء من أرض جاره ويدخله فى أرضه.

ويعتبر أيضاً سىء النية مشتري المنقول، الذى لا يعلم أنه غير مملوك لبائعه إذا كان فى ظروف شرائه ما يوجب علمه بذلك، كشخصية البائع أو مهنته أو عدم تناسب الثمن الذى دفعه مع قيمة المنقول الذى اشتراه، أو ما ذكره له البائع وقت شرائه. وكذلك مشتري العقار الذى لا يجرى التحريات المعتادة فى المعاملات العقارية، كبحت سندات ملكية البائع، أو عدم استخراج الشهادات اللازمة من مكتب الشهر العقارى، ثم يظهر أنه لو كان قد قام بذلك لظهر له أن البائع لا

يملك العقار المبيع أو أنه لا يملك فيه سوى حصة شائعة⁽¹⁾.

ويعزى ذلك إلى أن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية، فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هناك غير قابلة لإثبات العكس.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- يفترض فى الحائز أنه حسن النية، أى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير، على ألا يكون خطؤه فى هذا الجهل جسيما فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية تسهيلا للإثبات فى مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية"⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث فى تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى، فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان قضاؤها مبنيا على مقدمات من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها. فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعا، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فى شأن هذه الحجج، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكما من جهة القضاء، فلا سبيل للجدل فى هذا التقدير لدى محكمة النقض".

(طعن رقم 27 لسنة 12 ق جلسة 1943/1/28)

2- "مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 965 من القانون المدنى أنه يشترط

(1) محمود جمال الدين زكى ص 526 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 489.

لحسن النية أن يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ولا يخالجه أى شك فى هذا، كما يجب ألا يرتكب خطأ جسيما فى جهله بأنه يعتدى على حق الغير".

(طعن رقم 447 لسنة 34 ق جلسة 1968/10/29)

314- حالة ما إذا كان الحائز شخصا معنويا :

إذا كان الحائز شخصا معنويا، سواء كان شخصا معنويا عاما أو خاصا كهيئة عامة أو جمعية أو شركة، فإن العبرة فى اعتباره حسن النية فى حيازته بنية ممثل هذا الشخص المعنوى، سواء كان رئيسا لمجلس الإدارة أو مديرا أو مفوضا أو غير ذلك. فإذا كان ممثل الشخص المعنوى حسن النية، كان الشخص المعنوى ذاته حسن النية.

وإذا كان جهل ممثل الشخص المعنوى بأنه يعتدى على حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم، فإنه يعتبر سىء النية.

وليس فى هذا سوى تطبيق لقاعدة عامة هى أن حسن أو سوء النية، يقدر فى شخص النائب لا فى شخص الأصل، لأن قوام النيابة حلول إرادة الأول محل إرادة الأخير. ولهذه القاعدة وضوح البديهية إذا كان الأصل معدوم الإرادة، لصغر سن أو جنون أو عته، ولكنها تنطبق أيضا فى حالة حيازة الشخص المعنوى.

315- افتراض حسن النية :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن: "وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس".

ومقتضى هذا النص أنه يفترض فى الحائز أنه حسن النية، أى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير، على ألا يكون خطأه فى هذا الجهل جسيما. ومن ثم لا يكلف الحائز بإثبات حسن نيته.

والسبب فى افتراض حسن النية فى الحائز أن المشاهد فى أغلب الأحيان أن الشخص الذى يحوز شيئا يكون هو المالك له. والذى يستعمل حقا غير حق

الملكية يكون هو صاحب هذا الحق. فافتراض القانون حسن النية في الحائز أخذاً بالغالب الراجح.

غير أنه يجوز لخصمه أن يثبت سوء نيته، فيكون قد هدم هذا الأصل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "حسن النية يفترض دائماً لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس".

(طعن رقم 85 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/15)

2- "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 965 من القانون المدني والفقرة الثانية من المادة 969 من هذا القانون أن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس وأن مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى هو ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه".

(طعن رقم 224 لسنة 54 ق جلسة 1987/11/26)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس، وأن لقاضى الموضوع السلطة التامة في استخلاص حسن النية وسوءها من مضامينها في الدعوى ومما يستشفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصه سائغاً ومستنداً إلى وقائع ثابتة بالأوراق".

(طعون أرقام 1026، 1130، 1179 لسنة 60 ق جلسة 1992/1/26)

على أن القانون قد ينص استثناءً في حالات معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته، ومثل ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 955 مدنى من أن: "تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته". ومفاد ذلك أن الحيازة تنتقل من السلف سىء النية إلى خلفه العام بذات الصفة، ولم يفترض النص في الخلف حسن النية، بل اعتبره سىء النية كمورثه حتى يثبت حسن نيته.

(راجع شرح المادة 955 مدنى).

316- إثبات سوء نية الحائز:

يجوز لصاحب الحق إثبات أن حائز الحق سىء النية، أى إثبات أنه كان لا يجهل أنه يعتدى على حقه، أو كان يجهل ذلك نتيجة خطأ جسيم منه. ومحل الإثبات هنا واقعة مادية يجوز لصاحب الحق إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

ومن القرائن القضائية على سوء نية الحائز، أن يكون قد اشترى أرضاً معلومة الحدود، ومع ذلك يجاوز حدودها الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع. ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائز بأن الشئ مملوك لشخص آخر، أن يشتري هذا الشخص الشئ محل الحق من شخص معروف بسوء السيرة وقد اعتاد ارتكاب السرقات، رغم أن الشئ كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا أريد إثبات أن الحائز سىء النية وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته إلخ"⁽²⁾.

317- الفصل فى توافر حسن النية من عدمه مسألة موضوعية :

الفصل فى توافر حسن نية الحائز وانتفاء سوء نيته من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها، ولا يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) السنهاورى ص 1189.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 489.

1- "بحسب المحكمة أن تبين في حكمها الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها وهي بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم في مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها في دفاعهم فإذا كانت المحكمة قد نفت حسن نية الطاعة في قبض ما قبضته من ريع حصة في وقف بما قالته من أن هذه الطاعة لم تتكرر أنها كانت خصماً في النزاع على هذا الاستحقاق وأنها حضرت الجلسات التي نظرت فيها الدعوى بشأن هذا النزاع حتى انتهى بحكم نهائي، وأن الحكم الذي استتدت إليه في بيان حسن نيتها لا قيمة له في هذا الصدد لصدوره بعد الحكم الفاصل في الاستحقاق الذي كان متنازعا عليه، فضلاً عن أن محكمة النقض قد قضت بإلغائه فزال بذلك كل ما ترتب عليه من آثار فذلك كاف لحمل ما قضت به من انتفاء حسن النية ولا مخالفة فيه القانون".

(طعان رقما 125 لسنة 19 ق و 37 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/3)

2- "لقاضى الموضوع سلطة تامة في استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها في الدعوى ومما يستشفه من ظروفها وملابساتها استخلاصاً قائماً على أسباب مسوغة وكافية لحمل قضائه من عدم استفادة البائع من التقادم الخمسى".

(طعن رقم 433 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

3- "الفصل في توافر حسن نية الحائز وانتفاء سوء نيته من مسائل الواقع التي يستقل قاضى الموضوع بتقديرها، ولا يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً".

(طعن رقم 224 لسنة 54 ق جلسة 1987/11/26)



- 1- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير.
- 2- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره.

الشرح

318- زوال صفة حسن النية:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن لا يزول حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير.

ومقتضى هذا النص أن الحائز إذا كان حسن النية وقت بدء حيازته، يصبح سىء النية من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة على حالتين يصبح فيهما الحائز حتما سىء النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة هما:

الحالة الأولى:

إذا أعلن الحائز فى صحيفة دعوى الحق بعيوب حيازته وبأن الحق الذى يحوزه ليس له ومطلوب منه رده إلى صاحبه. لأن إعلانه بذلك لابد أن يثير فى نفسه شيئا من الشك فى حسن نيته.

فإذا قضى فى الدعوى برفضها تأسيسا على أن الحق الذى يحوزه هو له، فلا يثار فى هذا الفرض مسألة سوء نية الحائز لأن المدعى لن يحصل منه على هذا الشيء.

أما إذا قضى لصالح المدعى تأسيسا على أنه صاحب الحق فى الحيازة دون الحائز، فإن الحائز يعتبر سىء النية من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى، وتجرى معاملته على هذا الأساس فيكون مسئولا من وقت إعلانه بصحيفة الدعوى عن

جميع الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار (م 979 مدنى).

وإعلان صحيفة الدعوى هو إجراء لاحق على إيداع صحيفة قلم الكتاب، والذى يتحقق به رفع الدعوى (م 62 مرافعات).

وإن كان يترتب على رفع الدعوى قطع مدة التقادم أو السقوط، إلا أن اعتبار الحائز سىء النية لا يتحقق إلا من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى.

وإذا كان الحائز لم يعلن بصحيفة الدعوى، ولكنه مثل أمام المحكمة - فترى أنه يعتبر سىء النية من تاريخ حضوره أمام المحكمة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... على أن حسن نيته يزول حتما من وقت إعلانه فى عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه.... الخ" (1).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "وإذ كان من المقرر أن الحائز يعتبر سىء النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته، وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه برفع الدعوى عليه فى خصوص استحقاق العقار. وحسن النية يفترض دائما فى الحائز حتى يقدم الدليل على العكس. وكان الثابت أن المطعون عليهم أقاموا الدعوى ضد الطاعنين الثانى، والثالث بطلب الرىع سنة 1972، وقد تمسك الأخيران بأنهما حائزان لأرض النزاع بحسن نية بموجب العقد المسجل رقم.... الصادر لهما من الطاعنة الأولى، فقد كان مقتضى ذلك إلزامهما بالرىع من تاريخ إعلانهما برفع الدعوى وهو الوقت الذى يعتبر الحائز فيه سىء النية بعلمه بالعيب اللاصق بسند حيازته، غير أن الحكم المطعون فيه قضى بإلزامهم بالرىع عن الفترة من سنة 1969 حتى تاريخ

إعلان صحيفة الدعوى الابتدائية، دون أن يبين فى أسبابه كيف أفاد استخلاص سوء النية وعلم الطاعنين بالعيب اللاصق بسند استحقاقهم خلال هذه الفترة، ودون أن يرد على دفاعهم فى هذا الخصوص وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعابه القصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1068 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/7)

2- "إن الحائز حسن النية يتحول عملاً بالمادة 1/966 من هذا القانون (القانون المدنى) إلى حائز سىء النية من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير".

(طعن رقم 3485 لسنة 71 ق جلسة 2002/10/22)

أما إذا انتهت الدعوى بالحكم بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانونى أو بترك الخصومة أو بسقوطها أو انقضائها فإن الأثر المستمر من إعلان صحيفتها يزول ولا يعتد به فى مقام إثبات سوء النية.

الحالة الثانية :

إذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره. ولو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه، لأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه فما كان ينبغى أن يغتصب حيازته بالإكراه، بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده. منعا للأفراد من أخذ حقوقهم بأنفسهم وإلقاء الاضطراب فى السلام العام. ولذلك فقد اعتبر الحائز فى هذه الحالة حائزاً سىئ النية ويعامل معاملة الحائز سىء النية.

وإذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه معتقداً أنه صاحب الحق فيها، ثم ظهر من الدعوى التى ترفع عليه أن الشئ مملوك له فعلاً، فلن يرجع عليه

المدعى بشيء ولا تثار مسألة سوء نيته⁽¹⁾.

وهذا لا يخل بحق الحائز السابق الذي اغتصب حيازته في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقاً لشروطها، وبحقه في المطالبة بالتعويض عن الإكراه الذي وقع على حيازته طبقاً للقواعد المسؤولية التقصيرية.



(1) محمود جمال الدين زكى ص 528 وما بعدها - المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدني الجزء الرابع ص 885.

مادة (967)

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها، ما لم يـم
الدليل على عكس ذلك.

الشرح

319- احتفاظ الحيازة بالصفة التى بدأت بها :

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها، ما لم يـم الدليل
على عكس ذلك، أى يقوم الدليل على أنها صفتها قد تغيرت.
فإذا بدأت الحيازة مقترنة بحسن النية، فرض استمرار حسن النية مقترنا
بالحيازة حتى يثبت من يدعى عكس ادعاءه.
وإذا ثبت أن الحائز سىء النية فرض استمرار سوء النية مقترنا بالحيازة حتى
يثبت من يدعى العكس ادعاءه.
ولا يشترط فى تغيير صفة الحيازة قيام أحد السببين الذين تتغير بهما الحيازة
العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة. وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز
لحق المالك بل يكفى إقامة الدليل على تغيير صفة الحيازة أو على زوال العيب.
وهذا الحكم ليس سوى تطبيق للمبادئ العامة فى الإثبات، التى تقضى بأن
الأصل بقاء الوضع المكتسب⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وتبقى الصفة التى اقترنت بها الحيازة حتى يقوم الدليل على أنها تغيرت فإذا
بدأت الحيازة مقترنة بحسن النية، فرض استمرار حسن النية مقترنا بالحيازة حتى
يثبت من يدعى عكس دعواه"⁽²⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 529.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 489.

آثار الحيابة: التقادم المكسب:

مادة (968)

من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة.

الشرح

320- الأساس الذي يقوم عليه التقادم:

قد يبدو لأول وهلة أن التقادم يناهى العدالة والأخلاق، فهو إن كان مكسبا - كالحالة الراهنة - يجعل الغاصب مالكا بعد حيازته للشيء مدة معينة. وإن كان مسقطا يبرئ المدين إذا سكت الدائن عن مطالبته مدة معينة، مع أن مضى الزمن ليس من شأنه بحكم طبيعة الأشياء أن يخلق حقا أو يسقط ديناً. ورغم ذلك فإن نظام التقادم يستند إلى اعتبارات من القوة والأهمية بحيث جعلت معظم الشرائع تأخذ به منذ القدم.

وقد قال البعض في تفسير التقادم إنه يعتبر قرينة على النزول عن الحق. فمن يترك ملكه في يد الغير مدة معينة، ومن يسكت عن المطالبة بدينه مدة معينة، يفترض فيه أنه نزل عن حقه. مع أن النزول لا يفترض، ولو صح هذا الافتراض لكان لمن يسرى التقادم ضده أن يدحضه بالدليل العكسي، وهو أمر لا يجوز. وقال البعض الآخر في تفسير التقادم المكسب أنه يعتبر قرينة على الحق. وقيل في تفسير التقادم المسقط إنه يعتبر قرينة على الوفاء. مع أن إثبات العكس في الحاليين لا يجوز.

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رد التقادم إلى اعتبارات فردية من هذا القبيل تفسير غير صحيح. ذلك أن التقادم يقوم على أساس اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع بأسره. فهو يستند إلى ضرورة اجتماعية تجعله ألزم ما يكون لنظام المجتمع، حيث يتعين أن يوضع حد للمنازعة في أمر معين، وبدون ذلك لا يمكن لأحد أن يطمئن إلى بقاءه مالكا أو إلى براءته من دين كان عليه.

فلو أن للشخص أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على قعوده عن هذه المطالبة لأدى ذلك إلى زعزعة في المراكز القانونية واضطراب دائم في المعاملات، الأمر الذي يبعث الفوضى ويقوض النظام الاجتماعي⁽¹⁾.

كما أن التقادم المكسب يحل إشكالا كبيرا في الإثبات وعلى الأخص إثبات حق الملكية فيساعد بذلك على حماية الحق نفسه، ففي البلاد التي لا يوجد فيها سجل عيني يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى يصبح التقادم المكسب ضرورة لا مندوحة عنها في إثبات هذه الحقوق ذلك أن إثبات الملكية يقتضى إقامة الدليل على السند الذى آلت به إلى المالك، ثم إن هذا السند لا يؤدي إلى كسب الملكية، إلا إذا كان قد صدر من مالك حقيقى. فيجب إثبات سند ملكية السلف وهكذا يجب إثبات سندات السلف وسلف السلف.

وظاهر أن تتبع سندات الملكية على هذا النحو هو عبء لا يطاق إن لم يكن مستحيلا.

وأمام هذه الصعوبات، كان لابد من اعتماد نظام التقادم. وحسب المالك في ظله أن يثبت أن حيازته هو، أو حيازته منضمة إلى حيازة أسلافه قد استمرت المدة المحددة في القانون للتملك بالتقادم، وعندئذ لا يكون للآخرين عليه من سبيل فهو يستطيع أن يعتصم بنظام التقادم⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 573 - محمد وحيد الدين سوار ص 631.

(2) السنهورى ص 1353 - محمد وحيد الدين سوار ص 631 وما بعدها.

وبالإضافة إلى ما تقدم فثمة اعتبار اقتصادى يسوغ نظام التقادم، ذلك لأن مصلحة الاقتصاد القومى تقتضى إثثار الحائز الذى يحرص على استعمال الشئ واستغلاله بشروط معينة على المالك الذى يقعد عن هذا الاستغلال.

وإذا كان التقادم المكسب يمكن أن يكون سنداً للمغتصب، فإن ذلك لا يتحقق إلا فى حالات نادرة، والمالك فى مثل هذا الحالات لا ينجو من المسؤولية فقد أهمل فى حقه بعد أن أتاح له المشرع فرصة كافية للسعى إليه. ولئن كان نظام التقادم يودى فى الأحوال القليلة إلى ما ينافى العدالة. فقد قدر المشرع أن نفعه أكبر من إثمه وأن مزاياه الراجحة فى استقرار المراكز القانونية، وفى حماية المجتمع، تسوغ إلى حد كبير التضحية ببعض المصالح الخاصة المرجوة⁽¹⁾.

وقد ذهب محكمة النقض إلى أن الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك.

إذقت بأن:

1- "الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد... الخ".

(طعن رقم 175 لسنة 17 ق جلسة 1949/12/8)

2- "إن الأساس التشريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد... الخ".

(طعن رقم 122 لسنة 26 ق جلسة 1961/10/26)

3- "الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد فتمت استوفى وضع اليد الشروط القانونية التى تجعله سبباً مشروعاً جاز لصاحبه - أياً كان - التملك. ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض أو

(1) محمود جمال الدين زكى ص 546 - محمد وحيد الدين سوار ص 632.

بالوفاء للوقف (فى حالة الوقف) لأن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب استقرار التعامل ويستطيع غير المالك ولو كان ملتزما بالضمان أن يملك بهذا السبب لأنه ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك".

(طعن رقم 125 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/28)

321- الحقوق التى تكسب بالتقادم:

الحقوق العينية التى يجوز كسبها بالتقادم هى الحقوق العينية الأصلية، وهى الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى، وحقوق الارتفاق. وكذلك الحقوق العينية التبعية التى تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق كالرهن الحيازى، ذلك أن المرتهن وإن كان يعتبر بالنسبة لحق الملكية حائزا عرضيا مما لا يستطيع معه تملك المرهون مهما طال مدت وضع يده مالم يغير سبب حيازته وفقا للقانون، إلا أنه يعتبر حائزا قانونيا بالنسبة إلى حق الرهن لأنه يحوز الشيء بنية كسب حق الرهن عليه⁽¹⁾. ويترتب على ذلك أنه إذا كان المرهون منقولا غير مملوك للراهن استطاع الدائن المرتهن أن يكتسب حق الرهن بمجرد حيازته تطبيقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. وإذا كان المرهون عقارا غير مملوك للراهن، استطاع المرتهن أن يكتسب حق الرهن عليه بالتقادم الطويل أو القصير حسب الأحوال.

322- كسب الملكية بالتقادم يسرى على المنقول:

يجوز كسب الملكية بالتقادم فى المنقول كالشأن فى العقار. ولا ينال من ذلك أنه يمكن تملك المنقول بالحيازة، لأن محل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن

(1) السنهاورى ص 1362 - المستشار محمد عبد اللطيف فى التقادم ص 362 - محمد وحيد الدين سوار ص 633 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 577 - محمود جمال الدين زكى ص 548 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 402 فىرى أن حق الرهن الحيازى لا يكتسب بالتقادم.

النية ومصحوبة بالسبب الصحيح. أما إذا لم تقترن الحيابة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح، فالمنقول يحوز اكتساب ملكيته بالتقادم كالعقار تماماً⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 1361 - محمود جمال الدين زكى ص 547- منصور مصطفى منصور ص 403- وحال مناقشة مشروع القانون المدني الجديد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ "اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض حذف كلمة "منقول" الواردة بالمادة 968 لأن التقادم المكسب غير لازم إلا فى العقار وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن الحيابة بشروطها ومدتها هى من وجهة النظر الفقهية الصحيحة قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للحائز لا سببا لاكتساب الملك وقررت ثبوت هذه القرينة للوقف مثل غيره من الأشخاص الاعتباريين ولذلك اقترح حضراتهم - فى مناسبة وضع تقنين جديد- حذف التقادم المكسب من بين أسباب اكتساب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة.

وقد اعترض الدكتور بغدادى على هذا الاقتراح قائلاً. إن تملك المنقول وكسب الحقوق العينية عليه بالتقادم المكسب لم يكن فى وقت من الأوقات محل شك أو خلاف. وبعد المناقشة لم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح".

ولم تر اللجنة الأخذ بالجزء الأول من هذا الاقتراح لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم بالمدة الطويلة فى حالة ما إذا كان الحائز سىء النية.

وفى هذا مستوى العقار والمنقول، وبديهي أن قاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة (وقد نص على ذلك فى المادة 977). أما فيما يتعلق بالجزء الثانى من هذا الاقتراح فإن اللجنة لم تأخذ به لأن الفكرة فى هذه الملاحظة خطأ لأن هذه المسألة محلها الإثبات وفى الواقع أن هذه الملاحظة هى نظرة فقهية والوضع الصحيح لها هو ما نصت عليه المادة".

ثم جاء بملحق تقرير اللجنة:

"اقترح حذف كلمة "منقول" الواردة فى المادة 68 لأن التقادم المكسب غير لازم إلا فى العقار - ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن تملك المنقول وكسب الحقوق العينية عليه بالتقادم المكسب لم يكن فى وقت من الأوقات محل شك أو خلاف.

323- اكتساب الملكية بالتقادم لا يرد على الحقوق الشخصية :

لا يرد التقادم المكسب إلا على الحقوق العينية القابلة للحيازة. أما الحقوق الشخصية فلا تكتسب بالتقادم⁽¹⁾، حتى لو كانت قابلة للحيازة، كما هو الشأن فى حيازة المستأجر. فحيازة المستأجر لا تؤدى إلى كسبه الملكية بالتقادم، وإن كانت تجيز له رفع دعاوى الحيازة جميعا.

وقد ذكرنا سلفا أن من الحقوق الشخصية ما تتجسد فى سندات وتصبح هى والسند شيئا واحدا، وهذه هى السندات لحاملها فهذه تعامل معاملة المنقول المادى ومن ثم يحوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية⁽²⁾. على أن للتقادم أثرا سلبيا يظهر فى نطاق الحقوق الشخصية، فهو يؤدى إلى سقوطها بمضى المدة على إهمال المطالبة بها، وهذا هو التقادم المسقط.

324- التقادم يرد على الحقوق العينية القابلة للتعامل فيها

= واقتراح حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة لأن قضاء محكمة النقض جرى على أن الحيازة بشروطها ومدتها قرينة قاطعة على ثبوت الملك.

واقترح للأسباب عينها أن تنقل الفقرة الأولى من المادة 971 إلى باب الإثبات وأن تحذف الفقرة الثانية وينص على أن القرينة القانونية تثبت للوقف كما تثبت لغيره- من الأشخاص الاعتباريين- ولم تر اللجنة الأخذ بهذين الاقتراحين لأنها آثرت أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدى فى هذه الناحية لأنه يجنب التقنين حرج الفصل فى مسائل ينبغى أن يظل الاجتهاد فيها طبقا من كل قيد. على أنه لو صح وجوب إضافة جميع القرائن القاطعة إلى باب الإثبات لامتلأ هذا الباب بمسائل لم تجر العادة أن يتضمنها، ويكفى أن يشار فى هذا الصدد إلى مسئولية المتبوع عن التابع وإلى المسئولية عن الحيوان".

(محضر الجلسة الخامسة والستين) - وقد وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 462 وما بعدها).

(1) السنهاورى ص 1362 - محمد على عرفه ص 230- محمد وحيد الدين سوار ص 641.

(2) السنهاورى ص 1362.

والقابلية للحيازة:

لا تكتسب ملكية الحقوق العينية بالتقادم، إلا إذا كان العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه، لأن ما لا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم. والشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك. أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

وقد عرضنا لذلك تفصيلاً عند تناولنا مجال الحيازة فنحيل إليه في ذلك، كما سنعرض لبعض المسائل الأخرى التي تتعلق بهذا الأمر في موضعه من الكتاب.

شروط اكتساب الملكية بالتقادم الطويل

325- تعداد :

يشترط لاكتساب ملكية العقار والمنقول بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة توافر شرطين هما:

1- الحيابة القانونية.

2- استمرار الحيابة القانونية دون انقطاع خمس عشرة سنة.

ونعرض لهذين الشرطين تفصيلا فيما يلى.

(الشرط الأول)

(الحيابة القانونية)

326- مضمون الشرط :

يشترط لاكتساب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى على العقار أو المنقول - بالتفصيل السابق - أن توجد حيابة قانونية للحائز، أى حيابة يتوافر فيها الركنان المادى والمعنوى.

ويجب أن تكون هذه الحيابة خالية من العيوب، وهى الإكراه والخفاء واللبس. أما الحيابة المادية وحدها فلا تؤدى إلى اكتساب الملكية بالتقادم.

وقد سبق أن عرضنا لعنصرى الحيابة بالتفصيل وعيوب الحيابة عند تناول الحيابة فنحيل إليه فى ذلك.

(راجع بنود 185 وما بعده).

(الشرط الثانى)

استمرار الحياة دون انقطاع

خمس عشرة سنة)

(أنظر فى هذا الشرط وكل ما يتعلق بالمدة شرح المادة 973)

327- التقادم سبب مستقل لاكتساب الملكية :

إذا توافر شرطا الحياة القانونية، فإن الحائز يكتسب حق الملكية أو الحق العيني بالتقادم.

فالتقادم سبب مستقل لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب كسب الملكية. فالملكية وإن كانت حقا دائما لا يسقط أبدا عن المالك ولو لم يستعمل هذا الحق، إلا أن من حق الغير كسب هذه الملكية إذا توافرت الحياة الصحيحة بالشرائط التى استلزمها القانون.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كانت الملكية حقا دائما لا يسقط أبدا عن المالك، إلا أن من حق الغير كسب هذه الملكية إذا توافرت له الحياة الصحيحة بالشرائط التى استلزمها القانون".

(طعن رقم 111 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/12)

2- "وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها".

(طعن رقم 557 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/14)

3- "لئن كان كسب الملكية بالتقادم الطويل المدة يعتبر بذاته سببا قانونيا مستقلا يسرى على كافة إلا أنه يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع".

(طعن رقم 76 لسنة 56 ق جلسة 1990/5/2)

4- "المقرر طبقا لنص المادة 968 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها، ويعفى واضع اليد الذي يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها".

(طعن رقم 2384 لسنة 51 ق جلسة 1990/11/15)

5- "المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشروط التي استلزمها القانون واستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها".

(طعن رقم 136 لسنة 57 ق "هيئة عامة" جلسة 1996/1/2)

6- "ورود العقار المراد تملكه بالتقادم ضمن تكليف أو عقد مسجل باسم المدعى عليه لا يحول دون قيام الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل إذا ما استكملت مدتها وشروطها القانونية دون معارضة منه للحائز يجابه بها تلك الحيازة".

(طعن رقم 3156 لسنة 67 ق جلسة 1998/12/2)

7- "القضاء بالملك لوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يحتاج إلى استظهار السبب المشروع الذي يستند إليه في وضع يده وإنما يكفي في هذا الصدد أن تتوافر لوضع اليد الحيازة المستوفاة لشروطها القانونية سواء استند الحائز إلى سبب في وضع يده أم تحررت يده من سبب يبرر حيازته ومن ثم فإن عدم تقديم أصل عقد البيع (المستند إليه في شرعية وبداية وضع اليد) ليس من شأنه نفى وضع اليد وعدم توافر شرائطه".

(طعن رقم 400 لسنة 17 ق جلسة 1998/11/24)

8- "وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك بأن من المقرر طبقا لنص المادة 968 من القانون المدني - وعلى ما جرى به - في قضاء هذه المحكمة - أن وضع اليد المدة الطويلة يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب

اكتسابها ويعفى واضع اليد الذي يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها، ومن المقرر أيضا أنه إذا بنى الحكم على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه كان الحكم مشوبا بالفساد في الاستدلال، وإن مخالفة الثابت بالأوراق التي تبطل الحكم هي تحريف محكمة الموضوع للثابت ماديا ببعض المستندات أو ابتناء الحكم على فهم حصلته المحكمة مخالفا لما هو ثابت بأوراق الدعوى، لما كان ذلك، وكان البين من تقرير الخبير المنتدب في الدعوى أن أرض النزاع ليست واردة في تكليف الدولة وإنما واردة في تكاليف الأهالي وأن الطاعنين يضعون اليد عليها دون قبلهم أسلافهم مدة تزيد على خمسة عشر عاما وبنية التملك، فإن استناد الحكم المطعون فيه في قضائه برفض الدعوى إلى ما حصله من أن أرض النزاع هي أملاك دولة مخصصة للمنفعة العامة ومكلفة على أنها جرن روك أهالي وأن الطاعنين لم يقدموا أى مستند يدل على ملكيتهم لها بعقود مسجلة أو ملكية باسم أى منهم أو أسلافهم أو زوال تخصيصها للمنفعة العامة بما يفيد أن الحكم عول في قضائه على ما حصله مخالفا للثابت بالأوراق ومشوبا بالفساد في الاستدلال مما حجبته عن التحقق من توافر شروط الحيابة القانونية المكسبة للملكية بالمدة الطويلة فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 627 لسنة 67ق جلسة 2009/12/21)

9- "وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها، وليس هناك ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال الحيابة إليه والأخذ به كقرينة على نية التملك، وأنه يجب على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد فيبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى

توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها، ويجب أن يكون الحكم فيه بذاته ما يطمئن المطلع عليه أن المحكمة محصت الأدلة التي قدمها الخصوم إليها وحصلت منه ما تؤدي إليه وذلك باستعراض هذه الأدلة والتعليق عليها بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة".

(طعن رقم 3705 لسنة 71 ق جلسة 2012/3/7)

328- جواز تملك الحصة الشائعة بالتقادم:

ذكرنا عند تناول الحيازة، أن الحيازة يمكن أن ترد على حصة في عقار شائع، وبالتالي فإنه يجوز تملك الحصة الشائعة بالتقادم، ونحيل إلى ما ذكرناه في الحيازة في ذلك.

(راجع بند 184).

329- إثبات وضع اليد المكسب للملكية:

وضع اليد المكسب للملكية واقعة مادية، ومن ثم يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البيئة والقرائن - وللمحكمة أن تستند في ذلك إلى تقارير الخبراء ولو كانت مقدمة في دعاوى أخرى مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصبحت من أوراقها التي تناضل الخصوم في شأنها، وأن تأخذ ضمن القرائن المستفادة من الأوراق بما تطمئن إليه من أقوال الشهود الذين سمعهم هؤلاء الخبراء دون حلف يمين.

والمحكمة غير ملزمة بإجابة طلب الخصم إلى الإحالة إلى التحقيق مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذ كان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية دون رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التي أقامت عليها قضاها سائغة".

(طعن رقم 489 لسنة 52 ق جلسة 1983/1/6)

2- "وضع اليد المكسب للملكية واقعة مادية مما يجوز إثباته بكافة الطرق، فإن للمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيازة بعنصريها المبيينين بالمادتين 968، 969 من القانون المدني على القرائن التي تستنبطها من وقائع الدعوى مادام استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق، فلها أن تعتمد في ذلك على تقارير الخبراء ولو كانت مقدمة في دعاوى أخرى مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصبحت من أوراقها التي تناضل الخصوم في شأن دلالتها وأن تأخذ ضمن القرائن المستفادة من الأوراق - بما تطمئن إليه من أقوال الشهود الذين سمعهم هؤلاء الخبراء دون حلف يمين، وأن تستند إلى ما قضى به في دعوى أخرى دون أن تتوافر لهذا القضاء حجية الأحكام في الدعوى المطروحة عليها متى كانت ذلك بحسبانه قرينة تدعم بها قضاءها. وهي لا تنقيد بقرينة من هذه القرائن دون أخرى، ولها أن تطرح ما لا تطمئن إليه، فلا عليها وهي بصدد بحث كسب الملكية بالتقادم إن هي استبعدت القرينة المستفادة من تكليف الأطيان باسم حائزها إذا وجدت في أوراق الدعوى ما تطمئن معه إلى أنه لم يكن يحوزها حيازة أصلية لحساب نفسه، ولا أن تنقيد بتسجيل عقد مادام قد ثبت لها أنه صدر من غير مالك لأن ذلك ليس سببا بذاته لكسب الملكية، كما أنها لا تلتزم بتعقب الخصوم في شتى مناحي دفاعهم والرد على كل قرينة غير قانونية يستندون إليها مادامت قد أقامت قضاءها على الأسباب الكافية لحمله، ولا أن تجيب طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها".

(طعن رقم 1088 لسنة 48 ق جلسة 1984/5/24)

330- التحقق من استيفاء الحيازة شروطها القانونية :

التحقق من استيفاء الحيازة شروطها القانونية من سلطة محكمة الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن اكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة بنية التملك هو مركز قانونى يأتى نتيجة لأعمال مادية خاصة متى بينت وفصلت أمكن أن يستفاد منها الحصول عليه. فالواجب على المحكمة عندما يدعى لديها باكتساب الملك بوضع اليد المدة الطويلة أن تطلب إلى المدعى بيان تلك الوقائع لتتقرر فيما إذا كانت متعلقة بالادعاء ومنتجة لصحته، حتى إذا رأت ذلك أمرت بتحقيقها مع تبيينها فى الحكم تبيينا يعرف منه خصوم الدعوى ماذا عليهم إثباته أو نفيه. والشأن فى ذلك كالشأن فى كافة ما تحيله المحكمة من المسائل على التحقيق. إذ كلها تقتضى البيان والتفصيل عملا بالمادتين 177، 178 مرافعات. ومخالفة ذلك تجعل الحكم معيبا متعيينا نقضه".

(طعن رقم 72 لسنة 3 ق جلسة 1934/5/24)

2- "لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض، مادامت هذه العناصر مدونة فى حكمها وتقيد عقلا تلك النتيجة التى استفادتها".

(طعن رقم 31 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/5)

3- "قضاء الحكم المطعون فيه بتثبيت ملكية المطعون ضدهم عدا السادس لأطيان النزاع استنادا لتوافر حيازتهم المستوفاة لشرائطها دون انقطاع رغم ثبوت تخلى المطعون ضدهم عن الحيازة بسبب مانع غير مؤقت هو تجمع المياه الراكدة فيها ونمو الحشائش بها وانقطاع حيازتهم لها وبدء سريان تقادم بعد استردادهم لها دون اكتمال مدته القانونية محتجبا عن بحث دفاع الطاعن والمفاضلة بين عقود البيع العرفية التى يتمسك بها الخصوم ومصدر ملكية كل منهم. خطأ وقصور".

(طعن رقم 666 لسنة 80 ق جلسة 2011/6/26)

(راجع أيضا الأحكام المنشورة ببند 329)

331- واجب القاضى فى بيان أركان وضع اليد :

يجب على القاضى الذى يقضى بالملكية بالتقادم أن يبين فى حكمه أركان وضع اليد الذى أقام عليه قضاءه، وإن كان لا يلزم بتناول كل ركن من هذه الأركان على استقلال.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن قاضى الموضوع وإن لزمه أن يبين فى حكمه أركان وضع اليد الذى أقام عليه قضاءه بالتملك بالتقادم، فإنه غير ملزم بأن يورد هذا البيان على نحو خاص فلا عليه إذا لم يتناول كل ركن من هذه الأركان ببحث مستقل متى بان من مجموع حكمه أنه تحراها وتحقق من وجودها".

(طعن رقم 120 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/10)

2- "وضع اليد المكسب للملك هو وضع اليد الفعلى المستوفى عناصره القانونية. فإذا كانت المحكمة قد قضت بالملكية لمدعيها تأسيسا على وضع يده المكسب لها، واستخلصت وضع اليد من مجرد أن عقد البيع الذى صدر للمدعى قد ذكر فيه رفع يد البائع عن المبيع ونقل التكليف إلى اسم المشتري، مع أن هذا ليس من شأنه أن يفيد بذاته حصول وضع اليد الفعلى ولا توافر أركانه المكونة له، ثم كانت المحكمة من جهة أخرى لم تتعرض للرد على دلالة الأحكام التى قدمت إليها لإثبات صورية ذلك العقد زاعمة أن إثبات الصورية لا يكون إلا بالكتابة فى حين أن الطاعن بالصورية وارث والوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى تصرفات المورث الضارة به فحكمها يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 124 لسنة 15 ق جلسة 1946/12/5)

3- "وحيث إن هذا النعى غير صحيح ذلك أن تناقض الأسباب المبطل للحكم هو أن تكون تلك الأسباب متهدمة متساقطة لا شىء فيها باق يمكن أن يكون قواما لمنطوق الحكم. لما كان ذلك وكان الخبير المنتدب من محكمة أول

درجة قد أثبت في تقريره أن حيازة الطاعن للممر محل النزاع كانت بطريق التسامح وهو مالم يخرج عليه رأى الخبير الثانى المنتدب من محكمة الاستئناف وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم بندب خبير ثان فى الدعوى دون استبعاد تقرير الخبير الأول لا يعدو أن يكون إجراء تتخذه المحكمة لاستكمال عناصر النزاع فلا يحول ذلك دون رجوعها إلى تقرير الخبير الأول والأخذ به عند الفصل فى موضوع الدعوى وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بندب خبير ثان فى الدعوى لم يستبعد تقرير الخبير الأول بل أشار إليه فى أسبابه إلا أن التقرير المقدم منه غير كاف لتكوين عقيدة المحكمة فإنه إذا عاد وعول فى قضائه على التقرير الأول بعد أن اقتنع بصحته فى ضوء اطلاعه على تقرير الخبير الثانى المرجح والذى لم يخرج - كما سلف البيان - على ما انتهى إليه الأول فإن الحكم بذلك لا يكون قد تناقض فى قضائه ويضحي النعى عليه فى غير محله".

(طعن رقم 2841 لسنة 62 ق جلسة 1999/11/11)

4- "وحيث إن هذا النعى مردود بما هو مقرر من أن الحيازة التى تصلح أساسا لتملك العقار أو المنقول بالتقادم تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التى يتطلبها القانون ولا سبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة. ولما كان المرور فى أرض فضاء لا يكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح مطلات أو بغير ذلك ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها. وكان لمحكمة الموضوع تقدير عمل الخبير والأخذ بتقريره محمولا على أسبابه متى اقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها وسلامة الأسس التى بنى عليها رأيه وهى غير

ملزمة بالتحدث في حكمها على كل ما يقدمه الخصوم من دلائل ومستندات كما أنها غير مكلفة بأن تورد كل حججهم وتفتنّها طالما أنها أقامت قضاءها على ما يكفي لحمله إذ في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني لاطراح هذه الدلائل والمستندات. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أخذاً بما ورد بتقريرى الخبراء المتقدمين بالأوراق محمولين على أسبابهما والذي اطمأن إليهما من أن حيازة الطاعن للممر محل النزاع كانت على سبيل التسامح ولم يقدم الطاعن دليل ملكيته لهذا الممر ورتب على ذلك قضاءه برفض طلبه بتثبيت ملكيته له بالتقادم الطويل المكسب للملكية وكان ما خلص إليه الحكم سائغاً ويكفى لحمل قضاؤه ولا مخالفة فيه للقانون ومن ثم فإن ما أثاره الطاعن في هذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 2841 لسنة 62 ق جلسة 1999/11/11)

5- "وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق الارتفاق يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقررة بالمادة 968 من القانون المدني ومن بينها استمرار الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة. لما كان ذلك وكان الثابت في محاضر أعمال لجنة الخبراء المنوه بذكرها في سبب الطعن أن المطعون ضدها قررت في جلسة 1990/12/12 أنها أقامت على الأرض المملوكة لها بناء من طابق واحد في عام 1967، وأنها فوجئت بالطاعن يقوم بعمليات حفر في أرضه سنة 1978، وأقام ضدها الدعوى 1262 سنة 1978 مدنى كلى الجيزة بطلب عدم التعرض له في ملكه، مما ينبئ عن أن مدة الخمس عشرة سنة التي يجب انقضاؤها لكسب حق الارتفاق لم تكتمل، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه عول في قضاؤه على النتيجة التي انتهت إليها تلك اللجنة دون أن يفتن إلى ما اشتملت عليه محاضر أعمالها من إقرارات للمطعون ضدها، أو يخضع هذه الإقرارات لتقديره،

فإنه يكون مشوبا بقصور يبطله، ويوجب نقضه".

(طعن رقم 4953 لسنة 63 ق جلسة 2001/1/30)

6- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط فى التقادم المكسب - وفقا لما تقضى به المادتان 968، 969 من القانون المدنى - أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى حتى تكون حيازة قانونية صحيحة ومن ثم فإن وضع اليد لا ينهض بمجرد سببا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وهى عنصر معنوى تدل عليها وتكشف عنها أمور ومظاهر خارجية تؤخذ من التحقيقات والأدلة التى تقوم عليها الدعوى لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ثبوت الحيازة المكسبة للملكية للمطعون ضدها ومن قبلها مورثها على أن هذه الحيازة استوفت عناصرها القانونية وأحال فى بيانها للحكم المستأنف وتقرير الخبير وكان الثابت من الحكم الأخير أنه قد استند لذلك التقرير الذى جاء به أن مالكة المنزل موضوع النزاع باعته لمورثة الطاعنين بعقد عرفى أقيمت عنه دعوى بصحته ونفاذه وانتهت صلحا وأن مورث المطعون ضدها - ابن البائعة وشقيق مورثة الطاعنين - ومن بعده المطعون ضدها قد وضعا يدهما على جزء منه فقط وتضع مورثة الطاعنين وهم من بعدها اليد على جزء آخر من المحل ودون أن يعرض الخبير لمدى اقتران الحيازة لدى المطعون ضدها ومورثها من قبلها بنية التملك أو قيامها على تسامح من مالكة المنزل - والدته ومن بعدها شقيقته مورثة الطاعنين التى اشترته، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم المستأنف الصادر برفض دعوى الطاعنين دون أن يستظهر مدى اقتران حيازة المطعون ضدها وسلفها من قبلها بنية التملك يكون قد ران عليه القصور المبطل بما يعيبه ويوجب نقضه لهذا السبب دون ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 2385 لسنة 62 ق جلسة 2001/2/15)

7- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به

قضاء هذه المحكمة - وفقا للمادة 968 من القانون المدني أنه يشترط لكسب ملكية العقار بوضع اليد المدة الطويلة أن يستمر وضع يد الحائز لمدة خمس عشرة سنة مقرونا بنية التملك وأن يكون مستمرا وهادئا وظاهرا وأنه يتعين على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض للشروط السالفة ويبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها".

(طعن رقم 1117 لسنة 64 ق جلسة 2007/1/9)

332- يجوز للمشتري تملك العين المبيعة له بوضع اليد المدة الطويلة :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس في القانون ما يمنح المشتري من كسب ملكية العين المبيعة له بوضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت لديه الشروط لهذا التملك وأن مجرد إقامته على البائع دعوى سابقة بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له لا يستخلص منه حتما إقراره بالحق القاطع الدلالة على النزول عن مدة وضع اليد السابقة في كسب الملكية بالتقادم أو عدم توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم الطويل لما ينطوى عليه رفعها من رغبة في اقتضاء الحق بالوسيلة التي وجدها أيسر سبيلا من غيرها، ولا يعنى ذلك منه النزول عن السبل الأخرى في اقتضاء ذات الحق ومنها التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 877 لسنة 54 ق جلسة 1992/1/26)

ويجوز للمشتري طبقا للمادة 955 مدنى فى جميع الأحوال باعتباره خلفا للبائع ضم مدة حيازة سلفه أى البائع له إلى مدة حيازته بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إليه أم غير مالك.

وفى هذا قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ 2 يناير سنة 1996 فى الطعن رقم 136 لسنة 57 القضائية "هيئة عامة" بأن :

"1- الأصل في الحيابة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهرا فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيابة السلف وحيابة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيابة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيابة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدني على أن "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيابة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيابة من أثر" يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيابة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك، متى كانت الحيابة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه ماديا".

2- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 955 من القانون المدني - وعلى ما تقدم بيانه - أنه يجوز للخلف الخاص في جميع الأحوال باعتباره خلفا للبائع ضم مدة حيابة سلفه إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من أنه يشترط لإعمال هذا النص ألا يكون السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

333- التزام الضمان لا يحول دون كسب البائع الملكية بالتقادم:

ينشأ التزام الضمان في ذمة الشخص نتيجة لتخليه عن ملكية الشيء، سواء بإرادته كما في البيع والهبة ونحوهما من العقود الناقلة للملكية، أو رغم إرادته كما يقع عند نزع ملكية المدين ورسو المزاد على شخص من الأغيار، فإذا استمر البائع أو المدين حائزا للعقار بعد البيع أو صدور حكم رسو المزاد بنية تملكه مدة خمسة عشر عاما تملك العين بالتقادم الطويل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد. فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر تعرضاً من جانبه لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً وهو قول مخالف للقانون. وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طالّت مدته، ولم يبحث هل وضع يد البائع فى هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التى تجعله سبباً مشروعاً للتملك أو لم يستوفها، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 175 لسنة 17 ق جلسة 1949/12/8)

2- "إن الأساس التشريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، وهذا لا يصح معه القول بأن واجب الضمان، المفروض على مدعى التملك بوضع اليد بموجب إقرار صادر منه نزل فيه لمنازعه فى الملكية عن قدر من الأطيان يدخل فى الأطيان المتنازع عليها، مانع له أبداً من كسب ملكية هذه الأطيان بوضع اليد المدة الطويلة متى كان وضع اليد المذكور قد استوفى شروطه القانونية".

(طعن رقم 62 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/10)

3- "إن الأساس التشريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد. وليس فى القانون ما يمنع البائع من كسب ملكية العين المبيعة بوضع اليد المدة الطويلة بعد البيع إذا ما توافرت لديه الشروط القانونية لهذا التملك وهو ما يتحقق به قيام السبب المشروع. ومن ثم فإن القول بأن تمسك ورثة البائع بهذه الملكية يعتبر تعرضاً من جانبهم لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليهم قانوناً هو قول مخالف للقانون".

(طعن رقم 122 لسنة 26 ق جلسة 1961/10/26)

4- "يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهرا وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم - مثله - منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. وإذا كان الطاعنون (ورثة البائع) قد دفعوا دعوى ورثة المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين - بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على الطاعنين بمقتضى إلزام مورثهم بالضمان، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 261 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/21)

5- "ليس لورثة البائع دفع دعوى المشتري بتثبيت ملكيته وتسليم المبيع، بالتقادم استنادا إلى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ذلك أن البائع يلتزم قانونا بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم من تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 28 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/28)

6- "الالتزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه - وفقا للمادتين 261، 300 من القانون المدنى الملغى والمادة 439 من القانون القائم - التزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض".

وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. ومن ثم فإن دفع وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشتري وبسقوط حقوق الأخير، المتولدة عن عقد البيع بالتقادم وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع إنما هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليه قانوناً بمقتضى التزام مورثه بالضمان".

(طعن رقم 220 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/13)

7- "من أحكام البيع المقررة بالمادة 439 من القانون المدني أن البائع وورثته يلتزمون بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيما كسب من حقوق بموجب عقد البيع إليهم إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع ووفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة- شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 1156 لسنة 47 ق جلسة 1981/6/25)

334- كسب الملكية بالتقادم يكون بأثر رجعي؛

إذا كسب الحائز الملكية بالتقادم، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم. وهذا الاستناد يمليه هدف نظام التقادم الذي يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة طوال مدة التقادم.

ويترتب على الأثر الرجعي نتيجتان؛

الأولى: أن الثمار التي أنتجها العقار (أو المنقول) خلال مدة التقادم يكسبها الحائز باعتباره مالكا. الأمر الذي يترتب عليه استحقاقه لهذه الثمار، سواء أقبضها أم لم يقبضها، وسواء أكان حسن النية أم سييء النية وقت القبض. ولولا هذا الأثر الرجعي لما استحق الحائز الثمار التي يقبضها وهو سييء النية.

الثانية: أن جميع الحقوق العينية التي رتبها الحائز على المنقول خلال مدة

التقادم، تعد صحيحة باعتبارها صادرة من مالك بخلاف الحقوق العينية التي رتبها المالك الحقيقي أثناء هذه المدة، فإنها لا تكون صحيحة ولا تسرى تبعاً لذلك في حق الحائز فإذا كان المالك قد رتب رهناً للغير فإنه لا يسرى في حق الحائز باعتباره صادراً من غير مالك. أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم، فإنها تسرى في حق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم، إلا إذا كانت قد انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "من المقرر أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكة طوال مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين فإن هذه الحقوق - متى اكتملت مدة التقادم - لا تسرى في حق الحائز، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وبعد أن قضى بملكية الطاعن للمنزل محل النزاع بوضع اليد عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية التي بدأت في 1937/4/12 واكتملت في سنة 1952 عاد وقضى برفض طلبه الخاص ببطالان الإجراءات وإلغاء التسجيلات التي باشرت مصلحة الضرائب ضد المدين على نفس المنزل خلال مدة التقادم لاقتضاء قيمة ضريبة الأرباح التجارية المستحقة عليه عن السنوات من 1941 إلى 1949 فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 70 لسنة 32 ق جلسة 1969/6/4)

(1) السنهوري ص 1468 - عبد المنعم الصده ص 366 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 476 وما بعدها.

2- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعى منذ وقت بدء الحيازة التى أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طوال مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلى خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين، فإن هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسرى فى حق الحائز".

(طعنان رقما 930، 958 لسنة 47 ق جلسة 1981/5/12)



مادة (969)

- 1- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات.
- 2- ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق.
- 3- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون.

الشرح

335- الحكمة من التقادم الخمسى:

يقوم التقادم الخمسى على أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني

على عقار، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة أى بدلا من التقادم الطويل وهذا التقادم القصير هو ميزة أو استثناء لصالح من يتلقى العقار من غير مالكة، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتعامل مع المالك الحقيقي لهذا العقار. فهذا الحائز يقوم بكل ما يتطلبه القانون منه للحصول على ملكية العقار، ولكن فاته أن يلحظ العيب الذي يعتور سند من تلقى عنه الحق، ولما كان هذا التصرف لا يؤدي قانونا إلى نقل الملكية لصدوره من غير مالك. فقد رأى المشرع أنه يكفي لتغطية هذا العيب الجسيم أن تنتقل حيازة العقار إلى المتصرف إليه، وأن يسكت المالك الحقيقي خمس سنوات دون أن يطالب باستحقاق العقار. فإن هو سكت طوال هذه المدة أصبح الحائز أجدر منه برعاية القانون نظرا لحسن نيته وانخداعه بالمظهر الخارجي الذي أسهم المالك الحقيقي في وجوده بإهماله وتقاعسه عن حماية حقه.

وهذا التقادم القصير يجعل المتصرف إليه في المركز الذي كان يتوفر له، لو أنه تعامل مع المالك الحقيقي⁽¹⁾.

336- مجال الاحتجاج بالتقادم الخمسى :

لا يسرى التقادم الخمسى إلا على العقارات، فلا يجوز التمسك به في مجال المنقولات وهذا واضح من صريح نص الفقرة الأولى من المادة 969 التي تجرى على أن: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيى عقارى وكانت.... إلخ" - ويعزى قصر هذا التقادم على العقارات إلى أن حيازة المنقول بسبب صحيح وحسن نية تؤدي إلى تملكه في الحال دون حاجة إلى مضى مدة ما عملا بقاعدة

(1) محمد على عرفه ص 235 - عبد المنعم الصده ص 629 - محمد وحيد الدين سوار ص

"الحياسة في المنقول سند الحائز"⁽¹⁾.

كما أن صياغة الفقرة المذكورة تقطع بأنه لا محل للتمسك بالتقادم الخمسى إلا إذا كانت الحياسة منصبة على "عقار" معين بالذات، فلا يجوز التمسك بهذا التقادم لمن حاز بسبب صحيح وحسن نية عقارا ضمن مجموعة قانونية أو فعلية كتركة أو محل تجارى.

إنما يسرى هذا التقادم على حق الملكية وكافة الحقوق العينية الأصلية الأخرى وعلى حق الرهن الحيازى بالتفصيل الذى ذكرناه فى التقادم الطويل.

(2) محمد على عرفه ص 236 - عبد المنعم البدرأوى فى حق الملكية ص 498.

شروط التقادم الخمسى

337- تعداد :

يشترط لتوافر التقادم الخمسى أربعة شروط هى:

1- حيازة قانونية.

2- استمرار الحيازة مدة خمس سنوات.

3- أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح.

4- أن يكون الحائز حسن النية.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى:

الشرط الأول

وجود حيازة قانونية

338- مضمون الشرط :

يشترط لتوافر التقادم الخمسى وجود حيازة قانونية أى الحيازة المادية المقترنة بنية التملك أو بنية استعمال حق عينى على عقار. فالحيازة المادية وحدها أو العرضية لا يمكن أن تؤدى إلى كسب الملكية أو الحق العينى بالتقادم. ولن يستطيع الحائز العرضى أن يكسب بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته. ويجب أن تكون الحيازة القانونية خالية من العيوب التى تعييبها وهى الإكراه والخفاء والغموض.

وهذه الحيازة الخالية من العيوب يجب أن تكون منصبة على ذات الحق المراد كسبه بالتقادم. فالتقادم لا يؤدى إلا إلى كسب ذات الحق محل الحيازة. فإذا حاز الشئ على سبيل الملك استطاع كسب الملكية بالتقادم، وإذا حاز عليه حق انتفاع لم يكن له أن يكسب بالتقادم سوى الانتفاع دون الملكية وكذلك الحال لو كان حائزاً لحق ارتفاق.

وهذه الحيازة هى ذاتها الحيازة التى تكسب الملكية بالتقادم الطويل، وقد عرضنا لها تفصيلا، فنكتفى بالإحالة إلى ما قدمناه.

الشرط الثانى

أن تستمر الحيازة مدة خمس سنوات كاملة

339- مضمون الشرط:

رأينا أن مدة الحيازة المكسبة للملكية فى التقادم الطويل خمس عشرة سنة ميلادية كاملة.

أما مدة الحيازة فى التقادم القصير فهى خمس سنوات ميلادية كاملة فقط. ويسرى على هذه المدة ما سنذكره فى شرح المادة (973).
(انظر شرح المادة المذكورة).

الشرط الثالث

وجود السبب الصحيح

340- تعريف السبب الصحيح:

عرفت الفقرة الثالثة من المادة 969 السبب الصحيح بأنه: "سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون".

فما تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن المقصود بالسند فى هذا الصدد هو التصرف (negatum) الصادر إلى الحائز والذى تستند إليه الحيازة، كالبيع الذى بموجبه اشترى الحائز العقار محل الحيازة، وليس المقصود بالسند هنا الكتابة (instrumentum) المثبتة للتصرف القانونى الصادر إلى الحائز.

كما أن وجود سبب صحيح تستند إليه الحيابة فى التقادم الخمسى يفترض أن الحق محل الحيابة كان لينتقل إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق⁽¹⁾.

وسمى السبب بالسبب الصحيح، لأنه ينقل الملكية لو صدر من المالك أو صاحب الحق، لا لأنه خال من أسباب البطلان، فالتصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك سببا صحيحا كما سنرى، ولا يهم بعد ذلك أن يكون التصرف مشوبا بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانونى⁽²⁾.

وقد عرفت محكمة النقض السبب الصحيح بأنه هو كل تصرف قانونى يستند عليه واضع اليد فى حيازته للعقار، ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب فى نظره واعتقاده هو.

والمراد بكون السبب صحيحا فى هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف.

إذ جرى قضاء محكمة النقض على أن:

1- "المراد بالسبب فى تملك العقار بالتقادم الخمسى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار، ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب فى نظره واعتقاده هو. والمراد بكون السبب صحيحا فى هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف".

(طعن رقم 18 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/16)

2- "السبب الصحيح فى معنى المادة 76 من القانون المدنى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار ويكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف".

(طعن رقم 127 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/3)

(1) عبد المنعم الصده ص 637 - نبيل إبراهيم سعد ص 501 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 1483 وما بعدها - محمد على عرفه ص 238.

3- "السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الخمسى هو على ما تنص عليه المادة 3/969 من القانون المدنى "سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم. ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون". والمتصرف الذى لا يعد مالكا فى المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشئ ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه... الخ".

(طعن رقم 107 لسنة 30 ق جلسة 1956/1/21)

4- "السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم.... الخ".

(طعن رقم 374 لسنة 25 ق جلسة 1960/5/12)

5- "الحيازة التى يعتد بها فى اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى هى الحيازة التى تجتمع مع السبب الصحيح وتستطيل إلى مدة خمس سنوات فإن بدأت الحيازة قبل قيام السبب الصحيح يلحقها عيب ما، فإن التمسك بهذا العيب الذى اعترى الحيازة فى تاريخ سابق على قيام هذا السبب لا يكون منتجا ولا مجديا طالما كان المعول عليه فى نطاق التقادم الخمسى هى الحيازة منذ أن تجتمع بالتصرف المسجل الصادر فى غير مالك، فىكون عندئذ هو سببها الصحيح الذى يركن إليه الحائز فى حيازته ويتمكن بمقتضاه من التملك إن اقترنت حيازته بحسن النية وقت تلقى الحق تطبيقا تقضى به المادة 969 من القانون المدنى".

(طعن رقم 224 لسنة 54 ق جلسة 1987/11/26)

الشروط الواجب توافرها فى السبب الصحيح:

يجب أن يتوافر فى السبب الصحيح عدة شروط هى:

341- أولا: أن يكون تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا

خاصا:

يشترط فى السبب الصحيح أن يكون تصرفا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف كالبيع والهبة والوصية بمال معين. ويعتبر من هذا القبيل أيضا الأحكام الناقلة للحق، كحكم مرسى المزاد الذى يؤدى إلى نزع ملكية المدين بناء على طلب دائنيه.

وترتيباً على ذلك لا يعتبر سببا صحيحا ما يأتى:**1- الميراث:**

لا يعتبر الميراث سببا صحيحا لأنه ليس تصرفا، ولأن الوارث خلف عام لمورثه، فحيازته استمرار لحيازة مورثه، ومن ثم لا يكون له فيما يتعلق بالتقادم الخمسى سند خاص به، بل يرجع فى هذا الشأن إلى سند المورث. فإذا كانت حيازة المورث تستند إلى سبب صحيح استند إليها الوارث على اعتبار أن حيازة الوارث تعد امتدادا لحيازة مورثه⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

".. السبب الصحيح منعدم فى الدعوى إذ ليس ثمة عقد بين الطاعن من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الأصلى والميراث الذى يتمسك به الطاعن كسبب لا يصلح أن يكون سببا صحيحا كما أنه ظاهر أن الطاعن لا يستطيع التحدى بحسن النية حتى لو كان يجهل عيب سند مورثه الذى كانت يده عارضة".

(طعن رقم 277 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/16)

2- محضر التسليم الرسمى:

لا يعتبر محضر التسليم الرسمى الذى يتسلم بمقتضاه الراسى عليه المزاد

(1) عبد المنعم الصده ص 639 - محمد وحيد الدين سوار ص 670.

الأطيان التي رسا عليه مزادها تصرفاً - بعكس حكم مرسى المزاد - ومن ثم لا يعد سبباً صحيحاً⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"السبب الصحيح في معنى المادة 76⁽²⁾ من القانون المدني هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار ويكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف. ولما كان محضر التسليم الرسمي الذي يتسلم بمقتضاه الراسي عليه المزاد الأطيان التي رسا عليه مزادها ليس تصرفاً، فإن الحكم لا يكون مخطئاً في عدم اعتباره سبباً صحيحاً ولا في قصره هذا الاعتبار على حكم رسو المزاد ذاته"⁽³⁾.

(طعن رقم 127 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/30)

3- الوصية بحصة في التركة:

لا تعتبر الوصية بحصة في التركة سبباً صحيحاً رغم كونها تصرفاً صادراً إلى الحائز، لأن الموصى له في هذه الحالة خلف عام للموصى، فيصدق عليه ما ذكرناه في خصوص الوارث.

(1) عبد المنعم الصده ص 639 هامش (2).

(2) تقابلها في القانون المدني الجديد المادة 969.

(3) كانت واقعة الدعوى أن الراسي عليه المزاد حين أجرى تنفيذ حكم مرسى المزاد تسلم أطياناً لا يشملها الحكم ذاته ثم تمسك بأن محضر التسليم يعتبر سبباً صحيحاً لتملك هذه الأطيان بالتقادم الخمسى.

342- ثانياً : أن يكون التصرف صادراً من غير مالك أو صاحب للحق

العيني.

يشترط في السبب الصحيح ، أن يكون التصرف صادراً من غير مالك أو صاحب للحق العيني محل الحياة.

وعلى ذلك إذا صدر التصرف من مالك، فإنه لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للناظر أن يملك بالتقادم الخمسى، لأن التقادم الخمسى يقتصر غرضه على تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف، فهو لا يؤدي إلى زوال العيوب الأخرى التي تلحق بالتصرف.

ويستوى لا اعتبار المتصرف غير مالك ألا يكون له أى حق أصلاً على العقار أو يكون له حق ولكنه زال بأثر رجعى، كما لو أبطل سنده أو فسخ.

كما يستوى أن يكون سند المتصرف أو حيازته معيبة بعيوب تمنعه هو من كسب الملكية، وما ذلك إلا لأن المتصرف إليه لا يكسب الملكية انتقلاً من المتصرف، وإنما يكسبها بالحياة المدعمة بالسبب الصحيح الذى لا يعدو كونه عنصراً من عناصر الحياة، لا سبباً لكسب الملكية. فلا اعتداد إذن بما إذا كانت حيازة المتصرف قانونية أم عارضة. ولا بما إذا كان يستند فى حيازته إلى سند أم أنه كان مجرد من السند أصلاً كالمغتصب⁽¹⁾ إذا فى هذه الحالات يكون للمتصرف إليه إذا كان حسن النية ومضت خمس سنوات على حيازته للعقار المتصرف فيه أن يتوقى أثر زوال سند المتصرف زوالاً رجعياً، بالتمسك بالتقادم الخمسى، استناداً إلى أنه بهذا الزوال يعتبر هذا التصرف سبباً صحيحاً فيكتسب بهذا التقادم ملكية العقار المتصرف فيه دون أن يتأثر بالزوال الرجعى لسند المالك المتصرف. وقد لا يكون فى حاجة إلى ذلك إذا كان قد سجل تصرفه بحسن نية قبل التأشير بدعوى

(1) محمد كامل مرسى ص 145 - محمد عل عرفه ص 238 وما بعدها - نبيل إبراهيم سعد

الإبطال أو الفسخ المرفوعة على المتصرف.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لا يجوز التمسك بكسب ملكية الحق بالتقادم الخمسى مع السبب الصحيح وحسن النية إلا إذا كان التصرف صادرا من غير مالك، فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا السبب".

(طعن رقم 191 لسنة 21 ق جلسة 1955/1/27)

2- "يشترط فى السبب الصحيح الذى يصلح سنداً للتملك بالتقادم المكسب الخمسى أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من شخص لا يملك الحق الذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا السبب، وهذه القاعدة قررتها صراحة المادة 969 من القانون المدنى الحالى وقررتها من قبل محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم رغم عدم النص عليها صراحة فيه".

(طعن رقم 28 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/28)

3- "يشترط فى السبب الصحيح الذى يصلح سنداً للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من شخص لا يكون مالكا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا التقادم".

(طعن رقم 173 لسنة 34 ق جلسة 1967/6/29)

4- "نصت الفقرة الأولى من المادة 969 من القانون المدنى الجديد على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات"، كما نصت الفقرة الثالثة منها على أن "السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون "ومن ثم فلا تؤدي الحيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائى

إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 223 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/23)

5- "لما كان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بتملكهم أرض النزاع بالتقادم الخمسى استنادا إلى حيازتهم لها مدة تزيد على خمس سنوات مقترنة بحسن النية ومستندة إلى السبب الصحيح وهو عقد البيع الصادر لمورثيهما، وإذ كانت المادة 76 من التقنين المدنى السابق المقابلة للمادة 969 من التقنين الحالى قد نصت على أن ملكية العقار تكتسب بوضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن النية ومستندة فى ذات الوقت إلى سبب صحيح والسبب الصحيح هو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا، وقد التفت الحكم المطعون فيه عن عقد الطاعنين المؤرخ 1936/9/23 والمسجل لكونه صادرا من غير مالك، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الجوهري الذى لو حقق لجاز أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى يجعله مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 275 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/8)

6- "السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، فإذا كان التصرف بيعا يجب أن يكون البائع فى تصرفه مضيفا الملك إلى نفسه، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائبا عن المالك وتبين عدم نيابته عنه، فإنه لايتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح. وإذ كان الواقع فى الدعوى أن إجراءات التنفيذ العقارى قد اتخذت ضد المطعون عليهم الستة الأول المالكين لحصة فى المنزل موضوع النزاع فى مواجهة وصى عليهم سبق عزله، فإن الحكم بفسو مزاد هذه الحصة على الطاعن لا يصلح أن يكون سببا صحيحا لتملك هذه الحصة بالتقادم الخمسى".

(طعن رقم 142 لسنة 40 ق جلسة 1978/1/2)

7- "النص في الفقرة الثالثة من المادة 969 من القانون المدني على أن السبب الصحيح الذي تكسب به ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء الذي يراد كسبه بالتقادم، يدل على أنه متى كان البائع للمشتري المتزاحمين بعقودهم واحدا فلا وجه لتمسك أحدهم في وجه الآخرين بتملك المبيع بالتقادم الخمسى".

(طعن رقم 488 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/3)

8- "لما كان مؤدى نص الفقرة الثالثة 969 من القانون المدني على أن "السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون "أن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سببا صحيحا لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى متى كان هذا البيع مسجلا. ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبا أو مستندا في تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم، لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا لاعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غير مالك ومن ثم فإن الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أى أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا لذلك التملك ولما كان ذلك وكان مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه أو قيام أدنى شك لديه في ذلك، ولقاضى الموضوع السلطة التامة في استخلاص حسن نية المتصرف إليه أو سوءها بشرط أن يكون استخلاصا سائعا".

(طعون رقم 304، 653، 792 لسنة 55 ق - جلسة 1988/4/26)

9- "يشترط في السبب الصحيح الذي يصلح سندا للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون تصرفا قانونيا صادرا من شخص لا يكون مالكا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا

السبب وهذه القاعدة قد قررها القانون المدنى القائم صراحة فى المادة 969 منه وقررتها هذه المحكمة من قبل فى ظل القانون القديم رغم عدم النص عليها صراحة فيه".

(طعن رقم 2117 لسنة 56 ق جلسة 1993/4/15)

343- يجب صدور التصرف إلى المتمسك بالتقادم:

يشترط للمتمسك باكتساب الملكية بالتقادم الخمسى أن يكون التصرف الذى يعتبر سندا صحيحا صادرا إلى المتمسك بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد البيع الذى تمسكت الطاعنة بأنه سبب صحيح مكسب للملكية بالتقادم الخمسى لم يصدر إليها أصالة وإنما باعتبارها اسما مستعارا لزوجها فإن مثل هذا العقد لايعتبر سببا صحيحا يكسبها الملكية بالتقادم الخمسى وذلك لما يشترط فى السند الذى يعتبر سببا صحيحا من أن يكون صادرا إلى المتمسك بالتقادم ومن ثم يكون ما قرره الحكم المطعون فيه من أن العقد المذكور لم يصدر إلى الزوجة الطاعنة متضمنا الرد على دفاعها آنف الذكروىكون النعى عليه بالقصور على غير أساس".

(طعن رقم 202 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/5)⁽¹⁾

(1) كما قضت محكمة النقض بأن:

"السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، فإذا كان التصرف بيعا يجب أن يكون البائع فى تصرفه مضيفا الملك إلى نفسه، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائبا عن المالك وتبين عدم نيابته عنه، = فإنه لايتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح. وإذا كان الواقع فى الدعوى أن إجراءات التنفيذ العقارى قد اتخذت ضد المطعون عليهم الستة الأول المالكين لحصة فى المنزل موضوع النزاع فى مواجهة وصى عليهم سبق عزله، فإن الحكم بفسخ مزاد هذه

344- سند البائع غير المسجل :

إذا كان سند البائع للحائز عقدا غير مسجل صادرا له من المالك الحقيقي، فإنه لا يكون للمشتري منه التمسك 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.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الخمسى هو على ما تنص عليه المادة 3/969 من القانون المدنى "سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم. ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون". والمتصرف الذى لا يعد مالكا فى المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشئ ويستحيل 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 حقا فى الحصول على الملكية، ومن ثم فإن البائع إذا كان سنده عقدا غير مسجل صادرا 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)

الحصة على الطاعن لا يصلح أن يكون سببا صحيحا لتملك هذه الحصة بالتقادم الخمسى".

(طعن رقم 142 لسنة 40 ق جلسة 1978/1/2)

345- ثالثاً: أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العيني:

يشترط أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العيني.

فالتصرفات التي ليس من شأنها نقل الملكية وإنما ترتب مجرد التزامات شخصية، لا تصلح سبباً صحيحاً للملك الخمسى ومثل ذلك: عقد الإيجار وعقد الوديعة وعقد الحراسة وعقد العارية وعقد الوكالة، فلا يستطيع الحائز بمقتضى هذه العقود التملك بالتقادم الخمسى، حتى لو غير صفة حيازته من عرضية إلى أصلية، لأنه لا تتوافر لديه حسن النية ولأنه لا يستطيع الارتكان إلى عقد من العقود السابقة لتخلف وصف السبب الصحيح فيها⁽¹⁾.

ومن أمثلة التصرفات التي من شأنها نقل الملكية ما يأتي:

1- البيع:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ. أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، فإذا كان التصرف بيعاً يجب أن يكون البائع فى تصرفه مضيفاً الملك إلى نفسه، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائباً عن المالك وتبين عدم نيابته عنه، فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح. وإذا كان الواقع فى الدعوى أن إجراءات التنفيذ العقارى قد اتخذت ضد المطعون عليهم الستة الأول المالكين لحصة فى المنزل موضوع النزاع فى مواجهة وصى عليهم سبق عزله، فإن الحكم برسو مزاد هذه الحصة على الطاعن لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً لتمكن هذه الحصة بالتقادم".

(1) محمد كامل مرسى ص 144 - رمضان أبو السعود ص 455.

(طعن رقم 142 لسنة 40 ق جلسة 1978/2/2)

(ب) - "النص في الفقرة الثالثة من المادة 969 من القانون المدني على أن السبب الصحيح الذي تكسب به ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء الذي يراد كسبه بالتقادم، يدل على أنه متى كان البائع للمشتري المتزاحمين بعقودهم واحدا فلا وجه لتمسك أحدهم في وجه الآخرين بتملك المبيع بالتقادم الخمسى".

(طعن رقم 488 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/3)**2- عقد المقايضة :**

ويحدث ذلك إذا قايض شخص آخر منزلا بأرض مثلا، وكان لا يملك المنزل الذي قايض عليه أو زالت ملكيته، كان للمقايض الآخر أن يعتقد بحسن نية أن المقايض الأول يملك المنزل، وبالتالي يتوافر لديه السبب الصحيح الذي يؤدي مع الحيازة لمدة خمس سنوات إلى تملك المنزل⁽¹⁾.

3- رسم مزاد العقار المحجوز عليه :

فهو بمثابة بيع، البائع فيه هو المدين والمشتري هو الراسى عليه المزاد. ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا. فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين، فقد توافر عند الراسى عليه المزاد السبب الصحيح وهو رسم المزاد وحسن النية، وعلى ذلك يجوز أن يملك العقار الذي رسا عليه مزاده بالتقادم المكسب القصير. أما إذا كان الراسى عليه المزاد سييء النية، فإنه لا يملك بالتقادم القصير⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) السنهاورى ص 1488.

(1) محمد على عرفه ص 243 - السنهاورى ص 1489 - عبد المنعم الصده ص 640.

(أ) - "إذا كان الحكم قد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزداد فى بيع الأشياء المحجوز عليها فإن التحدى بحكم المادة 976 من القانون المدنى لا يكون له محل".

(طعن رقم 172 لسنة 23 ق جلسة 1957/5/23)

(ب) - "إذا كان الواقع فى الدعوى أن عقارا رسى مزاده على الطاعنين فنازعهم المطعون عليه فى شأن ملكية جزء منه تأسيسا على أنه يمثل جهة وقف وأن الوقف حصل على حكم ضد المدينة المنزوع ملكيتها قبل تسجيل حكم مرسى المزداد قضى بتبعية جزء من العين المنزوع ملكيتها له، فإن هذا الحكم يكون حجة على الراسى عليه المزداد - ذلك أن الراسى عليهم المزداد بوصفهم خلفا خاصا للمدينة تلقوا عنها الحق بمقتضى مرسى المزداد ويعتبرون ممثلين فى شخص البائعة لهم فى الدعوى المقامة من جهة الوقف ضدها - ولا يحول دون هذا التمثيل إلا أن يكون حكم مرسى المزداد قد سجل قبل صدور الحكم بتبعية جزء من العين لجهة الوقف، ولا عبرة بعد ذلك أن يكون هذا الحكم قد صدر ابتدائيا قبل تسجيل حكم مرسى المزداد - لأن الحجية تثبت للحكم ولو كان ابتدائيا، ولا عبرة بعدم تسجيل جهة الوقف لصحيفة الدعوى ولا بعدم تسجيل الحكم ذلك لأن تمسك الراسى عليهم المزداد بحكم مرسى المزداد - وهو لم يصدر إلا بعد أن قضى بتبعية جزء من العين لجهة الوقف - يعتبر تمسكا بتصرف صادر من غير مالك ولم ينشئ للمتصرف إليهم - وهو المشترون الجدد - أى حق فى الملكية بالنسبة لذلك الجزء إذ التصرف الصادر من غير مالك لا يكسب بمجرد الحق العينى ولا يمكن أن يؤدى إلى كسب الملكية إلا بالتقادم الخمسى إذا توافرت شروطه وأههما الحياة فضلا عن السبب الصحيح وحسن النية".

(طعن رقم 172 لسنة 24 ق جلسة 1959/1/22)

إذا كانت الوصية بعقار معين بالذات، وكان الموصى لا يملك العقار الموصى به، جاز للموصى عليه تملك العقار بالتقادم الخمسى إذا توافر له شرطا الحيابة وحسن النية⁽¹⁾.

5- الهبة:

فالهبة تصرف ناقل للملكية.

6- الوفاء بمقابل.

7- تقديم الشريك عقارا حصة له فى شركة.

8- الأخذ بالشفعة:

يرى بعض الفقهاء أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سببا صحيحا. فلو أن عقار باعه غير مالك لمشتتر حسن النية، فأخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع، فإن الشفيع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعتبارها سببا صحيحا وإلى حسن نيته فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى ما يأتى: (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة، ويدخل فى تركيبها إرادة الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية.

(ثانيا) أن الشفيع يحل محل المشتري فى جميع حقوقه، ومن حق المشتري حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يملك العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير، فكذا الشفيع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير⁽²⁾.

أما العقود الكاشفة للحقوق العينية، فلا تعتبر سندا صحيحا للتملك بالتقادم

(1) محمد لبيب شنب ص 196 - منصور مصطفى منصور ص 422.

(1) السنهورى ص 1490 هامش (2) منصور مصطفى منصور ص 420 - رمضان أبو

السعود ص 454.

الخمسى.

ومن أمثلة ذلك :

(أ) - القسمة الرضائية :

عقد القسمة لا يعتبر بذاته سببا صحيحا لأنه كاشف للحقوق لا ناقل لها. ولكن يعتبر عقد القسمة متما لسبب صحيح هو عقد البيع ومكمل له، بمعنى أنه يجعل وضع يد المشتري على الشيوع بعيدا عن كل إبهام إذ يتمكن المشتري بمقتضاه من وضع يده على المبيع مفرزا محددًا. بشرط أن تحتسب مدة التقادم فى مثل هذا الفرض ابتداء من وقت حصول القسمة مع البائعين للمشتري، لا من الوقت الذى صدر فيه عقد البيع على الشيوع⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا ظهر عجز فيما يختص به أحد الشريكين فى الأطيان، ثم تبين أن هذا العجز يدخل فيما باعه ورثة الشريك الآخر على الشيوع من نصيب مورثهم بمقتضى عقد بيع تلاه عقد قسمة اختص بموجبه المشتري بالأطيان المجاورة لنصيب ذلك الشريك ومن ضمنها المساحة المكملة لنصيبه، ثم رفع هذا الشريك دعوى على المشتري طلب فيها تثبيت ملكيته إلى ما ظهر فى نصيبه من العجز فقضت المحكمة باعتبار المشتري مالكا بالتقادم الخمسى للجزء الذى وجد ناقصا من أرض المدعى بوضع يده عليه من وقت إجراء القسمة بينه وبين البائعين له لغاية رفع الدعوى إذ وضع يده قد توافرت فيه الشروط القانونية وكان يستند إلى سبب صحيح هو عقد القسمة وعقد البيع السابق عليه فإنها لا تكون قد خالفت القانون فى قولها بتوافر السبب الصحيح، ولا يكون فى حكمها تجهيل لهذا السبب. لأن ما قصدته واضح وهو أن عقد البيع الناقل للملكية قد صدر على الشيوع

(2) محمد على عرفه ص 243 - السنهورى ص 1492 - منصور مصطفى منصور

فأكمله وتممه عقد القسمة الذى حدد الأرض المبيعة. واعتبار عقد البيع الصادر للمشتري سببا صحيحا بالنسبة إلى العجز صحيح، لأن الباعين له وإن كانوا ملاكا لما باعوه فإنهم بالنسبة للمقدار الذى أدخلوه فى المبيع من نصيب الشريك يعتبرون بائعين مالا يملكون فيكون عقد البيع الصادر منهم فى ذلك سببا صحيحا فى حكم المادة 76 من القانون المدنى. إلا أنه من الواجب عند اعتبار هذا العقد كذلك أن يفرق بين ما هو داخل فعلا فيه فيعتبر بيعا من غير ماله وضع المشتري عليه يده بحسن نية، وبين ما يكون زائدا على المقدار المبيع فيكون وضع يد المشتري عليه حاصلا بطريق الاغتصاب لا مستندا إلى سبب صحيح فلا يصح أن يملكه المشتري إلا بالتقادم الطويل".

(طعن رقم 145 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/24)

(ب) - عقد الصلح:

لا يصلح عقد الصلح سببا صحيحا لأنه تصرف كاشف. فإذا تنازع شخصان على عقار وتصالحا على اعتباره ملكا لأحدهما، فلا يجوز لهذا أن يستند إلى عقد الصلح باعتباره سببا صحيحا فى مواجهة المالك الحقيقى. لكن إذا أعطى أحد المتصالحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر فى مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها، فإن الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية، ويجوز تملكه بالتقادم الخمسى⁽¹⁾.

(ج) - الأحكام القضائية:

يلحق أيضا بالعقود غير الناقلة للملكية، الأحكام القضائية فهى لا تعتبر أسبابا صحيحة للتملك الخمسى، لأنها كاشفة للحقوق وليست ناقلة لها. فإذا تنازع شخصان على ملكية عقار، فرفع أحدهما دعوى الاستحقاق وحكم لصالحه، ثم

(1) محمد كامل مرسى ص 158 - منصور مصطفى منصور ص 422 - عبد المنعم الصده

تبين بعد ذلك أن العقار مملوك لشخص ثالث، فلا يجوز لمن صدر الحكم لصالحه أن يستند إليه باعتباره سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى⁽¹⁾. وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمة القضائية، فهو لا ينقل الملكية بل يكشف عنها، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير فى نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمة، لم يستطع هذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

نصت الفقرة الأولى من المادة 969 من القانون المدنى الجديد على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات"، كما نصت الفقرة الثالثة منها على أن "السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون" ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائى إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى.

(طعن رقم 223 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/23)

إنما يستثنى من ذلك التصرف المرتب لرهن حيازى عقارى، إذ أن الحق العينى التابعى العقارى ينتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد، فلا يجب فيه القيد إلا لى يكون حجة على الغير (م12 من قانون تنظيم الشهر العقارى)⁽³⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 642 - منصور مصطفى منصور ص 422 وما بعدها - محمد على عرفه ص 243.

(2) السنهورى ص 1494 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 423.

(1) عبد المنعم الصده ص 643.

واشترط تسجيل السبب الصحيح من شأنه أن يجعل كسب الحق بالتقادم الخمسى نادر الوقوع فى الحياة العملية، لأن مكاتب الشهر العقارى لا تقوم بتسجيل التصرف إلا إذا قدمت إليه المستندات المؤيدة لملكية المتصرف⁽¹⁾.

346- الوضع بالنسبة لبعض الفروض للسبب الصحيح:

1- التصرف القانونى الباطل:

ليس للتصرف الباطل وجود قانونى، فهو لا ينتج الآثار المقصودة منه أيا كان سبب البطلان، ولهذا لا تنتقل الملكية أو الحق العينى بموجبه ولو كان مسجلا. ومن ثم لا يصلح سببا صحيحا. ويجوز للمالك أن يتمسك ببطلانه، إذ أن البطلان المطلق يحق لكل ذى مصلحة أن يتمسك به (م 141 مدنى) ومن الواضح أن للمالك مصلحة جدية فى التمسك ببطلان السند الذى يستند إليه الحائز⁽²⁾.

ويستوى أن يكون بطلان التصرف راجعا إلى سبب شكلى أو موضوعى. ومثل التصرف الباطل لعيب شكلى، عقد الهبة الذى يحرر فى عقد عرفى، فهو لا يصلح أن يكون سببا للتملك بالتقادم الخمسى⁽³⁾. أما إذا لجأ المتعاقدان إلى ستر الهبة فى شكل عقد من عقود المعاوضة فيمكن اعتبار العقد الساتر سببا صحيحا متى توافرت صفات هذا العقد وعناصره اللازمة لإتمامه من حيث الظاهر.

وكذلك إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل انقلبت الهبة صحيحة، فإنه يزول أثر هذا البطلان، ويصح اعتبار عقد الهبة سببا صحيحا للاحتجاج به قبل المالك الحقيقى، إذ تنص المادة 489 مدنى على أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل انقلبت الهبة

(2) عبد المنعم الصده ص 644 - منصور مصطفى منصور ص 433.

(3) عبد المنعم الصده ص 644 - عمر وحيد الدين سوار ص 673.

(4) محمد على عرفه ص 245 - محمد كامل مرسى ص 147.

صحيحة.

ومن الأمثلة أيضا الوصية إذا لم تستوف الشكل المطلوب، فإنها تعد باطلة، ولا تصلح سنداً للتملك بالتقادم الخمسى.

ومن أمثلة بطلان التصرف لسبب موضوعى. أن يكون محل العقد وسببه غير مشروعين، كما إذا كان القصد من شراء العقار إدارته للدعارة وكان البائع عالماً بقصد المشتري، إذ يقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للأداب.

وكذلك يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً كل تصرف يقع فى تركة إنسان على قيد الحياة (م 2/131 مدنى) وعقد الهبة الذى يعقده الواهب لخليته إذا كان الباعث على هذا التبرع إيجاد علاقة غير شريفة بينهما⁽¹⁾.

وكذلك عقد البيع الوارد على حقوق متنازع فيها إذا كان المشتري أحد الأشخاص المذكورين فى المادتين 471، 472 من القانون المدنى، إذ أنهما تقرران بطلان البيع الذى يتم بالمخالفة لحكمهما بطلاناً مطلقاً⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"صدور الحكم ببطلان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهاء عديم الأثر ويبنى على ذلك أن صفة الوقف تظل لاحقة بالعقار الموقوف ولم تنزل عنه وبالتالي يكون التصرف الحاصل فيه بالبيع قبل الحكم ببطلان قرار الإنهاء قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يصلح سبباً صحيحاً فى التملك بالتقادم الخمسى".

(طعن رقم 161 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/13)

2- التصرف القانونى القابل للإبطال:

التصرف القابل للإبطال يقع صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ويظل كذلك إلى أن يحكم بإبطاله، فهو من هذا ينقل الملكية أو الحق العينى. ولا يجوز للمالك أن يتمسك

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 409.

(2) محمد على عرفه ص 245.

بهذا الإبطال، لأن الحق في طلب الإبطال لا يثبت إلا للعاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته (م 138 مدنى).

فمن يشتري عقارا من شخص ناقص الأهلية غير مالك يحق له إذا كان حسن النية وحاز العقار لمدة خمس سنوات أن يستند إلى عقد البيع باعتباره سببا صحيحا في تمسكه بالتقادم الخمسى ضد المالك الحقيقى⁽¹⁾.

وكذلك إذا باع شخص عقارا لا يملكه وكان البيع مشوبا بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه فإنه يصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

".... ولهذا يصلح العقد الباطل بطلانا نسبيا، وكذلك 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)

غير أنه إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانونى، فإن هذا التصرف يصبح لا وجود له، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا. على أنه فى هذا الفرض لا يغدو هناك محل للسبب الصحيح، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بإبطال التصرف. وقد يستعمل المالك الحقيقى

(1) ويلاحظ أن ناقص الأهلية يحق له أن يطلب الإبطال مادامت دعواه لم تسقط بالتقادم، حتى لو كان ذلك بعد مضى خمس سنوات من حيازة المشتري للعقار، فلا يستطيع المشتري أن يتمسك ضده بالتقادم الخمسى، لأن هذا التقادم لا يتكفل إلا بالعيب الناجم من عدم ملكية المتصرف، فلا يمتد أثره إلى العيوب الأخرى التى تلحق التصرف، ومن هذا لا يجوز التمسك به إلا فى مواجهة المالك الحقيقى.

دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانوني⁽¹⁾.

3- التصرف القانوني الظني:

التصرف القانوني الظني (putatif titre) هو التصرف الذي لا وجود له في الحقيقة ولكنه متوهم الوجود فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانوني ناقل للملكية مع أن هذا التصرف لا وجود له إلا في مخيلته⁽²⁾، كما لو عهد شخص إلى وكيل له بشراء عقار فيأتيه هذا الوكيل موهما إياه أنه اشترى له عقارا معينا فيضع الموكل يده عليه اعتقادا منه أن وكيله اشترى هذا العقار باسمه.

ومثل ذلك أيضا أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتري حسن النية، ويعين في عقد البيع هذه الأراضى. ثم يضع المشتري يده عليها، ولكن يدخل ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشتري بحسن نية أن عقد البيع قد شملها. فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظني لا وجود له إلا في مخيلة المشتري. ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظني وأن يعتبره سببا صحيحا لتملك الأرض التي لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير⁽³⁾.

(أنظر نقض طعن رقم 18 لسنة 2 ق جلسة 16/6/1932 المنشور سلفا بهذا

البند)

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ 10/5/1902:

بأنه لا يجوز لواضع اليد التمسك بالتقادم الخمسى إذا لم تكن الحدود الواردة في العقد منطبقة على حدود العقار الذى يضع يده عليه أو كانت مساحة هذا العقار تزيد على المساحة الواردة في العقد لأن هذه الزيادة تقوم على سند ظني ولا

(1) السنهاورى ص 1499 وهامش (2).

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 411 - محمد على عرفه ص 244.

(3) السنهاورى ص 1502.

يجوز اكتسابها بمضى المدة الطويلة.

4- التصرف القانوني الصوري؛

يجب التفرقة بين الصورية المطلقة والصورية النسبية، ففي الصورية المطلقة يكون العقد الظاهر لوجود له في الحقيقة وهذا النوع من الصورية لا يصلح لأن يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى لأن العقد منعدم الوجود قانونا. أما الصورية النسبية فإن العقد له وجود قانوني غير أن الطرفين يخفيان حقيقته كتحرير عقد هبة في صورة عقد بيع فالعقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي ويكون الغرض من الصورية عادة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي، وهذا النوع من الصورية يصلح معه العقد الساتر أن يكون سببا صحيحا متى كان هذا العقد مستوفيا لجميع أوضاعه الشكلية بحيث يبدو للمطلع عليه للوهلة الأولى أنه عقد بيع حقيقى.

وقد نتناول الصورية النسبية ركنا أو شرطا في العقد كعقد بيع يذكر فيه الطرفان ثمنا أقل من الثمن الحقيقى لتخفيف رسوم التسجيل أو ثمنا أكبر من الثمن الحقيقى منعا من الأخذ بالشفعة، وهذا النوع من الصورية يصلح معه العقد لأن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى لأن للعقد في هذه الحالة وجودا قانونيا⁽¹⁾.

ويأخذ حكم التصرف الصوري صورية مطلقة العقد المزور، فهو لا وجود له في الحقيقة.

347- التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ؛

إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية معلقا على شرط واقف، فإن هذا الانتقال لا يتم لو أن التصرف صدر من مالك إلا إذا تحقق الشرط، وعليه لا يصلح هذا التصرف سببا صحيحا طالما أن الشرط لم يتحقق. فإذا تحقق الشرط

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 412- رمضان أبو السعود ص 458.

فإن التصرف يعتبر سببا صحيحا من وقت هذا التحقق، فلا تحسب مدة التقادم إلا من هذا الوقت.

ولا مجال هنا لانطباق فكرة الأثر الرجعى للشرط لو أن الحيابة كانت قائمة قبل تحقق الشرط، لأن الحيابة لا تعتبر مستندة إلى سبب صحيح إلا من الوقت الذى يكون الشرط فيه قد تحقق فعلا، أما الحيابة السابقة على ذلك فإنها تكون مقترنة بالتزام الحائز بالرد فى حالة تخلف الشرط، فتكون بذلك حيابة عرضية.

أما إذا كان التصرف القانونى الناقل للملكية معلقا على شرط فاسخ، فمثل هذا التصرف ينقل الملكية لو أنه صدر عن مالك، وبالتالي يصلح لأن يكون سببا صحيحا. فإذا لم يتحقق الشرط اعتبر التصرف سببا صحيحا بصفة نهائية. أما إذا تحقق الشرط فإن التصرف يزول، فينعدم السبب الصحيح ولا يستطيع الحائز التمسك بالتقادم الخمسى، بل عليه أن يرد العقار للمالك الحقيقى إذا استرده بدعوى الاستحقاق⁽¹⁾.

(راجع طعن رقم 18 لسنة 2ق 16/6/1932 منشور ببند 344)

348- رابعا : أن يكون السبب الصحيح مسجلا⁽²⁾:

يشترط أن يكون السبب الصحيح مسجلا، لأن الملكية والحقوق العينية

(1) رمضان أبو السعود ص 458 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 424- عبد المنعم الصده ص 646.

(2) الوضع فى ظل القانون المدنى القديم:

كانت الملكية فى ظل التقنين المدنى القديم تنتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد التراضى، ولم يكن التسجيل إلا أداة للشهر وإعلام الغير بنقل الملكية، دون أن يكون شرطا أساسيا = فى انتقالها. ثم صدر قانون التسجيل فى سنة 1923 ونص فى مادته الأولى على أن الملكية العقارية لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل، ولا يترتب على العقود غير المسجلة من الأثر سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين.

الأخرى لا تنتقل سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل. ومن ثم إذا كان التصرف الصادر من المتصرف إلى المتصرف إليه الحائز غير مسجل فإنه لا يكون من شأنه نقل الملكية إليه لو كان المتصرف مالكا، ومن ثم لا يصلح عقد البيع العرفي غير المسجل مثلا سببا صحيحا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"نصت الفقرة الأولى من المادة 969 من القانون المدنى الجديد على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات، كما نصت الفقرة الثالثة منها على أن "السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون "ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائي إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى وإذ خالف الحكم

وقد انقسم الرأى فيما إذا كان يشترط فى السبب الصحيح أن يكون مسجلا. فذهب رأى إلى أن السبب الصحيح لا يشترط فيه أن يكون مسجلا، وإنما يطلب فيه فحسب أن يكون ثابت التاريخ وذلك بحجة أن التسجيل ليس ركنا فى عقد البيع الذى يتم بإيجاب وقبول، وأن المالك الحقيقى ليس من الغير بالمعنى المقصود فى باب التسجيل. وذهب رأى آخر إلى أن السبب الصحيح يشترط فيه أن يكون مسجلا وذلك بحجة أن السبب الصحيح هو التصرف الناقل للملكية بحيث لا يعيبه سوى كونه صادرا من غير مالك، فإذا كان التصرف لا ينقل الملكية فى ذاته لعدم استيفاء ما يوجب القانون من إجراءات فلا يصح اعتباره سببا صحيحا.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأول إذ قضت بأن:

1- "لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادة التملك بالتقادم الخمسى سواء فيما قبل قانون التسجيل وفيما بعده. أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا".

المطعون فيه هذا النظر، فإن يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 223 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/23)

2- "لما كان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بتملكهم أرض النزاع بالتقادم الخمسى استنادا إلى حيازتهم لها مدة تزيد على خمس سنوات مقترنة بحسن النية ومستندة إلى السبب الصحيح وهو عقد البيع الصادر لمورثيهما، وإذ كانت المادة 76 من التقنين المدنى السابق المقابلة للمادة 969 من التقنين الحالى قد نصت على أن ملكية العقار تكتسب بوضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن النية ومستندة فى ذات الوقت إلى سبب صحيح والسبب الصحيح هو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا، وقد التفت الحكم المطعون فيه عن عقد الطاعنين المؤرخ 1936/9/23 والمسجل لكونه صادرا من غير مالك، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الجوهرى الذى لو حقق لجاز أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى بجعله مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 275 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/8)

3- "المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شرط تملك العقار بالتقادم الخمسى المنصوص عليه بالمادة 969 من القانون المدنى هو وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة فى ذات الوقت إلى سبب صحيح وهو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا. وحسن النية الذى يقتضيه التملك الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا سليما تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية".

(طعن رقم 249 لسنة 50 ق جلسة 1984/1/24)

349- إثبات السبب الصحيح:

يقع على الحائز الذى يتمسك بالتقادم إثبات السبب الصحيح فى التقادم الخمسى، وذلك على خلاف ما سنرى فى خصوص تملك المنقول بالحيازة، حيث يفترض فى حائز المنقول أنه يستند فى حيازته إلى سبب صحيح (م 3/976 مدنى).

ويكون إثبات السبب الصحيح طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات، حيث تجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فى الإثبات إذ زادت قيمة العقار على ألف جنيه، فإذا كانت قيمته تقل عن ذلك جاز الإثبات بالبينة والقرائن. ويجب على الحائز أيضاً أن يثبت أن السبب الصحيح مسجل طبقاً لما يقضى به القانون⁽¹⁾.

ولا يغنى عن إثبات السبب الصحيح ثبوت حسن النية، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الآخر.

(1) السنهورى ص 509 - محمد كامل مرسى ص 178 - عبد المنعم الصده ص 650 - رمضان أبو السعود ص 461 - منصور مصطفى منصور ص 424 وما بعدها - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص 197 وما بعدها فيرى أن القانون افترض وجود السبب الصحيح لدى الحائز عملاً بالمادة 3/976 مدنى، وعلى من يدعى العكس إثبات انتقائه بكافة طرق الإثبات.

(الشرط الرابع) (حسن نية الحائز)

350- المقصود بحسن النية :

اشتترطت الفقرة الأولى من المادة 969 لاكتساب حيازة العقار بالتقادم الخمسى أن تكون حيازة الحائز مقترنة بحسن النية⁽¹⁾.

وقد عرفت محكمة النقض حسن النية بقولها :

حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا باتا حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا كان يشوب ذلك الاعتقاد أدنى شك امتنع حسن النية⁽²⁾.

فحسن النية فى هذا الخصوص يقوم أساسا على اعتقاد الحائز أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العينى على العقار إنما يجب أن يكون هذا الاعتقاد تاما، بحيث إذا ساور الحائز أدنى شك فى هذا الشأن كان سىء النية. وهذا معيار شخصى ينظر فيه إلى مدى ما يقوم فى نفس الحائز من اعتقاد فيما يتعلق بصفة الشخص الذى يتعامل معه. فليست العبرة بما يمكن أن يعتقده الشخص العادى لو أنه وجد فى نفس ظروف الحائز، بل العبرة بما يقوم لدى الحائز نفسه من اعتقاد.

(1) لم يصرح القانون المدنى القديم فى المادة 76 باشتراط حسن نية الحائز كأساس للتملك بالتقادم الخمسى، ومع ذلك فإنه كان من المجمع عليه فقها وقضاء لزوم هذا الشرط لافتراضه بداهة وبدون حاجة إلى التصريح به فى القانون (محمد على عرفه ص 247).

(2) ويتفق هذا التعريف وتعريف الفقه لحسن النية.

فقد عرفه الدكتور محمد كامل مرسى بأنه "اعتقاد المتصرف له وقت التصرف أن من تلقى الحق عنه هو المالك الحقيقى للعين التى نقلها إليه أو أنه صاحب الحق الذى انتقل إليه. فإذا وجد لديه أى شك فى حق مملكه كان سىء النية" ص 182.

وعرفها الدكتور عبد الرزاق السنهورى بأنها "أن يكون الحائز قد اعتقد، وقت تلقيه الملكية أو الحق، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه.. " (ص 1510).

فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق⁽¹⁾.

فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن:

1- "إن سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى مناطه ثبوت علم المشتري وقت الشراء بأن البائع إليه غير مالك لما باعه. فمجرد علم المشتري بعدم نقل تكليف الأطيان المبيعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه لا يكفى فى الدلالة على سوء النية لأنه وحده لا يدل على أن المشتري كان يعلم أنه يشتري من غير مالك إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره فإذا أسس الحكم سوء النية على ذلك كان معيبا وتعين نقضه".

(طعن رقم 33 لسنة 6 ق جلسة 1936/11/5)

2- "حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإن كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية. وحسن النية مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع... إلخ".

(طعن رقم 148 لسنة 16 ق جلسة 1948/1/29)

3- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد اشترط لإمكان التملك بالتقادم الخمسى أن يكون واضع اليد الذى اشتري من غير مالك حسن النية وقت تلقى الحق، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون وليس فيما أورده المادتان 7 و 12 من قانون التسجيل رقم 19 لسنة 1923 ما يغير من هذا النظر".

(طعن رقم 286 لسنة 20 ق جلسة 1953/10/15)

4- "لا يكفى لاستفادة نازع الملكية الذى رسا عليه مزاد العقار المنزوعة ملكيته من التقادم الخمسى تذرعه بجهله حقيقة هذه الملكية أو أن أحدا لم يبين إليه ذلك بل واجبه وهو البحث والاستقصاء وراء هذا البيان وإلا كان تقصيره مما يتعارض مع

(1) عبد المنعم الصده ص 630 - السنهورى ص 1510 - محمد على عرفه ص 248.

حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من تقصيره".

(طعن رقم 433 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

5- "مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه، وإذا كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعهده بتقديم سند الملكية للمشتريين ليس من شأن أيهما أن يؤدي عقلا إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس ثبوت سوء النية على ذلك يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 356 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/30)

5- "سوء النية المانع مع التملك بالتقادم الخمسى مناطه ثبوت علم المشتري وقت الشراء بأن البائع له غير مالك لما باعه فإذا استدل الحكم المطعون فيه على سوء نية الطاعن (المشتري) بأنه كان على صلة بالمالك الحقيقي فى سنوات لاحقة لتاريخ الشراء فإن استدلاله يكون فاسدا إذ يجب أن يثبت سوء نية الحائز وقت الشراء حتى يمتنع عليه التملك بالتقادم الخمسى".

(طعن رقم 85 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/15)

6- "مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 965 من القانون المدنى أنه يشترط لحسن النية أن يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ولا يخالجه أى شك فى هذا، كما يجب ألا يرتكب خطأ جسيما فى جهله بأنه يعتدى على حق الغير".

(طعن رقم 447 لسنة 34 ق جلسة 1968/10/29)

7- "حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم القصير هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا شاب هذا الاعتقاد أدنى شك امتنع حسن النية".

(طعن رقم 403 لسنة 40 ق جلسة 1976/11/23)

8- "المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شرط تملك العقار

بالتقادم الخمسى المنصوص عليه بالمادة 969 من القانون المدنى هو وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانت الحياة مقترنة بحسن نية ومستندة فى ذات الوقت إلى سبب صحيح وهو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا. وحسن النية الذى يقتضيه التملك الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا سليما تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية".

(طعن رقم 249 لسنة 50 ق جلسة 1984/1/24)

9- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة 965 من القانون المدنى والفقرة الثانية من المادة 969 من هذا القانون أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس، وأن مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى هو ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه".

(طعن رقم 224 لسنة 54 ق جلسة 1987/11/26)

10- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا سليما تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية. وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بسبق منازعته للمطعون ضدهما الأولين فى وضع يدهما على أطيان النزاع قبل تلقى حقهما بالعقد بالمسجل..... بتاريخ..... وقدم تدليلا على دفاعه صورة المحضر..... إدارى مركز..... والمتضمن شكواه بتاريخ.... من اغتصاب المطعون ضده الأول لأطيان النزاع، وكذلك صورة رسمية من الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض..... مدنى أبو كبير الجزئية التى أقامها بتاريخ..... على المطعون ضده الأول، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على أن المطعون ضدهما الأول والثانى تملكا أطيان النزاع بالتقادم الخمسى إذ خلت

الأوراق من دليل على منازعة الطاعن لهما فى وضع يدهما عليها، وأنه لم يقدم دليلا على سوء نيتهما، مما يبين منه أنه لم يطلع على المستندات المقدمة من الطاعن ويبحثها ويخضعها لتقديره رغم ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة فى الدعوى بشأن ثبوت حسن النية أو سوءها ، فإنه يكون معيبا بمخالفة الثابت فى الأوراق والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1034 لسنة 58 ق جلسة 1993/6/15)

11- "تملك العقار بالتقادم الخمسى. شرطه. وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية بسبب صحيح وحسن نية. م 969 مدنى. المقصود بحسن النية. اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما أن المتصرف مالك لما تصرف فيه. استخلاص حسن النية وسوءها من سلطة قاضى الموضوع".

(طعنان رقما 4233، 5874 لسنة 65 ق جلسة 1997/12/13)

351- أمثلة لحسن النية وسوءها :

- 1- تتصل البائع من الضمان بشرط صريح فى عقد البيع، إذا اقترن بعدم تناسب الثمن مع قيمة المبيع، يكفى لاعتبار المشتري سىء النية⁽¹⁾.
- 2- علم الحائز وهو يشتري العقار أن ملكية البائع له محل نزاع فى دعوى ملكية أمام القضاء لا يجعله حسن النية، لأن العلم بوجود مثل هذا النزاع ينافى الاعتقاد الأكيد بأن البائع مالك لهذا العقار⁽²⁾.
- 3- إذا كان سند حق المتصرف مشوبا بعيب ينفى وجود هذا الحق أو يمكن أن يؤدي إلى زواله، كما لو كان هذا السند باطلا أو قابلا للإبطال أو الفسخ، أو الرجوع، فإن علم الحائز بهذا العيب يستبعد حسن النية لديه، لأنه ينافى الاعتقاد بأن المتصرف قد توافرت له الملكية بصفة أكيدة. فالمشتري الذى يعلم أن البائع له لم يوف بثمن العقار لمن سبق أن اشتراه منه لا يعتبر حسن النية. فلا يكون له أن

(1) نقض فرنسى 1927/2/15.

(2) استئناف مختلط فى 1916/2/10.

يتمسك بالتقادم الخمسى ضد البائع الأصلي الذى يرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء بالثمن⁽¹⁾.

4- إذا كان الحائز قد أخطأ فيما يتعلق بالقيمة القانونية لسند المتصرف، كما لو كان هذا السند باطلا واعتقد الحائز أنه بحالته هذه ينقل الملكية إلى المتصرف، فإن هذا الاعتقاد ينهض بتوافر حسن النية حيث يستوى لتوافر حسن النية لدى الحائز أن يكون اعتقاده بأن المتصرف مالك راجعا إلى غلط فى الواقع أو غلط فى القانون⁽²⁾.

5- مجرد علم المشتري بعدم نقل الأطيان المبيعة بعقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه، لايكفى للدلالة على سوء النية لأنه وحده لا يدل على أن المشتري كان يعلم أنه اشترى من غير مالك، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره.

(راجع نقض طعن رقم 33 لسنة 6 ق جلسة 1936/11/5 منشور ببند 350)

6- الغلط فى الواقع أو الغلط فى القانون الذى يقع فيه الحائز يجعله حسن النية كما لو تعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسحت أو أبطلت وهو يجهل ذلك. وهذا غلط فى الواقع. وكما لو تعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سوء النية، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر وهذا أيضا غلط فى الواقع ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص سند ملكيته للعقار هبة فى صورة بيع وهو سند عرقى، وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب الثمن للمشتري فيعتقد الحائز أن الهبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية ثم يتبين بعد أن يشتري العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا

(1) عبد المنعم الصده ص 631 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 418.

(2) عبد المنعم الصده ص 634.

هبة مستترة فلا بد من كتابتها فى ورقة رسمية، وهذا غلط فى القانون⁽¹⁾.

352- الوقت الذى يتوافر فيه حسن النية :

تنص الفقرة الثانية من المادة 969 على أن: "ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق".

فحسن النية يجب أن يتوافر عند الحائز فى الوقت الذى كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق. ولما كانت الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالتسجيل، كما أن المشرع أوجب فى الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة تسجيل السبب الصحيح، فإن التسجيل هو الوقت الذى يتلقى فيه الحائز الحق من سلفه، ويترتب على هذا أنه يجب أن يكون الحائز حسن النية فى الوقت الذى يتم فيه تسجيل السبب الصحيح الذى يتخذه أساسا لوضع اليد، ولا عبء بالوقت الذى بدأت فيه الحياة، ومؤدى هذا أنه يجب للتمسك بالتقادم الخمسى المكسب أن يكون الحائز معتقدا وقت تسجيل سنده أن المتصرف مالك للعقار، أو مالك للحق.

وإذا كان سند الحائز وصية فتسجيل الوصية أثناء حياة الموصى لا ينقل الحق إلى الموصى له، وإنما يقع ذلك بعد وفاة الموصى، فيجب إذن أن يكون الموصى له حسن النية وقت وفاة الموصى بمعنى أن يكون معتقدا اعتقادا تاما أن الموصى مالك لما أوصى به، أما إذا سجلت الوصية بعد وفاة الموصى فالعبء بحسن النية وقت تسجيل الوصية لأنه هو الوقت الذى ينتقل فيه الحق للموصى له فيما لو كان الموصى مالكا لما أوصى به⁽²⁾.

أما إذا تعلق الأمر برهن حيازى عقارى فإن الوقت الذى يجب توافر حسن

(1) السنهاورى ص 1512.

(2) استئناف مختلط فى 1916/2/10.

النية فيه هو وقت انعقاد السبب الصحيح، لأن هذا الحق ينتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد، فلا يطلب فيه القيد إلا لكى يكون حجة على الغير (م12 من قانون تنظيم الشهر العقارى)⁽¹⁾.

ويعد شرط حسن النية متوافراً ولو علم الحائز بعد تسجيل سنده وقبل تسلم العقار بأن المتصرف غير مالك⁽²⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أنه فى الحقوق العينية غير الموقوفة، إذا اقترنت الحياة بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات فقط ولا يشترط حسن النية عند بدء الحياة، بل يكفى توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح، فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه فيكفى أن يكون حسن النية حتى لو كان سيئ النية وقت التسليم"⁽³⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا النظر وقضت بأنه "يجب أن يثبت سوء نية الحائز وقت الشراء حتى يتمتع عليه التملك بالتقادم الخمسى".

(نقض طعن رقم 85 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/15)

وعلى ذلك يكفى فى خصوص التقادم الخمسى أن يكون الحائز حسن النية وقت تسجيل سنده، ولا ينال من توافر حسن النية سوء النية الذى يطرأ بعد ذلك فلا يشترط توافر حسن النية عند بدء الحياة ولا أثناء سريان التقادم. فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالك، وكان يعتقد وقت تسجيل البيع أنه تلقى العقار من مالكه الحقيقى، ثم انكشفت له الحقيقة بعد ذلك حيث علم أن البائع لم يكن مالكا للعقار، فإنه يحق له مع ذلك أن يتمسك بالتقادم الخمسى فى مواجهة المالك الحقيقى. وهذه قاعدة رومانية قديمة أخذ بها الشارع الفرنسى ثم أخذ بها الشارع

(1) عبد المنعم الصده ص 634.

(2) السنهورى ص 1517.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 498.

المصرى⁽¹⁾.

353- إثبات حسن النية :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 965 مدنى على أن "حسن النية يفترض دائماً، ما لم يقيم الدليل على العكس".

فالأصل أن يعتبر الحائز حسن النية، فإذا تمسك الحائز بالتقادم الخمسى فلا يكون عليه أن يقيم الدليل على حسن نيته، حيث يقوم هذا الافتراض لصالحه. وإذا ادعى الخصم وهو المالك أو صاحب الحق العينى، أن الحائز كان سىء النية وقت تلقى الحق وقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء. ويجوز له الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

ويستطيع الخصم أن ينقض هذا الافتراض بأن يقيم الدليل على سوء نية الحائز إذا أثبت أحد أمور ثلاثة: فهو يثبت أن الحائز كان يعلم وقت تلقى الحق أن من تصرف إليه غير مالك، أو يثبت أن جهل الحائز لعدم ملكية من تصرف إليه كان ناشئاً عن خطأ جسيم، أو يثبت أن الحائز اغتصب الحيازة بالإكراه. وقد رأينا فيما تقدم القاعدة فيما يتعلق بإثبات تغير صفة الحيازة التى نصت عليها المادة 967 مدنى وهى أن "تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك". وتتفق هذه القاعدة أيضاً مع الأصول العامة التى يتحدد فى ضوءها عبء الإثبات.

فإذا كانت الحيازة قائمة قبل بدء سريان التقادم الخمسى وثبت أنها بسوء نية فإن الحائز حين يتمسك بهذا التقادم لا يفترض توافر حسن النية لديه، بل يتعين عليه حينئذ أن يقيم الدليل على أنه قد طرأ ما يجعله حسن النية، بأن يثبت مثلاً

(1) عبد المنعم الصده ص 635- محمد كامل مرسى ص 193- محمد لبيب شنب ص 230 - رمضان أبو السعود ص 465 - منصور مصطفى منصور ص 428 - محمد وحيد الدين سوار ص 668 - نبيل إبراهيم سعد ص 507 - وعكس ذلك حسام الدين الأهوانى ص 295 فىرى وجوب أن يظل حسن النية قائماً حتى بدء الحيازة.

أنه في أثناء الحيابة اشترى العقار من شخص يعتقد أنه المالك الحقيقي⁽¹⁾. ويقع كثيرا في العمل أن يلجأ المالك الحقيقي في إثبات سوء نية الحائز، إلى سند المتصرف الذي تعامل الحائز على مقتضاه. فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز مادام يعلم، أو كان ينبغي أن يعلم، أنه يتعامل مع غيره⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا ادعى المشتري أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح فلا يحتاج إثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين، بل هذا حائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن، وقد تكون هذه وحدها كافية في الإثبات. فإذا كان من يدعى سوء نية المشتري قد ساق القرائن القائمة في الدعوى الدالة على صحة دعواه وكانت هذه القرائن دالة فعلا على سوء النية، فإنه يكون من القصور أن يكتفى الحكم في رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحالة تدل على أن المشتري حين اشترى كان يعلم أنه يشتري من المالك الحقيقي".

(طعن رقم 62 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/25)

354- تقدير توافر حسن النية من عدمه مسألة موضوعية:

حسن النية مسألة تتعلق بالواقع ولقاضي الموضوع استخلاصها من العقد ومن الظروف التي أحاطته وقت إنشائه ومن كافة ملاسبات الدعوى، إلا أنه يجب أن يكون ما استخلصه من نصوص العقد ومن الظروف الخاصة به مطابقا لتعريف سوء النية المسقط لدعوى اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ولمحكمة النقض حق

(1) عبد المنعم الصده ص 636 - رمضان أبو السعود ص 466 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 1521.

الرقابة على التطبيق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى استخلاص سوء النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقتها للتعريف القانونى لسوء النية".

(طعن رقم 33 لسنة 6 ق جلسة 1936/11/5)

2- "لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها فى الدعوى ومما يستشفه من ظروفها وملابساتها استخلاصا قائما على أسباب مسوغة وكافية لحمل قضائه من عدم استفادة البائع من التقادم الخمسى".

(طعن رقم 433 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/31)

3- "لئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص نية واضع اليد - فى التملك بالتقادم القصير - من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره، إلا أنه يتعين أن يكون استخلاصه قائما على أسباب سائغة وكافية لحمل قضائه".

(طعن رقم 403 لسنة 40 ق جلسة 1976/11/23)

4- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس، وأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها فى الدعوى ومما يستشفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصها سائغا ومستندا إلى وقائع ثابتة بالأوراق.

(طعون 1026، 1130، 1179 س 60 ق جلسة 1992/1/26)

5- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا سليما تاما حين التصرف أن

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 425.

المتصرف مالك لما يتصرف فيه، بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية. وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بسبق منازعته للمطعون ضدهما الأولين في وضع يدهما على أطيان النزاع قبل تلقى حقهما بالعقد المسجل..... بتاريخ..... وقدم تدليلا على دفاعه صورة المحضر.... إدارى مركز.... والمتضمن شكواه بتاريخ..... من اغتصاب المطعون ضده الأول لأطيان النزاع، وكذلك صورة رسمية من الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض.... مدنى أبو كبير الجزئية والتي أقامها بتاريخ..... على المطعون ضده الأول، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على أن المطعون ضدهما الأول والثانى تملكا أطيان النزاع بالتقادم الخمسى إذ خلت الأوراق من دليل على منازعة الطاعن لهما فى وضع يدهما عليها، وأنه لم يقدم دليلا على سوء نيتهما، مما يبين منه أنه لم يطلع على المستندات المقدمة من الطاعن وبيحثها ويخضعها لتقديره رغم ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة فى الدعوى بشأن ثبوت حسن النية أو سوءها، فإنه يكون معيبا بمخالفة الثابت فى الأوراق والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1034 لسنة 58 ق جلسة 1993/6/15)



مادة (970)

فى جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة 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 أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم. ولا يجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً⁽¹⁾.

الشرح

355- كسب حقوق الإرث بالتقادم بمضى ثلاث وثلاثين سنة؛

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "فى جميع الأحوال لا تكتسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة". فهذه المادة تقضى باكتساب حقوق الإرث بالتقادم إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة.

(1) المادة معدلة بالقوانين رقم 147 لسنة 1957، 39 لسنة 1959، 55 لسنة 1970 - ولم يكن لهذه المادة مقابل فى التقنين القديم، ولكن كانت تسرى المادة 375 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

وكانت المادة الأخيرة تنص على أن: "القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها إلا فى الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة".

وهذا النص ينافي المبادئ القانونية العامة لأن (حقوق الإرث) أى (التركة) هى مجموع من المال. وقد رأينا سلفاً أن المجموع من المال لا يقبل الحيابة، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم.

إذن الصحيح هو القول إن حق الإرث أى المطالبة بحق الإرث تسقط بمضى ثلاث وثلاثين سنة، أى يكون التقادم هنا مسقط لا مكسب، وهذا ما كانت تنص عليه المادة 375 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 والتي حلت محلها المادة الثامنة من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والتي تنص فى فقرتها الثانية على أن:

"ولا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق إلا إذا قام عذر حال دون ذلك"⁽¹⁾.
والرأى الذى ذهبنا إليه مع الفقه⁽²⁾، عبرت عنه مذكرة المشروع التمهيدى

(1) منع القاضى من قبول الدعوى ليس مبنياً على بطلان الحق، وإنما هو نهى للقاضى عن السماع، قصد به قطع التزوير والحيل، والمنع بهذه الصورة لا أثر له على أصل الحق، ولا يتصل بموضوعه، وإنما يقتصر حكمه على مجرد قبول الدعوى أو عدم قبولها.
والنص الشرعى يقضى بأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان وإن طاللت المدة، كما أن الأموال المملوكة لا تكسب ملكيتها بوضع اليد عليها مهما امتد فى الزمان.
وعدم قبول الدعوى فيه نهى من المشرع عن سماع الدعوى وعزل القاضى عنه. وهذا النهى لا يسقط حق صاحب الدعوى فى حقه، لأن الفقهاء قالوا إنه عند النهى عن القبول (السماع) يجب على ولى الأمر أن يسمع الدعوى بنفسه أو يأذن غيره بسماعها (المستشار أحمد نصر الجندى التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية 2003 ص 143).

(راجع فى شروط المنع من قبول الدعوى المرجع السابق ص 144 وما بعدها)
(2) السنهورى ص 1384 وما بعدها - محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية الجزء الرابع ص 401 - محمد على عرفه ص 268 وما بعدها.

بقولها:

".... أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة والتقادم هنا مسقط لا مكسب (لذلك يجب حذف "حقوق الإرث" من المادة 1421 وجعل الكلام عنها فى التقادم المكسب "إلا أن أحدا لم ينتبه لما نادت به مذكرة المشروع التمهيدى طوال المراحل التشريعية التى مر بها النص.

أما بالنسبة لأعيان التركة، فليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يمتلك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون⁽¹⁾.

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بان:

1- "ليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب من ورثوا معه ، فهو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يمتلك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون، وهى الظهور و الهدوء والاستمرار ونية التملك. والبحث فى تحقق هذه الشرائط متروك لقاضى الدعوى لتعلقه بالموضوع، ولا شأن لمحكمة النقض والإبرام معه إذا هو قد أقام قضاءه فى ذلك على ما يكفى لتبريره".

(طعن رقم 32 لسنة 10 ق جلسة 1940/10/24)

2- "متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت فى أسباب حكمها أنه لم تكن لمدعى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع فإن فى هذا ما يعتبر ردا ضمنيا على ما يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل وبالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية".

(1) السنهوى ص 1388 وما بعدها - محمد على عرفه ص 268 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 580.

(طعن رقم 128 لسنة 24 ق جلسة 1958/6/24)

3-(أ)- "إنه وإن كانت المادة 970 من القانون المدنى تنص على أنه: "فى جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة". فإن المقصود بذلك أن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط، ولا يجوز سماع الدعوى به بمضى مدة ثلاث وثلاثين سنة لأن التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة فلا يكسب حق الإرث بالتقادم وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية بقولها أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة، والتقادم هنا مسقط لا مكسب لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة 1421 (970 مدنى) وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط". أما بالنسبة لأعيان التركة فليس فى القانون، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ما يحرم على الوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يمتلك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون لما كان ذلك، وكان النزاع فى الدعوى يقوم لا على حق الإرث ولكن على ما يدعيه المطعون عليهما من أنهما تملكا الأرض المتنازع عليها وهى داخلة فى تركة مورث الطرفين بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وقرر الحكم المطعون فيه أن مدة التقادم المكسب هى خمس عشرة سنة، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح".

(ب)- "متى كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليهما - وهما شقيقاه- لم يكتسبا ملكية نصيبه فى أرض النزاع بالتقادم، لأنهما كانا يضعان اليد عليه لحسابه هو لا لحسابهما الخاص ولما كان الحائز لحساب غيره لا يستطيع أن يكسب لحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون عليهما بملكية نصيب الطاعن فى

أرض النزاع بالتقادم وبريعه فى سنتى المطالبة استنادا إلى أنهما وضعاً اليد عليه بنية التملك وأنهما كانا يقومان بتأجيرهم وزراعتهم، دون أن يرد الحكم على دفاع الطاعن سالف الذكر ودون أن يبين المظاهر الدالة على أن وضع يد المطعون عليهما على القدر المذكور كان بنية التملك، ومع أن مجرد قيام المطعون عليهما بتأجير هذه العين أو بزراعتها لا يفيد فى ذاته أن وضع اليد عليها كان لحسابهما الخاص، لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عاره قصور يبطله".

(طعن رقم 597 لسنة 40 ق جلسة 1975/5/13)

4- "النص فى المادة 970 من القانون المدنى على أنه - فى جميع الأحوال تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة يدل وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة على أن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أو لا يجوز سماع الدعوى به بمضى مدة ثلاث وثلاثين سنة لأن التركة مجموع من المال لا يقبل الحياة فلا يكسب حق الإرث بالتقادم وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية فى قولها أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة والتقادم هنا مسقط لا مكسب. أما بالنسبة لأعيان التركة فليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة فيتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون".

(طعن رقم 3347 لسنة 60 ق جلسة 1995/6/21)

356- عدم كسب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم عند صدور القانون

المدنى :

كانت المادة 970 مدنى عند صدور التقنين المدنى تنص على أن: "فى جميع الأحوال لا تكتسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة

مدة ثلاث وثلاثين سنة⁽¹⁾.

(1) ولم يكن لهذه المادة مقابل في التقنين المدني القديم، وإنما كانت تطبق أحكام المادة 375 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقد أوردناها سلفاً.

= وإزاء عدم وجود نص في التقنين المدني القديم حول كسب ملكية الوقف بالتقادم، كان طبيعياً أن يثور الخلاف والجدل حول سريان التقادم على الأعيان الموقوفة.

وقد أصدرت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية في 4 مايو سنة 1929 حكماً قررت فيه أن الحق هو ما استقر عليه القضاء الأهلي والمختلط من أن مدة التقادم في الوقف هي 13 سنة، وأن المدة المقررة بالقانون المدني لاكتساب الملكية بوضع اليد خمس سنوات عند وجود السبب الصحيح أو خمس عشرة سنة عند عدم وجوده. لا شأن لها بالأعيان الموقوفة.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا القضاء إذ ذهبت إلى أن:

1- "مجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية التملك عقب قسمة أجروها بينهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم في الوقف، لا شئ فيهما يمكن قانوناً اعتباره مغيراً لسبب وضع يدهم الذي لا يخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق في الوقف. فإذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف في مدة الثلاث والثلاثين سنة بغير أن يكون في الدعوى ما يصح اعتباره قانوناً أنه قد غير وضع يدهم الأصلي الذي كان هو الوراثة أو الاستحقاق في الوقف فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق المادة 79 من القانون المدني، ويكون حكمها متعين الرفض".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

2- "إن قاعدة الشريعة الإسلامية في الترك الموجب لعدم سماع الدعوى هي ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعيده عليها وإنكار حق مالکها. وهذه القاعدة صاغتها المادة 375 من لائحة المحاكم الشرعية المعمول بها الآن بالنص الآتي: "القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي. وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة".

ومفاد هذا النص أنه يجوز تملك أعيان الوقف بالتقادم سواء كان الوقف أهليا أم خيريا وذلك كسائر الأموال الخاصة. مع اختلاف فى مدة التقادم فهى فى الوقف ثلاث وثلاثين سنة.

والسبب فى إطالة مدة التقادم بالنسبة لأعيان الوقف رغبة المشرع فى حماية أعيان الوقف من ناحية ومسايرة لنص المادة 375 من لائحة ترتيب المحاكم

أما مجرد ترك العين أو إهمالها، مهما يطل الزمن، من غير أن يتعرض لها أحد أو يغتصبها وينكر حق مالکها فيها، فإنه لا يترتب عليه البتة - لا فى الشريعة الإسلامية ولا فى غيره من الشرائع - لاسقوط ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعذر من الإهمال المديد".

= (ب) - "إن مدة وضع اليد المكسبة لملكية الوقف هى ثلاث وثلاثون سنة".

(طعن رقم 35 لسنة 4 ق جلسة 1935/4/18)

3- "ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ثلاث وثلاثين سنة، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده ثلاثا وثلاثين سنة وضعا مستوفيا جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب ملكية العقار بوضع اليد".

(طعن رقم 1 لسنة 5 ق جلسة 1935/10/31)

4- "لما كانت ملكية الوقف - قبل العمل بالقانون المدنى الحالى فى 1949/10/15 - لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال لمدة ثلاث وثلاثين سنة، بل إنها تستمر لجهة الوقف ما لم يكتسبها أحد بوضع يده مدة ثلاث وثلاثين سنة مستوفيا جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب الملكية بوضع اليد وذلك قبل أن يحظر المشرع إطلاقا تملك أعيان الوقف الخيرية بالتقادم بعد تعديل المادة 970 من القانون المدنى بالقانون رقم 147 لسنة 1957 المعمول به من 1957/7/13".

(طعن رقم 2522 لسنة 61 ق جلسة 1996/3/3)

5- "إن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال مدة ثلاث وثلاثين سنة، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده مدة ثلاث وثلاثين سنة وضعا مستوفيا جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب الملكية بوضع اليد".

(طعن رقم 76 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/23)

الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 التي تقضى بأن: "القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها إلا فى الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك"، وهذه المادة قد حل محلها المادة الثامنة من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى نصت فى فقرتها الثانية على أن: "ولا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق إلا إذا قام عذر حال دون ذلك".

وقد ذكرنا سلفاً أن منع القاضى من قبول الدعوى ليس مبنيًا على بطلان الحق، وإنما هو نهى للقاضى عن السماع، قصد به قطع التزوير والحيل، والمنع بهذه الصورة لا أثر له على أصل الحق، ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد قبول الدعوى أو عدم قبولها.

وعدم قبول الدعوى فيه نهى من المشرع عن سماع الدعوى وعزل القاضى عنه. وهذا النهى لا يسقط حق صاحب الدعوى فى حقه، لأن الفقهاء قالوا إنه عند النهى من القبول (السماع) يجب على ولى الأمر أن يسمع الدعوى بنفسه أو يأذن غيره بسماعها.

غير أن الدعوى بها لا تسقط بمجرد الإهمال لمدة ثلاث وثلاثين سنة، بل إنها تستمر لجهة الوقف ما لم يكتسب أحد ملكية الوقف بوضع يده مدة ثلاث وثلاثين سنة مستوفيا جميع الشروط المقررة قانوناً لاكتساب الملكية.

357- كسب ملكية أعيان الوقف الأهلى بوضع اليد لمدة خمس عشرة

سنة ابتداء من 14/9/1952 :

ظل حكم المادة 970 مدنى ساريا، فلا يجوز تملك أعيان الوقف الأهلى والخيرى إلا إذا دامت الحياة ثلاث وثلاثين سنة، إلى أن ألغى الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 (بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات)⁽¹⁾ ابتداء من 1952/9/14.

وبذلك أصبحت أعيان الوقف الأهلى أموالا خاصة، ويجوز بالتالى تملكها أو كسب حق عيى عليها ابتداء من 1952/9/14 بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، ما لم توجد بها حصة شائعة للخيرات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كانت ملكية الأموال الموقوفة لا تكتسب بالتقادم طبقا للمادة 970 من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 المعمول به من 1957/7/13 إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة وإذ جاء القانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات وقضى فى مادتيه الثانية والثالثة بإنهاء كل وقف لا يكون مصرفه خالصا لجهة من جهات البر

(1) فقد نصت المادة الثانية من القانون على أن: "يعتبر منتها كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر. فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات = أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الربع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتها فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات..... إلخ"، كما نصت مادته الثالثة على أن "يصبح ما ينتهى فيه الوقف المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له حق الرجوع فيه. فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل يقرر حصته فى الاستحقاق. وإن كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق.

ويتبع فى تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها فى المواد 36، 37، 38، 99 من القانون رقم 48 لسنة 1946 سالف الذكر "

وأيلولة ملكية الوقف المنتهى إلى الواقف إن كان حيا فإن لم يكن حيا آلت الملكية للمستحقين. ثم صدر القانون رقم 147 لسنة 1957 بتعديل المادة 970 من القانون المدني فجرى نصها على أنه لا يجوز تملك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم. فإن مفاد ذلك أنه فى الفترة السابقة على تعديل المادة 970 من القانون المدني بالقانون رقم 147 لسنة 1957 كانت مدة التقادم اللازمة لاكتساب أموال الأوقاف أو ترتيب حقوق عينية عليها سواء فى ذلك الأوقاف الخيرية أو الأوقاف الأهلية قبل إلغائها بالقانون رقم 180 لسنة 1952 هى ثلاث وثلاثون سنة وذلك إلى أن حظر المشرع إطلاق تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو ترتيب حقوق عينية عليها بالتقادم بعد تعديل المادة 970 من القانون المدني بالقانون رقم 147 لسنة 1957، أما الأوقاف الأهلية المنتهية طبقا للقانون رقم 198 لسنة 1952 فقد أصبحت بموجب أحكامه من الأموال الخاصة ترد عليها الحيازة المؤدية إلى كسب الملكية بالتقادم إذا استمرت مدة خمس عشرة سنة واستوفت أركانها القانونية، شريطة عدم وجود حصة للخيرات شائعة فيها إعمالا لحكم المادة 970 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 147 لسنة 1957 فى هذا الصدد".

(طعن رقم 235 لسنة 54 ق جلسة 1990/3/8)

358- عدم جواز تملك أعيان الوقف الخيري بالتقادم ابتداء من 1957/7/13؛

بتاريخ 1957/7/10 صدر القرار بقانون رقم 147 لسنة 1957⁽¹⁾ ونص فى

(1) بتعديل المادة 970 من القانون المدني بإضافة حكم جديد بعدم جواز تملك الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة كذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب حق عيني

مادته الأولى على أن يستبدل بالمادة 970 من القانون المدنى النص 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 بالتقادم".
 وقد ترتب على ذلك أنه أصبح لا يجوز من تاريخ العمل بهذا القرار بقانون
 بتاريخ 13/7/1957 تملك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها
 بالتقادم.

وقد هدف الشارع من ذلك حماية هذه الأموال حتى تصبح فى مأمن من
 تملكها بالتقادم عن طريق وضع اليد عليها خاصة أنه مهما أحكم الرقابة والإشراف
 على هذه الأموال فإن ذلك لن يمنع الغير من تملكها عن طريق وضع اليد
 عليها⁽¹⁾.

غير أنه ليس لهذا القرار بقانون أثر رجعى ومن ثم فلا تأثير له على الأموال
 التى اكتملت مدة تملكها بالتقادم قبل العمل به.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "نصت المادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقانونين 147 لسنة
 1957 و 39 لسنة 1959 على عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة
 أو الأشخاص الاعتبارية العامة وأموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى
 عليها بالتقادم، كما حظرت التعدى على هذه الأموال وخولت الجهات الإدارية

عليها بالتقادم. وقد عمل به من تاريخ نشره (م2)، وقد نشر بالوقائع المصرية فى 13 يولية
 سنة 1957 العدد 53 مكررا (ج).

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 147 لسنة 1957.

صاحبة الشأن حق إزالة هذا التعدى إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة فإذا كان المطعون ضده المدعى فى دعوى منع التعرض - لم يدع أنه اكتسب ملكية الأرض محل النزاع بالتقادم قبل صدور القانون رقم 147 لسنة 1957 بل إنه أقر فى صحيفة دعواه بأن هذه الأرض مملوكة لمصلحة الأملاك. فإنه يكون لجهة الإدارة أن تصدر بالاستناد إلى تلك المادة قرارا إداريا بإزالة ما وقع على هذه الأرض المملوكة لها من تعد وأن تنفذ هذا القرار بالطريق الإدارى".

(طعن رقم 314 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/7)

2- "كانت المادة 970 من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 تنص على أن الأموال الموقوفة لا تكسب إلا إذا دامت الحياة ثلاثا وثلاثين سنة، ثم نص هذا القانون الأخير والذي عمل به اعتبارا من 1957/7/13 على أنه لا يجوز تملك الأوقاف الخيرية أو أى حق عينى عليها بالتقادم، فإن حياة الطاعة وحياة من سبقها من المشتري منذ سنة 1954 حتى تاريخ صدور حكم لجنة القسمة فى 1966/10/22 بفرض الخيرات لا تؤدى إلى كسب ملكية الأطنان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا الطريق عملا بنص المادة 970 من القانون المدنى معدلة بالقانون رقم 147 لسنة 1957 لوجود حصة لوقف خيرى شائعة فيها".

(طعن رقم 706 لسنة 43 ق جلسة 1979/5/29)

3- "وحيث إن النعى بهذين الوجهين غير منتج، ذلك أن البين من الأوراق أن المطعون عليها استتدت فى طلب طرد الطاعنين من الأطنان محل النزاع إلى أنها اختصت بها ضمن مساحات أخرى بموجب حكم لجنة القسمة الأولى بوزارة الأوقاف الصادر فى 1966/10/22 فى المادة 932 الخاصة بوقف... وإذا أخذ الحكم المطعون فيه بحكم لجنة القسمة المذكور واعتمد عليه فى اعتبار الأطنان محل النزاع من نصيب المطعون عليها بموجب القسمة فقد أضحى واقعا مطروحا

فى الدعوى حصيلة الحكم المطعون فيه وأقام قضاءه عليه، ولما كان الثابت من حكم القسمة المشار إليه أن للخيرات حصة فى وقف..... اختصت من أجلها بمساحة 8 ف و 7 ط و 14 س من الأطيان محل القسمة وكانت المادة 970 من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 تنص على أن الأموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم إلا إذا دامت الحياة ثلاثا وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذى عمل به اعتبارا من 13/7/1957 على أنه لا يجوز تملك الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم فإن حيازة الطاعنين وحيازة من سبقهم من المشتريين حتى صدور قرار لجنة القسمة فى 22/10/1966 بفرز حصة الخيرات فى الوقف لا تؤدى إلى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا السبب عملا بنص المادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقانون 147 سنة 1957 لوجود حصة لوقف خيرى شائعة فيها ولا يقدح فى ذلك أن المادة 843 من القانون المدنى تقضى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوخ، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوخ بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز 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، لما كان ذلك. وكان سند الطاعنين فى 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 21/10/1966 لا تكفى لتملكهم الأطيان محل النزاع بالتقادم الطويل المدة، فإن الحكم المطعون فيه

إذ رفض ادعاءهم عللها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون، لما كان ذلك، وكان لمحكمة النقض أن تستكمل ما قصر الحكم فى بيانه من أحكام القانون وأن تصحح ما وقع فى تقريراته القانونية من خطأ فإن النعى عليه بالوجهين الثانى والثالث من السبب الثانى يكون غير منتج".

(طعن رقم 857 لسنة 44 ق جلسة 1980/6/10)

5- "وحيث إن هذا النعى غير مقبول لوروده على ما استطرد إليه الحكم المطعون فيه تزييدا ويقوم الحكم بدونه، ذلك أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فى قضائه برفض دفاع الطاعنين بادعائهم كسب ملكية الأطيان موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة على أن الوقف الخيرى كان شريكا على الشيوع فى الملكية، الأمر الذى يتمتع معه كنص المادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم 147 لسنة 1957 كسب الملكية بالتقادم قبل إجراء القسمة مما استوجب استبعاده مدة وضع يد الطاعن على أطيان النزاع فى الفترة السابقة على 1966/10/22 تاريخ صدور قرار لجنة القسمة - من المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم الطويل وأن المدة التالية وحتى رفع الدعوى لا تكفى فى كسب الملكية بهذا السبب، وكان فى هذا ما يكفى - وعلى نحو ما جاء بالرد على السبب الثانى - لحمل الحكم المطعون فيه فإن النعى عليه بالخطأ فيما استطرد إليه تزييدا - وأيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير منتج".

(طعن رقم 857 لسنة 44 ق جلسة 1980/6/10)

6- "من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن وضع اليد على أرض الوقف بسبب التحكير وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية بالتقادم مهما كانت مدته ولا يستطيع المحتكر - هو وورثته من بعده - أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة، ولا يجوز له أن يكسب الملكية بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك،

وفى هذه الحالة الأخيرة يجب أن يقترن تغيير نيته بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة الفعلية ويدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه".

(طعن رقم 1415 لسنة 50 ق جلسة 1981/3/24)

7- "وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن مؤدى نص المادة 970 من القانون المدنى - قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 والقانون رقم 55 لسنة 1970 أن ملكية الأموال الموقوفة لا تكتسب بالتقادم إلا إذا دامت الحياة ثلاثا وثلاثين سنة، ثم صدر القانون رقم 147 لسنة 1957 - والذي جرى العمل به اعتبارا من 1957/7/13 بتعديل المادة 970 من القانون المدنى فنص على أنه لا يجوز تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ومفاد ذلك أنه فى الفترة السابقة على تعديل المادة 970 من القانون المدنى بالقانون رقم 147 لسنة 1957 المشار إليه كانت مدة التقادم اللازمة لاكتساب ملكية أموال الأوقاف أو ترتيب حقوق عينية عليها هى ثلاث وثلاثون سنة وذلك إلى أن حظر المشرع إطلاقا تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو ترتيب حقوق عينية عليها بالتقادم بعد تعديل المادة 970 من القانون المدنى بالقانون 147 لسنة 1957، وإذ لم يكن لهذا القانون أثر رجعى فإنه متى كسب الأفراد ملكية تلك الأعيان بالتقادم قبل نفاذه فإنها تبقى مملوكة لهم، ولما كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ثلاث وثلاثين سنة بل إنها تبقى لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده هذه المدة وضع يد مستوف جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب ملكية العقار بوضع اليد، وأن السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم المكسب الخمسى وفقا لنص المادة 969 من القانون المدنى هو سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون ومن ثم فلا تؤدى الحياة

المستتدة إلى عقد بيع غير مسجل إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى. لما كان ما تقدم، وكان المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى موازنة الأدلة وترجيح ما تطمئن إليه منها وإطراح ما عداها والأخذ بتقرير الخبير الذى ندبته متى اقتنعت بكفاية أبحاثه وسلامة الأسس التى أقيم عليها، وهى غير ملزمة بتتبع حجج الخصوم وشتى مناحى دفاعهم والرد استقلالا على كل ما يثيرونه تدليلا على دعواهم إذ فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى الكافى لإسقاط كل ما يخالفها. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى مؤيدا بالحكم المطعون فيه خلص مما اطمأن إليه من أوراق الدعوى ومستنداتها وتقرير الخبير المندوب فيها إلى أن عقار النزاع من أعيان وقف خيرى وأن الطاعن ومن قبله سلفه لم يحزها حيازة مستوفية شرائطها القانونية لكسب ملكيتها وفقا للمادة 970 من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957، كما وأنه لا يجوز تملكها بالتقادم بعد صدور ذلك القانون أيضا فإنه لم يتوافر للطاعن السبب الصحيح الذى يصلح سنداً للتملك بالتقادم الخمسى طبقاً للمادة 969 من ذات القانون، وذلك للأسباب السائغة التى ساقها، ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه، فإنه لا يكون قد أخطأ فى القانون ويكون النعى على غير أساس".

(طعن رقم 2635 لسنة 60 ق جلسة 1994/11/20)

359- حظر تملك الوقف بالتقادم على الواقف والمستحقين

والمحتكر:

لا يستطيع الواقف وذريته، وناظر الوقف والمستحقون فيه والمستأجرون والمستحكرون له وورثتهم مهما تسلسل مورثيهم وطال وضع يدهم بهذه الصفات، أن يملكو الأعيان الموقوفة بالتقادم لأنهم جميعاً حائزون عرضيون لا جدوى

لحيازتهم مهما طال عليها الزمن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن القاعدة التى تقررها المادة 79 من القانون المدنى صريحة فى أن لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

2- "وإن فالواقف الذى هو مستحق للوقف أو ناظر عليه لا يمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتية من قبل أنه منتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف. فحكم المادة 79 من القانون المدنى يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم. ولا يستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

3- "مجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قسمة أجروها بينهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم فى الوقف، لا شىء فيهما يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لا يخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق فى الوقف. فإذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف فى مدة الثلاث والثلاثين سنة بغير أن يكون فى الدعوى ما يصح اعتباره قانونا أنه قد غير الوضع الأصلى الذى كان هو الوراثة أو الاستحقاق فى الوقف فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق المادة 79 من القانون المدنى، ويكون حكمها متعين النقض".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

4- "إن المادة 79 من القانون المدنى صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده

بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن. وحكم هذه المادة يسرى على الواقف المستحق وعلى الناظر على الوقف وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم، فلا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده بما يغير به قانونا".

(طعن رقم 61 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/23)

5- "إن القاعدة التي تقرها المادة 79 من القانون المدني صريحة في أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن. وحكم المادة 79 من القانون المدني يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده".

(طعن رقم 76 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/23)

6- "وحيث إن النعى بهذا الوجه مردود بأنه وإن كانت القواعد الشرعية تقضى بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها من الدوام محبوسة أبداً عن أن يتصرف فيها بأى نوع من التصرفات وبأن الواقف وذريته وناظر الوقف والمستحقين فيه والمستأجرين والمحتكرين له وورثتهم مهما تسلسل توريثهم لا يقبل من أيهم أن يجحد الوقف أو يدعى ملكيته لأنهم جميعاً مدينون له بالوفاء لأبديته إلا أن مناط حظر تملك هؤلاء جميعاً للأعيان الموقوفة - على ما تقضى به قواعد القانون المدني هو أن يظل وضع يدهم بصفاتهم تلك لأن وضع يدهم يكون عندئذ وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية بالتقادم مهما طال أما إذا حصل تغيير صفة وضع يد أيهم تغييراً يزيل عنه صفة الوقتية - ويكون ذلك إما بفعل

الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك كأن يتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر - فإن الحائز ولو كان واقفا وناظرا على الوقف يستطيع بعد تغيير صفة وضع يده على هذا النحو كسب المال الموقوف بالتقادم إذا ما توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملك بالمدة الطويلة ودامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة، وهى المدة المقررة- لكسب الأموال الموقوفة بالتقادم ذلك أن الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد فتمت استوفى وضع اليد الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا للتملك جاز لصاحبه أيا كان التملك ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض أو بالوفاء للوقف لأن التقادم سبب قانونى للتملك لا اعتبارات ترجع إلى وجوب استقرار التعامل ويستطيع غير المالك ولو كان ملتزما بأحد هذين الأمرين أن يملك بهذا السبب لأنه ليس فى القانون ما يحرمه من هذا التملك".

(طعن رقم 125 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/28)

7- "وحيث إن هذا النعى فى شقه الأول صحيح ذلك أن الحكم المطعون فيه بعد أن أورد فى أسبابه القواعد القانونية التى سبق لهذه المحكمة أن قررتها فى شأن تملك الأعيان الموقوفة بالتقادم قال "وحيث إنه بتطبيق القواعد المتقدمة على واقعة الدعوى الحالية يبين أن نية الواقف فى سنة 1906 قد وضحت وضوحا ظاهرا صريحا فى مجابهة جهة الوقف فى شخصه كناظر عليه باعتزامه إنكار ملكية الوقف للعين الموقوفة والاستئثار بها دونه ودليل ذلك قيامه برهن هذا القدر باعتباره ملكا خاصا للبنك العقارى المصرى بموجب عقد الرهن التأمينى المحرر فى 1906/7/4 والمقيدة قائمته فى 1906/7/7 والتى تجدد قيدها فى 1916/5/20 ولا أدل على ذلك أيضا من وضع يد الناظر الذى أقيم بعد وفاة

الواقف على قطعة أرض أخرى على اعتبار أنها الموقوفة ثم وضع ورثة أحمد الألفى غنيم يدهم على أرض النزاع من تاريخ وفاة المورث باعتبار أنها آلت إليهم ميراثا عن والدهم تلقوها عنه كملك لا وقف واختص بها السيد الألفى غنيم ضمن ما اختص به من أعيان التركة بموجب عقد القسمة المؤرخ 1912/3/2 ومسجل فى 1912/3/15 ثم قام برهنها إلى البنك العقارى باعتبارها ملكا له فى 1923/4/7 ثم نزع البنك ملكيتها ورسى مزادها على مورث المستأفنين فى 1937/5/19.

وحيث إنه باحتساب مدد وضع اليد بنية الملك المستوفى شرائطه القانونية وضمها بعضها إلى بعض من يوليه سنة 1906 حتى تاريخ المنازعة فى وضع اليد فى سنة 1943 يتبين أنه مضت أكثر من ثلاث وثلاثين سنة وهى المدة المقررة لاكتساب ملكية الوقف - وما قرره الحكم فى التدليل على تغيير صفة وضع يد الواقف وورثته من بعده تغييرا يؤدى إلى كسبهم العين الموقوفة بالتقادم غير صحيح فى القانون ذلك أن الوقف الذى هو مستحق للوقف وناظر عليه لا يمكن أن يكون وضع يده على العين الموقوفة إلا بصفة وقتية باعتبار أنه منتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف فحكم المادة 79 من القانون المدنى القديم (972 من القانون الحالى) يسرى عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده تغييرا يزيل عنه صفة الوقتية وهذا التغيير لا يكفى فيه مجرد تغيير الحائز نيته بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزعم إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه - والرهن التأمينى الذى لا يتجرد فيه الراهن عن الحياة ولا يقترن بأى مظهر خارجى تتبين منه نية الغصب لا يمكن أن يتم به تغيير صفة الحياة على النحو الذى يتطلبه القانون كما أن مجرد وضع يد أولاد الواقف بعد وفاته على العين الموقوفة

بنية الملك عقب قسمة أجروها فيما بينهم ثم مجرد قيام أحدهم برهن العين الموقوفة رهنا تأمينيا للبنك العقارى ووضع يد الناظر الذى أقيم بعد وفاة الواقف على قطعة أرض أخرى على اعتبار أنها الموقوفة - أى هذه الأمور لا شئ فيها يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يد أولاد الواقف إذ أنه لما كان الثابت أن الواقف إذ وقف العين الموقوفة محل النزاع قد كان هو المستحق لريعتها والناظر عليها طوال حياته فهو إلى أن توفى كان وضع يده وقتيا بسبب الاستحقاق والنظر فأولاده الذين خلفوه فى وضع اليد يكون وضع يدهم بذاته مشوبا بالوقتية كحكم المادة 79 من القانون المدنى القديم. وحتى لو صح أنهم بعد وفاة مورثهم وضعوا يدهم على العين الموقوفة بنية الملك فإن ذلك لا يكفى لكسبهم الملكية مادام أن تغيير نيتهم لم يقترن بفعل ظاهر يجابه حق جهة الوقف - والرهن التأمينى الذى صدر من أحدهم وهو السيد الألفى غنيم شأنه شأن الرهن الصادر من الواقف لا يتم به تغيير صفة الحيازة كما أن وضع يد الناظر الذى خلف الواقف فى النظر على الوقف على عين أخرى باعتبار أنها العين الموقوفة غير ذى دلالة على تغيير صفة وضع يد أولاد الواقف على الوقف لأنه فضلا عن جواز أن يكون وضع اليد هذا قد حصل بطريق الخطأ ليس إلا فإن هذا الأمر على أى حال لا يمكن أن يفيد منه فى الادعاء بتغيير صفة الحيازة إلا صاحبه فأولاد الواقف لا شأن لهم به. وهو لا يعتبر معارضة منهم لحق جهة الوقف فى العين الموقوفة - وإذن فإنه على الأقل إلى تاريخ قيام البنك العقارى بنزع ملكية العين الموقوفة ورسو مزادها على مورث الطاعنين فى 19 من مايو سنة 1937 لا يمكن أن تكون هناك شبهة فى أن وضع اليد كان وقتيا ولا يدخل البتة فى مدة التقادم ولما كان لم يمض من التاريخ المذكور حتى تاريخ رفع الدعوى وهو 29 نوفمبر سنة 1943 مدة الثلاث وثلاثين سنة المقررة لكسب الأموال الموقوفة بالتقادم - فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن مورث الطاعنين قد اكتسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم وأسس على ذلك

قضائه برفض دعوى جهة الوقف بملكيتها لهذه العين وطلب تسليمها إليها يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث ما أثارته الطاعنة فى باقى أوجه الطعن خاصا بوقف سريان التقادم بسبب شغور الوقف من النظر وبسبب تعذر مطالبة الوقف بحقوقه لاجتماع صفتى الناظر والمغتصب فى الوقف".

(طعن رقم 125 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/28)

360 – هل يجوز للوقف أن يملك بالتقادم ؟

للقف بحكم كونه شخصا معنويا الإفادة من حكم المادة 968 مدنى واكتساب ملكية العقارات بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، طالما توافرت شروط تطبيق هذه المادة، ذلك أنه لا يوجد فى القانون ما يمنع الوقف من هذا التملك. فإذا تملك الوقف عقارا أصبح هذا العقار موقوفا دون ما حاجة إلى ضبط حجة شرعية بالوقف⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدى لنص المادة 970 من القانون المدنى قد تضمن فقرة ثانية تجرى على أن: "وليس للوقف أن يكسب حقا بالتقادم" وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى بصدد هذه الفقرة: "ولا يملك الوقف بالتقادم لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية" ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ ليعترك الأمر

(1) السنهاورى ص 1381 وما بعدها- محمد على عرفه ص 352 وما بعدها- عبد المنعم الصده ص 581- المستشار عبد الرحيم على محمد قوانين الوقف ومنازعاته الطبعة الأولى 1999 ص 62 وما بعدها - عكس ذلك محمد كامل مرسى ج4 ص 397 وما بعدها إذ يذهب إلى أن: "... وقرر بعض آخر أن العقار لا يتحول من ملك إلى وقف = بمضى المدة، لأن صفة الوقف لا تترتب للأعيان إلا بعقد من المالك على يد رئيس المحكمة أو من يحيله إليه من القضاة أو الموثقين، وبعد استيفاء إجراءات خاصة فجأة الوقف لا تملك الأعيان الحرة مهما طال وضع يدها عليها ونحن من الرأى الأخير".

للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الوقف - بحكم كونه شخصا اعتباريا - له أن ينتفع بأحكام القانون المدني في خصوص التقادم المكسب للملك، إذ ليس في هذا القانون ما يحرمه من ذلك. وإذا كان التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التي تحت يدها موقوفة وقفا صحيحا ولو لم يحصل به إشهاد".

(طعن رقم 7 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/22)

2- (أ) - "يجوز للوقف أن يتمسك بالتقادم المكسب شأنه في ذلك شأن الأفراد، ذلك أن الحكمة التي أقيم عليها هذا التقادم في القانون المدني هي أن الملك وإن كان لا يزول عن صاحبه بعدم وضع يده عليه مهما طال الترك إلا أن وضع اليد المستوفى للشروط القانونية يعتبر قرينة على شرعية الملك، وهي قرينة قانونية بسيطة يصح دحضها ولكن إذا تطاول عليها الزمن المدة التي حددها القانون ارتفعت إلى مصاف القرائن القاطعة التي لا تقبل نقضا".

(طعن رقم 405 لسنة 21 ق جلسة 1955/3/10)

(ب) - "المدة اللازمة لكي يكتسب الوقف الملك بالتقادم هي خمس عشرة سنة. أما مدة الثلاث والثلاثين سنة فهي التي تلزم للتمسك قبل الوقف باكتساب ملكيته بالتقادم".

(ج) - "لا يمنع الوقف من التمسك بالتقادم المكسب ما نص عليه القانون رقم 48 لسنة 1946 من أنه بعد تاريخ العمل به لا يصح الوقف بإشهاد ذلك أنه ليس ثمة ما يمنع الوقف بعد قيامه من الانتفاع بقرينة التقادم القاطعة التي تعفيه من

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 497.

تقديم سند ملكيته".

(د) - "لوقف أن يضم إلى مدة وضع يده مدة وضع يد سلفه".

(هـ) - "الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لا يؤثر على وضع

يد الوقف ولا يحوز قوة الأمر المقضى بالنسبة إليه".

(و) - "القضاء بالملك لواضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يحتاج

إلى استظهار السبب المشروع الذى يستند إليه فى وضع يده".

(طعن رقم 405 لسنة 21 ق جلسة 1955/3/10)

3- "جرى قضاء محكمة النقض بأن الوقف بحكم كونه شخصا اعتباريا له أن

ينتفع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للتملك إذ ليس فى

القانون ما يحرمه من ذلك ولأن التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية

بأن العين قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كائننا من كان والقول بأن العين

لا تعتبر موقوفة إلا إذا صدر بوقفها إشهاد شرعى، لا محل للتحدى به إلا عند

قيام النزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من جانب واضع اليد عليها".

(طعن رقم 332 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/21)

361- عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة اعتباراً من 13/7/1957 :

رأينا أن القانون رقم 147 لسنة 1957 المعمول به اعتباراً من 13/7/1957 استبدل النص الآتى بالمادة 970 من التقنين المدنى:

"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".

فالأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وهى الأموال المعروفة باسم "الدومين الخاص" والتى تملكها ملكية خاصة شأنها فى ذلك شأن الأفراد تماماً كانت قبل العمل بالقانون 147 لسنة 1957، يجوز تملكها بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة كاملة، شأنها كالأشأن فى الأموال الخاصة.

إلا أن المشرع رأى أن هذه الأموال الخاصة جديرة بالحماية حتى تصبح فى مأمن من تملكها بالتقادم عن طريق وضع اليد عليها خاصة وأن الحكومة والهيئات الاعتبارية مهما أحكمت الرقابة والإشراف على هذه الأموال فإن ذلك لن يمنع الغير من تملكها عن طريق وضع اليد عليها⁽¹⁾. ولذلك نصت المادة 970 فى فقرتها الثانية بعد استبدالها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 على أنه لا يجوز تملك الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى. ولما كان القانون المذكور ليس له ثمة أثر رجعى، فإن حظر التملك لا يسرى على الأموال المذكورة طالما تم تملكها بالتقادم قبل العمل به. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ما

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 147 لسنة 1957.

يأتى:

"وبديهي أن هذا التشريع لا يكون له أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلا من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره".

ومن أمثلة الأموال الخاصة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة ما يأتى:

- 1- العقارات المستولى عليها تنفيذا لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) بالإصلاح الزراعى والعقارات الأخرى التى تسلم إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لتوزيعها على صغار الفلاحين.
- 2- الأراضى البور والأراضى الصحراوية.
- 3- العقارات التى تقيمها الوزارات والمحافظات ووحدات الإدارة المحلية وتتولى بيعها للأفراد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "من الواجب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- توافر نية التملك لمن يبيغ حماية يده بدعوى منع التعرض، وللازم ذلك أن يكون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التى منع الشارع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة 970 من القانون المدنى".

(طعن رقم 468 لسنة 44 ق جلسة 1977/11/9)

- 2- "من المقرر قانونا عملا بالمادة 970 من القانون المدنى أن الأرض المملوكة للدولة ملكية خاصة لا يجوز تملكها أو كسب حق عينى عليها بالتقادم".

(طعن رقم 1737 لسنة 51 ق جلسة 1982/11/21)

- 3- "المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يتعين توافر نية التملك لمن يبيغ حماية يده بدعوى منع التعرض ولازم ذلك أن يكون العقار من العقارات

التي يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة بالدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف الخيرية التي منع المشرع تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقانونين 1957/147 - 1959/39، ومن ثم يتعين على المحكمة فى دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حول ما إذا كان العقار مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم أم لا للوصول إلى ما إذا كانت حيازته جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض لها أم لا دون أن يعتبر ذلك منها تعرضاً لأصل الحق".

(طعن رقم 1080 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/27)

4- "لما كان الشارع قد عرف الأراضى الصحراوية فى نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 143 لسنة 1981 بما ضمنه نص المادة الأولى منه أنها "الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين...." ونص فى المادة الثانية منه على أن "تكون إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام هذا القانون وفقاً للأوضاع والإجراءات المبينة فيما يلى: 1- يصدر وزير الدفاع قراراً بتحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها...." بما مفاده أن الأراضى التى لم تكن على ملك الدولة أو التى خرجت عن ملكها بالتصرف فيها قبل أن يصدر قرار وزير الدفاع بتحديد ما ضمن المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية تضحى غير خاضعة للقيود الواردة على إدارتها واستغلالها والتصرف فيها المنصوص عليها فى المادة سالفة الذكر".

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

5- "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه تكونت بينه وبين المطعون ضده وثالث شركة توصية بسيطة بمقتضى العقد المؤرخ 1989/1/1 الغرض منها بيع المأكولات والمشروبات فى الكشك الذى أقامه

المطعون ضده على قطعة الأرض التى تم تخصيصها له من جهاز مدينة العاشر من رمضان فلا تقبل دعواه بطلب استرداد الحيازة (حيازة الكشك) وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بقبول دعوى الحيازة فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 6142 لسنة 66 ق جلسة 1998/2/24)

6- "من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه لما كان النص فى المادة 88 من القانون المدنى على أنه "تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة"، مؤدى ذلك أن الأموال العامة لا تفقد صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وهذا الانتهاء مالم يصدر به قانون أو قرار، فإنه لا يتحقق إلا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الموال للمنفعة العامة، بمعنى أن ينقطع بالفعل على وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض، وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة، وانتهاء الفعل يجب أن يكون واضحا لا يحتمل لبسا، ولما كان القانون رقم 147 لسنة 1957 المعمول به من 1957/7/13 قد أضاف لنص المادة 970 من القانون المدنى حكما جديدا، يقضى بعدم جواز تلك الأموال الخاصة المملوكة للدولة، أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أنه يشترط لتملك هذه الأراضى بالتقادم المكسب، أن يستمر وضع اليد عليها بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة مدة خمسة عشر عاما، سابقة على 1957/7/13 تاريخ العمل بالقانون 147 لسنة 1957، لما كان ذلك، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بتملكه لأرض التداعى، بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، ومورثه من قبله لمدة تزيد على خمس عشرة سنة، سابقة على صدور القانون 147 لسنة 1957، واستدل على ذلك بما انتهى

إليه الخبير المنتدب فى الدعوى فى تقريره، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يتناول هذا الدفاع الجوهرى، بما يقتضيه من البحث ولم يرد عليه، واجتزأ القول بأن أرض التداعى من أموال الدولة المخصصة للمنفعة العامة، والتي لا يجوز تملكها قبل انتهاء تخصيصها، وهو مالا يواجه دفاع الطاعن، الذى من شأنه - إن صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد شابه القصور فى التسبيب، جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون. بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 820 لسنة 69 ق جلسة 2012/1/2)

7- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك بأن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرى ومؤثراً فى النتيجة التى انتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً فى أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه. وأن النص فى المادة 970 من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم 147 لسنة 1957 على أنه ".... 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 أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم". مؤداه أنه لا يجوز اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون 147 لسنة 1957 تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم إلا أن يكون هذا التملك قد تم أو اكتمل التقادم المكسب له قبل العمل به إذ ليس لهذا القانون أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلاً من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره".

(طعن رقم 4452 لسنة 67 ق جلسة 2012/4/15)

362- حق الوزير المختص فى إزالة التعدى على الأموال الخاصة

للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة:

بتاريخ 1959/2/2 صدر القانون رقم 39 لسنة 1959 بتعديل المادة 970 مدنى سالفه الذكر وأضاف إليها:

"كما لا يجوز التعدى عليها. وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة".

وقد رأى المشرع أنه لما كان حق إصدار القرارات الإدارية هو أسلوب من أساليب الإدارة العامة وحدها تلجأ إليه عند ممارستها لنشاطها، وكان حق تنفيذ هذه القرارات تنفيذا مباشرا دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء هو من امتيازات الإدارة التى لا مثيل لها لدى أشخاص القانون الخاص فى تصرفاتهم، وهو طريق استثنائى محض لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إليه إلا فى حالات محددة على سبيل الحصر إذ الأصل أن تلجأ الإدارة - شأنها فى ذلك شأن الأفراد - إلى القضاء لاستيفاء حقوقها، ولما كان هذا الحق لاصقا بطبيعة عمل الإدارة العامة ولازما لضرورة محافظتها على المرافق التى تشرف وتهيمن عليها مبتغية تحقيق النفع العام، فقد يكون مقبولا أن يناط بالوزير المختص دون غيره إصدار القرارات الإدارية بإزالة التعرض صونا لحقوق الغير وضمانا لهم يحميهم من استعمال هذا الحق بدون أساس يسنده ويؤيده⁽¹⁾.

ولذلك عدل القانون 55 لسنة 1970 المادة 970 مدنى بأن جعل حق إزالة التعدى إداريا للوزير المختص دون غيره.

363- حظر تملك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات

العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما:

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 55 لسنة 1970.

كانت أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما يحوز تملكها بالتقادم، كالأموال الخاصة تماماً. إلا أن القانون رقم 55 لسنة 1970 الذى عدل المادة 970 مدنى والمعمول به من 1970/8/13، أضاف إلى الأموال التى لا يحوز تملكها بالتقادم أو كسب أى حق عينى عليها، أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام وغير التابعة لأيهما.

وقد حدا الشارع إلى ذلك - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور - كثرة حوادث التعدى من الحظرين على أملاك هذه الوحدات ووضع اليد عليها والاضطرار إلى لجوء الشركات للقضاء لرفع دعاوى تثبيت الملكية ضد المعتدين بما يصاحب ذلك من إشكالات لا حصر لها، وهو طريق شاق طويل، خصوصاً وأن هؤلاء المعتدين بوسائلهم وأساليبهم يعمدون إلى اصطناع الدليل لتأييد وضعهم، مما قد يعرض هذه الأموال للضياع.

ولما كان هذا القانون ليس له أثر رجعى، فإنه لا يسرى على التقادم الذى اكتملت مدته قبل العمل به فى 1970/8/13.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص بالفقرة الثانية من المادة 970 من القانون المدنى - بعد تعديلها بالقانون 147 لسنة 1957- على أن "لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم" والنص بذات الفقرة بعد استبدالها بالقانون رقم 55 لسنة 1970 على أن "لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب

أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم" يدل على أن المشرع أراد بالتعديل الأول للفقرة الثانية من المادة 970 من القانون المدني، حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى، إقليمية كانت أو مصلحة حتى تكون تلك الأموال فى مأمن من تملكها بالتقادم، أما أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة أو شركات القطاع العام غير التابعة لأيهما فقد ظلت بمنأى عن هذا الحظر، وظل من الجائز تملكها وكسب أى حق عليها بالتقادم حتى أسبغ عليها المشرع تلك الحماية بالقانون 55 لسنة 1970 والمعمول به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية بتاريخ 1970/8/13، وإذ لم يكن لهذا القانون أثر رجعى فإنه متى كسب الأفراد ملكية تلك الأموال بالتقادم قبل نفاذه، فإنها تبقى مملوكة لهم، وإذ كان ذلك وكان تأميم الشركة المطعون ضدها الأخيرة بقرار رئيس الجمهورية رقم 117 لسنة 1961 بتأميم الشركات والمنشآت ثم إتباعها لمؤسسة عامة لا ينفى عنها شخصيتها الاعتبارية وكيانها المستقل عن شخصية الدولة أو المؤسسة العامة ولا يمس شكلها القانونى الذى كان لها قبل التأميم، فلا تمثل جهازاً إدارياً ولا تعتبر من أشخاص القانون العام، بل تظل رغم ملكية الدولة لها شخصاً من أشخاص القانون الخاص، مما مؤداه أن أموال تلك الشركة كانت مما يجوز تملكه بالتقادم بعد العمل بالقانون رقم 147 لسنة 1957 وإلى أن عمل بالقانون رقم 55 لسنة 1970، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض ما تمسك به الطاعن من أنه تملك أطيان المطعون ضدها الأخيرة بالتقادم الطويل الذى اكتملت مدته قبل العمل بالقانون رقم 55 لسنة 1970، على أساس أن مدة التقادم لم تكتمل للطاعن قبل العمل بالقانون رقم 147 لسنة 1957، حال أن دفاع الطاعن يقوم على أن حيازته وسلفه قد امتدت منذ سنة 1952 وحتى سنة 1973 فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2006/12/10 برفض الدعوى رقم 91 لسنة 26 قضائية "دستورية" التى رفعت بطلب القضاء بعدم دستورية الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 970 مدنى ونشر الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد 51 مكرر (أ) فى 2006/12/24⁽¹⁾.

(1) ونشر الحكم فيما يلى:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 10 ديسمبر سنة 2006م، الموافق 19 من ذى القعدة سنة 1427هـ.

= برئاسة السيد المستشار/ ماهر عبد الواحد..... **رئيس المحكمة**
وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى ومحمد على سيف الدين وماهر سامى يوسف ومحمد خيرى طه والدكتور/ عادل عمر شريف وتهانى محمد الجبالى
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 91 لسنة 26 قضائية "دستورية".
المحالة من محكمة شمال القاهرة الابتدائية (الدائرة 28 مدنى) بالحكم الصادر بجلسة 2003/12/28 فى الدعوى رقم 11250 لسنة 1995 مدنى كلى شمال القاهرة.

المقامة من

رئيس مجلس إدارة والعضو المنتدب لشركة مصر الجديدة للإسكان والتعمير

ضد

أولاً: ورثة المرحوم/ حنفى محمد عبد الرحمن ، وهم:

- 1- السيدة/ فائزة شلبى السيد
- 2- السيد/ أحمد حنفى محمد عبد الرحمن
- 3- السيدة/ سيدة حنفى محمد عبد الرحمن
- 4- السيدة/ مديحة حنفى محمد عبد الرحمن

5- السيدة/ رضا حنفى محمد عبد الرحمن

6- السيدة/ منى حنفى محمد عبد الرحمن

ثانيا: السيدة/ آمال محمد إبراهيم

ثالثا: السيد/ فوزى السيد إسماعيل

الإجراءات

بتاريخ الثامن عشر من إبريل سنة 2004، ورد إلى قلم الكتاب ملف الدعوى رقم 11250 لسنة 1995 مدنى كلى؛ بعد أن قضت محكمة شمال القاهرة الابتدائية بجلستها المعقودة فى 28/12/2003 بوقف الدعوى وإحالتها للمحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (970) من القانون المدنى. =
وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة اختتمتها بطلب الحكم (أصليا) بعدم قبول الدعوى، (واحتياطيا) برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.
ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة؛ وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.
حيث إن الوقائع - على ما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم 11250 لسنة 1995 مدنى كلى، أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية، قبل المدعى عليهم، بطلب الحكم، أولا: ببطلان عقد البيع المؤرخ 17/6/1993 الصادر من مورث المدعى عليهم الأول إلى المدعى عليهما الثانى والثالث والوارد على قطعة الأرض المبينة بالأوراق، وعدم الاعتداد به فى مواجهة الشركة التى يمثلها، ثانيا: بإلزام المدعى عليهما الثانى والثالث وفى مواجهة باقى المدعى عليهم بإخلاء قطعة الأرض سائلة الذكر وتسليمها له بما عليها من مبان مقابل قيمتها مستحقة الإزالة؛ قولا منه بأن الشركة التى يمثلها تمتلك قطعة الأرض محل المنازعة بموجب عقد البيع المشهر برقم 80/ 8339 قلم رهون محكمة مصر المختلطة الصادر من الحكومة المصرية لشركة سكك حديد مصر الكهربائية وواحاحات عين شمس، والتى حلت محلها الشركة الحالية بموجب القانون رقم 285 لسنة 1960 والذى نص على اعتبار أموالها أموالا عامة، إلى أن فوجئت

الشركة المدعية بإنذار من المدعى عليها الثانية بتاريخ 1995/1/28 يفيد قيامها والمدعى عليه الثالث بشراء قطعة الأرض محل النزاع؛ وإذ مازالت الشركة المدعية هي المالكة لتلك القطعة؛ والتي لا يجوز ادعاء ملكيتها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم عملاً بالمادة (970) من القانون المدنى، فقد أقامت تلك الدعوى ابتغاء القضاء لها بطلباتها سائلة البيان، وبصحيفة مؤرخة 2000/2/13 أعلن المدعى عليهم "أولاً" المدعى بدعواهم الفرعية التى ضمنوها طلب الحكم بثبوت ملكيتهم لأرض المنازعة بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وكف منازعة الشركة لهم فيها؛ وذلك استناداً إلى عقد بيع مؤرخ 1960/7/11 يستند بدوره إلى وضع اليد عليها خلفاً عن سلف منذ سنة 1953 وما قبلها. وإذ ثارت لدى محكمة الموضوع - بالنسبة لنص المادة (2/970، 3) من القانون المدنى - شبهة عدم الدستورية، لما ارتأته من

= مخالفة لنصوص المواد (32، 34، 40) من الدستور؛ فقد أصدرت حكمها بوقف الدعوى، وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستوريته.

وحيث إن نص المادة (970) من القانون المدنى - معدلاً بالقانون رقم 55 لسنة 1970 - يجرى فى فقرتيه الثانية والثالثة - المطعون فيهما - على النحو التالى:

2 - "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 أى حق عيني على هذه الأموال بالتقادم.

3- ولا يجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة، وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً".

وقد عمل بهذا التعديل اعتباراً من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية الحاصل فى 1970/8/13.

وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى تأسيساً على أن أموال الشركة المدعية أموال عامة فلا يسرى عليها حكم النص الطعين.

وحيث إن البين من تعقب التطور التشريعى للشكل القانونى للشركة المدعية منذ إنشائها حتى تاريخ رفع دعواها الموضوعية؛ أن شركة مصر الجديدة للإسكان والتعمير هى ذاتها المؤسسة العامة لضاحية مصر الجديدة التى أنشئت أول مرة بقرار رئيس الجمهورية

بالقانون رقم 285 لسنة 1960 الذى أحلها محل شركة سكك حديد مصر الكهربائية وواحاحات عين شمس التى صفيت بحكم هذا القانون؛ ثم وبموجب قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 2907 لسنة 1964 تحولت إلى شركة مساهمة عربية تتبع المؤسسة المصرية العامة للإسكان والتعمير؛ وعدت خلفا عاما للمؤسسة والشركة سالفتى الذكر؛ وتبعا لإلغاء المؤسسات العامة التى لا تباشر نشاطا بذاتها، ومنها المؤسسة المصرية العامة للإسكان والتعمير، بالقانون رقم 111 لسنة 1975 ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام أسندت تبعية شركة مصر الجديدة لوزارة الإسكان والتعمير؛ وبصدور القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته آلت تبعتها لهيئة القطاع العام للإسكان، ثم وبصدور قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم 203 لسنة 1991 وإعمالا له حلت الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام =

= الخاضعة لأحكام القانون رقم 97 لسنة 1983 المشار إليه، كما حلت الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات؛ وطبقا له أضحت الشركة المدعية إحدى شركات قطاع الأعمال العام. متى كان ذلك، وكان المعيار المميز للأموال العامة فى مفهوم المادة (87) من القانون المدنى، هو التخصيص للمنفعة العامة بإحدى الأدوات الواردة بالنص، أو بالفعل، وهو مالا يتوافر بالنسبة لأموال شركة مصر الجديدة، وتكون أموالها أموالا خاصة مملوكة لها. ومن ثم فلا محل لما أثارته الهيئة فى دفعها المتقدم. إذ كان ذلك فإن الدعوى تكون مقبولة، ويتحدد نطاقها وفقا للمصلحة فيها، وما يثيره من انعكاس على الدعوى الموضوعية بنص الفقرة الثانية من المادة (970) من القانون المدنى فى شطرها الثانى عدا ما تعلق منها بالأوقاف الخيرية.

وحيث إن ما تقدم مؤداه أن المشرع قصد بالنص الطعين إضفاء الحماية المقررة للمال العام - فيما يتعلق بحظر اكتساب ملكيته بوضع اليد المدة الطويلة - على المال الخاص المملوك للمشروع العام على اختلاف مسمياته، وعلى تنوع تبعيته، بحسبانه مالا خاصا مملوكا كذلك للدولة؛ وكان هذا التطور من مقتضيات التطبيق الاشتراكى سواء فى طوره الجامد الذى يقوم على التخطيط الشامل، واحتكار الدولة جل أوجه النشاط الاقتصادى تمارسه بواسطة شركات القطاع العام باعتبارها من أهم أجهزة الدولة التى تضطلع بالمسئولية الرئيسية فى تنفيذ خطة التنمية، أم فى طوره المرن الذى يسمح للقطاع الخاص بنصيب معقول فى استثمارات خطة التنمية، وذلك حرصا على هذا المال من الضياع.

وحيث إن الدستور القائم - جريا على نهج سابقه - ينص فى المادة (29) على أن "تخضع الملكية لرقابة الشعب، وتحميها الدولة، وهى ثلاثة أنواع: الملكية العامة، والملكية التعاونية؛ والملكية الخاصة"؛ وفى المادة (30) على أن "الملكية العامة هى ملكية الشعب، وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام، ويقود القطاع العام التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية"، دالا بذلك على اعتباره ملكية القطاع العام شكلا من أشكال الملكية العامة خصتها المادة (33) منه بحماية خاصة بنصها على أن "الملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقا للقانون...."، "بما معناه أنها لا تمس، وأن حمايتها والذود عنها وتقويتها فرض عين على كل مواطن - حاكما كان أم محكوما؛ حين اكتمل بالنسبة للملكية الخاصة بالنص فى المادة (32) منه على أنها تتمثل فى رأس المال غير المستغل، ولها وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى وفى إطار خطة التنمية؛ وفى المادة (34) على أنها مصونة؛ ولا يجوز فرض =

الحراسة عليها إلا بحكم قضائى؛ ولا تنتزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل. وحيث إن مفاد ما ذكر، أن تمييز الملكية العامة من زاوية الحماية الدستورية عما سواها من أنواع الملكية؛ ومن أشكالها طبقا لنص المادة (30) من الدستور - على ما تقدم - ملكية القطاع العام؛ هذا التمييز أمر فرضه الدستور بحكم اختلاف المركز القانونى لأموال شركات القطاع العام عن الأموال الخاصة المملوكة للأفراد؛ فقد صرح الدستور بأن للأولى حرمة، ومن ثم، فهى تتأبى على الاستثناء والانفراد، وفرض على السلطات - فضلا عن كل مواطن - حمايتها ودعمها وفقا للقانون؛ والأمران كلاهما يشكلان طبيعة ذاتية متفردة للملكية العامة تجعل الملكية الخاصة عصية على التكافؤ معها فلا تطاولها ولا ترقى إلى حرمتها؛ مما اقتضى المشرع - فى مجال سلطته التقديرية فى تنظيم الحقوق - حظر تملكها أو كسب أى حق عليها بالنقادم؛ وهو ما يملكه؛ ويغدو الاحتجاج بمخالفة مبدأ المساواة غير قائم على أساس سليم متعينا طرحه جانبا

وحيث إنه متى بات مسلما أن وضع اليد على مال مملوك للقطاع العام، مهما توافر له من هدوء وظهور ووضوح واستمرار، ومهما طالبت مدته؛ لا يؤدى إلى كسب الملكية أو أى حق عينى عليها؛ لأنه والعدم سواء، وكان المعدم لا يولد نباتا؛ فلا مندوحة من التسليم بخروجه من دائرة نص المادة (32) من الدستور؛ فلا ينصرف إليه حكمها؛ ولا تظله بالتالى الحماية المعنية بنص المادة (34) منه.

364- عدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل؛

تنص المادة 37 من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 على أنه: "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة به. ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل".
كما تنص المادة 38 من القانون على أن:

"استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار. ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقا عينيا من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة 32 من هذا

وحيث إنه - وفوق هذا - فإنه لما كان من المقرر، أن الحق العيني الذي يمكن كسبه بالتقادم طبقا للمادة (968) من القانون المدني، يشترط أن يكون قابلا للحيازة؛ وهو ما لا يتوافر بالنسبة للمجموع من المال، ويشمل ذلك المال العام والمال الخاص المملوك للدولة؛ باعتبار كليهما مملوكا للشعب في مجموعه، ومن ثم؛ فإن ما تضمنه النص الطعين من حظر تملك الأموال المملوكة للقطاع العام أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم؛ لا ينطوى على مساس بالحماية المقررة لحق الملكية؛ ما لم تكن هذه الأموال قد تم تملكها فعلا بوضع اليد المدة الطويلة قبل العمل بالقانون رقم 55 لسنة 1970.
وحيث إن النص الطعين، لا يخالف أى حكم آخر من أحكام الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى.

رئيس المحكمة

أمين السر

القانون".

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 1998/8/6 فى القضية رقم 42 لسنة 17 لق "دستورية" والمنشور فى الجريدة الرسمية بالعدد (35) تابع بتاريخ 1998/6/18 " بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العينى الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، ويسقط نص المادة 38 من هذا القانون، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة"⁽¹⁾

(1) وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

= حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعين قد أقاموا الدعوى رقم 381 لسنة 1993 مدنى كلى الفيوم ضد السيدين/ عبد المجيد سعيد عبد الله وأحمد حسن عبد الجواد والسيدة/ عليه عبد التواب قطب، طالبين الحكم بتثبيت ملكيتهم لسبع وعشرين فدانا كائنة بناحية جبلة مركز سنورس، والمبين حدودها ومعالمها فى صحيفة تلك الدعوى، على سند من أنهم حازوها بنية التملك - ومورثهم من قبلهم - مما يكسبهم ملكيتها.

وبجلسة 24 يناير سنة 1995 قضت محكمة الفيوم الابتدائية بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانونى بالنسبة إلى 19 سهم، 13 قيراط، 14 فدان من أطيان التداعى، والمقيدة بالسجل العينى فى ملكية المدعى عليه الأول فى تلك الدعوى، وبتثبيت ملكية المدعين لمساحة قدرها 19 سهم، 13 قيراط، 14 فدان من أطيان التداعى، والمقيدة بالسجل العينى باسم مورثهم، وأقامت قضاها فى ذلك على ما تنص عليه المادة (37) من قانون السجل العينى الصادر بالقرار بقانون رقم 142 لسنة 1964 من أن للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل.

فضلا عن أن المادة (38) من ذات القانون استلزمت لقيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان قانون السجل العينى على القسم المساحى الذى تقع فيه الأرض المطلوب الحكم

بثبوت ملكيتها لواضع اليد عليها، وقد نص قرار وزير العدل على تطبيق نظام السجل العيني على القسم المساحى الكائنة به أرض التداعى وذلك إعتباراً من 1978/11/18. وإذا لم يرتض المدعون الحكم الابتدائى آنف البيان، فقد طعنوا عليه بالاستئناف رقم 269 لسنة 31 قضائية أمام محكمة استئناف بنى سويف (مأمورية استئناف الفيوم)، وأثناء نظره دفعوا بعدم دستورية ما تنص عليه المادة (37) من قانون السجل العيني من عدم جواز التمسك بالتقادم المكسب للملكية على خلاف ما هو ثابت بالسجل العيني. وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفعهم هذا، وصرحت لهم برفع الدعوى الدستورية، فقد أقاموا دعواهم الماثلة وضمنوا صحيفتها طلبهم الحكم بعدم دستورية هذا الحظر وكذلك المادة (38) من قانون السجل العيني.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة -وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية- مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى، وذلك بأن يكون الفصل فى المسائل الدستورية، لازماً للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها؛ وكان المدعون يقولون بأنهم تملكوا عقار النزاع بالتقادم المكسب للملكية، فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة تتوافر بإبطال ما تنص عليه المادة (37) من قانون السجل العيني التى لا تجيز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل.

وحيث إن المادة (38) من قانون هذا السجل، وإن أجازت استثناء من المادة السابقة عليها قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية، إلا أنها تقيد مجال عمل هذا الاستثناء بالدعاوى التى ترفع أو التى يصدر حكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار. ومن ثم يعتبر نص المادة (38) من قانون السجل العيني ساقطاً إذا ما قضى بعدم دستورية قاعدة الحظر التى قررتها الفقرة الثانية من المادة (37) من هذا القانون، تقديراً بأن الاستثناء من قاعدة، يفترض بقاءها، فإذا أبطلتها المحكمة لمخالفتها للدستور، سقط الاستثناء معها.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة (37) من قانون السجل العيني الصادر بالقرار بقانون رقم 142 لسنة 1964 تنص على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة به، وتقضى فقرتها الثانية بأنه لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، بما مؤداه: أن بيانات السجل العيني فى شأن الملكية، لها قوة تؤكد صحتها، ولا يجوز تغييرها إذا كان التقادم سبباً لكسبها.

وحيث إن المدعين ينعون على النص المطعون فيه، مخالفته أحكام المواد (8، 34، 40، 68) من الدستور، وذلك من الأوجه الآتى بيانها: أولها: أن من حاز أراضى فى مناطق لم يشملها السجل العينى، يملكها بالتقادم. فإذا امتد إليها تطبيق هذا القانون، صار تملكها به مستحيلا؛ وفى ذلك إهدار لتكافؤ الفرص.

فضلا عن أن النص المطعون فيه يخل باستقرار أوضاع كثير من المزارعين الذين تملكوا أراضيهم بمقتضى عقود عرفية عزفوا عن تسجيلها، ولا تزال أيديهم متصلة بها من خلال حيازتها. غير أنهم فوجئوا بأن اللجان القائمة على تطبيق قانون السجل العينى لا تدير آذانها لحقوقهم، وأنها تقيد أراضيهم هذه بأسماء ملاكها القدامى أو ورثتهم بزعم أن التقادم لا يجوز أن يناهض بيانا مثبتا بالسجل العينى ثانيها: أن الذين يدعون الملكية بناء على أحد أسباب كسبها غير التقادم، يستطيعون تثبيتها من خلال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى ثم قيدها فى السجل العينى، فإذا كان التقادم سبب كسبها، حيل بينهم وبين =

= إثباتها. وفى ذلك تمييز دون مسوغ بين من يملكون، وتأييد للنزاع حول الملكية ثالثها: - أن القيد الأول بالسجل العينى يستند إلى أعمال وقرارات إدارية وحرمان من تملك بالتقادم من تسجيل ملكيته على سند من مخالفتها للثابت بالسجل، مؤداه: أن تظل هذه الأعمال والقرارات بعيدة عن الرقابة القضائية

وحيث إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية مالم يقيد الدستور بضوابط تحد من إطلاقها، وتقيم لها تخومها التى لا يجوز اقتحامها. وكلما كان هذا التنظيم منتهيا إلى إهدار الحقوق التى تناولها؛ أو مؤديا إلى إرهاب محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها، وبما ينال من مجالاتها الحيوية التى لا تقوم إلا بها، كان مخالفا للدستور.

وحيث إن الدستور يكفل للحقوق التى نص عليها، الحماية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية؛ وكان الأصل فى النصوص القانونية هو ارتباطها عقلا بأهدافها باعتبارها وسائل صاغها المشرع لتحقيقها؛ وكان من المقرر أن الحقوق جميعها لا تنشأ ولا تنتقل إلا من خلال أسبابها التى حددها القانون، فقد صار متعينا أن نستظهر ما إذا كان قانون السجل العينى ملتزما إطارا منطقيا للدائرة التى يعمل فيها، كافلا من خلالها تحقيق الأغراض التى رصد عليها، أم كان بالنصوص التى تضمنها مجاوزا لها.

وحيث إن الشهر - وكلما كان شخصا - لا يحيط بكل صور التعامل التى يكون العقار

محلها، وإنما تسجل الحقوق المشهورة، وفقا لأسماء أصحابها التى قد تختلط فيما بينها بالنظر إلى تشابهها. وكثيرا ما يكون العقار الواحد محلا لأكثر من علاقة قانونية لا يتحد أطرافها، فلا ترصد فى صحيفة واحدة تجمعها؛ وإنما تتفرق مواضعها فى السجل، فلا تسهل معرفتها. كذلك فإن تسجيل الأعمال القانونية التى يكون من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، لا يطهرها من عيوبها كلما كان الشهر شخصا، ولا يحول دون الطعن عليها والنزاع فى شأن صحتها، بما يخل بالحماية الواجبة لكل ذى شأن فيها.

ولا كذلك أن يكون السجل عينيا، متطلبا قيد الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقار الواحد، وكذلك ما اتصل بهذا العقار من الحقوق العينية التبعية، فضلا عن التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية، فى صحيفة واحدة تجمعها، تتضمن وصفا للعقار من حيث أبعاده وحدوده وطبيعته، وما تعلق به من صور التعامل = على اختلافها، وما نشأ أو ارتبط بها من الحقوق العينية وأصحابها، فلا يكون قيد هذه الحقوق فى السجل إلا لإثباتها بصورة مطلقة، ضمانا لاستقرار أوضاعها، وبما يطهرها من عيوبها أيا كان نوعها أو مداها.

وحيث إن القوة المطلقة للقيود التى يثبتها السجل العينى فى صحائفه وفقا لأحكامه، وإن كانت جوهر نظامه، ولا يتصور أن يوجد هذا السجل بدونها، ولو كان هذا القيد قد تم خلافا للحقيقة، إلا أن شرط إجراء القيد - وعلى ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون السجل العينى - هو أن تكون الحقوق العينية التى يثبتها القيد فى صحائفه، قد أنشأتها أو قررتها أسباب كسبها، تقديرا بأن أسبابها هذه، تمثل روافدها التى لا يتصور أن يتجاهلها هذا السجل، شأنها فى ذلك شأن مصادر الحقوق الشخصية.

ولا يجوز بالتالى أن يفصل قيد الحقوق العينية الأصلية عن أسبابها التى رتبها القانون المدنى، وحصرها.

بل إن أسبابها هذه، هى التى يكون الاستيثاق من صحتها سابقا على قيد الحقوق التى أنشأتها أو نقلتها، فلا يكون من شأن السجل العينى تحويل بنيانها، ضمانا لتقيده بالأغراض التى رصد عليها، ولأن القيد فى هذا السجل لا يعتبر ركنا شكليا لا تكتمل بغيره عناصر وجود الحقوق المراد إثباتها فيه، بل تظل لهذه الحقوق -حتى وإن لم تقيد- مقوماتها باعتبار أنها ترتد مباشرة إلى أسبابها التى أنتجتها، وهو ما تؤكد الفقرتان الثانية والثالثة

من المادة (26) من قانون السجل العيني بما قرره من أن الأعمال القانونية التي لا تقيد، لا تزول بكامل آثارها، وإن امتنع الاحتجاج بالحقوق العينية الأصلية التي أنشأتها أو نقلتها أو غيرتها أو أزلتها، سواء في العلاقة بين أطرافها أو على صعيد الأغيار عنها.

وحيث إن الحيازة هي السيطرة المادية على الحق أو الشيء محل الحق من خلال أعمال مادية يأتيتها الحائز ابتداءً أو انتقالاً من الغير، ويستتبعها - ولو كان مغتصباً للحق موضوعها - مع اقترانها بقصد استعمال هذا الحق محددًا على ضوء محتواه. ولا تعتبر الحيازة - باجتماع عنصريهما هذين، وبالنظر إلى طبيعتها - حقًا عينيًا أو شخصيًا، ولا هي بحق أصلاً، ولكنها تنقل الحقوق موضوعها - وعند توافر شرائطها - إلى من يكسبونها بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ بدئها. ولا تعتبر الحيازة بالتالي مجرد قرينة لا يجوز دحضها على أن الحائز صار مالكا للشيء محلها بعد أن حازه المدة التي عينها =

المشرع، ولكنها تتمحض سبباً مباشراً لنقل ملكية الحق موضوعها. والحيازة بذلك تحيل =
الأوضاع الفعلية التي استقر أمرها بعد أن امتد زمنها من خلال التقادم، إلى حقائق قانونية لا تنزع بها الملكية بعد اكتمال الحق فيها، وإنما تخلص لحائز اتصل بها، وظهر عليها أمداً، مباشراً سلطاتها دون اعتراض من مالكيها.

وكان منطقياً أن يقدم المشرع على مصلحته التي أهمل الدفاع عنها ورد من يناهضونها على أعقابهم، مصلحة حائز اطمأن الناس إلى الأوضاع الظاهرة التي بسطها، والتي يقدرون معها أن امتداد زمنها، يقلبها إلى ملكية كاملة، ولو كان مغتصباً للحق فيها.

وحيث إن الحماية التي أطل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تقتصر على الصور التي تظهر الملكية فيها بوصفها الأصل الذي تنفر عنه الحقوق العينية الأصلية جميعها، وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها دون تمييز بينها، باعتبار أن المال حق ذو قيمة مالية، سواء كان هذا الحق شخصياً أو عينياً أو كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية، ذلك أن الحقوق العينية التي يكون العقار محلها، تعتبر مالا عقارياً. أما ما يقع منها على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية - أي كان محلها - فإنها تعد مالا منقولاً وإلى هذه الأموال كلها، تنبسط الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية، فلا تخلص لغير أصحابها.

وحيث إن نظم الشهر على اختلافها - ما كان منها شخصياً أو عينياً - تفترض اشتقاق الحقوق التي تسجلها أو تقيدها في صحائفها، من أسبابها التي حددها المشرع حصراً.

تقديرًا بأن أسبابها هذه هي التي تقيمها وفقا للقانون، حتى ولو كان السجل عينيا؛ وكان ما يقيد في هذا السجل، إما أن يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا؛ وكان كلاهما مصدرا للحقوق العينية يُكسبها وفقا للشروط التي نص عليها القانون؛ فإن استكمالها لشروطها هذه، يظل مناط صحتها.

وما تنص عليه المادة (13) من قانون السجل العيني -والتي يتعلق حكمها بالقيد الأول- من أن الحقوق التي يطلب أصحابها قيدها في السجل استنادا إلى وضع اليد، لا يجوز إثباتها إذا كان في المحررات المشهورة ما يناقضها، يعتبر انفلاتا عن كل منطق.

ذلك أن التصادم، طويلا كان أم قصيرا - وعلى ما تقضى به المادتان (968، 969) من القانون المدني على التوالي - يعتبر سببا ناقلا للملكية من أصحابها فإذا كان طويلا تمحض حيازة استتال زمنها مع اقترانها بقصد استعمال الحق موضوعها. فإن كان =

قصيرا، فإن واقعة الحيازة يظل لها دورها، وإنما ينبغي أن يدعمها حسن نية الحائز، واقتران =
يده على الشيء محلها بما يكون سببا صحيحا وفقا للقانون ويعتبر كذلك كل سند يصدر عن شخص ليس مالكا للشيء والحيازة بالتالي تتناقض بالضرورة حقوق ملكية قائمة مشهر سندها.

وحيث إن القول بأن قانون السجل العيني، يعتبر - بالنصوص التي تضمنها - ملغيا أحكام القانون المدني في شأن الحيازة المكسبة للملكية، مردود أولا: بأن الأصل في النصوص القانونية، هو أن تتحدد مضامينها على ضوء موضوعها، وبمراعاة مقاصدها، وبما لا يُخَرِّجُ عبارة تضمنها النص عن سياقها.

ولا شأن لقانون السجل العيني بمصادر الحقوق العينية الأصلية في غير مجال إثباتها، ومن ثم يبقيا، محصا على ضوئها طبيعة الحقوق التي يراد إثباتها في السجل ونطاقها، متوخيا من رصدها وتحقيق مشروعيتها، أن يحل تدريجيا محل نظام يكون الشهر فيه شخصا، وليس للتسجيل بمقتضاه، ما للقيد في السجل العيني من أثر ومردود ثانيا: بأن تعلق قيد الحقوق العينية في السجل العيني بمجال إثباتها، هو ما تنص عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون هذا السجل، وكذلك الفقرة الأولى من المادة (37) من هذا القانون اللتان تصرحان بأن شهر المحررات مرتبط بإثباتها في السجل وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها في القانون، وأن مؤدى إثباتها فيه، إسباغ قوة مطلقة على بياناتها، فلا تنزع صحتها.

ومردود ثالثاً: بأن إلغاء النصوص القانونية - وعلى ما تقضى به المادة الثانية من القانون المدنى - إما أن يكون صريحاً أو ضمناً. وهو لا يكون ضمناً إلا إذا أعاد المشرع تنظيم موضوعها بما يناقض النصوص التى كان قد قررها فى شأن هذا الموضوع. وبفترض ذلك أن يكون التنظيمان القديم والجديد، دائرين حول المسائل عينها، وأنهما تعامدا بالتالى على محل واحد ولا كذلك القانون المدنى وقانون السجل العينى، ذلك أن أولهما لا يتناول الحقوق العينية إلا على صعيد أسبابها التى تنشئها أو تنقلها، بعد استكمالها لعناصرها. ولا يتصور أن يكون قانون السجل العينى - وباعتباره لاحقاً للقانون المدنى - معدلاً من روافد حقوق لا يعنى بغير إثباتها.

وحيث إن ما تنص عليه المادة (38) من قانون السجل العينى - واستثناء من حكم المادة السابقة عليها- من جواز قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية، إذا رفعت =
الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار؛ مؤداه: أن الحياة فى ذاتها، لا تناقض بالضرورة طبيعة السجل العينى، ولا تحول - بخصائصها ولا بآثارها- دون قيد الحقوق الناشئة عنها؛ وكان القيد وإن تناول أصلاً الحقوق التى يكون سندها تصرفاً قانونياً، إلا أن النصوص التى تضمنها قانون السجل العينى، لا تحول دون قيد الحقوق التى تكون الوفاة -وهى واقعة مادية- مصدراً لها.

وحيث إن مؤدى نص المادة 37 - المطعون فيه - حظر تملك الحقوق العينية الأصلية من خلال قيدها بالسجل العينى إذا كان التقادم سبب كسبها؛ وكانت دستورية النصوص القانونية تقتضى ارتباطها عقلاً بأهدافها بما يقيم علاقة منطقية بين الوسائل وغاياتها؛ وكانت المذكرة الإيضاحية لهذا النص، تراه دارئاً لخطرين، أولهما: ألا يفاجأ من يملكون الحقوق العينية الأصلية المقيدة فى السجل، بآخرين ينازعونهم فيها من خلال اغتصابها عن طريق الحياة. ثانيهما: - أن من يطلبون حقوقاً عينية أصلية يدعون تملكها بالحياة، يطرحون موقفاً يناهض القوة المطلقة التى أثبتتها السجل، فلا يجوز قيدها؛ وكان هذان الخطران متوهمين، ذلك إن الحياة لا تتمحض غصبا فى كل صورها وأحوالها وحتى وإن كانت كذلك، فإن الأوضاع العملية التى تستمد منها، هى التى قلبها المشرع إلى حقائق قانونية يتم التعامل على أساسها، فلا تكون أوضاعها الظاهرة إلا قرين مشروعيتها كذلك فإن التأشير الهامشى، يرد عن الحياة المخاطر التى يدعى اتصالها بها، وبمقتضاه لا تقيد

مما مؤداه جواز اكتساب الغير واضع اليد ملكية العقارات الخاضعة لنظام السجل العيني - أو أى حق عيني أصلى آخر عليها - بالتقادم، ولو كانت مقيدة فى السجل باسم شخص آخر، متى توافرت لهذا الغير الشرائط القانونية لوضع اليد المكسب للملكية.

وهذا ما أوضحته محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 2010/2/25 فى الطعن رقم 2935 لسنة 67 ق جلسة (2010/2/25) إذ ذهبت فيه إلى أن:

"إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ 1998/6/6 فى القضية رقم 42 سنة 17 ق دستورية والمنشور فى الجريدة الرسمية بالعدد رقم 35 تابع بتاريخ 1998/6/18 بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل

الحقوق العينية الأصلية التى تنقلها الحيازة فى السجل العيني، إلا بعد التأشير بدعواها على هامش صحيفة السجل للوحدة العقارية المتعلقة بها، وصدر حكم نهائى بصحتها يرتد أثره إلى تاريخ هذا التأشير فلا يكون التغيير فى السجل بناء على التملك بالتقادم، إلا فى الحدود التى يقوم فيها الدليل عليه نقياً كاملاً.

وحيث إنه متى كان ما تقدم؛ وكان النص المطعون فيه قد أدخل بالحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية؛ ويقيم فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزاً من جهة أسبابها لا يستند إلى أسس موضوعية تقتضيها طبيعة القيد فى السجل العيني؛ وكانت تنمية الدخل القومى وفقاً لنص المادة (23) من الدستور، لا يكفلها من أهمل أعياناً يملكها، أو تركها مواتاً متخلياً عنها؛ وإنما يرعاها من اتصل بهذه الأعيان، وبسط يده عليها لإحيائها واستثمارها؛ فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً أحكام المواد (23، 32، 34، 40) من الدستور.

=

فلهذه الأسباب

=

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة (37) من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، ويسقط نص المادة (38) من هذا القانون، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

العيني الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل وبسقوط نص المادة 38 من هذا القانون، مما مؤداه جواز اكتساب الغير واضع اليد ملكية العقارات الخاضعة لنظام السجل العيني - أو أى حق عيني أصلى آخر عليها - بالتقادم، ولو كانت مقيدة فى السجل باسم شخص آخر، متى توافرت لهذا الغير الشرائط القانونية لوضع اليد المكسب للملكية طبقاً لأحكام القانون المدنى، وصيرورة حقه فى رفع الدعوى بثنيت هذه الملكية - أو بالإقرار بئلك الحقوق العينية - أو حقه فى التمسك بئلك إذا رفعت الدعوى عليه - طليفاً من قيد المواعيد، بعد سقوط نص المادة 38 التى كانت تقضى استثناء من أحكام المادة 37 المحكوم بعدم دستورتيتها بقبول قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية، إذا ما رفعت تلك الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار، وهى المدة التى بانتهائها يبدأ سريان قانون السجل العيني على القسم المساحى الكائن بدائرتة العقار".



مادة (971)

إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين، ما لم يقيم الدليل على العكس.

الشرح

365- قيام الحيازة في وقت سابق، وقيامها حالا قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين؛

إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق، سواء كانت الحيازة للشخص نفسه أو بواسطة سلفه، وكانت الحيازة قائمة حالا فقد جعل القانون من ذلك قرينة على قيام الحيازة في المدة ما بين الزمنين.

فلا يكلف الحائز بإثبات استمرار حيازته فيما بين الزمنين.

ولكن هذه القرينة بسيطة إذ يستطيع من يدعى العكس إثبات ذلك. وهو يجوز

له هذا الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

فإذا كان الحائز يتمسك بأن حيازته دامت خمس سنوات وهي مدة التقادم

المكسب القصير أو دامت خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم المكسب الطويل.

فإنه يكفي إثبات أنه يحوز العين حالا، وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له

في زمن سابق يرجع إلى خمس سنوات أو خمس عشرة سنة من قبل.

ويشترط أن تكون الحيازة في الزمنين مستوفية لكافة شروطها القانونية، أبتكون

حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة.

ويكفي في الاستمرار هنا أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه

المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة وليس من الضروري أن تستمر سنة كاملة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يكفى أن يثبت الحائز التاريخ الذى بدأت فيه حيازته ثم يثبت أنه حائز فى الحال فلا يحتاج بعد ذلك لإثبات أنه استمر حائزا فى المدة ما بين الزمنين، فإن هذا الاستمرار يكون مفروضا حتى يقوم الدليل على العكس. بل إن قيام الحيازة حالا، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم، وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه، وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة بدءا واستمرارا"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 508.

مادة (972)

1- ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده. فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة.

2- ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير.

الشرح

366- الأصل دوام صفة الحيازة العرضية :

العرضية صفة دائمة للحيازة، بمعنى أن الحيازة العرضية تظل محتقظة بصفاتها مهما مضى عليها من زمن. فهى تبقى حتى بعد حلول الميعاد لرد الشئ، بل حتى بعد أن يبطل الالتزام برد الشئ أو ينقضى بالتقادم. وذلك لأن العرضية تأتى من الاعتراف بحق الحائز الحقيقى الذى ينطوى عليه سند الحيازة، وهذا الاعتراف يظل قائماً رغم بطلان الالتزام بالرد أو انقضائه. فإذا استمر المستأجر واضعاً يده على العين المؤجرة بعد بطلان عقد الإيجار أو انتهاء مدته فلا يكون له أن يدعى تملك العين بالتقادم. ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه: "ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده. فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه الحيازة".

ومؤدى هذا أن تحويل الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية لا يكفى فيه مجرد تغيير فى نية الحائز العرضى. فإذا جاء المستأجر يوماً واتجهت إرادته من هذا اليوم إلى أنه يحوز لحساب نفسه وأعلن المؤجر بذلك حتى لو امتنع عن دفع

الأجرة إليه، فإن هذا ليس من شأنه أن يجعل منه حائزاً قانوناً يستطيع أن يكسب ملكية العين المؤجرة بالتقادم، فما دام أن النية الجديدة للحائز، وهى مسألة نفسية، لم تتضح بفعل ظاهر على النحو الذى يتطلبه القانون، فإن الاعتراف بحق الحائز الحقيقى الذى ينطوى عليه سند الحيازة يظل قائماً، ومن ثم تظل الحيازة محتفظة بصفة العرضية⁽¹⁾.

وما يسرى على الحائز العرضى يسرى على ورثته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وضع يد الناظرة، بصفتها ناظرة، على أعيان الوقف مهما طال زمنه لا يكسبها ملكيتها، لأنها لم تضع يدها إلا بصفتها وكيلة عن جهة الوقف، ويد الوكيل لا تؤدى إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها".

(طعن رقم 24 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/31)

2- "إن انفساخ عقد التحكير لعدم دفع الأجرة ثلاث سنين أمر إذا كان الشرعيون قرروه فما ذلك إلا ابتغاء مصلحة الوقف دون مصلحة المحتكر، فالذى يتحدى به هو جهة الوقف إن أرادته، أما المحتكر فلا يقبل منه التحدى بذلك فى صدد تمسكه بتغير صفة وضع اليد الحاصل ابتداء بسبب التحكير، بل مهما انفسخ عقد التحكير للعلة المذكورة فإن صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيرة مثل المحتكر فى ذلك كمثل المستأجر العادى لو كان مقرراً فى عقد التأجير له أن العقد يصبح مفسوخاً حتماً بعدم دفع الأجرة فى مواعيدها، ومهما طال انتفاعه بالعين المؤجرة بغير أن يدفع أجرتها، فإنه لا يستطيع أن يكسب الملكية بوضع اليد".

(طعن رقم 1 لسنة 5 ق جلسة 1935/10/31)

(1) محمد كامل مرسى ص 160 وما بعدها - عبد المنعم الصده 542 وما بعدها.

367- تغيير صفة الحيازة:

تتغير صفة الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية يستطيع بها الحائز أن يكسب ملكية العين بالتقادم، وذلك بتغيير سبب الحيازة، وهذا لا يحدث إلا بأمرين:

(الأمر الأول)

تغيير سبب الحيازة بفعل الغير:

ويكون ذلك بأن يتلقى الحائز العرضي ملكية العين بعقد من العقود الناقلة للملكية سواء بمقابل أو بغير مقابل، كالبيع أو المقايضة أو الهبة، من شخص من الغير يعتقد أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها.

فيشترط ألا يكون المتصرف مالكا، لأنه لو كان مالكا لانتقلت الملكية إلى الحائز.

فهنا يستبدل الحائز العرضي بسنده المؤقت سنداً ناقلاً للملكية بطبيعته، وبذلك يدعم تغيير نيته بعمل ظاهر هو تغيير سنده، فينقلب حائزاً قانونياً⁽¹⁾.

ويذهب رأى فى الفقه، إلى أن أنه لا يشترط أن يكون الحائز العرضي، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقى، فلو كان سىء النية، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك، فإن التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هو أيضاً من صفة حيازته فتتقلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية⁽²⁾.

غير أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى أنه يشترط أن يكون الحائز جادا فيما أقدم عليه من تغيير، وذلك يستلزم بالضرورة أن يكون هو حسن النية. فإذا

(1) محمد على عرفه ص 156 - عبد المنعم الصده ص 544 - منصور مصطفى منصور

ص 386 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 284.

(2) السنهورى ص 1140.

كان سىء النية بأن كان يعلم أنه يتعامل مع غير مالك، فإن ما أقدم عليه يكون تحايلا على القانون الذى يحظر على الحائز أن يغير بنفسه سبب حيازته، ومن ثم فلا يكون له أثر فى تغيير أصل هذه الحيازة⁽¹⁾.

وهذا الشرط يفرضه المنطق القانونى وإن لم يرد به نص إذ لو أجاز للحائز أن يتمسك بتغيير سند حيازته ولو كان سىء النية، لكان معنى ذلك أن نجيز له تغيير صفته بفعلة خفية عن المالك، إذ يستطيع أن يبرم تصرفا ناقلا للملكية مع أى شخص يعرف أنه غير مالك ويستند إلى هذا التصرف للقول بأنه أصبح حائزا حقيقيا، ومن شأن ذلك أن يجعل تغيير الحيازة حاصلا بفعل الحائز ذاته لا بفعل الغير. دون اشتراط أن يتم هذا الفعل فى مواجهة المالك مما يجعل اشتراط هذه المواجهة لغوا لا قيمة له⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الأخير إذ قضت بأن:

(أ) - "إن القاعدة التى تقرها المادة 79 من القانون المدنى صريحة فى أن لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن".

(ب) - "وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة لا يعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير فى هذا السبب يزيل عنه صفته الوقتية. والمفهوم من قواعد التملك بمضى المدة الطويلة ومن باقى الأصول القانونية أن هذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين. أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين عن شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها، أو أن

(1) محمد كامل مرسى ص 167 - عبد المنعم الصده ص 545 - محمد على عرفه ص

157 - محمد لبيب شنب ص 171 - جميل الشرقاوى ص 287 - منصور مصطفى

منصور ص 386.

(2) محمد لبيب شنب ص 172.

يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين. مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية (judiciaire ou extra judiciaire) تدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه وإذن فالواقف الذي هو مستحق للوقف وناظر عليه لا يمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتية من قبل أنه منتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف. فحكم المادة 79 من القانون المدني يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم. ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

والحائز العرضى الذى يستند فى تغيير سبب حيازته إلى عقد صادر من شخص يعتقد أنه المالك للعين، يكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى دائماً، إذ تصبح حيازته مدعمة بحسن النية والسبب الصحيح⁽¹⁾.

كما أن تغيير السند يجب أن يكون مصحوباً بتغيير سلوك الحائز أيضاً، بحيث يكون مطابقاً لسنده الناقل للملكية، فإذا كان الحائز العرضى مستأجراً، وجب عليه الامتناع بعد أن تلقى التصرف عن دفع الأجرة إلى المؤجر، وإلا أصبحت حيازته مشوبة بالغموض الهادم لنية التملك⁽²⁾.

إلا أنه لا يشترط أن يعلن الحائز العرضى سنده الجديد إلى المالك الحقيقى

(الأمر الثانى)

تغيير سبب الحيازة بفعل الحائز:

تتغير الحيازة بفعل الحائز، بأن يجابه الحائز العرضى مالك العين مجابهة

(1) محمد على عرفه ص 157.

(2) محمد كامل مرسى ص 167 - عبد المنعم الصده ص 545.

ظاهرة بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على إنكاره الملكية على هذا المالك والاستئثار بها دونه.

فلا يكفي في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضي لحق المالك وإعلانه ذلك على جمع من الناس، بل يجب أن يعارض الحائز العرضي حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين يدعيها الحائز لنفسه وينكر عليه المالك ذلك.

ولا يتطلب القانون شكلا خاصا لمعارضة حق المالك. فقد يتخذ النزاع بين المالك والحائز شكلا قضائيا، كأن يرفع المالك دعوى يطالب فيها المستأجر برد العين المؤجرة أو بدفع الأجرة، فيرفض المستأجر إجابة هذا الطلب مدعيا أنه المالك.

ولكن لا يتحتم أن يكون هناك نزاع قضائي فقد تكون المعارضة عن طريق إعلان يوجهه الحائز إلى المالك كأن يوجه المستأجر إلى المؤجر إعلانا يبلغه فيه ادعاءه أنه المالك، وأنه لذلك سوف يمتنع عن دفع الأجرة في المستقبل أو يعلن الحائز ادعاءه بإقرار رسمي أو غير رسمي يبلغه للمالك وقد تكون معارضة الحائز للمالك بأعمال مادية، كأن يشرع المؤجر في استرداد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار فيمنعه المستأجر من ذلك بالقوة مدعيا أنه المالك. أو كأن يهيم المالك بالدخول في حيازة العقار فيمنعه المستأجر بالقوة لا استنادا إلى حقه كمستأجر، بل بدعوى أنه هو المالك لهذا العقار.

والملاحظ هنا أن الحائز - بعكس الأمر السابق - لا يغير سند حيازته بآخر ولكنه يهدر هذا السند كلية، فيقلب غاصبا لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل، كما أنه لا يملك المنقول ولا الثمار اللذين يقتضى تملكهما أن يكون الحائز حسن النية⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 168 - محمد على عرفه ص 158 - عبد المنعم الصده ص

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة (79) من القانون المدني صريحة في أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتي معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن. وحكم هذه المادة يسرى على الواقف المستحق وعلى الناظر على الوقف وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم، ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر".

(طعن رقم 76 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/23)

2- "إن تغيير الصفة في وضع اليد لا يكون إلا بعمل مادي أو قضائي مجابه لصاحبه. وإذن فإذا باع المحتكر العين دون أن يشير في العقد إلى أنها محررة فذلك لا يعد تغييرا في الصفة لأنه لم يحصل في مواجهة الوقف".

(طعن رقم 63 لسنة 11 ق جلسة 1942/5/14)

3- (أ) - "إن ما تقضى به المادة 339 من القانون المدني (القديم) من بطلان عقد البيع الوفاي إذا كان مقصودا به إخفاء رهن لا أثر له على وضع اليد المذكور ولا يترتب عليه تغيير سببه وجعله بنية التملك متى كان هذا السبب معلوما وهو الرهن، أما الاعتراض بأن المادة تقضى ببطلان العقد سواء باعتباره بيعا أو رهنا مما ينفي أن يكون الرهن هو سبب وضع اليد على العين فلا يبقى إلا الغصب بنية التملك. هذا الاعتراض مردود بأن العبرة هي بما اتفق عليه المتعاقدان بصرف النظر عما يترتب القانون من أثر ببطلان العقد باعتباره رهنا".

(ب) - "لا يغير ذلك أن يكون وضع يد المشتري وفاء على العقار المتنازع عليه كان بموجب محضر تسليم نفاذا لحكم صادر في الدعوى التي رفعها والقاضي بفسخ عقد الإيجار الصادر منه إلى البائع والتسليم، متى كان أساس هذا

الحكم هو عقد الإيجار المبنى على عقد البيع الوفاى الذى قضى ببطلانه. ومن ثم فإنه يكون غير صحيح فى القانون ما قررته المحكمة من أن المشتري وفاء جابه البائع بنية التملك فى الدعوى المشار إليها كما يكون وضع يد المشتري على العقار موضوع الدعوى غير مقترن منذ بدايته بنية التملك وإنما هو وضع يد عارض بسبب الرهن ولا يكسبه الملكية مهما طال الزمن وفقاً للمادة 79 من القانون المدنى (القديم) ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب البائع تسليم العين موضوع الدعوى قد أخطأ فى تطبيق القانون وبتعين نقضه".

(طعن رقم 176 لسنة 20 ق جلسة 1952/10/16)

3- "لا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزع إنكار الملكية على صاحبها واستثنائه بها دونه، فإذا كان الرهن التأمينى الذى لا يتجرد فيه الراهن عن الحياة ولا يقترن بأى مظهر خارجى يتبين منه نية الغصب لا يتم به تغيير صفة الحياة فى التقادم المكسب على النحو الذى يتطلبه القانون كما أن وضع يد الواقف المستحق فى الوقف والناظر عليه حتى وفاته وضع يد وقتى وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقتية ولو كان بنية التملك ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لا يتم به تغيير الحياة إذ هو لا يتضمن مجابته حق جهة الوقف بفعل إيجابى ظاهر".

(طعن رقم 125 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/28)

4- "من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه لا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزع إنكار الملكية على صاحبها واستثنائه بها دونه".

(طعن رقم 49 لسنة 35 ق جلسة 1969/2/4)

5- (أ) - "من المقرر في ظل القانون المدني السابق أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلاً لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما، لأن هذه المخالطة ليست عيباً في ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا استطاع الشريك في العقار الشائع أن يحوز حصة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم".

(ب) - "يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهيأة من حائز بسبب وقتي معلوم إلى حائز بقصد التملك، إذا جابه هذا الحائز باقي الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع في التملك".

(طعن رقم 127 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/19)

6- "متى كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليهما - وهما شقيقاه لم يكتسبا ملكية نصيبه في أرض النزاع بالتقادم، لأنهما كانا يضعان اليد عليه لحسابه هو لا لحسابهما الخاص، ولما كان الحائز لحساب غيره لا يستطيع أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة. وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون عليهما بملكيتهما نصيب الطاعن في أرض النزاع بالتقادم وبريعه في سنتي المطالبة استناداً إلى أنهما وضعاً اليد عليه بنية التملك وأنهما كانا يقومان بتأجيريه وزراعته، دون أن يرد الحكم على دفاع الطاعن سالف الذكر ودون أن يبين المظاهر الدالة على أن وضع يد المطعون عليها على القدر المذكور كان بنية التملك، ومع أن مجرد قيام المطعون عليهما

بتأجير هذه العين أو بزراعتها لا يفيد فى ذاته أن وضع اليد عليها كان لحسابهما الخاص، لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عابه قصور يبطله".

(طعن رقم 597 لسنة 40 ق جلسة 1975/5/13)

7- "وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية، وهذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين، أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه يزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه، وهو ما تقضى به المادة 2/972 من القانون المدنى".

(طعن رقم 403 لسنة 40 ق جلسة 1976/11/23)

8- "تغيير سبب الحيازة لا يكون - وعلى ما تقضى به المادة 2/972 من القانون المدنى وما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا بإحدى اثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة بصفة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه".

(طعن رقم 455 لسنة 49 ق جلسة 1980/2/21)

9- "تغيير سبب وضع اليد لا يكون وعلى ما تقضى به المادة 972 من القانون المدنى إلا بإحدى اثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملكية العين من شخص من الأغيار يعتقد أنه هو المالك أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه، وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو إنما

يقع على عاتق الحائز العرضى".

(طعن رقم 579 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/6)

10- "الحائز العرضى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، وتقدير الأدلة فى المنازعات الخاصة بتغيير صفة وضع اليد هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع".

(طعن رقم 47 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/7)

11- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- السلطة المطلقة فى التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية، وهى أن تكون مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة وظاهرة إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة ومستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلصت إليها، وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الموضوع - ووفق طلباتها الختامية - بأن حيازة سلف المطعون ضده للمنزل - المقام على الأرض المملوكة لها - كانت عرضية، إذ كان عاملاً لديها، ودلت على ذلك بشهادة صادرة من التأمينات الاجتماعية، وكان مؤدى هذا الدفاع أن حيازة السلف لعقار النزاع كانت بسبب وقتى معلوم، وكان الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته - على ما نقضى به المادة 2/972 من القانون المدنى إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفى فى تغيير صفة وضع يده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى - ماضى أو قضائى - يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل دلالة

جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزعم إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه، وعبداء إثبات تغيير سبب الحياة - على هذا النحو - إنما يقع على عاتق الحائز العرضي، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بقوله أنه على فرض صحته، فقد حاز المطعون ضده المنزل لما يقارب العشرين عاماً - بعد وفاة مورثه - دون أن تربطه بالطاعة ما يحملها على التسامح في وضع يده، مما عده الحكم مجابهة صريحة منه لها وإنكاراً لمليتها، ورتب على ذلك رفض دعاوها بطرده وتثبيت ملكيته للعقار، وكان هذا الذي أورده الحكم لا يصلح رداً على دفاع الطاعة، ذلك أن انتقال الحياة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيراً للسبب لأن الحياة إنما تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذي يخلف مورثه في التزامه بالرد عند انتهاء السبب الوقتي لحيازته العرضية. ولا تكون للوارث حياة مستقلة مهما طال الزمن، ولو كان يجهل أصلها أو سببها مالم تصحبه مجابهة صريحة ظاهرة للمالك، وكانت إقامة المطعون ضده - بعد وفاة مورثه بمنزل النزاع - مهما استطالت - لا تعد بمجرد تغييرا لسبب الحياة الوقتي الذي تمسكت الطاعة بانتقاله إليه، هذا إلى أن الحكم الابتدائي - المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه - قد استخلص من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير توافر نية التملك لدى مورث المطعون ضده، على الرغم من خلوها مما يفيد توافر هذه النية، بما يعيب الحكم - فضلاً عن الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون - بمخالفة الثابت بالأوراق، مما يعيبه ويوجب نقضه - دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن - على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 3050 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/10)

12- "الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك ولا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل

يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابي ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزعم إنكار الملكية على صاحبها واستثنائه بها دونه".

(طعن رقم 1578 لسنة 51 ق جلسة 1987/12/30)

368- ما لا يعد تغييراً للحيازة بفعل الحائز :

لا يعد تغييراً للحيازة بفعل الحائز ومعارضة منه لحق المالك ما يأتي:

1- استخراج نائب الحائز ترخيصاً لإدارة ماكينة باسم النائب وشريكه دون باقى إخوته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كانت الصفة العرضية لحيازة.... النائب عن الطاعنين بعمل مادي أو قضائي يدل على إنكار ملكيتهما لحصتهما فى الماكينة واستثنائه بها دونهما، وكان استخراج ترخيص لإدارة الماكينة باسم هذا النائب وشريكه دون باقى إخوته لا يعتبر بذاته تغييراً لصفة الحيازة ولا يتحقق معنى المعارضة لحق الطاعنين بالمعنى المقصود قانوناً فى هذا الصدد، فإن الحكم يكون معيباً بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم 259 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/4)

2- قيام واضع اليد بطريق النيابة عن غيره بهدم المباني المقامة فى العين وإقامتها من جديد. طالما أنه لم يجابه المالك مجابهة ظاهرة بما يشعره بمعارضة حقه⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد على عرفه ص 158.

"قيام واضع اليد بطريق النيابة عن غيره بهدم المبانى المقامة فى العين وإقامتها من جديد لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يده ومجابهة للمالك بالسبب الجديد ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن".

(طعن رقم 327 لسنة 21 ق جلسة 1955/3/31)

3- إقامة منشآت على الأرض دون إذن مالكيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن من صاحبها، فإن مجرد إقامتها لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد، بل إن القانون يرتب للمالك الحق فى أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها فى ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها".

(طعن رقم 384 لسنة 37 ق جلسة 1972/12/21)

4- انفساخ عقد التحكير لعدم دفع المحتكر الأجرة لا يترتب عليه تغيير صفة وضع يده الحاصل ابتداء بسبب التحكير.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وضع يد المحتكر وورثته من بعده هو وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية. ولا يقبل من المحتكر التحدى بانفساخ عقد التحكير لعدم دفع الأجرة فى صدد تمسكه بتغيير صفة وضع يده الحاصل ابتداء بسبب التحكير، بل مهما انفسخ عقد التحكير للعلّة المذكورة فإن صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيرة".

(طعن رقم 76 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/23)

5- مجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية التملك عقب قسمة أجروها

فيما بينهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم في الوقف، لا يترتب عليه تغيير سبب وضع يدهم".

(طعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28 - منشور بالبند السابق)

6- بيع المحتكر العين دون أن يشير في العقد إلى أنها محكرة، لا يعد تغييرا في الصفة، لأنه لم يحصل في مواجهة الوقف.

(طعن رقم 63 لسنة 11 ق جلسة 1942/5/14 - منشور بالبند السابق)

369- إثبات تغيير سبب الحيابة:

يقع عبء إثبات تغيير سبب الحيابة دائما على الحائز، فعليه أن يقيم الدليل على تغيير سبب وضع يده بأن يثبت أن سيطرته الفعلية على العقار قد تعدت حدود حقه في الانتفاع إلى ملكية العقار ذاتا ومنفعة ويجوز إثبات الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على العين والتي تقيد معنى الاستئثار بالملكية بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة.

أما إذا كان المراد إثباته عملا قانونيا، كما لو ادعى الحائز بأن صفة حيازته قد تغيرت لأنه تلقى ملكية العين من شخص من الغير، يعتقد أنه المالك لها، ففي هذه الحالة يتعين أن يكون هذا السند مسجلا طبقا للقانون.

ويعتبر تقدير الأدلة على تغيير سبب الحيابة من الأمور الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغا⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تقدير الأدلة في المنازعات الخاصة بتغيير صفة وضع اليد هو مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع نهائيا، وليس لمحكمة النقض والإبرام

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 288.

رقابة عليها فى ذلك".

(طعن رقم 30 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/24)

(راجع أيضا: طعن رقم 579 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/6، 47 لسنة 51 ق

جلسة 1984/11/7 منشورين بالبند السابق)



مادة (973)

تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب
المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه
والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد
مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية:

الشرح

370- إحالة إلى قواعد التقادم المسقط:

تحيل هذه المادة إلى قواعد التقادم المسقط فى المسائل الواردة بها، بالقدر
الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، وما ينص عليه
القانون فى المواد التالية.

وهذه المسائل هى:

1- حساب مدة التقادم.

2- وقف التقادم.

- 3- انقطاع التقادم.
 - 4- التمسك بالتقادم أمام القضاء.
 - 5- التنازل عن التقادم.
 - 6- الاتفاق على تعديل مدة التقادم.
- وسنعرض لهذه المسائل على النحو التالي.

371- كيفية حساب مدة التقادم:

تنص المادة 380 مدنى الواردة فى التقادم المسقط والتي تسرى على التقادم المكسب عملا بالمادة 973 مدنى على أن:

"تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها".

فالتقادم بداءة يحسب طبقا للتقويم الميلادى عملا بالمادة الثالثة من القانون المدنى⁽¹⁾ التى تجرى على أن: "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، وذلك لأنه من المتعذر تعيين الساعة التى يبدأ فيها التقادم. ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب لأنه بالضرورة يوم ناقص. فإذا وضع شخص يده فى ظهر يوم أول الشهر لا يحسب

(1) وكانت المادة 517 من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة 380 مدنى) تنص على أن

"تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى... الخ".

وكان ذلك يتفق مع المعمول به فى القانون المدنى القديم، حيث كانت تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى، وذلك مستمد من الشريعة الإسلامية. وفى لجنة المراجعة اقترح إغفال الحساب بالتقويم الهجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقا للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدي فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 322 وما بعدها).

هذا اليوم بل تبتدئ المدة من يوم 2 منه ويحسب اليوم ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى.

ويدخل فى مدة التقادم اليوم الأخير كله.

فإذا كانت مدة التقادم قد بدأت فى أول يناير سنة 1950 فإنها تنتهى بانتهاء يوم أول يناير سنة 1965. ومادام أن المدة لا تكتمل إلا بانقضاء آخر يوم فيها فإنه إذا اتخذ إجراء لقطع التقادم فى هذا اليوم فإن الانقطاع يصح.

ويدخل فى حساب المدة ما يعرض أثناءها من أيام المواسم والأعياد والعطلات الرسمية التى يتعذر اتخاذ إجراء فيها لقطع التقادم.

غير أنه إذا كان اليوم الأخير من المدة هو أحد هذه الأيام، فإن هذا يعتبر من قبيل المانع الذى يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه، فيقف سريان التقادم فى هذا اليوم بالقوة القاهرة، وبذلك تمتد المدة إلى اليوم التالى الذى يمكن أن يتخذ فيه إجراء القطع⁽¹⁾.

وبهذا رأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

"تحتسب مدد التقادم، أيا كانت، بالأيام لا بالساعات، ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب، فى حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد. وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها، ولذلك يقع صحيحا ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم (كإجراءات

(1) السنهاورى ص 1394 - عبد المنعم الصده ص 586 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 644 - وعكس ذلك عبد المنعم البدرأوى ص 500 - محمد كامل مرسى ص 27- محمد على عرفه ص 276 فيرون أن التقادم يتم بانتهاء اليوم الأخير من المدة حتى لو صادف وقوعه يوم عيد أو عطلة رسمية. ولا محل للقياس على مواعيد المرافعات، فمواعيد التقادم من السعة والطول بحيث تمكن من تسرى ضده من المطالبة بحقه دون انتظار إلى آخر يوم.

قطع المدة مثلا) وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراء فى خلالها، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ووقف سريان التقادم ⁽¹⁾.

372- بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة بأجل واقف:

رأينا أن المادة 973 مدنى تنص على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها. وتنص المادة 381 مدنى الواردة فى التقادم المسقط على أنه: "لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء. 2- وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف، إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل".

وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق العينى المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط. كما إذا أوصى شخص بعقار لآخر تحت شرط واقف، فباع الوارث العقار وسلمه إلى المشتري الذى وضع يده عليه، إذ فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم المكسب لمصلحة المشتري وهو الحائز ضد الموصى له إلا عند تحقق الشرط، ذلك أن صاحب الحق المعلق على شرط، وهو الموصى له فى هذا المثل، لا يصبح حقه نافذا، وبالتالي لا يستطيع أن يرفع الدعوى العينية، إلا من وقت تحقق الشرط. ففى فترة التعليق لم يكن له أن يرفع هذه الدعوى، ولذلك لا يسرى التقادم ضده خلال هذه الفترة. ولا يعترض على هذا بأنه إذا تحقق الشرط الواقف استند أثره إلى وقت إبرام التصرف، فيعتبر الحق موجودا

من هذا الوقت، وبذلك يسرى التقادم من وقت بدء الحياة. ذلك أن الأثر الرجعى للشرط فكرة يأخذ بها الشارع فى ضوء ظروف التعاقد والنية المحتملة للمتعاقدين كى ينظم مصير التصرفات التى تصدر من أحدهما فيما يتعلق بالحق الوارد عليه التصرف كل فترة التعليق والحال فى موضوعنا لا يتعلق بتصرف صدر من أحد المتعاقدين، وإنما يتعلق بتقادم لمصلحة شخص ثالث ضد من صدر له التصرف، ولكنه لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده. لأن النفاذ هو الذى يجعل لصاحب الحق أن يرفع الدعوى العينية. أما الحق العينى المعلق على شرط فاسخ فإن التقادم يبدأ سريانه بالنسبة إليه من وقت بدء الحياة، لأنه فى هذا الوقت يكون الحق نافذاً، فإذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط الفاسخ كسب الحائز الحق، وإذا تحقق الشرط الفاسخ قبل أن يكتمل التقادم زال الحق بأثر رجعى.

كذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق العينى المؤجل من وقت حلول الأجل. ذلك أن صاحب هذا الحق لا يصبح حقه نافذاً، وبالتالي لا يستطيع أن يرفع الدعوى العينية، إلا من وقت حلول الأجل⁽¹⁾.

373- بدء سريان التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية :

إذا كان التقادم لا يبدأ بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل، إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالى، إذ أن صاحب الحق الاحتمالى ليس له أن يتخذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه، ومن ثم فهو لا يستطيع قطع التقادم السارى ضده، كما أن الحق الاحتمالى لا يتصل بذمة

(1) عبد المنعم الصده ص 588 وما بعدها - السنهورى ص 1396 وما بعدها - محمد وحيد

صاحبه إذ أنه حق لا وجود له في فترة الشك والاحتمال وبالترتيب على ذلك لا يبدأ سريان التقادم في العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى. ففي هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية⁽¹⁾.

374- تأثير القوانين الجديدة الخاصة بالتقادم:

القاعدة أنه ليس للقوانين أثر رجعي، ولا تأثير لها في الحقوق المكتسبة. ولكن التقادم لا يعتبر حقا مكتسبا إلا إذا تمت المدة التي يحميها القانون، وقبل ذلك يكون مجرد أمل. فإذا صدر أثناء سريان المدة قانون جديد معدل لمقدار الزمن المطلوب، فإن الزمن الجديد هو الذي يطبق بالنسبة لمضى المدة الساري، وليس الزمن الذي كان معينا له وقت ابتداء التقادم.

ولذلك تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من التقنين المدني الجديد على أنه: "تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل".

وعلى ذلك إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت في ظل القانون المدني القديم طبقا للتقويم الهجري - الذي كان معمولا به قبل العمل بالتقنين المدني الجديد فإن الحائز يكتسب ملكية العين بالتقادم. أما إذا كان قد بدأ ولم يكتمل في ظل التقنين القديم فإن مدة التقادم تحسب من أولها وفقا للتقنين المدني الجديد طبقا للتقويم الميلادي⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(2) السنهاورى ص 1399 - محمد على عرفه ص 275 - عبد المنعم الصده ص 589 وما بعدها.

(1) محمد كامل مرسى ص 30 وما بعدها - السنهاورى ص 1395 وهامش (1).

"المدة المكسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد، وذلك وفقا لما جرى به نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الحالى المعمول به ابتداء من 1949/10/15 من أن "تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل".

(طعن رقم 1499 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/16)

التمسك بالتقادم أمام القضاء:

375- وجوب التمسك بالتقادم:

تنص الفقرة الأولى من المادة 387 مدنى الواردة فى التقادم المسقط على أن: "لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين".

وعلى ذلك فإنه يجب على صاحب الشأن التمسك بالتقادم، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، فهو لا يتعلق بالنظام العام لأنه وإن كان مبنيا على اعتبارات متعلقة بالصالح العام لضمان الأوضاع المستقرة، إلا أن مرده ضمير الشخص ووجدانه، فقد يأبى المدين أن يجحد الحق أو ينكره، فلا يدفع بالتقادم لأنه يجد فيه مخالفة للشرف أو الذمة. وفضلا عن ذلك فإن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات، ولذلك علق المشرع تمام التقادم على وجوب التمسك به أمام

القضاء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن التقادم في المسائل المدنية ليس من النظام العام، فعلى مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع. ويثبت أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهودء ولم يطرأ عليها انقطاع أو إقرار الخ، أما التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض فغير جائز".

(طعن رقم 24 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/11)

2- "الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام. ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه".

(طعن رقم 531 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/24)

3- "يتعين على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن في اكتسابها بعبارة واضحة لا تحتمل الإبهام وأن يبين نوع التقادم الذي يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه".

(طعن رقم 1652 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/20)

4- "مفاد المادتين 968، 2/388 من القانون المدني أن أثر التقادم باكتساب الحائز ملكية الشيء أو الحق محل الحيازة لا يقع تلقائياً بقوة القانون، وإنما يتوقف قيام هذا الأثر على إرادة الحائز فإن شاء تمسك به وإن شاء تنازل عنه صراحة أو ضمناً".

(1) السنهاورى ص 1453- المستشار محمد عبد اللطيف ص 48 وما بعدها.

(طعان رقما 1783، 1965 لسنة 52 ق جلسة 1986/5/29)

5- "إن كسب ملكية عقار بالتقادم بوضع اليد عليه المدة القانونية إذا ما توافرت له شروطه ومقوماته القانونية يعد بذاته سببا مستقلا لها وهذه وتلك مسألة قانونية يتعين على المحكمة إذا ما تم التمسك به بصيغة صريحة وجازمة أن تتحررها وتحققها بنفسها للوقوف على مدى توافرها وهو ما لا يغنى عنه الاستعانة بشأنها بأهل الخبرة بحسبان أن الأخيرين يقف دورهم عند حد بحث الواقع المادى والذى هو بمثابة مسألة فنية تعجز المحكمة عن بحث كنهها من الناحية المادية وما يقتضيه ذلك من معاینات على الطبيعة وإجراء المقاسات وتحديد المواقع من الناحية الفوتوغرافية بالاستعانة بالخرائط المساحية اللازمة لذلك".

(طعن رقم 1211 لسنة 69 ق جلسة 2011/4/13)

376- كيفية التمسك بالتقادم:

يجوز للحائز رفع الدعوى بطلب تثبيت ملكيته استنادا إلى تملكه العين بوضع اليد المدة الطويلة، فيكون التقادم هو سند دعواه.

ويجوز للمدعى عليه فى دعوى الحق دفع دعوى المدعى باكتسابه ملكية العين بالتقادم بطريق الدفع.

ويجب إبداء الدفع بالتقادم فى عبارة واضحة لا تحتل الإبهام وأن يبين نوع التقادم المتمسك به لأن لكل تقادم شروط وأحكام.

فلا يصلح دفعا بالتقادم قول المدعى عليه فى مذكرته الختامية بأنه يطلب رفض الدعوى "بناء على جميع الدفوع بعدم القبول" أو قول المدعى عليه أنه "يدهش من تأخر الدائن فى رفع دعوى"، فمثل هذه العبارات الغامضة لا تصلح أساسا للدفع بالتقادم⁽¹⁾.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 50.

ولا يجوز التمسك بالتقادم، دون تعيين مدته، أو التمسك بالتقادم بمدة أخرى غير المدة المقررة، إذ لا يجوز للمحكمة فى هذه الحالة أن تبحث عن نوع التقادم المنطبق والقضاء به⁽¹⁾.

(راجع نقض طعن رقم 531 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/24 المنشور

بالبند السابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتل الإبهام. ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه".

(طعن رقم 531 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/24)

2- "يتعين على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة واضحة لا تحتل الإبهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه".

(طعن رقم 1652 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/20)

3- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام فلا تملك المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها وينبغى التمسك به أمام محكمة

(2) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الخامس التقادم أو مضى المدة 1361 هـ - 1942 ص 19- السنهاورى ص 1453 وما بعدها - وعكس ذلك عبد المنعم البدرولى ص 540 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 52 وما بعدها، فيريان أنه إذا دفع المدين بالتقادم الخمسى، فإنه يعتبر متمسكا ضمنا وبصفة احتياطية بالتقادم الطويل فى حالة عدم توافر شروط التقادم الخمسى، وعلى ذلك يتعين على القاضى أن يبحث - من غير طلب خاص- فيما إذا كانت مدة التقادم الطويل تمت أم لا.

الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه، لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها دفعت فى صحيفة استئنائها بسقوط حق الطاعة فيما جاوز مبلغ 29535 جنيه بالتقادم الخمسى وإذ قضى الحكم المطعون فيه بسقوط حقها بالتقادم الثلاثى فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 2087 لسنة 67 ق جلسة 2010/1/10)

4- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع وأن التمسك بنوع من التقادم لا يغنى عن التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه فإذا تمسك المدين بالتقادم الحولى وتبين أن الالتزام مما ينقضى بالتقادم الثلاثى أو الخمسى امتنع على القاضى أن يحكم بهذا التقادم ولو كانت مدته قد اكتملت، وأن النص فى المادة 465 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 على أن "1- تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بمضى ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق"- وفى المادة 470 منه على أن "تسرى على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذى لا يتعارض فيه مع ماهيته وتسرى بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية.... التقادم" وفى الفقرة الأولى من المادة 471 منه على أن "يلزم محرر السند لأمر على الوجه الذى يلتزم به قابل الكمبيالة" مفاده أن المشرع ارتأى تطبيق أحكام تقادم الكمبيالة على السند لأمر بالقدر الذى يتفق مع طبيعته، ومنها اعتبار التزام محرر السند هو ذات التزام القابل للكمبيالة على نحو تنطبق بشأنه أحكام التقادم الثلاثى الواردة فى الفقرة الأولى من المادة 465 سالفة البيان متى توافرت شروطها".

(طعن رقم 496 لسنة 71 ق جلسة 2010/1/11)

ويجب التمسك بالتقادم أمام محكمة الموضوع فلا يكفي التمسك به في أثناء محاولات الصلح أو التوفيق أو في محاضر أعمال الخبير⁽¹⁾.

377- الدفع بالتقادم يجوز إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى؛

تنص الفقرة الثانية من المادة 387 مدنى على أنه: "يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية" فيجوز إبداء الدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى. فللخصم التمسك به منذ البداية، وقبل إبداء أى دفع شكلى أو موضوعى، وله أن يؤخره إلى ما بعد إبداء هذه الدفوع، طالما لم يقلل باب المرافعة فى الدعوى. مالم تستخلص المحكمة من تأخيرها فى إبداء الدفع نزولا منه عنه. وعدم إبداء الدفع أمام محكمة أول درجة لا يحرم الخصم من التمسك به أمام محكمة ثانى درجة، ما لم يثبت تنازله عنه وإذا تمسك الخصم بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك، فحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكا بالتقادم أمام هذه المحكمة. أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم فإنه لا يكفي فى الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد⁽²⁾.

مع ملاحظة أن جواز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى مشروط بألا تدل الظروف على أن الحائز قد نزل عن التقادم⁽³⁾.

ولا يعتبر مجرد سكوت الخصم عن التمسك بالدفع أمام محكمة أول درجة

(1) منصور مصطفى منصور ص 430 - السنهاورى ص 1453 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 49.

(1) السنهاورى ص 1453 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 51.

(2) منصور مصطفى منصور ص 430 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 51.

تتازلا منه عنه، فقد يكون جاهلا وجود التقادم أو قد يكون مبقيا التمسك به فى النهاية إذا لم تنجح أوجه دفاعه الأخرى، وخصوصا أن الدفع به قد لا يرتضيه ضمير كل إنسان⁽¹⁾.

378- عدم جواز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض؛

وإن كان يجوز الدفع بالتقادم فى الاستئناف فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنتظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع، وليس الدفع بالتقادم متعلقا بالنظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها⁽²⁾.

على أنه إذا نقضت هذه المحكمة الحكم وأحالت الدعوى إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد، فحكم النقض يعيد الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض، ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى كذلك، ومن ثم يصح التمسك بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى، ما لم يكن صاحب الشأن قد أتى فعلا أو عملا يفيد التنازل عنه ضمنا⁽³⁾.

379- ممن يحصل التمسك بالتقادم؟

تنص الفقرة الأولى من المادة 387 مدنى على أنه "لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين". فالأصل أن الحائز هو الذى يتمسك بالتقادم، ويجوز بداهة أن يتمسك به خلفه

(3) محمد كامل مرسى ص 22.

(4) محمد كامل مرسى ص 22 وما بعدها - السنهورى ص 1457 - المستشار محمد عبد

اللطيف ص 51 وما بعدها.

(5) منصور مصطفى منصور ص 430 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 85.

سواء كان الخلف عاما أو خاصا فعن طريق التمسك بالدفع يستطيع الخلف ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته، وذلك ما لم يكن الحائز قد تنازل عن التمسك به⁽¹⁾.

ويجوز لدائن الحائز التمسك بالتقادم - طبقا لصريح النص ويكون تمسك الدائن بالتقادم بالدعوى غير المباشرة، وذلك خلافا للقواعد العامة، ذلك أن التمسك بالتقادم رخصة للحائز كما أنه يتصل بشخص الحائز اتصالا وثيقا لتعلقه بالضمير.

كما يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم، ومن هؤلاء من تصرف للحائز في الحق الذي يحوزه ذلك حتى يتفادى رجوع الحائز عليه بضمان الاستحقاق⁽²⁾. بل يجوز للدائن إذا تنازل الحائز عن التمسك بالتقادم أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البوليسية وفقا للفقرة الثانية من المادة 388 مدنى⁽³⁾، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 540 وما بعدها.

(2) منصور مصطفى منصور ص 430 - السنهاورى ص 145 وما بعدها.

(3) السنهاورى ص 1456.

النزول عن التقادم المكسب :

380- النص القانوني :

المادة 388 مدني (الواردة في التقادم المسقط) :

"لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون.

2- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم".

381- (أ) النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه :

لا يجوز بصريح نص الفقرة الأولى من المادة 388 النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه. ولا يثبت الحق في التقادم إلا باكتمال مدة التقادم.

ومن ثم إذا حصل هذا التنازل كان باطلاً، ولا يرتب ثمة أثر.

والعلة في ذلك أن التقادم متعلق بالنظام العام من حيث كونه وسيلة من وسائل الأمن الاجتماعي والاقتصادي لا تستقر بدونه المعاملات، فإذا أجاز النزول عنه قبل ثبوت الحق فيه، أصبح في ميسور كل دائن أن يجبر مدينه على النزول عنه مقدماً، وبالتالي يصبح التقادم مستحيل التطبيق عملاً، وهذا يتعارض مع حكمة التقادم التي تقضى بوضع حد زمني لاستعمال الحقوق والدعاوى.

والنزول مقدماً عن التقادم المكسب، نادر الوقوع عملاً، ومن الحالات التي يمكن تصور وقوعه فيها أن يعترف الحائز بأن وضع يده يقوم على سبب عرضي ثم يتعهد في الوقت نفسه بعدم التمسك مستقبلاً بالتقادم المكسب حتى ولو تغير

سبب وضع يده⁽¹⁾.

والمقصود بالتنازل السابق المحرم قانونا هو التنازل الصادر للخصم قبل اكتمال مدة التقادم، سواء حصل قبل سريان مدة التقادم، كما هو الحال في الالتزامات الشرطية أو الأجلية إذ لا يصح النزول مقدما عن التقادم قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل، لأن تقادم مثل هذا الالتزام لا يبدأ في السريان إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين واجب الأداء أو حصل أثناء مدة سريانه.

غير أن هذا التنازل الذي يحصل مقدما يعتبر اعترافا بالدين قاطعا للتقادم⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص في الفقرة الأولى من المادة 388 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه..." يدل على أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلا متى تم هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته، وأنه لا يجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين".

(طعن رقم 14 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/9)

382- إجازة النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل:

لئن كان - كما رأينا سلفا - أنه لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، إلا أنه يجوز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل. وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم باعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن يترتب عليه زوال كل أثر للمدة السابقة وسريان تقادم جديد في الحال⁽³⁾.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 71 وما بعدها.

(1) محمد كامل مرسى في الجزء الخامس ص 37.

(2) السنهاورى ص 1464 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 73 - محمد وحيد الدين سوار

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم، إنما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس اعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن".

(طعن رقم 577 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/3)

383 - التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه :

أجازت الفقرة الثانية من المادة 388 التنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.

فقد أجاز النص التنازل بعد ثبوت الحق فيه ، لأنه لا يترتب عليه أى ضرر للمجتمع لأنه لا يتعارض إلا مع المصلحة الخاصة، فالحائز حر فى أن يتنازل عن الحق الذى اكتسبه بالتقادم، إذ كان طريق الاكتساب هذا لا يرتضيه ضميره، وذلك بخلاف التنازل مقدما عن التقادم، فإن القانون لم يجزه مراعاة للمصلحة الاجتماعية، لأن إجازته تشجع الإهمال والتهاون من جانب أصحاب الحقوق، فتتعارض مع الغرض الذى شرع التقادم من أجله⁽¹⁾.

ونزول الحائز تصرف قانونى من جانب واحد لا يحتاج إلى قبول.

ويجوز أن يصدر التنازل من شخص معنوى، بواسطة من يمثله.

ولا يخضع التنازل لأى شرط خاص بالشكل.

وقد يكون التنازل صريحا أو ضمنيا.

وينشأ التنازل الصريح بإظهار الإرادة شفاهة أو كتابة، فلا يتحتم أن يكون التنازل بسند يثبتته وإثبات التنازل الصريح يحصل وفقا للقواعد العامة، فيجوز إثباته

(1) محمد كامل مرسى ص 41.

بشهادة الشهود إذا كانت قيمة العين لا تجاوز ألف جنيه، وبالكتاب أو بما يقوم مقامها إذا زادت على هذه القيمة.

وقد يكون التنازل منجزاً أو شرطياً⁽¹⁾.

أما التنازل الضمنى، فيشترط فى الوقائع أو الأفعال التى يستدل منها عليه أن تكون واضحة لا يشوبها أى لبس أو غموض، وألا تحتل التفسير أو التأويل، لأن التنازل لا يمكن أن يفترض بل يجوز فقط استنتاجه من الوقائع الثابتة فى الدعوى⁽²⁾.

ومن أمثلة النزول الضمنى عن التقادم المكسب.

1- الوعد الصادر من الحائز بأن يقدم للمالك حساباً عن الأعيان التى يضع اليد عليها والاتفاق بين مدعى الاستحقاق وواضع اليد على تسوية النزاع بينهما طبقاً للثابت من العقود دون أى اعتبار لوضع اليد.

2- أن يستأجر الحائز الشئ الذى يضع اليد عليه من المالك الحقيقى أو أن يتخلى واطع اليد عن حيازته للمالك، أو يظهر الحائز رغبته فى شراء الشئ الذى يضع اليد عليه.

3- أن يرفع الشريك دعوى يطلب فيها قسمة الأعيان المشتركة، فإن هذا الطلب يمنعه من التمسك باكتساب ملكية الأعيان بالتقادم⁽³⁾.

4- إغفال الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع.

ولكن ليس من الضرورى أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز قد

(2) محمد كامل مرسى ص 43 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 80.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 81 وما بعدها - السنهاورى ص 1460 - رمضان أبو السعود ص 272.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 82 وما بعدها.

نزل عنه.

فقد رأينا أنه يجوز إبداء الدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف، ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع النزول عنه⁽¹⁾. ولقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى أن يستخلص من وقائع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة بها ما يصح اعتباره نزولا عن التمسك بالتقادم. على أن يكون استخلاصه سائغا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا دفع المدعى عليه دعوى تثبيت الملكية بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد خمس سنوات بسبب صحيح وبحسن نية، وقضت المحكمة للمدعى بتثبيت الملكية بناء على ما استخلصته من اعتراف المدعى عليه بعد تكامل مدة التقادم فى أوراق صادرة منه بملكية المدعى، فقيام الحكم على هذا الاعتراف يغنيه عن الرد على الدفع بالتقادم، إذ هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فى التملك بالتقادم، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيرا، وفقا للمادة 80 من القانون المدنى".

(طعن رقم 63 لسنة 15 ق جلسة 1946/4/11)

2- "استخلاص النزول عن التقادم المسقط بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان هذا الاستخلاص سائغا فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن سكوت المطعون عليه عن إبداء الدفع بالتقادم وقت توقيع الحجز تحت يده لا يفيد النزول عن حقه فى التمسك بالتقادم فإن هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون ولا تكون مجادلة الطاعن فى هذا الخصوص إلا جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام

(3) السنهاورى ص 1460- عبد المنعم الصده ص 660 وما بعدها.

محكمة النقض".

(طعن رقم 79 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/13)

3- "... ولما كانت المادة 387 من القانون المدني بما تنص عليه من أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به من كل ذى مصلحة، قد أتت بحكم عام ودلت على أن التقادم لا يعتبر متعلقا بالنظام العام وكان لم يصدر تشريع على خلاف هذا الأصل فإن الطاعنة (وزارة المالية) إذ لم تتمسك بالتقادم أمام محكمة موضوع فلا يصح لها - سواء كان تكيف المبلغ المطالب به بأنه تعويض أو مرتب - أن تتمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 25 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/29)

4- "لما كان استخلاص النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. وإن كان مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع، إلا أنه يتعين أن يكون الاستخلاص سائعا ومقاما على أسباب من شأنها أن تفيد هذا النزول على سبيل الجزم واليقين. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بنزول الطاعنة عن التقادم على أنها "أقرت بحق المستأنفين - المطعون عليهم - كبائعين أو كمالكين للعقار المبيع على خلاف ما تدعى من أنها تملكته بوضع اليد بنية التملك إذ أنها تقر فى الخطاب المؤرخ 1975/3/11 الصادر منها... باستعدادها للوفاء بباقي الثمن فوراً بعد تقديم المستأنفين المستندات... وفى هذا ما مفاده إقرارها بأن الملكية للمستأنفين وأنها لا تجابههم بملكيته التى تدعيها، بل تقر بالتزامها بدفع باقى الثمن وتسلم لهم بالملكية وتناقش مجرد استحقاق الثمن أو عدم استحقاقه مع استعدادها للوفاء به فور تقديم المستندات... وهذا الخطاب مع افتراض توافر شرائط وضع اليد المدة الطويلة يدل على تنازلها عن مدة التقادم... مما يمتنع معه عليها بغير مدة جديدة العودة للمجادلة فى ملكيتها على أساس التقادم الذى تنازلت

عنه"، وكان هذا الذى أوردته الحكم المطعون فيه عن كتاب الطاعنة إلى المطعون عليهم لا يفيد بذاته على سبيل الجزم واليقين معنى التنازل عن مدة التقادم التى تمسكت بها بشأن وضع يدها على عين النزاع بنية التملك. ذلك أن البين من تلك العبارات أنها عرضت لباقي الثمن دون تعرض لملكية الأرض محل النزاع والتزام الطاعنة بدفع باقى ثمن تلك الأرض حتى إن سقط الحق فى المطالبة به فإنه يبقى فى ذمتها باقى ثمن تلك الأرض حتى إن سقط الحق فى المطالبة بسبب آخر. لما كان ما تقدم، وكان وضع اليد على العقار المدة الطويلة، متى توافرت فيه الشرائط القانونية فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها، وإذ حجب الحكم نفسه عن بحث ما تمسكت به الطاعنة من تملكها الأرض محل النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو دفاع جوهرى يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابته الفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 966 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/16)

5- "إنه وإن كان من الجائز حمل عدم التمسك بالتقادم محمل النزول الضمنى عنه وفقا للظروف، إلا أنه يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمدا من دلالة واقعية، نافية لمشيئة المتمسك به وإذ كان استخلاص النزول الضمنى عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه مما يستقل به قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا، فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض، ويكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 94 لسنة 37 جلسة 1972/2/17)

وطلب ندب خبير بصفة احتياطية لا يعد إقرارا ضمنيا بالحق ويدل بمجرد

على نفى مشيئة الخصم في التمسك بالتقادم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"طلب ندب خبير بصفة احتياطية لا يعد إقراراً ضمناً بالحق بالمعنى الذى

يتطلبه القانون ولا يدل بمفرده على نفى مشيئة - الخصم - فى التمسك بالتقادم".

(طعن رقم 123 لسنة 38 ق جلسة 1974/2/26)

384- أهلية النزول عن التقادم:

تنص الفقرة الثانية من المادة 388 مدنى على أن: وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم... الخ". غير أنه ورد بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"... ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الإفقار. ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل.... الخ"⁽¹⁾.

وبذلك يكون قد وقع تعارض بين النص ومذكرته الإيضاحية، فبينما تشترط المادة أهلية التصرف للتنازل عن التقادم، إذ بالمذكرة الإيضاحية تشترط أهلية التبرع. وإذ تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية، فإنه يجب الأخذ بالنص الصريح.

ولذا فإن الأهلية اللازمة للتنازل عن التقادم هى أهلية التصرف. وتثبت أهلية التصرف لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه. وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (مادة 44 مدنى).

ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور عليه لا يستطيع أحدهما النزول عن حقه فى التمسك بالتقادم. ولا يستطيع الوصى أو القيم النزول عن حق الصغير أو المحجور عليه فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة.

وقد أخذ المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بالولاية على المال بما تقدم فنص فى المادة 13/39 منه على أن للوصى سلطة التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة.

وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأنه "يقصد بالحقوق فى تطبيق هذا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 345.

النص معناها الأعم فيدخل فيها الشفعة وحق الطعن في الأحكام والتمسك بالتقادم أو بضرورة الإثبات بالكتابة".

ويتعين على الوصى أو القيم الحصول على إذن من الجهة المختصة في حالة النزول الضمني عن التقادم، إذ من واجبه أن يطلع هذه الجهة بأوجه الدفاع التي تفيد معنى التنازل الصريح أو الضمني حتى تحاط علما بذلك، ولها أن تقره أولاً تقره على خطته في الدفاع⁽¹⁾.

ولا يجوز للوكيل العام التنازل عن التقادم الذي تم لمصلحة موكله إلا بتفويض خاص من الموكل، لأن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخول للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، وعلى ذلك فلا يجوز له أن يباشر باسم موكله أى عمل من أعمال التصرف إلا إذا كان مأذوناً له بذلك بتوكيل خاص⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان مقتضى نص المادة 2/388 من القانون المدني أنه لايجوز التنازل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه، وكان الحكم المطعون فيه لم يواجه دفاع الطاعنين بمذكرتهم المقدمة لمحكمة الاستئناف من أن الطاعنة الأولى بصفتها وصية على القصر منهم لا تستطيع النزول عن حقوقهم في التمسك بالتقادم إلا بإذن محكمة الأحوال الشخصية وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، إذ كان ما سلف فإن الحكم يكون معيباً بالقصور".

(طعن رقم 261 لسنة 43 ق جلسة 1978/1/10)

385- هل يجب شهر التنازل عن التقادم؟

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 92 وما بعدها.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 93 - الدكتور محمد كامل مرسى ص 52 وما بعدها.

يذهب الفقه إلى أن القانون وإن اشترط أهلية التصرف في التنازل عن التقادم، إلا أن التنازل لا يعتبر عملاً من أعمال التصرف، فهو لا يرد على حق في ذمة الحائز، إذ أن الحائز لا يكسب الحق الذي يحوزه إلا إذا تمسك بالتقادم، بل يرد على وسيلة هيأها القانون للحائز يستطيع بها أن يكسب الحق. فهو بمثابة رفض من جانب الحائز للاستفادة من وسيلة خوله القانون إياها لكسب الحق الذي يحوزه. وبعبارة أخرى هو ترك الحائز لرخصة التمسك بالتقادم. ويترتب على ذلك أن النزول لا يجب شهره إذا كانت الحيابة واردة على عقار⁽¹⁾.

386 - عدم نفاذ النزول في حق الدائنين:

تنص الفقرة الثانية من المادة 388 مدنى فى عجزها على أن: "على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم". وبمقتضى هذا النص يجوز لدائنى الحائز أن يطعنوا فى نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه بطريق الدعوى البوليصية. وهى دعوى عدم نفاذ التصرف. ولولا النص لما جاز هذا الطعن للدائنين. فقد خرج القانون هنا على قواعد الدعوى البوليصية كما خرج على قواعد الدعوى غير المباشرة حينما خول للدائنين التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز. ذلك أن القاعدة فى الدعوى البوليصية أن التصرف الذى يجوز الطعن فيه هو التصرف المفقر، أى التصرف الذى ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته (م237 مدنى). والنزول عن التقادم ليس تصرفاً مفقراً بهذا المعنى، لأنه لا ينقص حقاً ثبت فى ذمة الحائز حيث لا يكسب الحائز الحق إلا إذا تمسك بالتقادم، وإنما هو يحول دون زيادة حقوق الحائز، فهو يعنى أن الحائز يتمتع عن زيادة حقوقه، أى يرفض الاعتراف. على أن هذه هى المسألة الوحيدة التى خرج فيها القانون على قواعد الدعوى

(1) عبد المنعم الصده ص 661 - رمضان أبو السعود ص 473.

البوليصة في هذا الخصوص. فالشروط الأخرى لهذه الدعوى يجب أن تتوافر حتى يجوز للدائنين الطعن في النزول الصادر من الحائز. ومن ثم يجب لجواز هذا الطعن أن يكون نزول الحائز سببا في إعساره أو زيادة إعساره (م 237 مدنى). وإذا كان النزول في مقام عمل من أعمال التصرف، فإنه يجب كذلك أن يكون منطويا على غش من الحائز وأن يكون صاحب الحق الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش. ويكفى فى ذلك أن يكون النزول قد صدر من الحائز وهو عالم أنه معسر، وأن يكون صاحب الحق على علم بهذا الإعسار (م 1/238 مدنى).

فإذا نجح الدائنون فى هذا الطعن أمكنهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن الحائز طبقا لحكم المادة 1/387 مدنى⁽¹⁾.

387- بقاء الدعاوى الشخصية ضد الحائز:

يؤدى اكتساب الملكية بالتقادم إلى أن يصبح الحائز مالكا أو صاحب حق عينى على الشئ، ولكنه لا يبرئ ذمة الحائز إذا كان مدينا. وعليه فهو لا يحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التى تكون للمتصرف أو دائنيه ضد الحائز رغم أن هذا الأخير قد أصبح مالكا بالتقادم. ولهذا فإن التقادم لا يصح التمسك به إلا فى مواجهة الغير، فلا يجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم ضد من تصرف له فى الشئ، حيث يحكم العلاقة بينهما التصرف الصادر إلى الحائز.

ويبنى على هذا أنه إذا كان التصرف الذى تلقى به الحائز الحق الذى يحوزه مشوبا بما يجعله قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك فإن الدعاوى الشخصية التى تكون للمتصرف أو دائنيه بناء على هذه الأسباب لا تسقط إلا بالتقادم الخاص بها فإذا لم تكن قد تقادمت جاز رفعها على الحائز رغم كسبه الحق بالتقادم. ومقتضى هذا

(1) عبد المنعم الصده ص 662 وما بعدها- وعلى عرفه ص 302 وما بعدها.

أنه إذا نجح المتصرف في دعواه الشخصية ضد الحائز استطاع أن يسترد منه الشيء رغم كسبه الحق بالتقادم المكسب. وكذلك الأمر إذا نجح أى من دائنى المتصرف فى الدعوى التى يباشرها بالنيابة عن المتصرف ضد الحائز. ويلاحظ هنا أن المالك الأصلي يستطيع بوصفه دائناً للمتصرف أن يباشر الدعوى الشخصية ضد الحائز نيابة عن المتصرف، فإذا نجح فى هذه الدعوى أمكنه أن يسترد الشيء من هذا الطريق رغم أن الحائز قد كسب الملكية بالتقادم⁽¹⁾.

388- تخلف التزام طبيعى عن التقادم المكسب:

تنص الفقرة الأولى من المادة 386 مدنى الواردة فى التقادم المسقط على أن: "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى". ويطبق هذا النص على التقادم المكسب، فيتخلف التزام طبيعى عن الحق الذى يكسب بالتقادم المكسب. فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها، فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزما التزاما طبيعيا نحو المالك الحقيقى برد العين إليه.

ويترتب على ذلك نتيجتان:

الأولى:

أنه يجوز للحائز رد العين التى تملكها بالتقادم إلى مالكا مختارا وعن بينة من أمره بالتزامه الطبيعى.

وبالتالى لا يعد ذلك تبرعا، ولا يشترط فيه شكل خاص.

وإذا رد الحائز العين إلى مالكا فلا يجوز له استردادها بعد ذلك لأنه أوفى بالتزام طبيعى⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 668 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 662 وما بعدها.

الثانية:

أنه إذا تعهد الحائز برد العين إلى مالكها وقصد من ذلك إنشاء التزاما مدنيا في ذمته، فإنه ينشأ بهذا التعهد التزام مدني في ذمته، وبالتالي يجوز للمالك إجباره على الوفاء به.

غير أنه لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز، إذا قصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الالتزام الطبيعي. ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدني، فإن التزامه يكون التزاما طبيعيا مثل الالتزام الأصلي، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين⁽¹⁾.

389- جواز بدء تقادم جديد:

يترتب على نزول الحائز عن التقادم بعد تمامه آثار مماثلة لتلك التي تترتب على انقطاع التقادم. حيث تسقط المدة التي مضت قبل النزول، فتضيع على الحائز ثمرتها. ولكن يمكن أن يبدأ من وقت النزول تقادم مدته هي نفس مدة التقادم الأول⁽²⁾.

390- آثار التنازل عن التقادم نسبية:

التنازل عن التقادم - كما ذكرنا سلفا - هو عمل قانوني من جانب واحد، ويترتب على هذا أنه لا يحدث إلا أثرا نسبيا فلا يتقيد به إلا من صدر منه فلا ينفذ في حق من عداه من ذوى المصلحة الذين لم يعلنوا رغبتهم في عدم التمسك بالتقادم. وتبعا لذلك إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى كل من المدينين المتضامنين ونزل أحدهم عن التقادم، فإن هذا النزول لا يسرى في حق سائر المدينين بمعنى أن يكون لكل منهم مع ذلك أن يتمسك بالتقادم.

ويترتب على ذلك أنه إذا وفى المدين الذى نزل عن التقادم فلا يجوز له أن

(1) السنهاورى ص 1474.

(2) عبد المنعم الصده ص 662.

يرجع على سائر المدينين الذين برئت ذمتهم بسبب التقادم. والتنازل عن التقادم يشبه الاعتراف القاطع لمدة التقادم من حيث الاعتراف، فالاعتراف حجة قاصرة على المقر فلا يحتاج به أحد سواء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا دفع المدعى عليه دعوى تثبيت الملكية بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد خمس سنوات بسبب صحيح وبحسن نية، وقضت المحكمة للمدعى بتثبيت الملكية بناء على ما استخلصته من اعتراف المدعى عليه بعد تكامل مدة التقادم فى أوراق صادرة منه بملكية المدعى، فقيام الحكم على هذا الاعتراف يغنيه عن الرد على الدفع بالتقادم، إذ هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فى التملك بالتقادم، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيرا، وفقا للمادة 80 من القانون المدنى".

(طعن رقم 61 لسنة 15 ق جلسة 1946/4/11)

391- عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

تقضى المادة 973 مدنى بسرمان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل مدة التقادم. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 388 مدنى - الواردة فى التقادم المسقط - على أنه :

"لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون". فقد جعل النص مدة التقادم من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها، فإذا حصل الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها كان الاتفاق باطلا، وتطبق المدة كما

وردت بالقانون⁽¹⁾، ذلك أن إطالة مدة التقادم، كما إذ اتفق على إبطاله إلى خمسين أو مائة سنة مثلاً يكون بمثابة النزول عن التقادم مقدماً من الناحية العملية، كما أن الاتفاق على مدة قصيرة لا يؤمن فيه الاعتساف.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"نهج المشروع نهج المشروع الفرنسى الإيطالى فحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة فى القانون. ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها، ويلحقون البطلان بالأولى دون الثانية. بيد أنه لم يروجه للأخذ بهذه التفرقة لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف ولا سيما فى عقود التأمين.

وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى فيما بينهم "على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة فى القانون على المتعاقدين إطلاقاً، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام، ولا ينبغى أن يترك تطبيقه لمشئنة الأفراد" (المذكرة الإيضاحية ص 61). فلا يجوز إذن قصر مدة التقادم أو إبطالها، أو التنازل عن أى تقادم قبل ثبوت الحق فيه"⁽²⁾.

غير أن مدة التقادم قد تطول بسبب غير الاتفاق، كما إذا وقف سريان التقادم، إذ تطول مدة التقادم بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان. وكما إذا انقطعت مدة التقادم، إذ تطيل مدة التقادم بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر⁽³⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 214 - المستشار على أحمد حسن ص 112 - محمد كامل مرسى ص 23.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 345.

(2) السنهاورى ص 1392 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 79.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ تنص المادة 1/388 من القانون المدني بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون، فإنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشئئة الأفراد، ويحظر كل تعديل اتفافي في مدة التقادم المقررة بالقانون".

(طعن رقم 524 لسنة 35 ق جلسة 1970/2/3)

مادة (974)

أيا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه.

الشرح

392- ورود الوقف على التقادم بنوعيه :

تنص المادة على أنه أيا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه.

ومعنى هذا أن الوقف يرد على التقادم المكسب الطويل والذي مدته خمس عشرة سنة، والتقادم القصير أى التقادم الخمسى على السواء. أما القواعد التى تسرى على الوقف، فهى ذات القواعد التى تسرى على التقادم المسقط بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، وذلك عملاً بالمادة 973 مدنى، كما رأينا سلفاً.

393- المقصود بالوقف :

المقصود بوقف التقادم، هو أن يقف مضى المدة المكسبة أو المسقطة للحقوق عامة ردحا من الزمن بسبب عذر من الأعذار القانونية أو الواقعية ثم يستأنف التقادم سيره بعد زوال ذلك العذر على أن تضاف المدة السابقة على قيام المانع إلى المدة اللاحقة على زواله⁽¹⁾.

والفارق بين وقف التقادم وبين تأخير سير التقادم، هو أن وقف التقادم يعترض التقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية، أما تأخير سريان التقادم فلا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضا سريان التقادم بعد أن بدأ⁽²⁾.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 126.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 126.

ووقف التقادم إجراء تقتضيه العدالة، حيث يقرره القانون لمصلحة أشخاص لا تمكنهم ظروفهم أو حالتهم من اتخاذ إجراء لقطع التقادم الذى يسرى ضدهم. وهذه الفكرة التى تأخذ بها الشرائع المختلفة هى نفسها فكرة العذر الشرعى الذى تأخذ به الشريعة الإسلامية حين تقرر عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى. وهى ترتد إلى قاعدة تقليدية قديمة تقضى بأن التقادم لا يسرى ضد من يتعذر عليه أن يطالب بحقه.

394- أسباب وقف التقادم:

أحالت المادة 973 مدنى فى خصوص وقف التقادم المكسب على قواعد التقادم المسقط، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة 974.

وتنص المادة 382 مدنى الواردة فى التقادم المسقط على أن: "1- لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا. وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب. 2- ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أوفى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثلته قانونا".

ولا يتقيد الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من هذه المادة بمدة معينة فى التقادم المكسب حيث نصت المادة 974 مدنى على ما يأتى: "أيا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه:

ويتضح من ذلك أن أسباب وقف التقادم ترد إلى نوعين:

1- أسباب ترجع إلى ظروف خارجية، سواء كانت مستقلة عن الشخص أو كانت متصلة به.

2- أسباب ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية وما يلحق بها من

أوضاع قانونية، وسنتناول هذين النوعين بالتفصيل⁽¹⁾.

(1) حكم التقنين المدني القديم:

= نص التقنين المدني القديم على أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر، فنص في المادتين 84، 85 على أن التقادم لا يسرى على من يكون مفقود الأهلية شرعا ولم يشر إلى شيء من الأعدار القهرية أو الموانع القانونية التي تحول دون اتخاذ الإجراءات للمطالبة بالحق. ومضى في المادة 205 على أن القواعد المقررة للتقادم بمضى المدة من حيث أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها تتبع أيضا في التخلص من الدين بمضى المدة.

أما شرح قانون المدني الملغى فيكاد يكون هناك شبه إجماع بينهم على أن الشارع أراد بإغفال النص الوارد في المادة 2251 مدنى فرنسى التى تقضى بأن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون، جواز تطبيق القاعدة القديمة التى كانت معروفة فى القانون المدنى الفرنسى - القديم - ولا يزال القضاء الفرنسى يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسى، والتى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه. فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سببا فى وقف سريانه.

وأنه بذلك مهد السبيل لاجتهاد القاضى والأخذ بما يراه عذرا شرعيا وقهريا يقف معه سريان التقادم وكذلك استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى الملغى على الأخذ بهذا النظر.

فقضت محكمة النقض بأن:

1- "إن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق - ماديا أو قانونا- أن يطالب بحقه. فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه القوة القاهرة أو انقضاء الدين انقضاء يمنعه من المطالبة بدينه ما بقى سبب الانقضاء قائما فإذا باع المدين الدائن عينا أداء لدينه ثم حكم ببطلان هذا البيع فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان.

وإذا أقر البائع (المدين) للمشتري (الدائن) بإجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطلان هذه الإجازة فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يقضى ببطلانها. ويجب فى حساب تقادم هذا الدين إسقاط مدتى الوقف المذكورتين".

395- أولا: أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف خارجية:

تنص الفقرة الأولى من المادة 382 مدنى على أنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه، ولو كان هذا المانع أدبيا. فإذا وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق العينى محل الحيازة أن يطالب بحقه وقف سريان التقادم ضده أيا كانت طبيعة هذا المانع.

حيث يستوى فى هذا الخصوص أن يكون المانع ماديا أو أدبيا، كما يستوى أن يكون المانع قانونيا أو اتفاقيا.

فلم ترد الموانع بالمادة على سبيل الحصر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى على أنه "لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا.... "مفاده وعلى ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا، ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل".

(طعن رقم 350 لسنة 40 ق جلسة 1977/6/7)

2- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى على أن "لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا... "واضح المعنى فى أن المشرع قد أطلق أحكام الوقف لتعم كل تقادم أيا كانت مدته ولتتسع لكل مانع مهما كان نوعه فلا يجوز تخصيص عمومه ولا

(طعن رقم 137 لسنة 14 ق جلسة 1946/1/3)

(أنظر أيضا نقض 1948/4/22 المنشور ببند 397)

تقييد مطلقه إلا بنص ولا يغير من هذا النظر ما تمسكت به الطاعنة من أن مقتضى النص بالفقرة الثانية من المادة ذاتها على أن "ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثلنا قانونا" وما جاء بالمذكرة الإيضاحية من أن "الغرض من التقادم الخمسى هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها، ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهاافت تهافتا يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة "أخذا بحكمة التشريع أن تكون أحكام وقف التقادم مقصورة على التقادم الذى تزيد مدته عن خمس سنوات حتى لا يكون حال القاصر الذى ليس له من يمثلنا أسوأ ممن تتوافر فيهم أسباب أقل لوقف التقادم فذلك كله مردود بما جرى به قضاء هذه المحكمة من أن النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه ولا تأويله ولا تخصيص عموميه ولا تقييد مطلقه بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملتة أو ما ورد فى الأعمال التحضيرية أو المذكرة الإيضاحية لأن محل ذلك كله أن يكون بالنص غموض أو لبس يضطر القاضى فى سبيل التعرف على مراد الشارع أن يبحث فى كل ذلك أما المفارقة التى أشارت إليها الشركة الطاعنة فلو صلحت سندا للمطالبة بتعديل التشريع فإنه لا يجوز التحدى بها لاستحداث حكم يغير عبارة النص عن طريق التأويل".

(طعن رقم 2063 لسنة 57 ق جلسة 1993/1/26)

وواضح أنه لا يلزم لقيام المانع أن يكون من شأنه استحالة المطالبة بالحق، بل يكفى أن يتعذر ذلك على صاحب الحق ليقف التقادم لصالحه.

والمانع قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا:

(أ) - المانع المادى:

قد يكون المانع الذى يقف سريان التقادم مانعا ماديا يرجع إلى ظروف خارجية اضطرارية مستقلة عن الشخص أو متصلة به. فهو مانع، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة، ولكن لا يشترط فيه ما يشترط فى القوة القاهرة، إذ أنهما فكرتان متميزتان بحيث يجب فصل إحداها عن الأخرى⁽¹⁾.

ومن أمثلة هذا المانع: قيام حرب أو نشوء فتنة أو إعلان الأحكام العرفية إذا ترتب على ذلك منع المحاكم من مباشرة أعمالها، فلم يتمكن صاحب الحق من المطالبة بحقه.

وانقطاع المواصلات حين يؤدي إلى منع صاحب الحق من هذه المطالبة، والوقوع فى الأسر، إذ أنه يحول دون هذه المطالبة.

(ب) - المانع الأدبى:

قد يكون المانع من التقاضى أدبيا يرجع إلى ظروف خارجية متصلة بالشخص صاحب الحق، وهى العلاقة القائمة بينه وبين الحائز. فيستحى مع هذا المانع أن يجابه المالك الحائز بحقه.

ومثل ذلك العلاقة بين الزوجين مادامت الزوجية قائمة. والفرض فى هذه الحالة ألا تكون الحياة مستندة إلى تسامح من جانب صاحب الحق وأن تكون بريئة من عيب اللبس الذى يشوبها عادة فى مثل هذه الظروف. فإذا حاز الزوج عقارا مملوكا للزوجة على هذا النحو وظهر عليه بمظهر المالك فإن التقادم يقف سريانه ضد الزوجة طالما كانت الزوجية قائمة. لأن الزوجة يمتنع عليها أدبيا فى هذه الحالة أن تطالب الزوج بحقها، إذ يكون من شأن هذه المطالبة أن تعكر الجو الذى يسود الأسرة.

(1) السنهاورى ص 1423 هامش (1) - عبد المنعم الصده ص 601.

غير أنه يلاحظ أن مثل هذه العلاقة لا تعتبر لذاتها مانعا أدبيا من المطالبة بالحق، وإنما يجب أن ترقى فى ظروف صاحب الحق والحائز إلى مستوى المانع الأدبى. فهى قد تكون مانعا أدبيا فى حالة، ولا تكون مانعا فى حالة أخرى، تبعا للظروف وقاضى الموضوع هو الذى عليه أن يتبين فى ضوء ظروف كل حالة ما إذا كانت هذه العلاقة تجعل من المتعذر أدبيا على صاحب الحق أن يطالب بحقه. فلو أن خلافا نشب بين الزوجين مع بقاء الزوجية قائمة، فإن هذا يكون من شأنه أن يزيل المانع الأدبى الذى يقف التقادم. فالمانع الأدبى فى هذا الخصوص الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه فيوقف سريان التقادم، شأنه شأن المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى فيجيز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة (م 63/أ من قانون الإثبات)⁽¹⁾.

ومثل ذلك أيضا العلاقة ما بين الأصول والفروع، أو علاقة القرابة أيا كانت، مادامت علاقة وثيقة اقترنت بملايسات تؤكد معنى المانع. كالعلاقة ما بين الأشقاء، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت. وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 602 وما بعدها - محمد على عرفه ص 281 وهامش (2).

وقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى السابق بأن:

"إن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها. والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعنان رقما 38، 50 لسنة 9 ق جلسة 1940/1/11)

غير أن التقنين المدنى الجديد، وقد نص صراحة على وقف التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا فالواجب أن تكون علاقة الزوجية فى الأصل مانعا أدبيا من سريان التقادم (السنهورى ص 1420 هامش (3) وما بعدها).

(2) السنهورى ص 1420 وما بعدها.

396- تقدير المانع مما يخضع لسلطة المحكمة :

تقدير المانع من المطالبة بالحق والذي يعتبر سببا لوقف سريان التقادم هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيًا على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تقدير قيام المانع الأدبى من المطالبة بالحق - الذى يعتبر سببا لوقف سريان التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى - وإن كان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع إلا أنه إذا أورد هذا القاضى أسبابا لإثبات قيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد رفض اعتبار علاقة الزوجية مانعا أدبيا لمجرد تحرير سند بالدين بمقولة أن تحريره يخالف المؤلف بين الزوجين وكان تحرير سند بالحق المطالب به ليس من شأنه أن يؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها الحكم إذ أنه لا يخالف المؤلف بين الزوجين ولا يدل بحال على وقوع أى تصدع فى علاقة الزوجية التى تربطهما كما أن هذا التسبب ينطوى على مخالفة للقانون لما يترتب على الأخذ به من تخصيص للمانع الأدبى الذى يقف به سريان التقادم بالحالة التى لا يكون فيها الحق المطالب به ثابتا بالكتابة وهو تخصيص لا أصل له فى القانون ولم يردده الشارع، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور وبمخالفة القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 395 لسنة 32 ق جلسة 1966/12/8)

2- "إذ كان يبين مما أورده الحكم أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قد استخلصت من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها أن المطعون عليه الثانى كان يحوز الأرض موضوع النزاع نيابة عن زوجته الطاعنة

وأنه كان يمثلها فى دعوى الحيازة التى أقامتها عليه الشركة المطعون عليها الأولى، ورتب الحكم على ذلك وقف سريان التقادم المكسب للملكية التى تمسكت به الطاعنة المدعى عليها فى دعوى الملكية أثناء نظر دعوى الحيازة باعتباره مانعا للشركة من رفع دعوى الملكية، فإن النعى على الحكم بهذا الوجه يكون فى غير محله".

(طعن رقم 463 لسنة 38 ق جلسة 1974/11/5)

3- "قيام المانع الأدبى من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى وإن كان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع إلا أنه إذا أورد القاضى أسبابا لقيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 807 لسنة 46 ق جلسة 1979/3/22)

4- "إن المادة 1/382 من القانون المدنى قد جرى نصها بأنه "لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا...." مما مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجوز وقف سريان التقادم كلما وجد مانع ولو كان أدبيا يمنع من المطالبة بالحق ويدخل تقدير المانع من سريان التقادم فى سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها، قد خلصت إلى عدم توافر هذا المانع لدى الطاعنة وأقامت قضاءها على أن المطعون عليها تقدمت إلى الطاعنة بطلب خفض الأجرة وأن الطاعنة أطالت النظر فى قبول هذا الطلب إلى أن قبلته فعلا وخفضت الأجرة عما كان مقدرا لها من قبل، وأنه كان فى مكنة الطاعنة المطالبة بالأجرة المقدرة أساسا ثم تسوى الحساب وفقا لما ينتهى إليه الرأى فى شأن تخفيضها، غير أن الطاعنة أمسكت عن ذلك طواعية حتى استقر رأيا

على تخفيض الأجرة، فلا يقبل منها القول بقيام مانع يمنعها من المطالبة لأن ذلك كان بتقصير منها، وهى أسباب لها أصلها الثابت بالأوراق وتكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص، لما كان ما تقدم وكان الطعن قد رفع بتاريخ 1976/6/2 قبل صدور القانون رقم 218 لسنة 1980 الذى أوجب على قلم كتاب محكمة النقض طلب ضم ملف القضية بجميع مفرداتها ولم تقدم الطاعنة ما يفيد أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها اتخذت إجراء قاطعا للتقدم بتاريخ 1968/7/27 بتوقيع حجز إدارى، فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا الشأن يكون دفاعا يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع فلا يجوز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض ومن ثم يكون هذا النعى على غير أساس".

(طعن رقم 562 لسنة 46 ق جلسة 1981/2/16)

5- "تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف سريان التقدم طبقا للفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيًا على أسباب سائغة وكان الحكم المطعون فيه قد أسس ما انتهى إليه من وقف التقدم فى الفترة من تاريخ الإفراج عن المطعون ضده حتى ثورة التصحيح فى 1971/5/15 على أنه ما كان بوسع المطعون ضده إقامة مثل هذه الدعوى قبل 1971/5/15 وذلك خوفا مما كان يتبع من أساليب القهر والإذلال الأمر الذى يقف معه التقدم حتى هذا التاريخ وكان هذا الذى قرره الحكم يقوم على الظروف العامة المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب فى الفترة السابقة على ثورة التصحيح فى 1971/5/15 وهى أسباب سائغة تؤدى إلى ما رتبته الحكم عليها فإن النعى بهذا السبب يكون فى غير محله".

(طعن رقم 1475 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/19)

6- "إنه وإن كان من المقرر أن تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذى

يعتبر سببا لوقف التقادم عملا بالمادة 382 من القانون المدنى يقوم على عناصر واقعية يجب طرحها على محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها، وكان المشرع لم يورد هذه الموانع على سبيل الحصر وإنما ترك أمر تقديرها لقاضى الموضوع الذى له أن يقضى بوقف التقادم كلما تبين له من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى توافر المانع الذى يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه، وكان لقاضى الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير قيام المانع من عدمه إلا أنه يجب عليه فى قضائه أن لا يمسح الواقع المطروح عليه، وأن يرد عليه بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها. وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائى الذى أيدته وأحال إلى أسبابه واعتبرها جزءا متما له أن الطاعن كان قد أقام الدعوى رقم 6526 لسنة 1960 عمال جزئى القاهرة بطلب تطبيق الكادر العام لعمال النقل المشترك بمدينة الإسكندرية - والمطبق على عمال النقل المشترك بمدينة القاهرة بقرار مجلس الوزراء الصادر فى 1952/5/7 - فى حقه والقضاء له بالفروق المالية المستحقة من 1954/6/1 حتى آخر سبتمبر سنة 1960 وما يستجد ثم قصر طلب الفروق عن المدة من 1954/6/1 حتى 1958/8/31 تاريخ رفع الدعوى وهى المدة التى حدد الخبير الفروق المستحقة عنها وكان الطاعن قد طلب فى دعواه الثانية المطعون فى حكمها الفروق المستحقة له عن مدة تالية من 1958/9/1 حتى 1961/8/20 فإنه لا يمكن القول أن طلباته فى الدعويين تعتبر من درجة واحدة ولا يعتبر أى منهما أصلا والآخر فرعاً ذلك أن طلبات الطاعن فى الدعوى الأولى تضمنت أساسا طلب الحكم بأحقية فى إعمال نظام الكادر الخاص بعمال النقل المشترك بمدينة الإسكندرية، ولا شك أن استحقاق الطاعن لفروق الأجر المطالب بها إنما يتوقف على ثبوت أحقيته فى تطبيق هذا الكادر ولما كان هذا الحق لم يتقرر نهائيا إلا بمقتضى الحكم الاستثنائى الصادر فى 1971/5/19 فإنه كان يتعين على محكمة الموضوع تقدير

قيام المانع من المطالبة بالحق تأسيسا على أن الدعوى الأولى تضمنت طلبا أصليا هو الحكم بأحقية الطاعن في تطبيق الكادر العام لعمال النقل المشترك بمدينة الإسكندرية، وأن هذا الحق لم يتقرر نهائيا إلا في 1971/5/19 وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى تأييد الحكم الابتدائي المستأنف بمقولة أن الطلبين في الدعويين من درجة واحدة ولا يعتبر أى منهما أصلا والآخر فرعاً لأن كلاهما عبارة عن المطالبة بفروق مستحقة للطاعن عن مدة معينة مضت مغفلاً بذلك أن الطلب الأساسى فى الدعوى الأولى كان تقرير أحقية الطاعن فى أعمال نظام الكادر الخاص بعمال النقل المشترك بمدينة الاسكندرية على حالته وأن من شأن المنازعة فى هذا الطلب أمام القضاء أن يقف التقادم بالنسبة للالتزامات المترتبة عليه وهى الفروق المالية الناشئة عن تطبيق الكادر المذكور فى حق الطاعن فهو لا يستحقها إلا إذا تقررت أحقيته فى تطبيق هذا النظام باعتبارها فرع من هذا الأصل، ولا ينال من هذا النظر أن يكون الطاعن قد قصر طلباته فى الدعوى السابقة على الحكم بالفروق عن مدة معينة تغاير المدة المطالب بالفروق عنها فى الدعوى الثانية المطعون فى حكمها. وأن يكون منطوق الحكم السابق قد اقتصر على القضاء بتلك الفروق طالما أن أسباب ذلك الحكم الواقعية والقانونية تكشف عن أن النزاع فى الدعوى كان يدور أصلاً حول أحقية الطاعن فى تطبيق نظام الكادر الخاص بعمال النقل المشترك بمدينة الإسكندرية ومن ثم يكون قضاؤه بالفروق المطالب بها قضاءً ضمناً بأحقية الطاعن فى تطبيق هذا النظام ولما كان هذا الحق لم يتقرر نهائياً إلا بمقتضى الحكم الاستئنافية الصادر فى 1971/5/19 فإن وقف التقادم بالنسبة للالتزامات المترتبة عليه لا يزول إلا اعتباراً من هذا التاريخ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد مسخ الواقع المعروض عليه حين أغفل الطلب الأساسى فى الدعوى الأولى واعتبرها مجرد دعوى للمطالبة بفروق الأجر المستحقة عن مدة معينة فإنه يكون مشوباً بالقصور مما أدى به إلى مخالفة القانون بما يتوجب نقضه

دون حاجة إلى بحث باقى الأوجه التى أثارها الطاعن فى سببى الطعن".

(طعن رقم 291 لسنة 46 ق جلسة 1982/1/16)

7- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى على أنه "لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا "يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى وجرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل. والمانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه وتقدير ذلك مما تستقل به محكمة الموضوع، ولها أن تقرر قيام المانع ولو تضمن التشريع نصا يجيز للدائن الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه مادامت قد أقامت قضاها بذلك على أسباب سائغة، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون ضده إلى أسبابه قد أورد أنه "كان ينظر إلى إجراءات فرض الحراسة وتأميم أموال الخاضعين لها على أنها من الأمور التى تتعلق بكيان الدولة ومصالحتها العليا والتحول الاقتصادى فيها، وكان يوصف المعارض لها أو المطالب بتصحيح ما قد يوجد بها من أخطاء على أنه مناهض لمصلحة الدولة وسياستها العليا ويكون معرضا للمزيد من الإجراءات الاستثنائية فإن ذلك ولاشك قد أوقع فى نفس المدعى - المطعون ضده الأول- الرهبة والخوف من اتخاذ أى إجراء للمطالبة بحقه، ورفع التعسف عنه واسترداد الحصة المملوكة له فى عقار النزاع.... وهذا يعد مانعا أدبيا إذ يتعذر معه على المدعى المطالبة بتلك الحصة المغتصبة، وقد استمر هذا المانع حتى استعادت الأمور نصابها فى 15 مايو سنة 1971 "وكان ما أورده الحكم من ذلك سائغا

ومؤديا إلى النتيجة التى أقام عليها قضاءه مع ما هو مقرر بالمادة 1/3 من القانون رقم 162 لسنة 1958 المعدل بالقانون رقم 60 لسنة 1968 من جواز التظلم من الأوامر الصادرة بفرض الحراسة أو من إجراءات تنفيذها فإن النعى عليه بهذا السبب يكون غير سديد".

(طعن رقم 577 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/17)

8- "إن قيام المانع الأدبى من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى وإن كان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع إلا أنه إذا أورد هذا القاضى أسبابا لإثبات قيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه نفى قيام المانع الأدبى أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطاعن الدائن والمطعون ضدها المدينة على مجرد الإشارة لظروف الدعوى باعتبارها المصدر الذى استخلص منه عدم قيام هذا المانع دون تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها حتى يمكن الوقوف على أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه والتحقق من أنه من الأدلة التى يصح قانونا بناء الحكم عليها فإن الحكم يكون قد عاره قصور يبطله ويتعين لذلك نقضه بغير حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 963 لسنة 50 ق جلسة 1984/1/26)

9- "تنص المادة 382 من القانون المدنى فى فقرتها الأولى على أن "لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا وجرى قضاء هذه المحكمة على أن المانع الأدبى الذى يقف به سريان التقادم يمكن أن يقوم على أسباب تتعلق بشخص الدائن أو على ظروف عامة يتعذر فيها عليه المطالبة بحقه، فإذا تحقق وجود مثل هذا المانع فلا يبدأ سريان التقادم إلا منذ زواله رغم وجود نصوص فى التشريع تجيز للدائن الالتجاء إلى

القضاء للمطالبة بحقه. وكان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع أنه لم يكن بوسعهم الالتجاء للقضاء للمطالبة بحقوقهم التى صايرها القانون 134 لسنة 1964 منذ نفاذه لأن الظروف السياسية التى كانت تسود البلاد فى هذا التاريخ وما تتبعه السلطات من أساليب قهر لم تكن تسمح لهم برفع دعوى يتمسكون فيها بعدم دستورية هذا القانون الذى صاير أموالهم، وكان الحكم المطعون فيه وإن حصل هذا الدفاع قد اكتفى فى مقام الرد عليه بمجرد القول بأن "حق التقاضى من الحقوق المباحة التى تثبت للكافة وقد كفلته الدساتير المتعاقبة التى صدرت فى البلاد وكان فى مقدور المستأنفين ومورثهم من قبل الطعن على القانون 134 لسنة 1964 أمام المحاكم العادية أو القضاء الإدارى... "فى حين أن قيام الحق فى الالتجاء إلى القضاء لا يحول دون قيام المانع الذى يقف به سريان التقادم متى تعذر على الدائن المطالبة بحقه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وهو ما حجه عن تمحيص دفاع الطاعنين".

(طعن رقم 213 لسنة 58 ق جلسة 1993/2/16)

10- "لما كان ذلك وكان النص فى الفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدنى على أنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا... "مما مفاده - وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى - أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم كلما استحال على صاحب الحق ماديا أو قانونيا أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ولم يرد المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، وتقدير قيام المانع من المطالبة بالحق الذى يعتبر سببا لوقف التقادم، واقع يستقل بتقديره قاضى الموضوع. وكان القانون 104 لسنة 1964 - وعلى ما سلف - يعتبر مانعا قانونيا يستحيل معه أصحاب الأراضى المستولى عليها المطالبة بحقوقهم الناشئة من استيلاء الدولة على

أملأهم دون مقابل، فإن التقادم بالنسبة لها يكون موفقا منذ العمل بهذا القانون وإذا قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 3 لسنة 2 دستورية بتاريخ 1983/6/25 بعدم دستورية القانون 104 لسنة 1964 بأيلولة ملكية الأراضى الزراعية التى تم الاستيلاء عليها طبقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم 178 لسنة 1952 المعدل بالقانون 127 لسنة 1961 إلى الدولة دون مقابل، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم فى الجريدة الرسمية إلا أن عدم تطبيق النص - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا - لا ينصرف إلى المستقبل فحسب وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدور الحكم بحكم حائز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم، فإنه يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون 104 لسنة 1964 انفتاح باب المطالبة بالتعويضات عن الأراضى المستولى عليها طبقا للقانون 178 لسنة 1952، 127 لسنة 1961 وذلك اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية فى 1983/7/7 ولا يكون الحق فى المطالبة بها قد سقط بالتقادم باعتبار أن القانون المشار إليه وقد جعل أيلولة الأراضى المستولى عليها إلى الدولة دون مقابل، كان يحول بين أصحاب الحقوق والمطالبة بالتعويض عن الاستيلاء. إذ كان ممتنعا عليهم قانونا المطالبة بحقوقهم قبل الطاعن بصفته، فيعتبر مانعا فى حكم المادة 382 من القانون المدنى يتعذر على الدائن أن يطالب بحقه وبالتالي يكون تقادم الحق فى التعويض الناشئ وفقا لأحكام القانون رقم 178 لسنة 1952 المعدل بالقانون 127 لسنة 1961 موقوفا منذ تاريخ صدور القانون 104 لسنة 1964 فلا تجرى مواعيد سقوط الحق خلال فترة سريانه وتعود فتستأنف سيرها

بمجرد زوال سبب الوقف بنشر الحكم بعدم دستوريته في الجريدة الرسمية بتاريخ 1983/7/7، لما كان ذلك وكان المطعون ضده أقام الدعوى في 1989/2/29 بطلب أحقيته في التعويض المستحق له عن الأرض المستولى عليها طبقاً للقانون 127 لسنة 1961 وطبقاً للمعايير الواردة في القانونيين 178 لسنة 1952، 127 لسنة 1961 تأسيساً على زوال المانع الذي حال بينه وبين المطالبة بهذا الحق بقضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون 104 لسنة 1964 وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الدفع بسقوط الحق في المطالبة بالتقادم على سند من أن قيام القانون رقم 104 لسنة 1964 - قبل الحكم بعدم دستوريته - يعد مانعاً من التقاضي حال بين المطعون ضده وبين المطالبة بحقه قبل الطاعن، وقد زال هذا المانع اعتباراً من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية في 1983/7/7 وكان المطعون ضده أقام دعواه من 1989/2/29 أى قبل اكتمال مدة الخمس عشرة سنة المقررة قانوناً فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعى عليه بأن عدم دستورية أى نص تشريعى لا يعتبر مانعاً قانونياً يؤدي إلى وقف التقادم نعى على غير أساس".

(طعن رقم 2297 لسنة 63 ق جلسة 2000/6/14)

11- "تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق الذي يعتبر سبباً لوقف التقادم طبقاً للمادة 1/382 من القانون المدني هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع إلا أنها إن هي أوردت أسباباً لقيام هذا المانع أو نفيه فإن رقابة محكمة النقض تنبسط إلى هذه الأسباب إذا كانت تتطوى على مخالفة للقانون أو لا يكون من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها أو تكون الأدلة التي استندت إليها غير صالحة من الناحية الموضوعية للإقناع، وأن مخالفة الثابت بالأوراق التي تبطل الحكم هي تحريف محكمة الموضوع للثابت مادياً بها أو بناء حكمها على فهم حصلته مخالفاً لما أثبتته تلك الأوراق مادامت قد قدمت في

الدعوى تقديمًا صحيحًا بما لا يخل بحقوق الخصوم في الاطلاع على كنهاتها وما تحويه من أدلة قد تكون ذات أثر في النتيجة التي انتهت إليها في قضائها".

(طعن رقم 58 لسنة 78 ق جلسة 2009/12/9)

397- لا يجوز التمسك بالمانع لأول مرة أمام محكمة النقض :

المانع من المطالبة بالحق والذي يعتبر سببًا لوقف التقادم يقوم على عناصر واقعية يجب طرحها على محكمة الموضوع لنقول كلمتها فيها، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذي يعتبر سببًا لوقف التقادم عملاً بالمادة 382 من القانون المدني، يقوم على عناصر واقعية يجب طرحها أمام محكمة الموضوع لنقول كلمتها فيها، ولا يجوز عرضها ابتداءً على محكمة النقض. وإذ كان الثابت في الدعوى أن الطاعن لم يسبق أن تمسك بأي سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه، وكان الطاعن لم يقدم من جانبه ما يثبت أنه أثار هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإن النعى بهذا السبب يكون غير مقبول".

(طعن رقم 596 لسنة 35 ق جلسة 1972/3/25)

398- ثانياً : أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص من

حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع :

تنص الفقرة الثانية من المادة 382 مدني على أنه: "ولا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً".

أما المادة 974 مدني الواردة في الباب الخاص بالتقادم المكسب فتتنص على أنه "أياً كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه".

ويبين من هذين النصين أن هناك farkا بين التقادم المسقط والمكسب. ففى **التقادم المسقط** تسرى مدة التقادم التى تزيد على خمس سنوات فى حق القصر والمحجور عليهم حتى ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانونا من ولى أو وصى أو قيم. والحكمة من ذلك أن مدد التقادم التى لاتزيد على خمس سنوات تقوم على اعتبارات يستوى فيها القاصر والبالغ الرشيد، فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة للمدين ولا يتأثر بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها، وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات والتقادم فيها يقوم على قرينة الوفاء وعدم إرهاب المدين، وهذه الاعتبار متوافرة أيضا ولو كان الدائن قاصرا أو محجورا عليه، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والعمال والخدم والأجراء تتقادم بسنة واحدة، والتقادم يقوم فيها على قرينة الوفاء، وهذا الاعتبار قائم حتى ولو كان الدائن قاصرا. أما إذا كانت مدة التقادم المسقط تزيد على خمس سنوات فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور عليه له من يمثله قانونا أم لا، فإذا كان له نائب قانونى يتحدث عنه فى هذه الحالة لا يقف سريان التقادم، لأن الولى أو الوصى أو القيم ملزم بالمحافظة على حقوق من هم تحت رعايته وعليه أن يقطع مدة التقادم السارى ضدهم وأن يطالب بحقوقهم، فإذا ما قصر فى أداء هذا الواجب، كان مسئولا عن هذا التقصير. أما إذا لم يكن للقاصر من يمثله قانونا فى هذه الحالة يقف التقادم ويظل موقوفا إلى أن يعين له وصى أو قيم أو تكتمل أهليته القانونية.

أما التقادم المكسب فإنه يقوم على الغصب ويترتب عليه تجريد المالك عن ملكيته، ولهذا فقد عنى الشارع بحماية حقوق القصر والمحجور عليهم بأن نص فى المادة 974 مدنى على وقف سريان التقادم المكسب أيا كانت مدته، وعلى ذلك يقف سير التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة 969 مدنى فى حق القصر

والمحجور عليهم حتى تعود لهم أهليتهم القانونية، إلا أن ذلك كله مشروط بأن يكون هؤلاء الأشخاص ليس لهم من يمثلهم قانوناً فإذا وجد الولي أو الوصى أو القيم فإن التقادم المكسب يسرى في حقهم أياً كانت مدته لأن من واجب ممثلهم القيام بالإجراءات القاطعة للتقادم، فإن لم يفعل كان مسئولاً⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"استحدث المشروع حكماً هاماً بشأن وقف التقادم بالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها، تقضى بأن هذا الوقف لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وهؤلاء متى كان لهم من ينوب عنهم قانوناً (أنظر المادة 549 من التقنين البرتغالي). ذلك أن النائب يحل محل الأصيل المحجور، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، فإذا لم يفعل كان مسئولاً عن ذلك. أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصها من ينوب عنه فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل... فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسى هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها، ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة على أن هذا التعليل قد يكون محلاً للنظر من وجوه، ولذلك تحسن الإشارة إلى أن المشروع قصد من إيراد الحكم المتقدم ذكره إلى إفساح مجال الاختيار والتقدير. أما التقادم الحولى فقد بنى على قرينة الوفاء وهى تظل سلمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً.

ويراعى أن ما اعتور نصوص المادتين 84، 85 من التقنين المدنى الأهلى

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 139 وما بعدها.

من عيب في الصياغة أظهر من أن يحتاج إلى بيان⁽¹⁾.

وكان القانون المدني القديم يقضى في المادة 85 منه بوقف سريان التقادم ولو كان القاصر أو المحجور عليه له نائب يمثله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن التقنين المدني الحالي وإن قضى بالمادة 2/382 منه بأن التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات لا يسرى في حق من لا تتوفر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا فلا يقع وقف التقادم لمصلحته إذا كان له من يمثله اعتبارا بأن النائب يحل محل الأصل فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، إلا أن التقنين المدني القديم كان يقضى في المادة 85 منه بأن هذا التقادم لا يسرى في حق عديم الأهلية أو ناقصها على وجه الإطلاق فيقع الوقف لمصلحته ولو كان له نائب يمثله قانونا".

(طعن رقم 144 لسنة 34 ق جلسة 1967/10/17)

ويترتب على ذلك أنه إذا كان للقاصر أو المحجور عليه نائب يمثله ووقف سريان التقادم في ظل القانون المدني الملغى، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم العمل بالقانون المدني الجديد، وبذلك يزول سبب الوقف ويعود التقادم إلى السريان في حق القاصر أو المحجور عليه من تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد، أما إذا وقف التقادم في ظل القانون الملغى ولم يكن للقاصر أو المحجور عليه من يمثله قانوناً يظل التقادم موقوفاً حتى بعد العمل بالقانون المدني الجديد إلى أن يعين للقاصر أو المحجور عليه نائب وعندئذ يعود التقادم إلى السريان حتى ولو كان سبب نقص الأهلية قائماً⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 328.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 139 هامش (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدني القديم والقانون الحالى فإنه يجب طبقاً للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني أعمال نص القانون المدني القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدني الحالى".

(طعن رقم 144 لسنة 34 ق جلسة 1967/10/17)

2- "إنه وإن نصت المادة 2/382 من القانون المدني على أن التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات لايسرى فى حق من لا تتوفر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثلّه، مما مؤداه سريان التقادم فى حقه إذا كان له نائب يمثلّه قانوناً، إلا أن المادة 84 من القانون المدني القديم كانت تقضى بأن هذا التقادم لا يسرى فى حق عديم الأهلية أو ناقصها على وجه الإطلاق، ولو كان له نائب يمثلّه قانوناً، ومن ثم فإذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدني القديم والقانون الحالى، فإنه يجب وفقاً للمادة 2/7 من القانون المدني الحالى أعمال حكم المادة 84 من القانون المدني القديم بشأن وقف التقادم على المدة السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني الحالى. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى سريان التقادم فى حق الطاعنة خلال المدة من سنة 1935 إلى سنة 1947، وهى المدة التى كانت فيها قاصراً على أساس أنه كان لها نائب يمثلّها قانوناً، وذلك عملاً بالمادة 2/382 من القانون المدني الحالى، وكانت هذه المدة سابقة على العمل بأحكام هذا القانون. فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 28 لسنة 41 ق جلسة 1975/4/23)

كما كان التقنين المدني السابق يقصر حكمه على الشخص الذى لا تتوفر فيه الأهلية، ولكن الشارع فى التقنين الحالى ساوى فى هذا الخصوص بينه وبين

الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية لاتحاد العلة، حيث يقوم بالنسبة إلى أى من هؤلاء جميعاً مانع يتعذر معه عليه أن يطالب بحقه.

ولذلك نجد المادة 78 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال تنص على أنه: "يسرى على القوامة والوكالة على الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر"، ويسرى "على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء"، وذلك يقتضى أن تعامل أموال الغائب كأموال القاصر من حيث وقف التقادم حتى تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو الحكم باعتباره ميتاً فعندئذ يستأنف التقادم سيره ويستكمل مدته.

كما أن المادة 25 من قانون العقوبات تقضى بحرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من إدارة أمواله مدة سجنه، وبأن يعين لهذه الإدارة قيم تقرر المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته، وبأنه لا يستطيع التصرف فى أمواله إلا بإذن من هذه المحكمة. فمركزه شبيه إلى حد بعيد بمركز المحجور عليه، فضلاً عن كونه فى حالة استحالة قانونية تحول بينه وبين المطالبة بحقه، ومن ثم وجب إيقاف مدة التقادم بالنسبة إليه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 84 من القانون المدنى السابق - الذى بدأ التقادم فى ظله - والمادة 974 من القانون المدنى القائم، والفقرة الثانية من المادة 382 من هذا القانون الواردة فى شأن التقادم المسقط والتى تسرى على التقادم المكسب طبقاً للمادة 973 من القانون المذكور مفاد هذه النصوص أن القانون المدنى السابق وعلى ما جرى به فضاء هذه المحكمة قد وضع قاعدة عامة تقضى بأن التقادم المكسب للملكية بنوعيه لايسرى فى حق القاصر وتقف المدة بالنسبة إليه حتى

(1) محمد على عرفه ص 283.

يبلغ سن الرشد ولو كان له من يمثله قانوناً، أما القانون المدني القائم فإنه يقضى بأن التقادم المكسب أياً كانت مدته يسرى في حق القاصر إذا كان له نائب يمثله وهو حكم استحدثه المشرع مراعيًا فيه أن وجود النائب ينتفى معه المانع الذي يدعو إلى وقف التقادم، فإذا لم يكن للقاصر نائب يمثله فإن التقادم لا يسرى في حقه لأنه في هذه الحالة يقوم المانع الذي تتعذر معه المطالبة بالحق وهذا الحكم المستحدث ليس له أثر رجعي وإنما يسرى من وقت العمل بالقانون المدني القائم في 1949/10/15 وفقاً لما تنص عليه المادة السابعة من هذا القانون. ولما كان الطاعن الأول قد تحدى بأنه كان قاصراً عند شراء الماكينة "ماكينة الطحين والرى" محل النزاع في سنة 1931 وأنه لم يبلغ سن الرشد إلا في سنة 1944، وقضى الحكم المطعون فيه بأن المطعون عليه الأول قد تملك نصيب الطاعن المذكور في الماكينة بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة دون أن يعنى بمناقشة هذا الدفاع الجوهرى وبيان أثره على اكتمال مدة التقادم، لما كان ذلك فإن الحكم يكون معيباً بالقصور في التسبيب".

(طعن رقم 259 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/4)

وعلى ذلك فإن التقادم يقف بالنسبة للقصر حتى يبلغون سن الرشد. ويقف بالنسبة للمحجور عليهم حتى يزول سبب الحجر. ويقف التقادم ولو لم يعلن قرار الحجر، لأنه لا يجوز تعليق وقف التقادم على إتمام إجراءات لم يفرضها القانون⁽¹⁾.

399- وقف التقادم لا يتعدى ناقص الأهلية :

وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصي يتعلق به فلا يتعداه إلى غيره من كامل الأهلية الذين يسرى التقادم في حقهم مادام محل الالتزام قابل

(1) محمد كامل مرسى ص 352.

للانقسام. والمطالبة بتثبيت ملكية أرض على الشيوع هو طلب بطبيعته قابل للانقسام والتجزئة⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"كما كان وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصي متعلق به فلا يتعداه إلى غيره من كامل الأهلية الذين يسرى التقادم في حقهم مادام أن محل الالتزام قابل للانقسام، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم أن من بين الورثة المطعون ضدهم من كان قاصرا ومنهم من كان بالغاً رشيداً، وكان موضوع الدعوى تثبيت ملكيتهم لقطعة أرض على الشيوع فإن الطلب بطبيعته قابل للانقسام والتجزئة، ومن ثم فإن التقادم المكسب الطويل لا يقف إلا بالنسبة للقاصر منهم ويستمر سارياً بالنسبة للبالغ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وحجب نفسه عن تحقيق دفاع الطاعنين بتملكهم أرض النزاع بوضع يدهم عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بمقولة إن التقادم يقف بالنسبة لجميعهم يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 275 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/8)

صور لبعض الموانع من التقاضى :

400- (أ) العلاقة ما بين الأصيل والنائب :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 382 مدنى تنص فى عجزها على أنه: "وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب". فالعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم بصريح النص. ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل مادامت الوكالة قائمة، وذلك فى حدود أعمال الوكالة، كما يدخل

فيها العلاقة ما بين الولي أو الوصي أو القيم وكل من ناقص الأهلية أو المحجور عليه مادام القصر والحجر قائما، وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوي والمدير، مادامت صفة الإدارة قائمة وعلاقة المخدم بالخادم طوال مدة التعاقد إذ بين كل من أولئك وهؤلاء صلة تبعث على الاحترام أو الثقة أو الرهبة، يتعذر معها على صاحب الحق أدبيا أن يطالب بحقه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة 382 مدنى ما يأتى:

"... وتطبيقا لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه، ما بقيت الزوجية قائمة، وبين المحجور عليه ومن ينوب عنه قانونا، ما بقى هذا قائما على الإدارة، وبين الشخص المعنوي ونائبه، ما بقيت النيابة قائمة، وبين الموكل والوكيل، فيما يدخل فى حدود التوكيل، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى، صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة، يستحيل معها على الدائن أدبيا أن يطالب بحقه"⁽²⁾.

وتقدير وقف سير التقادم فى هذا الخصوص مسألة موضوعية يجب فيها بحث كل حالة على حدها، فمن واجب القاضى أن يبحث مدى هذه العلاقة وأن يقدر ما إذا كانت مانعة أو غير مانعة من المطالبة بالحق، لأن التقادم إنما شرع لمصلحة عامة وهى صيانة الأوضاع المستقرة، وعلى ذلك فإنه يجب مراعاة منتهى الدقة عند الحكم، فلا يقضى به القاضى إلا إذا توافر لديه قيام المانع الأدبى الذى تعذر على الدائن بسببه المطالبة بحقه.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

"إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر

(1) المستشار محمد على حسن ص 53.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 329.

الحساب بينهما لا يعتبر عائقا يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع، فلا يكون حكمها مخالفا للقانون".

(طعن رقم 60 لسنة 17 ق جلسة 1948/10/21)

أما بالنسبة لموظفى الحكومة ومستخدميها وهم يؤدون خدمات عامة فلا يمكن أن تكون علاقتهم مع الحكومة سببا لوقف سريان التقادم لأن الحكومة لا تسيطر على موظفيها السيطرة التى تبعث فى أنفسهم الرهبة التى تمنعهم من المطالبة بحقوقهم، هذا فضلا عن أنه قد أصبح للموظفين العموميين الحق فى مقاضاة الحكومة أثناء مدة خدمتهم أمام محكمة القضاء الإدارى إذا هى أخلت بالتزاماتها التى توجبها القوانين واللوائح، الأمر الذى يقطع بأن الصلة بين الحكومة وموظفيها لا تقوم على الرهبة أو الطاعة العمياء⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة لا يعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والمكافأة.

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن:

(أ) - "إذا كان اتهام المطعون ضده وقيام الدعوى الجنائية قبله وتقديمه للمحاكمة بشأن هذا الاتهام لا يعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والتعويض عن فصله بغير مبرر وبالتالي لا يصلح هو أيضا سببا لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقا للقواعد العامة فى القانون. وكان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده فصل من عمله لدى الطاعنة فى 1969/12/19 بينما أقام دعواه الحالية بالمطالبة بالأجر والتعويض عن الفصل بغير مبرر فى

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 137 - المستشار محمد على حسن ص 53.

1970/1/5 بعد انقضاء سنده بدءاً من وقف انتهاء عقد العمل وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم كنص المادة 698 من القانون المدني فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 396 لسنة 41 ق جلسة 1977/12/31)

(ب) - "جرى قضاء هذه المحكمة على أن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة بشأن هذا الاتهام وقيد الدعوى الجنائية قبله لا يعتبر مانعاً يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والمكافأة وبالتالي لا يصلح سبباً لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقاً للقواعد العامة في القانون".

(طعن رقم 912 لسنة 44 ق جلسة 1979/11/29)

2- اتخاذ العامل إجراءات الالتجاء إلى مكتب العمل ورفع الدعوى المستعجلة لإيقاف تنفيذ قرار فصله لا يعتبر مانعاً يتعذر معه رفع دعوى التعويض عن الفصل التعسفي.

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

"اتخاذ العامل إجراءات الالتجاء إلى مكتب العمل ورفع الدعوى المستعجلة لإيقاف تنفيذ قرار فصله لا يعتبر مانعاً يتعذر معه رفع دعوى التعويض عن فصله وبالتالي لا تصلح سبباً لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقاً للقواعد العامة في القانون إذ أن رفع الدعوى المستعجلة لا يمنع من رفع دعوى الموضوع التي لا يترتب على رفعها في هذه الحالة سقوط الطلب المستعجل ولا تعتبر إقامة دعوى التعويض عن الفصل التعسفي استمراراً للإجراءات السابقة بشأن وقف تنفيذ قرار الفصل ولا يتسع لها نطاقها".

(طعن رقم 735 لسنة 41 ق جلسة 1977/1/16)

(ب) المانع القانوني من المطالبة بالحق :

قد يكون المانع من المطالبة بالحق قانونياً، ومثل ذلك حالة اتحاد الذمة، فإذا أصبح الحائز مالكا فترة من الزمن، ثم زالت عنه الملكية بأثر رجعي لسبب من الأسباب، كما لو اشترى العقار من المالك ثم أبطل أو فسخ عقد البيع، فإن التقادم يقف طوال هذه الفترة التي تحقق اتحاد الذمة في خلالها فلا تدخل في حساب مدة التقادم. ولا يعترض على هذا بأن الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ يعنى أن الحائز لم يكن مالكا قط وأن الملكية ظلت للبائع لم تنزل عنه، وبالتالي يعتبر اتحاد الذمة أنه لم يتحقق، لأن فكرة الأثر الرجعي افتراض يلجأ إليه الشارع في ضوء ظروف التعاقد والنية المحتملة للمتعاقدين كي ينظم مصير التصرفات التي ترد على الشيء محل العقد أثناء الفترة التي قام العقد خلالها، ومن ثم ينحصر الأخذ بهذه الفكرة في هذا النطاق، فلا ينطبق في خصوص التقادم⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن المادة 382 ما يأتى:

"وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة. فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالا مستندا وعاد الدين إلى الوجود، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التي تحقق الاتحاد في خلالها"⁽²⁾.

(ج) المانع الاتفاقى:

وهذا المانع الاتفاقى، يتم بناء على اتفاق بين صاحب الحق والحائز، كأن يتفق الطرفان على مهلة ليقدم صاحب الحق إلى الحائز بعض المستندات التي

(1) عبد المنعم الصده ص 603 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 372 - محمد وحيد الدين سوار ص 652 - وقارن منصور مصطفى منصور ص 410 هامش (2) إذ يرى أن شراء الحائز العقار الذى يحوزه من مالكة يعتبر إقرارا ضمنيا منه بحق المالك يترتب عليه قطع التقادم، وبالتالي لا محل للقول بالوقف في هذه الصورة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 329.

يبين منها صدق ادعائه.

(د) جهل صاحب الحق بوجود حقه :

إذا كان صاحب الحق يجهل وجود حقه، من غير تقصير منه، فإن مدة التقادم تحسب من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه. فيجب أن تقوم مبررات معقولة تدعو صاحب الحق لأن يجهل حقه جهلاً تاماً. وعندئذ يتحقق المانع من المطالبة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره. فإذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه في جهله باغتصاب ملكه، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر أن مدة التقادم لا تحتسب في حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه".

(طعن رقم 7 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/22)

2- "المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ويكون ناشئاً عن تقصيره لا يوقف سريان التقادم. وإذا كان الحكم قد خلص إلى أنه وإن كانت الخطابات قد ردت إلى الشركة - رب العمل - (وهى الخطابات المرسلة للعامل لاستئناف عمله، ثم بإذاره بالعودة للعمل. ثم بإخطاره بفسخ العقد) لأن الطاعن - العامل - "عزل من مسكنه ولم يترك عنوانه" إلا أن الطاعن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم العلم بمضمون هذه الخطابات، لأنه ترك مسكنه الذى أبلغ به الشركة، وغادر البلاد، دون أن يخطر بها كتابة بتغييره إلا بعد فسخ العقد، وإذا عمل الحكم الأثر القانونى لهذه الإخطارات ورتب على ذلك عدم وقف التقادم المنصوص عليه فى المادة 698 من القانون المدنى، فإنه يكون قد طبق القانون

تطبيقا صحيحا".

(طعن رقم 462 لسنة 35 ق جلسة 1972/1/19)

على أنه يجب التحرز من التوسع فى الأخذ بهذه الفكرة كسبب لوقف التقادم. وقد وجه الفقه الفرنسى نقده إلى ما ذهبى إليه محكمة النقض الفرنسية من أن التقادم يقف إذا كان صاحب الحق معذورا بالواقعة التى تخوله المطالبة بحقه، إذ أن اعتبار هذا الجهل سببا للوقف يكاد يهدم نظام التقادم، حيث أنه لا يتم التقادم عملا ضد أشخاص يكونون على بينة من الاعتداء الواقع على حقوقهم وإنما يتم ضد هؤلاء الذين يجهلون مثل هذا الاعتداء. لاسيما وأن أساس التقادم هو استقرار المراكز الواقعية التى ظلت مدة معينة، بصرف النظر عما إذا كان صاحب الحق يعرف الاعتداء الواقع على حقه أم يجهله⁽¹⁾.

(هـ) مفاوضات الصلح:

استقر الفقه والقضاء على اعتبار مفاوضات الصلح سببا لوقف سير التقادم، لأن مثل هذه المفاوضات قد تتطلب تبادل المستندات بين الطرفين ثم حجز مستندات كل طرف بمعرفة الطرف الآخر للاطلاع عليها وبحثها أو لعرضها على بعض رجال القانون مما يستلزم بعض الوقت، وقد يعمد المدين فى أثناء ذلك إلى المماطلة والتسويق فى البحث أو إعطاء رأى حاسم فى الموضوع أو فى رد المستندات فمن العدل والمنطق أن يوقف سريان مدة التقادم أثناء ذلك⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه وإن كانت المادتان 274 و 275 من قانون التجارة البحرى تشترطان لقبول دعوى المسؤولية التى يرفعها المؤمن له على المؤمن بخصوص تلف البضاعة أن

(1) عبد المنعم الصده ص 601 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 138.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 138 - المستشار على أحمد حسن ص 54 وما بعدها.

يقوم المؤمن له بعمل احتجاج فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ تسلم البضاعة على أن يتبع ذلك برفع الدعوى فى خلال واحد وثلاثين يوما من تاريخ هذا الاحتجاج، إلا أنه من المقرر أن المفاوضات الدائرة بين الطرفين توقف ميعاد رفع الدعوى، ولا يستأنف الميعاد سيره إلا من تاريخ حبوط المفاوضات بإفصاح المؤمن بشكل قاطع جازم من عدم مسؤوليته عن تلف البضاعة".

(طعن رقم 397 لسنة 29 ق جلسة 1964/3/26)

401 - الإفلاس لا يوقف التقادم:

حالة الإفلاس لا يترتب عليها وقف سريان التقادم بالنسبة لحقوق المفلس ضد الغير أو حقوق الدائنين ضد المفلس، لأن حكم الإفلاس لا يمنع دائنى المفلس من اتخاذ الإجراءات القانونية التى تقطع التقادم، فإذا أرادوا الحصول على حقوقهم من أموال المفلس فما عليهم إلا التقديم فى التقلية بديونهم وعرضها على التحقيق، وفى هذه الحالة يعتبر التقديم بالدين بمثابة إقامة الدعوى للمطالبة به ويترتب عليه ذات الآثار وفى مقدمتها قطع التقادم، وسريان الفوائد القانونية غير أن هذه الفوائد لا تسرى فى مواجهة جماعة الدائنين وإنما فى مواجهة المفلس وحده بحيث يجوز للدائنين مطالبته بها بعد قفل التقلية.

أما دعاوى المفلس ضد مدينه فيباشرها أمين التقلية، واجب هذا الأخير المطالبة بحقوق المفلس وقبضها والتخالف عنها⁽¹⁾.

402 - الأثر الذى يترتب على وقف التقادم:

1- ضم المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة له:

يترتب على وقف التقادم، أن المدة التى وقف التقادم خلالها لا تحسب ضمن

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 134 - السنهورى ص 1420 هامش (2) - محمد كامل

مرسى ص 373 وما بعدها.

مدة التقادم، وإنما تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة. فالمدة السابقة على الوقف تبقى معلقة حتى يزول سببه، فإذا زال يعود سريان المدة، وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة. فلو فرضنا أن مدة التقادم هي خمس عشرة سنة وترك المالك عقاره في يد الحائز دون أن يطالب به مدة عشر سنوات، ثم توفي، وورثه قاصر لم يعين له وصى، وقف سريان التقادم من تاريخ وفاة المورث حتى تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد، فإذا بلغ القاصر سن الرشد، بعد سنتين من وفاة المورث، فإن مدة وقف التقادم تكون منحصرة في هذه الفترة، وبانقضائها يبقى أمام الوارث خمس سنوات، يستطيع أن يطالب في خلالها بحقه، فإذا انقضت دون مطالبة، اكتسب الحائز ملكية العقار بالتقادم⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد رُئى أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص، فالفترة التى يقف التقادم فى خلالها لا تحتسب ضمن المدة المسقطه (المادة 205 من التقنين الألمانى)⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"القاعدة الصحيحة فى احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التى وقف سيره خلالها ضمن مدة التقادم وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة".

(طعن رقم 451 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/19)

ويختلف الوقف عن الانقطاع فى أمرين :

الأول: أنه يترتب على انقطاع المدة ضياع ما فات منها، وإعادة سريان المدة

(2) السنهاورى ص 1423 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 653.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 329.

من جديد.

الثاني: أنه قد يترتب على الانقطاع فى بعض الحالات تغيير شروط التقادم ومواعيده، أما الوقف فلا يغير هذه الشروط والمواعيد، فإذا زال سبب الوقف عاد نفس التقادم فى السريان من جديد⁽¹⁾.

403- الوقف مقصور على من تقرر لصالحه :

لا يتمسك بوقف سير التقادم إلا الشخص الذى تقرر الوقف لصالحه، كما لا يسرى الوقف إلا على الأشخاص الذين خول القانون التمسك ضدهم به. وعلى ذلك لا يجوز لأحد الشركاء على الشيوع أن يتمسك بوقف التقادم لسبب خاص يتعلق بالشريك الآخر وكذلك إذا تقرر وقف التقادم لصالح صاحب حق الانتفاع فلا يستفيد من ذلك مالك الرقبة.

وإذا وقف سير التقادم لصالح أحد الدائنين المتضامنين بأن كان مثلاً ناقص الأهلية وليس له من يمثله قانوناً، فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون باقى الدائنين المتضامنين ممن لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم، لأن أسباب وقف التقادم تقوم على اعتبارات ذاتية، وعلى ذلك فيقتصر الأثر على من قام بشخصه سبب الوقف⁽²⁾.

ولا يستفيد خلفاء من لا أهلية له من وقف التقادم الحاصل لمصلحته.

404- حالة عدم قابلية الحق للانقسام :

إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى أنه إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للتجزئة

(1) محمد كامل مرسى ص 376.

(1) محمد كامل مرسى ص 376 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 142 وما بعدها.

أن يقف التقادم بالنسبة إلى الآخرين.

وكذلك أيضا فإنه لما كان حق الارتفاق غير قابل للتجزئة فقد نصت المادة 20/1027 مدنى على أنه إذا ملك العقار المرتفق به عدة شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم⁽¹⁾.



(2) محمد كامل مرسى ص 377 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 143 - عيد المنعم الصده ص 607.

مادة (975)

1- ينقطع التقادم المكسب إذا تخلص الحائز عن الحياة أو فقدها ولو بفعل الغير.

2- غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحياة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد.

الشرح

405- المقصود بانقطاع التقادم:

Interruption de la prescription أن تسقط مدة التقادم السارية بسبب معين. فإذا بدأ بعد ذلك سريان التقادم كان هذا تقادماً جديداً لا تحسب فيه المدة السابقة على الانقطاع ، وهذا هو الفارق بين وقف التقادم وانقطاعه إذ أنه بعد زوال سبب الوقف يعود التقادم يسرى كما كان فتدخل في حساب مدته الفترة السابقة على الوقف⁽¹⁾.

406- أسباب قطع التقادم:

رأينا أن المادة 973 مدني تنص على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب.

وأسابب الانقطاع هذه التي نص عليها في التقادم المسقط يطلق عليها (الانقطاع المدني).

ثم نصت المادة 975 الواردة في التقادم المكسب على سبب لقطع التقادم المكسب لا مقابل له في التقادم المسقط وهو زوال الحياة. ويطلق على هذا السبب

(1) عبد المنعم الصده ص 607 - منصور مصطفى منصور ص 411.

(الانقطاع الطبيعى).

ونعرض لأسباب قطع التقادم بالتفصيل فيما يلى.

أولاً: الانقطاع المدنى للتقادم

407- النص القانونى:

المادة 383 مدنى:

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن بقبول حقه فى تقليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى.

فهذه المادة تنص على أسباب قطع التقادم وهى:

- 1- المطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.
 - 2- التنبيه.
 - 3- الحجز
 - 4- الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليس أو فى توزيع.
 - 5- أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى.
- ونعرض لهذه الأسباب تفصيلاً فيما يلى.

(السبب الأول)

(المطالبة القضائية)

408- المقصود بالمطالبة القضائية:

المقصود بالمطالبة القضائية صحيفة الدعوى، التى تتضمن مطالبة صاحب الحق بحقه. فهى عبارة عن صحيفة الدعوى التى يوجهها صاحب الحق العينى أو

نائبه إلى الحائز أو نائبه، والتي يتوافر فيها معنى طلب الحق المراد استرداده. **ويجب التوسع في معنى المطالبة القضائية**، فهذه العبارة تشمل كل طلب يقدم أمام القضاء. ومن ثم ينصرف معناها أيضا إلى المطالبة بهذا الحق من طريق طلب عارض يتقدم به المدعى أو المدعى عليه أثناء نظر دعوى أصلية، أو من طريق اختصاص الغير، أو من طريق التدخل في الدعوى. ففي كل هذه الصور تتوفر المطالبة القضائية التي ينقطع بها التقادم، ولهذا وردت في نهاية النص عبارة عامة تفيد انقطاع التقادم بأى عمل يقوم به صاحب الحق للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى⁽¹⁾.

409- يجب أن يتوافر في المطالبة القضائية معنى الطلب الجازم بالحق الذي يراد استرداده:

لكى تكون المطالبة القضائية قاطعة للتقادم، يجب أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد استرداده.

فصحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعد قاطعة إلا فى خصوص هذا الحق وما التحقق به من توافره مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه، فإذا تغاير الحقان، أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر⁽²⁾.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى

(1) المستشار على أحمد حسن ص 62 - عبد المنعم الصده ص 611 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 413 - محمد كامل مرسى ص 252 وما بعدها.

(2) المستشار على أحمد حسن ص 62 وما بعدها.

يراد اقتضاؤه ولهذا فلا تعد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر. لما كان ذلك وكانت صحيفة دعوى إلغاء البروتستات لا تحمل معنى الطلب الجازم بالتعويض إذ اكتفى الطاعن فيها بأن يحتفظ لنفسه بالحق في مطالبة المطعون عليهما بالتعويض عما أصابه من توقيع هذه البروتستات وكان هذا التعويض لا يعتبر من توابع طلب إلغاء البروتستات الذي كان مطلوبا في الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديده إذ أنه لا يجب بوجوبه ولا يسقط بسقوطه، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(طعن رقم 432 لسنة 42 ق جلسة 1976/12/14)

2- "يشترط في المطالبة القضائية التي تقطع التقادم المكسب أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذي يراد استرداده فإن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعد قاطعة إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه. فإذا تغاير الحقان، أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر وإذ كان الواقع أن المطعون عليهم الستة الأول أقاموا ضد الطاعن الدعوى رقم... لسنة.... مدنى كلى القاهرة وطلبوا بصحيفتها المعلنه إليه فى 19/5/1953 الحكم بثبوت ملكيتهم لحصة فى المنزل. ثم عدلوا طلباتهم فى 11/3/1957 إلى طلب بطلان الحكم برسو مزاد المنزل على الطاعن بالنسبة لهذه الحصة استنادا إلى أن إجراءات نزع الملكية قد اتخذت ضد وصى عليهم بعد عزله، وهو ما يفيد نزولهم عن الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى، وكان الحق موضوع تلك الطلبات المعدلة يغاير الحق فى ملكية الحصة موضوع النزاع والمدعى اكتسابها بالتقادم، فإنه يترتب على ذلك

التعديل زوال أثر الصحيفة فى قطع التقادم، ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن، والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا فى سريانه. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون "

(طعن رقم 142 لسنة 40 ق جلسة 1978/2/2)

3- "يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة له إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للآخر، وإذ كانت صحيفة الدعوى السابقة لا تحمل معنى الطلب الجازم بمتأخر الأجر والعمولة والمنحة السنوية التى يطالب بها الطاعن فى دعواه الحالية وكانت هذه الحقوق لا تعتبر من توابع طلب إلغاء قرار فصله الذى كان مطلوبا فى الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديده فإن تلك الدعوى لا يكون من شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة إلى هذه الحقوق إذ أنها لا تجب بوجوبه ولا تسقط بسقوطه".

(طعن رقم 435 لسنة 42 ق جلسة 1978/4/22)

4- "المطالبة القضائية التى تقطع مدة التقادم هى المطالبة الصريحة الجازمة أم القضاء بالحق الذى يراد اقتضاؤه. ولما كانت مطالبة البنك الطاعن من القضاء بتسليمه صورة تنفيذية ثانية من أمر الأداء السابق صدوره لصالحه على المطعون ضدهما - وإن كانت تمهد للتنفيذ به - إلا أنها لا تعتبر مطالبة صريحة بالحق المثبت فى أمر الأداء والمهدد بالسقوط، ولا تنصب على أصل الحق بل هى تعالج صعوبة تقوم فى سبيل الطاعن الذى فقد الصورة التنفيذية الأولى من أمر الأداء المشار إليه. فالحق فى استلام صورة تنفيذية ثانية يغاير الحق الصادر به الأمر، ومن ثم فلا أثر لهذه المطالبة به انقطاع مدة التقادم".

(طعن رقم 215 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/30)

5- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية أى الطلب المقدم فعلا للمحكمة الجازم بالحق الذى يراد استرداده فى التقادم المملك أو بالحق الذى يراد اقتضاؤه فى التقادم المبرئ من الحق أو ما ألحق به من توابعه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه".

(طعن رقم 1722 لسنة 50 ق جلسة 1984/4/17)

6- "النص فى المادة 383 من القانون المدنى على أن "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى أحد الدعاوى "يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المطالبة القضائية التى تقطع مدة التقادم هى المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا فإن صحيفة الدعوى المتضمنة المطالبة بحق ما لا تقطع التقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فإن رفع الدعوى بطلب أحدهما لا يترتب عليه انقطاع التقادم بالنسبة للحق الآخر إلخ".

(طعن رقم 1728 لسنة 52 ق جلسة 1986/4/22)

7- "مفاد النص فى المادتين 383، 384 من القانون المدنى أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى أو إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً، وأن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبه صريحة جازمة بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لاستصدار حكم بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به، كما أنه يشترط فى الإجراء القاطع للتقادم إذا صدر من الدائن أن يكون

فى مواجهة مدينه للتمسك بحقه قبله وذلك أثناء السير فى دعوى مقامة من الدائن أو من المدين وتدخل الدائن خصما فيها، أما إذا صدر الإجراء من المدين فيشترط أن يتضمن إقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن، لما كان الطاعنان قد تمسكا بتملكهما عين النزاع - والتي يطالب المطعون ضده بريعتها - بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، وكانت الدعوى 536 سنة 1977 مدنى أرمنت الجزئية التى أقامتها الطاعنة الأولى على المطعون ضده بطلب الحكم بصورية عقده المسجل برقم 4991 سنة 1967 شهر الأقصر صورية مطلقة بالنسبة للمساحة المبينة بتلك الدعوى ليس من شأنها أن تقطع سريان التقادم السارى لمصلحة الطاعنين بتملكهما الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المكسب، باعتبار أن هذا التقادم لا ينقطع بعمل من قبل الحائز بل بالطلب من صاحب الحق الواقع فعلا للمحكمة والجازم بالحق الذى يرد استرداده.... الخ".

(طعن رقم 7919 لسنة 63 ق جلسة 1994/10/25)

8- "المقرر أن التقادم ينقطع وفقا لحكم المادة 383 من القانون المدنى بالمطالبة القضائية أو بكل إجراء يقوم به الدائن للمطالبة بحقه فى مواجهة مدينه أمام الجهة التى أناط بها الشارع الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنه ويترتب عليه ذات آثار تلك المطالبة".

(طعن رقم 1443 لسنة 61 ق جلسة 2000/5/9)

وترتيباً على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن :

"المطالبة أمام القضاء المستعجل بتسليم صورة تنفيذية من السند التنفيذى وإن كانت تمهد للتنفيذ إلا أنه لا يستنتج منها المطالبة الصريحة بالحق المهدد بالسقوط ولا تنصب على أصل الحق، إذ هى تعالج صعوبة تقوم فى سبيل صاحب الحق الذى فقد سنده التنفيذى فلا أثر لها فى انقطاع سير التقادم".

(طعن رقم 451 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/19)

وإذا رفع المدعى دعوى موضوعية أمام القضاء المستعجل، وحكمت المحكمة المستعجلة فيها بعدم الاختصاص لتعلق النزاع بأصل الحق، فتعتبر صحيفة الدعوى قاطعة للتقادم، لأننا لسنا هنا بصدد طلب الحكم باتخاذ إجراء وقتي، بل إن المدعى يبغي من رفع الدعوى المطالبة بأصل الحق، ولكنه رفع دعواه خطأ أمام القاضى المستعجل، وعلى ذلك تحدث هذه الصحيفة أثرها القاطع للتقادم بالنسبة لموضوع الحق المراد اقتضاؤه، شأنها فى ذلك شأن أى دعوى رفعت أمام محكمة غير مختصة نوعياً⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إزالة السد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة السد، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طالبا بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة. والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضى الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم لأنه لا يودى إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلا يستنتج منه معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة بالحق المراد اقتضاؤه - هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضى طالبا خاصا بموضوع منع التعرض".

(طعن رقم 25 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/13)

410- المطالبة الجزئية بالحق:

المطالبة بجزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقي هذا الحق مادام أن هذه المطالبة الجزئية تدل فى ذاتها على قصد صاحب الحق فى التمسك بكامل

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 164 - السنهورى ص 1428 - المستشار على محمد

حقه وكان الحقان غير متغايرين بل يجمعهما مصدر واحد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المطالبة بجزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقي هذا الحق مادام أن هذه المطالبة الجزئية تدل في ذاتها على قصد صاحب الحق في التمسك بكامل حقه وكان الحقان غير متغايرين بل يجمعهما مصدر واحد".

(طعن رقم 1633 لسنة 54 ق جلسة 1989/2/22)

411- يجب أن تكون الدعوى بين نفس الخصوم:

يجب أن تكون الدعوى التي يترتب عليها قطع التقادم مرفوعة من الخصم الذي يسرى التقادم ضده أو من وكيله ضد من يسرى التقادم لصالحه أو وكيله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المفهوم من نص المادتين 82، 205 من القانون المدني القديم أن الشارع قد شرط أن يتوفر في الورقة التي تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة الجازم بالحق الذي يراد استرداده في التقادم المملك أو المراد انقضاؤه في التقادم المبرئ من الدين. فإذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك (المطعون عليها الأولى) أقامت دعوى سنة 1926 ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطنان قضى فيها ابتدائيا برفضها ولما استأنفته قضى في 17 فبراير سنة 1931 بإلغاء الحكم المستأنف وبتثبيت ملكيتها للقدر الذي تدعيه فرفع الطاعن التماسا عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ 10 يناير سنة 1923 بعدم قبوله، وقد ظل واضعا يده على هذه الأطنان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها حتى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليهما في 9 فبراير سنة 1947 بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك مؤسسا دعواه على اكتمال تقادم

جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف فى 17 فبراير سنة 1931 - فإن هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التى يسرى التقادم ضدها. وإذ كان الالتماس مرفوعا من الطاعن فإنه لا يكون له أثر فى قطع هذا التقادم ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 118 لسنة 25 ق جلسة 1959/6/25)

2- "الأصل فى الإجراء القاطع للتقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون متعلقا بالحق المراد اقتضاؤه، ومتحدا بين نفس الخصوم بحيث إذا تغاير الحقان أو اختلف الخصوم لا يترتب عليه هذا الأثر".

(طعن رقم 462 لسنة 35 ق جلسة 1972/1/19)

3- المانع الذى يقف به سريان التقادم طبقا للمادة 1/382 من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية - هو الذى يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا، وأن المطالبة القضائية التى تقطع التقادم طبقا للمادة 382 من القانون المدنى هى التى ترفع ممن يسرى التقادم ضده على من يسرى التقادم لصالحه سواء فى صورة دعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض، فإذا رفعت على غيره ليست له صفة فى تمثيله فلا تقطع التقادم بالنسبة له.

(طعن رقم 687 لسنة 45 ق جلسة 1981/11/29)

4- "الأصل فى الإجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقا بالحق المراد اقتضاؤه ومتخذا بين نفس الخصوم بحيث إذا تغاير الحقان أو اختلف الخصوم لا يترتب عليه هذا الأثر، وأن الدعوى كإجراء قاطع للتقادم لا يتعدى أثرها من رفعها ومن رفعت عليه".

(طعن رقم 198 لسنة 57 ق جلسة 1996/4/23)

5- "المقرر أن التقادم ينقطع وفقا لحكم المادة 383 من القانون المدنى بالمطالبة القضائية أو بكل إجراء يقوم به الدائن للمطالبة بحقه فى مواجهة مدينه أمام الجهة التى أناط بها الشارع الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنه ويترتب عليه ذات آثار تلك المطالبة".

(طعن رقم 1443 لسنة 61 ق جلسة 2000/5/9)

وينبنى على ذلك أنه يجب أن ترفع الدعوى على صاحب الصفة، فإذا رفعت على غيره ثم أدخل صاحب الصفة، فلا ينقطع التقادم إلا من تاريخ إدخال الأخير. **وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1990/1/29 فى الطعين رقمى 1835، 1849 لسنة 56 ق بأن:**

"وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه يشترط فى الإجراء القاطع للتقادم- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يتم بالطريق الذى رسمه القانون وفى مواجهة المدين. لما كان ذلك. وكانت الهيئة العامة للبريد هى طبقا لقرار رئيس الجمهورية رقم 458 لسنة 1966 بتعديل بعض أحكام القرار الجمهورى رقم 710 لسنة 1957 الخاص بإنشاء هيئة البريد، هيئة عامة فى تطبيق القانون رقم 61 لسنة 1963 بإصدار قانون الهيئات العامة ويمثلها أمام القضاء رئيس مجلس إدارتها، وكان الثابت فى الدعوى أن مورث المطعون ضدها قد أقام دعواه ابتداء ضد وزير المواصلات بصفته الرئيس الأعلى لهيئة البريد يطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدى له مبلغ 1839.350 جنيه تعويضا عن الطرود المفقودة ثم صحح شكل الدعوى باختصاص رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للبريد بجلسة 1977/3/19، وكان وزير المواصلات غير ذى صفة فى تمثيل الهيئة العامة للبريد، فإن الدعوى لا تعتبر مرفوعة فى مواجهة الهيئة الطاعنة صاحبة الصفة فى الخصومة إلا من ذلك التاريخ، لا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة 2/115 من قانون المرافعات

من أنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ذلك أن تصحيح الصفة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يجب أن يتم فى الميعاد المقرر قانونا ولا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعوى وبمدد التقادم. لما كان ذلك. وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه النظر وأيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من رفض الدفع المبدى من الطاعنة بسقوط دعوى المسؤولية بمضى أكثر من سنة من تاريخ النقل عملا بالمادة 104 من قانون التجارة تأسيسا على أن الدعوى رفعت بإيداع صحيفتها قلم الكتاب فى 1976/10/28 قبل انقضاء سنة على الوقت الذى كان يجب أن يتم فيه النقل وهو 1975/12/2 رغم رفعها على غير صفة وعدم اختصاص الممثل القانونى للهيئة الطاعنة إلا فى 1977/3/19 أى بعد مضى أكثر من سنة على تاريخ النقل، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

412- اعتبار عريضة أمر الأداء بديلة لصحيفة الدعوى :

تنص المادة 63 من قانون المرافعات - كما سنرى - على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومن ثم فقد رأى المشرع فى هذا القانون اعتبار الدعوى مرفوعة ومنتجة لكل آثارها بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب، وتمشيا مع هذا النهج لم يعد هناك ما يبرر النص فى المادة 208 منه على أن تقديم طلب أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم وأشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات بقولها "أسقط المشروع فى المادة 208 منه الفقرة الثانية من المادة 857 من القانون القائم التى تقضى بأن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم لأنه إذا كان ثمة ما يبرر وجود هذا الحكم فى القانون القائم فإن هذا المبرر

ينتفى بعد أن اتجه المشروع إلى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفة لقلم الكتاب، ولاشك بعد ذلك أن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى".

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن العريضة التي تقدم لاستصدار أمر الأداء تعتبر بديلة لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء ويترتب عليها كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى".

(طعن رقم 462 لسنة 54 ق جلسة 1987/12/24)

(طعن رقم 669 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/25 - منشور ببند 414)

413 - التحكيم:

تعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكمين كالدعوى العادية، فنقطع التقادم، ويعود التقادم إلى السريان عند انتهاء مأمورية المحكم. ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن إذا رفض الطلب أو حصل النزول عنه أو أبطل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مجرد تحرير مشاركة التحكيم والتوقيع عليها لا يقطع أيهما في ذاته مدة التقادم، لأن المشاركة ليست إلا اتفاقاً على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم، ولا يتضمن مطالبة بالحق أو تكليفا للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم وإنما يمكن أن يحصل الانقطاع نتيجة للطلبات التي يقدمها الدائن للمحكمين أثناء السير في التحكيم إذا كانت تتضمن تمسكه بحقه، لأن قانون المرافعات نظم إجراءات التحكيم على نحو يماثل إجراءات الدعوى العادية وألزم

(1) السنهاورى ص 1430 الهامش - محمد كامل مرسى ص 284.

المحكمين والخصوم باتباع الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم إلا إذا حصل إعفاء المحكمين منها صراحة، ما أوجب صدور الحكم منهم على مقتضى قواعد القانون الموضوعي".

(طعن رقم 577 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/30)

2- "إذا كانت مشاركة التحكيم لا تعتبر في ذاتها إجراء قاطعا للتقادم، إلا أنها إذا تضمنت إقرارا من المدين بحق الدائن كما لو اعترف بوجود الدين وانحصر النزاع المعروض على التحكيم في مقدار هذا الدين فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بسبب هذا الإقرار صريحا كان أو ضمنيا وليس يسبب المشاركة في ذاتها".

(طعن رقم 577 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/30)

414 - متى تعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة 63 من قانون المرافعات على أن: "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وتنص المادة 67 من ذات القانون على أن:

"يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه.

ومع ذلك يجوز في غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعى - متى طلب ذلك - أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب".

فالدعوى إذن تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفة قلم الكتاب وقبل إعلان

صحيفتها إلى الخصم. ويترتب على إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب قطع التقادم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يدل نص المادة 96 من قانون المرافعات السابق على أن الدعوى لا تعتبر مرفوعة ومنتجة لآثارها ومن بينها قطع مدة التقادم أو السقوط إلا من تاريخ إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه، واستثنى المشرع من هذه القاعدة أوامر الأداء نظرا لطبيعة إجراءاتها الخاصة، فنص في المادة 2/857 من ذات القانون على أنه يترتب على تقديم العريضة قطع التقادم، وظل الأمر على هذا الحال إلى أن صدر القانون رقم 100 لسنة 1962 الذي عدل المادة 75 من قانون المرافعات السابق على نحو جعل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد سداد الرسم كاملا قاطعا لمدة التقادم أو السقوط، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فظلت على ما كانت عليه، ولما صدر قانون المرافعات الحالي نص في المادة 63 منه على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومن ثم فقد رأى المشرع في هذا القانون اعتبار الدعوى مرفوعة ومنتجة لكل آثارها بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب، وتمشيا مع هذا النهج لم يعد هناك ما يبرر النص في المادة 208 منه - المقابلة للمادة 2/857 من قانون المرافعات السابق - على أن تقديم طلب أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم وأشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات بقولها "إذا كان ثمة ما يبرر وجود هذا الحكم في القانون القائم، فإن هذا المبرر لا يبقى بعد أن اتجه المشرع إلى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب، ولاشك بعد ذلك أن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى".

(طعن رقم 619 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/25)

415- رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يقطع التقادم:

تنص المادة 383 مدنى على أن:

"ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.... الخ".

والحكمة فى ذلك أن القواعد المتعلقة باختصاص المحاكم قد تكون من التعقيد بحيث يلتبس الأمر على صاحب الحق فيرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة. كما أن هذا الغلط من جانب صاحب الحق لا ينفى أنه برفعه الدعوى قد عقد النية على المطالبة بحقه. وهذه النية من جانبه هى أساس قطع التقادم⁽¹⁾. ويستوى أن تكون الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة محليا أو قيميا أو نوعيا.

ويذهب الرأى الراجح أن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ولانها يؤدى أيضا إلى قطع التقادم⁽²⁾، إذ لم يوجب القانون التفرقة فى هذا المجال، كما أن المادة 590 من المشروع التمهيدى كان تقيد هذا الأثر بأن يكون رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة من "جاء غلط مغتفر"، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة الأخيرة مما يفهم منه أن أثر صحيفة الدعوى فى قطع التقادم مطلق من كل قيد حتى يفرض الحكم فى الدعوى بعدم الاختصاص.

وبهذا الرأى قضت محكمة النقض. إذ ذهبت بتاريخ 1939/4/6 فى الطعن رقم 93 لسنة 8 ق إلى أن:

(1) محمد كامل مرسى ص 275 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 614.

(2) محمد كامل مرسى ص 256 - السنهورى ص 1433 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص

288 - عبد المنعم الصده ص 614.

"الأصل في الآثار التي تترتب قانوناً على إجراءات التقاضي أنها نسبية بين طرفي الدعوى بصفاتهم التي اتخذوها. فالأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه. فإذا أحال الدائن أجنبياً بدينه فرفع هذا الأجنبي الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة فقصت بعدم اختصاصها على أساس أن التحويل صوري، فاستأنف الحكم، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى، فحكمت المحكمة بالشطب، ثم رفع الدائن الأصلي الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية فدفع المدين بسقوط الحق في المطالبة بالدين بمضي المدة، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبي فيقطع التقادم بالنسبة لغيره".

416- امتداد الانقطاع طوال نظر الدعوى:

المقرر أن التقادم الذي ينقطع بالمطالبة القضائية يمتد طوال الوقت الذي يستغرقه سير الدعوى، بمعنى أن حق المدعى يبقى بمأمن من كل سبب يكون أساسه مضي الزمن، فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط الدعوى بالتقادم، أو يزول أثر صحيفتها بسبب من الأسباب الموجبة لذلك، فالتقادم يظل مقطوعاً ما بقيت الدعوى قائمة⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كانت المحكمة مع تسليمها برفع الدعوى التي لم تقيد لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى المرفوعة بشأنه فاعتبرت أن قطع التقادم الخمسى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته فإنها تكون قد أخطأت. إذا أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكماً خاصاً. فالتقادم الخمسى ينقطع برفع الدعوى ويظل هذا الانقطاع مستمراً مادام

(1) محمد على عرفه ص 289.

سببه قائما. وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط هي بالتقادم المسقط لها ومدته خمس عشرة سنة طبقاً لحكم المادة 82 من القانون المدنى، ومادامت هذه المدة لم تنقضى فيبقى أثر الانقطاع قائماً. فإذا تحركت الدعوى فى أثناءها فيكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به".

(طعن رقم 40 لسنة 14 ق جلسة 1944/11/23)

417- زوال أثر الانقطاع بسقوط أثر صحيفة الدعوى:

تنص المادة 2247 مدنى فرنسى على أنه: "إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل، أو ترك المدعى الخصومة، أو جعلها تسقط بمضى المدة، أو رفضت دعواه، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن". وليس فى التقنين المدنى المصرى مقابل لهذا النص، ولكنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، ولذلك جرى الفقه والقضاء على الأخذ به فى مصر⁽¹⁾.

ذلك أن انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية من جانب صاحب الحق مناطه أن تنتهى الدعوى بحكم يصدر لصالحه فى هذا الطلب. ومن ثم فكل سبب يودى إلى سقوط هذه المطالبة أو رفضها يلغى معها انقطاع التقادم.

وبالترتيب على ذلك يزول أثر انقطاع الخصومة فى الحالات الآتية:

(أ) - بطلان صحيفة الدعوى لعيب فى الشكل:

إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل، بأن شابها خطأ أو نقص فى بيان من بياناتها يترتب على إغفاله الحكم بالبطلان، أو رفعت دون التوقيع عليها أو على صورتها من محام مقرر أمام المحكمة، فإنه لا يترتب عليها أثر ومن ثم لا تقطع التقادم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه زوال أثرها في قطع التقادم".

(طعن رقم 495 لسنة 26 ق جلسة 1962/6/7)

2- "المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقاً للمادة 383 من القانون المدني إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب في الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم".

(طعن رقم 326 لسنة 40 ق جلسة 1975/5/20)

أما بطلان إعلان صحيفة الدعوى فلا يؤثر على صحة إيداع الصحيفة قلم الكتاب، باعتبار أن الإجراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الإجراء الصحيح السابق عليه".

(أنظر نقض طعن رقم 9215 لسنة 65 ق جلسة 1997/12/27)

(ب) - ترك الخصومة :

ذلك أنه طبقاً للمادة 143 مرافعات يترتب على ترك الخصومة إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى. ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن كان من شأن المطالبة القضائية الصريحة الجازمة بالحق الذى يراد اقتضاؤه أن تقطع مدة التقادم إعمالاً للمادة 383 من القانون المدني إلا أنه يترتب على الحكم بترك الخصومة فى دعوى المطالبة إلغاء جميع إجراءاتها وزوال الأثر المترتب على رفعها فى قطع التقادم".

(طعن رقم 8535 لسنة 64 ق جلسة 1996/3/31)

على أن ترك الخصومة إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة،

لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم، لأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة⁽¹⁾.

(ج) اعتبار الدعوى كأن لم تكن:

يزول أثر صحيفة الدعوى فى قطع التقادم إذا حكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن، ومثال ذلك:

1- إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب، وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى (مادة 70 مرافعات).

2- إذا تقرر شطب الدعوى، وانقضى ستون يوما ولم يطلب أحد الخصوم السير فى الدعوى، أو إذا لم يحضر الطرفان بعد السير فيها (مادة 1/82 مرافعات).

3- إذا قضت المحكمة بوقف الدعوى جزاء، ومضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير فى دعواه خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة (مادة 3/99 مرافعات).

(د) سقوط الخصومة:

لكل ذى مصلحة من الخصوم فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى (مادة 134).

ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع الخصومة بما فى ذلك رفع الدعوى (مادة 1/137 مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المطالبة القضائية القاطعة للتقادم وفقا لحكم المادتين 63 من قانون المرافعات و 383 من القانون المدنى إنما تتحقق بإجراء قوامه إيداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها إدارة كتاب المحكمة وينبنى على ذلك أن بطلان إعلان هذه الصحيفة، لا يؤثر على صحة ذلك الإجراء أو على الآثار التى يترتبها القانون عليه- باعتبار أن الإجراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الإجراء الصحيح السابق عليه وأن المطالبة على هذا النحو لا يزول أثرها إلا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو يقضى باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو انقضائها متى طلبت قبل التكلم فى الموضوع وفى غير هذه الأحوال فإن هذه المطالبة تبقى منتجة لآثارها الموضوعية والإجرائية إلى أن يقضى فى الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم".

(طعن رقم 9374 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/27)

(هـ) انقضاء الخصومة :

تنص المادة 140 من قانون المرافعات على أنه: "فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها.

ومع ذلك، لا تسرى حكم الفقرة السابقة على الطعن بطريق النقض".

وانقضاء الخصومة بمضى المدة هو إلغاؤها - بقوة القانون - وإلغاء جميع الإجراءات التى تمت فيها بسبب ركودها بغير مانع مادى أو قانونى مدة سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح بإشره أحد الخصوم، سواء كان سبب ركود الخصومة راجعا إلى المدعى أو المدعى عليه أو قلم الكتاب.

ومن ثم فإنه يترتب على القضاء بانقضاء الخصومة إلغاء صحيفة الدعوى، فيزول أثرها فى قطع التقادم، فيعتبر الانقطاع المبني عليها كأن لم يكن.

(و) رفض الدعوى :

الحكم برفض الدعوى يزيل أثرها فى قطع التقادم، فيعتبر الانقطاع المبنى عليها كأن لم يكن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "... على أنه إذ رفضت الدعوى - التى من شأنها قطع التقادم - فإن هذا الرفض يزيل أثرها فى قطع التقادم ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا فى سريانه".

(طعن رقم 256 لسنة 26 ق جلسة 1962/4/26)

2- "الحكم برفض الدعوى يؤدي إلى إلغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من الآثار ومنها قطع التقادم".

(طعن رقم 279 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/13)

3- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم برفض الدعوى يزيل أثرها فى قطع التقادم فيعتبر الانقطاع المبنى عليها كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا فى السريان، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى هذه النتيجة الصحيحة قانونا فإن ما استورد إليه من أسباب زائدة عن حاجة الدعوى لا يكون له أثر فى قضائه بحيث يضحى النعى عليها بالقصور أو التناقض - أيا كان وجه الرأى فيه - عديم الجدوى".

(طعن رقم 486 لسنة 38 ق جلسة 1974/12/28)

4- "المطالبة القضائية القاطعة للتقادم تحققها بإيداع صحيفة الدعوى إدارة الكتاب مستوفية لشرائطها بغض النظر عن إعلانها".

(طعان رقما 692 لسنة 67، 337 ق جلسة 2007/6/14)

5- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن

المطالبة القضائية التي تقطع التقادم عملاً بالمادة 383 من القانون المدني يستلزم صحة هذه المطالبة شكلاً وموضوعاً وهو ما لا يتحقق إلا بصدر حكم نهائي فيها بإجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه أما انتهاؤها بغير ذلك فإنه يزيل أثرها في قطع التقادم فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي بدأ قبل رفعها يستمر في سريانه".

(طعن رقم 4400 لسنة 77 ق جلسة 2008/11/22)

وإذا قضى برفض الدعوى ابتدائياً ورفع المحكوم ضده استئنافاً عن ذلك الحكم فإن التقادم يظل منقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى أمام محكمة الدرجة الثانية متى كان رافع الاستئناف هو الخصم المهدد بالتقادم، ويستوى في ذلك أن يكون هذا الاستئناف أصلياً أو مقابلاً، لأن المادة 383 من القانون المدني تنص صراحة على أن التقادم ينقطع بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى⁽¹⁾.

(ز) عدم قبول الدعوى:

يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى لسبب شكلي أو لأي سبب آخر يجعل رفعها سابقاً لأوانه، زوال جميع الآثار المترتبة على رفعها، الأمر الذي يستتبع حتماً زوال الأثر القاطع للتقادم⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"القضاء في الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر في قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبني عليها كأن لم يكن".

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 163 - المستشار علي أحمد حسن ص 70.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 162 - المستشار علي أحمد حسن ص 70.

(طعن رقم 366 لسنة 27 ق جلسة 1963/5/23)

418- القضاء بوقف الدعوى لا يترتب عليه زوال أثر إيداع الصحيفة؛

القضاء بوقف الدعوى لعدم تنفيذ قرار المحكمة عملاً بالمادة 2/99 مرافعات غير منه للخصومة فيها، ومن ثم لا يزول به أثر إيداع صحيفتها قلم الكتاب فى قطع التقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن؛

"إذا كان الثابت بالأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن المطعون ضدهم الستة الأوائل أقاموا الدعوى.... لسنة.... مدنى كلى جنوب القاهرة على الهيئة الطاعنة قبل اكتمال مدة التقادم المنصوص عليها فى المادة 172 من القانون المدنى حيث قضى بإيقافها لعدم تنفيذ قرار للمحكمة وهو قضاء لا تنتهى به الخصومة فى تلك الدعوى ومن ثم لا يزول به أثر إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة فى قطع التقادم".

(طعن رقم 1993، 2228 لسنة 67 ق جلسة 1999/6/15)

419- رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل لا يترتب عليه قطع التقادم؛

لا يترتب على رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل بطلب اتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى قطع التقادم، لأن القرارات التى يصدرها القاضى المستعجل فى المسائل الوقتية أو التحفظية ليس لها أى تأثير فى الموضوع أو أصل الحق إذ هى لا تحوز حجية الشئ المقضى به أمام محكمة الموضوع، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الطلب المستعجل ينصب على المطالبة بحق ما يريد المدعى استرداده ليقطع على خصمه مواعيد التقادم، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة أو دعوى

الحراسة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"دعوى الحراسة القضائية هي إجراء تحفظي مؤقت لا يمس موضوع الحق فهي بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز في قطع التقادم المكسب للملكية. والقضاء برفض الدعوى يؤدي إلى إلغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من آثار".

(طعن رقم 825 لسنة 44 ق جلسة 1979/6/4)

420- طلب الإعفاء من الرسوم القضائية لا يقطع التقادم :

طلب الإعفاء من الرسوم القضائية لا يعتبر من قبيل المطالبة القضائية ولو انتهى الأمر فيه إلى قبول الطلب لأن تقديمه إلى لجنة المساعدة القضائية لا يهدف إلا إلى الإعفاء من دفع الرسم المستحق قبل عرض النزاع على القضاء. ولا يترتب على صدور قرار الإعفاء طرح النزاع تلقائياً على المحكمة - وإنما ترخص به للطالب - إذا شاء - في رفع الدعوى بغير رسوم⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن الطلب المقدم للجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرسوم ليس من الإجراءات القضائية التي تقطع التقادم، إذ هو ليس فيه معنى التكليف بالحضور أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وإنما هو مجرد التماس بالإعفاء من الرسوم يقتضى استدعاء الخصم بالطريق الإداري للحضور أمام اللجنة لسماع أقواله في طلب الإعفاء. كما أنه ليس فيه معنى التنبيه الرسمي، إذ يشترط في هذا التنبيه أن

(1) محمد كامل مرسى ص 280 - السنهاورى ص 1428 - المستشار محمد عبد اللطيف ص

164.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 165 - المستشار على أحمد حسن ص 73.

يكون على يد محضر وبناء على سند واجب التنفيذ. وليس كذلك الحال فيه. وإذن فلا يعاب على الحكم ألا يعد طلب الإعفاء من الرسوم قاطعا للمدة، ولو كان الفصل فى هذا الطلب قد تأخر أمام اللجنة حتى فاتت مدة التقادم ولم يتسن لذلك رفع الدعوى فى الوقت المناسب، فإن صاحب الحق، وهو المطالب بالمحافظة عليه، قد كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت".

(طعن رقم 28 لسنة 12 ق جلسة 1942/11/26)

2- "الطلب المقدم إلى لجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرسوم ولو انتهى الأمر إلى قبوله لا يعد من الإجراءات القضائية التى تقطع التقادم إذ ليس فيه معنى المطالبة القضائية أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وإنما مجرد التماس بالإعفاء من الرسوم فحسب، كما أنه ليس فيه معنى التنبيه الذى يقطع التقادم لأنه يشترط فى هذا التنبيه أن يشتمل على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين. ولما كانت علاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها ليست علاقة تنظيمية أو لائحية تحكمها قواعد القانون العام وإنما هى علاقة عقدية تخضع للقانون الخاص وتتأى بهذا النزاع أصلا عن أعمال القواعد التى أملتها مقتضيات النظام الإدارى فى هذا الخصوص بالنسبة للمنازعات الناشئة عن روابط القانون العام، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن طلب المساعدة القضائية المقدم لجهة القضاء الإدارى لا يقطع التقادم يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 489 لسنة 41 ق جلسة 1976/6/12)

3- "طلب الإعفاء من الرسوم القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعتبر من قبيل المطالبة القضائية ولو انتهى الأمر فيه إلى قبول الطلب لأن تقديمه إلى لجنة المساعدة القضائية لا يهدف إلا إلى الإعفاء من دفع الرسم المستحق قبل عرض النزاع على القضاء، ولا يترتب على صدور القرار بقبول الطلب طرح النزاع تلقائيا على المحكمة وإنما ترخص بها للطالب - إذا

شاء- فى رفع الدعوى بغير رسوم. وبذلك يبين أن طلب الإعفاء من الرسوم شىء ورفع الدعوى على المدين فعلا لإكراهه على الوفاء بالحق لدائنه شىء مغاير، ولئن اتجه القضاء الإدارى فى أحكامه إلى أن طلب الإعفاء من الرسوم يجمع بين طبيعة التظلم الإدارى بالإفصاح عن الشكوى وبين التظلم القضائى برفع الدعوى إلا أن هذه الطبيعة الإدارية تغاير طبيعة الحقوق المدنية التى تحكمها القواعد الموضوعية المدنية".

(طعن رقم 114 لسنة 44 ق جلسة 1977/5/2)

421- التظلمات المرفوعة إلى السلطات أو الهيئات الإدارية لا تقطع

التقادم:

لا تعتبر التظلمات المرفوعة إلى السلطات أو الهيئات الإدارية قاطعة للتقادم، وكذلك الطلبات الحاصلة بالطرق الدبلوماسية، لأن هذه الطلبات لا تعتبر مطالبة قضائية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 283 من التقنين المدنى أن التقادم إنما ينقطع بالمطالبة القضائية التى يقصد بها مطالبة الدائن بحقه أمام القضاء إن لم يكن بيده سند تنفيذى ويستوى أن ترفع الدعوى إلى محكمة قضائية بالمعنى المفهوم لهذا الاصطلاح أو أن تكون جهة إدارية خصها القانون بالفصل فى النزاع، وكان البين من نصوص المواد 188 وما بعدها من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 أن مكتب العمل جهة إدارية ليست مختصة بالفصل فى النزاع أو

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 167 - المستشار على أحمد حسن ص 73- السنهورى ص 1429 وعكس ذلك المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 87 لسنة 16 ق جلسة 1971/12/26، الطعن رقم 1434 لسنة 13 ق جلسة 1978/12/31.

الحق المطالب به بل تقتصر مهمته على محاولة تسوية هذا النزاع بما مؤداه أن الشكوى المقدمة من العامل إلى ذلك المكتب لا تعتبر مطالبة قضائية بالمعنى الذى أفصح عنه المشرع".

(طعن رقم 755 لسنة 46 ق جلسة 1981/11/8)

أما المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى مثل لجان الضرائب فيترتب عليها قطع التقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن الشارع فى المادة 19 من الأمر العالى الصادر فى 22 من فبراير سنة 1894 فى شأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخصوصية وما يتعلق بها قد رأى - مراعاة لمصلحة الزراعة وما يقتضيه ذلك من وجوب حماية المساقى من تعدى أحد المنتفعين بها بغير حق إضراراً بجيرانه - أن يجيز لمن لحقه ضرر من عبث بمسقى أو بمصرف أن يلجأ إلى الجهات الإدارية، وخول هذه الجهات سلطة الفصل فى إعادة الحالة إلى أصلها بالطرق الإدارية إثارة للسرعة التى تقتضيها الحال. وإذن فهذه الجهات تكون مختصة هى والمحاكم بالفصل فى دعاوى وضع اليد المتعلقة بذلك، والشكوى التى تقدم إلى إحدى هذه الجهات متضمنة طلب منع التعرض تقطع مدة سقوط دعوى منع التعرض".

(طعن رقم 25 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/13)⁽¹⁾

(1) وكانت المادة 84 من القانون رقم 17 لسنة 1983 بشأن إصدار قانون المحاماة تخول المحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق كتابة = عليها أن يقدم إلى النقابة الفرعية التى يتبعها طلباً بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره (م/184) وتتولى اللجنة الوساطة بين المحامى وموكله، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين

422- عدم انقطاع التقادم بتقديم الطلب إلى لجنة التوفيق

المنصوص عليها في القانون رقم 7 لسنة 2000:

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"قضاء الحكم المطعون فيه باعتبار تقديم الطلب إلى لجنة التوفيق في المنازعات قاطعا للتقادم على سند من أنه من قبيل المطالبة القضائية وأن إقامة الدعوى تمت قبل اكتمال مدة التقادم خطأ ومخالفة للقانون".

(طعن رقم 2075 لسنة 79 ق جلسة 2011/6/27)

يوما على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة (م1/284)

ومفاد ذلك أن تقديم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامي تتعقد به الخصومة القضائية بينه وبين موكله وتترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس نقابة المحامين من المحامي أو الموكل عند الخلاف بينهما على قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إعلان بخصومة تترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة 383 من القانون المدني وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر مهدرا الأثر القانوني المترتب على تقديم الطلب بتقدير الأتعاب إلى نقابة المحامين في قطع التقادم المنصوص عليه في المادة 376 من القانون المدني فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 241 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/4)

(ذات المبدأ: طعن رقم 51 لسنة 26 ق جلسة 1961/6/8 - طعن 299 لسنة 30 ق جلسة

1965/3/18)

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 5 يونية سنة 1999 في القضية رقم 153 لسنة 19 قضائية "دستورية" بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (84) سالفه الذكر ويسقط كل من فقرتها الثالثة والمادة (85) من ذات القانون. وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ 1999/6/17 العدد (24).

423- واجب المحكمة فى بحث أسباب الانقطاع:

يكفى أن يدفع أمام المحكمة بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم ومن ثم يكون للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا تبينت سببه من أوراق الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "حسب المحكمة أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعته أوراق الدعوى بقيام سببه".

(طعن رقم 24 لسنة 30 ق جلسة 1964/12/3)

2- "تنص المادة 383 من القانون المدنى على أن "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية - ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة- وبالتبنيه والحجز" وحسب محكمة الموضوع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم، مما يقتضى التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة- ولو من تلقاء نفسها - أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعته أوراق الدعوى بقيام سببه. ولما كان تقديم عريضة أمر الأداء يعتبر قاطعا للتقادم. وكان الحكم المطعون فيه لم يعمل أثر تقديم عريضة أمر الأداء فى قطع التقادم فإنه يكون فضلا عن قصوره فى التسبب قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 977 لسنة 50 ق جلسة 1981/12/28)

424- الأهلية اللازمة لقطع التقادم:

لا يشترط لقطع التقادم توافر أهلية التقاضى، بل يكفى توافر أهلية القيام بالأعمال التحفظية، فيجوز للقاصر أو وكيل عن الشركة قبل الحصول على إذن من مجلس إدارتها القيام بإجراءات المطالبة القضائية التى تقطع التقادم. إلا أنه يجب للاستمرار فى السير فى الدعوى أن تصح إجراءاتها حتى يستقيم وضعها القانونى، فيجب تدخل من يمثل ناقص الأهلية أو الحصول على إذن مجلس إدارة الشركة⁽¹⁾.

(السبب الثانى)

(التنبيه)

425- مضمون هذا السبب:

تنص المادة 383 مدنى على أن التقادم ينقطع بالتنبيه. والمراد بالتنبيه هو الإجراء المنصوص عليه فى المادة 281 من قانون المرافعات والذى بمقتضاه يقوم المحضر بإعلان السند التنفيذى الذى يسبق التنفيذ لنفس المدين أو لمحله الأصلى منها عليه بأداء الالتزام المبين فى السند أو الحكم بحيث إذا امتنع يكون معرضا لأن يكره على ذلك بالقوة الجبرية أو بحجز أمواله وبيعها طبقا للقانون وفاء لدين الدائن. فقد نصت المادة سالفه الذكر على أن: "يجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى لشخص المدين فى موطنه الأصلى وإلا كان باطلا. ويجب أن يشتمل هذا الإعلان على تكليف المدين الوفاء وبيان المطلوب وتعيين موطن مختار لطالب التنفيذ فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ المختصة.

(1) محمد كامل مرسى ص 252- المستشار محمد عبد اللطيف ص 153.

ويجب عند الشروع فى تنفيذ عقد رسمى بفتح اعتماد أن يعلن معه مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية. ولا يجوز إجراء التنفيذ إلا بعد مضى يوم على الأقل من إعلان السند التنفيذى".

ويجب أن يتوافر فى التنبيه جميع البيانات اللازمة فى أوراق المحضرين وصورة كاملة للسند التنفيذى إذا لم تكن قد أعلنت له من قبل.

ولكن لا يعتبر تنبيهها قاطعا للتقادم التكاليف بالوفاء السابق على أمر الأداء، لأنه مجرد إنذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الأثر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "التكاليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعتبر تنبيهها قاطعا للتقادم وإنما هو مجرد إنذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الأثر، إذ المقصود بالتنبيه الذى يقطع التقادم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو التنبيه المنصوص عليه فى المادة 460 من قانون المرافعات السابق الذى يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين".

(طعن رقم 235 لسنة 35 ق جلسة 1969/10/21)

2- "التقادم وفقا لنص المادة 383 من القانون المدنى لا ينقطع إلا بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز، والتكاليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعتبر تنبيهها قاطعا للتقادم وإنما هو مجرد إنذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الأثر إذ المقصود بالتنبيه الذى يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه فى المادة 460 من قانون المرافعات السابق، وفى المادة 281 من قانون المرافعات القديم، والذى يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين".

(طعن رقم 416 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/17)

ولم يشترط الشارع عبارات معينة للتنبيه، فيكفى أى عبارة تدل بذاتها على تصميم صاحبها على التكليف بالوفاء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان من المقرر قانوناً أن الذى يقطع التقادم هو إعلان السند التنفيذى المتضمن التكليف بالوفاء ولم يشترط المشرع عبارات معينة لهذا التكليف فيكفى أى عبارة بذاتها تدل على تصميم صاحبها على هذا التكليف وإذ استخلص الحكم المطعون فيه من أن إعلان السند التنفيذى تضمن التكليف بالوفاء بقوله "وحيث إن ما ينعاه المستأنفون على الحكم المستأنف فى محله ذلك لأن المادة 383 من القانون المدنى تنص على أن التقادم ينقطع بالتنبيه ويبين من الرجوع إلى الحكم المنفذ به أن المستأنفين فيه نهوا على مدينهم بنفاذ مفعوله ومن ثم ينقطع التقادم وتبدأ مدة جديدة عملاً بالمادة 385 من القانون المدنى" وإذ كان هذا الاستخلاص سائغاً ويؤدى عقلاً إلى معنى التكليف بالوفاء الذى تضمنته المادة 2/281 من قانون المرافعات الحالى (م 460 من قانون المرافعات السابق) واعتمد الحكم هذا الإعلان المتضمن التكليف بالوفاء يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 756 لسنة 41 ق جلسة 1981/12/31)

وإذا كان التنبيه صحيحاً شكلاً ترتب عليه قطع التقادم كالمطالبة القضائية بشرط أن يكون السند التنفيذى صحيحاً⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحكم فى معارضة المدين فى تنبيه نزع الملكية، بإلغاء هذا التنبيه يترتب

(1) مذكرة المشروع التمهيدى ج3 ص 332 - السنهاورى الجزء الثالث المجلد الثانى ص 1316

- عبد المنعم الصده ص 617.

عليه اعتباره كأن لم يكن وزوال ما كان للتنبيه من أثر في قطع التقادم".

(طعن رقم 279 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/13)

2- "قيام الدائن بالتنبيه أو بالحجز على المدين لنزع ملكية عقاره وإن كان يعد بذاته إجراء قاطعا للتقادم المسقط لحقه فى ذمة مدينه يبدأ بموجبه سريان التقادم من جديد إلا أن الحكم بإلغاء قائمة شروط البيع لبطلان سند التنفيذ أو بطلان حق الحاجز فى التنفيذ به يستتبع حتما بطلان التنبيه الذى أعلن دون سند صحيح يخول الحق فى التنفيذ بمقتضاه فلا يكون للتنبيه أثر فى قطع التقادم".

(طعن رقم 168 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/22)

كما قضت بأن:

1- "إن القانون لا يعتبر مجرد الإنذار قاطعا لمدة التقادم".

(طعان رقما 36 لسنة 1 ق، 6 لسنة 2 ق جلسة 1932/4/28)

2- "الأصل طبقا للقواعد العامة فى القانون المدنى الملغى أن التنبيه الذى يقطع التقادم هو الذى يكون على يد محضر على ما جرى به قضاء محكمة النقض..... الخ".

(طعن رقم 111 لسنة 25 ق جلسة 1959/12/3)

3- "إعلان السند التنفيذى متى تضمن التنبيه بالوفاء يعتبر إجراء قاطعا للتقادم".

(طعن رقم 24 لسنة 30 ق جلسة 1964/12/3)

ولا يشترط أن يعقب التنبيه بتنفيذ بطريق الحجز على أموال المدين بل يعد التنبيه قاطعا للتقادم حتى ولو لم يعقبه حجز، ومع ذلك فإذا تلاه حجز، وكان هذا الحجز باطلا، ظل التنبيه حافظا لأثره من حيث قطع التقادم، وفى هذه الحالة يبدأ

التقادم في السريان من جديد من تاريخ إعلان التنبيه⁽¹⁾.

وكما يعتبر التنبيه قاطعا للتقادم المسقط يصح أيضا أن يقطع التقادم المكسب، كما لو حصل المالك على حكم ضد واضع اليد يلزمه بإخلاء العقار فيوجه إليه المالك تنبيهها بناء على حكم الإخلاء قبل أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري، فعندئذ يحدث التنبيه أثره القانوني ويترتب عليه زوال كل أثر لمدة وضع اليد السابقة عليه⁽²⁾.

ويقوم مقام التنبيه في قطع التقادم الإنذار الذي يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية.

إذ تنص المادة 411 من قانون المرافعات على أنه: "إذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليته العقار وإلا جرى التنفيذ في مواجهته. ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه وإلا كان باطلا ويترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من 406 إلى 410".

فهذا الإعلان يقوم هو أيضا مقام التنبيه في قطع التقادم بالنسبة لدعوى الرهن فهو يعتبر من مقدمات التنفيذ. والسند الذي يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن، ومن ثم فإن إنذار الحائز يقطع التقادم الذي كان ساريا ضد الدائنين المرتهنين في

(1) محمد كامل مرسى ص 287 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 171 - السنهوري الجزء الثالث المجلد الثاني ص 1316.

(1) رمضان أبو السعود ص 446 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 171 - منصور مصطفى منصور ص 412 - محمد كامل مرسى ص 286 وقرن رأيا يذهب إلى أن هناك طرقا لقطع التقادم المسقط لا يمكن تطبيقها على التقادم المكسب لاختلافهما في الطبيعة من ذلك التنبيه والحجز، لأن هذه الإجراءات تفترض أن دائنا يطالب مدينا، فهي مقصورة على التقادم المسقط للالتزام (عبد المنعم البدرأوى ص 503 - محمد على عرفه ص 284 وما بعدها - السنهوري الجزء التاسع ص 1424 وما بعدها).

دعوى الرهن⁽¹⁾.

وتقضى المادة 1067 مدنى بأنه يجوز لكل ذى حق مقيد على العقار المطلوب تطهيره ولكل كفيل لحق مقيد أن يرفض عرض الحائز لقيمة العقار وأن يطلب بيعه وذلك فى مدى ثلاثين يوما من إعلان عرض القيمة، ولما كان هذا الطلب يتم بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق، فهو يقوم مقام التنبيه فى قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن⁽²⁾.

والملاحظ أن التنبيه السابق هو الذى يوجهه صاحب الحق إلى الحائز. أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات فهو إجراء موجه إلى المدين من قبل دائنه وأثره الوحيد هو قطع التقادم المسقط للدين فى ذمة المدين، ولا تأثير له على من يكون واضعا يده المكسبة للملك حيث لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقى.

(السبب الثالث)

(الحجز)

426- مضمون هذا السبب:

تنص المادة 383 على أن التقادم ينقطع بالحجز.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الحجز الذى ينقطع به التقادم طبقا لنص المادة 383 من التقنين المدنى هو الذى يوقعه الدائن ضد مدينه ليمنع به التقادم الذى يهدد دينه بالسقوط، وإذ كانت أوراق الدعوى خالية من أى دليل على توقيع حجز من المطعون ضده ضد مدينه

(2) محمد كامل مرسى ص 288 وما بعدها.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 172.

- الطاعن - فإن سكوت الحكم المطعون فيه عن بيان تاريخ الحجزين اللذين يقصدهما وأطرافهما وسائر البيانات التى تعين على ترتيب آثارهما فى قطع التقادم السارى لمصلحة الطاعن من تاريخ قبضه رسم الترخيص تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 377 من التقنين المدنى يجعله قاصر البيان لما يبنى على هذا التجهيل من تعجيز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيق القانون".

(طعن رقم 438 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/28)

وإذا كان الحجز يسبقه ضرورة التنبيه، والتنبيه يقطع التقادم، إلا أنه توجد بعض الحجوز يجوز استثناء من القاعدة العامة توقعها من غير تنبيه سابق، وذلك مثل الحجز التحفظى. ومن ثم لا ينقطع التقادم فى الحجز التحفظى إلا من وقت توقيع الحجز.

ويبدأ التنفيذ على العقار بإعلان التنبيه بنزع الملكية إلى المدين (م 402 مدنى) ويترتب على هذا التنبيه قطع التقادم السارى لمصلحة المدين. ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م 404)، أى أن المشرع يعتبر العقار موضوعاً تحت يد القضاء، وبالتالي فيعتبر هذا التسجيل قاطعاً للتقادم. ولما كان التنبيه بنزع الملكية يقطع التقادم، فإنه إذ سجل هذا التنبيه وهو بمثابة حجز فإنه ينقطع به التقادم مرة أخرى.

وتسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يبقى منتجاً آثاره ما شاء الدائن، بل يسقط هذا التسجيل إذا كان التنفيذ فى مواجهة حائز العقار ولم يسجل مباشر التنفيذ إنذار الحائز ويؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه (م 412 مرافعات). وإذا سقط التسجيل على هذا النحو زال أثره فى قطع التقادم، وأيضاً يزول أثر التنبيه فى قطع التقادم، ولا يعتبر التقادم قد

انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه ويبقى مستمرا في سريانه منذ البداية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا لم يودع الدائن مباشر الإجراءات قائمة شروط البيع خلال المائتى وأربعين يوما التالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية فإن تسجيل هذا التنبيه يسقط بقوة القانون وفقا للمادة 615 من قانون المرافعات ويسقطه يعتبر التنبيه وكأنه لم يسجل. وإذا كانت المادة 613 من ذلك القانون ترتب على عدم تسجيل التنبيه قبل انقضاء ستين يوما على إعلانه اعتباره كأن لم يكن فإن التنبيه يفقد بذلك كل آثاره القانونية ومن ضمنها أثره فى قطع التقادم. ولا يمكن القول بأن تنبيه نزع الملكية حتى تم صحيحا يبقى له أثره فى قطع التقادم اعتبارا بأنه يتضمن تكليفا للمدين بالوفاء ذلك أن هذا التكليف غير منفصل عن تنبيه نزع الملكية بل هو أحد بياناته ومشتملاته ومتى زال التنبيه فإنه يزول بجميع مشتملاته وآثاره".

(طعن رقم 387 لسنة 30 ق جلسة 1965/4/8)

ويذهب الفقه⁽²⁾ إلى أن الحجز عادة يقطع المدة بالنسبة للتقادم المسقط، أما الحالات التى ينقطع فيها التقادم المكسب بالحجز فنادرة ويمكن تصورها فى حالة ما إذا رفع شخص دعوى استحقاق ضد الحائز ف قضى له بطلباته مع إلزام الحائز

(1) المستشار على أحمد حسن ص 79.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 175 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 414 - محمد كامل مرسى ص 292 - وراجع الرأى الذى ذهب إلى أن الحجز لا يقطع التقادم المكسب (البند السابق ص 652 هامش (1)).

وتنص المادة 383 مدنى على سبب آخر للتقادم هو الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليص أوفى توزيع، ولكن هذا السبب لا يسرى على التقادم المكسب (السنهورى ص 1426 وما بعدها). أما عما تنص عليه هذه المادة ضمن أسباب قطع التقادم على: "أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى، فقد عرضنا له أثناء تناول المطالبة القضائية.

بمبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تخلية العقار، فإذا قام المالك بتوقيع الحجز على أموال الحائز وفاء لهذه المبالغ المترتبة على عدم إخلائه العين، فإنه يترتب على هذا الحجز قطع التقادم السارى لمصلحة الحائز.

(السبب الرابع)

(إقرار الحائز بحق المالك)

427- النص القانوني:

تنص المادة 284 مدنى الواردة فى التقادم المكسب - على أن: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا.

2- ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا مرهونا رهنا حيازيا تأمينيا لوفاء الدين".

ولا ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط. ولذلك سنتقصر دراستنا هنا على الفقرة الأولى من المادة.

428- قطع التقادم بالإقرار:

تنص الفقرة الأولى من المادة صراحة على أن ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا⁽¹⁾.

ذلك أن الإقرار لا يقتصر أثره على أنه تقرير للواقع، وإلا كان واقعة مادية لا تكفى بذاتها لقطع التقادم، وإنما ينطوى فضلا عن ذلك على تصرف قانونى هو

(1) أغفل التقنين المدنى القديم النص على الإقرار كسبب لقطع التقادم. ورغم ذلك جرى القضاء على اعتبار الإقرار قاطعا للتقادم (استئناف مصر 14 نوفمبر 1921 - استئناف مختلط 8 ديسمبر 1932).

النزول عما انقضى من مدة التقادم.

وقد رأينا سلفاً أن هذا النزول جائز، إذ يجوز التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، أى بعد اكتمال مدته وتوفر شروطه الأخرى، ويجوز من باب الأولى النزول عما انقضى من المدة. فإذا صدر هذا الإقرار انقطع التقادم، فتسقط المدة التى مضت ويسرى تقادم جديد يبدأ من وقت صدور الإقرار⁽¹⁾.

والإقرار تصرف من جانب واحد. فهو ينعقد بإرادة الحائز وحدها، فلا تكون هناك حاجة إلى أن يقبله صاحب الحق. بل إنه تعبير عن الإرادة غير واجب التسليم، بمعنى أنه لا يتعين إعلانه لشخص معين حتى يتحقق أثره القانونى، فهو ينتج أثره قبل أن يصل إلى علم الحائز. ولا يحوز للحائز بعد صدوره أن يرجع فيه⁽²⁾.

429- الإقرار الصريح والإقرار الضمنى:

الإقرار إما أن يكون صريحاً أو ضمناً ولا يشترط فى الإقرار الصريح أن يتم فى شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالحق يكفى. فيصح أن يكون الإقرار ثابتاً فى محرر عرقى أو رسمى، كما لو كان ثابتاً فى صورة رسالة موجهة من المدين أو الحائز يعترف فيها بحق الدائن أو المالك. أو يكون مكتوباً فى عقد يبرمه المدين أو الحائز مع الغير دون وساطة من الدائن أو المالك، كما لو باع الحائز عقاراً لآخر، وأقر فى عقد البيع بأن الأرض المبيعة محملة بحق لصالح جهة وقف معين ليست طرفاً فى العقد. ويصح أن يكون الإقرار مكتوباً فى محضر جرد لتركة الحائز، أو فى مذكرة مقدمة فى قضية.

(2) السنهاورى ص 1440 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 617 وما بعدها.

(3) عبد المنعم الصده ص 618 - عبد المنعم البدرأوى ص 509.

كما يعتبر إنذار العرض بمثابة إقرار قاطع للنقداء سواء تلاه الإيداع أم لا، ولو لم يصادف قبولاً من الجانب الآخر كما يصح أن يكون الإقرار شفاهة أمام القضاء أو فى غير مجلس القضاء⁽¹⁾.

ويقطع الإقرار التقادم ولو ورد فى عقد باطل إذا كان البطلان لا يشوب الإقرار نفسه، فإذا تضمنت تسوية إقراراً بالدين ثم أبطلت التسوية، بقى الإقرار قاطعاً للتقادم⁽²⁾.

ويشترط فى الإقرار أن يكون كاشفاً عن نية الحائز فى الاعتراف بالحق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "يشترط فى الإقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفاً عن نية المدين فى الاعتراف بالدين. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت ما احتواه طلب التسوية من خلط بين الديون ومن القول فى أكثر من موضع أن الديون مسددة وميتة - اعتبرت هذا لبساً وغموضاً فى الإقرار يجعله غير كاشف عن نية المدين فى الاعتراف بالدين وهو ما يلزم توافره فى الإقرار القاطع للتقادم، فإن هذا التعليل السائغ يكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه ويكون النعى عليه بالقصور على غير أساس".

(طعن رقم 451 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/19)

2- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص فى نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى تستقل بها بلا رقابة عليها من محكمة النقض إلى أن تقديم الطاعن طلب تسوية دينه إلى لجنة التسوية العقارية يعتبر إقراراً منه بالمديونية يقطع التقادم وهو ما يكفى وحده دعامة لحمل الحكم فى قضائه برفض دفع الطاعن المؤسس على سقوط الأحكام المنفذ بها بالتقادم، فإن الحكم لا يكون قد

(1) السنهاورى ج9 ص 1442 - عبد المنعم الصده ص 619.

(2) استئناف مختلط ف 8 ديسمبر 1932.

خالف القانون".

(طعن رقم 2 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/30)

2- "إقرار المدين صراحة أو ضمنا بحق الدائن من الأسباب القاطعة للتقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة 384 من القانون المدنى. فإذا كانت المحكمة لم تلتفت إلى تمسك الطاعنة بهذا ولم ترد عليه وعلى المستند المقدم منها فى شأنه رغم أنه دفاع جوهري لو صح قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شاب قصور فى التسبيب".

(طعن رقم 213 لسنة 34 ق جلسة 1967/12/12)

3- "مؤدى نص المادة 384 من التقنين المدنى أنه إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا فإن من شأن هذا الإقرار أن يقطع التقادم والمقصود بالإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتا فى ذمته وإعفاء الآخر من إثباته، ومن مقتضى ذلك اتجاه الإرادة فيه نحو إحداث هذا الأثر القانونى ومن ثم فإنه يتعين لكى ينتج إقرار المدين أثره فى قطع التقادم أن ينطوى على إرادة المدين النزول عن الجزء المنقضى من مدة التقادم، فمتى كان الحق المدعى به متنازعا فى جزء منه وقام المدين بسداد القدر غير المتنازع فيه، فإن هذا الوفاء لا ينطوى على إقراره بمديونيته بالجزء موضوع النزاع أو نزوله عما انقضى من مدة التقادم بالنسبة إليه. لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن نزاعا ثار بين الطاعن والمطعون عليه الأخير ومورثة باقى المطعون عليهم منذ بداية تملك الأخيرين لعين النزاع حول مقدار الأجرة القانونية ودأب الطاعن على سدادها وفق القدر الذى يدعيه هو واستمر الوضع كذلك حتى أقام المالك الدعوى الحالية مطالبين بالفروق المستحقة لهما عن المدة السابقة، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض الدفع بالتقادم الخمسى المبدى من الطاعن على سند من أن هذا الوفاء يعد إقرارا قاطعا للتقادم بالنسبة للفروق المتنازع عليها، يكون قد أخطأ فى تطبيق

القانون".

(طعن رقم 172 لسنة 45 ق جلسة 1978/12/27)

4- "لئن كان مؤدى نص المادة 384 من التقنين المدني أنه إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً فإن من شأن هذا الإقرار أن يقطع التقادم، إلا أنه لما كان المقصود بالإقرار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتاً في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته فإنه يشترط في الإقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفاً عن نية المدين في الاعتراف بالحق المدعى به".

(طعن رقم 943 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/24)

وبيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه وفيما يترتب على ذلك من الأثر في قطع التقادم من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض.

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

1- "بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك من الأثر في قطع التقادم هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 451 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/19)

2- "بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك من الأثر في قطع التقادم هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 45 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/19)

أما الإقرار الضمني، فيستفاد من أى عمل يصدر من الحائز تنطوى دلالاته على معنى الإقرار، كما لو دفع الحائز أجرة العين التي يحوزها للمالك، أو طلب

منه القيام بإصلاح فيها.

وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغا على سبيل الصلح، لم يعتبر هذا العرض إقرارا ضمينيا بحق المالك، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتما أنه يقر بحق المالك، وعدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على إقرار ضمنى بالحق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

وعدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على إقرار ضمنى بالحق، ذلك أن المدين لا يترك أمواله بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمن هذا الإقرار، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذا لحكم الحراسة. كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لا يمكن اعتبارها بالتالى ونتيجة ما تقدم إقرارا ضمينيا بالحق قاطعا للتقادم.

(طعن رقم 168 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/22)

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من الحائز ينطوى على إقرار ضمنى ولا معقب على تقديره من محكمة النقض⁽¹⁾.

فتقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم يكون مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتبا على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافا يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل ماضى مختلف على دلالاته، أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة

(1) السنهاورى ص 1442 - عبد المنعم الصده ص 619.

أو الضمنية كذلك، وبين ما إذا كان قطع المدة مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه، ففي الصورة الأولى يكون حكم قاضى الموضوع مبنياً على ما استنتجه هو من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها الفعلية، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك. أما فى الصورة الثانية فما دام النزاع بين خصوم الدعوى قائماً على ما يكون لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع مدة التقادم وعلى متى تكون الورقة قاطعة، وفيما تكون، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب Demande enjustise من الشرائط القانونية، فيكون فصل المحكمة فى ذلك فصلاً فى مسألة قانونية تخضع فيه لمراقبة محكمة النقض".

(طعن رقم 33 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/24)

2- "متى كان الحكم إذ انتهى فى تكييفه للمحرر المدعى بقطعه التقادم بصيغته المدونة على حكم الدين إلى أنه إقرار لا مخالصة بناء على الاعتبارات السائغة التى أوردها وإلى أن هذا الإقرار لا يكون حجة على الغير إلا بثبوت تاريخه وفقاً للمادة 395 مدنى فإنه لا تجوز المجادلة فى هذا التكييف، والقول بأن المحرر مخالصة يجوز إعفاؤها من قيد ثبوت التاريخ لأنه سواء اعتبرته المحكمة إقراراً يتحتم ثبوت تاريخه لإمكان نفاذه فى حق الغير أو اعتبرته مخالصة ولكنها بما لها من خبرة من ظروف الدعوى ما يدعو إلى إعفائها من شرط ثبوت التاريخ فلا معقب على تقديرها لأن ذلك مما يستقل به قاضى الدعوى ولا سبيل إليه لدى محكمة النقض".

(طعن رقم 183 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/8)

430- ورود تحفظات بالإقرار:

قد يكون الإقرار مقروناً بتحفظات وفى هذه الحالة يجب التمييز بين ما إذا

كانت هذه التحفظات عامة ترد عادة في المذكرات والأوراق التي يتبادلها الخصوم، فمثل هذه التحفظات يجب عدم التعويل عليها كما لو ذكر في محضر العرض الصادر من المدين بأنه يؤدي قيمة الفوائد رغم اعتقاده بعدم وجوبها، أو أنه يؤدي قيمة الدين مؤقتاً حتى يستطيع إثبات براءة ذمته منه. أما إذا كانت التحفظات دقيقة ومحددة بحيث تبدو أنها متعارضة مع الإقرار، وجب القول بانتفاء الإقرار كأن يقرر المدين في محضر العرض أنه يعرض الوفاء على سبيل التضحية، أو كي يتفادى رفع دعوى ضده، فإنه يجوز للمدين التمسك بالتقادم إذا رفض الدائن هذا العرض إذ لا يستطيع الدائن الاحتجاج بأن عرض الدين يعتبر بمثابة نزول ضمنى عن التقادم، لأن العرض هنا لم يكن على سبيل الوفاء، وإنما كان على سبيل التضحية ليتفادى المدين إجراءات التقاضى⁽¹⁾.

431- طلب براءة الذمة لا يعتبر إقراراً:

الدعوى المرفوعة ممن هو مطالب بالحق، لا من صاحبه، ويكون موضوعها طلب القضاء ببراءة ذمته مما يدعيه قبله دائنه، لا تعتبر إقراراً قاطعاً للتقادم من المدين رافع الدعوى، لأن المدين الذي رفع بدعوى براءة ذمته من الدين لا يعتبر مطلقاً أنه اعترف بالدين اعترافاً يفوت عليه سقوط الحق بالتقادم⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- إن المدين إذا رفع دعوى براءة ذمته من الدين فإن ذلك لا يعتبر اعترافاً بالدين ينقطع به التقادم.

(طعن رقم 19 لسنة 8 ق جلسة 1938/11/17)

2- "إن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم ينافي

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 83 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 302.

اعتباره معترفا بالدين اعترافا يقطع مدة التقادم التي لم تكن قد تكاملت. كما أن تمسك الدائن بدينه في تلك الدعوى ليس هو التنبيه الرسمي المنصوص عليه في المادة 82 من القانون المدني، وهو لا يغني عن التنبيه ولا عن التنفيذ، لأنهما هما وحدهما اللذان يصلحان لقطع سريان التقادم على الدين".

(طعن رقم 11 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/17)

3- "لما كان نص الفقرة الثانية من المادة 377 من القانون على أن "يتقادم بثلاث سنوات... الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها" وكانت صحيفة الدعوى المرفوعة بحق لاتعتبر قاطعة - للتقادم إلا في خصوص هذا الحق وما لحق به من توابعه فإن تغاير الحقان فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا للتقادم بالنسبة إلى الحق الآخر ولما كان موضوع دعوى براءة الذمة من الدين تختلف طبيعة ومصدرا عن موضوع دعوى الإلزام برده، إذ لا يعدو أن يكون موقف المدعى في الدعوى الأولى موقفا سلبيا يقتصر فيه على مجرد إنكار الدين دون أن يرقى إلى حد المطالبة به في حين أن دعوى الإلزام هي دعوى إيجابية تتضمن معنى الطلب الصريح الجازم برد ذلك الدين وهو ما يتفق مع معنى المطالبة القضائية وفق ما تنص عليه المادة 383 من التقنين المدني. وكان الثابت في الدعوى أن دين الضريبة موضوع طلب الرد قد سدد من المطعون ضده في تاريخ تسجيل خطاب الضمان الحاصل في 1983/5/16 وأن دعوى الرد أقيمت بعد انقضاء ثلاث سنوات من هذا التاريخ فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن دعوى براءة الذمة من دين الضريبة والتي أقامها المطعون ضده من شأنها قطع التقادم بالنسبة لطلب رد ما دفعه بغير حق من هذه الضريبة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 56 لسنة 61 ق جلسة 1998/11/5)

432- الأهلية اللازمة للإقرار:

الأهلية اللازمة لإقرار الحائز بحق المالك هي أهلية التصرف في العين التي يحوزها، لأن هذا الإقرار قطع للتقادم، ولو لم يقطعه فاكتملت مدته لملك الحائز العين. فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف في العين بالنزول عنها. وبناء على ذلك لا يجوز للوصى على القاصر أو القيم على المحجور عليه أن يعترف بحق المالك على عقار في حيازة أيهما إلا بعد استئذان محكمة الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتقادم المسقط للحق فيكفى أن يكون لدى من صدر منه الإقرار الأهلية اللازمة لإدارة الأموال المحملة بالالتزام المتعلق به الإقرار القاطع للتقادم. لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمحض نزولا عن مدة التقادم ولا ينطوى على تصرف في الحق. فالصبي المأذون إقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط في حدود أهليته للإدارة⁽²⁾.

ويلاحظ أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ومن ثم فإن إقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لمن عداهم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الإقرار حجة قاصرة على المقر. ومن ثم فإقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لمن عداهم".

(1) محمد كامل مرسى ص 302 وما بعدها - السنهوري ص 1441- محمد على عرفه ص 292- المستشار محمد عبد اللطيف ص 181 وما بعدها - وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص 618 - عبد المنعم البدر ص 509 وما بعدها، فيريان أن هذا الإقرار ليس نزولا عن الحق المقر به، لأن الحائز لم يكسب هذا الحق بعد، ولا يعتبر في مقام النزول عن هذا الحق، لأنه نزول فحسب عما انقضى من مدة التقادم.

(2) السنهوري ص 1441.

(طعن رقم 495 لسنة 26 ق جلسة 1962/6/7)

433- إثبات الإقرار:

يقع عبء إثبات الإقرار على صاحب الحق الذى يدعى انقطاع التقادم. ويخضع هذا الإثبات للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى. فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فى إثبات الإقرار إذا زادت قيمة الحق المقر به على ألف جنيه، سواء صدر الإقرار فى صورة اتفاق بين الحائز وصاحب الحق أو صدر من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق.

وتتطبق هذه القاعدة أيضا فى إثبات الإقرار الضمنى الذى يستخلص من تصرف قانونى صادر إلى صاحب الحق، كما فى حالة دفع أجره العين محل الحيازة، حتى لو كان مقدار هذه الأجرة لا يجاوز ألف جنيه، مادام أن الحق محل الحيازة تزيد قيمته على هذا النصاب. أما لو استخلص هذا الإقرار من تصرف لم يكن صاحب الحق طرفا فيه فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق شأنه فى هذا شأن الإقرار الذى يستفاد من وقائع مادية⁽¹⁾.

ويحوز توجيه اليمين الحاسمة عن الوقائع القاطعة للتقادم. ويلاحظ هنا أن اليمين لا تنصب على واقعة وجود الدين فى ذمة المدين، وإنما تنصب فقط على العمل القاطع للتقادم.

وكذلك يحوز للمالك أن يطلب استجواب المدين (الحائز) أو مناقشته بشأن الإقرار القاطع للتقادم المدعى به عليه. وإذا كانت الورقة التى تتضمن الإقرار بالدين ورقة عرفية، فهى لا تعتبر حجة على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ⁽²⁾. ويجوز أيضا إثبات الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد لسند سابق والمراد بالسند

(1) عبد المنعم الصده ص 620 - المستشار على أحمد حسن ص 82.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 184 - المستشار على أحمد حسن ص 83.

المؤيد هو السند الذى يتضمن إقرارا بحق سبق إثباته فى محرر يسمى الأصل. ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لا يتضمن إقرارا على إطلاقه بل يشير إلى أن الحق المقر به قد سبق إثباته فى سند أصلى، وعلى هذا النحو، يصلح السند المؤيد لقطع التقادم⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدنى ينص فى المادة 537 على أن "السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين، على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصل".

وقد جاء فى مذكرة للمشروع التمهيدي فى خصوص هذا النص ما يأتى "السند المؤيد لسند سابق أو السند الجديد هو ما يتضمن إقرارا بحق سبق إثباته فى محرر يلقب اصطلاحا بالسند الأصل". فالسند المؤيد لا يعتبر من قبيل الصور، ولا يستحدث جديدا على وجه الإطلاق، لأنه يحمل توقيع من يجوز له الاحتجاج به قبله، وتنحصر أهمية هذا السند عملا فى قطع التقادم، وتوفير دليل الإثبات، عند فقد السند الأصل، وتعرضه لاحتمال الفقد⁽²⁾.

غير أن لجنة المراجعة حذف هذا النص.

434- الأثر المترتب على انقطاع التقادم المكسب:

تنص المادة 385 مدنى على أنه: "1- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأولى".

2- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 184 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 364 هامش (1).

عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمنا للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم".

فإذا كان سبب انقطاع التقادم المكسب هو المطالبة القضائية، فالتقادم الذي ينقطع بهذه المطالبة يمتد طوال الوقت الذي يستغرقه سير الدعوى، بمعنى أن حق المدعى يبقى بمأمن من كل سبب يكون أساسه مضى الزمن. فيبقى التقادم منقطعاً حتى يقضى فيها⁽¹⁾.

والحكم في الدعوى لا يخرج عن أربعة فروض:

1- أن يكون الحكم في غير موضوع الدعوى عدا الحكم بعدم الاختصاص: كأن يكون قد حكم ببطلان صحيفتها أو اعتبارها كأن لم تكن، أو بسقوط الخصومة أو بانقضائها، أو بإثبات ترك الخصومة فيها. ففي هذا الفرض يترتب على هذا القضاء زوال ما ترتب على صحيفة الدعوى من أثر في قطع التقادم، فكأن الخصومة لم تنقطع أصلاً ويظل التقادم سارياً.

2- أن يقضى في الدعوى بعدم الاختصاص:

وفي هذا الفرض يظل التقادم منقطعاً طوال مدة نظر الدعوى، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة قاطع للتقادم كما قدمنا. وعلى ذلك تبدأ مدة تقادم جديدة لصالح الحائز من يوم الحكم النهائي بعدم الاختصاص، تكون مدته هي مدة التقادم السابق. فإذا كان التقادم الذي قطع قد بدأ بالشروط التي يتطلبها التقادم الخمسى فإن التقادم الجديد الذي يسرى من وقت الحكم النهائي بعدم الاختصاص تكون مدته هي مدة التقادم القديم حتى ولو كان الحائز سىء النية وقت بدء سريان التقادم الجديد.

فالتقادم الجديد يكون مماثلاً للتقادم السابق في مدته وطبيعته، فهو يحتفظ

(1) محمد على عرفه ص 289 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 158.

بكافة صفاته ويبقى خاضعا لنفس القواعد التي تحكمه⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التقادم الذى يقطعه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يظل منقطعاً طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة ثم يعود إلى السريان من جديد من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص. ويحتفظ التقادم الذى يبدأ فى السريان بعد الانقطاع بصفات التقادم الذى قطع ويبقى خاضعا لنفس القواعد التى تحكمه".

(طعن رقم 25 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/13)

(أنظر نقض طعن رقم 91 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/23 - منشور فيما يلى

بهذا البند)

3- أن يحكم فى الدعوى برفضها لعدم ثبوت حق المدعى:

وفى هذا الفرض لا يكون لصحيفة الدعوى أى أثر، أى لا يكون هناك قطع للتقادم، وإنما يستمر الحائز فى نفس التقادم السارى.

4- أن يحكم فى الدعوى بطلبات المدعى بحكم حاز حجية الشئ المحكوم

به:

فى هذا الفرض يسرى تقادم جديد، ولكن يحكم مدته ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 385 مدنى فتكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر، لأن الحكم يعزز قوى الحق فى هذه الحالة.

وينبنى على ذلك أنه إذا قضى بتثبيت ملكية المدعى لعقار وكانت مدة التقادم المكسب الذى انقطع خمس سنوات لأن المدعى عليه كان يستند فى وضع يده إلى

(2) محمد كامل مرسى ص 315 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 508 - المستشار محمد

عبد اللطيف ص 192.

سبب صحيح، فإن مدة التقادم الجديد تصبح خمس عشرة سنة⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 319 وما بعدها - عبد المنعم البداروي ص 508 وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "انقطاع التقادم المكسب للملكية بالمطالبة القضائية يظل قائماً حتى يقضى فى الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم. وإذا كان الحكم بانقضاء الخصومة فى الاستئناف يترتب عليه ذات الآثار المترتبة على سقوط الخصومة بما فى ذلك اعتبار الحكم المستأنف نهائياً وفقاً للمادة 305 من قانون المرافعات السابق (الذى يحكم واقعة الدعوى)، فإن هذه الانتهائية إنما تلحق الحكم المستأنف من تاريخ انقضاء مواعيد الطعن بالاستئناف، إذ يترتب على انقضاء الخصومة فى الاستئناف إلغاء جميع إجراءاتها، بما فى ذلك صحيفة الاستئناف وفقاً للمادة 304 من قانون المرافعات السابق مما ينبى عليه أن يصبح الحكم المستأنف نهائياً من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه - متى كان هذا الميعاد قد انقضى قبل صدور الحكم بانقضاء الخصومة - وبالتالي يزول ما كان للدعوى من أثر قاطع للتقادم، ويبدأ تقادم جديد من هذا التاريخ، أما إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينقض حتى صدور الحكم بانقضاء الخصومة فى الاستئناف فإن الحكم المستأنف يعتبر نهائياً فى جميع الأحوال من تاريخ الحكم بانقضاء الخصومة وفقاً لنص المادة 305 من قانون المرافعات السابق، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فى قضائه، ورتب على الحكم بانقضاء الخصومة فى الاستئناف اعتبار الحكم المستأنف انتهائياً من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه وبالتالي زوال أثر الدعوى فى انقطاع التقادم، وبدء تقادم جديد منذ هذا التاريخ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 280 لسنة 42 ق جلسة 1976/3/15)

2- "التقادم المكسب للملكية. انقطاعه بالمطالبة القضائية حتى يقضى فى الدعوى بحكم نهائى. الحكم بانقطاع الخصومة فى الاستئناف. أثره. اعتبار الحكم

المستأنف انتهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه. اعتباره نهائيا من تاريخ الحكم بانقضاء الخصومة إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينقض حتى صدور الحكم بانقضاء الخصومة.

(طعن رقم 280 لسنة 42 ق جلسة 1976/3/15)

3- "أمر تقدير الرسوم القضائية هو بمثابة حكم بالدين يصير نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه أو بفواتها، ومفاد نص المادة 2/385 من القانون المدني أنه إذا صدر حكم نهائي بالدين أيا كانت مدة التقادم السابق فإنه لا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور هذا الحكم، وإذا كان الثابت من الأوراق أنه حكم في الدعوى رقم..... بتاريخ 1960/12/25 وصدر أمر تقدير الرسوم المستحقة عليها في 1961/7/2 وأعلن للمطعون عليه بتاريخ 1961/10/2 فعارض فيه وحكم بتاريخ 1961/12/11 بسقوط حقه في المعارضة للتقرير بها بعد الميعاد، وصار هذا الحكم نهائيا بعدم استئنافه ومن ثم فقد أصبح هذا الأمر نهائيا وتكون مدة الخمس عشرة سنة المقررة للتقدم في هذه الحالة لم تنقض حتى تاريخ الشروع في التنفيذ قبل رفع الدعوى الحالية في سنة 1972، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر أن الرسوم القضائية تتقدم بثلاث سنوات ورتب على ذلك قضاءه بسقوط الحق في المطالبة بالرسوم القضائية محل النزاع، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 915 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/1)

والانقطاع الحاصل بسبب التنبيه، يبدأ من وقت إعلان هذا التنبيه إلى الحائز. ولا يقطعه إلا الحجز الذي يلي التنبيه، والوقت الذي يمضي بين التنبيه والحجز يصبح عديم الفائدة من حيث التقدم⁽¹⁾.

(1) رمضان أبو السعود ص 449 - المستشار على أحمد حسن ص 86.

أما الانقطاع بسبب الحجز فيمتد حتى تصل إجراءات التنفيذ إلى المرحلة النهائية إما بالبيع أو التقسيم أو التوزيع، فإذا قفل التقسيم أو التوزيع بدأ التقادم الجديد في السريان من هذا الوقت.

أما إذا قضى بإلغاء الحجز أو بطلانه أو باعتباره كأن لم يكن فإنه يترتب على ذلك زوال كافة الآثار التي ترتبت عليه ومنها قطع التقادم، فيعتبر التقادم لا يزال سارياً منذ البداية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تقدم الدائن في التوزيع مطالباً باختصاصه بجزء من أموال المدين وإن كان يعتبر في حكم المطالبة القضائية في النظام القضائي المختلط - لإعلان المدين به - ومن ثم يكون قاطعاً للتقادم إلا أنه يجب القول بانتهاء هذا الانقطاع كما هو الحال في دعاوى - بانتهاء الفصل في طلب الدائن واستبعاده نهائياً. فإذا كانت القائمة المؤقتة التي استبعدت دين الدائن قد أعلنت له ولم يناقض فيها فإن الانقطاع ينتهي بفوات ميعاد المناقضة وصيرورة هذا الاستبعاد نهائياً وتبدأ مدة تقادم أخرى من هذا التاريخ. ولا محل للقول بأن الانقطاع يستمر بالنسبة لمثل هذا الدائن بعد استبعاد دينه حتى صدور القائمة النهائية أو صدور أمر القاضي بتسليم قوائم الصرف للدائنين الآخرين".

(طعن رقم 164 لسنة 23 ق جلسة 1957/1/17)

وإذا كان قطع التقادم بسبب الإقرار، الذي يصدر من الحائز فإن هذا الإقرار لا يمنع من ابتداء تقادم جديد، ولكنه يتعين التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان الإقرار قاصراً على الإقرار بحق المالك فحسب فإن مؤدى ذلك اعتراف الحائز بأنه مغتصب للعين، وواقعة الغصب لا تحول بذاتها

(1) المستشار على أحمد حسن ص 86.

دون بدء حيازة جديدة نافعة في كسب الملكية بالتقادم.

الفرض الثاني: أن يكون الحائز قد زاد على الإقرار السابق أنه اتفق مع المالك على الاستمرار في حيازة العين بسبب معلوم، كالإيجار، فإن ذلك هو ما يحول بينه وبين الحيازة النافعة في التقادم ما لم يغير سند وضع يده⁽¹⁾.

وقد طبقت محكمة النقض هذا التفرقة في مجال التقادم المسقط، فقضت بأن:

1- "الأصل في انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التي حددها القانون لزوال الالتزام ما لم يرد نص على غير ذلك أو بصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده⁽²⁾. وعلى ذلك فإنه، فيما عدا الأحوال التي يقضى فيها القانون بتبديل مدة التقادم، إذا انقطع التقادم بإقرار المدين يكون الحكم في تبديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام في سند جديد - هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا، فإذا تبين له ما ينفي نية التجديد وأقام قضاءه على أسباب مستساغة فلا معقب عليه فيه. وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله في حساب جار بينه وبين مدينه فإن المعول في هذا يكون على ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه".

(طعن رقم 91 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/23)

2- "إنه وإن كان تقدم الدائن في التوزيع مطالباً باختصاصه بجزء من أموال مدينه هو مما ينقطع به التقادم في النظام القضائى المختلط على أساس أن المدين

(2) محمد على عرفه ص 294 وما بعدها - المستشار على أحمد حسن ص 86 - رمضان أبو السعود ص 449.

(1) استحدث التقنين المدنى الجديد أحكام المادة 385، وقد ذكرناها سلفاً.

يعلن به إلا أن الأثر المترتب على هذا الانقطاع ينتهى بفعل التوزيع ولا اعتداد بتاريخ صرف ما اختص به الدائن فى التوزيع ذلك أن إجراءات الصرف ليس من شأنها امتداد أثر انقطاع التقادم المترتب على الدخول فى التوزيع، إذ هى لا تعدو أن تكون إجراءات إدارية بحتة تجرى بين قلم الكتاب وبين الدائن وليس المدين طرفاً فيها".

(طعن رقم 202 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/30)

435- اقتصار أثر الانقطاع على الشخص والحق الذي يقوم بهما سبب

الانقطاع:

الأصل أن انقطاع التقادم لا يسرى إلا على الحق الذي تناوله السبب القاطع للتقادم، فلا يمتد أثر الانقطاع إلى غير هذا الحق. فلو أن حائز العقار قد فقد حيازته لجزء من هذا العقار، فإن التقادم ينقطع بالنسبة إلى هذا الجزء فحسب دون الجزء الآخر من العقار. وكذلك يكون الحل أيضا إذا انصبت المطالبة القضائية من مالك هذا العقار على جزء منه فحسب، أو كان الحائز قد أقر بحق المالك بالنسبة إلى هذا الجزء دون الجزء الآخر من العقار.

وتستثنى من هذه القاعدة حالة ما إذا كان الحق الذي تناوله السبب القاطع للتقادم يتضمن حقا آخر أو يتضمنه هو حق آخر، فإذا قطع المالك التقادم بالنسبة إلى حقه انقطع التقادم أيضا بالنسبة إلى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى الذي رتبته الحائز. وإذا قطع صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى التقادم بالنسبة إلى حقه انقطع التقادم أيضا بالنسبة إلى حق الملكية الواردة عليه الحيازة⁽¹⁾.

كذلك لا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذي قطع التقادم، فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك في الشيوع الآخرين، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك في الشيوع الذي قطع التقادم. وإذا حاز أرضا عدة حائزين على الشيوع، فقطع المالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 626.

(2) السنهاورى ص 1435 هامش (1).

ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولو تغير ناظر الوقف الذى رفعت فى مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين لأن كل منهم إنما يمثل الوقف نفسه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إعلان أحد نظار الوقف بصحيفة الدعوى المرفوعة من دائن الوقف بالمطالبة بدينه يقطع تقادم الدين، لتوجيهها إلى من يملك بالانفراد وفاء الدين عن الوقف".

(طعن رقم 192 لسنة 17 ق جلسة 1949/3/17)

436- حالة الدائنين المتضامين :

إذا رفع أحد الدائنين المتضامين الدعوى على المدين فإنه يقطع التقادم ويفيد من ذلك سائر الدائنين المتضامين لأن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يعتبر نائبا عنهم فيما يفيدهم فيعتبر التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضا، أما إذا قضى ضده برفض الدعوى فلا يضار برفضها سائر الدائنين المتضامين، لأن الدائن المتضامن لا يعتبر نائبا عنهم فيما يضرهم (م 2/282 مدنى) فلا يتعدى إليهم أثر الحكم برفض الدعوى، وعلى ذلك إذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين، فلا يجوز للمدين أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت، ولا يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى، لأن هذا الانقطاع قد زال أثره برفض هذه الدعوى⁽¹⁾.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 163 وما بعدها.

ثانيا : الانقطاع الطبيعى للتقادم بزوال الحيابة

437- مضمون هذا السبب :

رأينا أن المادة 979 مدنى تنص على أن ينقطع التقادم المكسب إذا تخلص الحائز عن الحيابة أو فقدها ولو بفعل الغير .
غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيابة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد .

والانقطاع الطبيعى للتقادم بزوال الحيابة، يتفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط، لأن المفروض فيه أن تزول الحيابة، والحيابة لا تكون إلا فى التقادم المكسب. والتقادم طبقا لهذا النص ينقطع انقطاعا طبيعيا فى حالتين نعرض لهما فيما يلى :

الحالة الأولى :

تخلص الحائز عن الحيابة اختيارا :

فى هذه الحالة يتخلص الحائز عن حيابة المال باختياره .
ويتحقق ذلك حين يتصرف الحائز فى المال ويسلمه إلى المتصرف إليه، أو حين يتخلص الحائز عن المال بنية تركه .
أى أن الحائز هنا يفقد ركنى الحيابة المادى والمعنوى .

أما لو اقتصر الحائز على التخلص عن الركن المادى فى الحيابة بأن نقل مجرد وضع اليد إلى الغير على سبيل الإيجار أو ما شابهه من السندات الناقلة للحيابة المادية، فلا يعتبر هذا بالطبع تخليا عن الحيابة مؤديا إلى فقدها وقاطعا للتقادم بالتالى، فالمستأجر ومن ماثله ينوبون عن الحائز القانونى فى الحيابة

المادية⁽¹⁾.

والتخلّى عن الحياة على هذا النحو يسقط مدة حياة الحائز نهائياً، لأنّ حياته تكون قد انقضت نهائياً. والتقاعد فى هذه الحالة ينقطع فور وقوع التخلّى، ولو دام التخلّى يوماً واحداً، بحيث إذا استرد الحياة بعد ذلك فإنه يصبح بصدد حياة جديدة، لا صلة لها بالحياة السابقة⁽²⁾.

ولكن يراعى أن مجرد امتناع الحائز عن الانتفاع بالشىء، لا يترتب عليه قطع التقادم، إذا لم يقصد التخلّى عن الحياة.

الحالة الثانية :

فقد الحائز الحياة بدون إرادته :

فى هذه الحالة لا يفقد الحائز الحياة باختياره، بل يفقدها بغير إرادته. ويستوى أن يكون فقد الحياة من طريق صاحب الحق بالذات، أم أجنبياً غصب العين موضوع الحياة.

ولا يهم أن يكون فقد الحياة حصل بدون علم الحائز أو بحضوره⁽³⁾. ولكن يجب لقطع التقادم أن تزال الحياة فعلاً، فمجرد الاعتداء البسيط على الشىء لا يكفى⁽⁴⁾.

ففقد الحياة هنا إنما ينصب على الركن المادى فقط.

وفى بيان حكم فقد الحياة فى هذه الحالة يتعين التفرقة بين المنقول والعقار :

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 504.

(1) محمد كامل مرسى ص 241 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 609 وما بعدها - تصريح الدكتور السنهورى فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 509.

(2) محمد على عرفه ص 285 - محمد كامل مرسى ص 247.

(3) محمد كامل مرسى ص 243.

(أ) فإذا وردت الحيازة على منقول، فإن الحائز يفقدها حين يستحوذ الغير فعلا على الشيء، وحين يخرج الشيء فعلا من حوزة حائزه دون تدخل من جانب أحد. وفى هذه الصورة أيضا تنقضى الحيازة نهائيا بمجرد الفقد، فتسقط مدتها وينقطع التقادم بصفة نهائية⁽¹⁾.

(ب) وإذا وردت الحيازة على عقار فإن الحائز يفقدها إذا استحوذ الغير على العقار بحيث تقوم من جانبه حيازة معارضة للحيازة الأولى. إنما يكون للحائز أن يطلب استرداد حيازته للعقار خلال السنة التالية لهذا الفقد طبقا للمادة 958 مدنى وقد عرضنا لها تفصيلا فى موضعها من الموسوعة، ومن ثم فإنه لا يترتب على فقد الحيازة قطع التقادم إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع الدعوى باستردادها فى هذا الميعاد، ولو حكم برد الحيازة بعد انقضاء السنة أما إذا رفعت الدعوى ورفضت بحكم نهائى ولو قبل انتهاء مدة السنة فإن المدة تقطع.

وعلى ذلك إذا وضع (أ) يده على عقار وكان فى طريق كسبه بالتقادم، ثم وضع (ب) يده على العقار، أو حرم (أ) من وضع يده بفعل المالك، وجب إجراء التفرقة الآتية:

إذا استرد (أ) الحيازة بواسطة دعوى الحيازة التى رفعها خلال سنة من التعرض فلا ينقطع التقادم، ويعتبر أنه لم يتخل عن الحيازة أية لحظة، ويستمر التقادم فى سريانه. ولكن إذا لم يرفع (أ) دعوى الحيازة خلال السنة من وقت التعرض انقطع التقادم، لأنه يكون قد أضاع الحيازة. ومن ذلك يرى أن حيازة المالك أو شخص أجنبى العقار الذى وضع (أ) يده عليه وسار فى طريق كسبه بالتقادم لا تكفى لقطع المدة، بل تجب الحيازة مدة سنة لقطع التقادم. والعلة فى اشتراط مدة السنة هو أنه إن لم يمتد الانقطاع وقتا معينا فقد

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 609.

يفترض أن هذا مجرد خطأ من جانب من استولى على العين، وأن من كان واضعا يده عليها قد سارع إلى استردادها أو طالب بذلك بمجرد علمه بحيازة غيره، وأنه لم يقصد بحال أن يقر هذه الحيازة. وقد رؤى أن الحيازة المؤقتة للعين لو اعتبرت كافية للحرمان من آثار وضع اليد لأدى ذلك إلى الفوضى، فيصبح كل حائز مضطرا لرفع دعوى لتأييد حق ملكيته، فاشتراط الحيازة مدة سنة يؤدي إلى حفظ النظام العام.

يضاف إلى ذلك أنه في دورة سنة تجمع ثمرات العين، ففي خلال مثل هذه المدة تكون الحيازة الظاهرة المستمرة قد اتخذت صفة تمنع من خلطها بمجرد الاستيلاء⁽¹⁾. وإزالة الحيازة بقوة قاهرة، كالفيضان ولو لمدة أكثر من سنة لا يقطع التقادم. والذى يحفظ وضع اليد في هذه الحالة هو نية الحيازة.

والحيازة لا تفقد إذا امتنع المالك عن القيام بالأعمال المادية للحيازة متى كان امتناعه هذا لا يرجع إلى حيازة للعقار حيازة مناهضة، ومادام أن الشيء تحت تصرفه بحيث يستطيع دائما أن يباشر عليه أعمال الحيازة المادية، وهو هنا يحتفظ بالحيازة عن طريق القصد وحده. وبتعبير آخر يجب أن يكون من شأن رفع يد الحائز حرمانه من ثمرات العين التي كان يحوزها ومن منافعها⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "وضع يد الأجنبي على العين لا يكون قاطعا للتقادم إلا إذا كانت حيازته لحساب نفسه. فإذا كان هذا الأجنبي قد عرض على ذى الشأن فى وضع اليد تعويضا عن مدة حيازته، فإن وضع يده على العين يكون أشبه ما يكون بالاستمرار فى وضع اليد السابق وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى

(1) محمد كامل مرسى ص 245 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 286- عبد المنعم البدرولى ص 504.

استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تعويض دفعته لذى اليد، بانيا ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل من أجنبى ليس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائباً عنه فى وضع اليد - هذا الحكم يكون مخطئاً متعيناً نقضه".

(طعن رقم 55 لسنة 6 ق جلسة 1936/12/3)

2- "إن القانون المدنى الأهلى قد نص فى المادة 81 منه عن التملك بمضى المدة على أنه "إذا انقطع التوالى فى وضع اليد فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه"، كما نص فى المادة 82 على أنه "تتقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى. وتتقطع المدة المذكورة أيضا إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهها رسمياً إلخ". وانقطاع المدة فى الحالة الأولى يعرف بالانقطاع الطبيعى، وفى الحالة الثانية بالانقطاع المدنى. والقانون المصرى لم ينص على تحديد مدة للانقطاع الطبيعى كما فعل القانون الفرنسى الذى نص فى المادة 2243 على أنه يجب أن تكون مدة الانقطاع زائدة على سنة، وما ذلك منه إلا بالقياس على دعوى وضع اليد التى يشترط لرفعها ألا يكون قد مضى أكثر من سنة على غصب العين المطلوب استردادها مما يفيد أن الانقطاع الذى يستمر طوال هذه المدة يكون واجبا الاعتداد به.

على أن القانون المصرى مادام قد حدد فى الفقرة الثالثة من المادة 26 مرافعات أهلى لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التى حددها القانون الفرنسى فقد دل بذلك على أنه قد قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل عنها شائبة الانقطاع فتكون الحيازة رغم ما كان قد طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها. هذا ويجب فى الانقطاع الطبيعى، فضلا عن شرط المدة، أن يكون زوال الحيازة بفعل شخص أجنبى. ولا يكفى لذلك مجرد منع الحائز من

الانتفاع بشخصه بالعين، بل يجب أن يكون واضع اليد الجديد منتقعا بالعين لغير حساب الحائز. وبعبارة أخرى يجب أن يكون من شأنه رفع يد الحائز حرمانه من ثمرات العين التي كان يحوزها ومن منافعها. فإذا عين البنك العقارى حارسا على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين، وتسلم هذه الأرض، وارتفعت يد مالكها عنها فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقادم، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع بها البنك لنفسه بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك".

(طعن رقم 71 لسنة 9 ق جلسة 1940/2/29)

3- "إذ كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه بتثبيت ملكية المطعون ضدهم فيما عدا السادس لأطيان النزاع على توافر حيازتهم المستوفاة لشرائطها دون انقطاع مدة تزيد عن خمس عشرة سنة فى حين أن الطاعن تمسك بأن وضع يدهم عليها إنما بدأ فى سنة 1982 حتى سنة 1988 حيث تركوها وتخلوا طواعية عنها بسبب مانع غير مؤقت وهو تجمع المياه الراكدة فيها ونمو الحشائش بها ومن ثم فقدوا السيطرة المادية عليها وانقطعت حيازتهم لها، وإذ أعاد المطعون ضدهم المذكورون وضع يدهم على أرض النزاع وحيازتها منذ حوالى أربع سنوات على الأكثر سابقة على قيام النزاع الحالى، فيبدأ بذلك سريان تقادم جديد ومن ثم فلا يتأتى لهم اكتمال المدة اللازمة للتملك بالتقادم الطويل، وإذ لم يفتن الحكم المطعون فيه إلى حقيقة هذا الدفاع واعتبر الحيازة مستمرة خلال المدة التى تركوها فيها أرض النزاع وقضى بتثبيت ملكيتهم لها ورفض دعوى الطاعن الأمر الذى حجه عن بحث هذا الدفاع كذلك المفاضلة بين عقود البيع العرفية التى يتمسك بها الخصوم، ومصدر ملكية كل منهم، فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون معيبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 666 لسنة 80 ق جلسة 2011/6/26)

438- إثبات انقطاع الحيابة:

نظرا لأن الحيابة لا تؤدى دورها فى كسب الحق بالتقادم إلا إذا استمرت طوال المدة المطلوبة دون انقطاع، فقد كان مقتضى هذا أن يكون على الحائز الذى يتمسك بالتقادم المكسب الحق أن يثبت هذا الاستمرار أى يثبت أن الحيابة لم تنزل طوال المدة. ولكن المشرع وضع قرينة على استمرار الحيابة فنص فى المادة 971 على أنه: "إذا ثبت قيام الحيابة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين، ما لم يقيم الدليل على العكس"، وعلى ذلك لا يكلف الحائز بإثبات عدم زوال الحيابة طوال المدة إنما على من يدعى انقطاع التقادم بزوال الحيابة أن يثبت هو ذلك⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويكفى أن يثبت الحائز التاريخ الذى بدأت فيه حيازته ثم يثبت أنه حائز فى الحال فلا يحتاج بعد ذلك لإثبات أنه استمر حائزا فى المدة ما بين الزمنين، فإن هذا الاستمرار يكون مفروضا حتى يقوم الدليل على العكس. بل إن قيام الحيابة حالا، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيابة، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك. ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم. وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه. وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيابة بدءا واستمرارا.

وإذا كان الحائز بيده سند إيجار مثلا فهو حائز لحق المستأجر، وليس له

(1) محمد كامل مرسى ص 248- رمضان أبو السعود ص 422 وما بعدها- منصور

مصطفى منصور ص 412.

بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية إذا لم يقتتن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر، ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر⁽¹⁾.

(راجع أيضا شرح المادة 971).

439- أثر الانقطاع الطبيعي للحيازة:

يترتب على الانقطاع الطبيعي للحيازة زوال المدة التي استمرت خلالها الحيازة مفقودة.

ولكن ليس هناك ما يمنع من عودة الحائز إلى حيازة المال، وعندئذ يبدأ تقادم جديد من يوم عودة الحائز إلى المال الذي تخلى عن حيازته، أو الذي اغتصب منه منذ أكثر من سنة.

ويتوقف نوع التقادم الجديد على الشروط التي تتوفر للحائز. فإذا استرد العقار بناء على سبب صحيح وكان حسن النية كان التقادم قصيرا مدته خمس سنوات، وإلا كان التقادم طويلا مدته خمس عشرة سنة.

وعلى ذلك فلا محل هنا لتطبيق ما نصت عليه المادة 385 مدنى بخصوص التقادم المسقط من أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ويكون مدته هي مدة التقادم الأولى⁽²⁾.

والانقطاع الطبيعي مطلق الأثر، أى أنه ينتج أثره فى مواجهة الكافة، لأنه يقوم على واقعة مادية هي زوال الحيازة.

فلا يقتصر الاحتجاج بانقطاع التقادم على من انتزع الحيازة، بل يجوز لكل

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 508.

(1) منصور مصطفى منصور ص 412.

ذى مصلحة أن يتمسك به، كشريك في الشيوع أو أى شخص آخر كانت حقوقه معرضة لضياعتها بالتقادم⁽¹⁾.

ولكن من البديهي أن الانقطاع لا يتحقق إلا بالنسبة للشيء الذى زالت حيازته فإذا زالت عن حائز العقار حيازة جزء منه فقط فلا ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا الجزء.

تملك المنقول بالحيازة:

مادة (976)

- 1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.
- 2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها.
- 3- والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

الشرح

440- قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 976 تنص على أن "من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته".

(2) محمد على عرفه ص 287 - منصور مصطفى منصور ص 412.

وهذا النص يقرر القاعدة المشهورة "الحيازة فى المنقول سند الملكية". ومنه يتضح أن الحيازة لا تكسب الملكية وحدها، بل كذلك الحقوق العينية الأخرى، كما يتضح أن الحيازة كما تؤدي إلى كسب الحق، تؤدي إلى إسقاط التكاليف والقيود العينية.

وتهدف القاعدة، التي تتميز على وجه الخصوص بأن الحيازة يترتب عليها أثرها في الحال، إلى حماية من يتعامل في المنقول مع غير صاحب الحق بحسن نية أى يجهل أنه يعتدى على حق للغير، وذلك حتى تستقر المعاملات، فالتعامل بشأن المنقول على كثرته، يتم في الحياة العملية بسرعة لا يتيسر معها التحقق من سندات الملكية، ولو تطلبنا من كل من يتعامل بشأن المنقول كمن يشتريه أو يبرته أنه يتحقق أولاً من أن المتصرف هو المالك لترتب على ذلك شل حركة التعامل. ولهذا يكفي المشرع لاستقرار حق من تلقى المنقول بحيازته له وهو حسن النية بناء على سبب صحيح⁽¹⁾.

شروط تملك المنقول بالحيازة

يشترط لتمكنك المنقول بالحيازة توافر عدة شروط نعرض لها فيما يلي:

الشرط الأول

وجود منقول أو سند لحامله أو حق عيني على أيهما

441 - المقصود بالمنقول :

ينطبق حكم النص على كل منقول مادي وهو كل شيء يمكن أن ينقل من مكان إلى آخر دون تلف، فيدخل في ذلك العروض والحيوانات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات

(1) منصور مصطفى منصور ص 436 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 480.

وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ومواد البناء مادامت لم تشيد والأنقاض المتهدمة من البناء وغير ذلك من المنقولات المادية. وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (manuserit) منقولاً مادياً. ومن ثم إذا اشتراها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة. ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف، ولا يكون له الحق في نشر المصنف.

ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه⁽¹⁾.

واشترط أن يكون المنقول مادياً ينأى بهذه القاعدة عن المنقولات المعنوية، كالديون والسندات التجارية التي لا تنتقل ملكيتها إلا بطريق التحويل. والملكية الأدبية والفنية والعلّة في ذلك، تتمثل من ناحية في أن المنقولات المادية هي وحدها التي تقبل أن تكون موضوعاً للحيازة ومن ناحية أخرى، هي عدم توافر الحكمة التي قررت من أجلها القاعدة، فإنه على خلاف ما يحصل بالنسبة إلى حق الملكية الذي يقع على منقولات مادية فإن الحقوق المعنوية تكون عادة ثابتة بسندات، ومن السهل على من يحوزها أن يتحقق مما إذا كان المتصرف فيها هو صاحبها. ويكون الحائز مهماً إهمالاً جسيماً إذا لم يقم بهذا التحقق، وتعامل مع شخص غير صاحب السند، فهو لا يستحق حماية خاصة⁽²⁾.

غير أن هناك منقولات مادية لا تخضع لحكم القاعدة ومن ذلك:

(أ) العقارات بالتخصيص:

المنقولات التي أصبحت عقارات بالتخصيص لا تنطبق عليها القاعدة، إلا إذا

(2) السنهاورى ج 9 ص 1536 - رمضان أبو السعود ص 482.

(1) محمد على عرفه ص 207 - محمد كامل مرسى ص 421.

فصلت عن العقار الذى اتصلت به. فإذا باع المستأجر أو الزارع إلى مشتر حسن النية المنقولات التى جعلها مالك الأرض عقارات بالتخصيص، أمكن المشتري التمسك بالقاعدة⁽¹⁾.

(ب) - المنقولات غير القابلة للتعامل :

ويدخل فى هذه المنقولات تلك المعتبرة من الأموال العامة كأسلحة الجيش والآثار والتحف المحفوظة بالمتاحف والمؤلفات الموجودة بالمكتبات. وكذلك المنقولات المملوكة للدولة ملكية خاصة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الأولى من قانون الآثار والمادة 9 من القانون المدنى الأهلى والمادة 25 من القانون المدنى المختلط تعتبر الآثار من الأملاك العامة. فلا يجوز التبايع فى التمثال الأثرى، وبيعه وشراؤه باطلان. وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال فى حيازته، مهما كانت جنسيته، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده إليه، وليس له أن يحتج بنص المادة 87 من القانون المدنى لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة".

(طعن رقم 44 لسنة 7 ق جلسة 1937/12/16)

(ج) - المنقولات التى توجد ضمن مجموعة قانونية أو فعلية :

(2) محمد كامل مرسى ص 420 - وقد قضى بأن المشتري لسقف مبنى قديم، إذا عقد شراؤه فى وقت لم يكن فيه السقف قد فصل عن العقار الذى هو متصل به، ليس له أن يتمسك بقاعدة "الحيازة سند الملكية" ضد المالك الحقيقى الذى يطالب باسترداد ماله (استئناف مختلط 14 فبراير 1918).

(3) منصور مصطفى منصور ص 439 - محمد وحيد الدين سوار ص 691.

والمثل الظاهر لذلك التركية، لا يحتج بصدها بالقاعدة المذكورة، إذ أن هذه القاعدة لا تسرى إلا على منقول معين بذاته.

أما بالنسبة للمنقولات الموجودة في التركية، فإن مطالبة الوارث باسترداد هذه المنقولات من الحائز المطعون في حيازته لا يحصل بطريق دعوى الاستحقاق التي يثور النزاع فيها حول الملكية، وإنما يكون بطريق دعوى ثبوت الوراثية التي تكون صفة الوارث هي موضوع النزاع فيها. وقاعدة "الحيازة سند الملكية" لا تحصن الحائز إلا ضد دعاوى الاستحقاق⁽¹⁾.

ورغم أن الفقه يجمع على أن المحل التجاري هو مجموعة قانونية، لأنه يشمل بجانب المنقولات المادية عناصر معنوية أخرى، كالسمعة التجارية والاسم التجاري والعملاء، فلا يحتج بصده بالقاعدة المذكورة، وإن احتج بها بصدد منقول معين في المحل. وأنه يساند ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 من أن كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً، ومن قبله نص المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1940 الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها التي جرت على أن "يثبت عقد بيع المحل التجاري بعقد رسمي أو بعقد عرفي مقرون بالتصديق على التوقيعات أو أختام المتعاقدين ... إلخ"، ذلك أن مجرد اشتراط نقل ملكية المحل التجاري بعقد يقطع باستثنائه من حكم القاعدة⁽²⁾.

إلا أن محكمة النقض ذهبت في قضائها إلى أن بيع المحل التجاري بمحتوياته ومقوماته بما في ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى في شأنه

(1) محمد علي عرفه ص 209.

(1) محمد علي عرفه ص 208 - السنهاوري ص 1540 - عبد المنعم الصده ص 679 -

محمد كامل مرسى ص 421 - منصور مصطفى منصور ص 438.

المادة 1/976 من التقنين المدنى التى تنص على أن "من حاز منقولاً بسبب صحيح وتوافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكا له".

إذ قُضت بأن:

1- "بيع المحل التجارى بمحتويات ومقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة 1/976 من التقنين المدنى التى تنص على أن "من حاز منقولاً بسبب صحيح وتوافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكا له" وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بتملكه المحل التجارى موضوع التداعى بشرائه بتاريخ 1974/11/3 من المالك الظاهر (المطعون ضده الثالث) الذى كان حائزاً له ومحرراً عقد إيجاره باسمه وتوافرت لديه حسن النية وقت شرائه وحيازته للمحل وكان الحكم المطعون فيه قد أطرح هذا الدفاع تأسيساً على قوله إن مؤدى الحكم الصادر فى الدعوى 1973/65 إفلاس كلى القاهرة بتاريخ 1974/11/9 أن المحل موضوع النزاع يدخل ضمن أموال التفليسة التى يمثلها المطعون ضده الأول، ومن ثم لا يسرى فى حق جماعة الدائنين التصرف فى المحل الصادر من المطعون ضده الثالث، ولما كان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه قاصر عن مواجهة دفاع الطاعن سالف الذكر فلم يعن بتحقيق حسن نية الطاعن أو سوءها رغم ما لها من الأهمية القانونية فى تحديد حقوق المشتري فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور".

(طعن رقم 1424 لسنة 47 ق جلسة 1979/2/5)

2- "لئن كان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة 1/976 من القانون المدنى إلا أن النص فى هذه المادة على أن "من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته" يدل على أنه

لتطبيق هذه القاعدة فى المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لا ينقل الملكية مادام قد صدر من غير مالك ولكن تنتقلها الحيازة فى هذه الحالة وتعتبر سببا لكسب ملكية المنقول أما إذا كان التصرف صادرا من مالك المنقول امتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذى يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه، ولما كان فى البيع بالمزاد يعتبر المدين فى حكم البائع والراسى عليه المزاد فى حكم المشتري، لما كان ذلك، وكان البين من أوراق الدعوى أن الراسى عليه المزاد قد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه من مالك - هو المدين مورث الطاعنين - فإنه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية فى هذا المقام ولا تصلح سندا لكسب ملكية المنقولات المتنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جبرى هو الذى يحكم علاقة طرفيه، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه - قد انتهى صحيحا إلى بطلان إجراءات البيع ومن مقتضى ذلك عودة الطرفين (المدين والراسى عليه المزاد) إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد أى بقاء ملكية المنقولات للمدين وورثته من بعده (الطاعنين) فإن قضاءه برفض طلب رد المنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون".

(طعون رقم 1747 و 1748 و 1758 لسنة 51 ق جلسة 1983/11/20)

(د) - المنقولات واجبة الشهر:

يقصد بهذه المنقولات، المنقولات التى يتطلب القانون شهر التصرفات التى ترد عليها. كالسفن والطائرات، فمن شأن نظام الشهر أن يتمكن من يريد التعامل بشأن هذه المنقولات أن يعرف المالك الحقيقى، فتنتفى الحكمة من أعمال قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. خصوصا أن التعامل بشأن هذه المنقولات لا يتم عادة

بالسرعة التي يتم التعامل بها في المنقولات المادية⁽¹⁾.

442- الحق العيني على المنقول :

تسرى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على الحقوق العينية التي ترد على المنقول.

ويشترط لذلك أن يكون الحق العيني على المنقول قابلاً للحيازة، ومثل ذلك حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله، وحق رهن المنقول حيازياً، وحق الامتياز على المنقول ويكسب حقاً الانتفاع والاستعمال بالمنقول، كما تكسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز.

والاعتبارات التي بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال في المنقول بالحيازة هي نفس الاعتبارات التي بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه، وهي استقرار التعامل في المنقول ومقتضيات سرعة التداول.

وقد نصت المادة 1/985 مدني على أن: "حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم" وأغفل النص الحيازة في المنقول سهواً، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سنرى⁽²⁾.

أما حق رهن الحيازة في المنقول، فقد ورد بشأنه نص صريح، إذ نصت المادة (1118) مدني على أن:

"1- الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول.

2- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في

(1) محمد كامل مرسى ص 210 - محمد وحيد الدين سوار ص 690 - رمضان أبو السعود ص 483.

(1) عبد المنعم الصده ص 620 - المستشار على أحمد حسن ص 82.

الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن".

فالدائن الذى تسلم بحسن نية بصفة رهن حيازة من مدينه منقولاً مملوكاً لغير المدين، له أن يتمسك بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" ضد المالك الحقيقى الذى يقيم عليه دعوى الاسترداد.

فالدائن المرتهن لا يحوز حيازة عرضية إلا فى علاقته مع المدين، لا بالنسبة إلى مالك الشئ المرهون⁽¹⁾.

غير أنه يشترط للاحتجاج قبل المالك بالقاعدة المذكورة أن يكون عقد الرهن مستوفياً للشرائط القانونية فقد نصت المادة 1117 مدنى على أنه يشترط لنفذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن⁽²⁾.

أما إذا كان الشئ المرهون مسروقاً أو ضائعاً فلا يجوز للدائن المرتهن الاحتجاج بهذه القاعدة ضد المالك الحقيقى كما سنرى.

أما حق الامتياز على المنقول، فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث يكون الرهن مبنياً على فكرة الرهن الضمنى فيأخذ حكم رهن الحيازة. ومن ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة، فإنه يثبت "ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر أو كانت مملوكة للغير، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها، وذلك دون إخلال

(2) محمد كامل مرسى ص 426.

(3) المستشار محمد عبد اللطيف ص 459.

بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة (م/1143/2) مدنى.

ومن ذلك أيضا امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل، فيقع الامتياز على الأمتعة "ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة (م/1144/2) مدنى⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1543 - محمد كامل مرسى ص 428 - عبد المنعم الصده ص 682 وإن كان ينتقد هذا الحكم بقوله: إن تحويل مؤجر العقار وصاحب الفندق حق التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول على هذا النحو يتضمن خروجاً على شروط هذه القاعدة من ناحيتين: الأولى، أنهما لا يعتبران حائزين بالمعنى الحقيقى، إذ أن المستأجر والنزيل هما اللذان تكون لهما السيطرة الفعلية على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة والأمتعة المودعة فى الفندق، والثانية، أنه ليس هناك سبب صحيح بمعنى التصرف الصادر من غير مالك، إذ أن الامتياز يثبت بمقتضى نص القانون.

وعكس ذلك أيضا منصور مصطفى منصور ص 442 وما بعدها - فيذهب إلى أن حقوق الامتياز لا تنشأ إلا بنص القانون (م/1130 مدنى) والقانون هو الذى يحدد الحق الممتاز ومحل الامتياز، وبالتالي لا محل للقول بكسب الامتياز بمقتضى الحيازة. لأن المصدر المباشر لحق الامتياز هو النص ولئن كان المشرع بالنسبة لامتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق، قرر الامتياز على ما يوجد بالعين المؤجرة من منقولات، وعلى الأمتعة التى يحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته، ولو كانت هذه المنقولات غير مملوكة =

= للمستأجر (ولا لزوجه) أو للنزيل بشرط أن يكون المؤجر أو صاحب الفندق حسن النية أى لا يعلم وقت إدخالها فى العين المؤجرة، أو فى الفندق بأنها مملوكة للغير إلا أنه لا يمكن تطبيق قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" عليهما، لأن المصدر المباشر لحق الامتياز هو النص، وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة للمدين بشروط خاصة فهى ليست شروط قاعدة الحيازة فى المنقول لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو النزيل، كما أن هذه الحيازة لا تستند إلى سبب صحيح.

443- السند لحامله :

السند لحامله صك بحق شخصي، الدائن فيه أى شخص يحمل السند، فهو ينتقل بالمناولة وليس بطريق الحوالة مثل الحقوق الشخصية أو بطريق التحويل كما تنتقل السندات الإسمية، ولا عن طريق التظهير كما تنتقل السندات الإذنية فالحق يمتزج بالصك المثبت له بحيث تصبح ملكية الحق لحامل الصك، ومثل ذلك الأسهم والسندات فى شركات الأموال، والأوراق النقدية والمالية، وسندات الدين العام، والسندات التى تصدرها الدولة لعقد قرض مالى. وبالجمله كل السندات التى تنتقل ملكيتها بالتسليم يجب أن تعتبر من قبيل السندات لحاملها.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 976 مدنى صراحة على سريان قاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية على السند لحامله.



الشرط الثانى

الحيازة

444- مضمون الشرط:

يشترط أن تتوافر لواضع اليد على المنقول صفة الحائز بالمعنى القانونى، أى أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى والمعنوى. ويترتب على ذلك أن الحائز العرضى، أى واضع اليد لحساب غيره كالمستأجر والمودع لديه والمستعير والوكيل والدائن المرتهن، ليس لهم التمسك بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" لأنهم ملزمون بمقتضى عقودهم بالرد. وقد قضى بأنه ليس للأرملة أن تتمسك لإثبات الملكية لمصلحتها بحيازة المنقولات التى حصرت من ضمن تركة زوجها، ولم تقسم بين الورثة، وإنما تركت لها من باب التسامح، بصفة عارية الاستعمال⁽¹⁾.

ويجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (réelle) أى فعلية، أى أن يكون قد حصل تسليم المنقول إلى الحائز بالفعل. فمجرد تسلم مفتاح المخزن الذى توجد فيه البضائع، أو تسلم سندات هذه البضائع، أو تذكرة النقل لا تكفى للاحتجاج بتملك هذه المنقولات⁽²⁾.

(1) استئناف مختلط 21 يناير 1914.

(2) السنهاورى ص 1544 - محمد على عرفه ص 211 - محمد وحيد الدين سوار ص 692 - عبد المنعم البدرأوى ص 546 - وقارن منصور مصطفى منصور ص 441 فيذهب إلى أن حيازة السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن تقوم مقام حيازة البضائع إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة 954 مدنى التى تجرى على أن: "تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحيازة لاتعتبر سنداً للملك فى المنقول - وفق ما هو مقرر فى المادتين 607، 608 من القانون المدنى⁽¹⁾ - إلا إذا كانت فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس⁽²⁾. وهى لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشئ المحوز فى مكنة الحائز وتحت تصرفه، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصيلاً يحوز لنفسه لا لغيره، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشئ والتصرف فيه".

(طعن رقم 107 لسنة 15 ق جلسة 1947/1/30)

ولم تعتبر محكمة النقض حيازة مفتاح الخزانة بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو فى الخزانة، وتركت ذلك لما يحصله قاضى الموضوع.

إذ قضت بأن :

"حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً فى اليد، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو فى الخزانة. وكون الشئ حاصلًا

المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها". فإذا اشترى شخص البضاعة من غير مالكها وتسلم البائع وهو حسن النية مستندات الشحن أو الإيداع، كان = له قبل أن يتسلم البضاعة ذاتها أن يتمسك فى مواجهة مالكها بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية"، ولكن إذا تسلم شخص المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية، فلا يستطيع فى هذه الحالة أن يتمسك بهذه القاعدة، إلا من تسلم البضاعة (م2/954).

(1) تقابل هاتين المادتين فى القانون الجديد الفقرتان الأولى والثالثة من المادة 976.

(2) ذكرنا الفقرة الثانية من المادة 949 من القانون الجديد العيوب التى تعدم أثر الحيازة ومنها عيب اللبس.

فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل. وإذا كان القانون قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها، فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا فعلا لمحتوياتها، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة مستأثرا بالتصرف فى فراغها، ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بطرفها الواقعية، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا وإلا فلا. وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية مستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 107 لسنة 15 ق جلسة 1947/1/30)

ولا تتحقق الحيازة هنا بالتسليم الحكمى، كأن يترك المشتري المنقول فى يد البائع على سبيل الإيجار⁽¹⁾.

ويجب أن تتوافر فى الحيازة صفاتها القانونية، أى أن تكون ظاهرة وهادئة وغير غامضة، أما شرط الاستمرار فلا محل له هنا، لأنه بمجرد الحيازة تنتقل الملكية.

وعلى ذلك لا يجوز أن يتمسك بالقاعدة من تكون حيازته قد حصلت بالإكراه أو حصلت خفية أو من تكون حيازته غامضة. ففى الحالة التى يباع فيها عقار مع المنقولات الموجودة فيه إذا طلب أحد عمال البائع من المشتري استرداد المنقولات التى كانت له عليها الحيازة المادية فى العقار المبيع وجب على العامل أن يثبت حق ملكيته، وليس له أن تقتصر على التمسك بقاعدة "الحيازة فى المنقول

(1) جميل الشرقاوى ص 328.

سند الملكية"، لأن حيازته غامضة إذ يمكن اعتبارها حاصلة لحساب البائع. وكثيرا ما يثور عيب الغموض بمناسبة حيازة شخص كان يساكن المتوفى باعتباره خادما عنده أو ممرضا له أو ملازما لفراشه وقت مرضه، لبعض منقولات التركة، ثم يدفع مطالبة الورثة بردها بأنه تلقاها عن المورث بطريق الهبة اليدوية، فينعى الورثة على حيازته غموضها ويتخذون من ظروف المعيشة قرينة على إثبات هذا الغموض. على أن المساكنة في ذاتها لا تعتبر في كل الحالات دليلا قاطعا على غموض حيازة الحائز، بل إن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة لكي يستشف هذا العيب من ظروف الحيازة وملابساتها ويقضى بما يهديه إليه اقتناعه، وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن، هو رأى في مسألة واقعية مستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

ويتحقق عيب الخفاء في العمل بالنسبة للشخص الذي يحوز بعض منقولات التركة ويخفيها عن الورثة ولا يعلن عن وجودها في محضر الجرد، فإذا انكشف أمره للورثة فإنه يبدأ بالإصرار على الكتمان ثم يعود، في أثناء استجوابه، فيعلن أنه تلقى هذه المنقولات عن المورث بطريق الهبة اليدوية. مثل هذا الشخص تكون حيازته مشوبة بالخفاء ولا يقبل منه إذن الاحتجاج بقاعدة "الحيازة سند الملكية" ويمكن إثبات الخفاء بكل طرق الإثبات⁽²⁾.

الشرط الثالث

السبب الصحيح

445 - مضمون الشرط:

(1) محمد على عرفه ص 213 - رمضان أبو السعود ص 490.

(2) محمد على عرفه ص 212 - رمضان أبو السعود ص 490..

يراد بالسبب الصحيح هنا، نفس المعنى الذى رأيناه فى خصوص التملك بالتقادم الخمسى. فهو تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العينى إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق (م3/969).

والسبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة شرط متميز ومستقل عن شرط حسن النية، كما هو الحال فى التقادم الخمسى. وذلك على عكس الحال فى القانون الفرنسى الذى لا يتطلب هذا الشرط إلا كقرينة على حسن النية. والحل الذى أخذ به القانون المصرى يفضل الحل المأخوذ به فى القانون الفرنسى. لأن قاعدة الحيازة فى المنقول دعت إليها اعتبارات تتعلق بتأمين التعامل. وكل ما تتطلبه هذه الاعتبارات هو أن يصبح الحائز الذى يتعامل مع غير مالك فى نفس المركز الذى كان يتوفر له لو أنه تعامل مع المالك الحقيقى، فهى لا تتطلب الوصول إلى أكثر من هذا. وإذا كان الذى يتعامل مع المالك الحقيقى تسرى فى حقه النتائج التى تترتب على بطلان سنده، فإن هذا يجب أن يكون الحل أيضا بالنسبة إلى من يتعامل مع غير مالك⁽¹⁾.

غير أنه يفترض فى المادة 976 وجود السبب الصحيح بمجرد الحيازة، ولذلك لا يكلف الحائز بإثبات السبب الذى تستند إليه حيازته. إنما يجوز لمدعى الاستحقاق أن يقيم الدليل على أن حيازة الحائز لا سند لها، ويجوز له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات إذ أن هذه الحالة من الحالات التى تخضع لقاعدة حرية الإثبات لوجود مانع من الحصول على كتابة مثبتة للحق⁽²⁾.

ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية، فكل تصرف ناقل

(1) عبد المنعم الصده ص 686.

(2) محمد على عرفه ص 214.

أو منشئ لحق عيني منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة، كحق الانتفاع في المنقول وحق رهن الحيازة في المنقول إذا صدر من غير صاحب الحق. ومثال السبب الصحيح، أن يسلم المالك المنقول إلى مستأجر أو مستعير، أو مودع لديه، فيكون كل من هؤلاء حائزاً عرضياً للمنقول. فإذا ما باع هذا الحائز المنقول إلى مشتر وسلمه إياه، عد البيع سنداً صحيحاً لهذا المشتري، يستطيع أن يملك المنقول بمقتضاه وقد يتبدى السبب الصحيح في صور أخرى، كأن يبيع المالك المنقول لشخص لم يتسلمه، ثم يبيعه مرة أخرى إلى آخر، ويسلمه إياه. فالبيع الثاني صادر من غير مالك، إذ الملكية انتقلت إلى المشتري الأول بمجرد انعقاد العقد، ويستطيع المشتري الثاني الذي حاز المنقول تملكه، لا على أساس العقد، لصدوره من غير مالك ولكن على أساس قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لئن كان بيع المحل التجاري بمحتوياته ومقوماته بما في ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى في شأنه المادة 1/976 من القانون المدني، إلا أن النص في هذه المادة على أن "من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته" يدل على أنه لتطبيق هذه القاعدة في المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لا ينقل الملكية مادام قد صدر من غير مالك ولكن تنقلها الحيازة في هذه الحالة وتعتبر سبباً لكسب ملكية المنقول، أما إذا كان التصرف صادراً عن مالك المنقول امتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذي يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه، ولما كان في

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 549- محمد وحيد الدين سوار ص 694.

البيع بالمزاد يعتبر المدين فى حكم البائع والراسى عليه المزاد فى حكم المشتري، لما كان ذلك، وكان البين من أوراق الدعوى أن الراسى عليه المزاد قد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه من مالك- وهو المدين مورث الطاعنين - فإنه لا يجوز التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية فى هذا المقام ولا تصلح سندا لكسب ملكية المنقولات المتنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جبرى هو الذى يحكم علاقة طرفيه، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه - قد انتهى صحيحا إلى بطلان إجراءات البيع ومن مقتضى ذلك عودة الطرفين (المدين والراسى عليه المزاد) إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد أى بقاء ملكية المنقولات للمدين وورثته من بعده (الطاعنين) فإن قضاءه برفض طلب رد المنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون".

(طعون أرقام 1747، 1748، 1758 لسنة 51 ق جلسة 1983/11/20)

وقد ذكرنا فى السبب الصحيح فى التقادم الخمسى، أنه لا يعتبر سببا صحيحا بوجه خاص الميراث والعقود التى ليس من شأنها أن تنقل الملكية كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة والتصرفات الكاشفة عن الملكية كالقسمة الاختيارية والصلح والحكم القضائى.

كما ذكرنا أن التصرف القانونى الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانونى فلا يعتبر سببا صحيحا. وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا التصرف القانونى الظنى لأنه بدوره ليس له وجود قانونى.

أما التصرف القانونى القابل للإبطال فإنه يصلح أن يكون سببا صحيحا. وقد قضى بأن الراسى عليه مزاد المحصول المحجوز عليه قبل انفصاله والذى يضع يده عليه، له أن يتمسك بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية"، ويدفع بها

الاسترداد الذي يرفعه المشتري الذي باع له المدين المحصول المذكور⁽¹⁾.
وقضى بأنه لا يمكن لمالك المنقول الذي حجز وبيع بالمزاد العلني أن يسترده من الراسى عليه المزاد حسن النية، الذي يقوم البيع القضائي بالنسبة إليه مقام السبب الصحيح، بل فقط له الرجوع على المدين الذي زاد ماله بثن الشيء المبيع. فإذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له إلا أن يشاركهم في التوزيع، لأنه ليس له امتياز عليهم.

أما إذا كان الثمن قد وزع بين الدائنين أو دفع إلى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على أحد منهم، إلا إذا كان الدائن الحاجز سئ النية، ففي هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادئ العامة أن يطالبه بالثمن، بل ويتعويضات⁽²⁾.

ولا يعتبر سند الخلف العام سببا صحيحا بالمعنى المقصود في المادة 976 مدني التي لا ينطبق نصها على مجموعات المنقولات مثل المنقولات الداخلة في التركة. فالقاعدة تحمي الغير حسن النية الذي تسلم المنقولات من الحائز الأصلي، ولذلك لا تنطبق على هذا الأخير ولا على ورثته⁽³⁾.

446- ما يختلف فيه السبب الصحيح في المنقول عن السبب الصحيح

في التقادم الخمسى :

يختلف السبب الصحيح في تملك المنقول عن السبب الصحيح في التقادم الخمسى في مسألتين هما :

1- أن من يتمسك بالتقادم الخمسى ملزم - كما قدمنا - بإثبات وجود السبب الصحيح. أما بالنسبة لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"، فقد افترض

(1) استئناف مختلط 10 مايو 1927.

(1) قنا الجزئية 16 يناير 1905.

(2) محمد كامل مرسى ص 438.

المشرع وجود السبب الصحيح لدى حائز المنقول، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك.

وتبعاً لذلك لا يكلف الحائز إلا بإثبات حيازته. فإذا ما أثبتتها عدت حيازته بسبب صحيح ما لم ينقض الخصم هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أن الحيازة لا تقوم على سبب صحيح. ومرد الفرق إلى أنه كثيراً ما يتم التعامل فى المنقولات، دون إعداد دليل لإثبات وجود التصرف.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم القصير. فمجرد الحيازة إذن يفترض معها حسن النية والسبب الصحيح حتى يقوم الدليل على العكس"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت الحيازة فى المنقول دليلاً على الملكية فإن ثمة قرينة قانونية تقوم لمصلحة الحائز من مجرد حيازته للمنقول على وجود السبب الصحيح وحسن النية إلا إذا ثبت عكس ذلك. وإذن فمتى كان الثابت أن المنقولات المتنازع عليها كانت فى حيازة زوجة الطاعن قبل وفاتها عن طريق الهبة وظلت فى منزل الزوجية إلى أن وقع الحجز من المطعون عليه الأول، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم أحقية الطاعن فى نصيبه فى هذه المنقولات أقام قضاءه على أنها مملوكة للمطعون عليه الأول لأنه شرط الاحتفاظ بملكيتها حتى يوفى إليه ثمنها كاملاً وأن له أن يستردها تحت يد كائن من كان دون أن يعتد بقرينة الحيازة التى ثبت توافرها لمورثة الطاعن قبل وفاتها فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 56 لسنة 21 ق جلسة 1954/2/4)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 514.

2- في التقادم الخمسى يشترط في السبب الصحيح أن يكون مسجلا (م) 3/969 مدنى لأننا بصدد اكتساب ملكية على عقار. أما بالنسبة لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" فلا يشترط بداهة تسجيل التصرف، لأن التصرف في المنقول بذاته من شأنه نقل الحق إلى الحائز، لو صدر من المالك دون تسجيل⁽¹⁾.

الشرط الرابع

حسن النية

447- مضمون الشرط:

اشتترطت المادة صراحة في تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز "حسن النية".

ومعنى حسن النية هنا هو ذات معناه في تملك العقار بالتقادم الخمسى، أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك. فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول، على أن يكون هذا الغلط مغتفرا حتى يستقيم مع حسن النية، فإذا كان غير مغتفر فإنه ينفى حسن النية. ويستوى أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا، فأى شك يقع في نفس الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفى حسن النية.

وهذا كله على التفصيل الذى قدمناه في التقادم الخمسى ونحيل إليه.

448- الوقت الذى يشترط فيه توافر حسن النية:

الوقت الذى يشترط فيه توافر حسن النية هو وقت بدء الحيازة إذ نصت الفقرة

(2) السنهاورى ص 1551 - رمضان أبو السعود ص 492 - محمد وحيد الدين سوار ص 695.

الأولى من المادة 976 على أن: "من حاز بسبب صحيح.... إذا كان حسن النية وقت حيازته"، وهذا بخلاف ما رأيناه بالنسبة للتقادم الخمسى، حيث لا يشترط توافر حسن النية لدى حائز العقار إلا وقت تلقى الحق (م 2/969 مدنى). وترجع هذه التفرقة إلى أن الحيازة فى المنقول أفعل أثرا منها فى العقار. ففى التقادم الخمسى يأتى سند الحائز وهو السبب الصحيح فى المقام الأول ويكون دور الحيازة طوال مدة التقادم قاصرا على تدعيم هذا السند وتطهيره من العيب الذى يشوبه بسبب عدم ملكية المتصرف، ولذلك لا يكسب حائز العقار الملكية إلا بعد تمام التقادم، بينما فى حيازة المنقول يأتى دور الحيازة فى المقام الأول ويكون دور السند قاصرا على تدعيم هذه الحيازة، ولذلك يكسب حائز المنقول الملكية فى الحال. ومادام أن للحيازة فى المنقول هذا الشأن كان لابد من توافر حسن النية وقت بدء الحيازة، فلا يكفى أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقى الحق. بحيث أنه إذا كانت هناك فترة زمنية بين هذين الوقتين، وكان الحائز يعتقد وقت تلقى الحق أن المتصرف مالك، ولكنه بعد ذلك وقبل أن يتسلم المنقول علم أن المتصرف غير مالك، فإنه يعتبر سىء النية. فإذا توفر حسن النية وقت بدء الحيازة فلا تكون هناك أية أهمية لسوء النية الذى يطرأ بعد ذلك⁽¹⁾.

وحسن النية يفترض دائما إذ نصت المادة 3/976 مدنى على أن: "والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك". وقد جاء هذا النص تطبيقا خاصا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة 965 مدنى من أن: "وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس". وعلى ذلك لا يكلف حائز المنقول أن يثبت إلا الحيازة

(1) عبد المنعم الصده ص 684 - محمد وحيد الدين سوار ص 693 وما بعدها - جميل

وحدها، فإذا ما أثبتها افتراض القانون أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية مصحوبا بالسبب الصحيح. وعلى من يدعى سوء نية الحائز أن يثبت أن الحائز كان يعلم وقت الحيازة أنه يعتدى على حق للغير أو أن جهله ناشئا عن خطأ جسيم أو اغتصب الحيازة بالإكراه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "ثبتت حيازة المال المودع وفقا للمادة 608 من القانون المدني القديم يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن النية إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك. وإذن فمتى كانت المطعون عليها الأولى قد تمسكت بقرينة الحيازة الدالة على ملكية القاصرين للمال المودع في حسابهما بأحد البنوك فإن عبء إثبات ما يخالف هذه القرينة يقع على عاتق من يدعى العكس، ولا يغير من هذا الحكم ذكر المودع باسمه المال أن سبب تملكه لهذا المال هو الهبة".

(طعن رقم 130 لسنة 20 ق جلسة 1953/11/26)

2- "إذا كان الحكم قد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزاد في بيع الأشياء المحجوز عليها فإن التحدى بحكم المادة 976 من القانون المدني لا يكون له محل".

(طعن رقم 172 لسنة 23 ق جلسة 1957/5/23)

آثار قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" :

449- أولا : الأثر المكسب :

(2) السنهاورى ص 1555 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 444 وما بعدها - جميل الشراوى ص 334.

إذا توافرت الشروط الأربعة التي ذكرناها فيما سلف لانطباق قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية"، فإن الحائز يكسب الملكية أو الحق العينية التى وردت عليه الحيازة. ويتحقق هذا الكسب فى الحال من تلقاء نفسه، فلا تكون هناك حاجة إلى مضى مدة معينة. ولا يكون ترتيب هذا الأثر رهينا بتمسك الحائز بالقاعدة، لأن حيازة المنقول بالشروط المذكورة تعتبر سببا لكسب ملكيته أو أى حق عينى آخر عليه دون حاجة إلى أى إجراء آخر.

فإذا رفع المالك الأصلى دعوى الاستحقاق على الحائز أمكنه أن يدفعها بأنه تملك المنقول بالحيازة.

وإذا اعتدى الغير على حيازة الحائز للمنقول، فاغتصبه منه، كان له أن يرفع دعوى الاستحقاق حيث يتمسك بأنه تملك المنقول بالحيازة فيعد الحائز وكأنه قد تلقى الحق من صاحبه.

أما إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة للقاعدة، فإنه يجوز للمالك أن يسترد المنقول من الحائز بدعى الاستحقاق، ولا يستطيع الحائز فى هذه الحالة أن يدفع دعوى المالك إلا إذا كان قد تملك المنقول بالتقادم الطويل⁽¹⁾.

450- ثانياً: الأثر المسقط:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 976 مدنى تنص على أنه: "إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها".

فإذا كان المنقول محملاً بتكليف عينى، كحق انتفاع أو استعمال أو رهن حيازى أو امتياز - بالتفصيل الذى ذكرناه فيما سلف - ولكن الحائز تلقى المنقول

(1) عبد المنعم الصده ص 689 - محمد وحيد الدين سوار ص 666 - منصور مصطفى

معتقدا أنه خاليا من مثل هذه التكاليف، وكان حسن النية أى لا يعلم بوجود تكاليف على المنقول، فإنه يكسب الملكية خالصة من مثل هذه التكاليف.

وهذا الأثر المسقط أحد الأحكام التى تترتب على الحيابة فى المنقول دون العقار. فقد رأينا أن القاعدة فى التقادم المكسب أن يكسب الحائز الملكية محملة بما كان عليها من تكاليف عينية قبل بدء سريان التقادم، ما لم تكن هذه التكاليف قد انقضت بالتقادم المسقط الخاص بها، ومع مراعاة أن الحقوق العينية التبعية لا تنقضى إلا بانقضاء الدين الذى تضمن الوفاء به.

وهناك نظرية فقهية ترتب هذا الأثر على أساس أن الحيابة فى المنقول تعتبر من الأسباب التى تكسب بها الملكية ابتداء، فهى تخول الحائز ملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة، ومن ثم تؤدى إلى سقوط ما يكون المنقول محملا به من تكاليف عينية⁽¹⁾. ولكن يذهب الرأى الغالب إلى أن التصور الصحيح. وهو التصور الذى يستفاد من النص ونقول به مذكرة المشروع التمهيدى وهو أن للحيابة فى هذا المجال أثرا مسقطا لهذه التكاليف. هو التصور الذى يتفق مع اشتراط وجود سبب صحيح، ومع سريان النتائج القانونية لهذا السبب فى حق الحائز، مع الغرض الذى يقصد إليه من تقرير قاعدة الحيابة فى المنقول وهو تغطية العيب الناجم من عدم ملكية المتصرف بحيث يصبح الحائز فى نفس المركز الذى كان يتوفر له لو أنه تعامل مع المالك الحقيقى⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والحيابة لا تكسب ملكية المنقول فحسب، بل هى أيضا تزيل التكاليف والقيود

(1) محمد على عرفه ص 111.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 692 وما بعدها - السنهورى ص 1569 وما بعدها - منصور

مصطفى منصور ص 445 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 570.

العينية التى تثقل المنقول. فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون رهن حيازة ملكه فى الحال خالصا من الرهن (وهذا بخلاف العقار المرهون رهنا رسميا. أنظر مادة 1510).

ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا. أثرا مكسبا وأثرا مسقطا، فبمجرد توفرها تكسب الحائز الملكية وتسقط التكاليف. ومتى تبين هذان الأثران المتميزان أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة، فإن هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم، وأصبح من الواضح أن الملكية هى لم تتغير، وأنها انتقلت بحكم الحيازة وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا⁽¹⁾.

وهذا الأثر المسقط قد يترتب مع الأثر المكسب فى آن واحد، وذلك إذا كان السبب الصحيح قد صدر من غير مالك دون أن يذكر فيه ما يثقل المنقول من أعباء وتكاليف. ومثال ذلك أن نكون بصدد منقول مرهون ويؤجره الدائن المرتهن ويسلمه للمستأجر، ثم يقوم الأخير ببيع هذا المنقول دون أن يذكر للمشتري واقعة الرهن، فيتسلمه المشتري معتقدا أن البائع هو المالك وجاهلا بوجود الرهن. هنا يتحقق الأثر المكسب والمسقط معا، فبمقتضى الأثر المكسب للحيازة يملك المشتري المنقول، وبمقتضى الأثر المسقط، فإنه يملكه خاليا من هذا الرهن.

وقد يترتب الأثر المسقط وحده، وذلك فى حالة ما إذا كان السبب الصحيح قد صدر من مالك دون أن يذكر فيه ما يثقل من قيود وتكاليف. مثال ذلك أن يتلقى الحائز حسن النية الشئ المرهون من المالك على أنه خال من الرهن، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط⁽²⁾.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 514.

(1) منصور مصطفى منصور ص 445 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 553 وما بعدها

- رمضان أبو السعود ص 494.

451- تطبيقات للأثر المسقط للحيازة:

أورد المشرع نفسه عدة تطبيقات للأثر المسقط لحيازة المنقول بحسن نية على الخصوص فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية (التأمينات التى ترد على المنقول) ومثال ذلك:

1- بعد أن نصت المادة 2/1118 مدنى على أن يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون، وهذا هو الأثر المكسب لحيازة حق الرهن، قالت "كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن". وهذا هو الأثر المسقط.

2- تنص المادة 1/1145 مدنى على أن امتياز بائع المنقول يبقى ما بقى المبيع محتفظاً بذاتيته "دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية".

3- تنص المادة 1/1133 مدنى على أنه:

"لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر أن الحيازة فى المنقول أصلاً سند الملكية وأن المشتري حسن النية يملك المنقول بالحيازة وكان حق الامتياز - وعلى ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1133 من التقنين المدنى - لا يحتج به على من حاز منقولاً بحسن نية، وكانت الطاعنة لم تقدم دليلاً على علم مشتري منقولات النزاع أنها من تركة مورث المطعون ضده الثانى وبأن البائع لم يؤد رسم الأيلولة المستحق عليه ومن ثم لا يكون من حق مصلحة الضرائب التمسك بالمادتين آنفتى الذكر وتتبع هذه المنقولات فى يد المشتري... الخ".

(طعن رقم 1834 لسنة 54 ق جلسة 1990/5/21)

4- تنص المادة 5/1143 مدنى على أن:

"وإذا نقلت الأموال المتقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة، بقى الامتياز قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال، ويبقى الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا فى الميعاد القانونى. ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري".

5- تنص المادة 1144 مدنى على أن المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى نمة النزىل عن أجر الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق أو ملحقاته. ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزىل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة.... الخ.

ويلاحظ أن المشرع حين نص على الأثر المسقط للحيازة لم يقصر هذا الأثر على سقوط الحقوق العينية، بل جاءت الألفاظ التى استعملها عامة تشمل "التكاليف والحقوق العينية". أى التكاليف التى ترد على المنقول وإن لم تعتبر من الحقوق العينية مثل الشرط المانع من التصرف ولذلك فإن الأثر المسقط للحيازة يترتب فى حالة ما إذا كان المتصرف قد تصرف فى المنقول خروجاً منه على الشرط المانع من التصرف إلى حائز حسن النية يجهل هذا الشرط. فلا يجوز لمن تقرر الشرط لمصلحته فى هذه الحالة أن يطلب إبطال التصرف جزاء لمخالفة الشرط⁽¹⁾.

ومثال ذلك الحظر الوارد فى الفقرة الأولى من المادة 107 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 على المشتري بالتقسيط فى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط جميعها إلا بإذن مكتوب من البائع... فهذا الحظر لا يمتد أثره إلى حائز المنقول بحسن نية.

452- بقاء الدعاوى الشخصية للمتصرف ضد الحائز:

تؤدى قاعدة حيازة المنقول بشروطها سالفة الذكر إلى أن يصبح الحائز مالكا

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 555 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 476 وما بعدها -

منصور مصطفى منصور ص 447 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 336.

أو صاحب حق عيني على المنقول. ولكنها لا تبرئ ذمة الحائز إذا كان مدينا، ذلك أن قاعدة الحيابة في المنقول تهدف فقط إلى تغطية العيب الناجم من عدم ملكيته المتصرف، فليس من شأنها أن تزيل العيوب الأخرى التي يمكن أن تلحق التصرف الصادر إلى الحائز. وعليه فإن القاعدة لا تحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التي تكون للمتصرف أو دائنيه ضد الحائز. رغم أن هذا الأخير أصبح مالكا. وينبنى على ذلك أنه إذا كان التصرف الذي تلقى به الحائز المنقول مشوبا بما يجعله قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك فإن الدعاوى الشخصية التي تكون للمتصرف أو دائنيه بناء على هذه الأسباب يجوز رفعها على الحائز رغم تملكه المنقول بالحيابة، ومقتضى هذا أنه إذا نجح المتصرف في دعواه الشخصية ضد الحائز استطاع أن يسترد منه المنقول رغم كسبه الملكية. وكذلك الأمر إذا نجح أى من دائنى المتصرف فى الدعوى التى يباشرها بالنيابة عن المتصرف ضد الحائز.

ويستطيع المالك الأصلي بوصفه دائنا للمتصرف أن يباشر الدعوى الشخصية ضد الحائز نيابة عن المتصرف، فإذا نجح فى هذه الدعوى أمكنه أن يسترد المنقول من هذا الطريق رغم أن الحائز قد كسب ملكيته بالحيابة⁽¹⁾.

453- مصير الدعاوى الشخصية التى للمالك ضد المتصرف :

إذا كان المتصرف فى المنقول حائزا عرضيا كالمستأجر أو المستعير أو الوكيل أو المودع لديه، فإنه يكون ملزما برد المنقول إلى المالك بمقتضى العقد المبرم بينهما. ولا تحول قاعدة الحيابة فى المنقول دون بقاء المتصرف فى مثل هذه الحالات ملزما برد المنقول إلى المالك. وقد يكون سند ملكية المتصرف مشوبا بما يجعله باطلا أو قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك.

(1) عبد المنعم الصده ص 691 - منصور مصطفى منصور ص 445.

فلا تحول هذه القاعدة دون بقاء حق المالك في الرجوع على المتصرف،
فيؤدي هذا الرجوع إلى إلغاء سند المتصرف.

غير أنه في هذه الحالات جميعها، إذا نحج المالك الأصلي في دعواه ضد
المتصرف، فإن لا يستطيع مع ذلك أن يرجع بدعوى الاستحقاق على الحائز. لأن
الحائز تملك المنقول بمقتضى القاعدة المذكورة، فأصبح في مأمن من هذه
الدعوى، ولا يبقى أمام المالك الأصلي إلا بالرجوع بالتعويض على المتصرف⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم الصده ص 690 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 474 وما بعدها.

مادة (977)

1- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

2- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه.

الشرح

454- استرداد المالك المنقول أو السند لحامله فى حالة السرقة أو الضياع؛

بعد أن قرر المشرع الأثر المكسب والأثر المسقط المترتبين على الحيازة المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح، أورد استثناء عليهما فى المادة 977، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. ومفاد ذلك أن حائز المنقول أو السند لحامله بحسن نية وسند صحيح لن يستطيع التمسك بحيازته، إذا كان المنقول قد خرج من يد صاحبه بسبب السرقة أو الضياع. وفى هذه الحالة فضل المشرع حق المالك على حق الحائز الحسن النية.

والحكمة فى هذا أن المنقول أو السند لحامله فى حالتى السرقة والضياع يخرج من حيازة مالكة كرها وعلى غير إرادته ودون خطأ منه، فلم يشارك المالك بذلك فى إيجاد المظهر المادى الذى خدع الحائز فجعله يعتقد أن المتصرف هو المالك.

فيجوز إذن للمالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من يد الحائز حسن النية⁽¹⁾.

455- شروط الاسترداد:

يشترط لاسترداد المالك المنقول أو السند لحامله المسروق أو الضائع من يد الحائز حسن النية توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يكون المنقول أو السند لحامله قد خرج من يد المالك بسبب السرقة أو الضياع:

يشترط للاسترداد أن يكون المنقول أو السند لحامله قد خرج من يد المالك بسبب السرقة أو الضياع.

والمقصود بالسرقة، السرقة بمعناها المحدد لها في قانون العقوبات، وهي اختلاس مال منقول مملوك للغير (مادة 311 من قانون العقوبات)، ومن أهم أركان هذه الجريمة الاختلاس، فإذا كان فقد المالك حيازته ناشئاً عن فعل آخر لا يكون جريمة السرقة، ولكنه يتحد معها في أثرها، فلا يستفيد المالك من حكم المادة. فلا يسرى إذن حكم المادة بالنسبة للمالك الذي كان ضحية لخيانة الأمانة أو النصب. إذ أن المالك - حينئذ - يكون قد تخلص عن حيازة المنقول بإرادته. ولو أنه وضع ثقته في غير موضعها، أو كان ضحية غفلته أو عدم خبرته، إلا أنه قد ساهم مع ذلك في خلق المظهر الخارجي للحيازة التي انخدع به الحائز حسن النية⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 555 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 478.

(2) محمد على عرفه ص 228 وما بعدها- السنهاورى ص 1575 وما بعدها - عبد المنعم

البدرأوى ص 556 - عبد المنعم الصده ص 695 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 338.

ويجوز الاسترداد في جميع حالات السرقة، ولو كان القانون يعفى السارق من العقاب في بعض الحالات، أو يجعل العقاب متوقفاً على طلب المجنى عليه، كالسرقات التي ترتكب بالزوج أو الزوجة أو الأصول أو الفروع (م 312 من قانون العقوبات). فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولاً أو سرق المنقول الأصل من أحد فروعه أو الفرع من أحد أصوله، ولم يطلب المجنى عليه محاكمته، فإن المنقول يبقى معتبراً أنه مسروق في حكم المادة 977 مدنى. فلو باع السارق في هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية، جاز لمالك المنقول أن يسترده من الحائز⁽¹⁾.

وكذلك ينطبق النص ولو بقى السارق مجهولاً. أما الضياع فيجب ألا يقتصر مدلوله على ما يفقده الحائز بإهماله أو بعدم حيطته، بل إن مدلول هذا الاصطلاح يجب أن يمتد إلى الحالات التي يتجرد فيها الحائز من حيازة المنقول دون قصد التخلّى عن حيازته. فيسرى حكم المادة على الحالة التي يفقد فيها المالك المنقول بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ، كالفيضان أو الحريق أو الغزو الأجنبي، كما يسرى من باب أولى على المنقول الذى يفقد أثناء إرساله للغير، سواء نجم ذلك عن خطأ أمين النقل أو بالعكس عن خطأ المرسل فى تحرى عنوان المرسل إليه⁽²⁾.

ولا يعتبر الحيوان الجامح شيئاً ضائعاً، فمن يكبح جماح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان. ولا يعتبر كذلك حيواناً ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها⁽³⁾.

(1) السنهورى ص 1576 - عبد المنعم الصده ص 696 - منصور مصطفى منصور ص 449.

(2) محمد على عرفه ص 229 - السنهورى ص 1577.

(3) السنهورى ص 1577 هامش (1).

الشرط الثاني:

أن يكون المنقول في يد حائز بحسن نية وسبب صحيح:

يشترط لجواز الاسترداد وفقا لحكم المادة أن يكون المنقول المطلوب استرداده في يد شخص يحوزه بحسن نية وسبب صحيح.

فهذا الحائز هو الذى يعتبر جواز استرداد المنقول منه استثناء من قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، وهو الذى يحق له أن يستفيد من أحكام هذا الاستثناء فيما يتعلق بالمدة التى يجب أن ترفع دعوى الاسترداد خلالها، وفيما يتعلق بحقه فى اقتضاء الثمن الذى دفعه ممن يسترد المنقول فى حالة خاصة كما سنرى.

أما من يحوز المنقول بدون سبب صحيح وحسن نية، فلا شأن له بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا بالاستثناء الوارد عليها، وإنما يجوز للمالك استرداد المنقول منه طبقا للقواعد العامة كما سنرى.

الشرط الثالث:

أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات:

يشترط أن يرفع المالك دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع. فالقانون يعامل مالك المنقول المسروق أو الضائع فى مواجهة الحائز حسن النية هذه المعاملة الاستثنائية بمنع الحائز من مواجهة المالك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لمدة معينة تبدأ من وقت السرقة أو الفقد، هى ثلاث سنوات، يعود بعدها المجال لتطبيق هذه القاعدة، أى أن المادة 977 تعطل تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لمدة ثلاث سنوات لمصلحة المالك⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يكون الحائز وضع يده على المنقول مدة ثلاث السنوات كلها،

(1) جميل الشرقاوى ص 339.

وإنما يكفي أن يكون قد مضى ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع. فإذا خبئ الشيء المسروق أو الضائع مدة سنتين مثلاً، ثم بيع إلى شخص حسن النية خلال السنة الثالثة، فإن حق المالك في الشيء المسروق أو الضائع يسقط بانتهاء السنة الثالثة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإن الحائز لا يملكه، بل تبقى دعوى المالك في الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. وليس من الضروري أن تستمر حياة المسروق أو الضائع طول هذه المدة، فقد يضيع المنقول ولا يحوزه أحد مدة سنتين ثم يجد من يبيعه إلى حائز حسن النية، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التي تسقط بها دعوى الاسترداد. على أن هذه الدعوى إذا رفعت في الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علني أو من شخص يتعامل في مثل هذا المنقول، جاز للحائز ألا يرد الشيء حتى يسترد الثمن الذي دفعه ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن"⁽²⁾.

والمدة المذكورة ليست مدة تقادم مسقط، ولكنها مدة سقوط فهي لا تقبل الوقف والانقطاع، وتسرى ضد جميع الأشخاص وفي جميع الحالات، فهي تسرى على ناقصي الأهلية والمحجورين⁽³⁾.

فهي ليست - من جهة - تقادماً مكسباً لأنه من المسلم به طبقاً للمادة 977

(1) محمد كامل مرسى ص 446- عبد المنعم البدرأوى ص 556 - جميل الشرقاوى ص 339.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 514 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 446 وما بعدها - السنهاورى ص 1583 - عبد المنعم البدرأوى ص 557.

أن مدة ثلاث السنوات تبدأ من تاريخ السرقة أو الضياع، ولو كان الأمر أمر تقادم مكسب لوجب حساب هذه المدة من يوم حيازة المدعى عليه في الدعوى أو سلفه ممن تلقى المال عنهم. وليست من جهة أخرى - مدة تقادم مسقط، لأن المسلم أن دعوى الاسترداد لا تسقط بالتقادم. فالمدة إذن هي مدة سقوط. ذلك أن القانون يعطى استثناء لمالك الشيء المفقود أو المسروق الحق في استرداده خروجاً على القاعدة العامة⁽¹⁾. ولذلك لا تطبق عليها قواعد انقطاع أو وقف التقادم⁽²⁾.

وهذه المدة لا تتعلق بالنظام العام. فلا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط حق المالك في دعوى الاسترداد إذا رفعت بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول السرقة أو الضياع، بل يجب أن يدفع الحائز أمامه بذلك وأن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "إن النص في الفقرة الأولى من المادة 977 من القانون المدني أنه "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه. أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة" يدل على أنه إذا تم التصرف في المنقول ممن سرقه أو عثر عليه إلى متصرف آخر وكان المتصرف إليه سىء النية أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول علم أو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع، فإن المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سىء النية كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن

(1) الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري ص 199- عبد المنعم البدرأوى ص 557- السنهورى ص 1583 - عبد المنعم الصده ص 697 وما بعدها.

(2) جميل الشراقوى ص 339.

(3) المستشار محمد عبد اللطيف ص 485.

عشر عليه ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم".

(طعن رقم 5065 لسنة 67 ق جلسة 2010/3/7)

(ب) - "إذ كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، واستخلص حسن نية المطعون ضده الأول مما أورده بأسبابه أن السيارة (محل النزاع التي أبلغ الطاعن بسرقتها وضبطت لدى المطعون ضده الأول) حال بيعها له كانت تحمل لوحات معدنية ورخصة تسيير مؤقتة وتم نقل ترخيصها بإدارة مرور الغربية رغم ما جاء بتلك الأسباب من أن البائع للمطعون ضده الأول اشترى تلك السيارة ممن يدعى..... الذى قضى ضده بالحبس لاتهامه بسرقتها، وأن الأخير هو الذى قام بنزع الجزء المدون عليه رقم الشاسيه وكتابة رقم آخر خاص بسيارة أخرى، دون أن يستظهر علاقة المطعون ضده الأول بالواقعة الأخيرة فى ضوء ما قدمه له الطاعن من مستندات تتمثل فى محضر الشرطة المحرر عن واقعة العثور على السيارة محل الدعوى بعد سرقتها وما تضمنه من أقوال البائع للمطعون ضده الأول التى تثبت تشككه فى السيارة أثناء شرائها بسبب طمس معالمها بإعادة طلاء الشاسيه، وما ساقه من قرائن أخرى لإثبات سوء نية المطعون ضده الأول، واكتفى الحكم المطعون ضده بالرد على ذلك الدفاع بأسباب مجملة ليس فيها ما يطمئن المطلع عليها أن المحكمة بحثت تلك القرائن والمستندات وقالت كلمتها فيها وكان لا يغنى الحكم أنه أحال على أسباب الحكم الابتدائي فى الرد على ما ذكره الطاعن منها بأسباب الاستئناف لأن الحكم الابتدائي لم يبحثها وقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد مضي ثلاث سنوات وهو دفاع جوهرى من شأنه أنه يغير وجه الرأى فى الدعوى، بإمكان رفع الطاعن دعواه باسترداد السيارة دون التقيد بمدة ثلاث السنوات، فإن ذلك مما يعيب الحكم بالقصور فى التسبب وفساد فى الاستدلال جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 5065 لسنة 67 ق جلسة 2010/3/7)

456- ممن ترفع دعوى الاسترداد ؟

تنص المادة على أنه: "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله... أن يسترده...."
"فالمادة تخول بصريح نصها المالك الحق فى طلب الاسترداد.
غير أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى أن الحق فى رفع دعوى الاسترداد
يمتد إلى كل شخص كان واضعا يده على الشئ وقت السرقة أو الضياع، وكان
مسئولا عن حفظه، كما إذا سلمت منقولات لإحدى شركات النقل أو هيئة السكة
الحديد لنقلها فسرقت، فإنه يجوز لهما رفع الدعوى بطلب ردها.
كما يجوز للمودع لديه الذى سرقت منه المنقولات أن يقيم دعوى الاسترداد
لمصلحة المالك⁽¹⁾.

وكذلك يحق لمن له حق فى المنقول أن يسترده كحائز بنية تملكه والمرتهن
رهنًا حيازيا.

457- من ترفع عليه دعوى الاسترداد ؟

(1) محمد كامل مرسى ص 450- السنهورى ص 1577- المستشار محمد عبد اللطيف ص
483- المستشار على أحمد حسن ص 250- وعكس ذلك محمد على عرفه ص 219 إذ
يذهب إلى أنه إن صح هذا التعميم فى القانون الفرنسى نظرا لعموم عبارة نص الفقرة الثانية
من المادة 2279، فإنه لا يستقيم عندنا مع العبارة المحددة الواضحة التى استعملها المشرع
فى المادة 977 فبينما تجيز المادة 2279 استرداد المنقول لمن فقده أو سرق منه، وهى
عبارة عامة يمكن أن تشمل المالك وغير المالك، فإن المادة 977 لم تعط هذا الحق إلا
"لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه". ولما كنا بصدد حكم استثنائى، فلا
يسوغ التوسع فى تفسيره أو القياس عليه. ومن ثم فإنه يرى أن دعوى الاستحقاق لا تكون
مقبولة إلا من المالك، ويستطرد أن هذا الرأى أكثر اتساقا مع علة هذا الاستثناء إذ لا يسوغ
تفضيل المدعى على الحائز حسن النية إلا إذا ثبت أنه المالك الذى حرم من حيازة الشئ
دون تقصير منه.

ترفع دعوى الاسترداد على أى شخص يوجد لديه الشئ المسروق أو الضائع.

فترفع الدعوى على السارق أو من وجد الشئ الضائع، أو على المشتري منهما سواء أكان حسن النية أم سئ النية.

كما يمكن رفعها على الحائز العرضي، ولا يجوز له التخلي عن حيازة الشئ لحائزه القانوني، ثم الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفته، لأن مركز الطرفين فى الدعوى يتحدد نهائيا بإيداع صحيفتها قلم الكتاب، وإنما عليه أن يدخل فى الدعوى الشخص الذى يحوز هو الشئ لحسابه.

بل يجوز رفع الدعوى على من يكون قد تخلص من حيازته للشئ بطريق الغش ليفلت من رفع الدعوى عليه⁽¹⁾.

وفى العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز، لأن بطء الإجراءات فى هذه الدعوى يسمح للحائز بإخفاء المنقول، وإنما يلجأ المالك إلى الحجز التحفظى باعتباره مالكا للمنقول وهو فى يد الغير، وهذه حالة من الحالات التى يجوز فيها توقيع الحجز التحفظى. وإجراءات الحجز التحفظى سريعة، وتتخذ عادة دون علم الحائز فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز. وفى هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع، فتحل فى العمل محل دعوى الاستحقاق⁽²⁾.

458- إثبات السرقة أو الضياع:

يقع على عاتق المالك إثبات حيازته للشئ، ويمكنه الإثبات بكافة الطرق

(1) محمد كامل مرسى ص 450- السنهاورى ص 1578- المستشار أحمد على حسن ص 250.

(2) السنهاورى ص 1582 هامش (1)- المستشار على أحمد حسن ص 251.

القانونية. وعليه أيضا أن يثبت السرقة أو الضياع. ويمكنه إثبات ذلك بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة الشيء، وذلك لأنه كان مستحيلا عليه أن يحصل على كتابة تثبت الواقعة المراد إثباتها⁽¹⁾.

459- عدم التزام المسترد بأداء عوض للحائز:

إذا توافرت شروط دعوى الاسترداد التزم الحائز برد الشيء إلى مالكه، وليس له مطالبته بثمة عوض، وإنما له الرجوع على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع بضمان الاستحقاق وهذا الرجوع ينشأ عن العقد المبرم بينهما والتزام الضمان في حالة نزع المنقول.

ويرجع الحائز بالضمان سواء كان من تلقى منه المنقول حسن النية أم سئ النية، وإن كانت مسؤوليته في الحالة الأخيرة تكون أشد⁽²⁾.

460- التغيير الحاصل في الشيء:

إذا حصل تغيير في الشيء المسروق أو الضائع، وسواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان، فإن هذا التغيير لا يمنع استرداده، ولكن على المالك المسترد أن يعرض الحائز الحالي عن الزيادة التي حصلت بسبب التغيير⁽³⁾.

461- استهلاك المنقول:

إذا كان الشيء المسروق أو الضائع من الأشياء التي تستهلك كالمأكولات والمشروبات، فاستهلاكها الحائز حسن النية، فليس للمالك الرجوع عليه بثمنها ما لم يكن قد ارتكب خطأ يوجب مسؤوليته، فيلتزم بأن يدفع للمالك ما يوازي قيمته

(1) محمد كامل مرسى ص 450.

(2) محمد كامل مرسى ص 452 - السنهوري ص 1585 - عبد المنعم الصده ص 699 -

محمد وحيد الدين سوار ص 702.

(3) محمد كامل مرسى ص 452.

تعويضاً له عن الضرر الذى سببه بخطئه وإهماله⁽¹⁾.

462- حق الحائز فى تقاضى الثمن الذى دفعه من المالك إذا كان قد

اشتري الشيء بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه".

وهذا النص استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأنه إذا حكم للمدعى بالاستحقاق، فإنه لا يلزم بشيء فى مواجهة الحائز حتى لو كان قد تلقى الحيابة بمقابل، بل إن الحائز يلزم برد الشيء للمالك، وتكون له دعوى الضمان ضد من باعه هذا الشيء وهو غير مالك له.

ولاشك أن النص المذكور يقلل من الفائدة العملية للاسترداد الذى يرفع على الحائز حسن النية خلال ثلاث السنوات، لأن المسترد يرد بيد ما يتسلمه بالأخرى. ولذلك لا يقدم على الاسترداد إلا إذا كان المنقول الضائع أو المسروق له أهمية

(4) محمد كامل مرسى ص 452 - السنهاورى ص 1585 هامش (1) - المستشار محمد عبد

اللطيف ص 486- وهناك رأى يرى جواز الرجوع على الحائز حسن النية بثمان =

= المنقول الذى استهلكه بدعوى الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك، إلا أنه يرد على ذلك بأن حق المالك فى استرداد المنقول عينا من يد الحائز حسن النية هو حق استثنائى ورد على خلاف قاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية، فإذا استهلك المنقول، أصبحت دعوى الاسترداد غير جائزة القبول، ولا يبقى إذن أمام المالك سوى الرجوع على الحائز بالدعوى الشخصية وهى دعوى التعويض، وهذه يشترط لقبولها توافر الخطأ أو الإهمال (المستشار محمد عبد اللطيف ص 486 - السنهاورى ص 1585 هامش (1))

خاصة لديه، كما إذا كان تذكرًا عائليًا أو تذكرًا اشتراكيًا في أثناء السفر⁽¹⁾.

وقد حدا الشارع إلى تقرير هذا الاستثناء أمران:

الأمر الأول: أن للمنقولات وضع خاص يجعل من المتعذر على من يتعامل عليها التحقق من ملكيتها.

الأمر الثاني: توطيد الثقة في الأسواق التجارية حتى لا يتعطل تداول المنقولات، فمن يشتري المنقول بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله جدير بحماية الشارع وأولى بالرعاية من المالك، لأن هذه الأماكن هي التي يتم فيها عادة تداول المنقول⁽²⁾.

463- هل يستفيد من الاستثناء غير المشتري؟

يذهب رأي في الفقه إلى أن نص الفقرة الأولى من المادة 977 مدني صريح في إلزام مسترد المنقول بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه دون النص على إلزامه بأن يؤدي قيمة الدين المضمون بالرهن، ومن ثم لا يستفيد الدائن المرتهن من النص المذكور، لأن النص استثناء من القواعد العامة، فيجب عدم التوسع في تفسيره⁽³⁾.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا لمنقول مسروق أو ضائع يعامل معاملة المنقول، إذ نصت المادة 1118 مدني على أن "1- الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول".

2- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في

(1) محمد كامل مرسى ص 454.

(1) محمد على عرفه ص 222- السنهاوري ص 1586- المستشار على أحمد حسن ص 253.

(2) المستشار على أحمد حسن ص 253- محمد على عرفه ص 222.

الرهن، ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون.. "وأنه لذلك إذا رهن غير المالك المنقول لمرتته رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول، فإن للدائن المرتته أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول. فإذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا، واسترده المالك في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، فإنه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتته حسن النية. فإذا كان الدائن المرتته قد ارتته المنقول من شخص يتعامل في مثل المنقول، فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتته الدين الذي له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد بعد استئزال ما يقابل المدة الباقية لحلول الدين من الفوائد بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال⁽¹⁾. ونرى الأخذ بالرأى الثانى.

464- شرطا استرداد الحائز الثمن الذى دفعه :

يشترط لاسترداد الحائز الثمن الذى دفعه من المالك توافر شرطين:
الشرط الأول: أن يكون الحائز قد اشترى المنقول من سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله.

الشرط الثانى: أن يكون الحائز حسن النية.

ونتناول تفصيل الشرطين فى البند التالى.

465- مضمون الشرطين :

ذكرنا أن الشرط الأول للاسترداد أن يكون الحائز قد اشترى المنقول من سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله.
والمراد بالسوق هنا هو المكان المخصص لبيع السلع علنا، كالبورصات

(1) السنهاورى ص 1589 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 457.

والأسواق التي تعقد في المدن أو القرى أو في الأعياد والمواسم⁽¹⁾.

والمقصود باصطلاح "المزاد العلني" كل بيع عام بالمزاد، حتى ولو لم يجر المزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون. فيفيد من حكم تعجيل الثمن من يشتري منقولات مسروقة أو ضائعة من مزادات خاصة يجريها الأفراد، طالما أنها متوافرة على شرط العلانية⁽²⁾. ويؤيد ذلك مقارنة هذا النص بالمادة 939 الذي يمنع الشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني "وفقا لإجراءات رسمها القانون" فإسقاط هذه العبارة الأخيرة من المادة 977 له دلالة خاصة، وهي تعميم معنى المزاد العلني وعدم قصره على ما يتم منه وفقا للإجراءات المرسومة في قانون المرافعات أو أى قانون آخر⁽³⁾.

كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا⁽⁴⁾.
والمقصود بعبارة "من يتجر في مثله" أى فى مثل الشيء محل الحياة، التاجر الذى يتجر فى أشياء من جنس الشيء المسروق أو الضائع.
ويجب أن يكون البائع تاجرا حقيقيا، فلا يكفى أن يعتقد المشتري أنه تعامل مع تاجر.

إلا أنه لا يشترط أن يكون التاجر مرخصا له بالاتجار فى مثل الشيء، بل يكفى أن يكون قد اعتاد الاتجار فيه بشكل ظاهر وفى مكان مناسب⁽⁵⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

"إن القانون يشترط فى الشخص الذى يتجر فى مثل الشيء المسروق أو الضائع

(2) محمد كامل مرسى ص 455 وما بعدها - المستشار على أحمد حسن ص 253.

(1) محمد على عرفه ص 222- السنهورى ص 1587.

(2) محمد على عرفه ص 222.

(3) السنهورى ص 1587.

(4) المستشار محمد عبد اللطيف ص 189.

فى معنى الفقرة الثانية من المادة 977 من القانون المدنى، أن يتجر فيه حقيقة، ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو يعتقد المشتري أنه يتعامل مع تاجر".

(طعن رقم 1030 لسنة 24 ق جلسة 1955/1/11)

2- "يشترط قانونا فى الشخص الذى يتجر فى مثل الشئ المسروق أو الضائع فى معنى الفقرة الثانية من المادة 977 من القانون المدنى أن يتجر فيه حقيقة ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو أن يعتقد المشتري أنه يتعامل مع تاجر، وتقدير الاحتراف بالتجارة أو الاتجار بمثل الشئ المسروق أو الضائع مسألة يترك الفصل فيها لمحكمة الموضوع".

(نقض جنائى طعن رقم 1359 لسنة 30 ق جلسة 1961/4/18)

ويعتبر صاحب الجراج ممن يتجر فى السيارات المستعملة والجديدة، متى كان العرف قد استقر على ذلك بين أصحاب الجراجات الذين يقيمون فى نفس المنطقة⁽¹⁾.

ولا يتوافر هذا الوصف فى الوسيط، حتى لو ثبت أنه يتوسط عادة فى التعامل على مثل الشئ المسروق أو الضائع⁽²⁾.

ويذهب رأى إلى أن المصرف إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة فإنه لا يعتبر ممن يتجر فى مثل هذه الأشياء⁽³⁾، ويستثنى بعض أنصار هذا الرأى من ذلك أذونات الخزانة العامة⁽⁴⁾.

بينما ذهب رأى آخر - تؤيده - إلى أن المصرف يعتبر ممن يتجر فى مثل هذه الأوراق بعد أن استقر العرف زمنا طويلا على أن المصارف تتعامل فى

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 489 هامش (1).

(2) محمد على عرفه ص 223- المستشار على أحمد حسن ص 253.

(3) السنهاورى ص 1587- محمد كامل مرسى ص 456.

(4) السنهاورى ص 1587 هامش (4).

الأوراق المالية⁽¹⁾.

ويعتبر سمسار البورصة ممن يتجر في الأوراق المالية⁽²⁾.

ولا يكفي أن يكون الحائز ممن يتجر عادة في الشيء، فالصائع الذي يشتري من أحد الأفراد حلية مسروقة، لا يجوز له مطالبة المالك بثمنها عند الحكم له باستحقاقها، إذ العبرة بتوافر وصف الاتجار في مثل الشيء في البائع لا في الحائز.

أما الشرط الثاني وهو أن يكون الحائز حسن النية، فإنه لا يكفي في الحائز الذي يطالب المسترد بأداء الثمن الذي دفعه أن يكون قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في أحد الأمكنة سالفة الذكر، بل يجب أن يكون مستندا في حيازته للمنقول إلى سبب صحيح مقرون بحسن النية. بمعنى أنه يشترط أن يكون حيازته قد توافرت فيها جميع الشرائط التي تخول له التذرع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ويبنى على ذلك أنه لا يجوز للمشتري سئ النية الذي تلقى حيازة المنقول ممن يتجر في مثله أو من سوق عام أو مزاد علني أن يطلب من المسترد أن يؤدي له الثمن الذي دفعه، لأن سوء النية هنا يجعله ضالعا في الإثم مع السارق أو واجد الشيء، وحتى في غير حالتى السرقة أو الضياع فإنه لا يجوز للحائز سئ النية أن يملك المنقول بالحيازة فهو ملزم قانونا بأن يرده إلى المالك الحقيقي لأنه يحوزه بدون وجه حق⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص في الفقرة الأولى من المادة 965 من القانون المدني على أنه "يعد

(5) المستشار محمد عبد اللطيف ص 489.

(6) السنهاورى ص 1587 وهامش (4) - محمد على عرفه ص 223.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 490.

حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم" وفى المادة 977 على أنه "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية... فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو فى مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه" - يدل على أن حق حائز الشيء المسروق فى أن يطلب ممن يسترده منه أن يعجل له الثمن الذى دفعه رهين بأن يكون هذا الحائز حسن النية، وأن مناط اعتباره كذلك أن يجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير، وألا يكون جهله هذا ناشئاً عن خطأ جسيم، وإلا وجب اعتباره سيئ النية وامتنع عليه حق المطالبة بتعجيل ما يكون قد دفعه من ثمن".

(طعن رقم 561 لسنة 53 ق جلسة 1986/12/19)

466- عبء الإثبات:

يقع على عاتق الحائز إذا أراد أن يسترد ثمن المنقول، أن يثبت أنه اشتراه فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله. وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

وقد تناولنا فيما سلف كيفية إثبات الحيازة وحسن نية الحائز.

467- حق المشتري فى حبس المنقول حتى يوفى إليه الثمن:

تنص الفقرة الأولى من المادة 1/246 مدنى بأن: "لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا". ومن ثم فإن يجوز للحائز حسن النية أن يحبس الشيء حتى يستوفى الثمن

المستحق له وكافة المصاريف الواجبة قانوناً⁽¹⁾.

468- عناصر الثمن؛

يلتزم المالك المسترد بأن يؤدي للحائز الثمن الذي دفعه والمصروفات الرسمية، والمصروفات الضرورية بتمامها (م 1/980 مدنى) والمصروفات النافعة بالتفصيل المنصوص عليه بالمادتين 924، 925 مدنى.
(أنظر شرح هذه المواد).

أما المصروفات الكمالية فلا يلزم المالك بأدائها (م 3/980 مدنى).
كذلك لا يلزم المالك بأن يؤدي للمشتري فوائد الثمن المستحق لأنها فى مقابل انتفاعه بالمنقول⁽²⁾.

والثمن الذى يؤديه المالك، هو الثمن الذى اشترى به الحائز الأخير المنقول ما لم يكن هذا الثمن أعلى من الثمن الذى اشترى به سلفه الحائز الأول، فلا يلزم المالك إلا برد الثمن الأقل⁽³⁾.

469- حق المالك فى الرجوع بالثمن الذى دفعه ؛

إذا قام المالك بتعجيل الثمن للحائز حسن النية على النحو المتقدم، كان له أن يرجع بهذا الثمن على السارق أو على من عثر على المنقول أو من الحائز الذى تلقى المنقول من أيهما إذا كان سئ النية، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية. فكل من هؤلاء قد ارتكب خطأً تقصيرياً أدى إلى الإضرار بالمالك. ولكن لا يجوز للمالك أن يرجع بالثمن الذى عجله على حائز سابق حسن النية،

(1) محمد كامل مرسى ص 460 - رمضان أبو السعود ص 487.

(1) محمد كامل مرسى ص 459 - السنهورى ص 1588 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 491.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 492.

حتى ولو لم يكن فى استطاعته فى الأصل التمسك بحكم المادة 977 بفرض توجيه الدعوى إليه قبل تخلصه من حيازة المنقول⁽¹⁾.

وقد ذهب بعض الشراح إلى جواز هذا الرجوع بحجة أن المالك لو كان قد رجع على هذا الحائز السابق لأمكنه أن يسترد المنقول دون أن يدفع شيئاً. ويؤخذ على هذا النظر أنه إذا تصرف الحائز حسن النية فى المنقول فإن شروط الرجوع عليه لاسترداد المنقول طبقاً لحكم المادة 977 فقرة أولى مدنى تصبح غير متوفرة. كما أنه لا يمكن أن ينسب إليه خطأ وقد تلقى المنقول بحسن نية ثم باشر حقه فى التصرف فيه.

كما يذهب فريق آخر إلى جواز الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب، وذلك بحجة أن المالك بدفعه الثمن قد أعفى البائع من دعوى الضمان التى كان يجوز للمشتري أن يرجع بها عليه لو أنه لم يقبض الثمن من المالك. ويلاحظ على هذا النظر أيضاً أن إثراء الحائز السابق له سبب، وهو البيع الصادر منه إلى الحائز الحال⁽²⁾.

470- دعوى الاستحقاق ضد الحائز سئ النية :

يتضح صراحة من نص المادتين 976، 977 مدنى أنهما لا تنطبقان إلا على حائز المنقول حسن النية، ومن ثم فلا يقبل من الحائز سئ النية، ومن باب أولى من السارق أو العاثر على الشئ الضائع، أن يحتج لا بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الحائز"، ولا بالاستثناء الوارد عليها فى حالة السرقة أو الضياع والذى يقضى بسقوط دعوى المالك فى استرداد المنقول بمضى ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو

(3) محمد على عرفه ص 225 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 487 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 699 وما بعدها.

(1) عبد المنعم الصده ص 700 - محمد على عرفه ص 224 وما بعدها.

الضياع.

ولذلك يجوز للمالك أن يسترد المنقول من السارق أو العاثر أو أى حائز سئ النية دون تقييد بأحكام القاعدة ولا بمستثنياتها ومن المتفق عليه أيضا أن الدعوى التى يرفعها المالك فى هذه الحالات هى دعوى الاستحقاق.

وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم حيث تقرر المادة 374 من القانون المدنى أن الالتزام وحده هو الذى يتقادم بمضى خمس عشرة سنة، ومن ثم فلا يسقط بالتقادم إلا الدعوى الشخصية التى تستمد وجودها من حق شخصى. أما دعوى الاستحقاق التى تحمى حق الملكية، فهى لا تسقط بالتقادم مهما طالت مدته.

لكن يمكن أن تدفع الدعوى بالتقادم المكسب إذا توافرت شروط الحياة القانونية، وذلك لأن المادة 968 مدنى صريحة فى أن هذا التقادم يؤدى إلى كسب ملكية العقار والمنقول على حد سواء مما يجيز لحائز المنقول ولو كان سئ النية أن يتمسك بتملكه بالتقادم الطويل المستند إلى حيازته القانونية أى بعنصرها المادى والمعنوى وخالية من عيوب الحياة، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيرا ما يشوب حيازة السارق لأنه يعمد عادة إلى إخفاء الشئ، ومن ثم فإن المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالشئ الضائع يجب على من يعثر عليه اتباع الأحكام التى نص عليها الأمر العالى الصادر فى 18 مايو سنة 1898 (بشأن العثور على الشئ أو الحيوان الضائع ورده إلى صاحبه أو التبليغ عنه) المعدل بالمادة 321 مكررا من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم 29 لسنة 1982).

وتقتضى المادة الأخيرة بأن من يعثر على شئ أو حيوان فاقد ولم يرده إلى صاحبه متى تيسر ذلك أو لم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة

(1) السهنورى ص 1578 - عبد المنعم الصده ص 697 - محمد وحيد الدين سوار ص 701.

أيام 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.

غير أنه إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو وجدت بعد ذلك، فإنه يكون في حكم السارق. ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشيء منه كما يسترده من السارق، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم - كما ذكرنا- ولكن يستطيع من عثر على الشيء، كما يستطيع السارق أن يمتلك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة بنية التملك وكانت حيازته خالية من العيوب.

وإذا تجرد السارق أو العاثر عن الشيء فإنه لا يمكن توجيه دعوى الاستحقاق إليه طالما أن المنقول ليس في حيازته، وإنما يجوز توجيه دعوى الاسترداد الشخصية إليه، وهذه الدعوى تخضع بطبيعة الحال لحكم المادة 374 مدني فتسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت السرقة أو الضياع⁽¹⁾.



تملك الثمار بالحيازة:

مادة (978)

- 1- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية.
- 2- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما.

الشرح

471- المقصود بالثمار:

الثمار هي كل ما يخرج من غلة في أوقات دورية منتظمة دون انقطاع، من غير تغيير أو نقص في جوهر الشيء، تبعا لتخصيصه المعتاد واستعماله فيما أعد له.

فالثمار تتميز بصفتين:

الأولى: أنها تتولد في مواعيد دورية، أي أنها تتجدد عادة في أوقات منتظمة دون انقطاع فتعتبر موردا دوريا متجددا يعتمد عليه الشخص في مواجهة ضرورات الحياة اليومية. وإن كان لا يشترط في الدورية أن تكون على مواعيد متقاربة.

والثانية: أن تكون لها صفة خاصة في تكوينها فلا تؤثر أو تغير أو تنقص من طبيعة الشيء الذي أنتجها. وإن كان ذلك ليس بالتخصيص المطلقة، فلا شك أن المزروعات تعتبر ثمارا رغم أنها تؤدي بمرور الزمن إلى استفاد خصوبة الأرض. ومن ناحية أخرى، من المسلم أنه إذا أعد الشيء إعدادا خاصا للاستغلال من شأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دوري متجدد، فإن ما ينتج عن هذا الشيء في هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ولو كان من شأنه المساس - إلى حد ما - بجوهر الشيء. ومثل ذلك إعداد الأرض لقطع ما في جوفها من أحجار، أو

إعداد الغابة لقطع ما بها من أشجار بصفة دورية⁽¹⁾.

472- أنواع الثمار:

تذكر المادة 978 مدنى فى فقرتها الثانية ثلاثة أنواع من الثمار هى:

الثمار الطبيعية والثمار المستحدثة والثمار المدنية.

والثمار الطبيعية (fruits naturels) هى التى تتولد عن الشئ بفعل الطبيعة وحدها ولا دخل للإنسان فيها ومثل ذلك الكأ والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون تدخل من الإنسان، ونتاج المواشى⁽²⁾.

والثمار المستحدثة أو الصناعية (industriels) :

هى التى يكون للإنسان يد فى إنتاجها، كالمحصولات الزراعية وعسل النحل وحرير دود القز وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم. إذ يرجع الفضل فى إنمائها للزارع الذى تعدها بالرى والسماذ. والثمار الطبيعية والثمار المستحدثة (الصناعية) توصف بأنها ثمار عينية أو مادية.

والثمار المدنية (civils) :

هى ما يغله الشئ من دخل نقدى يلتزم به الغير فى مقابل استفادته من

(1) السنهاورى ص 1606 وما بعدها - محمد على عرفه ص 190 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 701 - محمد لبيب شنب - الدكتور إسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية 1959 ص 48 وما بعدها.

(2) يرى أغلب الفقه أن نجاج المواشى من الثمار الطبيعية (محمد على عرفه ص 190- منصور مصطفى منصور ص 29- عبد المنعم الصده ص 28- محمد وحيد الدين سوار ص 175 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 501) - بينما يذهب الدكتور السنهاورى ص 1607 وما بعدها إلى أن نجاج المواشى يعتبر من المنتجات لا من الثمار، لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير دورى.

منافع الشيء كأجرة المنازل والأرض المؤجرة وفوائد النقود المقترضة وفوائد الأسهم والسندات.

وما تدفعه مصلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر⁽¹⁾.

473- المنتجات (produits) :

المنتجات أو الحاصلات، هي المنتجات الطارئة أى غير الدورية التى تقطع من ذات الشيء وتتنقص من أصله.

وتتميز المنتجات بصفيتين هما :

الأولى: أنها غير دورية ولا متجددة، بل تخرج من الشيء فى أوقات متقطعة غير منتظمة.

الثانية: أنها تتنقص من قيمة الشيء. 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 الشيء⁽²⁾.

وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار لأنها تتنقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة. أما أقساط الإيراد الدائم فهى ثمار لأنها دورية متجددة ولا تتنقص من

(1) السنهورى ص 1608 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 28 - محمد على عمران

ص 202 هامش (1).

(2) منصور مصطفى منصور ص 28.

الأصل، شأنها في ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات⁽¹⁾.

474- رعاية الحائز حسن النية :

رأينا أن الحائز قد يملك الشيء الذي يحوزه أو يكسب عليه حقا عينيا، إما بالتقادم، وإما بمقتضى قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"، فإذا تملك الحائز الشيء أو كسب عليه حقا يخول صاحبه الثمار كحق الانتفاع، فلا محل للكلام عن أثر الحيازة في تملك الثمار لأن الحائز يملك الثمار عندئذ، باعتباره مالكا أو صاحب حق.

أما إذا لم تؤد الحيازة إلى كسب الحق الذي يحوزه الحائز، واسترد المالك الشيء، فمقتضى القواعد العامة في الملكية أن تكون الثمار التي أنتجها الشيء أثناء حيازة الحائز له ومنذ بدء الحيازة من حق المالك عملا بالمادة 804 مدني التي تقضى بأن "مالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك" وبالتالي يلتزم الحائز بأن يرد للمالك ما قبضه من ثمار.

إلا أن القانون خرج على هذه القاعدة الأصلية في جعل ملكية الثمار تابعة لملكية الأصل الذي ينتجها وفقا لحكم المادة 804 مدني المذكورة، فجعل للحائز حسن النية الحق في تملك ثمار الشيء محل الحيازة ولو لم يكسب الحائز بها ملكية هذا الشيء، فإذا التزم الحائز لملك الغير أن يرد الشيء إلى مالكة، فإنه لا يلتزم برد ما قبضه من ثمار هذا الشيء. وبهذا الاستثناء يكون المشرع قد رجح مصلحة الحائز الذي قبض الثمار وهو حسن النية يعتقد أن له الحق في قبضها، على مصلحة المالك الذي يسترد ملكه، خاصة أن الغالب أن يكون الحائز قد استهلك ما قبضه من ثمار باعتبارها دخلا دوريا متجددا، فيكون في رده لها إرهاب له، رغم أنه معذور في تصرفه، فحسن نيته يعني أنه لا يعزى إليه خطأ ما.

وتمليك الثمار للحائز حسن النية كان حكما مأخوذاً به فى القانون الرومانى رغم أن هذا القانون لم يكن يعرف قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية⁽¹⁾.

475- شروط تملك الثمار بالحيازة:

يشترط لتمكنك الحائز الثمار بالحيازة، توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

الحيازة:

يشترط لتمكنك الحائز الثمار بالحيازة، أن يكون حائزاً للشئ حيازة قانونية، أى حيازة تتوافر لها الركنان المادى والمعنوى.

حيث يجب أن يكون الحائز حائزاً للشئ بنية التملك، أو يكون حائزاً لحق عينى على الشئ يخوله الحق فى الثمار كحق الانتفاع أو الاستعمال. ويجب أن تكون الحيازة بريئة من العيوب، وهى الإكراه والخفاء واللبس.

الشرط الثانى:

قبض الثمار:

وهذا الشرط واضح من نص الفقرة الأولى من المادة (978) التى تقضى بأن: "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية".

فإذا أنتجت ثمار عن الشئ محل الحيازة، ولكن الحائز لم يقبضها، فإنه لا يكسبها. فالقانون يعفيه من رد ما قبضه من الثمار، ولا يجعل له حقاً على كل الثمار التى تنتج من الشئ ما قبضه منها وما لم يقبضه ولو كان حسن النية. ويستوى أن يكون الحائز قد استهلكها أم لم يستهلكها، لأن القانون لم يفرق بين الحالتين .

(1) منصور مصطفى منصور ص 450 وما بعدها - جميل الشراوى ص 340 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"قد لا تكسب الحيازة الملكية ولكنها تحدث آثارا أخرى. فهي إذا كانت مقترنة بحسن النية تكسب الثمار. وتعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية. فإن كانت مدنية فإنها تكسب يوما فيوما حتى لو عجلت أو تأخر دفعها.... إلخ" (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 978 من التقنين المدنى على أن "يكسب الحائز ما يقبض من ثمار مادام حسن النية". يدل على أن مناط كسب الحائز ملكية الثمار أن يكون حسن النية وقت قبض الثمار. فإذا أثبت المالك أن الحائز كان يعلم فى أى وقت بعيوب سند حيازته أو أثبت أنه أعلنه بدعوى بأحقية أو باسترداده للعين أو ثمارها لم يملك الحائز الثمار التى يقبضها من وقت علمه بتلك العيوب أو إعلانه بهذه الدعوى إذ يعتبر من هذا الوقت سئ النية. لما كان ذلك، وكان الحكم الصادر بتاريخ 1979/5/29 قد أقام قضاءه برفض طلب إلزام الحائز بالتعويض على أنه كان حسن النية عند إقامته للطابقين محل النزاع - لا اعتقاده بأن له الحق فى إقامتهما استنادا إلى العقد الصادر له من المالك - فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى مع ذلك بإلزامه بالريع منذ حصول البيع إليه حتى تاريخ الحكم دون التحقق من تاريخ انقطاع حسن النية أو إعلانه بدعوى أحقية المالك أو استرداده للعين أو ثمارها، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1672 لسنة 54 ق جلسة 1988/1/12)

وقصر الإعفاء من الرد على الثمار المقبوضة، يتفق مع أساس هذا الإعفاء وهو تجنب تحمل الحائز بالالتزام برد ما يفترض القانون أن الحائز أنفقه على

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 518.

معيشته⁽¹⁾.

ولأهمية القبض فى تملك الثمار، عنى الشارع بتحديد معناه فى نص الفقرة الثانية من المادة 978 فقضت بأن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً.

فمعنى القبض يختلف باختلاف نوع الثمار، فالثمار الطبيعية مثل الكأ والأعشاب، والثمار المستحدثة كالحاصلات الزراعية وعسل النحل تعد مقبوضة من يوم فصلها عن الشئ الأصلى برعى الكأ أو الأعشاب أو حصاد المحصول.... الخ و حيازتها، ولا يشترط أن يستهلكها الحائز أو ينقلها من مكانها. أما الثمار التى لم يتم جنيها أو فصلها فهى للمالك الحقيقى وليس للحائز حق عليها. ولكن يلزم المالك - أن يؤدى للحائز حسن النية المصروفات التى أنفقها مقابل استرداد الثمار.

ويذهب رأى بأنه يجب أن يكون جنى الثمار بفعل الحائز وإرادته، فإذا تم فصلها بحادث جبرى فيلزم بردها إلى المالك⁽²⁾، ويذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن النص صريح فى أن الثمار تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، فلا معنى إذن للتفرقة بين الثمار التى تم فصلها بفعل الحائز وبين التى تم فصلها بحادث جبرى كفعل الرياح أو هطول الأمطار⁽³⁾.

كذلك لا يشترط أن يكون الحائز هو الذى غرس الثمار بل يكفى أن تكون قائمة عند بدء وضع اليد.

أما الثمار المدنية، كالأجرة المستحقة عن تأجير الشئ والأرباح التى تغلها الأسهم، فإنها تعد مقبوضة يوماً فيوماً، أى تعتبر مقبوضة بمجرد استحقاقها، دون

(2) جميل الشرقاوى 342.

(1) محمد كامل مرسى ص 483 وما بعدها.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 513 وما بعدها.

أن يلزم لاعتبارها كذلك اقتضاؤها فعلا ممن يلتزم بها⁽¹⁾.

ويبنى على ذلك أنه إذا كان الحائز قد حصل الثمار المدنية عن المدة السابقة على مدة وضع يده فيلزم بردها إلى المالك، كما يلزم برد الثمار التي قبضها مقدما عن المدة المستقبلية⁽²⁾.

الشرط الثالث:

حسن النية:

يشترط لكسب الثمار بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية.

وحسن النية هنا يختلف عن معناه الذي ذكرناه في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة.

فحسن النية في الحالتين الأخيرتين يعنى جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك. أما علمه بالعيوب الأخرى التي تشوب السند الذي تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر في حسن نيته. فقد يكون عالما بأن هذا السند قابل للإبطال أو قابل للنقض، ومع ذلك يبقى حسن النية مادام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها.

أما في تملك الثمار فمعناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا، أيا كانت هذه العيوب.

فقد يكون تعامل مع غير المالك، فإذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك، فهو حسن النية إذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى. فإن كانت عيوب أخرى تشوبه، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية. فإذا كان قد تعامل مع المالك، وكان سنده مشوبا بعيوب، كأنه كان باطلا أو

(3) جميل الشرقاوى ص 342 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 704 وما بعدها.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 514.

قابلا للإبطال أو قابلا للنقض، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية.

فحسن النية هنا معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكة انتقالا صحيحا باتا، فأصبح هو مالكا للعين، وتبعاً لذلك أصبح مالكا للثمار⁽¹⁾.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض في حكم لها غير منشور بتاريخ 1/19/1987/ في الطعن رقم 1061 لسنة 51 ق جاء به:

"الحائز - وعلى ما جرى به نص المادة 978 من القانون المدني - بتملك الثمار بقبضها إذا كان حسن النية بأن يعتقد أنه يملك العين التي أنتجت الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكة انتقالا صحيحا باتا، وكان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن حسن النية مفترض دائما لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعنين بأداء ريع الحصة محل النزاع للمطعون ضدها الأولى المالكة عن مدة وضع يدهم ومورثهم عليها بموجب العقد الصادر لهم من

(1) السنهوري ص 1599 وما بعدها - محمد على عمران ص 201- محمود جمال الدين زكي ص 543- رمضان أبو السعود ص 497- محمد على عرفه ص 194 وما بعدها - وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص 703 - محمد لبيب شنب ص 206 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 451 وما بعدها - جميل الشراقوى ص 343- محمد وحيد الدين سوار ص 706، فيرون أن المقصود بحسن النية، هو المعنى المراد في التقادم الخمسى وتملك المنقول بالحيازة يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم (م 1/965) أى إذا كان يعتقد أنه مالك الشيء أو أن له عليه حقا يخوله الحصول على الثمار وذلك ما لم يكن هذا الاعتقاد أو ذلك الجهل ناشئا عن خطأ جسيم. ويعد الحائز سئ النية إذا كان قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره (م 2/966 مدنى).

مورث المطعون ضدهم من الثانية للأخيرة ودون أن يستظهر سوء نيتهم وقت قبضهم للثمار، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه نقضا جزئيا في هذا الخصوص".

وحسن النية يجب تقديره بالنسبة للحائز شخصيا، فيجوز له اكتساب الثمار حتى ولو كان مورثه سئ النية. وعلى عكس ذلك يلزم الحائز سئ النية برد الثمار حتى ولو كان مورثه حسن النية.

أما في حالة التقادم الخمسى المكسب، فإن وضع يد الخلف العام يعتبر استمرارا لوضع يد السلف، فإذا كان السلف يستند في وضع يده إلى سبب صحيح مقرون بحسن النية، جاز للخلف العام أن يكتسب الملكية بالتقادم الخمسى حتى ولو كان سئ النية، لأن العبرة بحسن نية السلف وقت تلقى الحق⁽¹⁾.

476- الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية:

يجب أن يتوافر حسن النية فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار، فإذا توالى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية فى كل مرة يقبض فيها الثمار، ذلك أن المادة 1/978 تقضى بأن "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية". فلا يكفى أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقى الحق كما هو الحكم فى التقادم الخمسى، ولا يكفى أن يكون حسن النية وقت بدء الحيازة كما هو الحكم فى تملك المنقول بالحيازة. بل يجب أن يكون حسن النية وقت قبض الثمار. ومقتضى هذا ألا يكسب الحائز من الثمار إلا تلك التى يكون حسن النية وقت قبضها. فإذا صار سئ النية فلا يصح له الحق فى الثمار التى يقبضها بعد ذلك⁽²⁾.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 516.

(2) السنهاورى ص 1601 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 73 - جميل الشرفاوى ص 344.

477 - إثبات حسن النية:

حسن النية يفترض توافره لدى الحائز، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، طبقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة 965 مدنى. فإذا كان السند الذى تلقى به الحائز العين يشوبه عيب، لم يكلف الحائز بإثبات أنه يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالماً بالعيب وقت القبض.

وطبقاً للقواعد العامة تبقى الحيابة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك (م 967 مدنى) فإذا ثبت أن الحيابة بدأت بسوء نية، فإن الحائز حين يتمسك بكسب الثمار بالحيابة لا يفترض توافر حسن النية لديه، بل يتعين عليه حينئذ أن يقيم الدليل على أنه قد طرأ ما جعله حسن النية، بأن ثبت مثلاً أنه فى أثناء الحيابة اشترى الشئ من شخص اعتقد أنه المالك الحقيقى⁽¹⁾.

وتعرف حقيقة نية وضع اليد عند البحث فى تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى ويخضع لتقدير محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى كان قضاؤها مبنيًا على مقدمات من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث فى تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى، فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره. ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان قضاؤها مبنيًا على مقدمات من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها. فإذا كان الحكم قد

(1) عبد المنعم الصده ص 703 وما بعدها.

أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأنها هذه الحجج، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض".

(طعن رقم 27 لسنة 12 ق جلسة 1943/1/28)

2- "بحسب المحكمة أن تبين في حكمها الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها وهي بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم في مناحي أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها في دفاعهم فإذا كانت المحكمة قد نفت حسن نية الطاعنة في قبض ما قبضته من ريع حصة في وقف بما قالت من أن هذه الطاعنة لم تتكرر أنها كانت خصماً في النزاع على هذا الاستحقاق وأنها حضرت الجلسات التي نظرت فيها الدعوى بشأن هذا النزاع حتى انتهى بحكم نهائي، وأن الحكم الذي استندت إليه في بيان حسن نيتها لا قيمة له في هذا الصدد لصدوره بعد الحكم الفاصل في الاستحقاق الذي كان متنازعا عليه، فضلاً عن أن محكمة النقض قد قضت بإلغائه فزال بذلك كل ما يترتب عليه من آثار، فذلك كاف لحمل ما قضت به من انتفاء حسن النية ولا مخالفة فيه القانون".

(طعان رقما 125 لسنة 19 ق، 37 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/3)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس، وأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها في الدعوى ومما يستشف من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصه سائغاً ومستنداً إلى وقائع ثابتة بالأوراق".

(طعون رقم 1026، 1130، 1179 لسنة 60 ق جلسة 1992/1/26)

4- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند

البحث فى تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو من مسائل الواقع التى تخضع فى تقديرها لسلطة محكمة الموضوع".

(طعن رقم 1813 لسنة 57 ق جلسة 1993/1/21)

478- عدم اشتراط السبب الصحيح:

لم تشترط النصوص أن تكون الحيابة مستندة إلى سبب صحيح. والفقهاء يذهب إلى أن القانون لم يستلزم لتمكن الحائز للثمار سوى شرط حسن النية. ولكن يلاحظ أن معنى حسن النية، وهو اعتقاد الحائز أنه صاحب حق فى الثمار، يقتضى أن يقوم هذا الاعتقاد مستندا إلى سبب قانونى يجعل له ملكية الشيء محل الحيابة، أو ينشئ له حقا فى ثماره. أى أن حسن النية لا يتصور إلا مع اعتقاد الحائز أن لديه سببا صحيحا. ولكن عدم قيام توافر السبب الصحيح شرطا مستقلا لكسب الثمار يجعل الاعتقاد فى وجود السبب مجرد عنصر من عناصر حسن النية. ولذلك لا يلزم توافر هذا السبب على المعنى الذى رأيناه فى كسب الملكية. فالمهم أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التى أنتجت الثمار بأى سبب من أسباب كسب الملكية، وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها، ولا أهمية للسبب الذى يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه. فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية كالبيع والوصية، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك أو يكون تصرفا كاشفا عن الحق كالصلح أو القسمة. وقد يكون السبب واقعة مادية كال ميراث، سواء كان الوارث وارثا فعلا أو غير وارث مادام يعتقد أنه وارث⁽¹⁾.



مادة (979)

يكون الحائز سئ النية مسئولاً من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار.

الشرح

479 - متى يعتبر الحائز سئ النية ؟

رأينا أن حسن نية الحائز شرط تملكه الثمار. فإذا ما أصبح سئ النية، زال حقه في الثمار، ويكون مسئولاً عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، إذ أنها تكون في هذه الحالة من حق المالك. ويصبح الحائز سئ النية ويزول حقه في تلك الثمار التي قبضها في حالتين.

الحالة الأولى:

من الوقت الذي يعلم فيه الحائز أن حيازته اعتداء على حق الغير.

رأينا أن حسن النية لدى الحائز شرط يجب توافره عند قبض الثمار لتملكه هذه الثمار بالحيازة. ومن ثم تزول حسن نيته من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير، وأنه ليس له ثمة حق في هذه الحيازة.

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة 966 مدني بقولها: "لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير".

وذلك على خلاف ما ذكرناه في التقادم الخمسي، إذا أن سوء النية الطارئ

أثناء سريان هذا النقاد لا يحول دون كسب الحق به عند تمامه⁽¹⁾.

الحالة الثانية:

من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة دعوى:

وقد نصت على هذه الحالة المادة 966 مدنى بقولها: "ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى.... إلخ".

والدعوى التى يرفعها المالك على الحائز حسن النية فيجعله سئ النية، يغلب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها، غير أنه يصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م 185 مدنى)، أو تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها.

والحائز يعتبر سئ النية من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى، حتى لو ظل الحائز بعد ذلك معتقدا أنه حسن النية أثناء نظر الدعوى، لأن الحكم الذى يصدر فى الدعوى يرتد إلى تاريخ رفعها، بحيث لا يترتب على البطء فى إجراءات التقاضى الإضرار بالمالك⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لا مخالفة للقانون فى أن يعتبر الحكم الطاعنة سيئة النية فى قبض ما قبضته من ريع حصة فى وقف من تاريخ إعلانها بصحيفة الدعوى المقامة عليها من أحد الورثة، إذ يكفى لتحقيق سوء النية لديها علمها بالعيوب اللاصق بسند استحقاقها ولو كان مصدر هذا العلم من كان يقاضيا وحده فى الدعوى منكرا

(1) عبد المنعم الصده ص 706 - المستشار على أحمد حسن ص 261 - جميل الشرقاوى ص 344.

(1) السنهورى ص 1616 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 345 - محمود جمال الدين زكى ص 544.

استحقاقها ومدعيها الاستحقاق لنفسه عن طريق مورثته وقضى له في دعواه دون أن يشترك معه فيها باقي المطعون عليهم".

(طعن رقم 125 لسنة 19 ق، 37 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/3)

2- "يعتبر الحائز سئ النية من الوقت الذي يعلم فيه بعيوب سند حيازته، وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في خصوص استحقاق العقار لأن الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى يستند إلى تاريخ رفعها".

(طعن رقم 235 لسنة 29 ق جلسة 1964/2/6)

3- "إنه وإن كان قرار لجنة الطعن المنصوص عليها في المادة 50 من القانون رقم 14 لسنة 1939 يعتبر وفقا للمادتين 53 و 101 من هذا القانون من القرارات الجائز تنفيذها مؤقتا ولو طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية، إلا أن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يجرى على مسئولية طالب التنفيذ لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية وهو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شاء تربص حتى يحوز الحكم أو القرار قوة الشيء المحكوم فيه، فإذا اختار استعمال هذه الرخصة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للإلغاء إذا ما طعن فيه فإنه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ فإذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ به بناء على الطعن فيه وجب على طالب التنفيذ بعد أن يثبت أن الحق ليس في جانبه أن يرد إلى خصمه الذي جرى التنفيذ ضده ما يكون قد استوفاه منه وأن يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق هذا الخصم من جراء ذلك التنفيذ وتبعا لذلك يرد إليه الثمار التي حرم منها. ويعتبر الخصم سئ النية في حكم المادتين 1/185 و 978 من القانون المدني منذ إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المنفذ به لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بإلغاء القرار أو الحكم المطعون فيه فيعتبر بمثابة إعلان للحائز بعيوب حيازته مما يزول به حسن نيته طبقا للمادة 966 من القانون

المدنى. ولما كانت مصلحة الضرائب قد أعلنت بالطعن فى قرار لجنة الطعن قبل أن تبأشر إجراءات التنفيذ الإدارى على عقار المطعون ضده وأنه قضى فى هذا الطعن بتخفيض الضريبة المستحقة على المطعون ضده فإنها تعتبر سيئة النية بالنسبة لما قبضته من ثمار ذلك العقار من تاريخ وضع يدها عليه بعد أن رسا مزاده عليها، وتلتزم لذلك بريعه عن المدة من تاريخ هذا الاستلام إلى تاريخ رده إلى المطعون ضده، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة فإنه لا يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 114 لسنة 35 ق جلسة 1969/3/27)

غير أنه إذا حكم فى الدعوى التى يرفعها المالك بترك الخصومة أو سقوطها أو انقضائها أو باعتبارها كأن لم يكن، أو بعدم قبولها، ترتب على ذلك زوال كافة إجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الدعوى، وتزول تبعاً لذلك كافة الآثار القانونية المترتبة عليها. فإذا عاد المالك ورفع دعوى جديدة يطلب فيها الحكم بطلابه السابقة وقضى فيها لصالحه، فلا يلزم الحائز برد الثمار إلا من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى الجديدة، ما لم تتبين المحكمة من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى ووقائعها زوال حسن نية الحائز من وقت إعلانه بالصحيفة الأولى⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الحائز وإن كان يعد سئ النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته، وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه بذلك فى صحيفة الدعوى تطبيقاً لنص المادتين 3/185، 2/966 من القانون المدنى، إلا أنه إذا ما انتهت هذه الدعوى بالحكم بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانونى فإن الأثر المستمد من إعلان صحيفتها يزول ولا يعتد به فى مقام إثبات سوء النية".

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 511.

(طعان رقم 277، 282 لسنة 49 ق جلسة 1983/1/20)

وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه، فيعامل معاملة الحائز سئ النية، ولا يمتلك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين⁽¹⁾.

على أنه وإن كانت صحيفة الدعوى تعد بمثابة قرينة قانونية قاطعة على سوء نية الحائز بحيث يحاسب من وقتها عما يحصله من الثمار، إلا أنه ليس له ثمة ما يحول دون إثبات أن سوء نيته سابق على تاريخ رفع الدعوى. وهو ما يستفاد من القاعدة العامة التي صدرت بها المادة 966 مدنى حيث قررت أنه: "لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير" فإذا أقام المدعى الدليل على سوء نية الحائز قبل رفع الدعوى، وجبت محاسبته على الثمار من هذا التاريخ⁽²⁾.

ويلاحظ أن هاتين الحالتين متميزتان. فالحالة الأولى تتضمن القاعدة فى هذا الشأن، حيث تكون العبرة بزوال حسن النية حقيقة. أما الحالة الثانية فيسرى حكمها حتى لو ظل الحائز حسن النية أثناء نظر الدعوى. فقد توجد لدى الحائز أسباب جدية تجعله يعتقد أنه صاحب حق رغم رفع الدعوى عليه، فيظل حينئذ محتفظاً بحسن نيته، ومع ذلك يلزم برد الثمار التى يكون قد قبضها من يوم رفع الدعوى⁽³⁾.

480 - تقدير سوء النية مسألة موضوعية :

من المقرر أن تقدير سوء نية الحائز مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة

(2) السنهورى ص 1616 وما بعدها.

(1) محمد على عرفه ص 200 وما بعدها.

(2) عبد المنعم الصده ص 706 - جميل الشرقاوى ص 345 - محمود جمال الدين زكى ص

محكمة النقض، إنما يتعين على القاضى أن يبين فى حكمه الأسباب التى أدت إلى اقتناعه، فإن أغفل ذلك كان حكمه متعين النقض لقصور أسبابه⁽¹⁾.

وللقاضى أن يعتبر مجرد الإنذار الصادر من المالك إلى واضع اليد بتسليم العين التى تحت يده سببا كافيا لاعتباره سئ النية إذا كانت القرائن المحيطة بالدعوى تؤيد صحة ذلك.

وإذا قضى الحكم بإلزام الحائز برد الثمار، فليس من الضرورى أن ينص فى أسباب الحكم صراحة على أن الحائز كان سئ النية، بل يكفى أن يبين فى أسباب الحكم أن الحائز لم يكن محقا فى الاستيلاء على الثمار وأنه حصل عليها بدون مسوغ قانونى⁽²⁾.

481- مسؤولية الحائز سئ النية عن الثمار:

إذا كان الحائز سئ النية منذ بدء وضع يده على الشئ المنتج للثمار، أو كان حسن النية عند بدء الحيازة ولكنه أصبح عالما بحقوق الغير عند قبض الثمار، فإنه لا يكسب ما يقبضه من ثمار، ويلتزم برد ثمار الشئ إلى من له الحق فيها.

ومسؤولية الحائز سئ النية فى مواجهة المالك عن الثمار لا تقتصر على رد ما قبضه منها، بل تمتد إلى ما يعتبر مقصرا فى قبضه، فيلتزم به للمالك رغم أنه لم يحصل على شئ منه.

والحائز برد الثمار التى جناها عينا إن كانت باقية، أو يرد قيمتها إذا كان قد استهلكها أو تصرف فيها، وكذا قيمة ما ضاع من الثمار بتقصير منه، وهى الثمار التى كان المالك يجنيها لو أن العين فى حيازته. ويقدر القاضى قيمة هذه الثمار.

(3) محمد على عرفه ص 192 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 512.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 513.

ويجوز أيضا إلزام الحائز بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانوني من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك، وذلك على سبيل التعويض⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وإذا أصبح الحائز سئ النية وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجه من وقت أن أصبح سئ النية. وقد تقدم أنه يصبح سئ النية حتما من وقت رفع الدعوى"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد المادتين 978، 979 من القانون المدني، أنه يتعين التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية عند بحث تملك ثمار العين التي يضع يده عليها، فإن لكل حكما، فالثمرة وهى الربيع تكون واجبة الرد إذا كان أخذها حائزا سئ النية، أما إذا كان أخذها حائزا للعين واقتربت حيازته بحسن نية فلا رد للثمار، وهو يكون كذلك - على ما تقضى به المادة 965 مدنى إذا كان جاهلا بما يشوب حيازته من عيوب، فإن علم بها أو رفعت عليه الدعوى سواء بأصل الحق أو المطالبة بالثمار فإنه يصبح سئ النية ويلتزم من هذا التاريخ برد الثمار، وهو ما تقضى به المادتان 185، 966 من ذات القانون، وإذا كان ذلك، وكانت الطاعة قد تمسكت فى دفاعها بأن وضع يدها على أطيان النزاع كان بطريق الاستيلاء تحت يد زوجة شقيق المطعون ضده الخاضعة للقانون 50 لسنة 1969 والتي أقرت بملكيته لها. وكان مؤدى هذا الدفاع حسن نيتها كحائزة للأطيان وما يترتب على ذلك من عدم التزامها برد ثمارها، وكان الحكم المطعون فيه قد ألزمها بالربيع بوصفها غاصبة من

(2) السنهورى ص 1620 - جميل الشرقاوى ص 345، 346 هامش (1) - رمضان أبو

السعود ص 500 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 518.

تاريخ الاستيلاء حتى التسليم الفعلى للمطعون ضده، دون أن يتفهم دفاعها ومرماه، مما حجبها عن استظهار ما إذا كانت وقت الاستيلاء على الأطيان جاهلة ما يشوب حيازتها من عيب لعدم ملكية المستولى لديه لها، وما إذا كان حسن نيتها قد زایلها بمطالبة المطعون ضده إياها باسترداد أرضه وأثر ذلك كله على التزامها برد الثمار".

(طعن رقم 1682 لسنة 66 ق جلسة 1998/11/30)

482- كيفية استرداد المالك الثمار من الحائز سئ النية:

هناك طريقان لاسترداد المالك الثمار من الحائز سئ النية هما:

الطريق الأول:

استرداد الثمار مع العين برفع دعوى الاستحقاق:

يسترد المالك الثمار مع العين - إذا شاء - برفع دعوى الاستحقاق. وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم. غير أنه يجوز للحائز تملك العين بالتقادم الطويل، فتفرض دعوى المالك حينئذ.

الطريق الثاني:

استرداد المالك الثمار مستقلة عن العين:

يستطيع المالك - إذا أراد - رفع دعوى باسترداد الثمار وحدها دون العين، ويحصل ذلك عادة إذا كانت العين قد خرجت من يد الحائز. وهذه الدعوى هي دعوى استحقاق، ولا تسقط بالتقادم، غير أنه يجوز للحائز تملك الثمار بوضع اليد المدة الطويلة، وهنا ترفض دعوى المالك. وإذا كانت الثمار قد استهلك أو كانت عبارة عن مبلغ من النقود، فإنها تصبح ديناً في ذمة الحائز ولا تسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة لأنها لا تعتبر من الحقوق الدورية المتجددة وهو ما سنعرض له في البند التالي.

483- سقوط المطالبة بالثمار بالتقادم الطويل:

إذا لم يلجأ المالك إلى دعوى الاستحقاق، وطالب الحائز بثمار العين، فإنه يكون مطالباً بريع العين. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 375 مدني على أن: "ولا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سئ النية، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحقوق التى تسقط المطالبة بها بمضى خمس سنوات مبينة فى المادة 211 من القانون المدنى وهى المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر فما يجنيه الغاصب من غلة العين المغصوبة مما يعتبر إلزامه برده فى مقام التعويض عن حرمان صاحبها منها لا تسقط المطالبة به بمضى هذه المدة".

(طعن رقم 64 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/17)

2- "التزام الحائز سئ النية برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية أو المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى ومن ثم فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا للمادة 375 من القانون المدنى التى قننت ما كان مقررا فى ظل القانون المدنى الملغى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية فى وضع يدها على جزء من "الأماك العامة" بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عن رد الثمرات- وأن التزامها فى هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 531 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/24)

3- إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطاعنة بريع الأرض التى استولت عليها دون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية فإن الوزارة فى هذه الحالة تعتبر فى حكم الحائز سئ النية ولا يسقط الريع المستحق فى ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا لما تنص عليه المادة 2/375 من القانون المدنى القائم التى قننت ما كان مستقرا عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة فى ظل التقنين الملغى وذلك على أساس أن التزام الحائز سئ النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التى تتقادم بمضى خمس سنوات".

(طعن رقم 351 لسنة 32 ق جلسة 1966/12/15)

4- "تطبيق المادتين 978، 979 من القانون المدني يقتضى حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية عند بحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها فإن لكل حكما، فالثمرة وهى الربيع تكون واجبة الرد إذا كان آخذها حائزا سئ النية والحق فى المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية من المادة 375 من القانون المدني، أما إذا كان آخذها حائزا للعين واقرنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة".

(طعان رقما 277، 282 لسنة 49 ق جلسة 1983/1/2)

5- "تطبيق المادتين 978، 979 من القانون المدني يقتضى حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية عند بحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها فإن لكل حكما، فالثمرة وهى الربيع واجبة الرد إذا كان آخذها حائزا سئ النية والحق فى المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية من المادة 375 من القانون المدني، أما إذا كان آخذها حائزا للعين واقرنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة".

(طعن رقم 1813 لسنة 57 ق جلسة 1993/1/21)

484- استرداد الحائز سئ النية ما أنفقه فى إنتاج الثمار:

بعد أن نصت المادة 979 مدنى على أن يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها أُرِدفت "غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار". وعلى ذلك يلتزم المالك بأن يرد إلى الحائز سئ النية ما أنفقه فى إنتاج الثمار. ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التى قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار. كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة، والتكاليف التى تنقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها.

فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استنزال المصروفات والتكاليف، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز⁽¹⁾.

ويجوز للحائز أن يطلب المقاصة بين ما هو مستحق عليه للمالك فى مقابل الثمار التى قبضها وما هو مستحق له قبل هذا المالك فى مقابل ما أنفقه فى سبيل إنتاجها (م 362 مدنى)، كما يجوز للحائز أن يحبس الثمار التى لم يستهلكها، مادام المالك لم يعرض الوفاء بما هو مستحق عليه بسبب إنتاج هذه الثمار، أو مادام المالك لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه هذا (م 246 مدنى)⁽²⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وهذه الأحكام الهامة التى يوردها المشروع فى وضوح تام نراها فى التقنين الحالى مخفية فى ثنايا النصوص، تستخلص من طريق الاستنتاج العكسى فى موضع لا يتصور أن يكون من نطاق وجودها. فالمادة 207/146 وهى تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئا ليس له وهو يعلم ذلك، تنص على أنه يكون "مسئولا عن فقدده وملزما بفوائده وريعه". وقد استخلص من هذا النص أن الحائز إذا كان سئ النية يكون مسئولا عن الفوائد والريع أى عن الثمار، فسينتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن الثمار، ويخلص من كل ذلك أن الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها"⁽³⁾.



(1) السنهورى ص 1620 - رمضان أبو السعود ص 501.

(2) محمد على عرفه ص 193.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 518.

استرداد المصروفات:

مادة (980)

- 1- على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.
- 2- أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين 924، 925.
- 3- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة.

الشرح

485- المصروفات المنصوص عليها بالمادة:

تتناول المادة المصروفات التي يلتزم المالك الذي استرد ملكه من الحائز بأدائها إلى الحائز، سواء أكان هذا الحائز حسن النية أم سئ النية. وهذه المصروفات لا شأن لها بما أنفقه الحائز في إنتاج الثمار، وإنما تخضع المصروفات الأخيرة للأحكام التي رأيناها في شأن تملك الثمار بالحيازة، وهي الأحكام التي نصت عليها المادتان 978، 979 مدني.

فالأمر هنا يتعلق بمصروفات لا تتفق لاستحداث إنشاء جديد، ولا تتفق للاستغلال، وإنما تتفق على الشئ ذاته محل الحيازة⁽¹⁾.

والمصروفات التي تناولتها المادة ثلاثة أنواع:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 518.

مصرفوفات ضرورية، ومصرفوفات نافعة، ومصرفوفات كمالية.
ونتناول هذه الأنواع الثلاثة فيما يلى.

1- المصرفوفات الضرورية:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن المالك الذى يرد إليه ملكه عليه أن
يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصرفوفات الضرورية.
فالحائز يستحق قبل المالك المسترد كافة ما أنفقه على الشئ محل الحياة
من مصرفوفات ضرورية.

والمصرفوفات الضرورية هى المصرفوفات غير العادية التى يتعين إنفاقها
للمحافظة على الشئ، ويكون المالك مضطرا لإنفاقها لو أن الشئ بقى فى
حيازته. وإلا لهلك الشئ أو تلف. ومثل ذلك تقوية أساسات منزل وترميم سقف
وإصلاح دورة مياه أو دفع دين يكفله رهن على العين، أو مصرفوفات إنقاذ الشئ
من الحريق. ولذلك يجب على المالك أن يؤدى إلى الحائز كل ما أنفقه منها حتى
ولو كان الحائز سئ النية. ولذلك ليس بشرط أن تؤدى هذه المصرفوفات إلى
الزيادة فى قيمة الشئ⁽¹⁾.

2- المصرفوفات النافعة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 980 مدنى على أن المصرفوفات النافعة التى
أنفقها الحائز يسرى فى شأنها أحكام المادتين 924، 925.
والمصرفوفات النافعة، هى المصرفوفات التى ينفقها الحائز لا للمحافظة على
الشئ أو لإنقاذه من الهلاك، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع
به كاستصلاح أرض أو إدخال الإضاءة الكهربائية... الخ. وهذه المصرفوفات
يسرى فى شأنها أحكام المادتين 924، 925 مدنى والخاصة بأحكام الالتصاق.

(1) عبد المنعم الصده ص 709- رمضان أبو السعود ص 502.

وسبق لنا شرح أحكام هاتين المادتين عند دراسة الالتصاق.
وبعبارة موجزة فإن مؤدى أحكام هاتين المادتين التفرقة بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية. فيلتزم المالك أن يرد للحائز حسن النية إما ما أنفقه فعلا على العين وإما مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن العين نتيجة لما أنفقه.
ولكن له أن يطلب إلى الحائز سئ النية إزالة ما أحدثه، أو استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو مقابل مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة العين بسببه.

3- المصروفات الكمالية:

المصروفات الكمالية هى مصروفات لا تعود بنفع على العين ذاتها، ولكنها تتفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذى يريده الحائز لاستمتاعه الشخصى. ومثل ذلك دهان جدران العين وعمل زخارف ونقوش وإنشاء نافورة بها.
وهذه المصروفات لا يلتزم المالك بأن يؤدي شيئا منها للحائز حتى لو كان حسن النية. غير أنه يجوز للحائز أن ينتزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وذلك على نفقته.
ولكن يجوز للمالك أن يطالب باستبقاء هذه المنشآت على أن يدفع للحائز قيمتها مستحقة الإزالة.

ويستطيع الحائز، بوصفه دائما بالتعويض المستحق له، أن ينفذ على الشئ. كما يحق له طبقا للقاعدة العامة فى الحق فى الحبس التى نصت عليها المادة 246 مدنى أن يحبس الشئ تحت يده حتى يستوفى ما هو مستحق له⁽¹⁾.



(1) محمد وحيد الدين سوار ص 711- رمضان أبو السعود ص 502 وما بعدها.

مادة (981)

إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات فإن له أن يطالب بها المسترد.

الشرح

486- المصروفات التي أداها الحائز الحالي إلى الحائز السابق:

إن التزام المالك بدفع المصروفات وفق الحدود السابقة، لا يقتصر على المصروفات التي أنفقها الحائز الذي يرد الشيء إلى المالك. بل يشمل أيضا المصروفات التي دفعها هذا الحائز إلى حائز سابق سواء كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية فإن الخلف يسترد ما أداها منها من المسترد. وتوجد دعوى مباشرة بين الحائز والمسترد فيستطيع مطالبته مباشرة⁽¹⁾. ويقع على الخلف عبء إثبات أنه أدى هذه المصروفات إلى السلف⁽²⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 498 - جميل الشرقاوى ص 348.

(2) رمضان أبو السعود ص 503.

مادة (982)

يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها.

الشرح

487- تيسيرات للمالك في الوفاء بالمصروفات المنصوص عليها بالمادتين 980، 981 مدني؛

تقرر المادة 982 مدني تيسيرات للمالك في الوفاء بالمصروفات المنصوص عليها بالمادتين 980، 981 مدني.

وهذه المصروفات كما رأينا :

- 1- المصروفات الضرورية التي أنفقها الحائز على العين.
- 2- المصروفات النافعة المستحقة للحائز طبقاً للمادتين 924، 925.
- 3- المصروفات الكمالية، إذا اختار المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة.

4- المصروفات التي أداها الحائز إلى سلفه.

وتكون هذه التيسيرات بناء على طلب المالك، فيجوز له أن يطلب من القاضي ما يراه مناسباً للوفاء بها، كأن ينظره إلى أجل أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم المالك الضمانات اللازمة. وإذا قضى القاضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية فإن المالك يستطيع

التحلل من الالتزام برد المصروفات بتعجيل مبلغ يوازى قيمة ما يتبقى فى ذمته من الأقساط مخصوما منه فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها. فإذا قسط القاضى على المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين فى ميعاديهما، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فوراً، فإن القانون يبيح له فى هذه الحالة أن يعجل الحائز مبلغا يوازى قيمة الأقساط الثلاثة الباقية مخصوما منه الفوائد بالسعر القانونى لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها، وذلك فى نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق⁽¹⁾.

وإذا رأى القاضى أن ينظر المالك إلى أجل أو إلى آجال ينفذ فيها التزامه، فلا يكون للحائز فى هذه الحالة أن يحبس الشئ تحت يده لأن الحق فى الحبس لا يثبت إلا بناء على دين واجب الأداء حالا⁽²⁾.

(1) السهنورى ص 1337- ويوضح سيادته ذلك بأن المشروع التمهيدى لنص المادة يقول فى عبارته الأخيرة "وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط"، فكان المشروع التمهيدى يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعيز عن التزامه بتقديم الضمانات اللازمة لتقديم الضمان الأوفى، وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يسترد من فوائده بالسعر القانونى الأقساط المستحقة له، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها رد المال إلى المالك. ولكن المشروع التمهيدى عدل فى لجنة المراجعة، فأصبحت العبارة الأخيرة من المادة 982 مدنى يجرى على الوجه الآتى: "وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها "تغيير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا. وأصبح الالتزام الذى يتحلل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة، بل الالتزام برد المصروفات.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 541- عبد المنعم الصده ص 710.



المسئولية عن الهلاك :

مادة (983)

1- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع.

2- ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف.

الشرح

488- مسئولية الحائز حسن النية عن تعويض المالك بسبب انتفاعه

بالشئ :

إذا كان الحائز حسن النية فإنه ينتفع بالشئ كما ينتفع المالك بملكه، فله أن يستعمله وأن يستغله، ذلك أن الحائز حسن النية يعتقد أن الشئ مملوك له، وإذا كان له أن يملك ثماره - على نحو ما سلف - فيكون له كذلك الانتفاع بالشئ كالمالك تماما.

ولا يكون الحائز مسئولا قبل المالك عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع. وحتى لو هلك الشئ أو تلف بتقصير من الحائز فلا يكون مسئولا عنه مادام يحوزه بحسن نية معتقدا أنه مالكة⁽¹⁾.

ولكن إذا عادت على الحائز منفعة ترتبت على هلاك الشئ أو تلفه، فإنه

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 711- جميل الشرقاوى ص 348- محمد وحيد الدين سوار ص

713- رمضان أبو السعود ص 504- وعكس ذلك السنهورى ص 134 - محمود جمال

الدين زكى ص 545.

يسأل أمام المالك بقدر هذه المنفعة، كأن يهلك الشيء أو يتلف بخطأ الغير، فيلتزم هذا الغير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أو يكون الشيء مؤمناً عليه فتلتزم شركة التأمين بدفع التعويض.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا هلك الشيء فى يد الحائز حسن النية، فلا يكون مسئولاً عنه مادام أنه كان يستغله وفقاً لما يحسب أنه حق له. ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض. ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم شيئاً وهو حسن النية وتصرف فيه بعوض، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 5280.

مادة (984)

إذا كان الحائز سىء النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه.

الشرح

489- مسئولية الحائز سىء النية عن هلاك الشئ أو تلفه :

ظاهر من النص أن المشرع قد قسا على الحائز سىء النية جزاء وفاقاً على سوء نيته.

فهذا الأخير كما يسأل عن الثمار - كما رأينا سلفاً - يسأل كذلك عن هلاك الشئ أو تلفه سواء كان الهلاك أو التلف بخطأ منه، وترجع مسئوليته إلى خطئه، أو كان الهلاك بسبب أجنبى وبغير خطئه إذ ترجع مسئوليته هنا إلى أنه يكفى سوء نيته فى حيازته.

أو كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى :

"أما إذا كان الحائز سىء النية، وهلك الشئ فى يده، ولو بسبب أجنبى، فإن الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافياً لجعله مسئولاً عن هلاك الشئ". وعلى ذلك يلتزم الحائز سىء النية بأن يرد إلى المالك قيمة الشئ وقت الهلاك أو الضياع أو التلف، حتى لو زادت هذه القيمة عما كانت عليه وقت المطالبة، لأن الزيادة فى القيمة تكون من حق المالك. مع ملاحظة أنه إذا كانت القيمة وقت المطالبة أكبر مما صارت عليه وقت الهلاك أو التلف أو الضياع، فإن الحائز سىء النية يلتزم برد القيمة وقت المطالبة. والسبب فى ذلك أن الفرق يعد ربحاً قد فوته الحائز على المالك بتأخره فى الرد، حيث يشمل التعويض ما

لحق المالك من خسارة وما فاتته من كسب. وهذا كله دون إخلال بحق المالك في استرداد الشيء ولو تالفاً، مع حقه في الحصول على التعويض عما نقص في قيمة الشيء بسبب التلف⁽¹⁾.

490- دفع مسؤولية الحائز سئ النية :

بعد أن نصت المادة 984 مدنى فى صدرها على مسؤولية الحائز سئ النية أردفت فى عجزها "إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه".

وعلى ذلك يستطيع الحائز سئ النية دفع مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف لا محالة ولو كان باقيا فى يد المالك، شأنه فى ذلك شأن المدين إذا هلك محل الالتزام فى يده بعد إعداره بتسليمه إذ تنص المادة 207 مدنى فى فقرتيها الأولى والثانية على أن:

1- "إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن.

2- ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة".

على أن الشيء إذا كان مسروقا وهلك أو تلف أوضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق، وذلك عملا بالفقرة الثالثة من المادة 207 سالفه الذكر التى تقضى بأن: "على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق".

(1) رمضان أبو السعود ص 505 - عبد المنعم الصده ص 712.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"على أن الحائز لا يكون مسئولا إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقيا في يد مستحقه، شأنه في ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا كان قد أعذر (م 284 فقرة 2). على أن الحائز إذا كان قد سرق الشيء يكون مسئولا عن هلاكه حتى إذا تبين أن الشيء كان يهلك أيضا لو بقي في يد المالك (م 284 فقرة 3)⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 529.

محتويات المجلد الثالث عشر

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	6- الشفعة	
-	شروط الأخذ بالشفعة :	
-	مادة (935)	
1 -	التطور التشريعي لأحكام الشفعة.....	3
2 -	أدلة الشفعة في الشريعة الإسلامية.....	6
3 -	الحكمة من الشفعة.....	3
4 -	الشريعة الإسلامية المصدر التشريعي للشفعة.....	9
5 -	تعريف الشفعة لغة.....	11
6 -	تعريف الشفعة في الشرع.....	11
7 -	تعريف الشفعة في القانون.....	12
8 -	ورود الشفعة على العقار دون المنقول.....	21
-	التكييف القانوني للشفعة.....	23
9 -	(أ) قبل العمل بالقانون المدني الجديد.....	23
10 -	(ب) بعد العمل بالقانون المدني الجديد.....	24
	انتقال الشفعة بالإرث.....	26
11 -	أولاً: رأى فقهاء الشريعة الإسلامية.....	26
12 -	ثانياً: رأى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدني الجديد	26
13 -	ثالثاً: قضاء محكمة النقض قبل العمل بالتقنين المدني الجديد.....	29
14 -	رابعاً: حكم التقنين المدني الجديد.....	31

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-15	عدم جواز حوالة الشفعة.....	34
-16	لا تجوز الشفعة إلا فى البيع.....	35
-17	جواز الشفعة فى البيع غير المسجل.....	39
- 18	عقود البيع التى يوقع عليها بعض البائعين دون الباقين.....	42
-19	العقد الصورى.....	42
-20	وجوب أن يظل البيع قائما حتى تتم الشفعة.....	47
-21	حكم بعض البيوع.....	47
-	(1) البيع المعلق على شرط.....	47
-	(2) البيع القابل للإبطال.....	50
-	(3) البيع المقترن بعربون.....	51
-	(4) البيع الذى يتم فيه التقايل.....	52
-22	إثبات البيع.....	54
-23	ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة.....	54
-24	وجوب استمرار ملكية الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة	58
-25	حكم بعض التصرفات التى آلت بموجبها الملكية إلى الشفيع.....	59
-	(1) العقد القابل للإبطال.....	59
-	(2) الملكية تحت شرط واقف.....	59
-	(3) الملكية تحت شرط فاسخ.....	60
-26	وجوب توافر كافة الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فى الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة.....	60
-	مادة (936)	62

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(أسباب الشفعة) (السبب الأول)	
	شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع	
62	مضمون السبب	62
-27	فروض متعددة لشفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع	62
-28	(1) أن يرتب المالك حق الانتفاع على الرقبة كلها	63
-	(2) أن يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة في العقار	64
-	(3) أن تكون ملكية العقار لشخص واحد ورتب حق انتفاع لشخصين أو أكثر شيوعاً بينهم	64
-	(4) أن تكون ملكية العقار شائعة لشخصين أو أكثر ويرتب الملاك على العقار جميعه حق انتفاع	64
-	(5) أن تكون ملكية العقار لمالكين أو أكثر على الشيوع ويرتب الملاك حق الانتفاع في العقار لمصلحة شخصين على الشيوع	65
-29	جواز الشفعة في بيع حق الاستعمال والسكنى	67
-	(السبب الثاني)	67
	شفعة الشريك في بيع شيء من العقار الشائع	
-30	مضمون السبب	68
-31	شروط الأخذ بالشفعة	68

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-32	القسمة غير المسجلة.....	73
-33	الشفعة فى حصة مفرزة.....	75
-34	الشريك على الشيوع فى حق الانتفاع.....	78
-	(السبب الثالث)	
	شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت	
	الرقبة أو بعضها	
-35	مضمون السبب.....	79
-36	فروض شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها.....	79
-37	سريان أحكام شفعة صاحب الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى.....	81
-	(السبب الرابع)	
	شفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع الحكر	
	والمستحكر إذا بيعت الرقبة	
-38	مضمون السبب.....	83
-	(السبب الخامس)	
	(شفعة الجار المالك)	
-39	مضمون السبب.....	86
		86

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(حالات شفعة الجار)	
	(الحالة الأولى)	
	(المباني والأراضي الفضاء)	
88	المقصود بالمباني.....	88
88	المقصود بالأراضي المعدة للبناء.....	90
90	يشترط للأخذ بالشفعة التلاصق بين العقارين.....	92
92	الشفعة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لملاك متعددين.....	94
94	الشفعة في البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض.....	97
97	هل يجوز للمنتفع والمحتكر أخذ البناء بالشفعة؟.....	99
99	لا يجوز للمستأجر الذي أقام بناء الأخذ بالشفعة.....	100
-	(الحالة الثانية)	
	الشفعة في الأراضي غير المبنية	
	وغير المعدة للبناء	
102	(الصورة الأولى)	
	تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة	
	مع وجود ارتفاع	
102	الشرط الأول: التلاصق من جهة.....	103
-47		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-48	ما ينتقى به التلاصق.....	103
-	(1) ملكية الشفيع لمسقاة فقط مجاورة للأرض المشفوع فيها.....	103
-	(2) وجود فاصل غير مملوك للشفيع بين العقارين.....	104
-49	الشرط الثاني: أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاع على الأرض المشفوع بها أو العكس.....	106
-50	التنازل عن حق الارتفاع.....	111
-	(الصورة الثانية)	
	تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة	
	من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن	
	الأرض المبيعة على الأقل	
-51	الشرط الأول: أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين.....	113
-52	عدم توافر التلاصق بجهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع بها بقطعتين منفصلتين.....	114
-53	لا يمنع من الشفعة وجود بين الأرضين طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية.....	116
-54	وجوب ثبوت ملكية الشفيع من الجهتين قبل طلب الشفعة.....	117
-55	التحايل لمنع التلاصق.....	118
-56	الشرط الثاني: أن تكون قيمة أرض الشفيع لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها.....	118
		120

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (937)	122
-57	تزامم الشفعاء.....	122
- 58	الصورة الأولى: التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة...	122
- 59	الصورة الثانية: التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة.....	125
-60	قاعدة عدم تجزئة الشفعة.....	126
-61	التزامم بين الجيران.....	127
- 62	الصورة الثالثة: التزامم بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم.....	133
-63	التفضيل لا يقتضى القيام بإجراءات الشفعة.....	142
-	مادة (938)	143
-64	شراء العين التى تجوز الشفعة فيها ثم بيعها قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو تسجيلها.....	143
- 65	حكم البيع للمشتري الثانى بعد تسجيل إعلان الرغبة.....	151
-66	حكم البيع للمشتري الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.....	152
-67	لا يشترط للأخذ بالشفعة فى البيع الثانى أن يكون مسجلا أو ثابت التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة.....	155
- 68	بيع المشتري جزء من العقار.....	156
-	مادة (939)	158
-69	أولا: البيع بالمزاد العلنى.....	158
-70	ثانيا: وقوع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب	165

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	والأصهار حتى درجة معينة.....	
-	(1) البيع الذى يقع بين الأصول والفروع.....	165
-	(2) البيع الذى يقع بين الزوجين.....	166
-	(3) البيع الذى يقع بين الحواشى حتى الدرجة الرابعة.....	166
-	(4) البيع الذى يقع بين الأصهار حتى الدرجة الثانية.....	168
-71	ثالثا: ما يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة....	171
-72	رابعا: الوقف.....	175
-73	بعض موانع الشفعة فى القوانين الأخرى.....	177
-	إجراءات الشفعة:	
	مادة (940)	
-	إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.....	184
-74	وجوب إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري.....	184
-75	كيفية احتساب الميعاد.....	190
-76	احتساب ميعاد المسافة.....	191
-77	شكل إعلان الرغبة فى الشفعة.....	193
-78	بطلان إعلان الرغبة فى الشفعة.....	194
-79	إعلان الرغبة بصحيفة دعوى الشفعة.....	195
-80	عدم تعلق بطلان إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة بالنظام العام.....	197
-81	جزاء عدم إبلاغ الرغبة فى الميعاد.....	198

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (941)	-
200	المقصود بالإذار	-82
200	شكل الإذار	-83
201	بيانات الإذار	-84
202	(أ) - بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا	-
205	(ب) - الثمن	-
206	(ج) - المصروفات الرسمية	-
207	(د) - شروط البيع	-
	(هـ) - اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه	-
209	جزء تخلف أو عدم صحة بيانات الإذار	-85
210	إعلان الإذار	-86
213	كيفية توجيه الإذار	-87
	بدء ميعاد إعلان الرغبة فى الشفعة من تاريخ تسلم الإذار	-88
214	الإذار	-89
215	الإذار لا يعد إقرارا بملكية الشفيع	-
	مادة (942)	-
217	يجب أن يكون إعلان الرغبة بالشفعة رسميا	-90
217	وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة للاحتجاج به قبل الغير	-91
218	إيداع كل الثمن الحقيقى للعقار الذى حصل به البيع	-92

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-93	المقصود بالثمن الحقيقي	225
-94	إيداع الثمن فى حالة عدم إنذار الشفيع من البائع أو المشتري	226
-95	الثمن الصورى	230
-96	يجب أن يكون الشفيع مالكا للمال الذى يودعه	238
-97	هل يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفى؟	239
-98	لا يجوز للبائع إعفاء الشفيع من إيداع الثمن	241
-99	عدم لزوم إيداع ملحقات الثمن	242
-100	عدم التزام الشفيع بإيداع المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس	245
-101	ميعاد الإيداع	246
-102	وجوب الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة	248
-103	مكان الإيداع	250
-104	جزاء عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار فى الميعاد	253
-105	تعلق إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار فى الميعاد القانونى بالنظام العام	254
-106	لا يجوز للشفيع معاودة إجراءات الشفعة بعد القضاء بالسقوط	257
-	مادة (943)	258
-	دعوى الشفعة	258
-107	الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة	258
-108	كيفية إعمال الجزاء على عدم اختصام جميع أطراف	262

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	دعوى الشفعة.....	
-109	عدم قبول الدعوى لعدم اختصاص الشفيع والبائع والمشتري	
263	من النظام العام.....	
-110	اختصاص آخرين لا يؤثر فى دعوى الشفعة.....	264
-111	هل يجب اختصاص المشتري الثانى بعقد صورى فى دعوى الشفعة؟.....	265
-112	تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات.....	270
-113	مراقبة ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير فى الصفة.....	272
-114	ميعاد رفع دعوى الشفعة.....	274
-115	تصحيح دعوى الشفعة باختصاص من لم يسبق اختصاصه فى الميعاد.....	276
-116	تصحيح خطأ فى حدود الأرض المشفوع فيها لا يعتبر دعوى جديدة.....	277
-117	هل يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة؟.....	277
-118	كيفية احتساب الميعاد.....	278
-119	الميعاد فى حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.....	279
-120	طبيعة الميعاد.....	280
-121	وجوب قيد دعوى الشفعة فى خلال ثلاثين يوماً.....	280
-122	جزاء عدم رفع دعوى الشفعة فى الميعاد.....	285
-123	الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن.....	286

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-124	المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.....	287
-125	كيفية تقدير قيمة دعوى الشفعة.....	287
-126	الحكم فى دعوى الشفعة على وجه السرعة.....	293
-127	الأهلية اللازمة لطلب الشفعة.....	295
-	مادة (944)	
-128	ثبوت الحق فى الشفعة بالتراضى.....	296
-129	تسجيل عقد الاتفاق على الشفعة الرضائية.....	299
-130	ثبوت الشفعة بالتقاضى.....	300
-131	وجوب تحديد الثمن فى الحكم بثبوت الشفعة.....	315
-132	تسجيل الحكم النهائى الصادر بثبوت الشفعة.....	317
-	آثار الشفعة:	
-	مادة (945)	
-133	حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري.....	318
-134	عدم انتفاع الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع.....	320
-135	استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة.....	321
-136	عدم سريان حكم المادة (6) من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن على المشفوع منه.....	323
-137	هلاك المبيع.....	324
-	(أ) قبل الحكم نهائيا بالشفعة.....	324
-	(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة.....	325

الصفحة	الموضوع	رقم البند
325	الهلاك الجزئى.....	-138
326	(أ) قبل الحكم نهائيا بالشفعة.....	-
326	(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة.....	-
328	مادة (946)	-
	البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه	
328	أولاً: حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة.	-139
329	ثانياً: حكم البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة	-140
331	التعويض عن المصروفات الضرورية والنافعة.....	-141
333	عدم إلزام الشفيع بفوائد الثمن.....	-142
335	استحقاق الشفيع ريع العقار المشفوع فيه.....	-143
335	تسليم العين المبيعة.....	-144
336	إلزام الشفيع بملحقات الثمن.....	-145
338	مادة (947)	-
338	تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة.....	-146
339	تصرفات المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة.....	-147
341	تصرفات البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة.....	-148
341	تصرفات البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة.....	-149
	سقوط الشفعة :	-
	مادة (948)	
343	الفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها.....	-150

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-151	المقصود بالنزول	344
-152	النزول الصريح والنزول الضمنى	244
-153	أمثلة للنزول الضمنى	348
-154	أمثلة لما لا يعتبر نزولا ضمنيا	351
-155	جواز النزول عن الشفعة قبل البيع	355
-156	وجوب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحا	356
-157	إلى متى يتم التنازل عن الأخذ بالشفعة؟	357
-158	كيفية التمسك بالنزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة	358
-159	عدم التوسع فى تفسير التنازل عن الشفعة	359
-160	قصر الاستفادة من النزول على المتنازل له	360
-161	التنازل عن دعوى الشفعة وتكييفه	361
-162	لا يجوز الرجوع فى التنازل عن الأخذ بالشفعة	363
-163	مدى التزام الخلف العام بتنازل سلفه عن الشفعة	363
-164	مدى التزام الخف الخاص بالتنازل عن الشفعة	363
-165	إثبات التنازل عن الشفعة	365
-166	مدة أربعة الأشهر مدة سقوط	367
-167	التحيل بقصد الهروب من الشفعة مانع من الدفع بسقوطها	370
-168	القضاء بسقوط الحق فى الشفعة تستتفد فيه محكمة أول درجة ولايتها ويجوز الطعن عليه استقلالا	371
-	7 - الحيابة :	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	كسب الحيازة وانتقالها وزوالها : مادة (949)	373
-169	تعريف الحيازة.....	373
-170	النظرية الشخصية والنظرية المادية للحيازة.....	375
-171	اتجاه التقنين المدنى الجديد.....	377
-172	نتائج التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية.....	392
-173	الحكمة من حماية الحيازة.....	392
	(أ) إذا كان الحائز هو المالك.....	392
	(ب) إذا كان الحائز شخصا غير المالك.....	393
-174	مجال الحيازة	394
-175	أولاً: الأموال العامة	395
-176	حالات يجوز فيها حماية الحائز العرضى للأموال العامة	
	بدعاوى الحيازة.....	400
-177	ثانياً: أموال الدولة الخاصة والأوقاف الخيرية	401
-178	ثالثاً: المحتكر	401
-179	رابعاً: العقارات بالتخصيص	401
-180	خامساً: الارتفاقات الظاهرة	402
-181	سادساً: المجموع من المال	402
-182	سابعاً: الحقوق المعنوية	402
-183	ثامناً: الحقوق العينية والحقوق الشخصية	403
-184	تاسعاً: الحصة الشائعة	405

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-185	عنصر الحيازة.....	407
-186	(أ) العنصر المادى للحيازة.....	407
-187	(ب) العنصر المعنوى للحيازة.....	412
-188	إثبات الحيازة.....	418
-189	عدم قيام الحيازة بالأعمال المباحة.....	421
-190	عدم قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح.....	424
-191	هل يعتبر التسامح صورة من صور الحيازة العرضية؟.....	427
-192	أمثلة للحيازة على سبيل التسامح.....	428
-193	ثبوت التسامح مما يخضع لتقدير المحكمة.....	430
-194	تحول أعمال الإباحة أو التسامح إلى حيازة تؤدى إلى التقادم.....	432
-	عيوب الحيازة	
-195	أولاً: العيب الأول: عيب الإكراه (أو عدم الهدوء).....	433
-196	الإكراه الذى يحدث أثناء الحيازة.....	435
-197	عيب الإكراه مؤقت.....	438
-198	عيب الإكراه نسبى.....	440
-199	تقدير الإكراه فى الحيازة من سلطة محكمة الموضوع.....	440
-200	ثانياً: العيب الثانى: عيب الخفاء (أو عدم العلانية).....	441
-201	عيب الخفاء نسبى.....	444
-202	عيب الخفاء مؤقت.....	444
-203	تقرير عيب الخفاء.....	445

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-204	العيب الثالث: عيب اللبس (أو الغموض).....	446
-205	عيب الغموض مؤقت.....	450
-206	عيب الغموض نسبي.....	452
-207	تقدير الحيابة الغامضة من سلطة محكمة الموضوع.....	453
-208	العيب الرابع: عدم الاستمرار (أو التقطع).....	453
-209	عيب عدم استمرار الحيابة مؤقت.....	458
-210	عيب عدم استمرار الحيابة مطلق.....	458
-	مادة (950)	
-211	حيابة غير المميز.....	459
-	مادة (951)	
-212	الحيابة بالوساطة.....	461
-213	حيابة الحارس القضائي.....	464
-214	افتراض أن مباشر الحيابة يحوز لنفسه عند الشك.....	465
-	مادة (952)	
-215	انتقال الحيابة من الحائز إلى غيره بالاتفاق.....	467
-	مادة (953)	
-216	نقل الحيابة بالتسليم الحكمي.....	469
-217	تقدير مدى كفاية التسليم الحكمي.....	470
-	مادة (954)	
-218	التسليم الرمزي.....	471

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-219	التسليم الرمزي الوارد بالنص	471
-220	حيازة مفتاح الخزنة هي حيازة رمزية	472
-221	تعارض التسليم المادي مع التسليم الرمزي	473
-222	تقدير مدى كفاية التسليم الرمزي	474
-	مادة (955)	475
-223	انتقال الحيازة للخلف العام بصفاتها	475
-224	حالة ما إذا كان السلف سئ النية والخلف حسن النية	478
-225	انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص	479
-	ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف	481
-226	شرط ضم الحيازتين	481
-227	يشترط لضم مدة حيازة السلف انتقال الحيازة إلى الخلف	
	على نحو يمكنه من السيطرة الفعلية على الشيء	484
-228	نطاق ضم مدة حيازة السلف إلى الخلف	485
-229	ضم مدة حيازة السلف لا يتعلق بالنظام العام	487
-230	لا يشترط لضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف عدم ملكية	
	السلف للعقار موضوع الحيازة	490
-	مادة (956)	495
-231	زوال الحيازة	495
-	مادة (957)	499
-232	عدم انقضاء الحيازة بالمانع الوقتي من الحيازة	499
-233	انقضاء الحيازة إذا استمر المانع سنة كاملة وكان ناشئاً	500

رقم البند	الموضوع	الصفحة
234-	عن حيازة جديدة.....	501
234-	احتساب مدة السنة.....	501
-	حماية الحيازة (دعاوى الحيازة الثلاث) :	
	مادة (958)	502
235-	دعاوى الحيازة عامة تحمى العقار دون المنقول.....	502
	(الدعوى الأولى)	
	(دعوى استرداد الحيازة)	
236-	تعريف دعوى استرداد الحيازة.....	503
-	شروط دعوى استرداد الحيازة	
-	الشرط الأول	
	وجود حيازة مادية للعقار	505
237-	المقصود بالحيازة المادية.....	505
238-	عدم اشتراط حسن نية الحائز.....	510
239-	لواضع اليد على الشيوع رفع دعوى استرداد الحيازة.....	511
-	الشرط الثانى	
	سلب الحيازة من الحائز	514
240-	المقصود بسلب الحيازة.....	514
241-	لا يشترط سلب الحيازة بالقوة والإكراه.....	515
242-	يجب أن يكون العمل المادى الذى سلبت به الحيازة قد	
	أجرى فى عقار المدعى.....	519

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-243	سلب الحيازة تنفيذا لحكم قضائى.....	519
-244	سلب الحيازة المستند إلى قرار إدارى لا يصلح أساسا لرفع	
	دعوى سلب الحيازة.....	524
-	الشرط الثالث	
	رفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة	
-245	تحديد الميعاد وحكمته.....	529
-246	كيفية احتساب الميعاد.....	529
-247	طبيعة ميعاد السنة.....	530
-248	ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام.....	533
-249	كيفية رفع الدعوى.....	533
-250	رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.....	535
-251	سلطة المحكمة فى اعتبار دعوى منع التعرض دعوى	
	استرداد حيازة.....	536
-252	تكيف دعوى استرداد الحيازة.....	537
-253	ما يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة.....	538
-254	اختصاص القاضى المستعجل بنظر دعوى استرداد	
	الحيازة.....	538
	مادة (959)	
-	الحيازة التى لم يمض عليها سنة.....	541
-255	عدم استرداد الحيازة من شخص يستند إلى حيازة أفضل.....	541

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-256	حالة عدم وجود سند لدى أى من الحائزين أو تعادل سنداتهم.....	544
-257	عبء إثبات الحيازة الأحق بالتفضيل أو الأسبق فى التاريخ.....	544
-258	استرداد الحيازة التى فقدت بالقوة فى جميع الأحوال.....	544
-	مادة (960)	546
-259	ضد من ترفع دعوى استرداد الحيازة؟.....	546
-	مادة (961)	548
	(الدعوى الثانية)	
	(دعوى منع التعرض)	
-260	شروط الدعوى.....	548
-	الشرط الأول	
	حيازة المدعى لعقار	
-261	مضمون الشرط.....	548
-262	لا يشترط حسن نية المدعى.....	557
-	الشرط الثانى	
	استمرار حيازة المدعى سنة سابقة على التعرض	
-263	مضمون الشرط.....	558

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	الشرط الثالث	
	وقوع تعرض للمدعى فى حيازته	
-264	مضمون الشرط.....	559
-265	مالا يعتبر تعرضا ماديا.....	562
-266	التعرض القانونى.....	562
-267	مالا يشترط فى التعرض.....	566
-268	التعرض الحاصل بتنفيذ حكم قضائى.....	568
-269	دعوى سد المطلات التى أقيمت دون المسافة القانونية متعلقة بأصل الحق.....	568
-270	لواضع اليد على الشيوع رفع دعوى استرداد الحيازة.....	569
-271	التعرض المستند إلى قرار إدارى لا يصلح أساسا لرفع دعوى منع التعرض.....	569
-272	سلطة المحكمة فى اعتبار دعوى منع التعرض دعوى استرداد حيازة.....	569
-	الشرط الرابع	
	رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من بدء التعرض	
-273	مضمون الشرط.....	569
-274	بدء الميعاد فى حالة تعدد أفعال التعرض على الحيازة.....	570
-275	كيفية احتساب الميعاد.....	571
-276	طبيعة ميعاد السنة.....	571
-277	ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام.....	571

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-278	كيفية رفع الدعوى	571
-279	رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة	571
-280	سلطة المحكمة في اعتبار دعوى استرداد الحياة دعوى	
	منع تعرض	572
-281	عدم اختصاص القضاء المستعجل بدعوى منع التعرض	572
-282	ما يحكم به في دعوى منع التعرض	573
-283	الدعوى الفرعية التي ترفع من المدعى عليه	576
-284	التعويض عن التعدي على الحياة	576
-	مادة (962)	
	(الدعوى الثالثة)	
	(دعوى وقف الأعمال الجديدة)	
-285	تعريف	577
-286	شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة	578
-287	كيفية احتساب السنة	579
-288	طبيعة مدة السنة	579
-289	ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام	579
-290	كيفية رفع الدعوى	579
-291	رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة	579
-292	وقوع العمل الذي يقوم به المدعى عليه على غير عقار	
	الحائز	581

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-293	سلطة المحكمة فى اعتبار دعوى منع التعرض دعوى وقف أعمال جديدة.....	582
-294	ما يقضى به فى دعوى وقف الأعمال الجديدة.....	582
-295	هل يختص القاضى المستعجل بدعوى وقف الأعمال الجديدة؟.	583
-	أحكام عامة تسرى على كافة دعاوى الحيابة (الحكم الأول) عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية	
-296	النص القانونى.....	586
-297	حكمة قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية.....	586
-	الحالات الثلاث للجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الحق	
297		
مكررا-	أولاً: بالنسبة لمدعى الحيابة.....	587
-298	العبرة فى تكييف الدعوى بأنها دعوى بالحق بحقيقة المطلوب فيها.....	591
-299	دعوى الحيابة التى نشأ سببها بعد رفع دعوى الحق.....	592
-300	إجازة رفع المدعى عليه فى دعوى الحق دعوى الحيابة.....	594
-301	مناطق الحظر رفع دعوى الحيابة والحق على شخص واحد.....	595
-302	يجوز للمدعى تقديم أدلته فى دعوى الحيابة ولو تعلقت	596

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-303	بأصل الحق..... إشارة المستأجر فى دعوى الحيابة إلى صفته لاتعد من قبيل الاستناد إلى أصل الحق.....	597
-304	ثانيا: بالنسبة للمدعى عليه فى الحيابة.....	597
-305	ثالثا: بالنسبة لقاضى الحيابة.....	599
-	الحكم الثانى	
-306	لا يحوز رفع دعوى الحيابة فى حالة وجود عقد مضمون الحكم.....	609
-	الحكم الثالث	
-307	الحكم الصادر فى دعوى الحيابة لا يحوز حجية فى دعوى أصل الحق مضمون الحكم.....	610
-	الحكم الرابع	
-308	تنفيذ الحكم الصادر فى دعوى الحيابة على مسئولية طالب التنفيذ مضمون الحكم.....	613
-	مادة (963)	614
-309	تتازع أشخاص متعددين على حيازة حق واحد.....	614
-	مادة (964)	615

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-310	حيازة الحق قرينة على الملكية.....	615
-311	حالة وجود علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز.....	616
-	مادة (965)	618
-312	أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة.....	618
-313	متى يعتبر الحائز حسن النية ؟.....	619
-314	حالة ما إذا كان الحائز شخصا معنويا.....	622
-315	افتراض حسن النية.....	622
-316	إثبات سوء نية الحائز.....	624
-317	الفصل فى توافر حسن النية من عدمه مسألة موضوعية.....	624
-	مادة (966)	626
-318	زوال صفة حسن النية.....	626
-	مادة (967)	630
-319	احتفاظ الحيازة بالصفة التى بدأت بها.....	630
-	آثار الحيازة : التقادم المكسب :	
-	مادة (968)	631
-320	الأساس الذى يقوم عليه التقادم.....	631
-321	الحقوق التى تكسب بالتقادم.....	634
-322	كسب الملكية بالتقادم يسرى على المنقول.....	634
-323	اكتساب الملكية بالتقادم لايرد على الحقوق الشخصية.....	636
-324	التقادم يرد على الحقوق العينية القابلة للتعامل فيها	637

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	والقابلية للحيازة.....	
-	شروط اكتساب الملكية	
-	بالتقادم الطويل	
325-	تعداد.....	638
-	(الشرط الأول)	
-	(الحيازة القانونية)	
326-	مضمون الشرط.....	638
-	(الشرط الثانى)	
-	(استمرار الحيازة دون انقطاع	
-	خمس عشرة سنة)	
327-	التقادم سبب مستقل لاكتساب الملكية.....	639
328-	جواز تملك الحصة الشائعة بالتقادم.....	642
329-	إثبات وضع اليد المكسب للملكية.....	642
330-	التحقق من استيفاء الحيازة شروطها القانونية.....	644
331-	واجب القاضى فى بيان أركان وضع اليد.....	645
332-	يجوز للمشتري تملك العين المبيعة له بوضع اليد المدة	
	الطويلة.....	649
333-	التزام الضمان لايحول دون كسب البائع للملكية بالتقادم...	651

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-334	كسب الملكية بالتقادم يكون بأثر رجعى.....	654
-	مادة (969)	656
-335	الحكمة من التقادم الخمسى.....	656
-336	مجال الاحتجاج بالتقادم الخمسى.....	657
-	شروط التقادم الخمسى	
-337	تعداد.....	658
-	الشرط الأول	
	وجود حيازة قانونية	
-338	مضمون الشرط.....	658
-	الشرط الثانى	
	أن تستمر الحيازة مدة خمس سنوات كاملة	
-339	مضمون الشرط.....	659
-	الشرط الثالث	
	وجود السبب الصحيح	
-340	تعريف السبب الصحيح.....	659
-	الشروط الواجب توافرها فى السبب الصحيح	661
-341	أولاً: أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره	
	خلفاً خاصاً.....	662

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-342	ثانياً: أن يكون التصرف صادراً من غير مالك أو صاحب للحق العيني.....	664
-343	يجب صدور التصرف إلى المتمسك بالتقادم.....	668
-344	سند البائع غير المسجل.....	669
-345	ثالثاً: أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العيني.....	670
-346	الوضع بالنسبة لبعض الفروض للسبب الصحيح.....	677
-	1- التصرف القانوني الباطل.....	677
-	2- التصرف القانوني القابل للإبطال.....	679
-	3- التصرف القانوني الظني.....	680
-	4- التصرف القانوني الصوري.....	681
-347	التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ.....	682
-348	رابعاً: أن يكون السبب الصحيح مسجلاً.....	682
-349	إثبات السبب الصحيح.....	685
-	الشرط الرابع حسن نية الحائز	
-350	المقصود بحسن النية.....	686
-351	أمثلة لحسن النية وسوءها.....	690
-352	الوقت الذي يتوافر فيه حسن النية.....	692
-353	إثبات حسن النية.....	694

رقم البند	الموضوع	الصفحة
354-	تقدير توافر حسن النية من عدمه مسألة موضوعية.....	695
-	مادة (970)	698
355-	كسب حقوق الإرث بالتقادم بمضى ثلاث وثلاثين سنة	698
356-	عدم كسب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم.....	702
357-	كسب ملكية أعيان الوقف الأهلى بوضع اليد لمدة خمس عشرة سنة ابتداء من 14/9/1952.....	705
358-	عدم جواز تملك أعيان الوقف الخيرى بالتقادم ابتداء من 13/7/1957.....	707
359-	حظر تملك الوقف بالتقادم على الواقف والمستحقين والمحتر.	713
360-	هل يجوز للوقف أن يملك بالتقادم ؟.....	718
361-	عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة اعتبارا من 13/7/1957.....	721
362-	حق الوزير المختص فى إزالة التعدى على الأموال الخاصة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة.....	725
363-	حظر تملك الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما	726
364-	عدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل.....	734

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (971)	744
-365	قيام الحيازة فى وقت سابق ، وقيامها حالا قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين.....	744
-	مادة (972)	746
-366	الأصل دوام صفة الحيازة العرضية.....	746
-367	تغيير صفة الحيازة.....	748
-368	مالا يعد تغييرا للحيازة بفعل الحائز	758
-369	إثبات تغيير سبب الحيازة.....	760
-	مادة (973)	761
-370	إحالة إلى قواعد التقادم المسقط	761
-371	كيفية حساب مدة التقادم.....	761
-372	بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة بأجل واقف.....	763
-373	بدء سريان التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية.....	765
-374	تأثير القوانين الجديدة الخاصة بالتقادم.....	765
-	التمسك بالتقادم أمام القضاء	766
-375	وجوب التمسك بالتقادم.....	766
-376	كيفية التمسك بالتقادم.....	768
-377	الدفع بالتقادم يجوز إبدائه فى أية حالة كانت عليها الدعوى	771
-378	عدم جواز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض	772

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-379	ممن يحصل التمسك بالتقادم؟.....	773
-	النزول عن التقادم المكسب.....	774
-380	النص القانوني.....	774
-381	(أ) - النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه.....	774
-382	إجازة النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل.....	775
-383	التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.....	776
-384	أهلية النزول عن التقادم.....	781
-385	هل يجب شهر التنازل عن التقادم؟.....	783
-386	عدم نفاذ النزول في حق الدائنين.....	783
-387	بقاء الدعاوى الشخصية ضد الحائز.....	784
-388	تخلف التزام طبيعى عن التقادم المكسب.....	785
-389	جواز بدء تقادم جديد.....	786
-390	آثار التنازل عن التقادم نسبية.....	786
-391	عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم.....	787
-	مادة (974)	
-392	ورود الوقف على التقادم بنوعيه.....	789
-393	المقصود بالوقف.....	789
-394	أسباب وقف التقادم.....	790
-395	أولاً: أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف خارجية.....	792
-396	تقدير المانع مما يخضع لسلطة المحكمة.....	796

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-397	لايجوز التمسك بالمانع لأول مرة أمام محكمة النقض.....	806
-398	ثانيا: أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى حالة الشخص	
	من حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع.....	806
-399	وقف التقادم لايتعدى ناقص الأهلية.....	812
-	صور لبعض الموانع من التقاضى.....	813
-400	(أ) العلاقة ما بين الأصل والنائب.....	813
-	(ب) المانع القانونى.....	816
-	(ج) المانع الاتفاقى.....	817
-	(د) جهل صاحب الحق بوجود حقه.....	817
-	(هـ) مفاوضات الصلح.....	818
-401	الإفلاس لا يوقف التقادم.....	819
-402	الأثر الذى يترتب على وقف التقادم.....	820
-403	الوقف مقصور على من تقرر لصالحه.....	821
-404	حالة عدم قابلية المحل للانقسام.....	822
-	مادة (975)	
-405	المقصود بانقطاع التقادم.....	823
-406	أسباب قطع التقادم.....	823
-	أولا : الانقطاع المدنى للتقادم	
-407	النص القانونى.....	824
-	(السبب الأول)	
-	(المطالبة القضائية)	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-408	المقصود بالمطالبة القضائية.....	824
-409	يجب أن يتوافر فى المطالبة القضائية معنى الطلب	
	الجازم بالحق الذى يراد استرداده.....	825
-410	المطالبة الجزئية بالحق.....	830
-411	يجب أن تكون الدعوى بين نفس الخصوم.....	831
-412	اعتبار عريضة أمر الأداء بديلة لصحيفة الدعوى.....	834
-413	التحكيم.....	835
-414	متى تعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة ؟.....	836
-415	رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يقطع التقادم.....	837
-416	امتداد الانقطاع طوال نظر الدعوى.....	839
-417	زوال أثر الانقطاع بسقوط أثر صحيفة الدعوى.....	839
-	(أ) بطلان صحيفة الدعوى لعيب فى الشكل.....	840
-	(ب) ترك الخصومة.....	841
-	(ج) اعتبار الدعوى كأن لم تكن.....	841
-	(د) سقوط الخصومة.....	842
-	(هـ) انقضاء الخصومة.....	843
-	(و) رفض الدعوى.....	843
-	(ز) عدم قبول الدعوى.....	845
-418	القضاء بوقف الدعوى لايترتب عليه زوال أثر إيداع الصحيفة.....	845
-419	رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل لايترتب عليه قطع التقادم.....	846

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-420	طلب الإعفاء من الرسوم القضائية لايقطع التقادم.....	846
-421	التظلمات المرفوعة إلى السلطات أو الهيئات الإدارية	
	لا تقطع التقادم.....	848
-422	عدم انقطاع التقادم بتقديم الطلب إلى لجنة التوفيق	
	المنصوص عليها في القانون رقم 7 لسنة 2000	850
-423	واجب المحكمة في بحث أسباب الانقطاع.....	851
-424	الأهلية اللازمة لقطع التقادم.....	852
-	(السبب الثاني)	
-	(التنبيه)	
-425	مضمون هذا السبب.....	852
-	(السبب الثالث)	
-	(الحجز)	
-426	مضمون هذا السبب.....	857
-	(السبب الرابع)	
-	(إقرار الحائز بحق المالك)	
-427	النص القانوني.....	859
-428	قطع التقادم بالإقرار.....	860
-429	الإقرار الصريح والإقرار الضمني.....	861
-430	ورود تحفظات بالإقرار.....	866
-431	طلب براءة الذمة لايعتبر إقرارا.....	866

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-432	الأهلية اللازمة للإقرار	868
-433	إثبات الإقرار	869
-434	الأثر المترتب على انقطاع التقادم المكسب	870
-435	اقتصار أثر الانقطاع على الشخص والحق الذى يقوم بهما سبب الانقطاع	877
-436	حالة الدائنين المتضامنين	878
-	ثانيا : الانقطاع الطبيعى للتقادم بزوال الحيابة	
-437	مضمون هذا السبب	879
-438	إثبات انقطاع الحيابة	884
-439	أثر الانقطاع الطبيعى للحيابة	886
-	تملك المنقول بالحيابة :	
	مادة (976)	
-440	قاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية	887
-	شروط تملك المنقول بالحيابة	
-	الشرط الأول	
	وجود منقول أو سند لحامله أو أى	
	حق عينى على أيهما	
-441	المقصود بالمنقول	888
-442	الحق العينى على المنقول	893
-443	السند لحامله	896

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	الشرط الثانى	
	الحيازة	
-444	مضمون الشرط.....	897
-	الشرط الثالث	
	السبب الصحيح	
-445	مضمون الشرط.....	900
-446	ما يختلف فيه السبب الصحيح فى المنقول عن السبب	
	الصحيح فى التقادم الخمسى.....	904
-	الشرط الرابع	
	حسن النية	
-447	مضمون الشرط.....	906
-448	الوقت الذى يشترط فيه توافر حسن النية.....	906
-	آثار قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية".....	908
-449	أولاً: الأثر المكسب.....	908
-450	ثانياً: الأثر المسقط.....	909
-451	تطبيقات للأثر المسقط للحيازة.....	911
-452	بقاء الدعاوى الشخصية للمتصرف ضد الحائز.....	913
-453	مصير الدعاوى الشخصية للمالك ضد المتصرف.....	914
	مادة (977)	
		916

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-454	استرداد المالك المنقول أو السند لحامله فى حالة السرقة أو الضياع.....	916
-455	شروط الاسترداد.....	917
-456	ممن ترفع دعوى الاسترداد؟.....	923
-457	من ترفع عليه دعوى الاسترداد؟.....	924
-458	إثبات السرقة أو الضياع.....	924
-459	عدم التزام المسترد بأداء عوض للحائز.....	925
-460	التغيير الحاصل فى الشئ.....	925
-461	استهلاك المنقول.....	925
-462	حق الحائز فى تقاضى الثمن الذى دفعه من المالك إذا كان قد اشترى الشئ بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله.....	926
-463	هل يستفيد من الاستثناء غير المشتري ؟.....	927
-464	شرطا استرداد الحائز للثمن الذى دفعه.....	928
-465	مضمون الشرطين.....	928
-466	عبء الإثبات.....	932
-467	حق المشتري فى حبس المنقول حتى يوفى إليه الثمن.....	932
-468	عناصر الثمن.....	932
-469	حق المالك فى الرجوع بالثمن الذى دفعه.....	933
-470	دعوى الاستحقاق ضد الحائز سئ النية.....	934
-	تملك الثمار بالحيازة :	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	مادة (978)	
937	المقصود بالثمار	937
937	أنواع الثمار	938
938	المنتجات (prduits)	939
939	رعاية الحائز حسن النية	940
940	شروط تملك الثمار بالحيازة	941
941	الشرط الأول: الحيازة	941
941	الشرط الثانى: قبض الثمار	941
941	الشرط الثالث: حسن النية	944
944	الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية	946
946	إثبات حسن النية	946
946	عدم اشتراط السبب الصحيح	949
949	مادة (979)	
950	متى يعتبر الحائز سئ النية ؟	950
950	تقدير سوء النية مسألة موضوعية	954
954	مسئولية الحائز سئ النية عن الثمار	955
955	كيفية استرداد المالك الثمار من الحائز سئ النية	957
957	سقوط المطالبة بالثمار بالتقادم الطويل	957
957	استرداد الحائز سئ النية ما أنفقه فى إنتاج الثمار	959
959	استرداد المصروفات :	
	مادة (980)	
961		961

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-485	المصرفات المنصوص عليها بالمادة	961
-	مادة (981)	964
-486	المصرفات التي أداها الحائز الحالي إلى الحائز السابق	964
-	مادة (982)	965
-487	تيسيرات للمالك فى الوفاء بالمصرفات المنصوص عليها	
-	بالمادتين 980، 981 مدنى.....	965
-	المسئولية عن الهلاك :	
-	مادة (983)	967
-488	مسئولية الحائز حسن النية عن تعويض المالك بسبب	
-	انتقاعه بالشئ.....	967
-	مادة (984)	969
-489	مسئولية الحائز سئ النية عن هلاك الشئ أو تلفه	969
-490	دفع مسئولية الحائز سئ النية.....	970
-	محتويات المجلد الثالث عشر.....	973

نه بحمد الله وتوفيقه المجلد الثالث عشر

