

**الموسوعة الوافية
في
شرح القانون المدني
بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة
في مصر والأقطار العربية**
الجزء السادس (م ٧٤٧ - م ٨٢٦)

عقد التأمين - محل التأمين - تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين -
بعض أنواع التأمين - الكفالة - إثبات الكفالة - آثار الكفالة - العلاقة بين الكفيل والدائن -
العلاقة بين الكفيل والمدين - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - الملكية الشائعة.

**المستشار
أنور العمروسي**
رئيس محكمة الاستئناف العليا (سابقاً)

تنقيح ومراجعة

**الأستاذ
أشرف أحمد عبد الوهاب**
اغمي بالنقض

**المستشار
أمجد أنور العمروسي**
رئيس محكمة الاستئناف

دار العدالة للنشر والتوزيع

٠٢٣٩٥٥٢٧١ tel - ٠٢٣٩١٦١٣٥ fax

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

٠١٠٠٢٥٥١٦٩٩ - www. ELADALAH.com

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

tel ٠٢٢٣٩٥٥٢٧١ - fax ٠٢٢٣٩١٦١٣٥

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

الطبعة : الثانية مزيعة ومنقحة.

سنة الطبع : ٢٠١٧.

I.S.B.N : الترقيم الدولي

رقم الإيداع : ١٠٠٨٩

الموقع : www.ELADALAH.com

الإيميل : eladalahashrf@gmail.com

الفصل الثالث

عقد التأمين

أحكام عامة

مادة (٧٤٧)

التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعه مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٤٧ لیبی و ٧١٣ سورى و ٩٨٣ عراقى و ٩٥٠ لبنانى و ٦١٧ سودانى.

المذكرة الإيضاحية:

لعقد التأمين صورتان رئيسيتان عقد التأمين ضد الأضرار التي قد تنشأ عن الحريق وغيره ويلحق به التأمين ضد المسؤولية المترتبة على الفعل الضار وعقد التأمين على الحياة ويلحق به التأمين ضد الحوادث.

ولمختلف هذه الأنواع أحكام عامة قد إنتظمتها للمواد التي استهل بها المشروع الفصل المخصص لعقد التأمين فأورد فيها ما يترتب على عقد التأمين بوجه عام من التزامات بعضها يقع على عاتق المؤمن له وبعضها ينشأ في ذمة المؤمن على أن المشروع قد أفرد بعد ذلك لكل نوع من هذه الأنواع نصوصاً خاصة فنظم التأمين على الحياة في فرع على حدة إستوعب فيه أحكامه ثم نظم التأمين ضد الحريق وهو أظهر حالات التأمين ضد الأضرار، على أنه جعل من أحكام هذا الفرع الثانى أحكاماً عامة تنطبق على التأمين ضد الأضرار بوجه عام وأخيراً في فرعين مستقلين نظم المشروع التأمين ضد المسؤولية والتأمين ضد الحوادث وهما صورتان خاصتان لكل من النوعين الرئيسيين السابق ذكرهما.

وأحكام هذا الفصل تعتبر أمرة في مصلحة المؤمن له لا في مصلحة المؤمن فالمشروع قد قصد إلى حماية المؤمن لهم حماية خاصة يقوم إلى جانب ما يحققه القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٩ من رقابة على الشروط التي تفرضها شركات التأمين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٣١٩ و ٣٢٠)

رأى الفقة:

١- يستخلص من التعريف الوارد بنص المادة ٧٤٧ مدنى أن شخصاً يتعرض لخطر في شخصه كما في التأمين على الحياة أو في ماله كما في التأمين من الحريق

أو التأمين من المسؤولية فيعتمد إلى تأمين نفسه من هذا الخطر بأن يتعاقد مع شركة تأمين يؤدي لها أقساطاً دورية في نظير أن تتقاضى منها مبلغاً من المال عند تحقق الخطر وقد أسمى النص هذا الشخص المؤمن له ويجوز أن يشترط دفع المال عند تحقق الخطر لشخص آخر غيره ففي التأمين على الحياة مثلاً قد يشترط المؤمن له دفع مبلغ التأمين لزوجته أو لأولاده فيسمى هذا الشخص الآخر "المستفيد" أما شركة التأمين أو هيئة التأمين بوجه عام فقد أسماها النص "المؤمن" ويدفع المؤمن له للمؤمن عادة أقساطاً سنوية متساوية القيمة وقد يدفع إشتراكاً دورياً يتفاوت مقداره في جمعيات التأمين التبادلية، وقد يدفع مبلغاً مقطوعاً جملة واحدة كما إذا دفع هذا المبلغ في مقابل أن يتقاضى من المؤمن إيراداً مرتباً مدى حياته والمؤمن يدفع عادة للمؤمن له أو للمستفيد عند تحقق الخطر مبلغاً من المال، وقد يدفع له إيراداً مرتباً وقد يدفع له أي عوض مالي آخر، كما إذا قام بتجديد البناء المحترق في التأمين من الحريق وهذا كله منصوص عليه صراحة في المادة ٧٤٧ مدني.

وقد أبرز التعريف المقدم الذكر قد أبرز عناصر عقد التأمين: فهو عقد يبرم بين المؤمن له والمؤمن وقد يوجد إلى جانب المؤمن له شخص آخر بتقاضى مبلغ التأمين هو المستفيد وأبرز التعريف أن التأمين يقوم على خطر أو حادث يخشى وقوعه وينبغي للمؤمن له تأمينه منه ويلتزم بدفع مقابل التأمين للمؤمن وهو القسط أو الإشتراك أو الدفعة المالية الأخرى كما يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر وهو المبلغ المقطوع أو الإيراد المرتب أو العوض للمال الآخر.

والتعريف على هذا النحو يصلح تعريفاً وافياً لعقد التأمين من أحد جوانبه، جانب العلاقة ما بين المؤمن والمؤمن له ولكن التأمين جانباً آخر ولا يمكن فهم التأمين على الوجه الصحيح دون أن يوضع هذا الجانب محل الاعتبار الأول فشركة التأمين لا تبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد أو مع عدد قليل من المؤمن لهم ولو أنها فعلت لكان عقد التأمين مقامرة أو رهاناً وكان عقداً غير مشروع إذ تكون الشركة قد تعاقدت مع مؤمن له على أنه إذا إخترق منزله مثلاً - في التأمين من الحريق دفعت له قيمته وإذا لم يحترق كان مقابل التأمين الذي دفعه المؤمن لاحقاً خالصاً لها، وهذا هو الرهان بعينه ولكن الشركة تتعاقد مع عدد كبير من المؤمن لهم، وتتقاضى من كل منهم مقابل التأمين ومن مجموع ما تتقاضاه من هؤلاء جميعاً تعوض العدد القليل الذين تحترق منازلهم ففي ما تتقاضاه من المؤمن لهم بما تدفعه من التعويض لبعضهم، لأنها تحسب مقابل التأمين على أساس فني مستمد من الإحصاء فالتأمين إذا نظر إليه من الجانب وهو العلاقة ما بين الشركة ومجموع المؤمن لهم لا يحمل طابع المقامرة أو الرهان والشركة إذا حددت مقابل التأمين تحديداً دقيقاً على الأسس الفنية الصحيحة وأحسنّت إدارة أعمالها لا تتعرض الخطر يزيد على الخطر الذي تتحمله الشركات عادة في أعمال التجارة الأخرى غير أعمال التأمين فالمؤمن لهم وجميعهم معرضون خطر واحد يتحقق في العادة بالنسبة إلى عدد قليل منهم ولا يتحقق بالنسبة إلى الغالبية العظمى يتعاونون جميعاً في تعويض العدد القليل منهم الذين يتحقق الخطر بالنسبة

إليهم فلا يتحمل هؤلاء الأخيرون الخسارة وحدهم وبذلك يكفل التأمين للجميع توزيع الخسارة عليهم، فلا يخسر أي منهم إلا مقابل التأمين الذين دفعه.

حل التأمين منه - كثرت الفتاوى الشرعية في التأمين بعضها يحله، وبعضها يحرمه ومن الفتاوى البارزة في تحليله فتوى الشيخ محمد عبده (المحاماه السنة ٥ - رقم ٤٦٠ - ص ٥٦٣) والأستاذ مصطفى الزرقا الذين يرى أن الأصل في العقود الإباحة ولم توجب الشريعة حصر الناس في العقود المعروفة قبلاً ولو تمنعهم من أي عقد جديد تدعوهم حاجتهم الزمنية إليه إذ كان غير مخالف لنظام التعاقد الشرعي وشرائطه العامة ثم يثبت التأمين بعقد الموالاة وضمنان خطر الطريق الموعد الملزم ونظام العواقل في الإسلام (عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية - مجلة حضارة الإسلام بدمشق - ١٩٦١ - ص ٣٣ وما بعدها)

والأستاذ برهام محمد عطا الله حيث يرى أن الأصل في العقود الإباحة ولا محل لحصرها في عقود معينة ولكنه يختلف عنه في أنه يرى بحق ألا يقاس عقد التأمين عن غيره من العقود فهو يختلف عن كل ما شبهه به أنصار التحليل فهو خلال لا لأنه يشبه عقداً آخر من العقود المعروفة بل لأنه عقد جديد لم يرد نص في تحريمه، والأصل في العقود الإباحة لا التحريم وليس في التأمين شبه غرر أو قمار إذا التأمين نظام تعاوني في بديع قائم على توزيع المخاطر وتشتيتها أساساً أكبر عدد ممكن من الأفراد الذين يتعرضون لنفس الخطر ليس التعاون أساساً من أسس الإسلام (مجلة قضايا الحكومة - السنة ٦ العدد ٣ - ١٩٦٢ - ص ٧٨ وما بعدها وأنظر مقابل: " عقد التأمين من وجهة الشريعة الإسلامية والقانون - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - عدد يولية ١٩٦٢ - ص ١٦٧ وما بعدها).

أما القانون بتحريم التأمين فعلى رأسهم: ابن عابدين (جزء ٣ - ص ٣٤٥) وهو يذهب إلى تحريم التأمين لأنه لا يشبه عقداً من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي فهو ليس وديعة بأجر ولا يعتبر من قبيل مسألة " ضمان خطر الطريق ومنهم الشيخ عبد الرحمن قراعة (المحاماه السنة ٥ - رقم ٣٩٤ - ص ٤٦٦ حيث أفتى بتحريم التأمين من الحريق قولاً بأن ضمان الأموال أما أن يكون بطريق الكفالة وأما بطريق التعدي أو الإلتلاف فالتأمين من الحريق ليس بكفالة قطعاً ولا هو ضمان بعد ولا ضمان إلتلاف وليس بعقد مضاربة لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والريح على ما شرط أهل شركة التأمين إنما يأخذون المبالغ التي يaxonها في ضمان ما عساه أن يلحق الملك المؤمن عليه من الضرر وثارة هذا الضرر يقع وثارة لا يقع فيكون هذا العمل قماراً يحرم الإقدام عليه شرعاً وذهب الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم إلى تحريم عقد التأمين على الحياة لأنه بمضاربة وإذا قبل بأنه قرض فهذا قرض نفعا وهذا هو الربا وهو حرام وإذا مات المؤمن له بعد دفع قسط واحد مثلاً وأدت الشركة مبلغ التأمين كله فهذه مقامرة حياة الإنسان وموته لا يجوز أن تكون محلاً للتجارة (مجلة الشبان المسلمين - ١٣ - العدد ٢ - ١٩٤١/١١/٧) ويرى الإمام الشيخ محمد أبو زهرة أن التأمين التعاوني والإجتماعي حلال لا شبهه فيه، أما التأمين غير التعاوني فهو مكروره لديه وغير جائز لأن فيه قماراً أو شبهه

قمار وفيه غرر وربا وهو صرف لا يجوز ألا بالقبض، ولا توجد ضرورة اقتصادية توجيه (مجلة حصار الإسلام بدمشق - ١٩٦١ - ص ٥٢٤).

وفيما تقدم من آراء تقف عند المسائل الآتية:

(١) لا يصح التفرقة بين التأمين الإجتماعي والتأمين الفردي فكلاهما يقوم على أساس واحد ولا يختلفان ألا في أن الدولة في التأمين الإجتماعي هي التي تقوم بدور المؤمن فمن قال بجواز التأمين الإجتماعي وجب أن يقول بجواز التأمين الفردي.

(٢) لا يجوز قياس عقد التأمين على عقود أو نظم معروفة في الفقه الإسلامي فهو لا يشبه عقد المضاربة في شيء ولا هو كفالة وهو وديعة باجر ولا عقد موالاة ولا يدخل في ضمان خطر الطريق ولا في الوعد الملزم ولا في نظام العوائل إلى آخر ما جاء من التشبيهات.

(٣) إنما التأمين عقد جديد له مقوماته وخصائصه وهو ليس بين العقود أو النظم التي عرفها الفقه الإسلامي ويأخذ عليه المحرمون له أنه مقامرة وفيه غرر وينطوى على الربا.

(٤) أما أن فيه مقامرة فقد بينا أن عقد التأمين بعيد كل البعد عنها فهو من الناحية الفنية الإقتصادية ليس بمقامرة لا بالنسبة إلى المؤمن فهو يأخذ الأقساط من المؤمن لهم ثم يعيد توزيعها عليهم ولا يعرض نفسه لإحتمال الخسارة أو المكسب بأكثرها يعرض نفسه أي شخص آخر في تجارة مشروعة ولا بالنسبة إلى المؤمن له إذ هو يقامر معتمداً على الحظ والمصادفة بل على العكس من ذلك تماماً يقصد أن يتوفى شر الخط والمصادفة ويتعاون مع غيره من المؤمن لهم على توزيع إصرار ما يبيته الحظ والمصادفة لهم جميعاً ولا يجوز أن نسمى التعاون مقامرة.

(٥) أما الغرر فإن هناك تطوراً ملحوظاً في الفقه الإسلامي في هذه المسألة وإن أكثر المذاهب تطوراً فيها هو مذهب مالك وقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك فقال أن الأصل عنده أن الغرر ما يجوز لموضع الضرورة (مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور السنهوري - جزء ٣ - ص ٣٢ و ٣٣)

(٦) وأما الربا فهذه مسألة لا تقتصر على عقد التأمين بل تتناول ضرباً كثيرة من التعامل فإذا قامت الحاجة في نظام إقتصادي معين إلى دفع فوائد معتدلة على رعوس من الأموال كان هذا جائزاً مادامت الحاجة قائمة وألا عاد الأمر إلى أصله من عدم الجواز (مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور السنهوري - جزء ٣ - ص ١٩٦ حتى ٢٧٧).

(٧) يقال أن عقد التأمين لا يدخل في العقود المعروفة في الفقه الإسلامي وليس له نظير فيها وقد وردت هذه العقود على سبيل الحصر.

خصائص عقد التأمين: لعقد التأمين الخصائص التالية:

(١) عقد التأمين عقد رضائي - ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول وأن كان لا يثبت عادة ألا بوثيقة (Police) يدفع عليها المؤمن كما أنه أصبح في مشروع الحكومة عقداً شكلياً على ما سنرى في الكلام في إثباته.

(٢) عقد ملزم الجانبين - والإلتزامان الرئيسان المتقابلان فيه هما الإلتزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين والإلتزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا وقعت الكارثة المؤمن منها ويلاحظ أن الإلتزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين الإلتزام محقق ينفذ عادة على أجال معينة كل شهر أو كل ثلاثة الشهور أو كل سنة أو نحو ذلك أما الإلتزام المؤمن فهو الإلتزام غير محقق إذا هو الإلتزام إحتمالى وليس هو الإلتزام معلقاً على شرط واقف هو تحقيق الخطر المؤمن منه لأن محقق الخطر ركن قانوني فى الإلتزام وليس مجرد شرط عارض ولو كان تحقق الخطر، شرطاً واقفاً لا يمكن تصور قيام الإلتزام المؤمن بدونهُ الإلتزاماً بسيطاً متجزأ وهذا لا يمكن تصوُّره لأن الإلتزام المؤمن مقترن دائماً بتحقيق الخطر ولا يمكن فصل الاثنين أحدهما عن الآخر.

(٣) من عقود المعاوضة - إذا أن كلا من التعاقدين يأخذ مقابلاً لما أعطى فالمؤمن يأخذ مقابلاً هو أقساط التأمين التى يدفعها المؤمن له وكذلك المؤمن يأخذ مقابلاً لما يدفعه هو مبلغ التأمين إذا وقعت الكارثة.

(٤) من العقود الإحتتمالية أو عقود الغرر - وقد أورده التقنين المدنى ضمن هذه العقود بعد المقامرة والرهان والإيراد والمرتب مدى الحياة ومعنى أن عقد التأمين إحتتمالى هو أنه فى العلاقة ما بين المؤمن ومؤمن له بالذات يكون إحتتمالياً من الناحية القانونية المحضة فالمؤمن وقت إبرام العقد لا يعرف مقدار ما يأخذ ولا مقدار ما يعطى إذ أن ذلك متوقف على وقوع الكارثة أو عدم وقوعها وكذلك الحال بالنسبة إلى المؤمن له بمقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطى متوقف هو أيضاً على وقوع الكارثة أو عدم وقوعها.

(٥) من العقود الزمنية - لأنه يعقد لزمن معين والزمن عنصر جوهري فيه ويلتزم المؤمن لمدة معينة فيتحمل تبعه الخطر المؤمن منه ابتداء من تاريخ معين إلى نهاية تاريخ معين كذلك المؤمن له يلتزم للمدة التى يلتزم لها المؤمن ويوفى الإلتزامه أقساطاً متتابعة عن مدى هذه المادة ويجوز أن يوفيه دفعه واحدة ولكن يراعى فى تقدير هذه الدفعة الزمن المتعاقد عليه ويترتب على أن عقد التأمين زمنى أنه إذا فسخ هذا العقد أو إنفسخ لم يكن ذلك بأثر رجعى ولم يتحمل العقد إلا من وقت الفسخ أو الإنفساخ وما نفذ قبل ذلك يبقى قائماً وبوجه خاص لا يسترد المؤمن له من المؤمن الأقساط المقابلة للمدة التى إنقضت قبل حل العقد.

عقود الإذعان - أو المؤمن هو الجانب القوى ولا يملك المؤمن له إلا أن ينزل عند شروط المؤمن، وهى شروط أكثرها مطبوع ومعرضة على الناس كافة وهذه هى أهم خصائص عقد الإذعان.

على أن تدخل المشرع فى تنظيم عقد التأمين لحماية المؤمن له خفف كثيراً من تعسف المؤمن والمؤمن له هذا إلى القيام التأمين على الأسس الفنية الصحيحة يمنع أحد الطرفين من أن يجوز على الآخر، ويجعل التأمين يؤدى مهمته الحقيقية وهى تنظيم التعاون بين المؤمن لهم المعرضين لخطر مشترك ومساهمة كل منهم بنصيبه فيه إذا نزل بأحد منهم ويجعل شركة التأمين تقوم بدورها الصحيح وهو دور الوسيط

بين المؤمن لهم لتنظيم التعاون فيما بينهم لا دور المتعاقد القوى الذى يستغل ضعف المتعاقد الآخر.

عناصر التأمين - يعتبر من نص المادة ٧٤٧ مدنى أن عناصر التأمين ثلاثة:

الخطر المؤمن منه وقسط التأمين ومبلغ التأمين.

فالغرض من عقد التأمين هو دائما تأمين شخص من خطر يتهدهه أي من حادث يحتمل وقوعه فإذا ما تحقق الخطر ووقع الحادث سمى كارثة فيؤمن الشخص نفسه من الحريق أن من السرقة أو من الإصابات أو من الوفاة أو من المسؤولية ولكن مع ذلك قد يكون الحادث المؤمن منه حادثا سعيداً فهناك تأمين الأولاد وتأمين الزواج وتأمين المهر.

وقسط التأمين هو المقابل المالي الذى يدفعه المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه فهناك إذن علاقة وثيقة بين قسط التأمين والخطر المؤمن منه فقسط التأمين يحسب على أساس هذا الخطر وإذا تغير الخطر تغير معه قسط التأمين زيادة أو نقصاً وفقاً لمبدأ عام مسلم به فى التأمين هو مبدأ نسبته التأمين إلى الخطر **Proportionnalile de le prime au riauque** ويكون قسط التأمين عادة مبلغاً سنوياً ثابتاً لا يتغير من سنة إلى الأخرى ومع ذلك يصح أن يكون مبلغاً متغيراً فى جمعيات التأمين التبادلية ويسمى القسط فى هذه الجمعيات بالإشتراك.

ومبلغ التأمين هو المبلغ الذى يتعهد المؤمن بدفعه للمؤمن له أو للمستفيد عند تحقق الخطر المؤمن منه أي عند وقوع الكارثة التى هى محل التأمين كموت المؤمن له أو بقاءه حياً بعد مدة معينة فى حالة التأمين على الحياة وكاحترق المنزل المؤمن عليه فى حالة التأمين من الحريق وكرجوع المضرور على المؤمن له فى حالة التأمين من المسؤولية فمبلغ التأمين وهو إلزام فى ذمه المؤمن له ومن ثم كان عقد التأمين عقداً ملزماً للجانبين وهناك ارتباط وثيق بين مبلغ التأمين وقسط التأمين.

وفى جميع الأحوال يكون مبلغ التأمين نقوداً فشركة التأمين إنما تتعهد بدفع مبلغ من النقود للمؤمن له أو للمستفيد عندما يتحقق الخطر المؤمن منه.

(الوسيط ٧-٢. للدكتور السنهوري المرجع السابق ص ١٠٨٢ وما بعدها)

٢- كان حظ التأمين من عناية اللجنة التحضيرية لمشروع تنقيح القانون المدنى وافراً إذ خصته بحوالي مائة مادة، ولكن هذه النصوص أخذت تنقص تدريجياً كلمات تناول التعديل مشروع اللجنة فلما إنتهى المشروع إلى مجلس الشيوخ حذف لجنة العدل منه كثيراً من النصوص التى أقرها مجلس النواب بحيث أصبحت أحكام التأمين فى هذا التقنين قاصرة على المواد من ٧٤٧ إلى ٧٧١ من التقنين المدنى (٢٥ مادة فقط).

ومن الواجب علينا أن نلاحظ أن خطة الحذف التى أنتهجتها هذه اللجنة لم تكن تستند إلى مبدأ واضح ولا إلى أساس علمى، ودليلنا على ذلك أن من بين النصوص التى حذفت ما لم يكن عنه غناء، فخرج التقنين الجديد مشوباً بالنقص من هذه الناحية.

أما التعريف الوارد بالمادة ٧٤٧ من التقنين المدنى فلا يكتشف من التأمين ألا عن الناحية القانونية فقط فهو قاصر إذن على إدراك الغاية التى توخاها المشرع منه وهى

تعريف عقد التأمين ولذلك لا نراه صالحاً للتعريف بتأمين كنظام قانونى مركب تمتاز فيه العناصر القانونية بالعناصر الفنية.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة المرجع السابق - ص ٥٤٣)

٣- لعقد التأمين الخصائص التالية:

- (١) عقد الإحتمالى - لأن الغرض من هذا العقد تحمل غير محقق الوقوع.
 - (٢) وهو من العقود الرضائية - التى بالإيجاب والقبول.
 - (٣) وهو من العقود المعاوضة - لأن كل من طرفيه يأخذ فى نظير ما يعطى والمبلغ الذى يلتزم المؤمن بدفعه لم يكن على سبيل التبرع لأن المؤمن له ملزم بدوره بدفع قسط التأمين أى كون الأقساط التى يأخذها المؤمن قد لا تتعادل مع ما قد يدفع من تعويض فلا يؤثر فى كون العقد من عقود المعاوضة لأنه عقد إحتمالى.
 - (٤) وهو عقد ملزم للجانبين - فالمؤمن ملزم بدفع التعويض عند وقوع الخطر المؤمن منه والمؤمن له ملزم بدفع القسط أو الإشتراك.
 - (٥) وهو عقد ممتد أو مستمر.
 - (٦) وهو عقد من عقود الإذعان أو الإنضمام • فإن المؤمن يضع شروط العقد ويملى إرادته على المؤمن له الذى لا يكون له إلا أن يقبل الشروط أو لا يتعاقد دون أن تكون له حرية المناقشة فيها أو طلب تعديلها ومن أجل ذلك عنى الشارع فى كثير من الممالك بالتدخل والوقوف إلى جانب الطرف الضعيف.
 - (٧) وهو عقد شرطي - فوجوده معلق على وقوع خطر بالشئ المؤمن عليه والتزام المؤمن يكون فيه معلقاً على شرط واقف.
 - (٨) وهو عقد مدنى أو تجارى أو مختلط فهو فى شركات التأمين التعاونية أو بالإكتتاب عقد مدنى وهو فى شركات التأمين المساهمة عقد تجارى ومن جهة المؤمن له عقد مدنى فى الأصل ولكنه تجارى إذا عقده تاجر بمناسبة تجاريه.
 - (٩) وهو من أعمال الإحتياط والتضامن - وهذا يفسر لنا تطوره بخطوات واسعة والاهتمام الذى أحاطه به الشارع.
 - (١٠) وهو وسيلة من وسائل تعاون الأفراد والهيئات فى تحمل الخطر فيفضل التأمين بتقديم المجموع لمساعدة الفرد. فإن حادثاً (حريق منزل مثلاً) يتوزع عبؤه بالتأمين - على الكثيرين لأهون مما لو ناء بتحملة له فراد واحد.
 - (١١) وهو من عقود التأمين - ولكن هذه الخاصية وإن كانت صحيحة فى معظم أنواع التأمين فإنها ليست كذلك فى التأمين على الحياة حيث يخضع مبلغ التأمين فى تقديره وإرادة المتعاقدين ولا يشترط فى النهاية أن يتناسب مع ضرر ما، فقد يؤمن شخص على حياته بمبلغ ألف جنية أو عشرة آلاف جنية أو أكثر أو أقل كما يشاء.
- (العقود المسماة ٣- عقد التأمين - للدكتور محمد كامل مرسي- طبعة ١٩٥٢- ص ١٤ وما بعدها)
- ٤- يتضح من التعريف الوارد بنص المادة ٧٤٧ مدنى انه لم يبين إلا الجانب القانونى فى التأمين باعتباره عقداً يتم بين المؤمن والمؤمن له (المستأمن) وينشئ التزامات على عائق كل منهما فى مواجهة الأمر أما الجانب الفنى فى التأمين فلم يذكر

عنه التعريف شيئاً ولذلك يعتبر هذا التعريف قاصراً على أن يكون تعريفاً للتأمين باعتباره عملية تختلط فيها العناصر القانونية بالعناصر الفنية.

ولعل أفضل تعريف للتأمين هو ما قال به الأستاذ هيمار Hennrd في كتابه:

Teories at pratique des Assurances Teresiras. ١ (Paris)

١٠٥٢، no ٤٢، ٨.

إذ يعرف التأمين بأنه: " عملية بمقتضاها يحصل أحد الطرفين لقاء مقابل هو القسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الجانب الآخر وهو المؤمن بأن يقوم هذا الأخير بأداء معين في حالة تحقق خطر معين ويقوم المؤمن بهذا عن طريق تحمله لمجموعة من الإذخار وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء ويتميز هذا التعريف - بالإضافة إلى كونه ينطبق على كل أنواع التأمين - بأنه يجمع العنصرين القانوني والفني فهو يبين أطراف العقد وهما المؤمن والمستأمن كما يبين التزام كل منهما في مواجهة الآخر واقصد بذلك القسط من ناحية والأداء المالي من ناحية أخرى هذا إلى أن التعريف لم يغفل الجانب الفني في التأمين فهو يذكر أن العملية تقوم على أساس جمع عدد من الإخطار المتشابهة وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء.

(دورس في العقود المسماة البيع والتأمين. للدكتور عبد الودود يحيى- طبعة ١٩٧٨- ص ٢١٩ وما بعدها)

٥- لا تسرى أحكام المواد ٧٤٧ إلى ٧٧١ مدني (الخاصة بعقد التأمين) إلا على التأمينات الخاصة البرية ذات القسط الثابت أما غيرها من التأمينات فلا تسرى عليها إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع نظام هذه التأمينات الأخرى.

كما أن أحكام المواد ٧٤٧ إلى ٧٧١ مدني تعتبر أحكاماً باتة (أمر) في الأصل فقد نصت المادة ٧٣٥ مدني على أن يقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

وفيما لم تنظمه المواد ٧٤٧ إلى ٧٧١ مدني يجب العمل بالشروط الواردة بوثيق التأمين على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين مع مراعاة طبيعة عقد التأمين فإذا لم يوجد فيها حكم سرت القواعد العامة في نظرية العقد ونظرية الإلتزامات.

وقد أخذ الفقه عن التعريف الذي نصت عليه المادة ٧٤٧ مدني أنه يقتصر على بيان أن التأمين علاقة بين المؤمن والمؤمن له (والمستفيد) ولو كان التأمين كذلك فحسب لكل عقداً ينقل أخطر من على عاتق المؤمن له إلى عاتق المؤمن ولاضحي المؤمن على ذلك مقامراً أو مراهناً على وقوع الخطر ولغا العقد غير مشروع لأول وهلة: ذلك أن التعريف السابق بصور التأمين وكأنه حالة فردية يتم فيها التعاقد بين المؤمن والمؤمن له بينما غفل الجانب الفني في التأمين وبصفة خاصة أغفل دور المؤمن كوسيط بين عدد من المؤمن لهم يجرى مقاصة بين المخاطر التي يعرضون لها طبقاً لقوانين الإحصاء وبغير وجود هذه الصورة الجماعية لا يستطيع أن يضاف للتعريف السابق في نهايته عبارة: " الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجري بينهما مقاصة طبقاً لقوانين الإحصاء"

(أحكام التأمين في القانون المدني والشريعة الإسلامية. للدكتور عبد الناصر العطار طبعة ١٩٧٤-

ص ١٩ وما بعدها)

٦- يستخلص من التعريف الوارد بنص المادة ٧٤٧ مدنى أن شخصا يسمى المؤمن له يتعرض لخطر فى شخصه كما فى التأمين على الحياة اوفى حالة كما فى التأمين من الحريق أو من المسئولية فيعمد إلى تأمين من هذا الخطر بان يتعاقد مع شركة تأمين تسمى المؤمن يؤدي لها أقساطا دورية أو أية دفعة مالية أخرى فى نظير أن يتقاضى منها مبلغا من المال عند تحقق الخطر وبجوز أن يشترط المؤمن له دفع مبلغ التأمين لزوجه أو أولاده أو لآى شخص آخر يسمى المستفيد.

ويرى بعض الفقهاء أن المصلحة عنصر رابع فى التأمين.

والمقصود بالمصلحة هنا هو أن يكون للمؤمن له أو المستفيد مصلحة فى عدم وقوع الخطر المؤمن منه ومن أجل هذه المصلحة من هذا الخطر حتى إذا وقع إصطدم وقوعه مع المصلحة فى عدم وقوعه فلحق المؤمن له أو المستفيد ضرر من جراء ذلك رجع بتعويض هذا الضرر على شركة التأمين.

ولكن الرأي الراجح فى فقه القانون المعاصر أن المصلحة ليست عنصرا رابعا فى التأمين وإن كانت قائمة فى بعض أنواعه.

وعقد التأمين إحتمالى أو كما يسميه فقهاء الشريعة من عقود الغرر وهذا يعنى أن مقدار ما يلتزم به المؤمن والمؤمن له يكون إحتماليا وذلك أن المؤمن وقت إبرام العقد لا يعرف مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطى إذ أن ذلك متوقف على وقوع الكارثة أو عدم وقوعها وكذلك الحال بالنسبة إلى المؤمن له فمقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطى متوقف هو أيضا على وقوع الكارثة أو عدم وقوعها.

ولكن التكليف المشار إليه لعقد التأمين ينصب فقط على الناحية القانونية المحضة غير إننا ما نظرنا إلى عمليات التأمين من الجانب الفنى الإقتصادى أى النظرة الشاملة لعمليات المؤمن لهم جميعا فإننا لا نلث أن تتكشف بوضوح أن الإحتمال أو الغرر فى التأمين محدد والى حد كبير اقل عن سواء فى كثير من العقود الأخرى.

(التأمين فى الشريعة الإسلامية والقانون - للدكتور غريب لجمال - طبعة ١٩٧٧ ص. ١٧ وما بعدها)

٧- قد يقال أن التأمين يعارض التوكيل على الله تعالى لأنه نوع من الإحتياط للقدر والحقيقة أن هذا القول غير صحيح.

فالتوكل - لغة - هو إظهار العجز والاعتماد على الغير.

والتوكل - شرعا - هو الشعور بالعجز أمام قدرة الله تعالى والاعتراف بان الله تعالى خالق الأسباب والمسببات وانه وحده القادر على تعطيل الأثر الطبيعى لأعمال العباد ولذلك فان العبد المؤمن لا يكتفى بالعمل بل هو يدعو الله تعالى بالتوفيق لأنه يعلم انه تعالى وحده القادر على أن يمنع عنه النجاح ويصيبه بالفشل مهما بعد واجتهد كما أنه هو وحده الذى وهبه العقل ووهبه القدرة على العمل وعلى الإستمرار فى العمل حتى يحين أجله.

ومن جهة أخرى فان العبد المتوكل لا يقتصر على دعاء الله بل عليه ان يبذل ما فى طاقته لكى يحصل على حاجته ولا يجوز له أن يعطل جواز راحه التى وهبها الله ما مقتصر على دعاء الله لان فى هذا تعطيل لجوارحه وهى من نعم الله عليه لأن الله تعالى

خلق للناس هذه الجوراح لكي يستخدموها فيما ينفعهم وأمر الله تعالى الناس بالعمل وبإتقان العمل ويأخذ الحذر والحيلة والأهبة لكل شئ.

فهذه الأوامر الشرعية تبين لنا حقيقة التوكل لأن الأمر بالعمل واخذ الحيلة والحذر والإستعداد للحرب بالعدد والعدة إنما هي أوامر شرعية تؤكد أن الاحتياط للحاضر والمستقبل واخذ التجربة والعبرة من الماضي لا تنافى الاعتماد على الله تعالى والشعور بالعجز أمام قدرته بل عن العكس فإن هذا الاحتياط وذلك الإعتبار هما عين التوكل على الله تعالى إذا اقتربنا بالجوء إلى الله تعالى ودعائه والإلحاح فى الدعاء دائما.

ومن هذا كله فستطيع أن تقول بكل إطمئنان أن نظام التأمين بقصد الإحتياط للمستقبل ليس فيه من هذه الناحية أية مخالفة للتوكل على الله تعالى بل هو يعتبر من قبيل التوكل الصحيح بشرط أن يخلوا من الحرام أى من الغرر ومن الربا اللذان قد يخالطانه.

أن عقد التأمين فى الحقيقة ما هو إلا بيع مال أجل بمال معلق فهو عقد على بيع مال منجم أى يدفع على أقساط مقابل مال آخر معلق على أمر إحتمالى فالمالان مؤجلان أحدهما مقسط على أقساط معينة والآخر مؤجل إلى أجل غير معلوم وقت العقد ولا محقق الحصول وهذه هى طبيعة التعليق وشركة التأمين لا دخل لها على الإطلاق فى منع الكارثة أو فى حصولها وكذلك المستأمن المقروض فيه طبقاً للعقد إلا يكون له أى يد فى حصول الكارثة وإلا بطل حقه.

فالشركة لا تقوم بأى عمل لحساب المستأمن وإنما هى تبيع للمستأمن تعويضا محددا إذا قرض وحصلت الكارثة المتفق عليها والمستأمن يدفع الثمن مقدما ومقسطا فى صورة أقساط التأمين والشركة لا تقوم بأى عمل للمستأمن بل هى تقوم بأعمال أخرى كلها لحسابها الخاص لكى تحقق أكبر ربح ممكن من عمليات البيع المتعددة التى تقوم بها فالشركة تستعين بعدة أجهزة متخصصة تعمل لصالح الشركة فقط فهناك للإحصاء تقوم بإحصاء جميع الحالات المتشابهة التى تبرم الشركة عقودا للتأمين بشأنها وذلك لكى تخرج بقوانين تقريبية تستطيع بواسطتها أن تحدد قيمة أقساط التأمين بالنسبة لكل نوع من أنواع التأمين ومبلغ التأمين الذى يتناسب مع قيمة الأقساط والفترة الزمنية التى تتناسب مع قيمة الأقساط ومبلغ التأمين بالنسبة لكل نوع من أنواع التأمين والهدف من هذا كله هو الحصول على أكبر ربح ممكن من عمليات التأمين المختلفة عن طريق ترغيب أكبر عدد ممكن من الناس للدخول فى التأمين وتملك شركات التأمين على الحياة أجهزة طبية للكشف على المتقدمين للتأمين لكى تستبعد من ترى أن صحته مهالكة ولكى ترفع من أقساط التأمين كليهما كانت صحة المتقدم أكثر تدهورا فكل العمليات التى تقوم بها الشركة إنما هى لحسابها الخاص لكى تحقق أكبر ربح ممكن من عمليات البيع والشراء التى تقوم بها لحسابها الخاص وتعلقها على حادث محتمل الحصول.

ولذلك فإن المستأمنين لا شأن لهم باستثمار الشركة للأموال التى تأخذ منهم لأن هذه الأموال تثبت ملكيتها نهائيا للشركة بمجرد قبضها من المستأمن والمستأمن لا يبتغى من

التأمين أن تقوم له الشركة بعمل لحسابه وإنما هو يستهدف الحصول على مال مقابل الأقساط التي يدفعها فهو يشتري مبلغ التأمين المعلق دفعه على حصول الحادث مقابل الأقساط التي يدفعها للشركة فعقد التأمين إذن هو عقد بيع مال مقسط الحصول مما يجعل كل متعاقد لا يدري كم يدفع وكم يقبض حين إبرام العقد.

إن التكيف الصحيح لعقد التأمين التجاري هو أنه عقد بيع نقود بنقود ولهذا فإنه لا يجوز فيه وبالفضل إذا كان النقد من جنس واحد ولا يجوز فيه ربا النسبة إذا اختلف النقدان في الحبس.

ومن هذا بين أن الربا لا بد حاصل في عقود التأمين الإجباري سواء إتفق النقدان في الجنس أو اختلفا وذلك لأنه إذا إتفق النقدين هو الحاصل فعلا فإن التفاضل لا بد حاصل فيهما لأن مبلغ التأمين يندر أن يأوى مجموعة الأقساط التي يدفعها الشخص المستأمن بل أن أحد لا يعرف على وجه التحقيق ما الذي سيدفعه كل من المستأمن وشركة التأمين فقد يدفع شركة التأمين قسطا واحد يساوى مثلا مائة جنية مصرية وتحصل الكارثة فتدفع شركة التأمين مبلغ التأمين كاملا وقد يكون بضعة آلاف من الجنيهات المصرية فربا الفضل هنا يتحقق وربما السيئة أيضا متحقق لأن النقدين لم يسلما في مجلس العقد وكل ما يحرم فيه البيع بالتفاضل يحرم فيه البيع نساء وفي هذا يقول ابن قدامة " كل ما حرم فيه التفاضل فيه حرم فيه النساء بغير خلاف علمه ويحرم التفرق قبل القبض يقول النبي صلى الله عليه وسلم (عينا بعين) وقوله (بدييد) لأن تحريم النساء أكد ولذلك جرى في الجنين المختلفين فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم (الملغى - لابن قدامة - جزء ٤ ص ١٠٩)

ولما كان عقد التأمين هو بيع أقساط التأمين بمبلغ التأمين مع تعليق أحد النقدين وهو مبلغ التأمين على حصول الكارثة أو الحادث المتفق عليه وهو ثم فإن الربا لا بد حاصل في هذا العقد وهو ربا فضل وربما النسيئة في أن واحد لأن النقدين من جنس واحد والتفاضل حاصل بينهما قطعا كما انهما لا يتصور أن الا سيئة لأن مبلغ التأمين معلق على حدوث الحادث وما يدفعه المؤمن مقسط على عدة سنوات.

وأما إذا ما اختلف جنس النقدين بان إتفقت الشركة على أن يدفع مبلغ التأمين من جنس مختلف على أقساط التأمين في يصح التفاضل بين النقدين حالاً فإن العقد رغم ذلك سيكون باطلا بسبب ربا السيئة لأن بيع أحد النقدين بنقد آخر مختلف معه في الجنس لا يصح أبدا إلا إذا كان التبادل في مجلس واحد وهو مجلس العقد وهذا مستحيل التصور بالنسبة لعقد التأمين الذي يقوم أساسا على تقسيط أحد النقدين وهو ما يدفعه المستأمن وعلى تعليق النقد الآخر على حصول الكارثة أو الحادث.

ومن هذا يبين بجلاء أن عقد التأمين التجاري الذي يعتبر في الحقيقة عقد بيع نقد بنقد إنما عقد باطل بسبب ربا الفضل وربما السيئة إذا كان النقدان من جنسين مختلفين.

وقد أجمع فقهاء علي:

(١) أن الغرر الفاحش يبطل عقود المعاوضات المالية، ومن ثم فإن عقد التأمين التجاري باطل وحرام شرعا بسبب ما فيه من غرر فاحش يصل به إلى حد القمار (بالإجماع)

(٢) أن ربا الفضل والنسيئة حرام في حالة بيع بنقد من جنس واحد، وهذا هو حل عقد التأمين التجاري، فهو من ثم باطل وحرام شرعا لما فيه من ربا الفضل وربا السيئة وهذا أيضاً (بالإجماع)

(٣) يبطل التأمين لأنه من قبيل بيع الكالئ بالكالئ، وقد رأينا أن جميع الفقهاء - ماعدا ابن تيمية وحده - لا يجيزون بيع الكالئ والتأمين لا يتصور إلا علي سبيل لبيع كالئ بالكالئ، لأنه دين مقسط بدين معلق علي شرط أو أمر احتمالي.

(٤) يبطل التأمين طبقاً لرأي جميع الفقهاء - ما عدا ابن تيمية وابن القيم - بسبب تعليقه لأنه بيع بنقد، وأن تعليق التمليكات باطل عند الفقهاء والتأمين ولا يتصور إلا معلقاً.

والحق أن التأمين التجاري إنما هو نوع من القمار، لأنه يحتوي علي غرر فاحش يؤدي إلي إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس، بل إلي أن يقتل الإبن أباه، وأن تقتل الزوجة زوجها، كما هو حاصل في البلاد الأوروبية والأمريكية التي شاع فيها التأمين. وقد ظهرت هذه الجرائم في البلاد الإسلامية التي شاع فيها التأمين والأضرار الناجمة عن ذلك كله هي:

- أ- تربص الإبن بأبيه والزوجة بزوجها، حتي يقبضوا مبلغ التأمين.
- ب- اللجوء إلي الإنتحار، خصوصاً في البلاد الأوروبية والأمريكية.
- ج- افتعال الحوادث الوهمية كسرقات والحرائق، للحصول علي مبلغ التأمين سحتاً.
- د- إشاعة الأهمال وعدم الأكرثات، ولاسيما في التأمين ضد السرقة أو الحريق أو حوادث العمل.

هـ- تجميع رؤس الأموال بكثرة رهينة في أيدي قليلة أدت إلي الإحتكار والإستعمال، بعد ابتداء نظام إعادة التأمين بحيث أصبحت الإخطار تتوزع علي الشركات التي تجني ارباحاً خيالية دون مقابل في الحقيقة، وبالتالي تتحكم في الحياة السياسية.

(عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المدني- الدكتور عباس حسني- طبعة ١٩٧٨- ص ١٧ وما بعدها)

٨- إن عقد التأمين ليس عقد بيع وإنما هو عقد تضامن وتكافل بين المؤمنين جميعاً في دفع الكوارث والتخفيف من أثارها، سواء أكانت في الأنفس أو في الأموال أو في مواجهة العجز عن العمل بسبب الإصابة أو المرض أو الشيخوخة.

هو تكافل جماعي: المجموع مع الفرد مع المجموع. كل فرد يعلم مقدماً أن العائد الناشئ عما يدفعه وعن أقساط الآخرين لا يفيد بسد حاجات من يتعرضون للكوارث.... فهو متنازل عن جزء مما له جعله للمشاركة في تغطية هذه الحاجات فإن كان من الذين أصيبوا عوض عن إصابته علي أن يدخل في هذا العوض طبعاً ما يكون قد دفعه من قسط أو أقساط، وإن كان من الذين سلموا فليحمد الله علي سلامته ويحلل الآخرين مما له ببعضه أو بكله، وهو بمثابة دين عندهم.

وأنة يتضمن - بجانب عقد تكافل جماعي - عقد مضاربة من جانب المؤمنين جميعاً كطرف، وشركة التأمين أو الحكومة مثلاً من جانب كطرف آخر.

فالأفراد في عقد التأمين - فرادي ومجموعات - يتعاقدون في الواقع فيما بينهم علي الإسهام بنصيب معلوم متساو من المال في كل نوع من أنواع التأمين علي فترات

محدودة وعلى التكافل علي دفع العوض (قسط التأمين) فيدفع من حصيله الأنصبة المحصلة فعلا من جميع المشتركين في عقد النوع المعين من التأمين، وعلى أن يكون الأولوية في تسلم العوض أو المعونة بين المشتركين في العقد لمن أصابه الضرر أولا منهم، وعلى ما يسلم بنفسه كعقد التأمين علي الحياة، أو بما له كيفية العقود الأخرى يحلل الآخرين المشتركين مما له كلا أو بضعا وشركة التأمين ليست إلا وكيلة عن طرفي عقد التكافل أو مفوضا منها في تنفيذه.

وتنفيذه يقتضي، تحصيل الأقساط من المشتركين واستثمار الأموال المحصلة أو المضاربة فيها وتسوية التعويضات لمن أصيب من المؤمنين، وهي في نظير ذلك لها جعل تقتطعه مما هو تحت يدها من أموال المشتركين وغلات هذه الأموال، وهذا الجعل متفق عليه ضمنا في عقد التوكيل والإنابة بين المؤمنين جميعا كطرف والشركة كطرف آخر، وهو إن لم يكن متفق عليه ضمنا، ولكن متفق عليه بحسب العرف تبعا لقيمة النشاط في الاستثمار، وعقد التأمين كأنه يتضمن عقدين:

العقد الأول - عقد المشاركة في دفع الضرر والتكافل عند الملمات.

العقد الثاني - عقد الوكالة والمضاربة.

(نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام موضوعات المجتمع المعاصر- للدكتور محمد البهي -

ص ٤٢ و ٤٣ و ٤٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان الواقع في الدعوى أن الشركة المؤمنة قد دفعت المؤمن له مبلغ التأمين الذي استحق عليها الوفاء به بوقوع الحادث المؤمن منه، فإن هذا الوفاء من جانبها ليس إلا تنفيذا لإلتزامها تجاه المؤمن له فلا مجال مع هذا لتأسيس حق شركة التأمين في الرجوع علي الغير الذي تسبب بفعلة في وقوع هذا الخطر علي دعوى الحلول، ذلك أن رجوع الموفي على المدين بدعوى الحلول يقتضي أن يكون الموفي قد وفي للدين بالدين المترتب في ذمة المدين لا بدين مترتب في ذمته هو - أما الإستناد إلي أحكام الحوالة فيحول دونه أن واقعة الدعوى تحكمها في شأن الحوالة نصوص القانون القديم.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٥/٧ - مجموعة المكتب الفني - لسنة ١٥ - مدني ص ٦٤٧)

٢- إن خطأ الغير المسئول عن وقوع الحادث ليس هو السبب المباشر لإلتزام المؤمن بدفع قيمة التأمين المؤمن له المضرور من هذا الحادث وإنما سبب هذا الإلتزام هو عقد التأمين ذاته، فلولا قيام ذلك العقد لما إلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع الحادث. وينبني علي ذلك أنه ليس المؤمن أن يدعى بأن ضررا قد حاق به من جراء وفائه بمبلغ التأمين، إذا أن هذا الوفاء من جانبه لم يكن إلا تنفيذا لإلتزامه التعاقدي تجاه المؤمن له مقابل الأقساط التي يوديعها له الأخير، وتنفيذ الإلتزام لا يصح إعتباره ضررا لحق بالملتزم، وإذا كان الحادث الذي تسبب الغير في وقوعه هو الذي يجعل مبلغ التأمين مستحقا، فإن عقدا التأمين يقوم علي أساس إحتمال تحقيق الخطر المؤمن منه في أي وقت، وقد كان هذا الإحتمال محل إعتبار المؤمن عند التعاقد، وإذا

خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر مؤسسها حق شركة التأمين في الرجوع عن المسئول عن الضرر بما دفعته للمؤمن له علي أساس المسئولية التقصيرية وتوافر رابطة السببية بين الضرر ووقوع الحادث، ورتب علي ذلك قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوي يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص ١١١٦)

٣- لما كان مقتضي عقد التأمين تغطية الأضرار التي يحتمل أن تصيب المؤمن له خلال مدة معينة يتحمل فيها المؤمن تبعة هذه الأضرار مقابل جعل التأمين الذي يتقاضاه من المؤمن له، سواء في ذلك إتفق علي أن يلتزم المؤمن له بسداد هذا الجعل دفعة واحدة أو علي أقساط تدفع علي فترات محددة خلال مدة التأمين، فإن مؤدي ذلك أن عقد التأمين وإن كان الزمن عنصراً جوهرياً فيه لأنه يلزم المؤمن لمدة معينة، إلا أنه عقد محدد المدة، فإذا فسخ أو إنفسخ قبل انتهاء مدته لا ينحل إلا من وقت الفسخ أو الإنفساخ، ويبقي ما نفذ منه قبل ذلك قائماً، أما إذا استوفي مدته، فإنه يعتبر منتهياً ويشترط لتجديده أن ينص علي ذلك صراحة بما يعني أنه لا يجوز تجديده ضمناً.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٧٠٩)

٤- لما كان العقد شريعة المتعاقدين، وكان قد حذف من القانون المدني نص المادة ٢/١١٠٠ من المشروع التمهيدي لهذا القانون كانت تنص عن قاعدة النسبية في التأمين بقولها: " إذا كان مبلغ التأمين أقل من قيمة الشيء الحقيقية يوم وقوع الحريق كان المبلغ الواحد دفعه من مبلغ التأمين وهو ما يعادل النسبة بين هذا المبلغ وقيمة الشيء المؤمن عليه وقت الحادث ما لم يتفق علي غير ذلك "، وكان حذف هذه المادة لتعلقها جزئيات وتفاصيل بحسن أن تنظمها قوانين خاصة، لا لتعلقها بالنظام العام. لما كان قال النص في وثيقة التأمين عن أعمال قاعدة التسببية يكون جائزاً.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢١ - المرجع السابق - ص ١٢٠٥)

٥- الأصل في وثيقة التأمين أنه وإن كان مفعولها يسري من وقت إبرامها، إلا أنه يجوز أن يتفق المؤمن والمؤمن له عن وقت آخر لبدء سريانها وإنتاج آثارها، ويجري في هذه الحالة بالنسبة لتفسير نصوصها وما يجري علي تفسير سائر العقود بما لا يخرج عن عبارتها الظاهرة.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١١/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٨٩٥)

٦- تناول المشرع في هذه المادة تعريف عقد التأمين بأنه عقد يلتزم المؤمن بموجبه بان يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي في حالة وقوع الحادث لقاء قسط أو أقساط مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن.

فالتأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأداء مبلغ من المال إلى المؤمن له أو المستفيد نظير قسط أو اية دفعه مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

(الطعن رقم ٤٢٤٥، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠١١/٤/٢٠ لم ينشر بعد)

٧- التأمين من المسؤولية عدم اقتصراره على مسؤولية المتعاقد مع المؤمن جواز شموله مسؤولية من وقع منه الحادث ولو لم يكن المتعاقد مع المؤمن مسئولاً عن عمله.
(الطعن ٢٥٩٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢٨)

(الطعن ٥١٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٣ س ٣١ ص ١٦٥١)

٨- النص في المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات على انه " يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاء أو عن أية اصابه بدنيه أخرى تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت في جمهورية مصر العربية في الأحوال المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥.." والنص في المادة ٦ من القانون رقم ٤٤٦ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور - التي ادمجت في المادة الخامسة من قانون التأمين الإجباري المشار إليها - على انه "... يجب ان يغطي التأمين المسؤولية المدنية عن الإصابات التي تقع للأشخاص... ويكون التأمين في السيارة الخاصة والموتوسيكل الخاص لصالح الغير دون الركاب ولباقى أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها... يدل على ان نطاق التأمين من المسؤولية وفقا لأحكام قانون التأمين الإجباري يقتصر على المسؤولية المدنية الناشئة عن وفاة أو إصابة الأشخاص ولا يمتد إلى تغطية المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تحدثها السيارة بالأشياء والأموال.

(الطعن ٥٦٠٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٣٠ س ٤٥ ص ٦٠٣)

٩- عدم وجود نص في القانون المدني يخول المضرور حقا مباشرا في مطالبة المؤمن بالتعويض إلا حيث تتضمن وثيقة التأمين إشتراطا لمصلحة الغير م ٧٤٧ مدنى النعى بخروج إلزام اداة الحادث من المركبات الخاضعة للقانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات وبعدم تقديم عقد التأمين مؤداه وجوب الرجوع إلى عقد التأمين لمعرفة ما إذا يتضمن إشتراطا لمصلحة المضرور من عدمه.

مؤدى نص المادة ٧٤٧ من القانون المدني - وطبقا للقواعد العامة فى القانون المدني - أنه لا توجد علاقة بين المؤمن والمضرور فالمضرور ليس طرفا فى عقد التأمين ولا هو يمثل فيه بل هو غير معروف للمتعاقدين عند التعاقد ولم يورد المشرع ضمن أحكام القانون المدني نصا خاصا بقرر للمضرور حصا مباشرا فى مطالبة المؤمن بالتعويض الذى يسأل عنه هذا الأخير قبل المستأمن الا - حيث تتضمن وثيقة التأمين إشتراطا لمصلحة الغير.

وانه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا كان الحكم قد بنى على واقعة لا سند لها فى أوراق الدعوى أو مستندة إلى مصدر موجود ولكنه مناقص لها أو يستحيل عقد استخلاص تلك الواقعة منه فإنه يكون باطلا لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بأحقية المطعون ضده الأول فى الرجوع مباشرة على الشركة الطاعنة بالتعويض على سند من وجود عقد التأمين الذى تلتزم بموجبه بتغطية الحوادث الناشئة عن وحدات الترام مع أن هذا العقد لم يقدم حتى يتسنى

للمحكمة الاطلاع عليه والوقوف على ما يقرره في شأن العلاقة المتقدمة وما إذا كان يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير - المضرور من عدمه فإنه يكون معيباً.

(الطعن ٢٢١٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٧ س ٤٥ ص ١٥٦٣)

١٠- عدم تقرير المشرع - فيما عدا ما وردت به أحكام خاصة - حقاً مباشراً للمضرور في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه والذي يسأل عنه قبل المؤمن له وجوب الرجوع إلى القواعد العامة وبحث وثيقة التأمين لمعرفة الحق الذي اشترطه المؤمن له وهل اشترطه لنفسه أم لمصلحه الغير.

مفاد نص المادة ١٥٤ من القانون المدني انه في الإشتراط لمصلحة الغير بتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الإلتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد وان المنتفع انما يكتسب حقه مباشرة من العقد المبرم بين المشتراط والمتعهد بان يشترط الإلتزامات لصالحه بإعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد اثره ولما كان المشرع - فيما عدا ما وردت به أحكام خاصة - لم يقرر للمضرور حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر أصابه والذي يسأل عنه قبل المؤمن له فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المؤمن له قصد بها إشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها إتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين فإذا كان الحق الذي اشترطه المؤمن له انما اشترطه لنفسه فلا يكون إشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعه على الغير أما إذا تبين من مشاركة التأمين ان العاقدین قصدا تخويل المضرور الحق المباشر في منافع العقد فان القواعد الخاصة بالإشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق وبيان ما إذا كانت وثيقة التأمين تتضمن إشتراطاً لمصلحة المضرور يستمد منه حقاً مباشراً يستطيع على أساسها رفع الدعوى قبل الشركة المؤمنة هو مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لما كان ما تقدم وكانت محكمة الاستئناف في حدود سلطتها التقديرية في فهم الواقع في الدعوى وتفسير صيغ العقود وإستظهار نية العاقدین واستخلاص المعنى الذي قصدها خلصت إلى ان " الشركة المنفذه " - المطعون عليها الأخيرة عندما تعاقدت مع شركة التأمين الأهلية - الطاعنة إشتراطت لمصلحة المضرور المستأنفون - المطعون عليهم العشرين الأول - ومن ثم يعتبر لهم حق مباشر قبل المؤمن ".
وكان هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة ولها معينها من الأوراق وتكفي لحمل النتيجة التي انتهت إليها.

(الطعن ١٢٨٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ س ٤٦ ص ٧٤٩)

(الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٩٥/٥/٥ س ٤٦ ص ١٠٧٩)

(الطعن ٢٢١٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٧ س ٤٥ ص ١٥٦٣)

١١- للمضرور مطالبة شركة التأمين بالتعويض إستناداً إلى مسؤولية المؤمن له عن الحادث بإعتباره حارساً للأشياء ولو قضى ببراءة قائد السيارة لعدم كفاية الأدلة.

مسئولية حارس الشئ تقوم على خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضاً لا يقبل إثبات العكس لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومدونات الحكم المطعون فيه أن الحكم الجنائي الصادر في القضية رقم... قضى ببراءة قائد السيارة رقم... نقل سواه من تهمه قتل مورثه الطاعنين خطأ تأسيساً على عدم كفاية الأدلة وأن الطاعنين قد اقاموا دعواهم الماثلة بمطالبة المطعون عليها بالتعويض على أساس مسؤولية مالك السيارة المؤمن عليها لديها - باعتباره حارساً عليها - والتي احدثت الضرر وفقاً لنص المادة ١٧٨ من القانون المدني وإستنداً في ذلك إلى ما تضمنته تحقیقات الجرحه سالفه الاشارة وأقوال شاهديهم في التحقيق الذي أجرته المحكمة فان مؤدى ذلك ان المحكمة الجائئة لم تفصل في الأساس المشترك بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الحالية لأن قوام الأولى خطأ جنائي واجب الإثبات ومنسوب إلى المتهم قائد السيارة في حين أن قوام الثانية خطأ مفترض فيحقه باعتباره حارساً على هذه السيارة فمسئوليته تتحقق ولا تدار عنه بإثبات انه لم يرتكب أى خطأ لأنها مسؤولية ناشئة عن حراسة التي ذاته وليست مسؤولية ناشئة عن الجريمة لما كان ما تقدم فإن الحكم الجنائي الصادر في قضية الجرحه المشار إليها الذي قضى ببراءة المتهم من تهمة القتل الخطأ لعدم كفاية الأدلة لا يكون له حجية تحول دون المطالبة بالتعويض أمام المحكمة المدنية بالدعوى الماثلة.

(الطعن ٢٧٣٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٢٦ ص ٤٦ ص ٥٢٣)

(الطعن ١٤٩٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ ص ٢٩ ج ١ ص ١٠٩٤)

(الطعن ١٩٦٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ ص ٢٩ ج ١ ص ٢٦٨)

(الطعن ٨٣٤٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١ لم ينشر بعد)

(الطعن ٢١٥٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٩ ص ٤٦ ص ٢٨٠)

١٢- عدم وجود نص في القانون المدني تقرر للمضرور حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي اصابه اذى يسأل عنه المؤمن له إلا في حالات الإصابة والوفاة التي يحكمها قانون التأمين الإجبارى وحالة الإشتراط لمصلحة الغير وجوب الرجوع إلى وثيقة التأمين لبيان تضمنها إشتراطاً لمصلحة الغير أم إتفاقاً خاصاً بين الطرفين المتعاقدين.

مؤدى نص المادة ٧٤٧ من القانون المدني ان المضرور ليس طرفاً في عقد التأمين المبرم بين طرفيه المؤمن والمؤمن له ولم يورد المشرع ضمن أحكام القانون المدني نصاً خاصاً بقرر للمضرور حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض ومن ثم فلا يكون له فى غير حالات الإصابة والوفاة التي يحكمها القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات وحالة الإشتراط لمصلحة الغير حق مباشرة في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي اصابه والذي يسأل عنه المؤمن له وهو ما يوجب الرجوع إلى وثيقة التأمين للتعرف عما إذا كانت تتضمن إشتراطاً لمصلحة الغير أم محض إتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين.

(الطعن رقم ٥١٧٢ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦)

١٣- عقد التأمين. قيامه علي أساس احتمال تحقق الخطر المؤمن منه في أي وقت. شرطه. الا يكون ذلك الخطر قد وقع فعلا أو زال قبل إبرامه. علة ذلك. إن كان عقد التأمين يقوم علي أساس احتمال تحقق الخطر المؤمن منه في أي وقت إلا أن ذلك مشروط بألا يكون الخطر المؤمن منه قد وقع فعلا أو زال قبل إبرامه لأنه في هذه الحالة لا تسري عليه وثيقة التأمين التي لا يسري مفعولها بحسب الأصل إلا من وقت إبرامها لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الملحق ٢٩٣ لوثيقة التأمين الأصلية رقم ٥/٣٠٠١٦٩ المبرم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الأول والذي امتدت بمقتضاه التغطية التأمينية للبضاعة المؤمن بموجبها عليها من مخاطر التبديد بالنسبة للمطعون ضده الثاني قد بدأ سريانه اعتبارا من ١٩٨٧/٩/٢ وهو ما لازمه ألا يكون التبديد المؤمن منه قد وقع في تاريخ سابق علي إبرام هذا الملحق وإذ قرر الأخير بتحقيقات في تاريخ سابق علي إبرام هذا الملحق وإذ قرر الأخير بتحقيقات القضية رقم..... لسنة..... جنح قسم بولاق أن استلامه لتلك البضاعة من المطعون ضده الأول " المؤمن له " لتلك البضاعة في تواريخ سابقة علي تاريخ تحريره علي مراحل لبيعها لحسابه وتوريد ثمنها إليه أو ردها له إذا ما تعذر ذلك وحرر بذلك ايصالا أعطي تاريخ ١٩٨٧/٩/٣ تمكست الشركة الطاعنة بدلالة تلك الأقوال علي بطلان عقد التأمين لادخال الغش عليها باخفاء حقيقة الأمر، فإن الحكم المطعون فيه إذ اطرح دفاعها في هذا الصدد علي ما اجتراه من القول سندا لقضائه من أنها أقوال مرسلة لثبوت جريمة التبديد في حقه بحكم بات مع إعدام التلازم الحتمي بين تاريخ تسليم البضاعة وقيام الخطر المؤمن منه في تاريخ سابق علي تحرير ملحق الوثيقة سالفة البيان وتاريخ الإبلاغ عن التبديد في تاريخ لاحق للاستفادة من التغطية الثانية وهو ما لا يكفي لمواجهة هذا الدفاع وحمل قضائه مما يعيبه بالقصور في التسبيب وجره ذلك إلي الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ١٤٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٦/١٠ لم ينشر بعد)

١٤- عقد التأمين ينصب علي خطر أو حادث يخشي وقوعه. إلزام المؤمن بدفع التأمين المؤمن له أو للمستفيد. شرطه. تحقق الخطر دون تجاوز قيمة التأمين المتفق عليه المادتان ٧٤٧، ٧٥١ من القانون المدني. مفاد نص المادة ٧٤٧ من القانون المدني أن عقد التأمين إنما ينصب بصفة عامة علي خطر أو حادث يخشي وقوعه ويبيغي المؤمن له تأمينه منه، ويلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد عند وقع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن عليه وذلك في حدود الضرر الناتج عنه دون تجاوز قيمة التأمين المتفق عليه وذلك طواعيه لحكم المادة ٧٥١ من ذات القانون.

(الطعن رقم ٨٨٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ لم ينشر)

١٥- الإتفاق علي قاعدة النسبية في عقد التأمين. مقتضاه تحديد أداء المؤمن عند تحقيق الخطر المؤمن منه بعوض يعادل النسبة بين المبلغ المؤمن به والقيمة الكلية للشئ المؤمن عليه.

الإتفاق علي قاعدة النسبية في عقد التأمين علي الأشياء مقتضاه أن يتحدد أداء المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه بعوض يعادل النسبة بين المبلغ المؤمن له به والقيمة الكلية للشئ المؤمن عليه.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/١٢/١٩ - المرجع السابق - ١٤ - ص ٦٢٨)

١٦ - الإتفاق علي قاعدة النسبية في عقد التأمين. جوازه قانوناً. وجوب أعماله متي نص عليه صراحة في العقد.

(الطعن ١٤٩٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١ لم ينشر بعد)

١٧ - تمسك شركة التأمين الطاعنة أمام الخبير بوجوب تطبيق قاعدة النسبية المنصوص عليها في وثيقة التأمين عند إحتساب التعويض المستحق للمطعون ضده عن الأضرار التي لحقت بالوحدة البحرية المؤمن عليها وخصم نسبة السماح المقررة وتمسكها بذلك بمحضر الإتفاق المحرر بين الطرفين بعد الحادث إستناداً إلي أن مبلغ التأمين المتفق عليه في وثيقة التأمين علي تلك الوحدة البحرية يقل عن قيمتها الحقيقية دفاع جوهرى. إغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه وقضاؤه بإلزام الطاعنة بالتعويض معولاً علي تقرير الخبير الذي انتهى إلي إحتساب مبلغ التعويض دون أعمال قاعدة النسبي أو خصم نسبة السماح. قصور وإخلال بحق الدفاع.

إذ كان الثابت أن الطاعنة (شركة التأمين) قد تمسكن بمحاضر أعمال الخبير المنتدب في الدعوى بوجوب تطبيق قاعدة النسبية المنصوص عليها في وثيقة التأمين موضوع النزاع عند إحتساب التعويض المستحق للمطعون ضده عن الأضرار التي لحقت بالوحدة البحرية المؤمن عليها فضلاً عن خصم نسبة السماح المقررة بواقع ٥% كما تمسكت بمحضر الإتفاق المحرر بين الطرفين بذلك بعد الحادث إستناداً إلي أن مبلغ التأمين المتفق عليه في وثيقة التأمين علي تلك الوحدة البحرية يقل عن قيمتها الحقيقية، وإذ انتهى الخبير في تقريره إلي إحتساب مبلغ التعويض المستحق للمطعون ضده دون أعمال قاعدة النسبية أو خصم نسبة لاسماح وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بهذا التعويض معولاً في ذلك علي هذا التقرير ودون أن يعني بالرد علي ذلك الدفاع رغم جوهرية فإنه يكون معيباً بالقصور في التسييب والإخلال بحق الدفاع.

(الطعن ١٤٩٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١ لم ينشر بعد)

١٨ - إعتبار عقد التأمين منتهياً باستيفائه مدته. تجديده. شرطه. تفسير نصوصه يجري عليه ما يجري علي تفسير سائر العقود.

إذا إستوفي عقد التأمين مدته يعتبر منتهياً ويشترط لتجديده أن ينص علي ذلك صراحة بما يعني أن لا يجوز تجديده ضمناً، وأنه يجري في هذه الحالة بالنسبة لتفسير نصوصه ما يجري علي تفسير سائر العقود بما لا يخرج به عن عبارته الظاهرة.

(الطعن ١٦١٦ لسنة ٦٩ ق- جلسة ٢٠٠٠/١/٢٥ لم ينشر بعد)

١٩ - تضمين وثيقة التأمين من الحريق المبرمة بين طرفي التداعي نصاً صريحاً علي تجديد عقد التأمين بعد إنقضاء مدته وتعليق التجديد علي سداد المؤمن له قسط

التأمين كاملاً وقبول المؤمن لهذا السداد بموجب إيصال موقع من أحد تابعيه أو وكلائه المصرح له بذلك. مؤداه. عدم إلتزام الأخير بالتعويض عن الخطر موضوع العقد إلا بتحقيق هذا الشرط.

إذ كان البين من وثيقة التأمين من الحريق المبرمة بين طرفي التداعي أنها قد تضمنت النص في البند (١) منها علي أنه..... بعد تمام سداد القسط يقوم الشركة المؤمنة بتعويض المؤمن له عن الأضرار المادية التي تلحق بالممتلكات أو أي جزء منها من جراء هلاكها أو تلفها نتيجة لحريق أو صاعقة، وذلك في أي وقت خلال مدة التأمين المبينة بالجدول أو أي مدة لاحقة بشرط أن يكون المؤمن له سدد عنها ما يستحق من قسط تجديد هذه الوثيقة وأن تكون الشركة قد قبلته....." وفي البند (٢) - علي أنه ".... لا يكون الوفاء بأي قسط معتبراً قبل الشركة ما لم يعط عنه للمؤمن له إيصال مطبوع موقع عليه من أحد مستخدمي الشركة أو أحد وكلائها المصرح له بذلك"، كما نص في الجدول الملحق بهذه الوثيقة علي أن "مدة التأمين سنة تبدأ من ١٩٨٩/٨/١ الساعة ١٢ ظهر إلي ١٩٩٠/٨/١ الساعة ١٢ ظهراً"، فإن مفاد هذه العبارات - بحسب مدلولها الظاهر - أن تلك الوثيقة وإن كانت قد تضمنت نصاً صريحاً علي تجديد عقد التأمين بعد إنقضاء مدته إلي مدد زمنية مماثلة للمدة الواردة به إلا أن هذا التجديد كاملاً، وقبول المؤمن لهذا السداد بموجب إيصال مطبوع موقع عليه من أحد تابعيه أو وكلائه المصرح له بذلك، وبما يعني أن آثار العقد تظل موقوفة فلا يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الخطر موضوع العقد إلا بعد تحقق هذا الشرط.

(الطعن ١٦١٦ لسنة ٢٠٠١/٢٥ ق جلسة ٢٠٠١/١/٢٥ لم ينشر بعد)

٢٠- ثبوت تأمين المطعون ضدها لدي الطاعنة علي مقر شركتها من خطر الحريق بموجب الوثيقة موضوع التداعي لمدة سنة. عدم سداد الأولي قسط تجديدها عن السنة التي شب خلالها الحريق. أثره. عدم تغطية الوثيقة لهذا الحادث. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعنة بمبلغ التأمين تأسيساً علي أن المطعون ضدها طلبت تحويل مبلغ من حسابها لدي أحد البنوك لصالح الطاعنة سداداً لقسط التأمين قبل وقوع الحريق بما يعد تجديداً تلقائياً لعقد التأمين. خطأ وفساد في الاستدلال. علة ذلك.

إذ كانت الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها قد أمنت لدي الطاعنة علي مقر شركتها من خطر الحريق بموجب الوثيقة موضوع التداعي لمدة سنة تبدأ من ١٩٨٩/٨/١ الساعة ١٢ ظهر إلي ١٩٩٠/٨/١ الساعة ١٢ ظهراً بمبلغ..... جنيه، وأن هذه الوثيقة قد سبق تجديدها لمدد مماثلة كان آخرها المدة من ١٩٩٤/٨/١ إلي ١٩٩٥/٨/١، وأن المطعون ضدها لم تقم بسداد قسط تجديد الوثيقة عن الفترة التي تبدأ من ١٩٩٥/٨/١ الساعة ١٢ ظهراً حتي ١٩٩٦/٨/١ الساعة ١٢ ظهراً، وقد شب الحريق يوم ١٩٩٥/٩/١٠ وهو الخطر المؤمن من أجله، فإن الوثيقة - والحال كذلك - لا تغطي هذا الحادث لعدم تجديدها قبل وقوعه وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها فيها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بإلزام الطاعنة بمبلغ التأمين علي سند من أن المطعون ضدها كانت قد طلبت تحويل مبلغ من حسابها لدي

أحد البنوك لصالح الطاعة سدادا لقسط التأمين قبيل وقوع الحريق بثلاثة أيام وأن هذا التحويل المصرفي يعد بمثابة تجديد تلقائي لعقد التأمين ومتخذاً من سابقة قبول الطاعة لأقساط التجديد في تواريخ لاحقة علي مواعيد استحقاقها دليلاً علي تجديد الوثيقة للمدة مثار النزاع رغم أن ذلك لا يفيد بذاته ثبوت التجديد بغير موافقة الطاعة وقبولها فإنه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد انحرف عن المعني الواضح للعبارات التي تضمنتها وثيقة التأمين وشابه الفساد في الاستدلال.

(الطعن ١٦١٦ لسنة ٦٦ جلسة ٢٥/١/٢٠٠٠ لم ينشر بعد)

٢١- وحيث أن الطعن أقيم علي سبب واحد تنعي به الطاعة علي الحكم المطعون فيه بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك تقول إنها تمسكت في دفاعها الثابت بمحاضر أعمال الخبير المنتدب في الدعوى بوجوب تطبيق قاعدة النسبية المنصوص عليها في وثيقة التأمين عند احتساب التعويض المستحق للمطعون ضده فضلاً عن خصم نسبة السماح المقررة بواقع ٥%، كما تمسكت بمحضر الاتفاق المحرر بين الطرفين بذلك بعد الحادث، وإذا انتهى الخبير في تقريره إلي احتساب هذا التعويض دون أعمال قاعدة النسبية أو خصم نسبة السماح، وكان الحكم قد أقام قضاءه الطعين معولاً في ذلك علي هذا التقرير دون أن يعني بالرد علي هذا الدفاع رغم جوهريته فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان الإتفاق علي قاعدة النسبية في عقد التأمين علي الأشياء مقتضاه أن يتحدد أداء المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه بعوض يعادل النسبة بين المبلغ المؤمن به والقيمة الكلية للشيء المؤمن عليه، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن هذا الإتفاق يعد جائزاً قانوناً ومتعيناً أعماله متى نص عليه صراحة في عقد التأمين. لما كان ذلك، وكان الثابت أن الطاعة قد تمسكت بمحاضر أعمال الخبير المنتدب في الدعوى بوجوب تطبيق قاعدة النسبية المنصوص عليها في وثيقة التأمين موضوع النزاع عند احتساب التعويض المستحق للمطعون ضده عن الأضرار التي لحقت بالوحدة البحرية المؤمن عليها فضلاً عن خصم نسبة السماح المقررة بواقع ٥%، كما تمسكت بمحضر الاتفاق المحرر بين الطرفين بذلك بعد الحادث إستناداً إلي أن مبلغ التأمين المتفق عليه في وثيقة التأمين علي تلك الوحدة البحرية يقل عن قيمتها الحقيقية، وإذا انتهى الخبير في تقريره إلي احتساب مبلغ التعويض المستحق للمطعون ضده دون أعمال قاعدة النسبية أو خصم نسبة السماح وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعة بهذا التعويض معولاً في ذلك علي هذا التقرير ودون أن يعني بالرد علي ذلك الدفاع رغم جوهريته فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع مما يوجب نقضه والإحالة.

(الطعن ١٤٩٨ لسنة ٦٩ جلسة ٢١/٢/٢٠٠٠ لم ينشر بعد)

٢٢- وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن لما كان تكليف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، وكان من المقرر أن التأمين - طبقاً للمادة ٧٤٧ من القانون المدني - عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلي المؤمن له أو المستفيد

الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال..... نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن وكان قبول الطاعنة لمبلغ..... جنيته من المطعون ضدها الثانية، كقسط وحيد لوثيقة تأمين أبرمتها الأخيرة لصالح المطعون ضده الأول - الطاعن في الطعن الأول - لا يمثل خطأ في جانبها يرتب مسئوليتها عن التعويض ولا يعدو كونه تنفيذاً لشروط العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، وقضي بإلزامها بالتعويض على قول إنه نظير اقتطاع قسط التأمين من ميزانية الشركة المؤمن لها، فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الإستدلال، بما يوجب نقضه - جزئياً - في هذا الخصوص.

(الطعن رقم ٤٣٤٥، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١١ لم ينشر بعد)

٢٣- عقد التأمين. ماهيته. عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأداء مبلغ من المال إلي المؤمن له أو المستفيد نظير قسط أو أية دفعه مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن. من المقرر أن التأمين - طبقاً للمادة ٧٤٧ من القانون المدني - عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلي المؤمن له أو المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال نظير قسط أو أية دفعه مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

(الطعن رقم ٤٣٤٥، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠١/٤/١١ لم ينشر بعد)

٢٤- التأمين من الإصابة والتأمين من المسئولية. عقدان يلتزم بموجبهما المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له. تحقق الإلتزام في الحالة الأولى إذا لحق المؤمن له نفسه ضرر من الحادث المؤمن منه. نفاذه في الحالة الثانية بمطالبة الغير المضرور للمؤمن له بالتعويض بسبب تحقق مسئوليته. المواد ٧٤٧ الى ٧٥٣ مدني. مؤداه. خروج الضرر الذي يلحق المؤمن له نفسه عن نطاق الخطر المؤمن منه في التأمين من المسئولية. إختلافهما في الطبيعة والمحل.

(الطعن رقم ٣٩٧٦ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/١١/٨)

* * *

مادة (٧٤٨)

الأحكام المتعلقة بعقد التأمين التي لم يرد ذكرها في هذا القانون تنظمها القوانين الخاصة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٧٤٨ ليبي و ٧١٤ سوري و ١٠٠٧ عراقي و ٦١٨ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يستأهل التتوية به.

رأي الفقه:

١- يعزز وجهة نظرنا وجوب بقاء العقود التي تمتاز بطابع في خاص يخرجها عن حكم القواعد العامة كعقود العمل والمقولة والتأمين، خارجة عن نطاق التقنين، لتأثرها الشديد بمختلف التطورات الاجتماعية، مما يستدعي احتفاظ التشريعات الخاصة بمرونتها لتخضع لأسباب التعديل والتبديل التي يتعذر مجاراتها بالنسبة للعقود التي تتضمنها المجموعة المدنية، وهذا ما حدا بمختلف الدول إلى تنظيم هذه العقود بتشريعات خاصة، وهذا ما حدا بالمشروع إلى الإحالة في المادة ٤٧٨ من التقنين إلى مثل هذه التشريعات.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٤٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- حق المضرور - من حادث سيارة مؤمن عليها - في الرجوع عن شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض في ظل أحكام القانونين ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ و ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥، عدم لزوم صدور حكم أول بتقرير مسئولية المؤمن له عن الحادث وتحديد مبلغ التعويض المستحق عنه، يكفي اختصام المؤمن له في الدعوى للحكم عليه فيها لم يكن للمضرور هذا الحق طبقاً للقواعد العامة وقبل العمل بالقانونين ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ و ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - مدني ص ١٠٩٩)

٢- مقتضي نص المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ أنه لا يشترط لإلزام شركة التأمين بمبلغ التعويض سوى أن يكون محكوماً به بحكم قضائي نهائي وإذا كان المبلغ الذي حكم به للمطعون عليه - المضرور هو تعويض صدور به حكم نهائي من محكمة الحج المستافقة فإنه يتحقق بذا موجب تطبيق تلك المادة ولا يدخل هذا البحث في نسبة الأحكام وفي أن شركة التأمين لم تكن ممثلة في الدعوى الذي صدر فيها الحكم لجنائي لأن التزامها متغطية مبلغ التعويض ليس مصدره المادة ٤٠٥ من القانون المدني المتعلقة بحصته الأحكام (مادة ١٠١ إثبات) وإنما مصدره المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ وتحقق الشرط الذي نصت عليه والقول

بان شركة التأمين ان تنازع فى مقدار التعويض المحكوم به مؤاده ان تحدد مسئوليتها بما يحكم به عليها وقد يقل عما حكم به صد المؤمن له وفى ذلك مخالفة لصريح المادة الخامسة المشار إليها.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١٠/٨ - المرجع السابق - ٢١ - ص ٤٤)

٣- تعيين المستفيد في مشارطات التأمين. من مسائل الواقع. استقلال محكمة الموضوع باستخلاصها من نصوص المشاركة متى كان استخلاصها سائغاً.

(الطعن ٥٠٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣)

(مجموعة المكتب الفني جلسة ١٩٨٥/١١/١٢ س ٣٦ ص ٩٨٧)

٤- شرط " من المخازن إلى المخازن ". ماهيته. إتفاق المؤمن والمؤمن له في وثيقة التأمين ان يضمن المؤمن الإخطار التي تلحق البضاعة من وقت خروجها من مخازن الشاحن إلى وقت دخولها مخازن المرسل إليه.

(الطعن ٥٠٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣)

٥- في التأمين بشرط " جميع الإخطار " ليس علي المؤمن له إثبات سبب الضرر لقيام قرينة لصالحه علي أن سبب الضرر خطر مضمون. للمؤمن نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر راجع إلى خطر مستبعد.

(الطعن ٥٠٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣)

٦- جواز الإتفاق علي الوفاء بالقيمة التأمينية أو أي تعويضات تستحق بالنقد الأجنبي في نطاق عقود التأمين المبرمة مع الهيئة العامة للتأمينات الإجتماعية وشركات التأمين. م ٩٣ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦.

(الطعن ٥٠٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣)

٧- ليس للمؤمن بحسب الأصل حق الرجوع المباشر على الغير المسئول عن الضرر علة ذلك الرجوع بدعوى الحلول شرطه ذلك حوالة الحق إليه من المؤمن له فى وثيقة التأمين.

(الطعن ٥٠٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣)

٨- تداول وثيقة التأمين الاذنية فى عقد التأمين البحرى تكون بطريق التظهير أصلاً. إبرام العقد بين مالك البضاعة وشركة التأمين لصالح آخر من قبيل الإشتراك لمصلحة الغير اثره للمالك المشترط الحق فى نقص مشاركة التأمين صراحة او ضمناً دون التقيد بشكل معين مالم يعلن المستفيد قبوله له أو ضمناً دون التقيد بشكل معين مالم يعلن المستفيد قبوله له أو رغبته فى الإفاده منها.

(الطعن ٥٠٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣)

(الطعن ١٧٨٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٤)

(ومجموعة الفنى س ٣١ ص ٣٤٤ ١٩٨٠/١/٢٩)

٩- التأمين عن الخطأ العمدى غير جائز تعلق ذلك النظام العام. م ٧٦٨ مدنى تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض أو مبلغ التأمين بانه إحتمالى ام ارادى -

خطأ عمدى - من المسائل التى تخضع فيها المحكمة الموضوع لرقابة النقص - استحلاص الخطر الموجب للمسئولية من سلطة محمة الموضوع.

(الطعن ٤٧٦٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١ س ٤٤ ص ٤٦١)

١٠- التأمين الإجبارى عن المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات المقصود به حماية المضرور بضمان حصوله على حقه فى التعويض.

(الطعن ٣٥٩٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢٨ س ٤٦ ص ٧٥٦)

١١- استخلاص الحكم من الشروط وثيقة التأمين ان طرفيها قصدا الإشتراط لمصلحة الغير لا يمنع ذلك المؤمن من الاحتجاج على المضرور بالدفعات التى نشأت قبل وقوع الحادث.

(الطعن ١٠٢٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٣/٦/٧)

١٢- وحيث ان هذا النعى سديد ذلك ان النص فى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات على انه يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاء أو عن أية إصابة بدنية أخرى تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت فى جمهورية مصر العربية فى الأحوال المنصوص عليها فى المادق ٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥.... والنص فى المادة ٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور - التى ادمجت فى المادة الخامسة من قانون التأمين الإجبارى المشار إليها على انه... يجب ان يغطى تأمين المسئولية المدنية عن الاصابات التى تقع للأشخاص ويكون التأمين فى السيارة الخاصة والموتوسكل الخاص لصالح الغير دون الركاب ولباقى أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها يدل على ان نطاق التأمين من المسئولية وفقا لأحكام قانون التأمين الإجبارى يقتصر على المسئولية المدنية الناشئة عن وفاه أو إصابة الأشخاص ولا يمتد إلى تغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الاضرار التى تحدثها السيارة بالأشياء والأموال.

(الطعن ٥٦٠٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥ ص ٦٠٧)

١٣- التأمين على سيارات النقل سريانه لمصلحة الغير والركاب دون أعمالها المقصود بالعامل هو الذى يضار من السيارة التى وقع منها الحادث إنشاء أو بسبب تاديته عمله عليها ق ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ لا يغير من ذلك الغاء هذا القانون بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣.

النص فى الشروط الأول من وثيقة التأمين المطابقة للنموذج الملحق بقرار وزير المالية والإقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ والصادر تنفيذاً للمادة الثانية من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات - على ان " يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية الناشئة عن الوفاء أو أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من الحوادث التى تقع من السيارات المؤمن عليها يسرى هذا الإلتزام لصالح الغير من حوادث السيارات ايا كان نوعها ولصالح الركاب أيضاً من حوادث سيارات النقل فيما يختص بالركبين المسموح بركوبهما طبقاً للفقرة (هـ) من المادة ١٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ مالم يشملها التأمين المنصوص عليه فى

القوانين ارقام ٨٦ لسنة ١٩٤٢ ، ٨٩ ، ١١٧ لسنة ١٩٥٠ ولا يشمل التأمين عمل السيارة " مؤاده ان التأمين من المسؤولية المدنية حينما تكون السيارة المؤمن عليها سيارة نقل لا يفيد منه من ركابها الا الركبين المسموح بركوبهما دون غيرهما فلا يشمل عمال السيارة والمقصود بعامل السيارة في هذا الخصوص هو العامل الذى يضرار من السيارة التى وقع منها الحادث انشاء أو بسبب تاديته عمله عليها ولا يغير من ذلك الغاء القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ .

(الطعن ٢٣٠٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١٢ س ٤٧ ص ٩٥)

١٤- تغيير المؤمن له وجه استعمال السيارة من سيارة نقل إلى سيارة لنقل الركاب على خلاف الغرض المبين برخصتها إلزام المؤمن بتغطية الاضرار التى تحدث لركابها والغير معا ذلك.

إذا ما غير المؤمن له وجه استعمال السيارة من سيارة نقل وعلى خلاف الغرض المبين برخصتها إلى سيارة لنقل الركاب إلزام المؤمن بتغطية الاضرار التى تحدث للركاب والغير معا و القول بغير ذلك من شأنه ان يجعل النص على حق المؤمن فى الرجوع على المؤمن له بما اداه من تعويض عند استعمال السيارة فى غير الغرض المبين لغو لاطائل منه وهو ما ينتزه عنه المشرع واذا إلزام الحكم المطعون ضده هذا النظر فانه يكون قد وافق صحيح القانون.

(الطعن ٢٣٧٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٦)

١٥- التأمين الإجبارى على السيارة الاجره عدم شموله المسؤولية المدنية الناشئة عن الاصابات التى تلحق بابين قائدها إذا كان من ركابها يستوى فى ذلك ان يكون قائد السيارة مالكا لها ام غير مالك وان يكون الابن صغيرا ام كبيرا إذا كان الواقع الثابت فى الدعوى كما سجله الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق ان السيارة اداة الحادث والمؤمن عليها لدى الطاعنة هى السيارة الاجرة رقم .. الفيوم وان القاصر المشمول بوضاية المطعون عليها كان ضمن ركابها يرافق والده الذى كان يقودها وقت وقوع الحادث ومن ثم يعد من ركابها ولا يغطى التأمين الإجبارى على السيارة فى هذه الحالة المسؤولية المدنية عن الاصابات التى حدثت به نتيجة الحادث - واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واطرح دفاع الطاعنة واقام قضاءه بإلزامها بالتعويض على سند مما قال به من تفرقه بين ان يكون ابن قائد السيارة صغيرا ام كبيرا وان يكون القائد مالكا للسيارة ام غير مالك وجعله التأمين الإجبارى شاملا اصابه الابن الكبير الذى يركب مع والده قائد السيارة الغير مملوكه له دون ما عداه وهو منه تخصيص لعموم النص وتقييد لاطلاقه واستحدث لحكم مغاير لم يات به يكون قد اخطأ فى القانون.

(الطعن ٨٦٥٩ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٧/١٤ س ٤٧ ص ١١٣)

١٦- التأمين الإجبارى على الدراجة البخارية الخاصة عدم شموله الاضرار التى تحدث لركابها. م ٦٦ جلسة ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ لاملح لقصر حكم النص على مالك الدراجة البخارية وافراد اسرته دون باقى الركاب.

إذا كانت المادة السادسة من قانون المرور ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ تنص على ان التأمين في السيارة الخاصة والموتوسيكل الخاص يكون لصالح الغير دون الركاب... فان مفاد ذلك ان التأمين الإجبارى على الدراجة البخارية الخاصة لايشمل الاضرار التى تحدث لركابها ولا يغطى المسؤولية المدنية على الاصابات التى تقع لهؤلاء الركاب واذ كان النص عاما ومطلقا لكل ركاب الدراجة البخارية فلا محل معه لتخصيصه أو تقييده أو قصره على المالك و افراد أسرته دون باقى الركاب ولما كان الثابت من الأوراق ان مورث المطعون ضدهم كان راكبا خلف قائد الدراجة البخارية الخاصة التى وقع بها الحادث ومن ثم فان وثيقة التأمين الإجبارى لا تغطى المسؤولية المدنية الناشئة عن وفاته واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الشركة الطاعنة بالتعويض فانه يكون قد خالف القانون وخطأ فى تطبيقه.

(الطعن رقم ٩٧٥، ١٠١٥ لسنة ٥٤ جلسة ١٩٩٦/٣/١٦)

١٧- سداد الضريبة عن السيارة اداة الحادث عن المدة التالية لانتهاء سريان وثيقة التأمين الإجبارى ولايفيد بطريق اللزوم ان الوثيقة قد تجددت لدى شركة التأمين ذاتها.

اذ كانت الشركة الطاعنة قد دفعت بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى لان السيارة اداة الحادث غير مؤمن عليها وقت وقوعه فى ١٥/٣/١٩٨٦ فاقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدفع وإلزام الشركة بالتعويض على سند من القول بان الشهاده المقدمه والمؤرخه ٣١/٣/١٩٩٣ تضمنت سداد الضريبة عن الفترة من ١٩٨٦/٢/٦ حتى ١٩٨٧/٢/٥ بما مفاده ان وثيقة التأمين قد تجددت لفترة تالية إعتبارا من تاريخ سداد الضريبة لدى الشركة ذاتها فى حين ان الثابت من الصورة الضوئية لوثيقة التأمين... المقدمة من المطعون ضدهم - ان السيارة التى وقع منها الحادث كانت مؤمنا عليها لدى الطاعنة حتى ٨/٣/١٩٨٦ وان الشهادة الصادرة من إدارة مرور سوهاج المورخة ٣١/٣/١٩٩١ لاتتضمن سوى ان تلك السيارة سددت عنها الضريبة عن الفترة من ١٩٨٦/٢/٦ حتى ١٩٨٧/٢/٥ ولم يرد بها اسم الشركة المؤمن لديها فضلا عن ان سداد الطريبة عن المدة التالية لايمنى بطريق اللزوم ان السيارة مؤمن عليها لدى الشركة الطاعنة ذاتها بما يعيب الحكم المطعون فيه بمخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الاستدلال.

(الطعن ٢١٢٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٨ س ٤٦ ص ١٢٥٧)

١٨- إلتزام شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين مناطه ان يكون هناك عقد تأمين بين المؤمن له وام يقع المخاطر المؤمن عنها خلال فترة سريانه.

(الطعن ٨٧٩٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١/١٥ لم ينشر بعد)

١٩- وحيث ان الوقائع - على يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل ضدها عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر اقامت الدعوى... لسنة ١٩٩٤ مدنى الفيوم الابتدائية على الشركة الطاعنة بطلب الحكم بإلزامها بان تدفع إليها المبلغ خمسين الف جنية تعويضا عن الاضرار الادبية والمروثة ذلك ان مورثهم كان يستقل سيارة اجرة مؤمن عليها لدى الشركة الطاعنة وانحرفت حتى سقطت فى

ترعة وترتب على ذلك وفاته وحرر عن الواقعة المحضر.. لسنة ١٩٩١ جنح مركز الفيوم وامرت النيابة العامة بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية لوفاة المتهم ومحكمة اول درجة حكمت بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢٧ بسقوط الحق فى إقامة الدعوى بالتقادم الثلاثى استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف ٣٤٨ لسنة ٣١ ق بنى سوف " مامورية الفيوم " بتاريخ ١٩٩٥/٨/٢٩ قضت المحكمة بتعديل الحكم المستأنف وبإلزام الشركة الطاعنة بالتعويض الموروث الذى قدرته وتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك طعنت الشركة الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة ابدت فيها الرأى بنقض الحكم وعرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأبها.

وحيث ان حاصل ما تتعاه الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ذلك أن الدعوى المباشرة للمطعون ضدها قبلها يستط الحق فى أقامتها بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها الدعوى ويقف سريان التقادم حتى صدور قرار النيابة بتاريخ ١٩٩١/٣/١٨ بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية لوفاة المتهم وقد اقيمت الدعوى الماثلة بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٢ فسقط الحق فى اقامتهما واذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم الثلاثى بالنسبة للتعويض الموروث إستناد إلى ان الحق فيه يتاقدم بخمس عشرة سنة لان عقد النقل يرتب إلتزاما بضمان سلامة ركاب السيارة الاجرة اداة الحادث رغم ميعاد تقادم الدعوى المباشرة قد حدده القانون بمدة ثلاث سنوات فانه يكون معيبا بما يستوجب نفضه.

وحيث أن هذا النعي فى محله ذلك أن المشرع أوجب فى المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور - والتى حلت محلها المادة ١١ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ بإصدار قانون المرور - على كل من يطلب ترخيصا لسيارة أن يقدم وثيقة التأمين من الحوادث التى تقع منها ثم إصدار لاستكمال الغرض من هذا النص القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ونص بالفقرة الأولى من المادة الخامسة منه على إلزام المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو أي إصابة بدنية تلحق بأى شخص من حوادث السيارات واذ لم يكن للمضرور طبقا للقواعد العامة وقبل العمل بالقانونين المشار إليهما فى اول يناير سنة ١٩٥٦ ان يرجع على شركة التأمين الا بالدعوى الغير مباشرة استعمالا لحق مدنيه المؤمن له قبلها وكان المشرع قد رأى ان يخرج على هذه القواعد تحقيقا للاغراض التى استهدف بها حماية المضرور ضمانا لحصوله على حقه فى التعويض الجابر للضرر الذى وقع عليه مهما بلغت قيمة هذا التعويض بما أورده فى عجز الفقرة الأولى من المادة الخامسة المشار إليها من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ وجعل بذلك للمضرور من الحادث الذى يقع من سيارة مؤمن عليها ان يرجع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذى اصابه من هذا الحادث ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم النصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى وهو التقادم الثلاثى المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين واذ كان حق المضرور قبل المؤمن ينشا من وقت وقوع الفعل الذى سبب له

الضرر مما يترتب عليه ان ندة الثلاث سنوات المقررة لتقادم هذه الدعوى تسرى من هذا الوقت الا انه لما كان التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة تسرى في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف مدة التقادم ونقطاعها فانه إذا كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر والذى يستند إليه المضرور في دعواه قبل المؤمن هو جريمة فان سريان هذا التقادم يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية أو يجرى فيها التحقيق بمعرفة النيابة العامة أو قاضى التحقيق ولا يعود هذا التقادم إلى السريان الا من تاريخ صدور الحكم النهائى او انتهاء المحاكمة بسبب آخر أو صدور قرار نهائى من النيابة أو من قاضى التحقيق بالا وجه لإقامة الدعوى الجنائية ولما كان الثابت بالحكم المطعون فيه ان العمل غير المشروع الذى سبب الضرر للمطعون ضدها شكل جنحه قيدت ضد سائق السيارة الاجرة اداة الحادث والذى كان المؤرث احد ركابها وان النيابة العامة امرت بتاريخ ١٩٩١/٣/١٨ بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية لوفاة المتهم فان سريان هذات التقادم يكون قد وقف من تاريخ وقوع الحادث وبدا سريانه من تاريخ صيرورة هذا الأمر نهائيا في ١٩٩١/٦/١٩ ولما كانت المطعون ضدها قد اقامت دعواه المباشرة بالتعويض قبل الشركة الطاعنة في ١٩٩٤/١/٢٢ اى بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية نهائيا فيكون الحق في رفعها قد سقط بالتقادم الثلاثى واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بالتقادم بالنسبة للتعويض المؤرث إستنادا إلى ان الحق فيه يتقادم بخمس عشرة سنة بإعتباره متولدا من عقد نقل الأشخاص فانه يكون قد طبق فيما يتعلق بالتقادم حكما مغايرا لمانص عليه القانون بالنسبة لتقادم الدعوى المباشرة مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه.

(الطعن ١١٢٩٣ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٤ ص ٤٨٨ (١١٧٥))

٢٠- وحيث ان الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفته القانون بيانا لذلك تقول انها تمسكت أمام محكمة الموضوع بانتفاء الأساس القانونى لمطالبتها بالتعويض على سند من ان قانون التأمين الإجبارى رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ لا يغطى المسؤولية المدنية عن الاصابات التى تحدث لركاب الدراجة البخارية واذ ألزمها الحكم بالتعويض رغم ان مورثه المطعون ضدهم كانت من بسين ركان دراجة بخارية مؤمن عليها لديها تأمينا إجباريا فانه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك ان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - ان القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالاحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون آخر فانه بذلك يكون الحق فى البيان ضمن أحكامه هو يضحى جزاء منه يسرى بسريانه دون توافق على سريان القانون الآخر الذى ورد به البيان أصلا واذ كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات تنص على ان " يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة او اى إصابة بدنية تلحق اى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت فى جمهورية مصر العربية وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ ومن ثم يكون قانون التأمين الإجبارى قد الحق بحكم المادة الخامسة منه البيان

ذاته الوارد بالمادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بالغاء قانون المرور المذكور بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ ولما كانت المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ تنص على ان " التأمين في السيارة الخاصة والموتوسيكل الخاصة يكون الصالح الغير دون الركاب... فان التأمين الإجبارى على الدارجة البخارية الخاصة لا يشمل الاضرار التى تحدث لركابها ولا يغطى المسؤولية المدنية عن الاصابات التى تقع لهؤلاء الركاب. ل ما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق وحصله الحكم فيه - ان مورثة المطعون ضدهم كانت من بين ركاب الدارجة البخارية الخاصة المؤمن عليها لدى الطاعنة فان التأمين الإجبارى على الدارجة لا يغطى المسؤولية المدنية الناشئة عن وفاتها واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر اذ قضى بإلزام الشركة الطاعنة بتعويض المطعون ضدهم عن الاضرار التى اصابتهم من جراء وفاة مورثتهم المذكورة فانه يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ٣٤٢١ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/١/١٦ لم ينشر بعد)

٢١- خلو القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات من نص يفيد الخروج على القواعد العامة المنظمة لعقد التأمين من المسؤولية في القانون المدني. مؤداه. إنتفاء تحقق الخطر المؤمن منه في التأمين الإجباري عند وفاة أو إصابة المؤمن له نفسه من الحادث المؤمن منه الذى تكون السيارة المؤمن عليها أداته. أثره. عدم إلزام المؤمن بتعويض المؤمن له عن الأضرار الناجمة عنه. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاؤه للمطعون ضده المؤمن له بالتعويض عن الإصابات البدنية التى لحقته هو نفسه من جراء الحادث المؤمن منه. خطأ.

(الطعن رقم ٣٩٧٦ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/١١/٨)

٢٢- التأمين الإجباري من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات. تأمين من نوع خاص. عدم إقتصار نطاقه على التأمين من المسؤولية الناشئة عن خطأ المؤمن له ومن يسأل عن أعمالهم. إمتداده لتغطية المسؤولية المدنية لغير المؤمن له ولغير من صرح له بقيادة السيارة المؤمن عليها كالغاصب لها والسارق. المواد. المواد ٦ ق ٤٤٩ لسنة ١٩٩٥ بشأن السيارات وقواعد المرور، ٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات.

(الطعن رقم ٤١٥٩ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/١٤)

مادة (٧٤٩)

يكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٠٩ لیبی و ٧١٥ سوری و ٩٨٤ عراقی و ٩٦٥ لبنانی و ٦٠١ عراقی.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعلق بالأعمال التحضيرية - يستحق التتوبه به.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٤٩ مدنی انه لابد من وجود مصلحة إقتصادية. مشروعية في التأمين من الاضرار والرأى السائد ان المصلحة ليست عنصراً الا في التأمين من الاضرار اما التأمين على الأشخاص فلا تشترط فيه المصلحة إذا النص صريح فى ان المقصود بالمصلحة ان تكون مصلحة إقتصادية والمصلحة الإقتصادية انما تقوم في التأمين من الاضرار دون التأمين على الأشخاص.

والمقصود بالمصلحة هو ان يكون للمؤمن له أو للمستفيد مصلحة في عدم وقوع الخطر المؤمن منه ومن اجل هذه المصلحة امن هذا لاخطر ويجب ان تكون المصلحة إقتصادية اى ذات قيمة مالية لان المؤمن عليه في التأمين من الاضرار هو المال ويجب ان تكون مصلحة مشروعة ذلك ان الخطر المؤمن منه يجب ان يكون مشروعاً اى غير مخالف النظام العام او الاداب.

فالمصلحة اذن - في التأمين من الاضرار - هي القيمة المالية للشئ المؤمن عليه وهي القيمة المعرضة للضياع إذا تحقق الخطر المؤمن منه ومن اجل هذا حرص المؤمن له على ان يؤمن نفسه من هذا الخطر حتى لاتضيع هذه القيمة عليه إذا تحقق الخطر المؤمن منه ومن اجل هذا حرص المؤمن له على ان يؤمن نفسه من هذا الخطر حتى لاتضيع هذه القيمة عليه إذا تحقق فمالك الشئ له مصلحة في عدم ضياعه ومن ثم يؤمن عليه من الحريق أو من السرقة أو من الحريق أو من السرقة أو من التلف أو من غير ذلك من الإخطار ومن ثم نرى ان محل التأمين هو قى الواقع من الأمر ليس لشئ المؤمن عليه نفسه وليس هو قيمته المالية وإنما هو مصلحة المؤمن له في الايتحقق خطر معين.

ويتبين من ذلك انه إذا لم تكن للمؤمن له أو للمستفيد في التأمين من الاضرار مصلحة إقتصادية مشروعة في عدم تحقق الخطر المؤمن منه فان عقد التأمين يكون باطلا لانعدام المحل أو لعدم مشروعيته فمن يؤمن مثلاً على منزل لايملكه وليس له اى حق فيه من الحريق لاتكون له مصلحة إقتصادية مشروعة في هذا التأمين ومن ثم كان هذا التأمين باطلاً اما لانه مقامرة غير مشروعة واما لعدم مشروعية المحل إذا التأمين هنا من شأنه ان يغرى المؤمن له بالعمل على تحقيق الخطر.

وتقاس المصلحة فى التأمين من الاضرار بالقمية المالية التى تكون للشئ المؤمن عليه فمن امن على منزله من الحريق يكون قد امن على مصلحة قيمتها المادية هى القمية المالية للمزل عند احتراقه إذا اخترق ومن امن عن مسئوليته من حوادث السيارات يكون قد امن على مصلحة قيمتها المادية هى القيمة المالية للذين الذى يترتب فى ذمته إذا تحققت مسئوليته.

(الوسيط ٧-٢- للدكتور السهوري- المرجع السابق- ص ١٥٢٢ وما بعدها وعقد التأمين -

للدكتور كامل مرسى - المرجع السابق - ص ١٨٦ و ٤١)

٢- يستنتج من إيراد نص المادة ٧٤٩ من التقنين المدنى ضمن الأحكام العامة على خلاف ما جرت عليه سائر التشريعات الاجنبية الخاصة بالتأمين ان المشرع لم يأخذ بالترقية بين نوعى التأمين من حيث إعتبار المصلحة ركنا فى التأمين على الأشياء دون التأمين على الأشخاص ومؤدى ذلك انه يلزم فى حالة التأمين على حياة الغير مثلا علاوة على موافقة المؤمن عليه حياته ان تكون للمستأمن مصلحة جديدة ومشروعة فى حياة المؤمن عليه وبذلك تكون المصلحة ركنا لانقضاء التأمين على الأشخاص.

أما إذا انعقد التأمين صحيحا لتوافر المصلحة فيه لدى المستأمن فان زوال هذه المصلحة إنشاء سريان التأمين يستتبع انتهاء حتما فإذا امن المستأجر من مسئوليته عن حريق العقار المودع ثم فسخ عقد الإيجار لسبب ما قبل انتهاء مدته إنقضى التأمين نتيجة لذلك الانعدام المصلحة المؤمن عليها وكذلك الحال إذا امت سيدة على حياة زوجها ثم طلقت منه إنشاء سريان التأمين وفى هذه الحالة يقف إلتزام المستأمن بدفع الأقساط فى المستقبل اما هلك تلك التأمين التى استحققت فيكون من حق المؤمن ان ينقأ ضامما لتحمله تبعة الخطر عند استحقاقها.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٤٤، وكتابه التأمين والعقود الصغيرة -

المرجع السابق - ص ٦٤ وما بعدها)

٣- تعتبر المصلحة ركنا فى التأمين ويقصد بها ان يكون للمستأمن مصلحة فى عدم تحقق الخطر المؤمن منه فمن يؤمن على منزله من الحريق مثلا يجب ان تكون له مصلحة فى عدم اختراق هذا المنزل كان يكون مالكا أو صاحب حق عليه اما إذا لم يكن للمستأمن مصلحة فى عدم وقوع الحريق كان لم يكن مالكا أو صاحب حق ايا كان فان التأمين يقع باطلا لتخلف ركن المصلحة.

والسبب فى اعتبار المصلحة ركنا فى التأمين هو ان عدم إشتراطها قد يدفع المؤمن الذى تعمد إيقاع الخطر المؤمن منه إذا لا مصلحة له فى المحافظة على الشئ المؤمن عليه.

وقد نصت على ركن المصلحة المادة ٧٤٩ من القانون المدنى المصرى وإيراد هذا النص بصورة عامة ومطلقة بالإضافة إلى وجوده ضمن الأحكام العامة للتأمين يدل على ان المشرع المصرى قصد ان تكون المصلحة ركنا فى كل من التأمين من الاضرار والتأمين على الأشخاص وذلك بخلاف ما جرت عليه معظم التشريعات من

إعتبار المصلحة ركنا في التأمين من الاضرار فقط وهذا يقتضى تحديد نوع المصلحة التى يجب توافرها فى كل من التأمين من الاضرار والتأمين على الأشخاص. ويشترط فى التأمين من الاضرار ان تكون للمستأمن مصلحة فى المحافظة على الشئ المؤمن عليه والمصلحة فى هذا النوع من التأمين تكون مصلحة إقتصادية يمكن ان تقوم بالنقود وهى تعتبر متوفرة إذا كان المستأمن يقصد من التامن المحافظة على حق عينى له على الشئ المؤمن عليه كان يكون مالكا او صاحب حق انتفاع.

وأما إذا كان المستأمن يقصد من التأمين المحافظة عليه فيجب ان تفرق بين ما إذا كان دائئا عاديا ويريد المحافظة على الضمان العام الذى له على أموال مدنية وبين إذا كان دائئا له حق عينى تبعى على بعض أموال المدين.

فإذا كان دائئا عاديا فانه لا يستطيع ان يؤمن على عين مملوكة لمدينه بحجة ان له مصلحة فى المحافظة على الضمان العام الذى له على أموال المدين ذلك ان حق الضمان العام الذى لدائن لايحرم المدين من ان يتصرف فى أمواله أو يستبدل بها غيرها ولذلك فالمصلحة الحقيقة التى للدائن العادى تكون فى يسار المدين لافى بقاء عناصر ذمته المالية كما هى من ثم يستطيع الدائن العادى ان يؤمن نفسه عند اعسار مدينه لاعلى الأشياء التى يملكها ويسمى هذا النوع تأمين الائتمان.

وأما إذا كان الدائن صاحب حق على عين مملوكة للمدين كالدائن المرتهن والدائن صاحب حق الامتياز فانه يستطيع ان يؤمن على الأشياء التى يرد عليها حقه من الحريق ومن السرقة لان له المصلحة فى عدم احتراق هذا الأشياء اوسرقها فاضلا عن انه إذا تحقق الخطر المؤمن منه فان عوض التأمين سيحل محل العين ويخصص الوفاة بدين الدائن المرتهن بالأولوية على بقية الدائنين.

رأينا ان المصلحة ركن فى التأمين من الاضرار بمعنى انه يجب ان يكون للمستأمن مصلحة إقتصادية فى عدم وقوع الخطر المؤمن منه ولكن هل تعتبر المصلحة ركنا فى التأمين على الاشخاص ؟ وإذا كانت فهل يشترط ان تكون مصلحة إقتصادية ؟ ام ان المصلحة الإقتصادية تكفى ؟

يذهب رأى الغالب إلى عدم إعتبار المصلحة ركنا فى التأمين على الأشخاص كما ان معظم التشريعات تضع النص الخاص بركن المصلحة ضمن النصوص المنظمة للتأمين من الاضرار مما يستفاد انها تعتبر ركنا الا فى هذا النوع من التامن. ولكن تغلب المصلحة فى التامن على الأشخاص قد يكون الزم منه فى التأمين من الاضرار فمن يؤمن على حياة غيره لابد ان تكون له مصلحة فى الحفاظ على حياة المؤمن عليه لان تخل هذه المصلحة قد يدفع المتامن إلى قتل المؤمن على حياته رغبة فى قبض مبلغ التأمين.

تنتهى اذن إلى ان المصلحة ركن فى التأمين على الأشخاص كما هى ركنا فى التأمين على الاضرار ولكن لايشترط بالضرورة ان تكون المصلحة إقتصادية فقد تكون كذلك كما إذا امن الدائن على حياة مدينه ولد تكون مصلحة ادبية بحته كما إذا امنت زوجة على حياة زوجها.

ويترتب على اعتبار المصلحة ركنا في التأمين ان تخلفها وقت انعقاده يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا ويزيل هذا البطلان توافر المصلحة بعد ذلك فيكون لكل ذى شأن ان يتمسك به رغم زوال سببه.

أما إذا وجدت المصلحة وقت انعقاد التأمين ثم تخلفت بعد ذلك فن تخلفها يترتب عليه انتهاء التأمين فإذا امن مستاجر على مسؤوليته عن حريق العين المؤجرة ثم فسخ عقد الايجار أو امنت سيدة على حياة زوجها ثم انتهت رابطة الزوجية بالطلاق فل التأمين ينتهى لتخلفت ركن المصلحة ولا يكون على المؤمن الا ان يرد الأقساط التى تقاضاها من وقت تخلف المصلحة اما الأقساط التى حصل عليها قبل ذلك فى فلا يلتزم بردها لانها كانت مقابل خطر تحمله فعلا.

٤- يجب ان تكون للمستأمن مصلحة اوفائدة من تحقق الخطر المؤمن منه طبقا للقواعد العامة فى التأمين ويغنى هذا فى التأمين على الحياة لحال الوفاة مثلا ان تكون هناك مصلحة للمستأمن فى بقاء المؤمن على حياته حيا طوال مدة التأمين.

وإذا كان المستأمن هو المؤمن على حياته فيجب ان تكون مصلحة فى بقاءه حيا خلال مدة التأمين وبغير توفر المصلحة يصح التأمين صارخا فى المقامرة كما انه يغرى المستأمن على العمل عن وقوع الخطر وهو ما يخالف النظام العام.

وتكفى المصلحة الادبية فى التأمين على الحياة كمصلحة الزوج فى بقاء زوجته على قيد الحياة ومصلحة الاب فى بقاء أولاده على قيد الحياة وقد تكون المصلحة إقتصادية أى مالية كما لو امن المدين على حياته مصالح الدائن او امن صاحب العمل على حياته عماله وقد تكون المصلحة ادبية ومالية فى نفس الوقت كتأمين الزوج على حياته لصالح زوجته وتأمين الاق على حياته لصالح أولاده.

ويجب ان تتوفر المصلحة وقت إبرام العقد التأمين وإثناء سريانه فإذا لم تتوفر المصلحة عند إبرام العقد التأمين بطل العقد بطلانا مطلقا وعاد المتعاقدان الى ان الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فتزد الأقساط المدفوعة وإذا توافرت المصلحة عند إبرام عقد لتأمين ثم زلت إثناء سريانه انتهى عقد التأمين من وقت زوال المصلحة فلم قام المدين بسداد الدين فان التأمين الذى ابرمه الدائن على حياة مدينة ينتهي من وقت هذا السداد فلا يلزم المستأمن (الدائن) على دفع الأقساط التالية بينما يحتفظ المؤمن بالأقساط السابقة على انتهاء عقد باعتبارها مقابل خطر كان يضمه.

(أحكام التأمين. للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٣٤ و ١٣٥)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كانت نصوص القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ليس فيها ما يفيد الخروج على القواعد العامة... (المنظمة لعقد التأمين المنصوص عليها فى المواد من ٧٤٧ حتى ٧٥٣ مدني) التى تحكم عقد التأمين من المسؤولية فإن وفاة أو إصابة المؤمن له نفسه من الحادث المؤمن منه الذى تكون السيارة المؤمن عليها هي أداته لا يتحقق به الخطر المؤمن منه فى التأمين الإجباري ولا يلتزم المؤمن بتعويض الأضرار الناجمة عنه وإذ

خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي للمطعون ضده المؤمن له بالتعويض عن الإصابات البدنية التي لحقت به هو نفسه من الحادث المؤمن منه فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٣٩٧٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ١١ / ٢٠٠٤)

٢- إن التأمين من الإصابة هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن مقابل أقساط التأمين أن يدفع للمؤمن له مبلغ التأمين إذا لحقت المؤمن له نفسه إصابة في حين أن التأمين من المسؤولية - في ضوء القواعد العامة المنظمة لعقد التأمين المنصوص عليها في المواد من ٧٤٧ حتى ٧٥٣ من القانون المدني - هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن بتحمل الأضرار التي تلحق المؤمن له من جراء رجوع الغير المضروب عليه بالتعويض بسبب تحقق مسؤوليته نحو هذا الغير، مما مؤداه أن يلتزم المؤمن قبل المؤمن له في التأمين من المسؤولية لا ينتج أثره ولا يكون نافذاً إلا بتحقيق الخطر المؤمن منه وهو مطالبة الغير المضروب لمؤمن له بالتعويض بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه المسؤولية، فالضرر الذي يلحق المؤمن له نفسه من هذا الحادث يخرج عن نطاق الخطر المؤمن منه في التأمين من المسؤولية ويختلف عنه في طبيعته ومحلّه.

(الطعن رقم ٣٩٧٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ١١ / ٢٠٠٤)

* * *

مادة (٧٥٠)

يقع باطلانا مايرد في وثيقه التأمين من الشروط الاتية:

- (١) الشرط الذي يقضى بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفه القوانين واللوائح الا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمديه.
- (٢) الشرط الذي يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف ان التأخير كان تعذر مقبول.
- (٣) كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- (٤) شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في الصورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- (٥) كل شرط تعسفي آخر تبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٥٠ ليبي و ٧١٥ سوري و ٩٨٥ عراقي و ٩٨٢ لبناني و ٦٢٣ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشروع هذا النص من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ الفرنسي الخاص بعقد التأمين (م ٢٤)

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٣٢٢)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٧٥٠ من القانون المدني ان المشرع عمد إلى طائفة من الشروط يكثر ورودها في العمل وبين ان حكمها البطلان لمخالفتها للنظام العام وكل هذه الشروط تهدف إلى اسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه أو في القليل تقييد حق المؤمن له في الالتجاء إلى القضاء كما هو الأمر في شرط التحكيم ويمكن تقسيم هذا الشرط إلى قسمين:

الأول - شروط ابطالها المشرع لإعتبارات شكلية هي:

- (١) الشرط المطبوع المتعلق بحال من الأحوال تؤدي إلى البطلان أو السقوط إذا لم يبررها هذا الشرط بشكل ظاهر (كان يكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً أو بمقدار مختلف اللون أو يوقع عليه بصفة خاصة من المؤمن له أو يوضح تحته خط) فإذا لم يبرز بشكل ظاهر كان باطلا لايعتمد به

(٢) شرط التحكيم الوارد بين الشروط العامة المطبوعة ذلك ان شرط التحكيم - حتى يعتد به - يجب ان يكون محل إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة ويستوى بعد ذلك ان يكون مكتوبا أو مطبوعا.

ثانيا - شروط ابطالها المشرع لإعتبارات موضوعية ترجع بوجه عام إلى التسعف وهي:

(١) الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره فى اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات اوفى تقديم المستندات إذا تبين من الظروف ان التأخر كان لعذر مقابل لاسيما إذا احتفظ لمؤمن بحقه فى مطالبة المؤمن ه بالتعويض عن الضرر الذى يلحقه من ذلك التأخير.

(٢) الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح الا إذا انطوت هذه المخالفة على جنائية أو جنحة عمدية.

(٣) كل شرط تعسفى آخر يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر فى وقوع الحادث المؤمن منه وقد اضيف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ لعميم ابطال الشروط التعسفية التى ترد فى وثيقة تأمين بعد ان خص المشرع الذكر بعض هذه الشروط وغنى عن البيان انه فى تأمين القطن من الحريق ىمعنى لإشتراط بابعاد معينة إذا ليس لمخالفة هذا الشرط اثر فى وقوع الحريق فهو اذن شرط تسعفى يقع باطلا ويتعد به واى شرط آخر لا يكون لمخالفته اثر فى وقوع الحادث المؤمن منه يكون شرطا تعسفيا ومن ثم يكون شرطا باطلا لايعتمد به وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان لمخالفة الشرط اثر فى وقوع الحادث المؤمن منه فيكون الشرط صحيحا أو ليس للمخالفة اثر فيكون الشرط تعسفيا ويقع باطلا فلا يعتد به.

(الوسيط ٢٠٧ للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٢٤ ومابعدها)

٢- من حق المشرع علينا ان نحمد له حرصه على حماية المستأمنين من تعسف شركات التأمين فكيثرا ما يفاجاه هؤلاء بشروط تقضى بسقوط حقهم فى الضمان فلا يغنهم احتجاجهم بعدم التنبيه إليها لاندساسها بين الشروط المطبوعة لذلك عنى المشرع بالنص على تحريم بعض الشروط التعسفية تحريم باتا كما هو الحال بالنسبة لشرط مخالفة القوانين واللوائح الواردة بالفقرة الأولى من المادة ٧٥٠ من التقنين المدنى وإشتراط ابراز بعضها الآخر بشكل ظاهر بحيث يلفت إليه نظر المستأمن " كشرط التحكيم وسائر الشروط الأخرى التى تؤدى إلى البطلان أو السقوط وقضى ببطلان كل شرط تعسفى آخر لابداء المستأمن عذرا مقبولا لمخالفته وأخيرا وضع الفقرة الخامسة من ذات المادة حكما عاما من شأنه ابراز معنى التعميم بعد التحصيل صرعا التعسف الذى يقع على فى الشروط ايا كانت صورته وهكذا افسخ المجال لتقدير قضاة الموضوع.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٤٥)

٣- ومع ان المشرع المصرى لا يطلب شكلا معينا لوثيقة التأمين ولا للطريقة التى تكتب بها الا ان القانون ينص مع ذلك على بطلان نوعين من الشروط بإعتبارها

شروطا تعسفية فقد نصت المادة ٧٥٠ مدنى على ان يقع باطلا مايرد فى وثيقة التأمين من الشروط الاتية "... (٣) كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الحالات التى تؤدى إلى البطلان أو السقوط (٤) شرط التحكيم إذا ورد فى الوثيقة ضمن شروطها العامة المطبوعة لافى الصورة إتفاق منفصل عن الشروط العامة... ولم يحتم القانون لغة معينة تكتب بها الوثيقة ولكن جرت العادة على ان تكتب وثائق التأمين باللغة العربية وإذا كتبت ترجمة الوثيقة بلغة اجنبية وحدث خلاف فى المعنى بين الوثيقة وترجمتها فن العبرة بالنص العربى لانه هو الذى كتبت به الوثيقة الأصلية.

(البيع والتأمين- للدكتور عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص ٢٢٤ و ٢٢٥)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان عقد التأمين قد نص على ان كل تغيير أو تعديل يحدث بالنسبة للغرض الذى اعد له المكان المحفوظة فيه البضائع المؤمن عليها او الاستعمال الذى خصص من اجله ويكون من شأنه زيادة المخاطر دون قبول كتابى من المؤمن يحترم المستأمن حقه فى التعويض وكان الثابت هو ان المستأمن قد استعجل هذا المكان عقب تحرير عقد التأمين فى عملية تنظيف الحبوب الملونة بالمازوت بواسطة غلها بالبنترول وانه اقام به قرنا لتسخين المياه اللازمة لتلك العملية بالقرب من مكان البضائع التى اخترقت فإن الحكم لا يكون قد اخطأ إذا قرر حرمانه من حقه فى التعويض.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/٢/٢٤ - مجموعة القواعد - ٢٥ عام - ٢ ص ٣٨٨)

٢- إذا كان يبين من الاطلاع عل الحكم المطعون فيه - ان محكمة الإستئناف بعد ان بينت ان الحكم الجنائى الذى قضى بادانه سائق السيارة المؤمن عليها قام على تحميل تلك السيارة بأكثر من الحمولة المقررة بطنين اثنين وبانها كانت فى حالة غير مصالحة للعمل من قراملها وعجلة قيادتها عرضت لما ادلت به الشركة التأمين الطاعنة فى دفاعها من ان هاتين الحالتين لانتدخالن فى نطاق التأمين إذا نصت المادة الثانية من وثيقة التأمين على ان التأمين لايشملها ولو تاخذ بهذا الدفاع وأسست وجهة نظريا فى التقرير بمسؤوليته الطاعنة عن دفع مبلغ التأمين على ان ما احتوته وثيقة التأمين من شروط مطبوعة - عدت فيها الحوادث والاضرار التى تعفى فيها الطاعنة من المسؤولية - يوصل إلى القول بان الشركة قد اعترت نفسها فى الواقع متحملة من دفع التأمين عن الحوادث التى تقع نتيجة مخالفة القوانين واللوائح عموما - مما يترتب عليه عدم الاعتداء بهذا الشرط واهداره قان الذى اقام الحكم المطعون فيه قضاءه عليه يكون مخالفا للقانون ذلك انه وان كان مؤدى ما انتهى إليه الحكم هو إعتبار وثيقة التأمين موضوع الخصومة الحالية ومتى عقدت فى ظل أحكام القانون المدنى القديم عقد إذعان الا انه لايتادى من ذلك ان يهدر نص المادة الثانية بجميع ما تضمنه من الصور الحالات التى نص فيها على ان التأمين لايشملها ذلك ن ماسوغ ابطاله فى هذه الحالات انما يقتصر على الشروط التعسفية التى تتنافض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة النظام العام ولما كان مأورد بالبندين ثانيا ورابعا من المادة الثانية من العقد من

ان التأمين لا يشمل بصفة خاصة مايقع من الحوادث والاضرار نتيجة لتحميل السيارة بأكثر من حمولتها المقررة رسميا أو نتيجة لعدم العناية بها (وهاتان الحالتان هما عماد الحكم الجنائي في اداته سائق السيارة المؤمن عليها) لا يعتبر من الشروط القائمة على التعسف والمناقضة لجوهر العقد ولا ومخالفة فيهما للنظام العام بل ان مبنأهما الرغبة المشروعة في الحد من نطاق المسؤولية - باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الخطر اشد احتمالا فانه يتعين لذلك أعمال مقتضأهما لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فانه يكون متعين النقض.

(نقض- جلسة ١٩٦٠/٤/٢١- مجموعة المكتب الفني- السنة ١١- مدني ص-٣٢٠)

٣- الشرط الذي يرد فيه عقد التأمين بسقوط الحق في التأمين بسبب عدم صلاحية السيارة للاستعمال وقت نوع الحادث ينطوى على استبعاد ومخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها في قانون المرور من نطاق التأمين ومبناه ان الرغبة المشروعة في الحد من نطاق مسئوليته باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الحادث المؤمن منه أكثر احتمالا لان مما ينادى بذلك الشرط قانونا عن البطلان الذي تجرى به المادة ٧٥٠ فقرة اولى مدني على الشروط التي تقضى بسقوط الحق فيالتأمين بسبب مخالفة القوانين أو اللوائح بصفة عامة دون تحديد لمخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها فيها.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/٢/١٨- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٦- مدني ص١٧٢)

٤- حيث عن ان هذا الطعن أقيم علي تسعة أسباب ينعي الطاعن بالأسباب من الأول إلي السادس والوجه الأول من السبب السابع منها علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب والإخلال بحق الدفاع، وفي بيانها يقول إن الحكم أقام قضاءه علي سند من أن الحكم الابتدائي أخطأ حين عول علي حكم المادة ٧٥٠ من القانون المدني، وأن إبرام الوثيقة قد تمحض لصالح الطاعن ولم يعد بنفع علي الشركة التي تحملت قسط التأمين من ميزانيتها بالمخالفة للقوانين واللوائح ونظامها الأساسي والتي تحظر جميعها أن يتجاوز قسط التأمين الحد الأقصى لما حصل الطاعن من مكافآت، وأنه رغم مناقضة الجهاز المركزي للمحاسبات فقد استغل الطاعن نفوذه في الشركة للتربح من مالها بغير حق، وهذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه معيب، ما لها بغير حق، وهذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه معيب، ذلك أنه لم يفصح عن ماهية القوانين واللوائح التي عاب علي الجمعية العمومية لشركة..... مخالفتها كما لم يبين ماهية النص القانوني الذي ارتكن هو إليه، ولم يستقص الحد الأقصى من المكافآت التي حصل عليها الطاعن وقرر الحكم بمجازاة قسط التأمين له، وهو ما يجهل بالأساس الذي بني عليه، ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه للقانون، وقد فات الحكم حقيقة أن القرار المذكور قد صدر صحيحاً ملزماً للشركة بقوة القانون، وقد تغيت به أن يكون حافزاً للطاعن علي إستمرار حسن أدائه، وبديلاً له عن حصتها في التأمينات الإجتماعية التي لم يستفد منها، وأنه - علي فرض

مخالفة للقانون والنظام الأساسي للشركة - فإنه متى كان لا يشكل جنائية أو جنحة عمدية، فلا تبطل به وثيقة التأمين عملاً بالمادة ٧٥٠ من القانون.

(الطعن رقم ٤٢٤٥، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ ق- جلسة ٢٠٠١/٤/١١ لم ينشر بعد)

٥- إذ كانت نصوص القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ليس فيها ما يفيد الخروج على القواعد العامة... (المنظمة لعقد التأمين المنصوص عليها في المواد من ٧٤٧ حتى ٧٥٣ مدني) التي تحكم عقد التأمين من المسؤولية فإن وفاة أو إصابة المؤمن له نفسه من الحادث المؤمن منه الذي تكون السيارة المؤمن عليها هي أدوات لا يتحقق به الخطر المؤمن منه في التأمين الإجباري ولا يلتزم المؤمن بتعويض الأضرار الناجمة عنه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي للمطعون ضده المؤمن له بالتعويض عن الإصابات البدنية التي لحقت به هو نفسه من الحادث المؤمن منه فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٢٩٧٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/١١/٠٨)

٦- إن التأمين من الإصابة هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن مقابل أقساط التأمين أن يدفع للمؤمن له مبلغ التأمين إذا لحقت المؤمن له نفسه إصابة في حين أن التأمين من المسؤولية - في ضوء القواعد العامة للمنظمة لعقد التأمين المنصوص عليها في المواد من ٧٤٧ حتى ٧٥٣ من القانون المدني - هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن بتحمل الأضرار التي تلحق المؤمن له من جراء رجوع الغير المضرور عليه بالتعويض بسبب تحقق مسؤوليته نحو هذا الغير، مما مؤداه أن يلتزم المؤمن قبل المؤمن له في التأمين من المسؤولية لا ينتج أثره ولا يكون نافذاً إلا بتحقيق الخطر المؤمن منه وهو مطالبة الغير المضرور لمؤمن له بالتعويض بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه المسؤولية، فالضرر الذي يلحق المؤمن له نفسه من هذا الحادث يخرج عن نطاق الخطر المؤمن منه في التأمين من المسؤولية ويختلف عنه في طبيعته ومحلّه.

(الطعن رقم ٢٩٧٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/١١/٠٨)

٧- إذ كان الثابت من الأوراق أن الشركة الطاعنة قد تمسكت بأسباب استئنافها بأن التغطية التأمينية عن الصندوق مثار النزاع بموجب وثيقة تأمين أجسام السفن رقم... قد تم تعديلها عند تجديدها بالملحق رقم.... والمؤرخ ١٩٨٤/٥/٦ عن الفترة من ١٩٨٤/٥/٨ حتى ١٩٨٥/٥/٨ وذلك بقصرها على الخسائر الكلية فقط دون إمتدادها للتأفيمات الجزئية التي تحدث به إلا أن الحكم اقتصر في معرض الرد على هذا الدفاع على ما أورده بمدوناته من أن الثابت بمطالبة وثيقة التأمين سالف البيان أن التغطية التأمينية تضمن الأخطار البسيطة ومنها أخطار البحار كما تضمن جميع الأخطار الأخرى والخسائر والكوارث التي قد تلحق الأشياء المؤمن عليها أي جزء منها بضرر ما دون أن يتحدث عن دلالة ما تضمنه ملحق تجديد الوثيقة سالف البيان بشأن نطاقه وشروط التغطية التأمينية عن الفترة المعقودة بشأنها عن الصندوق محلّه والذي وقع

الحادث خلاله ولم يعرض لدالاتها ويدلي بدلوه في شأنه بما يعيبه بالقصور في التسبيب وجره ذلك إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٨٣٥٩ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١١ / ٢٠٠٥)

٨- إن ملحق وثيقة التأمين الأصلية الذي يوقع عليه من طرفيها يعتبر جزءاً لا يتجزأ منها ويندمج ضمن شروطها ولا ينسخ من هذه الشروط إلا ما قصد إلي تعديله فيها، وإذا قام تعارض بين شروط الملحق وشروط الوثيقة الأصلية أعتبرت شروط الملحق ناسخة لشروط الوثيقة الأصلية ومعدلة لها وأعتد بشروط الملحق دون شروط الوثيقة الأصلية.

(الطعن رقم ٨٣٥٩ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١١ / ٢٠٠٥)

* * *

مادة (٧٥١)

لا يلتزم المؤمن فى تعويض المؤمن له الا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط الا يجاوز ذلك قيمة التأمين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى باقطار العربية المواد التالية.
مادة ٧٥١ لىبى و ٧١٧ سورى و ٩٨٩ عراقى و ٩٥٥ لبنانى و ٦٣٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشروع هذا النص فى أساسه عن المادة ٢٢ من القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ على ان المشروع لم ينقل الفقرة بالمادة الفرنسية والتي تقضى بانه إذا احتار المؤمن فسخ العقد وجب عليه رد الأقساط المدفوعة عن الوقت الذى يسرى العقد فيه وذلك لان حكمها يدخل فى نطاق النص العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة السابقة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥- ص ٢٤٢)

رأى الفقة:

١- يخلص من نص المادة ٧٥١ مدنى ان عقد التأمين المنصوص عليه فيه هو عقد تعويض اى انه عقد ذو صفة تعويضية يخضع لمبدأ التعويض ولما كان النص مطلقا لا يميز بين تأمين وآخر وهو فى الوقت ذاته موضوع بين الأحكام العامة للتأمين متى تسرى عن جميع أنواعه فقد يوهم انه يسرى على جميع أنواع التأمين سواء فى ذلك ما تعلق بالتأمين لاضرار ا بالتأمين على الأشخاص.

يسود التأمين من الاضرار الصفة التعويضية فهو عقد يهدف إلى تعويض المؤمن له عن الاضرار الذى يلحقه من جراء تحقق الخطر المؤمن منه ولكن يقتصر على تعويضه فى حدود الضرر الذى يلحقه دون ان يجاوز ذلك وبخاصة دون ان يكون مصدر لاثرائه فلا يجوز ان يكون المؤمن له بفصل عقد التأمين فى مركز افضل بعد تحقق الخطر مما كان قبل تحققه ولا يجوز ان يتقاضى من المؤمن إذا تحقق الخطر تعويضا اكبر لافحسب من مبلغ التأمين المذكور فى الوثيقة بل أيضاً من قيمة الضرر الذى لحقه فإذا كان الضرر الذى لحقه اكبر فى قيمته من مبلغ التأمين لم يتقاضى بداهه الا مبلغ التأمين كما يقضى عقد التأمين وكذلك إذا كان مبلغ التأمين اكبر من قيمة الضرر فانه لا يتقاضى الا قيمة الضرر كما تقضى التعويضية للتأمين فهو اذن لا يتقاضى الا اقل القيمتين مبلغ التأمين وقيمة الضرر وهذه الصفة التعويضية لصيقة بعقد التأمين من الاضرار وقد ظهرت مع هذا العقد منذ ظهوره وقرها العمل والقضاء منذ زمن بعيد.

وقد قامت الصفة التعويضية للتأمين من الاضرار على اعتبارين رئيسيين:

الأول - الخشية من تعمد تحقق الخطر المؤمن منه ذلك ان التأمين من الاضرار بخلاف التأمين على الأشخاص محله المال فإذا جاز ان يؤمن الشخص على ماله بما يزيد عن قيمة هذا المال إذا هلك أى ان يتقاضى تعويضا اكبر من قيمة الضرر فان هذا يغريه اتلاف المال حتى يتحقق الخطر فيتقاضى تعويضا اكبر من قيمة الضرر ويكون هذا التعويض مصدرا لاثرتة ويجب هنا دفع اعتراضين فقد يتعرض بان هذا يتحقق أيضا في التأمين من الأشخاص ولكن يرد على ذلك بان تعمد اتلاف المال في التأمين من الاضرار ايسر بكثير من تعمد اتلاف النفس في التأمين على الأشخاص وقد يعترض كذلك بالا محل للخشية من تعمد اتلاف المال إذا لو ثبت ذلك لحرم المؤمن له من تقاضى أى تعويض ولكن يرد على ذلك بان إثبات التعمد بعد تلف المال من الامور العسيرة ويستطيع المؤمن له في كثير من الاحيان ان يعتمد الاتلاف المال مطمئنا إلى ان امرة لن ينكشف ولولا الصفة التعويضية التى التأمين من الاضرار لكان التأمين سببا خطيرا من أسباب اتلاف المال وقدم كثير من المؤمن لهم هي تعمد اتلاف أموالهم المؤمن عليها ابتغاء الكسب وإذا كانوا هم يكسبون من وراء ذلك فان فى ضياع هذه الأموال الطائفة خسارة محققة على المجتمع وإذا جرد التأمين من الاضرار م صفته التعويضية لوجب تحريمه كما كان محرما فى الماضى ونرى من ذلك ان الصفة التعويضية للتأمين من الاضرار تعتبر فى النظام العام فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفها ولا يحق للمؤمن له ان يشترط تقاضى مبلغ التأمين كاملا ولو كان الضرر الذى لحقه قيمته اقل من هذه المبلغ.

الثانى - الخشية من المضاربة ذلك أنه إذا ابيح للمؤمن له ان يتقاضى تعويضا اكبر من الضرر الذى لحقه فانه حتى فى الإخطار التى لا يستطيع تعمد تحقيقها كما فى تلف المزروعات بسبب زلزال طبيعى بجد مجالا واسعا للمضاربة فيعمد إلى التأمين بمبلغ كبير او إلى تعديد التأمين عند مؤمين مختلفين بمبالغ يصل مجموعها إلى مقدار كبير مؤملا بذلك ان يتحقق الخطر فيكسب هذا المقدار الكبير من المال ولكنه يعلم انه لن يتقاضى تعويضا اكبر من قيمة الضرر الذى لحق به نظرا لهذه الصفة التعويضية فلا يقدم على التأمين بمبالغ كبيرة يكلفه أقساطا عالية ومن ثم لا يكون هناك مجال للمضاربة فالخشية من المضاربة تضاف اذن إلى الخشية من تعمد تحقق الخطر ويتضافر هذان الاعتباران لتأكيد الصفة التعويضية للتأمين من الاضرار وجعل هذه الصفة من النظام العام لايجوز الإتفاق على ما يخالف مقتضاها.

ويترتب علي ثبوت الصفة التعويضية للتأمين من الأضرار أمران أساسيان:

الأول - أنه لا يجوز للمؤمن له أن يتقاضى تعويضا أعلي من قيمة الضرر به ويترتب علي ذلك النتائج التالية:

(١) ان مبلغ التأمين المذكور فى الوثيقة لايتحتم دفعه كله تعويضا للمؤمن له عند تحقيق الخطر.

(٢) وهناك نتيجتان أخريان تترتبان على عدم جواز تقاضى تعويض اعلى من قيمة الضرر فى التأمين من الاضرار - خلاصتهما.

أ- إذا تعددت عقود التأمين من خطر واحد فانه لايجوز للمؤمن له ان يجمع بين مبالغ التأمين الواجبة بهذه العقود بل يقتصر على تقاضى مايعويض الضرر الذى لحق به دون زيادة اما من احد هؤلاء المؤمنين أو منهم جميعا على ان يقتسموا فيما بينهم هذا التعويض.

ب- لايجوز للمؤمن له الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض الذى قد يكون مستحقا له فى ذمة لغير ويحل المؤمن محل المؤمن له فى الرجوع بهذا التعويض.

الثانى - انه لايجوز ان يتقاضى المؤمن له تعويضا اقل من قيمة الضرر. ولا تمنع الصفة التعويضية للتأمين من الاضرار من ان يشترط المؤمن ان يتقاضى المؤمن له عند تحقق الخطر تعويضا اقل من قيمة الضرر ويتحقق ذلك فى فرضين.

(١) شرط عدم التغطية الإجبارى - وهو شرط يقضى على المؤمن له بالا يؤمن على كل الضرر الذى يلحق به عند تحقق الخطر المؤمن منه بل يتحتم عليه ان يستبقى جزءا من هذا الخطر غير مؤمن فلا يستطيع تأمينه لاعد المؤمن نفسه ولا عند اى مؤمن آخر - والغرض من هذا الشرط ان يكون هناك حافز للمؤمن له يحثه على عدم الأعمال واتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تحقق المسؤولية ولحصر اضرارها فى اضيق نطاق ممكن إذا تحققت المسؤولية وتبرتب دين فى ذمته فسيساهم فى هذا الدين فيدفعه ذلك إلى الاحتراز من المسؤولية بقدر المستطاع فانه لن يعوض تعويضا كاملا عن الضرر الذى يصيبه من جراء ذلك.

(٢) شرط عدم تغطية الكورات الصغيرة وهو شرط يقضى بعدم تغطية مقدار معين من قيمة الضرر أو نسبة معينة من هذه القيمة ولكن الغرض الذى يهدف إليه هذا الشرط يختلف عن الغرض الذى يهدف إليه الشرط السابق فليس المقصود ايجاد حافز للمؤمن له يدفعه إلى الاحتياط لمنع وقوع الخطر بل المقصود استبعاد الإخطار الصغيرة من نطاق التأمين فلا يبقى داخلا فى هذا النطق الا الإخطار الكبيرة او الإخطار المتوسطة وبذلك ينزل مقدار قسط التأمين نزولا محسوسا لمصلحة المؤمن له ولا يشغل المؤمن بالإخطار الصغيرة وهى أكثر الإخطار نوعا ويترتب على اختلاف الهدف المشار إليه انه فى حين ان المؤمن له لا يستطيع فى شرط عدم التغطية الإجبارى ان يؤمن على الجزء من الخطر المستبعد من التأمين لاعد المؤمن نفسه ولا عند اى مؤمن آخر فانه فى شرط عدم تغطية الكورات الصغيرة يستطيع ان يفعل ذلك. وشرط عدم تغطية الكورات الصغيرة قد يكون شرطا بسيطا فلا يغطى الاخطر الصغيرة فى حدود معينة امانه الإخطار التى تجازو هذه الحدود فيغطيها تغطية كاملة.

الوسيط. جزء ٢ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق. ص ١٥٢٧ وما بعدها

٢- يقرر نص المادة ٧٥١ من القنيتين المدنى مبدأ أساسيا فى نطاق التأمين من الاضرار حيث يسود مبدأ التعويض الذى يجعل من الضرر مقياسا للالتزام المؤمن فيتحدد التزامه بحدود الضرر المحقق فعلا فإذا كانت قيمة الضرر اقل من المبلغ

المؤمن به فلا يستحق المستأمن الا قيمة الضرر فقط وإذا حصل العكس وجاوزت قيمة الضرر المبلغ المنفق عليه فلا يطالب المؤمن الا بالمبلغ المؤمن به.

اما في التأمين على الأشخاص فيتحدد الالتزام دائما بالمبلغ المؤمن به فإذا تحقق الخطر المؤمن منه حق المستأمن ا و المستفيد ان يطالب بهذا المبلغ كاملا دون حاجة إلى إثبات الضرر الذي لحقه فليس ثمة ادنى ارتباط بين الضرر والالتزام المؤمن.

وفي التأمين على الأشياء تكون العبرة في تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه المستأمن بقيمة الشيء المؤمن عليه وقت وقوع الحادث لا وقت انعقاد العقد ولا يدخل في حساب التعويض الا الضرر المباشر اما الضرر غير المباشر الناتج من حرمان المستأمن من الانتفاع بالشيء فلا يعتبر عند تقدير التعويض مالم يتفق على غير ذلك في وثيقة التأمين مع ملاحظة انه لا يمكن الاتفاق على تعويض المستأمن عما فانه من كسب يهلك الشيء لان ذلك يؤدي إلى كثرة الحوادث الاختيارية وهو ما يتعارض مع الغاية المنشودة من التأمين.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٤٥ و ٥٤٦ و كتابه. التأمين والعقود الصغيرة - المرجع السابق - ص ٥٠ إلى ١٧٩ و ١٨٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لم يورد المشرع المصري - على خلاف بعض التشريعات الأخرى - نصا خاصا يقرر ان للمصاب حقا مباشرا في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي اصابه والذي يسأل عنه قبل المستأمن فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المستأمن قصد بها إشتراط لمصلحة الغير ام قصد بها إتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين فإذا كان الحق الذي إشتراطه المستأمن انما إشتراطه لنفسه فلا يكون هناك إشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير اما إذا تبين من مشارطه التأمين ان العاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد فان القواعد الخاصة بالإشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/٥/٥ - مجموعة القواعد (٢٥ عاما) - ٥ - ص ٣٨٩)

٢- متى كانت شركة التأمين الطاعنة قد أسست دعواها قبل الناقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذي لحق بها بسبب تلف البضاعة إثناء النقل على العقد الذي بموجبه نقل هذه البضاعة فانه لامحل لما تشير به الطاعنة من ان ما تضمنه ذلك العقد من إتفاق على الاعفاء من المسؤولية هو الشرط باطل في نطاق المسؤولية التقصيرية ولا على الحكم المطعون فيه وقد بين ان المسؤولية أساسها العقد ان هو لم يعرض لما تدعيه الطاعنة من ان لها حقا في الاختيار بين المسئوليتين ولم يجز تطبيق المسؤولية التقصيرية بصدد هذا الشرط.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٩/٣ - مجموعة القواعد الفني - السنة ٢٠ - مدني ص ٨٥١)

٣- لما كان العقد شريعة المتعاقدين وكان قد خلف من القانون المدني نص المادة ٣/١١٠٠ من المشروع التمهيدى لهذا القانون التي كانت تنص على قاعدة النسبية فى

التأمين يقولها: " اذ كان مبلغ اقل من قيمة الشيء الحقيقية يوم وقوع الحريق كان المبلغ الواجب دفعه من مبلغ التأمين هو ما يعادل النسبة بين هذا المبلغ وقيمة الشيء لمؤمن عليه وقت الحادث لم يتفق على غير ذلك " وكان حذف هذه المادة لتعلقها بجزئيات وتفاصيل بحسن ان تنظمها قوانين خاصة لا لتعلقها بالنظام العام - لما كان فان النص في وثيقة التأمين على أعمال قاعدة النسبية يكون جائزاً.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٢٥)

٤- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم برفض الدعوى بحالتها يتساوي مع الحكم بعدم القبول. لما كان ذلك، وكانت الأسباب التي بني عليها الحكم المطعون فيه قضاءه تؤدي إلى عدم قبول الدعوى لعدم اختصاص المؤمن له إلا أنه قضى في منطوقه بتأييد الحكم المستأنف برفض الدعوى.

(الطعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٦/١٢)

٥- للمضرور من حادث سيارة مؤمن عليها دعوى مباشرة قبل شركة التأمين طالما ثبتت مسؤولية قائدها عن الضرر. ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري عن حوادث السيارات.

(الطعن ١٦٧ لسنة ٥٥٧ ق - جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ ص ٤٤٤)

٦- وحيث إن هذا النعي سديد ذلك أن النص في المادة الرابعة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارة علي أن: " يسري مفعول الوثيقة عن المدة المؤداة عنه الضريبة ويمتد مفعولها حتي نهاية فترة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء المدة.... " يدل علي ان وثيقة التأمين الإجباري علي السيارات تغطي المدة التي تؤدي عنها الضريبة علي السيارات وكذلك مهلة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء تلك المدة لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركة الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة أول درجة وفي صحيفة إستئنافها بأن الحادث لا تشملته وثيقة التأمين الصادرة منها إذ وقع بعد يوم ١٦/١٠/١٩٩٦ تاريخ انتهاء المدة التي تغطيها هذه الوثيقة - وهو مالم يكن محل منازعة من المطعون ضدها - شاملة الثلاثين يوماً التالية لنهاية المدة المؤداة عنها الضريبة فإ الحكم المطعون فيه إذ رفض دفاع الطاعنة المشار إليه مطلقاً القول بأن الحادث الحاصل في ١٠/١١/١٩٩٦ قد وقع خلال المدة التي تغطيها وثيقة التأمين إستناداً إلي أنه حدث قبل انتهاء الثلاثين يوماً التالية لإنهاء مدة الوثيقة في ١٦/١٠/١٩٩٦ رغم أن هذا التاريخ يشمل الثلاثين يوماً المشار إليها علي ما سلف بيانه وخلص بذلك إلي إلزامها بالتعويض الذي ارتآه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة الي بحث السبب الآخر للطعن.

(الطعن ٤٩٩٦ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٣/٢/١٨ لم ينشر بعد)

٧- وحيث إن هذا النعي في محله - ذلك أن النص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات علي أن (يسري مفعول الوثيقة عن المدة المؤداة عنها الضريبة ويمتد مفعولها حتي نهاية فترة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء تلك المدة)

وعلي ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أن مدة التأمين المبينة بوثيقة التأمين الإجباري علي السيارة تغطي فضلاً عن المدة التي تؤدي عنها الضريبة مهلة الثلاثين يوماً التالية لانتهاء تلك المدة، لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع أن الحادث غير مغطي تأمينياً لوقوعه بعد انتهاء مفعول وثيقة التأمين حسبما ورد بسبب النعي، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلي أن الحادث وقع خلال مدة الثلاثين يوماً التالية لانتهاء مدة ترخيص السيارة وألزمها بالتعويض دون أن يستظهر المدة المؤداة عنها الضريبة مع أن بيانها لازم للوقوف علي نطاق مدة سريان الوثيقة ومدى وقوع الحادث خلالها لتحديد مسؤولية الشركة عن التعويض بل أنه إعتبر الوثيقة سارية المفعول عن مدة الثلاثين يوماً التالية لتاريخ انتهائها، فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب.

(الطعن ٣٨٨٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٨ لم ينشر بعد)

٨- المؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه في حدود الضرر الناتج عنه دون تجاوز قيمة التأمين المتفق عليه وذلك طواعيه لحكم المادة ٧٥١ من القانون المدني لما كان ذلك وكان الثابت من بنود عقد التأمين المحرر بين الطاعن والمطعون ضدها الثالثة إلزام الأولي عند تحقق مسؤولية الثانية بالتعويض عن الاضرار الجسدية للشخص من الغير وفاة أو إصابة بعشر آلاف جنيه كحد أقصى وكانت الشركة الطاعنة قد تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع بأعمال شروط الوثيقة والنزول بمبلغ التعويض إلي حد مبلغ التأمين المتفق عليه إلا أن الحكم المطعون فيه لم يرد علي هذا الدفاع وألزمها بما يجاوز قيمة التأمين فإنه يكون فضلاً عن قصوره قد خالف الثابت في الأوراق بما يعيبه ويوجب نقضه جزئياً فيما جاوز مبلغ عشرة آلاف جنيه.

(الطعن ٥٤٨٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٤ لم ينشر بعد)

٩- ينعيه المدعي على النص الطعين - وفقاً للتحديد المتقدم - من إخلاله بمبدأ المساواة، نعي شديد، إذ أن النص - بعد قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته في النطاق المتقدم ذكره - ينطوي على تمييز غير مبرر بين فئة الركاب في السيارات الخاصة وباقي أنواع السيارات، وبين فئة العمال في أنواع السيارات الأخرى - غير السيارات الخاصة - إذ شمل التأمين الفئة الأولى دون الثانية، حال أن العمال بالنسبة للسيارات الأخرى غير الخاصة، هم الركاب، إذ ينطبق وصف الركاب عليهم ولو كانوا من عمال السيارة، كما أنهم ليسوا طرفاً في عقد التأمين المبرم بين شركة التأمين ومالك السيارة، وطالما لم تثبت مسؤوليتهم الجنائية عن وقوع الحادث بل كانوا على العكس ضحية له، فإنه يتعين أن ينصرف إليهم آثار عقد التأمين إعمالاً لمبدأ المساواة أمام القانون الذي يستهدف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، وهو بذلك يعد وسيلة لتقدير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال أعمالها إلى الحقوق التي يقررها القانون العادي ويكون مصدراً لها،

ومن ثم فلا يجوز للقانون أن يقيم تمييزاً غير مبرر تنتافر به المراكز القانونية التي تتماثل عناصرها.

(الطعن رقم ١٠٩ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٤/٠٤)

١٠- إن هذه المحكمة سبق أن قضت بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٩ في القضية رقم ٥٦ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" بأن قانون التأمين الإجباري على السيارات رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥، إذ أحال في مادته الخامسة على البيان الوارد بنص المادة (٦) من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥، فإنه قصد من ذلك إلحاق هذا البيان بأحكامه منتزعا إياه من إطاره التشريعي، جاعلا منه لبنة من بنيانه وجزءاً من نسيجه مندمجاً فيه، وأن هذا النص - بالتحديد المتقدم - لا زال قائماً لم يعدل أو يلغى بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣، ومن ثم قضت بعدم دستوريته فيما تضمنه من قصر آثار عقد التأمين في شأن السيارات الخاصة على الغير دون الركاب بحيث أصبح التأمين يشمل أيضاً ركاب السيارة الخاصة.

(الطعن رقم ١٠٩ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٤/٠٤)

١١- النص الطعين ينطوي على تمييز غير مبرر بالنسبة للموتوسيكلات الخاصة، إذ أوجب النص أن يكون التأمين فيها لصالح الغير دون الركاب، في حين التأمين أصبح يشمل الغير والركاب في السيارات الخاصة، ويشمل كذلك هؤلاء العمال في السيارات غير الخاصة، ولا مراء في أن الركاب في مركز قانوني متماثل في الموتوسيكلات الخاصة والسيارات على اختلاف أنواعها، كما أنهم ليسوا طرفاً في عقد التأمين المبرم بين شركة التأمين ومالك الموتوسيكل، وهم يتحدون بحسب الأصل في عدم مسؤوليتهم عن وقوع الحادث، كما يتحدون في أن أضراراً لحقت بهم من جرائه، وكان لزاماً ضمناً للتكافؤ في الحقوق بين هاتين الفئتين أن تستظمهم قاعدة واحدة لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها، وإذ أقام النص الطعين ذلك التمييز التحكيمي بين هاتين الفئتين فإنه يكون مناقضاً لمبدأ المساواة الذي كفلته المادة (٤٠) من الدستور.

(الطعن رقم ٢٢٥ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٦/٠٦)

١٢- قانون التأمين الإجباري على السيارات رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥، إذ أحال في مادته الخامسة على البيان الوارد بنص المادة (٦) من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥، فإنه قصد من ذلك إلحاق هذا البيان بأحكامه منتزعا إياه من إطاره التشريعي، جاعلا منه لبنة من لبناته وجزءاً من نسيجه، وأن هذا النص - بالتحديد المتقدم - لا زال قائماً لم يعدل أو يلغى بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣، ومن ثم قضت بعدم دستوريته فيما تضمنه من قصر آثار عقد التأمين في شأن السيارات الخاصة على الغير دون الركاب بحيث أصبح التأمين يشمل أيضاً ركاب السيارة الخاصة، كما قضت بجلسة ٢٠٠٤/٤/٤ في القضية رقم ١٠٩ لسنة ٢٥ قضائية "دستورية"، بعدم دستورية النص ذاته فيما تضمنه من قصر آثار عقد التأمين في شأن باقي أنواع السيارات - غير

الخاصة — على الغير والركاب دون العمال، ومن ثم فقد أصبح المتبقي من النص ما تضمنه من قصر آثار عقد التأمين في الموتوسكيل الخاص على الغير دون الركاب.

(الطعن رقم ٢٢٥ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٦/٠٦)

١٣- إذ كانت نصوص القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ليس فيها ما يفيد الخروج على القواعد العامة... (المنظمة لعقد التأمين المنصوص عليها في المواد من ٧٤٧ حتى ٧٥٣ مدني) التي تحكم عقد التأمين من المسؤولية فإن وفاة أو إصابة المؤمن له نفسه من الحوادث المؤمن منه الذي تكون السيارة المؤمن عليها هي أداته لا يتحقق به الخطر المؤمن منه في التأمين الإجباري ولا يلتزم المؤمن بتعويض الأضرار الناجمة عنه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي للمطعون ضده المؤمن له بالتعويض عن الإصابات البدنية التي لحقت به هو نفسه من الحادث المؤمن منه فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٢٩٧٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/١١/٠٨)

١٤- إن التأمين من الإصابة هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن مقابل أقساط التأمين أن يدفع للمؤمن له مبلغ التأمين إذا لحقت المؤمن له نفسه إصابة في حين أن التأمين من المسؤولية - في ضوء القواعد العامة للمنظمة لعقد التأمين المنصوص عليها في المواد من ٧٤٧ حتى ٧٥٣ من القانون المدني - هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن بتحمل الأضرار التي تلحق المؤمن له من جراء رجوع الغير المضروب عليه بالتعويض بسبب تحقق مسؤوليته نحو هذا الغير، مما مؤداه أن يلتزم المؤمن قبل المؤمن له في التأمين من المسؤولية لا ينتج أثره ولا يكون نافذاً إلا بتحقيق الخطر المؤمن منه وهو مطالبة الغير المضروب لمؤمن له بالتعويض بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه المسؤولية، فالضرر الذي يلحق المؤمن له نفسه من هذا الحادث يخرج عن نطاق الخطر المؤمن منه في التأمين من المسؤولية ويختلف عنه في طبيعته ومحلّه.

(الطعن رقم ٢٩٧٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/١١/٠٨)

١٥- إذ كان الثابت من شهادة البيانات الصادرة من إدارة مرور.... والمقدمة من المطعون ضده الأول بصفته أن الدراجة النارية أداة الحادث محل الدعوى كان مؤمناً عليها لدى الشركة الطاعنة في الفترة من ١٠/٥/١٩٩٤ وحتى ١٩٩٦/١/٣ حال أن الحادث وقع بتاريخ ٢٣/٣/١٩٩٤. وتضمنت الشهادة بياناً صريحاً بأن تلك المركبة لم يكن مرخصاً بتسييرها، ولا مؤمناً عليها لدى الشركة الطاعنة في تاريخ الحادث، الأمر الذي تتفق معه صفتها في مطالبتها بتعويض الأضرار الناجمة عن الحادث، ويضحي الدفع المبدئي منها بعدم قبول الدعوى بالنسبة لها لرفعها على غير ذي صفة متفقاً مع صحيح القانون. وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بإلزام الشركة الطاعنة بالتعويض على سند مما أورده بأسبابه من "أن الدراجة النارية أداة الحادث مؤمن عليها لدى الشركة الطاعنة وقت الحادث" - فإنه يكون معيباً بمخالفة الثابت في الأوراق والذي جره إلى مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٢٨٥ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/١٢/١٤)

١٦- مؤدي نصوص المواد ٣، ١٠، ١١/٢ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ بإصدار قانون المرور، والمادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات - أن المشرع جعل التأمين الإجباري على مركبات النقل السريع - ومنها الدراجة النارية "الموتوسيكل" - شرطاً لازماً للترخيص بتسييرها، وأن مناط إلزام شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للمضرور من حوادث تلك المركبات أن تكون طرفاً في وثيقة تأمين إجباري على المركبة، وأن تقع المخاطر المؤمن منها خلال مدة سريانها، وأن تثبت مسؤولية قائدها عن الضرر.

(الطعن رقم ٢٨٥ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٤/١٢/٢٠٠٤)

١٧- المقرر أن محل حق المضرور من حادث سيارة واحد وهو اقتضاء تعويض وقد أوجد له القانون مدينين أحدهما المتسبب في الضرر والآخر هو شركة التأمين المؤمن لديها على السيارة وأعطى للمضرور الخيار في مطالبة من يشاء منهما بالتعويض فإن استوفاه من أحدهما برئت ذمة الآخر قبله عملاً بنص المادة ٢٨٤ من القانون المدني ولكن إبراءه لذمة أحدهما أو إسقاطه لحقه قبله لا يترتب عليه براءة ذمة الآخر عملاً بنص المادة ٢٨٩ من القانون المدني، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد إلتم هذا النظر وقضى للمطعون ضدهم بإلزام شركة التأمين الطاعنة بأداء التعويض استناداً إلى أن تصالحهم في الدعويين الجنائية والمدنية المقامة بالتبعية لها كان مقصوراً على قائد السيارة المتهم - وتمسكهم بحقهم قبل شركة التأمين - على ما اثبت بمحضر الجلسة - فإنه يكون قد أعمل صحيح القانون.

(الطعن رقم ٤١٥٩ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٤/٠٢/٢٠٠٥)

١٨- إن كل ما يلزم لقيام مسؤولية شركة التأمين عن تعويض المضرور أن يثبت نشوء الضرر عن سيارة مؤمن عليها (إجبارياً) لديها مع انتفاء السبب الأجنبي سواء كان طالب التأمين هو المسئول عن الحادث أو غيره وسواء كان هو المتولي حراستها أو غيره.

(الطعن رقم ٤١٥٩ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٤/٠٢/٢٠٠٥)

١٩- إذ كان لا تلازم بين مسؤولية شركة التأمين تجاه المضرور ومسؤولية مالك السيارة ومن هنا كان للمضرور دعوى مباشرة قبل الشركة - ليس باعتبارها مسؤولية عن دين المسئول الناشئ عن خطئه فحسب بل باعتبارها مدينة أصلية بدين ناشئ عن عقد التأمين - ومن ثم لا يلزم إختصاص المضرور لمالك السيارة أو سواء في دعواه المباشرة قبل شركة التأمين - مع التسليم بأن التأمين على السيارات فيما يخص العلاقة بينها وبين المؤمن له مالك السيارة المتعاقد معها هو تأمين من المسؤولية التي قد تلحق المؤمن له - ومؤدي ذلك أن حق المضرور في اقتضاء التعويض من شركة التأمين هو حق مستقل تماماً عن حقه في اقتضاء التعويض من مرتكب العمل الضار أو حارس السيارة فقد يتعذر عليه التعرف عليهما كأن يكون قائد السيارة المسروقة مجهولاً فلا يبقى من سبيل للحصول على التعويض الجابر للضرر سوى شركة التأمين وهو ما هدف إليه الشارع من تقنين هذا النوع من التأمين.

(الطعن رقم ٤١٥٩ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٤/٠٢/٢٠٠٥)

٢٠- مفاد المواد السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ - بشأن السيارات وقواعد المرور - والخامسة والسادسة عشر والسابعة عشر والثامنة عشر والتاسعة عشر من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ - بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات أن المشرع فرض التأمين الإجباري هذا باعتباره تأميناً من نوع خاص يجمع فيه بين بعض أحكام التأمين من المسؤولية والتأمين على الحياة والإصابات البدنية، فلا يقتصر نطاقه على التأمين من المسؤولية الناشئة عن خطأ المؤمن له ومن يسأل عن أعمالهم، بل يمتد لتغطية المسؤولية المدنية لغير المؤمن له ولغير من صرح له بقيادة السيارة المؤمن عليها كالعاصب والسارق.

(الطعن رقم ٤١٥٩ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٢/١٤)

٢١- إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٤ في القضية رقم ١٠٩ لسنة ٢٥ ق دستورية المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم "١٦" بتاريخ ٢٠٠٤/٤/١٥ بعدم دستورية المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات فيما تضمنته من قصر آثار عقد التأمين في شأن باقي أنواع السيارات - غير الخاصة - على الغير والركاب دون العمال، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده من عمال السيارة النقل مرتكبة الحادث ومن ثم تتصرف إليه آثار عقد التأمين وفقاً للتفسير الصحيح للنص حسبما انتهى إليه حكم المحكمة الدستورية العليا سالف البيان وإذ إلترم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي للمطعون ضده بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء الحادث الذي وقع له أثناء عمله بالسيارة النقل التي يعمل بها والمؤمن من مخاطرها لدي الشركة الطاعنة فإنه يكون قد إلترم صحيح القانون.

(الطعن رقم ٩٣٦٣ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٤/٠٧)

٢٢- إذ كان اتجاه ونهج المشرع - التفرقة في التغطية التأمينية - يعد بلا ريب تمييزاً بين فئتين من ركاب السيارات، إحداهما ركاب الجرار كنوع من أنواع السيارات، والثانية ركاب باقي أنواع السيارات إذ اختص الفئة الأخيرة بمعاملة تأمينية متميزة تتمثل في شمول مظلة التأمين لركاب هذه الأنواع في حين حجب عن الفئة الأولى هذه الميزة. مما يتعين معه القول بشمول ذات مظلة التأمين لركاب الجرار مثلهم في ذلك مثل ركاب باقي أنواع السيارات لأنهم جميعاً - وعلى ما قررتة المحكمة الدستورية العليا في أسباب أحكامها سالفة البيان (أحكامها الصادرة في القضايا أرقام ٥٦ لسنة ٢٢ ق، ١٠٩ لسنة ٢٥ ق، ٢٣٥ لسنة ٢٥ ق دستورية بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٩، ٢٠٠٤/٤/٤، ٢٠٠٤/٦/٦ - في مركز قانوني متماثل فهم جميعاً ينطبق في شأنهم وصف الركاب، كما أنهم ليسوا طرفاً في عقد التأمين المبرم بين شركة التأمين ومالك السيارة - الجرار - ، وهم يتحدثون في عدم مسئوليتهم عن وقوع الحادث، كما يتحدثون في أن أضراراً لحقت بهم من جرائه، وكان يلزم ضماناً للتكافؤ في الحقوق بين هاتين الفئتين أن تنتظمها قاعدة موحدة لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها". وإذ إلترم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي بمسئولية شركة التأمين عن تغطية الأضرار التي لحقت بالمطعون ضدهما الأول والثانية من

جراء موت مورثهما فإن تعييبه فيما أقام عليه قضاءه في هذا الخصوص يكون غير منتج إذ لمحكمة النقض أن تقوم هذه الأسباب بأسباب من عندها تصلح لما انتهى إليه دون أن تنقضه ومن ثم يضحى النعي عليه غير منتج.

(الطعن رقم ٩٩٠٢ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٠٤ / ٢٠٠٥)

٢٣- مفاد نصوص المواد ١، ٢، ٣/٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور، و٥، ١٣ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ مجمعة مترابطة أن المشرع في القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ وإن اعتبر الجرار في مجال تطبيقه من أنواع السيارات إلزاماً بأحكام المواد الأولى والثانية والسادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ إلا أنه قصر التغطية التأمينية للمسئولية الناشئة عن الحوادث التي تقع منه على الأضرار التي تصيب الغير دون ركابه وهو الأمر الذي أكدته الشرط الأول من وثيقة التأمين المطابقة للنموذج الملحق بقرار وزير المالية رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر تنفيذاً للمادة الثانية من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥، ولم يغير من ذلك إلغاء القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣.

(الطعن رقم ٩٩٠٢ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٠٤ / ٢٠٠٥)

٢٤- إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قطعت في أسباب أحكامها الصادرة بتاريخ ٩/٦/٢٠٠٢، ٤/٤/٢٠٠٤، ٦/٦/٢٠٠٤ في القضايا أرقام ٥٦ لسنة ٢٢ ق، ١٠٩ لسنة ٢٥ ق، ٢٣٥ لسنة ٢٥ ق دستورية المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق بعدم دستورية التمييز في المعاملة التأمينية التي نظمها القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات بين فئات الركاب تبعاً لنوع السيارة التي كانوا يستقلونها علي سند من أن "مبدأ المساواة أمام القانون يستهدف حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها وهو بذلك يعد وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال أعمالها إلى الحقوق التي يقرها القانون العادي ويكون مصدراً لها. ومن ثم فلا يجوز للقانون أن يقيم تمييزاً غير مبرر تنتافر به المراكز القانونية التي تتماثل عناصرها "فإنه يتعين إهدار النصوص المتضمنة تمييزاً غير مبرر في المعاملة التأمينية سالفه البيان.

(الطعن رقم ٩٩٠٢ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٠٤ / ٢٠٠٥)

مادة (٧٥٢)

(١) تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولت عنها هذه الدعاوى.
(٢) ومع ذلك تسرى هذه المدة.

(أ) في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك.
(ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٥٢ لیبی و ٧١٨ سورى و ٩٩٠ عراقى و ٩٨٥ لبنانى و ٦٢٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - يعتد به.

رأى الفقة:

١- تسرى مدة التقادم القصيرة على الدعاوى الناشئة عن عقود التأمين إيا كان المؤمن فقديكون المؤمن شركة وهذا هو الغالب وقد يكون المؤمن جميعة تبادلته أو ذات شكل بتادلى فتسرى مدة التقادم القصيرة أيضاً على العقود المبرمة مع هذه الجمعيات ويستوى في ذلك أن يكون الاشتراك في الجمیعة متغيراً أو ثابتاً لا يتغير.
والدعاوى التي تعتبر ناشئة عن عقد التأمين فتسرى عليها مدة التقادم القصيرة أما أن تكون دعاوى للمؤمن أو دعاوى للمؤمن له.

ودعاوى المؤمن هي دعاوى المطالبة بالأقساط المستحقة ودعاوى بطلان أو إبطال عقد التأمين ودعاوى فسخ عقد التأمين أياً كان سبب الفسخ سواء كان إخلال المؤمن له إلتزامه من دفع الأقساط المستحقة أو كان تقرير ما يستجد من الظروف ويكون من شأنه أن يزيد الخطر أركان غير ذلك من الأسباب.

ودعاوى المؤمن له هي دعوى المطالبة بمبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه وكذلك دعاوى البطلان والابطال والفسخ.

أما الدعاوى التي لا تنشأ عن عقد التأمين فلا تسرى عليها مدة التقادم الخاصة بعقد التأمين بل تخضع التقادم الخاص بها ولا يعتبر ناشئاً عن عقد التأمين: دعاوى المسؤولية التي يرفعها المضرور على المسئول إذا كان هذا الأخير قد امن نفسه من هذه المسؤولية (٢) الدعوى المباشرة التي يرفعها المضرور عن المؤمن في حالة التأمين من المسؤولية (٣) دعوى المؤمن له على المسئول عن الخطر المؤمن منه كدعوى المؤمن له على السارق في حالة التأمين من السرقة وعلى من تسبب في الحريق في حالة التأمين من الحريق (٤) دعوى الحلول عندما يحل المؤمن محل المؤمن في الرجوع على المسئول عن الحادث المؤمن منه (٥) دعوى الدائن المرتتهن

أو الدائن صاحب حق الامتياز بما له من حق على مبلغ التأمين لان هذه الدعوى تستند إلى القانون الا إلى عقد التأمين (٦) دعوى سمسار التأمين للمطالبة بسمسرتة لان هذه الدعوى تنبذ عن عقود السمسرة لاعن عقد التأمين.

ومدة التقادم - النشئة عن عقد التأمين - الدعوى ثلاث سنوات وتحسب من اليوم التالي لليوم الذي حدثت فيه الواقعة التي تولدت فيها الدعوى وتنتهى فى اليوم الأخير الذى تتكامل فيه مدة التقادم ثلاث سنوات فإذا كان قسط التأمين - مثلاً - يحل فى يوم ٣ يونيه سنة ١٩٦٣ فدعوى المطالبة بالقسط تسقط بثلاث سنوات - لابخس ولو ان القسط دين دورى متجدد - تبدا من اسعة الصفر من يوم ٤ يونيه ١٩٦٢ وتنتهى فى منتصف الليل ٣ من يونيه سنة ١٩٦٦.

وتسرى مدة الثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى فدعوى المطالبة بالقسط تتقادم بثلاث سنوات تبدا من حلول اجل القسط ودعوى المطالبة بمبلغ التأمين فى التأمين من المسؤولية تتقادم بثلاث سنوات تبدا من وقت مطالبة المضرور المؤمن له وديا أو قضائيا بعد وقوع الحادث المؤمن منه. غير ان هناك حالتين يتأخر فيها مبدأ سريان التقادم عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى.

اولا - حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر اى ان سريان مدة ثلاث سنوات يبدأ لا من وقت اخفاء البيانات أو تقديم البيانات غير الصحيحة أو غير الدقيقة بل من وقت علم المؤمن بالاخفاء أو بعدم صحة البيانات أو قتها فقبل هذا العلم كان المؤمن لا يستطيع ان يفكر فى رفع الدعوى فوجب اذن ارجاء سريان مدة التقادم إلى الوقت الذى يتم فيه هذا العلم وهذا ضرب من وقف التقادم يرجع إلى تعذر رفع الدعوى ويقع على المؤمن عبء إثبات انه كان لا يعلم بالواقعة التي تولدت عنها الدعوى وعليه أيضاً ان يثبت الوقت الذى علم فيه بهذه الواقعة حتى يبدأ سريان التقادم من هذا الوقت.

ثانياً: - حالة وقوع الحادث المؤمن منه ويبدأ سريان مدة التقادم (الثلاث سنوات) لامن وقت ونوع الحادث المؤمن منه بل من وقت علم ذوى الشأن بوقوع هذا الحادث لنفس الأسباب الواردة فى الحالة الأولى وارجاء سريان التقادم إلى وقت العلم هو هنا أيضاً ضرب من وقف التقادم يرجع إلى تعذر رفع الدعوى ويقع على عائق من يطالب بمبلغ التأمين عبء إثبات انه كان لا يعلم بوقوع الحادث وعبء إثبات وقت علمه وبوقوعه.

ولم يرد فى التقنين المدنى نص خاص بوقف التقادم فى دعاوى التأمين ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامة المنصوص عليه فى المادة ٣٨٢ مدنى.

وينقطع سريان التقادم باى سبب من الأسباب التى ينقطعه بها التقادم طبقاً للقواعد العامة فينقطع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتبعية وبالحجز وبالطلب الذى يقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه إثناء السير فى احدى الدعاوى وينقطع التقادم أيضاً إذا اقر المدين بحق الدائن اقراراً صريحاً أو ضمناً (م ٣٧٤/١ مدنى) كان يقر المؤمن بحق

المؤمن له في التعويض بان له دفعة على الحساب إلى ان يسوى المبلغ بالكلمه وكان يقبل اتخاذ إجراءات تفيد معنى الاقرار الضمنى.

(يراجع التعليق علي هذه المادة بالجزء الأول من كتاب السابق هذا)

ومن الإجراءات التي تفيد معنى الاقرار الضمنى وندب المؤمن خبيراً عقب وقوع الحادث المؤمن منه.

وإذا انقطع التقادم بدا تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول (م ٣٨٥/١ مدنى) أى ان مدته تكون ثلاث سنوات.

(يراجع التعليق علي هذه المادة بالجزء الأول من كتاب السابق هذا)

(الوسيط ٧-٢- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٢٦٢ وما بعدها)

٢- كان مقتضى تطبيق الأحكام العامة فى التقادم قبل صدور هذا التقنين الاتسقط الحقوق والدعاوى الناشئة عن عقد التأمين البرى الا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقها وخاصة حق المستفيد من المطالبة يعوض التأمين ولم يكن يستثنى من هذا التقادم الطويل الا دعوى المطالبة بالأقساط المتأخرة فى ذمة المستأمن فقد كانت تسقط بالتقادم الخمس نظر لكونها من الديون الدورية المتجددة.

لذلك عمدت شركات التأمين إلى الاستفادة من مبدأ جواز الإتفاق على تقصير مدة التقادم فبالغت فى تقصير المدة التى تسقط بمضيها حق المطالبة بعوض التأمين حتى جعلتها فى بعض أنواع التأمين بين سنة وستة اشهر.

وقد حرص المشرع على التوفيق بين مصالح المؤمنين والمستأمن وذلك بالنص فى المادة ٧٥٢ من التقنين المدنى على تقصير مدة التقادم إلى ثلاث سنوات تسرى من تاريخ وقوع الحادث الذى تولدت فيه الدعوى.

ويلاحظ ان التقادم الثلاثى لايسرى الا بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين فلا تخضع له الدعوى المباشرة التى يرفعها المصاب فى حادث مؤمن من المسؤولية عنه ضد المؤمن ولايسرى أيضاً على الدعوى التى يرفعها الدائن المرتتهن للشئ المؤمن عليه من الحريق الذى ينقل حقه إلى التعويض المستحق للمدين قبل المؤمن فمثل هذه الدعوى التى تستند إلى حق خاص قرره القانون لرفعها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين وبالتالي لايسقط الحق فى رفعها الا بالتقادم الطويل.

وأخيراً لا يبدع سريان مدة التقادم وفقاً للقواعد العامة الا من الوقت الذى يستطيع فيه الدائن تحريك دعوى المطالبة بحقه وتطبيقاً لذلك لايسرى تقادم دعوى الضمان ضد المستأمن الا من وقت علمه الحادث (م ٣/٧٥٢ من التقنين المدنى) ولايبدأ كذلك سريان التقادم بالنسبة للدعوى السقوط المترتبة على ما ارتكبه المستأمن من كذب أو كتمان فى البيانات التى ادلى بها عن الخطر المؤمن منه الا من وقت اكتشاف المؤمن للحقيقة (٧٥٢/٢ مدنى)

ودعوى المصاب المباشرة قبل المؤمن تستند إلى حق الأول فى تعويض مالحقه من ضرر بسبب اصابته بالحادث المؤمن بخطأ المستأمن وهذه الدعوى ليست من قبيل

الدعاوى الناشئة عن الروابط العقدية التي تربط المؤمن بالمستأمن ولذلك فانها تخضع لحكم القواعد فلا تسقط الا بمضى ٥ سنة

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة. المرجع السابق. ص ٥٤٧ و ٥٤٨ و كتابة التأمين

والعقود الصغيرة - ٢٠٩ و ٢٦١)

٣- وفقا لنص المادة ٧٥٢ مدني لا تخضع للتقادم القصير الا الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين اما غيرها من الدعاوى التي قد تكون متعلقة بالتأمين ولكنها ليست ناشئة عن العقد فتخضع للقواعد العامة أو للتقادم الخاص بها.

والدعاوى الناشئة عن عقد التأمين على الدعاوى التي ينشئها عقد التأمين سواء بالنسبة للمستأمن أو من انقل إليه حقه أو المستفيد ومن هذه الدعاوى التي للمؤمن في المطالبة ببطلان عقد التأمين أو ابطالة ودعاوى الفسخ لاخلال المستأمن بالتزامه بدفع القسط او لاخلاله بالتزامه بإخطار المؤمن بما يجد من ظروف مؤثرة في الخطر.

وكذلك يخضع التقادم القصير الدعاوى التي للمستأمن قبل المؤمن وأهم دعاوى المطالبة بالتعويض الذي يترتب عند تحقق الخطر المؤمن منه.

اما الدعاوى التي ليست ناشئة عن عقد التأمين لا تخضع للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ مدني الدعاوى المتعلقة بالتأمين ولكنها ليست ناشئة عن العقد وتشمل هذه الدعاوى:

(١) الدعوى التي يرفعها المضرور ضد المؤمن في حالة التأمين من المسؤولية فهذه الدعوى ليست ناشئة عن العقد وانما الحادث الذي سبب مسؤوليته المستأمن.

(٢) الدعوى التي يرفعها المضرور ضد المسئول إذا كان هذا الأخير قد امن نفسه من هذه المسؤولية.

(٣) دعوى الحلول التي يرفعها المؤمن ضد الغير المسئول عن وقوع الحادث المؤمن منه إذا كان الحلول بموجب نص في القانون يقرره

(٤) الدعوى التي يرفعها الدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز ضد المؤمن لان حق هؤلاء على مبلغ التأمين مقرر بنص في القانون.

(٥) دعوى المستأمن على الغير المسئول إذا لم يأخذ تعويضا كلاما من المؤمن ورجع على المسئول عن الحادث بالباقي.

(٦) الدعوى التي يرفعها وسيط التأمين على المؤمن للمطالبة بعمولته لان هذه الدعوى ناشئة م العقد المبرم بينهما لان عقد التأمين.

وقد حددت المادة ٧٥٢ مدني التقادم بثلاث سنوات تبدأ من يوم الحدوث الواقعة التي ولدت عنها الدعوى وتنتهي في اليوم الذي تكمل به مدة التقادم ثلاث سنوات.

ومع ان مدة الثلاث سنوات تبدأ من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى الا ان بدء هذه المدة بتأخر في حالتين نصت عنها الفقرة الثانية من المادة ٧٥٢ مدني هما:

أ- حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه او تقديم بيانات غير صحيحة عنه فرغم ان الواقعة التي تولدت عنها الدعوى هي اخفاء البيانات الا ان مدة الثلاث سنوات

لا تبدأ إلا في تاريخ لاحق هو وقت علم المؤمن بهذا الاخفاء أو بعدم صحة البيانات التي قدمت.

ب- حالة وقوع الحادث المؤمن منه فهذا الحادث هو الذي ينشأ عنه حق المستأمن المستفيد في المطالبة بمبلغ التأمين ولكن مدة الثلاث سنوات لا تبدأ من وقت وقوعه ولكن من وقت علم ذوى الشأن به والمقصود بذوى الشأن هو الدائن الذى له الحق في مطالبة المؤمن.

وكما ينطبق هذا على المستأمن ينطبق أيضاً على خلفه العام أو الخاص أو على الغير فمن يكون من هؤلاء دائناً المؤمن لا تسرى مدة التقادم الا من وقت علمه.

(البيع والتأمين- للدكتور عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٤١٢ وما بعدها)

٤- نص المشرع في المادة ٧٥٢ مدنى أحكام تقادم الحقوق الناشئة عن عقد التأمين وترك للقواعد العامة تنظيم ما يتصل بالتقادم من أحكام أخرى.

فبالنسبة لمدة التقادم خرج المشرع على القواعد العامة بالنسبة للدعوى الناشئة عن عقد التأمين فجعل التقادم فيها ثلاثياً.

وتبدأ مدة التقادم من وقت وقوع الحادثة التى نشأت عنها الدعوى فدعوى المطالبة بمبلغ التأمين من الحرق يبدأ تقادمها يوم ان شب الحريق ودعوى المطالبة بقسط التأمين تبدأ من تاريخ استحقاقه.

ويستثنى م القاعدة الاتى:

(١) ان التقادم لا يبدأ فى السريان فى حق المستأمن أو المستفيد الا من تاريخ علم المستأمن أو المستفيد بالواقعة التى نشأت عنها الدعوى (م ٧٥٢/٢ مدنى) ويقع على المستأمن عبء إثبات جهله بهذه الواقعة.

(٢) ان هذا التقادم لا يسرى فى حق المؤمن فى حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر او تقديم بيانات غير صحيحة عنه الا من يوم علم المؤمن بذلك (م ٧٥٢/٢- مدنى). وتخضع جميع دعاوى التأمين للتقادم الثلاثى سواء كان تأمين أشخاص أو كان التأمين اضرار الأشياء والمسئولية وسواء كان تأمين القسط الثابت أو المتغير أو كان التأمين تجارياً وتعاونياً.

والدعاوى التى تخضع للتقادم الثلاثى فى التأمين هى الدعاوى الناشئة عن التأمين سواء كانت للمؤمن أو للمستأمن أو للمستفيد كدعوى المؤمن ضد المستأمن بالمطالبة بالقسط أو بالتعويض دعوى المستأمن أو المستفيد ضد المؤمن بالمطالبة بمبلغ التأمين أو التعويض ودعاوى البطلان والابطال من المؤمن أو المؤمن له ما الدعاوى غير الناشئة عن التأمين فلا تخضع لهذا التقادم الثلاثى وانما تخضع للقواعد العامة فى التقادم ومنها فى تأمين المسؤولية دعوى المصاب ضد المستأمن أو ضد المؤمن ودعوى المستأمن أو المؤمن إذا حل محله ضد المسئول عن الحادث ودعوى الدائنين المرتهنين لعقار مؤمن عليه من الحريق ضد المؤمن ودعوى سمسار التأمين للمطالبة بسمرته.

ويقف التقادم وفقا لقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١/٢٧٢ مدنى كلما وجد مانع مادى اودبى بتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه (ثروة أو حرب اى قوة قاهرة).

ونظر لان التقادم فى التأمين الثلاثى فلا يوقف بالنسبة لمن لاتتوافر فيه الأهلية اوفى حق الغائب أو فى حق الحكومة عليه بعقوبة جنائية وليس له نائب يمثلها قانونا لان التقادم بالنسبة لهؤلاء لايقف الا إذا كانت مدة التقادم تزيد على خمس سنوات. وتسرى القواعد العامة على انقطاع التقادم فىالتأمين فينقطع التقادم بالمطالبة القضائية الا برفع دعوى ولو أمام محكمة غير مختصة كما ينقطع التقادم. بالتبينة وبالجزء.... وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه إثناء السير فى احدى الدعاوى (م٢٨٣مدنى) كما يقطع التقادم إذا اقر المدين بحق الدائن اقرار صريحا أو ضمنيا كما لو كلف المؤمن خبيرا له التقدير اضرار الحادث ولم يحتفظ بشئ عند تكليفه اوارسل المؤمن خطابا موصى عليه للمؤمن له يطالبه فيه بدفع القسط. فإذا انقطع التقادم ضاعت المدة السابقة على الإجراء الذى اقطع التقادم اى لاتحتسب هذه المدة وتبدأ مدة جديدة اى ثلاث سنوات أخرى من يوم انتهاء اثر التسبب الذى قطع التقادم (م٣٨٥مدنى)

ولا يحكم بالتقادم الا إذا تمسك به صاحب الشأن فيه أمام القضاء ولا يشارط ان يخلف من يتمسك بهذا التقادم اليمين فيه لانه تقادم غيرمبنى على قرينة الوفاء فينتج اثره حتى لو اقر المدين ولايجوز التنازل مقدما عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه. (أحكام التأمين. للدكتور عبد الناصر العطار المرجع السابق. ص٩٨ومابعدها)

٥- يرى من نص المادة ٧٥٢ مدنى ان الشارع قد خفض مدة التقادم إلى ثلاث سنوات بدلا من المدة العادية وهى ١٥ سنة. ولكن هل يجوز الإتفاق على تقصير مدة التقادم ؟ الرأى السائد فى الفقه هو انه يجوز الإتفاق على مدة اقصر من المدة التى ينص عليها القانون كان يشترط رفع الدعوى فى مدة اقصر من المدة المعينة فى القانون وا يقط الحق ولكن نص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٨ من القانون المدنى.

ويفرق البعض بين الإتفاقات الخاصة بمد المدة والإتفاقات الخاصة بقصرها ويلحقون البطلان بالأولى دون الثانية: بيد انه لم يروجه للاخذ بهذه التفرقة لان اقرار صحة الإتفاق على قصر المدة لايؤمن معه الاعتساف لاسيما فى عقود التأمين فلايجوز اذن تقصير مدة التقادم أو اطالتها.

(العقود المسماة ٣. عقد التأمين. للدكتور محمد كامل مرسى. المرجع السابق. ص١٢٣وما بعدها،

ويراجع مقال: هل تختص المحاكم الجنائية بنظر دعوى المضور ضد شركة التأمين - للدكتور سعد

واصف المحامى- المحاماه - السنة ٤١ العدد ٤ ص٥٨٧ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- انشا المشرع بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات للمضرور فى هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه فى المادجة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم الثلاثى المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين ولولا هذا النص لسرى على تلك الدعوى المباشرة التقادم العادى لانها لاتعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين المنصوص عليها فى المادة ٧٥٢ مدنى.

ينشا عن حق المضرور قبل المؤمن من وقت وقوع الحادث الذى ترتبت عليه مسؤولية المؤمن له مستقلا عن حق المؤمن له قبل المؤمن لان المضرور يستمد حقه المباشر بموجب النص القانونى من نفس العمل غير المشروع الذى انشا احقه قبل المؤمن له وبذلك يستطيع المضرور ان يرفع دعواه المباشرة على المؤمن من وقت وقع هذا الفعل الذى سبب له الضرر مما يترتب عليه ان مدة الثلاث سنوات المقررة لتاقدّم هذه الدعوى تسرى من هذا الوقت وهى فى هذا تختلف عن دعوى المؤمن له قبل المؤمن التى لايبدا سريان تقادمها الا من وقت مطالبة المضرور للمؤمن له بالتعويض.

تسرى فى شأن التقادم لدعوى المضرور المباشرة القواعد الخاصة بوقف مادة التقادم وانقطاعها وهو ماحرصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ على تاكيدته ومن ثم فانه إذا كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر والذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مقارها سواء كان هو بذاته المؤمن له واو احد ممن يعتبر المؤمن له مسئولا عن الحقوق المدنية عن فعلهم فان سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور قبل المؤمن يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية.

(نقض جلسة ١٩٩٩/٢/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى ص ٥٠٠)

٢- الدعوى المباشرة التى انشاها المشرع للمضرور قبل المؤمن بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارة خاضعة للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدني والذى بتدا مدته من وقت وقع الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر.

إذا كان الفعل غير المشروع الذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن يكون جريمة وكان الدعوى الجنائية قد رفعت على مقارها سواء كان هو المؤمن له أو كان غيره ممن يعتبر مسئولا عن الحقوق المدنية المترتبة على فعلهم.

فان سريان التقادم بالنسبة للمضرور قبل المؤمن يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية لسبب آخر وذلك على أساس ان الدعوى الجنائية يكون فى هذه

الحالة مانعا قانونيا فى معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى يتعذر معه على المضرور مطالبة المؤمن بحقه.

مقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ انه لا يشترط لإلزام شركة التأمين بمبلغ التعويض سوى ان يكون محكوما به بحكم قضائى نهائى وإذا كان المبلغ الذى حكم به للمطعون عليه (المضرور) هو تعويض صدر به حكم نهائى من محكمة الجنح المستأنفه فانه يتحقق بذلك موجب تطبيق تلك المادة ولا يدخل هذا البحث فى نسبية الأحكام وفى ان شركة التأمين لم تكن ممثلة فى الدعوى التى صدر فيها الحكم الجنائى لان التزامها بتغطية مبلغ التعويض ليس مصدره المادة ٤٠٥ من القانون المدنى المتعلقة بحجية الأحكام وانما مصدره المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ وتحقق الشرط الذى نصت عليه والقول بان لشركة التأمين ان تنازع فى مقدار التعويض المحكوم به مؤاده ان تحدد مسئوليتها بما يحكم به عليها وقد يقل عما حكم به ضد المؤمن له وفى ذلك مخالفة لصريح نص المادة الخامسة المشار إليه.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٨ - المرجع السابق- ٤٣ص٢١)

أنشأ المشرع بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات للمضرور فى هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى وهو التقادم الثلاثى المقرر للدعوى عن عقد التأمين ولولا هذا النص لسرى على تلك الدعوى التقادم العادى لأنها تعتبر من الدعوى الناشئة عن عقد التأمين المنصوص عليها فى المادة ٧٥٢ السالفة.

إذا كان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع الحادث الذى ترتبت عليه مسئولية المؤمن له مستقلا عن حق المؤمن له قبل المؤمن لان المضرور يستحقه المباشر بموجب النص القانونى من نفس العمل غير المشروع الذى انشأ حقه قبل المؤمن من وقت وقوع هذا الفعل الذى سبب له الضرر مما يترتب عليه ان مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم ههذ الدعوى تسرى من هذا الوقت وهى فى هذا يختلف عن دعوى المؤمن له قبل المؤمن التى لا يبدأ سريان تقادمها الا من وقت مطالبة المضرور للمؤمن له بالتعويض.

وإذا كانت القواعد العامة الخاصة بوقف مدة التقادم وانقطاعها تسرى على التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن وهو ما حرصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ على توكيده فانه إذا كان العمل غير المشروع الذى سبب الضرر والذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مقدار فيها سواء كان هو بذاته المؤمن له أو احدا ممن يعتبر المؤمن له مسئولا عن الحقوق المدنية على فعلهم فان سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور قبل المؤمن يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم إلى سريان الا منذ صدور الحكم النهائى أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٤ - المرجع السابق- السنة ٢٣- ٦٣٥ص)

٤- أنشأ المشروع بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضورور قبل المؤمن وتنص على أن تخضع هذه الدعوى للتقدم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى وهو التقدم الثلاثى المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين.

التقدم المقرر لدعوى المضورور قبل المؤمن - فى التأمين الإجبارى من حوادث السيارات - تسرى فى شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف التقدم وانقطاعه طبقا لما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

إذا كان الفعل غير المشروع الذى يستند إليه المضورور فى دعواه قبل المؤمن فى التأمين الإجبارى من حوادث السيارات - جريمة رفعت الدعوى الجنائية على مقارفها سواء كان هو بذاته المؤمن له أو احد ممن يعتبر مسئولا عن فعلتهم فان رفع الدعوى الجنائية - وعلى ماجرى به قضاء النقض يعتبر مانعا قانونيا يتعذر معه عل الدائن المضورور مطالبة المؤمن بحقه مما ترتب عليه المادة ٨٢٢ من القانون المدنى وقف سريان التقدم مابقى المانع قائما.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ - المرجع السابق - ص ١٠٦)

٥- أنشأ المشرع بمقتضى المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضورور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقدم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى - رعاية لمصلحة شركات التأمين وعملا على الاستقرار الإقتصادى لها - وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون أن هذا التقدم تسرى فى شأنه القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقدم وانقطاعها. وكانت القاعدة فى الإجراء القاطع للتقدم أن الأثر المترتب على رفع الدعوى بالحكم فيها - من قطع التقدم أو استبدال مدته - لا يتعدي من رفعها ومن رفعت عليه ولا يغير ذلك أن نص المادة الخامسة المشار إليها لزم شركة التأمين بأن تؤدي إلى المضورور مقدار ما يحكم به قضائيا من تعويض مهما بلغت قيمته، مما مفاده أن الحكم بالتعويض يكون حجة على الشركة ولو لم تكن طرفا فيه، ذلك أن حجيته عليها عندئذ إنما تكون مقصورة على إثبات تحقق الشرط المنصوص عليه بتلك المادة للرجوع عليها بمقدار التعويض دون أن يكون لها ان تنازع فى ذلك المقدار ومن ثم فإن الحكم الصادر بالتعويض لا يقطع التقدم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفا فيه.

(الطعن رقم ٩٧٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٧)

٦- دعوى المضورور المباشرة قبل المؤمن فى التأمين الإجبارى عن حوادث السيارات. م٥ق ٩٥٢ لسنة ١٩٥٥. خضوعها للتقدم الثلاثى المقرر بالمادة ٧٥٢ مدنى. سريان القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقدم وانقطاعها بشأن هذا التقدم.

إن المشرع أنشأ للمضورور فى حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن تلك الحوادث. ونص على أن تخضع هذه الدعوى للتقدم

الثلاثي المقرر بالمادة ٧٥٢ من القانون المدني للدعاوي الناشئة عن عقد التأمين، وهذا التأمين - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - تسري في شأنه القواعد العامة بوقف مدة التقادم وإنقطاعها.

(الطعن ٢٦٧٠ لسنة ٥٧ جلسة ١٩٩٢/١/٧ س ٤٤ص ١٥٥)

٧- دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن في التأمين الإجباري عن حوادث السيارات. خضوعها للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ مدني. بدء سريانه من تاريخ وقوع الحادث. انقطاعه طوال مدة المحاكمة الجنائية بمطالبة المضرور المؤمن بالتعويض المؤقت أمام محكمة الجench. إنقضاء الدعوى الجنائية. أثره. سريان تقادم ثلاثي جديد. المادتان ٣٨٣، ٣٨٥ مدني.

مؤدي نص المادة ٣٨٣ من القانون المدني أنه ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية، والنص في المادة ١/٣٨٥ من ذات القانون علي أنه " (١) إذا قطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب علي سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول"، ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى المباشرة التي أنشأها المشرع للمضرور قبل المؤمن بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات تخضع للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني والذي يبدأ سريانه من تاريخ وقوع الحادث إلا أن سريان هذا التقادم ينقطع بمطالبة المضرور المؤمن بالتعويض أمام محكمة الجench طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية وإذا إنقضت الدعوى الجنائية بصور حكم نهائي فيها فإنه يترتب علي ذلك عودة سريان تقادم جديد يسري من تاريخ صيرورة الحكم باتاً تكون مدته هي مدة التقادم السابق.

(الطعن ٣٠٩٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٢ س ٤٦ص ٩٩٧)

٨- دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن في التأمين الإجباري عن حوادث السيارات. خضوعها للتقادم الثلاثي المنصوص عليه بالمادة ٧٥٢ مدني. من المقرر أن المشرع قد أنشأ بمقتضي المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني.

(الطعن ٢٠٧٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٨ س ٤٨ص ٨٣٥)

٩- للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن في التأمين الإجباري من حوادث السيارات. خضوعها للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ مدني. بدء سريانه من وقت وقوع الحادث المسبب للضرر، إختلافها في هذا عن دعوى المضرور بالتعويض الناشئة عن الفعل غير المشروع قبل المسئول عن الضرر التي يبدأ سريان تقادمها الثلاثي من تاريخ العلم بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه. م ١٧٢ مدني.

أنشأ المشرع بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات للمضرور من

هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن ونص علي أن تخضع هذه الدعاوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين، وإذا كان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع الحادث التي ترتبت عليه مسئولية المؤمن فإنه يترتب علي ذلك - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم هذه الدعاوى تسري من هذا الوقت، وهي في هذا تختلف عن دعواه بالتعويض الناشئة عن الفعل غير المشروع قبل المسئول عن الضرر والمنصوص عليها في المادة ١٧٢ من القانون المدني إذ لا تسقط بالتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من التاريخ الذي يتحقق فيه علم المضرور بوقوع الضرر الذي يطالب بالتعويض عن وبشخص المسئول عنه.

(الطعن ٤٦١٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٩ س ٤٨ ص ٩٣١)

١٠- وحيث إن الوقائع - علي ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضدهما أقامتا الدعوى..... لسنة ١٩٩٤ مدني بنها الابتدائية - مأمورية قليوب - علي الشركة الطاعنة بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي إليهما مبلغ ستين ألف جنيه تعويضا عن الأضرار التي لحقت بهما نتيجة وفاة مورثهما بخطأ قائد سيارة مؤمن عليها لديها أدين عن بحكم بات وألزمه بتعويض مؤقت. ومحكمة أول درجة - بعد أن أحالت الدعوى للتحقيق وسمعت شاهدي المطعون ضدهما - حكمت بتاريخ ١٩٩٥/٥/٢٣ بالتعويض الذي قدرته. إستأنف الطرفان هذا الحكم بالإستئناف ٥٩٧، ٦٠٤ لسنة ٢٨ ق طنطا - مأمورية بنها - ودفعت الشركة الطاعنة بسقوط حق المطعون ضدهما في إقامة الدعوى بالتقادم الثلاثي وبتاريخ ١٩٩٥/١١/٧ قضت المحكمة بعد أن ضمت الإستئنافين - بالتأييد. طعنت الشركة في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم، وعرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن حاصل ما تنعاه الشركة الطاعنة علي الحكم المطعون فيها الخطأ في تطبيق القانون إذ أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الثلاثي علي أن الحكم بالتعويض المؤقت يجعل مدة تقادم التعويض الكامل بالنسبة لشركة التأمين خمس عشرة سنة في حين أن هذا الأثر يقتصر علي أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم بالتعويض المؤقت ولا يمتد إلي الشركة الطاعنة التي لم تكن مختصة فيها. بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله. ذلك أنه لما كان المشرع قد أنشأ بمقتضي المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوفي عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني. وأن هذا التقادم تسري في شأنه القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وإنقطاعها وكانت القاعدة في الإجراء القاطع للتقادم أن الأثر المترتب علي رفع الدعوى والحكم فيها - من قطع التقادم أو استبدال مدته - لا يتعدي من رفعها ومن رفعت عليه ولا يغير من

ذلك أن نص المادة الخامسة المشار إليها ألزم شركة التأمين بأن تؤدي إلي المضرور مقدار ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته مما مفاده أن الحكم بالتعويض يكون حجة علي الشركة ولو لم تكن طرفا فيه، ذلك أن حجيته عليها عندئذ إنما تكون مقصوره علي إثبات تحقق الشرط المنصوص عليه بتلك المادة للرجوع عليها بمقدار التعويض دون أن يكون لها أن تتنازع في ذلك المقدار ومن ثم فإن الحكم الصادر بالتعويض لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين مالم تكن طرفا فيه. اما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان المطعون ضدهما لم يختصما الشركة الطاعنة في الدعوى المدنية التي رفعتها أمام محكمة الجنج فان الحكم الصادر فيها بالزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض المؤقت لا يجعل مدة تقادم دعوى التعويض بالنسبة للشركة الطاعنة خمس عشرة سنة بدلا من ثلاث سنوات وكان الثابت أيضا انه قضى باداته قائد السيارة بحكم جنائي صادر بتاريخ ١٩٨٨/٦/٥ وصار باتا بتاريخ ١٩٨٨/٧/١٧ ولم ترفعا المطعون ضدهما الدعوى الماثلة الا بتاريخ ١٩٩٤/١٠/١٨ اي بعد فوات أكثر من ثلاث سنوات ومن ثم يكون الدفع المبدى من الشركة الطاعنة بسقوط الحق في إقامة الدعوى باتقادم صحيحا واذ خالف الحكم المطعون فيه هذه النظر وقضى في أسبابه برفض هذه الدفع فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضة.

(الطعن ٧٢٥ لسنة ٦٥ جلسة ١٩٩٧/١١/٤)

١١- دعوى المضرور المباشرة قبل التأمين الغرض منها حماية المضرور بضمان حصوله على حقه في التعويض الجاب للضرر خضوع هذه الدعوى لتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ مدني. بدء سريانه من وقت وقوع الفعل المسبب للضرر سريان القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها في شأن هذا التقادم.

اذ لم يكن للمضرور طبقا للقواعد العامة وقبل العمل بالقانونين المشار إليهما في اول يناير سنة ١٩٥٦ ان يرجع على شركة التأمين الا بالدعوى غير المباشرة استعمالا الحق مدنيه المؤمن له قبلها وكان المشرع قد رأى ان يخرج على هذه القواعد تحقيقا للاغراض التي استهدف بها حماية المضرور ضمانا لحصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر الذي وقع عليه مهما بلغت قيمة هذا التعويض بما أورده في عجز الفقرة الأولى من المادة الخامسة المشار إليها من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ وجعل بذلك للمضرور من الحادث الذي يقع من سيارة مؤمن عليها ان يرجع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي اصابه من هذا الحادث ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين واذ كان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع الفعل الذي سبب له الضرر مما يترتب عليه ان مدة الثلاث سنوات المقرره لتقادم هذه الدعوى تسري من هذا الوقت الا التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة تسري في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف مدة التقادم وانقطاعها.

(الطعن ١١٢٩٣ لسنة ٦٥ جلسة ١٩٩٧/١١/٤ س ٤٨ ص ١١٧٥)

١٢- وحيث ان الوقائع - وعلى مايبين من الحكم المطعون فيه وسائر الاورق - تتحصل في ان الشركة المطعون ضدها الاولى اقامت على شركة التأمين الطاعنة الدعوى رقم... لسنة ١٩٩٢ مدنى الجيزة الابتدائية بطلب إلزامها بتنفيذ عقد التأمين الجماعى علي الحياة رقم ١٤٩ والذي كانت قد أبرمته لصالح العاملين لديها وذلك إعتبارا من ١٩٩١/١١/١ ولمدة عشر سنوات قابلة للتجديد مع إلزامها بغرامة تهديديه مقدارها مائة ألف جنيه في حالة الإمتناع عن تنفيذه وذلك لعدم قيام الشركة الطاعنة بتنفيذ ما تعهدت به في ذلك العقد، كما أقام المطعون ضده الثاني أحد العاملين لدي المطعون ضدها والمحال الي التقاعد الدعوى رقم.... لسنة ١٩٩٢ مدنى الجيزة الابتدائية عليها وعلي الطاعنة بطلب الحكم بإلزامهما متضامين بأن يؤديا إليه مبلغ التأمين المستحق له والبالغ ٥٣٧٠ جنيه والفوائد، وبعد أن ضمنت المحكمة الدعوى الأخيرة إلي الاولى وقدم الخبير الذي ندبته تقريره حكمت فيهما بالطلبات مع الإكتفاء بجعل الغرامة التهديدية مبلغ عشرة آلاف جنيه، استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالإستئناف رقم ١١٢/ ١٣٧٣١ ق القاهرة كما استأنفته المطعون ضدها الاولى بالإستئناف رقم ١٢/ ١٣٩٣٥ ق القاهرة وفيهما حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه وإذ عرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظره إلترمت فيها النيابة رأيها.

وحيث إن مما تتعاه الطاعنة - بأحد سببي الطعن - علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وذلك حين واجه ما تمسكت به من حقا في عدم تنفيذ عقد التأمين محل التداعي لعدم قيام المطعون ضدها الاولى " المستأمنة " بسداد أقساط التأمين بأن ذلك لا يكون إلا بصدد علاقتها معها لا يتعداه إلي المستفيدين من التأمين ومنهم المطعون ضده الثاني في حين أن عقد التأمين الجماعي رقم ١٤٩ المبرم بينها وبين المطعون ضدها الاولى ما هو إلا إشتراط لمصلحة الغير يحكمه نص المادة ١٥٤ من القانون المدني والذي يجيز للمتعهد فيه التمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد دون أن يدخل المنتفع طرفا فيه بما يحقق لها طبقا لهذا النص ونص المادة ١٦١ من ذات القانون أن تمتنع عن تنفيذ هذا العقد ولو قبل المستفيد منه المطعون ضده الثاني مادامت المطعون ضدها الاولى المتعاقدة معها لم تقم بتنفيذ ما إلترمت به من سداد أقساط التأمين مما يعيب الحكم المطعون فيه حين قضي بإلزامها بتنفيذ عقد التأمين المشار إليه وأداء مبلغ التأمين إلي المطعون ضده الثاني ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله ذلك بأنه لما كان من المقرر أن عقد التأمين الجماعي علي الحياة الذي يبرمه رب العمل لصالح العاملين لديه أما أن يكون تأمينا مؤقتا لحالة الوفاة يكون معه لورثة المؤمن له الحق في مبلغ معين إذا مات إنشاء المدة التي يعمل فيها عند رب العمل وقل أن يعتزل عمله أو تأمينا لحالة البقاء يتحصل بمقتضاه عند إعتزال العمل لبلوغ سن المعاش علي رأي مال دفعه واحده أو بإيراد مرتب مدي الحياة فإن هذا العقد بصورته ليس إلا تطبيقا من تطبيقات الإشتراط لمصلحة الغير يلتزم فيه رب العمل المستأمن بدفع أقساط التأمين إلي شركة التأمين

ويكون لعماله أو ورثتهم حق مباشر قبل الشركة المؤمنة دون أن يدخل العام طرفا في عقد التأمين وبالتالي يكون لهذه الشركة ان تتمسك قبل المستفيدين بالدفع التي تستطيع أن تتمسك بها قبل طالب التأمين أعمالا لنص عجز الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني حيث يجري علي أن "..... ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قب المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد " فان تأخر طالب التأمين في دفع قسط التأمين جاز للمؤمن ان يقف سريان التأمين قبل المستفيد لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركة الطاعنة تمسكت في مرحلتى التقاضى بدفاع حاصله ان عدم وفائها بالتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعى محل التدعى كان بسبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولى طالبة التأمين عن سداد أقساطه هو ما يثبت في الأوراق من تقرير الخبير ولم تتكررة المطعون ضدها الأولى فان مؤدى ذلك ان يكون للطاعنة ان توقف إلتزامها بتنفيذ عقد التأمين بما يكون معه امتناعها عن الوفاء بمبلغه الى المطعون ضده الثانى بحق لما هو مقرر طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني انه إذا كانت الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للآخر الا يوفى بإلتزامه فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائى بل هو ذو طابع وقائى يهدف إلى كفه إستمرار التعاصر الزمنى بين الإلتزامات الحالية المتقابلة وهو ما اصطلاح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذى ليس الا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين لما كان ذلك وكان الحكم المطعون يه المؤيد للحكم الابتدائى فى خالف هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة بتنفيذ عقد التأمين وإلزامها بأداء مبلغه إلى المطعون ضده الثانى على سند من عدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد أقساطه فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه بالنسبة لها دون حاجة لبحث السبب الآخر من سببى الطعن.

وحيث انه لما كان من المقرر انه إذا كان الحكم المطعون فيه متعدد الاجزاء فنقضه فى اجد اجزائه بترتب عليه نقض كل ما تأسس على هذا الجزاء من الاجزاء الأخرى ما طعن فيه ومالم يطعن وكانت المحكمة قد خلصت إلى نقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بإلزام الشركة الطاعنة بمبلغ التأمين فان من شأن ذلك نقضه بالتعبيه فيما تطرق إليه من إلزامها به على سبيل التضامن مع المطعون ضده الأولى وكذلك من القضاء عليها بمبلغ ١٠٠٠٠ جنيه كغرامة تهديديه بإعتبار ان ذلك قد تأسس على الجزء المنقوض من الحكم وذلك عملا بالمادة ٢/٢٧٢ من قانون المرافعات.

(الطعن ٣٢٧٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ ص ٤٨٩ (١٢٣٩)

١٣- وحيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى ان المطعون ضدهما إقامة دعوى رقم.... لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة المنصورة الابتدائية ضد الشركة الطاعنة طالبين إلزامها بان تؤدى إليهما مبلغ خمسين ألف جنيه وقالوا بيان لذلك انه بتاريخ ٢١/١٠/١٩٨٥ توفى مؤرثهم المرحوم /... فى حادث سيارة المرمم عليها لدى الطاعنة وقد ادين قائدها عن خطئه الذى ادى إلى وقوع الحادث الذى راح ضحيته مؤرثهم واذاضحى هذا الحكم نهائيا واذا اصبوا نتيجة لذلك باضرار مادية وادبية وما يستحقه من تعويض مورث يقرون التعويض عنها بالمبلغ

عنه بالمبلغ المطالب به ومن ثم فقد أقاموا دعوى قضت المحكمة أول درجه ببسقوط حقهما في التعويض بالتقادم الثلاثي قاستانفا هذا الحكم بالإستئناف رقم ٩٨٣ لسنة ٤٦ق المنصورة وبتاريخ ١٩٩٤/٨/٢٤ قضت المحكمة بالغاء المستأنف وبإلزام الطاعنة بأن تؤدي للمطعون ضدهما اثني عشر ألف جنية طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم. وإذ عرض الطعن علي المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم علي سبب واحد تنعي به الطاعنة علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك نقول أنه أقام قضاءه علي أن الحكم بالتعويض المؤقت يقطع مدة التقادم كما يستبدلها إلي خمس عشرة سنة، علي حين أن هذا الأثر مقصور علي أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم بالتعويض المؤقت ولا يمتد إلي الشركة الطاعنة لأنها لم تكن مابينهم.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات قد أنشأ بمقتضي المادة الخامسة منه دعوى مباشرة للمضروور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني - رعاية لمصلحة شركات التأمين وعملا علي الإستقرار الإقتصادي لها - وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون أن هذا التقادم تسري في شأنه القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وإنقطاعها، وكانت القاعدة في الإجراء القاطع للتقادم أن الأثر المترتب علي رفع الدعوى والحكم فيها - من قطع التقادم أو إستبدال مدته - لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه، ولا يغير من ذلك أن نص المادة لآخامسة المشار إليها ألزم شركة التأمين بأن تؤدي إلي المضروور مقدار ما يحكم به قضائيا من تعويض مهما بلغت قيمته، مما مفاده أن الحكم بالتعويض يكون حجة علي الشركة ولو لم تكن طرف فيه، ذلك أن حجيته عليها عندئذ إنما تكون مقصورة علي إثبات تحقق الشرط المنصوص عليه بتلك المادة للرجوع عليها بمقدار التعويض دون أن يكون لها أن تنازع في ذلك المقدار، ومن ثم فإن الحكم الصادر بالتعويض لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفا فيه، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدهما لم يختصما الشركة الطاعنة في الدعوى المدنية التي أقامها أمام محكمة الجنج، فإن الحكم الصادر في تلك الدعوى بإلزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض المؤقت لا أثر له في قطع تقادم دعواهما قبل الطاعنة أو إستبدال مدته طالما لم يصدر في مواجهتها.... وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه.

(الطعن ٩٦٤٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٩ لم ينشر بعد)

١٤- وحيث إن الوقائع - علي ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضدهم أقاموا الدعوى رقم..... لسنة ١٩٩١ مدني كلي طنطا ضد الشركة الطاعنة بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي لهم مبلغ ستين ألف جنيه وقالوا بيانا لذلك أنه بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٤ تسبب قائد السيارة قم.... نقل الاسكندرية

بخطئه في موت مورثهم وتحرر عن الحاث المحضر رقم.... لسنة ١٩٨٨ جنح كفر الزيات وقضي بإدانتة بحكم بات وانه لما كانت السيارة أداة الحادث مؤمنا عليها لدى الشركة الطاعنة وقد أصيبوا بأضرار مادية وأدبية وما يستحقونه من تعويض موروث يقدر التعويض الجابر بالمبلغ المطالب به فقد أقاموا الدعوى أحالت محكمة أول درجة الدعوى إلى التحقيق وبعد سماع شاهدي المطعون ضدهم قضت بإلزام الشركة الطاعنة بأن تؤدي للمطعون ضدهم مبلغ ٢٠٠٠٠٠ جنيه تعويضاً أدبياً وموروثاً. استأنف المطعون ضدهم هذا الحكم بالإستئناف رقم ٧٩٢ لسنة ٤٤ ق طنطا كما استأنفته الشركة الطاعنة بالإستئناف رقم ٨٧٢ لسنة ٤٤ ق وبعد ضم الإستئنافين حكمت المحكمة في الإستئناف رقم ٨٧٢ لسنة ٤٤ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضي لكل من المطعون ضدهما الولي بصفتها والمطعون ضده الرابع وإعتبار الدعوى كان لم تكن بالنسبة لهما وفي الإستئناف رقم ٧٩٢ لسنة ٤٤ ق بعدم قبول الإستئناف شكلاً بالنسبة للمطعون ضدهما الرابع والخامس بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضي به من رفض التعويض عن الضرر المادي بالنسبة للمطعون ضدها الأولي وإلزام الطاعنة بأن تؤدي لها مبلغ ٣٠٠٠ جنيه تعويضاً عن هذا الضرر وبتعديل الحكم المستأنف بالنسبة للتعويض عن الضرر الأدبي يجعله ٣٠٠٠ جنيه لكل من المطعون ضدهم الثلاثة الأول وتأييده فيما عدا ذلك. طعنّت الشركة الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه، وإذ عرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشوره حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث ان مما تنعاه الشركة الطاعنة علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسييب والفساد في الإستدلال وفي بيان ذلك تقول أنها دفعت أمام محكمة الموضوع بسقوط دعوى المطعون ضدهم بالتقادم الثلاثي طبقاً لنص المادة ٧٥٢ من القانون المدني ذلك ان الحكم الجنائي بإدانة قائد السيارة المؤمن عليها لديها قد صدر حضورياً بتاريخ ١٩٨٨/٣/٩ وأصبح باتاً لعدم الطعن عليه بالإستئناف ولم يرفع المطعون ضدهم دعواهم الا في ١٩٩١/٥/١٢ وبعد مرور أكثر من ثلاث سنوات فإن حقهم من مطالبة الطاعنة بالتعويض يكون قد سقط بالتقادم الثلاثي وإذ قضي الحكم المطعون فيه برفض هذا الدفع علي سند من أن المطعون ضدهم لم يتوافر لهم العلم اليقيني بالشخص المسئول عن الحادث فإن يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى المباشرة التي أنشأها المشرع للمضروور قبل المؤمن بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني والذي تبدأ مدته من وقت وقوع الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر وهذا التقادم تسري في شأنه القواعد المتعلقة بوقف مدة التقادم وإقطاعها فإذا رفعت الدعوى الجنائية ضد مرتكب الفعل سواء كان من المؤمن له أو أحد ممن يعتبر المؤمن له مسئولاً عن فعله فإن سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضروور قبل المؤمن يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم إلي السريان إلا من

تاريخ الحكم الجنائي النهائي أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الفعل غير المشروع يشكل جريمة قتل مورث المطعون ضدهم خطأ ورفعت الدعوى الجنائية بشأنها ضد قائد السيارة بما يترتب عليه وقف سريان تقادم دعوى المضرورين قبل الشركة الطاعنة حتي الفصل نهائياً فيها وإذ صدر الحكم الجنائي حضورياً في ١٩٨٨/٣/٩ بإدانته ولم يستأنفه فأصبح نهائياً وباتاً فإن تقادم دعوى المضرورين يعود إلي السريان من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائياً بفوات مواعيد الطعن عليه وإذ أقام المطعون ضدهم دعواهم الماثلة في ١٩٩١/٥/١٢ وبعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة الحكم الجنائي باتاً فإن الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم الثلاثي عملاً بنص المادة ٧٥٢ من القانون المدني وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث أسباب الطعن.

(الطعن ٨٥٨٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٩)

١٥- مدة التقادم الثلاثي للدعوى الناشئة عن عقد التأمين. م ٧٥٢ مدني بدء سريانهما في حق ذوي الشأن من تاريخ علمهم الحقيقي بوقوع الحادث المؤمن منه، لا يغني عنه مجرد وقوع الحادث.

النص في المادة ٧٥٢ من القانون المدني علي أن (١) تسقط بالتقادم الدعوى الناشئة عن حق التأمين بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى (٢) ومع ذلك لا تسري هذه المادة: (أ)..... (ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه. مفاده أن مدة التقادم الثلاثي إنما تسري في حق ذوي الشأن من تاريخ علمهم بتاريخ الحادث المؤمن منه والمراد بالعلم الذي يعتد به لبدء سريان هذا التقادم هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الحادث المؤمن منه فلا يغني مجرد وقوعه عن ثبوت العلم به.

(الطعن ٢٨٩٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٦/٦ لم ينشر بعد)

١٦- ثبوت علم المطعون ضدهم بوقوع الحادث الذي أودي بحياة مورثهم حال تسلمهم شهادة السجلات العسكرية اعتقاداً منهم بأن وفاته كانت طبيعية لعدم إخطارهم بالحادث. ايداعهم صحيفة ادخال شركة التأمين لمطالبتها بالتعويض قبل مرور ثلاث سنوات من تاريخ علمهم. دفع الدعوى بالتقادم الثلاثي لا أساس له.

لما كانت الثابت من أقوال شاهدي المستأنف عليهم في الاستئناف رقم ٤٤٨٩ لسنة ١١٣ ق أن هؤلاء وقد علموا بوقوع الحادث الذي أودي بحياة مورثهم من السيارة رقم..... بتاريخ السادس عشر من يولييه سنة ١٩٩٢ حال تسلمهم الشهادة لاصادرة من مصلحة السجلات العسكرية بناء علي طلبهم اعتقاداً منهم بأن وفاته كانت طبيعية إثناء تواجده بالخدمة العسكرية الأمر الذي يؤكد تاريخ صدور تلك الشهادة المرفقة بالأوراق وذلك بعد أن خلت الأوراق من قيام وزارة الدفاع بإخطارهم بالحادث رغم أنها كانت ممثلة في الدعوى أمام محكمة أول درجة، وإذا كان هؤلاء المستأنف عليهم قد أودعوا صحيفة ادخال شركة التأمين المستأنفة في الرابع من مارس سنة ١٩٩٣ لمطالبتها بالتعويض المستحق لهم باعتبارها المؤمن لديها من مخاطر السيارة

المتسببة من الحادث وهو مالا تماري فيه، وذلك قبل مضي ثلاث سنوات علي تاريخ عملهم الحقيقي بوقوع الحادث المؤمن منه في السادس عشر من يولية سنة ١٩٩٢ علي نحو ما سلف بيانه. فإن الدفع المبدي من الطاعنة بالتقادم الثلاثي يضحى قائما علي غير أساس.

(الطعن ٢٨٩٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٦/٦ لم ينشر بعد)

١٧- دعوى رجوع شركة التأمين علي المؤمن له بما دفعته من تعويض للمضرور في حوادث السيارات. أساسها. عقد التأمين من المسؤولية أثره. إعتبارها من الدعاوى الناشئة عن هذا العقد. سقوطها بالتقادم بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت دفع المؤمن بالتعويض للمضرور.

دعوى شركة التأمين بالرجوع (علي المؤمن له بما دفعته من تعويض للمضرور في حوادث السيارات) وسببها وأساسها يكمن في مخالفة شروط عقد التأمين من المسؤولية المبرم بين المؤمن له، تعد بهذه المشابة من الدعاوى الناشئة عن هذا العقد فنقسط بالتقادم طبقا لنص المادة ٧٥٢ من القانون المدني بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى وهي - في هذه الحالة - دفع المؤمن التعويض للمضرور.

(الطعن ٩٦٤٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٩ لم ينشر بعد)

١٨- انتهاء الحكم إلي النتيجة الصحيحة بقضائه برفض الدفع بسقوط دعوى رجوع شركة التأمين علي المؤمن له - بما دفعته من تعويض للمضرور - بالتقادم الثلاثي. إحتسابه بداية سريان التقادم من تاريخ صدور الحكم النهائي بالتعويض للمضرور حين أنه يبدأ من تاريخ دفع المؤمن للتعويض. لمحكمة النقض تصحيح هذه التقارير القانونية الخاطئة دون أن تنقصه.

لما كان الثابت في الأوراق أن شركة التأمين المطعون ضدها قامت بأداء التعويض إلي المضرورين من الحادث في ١٩٨٥/٥/٢٥ ورفعت دعاوها بالرجوع علي الطاعن (المؤمن له) في ١٩٨٧/٧/٢٧ فإنها تكون قد أقيمت قبل سقوطها بالتقادم الثلاثي. وإذ انتهى الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إلي هذه النتيجة فلا يعيبه تنكب الوسيلة بإحتسابه يوم ١٩٨٥/٣/٦ تاريخ صدور الحكم النهائي بالتعويض للمضرورين هو لاتاريخ الذي يبدأ من اليوم التالي له سريان هذا التقادم إذ لمحكمة النقض تصحيح هذه التقارير الخاطئة دون أن تنقصه.

(الطعن ٥٦٣٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٨/١/٨ لم ينشر بعد)

١٩- أدعاء المضرورين مدنيا قبل مرتكب الحادث والمؤمن له في الجنحة المقامة عن الحادث والحكم فيها بالإدانة والتعويض المؤقت. إقامة المؤمن له دعوى ضمان فرعية قبل المؤمن إثناء سير الدعوى المدنية الأصلية وبعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من صيور الحكم الجنائي باتا. أثره سقوط الحق في رفعها بالتقادم الثلاثي علة ذلك. القضاء برفض الدفع بهذا السقوط علي قالة وقف سريان التقادم بإقامة الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الأصلية التي كان المؤمن طرفا فيها. خطأ.

إذ كان البين من الأوراق أن المضرورين أدعوا مدنيا قبل مرتكب الحادث والشركة المطعون ضدها العاشرة (المؤمن له) بطلب التعويض المؤقت عن وفاة مورثهم إنشاء نظر الجنحة... لسنة فاقوس بتاريخ ١٩٨١/٦/١٤ وصدر فيها حكم بالإدانة والتعويض المؤقت وصار باتا بتاريخ ١٩٨٢/١٢/٢ وإذ أقامت الشركة المطعون ضدها العاشرة علي الشركة القابضة (المؤمن) دعوى الضمان الفرعية وهي دعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية ولا تعتبر دفاعا فيها ولا دفعا لها - بتاريخ ١٩٩٥/٣/٢٠ بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من صيرورة الحكم الجنائي باتا فان الحق في رفعها يكون قد سقط بالتقادم الثلاثي وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع (الدفع بالسقوط) بقوله (..... ان التقادم قد اوقف سريانه بإقامة الدعوى الجنائية والدعوى المدنية (الأصلية) التي كانت الشركة (المؤمن) طرفا في تلك الدعوى) فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٢٧٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٣/١٧)

٢٠- جهل المضرور بحقيقة المؤمن لديه. لابعد مانعا يوقف التقادم بعد سريانه. م ٣٤٢ مدنى. قضاء الحكم المطعون فيه برفض دفع الشركة الطاعنة بإنقضاء الدعوى المدنية قبلها لاختصاصها بعد أكثر من ثلاث سنوات على حالة ان جهل المضرورين بكونها المؤمن لديه سبب موقف للتقادم خطأ.

جهل المضرور بحقيقة المؤمن لديه لايمكن عده من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقا للمادة ٣٨٢ من الانون المدنى فان الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر ورفض دفع الشركة الطاعنة تأسيسا على ان اجهل المضرورين بكونها المؤمن لديها سبب موقف للتقادم يكون قد اخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٨)

٢١- القضاء إستئنافيا غيابيا بادانة قائد السيارة المتسببة في الحادث إعتباره مانعا قانونيا سريان التقادم دعوى المضرور بالتعويض قبل شركة التأمين مرور ثلاث سنوات من تاريخ صدوره دون اعلانه أو اتخاذ أى إجراء من بعده قاطع لتقادم الدعوى الجنائية اثره. إنقضاؤها ودعوة سريان تقادم دعوى المضرور من اليوم التالى لهذا الإنقضاء مؤاده سقوط حق المضرور فى رفعها بعد اكثر من ثلاث سنوات من هذا التاريخ إعتبار الحكم تقادم دعوى المضرور قد اوقف لمدة خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم الغيابى بإعتبارها المدة المسقطه للعقوبة المحكوم بها وترتبه على ذلك عدم سقوط الدعوى المدنية خلط بين تقادم العقوبة الذى يبدأ من تاريخ صدور الحكم البات وبين التقادم المنهى للدعوى الجنائية حالة عدم صدور هذا الحكم البات خطأ.

لما كان الثابت من الأوراق ان النيابة العامة قد اقامت الدعوى الجنائية قبل قائد السيارة المتسببة فى الحادث وقضت محكمة الجنح المستأنفة بتاريخ ١٩٩٠/٤/١٤ غيابيا بتأييد ادانته وكان البين من الشهادة الرسمية الصادرة من النيابة العامة والمودعة بالأوراق ان هذا الحكم الجنائى الغيابى لم يكن يتخذ من بعده ثمة إجراء قاطع للتقادم

حتى إنقضت الدعوى الجنائية في ١٣/٤/١٩٩٣ بمضى ثلاث سنوات من تاريخ صدور هذا الحكم الغيابي باعتباره آخر إجراء قاطع للتقادم فان قيام الدعوى الجنائية خلال هذه الفترة ايعد مانعا قانونيا من شأنه وقف سريان التقادم الثلاثي لدعوى المطعون ضدهما بالتعويض قبل الشركة الطاعنة ولا يعود إلى السريان الا من اليوم التالي لهذا الإنقضاء انف الذكر والحاصل بتاريخ ١٣/٤/١٩٩٣ وإذا كانت دعوى المطعون ضدهما بالتعويض قد رفعت بتاريخ ٣٠/٩/١٩٩٧ فانها تكون قد اقيمت بعد سقوط الحق في رفعها واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر ان سريان التقادم الثلاثي لدعوى المطعون ضدهما بالتعويض قد اوقف لمدة خمس سنوات ابتداء من ١٤/٤/١٩٩٠ تاريخ صدور الحكم الغيابي الاستثنائي بالادانته باعتباره المدة المسقطه للعقوبة المحكومة بها في الجحة عملا بنص المادة ٥٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية وبالتالي تكون الدعوى المدنية قد رفعت قبل السقوط فانه يكون قد خلط بين تقادم العقوبة وهي مضي فترة من الزمن يحددها القانون تبدا من تاريخ صدور الحكم البات دون ان يتخذ خلالها إجراء لتنفيذ العقوبة المقضى بها وهو ما لامجال فيه في النزاع القائم وبين التقادم المنهى للدعوى الجنائية والتي حددت أحكامها المواد من ١٥-١٨ من قانون الإجراءات الجنائية والذي يفترض فيه انه لم يصدر بعد هذا الحكم البات وان الدعوى لم تنقض بعد بما يصمه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٢٩١٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٩/٤/١٩٩٩ لم ينشر بعد)

٢٢- وحيث ان هذا النعى في محله ذلك ان المشرع انشا بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات للمضروب في هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٢/٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين واذا كان حق المضروب قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع القعل الذى سبب له الضرر مما يترتب عليه ان مدة الثلاث سنوات المقرره لهذه الدعوى تسرى من هذا الوقت وهي في هذا تختلف عن دعواه بالتعويض الناشئة عن الفعل غير المشروع قبل المسؤولية عن الضرر التى لا تسقط بالتقادم الا قابضاء ثلاث سنوات تبدا من التاريخ الذى يتحقق فيه علم المضروب بوقوع الضرر الذى يطالب التعويض عنه وبشخص محدثه الا انه لما كان التقادم المقرر لدعوى المضروب المباشرة - وعلى ماجري به قضاء هذه المحكمة - تسري في شأنه القواعد الخاصة بوقف التقادم وانقطاعها فإنه اذا كان الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر والذي يستند إليه المضروب في دعواه قبل المؤمن هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية علي مقارفها سواء كان هو المؤمن له أو أحدا ممن يعتبر المؤمن له مسئولا عن الحقوق المدنية عن فعلهم، فإن سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضروب قبل المؤمن يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم إلي السريان إلا من تاريخ صدور الحكم الجنائي البات أو إنتهاء المحاكمة بسبب آخر - لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الفعل الذي سبب الضرر

للمضرور جريمة وأن المؤمن له مسئول عن الحقوق المدنية عنه وأن المحاكمة الجنائية لم تنته إلا في ١٩٩٢/١٢/٢٠ بصيروره الحكم الجنائي باتاً، فإن التقادم الثلاثي المسقط لحق المضرور في الرجوع علي المؤمن يبدأ في السريان من اليوم التالي لهذا التاريخ، وإذ كانت الدعوى المائلة قد رفعت بتاريخ ١٩٩٦/٣/٩ فإنها تكون قد أقيمت بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء المحاكمة الجنائية ويكون الحق في رفعها قد سقط بالتقادم الثلاث وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض الدفع بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم وبتعديل الحكم المستأنف إلي إلزام الطاعنة بأن تؤدي إلي المطعون ضدهما مبلغ ١٢٠٠ جنيه فإنه يكون قد خالف القانون وخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه.

(الطعن ٢٥٤٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠١/١/١٨ لم ينشر بعد)

٢٣- وحيث إن هذا النعي سديد ذلك أنه لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الدعوى المباشرة للمضرور قبل المؤمن تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني، والذي تسري في شأنه القواعد في الإجراء القاطع للتقادم أن الأثر المترتب علي رفع الدعوى والحكم فيها - من قطع التقادم أو إستبدال مدته - لا يتعدي من رفعها ومن رفعت عليه، ولا يغير من ذلك أن نص المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ألزم شركة التأمين بأن تؤدي إلي المضرور مقدار ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته، مما مفادة أن الحكم بالتعويض يكون حجة علي الشركة ولو لم تكن طرفاً فيه، ذلك أن حجيته عليها عندئذ إنما تكون مقصورة علي إثبات تحقق الشرط المنصوص عليه في تلك المادة للرجوع عليها بمقدار التعويض دون إن تنازع في ذلك المقدار، ومن ثم فإن الحكم الصادر بالتعويض لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفاً فيه. لما كان وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده لم يختصم الشركة الطاعنة في الدعوى المدنية التي رفعها أمام محكمة الجناح فإن الحكم الصادر في تلك الدعوى بإلزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض المؤقت لا يجعل مدة تقادم دعوي التعويض الكامل بالنسبة للشركة خمسة عشرة سنة بدلاً من ثلاث سنوات طالما لم يصدر في مواجهتها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه في هذا الخصوص.

(الطعن ٩٥ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥ لم ينشر)

٢٤- وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المشروع أنشأ بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات للمضرور في هذه الحوادث دعوي مباشرة قبل المؤمن ونص علي أن تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين، وإذ كان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع الفعل الذي سبب له الضرر مما يترتب عليها أن مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم هذه الدعوى تسري من هذا الوقت وهي

في هذا تختلف عن دعواه بالتعويض الناشئة عن العمل غير المشروع قبل المسئول عن الضرر التي لا تسقط بالتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من التاريخ الذي يتحقق فيه علم المضرور بوقوع الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه وبشخص المسئول عنه، إلا أنه لما كلان التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة تسري في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف مدة التقادم وانقطاعها فإنه إذا كان الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر والذي يستند إليه المضرور في دعواه قبل المؤمن هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية علي مقارفها سواء كان هو المؤمن له أو أحدا ممن يعتبر المؤمن مسئولاً عن الحقوق المدنية عن فعلهم فإن سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور قبل المؤمن يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم إلي السريان إلا من تاريخ صدور الحكم الجنائي أو إنتهاء المحاكمة بسبب آخر، وكان الثابت بالأوراق أن الفعل الذي سبب الضرر للمضرور جريمة أن المؤمن له مسئول عن الحقول المدنية وإن المحاكمة الجنائية لم تنته إلا في ١٩٩٢/٧/٧ بصيرورة الحكم الجنائي بالإدانة باتاء، فإن التقادم الثلاثي المسقط لحق المضرور في الرجوع علي المؤمن بيد في السريان من اليوم التالي لهذا التاريخ، وإذ كانت الدعوى الماثلة قد رفعت بتاريخ ١٩٩٨/٢/٥ فإنها تكون قد اقيمت بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ إنتهاء المحاكمة الجنائية ويكون الحق في رفعها قد سقط بالتقادم الثلاثي، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض الدفع بالتقادم علي سند من إحتمساب مدة السقوط إعتباراً من تاريخ العلم الحقيقي بالضرر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ٧٤٢ لسنة ٦٩ ق- جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٩ لم ينشر بعد)

٢٥- وحيث إن الطعن أقيم علي سبب واحد تنعي به الطاعنة علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي بيان ذلك نقول إن الحكم المطعون فيه قي برفض الدفع بسقوط الحق في إقامة الدعوى بالتقادم الثلاثي علي ما ذهب إليه من أن المطعون ضدهما كانا قد أقاما الدعوى رقم..... سنة..... مدني كلي طناً بالمطالبة بذات الدين بما يقطع تقادم الحق في رفع الدعوى في حين أنه قد قضي فيها بإعتبارها كأن لم تكن ومن ثم يزول أثرها في قطع التقادم بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أنشأ بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من حوادث السيارات دعوي مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وتبدأ مدته من وقت وقوع الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر - وأن هذا التقادم تسري في شأنه القواعد العامة المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها. وكان النص في المادة ٣٨٣ من القانون المدني علي أن ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية.... يدل - علي أن إقامة الدعوى المدنية يترتب عليه قطع التقادم ويمتد هذا الإنقطاع طوال الوقت الذي يستغرقه سير الدعوى ولا يزول إلا بعد حكم فيها فإذا حكم موضوعها بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة

سنة طبقاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المشار إليه أما إذا حكم برفض الدعوى أو بإنهاء الخصومة فيها أو بسقوطها أو بإنقضائها أو بإعتبارها كأن لم تكن فإن أثر الإنقطاع يزول ويعتبر التقادم كأن لم ينقطع. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعنة ركنت في دفعها إلي أن الحكم الجنائي صار باتاً في ١٩٨٩/١/١٧ ولم يختصم في الدعوى المائلة إلا بتاريخ ١٩٩٥/٧/٣ بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء المحاكمة الجنائية وأن الدعوى رقم.....سنة..... مدني محكمة طنطا الابتدائية المقامة من المطعون ضدهما الأولين علي الطاعنة بالمطالبة بذات الدين قد قضي فيها بجلسة ١٩٩٤/١/٢٤ بإعتبار الدعوى كأن لم تكن مما مفاده زوال أثرها في قطع التقادم ومن ثم سقوط الدعوى الحالية قبل الطاعنة بالتقادم وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه في هذا الخصوص.

وحيث ان الموضوع صالح للفصل فيه - ولما تقدم وكانت دعوى المطعون ضدهما الأولين قبل الطاعنة قد سقطت بالتقادم فانه يتعين القضاء في موضوع الاستئناف بالغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المستأنفة بالتعويض وبسقوط الدعوى قبلها بالتقادم.

(الطعن ٢٠٨٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧ لم ينشر بعد)

٢٦- وحيث ان الطعن اقيم على سبب واحد تنعى له الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون - ذلك انه اقام قضاءه على ان الحكم بالتعويض المؤقت يجعل مدة تقادم دعوى التعويض الكامل بالنسبة لشركة التأمين خمس عشرة سنة بدلا من ثلاث سنوات في حين ان هذا الاثر يقتصر على أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم بالتعويض المؤقت وى يمتد إلى الشركة الطاعنة لانها لم تكن مختصمة فيها.

وحيث ان هذا النعى في محله - ذلك انه لما كان المشرع قد انشا بمقتضى المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضروور قبل المؤمن واخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثى المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدنى رعاية لمصلحة شركات التأمين وعملا على الاستقرار الإقتصادى لها وقد اكدت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون ان هذا التقادم تسرى في شأنه القواعد العامة المتعلقة بوقف التقادم وانقطاعها وكانت القاعدة في الإجراء القاطع للتقادم ان الاثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها - من قطع التقادم أو استبدال مدته - لايتعدى من رفعها ومن رفعت عليه - ولا يغير من ذلك ان نص المادة الخامسة المشار إليها بإلزام شركة التأمين بان تؤدى للمضروور مقدار ما يحكم به قضائيا من تعويض معما بلغت قيمته مما مفاده انالحكم بالتعويض يكون حجة على الشركة ولو لم تكن طرفا فيه ذلك ان حجيته عليها عندئذ تكون مقصورة على إثبات تحقق الشرط المنصوص عليه بتلك المادة للرجوع عليها بمقدار التعويض دون ان يكون لها ان تنازع في ذلك المقدار ومن ثم فان الحكم الصادر بالتعويض لايقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة

التأمين مالم تكن طرفا فيه لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان المطعون ضده الأول لم يختصم الشركة الطاعنة في الدعوى المدنية التي رفعها أمام محكمة الجench فان الحكم الصادر في تلك الدعوى بإلزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض المؤمت لايجعل مدة تقادم دعوى التعويض الكامل بالنسبة للشركة خمس عشرة سنة بدلا من ثلاث سنوات طالما لم فى مواجهتها واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه.

(الطنع ١٥١١ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢١ لم ينشر بعد)

٢٧- وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك بان المشرع انشا بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن واخضع هذ الدعوى للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى واذ كان حق المضرور قبل المؤمن ينشا من وقت وقوع الفعل الذى سبب له الضرر مما عليه ان مدة الثلاث سنوات المقرره لتقادم هذه الدعوى تسرى من هذا الوقت وهى فى هذا تختلف عن دعواه بالتعويض الناشئة عن الفعل غير المشروع قبل المسئول عن الضرر التى لا تسقط بالتقادم الا بنقضاء ثلاث سنوات من التاريخ الذى يتحقق فيه علم المضرور بوقوع الضرر الذى يطالب بالتعويض عنه وبشخص المسئول عنه الا انه لما كان التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة تسرى فى شأنه القواعد الخاصة بوقف مدة التقادم وانقطاعها فانه إذا كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر والذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن هو جريمة فان سريان هذا التقادم يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية أو يجرى فيها التحقيق بمعرفة النيابة العامة اوقاضى التحقيق ولا يعود هذا التقادم إلى السريان الا من تاريخ صدور الحكم النهائى وانتهاء المحاكمة بسبب آخر أو صدور قرار نهائى من النيابة أو من قاضى التحقيق بالا وجه لإقامة الدعوى الجنائية لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان العمل غير المشروع الذى سبب الضرر للمطعون ضدهما شكل جنحة قيدت برقم... لسنة... كفر صقر ضد قائد السيارة رقم... نقل شرقية وقدمت النيابة العامة للمحاكمة وقضى فيها بادانته المتهم بحكم صار باتا بتاريخ ١٩٨٣/٥/٨ فان سريان التقادم لايبدا الا من هاذ التاريخ ولما كان المطعون ضدهما اقامتا الدعوى الراهنة بايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بتاريخ ١٩٨٦/٩/١٣ بعد مضى أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ صيرورة الحكم الجنائى باتا فيكون الحق فى رفعها قد سقط بالتقادم الثلاثى واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بالتقادم فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق مما يوجب نقضه.

(الطنع ٥٥٨٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١١ لم ينشر بعد)

٢٨- وحيث ان هذا النعى سديد ذلك ان المشرع انشا للمضرور فى حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن تلك الحوادث ونص على ان تخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثى المقرر بالمادة ٧٥٢ من القانون

المدنى للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين وهذا التقادم - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - تسرى في شأنه القواعد العامة بوقف مدة التقادم وانقطاعها فإذا كان الفعل غير المشروع الذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن يكون جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مرتكبها سواء كان هو بذاته المؤمن له أو احد ممن يعتبر المؤمن له مسئولاً عن الحقوق المدنية عن فعلهم فان الجريمة تكون مسألة مشتركة بين هذه الدعوى وبين الدعوى المدنية التى يرفعها المضرور على المؤمن ولازمة للفصل فى كيهما فيعتبر رفع الدعوى الجنائية مانعاً قانونياً يتعذر معه على الدائن المضرور مطالبة المؤمن بحقه.

(الطعن ٢٧٦٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢ لم ينشر بعد)

٢٩- دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن فى التأمين الإجبارى من حوادث السيارات. م ٥٢ ق ٦٥ لسنة ١٩٥٥ خضوعها للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ مدنى. بدء سريانه من وقت وقوع الفعل المسبب للضرر المادتان ١/٣٨١ ١/٧٥٢ مدنى. الاستثناء تمسك ذوى الشأن بعدم علمهم بوقوع الحادث أو بدخوله فى ضمان المؤمن تراخى بدء سريان التقادم عندئذ إلى وقت هذا العلم ٢/٧٥٢ (ب) مدنى عبء إثبات عدم العلم وقوعه على عائق ذوى الشأن انشا المشرع للمضرور فى حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية الناشئة من حوادث السيارات واخضعها للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين واذا كان الحق المضرور قبل المؤمن - ينشأ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - من وقت وقوع الحادث الذى ترتبت عليه المسؤولية المؤمن له لان المضرور يستمد حقه المباشر بموجب النص القانونى من ذات العمل غير المشروع الذى انشا حقه قبل المؤمن له فانه بذلك يستطيع المضرور ان يرفع دعواه المباشرة على المؤمن من وقت وقوع هذا الفعل الذى سبب له الضرر مما يترتب عليه ان مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم هذه الدعوى تسرى من هذا الوقت طبقاً لفقرة الأولى من المادة ٧٥٢ اشارة إليها باعتباره اليوم الذى أصبح فيه دين التعويض مستحق الأداء عملاً بالقاعدة العامة الواردة فى المادة ١/٣٨١ من القانون المدنى ما لم يتمسك ذوو الشأن بعدم علمهم بوقوع الحادث أو بدخوله فى ضمان المؤمن والذى يقع عليهم عبء إثباته فيتراخى عندئذ بدء سريان هذا التقادم إلى وقت هذا العلم وذلك أعمالاً للبند (ب) من الفقرة الثانية من المادة ٧٥٢ سالفه الذكر.

(الطعن ١٢٠٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨ لم ينشر بعد)

٣٠- عدم تمسك المطعون ضدهم المضرورين بإقضاء عملهم بتاريخ وقوع الحادث اثره بدء سريان تقادم دعواهم المباشرة قبل المؤمن منذ هذا التاريخ رفع دعوى جنائية قبل قائد السيارة المتسببة فى الحادث وإقضاء الدعوى الجنائية فيها بوفاة المتهم بدء سريان تقادم دعوى المطعون ضدهم من اليوم التالى لهذا الإنقضاء رفعها بعد مضى أكثر من ثلاث سنوات على هذا التاريخ اثره سقوطها بالتقادم أعمال الحكم المطعون فيه أحكام تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فى

حق شركة التأمين الطاعنة وقضاؤه برفض دفعها بالتقادم لعدم ثبوت علم المطعون ضدهم أمام المحكمة بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه خطأ.

اذ كان الثابت من الأوراق ومن الحكم المطعون فيه ان العمل غير المشروع الذى سبب الضرر للمطعون ضدهم قد وقع فى يوم ١٧/٦/١٩٩٢ كما ولو يتمسكوا بعدم علمهم بوقوعه فى هذا التاريخ فانه ومنذ هذا اليوم يكون لهم - كأصل - الحق فى مباشرة دعواهم المباشرة قبل الطاعنة ويبدأ عنده سريان التقادم الثلاثى المنصوص عليه بالمادة ٧٥٢ من القانون المدنى الا انه لما كان هذا العمل غير المشروع قد شكل جنحة قيدت ضد قائد السيارة المتسببة فى الحادث إنقضت فيها الدعوى الجنائية بتاريخ ١٧/٦/١٩٩٢ عملاً بالمادة ١٤ من قانون الإجراءات الجنائية وذلك بوفاء المتعهم فى هذا التاريخ فانه ومن اليوم التالى له يبدأ سريان التقادم الثلاثى انفس الذكر لدعوى التعويض واذ كانت هذه الدعوى قد رفعت بتاريخ ١٤/١١/١٩٩٦ اى بعد مضى أكثر من ثلاث سنوات على إنقضاء الدعوى الجنائية فانها يكون قد رفعت بعد سقوط الحق فى رفعها واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعمل فى حق شركة التأمين الطاعنة أحكام تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع المميزه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى والخاصة برجوع المضرور على المسئول عن الضرر وخلص إلى رفض دفعها بتقادم لعدم ثبوت علم المطعون ضدهم أمام المحكمة بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه قبل أكثر من ثلاث سنوات سابقة على رفع دعواهم وعدم مضى خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الحادث حتى يوم اقامتها فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن ١٢٠٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨)

٣١- وحيث ان الطعن اقيم على سببين تنعى به الطاعنة بالسبب الأول منهما الفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق والخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول انها تمسكت بان الحق المطعون ضدهما الأولين فى المطالبة بالتعويض عن وفاة مورثتهما قد سقط بالتقادم الثلاثى أعمالا لحكم المادة ٧٥٢ من القانون المدنى لصدور الحكم الجنائية النهائى بادانة المطعون ضد الثالث المتسبب فى الحادث بتاريخ ١٠/٢/١٩٩٠ - وهو يبدأ منه إحتساب مدة التقادم - وقيامهما بإيداع صحيفة دعواهما بالمطالبة بتكملة التعويض فى ١٩/٦/١٩٩٥ الا ان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه اقام قضاؤه برفض هذا الدفع على سند من ان الادعاء المدنى بالتعويض المؤقت قبل الطاعنة أمام المحكمة الجنائية يجعل مدة تقادم دعوى تكملة التعويض خمس عشرة سنة على الرغم من ان هذا الطلب لم يعلن اليه اعلانا صحيحا كما ان الحكم الصادر فيه لم يكن طرفا فيه بل صدر ضد المتهم فحسب - المطعون ضده الثالث - مما يجعل مدة تقادم دعوى التعويض الكامل بالنسبة لها ثلاث سنوات عملاً بالمادة ٧٥٢ من القانون المدنى واذ خالف الحكم هذا النظر فانه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعى مردود ذلك ان مؤدى المادة ٣٨٣ من القانون المدنى ان ينقطع التقادم المطالبة القضائية والنص فى المادة ١/٣٨٥ من ذات القانون على انه

"١- إذا انقطع التقادم بدا تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدته التقادم الأول " والمطالبة القضائية القطاعة للتقادم وفقا لحكم المادتين ٦٣ من قانون المرافعات ٣٨٣ من قانون المدني انما يتحقق بإجراء قوامه ايداع صحيفة الدعوى مستوفيه شرائط صحتها إدارة كتاب المحكمة وينبى على ذلك ان بطلان اعلان هذه الصحيفة لاثوثر فى صحة ذلك الإجراء أو على الاثار التى يرتبها القانون عليه - بإعتبار ان الإجراء الباطل ليس من شأنه ان يؤثر على الإجراء الصحيح السابق عليه وان المطالبة على هذا النحو لايزول اثرها الا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو القضاء بإعتبارها كان لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو إنقضائها متى طلبت قبل التكلم فى الموضوع وفى غير هذه الأحوال فان هذه المطالبة تبقى منتجة لاثارها الموضوعية والاجرائية إلى ان يقضى فى الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الدعوى المباشرة التى انشاها المشروع للمضروع قبل المؤمن بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات تخضع للتقادم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدني والذى يبدأ سريانه من تاريخ وقوع الحادث الا ان سريان هذا التقادم ينقطع بمطالبة المضروع المؤمن بالتعويض أمام محكمة الجench طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية واذ إنقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائى فيها فانه يترتب على ذلك عودة سريان تقادم جديد يسرى من تاريخ صيرور الحكم باتا تكون مدته هي مدة التقادم السابق لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ان المطعون ضدهما الأولين قد اقاما دعوى التعويض المؤقت قبل الشركة الطاعنة أمام محكمة الجench لإلزامها ومرتكب الحادث - المطعون ضده الثالث - بهذا التعويض ثم صدر الحكم الجنائى المؤيد استئنافيا بتاريخ ١٠/٢/١٩٩٠ بإلزام مرتكب الحادث فقط بالتعويض المؤتم وأغل الفصل فى طلب إلزام الشركة الطاعنة المؤتم والذى لازال قائما أمام محكمة الجench ولم يثبت من الأوراق الفصل فيه مما يجعل سبب انقطاع تقادم دعوى المطعون ضدهما قبل الشركة الطاعنة بالتعويض المؤقت قائما لعدم الفصل فيها ولا يمنعهما من رفع الدعوى المباشرة بالتعويض الكامل قبل الشركة الطاعنة ولا تواجه من قبل الأخير بسقوطها بمضى المدة وذلك لأن سبب الإنقطاع لازال قائما، ولا يغير من هذا النظر منازعة الطاعنة فى صحة إعلانها بطلب التعويض المؤقت ذلك أنه أيا كان وجه الرأي فى صحة هذا الإجراء فإنه لا يؤثر على ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة كإجراء صحيح يبقى منتجا لاثارة إلا أن يقضى فى طلب التعويض بحكم نهائى، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويضحي النعي بهذا السبب على غير أساس.

(الطعن ١٩٧٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٧ لم ينشر بعد)

٣٢- إشتراط مؤسسة مصر للطيران لصالح ركبتها الطائر بموجب وثيقة تأمين جماعي إلتزمت فيها شركة مصر للتأمين أداء مبلغ التأمين لم يفقد منهم رخصة الطيران بسبب اللياقة الطبية نهائيا.

حلول الطاعن محل الشركة بمقتضي إتفاق بينه وبين المؤسسة المذكورة. للطاعن التمسك بسقوط حق المنتفعين في الرجوع عليه بالتقادم الثلاثي عملاً بالمادة ١/٧٥٢ مدني. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعن بمبالغ التأمين بإعتباره محالاً عليه وأنه ليس ذي صفة في التمسك بالدفع المشار إليه. خطأ.

إذ كانت الثابت بالأوراق أن مؤسسة مصر للطيران قد إشتترطت لصالح ركبها الطائر بموجب وثيقة تأمين جماعي إلتزم فيها المؤمن الأصلي - شركة مصر للتأمين - أداء مبلغ التأمين لمن يفقد منهم رخصة الطيران بسبب فقد اللياقة الطبية نهائياً، وأن الطاعن - وهو صندوق تأمين خاص أنشئ طبقاً لأحكام القانون ٥٤ لسنة ١٩٧٥ - قد حل محل الشركة سالفة البيان بمقتضي إتفاق بينه وبين المؤسسة المذكورة، فانتقل إليه ذات الدين، وإذ طالبه المطعون ضدهم الأحد عشر الأوائل بمبالغ التأمين، تمسك بسقوط حقهم - عدا الأول والتاسع - في الرجوع عليه لإنقضاء ثلاث سنوات علي تحقق الواقعة المنشئة للحق في التأمين، وهي فقد رخصة الطيران علي النحو السالف، وكان الحكم المطعون فيه قد ألزمه بمبالغ التأمين بإعتباره محالاً عليه، إلا أنه إعتبره ليس بذو صفة في التمسك بالدفع المشار إليه ن رغم أن الدين إنتقال إليه بدفوعه، فيكون له التمسك بتقادم الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى عملاً بالمادة ١/٧٥٢ من القانون وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون - في هذا الخصوص.

(الطعن ٢٧٨ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ لم ينشر بعد)

٣٣- وحيث إن الطعن أقيم علي سبب واحد تنعي به الشركة الطاعنة علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون حين إعتبر مدة تقادم دعوى المضرور قبل لشركة التأمين الطاعنة لم تكتمل إستناداً منه لأحكام المادة ١٧٢ من القانون المدني والتي تنظم تقادم دعوى المضرور قبل المسئول بينما تخضع دعوى المضرور قبل لشركة التأمين لأحكام المادة ٧٥٢ مدني والتي لم تشترط لبدء سريان التقادم قبل الشركة علم المضرور بشخص المسئول عن الضرر وإنتهي به ذلك إلي رفض الدفع بالتقادم الثلاثي والقضاء بالتعويض الأمر الذي يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول ذلك إنه يبين من الإطلاع علي أسباب الحكم المطعون فيه الصادر بجلسة ١٩٩٩/١٢/٢٩ إنه إستند في قضائه برفض الدفع بالتقادم الثلاثي المبدي من الشركة الطاعنة إلي القول "وحيث إنه وعن الدفع المبدي بسقوط الدعوى بالتقادم الثلاثي فإنه وأعمالاً لحكم النقض سالف البيان فإن الدعوى المطروحة قد أقيمت في الميعاد الذي رسمه القانون ويضحي ذلك الدفع فاقد الأساس متعيناً رفضه" وهو ما لا يستفاد منه الإستناد إلي أي من المادتين ١٧٢ أو ٧٥٢ من القانون المدني في القضاء برفض الدفع أو أعمال الشروط الواردة في أيهما للحكم برفضه ومن ثم يكون النعي عليه بالقضاء برفض الدفع إستناداً إلي المادة ١٧٢ من القانون

المدني حالة وجوب أعمال المادة ٧٥٢ من ذات القانون لا يصادف محلاً ويكون النعي عليه بسبب النعي علي غير أساس.

(الطعن ١٠٣٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٨ لم ينشر بعد)

٣٤- وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن المشرع أنشأ بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضروع قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني الذي تبدأ مدته من وقت وقوع الفعل الذي سبب الضرر وتسري في شأن هذا التقادم القواعد المتعلقة بوقف مدة التقادم وتسري في شأن هذا التقادم القواعد المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها، فإذا كان الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر والذي يستند إليه المضروع في دعواه قبل المؤمن جريمة، ورفعت الدعوى الجنائية علي مقارفها سواء كان من المؤمن له أو أحداً ممن يعتبر المؤمن له مسؤولاً عن الحقوق المدنية عن فعلهم، فإن سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضروع قبل المؤمن يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية، ولا يعود التقادم إلي السريان إلا من تاريخ صيرورة الحكم الجنائي باتاً، أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الحكم الجنائي الاستئنافي صدر بتاريخ ١١/١١/١٩٩٤ ولم يطعن فيه بطريق النقض فأصبح باتاً بفوات الطعن، وأن المطعون ضدهم أضافوا إلي طلباتهم طلب التعويض عن الضرر الموروث بتاريخ ١٣/١١/١٩٩٨ بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات علي صيرورة الحكم الجنائي باتاً، فإن حقهم في هذا الطلب يكون قد سقط بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضي برفض الدفع بسقوط حق المطعون ضدهم في المطالبة بالتعويض الموروث علي سند من أن الشركة الطاعنة كانت مختصة في الدعوى المدنية التي أقامها المضروعون بالتبع للدعوى الجنائية، وذلك بالمخالفة لما هو ثابت في الأوراق من أنها لم تختصم في تلك الدعوى، فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه.

(الطعن ٢٠١٦ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣ لم ينشر بعد)

٣٥- وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة إنه وإن كانت الدعوى المباشرة التي أنشأها المشرع بمقتضي المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات للمضروع في هذه الحوادث قبل المؤمن تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني، وأن حق المضروع هذا قبل المؤمن ينشأ من وقت وقوع الحادث الذي ترتبت عليه مسؤولية المؤمن له إلا أن حق المضروع يستقل عن حق المؤمن له في الرجوع علي المؤمن بمقتضي عقد التأمين بما يترتب عليه أن دعوى المؤمن له قبل المؤمن لا يبدو سريان تقادمها إلا من وقت مطالبة المضروع للمؤمن له بالتعويض باعتبار هذه المطالبة هي الواقعة التي يسري بحوثها التقادم المسقط بالنسبة لدعوى المؤمن له قبل المؤمن في مفادة المادة ٧٥٢ من القانون المدني ش، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق وما حصله الحكم المطعون فيه أن المضروع

أقام في ١٩٩٣/١٠/٢٠ الدعوى ١٨٩٩ لسنة ١٩٩٣ أسبوط الابتدائية قبل المطعون ضدهما بصفتهم متبوعين لمرتكب الفعل الضار بطلب التعويض عن الإضرار التي لحقت به من جراء حادث السيارة المملوكة لهما والمؤمن عليها لدى الطاعة وذلك بعد أن قضى جنائياً بإدانة قائدها وإلزامه بالتعويض المؤقت المطالب به وصار ذلك الحكم باتاً، وقد قضى له نهائياً في ١٩٩٥/٢/٢٠ بإلزام المطعون ضدهما بمبلغ.... جنيته فمن ثم يبدأ سريان تقادم دعوى المطعون ضدهما - المؤمن لهما - في الرجوع علي الطاعة - المؤمن بقيمة التعويض المحكوم به عليهما للمضرور من تاريخ مطالبة هذا الأخير بالتعويض في ١٩٩٣/١٠/٢٠ تاريخ رفعه الدعوى ١٨٩٩ لسنة ١٩٩٣ أسبوط الابتدائية وإذ لم يرفع المطعون ضدهما الدعوى الماثلة بالرجوع علي الطاعة إلا بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧ وبعد إنقضاء أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ مطالبة المضرور لهما فإن حقهما في رفعها يكون قد سقط بالتقادم، وإذ لم يلتزم الحكم هذا النظر واحتسب بداية سريان التقادم من تاريخ صيرورة الحكم الصادر لصالح المضرور بالتعويض نهائياً في ١٩٩٥/٢/٢٠ ورتب علي ذلك قضاءه برفض الدفع المبيدي من الطاعة في هذ الخصوص فإنه يكون قد أخطأ في القانون مما يوجب نقضه.

(الطعن ١٦٨١ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠٠١/٤/١٠ لم ينشر بعد)

٣٦- إقامة المطعون ضده (المضرور) دعوى سابقة بذات الحق المطالب به علي ذات الشركة (الطاعة) قررت المحكمة شطبها ولم يجدها المضرور في الميعاد القانوني. إقامته للدعوى الحالية بإجراءات جديدة فيها الطاعة بسقوط الحق في رفعها بالتقادم الثلاثي دون أن تتمكن فيها باعتبار الدعوى السابقة كأن لم تكن. قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع وإلزامها بالتعويض. صحيح.

لما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول سبق أن أقام الدعوى ١٣٥٧٩ سنة ١٩٩٠ مدني جنوب القاهرة الابتدائية بذات الحق المطالب به علي ذات الشركة الطاعة فقررت المحكمة شطبها بتاريخ ١٩٩٤/٧/١٧ ولم يجدها المضرور (المطعون ضده الأول) في الميعاد القانوني وإنما أقام الدعوى الحالية بإجراءات جديدة، فدفعت الشركة الطاعة في الاستئناف بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني دون أن تتمكن باعتبار الدعوى السابقة كأن لم تكن لعدم الإعلان بتجديد السير فيها في الميعاد المقرر علي قالة إن مجرد شطبها قد أزال آثار رفعها بينما تمسك المطعون ضده الأول بأن أثر الدعوى السابقة في قطع التقادم مازال قائماً لأن شطب الدعوى وعدم تجديدها في الميعاد لا يزيل آثارها ما دام أن الطاعة لم تدفع في الدعوى الماثلة باعتبارها كأن لم تكن، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض الدفع بالتقادم المبيدي من الطاعة ورتب في ذلك قضاءه بالتعويض، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٢٨٤٢ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠٠١/٥/١٢ لم ينشر بعد)

٣٧- للمضرور من حوادث السيارات - استثناء من القواعد العامة الخاصة باختصاص المحاكم المدنية - الاعاء بحقوقه المدنية أمام المحكمة الجنائية قبل المسئول عن الحقوق المدنية المؤمن لديه. علة ذلك. التيسير علي المضرور في الحصول علي

حقه. المواد ٥ ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥، ١٧٢، ٧٥٢ مدني، ٢٥١، ٢٥٨ مكرراً إجراءات جنائية.

إن نص المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات علي أنه (يلتزم المؤمن بتغطية المسئولي المدنية الناشئة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارات إذا وقعت في جمهورية مصر وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥، ويكون إلزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته، يؤدي المؤمن مبلغ التعويض إلي صاحب الحق فيه وتخضع دعوى المضرور قبل المؤمن للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني.

والنص في المادة ٧٥٢ من القانون المدني علي أنه (تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد. التأمين بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى)

والنص في المادة ١٧٢ من ذات القانون علي أنه (تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه).

والنص في المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية علي أنه (لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية في أية حالة كانت عليها الدعوى...).

والنص في المادة ٢٥٨ مكرراً من القانون الأخير علي أنه: "يجوز رفع الدعوى المدنية قبل المؤمن لديه لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى الجنائية وتسري علي المؤمن لديه جميع الأحكام الخاصة بالمسئول عن الحقوق المدنية المنصوص عليها في هذا القانون".

مفاده أن المشرع تيسيراً علي المضرور من حوادث السيارات في الحصول علي حقه قد استثناء من القواعد العامة المتصلة باختصاص المحاكم المدنية وأجاز له الإدعاء بحقوقه المدنية أمام المحكمة الجنائية قبل المسئول عن الحقوق المدنية والمؤمن لديه ووجد في إجراءات نظر الدعيين أمام المحكمة الجنائية كما وجد في مدة سقوط كل منهما.

(الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ ق هيئة عامة - جلسة ٢٠٠٢/٥/١٥ لم ينشر بعد)

٣٨- إلترم المؤمن لديه - استثناء من قواعد حجية الأحكام - بأداء ما يحكم به للمضرور من حوادث السيارات قبل المسئول من تعويض نهائي مهما بلغت قيمته به ولو لم يكن المؤمن لديه ممثلاً في دعوى التعويض مقصود به الإمعان في إسباغ الحماية علي حق المضرور ربط فيه المشرع بين دعوى المضرور قبل المسئول ودعواه قبل المؤمن لديه برباط غير مجذوذ.

إن المشرع إمعاناً في بسط حمايته علي حق المضرور إلزام المؤمن لديه بأداء ما يحكم به له قبل المسئول من تعويض نهائي مهما بلغت قيمته حتي ولو لم يكن ممثلاً

في الدعوى التي صدر فيها الحكم، وإلزام المؤمن لديه علي هذا النحو جاء استثناء من القواعد العامة في الإثبات والتي تقصر حجية الأحكام علي الخصوم أطرافها، وبذلك يكون القانون قد فرض رباطاً وثيقاً غير مجذوذ بين دعوى المضرور قبل المسئول عن الحق المدني ودعوى المضرور قبل المؤمن لديه حماية لحق المضرور.

(الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ ق"هيئة عامة" جلسة ٢٠٠٢/٥/١٥ لم ينشر بعد)

٣٩- الحق الذي يحميه القانون. لا ينفك عن وسيلة حمايته.

إن الحق الذي يحميه القانون غير منفك عن وسيلة حمايته.

(الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ ق"هيئة عامة" جلسة ٢٠٠٢/٥/١٥ لم ينشر بعد)

٤٠- الحكم الجنائي البات بالتعويض المؤقت قبل المسئول عن الحق المدني. إحاطته بالمسؤولية التقصيرية في مختلف عناصرها يرسى دين التعويض في أصله ومبناه أثره. عدم سقوط الحق في التعويض النهائي إلا بمرور خمس عشرة سنة. المقرر في قضاء محكمة النقض أن الحكم بالتعويض المؤقت الصادر من المحكمة الجنائية إنما يحيط بالمسؤولية التقصيرية في مختلف عناصرها وأنه إذا ما صدر الحكم الجنائي بالتعويض المؤقت وأصبح باتاً قبل المسئول عن الحق المدني فإن الحكم يرسى دين التعويض في أصله ومبناه ومن بعده لا يسقط الحق في التعويض النهائي إلا بمرور خمس عشرة سنة.

(الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ ق"هيئة عامة" جلسة ٢٠٠٢/٥/١٥ لم ينشر بعد)

٤١- حق المضرور قبل المؤمن لديه في التعويض النهائي. عدم سقوطه إلا بمرور خمس عشرة سنة من الحكم البات بالتعويض المؤقت من المحكمة الجنائية أو من لمحكمة الحكم النهائي بالتعويض من المحكمة المدنية ولو لم يكن المؤمن لديه طرفاً في هذا الحكم ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٥ ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ من خضوع دعوى المضرور قبل المؤمن لديه للتقادم الوارد بالمادة ٧٥٢ مدني. لا أثر له. علة ذلك. أن الفقرة الأخيرة لا تتناول إلا مدة سقوط الدعوى كما تناولت هذه المدة المادة ١٧٢ من القانون المدني قبل المسئول وذلك لمواجهة تقاعس المضرور ابتداء من المطالبة بحقه باي من الدعيين وهو مالا تأثير علي الحق المقرر بحكم له قوة الشيء المحكوم فيه.

إن المنطق ونهج الشارع وأعمالاً لما تغياه من حماية لحق المضرور ونزولاً علي الارتباط بين الدعيين (دعوى المضرور قبل المسئول ودعواه قبل المؤمن لديه) أن لا يسقط حق المضرور قبل المؤمن لديه في التعويض النهائي إلا بمرور خمس عشرة سنة من الحكم البات بالتعويض المؤقت من المحكمة الجنائية أو من الحكم النهائي بالتعويض المؤقت من المحكمة الجنائية أو من الحكم النهائي بالتعويض من المحكمة المدنية (ولو لم يكن المؤمن لديه طرفاً في هذا الحكم) ولا يسوغ القول بإهدار وسيلة حماية الحق للمضرور إستناداً إلي الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة. من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ التي لا تتحدث إلا عند مدة سقوط الدعوى كما تحدثت المادة ١٥٢ من القانون المدني عن هذا السقوط في دعوى المضرور قبل المسئول ومدة السقوط في كل من

الدعويين واحدة ونطاق كل منهما يواجه تقاعس المضرور ابتداء عن المطالبة بحقه بأن من الدعويين وهو أمر لا تأثير له البتة علي الحق الذي تقرر الحكم له قوة الشيء المحكوم فيه والذي كفل له القانون الحماية.

(الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ - هيئة عامة - جلسة ٢٠٠٢/٥/١٥ لم ينشر بعد)

٤٢- إلزام الشركة المؤمن لديها بأداء مبلغ التعويض المحكوم به للمضرور، تحققه بذات ما تحققت به مسؤولية المؤمن له أو المتسبب في أدائه وهو الحكم البات من المحكمة الجنائية أو الحكم النهائي من المحكمة المدنية. ولو لم تختصم الشركة المؤمن لديها في هذا الحكم. لازمه. أن صدور الحكم بالتعويض المؤقت وحيازته قوة الأمر المقضي فإنه لا يسقط الحق في التعويض النهائي إلا بمدة سقوط الحق وهي خمس عشرة سنة سواء قبل المسئول عن الحق المدني أو المؤمن لديه.

علة ذلك. أنه ولا وجه لإختلاف الحكم بين المسئولين عن الوفاء بالحق المحكوم به للمضرور ما دام هناك ارتباط وتلازم بين دعوى المضرور قبل المسئول ودعواه قبل المؤمن لديه هذا بالإضافة إلي وحدة الإجراءات ومدة السقوط في الدعويين.

إذ كان إلزام الشركة المؤمن لديها بأداء مبلغ التعويض المحكوم به للمضرور يتحقق بذات ما تحققت به مسؤولية المؤمن له أو المتسبب في أدائه - وهو الحكم البات من المحكمة الجنائية أو الحكم النهائي من المحكمة المدنية - ولو لم تختصم فيه الشركة المؤمن لديها، فإن لازم ذلك أنه إذا صدر الحكم بالتعويض المؤقت وأصبح حائزاً قوة الأمر المقضي فإنه لا يسقط الحق في التعويض النهائي بالبناء عليه وأعمالاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدني إلا بمدة سقوط الحق وهي خمس عشرة سنة سواء قبل المسئول عن الحق المدني أو المؤمن لديه إذ لا وجه لإختلاف الحكم بين المسئولين عن الوفاء بالحق المحكوم به للدائن (المضرور) خاصة بعد الارتباط ووحدة الإجراءات ومدة السقوط في كل من الدعويين قبل المسئول والمؤمن لديه.

(الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ ق - هيئة عامة - جلسة ٢٠٠٢/٥/١٥ لم ينشر بعد)

٤٣- من المقرر وفقاً للمادة ٧٥٢ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن الدعاوي الناشئة عن عقد التأمين تسقط بالتقادم بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقع التي تولدت عنها هذه الدعاوى وإذ كانت دعوى المستفيد من التأمين هي من الدعاوى الناشئة مباشرة من عقد التأمين تأسيساً علي الإشتراط لمصلحة الغير فإن التقادم الثلاثي المنوه عنه يسري عليها ويبدأ من تاريخ الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى وهي واقعة وفاة المؤمن عليه. وقد خرج المشرع علي القاعدة العامة السابق الإشارة إليها حين نص علي تراخي بدء سريان التقادم فيها عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة فلا يبدأ التقادم في السريان إلا من اليوم الذي يعلم فيه المؤمن بذلك، كما لا يسري التقادم إلا من وقت علم المستفيد بوفاة المؤمن عليه أو من وقت علمه بوجود تأمين أبرم لصالحه إذا كان لا يعلم بذلك وقت وفاة المؤمن عليه.

(الطعن رقم ٤١٢٧ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠١/٦/١٠ لم ينشر بعد)

٤٤- وحيث إن الطعن أقيم علي سبب واحد تنعي به الشركة الطاعنة علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك تقول أنها تمسكت بسقوط الحق في رفع الدعوى قبلها بالتقادم الثلاثي عملاً بالمادة ٧٥٢ من القانون املدني، وإذ أقيمت بتاريخ ١٩٩٩/١١/١ بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات علي صيرورة الحكم الجنائي الصادر ضد مرتكب الحادث باتاً في ١٩٨٩/٦/١٠، إلا أن الحكم رفض هذا الدفع وقضي بالتعويض إستناداً إلي سبب صدور الحكم بالتعويض المؤقت رغم أنها لم تكن طرفاً فيه فلا يقطع التقادم بالنسبة لها ولا يستبدل مدته مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

(الطعن ٤٣٠١ لسنة ٧٠ ق- جلسة ٢٠٠٢/٦/٣٠ لم ينشر بعد)

٤٥- وحيث أن هذا النعي شديد، ذلك ان من المقرر- وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أنشأ للمضرور في حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن بمقتضي المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن تلك الحوادث، ونص علي أن تخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المقرر بالمادة ٧٥٢ من القانون المدني للدعوي الناشئة عن عقد التأمين، وهذا التقادم تسري في شأنه القواعد العامة بوقف التقادم وانقطاعها، فإذا كان الفعل غير المشروع الذي يستند إليه المضرور في دعواه قبل المؤمن يكون جريمة ورفعت الدعوى الجنائية علي مرتكبتها سواء أكان هو بذاته المؤمن له أو أحد ممن يعتبر المؤمن له مسئولاً عن الحقوق المدنية عن فعلهم فإن الجريمة تكون مسألة مشتركة بين هذه الدعوى وبين الدعوى المدنية التي يرفعها المضرور علي المؤمن ولازمه للفصل في كليهما فيعتبر رفع الدعوى الجنائية مانعاً قانونياً يتعذر معه علي الدائن المضرور مطالبته المؤمن بحقه مما ترتب عليه المادة ٣٨٢ من القانون المدني وقف سريان التقادم ما بقي المانع قائماً حتي ولو أجاز للمضرور اختصاص شركة التأمين في دعواه بالتعويض أمام المحاكم الجنائية واختار المضرور الطريق أمام المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض، وينبني علي ذلك أن تقادم دعوى المضرور قبل المؤمن يقف سريانه طوال المدة التي تظل فيها الدعوى الجنائية قائمة ولا يزول الا بإنقضاء هذه الدعوى بصور حكم نهائي فيها بإدانتة الجاني أو لإنقضائه بعد رفعها لسبب آخر من أسباب الإنقضاء، ولا يعود سريان التقادم إلا من تاريخ هذا الإنقضاء، ولما كان الحكم الغيابي القاضي بإدانة مقترف الجريمة في الجنحة لا تنقضي به الدعوى الجنائية إذ هو لا يعدو أن يكون من الإجراءات القاطعة لمدة الثلاث السنوات المقررة لتقادم الدعوى الجنائية طبقاً للمادتين ١٥، ١٧ من قانون الإجراءات الجنائية ومن ثم فإنه إذا لم يعلن هذا الحكم للمحكوم عليه ولم يتخذ من بعده ثمة إجراء تال له قاطع لتقادم الدعوى الجنائية فإن هذه الدعوى تنقضي بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدوره، ومنذ هذا الإنقضاء يزول المانع القانوني الذي كان سبباً في وقف سريان تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المؤمن، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن النيابة العامة أقامت الدعوى الجنائية قبل قائد السيارة المتسببة في الحادث الذي قتل فيه مورت المطعون ضدهم خطأ وقضت محكمة الجنح المتسأنفة بتاريخ ١٩٩٢/٤/١ بتأييد ادانته، وكان

البين من الشهادة الرسمية الصادرة من جدول المحكمة والمودعة بالأوراق أن هذا الحكم الجنائي الغيابي لم يعلن ولم يتخذ من بعده ثمة إجراء قاطع للتقادم حتي إنقضت الدعوى الجنائية في ١٩٩٥/٤/١ بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدوره بإعتباره آخر إجراء قاطع للتقادم، فإن قيام الدعوى الجنائية خلال هذه الفترة يعد مانعاً قانونياً من شأنه وقف سريان التقادم الثلاثي لدعوى المطعون ضدهم بالتعويض قبل الشركة الطاعنة ولا يعود الي السريان الا من اليوم التالي لهذا الإنقضاء آنف الذكر، وإذ كانت دعوى المطعون ضدهم بالتعويض رفعت بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٥ وبعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ إنقضاء الدعوى الجنائية فإنها تكون قد سقطت بالتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني.

(الطعن ٦١٥٨ لسنة ٧٠ جلسة - ٢٠٠٢/٢/٤ لم ينشر بعد)

٤٦- وحيث إن النعي سديد، ذلك أن النص في المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية علي أنه (يجب علي المتهم في جنحة معاقب عليها بالحبس الذي يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به ان يحضر بنفسه أما في الجنح الآخري وفي المخالفات فيجوز له أن ينيب عن وكيلاً لتقديم دفاعه، وهذا مع عدم الإخلال بما للمحكمة من الحق في أن تأمر بحضوره شخصياً) يدل وعلي ما جري عليه قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة أن المتهم لا يلتزم بالحضور شخصياً في جنحة معاقب عليها بالحبس الذي لا يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به وهي الحالات المنصوص عليها في المادة ٤٦٣ من القانون سالف الذكر مما مفادة أنه إذا صدر الحكم في مواجهة الوكيل حيث لا يلتزم المتهم بالحضور شخصياً كان الحكم حضورياً ويعتبر هذا الحكم باتاً إذا فوت المتهم علي نفسه ميعاد الإستئناف إذ في هذا الحكم باتاً إذا فوت المتهم علي نفسه ميعاد الإستئناف إذ في في هذه الحالة ينغلق طريق الطعن بالنقض، لما كان ما تقدم وكان الثابت بالأوراق أن المتهم (قائد السيارة أداة الحادث) في الجنحة ١٧٢٠ لسنة ١٩٩٣ مركز جرجا حضر عنه بجلسات المحاكمة محام وقضي بتاريخ ١٩٩٣/١١/٢٥ بمعاقبته بالغرامة ومن ثم فإن هذا الحكم وعلي نحو ما سلف بيانه يكون حكماً حضورياً، وإذ صار هذا الحكم نهائياً بعدم إستئنافه خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره فإن الدعوى الجنائية تكون قد إنقضت بإنقضاء هذه الأيام العشرة في ١٩٩٣/١٢/٥ وبإنقضائها أيضاً يصير الحكم باتاً لانغلاق طريق الطعن بالنقض ومن اليوم التالي لهذا التاريخ يبدأ سريان التقادم الثلاثي المسقط لدعوى التعويض المدنية، وإذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدهما أولاً لم ينهضاً لرفع دعواهما المدنية إلا بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٩ فإن الدفع المبدي من الشركة الطاعنة بسقوط الحق في رفعها بالتقادم الثلاثي أعمالاً لنص المادة ٧٥٢ من القانون المدني يكون سديداً، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض هذا الدفع علي سند من أن الحكم الجنائي حضوري إعتباري يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه بالنسبة للطاعنة لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

(الطعن ٢٤٦٥ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٣ لم ينشر بعد)

٤٧- لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن محكمة الجench قضت بإدانة قائدة السيارة أداة الحادث غيابيا بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٢ إلا أن هذا الحكم لم يعلن إليه ولم يتخذ من بعد صدوره ثمة إجراء قاطع التقادم حتي إنقضت الدعوى الجنائية بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٥ ولما كانت المطعون ضدتهما الخامسة والسادسة تدخلتا في الدعوى بطلب التعويض بصحيفة تدخل أودعت قلم كتاب محكمة أول درجة في ١٥/٥/٢٠٠٠ بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ إنقضاء الدعوى الجنائية فإنها تكون قد سقطت بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتبر عدم إعلان المضرورتين بقرار النيابة العامة بحفظ الحكم الغيابي لإنقضاء الدعوى الجنائية مفتتحا للمطالبة بالتعويض ورتب علي ذلك قضاءه برفض الدفع بالتقادم بالنسبة لهما في حين أن ذلك القرار لا أثر له في قطع التقادم علي النحو السالف بيانه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث الوجه الثاني من سبب الطعن.

(الطعن ٤٨٤٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٩ لم ينشر بعد)

(الطعن ٢٦٠١ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٩ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٧٦٥٠ لسنة ٧٥ ق - جلسة ٢٠٠٦/٢/٢١)

(الطعن رقم ٩٠٣١ لسنة ٧٥ ق - جلسة ٢٠٠٦/٢/٢١)

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

—

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان
 وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل / محمد جمال الدين سليمان
 و / السيد عبد الحكيم و / ممدوح القراز
 وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
 وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
 في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
 في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ الموافق ٢١ من مارس سنة ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الآتى

في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ٧٦٥٠ لسنة ٧٥ ق.

المرفوع من

شركة مصر للتأمين ويمثلها السيد رئيس مجلس الإدارة بصفته مقرها ٧ شاع
 طلعت حرب - بالقاهرة.
 لم يحضر أحد عن الشركة الطاعنة بصفقتها.

ضد

شركة شرق الدلتا للنقل والسياحة ويمثلها السيد رئيس مجلس الإدارة والعضو
 المنتدب بصفته.

مقرها ٤ شارع الطيران مدينة نصر - القاهرة.
 حضرت الأستاذة / سهام فوزى المحامية عن الشركة المطعون ضدها بصفقتها.

الوقائع

في يوم ٢٠٠٥/٥/٤ طعن بطريق النقض في حكم محكمة " مستأنف " الزقازيق
 الكلية (مأمورية فاقوس) الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٣ في الاستئناف رقم ٧٤ لسنة
 ٢٠٠٤ - وذلك بصحيفة طلبت فيها الشركة الطاعنة بصفقتها الحكم بقبول الطعن شكلاً
 وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة الزقازيق الكلية " مستأنف " (مأمورية فاقوس) وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام الشركة المطعون
 ضدها بصفقتها المصاريف والأتعاب.
 وفي اليوم نفسه أودعت الشركة الطاعنة بصفقتها مذكرة شارحة.

وفى ٢٠٠٥/٥/١٧ أعلنت الشركة المطعون ضدها بصفتها بصحيفة الطعن.
وفى ٢٠٠٥/٥/٣٠ أودعت الشركة المطعون ضدها بصفتها مذكرة بدفاعها طلبت فيها رفض الطعن.
ثم أودعت النيابة مذكرتها طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه.

وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٠ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/٢/٧ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صمم محامي الشركة المطعون ضدها بصفتها والنيابة كل على ما جاء بمذكرته والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/محمود محمد العيسوى - نائب رئيس المحكمة - والمرافعة وبعد المداولة.
حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الشركة المطعون ضدها - أقامت الدعوى ٨٨٣ لسنة ٢٠٠٣ مدني محكمة فاقوس الجزئية على الشركة الطاعنة بطلب الحكم بالرجوع عليها بمبلغ ٨١١٧,٩٢ جنيهاً المقضى به في الدعوى ٣٩ لسنة ١٩٩٩ مدني محكمة الزقازيق الابتدائية "مأمورية فاقوس" وقالت بياناً لها بأن السيد على السيد ثابت أقام الدعوى الأخيرة عليها وآخرين لأداء مبلغ مائة ألف جنيه تعويضاً مادياً وأدبياً إستناداً إلى أن قائد السيارة رقم ١٠٤٥ عام شرقية التابعة لها تسبب في إصابته وحرر عن الواقعة المحضر رقم ٧٧٣٤ لسنة ٨٤ جنح مركز فاقوس وقد قضى فيها بالزامها والسائق محمد محمد السيد عمر بالتضامن فيما بينهما بأن يؤدى للمجنى عليه السيد علي السيد ثابت مبلغ خمسة آلاف وسبعمائة وأربعين جنيهاً عن الضرر المادي ومبلغ ألفى جنيه عن الضرر الأدبي وقد تأيد هذا الحكم بالإستئناف رقم ٢٦٥٢ لسنة ٤٤ ق الزقازيق وقام الأخير بتنفيذ الحكم عليها بالمبلغ المطالب به وكانت السيارة مرتكبة الحادث مؤمناً عليها تأميناً إجبارياً لدى الشركة الطاعنة بمقتضى الوثيقة رقم ١٧٠١٥١ لذا أقام الدعوى قضت محكمة فاقوس الجزئية برفض الدعوى بحكم إستأنفته الشركة المطعون ضدها بالإستئناف ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ مدني مستأنف فاقوس أمام محكمة الزقازيق الابتدائية بهيئة إستئنافية "مأمورية فاقوس" والتي حكمت بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٣ بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بالزام الشركة الطاعنة بأن تؤدى للشركة المطعون ضدها مبلغ ٨١١٧,٧٢ جنيهاً - طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض، وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة، فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأياًها.

وحيث إن مما تتعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه أنه فصل في النزاع على خلاف حكم آخر صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى في الدعوى ١٢٤٥ لسنة ١٩٩٩ مدني محكمة الزقازيق الابتدائية "مأمورية فاقوس" والتي أقيمت

من المطعون ضده بصفته بذات الطلبات في الدعوى الحالية وقضى فيها بسقوط الدعوى بالتقادم وإذ لم يعتد الحكم المطعون فيه بذلك الحكم وقضى بإلزام الطاعنة بالمبلغ المطالب به فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد: ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات قد أجازت للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم إنتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى سواء دفع بهذا لدى محكمة الموضوع أو لم يدفع وسواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر تلك المحكمة أو لم تكن مطروحاً عليها وذلك إحتراماً لحجية الحكم السابق صدوره إذ هي أجدر بالإحترام وحتى لا يترتب على إهدارها تأييد المنازعات وعدم إستقرار الحقوق لأصحابها كما أنه يصح الطعن وفقاً للمادة المشار إليها حين يكون قضاء الحكم المطعون فيه قد ناقض قضاء سابقاً حاز قوة الأمر المقضى في مسألة إستقرت الحقيقة بشأنها الفصل فيها في منطوق الحكم السابق أو في أسبابه المرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالمنطوق - لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢٤٥ لسنة ١٩٩٩ مدني محكمة الزقازيق الابتدائية "مأمورية فاقوس" الذي قدمت الطاعنة صورة رسمية عنه في هذا الطعن - أن المطعون ضده بصفته أقام تلك الدعوى على الطاعنة وعلى قائد السيارة أداة الحادث والسيد علي السيد المصاب في الحادث بطلب الحكم بما عساه أن يحكم به على الشرك المطعون ضدها في الدعوى رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٩ مدني محكمة الزقازيق الابتدائية "مأمورية فاقوس" وركن في دعواه إلى أن السيد علي السيد "المضروب من الحادث" قد أقام الدعوى السالفة بإلزام المطعون ضده بصفته قائد السيارة أداة الحادث بأن يؤدي له تعويضاً مادياً وأدبياً في الدعوى السالفة مبلغ مائة ألف جنيه وإختصم الشركة الطاعنة بإعتبار أن السيارة أداة الحادث مؤمن عليها لديها ومن ثم تصبح ملزمة بأداء التعويض إلا أنه لم يتمكن من هذا الطلب أمام المحكمة لذا أقام الدعوى سالفة البيان - وإذ دفع الحاضر عن الشركة الطاعنة بسقوط حق الشركة المطعون ضدها بالتقادم الثلاثي إعمالاً لنص المادة ٧٥٢ من القانون المدني فقضت المحكمة بسقوط حق المطعون ضدها بالتقادم الثلاثي - والذي لم يتم الطعن عليه بالإستئناف لفوات ميعاد الطعن عليه - على نحو ما قرره الطعون ضده بصفته في مذكرة دفاعه المودعة أمام محكمة النقض - وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلزام الشركة الطاعنة بأن يؤدي المطعون ضده بصفته مبلغ ثمانية آلاف ومائة وسبعة عشر جنيهاً وأثنين وسبعين قرشاً فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وفصل في النزاع على خلاف الحكم سالف البيان الذي حاز قوة الأمر المقضى ومن ثم يكون الطعن بالنقض جائزاً في هذه الحالة.

وإذ إستوفى الطعن أوضاعه الشكلية فإنه لما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه. وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه فقد تعين القضاء في الإستئناف ١٤ لسنة ٢٠٠٤ مدني مستأنف محكمة الزقازيق الابتدائية "مأمورية فاقوس" برفضه وتأييد

الحكم المستأنف إذ يستوى القضاء برفض الدعوى مع القضاء بعدم جواز نظرها سابقة الفصل فيها.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده بصفته المصروفات ومائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في موضوع الاستئناف ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ مدني مستأنف محكمة الزقازيق الابتدائية "مأمورية فاقوس" برفضه وتأيد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف بصفته المصروفات الاستئنافية ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

٤٨- المشرع أوجب في المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور - التي حلت محلها المادة ١١ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ بإصدار قانون المرور - على كل من يطلب ترخيصاً لسيارة أن يقدم وثيقة تأمين من الحوادث التي تقع منها، ثم أصدر لاستكمال الغرض من هذا النص القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ونص بالفقرة الأولى من المادة الخامسة منه على إلزام المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو أي إصابة بدنية تلحق بأي شخص من حوادث السيارات، وإذ لم يكن للمضرور طبقاً للقواعد العامة وقبل العمل بالقانونين المشار إليهما في أول يناير سنة ١٩٥٦ أن يرجع على شركة التأمين إلا بالدعوى الغير مباشرة استعملاً لحق مدينه المؤمن له قبلها. وكان المشرع قد رأى أن يخرج على هذه القواعد تحقيقاً للأغراض التي استهدف بها حماية المضرور ضماناً لحصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر الذي وقع عليه مهما بلغت قيمة هذا التعويض بما أورده في عجز الفقرة الأولى من المادة الخامسة المشار إليها من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ وجعل بذلك للمضرور من الحادث الذي يقع من سيارة مؤمن عليها أن يرجع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي أصابه من الحادث، ونص على أن تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين، وإذ كان حق المضرور قبل المؤمن بنشأ من وقت وقوع الفعل الذي سبب له الضرر مما يترتب عليه أن مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم هذه الدعوى تسري من هذا الوقت، إلا أنه لما كان التقادم المقرر لدعوى المضرور المباشرة تسري في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف مدة التقادم وانقطاعها، فإنه إذا كان الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر والذي يستند إليه المضرور في دعواه قبل المؤمن هو جريمة فإن سريان هذا التقادم يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية أو يجري فيها التحقيق بمعرفة النيابة العامة أو قاضي التحقيق ولا يعود هذا التقادم إلى السريان إلا من تاريخ صدور الحكم النهائي أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر أو صدور قرار نهائي من النيابة أو من قاضي التحقيق بالآ وجه لإقامة الدعوى الجنائية.

٤٩- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع بعد أن قرر للمضرور من الفعل الضار بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ في شأن التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الحوادث سأل في الذكر أفرد لتلك الدعوى في شأن تقادمها بمضي ثلاث سنوات كيفية خاصة في احتساب بدقة تلك المدة بمقتضى المادة ٧٥٢ من القانون المدني خروجاً على القواعد العامة المقررة بالمادة ١٧٢ من القانون سالف الذكر لتقادم الدعوى المدنية الناشئة عن العمل غير المشروع والتي من مقتضاها احتساب بداية هذا التقادم من التاريخ الذي يتحقق فيه علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه وذلك بأن جعل بداية احتساب مدة تقادم الدعوى الأولى تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الضار وبمعرفة الشخص المسئول عنه إذ يستطيع المضرور اعتباراً من ذلك رفع دعواه بالمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار وتسري في شأن تقادمها القواعد المقررة قانوناً بوقف التقادم وانقطاعه عملاً بالمادة ٣٨٢/١ من القانون سالف الذكر فإذا ما اختار المضرور الطريق المدني وأقام دعواه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من الفعل الضار وتم تحريك الدعوى الجنائية قبل مقتطفه فإن الدعوى الأولى تقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية إلى أن يتم انتهائها بصدر حكم بات في الدعوى الجنائية أو انقضائها بأي سبب من أسباب انقضائها، وكان إغفال المحكمة - بحث دفاع أبدأ الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان دفاعاً جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهت إليها إذ يعتبر ذلك إغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية يقتضي بطلانه.

(الطعن رقم ٥٦٩٨ - لسنة ٦٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٢ / ٢٠٠٩)

٥٠- لما كان الثابت من الأوراق أن الحكم في الدعوى الجنائية التي أقيمت على مقارفي الفعل الضار المسبب للضرر في القضية رقم ١٣١٩٠ لسنة ١٩٩٣ جنح الساحل قد صدر حضورياً بتاريخ ٩/٤/١٩٩٤ بإدانتها وأضحى هذا الحكم باتاً بانقضاء مواعيد الطعن المقررة للمحكوم عليهما من تاريخ صدوره والتي بانتهائها يبدأ ميعاد سريان تقادم الدعوى المدنية التي يحق للمضرور تحريكها للمطالبة بالتعويض الجابر للضرر الذي حاق به من جراء الحادث ولم يثبت من الأوراق أن ادعاء مدنياً للمطالبة بتعويض مؤقت قد تم فيها منه وتقاوس عن إقامة دعواه للمطالبة بالتعويض قبل الشركة الطاعنة في ١٦/٣/٢٠٠٣ أي بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات لاحقة على انقضاء الدعوى الجنائية بانتهاء المحاكم الجنائية فيها حسبما سلف بما يكون حقه في إقامتها قبل الشركة المذكورة قد سقط بالتقادم الثلاثي عملاً بالمادة ٧٥٢ مدني، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدي من الشركة الطاعنة بسقوط الحق في التعويض بالتقادم الثلاثي فإنه يكون فضلاً عن مخالفته الثابت بالأوراق قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه نقضاً جزئياً فيما قضى به للمطعون ضده الأول عن نفسه وبصفته قبل الشركة الطاعنة.

(الطعن رقم ١٠٩ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠١ / ٢٠١٠)

٥١- المشرع أنشأ بمقتضى المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني للدعوى الناشئة عن عقد التأمين وهذا التقادم وعلى - ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تبدأ مدته من وقت وقوع الفعل الذي سبب الضرر ومعرفة شخص المسئول عنه. وتسري في شأنه هذا التقادم القواعد المتعلقة بوقف مدة التقادم وانقطاعها، فإذا كان الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر والذي يستند إليه المضرور في دعواه المدنية قبل المؤمن جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مقارفها سواء كان هو المؤمن له أو أحداً فمن يعتبر مسئولاً عنهم في شأنه تغطية الحقوق المدنية الناشئة عن فعله الضار فإن سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور قبل المؤمن يقف طوال المدة التي تدم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود إلى السريان إلا من تاريخ انتهاء المحاكمة الجنائية سواء بصدر حكم بات في الدعوى الجنائية باستنفاد طرق الطعن المقررة فيه أو انقضاء تلك الدعوى لأي سبب آخر من أسباب انقضائها على أساس أن قيام الدعوى الجنائية يكون في هذه الحالة مانعاً قانونياً في معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدني يتعذر معه على الدائن المضرور مطالبة المؤمن بحقه.

(الطعن رقم ١٠٩ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠١ / ٢٠١٠)

٥٢- المقرر - في قضاء محكمة النقض - وفقاً للمادة ٧٥٢ من القانون المدني - أن الدعوى الناشئة عن عقد التأمين تسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى. ومنها دعوى فسخ عقد التأمين أياً كان سببه وفقاً لنص المادة سالفه البيان التي أنشأت قاعدة عامة مفادها سقوط كافة الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بالتقادم الثلاثي، وقد خرج المشرع على القاعدة العامة السابقة الإشارة إليها حين نص في الفقرة الثانية من المادة ٧٥٢ سالفه البيان على تراخي بدء سريان التقادم فيها عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى في حالتين هما حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة فلا يبدأ التقادم إلا من اليوم الذي يعلم فيه المؤمن بذلك، والثانية في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.

(الطعن رقم ٩٥٨٢ لسنة ٨٢ جلسة ١٥ / ٥ / ٢٠١٦)

* * *

مادة (٧٥٣)

يقع باطلا كل إتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له لو لمصلحة المستفيد.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٧٥٣ لیبی و ٧١٩ سورى و ٩٩١ عراقى و ٩٥٣ لبنانى و ٦١٩

سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية يستحق التتويه به.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٧٥٣ مدنى والمادة الثانية من مشروع الحكومة ان النصوص التى تنظم عقد التأمين من النظام العام ولكن لمصلحة المؤمن له وحده دون مصلحة المؤمن ومن ثم يجوز الإتفاق على مخالفة النصوص أو على تعديلها إذا كان ذلك مصلحة المؤمن له ولايجوز الإتفاق على المخالفة أو التعديل إذا كان فى مصلحة المؤمن فالمشرع - كما نقول المذكرة الإيضاحية قد قصد إلى حماية المؤمن لهم حماية خاص تقوم إلى جانب ما يحققه القانون من رقابة على الشروط التى تفرضها شركات التأمين.

وقد يفهم من نص المادة ٧٥٣ مدنى إذا طبق على مدة التقادم هنا انه يجوز الإتفاق على اطالة مدة التقادم أو على تقصيرها إذا كان ذلك فى مصلحة المؤمن له فيجوز الإتفاق على جعل مدة تقادم دعوى المطالبة بمبلغ التأمين خمس سنوات او عشر سنوات او خمس عشرة سنة ويجوز الإتفاق على جعل مدة تقادم دعوى المطالبة بقسط التأمين سنتين او سنة واحد وقد يفهم كذلك انه لايجوز الإتفاق عن اطالة مدة التقادم أو تقصيرها إذا كان ذلك فى مصلحة المؤمن فلا يجوز الإتفاق على جعل مدة تقادم دعوى المطالبة بقسط التأمين سنتين أو سنة واحد وقديفهم كذلك انه لايجوز الإتفاق على اطالة مدة التقادم او على تقصيرها إذا كان فى مصلحة المؤمن فلا يجوز الإتفاق على جعل مدة تقادم دعوى المطالبة بمبلغ التأمين سنة واحدة او سنتين كما لايجوز الإتفاق على جعل مدة تقادم دعوى المطالبة بقسط التأمين اربع سنوات او خمس سنوات.

ولكن تعترض هذا النص العام نص ورد فى خصوص مدة التقادم فقد نصت المادة ١/٣٨٨ مدنى على عدم جواز الإتفاق على ان يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون وواضح ان هذا النص لايجيز الإتفاق على اطالة مدة التقادم او على تقصيرها ايا كان الشخص الذى له مصلحة فى ذلك المؤمن او المؤمن له ولما كان الخاص يقيد العام فنحن نرى (الدكتور السنهاورى) ان عموم نص المادة ٧٥٣ مدنى يتقيد بخصوص نص المادة ١/٣٨٨ مدنى ومن يم لايجوز الإتفاق على اطالة

مدة الثلاث سنوات ولاعلى تقصيرها سواء كان ذلك لمصلحة المؤمن أو كان لمصلحة المؤمن له.

(يراجع التعليق على هذه المادة بالجزء الأول من كتاب التعليق هذا)

(الوسيط- ٧-٢- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٦٣ و ١٣٦٤ وما بعدها)

٢- بالرغم انه لم يخطر الإتفاق على تقصير مدة التقادم فى عقد التأمين الا ان هذا الخطر مستفاد حتما من عموم نص المادة ٧٥٣ من التقنين المدنى التى تقضى ببطلان كل إتفاق على ما يخالف أحكام النصوص الواردة بصدد التأمين او على تعديلها الا ان يكون ذلك لمصلحة المستأمن أو المستفيد وظاهر ان الإتفاق على تقصير مدة التقادم المسقط لدعوى الضمان ليس فى مصلحة ايهما مما يؤدى إلى بطلانه وفقا للنص المتقدم.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق- ص ٥٤٧)

٣- كان يمكن القول ووفقا لنص المادة ٧٥٣ مدنى انه يجوز الإتفاق على اطالة او تقصير مدة التقادم عن ثلاث سنوات إذا كان فى ذلك مصلحة للمستأمن او المستفيد فيجوز الإتفاق مثلا على الا تتقادم دعوى المستأمن أو المستفيد فى المطالبة بالتعويض الا بعد خمس سنوات من وقوع الحادث المؤمن منه أو الإتفاق على تقادم دعوى المؤمن بالقسط بمضى سنتين

هذا القول يتفق مع نص المادة ٧٥٢ مدنى ولكن يعترض على ذلك بما تقضى به المادة ٢٨٨ مدنى فى شأن التقادم وهو نص خاص بينما النص الذى ورد فى عقد التأمين (م ٧٥٢ مدنى) نص عام لانه يتكلم عما برد فى عقد التأمين من شروط ولما كانت القاعدة ان الخاص يقيد العام فلا ماض من القول بان مدة التقادم التى وردت فى المادة ٧٥٢ مدنى بشأن الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين لا يجوز الإتفاق على إبطالها او تقصيرها حتى لو كان هذا الإتفاق لمصلحة المستأمن.

(البيع والتأمين- للدكتور عبد الودود يحيى - المرجع السابق- ص ٤١٤ و ٤١٥)

٤- هل يجوز الإتفاق على إنقاص مدة التقادم أو على إبطالها.
ذهب رأى - إلى جواز تعديل مدة التقادم الثلاثى فى التأمين عملا بالمادة ١/٣٨٨ مدنى التى لا يجيز الإتفاق على ان يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون.

وذهب رأى آخر - إلى ان المشرع نص فى المادة ٧٥٢ مدنى على مدة التقادم الثلاثى ونص فى المادة ٧٥٣ مدنى التالية على ان يقع باطلا كل إتفاق يخالف أحكام النصوص السابقة الا ان يكون ذلك لمصلحة المؤمن له المستفيد وهذا يقتض جواز الإتفاق على تعديل مدة التقادم الصالح للمستأمن لالصالح المؤمن فمثلا دعاوى المؤمن ضد المستأمن يمكن الإتفاق انقاص مدة تقادمها بخلاف دعاوى المستأمن ضد المؤمن فانقاص مدة تقادمها ليس فى صالح المستأمن وقد رد اصحاب الرأى الأول على ذلك بان نص المادة ٧٥٣ مدنى نص عام بينما نص المادة ١/٣٨٨ مدنى نص خاص فى التقادم والخاص يقيد العام والصحيح - فيما يبدو لنا (الدكتور عبد الناصر العطار) هو العكس بمعنى ان نص المادة ١/٣٨٨ مدنى عام فى بطلان كل إتفاق على تعديل مدة

التقادم بينما نص المادة ٧٥٢ مدني استثنى من ذلك الإتفاق على تعديل مدة التقادم لصالح المستأمن أو لصالح المستفيد ومن ثم يجب العمل بهذا الاستثناء لأنه يخصص عموم نص المادة ١/٣٨٨ مدني وعلى هذا ترجع (د. عبد الناصر) الرأي الأخير.

(أحكام التأمين- للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ٩٩)

٥ - ملحق وثيقة التأمين الموقع عليه من طرفيها. إعتباره جزءاً لا يتجزأ منها. مؤداه. عدم نسخ هذه الشروط إلا ما قصد الى تعديله فيها. وجود تعارض بين شروط الملحق وشروط الوثيقة الأصلية. إعتبار شروط الملحق ناسخة لشروط الوثيقة الأصلية ومعدلة لها. أثره. الإعتداد بشروط الملحق دون شروط الوثيقة الأصلية.

(الطعن رقم ٨٢٥٩ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١٣)

* * *

١ - بعض أنواع التأمين

مادة (٧٥٤)

التأمين على الحياة:

المبالغ التي يلتزم المؤمن في التأمين على الحياة بدفعها إلى المؤمن له أو المستفيد عن وقوع الحادث المؤمن منه أو حلول الأجل المنصوص عليه في وثيقة التأمين تصبح مستحقة من وقت وقوع الحادث أو وقت حلول الأجل دون حاحه إلى إثبات ضرر أصاب المؤمن له أو أصاب المستفيد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٥٤ لىبى و ٧٢٠ سورى ٦٤٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يستحق التتويه به.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٧٥٤ مدنى أن مبلغ التأمين يكون مستحق الدفع من وقت وقع الحادث المؤمن منه كوفاة المؤمن على حياته فىالتأمين لحالة الوفاة أو من وقت حلول الأجل المنصوص عليه في وثيقة التأمين كبقاء المؤمن على حياته إلى وقت حلول أجل معين فى التأمين لحالة البقاء.

وقد تقدم ان التأمين على الحياة ليست له صفة تعويضية ومن ثم لاحاجة إلى إثبات أى ضرر أصاب المؤمن أو أصاب المستفيد لإستحقاق مبلغ التأمين كذلك لا علاقة لمبلغ التأمين الذى يذكر فى الوثيقة بأى ضرر يلحق المؤمن له فهو مستقل عن أى تعويض ولا يشترط لإستحقاق المؤمن له لهذا المبلغ أن يثبت أن الضرر الذى لحق به يعادله بل لايشترط أن ضرراً ما قد لحق به.

وإذا تحقق الحادث المؤمن منه وجب على المؤمن له أو المستفيد ان يخطر المؤمن بتحقيقه وفى التأمين على الحياة لا يوجد مقتضى التعجيل بالإخطار نظراً لإنعدام صفة هذا التأمين التعويضية فهو غير متعلق بضرر يراد التعويض عنه حتى يدعوا لإخطار المؤمن إلى تقدير هذا الضرر كما ان مبلغ التأمين مستحق بأكمله دون أن يتوقف ذلك على تقدير ضرر معين ومن ثم لايجوز الإخطار فى أى وقت والواقع من الأمر أن المؤمن له أو المستفيد هو الذى يحرص على التعجيل بالإخطار حتى يستطيع مطالبة المؤمن بمبلغ التأمين.

ومبلغ التأمين يصبح ديناً فى ذمة المؤمن مستحق الأداء من وقت وقوع الحادث أو حلول الأجل وبهذا يخالف التأمين على الحياة عقود التأمين الأخرى وفيها يصبح مبلغ التأمين مستحق الأداء بعد مضى وقت معقول يكون عادة ثلاثين يوماً من وقت وقوع الحادث ليتمكن المؤمن فيه من التثبت من صحة مايطالبه المؤمن له ومدى

ما يتمسك به من حقوق ففي التأمين على الحياة لا يحتاج المؤمن إلى وقت التثبت من ذلك إذا لا علاقة لمبلغ التأمين بأى ضرر يقع.
والمؤمن له أو المستفيد لا يكلف بإثبات أى ضرر وإذا وقع ضرر لا يكلف بإثبات ان مبلغ التأمين معادل لقيمة الضرر وانما يكلف بإثبات وقوع الحادث المؤمن منه ففي التأمين لحالة الوفاة يكلف المستفيد بإثبات الوفاة المؤمن على حياته ويكون ذلك عادة بتقديم شهادة الوفاة وفي التأمين الحالة لبقاء يقدم المؤمن له أو المستفيد شهادة وجوده على قيد الحياة وقى التأمين المختلط اما ان يقدم المستفيد شهادة المؤمن على حياته واما ان يقدم المؤمن له شهادة وجوده على قيد الحياة وذلك بحسب الأحوال وقد يقتضى الأمر فى بعض الأحيان إثبات إنتحار المؤمن على حياته وإثبات أن المنتحر كان فاقد الإرادة وقت إنتحاره وإثبات تعدى المستفيد على حياة المؤمن على حياته.

ويجب على من يطالب بمبلغ التأمين أن يثبت أنه هو المستحق له بتقديم وثيقة التأمين إذا كان المؤمن له هو المستفيد وإذا كان شخصاً آخر غيره (كالزوجة والأولاد والورثة) فعليه أن يثبت توافر هذه الصفة فيه بشهادة الزواج أو شهادة الميلاد أو إعلام الوراثة أو غير ذلك... الخ.

والمقدار والواجب الدفع للمؤمن له أو للمستفيد هو مبلغ التأمين المذكور فى الوثيقة لا أكثر ولا أقل ومع ذلك قد يدفع مبلغ أكثر كما لو كان مشترطاً إشتراك المستفيد فى الأرباح على ان يتقاضى الأرباح دفعه واحدة مع مبلغ التأمين وقد يدفع مبلغ أقل كما فى حالة تخفيض التأمين وحالات الإقتصار على رد الاحتياطي الحسابى وحالة خصم الأقساط غير المدفوعة من مبلغ والتأمين حالة ما عجله المؤمن للمؤمن له على حساب وثيقة التأمين.

وإذا تحقق الحادث المؤمن منه كان مات المؤمن على حياته فإن المؤمن يدفع مبلغ التأمين كاملاً ولكنه فى الوقت ذاته يتقاضى أقساط التأمين المستحق عن السنة التى مات فيها المؤمن على حياته ولو كانت الوفاة فى أول يوم من هذه السنة فإن المؤمن قد تحمل الخطر فى هذه السنة بل أن الخطر قد تحقق فعلاً فيها فيستحق المؤمن القسط كله.

(الوسيط - ٢-٧. للدكتور السنهوري المرجع السابق ص ١٤٩١ وما بعدها)

٢- يقصد بالتأمين على الأشخاص ذلك النوع من التأمين الذى يكون محله شخص المستأمن والذى بموجبه يتعهد المؤمن أن يدفع إلى المستأمن أو إلى شخص آخر معين فى العقد مبلغاً من النقود أو إيرادات مرتباً عند تحقق حادثه متعلقة بشخص المستأمن - أو شخص آخر - وذلك مقابل قيام المستأمن بدفع أقساط دورية معينة.

ويتميز هذا النوع من التأمين بخاصية هامة هى انه لا يهدف إلى تعويض المستأمن عن ضرر نزل به إذا ان فكرة التعويض عن الضرر بعيدة عن نطاق التأمين على الأشخاص بل ان بعض الحوادث المؤمن منها قد تكون حوادث سارة كزواج أو ميلاد طفل أو الحياة حتى بلوغ سن معينة وفى مثل هذه الحالات لا تثور فكرة الضرر على الإطلاق ويترتب على ذلك ان المؤمن يلتزم فى التأمين على الأشخاص بان يدفع

العوض المتفق عليه عند تحقق الحادثة دون إعتبار لما إذا كان قد أصاب المستأمن أو المستفيد ضرر أم لا ومعنى هذا ان التأمين على الأشخاص ليس عقد تعويض وإنما هو عد بمبلغ معين عند تحقق حادثه معينه ويترتب على ذلك نتائج منها:

ان المبلغ المؤمن به يتحدد في وثيقة التأمين عند إبرام العقد وبمجرد وقوع الحادثة المؤمن منها يلتزم المؤمن بدفع هذا المبلغ إلى المستأمن أو إلى المستفيد المعين في العقد دون أن يطالب أحدهما بأن يثبت أن ضرراً ما أصابه وقد عبرت عن هذا المعنى بوضوح المادة ٧٥٢ مدنى.

(البيع والتأمين- للدكتور يحيى - المرجع السابق- ص ٢٢١ و ٢٢٢)

٣- فى التأمين على الحياة يلتزم بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الحادث المؤمن منه أو حلول الأجل المنصوص عليه فى وثيقة التأمين ففى التأمين لحالة الوفاة يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمستفيد عند الوفاة المؤمن على حياته وفى التأمين لحال الحياة ينشأ هذا الإلتزام عند حلول الأجل المنصوص عليه فى وثيقة التأمين وهكذا.

فمبلغ التأمين طبقاً لنص المادة ٧٥٤ مدنى - فى التأمين على الحياة يستحق أداؤه فور وقوع الحادث او حلول الأجل المتفق عليه دون حاجة للتثبيت من وقوع الضرر للمؤمن له او للمستفيد لأن التأمين على الحياة من صور التأمين على الأشخاص والتأمين على الأشخاص ليست له صفة تعويضية ولهذا أيضاً يستحق مبلغ التأمين ولو لم يحدث ضرر أو حدوث ضرر يفوق مبلغ التأمين وعلى من يطالب بمبلغ التأمين أن يثبت أمرين أحدهما وقوع الخطر المؤمن منه ويتم ذلك بتقديم شهادة الوفاة المؤمن على حياته فى التأمين لحال الوفاة أو شهادة تثبت بقاءه على قيد الحياة حتى حلول للأجل المنصوص عليه فى وثيقة التأمين فى التأمين لحال البقاء أو احدى الشهادتين فى التأمين المختلط وإذا زعم المؤمن أن المؤمن على حياته مات منتحراً كان عليه عبء وثبات ذلك وكان للمستفيد إثبات أن المنتحر كان فاقد الإرادة عند إنتحاره ... الخ.

الأمر الثانى الذى يجب على من يطالب بمبلغ التأمين ان يثبته هو إثبات انه المستفيد من التأمين وذلك بتقديم وثيقة للتأمين أو ملحقتها أو الورقة المستقلة التى عين بها مستفيداً وقد يحتاج الأمر إلى إثبات شخصيته بتقديم بطاقة أحواله المدنية وإثبات صفته بتقديم ما يدل على أنه مثلاً زوج للمؤمن على حياته المتوفى أو أنه ولد له.

وتبرأ ذمة المؤمن بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر لمن يثبت انه المستفيد فإذا تبين ان المستفيد شخص اخر كما لو عين طالب التأمين مستفيداً آخر لم يخطر به المؤمن فان المستفيد الحقيقى يرجع على المستفيد الظاهر لإسترداد ما قبضه من المؤمن دون حق ولا يرجع على المؤمن حسن النية بشئ فإذا تبين أن المؤمن سئ النية يعلم بالمستفيد الحقيقى كان لهذا الأخير أن يطالبه بمبلغ التأمين ويرجع المؤمن على المستفيد الظاهر بما قبضه منه دون حق.

(أحكام التأمين: للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ١٤٢ و ١٤٣)

من أحكام القضاء الحديثية:

١- تعيين المستفيد في مشارطات التأمين هو من مسائل الواقع التي تتصل بنصوص المشاركة فمتى كانت محكمة الموضوع قد إستظهرت من مشاركة التأمين أو ورثة المتوفى (العامل) هم المستفيدون منها لا الشركة التي كان يعمل بها فان النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تكييف معنى المستفيد ومخالفته لنص المادة ٧٥٤ من القانون المدني وبانه لم يخضع مبلغ التأمين لرسم الايلولة على التركات يكون غير مجد.

(جلسة ١٩٦٣/٧/٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٤ - مدني - ص ٦٦٠)

٢- عقد التأمين الجماعي على الحياة نوعان تأمين مؤقت لحالة الوفاة وتأمين البقاء العقد بنوعيه احد تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير إلزام رب العمل فيه بدفع أقساط التأمين ولعماله حق مباشر قبل شركة التأمين دون ان يدخلوا طرفا فى العقد أثره حق الشركة فى التمسك قبل المستفيدين بالدفع التي تستطيع التمسك بها قبل طالب التأمين مؤداه لها إيقاف سريان التأمين قبل المستفيد إذا تأخر طالب التأمين فى دفع أقساطه. م ٢/١٥٤ مدني.

من المقرر أن عقد التأمين الجماعي على الحياة الذى يبرمه رب العمل لصالح العاملين لديه إما أن يكون تأميناً مؤقتاً لحالة الوفاء يكون معه المؤمن له الحق فى مبلغ معين إذا مات أثناء المدة التي يعمل فيها عند رب العمل وقبل أن يعتزل عمله أو تأميناً لحالة البقاء يحصل بمقتضاه عند اعتزال العمل لبلوغ سن المعاش على رأس المال دفعه واحده أو بإيراد مرتب مدى الحياة فإن هذا العقد بصورتيه ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير يلتزم فيه رب العمل المستأمن بدفع أقساط التأمين إلى شركة التأمين ويكون لعماله أو ورثتهم حق مباشر قبل الشركة المؤمن دون ان يدخل العامل طرفاً فى عقد التأمين وبالتالي يكون لهذه الشركة أن تتمسك قبل المستفيدين بالدفع التي تستطيع أن تتمسك بها قبل طالب التأمين إعمالاً لنص عجز الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني حيث يجرى على ان "..... ويكون لهذا التعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد " فإذا تأخر طالب التأمين فى دفع قسط التأمين جاز للمؤمن أن يقف سريان التأمين قبل المستفيد.

(الطعن ٢٢٧٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ س ٤٨ ص ١٢٣٩)

٣- تمسك شركة التأمين أمام محكمة الموضوع بان عدم وفائها بالتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعي سببه تخلف الشركة التأمين عن سداد أقساطه وثبت ذلك بتقرير الخبير ولم تتكره الأخيرة. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزامها بأداء مبلغ التأمين للمستفيد لعدم جواز تمكسها قبله بعدم سداد الأقساط خطأ ومخالفة للقانون علة ذلك.

لما كان الثابت ان الشركة الطاعنة تمسكت فى مرحلتى التقاضى بدفاع حاصله أن عدم وفائها بالتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعي محل التداعى كان سبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولى طالبة التأمين عن سداد أقساطه وهو ما ثبت فى الأوراق من تقرير الخبير ولم تتكره المطعون ضدها الأولى فأن مؤدى ذلك ان يكون

للطاعة ان توقف إلتزامها بتنفيذ عقد التأمين بما يكون معه إمتناعها عن الوفاء بمبلغه إلى المطعون ضده الثانى بحق لما هو مقرر طبقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أنه إذا كانت الإلتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للآخر الا يوفى بإلتزامه فهو إمتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائى بل هو ذو طابع وقائى يهدف إلى كفالة إستمرار التعاصر الزمنى بين الإلتزامات الحالة المتقابلة وهو ما إصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذى ليس الا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى قد خالف هذا النظر وقضى بإلزام الطاعة بتنفيذ عقد التأمين وبإلزامها بأداء مبلغه إلى المطعون ضده الثانى على سند من عدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد أقساطه فإنه يكون قد خالف القانون والخطأ فى تطبيقه

(الطعن ٣٢٧٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣)

* * *

مادة (٧٥٥)

(١) يقع باطلاً التأمين على حياة الغير مالم يوافق الغير عليه كتابة قبل إبرام العقد فإذا كان هذا الغير لا تتوافر فيه الأهلية فلا يكون العقد صحيحاً إلا بموافقة من يمثله قانوناً.

(٢) وتكون هذه الموافقة لازمة لصحة حوالة الحق في الاستفادة من التأمين أو لصحة رهن هذا العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٥٥ لبيى و ٧٢١ سورى و ٩٩٢ عراقى و ٩٩٤ لبنانى و ٦٤٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يجارى هذا النص المادة ٧٤ من القانون السويسرى الصادر فى ٢ إبريل سنة ١٩٠٨ والمادة ١٥٨ فقرة ٢ من القانون الألمانى الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨ والمادة ٥٧ فقرة أولى من القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ ولم يأخذ المشروع بالحكم العكسى الوارد بالمادة ٤١ من القانون البلجيكى الصادر فى ١١ يونية سنة ١٨٧٤ وذلك نظرا لما ترتب عليه من كثرة الحوادث الجنائية التى يكون القصد منها قبض مبالغ التأمين عند وفاة المجنى عليهم.
أما الفقرة الثانية فهى مقتبسة عن الفقرة الثانية من المادة ٥٧ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسى وحكمها مخالف لحكم الفقرة الثانية من المادة ٧٤ من قانون سنة ١٩٠٨ السويسرى التى تقضى بأن حوالة الحق فى الاستفادة من التأمين أو رهن هذا الحق تصح دون حاجة لرضاء الغير المؤمن عليه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ - ص ٣٦٠ و ٣٦١)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٥٥ مدنى أنه إذا أمن شخص على حياة الغير لمصلحته هو أو لمصلحة شخص آخر فإن عقد التأمين - وكان فى الأصل يصح بتراضى المؤمن وطالب التأمين - لا يكون صحيحاً إلا بتراضى هذين الطرفين وموافقة المؤمن على حياته أيضاً ولحكمة فى ذلك أن التأمين على حياة الغير دون أن يكون هذا الغير طرفاً فى العقد يجعل حياته محلاً للمضاربة إذ يتوقف على موته وقد يكون مغرياً لمن له مصلحة وهو المستفيد بأن يفكر فى الإعتداء على حياته ولم يشترط القانون أن تكون هناك للمستفيد أو لطالب التأمين مصلحة فى بقاء المؤمن على حياته حياً وإستعاض عن ذلك بان إشتراط لصحة عقد التأمين موافقة المؤمن على حياته وغنى عن البيان أن التأمين على الحياة الذى لا يكون صحيحاً إلا بموافقة المؤمن على حياته يجب أن يكون تأميناً لحالة وفاة ففيه يستحق مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته فيتحقق الخطر المشار إليه أما التأمين لحالة البقاء حيث لا يستحق مبلغ

التأمين لا إذا بقي المؤمن على حياته حياً لا خطر فيه على حياة هذا الأخير وهو ثم لا تشترط موافقته لصحة العقد.

وقد يكون المؤمن على حياته قاصراً أو عجوزاً وعند ذلك يجب ان تصدر الموافقة من الولي أو الوصي أو القيم أو ممن يمثل قانوناً المؤمن على حياته. ويجب أن تكون الموافقة كتابية والكتابة هنا ركن للإنعقاد لا طريق للإثبات وأية كتابة تكفي فلا يشترط ان تكون رسمية والموافقة الشفوية لا تكفي ولو امكن إثباتها ويجب أن تكون الموافقة صادرة قبل إبرام عقد التأمين ولست معاصرة له. فإذا لم تصدر موافقة على حياته او صدرت غير مستوفية للشروط السابقة كان عقد التأمين باطل باطلاً معلقاً ويستطيع ان يتمسك بالبطان كل ذي مصلحة ويجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ولا تصح الإجازة بالبطان. وموافقة المؤمن على حياته لازمة كذلك لتعيين المستفيد وضرورية كذلك لمصلحة حوالته لحقه أو رهنه.

ويجوز التأمين على حياة الجنين قبل مولده على ان يوافق على العقد من يمثله قانوناً.

(الوسيط. ٧-٢. للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٢٨ وما بعدها)

٢- أحاط المشرع التأمين على حياة الغير بضمانات تكفل تقادى الخطر الكامن فى هذا النوع من التأمين.

فتشترط فى الفقرة الأولى من المادة ٧٥٥ من التقنين المدنى ان يوافق الغير المراد التأمين على حياته أو من يمثله قانوناً (كوليّه أو وصية أو القيم عليه) على طلب التأمين حتى هذه الموافقة صحيحة فلا يكفى إذن مجرد توقيع الغير المؤمن على حياته على وثيقة التأمين بالموافقة عليه فمثل هذه الموافقة لا تكون حاصلة بل إبرام العقد كما يتطلبها القانون وبالتالي لا تحول دون بطان التأمين.

والمراد بالفقرة الثانية تحريم التعامل عموماً على وثيقة تأمين من هذا النوع إلا بعد الحصول على موافقة المؤمن على حياته وعلة ذلك منع التحايل على القانون فقد يوافق الغير على التأمين على حياته لصالح شخص يكون موضع ثقته فتحول الحق فى الإستفادة من هذا التأمين أو رهنه إلى شخص آخر قد لا يرضى عنه المؤمن عليه يعتبر إخلالاً بهذه الثقة المشروعة مما يجعل مثل هذا التصرف مشوباً بالبطان.

وهذا البطان جوهرى فإذا لم تتوافر الشروط المتقدمة عند إنعقاد هذا النوع من التأمين أو حوالته أو رهنه انهو العقد من أساسه لإنعدام الرضاء فلا تصححه الإجازة اللاحقة.

وقد راينا فيما قدم كيف جعل المشرع من المصلحة ركناً لازماً فى كل أنواع التأمين (م ٧٤٩ من التقنين المدنى) فيشترط لمصلحة التأمين على حياة الغير أن تكون للمستأمن مصلحة جدية فى المحافظة على حياة الغير ان تكون للمستأمن مصلحة حدية فى المحافظة على حياة المؤمن عليه فإذا إنتقت المصلحة وقع هذا التأمين باطلاً بطاناً مطلقاً أيضاً.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٥٠ و ٥٤٩ و كتابة: التأمين والعقود

الصغيرة المرجع السابق - ص ٢٢٤ وما بعدها حتى ٢٢٨)

٣- تقرر التشريعات الجديدة صحة التأمين على حياة الغير وقبل ذلك كان الشرح ينازعون في صحته ولا يقرونه إلا إذا كان لطالب التأمين مصلحة في بقاء المؤمن عليه ذلك أنه يبدو غريباً أن يخشى شخص فائدة مالية من وفاة شخص آخر في حين أن هذه الوفاة لا تعود عليه بأى ضرر ويخشى أن يغرى الحصول على الفائدة المالية المرتقبة المستفيد من التأمين بالإقدام على عمل جنائى يجعل وقوع الحادث.

ولكن الرأى المتقدم ليس صحيحاً على إطلاقه فالتأمين على حياة الغير قد يكون مفيداً ومشروعاً كالتأمين الذى يعقده والد على حياة ابنه أو دائن على حياة مدينة وقد لا يكون هذا التأمين أخطر من التأمين على حياة المؤمن لمصلحة الغير لانه فى الصورة الأخيرة يكون المستفيد وليس المتعاقد هو الذى له مصلحة فى موت المؤمن له.

(عقد التأمين- للدكتور محمد كامل مرسى - المرجع السابق- ص ٢٧١ وما بعدها)

عقد التأمين الجماعى على الحياة نوعان تأمين مؤقت لحالة الوفاة وتأمين البقاء العقد بنوعيه أحد تطبيقات الإشتراط لمصلحة الغير إلترام رب العمل فيه بدفع أقساط التأمين ولعماله حق مباشر قبل شركة التأمين دون أن يدخلوا طرفاً فى العقد أثره. العقد الذى تم بين المشترك المؤمن له والمتعهد الشركة المؤمنة. علة ذلك نشأة هذا الحق من العقد تعيين المستفيد من مشاركة التأمين مرجعه نصوص العقد.

لما كان من المقرر أن عقد التأمين الجماعى على الحياة الذى يبرمه رب العمل لصالح العاملين لديه إما أن يكون تأميناً مؤقتاً لحالة الوفاة يكون معه لورثة المستفيد الحق فى مبلغ معين إذا مات أثناء المدة التى يعمل فيها رب العمل وقبل أن يعتزله عمله أو تأميناً لحالة البقاء يتحصل بمقتضاه عند إعتزال العمل لبلوغ سن المعاش على رأس مال دفعه واحدة أو بإيراد مرتب مدة الحياة فإن هذا العقد بصورتيه ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الإشتراط لمصلحة الغير يلتزم فيه رب العمل - المؤمن له - بدفع أقساط التأمين إلى شركة التأمين ويكون لعماله أو ورثتهم حق مباشر قبل الشركة المؤمنة دون أن يدخل العامل طرفاً فى عقد التأمين ومن ثم فإن العقد الذى تم بين المشترك " المؤمن له " والمتعهد " شركة التأمين " هو مصدر الحق المباشر الذى يثبت للغير إذ هو الذى أنشأ له هذا الحق ونصوصه هى المرجع فى تعيين المستفيد من مشاركة التأمين.

(الطعن ٥٧٢٧ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٩ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٧٥٦)

(١) تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته ومع ذلك يلزم المؤمن له أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطي التأمين.

(٢) فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته بقى التزام المؤمن قائماً بأكمله وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة.

(٣) وإذا إشتملت وثيقه التأمين على شرط يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ولو كان انتحار الشخص عن اختيار وأدرك فلا يكون هذا الشرط نافذاً إلا إذا وقع الانتحار بعد سنتين من تاريخ العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٥٦ لیبی و ٧٢٢ سورى و ٩٩٣ عراقى و ١٠٠٠ لبنانى و ٦٤٥ سودانى
الأعمال التحضيرية:

ليس عن هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية يستحق التنويه به.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧ مدنى ان القاعدة هى ان إنتحار المؤمن على حياته عن شعور وإدراك يسقط حق المستفيد وهناك إستثناء لهذه القاعدة يجوز بموجبه تأمين الإنتحار بشروط معينة.

ففيكون المؤمن عن حياته غالباً هو فى الوقت ذاته طالب التأمين وقد أمن على حياته لمصلحة زوجته واولاده احد اقاربه فإذا إنتحر وقد كانت حياته هى محل تأمين يكون قد جعل بفعله العمدى الخطر المؤمن منه محقق الوقوع وطبقاً للقواعد المقررة فى عقد التأمين يبطل العقد ثم أن إنتحار المؤمن على حياته عمداً لايجوز أن يدخل فى نطاق التأمين لأنه عمل غير مشروع وشروط الخطر المؤمن منه أن يكون مشروعاً فإذا دخل الإنتحار فى نطاق التأمين كان مخالفاً للنظام العام ومن ثم يكون باطلاً ثم أن فى إباحة تأمين الإنتحار تشجيعاً على هذا العمل غير المشروع بل أن فيه إغراء للمؤمن على حياته بأن ينتحر إذا علم بأن إنتحاره يترك لأسرته مورداً للغش وقد يلجا من عزم فعلاً على الإنتحار إلى التأمين عن حياته قبل ان ينتحر وكل هذه أمور مخالفة للأداب والنظام العام ومن هنا جاءت القاعدة التى تقضى بسقوط حق المستفيد إذا إنتحر المؤمن على حياته.

ويشترط حتى يسقط حق المستفيد أمران (١) أن ينتحر المؤمن على حياته فإذا قتل نفسه عن غير عمد ولو كان ذلك عن خطأ مهما كان جسيماً فان حق المستفيد

لا يسقط بل أن المؤمن على حياته لو عرض نفسه لموت محقق قياماً بواجب إنساني فمات لم يكن عمله هذا إنتحاراً ولم يسقط حق المستفيد وإذا تعمد المؤمن على حياته الإنتحار بعمل إختياري فإن أدى هذا العمل إلى الموت فعلاً ولو بعد مدة هذه طويلة كان هذا إنتحاراً يسقط حق المستفيد أما إذا لم يؤد العمل إلى الموت كان هذا شروعاً في إنتحار لا يسقط حق المستفيد بل لا يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ عقد التأمين من أجل هذا العمل إلا إذا كان قد إشتراط ذلك (٢) أن يكون الإنتحار عن شعور وإختيار فإن كان سبب الإنتحار كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٧٥٦ مدنى فيما رأينا مرضاً أفقد المريض إرادته بقى الإلتزام قائماً بأكمله فيجب إذن أن يكون المؤمن على حياته مالكا لقواه العقلية مدركا لنتائج فعله ومريداً وإياها طوعاً وإختياراً أما إذا كان قد فقد إرادته فإن بسبب جنون أو مرض أو أى أمر آخر فأقدم على الإنتحار وهو فاقده الإرادة فإن الإنتحار فى هذه الأحوال إلا يعتد به ولا يسقط حق المستفيد وذلك ما لم يكن المؤمن قد إستبعد بشرط خاص من نطاق التأمين الإنتحار ولو كان عن غير شعور وكان الإنتحار ولو كان عن غير شعور ولما كان الإنتحار أمر غير عادى ويأتى على خلاف المألوف فإن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد مات منتحراً فسقط حق المستفيد، يقع على المؤمن ولكن لما كان المفروض فى المنتحر أن ينتحر عن شعور وإدراك لنتائج فعله فإن العبء. إثبات أن المؤمن على حياته عندما إنتحر كان فاقده الإدراك يقع على المستفيد وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا وعلى المؤمن ان يثبت ان المؤمن على حياته كان وقت الإنتحار فاقده الإرادة.

فإذا توافر الشرطان المتقدمان سقط حق المستفيد فى مبلغ التأمين ولكن المؤمن يبقى ملتزماً بدفع مبلغ للمستفيد يساوى قيمة إحتياط التأمين وهذا الإحتياطى جزء من مبلغ التامين الذى دفع للإدخار لا للتأمين من الخطر فيجب رده فى جميع الأحوال ولا يشترط فى رد إحتياطى التأمين بسبب الإنتحار كما يشترط فى رد هذا الإحتياطى بسبب التصفيه أن يكون طالب التأمين قد دفع على الأقل ثلاثة أقساط سنوية لأن هذا الشرط لم يرد فى النص هنا كماورد فى النص الخاص بالتصفية وقد رأينا أن العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ مدنى تقول ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة إحتياطى التأمين وهذا النص من النظام العام لايجوز الإتفاق على ما يخالفه فلا يجوز للمؤمن أن يشترط عدم دفع شئ من إحتياطى التأمين فى حالة الإنتحار.

وبيتين مما تقدم ان الإنتحار عن إختيار وإدراك يخرج من نطاق التأمين من تلقاء نفسه وبحكم القانون حاجة إلى شرط خاص بهذا الإستبعاد بل انه لا يجوز أن يشترط العكس فلايجوز لطالب التأمين أن يشترط أن يدخل الإنتحار عن إختيار وأدراك فى نطاق التأمين فيستحق التأمين إذا وقع وذلك للإعتبارات المتقدمة.

ومع ذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٥٦ مدنى على: وإذا إشتملت وثيقة التأمين على شرط يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ولو كان إنتحار الشخص على إختيار

وإدراك فلا يكون هذا الشرط نافذاً إلا إذا وقع الإنتحار بعد سنتين من تاريخ العقد فأجاز المشرع بهذا النص التأمين من الإنتحار عن إختيار وإدراك وذلك إذا توافر شرطان (١) أن يكون إتفاق خاص بين طرفي عقد التأمين على دخول الإنتحار عن إختيار وإدراك في نطاق التأمين فإذا لم يوجد هذا الإتفاق لم يدخل الإنتحار في نطاق التأمين (٢) الا ينتج هذا الإتفاق أثره إلا إذا وقع لإنتحار بعد إنقضاء سنتين من وقت إبرام عقد التأمين والمقصود من ذلك إثناء من إعترزم الإنتحار عن أن يؤمن على حياته ثم ينتحر فإنه إن فعل لم يستحق المستفيد مبلغ التأمين وإذا إنتظر مدة سنتين قبل أن يقدم على الإنتحار لم يثبت أن يقاع عن عزمه إذ يصعب أن نتصور شخصاً إعترزم الإنتحار يبقى منتظراً في هدوء مدة سنتين كاملتين ثم ينتحر بعد هذه المدة الطويلة ولكن يبقى مع ذلك أن هذا الإتفاق الخاص يبقى الباب مفتوحاً للمؤمن له ولم يكن يفكر في الإنتحار وقت أن امن على حياته وبقي كذلك مدة سنتين لأن يقدم على الإنتحار بعد ذلك لظروف جدت عليه بعد أن إطمأن إلى أنه سيرتك لأسرته مورداً من العيش وهذا ما يجعل الإستثناء الذي نحن بصددته حمل إنتقاد.

وعلى ذلك إذا أقدم المؤمن على حياته على الإنتحار قبل إنقضاء السنتين حتى لو مات بعد إنقضاء هذه المدة ما دام الذي إنتحر به قد تم في خلالها فإن المستفيد لا يستحق مبلغ التأمين ولكنه يستحق إحتياطي التأمين أما إذا لم يقدم المؤمن على حياته على الإنتحار إلا بعد إنقضاء سنتين من تاريخ إبرام عقد التأمين لامن تاريخ نفاذه فإن هذا الإنتحار يكون داخلاً في نطاق التأمين بموجب الإتفاق الخاص على ذلك ومن ثم لا يسقط حق المستفيد بل يتقاضاه كاملاً من المؤمن.

(الوسيط: ٢٠٧-٢. للدكتور السهوري- المرجع السابق- ص ١٤٦٨ وما بعدها)

٢- يتضح من نص المادة ٧٥٦ مدني أنه لايجوز التأمين من الإنتحار مباشرة فمثل هذا الإتفاق يجعل تحقق الخطر المؤمن منه إرادياً محضاً فينتفى عنصر الإحتمال الذي يعد بمثابة السبب القصدى للتأمين هذا فضلاً عن كونه مخالفاً للنظام العام والآداب وكذلك كان الأصل أن تبرأ ذمة المؤمن من إلزامه بدفع مبلغ التأمين على الحياة إذا أثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً ولا يكون للمستفيد من التأمين مطالبة المؤمن الا بدفع مبلغ مساوي لقيمة إحتياطي التأمين (م ٧٥٦/مدني).

هذا أن كان الإنتحار نتيجة تدبير وسبق اصرار وهو ما يفترض أساساً ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فإذا اقام المستفيد من التأمين الدليل على أن الإنتحار قد وقع عن غير إرادة ولا إختيار كما إذا حدث عقب الإصابة بمرض خطير فإنه يكون بمثابة حادثة غير متوقعة فلا تحول دون انتاج النتائج العادية (م ٧٥٦/٢مدني) وذلك لأن بطلان التأمين بسبب الإنتحار لا يعدو كونه جزاء لعقاب عمل إرادى غير مشروع فلا يسوغ توقيع مثل هذا الجزاء في حالة الإنتحار اللاشعورى.

وتقدير ما إذا كان الإنتحار إرادياً أو لاشعورياً متروك لقاضى الموضوع على ان التفرقة المتقدمة بين نوعى الإنتحار تعويض إلى حيث تخلو وثيقة التأمين من شرط خاص بضمان الوفاة ولو كان سببها الإنتحار فإذا تضمنت الوثيقة شرطاً من هذا

القبيل، فإن مثل هذا الشرط لا يؤدي إلى ضمان الإنتحار العمدى إلا إذا وقع بعد سنتين على الأقل من تاريخ إبرام التأمين (م ٣/٧٥٦ مدني) والغاية من تأجيل الضمان على هذا النحو هو إستبعاد الأشخاص الذين لا يقدمون على التأمين إلا بعد ان اختمرت في رؤوسهم فكرة الإنتحار فتأجيل ضمان المؤمن هذه المدة الطويلة كفيل بحمل المستأمن على العدول عن فكرته لإحتمال زوال الظروف التي أملت بها عليه أما الإنتحار اللاشعوري فيدخل فوراً في نطاق الضمان.

(التقنين المدني- الدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٥١ و ٥٥٢ وكتابة: التقنين والعقود

الصغيرة- المرجع السابق- ص ٢٢٨ حتى ٢٢٢)

٣- بمقتضى نص المادة ٧٥٦ مدني إذا كان الإنتحار متعمدا (عن إختيار وإدراك) برئ المؤمن من إلتزامه بدفع المبلغ المؤمن به ولكنه يبقى ملزماً بدفع قيمة إحتياطي التأمين، التأمين في هذه الحالة لا يكون باطلاً إذ أنه إنعقد صحيحاً كما أن هذه الحالة لا تعتبر حالة سقوط لأن المصطلح عليه عن سقوط الحق يكون في حالة تقصير المستفيد من التأمين وهنا الجزاء يضر بأشخاص لاجريرة لهم فيما وقع وذلك نص القانون على أن يدفع لهم المؤمن قيمة إحتياطي التأمين فالجزاء هنا قد املتته إعتبارات خلقية.

أما إذا إشتراط دفع التأمين في كل الأحوال فإن هذا الشرط لا يضمن الإنتحار الإختياري إلا إذا حصل بعد سنتين من تاريخ العقد وبضمن الإنتحار حتى بعد مضي السنتين إذا كان سببه مرضاً أفقد المنتحر إرادته وذلك وفقاً لنص المادة ٧٥٦ مدني. والعقد الذي يشترط الضمان في حالة الإنتحار الإختياري لا يكون باطلاً ولكن الشرط لا يكون نافذاً خلال سنتين بمعنى أنه لو وقع الإنتحار خلال هذه المدة فإن المؤمن لا يلزم إلا بقيمة إحتياطي التأمين.

وإلزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين في حالة الإنتحار الإختياري إذا وقع بعد سنتين من تاريخ العقد لا يكون إلا إذا كان مشروطاً في العقد ويقال لهذا الشرط شرط عدم المناقضة المؤجل ولا يلزم بالدفع إلا إذا وقع الإنتحار بعد سنتين من تاريخ العقد فلا يجوز إشتراط مدة أقل كسنة ويجوز إشتراط مدة أكثر لثلاث سنين أو أربع سنين.

وببين مما تقدم أنه إذا إنتحر المؤمن على حياته ولم يكن في تأمينه شرط خاص وأثبت المؤمن أن المؤمن على حياته مات منتحراً فإن المؤمن يلتزم بأن يدفع مبلغاً مساوياً لقيمة الإحتياطي مما كانت المدة التي سرت فيها وثيقة التأمين وذلك ما لم يثبت المستفيد أن المؤمن على حياته كان وقت إنتحاره فقد الإرادة ففي هذه الحالة يدفع المؤمن جميع المبلغ المؤمن به مما كانت المدة التي سرت فيها وثيقة التأمين أما إذا كانت الوثيقة تنص على ضمان الخطر الإنتحار وكان الإنتحار إختيارياً ولم يكن قد مضى على الوثيقة سنتان فإن المؤمن يلزم بدفع مبلغ مساو لقيمة الإحتياطي فإذا كان قد مضى على سريان الوثيقة سنتان فإن المؤمن يدفع مبلغ التأمين بأكمله وإذا كان الإنتحار غير إختياري (بأن كان المنتحر فاقد الإرادة) فإن المؤمن يدفع كل المبلغ المؤمن به مهما كانت المدة التي سرت فيها وثيقة التأمين.

(عقد التأمين - للدكتور محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٢٧٨ وما بعدها)

٤- قد ينعقد التأمين على خطر الموت كما هو الحال في التأمين لحال الوفاة وفي المختلط ثم يحدث أن ينتحر المؤمن على حياته في الحالة يظل عقد التأمين صحيحاً لأنه إنعقد فالتأمين كان على خطر الموت الطبيعي ولم يكن على الخطر الانتحار والانتحار خطأ عمدى لا يجوز التأمين منه وإلا كان العقد باطلاً من ناحية أخرى نجد أن الخطر المؤمن منه وهو الموت الطبيعي لم يتحقق وبالتالي ينتهى عقد التأمين وتبرأ ذمة المؤمن من دفع مبلغ التأمين وقد رأى المشرع أن هذا الحل يضر من يؤول إليه الحق في التأمين دون أن تكون له جزيرة فيما وقع ولهذا ألزم المؤمن بأن يدفع له قيمة إحتياطي التأمين وقد وردت هذه الأحكام في المادة ٧٥٦ / ١ و٢ مدنى.

وأجاز المشرع - إستثناء - الإتفاق على التأمين من الإنتحار عن إرادة غير انه جعل هذا الإتفاق غير نافذ قبل مرور سنتين من تاريخ عقد التأمين دون إنتحار (٣/٧٥٦ مدنى).

أن الأصل بطلان التأمين من الإنتحار عن إرادة والإستثناء جوازه فى الحدود التى نصت عليها المادة ٣/٧٥٦ مدنى والإستثناء لايتوسع فى تفسيره ويجوز الإتفاق على عدم نفاذ التأمين من الإنتحار خلال مدة أطول من سنتين لأن الممنوع هو الإتفاق على مدة أقل ويبدو أن المشرع ظن أن مرور السنتين على التأمين من شأنه أن يثنى المؤمن على حياته عن عزمه على الإنتحار لكن الواقع أن هذا الشرط قد يشجع المؤمن على حياته على الإنتحار لو لم يفكر فيه ذلك إذا طرأت له بعد مرور السنتين ظروف قد تحمله على ذلك مما يستوجب إلغاء هذا الإستثناء.

وإذا كان هناك إتفاق على التأمين من الإنتحار عن إرادة وإنتحر المؤمن على حياته قبل صدور السنتين كان هذا الإتفاق صحيحاً غير نافذ فلا تطبق المادة ٣/٧٥٦ مدنى ولكن تطبق المادة ١/٧٥٦ مدنى فتبرأ ذمة المؤمن من ملغ التأمين ويدفع المؤمن لمن له الحق فى التأمين مبلغا يساوى قيمة إحتياطي التأمين أما إذا إنتحر المؤمن على حياته بعد مرور السنتين أو بعد مرور المدة الأطول إذا إتفق على مدة أطول من السنتين فإن المادة ٢/٧٥٦ مدنى تسرى ويلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين هنا للمستفيد ويجب أن يتم الإنتحار (نشاطا ونتيجة) بعد مرور السنتين فإذا باشر المؤمن على حياته سبباً لإنتحاره قبل مرور السنتين ومات بعد مرور السنتين إعتبر أنه إنتحر قبل مرور السنتين فلا يسرى حكم الإستثناء فى هذه الحالة.

(أحكام التأمين- للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق - ص ١٢٨ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعن - فى الدعوى الأصلية - بالتعويض المقضى به بسبب الفعل الضار، أما المطعون ضدها الثانية فقد ألزمها بالتعويض فى دعوى الضمان الفرعية بموجب عقد التأمين المبرم بينها وبين الطاعن فإنهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان، ومن ثم تتضام ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن باعتبار أن الإلتزام التضامني يقتضى وحدة المصدر.

(الطعن رقم ٢٩٩ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ١٠٤ / ١٩٩٩)

٢- إن كان المشرع بما أورده في عجز الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات قد جعل للمضرور من الحادث الذي وقع من سيارة مؤمن عليها أن يرجع على شركة التأمين المؤمن لديها بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي أصابه من الحادث، بما مؤداه أن هذا الحق مقرر لمصلحة المضرور حماية له وضماناً لحصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر الذي وقع عليه مهما بلغت قيمة هذا التعويض، ومن ثم فإن له وحده الخيار بين أن يرجع على المؤمن أو على غيره من المسؤولين عن الفعل الضار أو يجمع بينهم.

(الطعن رقم ٢٩٩ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ١٩٩٩ / ٠٤ / ٠٤)

* * *

مادة (٧٥٧)

(١) إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برأت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناءً على تحريض منه.

(٢) وإذا كان التأمين على الحياة الصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت بناءً على تحريض منه فإذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع في إحداث الوفاة كان للمؤمن له الحق في أن يستبدل المستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٥٧ الليبي و ٧٢٣ سوري و ٩٩٤ عراقي و ١٠١٥ اللبناني و ٦٤٦ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشرع الفقرة الأولى من المادة ١٧٠ من القانون المدني الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨ وكذلك إقتبس منها الفقرة الثانية وقد فضل الأخذ بحكمها عن الحكم الوارد بالمادة ٢/٧٩ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي وهي تقضى في مثل هذه الحالة بدفع مبلغ التأمين لورثة المؤمن عليه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٢١٦)

رأى الفقه:**١- يتناول نص المادة ٧٥٧ مدني عرض فرضين:**

الفرض الأول ان يقع التأمين على حياة الغير - فالمؤمن له يكون هو المؤمن على حياته ويتفضل عنه كل من طالب التأمين والمستفيد وقد يكونان شخصاً واحداً فيكون المفروض إذن أن شخصاً امن على حياة غيره لمصلحته هو فأصبح هو المستفيد وطالب التأمين فيوقت واحد أما المؤمن على حياته أى المؤمن له فهو شخص آخر ليس طرفاً في عقد التأمين ولكنه وافق على العقد طبقاً لأحكام المادة ٧٥٥ مدني.

وإذا تسبب طالب التأمين (المستفيد) عمداً في وفاة المؤمن على حياته أو حرض على قتله فقتل فكان مقتضى عقد التأمين أن يستحق المستفيد مبلغ التأمين بمجرد وفاة المؤمن على حياته ولكن لما كان المستفيد (طالب التأمين) هو الذى تسبب في وفاة المؤمن على حياته فإنه يحرم من مبلغ التأمين وتبرأ ذمة المؤمن من هذا المبلغ فلا يدفع شيئاً لأحد وبذلك ينتهى عقد التأمين ذلك ان المستفيد أراد ان يحقق مصلحة له وهى الحصول على مبلغ التأمين عن طريق الإجرام وهذا ما كان يخصاه المشرع عندما اشترط موافقة المؤمن على حياته على عقد التأمين ولكن هذه الموافقة لم تعصم

المؤمن على حياته من إعتداء المستفيد عليه مستعجلاً موته حتى يحصل على مبلغ التأمين فحرمه المشرع من ذلك ومن إستعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه. وحتى تبرأ ذمة المؤمن من مبلغ التأمين يجب أن يكون المستفيد قد تسبب عمداً في وفاة المؤمن على حياته فإذا تسبب خطأ في هذه الوفاة أو تعمد إيذاءه دون أن يتعمد موته فأمضى الإيذاء إلى الموت فإن القتل الخطأ أو الضرب الذي أفضى إلى الموت لا يكفي ومن ثم لا تبرأ ذمة المؤمن ويجب عليه دفع مبلغ التأمين إلى المستفيد بالرغم من أن هذا قد تسبب في قتله لأن القتل لم يكن متعمداً بل قد يكون القتل متعمداً ولكنه يكون دفاعاً عن النفس أو يكون له مبرر آخر ففي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المؤمن ويجب عليه دفع مبلغ التأمين المستفيد وتبرأ ذمة المؤمن لو تعمد المستفيد قتل المؤمن على حياته دون مبرر سواء تم القتل أو كان مجرد شروع ولو صدر عفو بعد ذلك عن المستفيد في جريمة القتل أو في جريمة الشروع فيه سواء كان العفو عن العقوبة أو عن الجريمة ولا يشترط صدور حكم جنائي بإدانة المستفيد فقد لا يحكم جنائياً أو يحفظ التحقيق ومع ذلك يجوز إثبات التعمد أمام القضاء المدني ولكن لا يكون ذلك جائزاً إذا صدر حكم ببراءته أمام القضاء الجنائي ويستوى أن يكون المستفيد هو الفاعل الأصلي في القتل العمد أو كان أحد الفاعلين الأصليين أو كان مجرد شريك لو بالتحريض.

والفرض الثاني - أن يقع التأمين لمصلحة الغير سواء كان المؤمن على حياته (أي المؤمن له) هو أيضاً طالب التأمين أو كانا شخصين مختلفين أي سواء كان التأمين تأميناً على حياة الغير كما لمصلحة الغير أو كان تأميناً على حياة نفس طالب التأمين وفي هذا الفرض أيضاً يكون المستفيد شخصاً آخر غير المؤمن على حياته وله مصلحة في موته حتى يتقاضى مبلغ التأمين فإذا تسبب في موته أو حرص على قتله فقتل ولكي ذمة المؤمن لا تبرأ من مبلغ التأمين وبدفع هذا المبلغ إلى طالب التأمين إذا لم يكن هو المعتدى على حياته أو إلى ورثته إذا كان طالب التأمين هو في الوقت ذاته المؤمن له المعتدى على حياته.

وكل ما جاء بالفرض الأول في شأن القتل الخطأ أو الضرب المفضي إلى الموت والقتل دفاعاً عن النفس والعفو عن العقوبة أو عن الجريمة وصدور الحكم الجنائي بإدانة المستفيد وتعدد الفاعلين الأصليين والإقتصار على دور الشريك يسرى في هذا الفرض. ولكن يتميز الفرض الثاني على الفرض الأول في حالة ما إذا أفضى الاعتداء على حياة المؤمن على حياته إلى مجرد شروع في القتل ففي الفرض الأول رأينا أن حكم الشروع في القتل هو حكم الجريمة التامة أما في الفرض الثاني فإنه إذا أفضى الاعتداء على حياة المؤمن على حياته إلى مجرد شروع في القتل كان لطالب التأمين الحق في أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما إشتراط لمصلحته من تأمين (م ٧٥٧/٢ مدني) والأصل أن طالب التأمين يستطيع أن يستبدل بالمستفيد مستفيداً آخر مادام المستفيد الأول لم يقبل التأمين لمصلحته بعد فإذا ما قبل لم يعد يجوز الإستبدال به وفقاً لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير ولكن إذا شرع المستفيد

فى قتل المؤمن على حياته ولم تتم جريمة القتل جاز للمؤمن على حياته إذا طالب التأمين أو جاز لطالب التأمين إذا كان شخصاً آخر غير المؤمن على حياته أن يستبدل بالمستفيد الذى وقع منه الإعتداء مستفيداً آخر حتى لو كان قد سبق للمستفيد الأول أن قبل التأمين لمصلحته وقد كان قبوله له هذا مانعاً من تغييره ولولا الإعتداء الذى صدر منه.

(الوسيط. ٧-٢. للدكتور السنهاوي المرجع السابق. ص ١٤٣٢ وما بعدها)

٢- إفتبس المشرع المادة ٧٥٧ من التقنين المدنى من المادة ١٧٠ من القانون الالمانى الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨. تقضى المادة ٧٥٧ مدنى فقرتها الأولى ببراءة ذمة المؤمن من إلتزاماته فى حالة التأمين على حياة الغير إذا تسبب المستأمن عمداً فى وفاة المؤمن عليه أو وقعت الوفاة بناء على تحريض المستفيد ولا شك أن جريمته كفيفة بإهدار حقه سواء كان قد قبل فعلاً ما إشتراط لمصلحته أم أنه لم يصرح يعد بقبوله إذا أن القواعد العامة تحول دون إفادة الشخص من جرائمه على أى حال. بقى انه إذا كان ماوقع من المستفيد مجرد شروع فى أحداث الوفاة فيكون للمستأمن أن يستبدل به شخصاً آخر ولو بعد قبوله ما إشتراط لمصلته خلافا لما تقضى به القواعد العامة فى الإشتراط لمصلحة الغير إذ يصبح الإشتراط لازماً بمجرد قبوله.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة. المرجع السابق. ص ٥٥٢ و ٥٥٣)

٣- فإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له كمن يؤمن على حياة زوجته لحسابه برئت ذمة المؤمن من إلتزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص، أو وقعت الوفاة بناء على تحريض (م ٧٥٧/١ مدنى). فإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له، فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته، أو وقعت الوفاة على تحريض منه. فإذا كان ما وقع من هذا الشخص بمجرد شروع فى أحداث الوفاة كان للمؤمن له الحق فى أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر، ولو كان المستفيد قد قبل ما إشتراط لمصلحته من تأمين (م ٧٥٧/٢ مدنى). ويجب ان يلاحظ ان الحالة المذكورة فى المادة ٧٥٧/٢ مدنى وهى التى يتعمد فيها المستفيد من التأمين عما فى وفاة الشخص المؤمن على حياته او وقعت الوفاة بناء على تحريض هذه الحالة تختلف فى الحالة المذكورة فى الفقرة الأولى من نفس المادة حيث يتسبب المؤمن له نفسه عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته فالذى تعمد إيقاع الوفاة فى نص المادة ٧٥٧/٢ مدنى هو المستفيد لا المتعاقد المؤمن له ولهذا فإنه لا يترتب على فعله انهدام عقد التأمين بل سقوط حقه فى الإستفادة منه ولهذا وجب ان يبقى العقد وتؤول الفائدة منه إلى المؤمن له أو إلى من يعينه أو إلى ورثته. وانما الذى يبرى المؤمن من إلتزاماته وينتهى عقد التأمين هو ماذكرته الفقرة الأولى من المادة ٧٥٧ مدنى أى تسبب المؤمن له وهو المتعاقد عما فى موت المؤمن له على حياته كمن يؤمن عن حياة زوجته لصالحه ثم يقتلها أو يحرص عن قتلها ويقع بناء على هذا التحريض.

(الإيجار والتأمين- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- طبعة ١٩٦١- ص ١٦٤ و ١٦٥ و ٢٠٧)

٤- يؤخذ من نص المادة ٧٥٧ مدني انه:

(أ) إذا كان التأمين على حياة الغير لمصلحة طالب التأمين (وسماه الغش المؤمن له) ففي هذه الحالة إذا تسبب طالب التأمين عمداً في وفاة المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه فإن ذمة المؤمن تبرأ من إلتزاماته فلا يستحق طالب التأمين مبلغ التأمين في هذه الحالة رغم تحقق الخطر لأن تحقق الخطر كان بإرادة أحد طرفي العقد ويشترط في الخطر المؤمن منه ألا يتوقف وقوعه على محض إرادة أحد طرفي العقد ولو كان طالب التأمين يستحق مبلغ التأمين في هذه الحالة لكان القانون مشجعاً له على قتل المؤمن على حياته وهذا ما لا يجوز ويضاف إلى ذلك أن طالب التأمين ربما إستعجل حصوله على مبلغ التأمين عند قتل المؤمن على حياته قبل الاوان ومن إستعجل الشئ قبل أو أنه عوقب بحرمانه.

وتبرأ ذمة المؤمن من مبلغ التأمين في هذه الحالة إذا تسبب طالب التأمين وهو المستفيد في وفاة المؤمن على حياته أو حرض على ذلك والتسبب عمداً في الوفاة يشمل صورة القتل العمد كما تشمل الضرب الذي أفضى إلى الموت فالمشرع لم ينص على التسبب عمداً في الوفاة حتى يقتصر الحكم على القتل العمد فحسب وانما نص على التسبب عمد في الوفاة وهو ما يحدث في الضرب الذي أفضى إلى الموت فالضارب يعتمد الضرب ولا يقصد الوفاة ولكن الضرب يفضى إلى الوفاة فالضارب يتسبب عمداً في الوفاة وأن لم يعتمد الوفاة وكذلك الحال إذا حرض طالب التأمين غيره على قتل المؤمن على حياته فقتل والمقصود بالتحريض هنا الإشتراك في القتل دون مباشرته فيشمل التحريض والإتفاق والمساعدة وطالما أن التسبب عمداً في الوفاة أو الإشتراك فيه الذي إرتكبه طالب التأمين يكون جريمة معاقباً عليها فإنه لا يستحق مبلغ التأمين حتى ولو حفظ التحقيق لسبب غير عدم توفر أركان الجريمة وصدر عفو عن العقوبة أو عن الجريمة أما إذا صدر حكم الجنائي بالبراءة فإنه يجوز حجية الأمر المفضى ويستحق طالب التأمين مبلغ التأمين وكذلك لو كان الفعل غير معاقب عليه كما لو كان دفاعاً شرعياً عن النفس وكذلك إذا كان لاتعتبر تسبباً عمداً في الوفاة أو إشتراكاً فيه كما لو كان شروعا في القتل أو كان قتلاً خطأ.

(ب) إذا كان التأمين على الحياة لمصلحة شخص غير طالب التأمين (وسماه النص بغير المؤمن له) سواء كان المؤمن على حياته هنو طالب التأمين او كان شخصاً ثالثاً غير طالب التأمين وغير المستفيد في هذه الحالة إذا تسبب المستفيد عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه فلا يستحق هذا المستفيد شيئاً من التأمين بل يؤول الحق في التأمين لصالح طالب التأمين أو ورثته فالمؤمن لاتبرأ ذمته في هذه الحالة بل تظل إلتزاماته كاملة قائمة لصالح المستفيد ولكن لصالح المؤمن له اوورثته وما ذكر في شرح معنى التسبب عمداً في وفاة المؤمن على حياته أو وقوع الوفاة بناء على التحريض في الحالة الأولى يرد هنا بنفس التفاصيل عدا انه في حالة شروع المستفيد احداث الوفاة يكون لطالب التأمين

الحق في ان يستبدل بالمستفيد شخصا آخر حتى لو كان المستفيد قد قبل ما إشتراط لمصلحته من تأمين، فالمشرع في إحداث الوفاة يجيز نقض تعيين المستفيد حتى بعد قبوله ويملك طالب التأمين حق النقض، سواء كان هو المؤمن على حياته أو كان التأمين على حياة شخص آخر، ويلزم أن يوافق المؤمن على حياته على تعيين المستفيد الجديد.

(أحكام التأمين- للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ٣١ و ٣٢ و ٣٣)

* * *

مادة (٧٥٨)

(١) يجوز في التأمين على الحياة الإتفاق على أن يدفع مبلغ التأمين إما إلى أشخاص معينين وإما إلى أشخاص يعينهم المؤمن له فيما بعد.

(٢) ويعتبر التأمين معقوداً لمصلحة مستفيدين معينين إذا ذكر المؤمن له في الوثيقة أن التأمين معقود لمصلحة زوجته أو أولاده أو فروعه من ولد منهم ومن لم يولد أو لورثته دون ذكر أسمائهم فإذا كان التأمين لصالح الورثة دون ذكر أسمائهم كان لهؤلاء الحق في التأمين كل بنسبة نصيبه في الميراث ويثبت لهم هذا الحق ولو نزلوا عن الإرث.

(٣) ويقصد بالزوج الشخص الذي يثبت له هذه الصفة وقت وفاة المؤمن له ويقصد بالأولاد الفروع الذين يثبت لهم في ذلك الوقت حق الإرث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٥٨ لبيي و ٧٢٤ سوري و ٩٩٧ عراقي و ١٠٠٢ لبناني و ٦٤٧ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية يستحق التنويه به.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٥٨ مدني أن تعيين المستفيد إما أن يكون بالاسم بالذات فيكون المستفيد معيناً تعييناً تاماً وإما أن يكون بالصفات المميزة له والتي يستطيع بها تعيينه فيكون قابلاً للتعيين.

ويعين المستفيد بالاسم بأن يذكر طالب التأمين اسم من يختاره ويسميه تسمية كاملة بحيث لا يقع ليس في ذاتيته فيذكر إلى جانب اسمه لقبه، ويذكر عند الإقتضاء صناعته فيكون المستفيد بذلك معيناً بالذات.

وقد يعين طالب التأمين المستفيد، لا بالإسم، ولكن صفات تميزه تمييزاً تاماً، فلا يكون معيناً بالذات بطريق مباشر ولكنه يكون قابلاً للتعيين بحيث لا يمكن وقوع خطأ أو لبس في ذاتيته عند إستحقاق مبلغ التأمين وإذا وقع خلاف فيما إذا كان المستفيد قابلاً للتعيين أو في تعيينه بالذات عندما يكون قابلاً للتعيين فإن قاضي الموضوع هو الذي يثبت في ذلك وقد عمد المشرع إلى إيراد أمثلة لتعيين المستفيد بصفته وهي أمثلة يغلب وقوعها في العمل وكان يقع قديماً في شأنها خلاف أفراد المشرع أن يحسم كل خلاف في شأنها وأن يقرر أن التعيين على هذه الوجه تعيين صحيح ذلك أن طالب التأمين كثيراً ما يجعل المستفيد زوجه أو أولاده فروعه أو وورثته أو هؤلاء جميعاً دون أن يذكر أسماء أو يعينهم بالذات فجاء النص صريحاً في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة ٧٥٨ مدني أن هذا التعيين صحيح وتكفل النص فوق ذلك بيان الأحكام التي ترتب على هذا التعيين.

ولم يكن ذكر المشرع للزوج والأولاد والفروع الورثة كمستفيدين يعينون بالوصف لا بالاسم اتيا على سبيل الحصر فان المؤمن يستطيع ان يعين المستفيد بالوصف لا بالاسم ولو لم يكن زوجا أو ولدا أو فرعا أو وارثا مادام الوصف الذى ذكره يمكن معه تعيين المستفيد بالذات وقت الإستحقاق مبلغ التأمين.

ويغلب ان يعين المستفيد وقت إبرام العقد التعيين فيكون تعيينه فى وثيقة التأمين نفسها ولكن لا يوجد ما يمنع من ان يعين فيما بعد وقد صرحت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٨ مدنى بذلك وفى هذه الحالة يكون تعيين المستفيد عادة فى ملحق لوثيقة.

ولا يشترط فى قبول المستفيد شكل خاص فأى تعبير عن الإرادة يكفى وقد يكون القبول صريحا كما إذا وقع المستفيد على وثيقة التأمين او ملحقها الذى يتضمن ذكره أو كما إذا أعلن قبوله الصريح لأى من المؤمن له او المؤمن بورقة مستقلة وقد يكون القبول ضمناً كما إذا طالب المستفيد المؤمن بمبلغ التأمين اونزل عن حقه للغير أو حل محل المؤمن له فى دفع أقساط التأمين اورضى بخضم من مرتبه فى نظير التأمين الذى عقده رب العمل لمصلحته ولكن قبول المستفيد لا ينفذ فى حق المؤمن الا من وقت علمه بذلك فيجب إذن إخطار المؤمن بهذا القبول ويقوم المستفيد عادة بهذا الاختيار وقيل علم المؤمن بقبول المستفيد لا يكون هذا القبول نافذاً فى حقه بحيث لو نقص المؤمن له التعيين واستبدل بالمستفيد مستفيداً آخر وأخطر المؤمن بالمستفيد الجديد قبل أن يصل إلى علم المؤمن قبول المستفيد الأول جاز للمؤمن ان يعطى مبلغ التأمين للمستفيد الآخر ويرجع المستفيد الأول على المستفيد الآخر فيما لو كان قبول المستفيد الأول سابقاً على نقض المؤمن له لتعيينه.

ويصدر القبول فى أى وقت ما دام المؤمن له ينقض التعيين.

وللمؤمن له قبل ان يدر قبول المستفيد ان ينقض التعيين وان يستبدل بالمستفيد مستفيداً آخر وان يستأثر لنفسه بالإنقاع من التأمين وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة فى الإشتراط لمصلحة الغير (م ١٥٥ مدنى).

(الوسيط- ٢٠٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٤٤٢ وما بعدها)

٢- نقل المشرع نص المادة ٧٥٨ مدنى من المادة ٦٣ من قانون التأمين

الفرنسى.

قضى المشرع بهذا النص على ما أثاره من خلاف فى الفقه والقضاء حول مسألة تعيين المستفيدين من التأمين بصفاتهم لا بأسمائهم فلم يبق مجال للتردد فى القول بجواز التأمين على الحياة لصالح أشخاص غير معينين أو حتى غير موجودين وقت إبرام التأمين مادام أنه يمكن تعيينهم أو وجودهم عند إستحقاق عوض التأمين فيجوز أن يعقد الشخص تأميناً لمصلحة زوجته وأولاده أو فروعه من ولد منهم ومن لم يولد أو لورثته عموماً دون ذكر أسمائهم وفى هذه الحالة الأخيرة يوزع مبلغ التأمين بين الورثة كل بنسبة نصيبه فى الميراث (انظر إستئناف مختلط مايو سنة ١٩٤٣ بيلتان ١٤٣/٥٥) ولا يوثر فى إستحقاقهم لهذا المبلغ تناولهم عن نصيبهم فى الميراث لانهم يستحقونه بسبب مستقل عن الإرث وهو عقد التأمين.

فإذا افرغ التأمين في هذه الصورة ثبت لهؤلاء جميعاً حق مباشر على مبلغ التأمين يستمدونه من العقد مباشرة لا عن طريق المؤمن عليه فلا يكون لدائنيه أو لباقي ورثته أى حق على عوض التأمين مالم يكن المستفيد غير موجود عند إستحقاقه وذلك بان يتوفى المؤمن على حياته أعزباً وقد أمن لصالح زوجته وأولاده فيدخل مبلغ التأمين في تركته ويقع في الضمان العام لدائنيه ويوزع الباقي بين ورثته.

٣- بمقتضى نص المادة ٧٥٨ مدنى مصرى - والمواد المقابلة في التشريعات العربية يعتبر زوج طالب التأمين مستفيداً معيناً وان يذكر الاسم ويسرى هذا الحكم سواء عقد التأمين فى أثناء الزوجية أو عقد قبل الزواج وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٧٥٨ من القانون المدنى المصرى انه يقصد بالزوج الشخص الذى يثبت له هذه الصفة وقت وفاة المؤمن له.

ويعتبر مستفيدون الأولاد والفروع من ولد منهم ومن ولم يولد ولا شك ان من يكون منهم مولوداً او حملاً وقت الإشتراط يعتبر مستفيداً معيناً ويعتبر كذلك من يولد بعد الإشتراط وقد جاء فى الفقرة الثالثة من المادة ٧٥٨ من القانون المدنى المصرى أنه يقصد بالأولاد الفروع الذين يثبت لهم وقت وفاة المؤمن له حق الارث.

وفى فرنسا كان القضاء يقضى برفض أى أثر للإشتراط لمنفعة الأولاد والفروع الذين يسولدون لانهم أشخاص غير معينين ولانهم بمقتضى المادة ٩٠٦ من القانون الفرنسى غير أهل لقبول المنفعة التى يخولها العقد لأنهم وقت الإشتراط لم يكونوا قد ولدوا او حمل بهم وقد خالف قانون سنة ١٩٣٠ هذا القضاء.

ويلاحظ ان الحكم الوارد فى المادة ٧٥٨ من القانون المدنى المصرى ماهو الا تطبيق للمبدأ العام الوارد فى المادة ١٥٦ منه الخاصة بالإشتراط لمصلحة الغير.

وبمقتضى نص المادة ٧٥٨ مدنى مصرى يوزع مبلغ التأمين بين الورثة كل بنسبه نصيبه فى الميراث ولا يؤثر فى إستحقاقهم نزولهم عن الارث لأنهم إذا نزلوا عن الإرث فانهم يستحقون النصيب بسبب اخر وهو عقد التأمين.

(عقد التأمين- محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٢٨٨ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نص المادة ٧٥٨ من القانون المدنى أنه إذا كان المؤمن له قد عين المستفيد بالإسم على نحو لا غموض فيه فإن ذلك يدل على تمام تعيين المستفيد بذاته، فإذا عين المؤمن له المستفيد بصفه تميزه تمييزاً تاماً فيجب الإعتداد بهذه الصفه فى تحديد ذات المستفيد عند إستحقاق مبلغ التأمين، أما إذا قرن المؤمن له إسم المستفيد بصفة معينة فعندئذ يكون على القاضى أن يستخلص نية المؤمن له بياناً لذاتية المستفيد عند الخلاف بشأنها.

(الطعن رقم ٣٦٢ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٤ / ١٩٧٩)

مادة (٧٥٩)

يجوز للمؤمن له الذى يلتزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل إنتهاء الفترة الجارية وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٥٩ لىبى و ٧٢٥ سورى و ٩٩٦ عراقى و ١٠١٢ لبنانى و ٦٤٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

هذا النص مقتبس عن المادتين ٨٩ من قانون سنة ١٩٠٨ السويسرى و ١٦٥ من قانون سنة ١٩٠٨ الالمانى وحكمها مخالف لحكم القانون الفرنسى الصادر فى ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ حيث تقرر المادة ٧٥ فقرة اولى منه: ليس للمؤمن على الحياة ان يطالب بالأقساط وهذا الحكم الأخير وان كان ينسجم مع المبادئ المقررة من أن الإلتزام بدفع جعل التأمين على الحياة ليست له قوة إلزامية كما هو الحال بالنسبة لسائر أنواع التأمين الأخرى إلا أنه مع ذلك يضحى مصالح المؤمن إذا يجيز إنهاء العقد بدون أى إخطار سوى الإمتناع عن دفع الأقساط مع حرمان المؤمن من كل دعوى للمطالبة حتى بأقساط الفترة الجارية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى- جزء ٥- ص ٣٧٣)

رأى الفقه:

١- يختلف التأمين على الحياة مع سائر أنواع التأمين الأخرى فى أن للمستأمن الحق فى أن يتحلل من العقد فى أى وقت شاء.
فلا يكون للمؤمن ان يطالبه بدفع الأقساط ولا بالتعويض عن عدم الوفاة بها وقد أقر المشرع هذا العرف المستقر بالمادة ٧٥٩ مدنى اسوة بالتشريعات الأخرى.
على أن تجريد الوفاء بأقساط التأمين على الحياة من صفة الإلزام بقيده فى العمل إشتراط عدم سريان التأمين إلا بعد الوفاة بقسط السنة الأولى فيصبح المستأمن ملتزماً بالوفاء بهذا القسط كله ولو كانت الشركة قد قبلت تجزئته للتيسير على المستأمن.
كما ان المادة ٧٥٩ تقضى بوجوب إعلان المؤمن كتابه برغبة المستأمن فى إنهاء التأمين فلا يلغى العقد بقوة القانون بمجرد التوقف عن دفع الأقساط فى الميعاد المحدد إذا ان ذلك لا يعد إخطاراً كافياً للمؤمن بتحلله من تبعه الخطر المؤمن منه فما دام المؤمن مضطعاً بعبء هذا الخطر فانه يحتفظ بالحق المقابل له وهو استيفاء الأقساط ولذلك قضى المشرع بوجوب إخطار المؤمن كتابة قبل إنتهاء الفترة الجارية وعندئذ تبرأ ذمة المستأمن من الأقساط اللاحقة للإخطار فقط.

هذه المكنة المخولة للمستأمن فى التخلّى عن التأمين تعتبر حقاً شخصياً يجب ان يحتفظ له به فلا يكون لدائنيه أن يقفوا فى سبيل إستعمال هذا الحق يعوض الوفاء

بأقساط التأمين بدلا من مدينهم إستناداً إلى الحق المقرر لهم بمقتضى المادة ٢٣٥ مدنى لأن هذا النص يستثنى الحقوق الخاصة بشخص المدين ويدخل التخلّى عن التأمين على الحياة فى نطاق هذه الحقوق كما لا يكون للمستفيد - رغم مصلحته الظاهرة - أن يعطل إستعمال المستأمن لهذا الحق بعرضه الوفاء بالأقساط مالم يوافق الأخير على ذلك أو يسمح به على الأقل.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٥٥، وكتابة التأمين والعقود الصغيرة- المرجع السابق- ص ٢٢٢ و ٢٢٣ و ٢٢٤ و ٢٢٥، ويراجع الوسيط - ٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٤٨٤ ما بعدها)

٢- ينشأ على المؤمن له بمجرد إنعقاد التأمين التزام بدفع القسط بل أن دفع القسط قد يجعل شرطاً لإنعقاد العقد فى بعض الأحوال وكثيراً ما يجعل من دفع القسط الأول مبدأ لسريان العقد.

والإلتزام بدفع القسط ينشأ فى جميع صور التأمين وأنواعه المختلفة فإذا لم يتم المستأمن بأدائه إختياراً كان للمؤمن الحق فى إقتضائه منه جبراً على ان لهذا إستثناء عاماً فى التأمين على الحياة نصت عليه المادة ٧٥٩ من القانون المدنى.

والإستثناء المقرر فى هذا النص إستثناء إصطلحت عليه جميع التشريعات فى الدول المختلفة فقد إتفقت على أن الوفاء بالقسط فى التأمين على الحياة يجب أن يكون إختيارياً ولا يجوز جبر المؤمن له على الوفاء به طوال مدة التأمين والسبب فى ذلك أن التأمين على الحياة يعقد لمدة طويلة وكثيراً ما يعتمد المستأمن فى الوفاء بالأقساط على دخل عمله ولذلك وجب أن يعطى فرصة تقدير مركزه المالى كل سنة ووقف التأمين إذا ما وجد نفيه عاجزاً عن الإستمرار فيه وأن لم نجز للمستأمن هذا لما أقدم الكثيرون على إبرام التأمين على الحياة.

ولتحقيق هذه الغاية يمكن سلوك أحد سبيلين الأول: وهو السبيل الذى سلكه القانون الفرنسى وهو تقرير عدم مسئولية المستأمن فى التأمين على الحياة عن دفع القسط فالقانون الفرنسى (م ٧٥) لا يعطى المؤمن الحق فى رفع دعوى على المستأمن بالقسط وعيب هذا المسلك انه غير عادل بالنسبة للمؤمن، فالؤمن يظل ملزماً بالضمان فى حين ان القسط لم يدفع ولا هو واجب الدفع مادام انه لم يوقف العمل بالتأمين.

أما المسلك الآخر فهو الذى يسلكه القانون المصرى والقانون السويسرى فالمستأمن يستطيع ان يتخلل من الوفاء بالقسط ولكن بشرط ان يخطر المؤمن بذلك كتابة قبل بدء السنة الجديدة من سني التأمين.

(الإيجار والتأمين- للدكتور عبد المنعم البدر اوى- المرجع السابق- ص ٣٣٧ و ٣٣٨)

٣- الإلتزام الرئيسى الذى سيقع على عائق المستأمن هو دفع مقابل التأمين إذ هذا المقابل هو الثمن الذى يتقاضاه المؤمن مقابل تغطية الخطر المؤمن منه ومقابل التأمين يسمى إشتراكاً فى التأمين التعاونى كما يسمى قسطاً فى التأمين بأقساط محددة والغالب أن يكون مقابل التأمين سنوياً ولكن يمكن أن يدفع كقسط وحيد عن كل مدة التأمين.

وإلتزام المستأمن من يدفع القسط يقوم فى كل أنواع التأمين فإذا لم يدفع المستأمن القسط إختياراً امكن إقتضاؤه جبراً منه ويستثنى من ذلك التأمين على الحياة حيث تقضى التشريعات المعاصرة إما بأن المؤمن على حياته لا يجبر على الوفاء بالقسط وإما بجواز تحلل المستأمن من إلتزامه بدفع القسط.

فالقانون الفرنسى (المادة ٧٥) يقضى بأن المؤمن لا يستطيع أن يرفع دعوى على المستأمن بالمطالبة بالقسط وهذا الحكم غير عادل بالنسبة للمؤمن الذى يظل متحملاً للخطر رغم دفع القسط طالما يوقف العمل بالتأمين.

اما القانون المصرى فقد نص على التأمين على الحياة فى المادة ٧٥٩ من القانون المدنى.

ويبرر ماجاء به النص المصرى بأن التأمين على الحياة يبرم بدفع الإحتياط للمستقبل ولمدة طويلة والمستأمن يعول على دفع القسط من دخله وقد تتغير الظروف فلا يستطيع دفع القسط أو يصح فى غير حاجة إلى التأمين ومن ثم وجب أن تتاح له فرصة فى كل سنة ليقرر الإستمرار فى التأمين أو إنهائه وإلا أحجم الناس عن الإقبال على التأمين على الحياة.

(البيع والتأمين- للدكتور عبد الودود يحيى- المرجع السابق- ص ٣٥٩ و ٣٦٠)

٤- من مبادئ التأمين على الحياة ان دفع القسط امر إختيارى لطالب التأمين لذلك اجاز المشرع لطالب التأمين على الحياة الإمتناع عن دفع الأقساط إذا اراد عقد التأمين ولكنه إشتراط إخطار المؤمن كتابة بذلك (م ٧٥٦ مدنى).

وعلى ذلك إذا كان دفع الأقساط يتم بصفة دورية فليزىم طالب التأمين ان يدفعها مالم يخطر المؤمن كتابة برغبته فى إنهاء عقد التأمين فإذا توقف المستأمن عن دفع الأقساط المستحقة دون أن يخطر المؤمن كتابة برغبته فى إنهاء عقد التأمين على الحياة جاز للمؤمن طلب التنفيذ الجبرى عما هو مستحق من الأقساط على أن شركات التأمين تشترط عادة فى هذه الحالة أن يعتبر عقد التأمين على الحياة منتهياً من تلقاء نفسه عن توقف المستأمن عن دفع القسط أو منتهياً بعد أن يقوم المؤمن بتبئيه المستأمن بذلك بخطاب مسجل مالم يكن أقساط السنوات الثلاث الأولى قد دفعت وعندئذ يخفض التأمين فى هذه الحالة.

ولطالب التأمين التحلل من الوفاء بما لم يدفعه من الأقساط ويتم ذلك فى اى وقت ولكن بشرط ان يرسل للمؤمن إخطار كتابياً بذلك يطلب فيه إنهاء عقد التأمين وتوقف المؤمن له عن دفع القسط حق خاص بشخصه فلا يجوز لدائنيه ولا للمستفيد أن يحولوا بينه وبين إستعماله وبالتالي لا عبرة بعرضهم الوفاء بالقسط كما انه ليس لهم إستعماله بدلا عنه وبالتالي لا عبرة بإخطارهم المؤمن كتابة بالتوقف عن دفع القسط كما لا يجوز لورثة المؤمن له من بعده ان يعرضوا الوفاء بالقسط الذى توقف مورثهم عن دفعه بإخطار المستأمن للمؤمن بتوقيفه عن دفع الأقساط تصرف قانونى يجب أن يصدر من أهل له وهو متعلق بشخص طالب التأمين فلا يجوز لورثته ولا لدائنيه ولا للمستفيد إستعماله أو تعطيل إستعماله ولا يشترط فى كتابة الإخطار شكل خاص وإرسال هذا الإخطار قد يتم بتسليمه مناوله أو بخطاب عادى أو بخطاب موصى عليه أو بإعلان

على يد محضر والغالب أن يتم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول حتى يتوفر دليل للإثبات بأقل النفقات وينسخ عقد التأمين إعتباراً من تاريخ إرسال هذا الإخطار ويجب على طالب التأمين دفع الأقساط المستحقة قبل إرسال الإخطار أما الأقساط التي تستحق بعد إرسال الإخطار فتتبرأ ذمة طالب التأمين منها والعبرة بالقسط السنوي ولو قسم على عدة اجزاء فإرسال الإخطار ولو بعد مرور يوم واحد على السنة يظل معه قسط هذه السنة مستحقاً أما قسط السنة التالية للإخطار فلا يستحق في ذمة طالب التأمين.

ويلاحظ أن شركات التأمين تتفق عادة مع المؤمن له على عدم سريان التأمين على الحياة إلا بعد الوفاء بالقسط الأول وعندئذ لا ينفذ عقد التأمين إلا بعد الوفاء بهذا القسط فإذا تم الوفاء به أصبح عقد التأمين نافذاً في حق كل من المؤمن والمؤمن له غير أن للمؤمن له أن يتوقف عن دفع الأقساط التالية لأن دفعها أمر إختياري له طالما أخطر المؤمن له المؤمن كتابة بتوقفه عن الوفاء بهذه الأقساط.

(أحكام التأمين - للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٤٠ و ١٤١)

٥- إذا كان الإلتزام بدفع قسط التأمين ينشأ في جميع أنواع التأمين وإذا تخلف المستأمن عن أدائه إختيارياً كان للمؤمن إقتضاؤه جبراً ولكن هناك إستثناء هام بالنسبة للتأمين على الحياة نصت عليه المادة ٧٥٩ مدني.

وهذا الإستثناء يرجع إلى أن التأمين على الحياة يعقد لمدة طويلة وكثيراً ما يعتمد المستأمن بالوفاء بالأقساط على دخل عمله ومن هنا كان من المناسب إعطاؤه فرصة تقدير مركزه المالي كل سنة بحيث يستطيع أن ينهي العقد إذا وجد نفسه عاجزاً عن الإستمرار فيه.

ويترتب على هذا الإستثناء أن عدم دفع القسط لا يؤدي إلى وقف الضمان وإنما يكون على المؤمن إعداره بالدفع مع منحه مهلة للوفاء بقائه متحملاً للضمان خلال هذا المهلة فإذا إنقضت هذه المهلة ولم يدفع المستأمن القسط فينبغي التمييز بين فرضين: الفرض الأول - إذا كان المستأمن لم يدفع أقساط ثلاث سنوات يكون من حق المؤمن إلغاء العقد (فسخه) ويكون العقد لاغياً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو أذار.

الفرض الثاني - إذا كان المستأمن قد دفع أقساط ثلاث سنوات أو أكثر فإن عقد التأمين لا يلغى بل يخفض طبقاً لنص المادة ٧٦ من المجموعة المدنية المصرية أي يظل ساري الممول برأس مال مخفض بنسبة عدد الأقساط التي دفعها المستأمن فعلاً إلى مجموع عدد الأقساط المتفق عليها.

هذا إذا لم يطلب المستأمن تصفية التأمين وقبض ماله من إحتياطي.

(التأمين - للدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى - طبعة ١٩٧٩ - ص ١١٨ و ١١٩)

مادة (٧٦٠)

(١) فى العقود المبرمة مدى الحياة دون اشتراط بقاء المؤمن على حياته مدة معينة وفى جميع العقود المشترط فيها دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين يجوز للمؤمن له متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل أن يستبدل بالوثيقة الأصلية وثيقه مدفوعه فى مقابل تخفيض فى قيمة مبلغ التأمين ولو اتفق على غير ذلك كل هذا بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع.

(٢) ولا يكون قابلاً للتخفيض التأمين على الحياة إذا كان مؤقتاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٦٠ لىبى و ٧٢٦ سورى و ١٠١١ لبنانى و ٦٤٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

نقلت هذه المادة تعريف أنواع التأمين على الحياة التى يجوز فيها التخفيض عن المادة ٧٥ فقرة ٣ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسى أما شكل التخفيض وشروطه فقد إستمدتها المشرع من المادتين ٧٥ فقرة ٣ سنة ١٩٣٠ الفرنسى و ١٧٤ من قانون سنة ١٩٠٨ الألمانى.

(مجموعة لأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص ٣٧٥)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٧٦٠ من القانون المدنى أنه لإجراء التخفيض يجب ان يتوافر شرطان:

الأول - ان يكون عقد التأمين منطوياً على عنصر إذار إلى جانب عنصر التأمين لا ينطوى على عنصر إذار كما فى التأمين على الحياة إذا كان مؤقتاً وكما فى التأمين لحالة البقاء لم يكن العقدة قابلاً للتخفيض لأن القابلية للتخفيض تقوم على وجود إحتياطى حسابى والإحتياطى الحسابى انما يوجد فى عقد تأمين على الحياة ينطوى على عنصر الإذار المطوية المطوية على عنصر الإذار هى إذن وحدها القابلة للتخفيض وذلك كالتأمين العمرى لحالة الوفاء والتأمين المختلط وكل تأمين آخر يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع.

الثانى - ان يكون المؤمن له قد دفع على الأقل ثلاث أقساط سنوية ذلك انه إذا كان قد دفع ما هو أقل من ذلك لم يكف ما دفعه لتكوين إحتياطى حسابى يقوم أساساً للتخفيض فان المبلغ الذى يكون قد دفعه وهو يقل عن ثلاثة أقساط سنوية ولو إتفق على غير ذلك كما يقول النص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٦٠ مدنى فإذا إتفق الطرفان ألا يجوز إجراء التخفيض الا بعد دفع أربعة أقساط سنوية أو خمسة أقساط أو أكثر أو على ألا يجوز التخفيض أصلاً كان الإتفاق باطلاً وجار التخفيض بعد ثلاثة أقساط بالرغم من وجود هذا الإتفاق ولكن يجوز الإتفاق على أقساط أقل من ثلاثة لأن

الإتفاق يكون في مصلحة المؤمن له فيصح أن يتفق الطرفان على جواز إجراء التخفيض بعد دفع قسطين أو بعد دفع قسط واحد.

(الوسيط. ٧-٢. للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٤٩٩ وما بعدها)

٢- تخفيض التأمين هو إنقاص مبلغه المتفق عليه وقد حدد المشرع له فى المادة ٧٦٠ مدنى الشروط التالية:

(١) فى العقود المبرمة مدى الحياة دون اشتراط بقاء المؤمن على حياته حيا مدة معينة وفى جميع العقود المشترط فيها دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين يجوز للمؤمن له متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل أن يستبدل بالوثيقة الأصلية وثيقة مدفوعة فى مقابل تخفيض فى قيمة مبلغ التأمين ولو إتفق على غير ذلك كل هذا بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع.

(٢) ولا يكون قابلا للتخفيض التأمين على الحياة إذا كان مؤقتا ويؤخذ من هذا النص انه يجوز تخفيض التأمين بالشروط الآتية:

(أ) أن يكون مبلغ التأمين مؤكد الدفع وذلك بأن يكون الخطر المؤمن منه محقق الوقوع فى ذاته وأن لم يكن محقق الوقوع فى ميعاده وهو ما يحدث فى عقد التأمين على الحياة عدا التأمين مع اشتراط بقاء المؤمن على حياته حيا مدة معينة والتأمين على الحياة إذا كان مؤقتا كما يحدث فى عقد التأمين على الحياة ضد أى خطر إذا اشتراط دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين.

(ب) ان يتوقف المؤمن له عن دفع الأقساط بعد أن يدفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل وذلك ليتوافر له إحتياطى حسابى فقد قدر المشرع أن ما يقل عن ثلاثة أقساط سنوية يستهلك فى مصروفات عقد التأمين.

وهذه القاعدة من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفها إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له كالإتفاق على التخفيض بعد دفع قسط واحد أو قسطين. اما الإتفاق على التخفيض بعد رفع اربع أو خمس أقساط فلا يجوز لانه ليس فى مصلحة المؤمن له.

(أحكام التأمين- للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ١٤٨ و ١٤٩)

٣- تخفيض التأمين هو إنقاص المبلغ المؤمن به فى حالة توقف المؤمن له عن دفع الأقساط بعد إذ يكون قد دفع ثلاثة أقساط سنوية فالتخفيض يكون بالنسبة إلى مبلغ التأمين أو المرتب الذى تعهد به المؤمن فبدلا من ان يكون للمؤمن له أو للمستفيد الحق فى المبلغ أو المرتب المنفق عليه اصلا يكون له الحق فى مبلغ أو مرتب أقل يختلف باختلاف عدد الأقساط التى دفعت فعلا وهذا التخفيض يكون أساس الإحتياطى الحسابى فيكون للمؤمن حق فى تأمين معادل للتأمين الذى كان يحصل عليه لو دفع مبلغا مساويا للإحتياطى بإعتباره قسطا موحدا.

ويشترط لحصول التخفيض ان يكون المؤمن له قد أدى ثلاثة أقساط سنوية على الأقل وتفسير ذلك انه إذا لم تدفع هذه الأقساط الثلاثة إلى المؤمن فإن إحتياطى المؤمن له تستغرقه تقريبا نفقات الحصول على العقد ولكن الإحتياطى يكون كافيا متى أديت

هذه الأقساط فيكون للمؤمن له الحق في التخفيض الذي يخوله القانون إياه ولو وجد اتفاق على غير ذلك.

ولا يجوز أن تعلق وثيقة التأمين هذا الحق على دفع أكثر من ثلاثة أقساط سنوية. والتأمين المخفض لا يكون إلا في العقود المشترط فيها دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين وفي عقود التأمين لحال الوفاة التي تعقد لمدة حياة المؤمن له كلها دون اشتراط بقاء المؤمن على حياته حياً.

وقد نقلت المادة ٧٦٠ مدني تعريف أنواع التأمين على الحياة التي يجوز فيها التخفيض عن المادة ٧٥ فقرة ٣ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي أما شكل التخفيض وشروطه فقد إستمدت من المادتين ٧٥ فقرة ٣ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي و ١٧٤ من قانون سنة ١٩٠٨ الألماني.

والقانون المصري قد أخذ في نص المادة ٧٦٠ مدني بالرأى الذي يقول به معظم الشراح في فرنسا من أن التخفيض يترتب عليه إنشاء عقد جديد. والتخفيض في مصلحة المؤمن أكثر من التصفية، لأنه في التصفية يقوم بالفداء في الحال بخلاف التخفيض فانه لا يؤثر في ميعاد الإستحقاق المتفق عليه. والحق في التخفيض يكون للمؤمن له إذا كانت وثيقة التأمين لم تنص على تحويل مبلغ التأمين لمستفيد اونصت ولم يعين المستفيد.

وفي حالة ما يكون هناك مستفيد فانه مادام هذا المستفيد لم يقبل ان يكون الحق في التخفيض للمؤمن له ،ولكن إذا قبل فإن التخفيض يكون لمصلحة المستفيد.

(عقد التأمين للدكتور محمد كامل مرسى المرجع السابق ص ٣١١ وما بعدها)

٤- صرحت المادة ٧٦٠ من التقنين المدني بحق المستأمن في تخفيض التأمين إذا كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل وكان الحادث المؤمن منه محقق الوقوع. وفي هذه النص تكرار معيب وخطأ في التعبير أما التكرار فظاهر من اشتراط كون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع يؤدي حتما إلى إستبعاد العقود المشترط فيها بقاء المؤمن على حياته حيا مدة معينة وهو ما يعرف بإسم التأمين حال الحياة وبذلك تصبح الثانية أيضاً زائدة عن الحاجة إذا الحادث في التأمين المؤقت غير محقق الوقوع أيضاً واما الخطأ في وصف الوثيقة المخفضة بانها وثيقة (مدفوعة) مما يوهم بأن المبلغ المخفض يدفع للمستأمن عند التخفيض. والحال أن هذا المبلغ لا يستحق إلا عند حلول الأجل المحدد في العقد.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق ص ٥٥٧، وكتابة للتأمين والعقود

الصغيرة - المرجع السابق ص ٢٤٢ و ٢٤٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في عقد الإيجار على إنعقاده لمدة محددة تتجدد تلقائياً لمدد أخرى مماثلة طالما كان المستأجر قائماً بتنفيذ التزاماته وأحقية الأخير وحده دون المؤجر في إبداء الرغبة في إنهائه يؤدي إلى إعتبار العقد - بعد إنتهاء المدة المتفق عليها - متجدداً تلقائياً لمدد أخرى مماثلة لا يعرف على وجه التحديد تاريخ إنتهائها إذ نهايتها

منوطه بمحض مشيئة المستأجر وحده أو خلفه العام ولا يعرف متى يبدي أيهما الرغبة في إنهاء العقد خاصة وأن الأصل في عقد الإيجار أنه لا ينتهي - إعمالاً لنص المادة ٦٠١ من القانون المدني - بوفاة المستأجر وتتصرف آثاره إلى خلفه العام - عملاً بنص المادة ١٤٥ من ذات القانون - ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إليهم. ومن ثم فإن عقد الإيجار يعتبر في هذه الحالة منعقداً لمدة غير معينة ويتعين إعمال نص المادة ٥٦٣ مدني وإعتباره - بعد انتهاء مدته الأولى المتفق عليها متجدداً للفترة المحددة لدفع الأجرة بانقضائها بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقدين الآخر بالإخلاء في المواعيد المبينة بنص هذه المادة. فإن لم يحصل التنبيه تجدد العقد للمدة المحددة لدفع الأجرة ثم لمدة مماثلة وهكذا إلى أن يحصل التنبيه ولا يسوغ استبعاد نص المادة ٥٦٣ مدني والقول بانتهاء العقد بموت المستأجر الذي لم يبد الرغبة في حياته في إنتهائه إذ يتعذر تطبيق هذا القول في حالة ما إذا كان المستأجر شخصاً اعتبارياً إذ إنقضاء الشخصية الاعتبارية أمر غير محقق الوقوع كما لا محل للقول أيضاً بوجوب تدخل القاضي لتحديد مدة العقد أو إنتهاء العقد بمضي ستون عام قياساً على حق الحكر ذلك أن الأصل أنه يمتنع على القاضي - إعمالاً لنص المادة ١٤٧ مدني التدخل لتعديل إرادة المتعاقدين إلا لسبب يقره القانون ولو ارتأى المشرع أن يتدخل القاضي لتحديد مدة العقد أو تحديد حد أقصى للمدة في عقد الإيجار - كما في حق الحكر - لنص على ذلك صراحة ومن ثم فلا محل للقياس والإجتهاد مع وجود نص المادة ٥٦٣ مدني سالف البيان. ويؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي كان ينص في الفقرة الأولى من المادة ٧٦٠ على أن " إذا عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤيداً جاز أن ينتهي بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية..... " وقد حذفت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا النص بعد أن كانت قد أقرته لجنة المراجعة دون أن تشير إلى هذا الحذف في تقريرها وبذلك تركت المسألة للقواعد العامة الواردة في المادة ٥٦٣ مدني.

(الطعن رقم ٧٦٦ - لسنة ٥٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٠٢ / ١٩٩٣)

* * *

مادة (٧٦١)

إذا خفض التأمين فلا يجوز أن ينزل عن الحدود الآتية:

(أ) في العقود المبرمة مدى الحياة لا يجوز أن يقل مبلغ التأمين المخفض عن القيمة التي كان يستحقها المؤمن له لو كان قد دفع ما يعادل احتياطي التأمين في تاريخ التخفيض مخصصاً منه ١٪ من مبلغ التأمين الأصلي باعتبار أن هذا المبلغ هو مقابل التأمين الذي يجب دفعه دفعه مرة واحدة في تأمين من ذات النوع وطبقاً لتعريفه للتأمين التي كانت مرعية في عقد التأمين الأصلي.

(ب) في العقود المتفق فيها على دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين لا يجوز أن يقل مبلغ التأمين المخفض عن جزء من مبلغ التأمين الأصلي بنسبه ما دفع من أقساط. **النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٦١ لیبی و ٧٢٧ سورى و ١٠١٣ لبنانى و ٦٥٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية يستحق التتويه به.

رأى الفقه:

١ - بالنسبة لطريقة إجراء التخفيض فإن المادة ٧٦١ مدنى تميز بين فرضين.
الأول - أن يكون عقد التأمين مبرماً مدى الحياة كما في التأمين العمرى على أن تدفع الأقساط ما دام المؤمن له حياً فإذا آمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ودفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل وتوقف بعد ذلك عند دفع الأقساط جاز له تخفيض التأمين على ما تقدم ولما كان عدد الأقساط السنوية التي كان يجب دفعها إلى نهاية عقد التأمين هنا غير معروفة لأن مدة التأمين تستغرق مدى الحياة ولا يعرف متى يموت المؤمن له وقد نصت المادة ٧٦١.

(أ) مدنى على هذا الغرض.

الثانى - ان يكون عقد التأمين متفق فيه على دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين كما في التأمين المختلط حيث يتفق مثلاً على ان يدفع مبلغ التأمين للمؤمن له إذا بقى حياً بعد إنقضاء عشرين سنة، فإن مات قبل ذلك دفع مبلغ التأمين لورثته ففى هذا الفرض قد عرف مقدماً عدد الأقساط الواجب دفعها وتنص المادة ٧٦١ (ب) مدنى على هذا الفرض.

تبقى بعد ذلك ملاحظتان: -

(١) انه وفقاً لما نص عليه صدر المادة ٧٦١ مدنى لا يجوز أن يتفق الطرفان على تخفيض مبلغ التأمين الأصلي إلى أقل مما تقدم، ولا على زيادة الـ ١٪ الذى يخصم من مبلغ التأمين الأصلي، ولكن يجوز الإتفاق على أن يكون مبلغ التأمين

المخفض أكبر مما تقدم وعلى إنزال الـ ١% إلى نصف في المائة مثلاً لأن هذا كله في مصلحة المؤمن له.

(٢) انه يجب ان نذكر في وثيقة التأمين على الحياة شروط التخفيض والتصفية باعتبارها جزءاً من الشروط العامة للتأمين وقد نصت المادة ٧٦٣ مدني في هذا الصدد على ان: " تعتبر شروط التخفيض والتصفية جزءاً من الشرط العامة للتأمين ويجب ان تذكر في وثيقة التأمين " وتقتصر وثائق التأمين عادة على نقل نص القانون في هذا الشأن مع ايراد أمثلة توضح النص.

ويجرى التخفيض بحكم القانون بمجرد إغذار المؤمن له بدفع القسط المتأخر وإنقضاء المدة القانونية (ثلاثين يوماً) على الإغذار فإذا كانت شروط التخفيض متوافرة أجرى التخفيض دون حاجة إلى طلب بذلك يتقدم به المؤمن له ودون حاجة إلى إتفاق جديد بين الطرفين أو وثيقة تأمين جديدة.

ولا يعتبر التخفيض عقد جديد حل محل عقد التأمين الأصلي، وأن هذا العقد قد جدد فليس هناك تجديد للعقد الأصلي بل أن العقد الأصلي باق كما هو بنفس شروطه وبفس مدته وعلى أساس نفس تعريفه الأقساط المعمول بها وقت إبرامه ولم يتغير في العقد الأصلي إلا شئ واحد هو أن مبلغ التأمين قد خفض.

(الوسيط ٢-٧. للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٥٠ وما بعدها)

٢- بينت المادة ٧٦١ مدني طريقة احتساب التخفيض وتتضمن الفقرة الأولى منها كيفية التخفيض في العقود المبرمة مدى الحياة وتوضح الفقرة الثانية طريقة تخفيض العقود المتفق فيها على دفع مبلغ التأمين بعد عدد معين من السنين، وهي المعروفة باسم " التخفيض النسبي " إذ يحتسب التخفيض بحسب نسبة الأقساط المدفوعة إلى الأقساط التي كانت يجب دفعها بمقتضى، وعلى الشركة ان تجرى التخفيض من تلقاء نفسها بعد توقف المستأمن عن الدفع.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق- ص ٥٥٧ و ٥٥٨)

٣- للمؤمن له حق تأمين يعتبر له قسط موحد مساو لمبلغ إحتياطيه وقد بين القانون في المادة ٧٦١ مدني كيفية حساب هذا التأمين.

أما في العقود المتفق فيها على دفع مبلغ التأمين بعد عدد من السنين فقد طبق القانون المصرى قاعدة التخفيض النسبي (م ٧٦١ ب مدني) ومؤاها أن قيمة التأمين المخفض تحسب بتخفيض قيمة التأمين الأصلي بنسبة الفرق بين عدد الأقساط المدفوعة وعدد الأقساط التي لم تدفع.

(عقد التأمين - للدكتور محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٣١٥ و ٣١٦)

مادة (٧٦٢)

- (١) يجوز أيضاً للمؤمن له متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع.
(٢) ولا يكون قابلاً للتصفية، التأمين على الحياة إذا كان مؤقتاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية والمواد التالية:
مادة ٧٦٢ لیبی و ٧٢٨ سوری و ١٠١٤٤ لبنانی و ٦٥١ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

الفقرة الأولى مقتبسة عن المواد ٩٠ فقرة ٢ من قانون سنة ١٩٠٨ السويسري و ١٧٣ و ١٧٩ من قانون سنة ١٩٠٨ الألماني أما القانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي (م ٧٧٠ فقرة ٣) فإنه يترك الحرية للمؤمن في أن يحدد كما يشاء عدد الأقساط التي يجوز بعدها طلب التصفية.

والفقرة الثانية نقلها المشروع عن المادة ٧٨ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي اما قانون سنة ١٩٠٨ الألماني (م ١٧٦) وقانون سنة ١٩٠٨ السويسري (م ٩٠ فقرة ٢) فإنهما لم يحددا أنواع التأمين على الحياة التي تقبل التصفية بل تركا الشارح إستنباطها من النص.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ ص ٢٨٠)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٧٦٢ مدنى انه يجب لإجراء التصفية نفس الشرطين الواجب توافرها لإجراء التخفيض.

فيجب أولاً أن يكون عقد التأمين منطوياً على عنصر إخبار إلى جانب عنصر التأمين فإذا كان العقد لا ينطوى على عنصر إخبار لم يكن هناك إحتياطي حسابي يسترده المؤمن له بالتصفية ويشير نص المادة ٧٦٢ مدنى إلى هذا الشرط بعبارتين العبارة الأولى عندما يقول: " بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع " لأنه إذا كان الحادث المؤمن منه محقق الوقوع كما فى التأمين العمرى لحالة الوفاة والتأمين المختلط فإن مبلغ التأمين يكون محتتم الدفع ومن ثم يكون العقد منطوياً على عنصر إخبار يتمثل فى هذه الحتمية والعبارة الثانية عندما تقول الفقرة الثانية من المادة ٧٦٢ مدنى سالفة الذكر: " ولا يكون قابلاً للتصفية التأمين على الحياة إذا كان مؤقتاً " إذا التأمين المؤقت لا ينطوى على عنصر إخبار ومن ثم لا يكون قابلاً للتصفية.

ويجب ثانياً أن يكون المؤمن له قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل كما هو صريح نص الفقرة الأولى من المادة ٧٦٢ مدنى وكل ما ذكر فى هذا الشرط الثانى قد صدر تخفيض التأمين يسرى على تصفية التأمين.

ولم تتعرض المادة ٧٦٢ مدني لطريقة إجراء التصفية كما تعرضت المادة ٧٦١ مدني لطريقة إجراء التخفيض ولكن الواضح هو أن التصفية تنهى عقد التأمين وتحول حق المؤمن له في الإحتياطي الحسابي من حق مضاف إلى أجل محقق أو غير محقق إلى حق واجب الأداء فمتى أجريت تصفية عقد التأمين وجب تقويم الإحتياطي الحسابي الذي للمؤمن له وقت التصفية ورد جزء كبير منه إليه بحسب شروط التصفية.

وتشترط وثيقة التأمين عادة أن يكون للمؤمن مهلة ثلاثة أشهر من يوم مطالبة المؤمن له بتصفية التأمين لدفع قيمة التصفية وهذا الشرط صحيح يعمل به فإنه لا بد من أن يكون لدى المؤمن وقت كان من يوم طلب التصفية حتى يستطيع تقديم الإحتياطي الحسابي ويتخذ الإجراءات اللازمة لصرف قيمة التصفية للمؤمن له ويعتبر هذه المهلة داخلة في شروط التصفية ولا بد من ذكرها في وثيقة التأمين ومن ثم تكون سارية في حق أصحاب الشأن: ويترتب على ذلك أنه إذا كان المستفيد الذي يقبض قيمة التصفية شخصاً آخر غير المؤمن له، وجب أن يحترم هذه المهلة ولكن التصفية تنتج أثرها بمجرد طلب المؤمن له إياها فلو مات هذا الأخير بعد طلبها وقبل إنقضاء المهلة بقيت التصفية قائمة منتجة لاثارها ولا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين كاملاً بسبب موت له بل يقتصر على دفع قيمة التصفية حتى لو عرض الورثة دفع الأقساط المتأخرة.

والتصفية بخلاف التخفيض - لا يتم بحكم القانون بل يجب أن يطلبها المؤمن له ومؤدى ذلك أنه إذا تأخر المؤمن له في دفع القسط وتم إعداره وإنقضت المدة القانونية التي تلي الإعذار (ثلاثون يوماً) فإن عقد التأمين يخضع بحكم القانون وذلك مالم يطلب المؤمن له تصفيته بدلاً من تخفيضه والذي يطلب التصفية وهو طالب التأمين وطلب التصفية حق شخصي متصل بشخص طالب التأمين فلا يجوز لدائنه أو لمأمور تفليسته أو للمستفيد أن يطلب التصفية باسم طالب التأمين وتذكر وثيقة التأمين عادة المدة التي يجوز في خلالها لطالب التأمين طلب التصفية حتى يتجنب بذلك تخفيض العقد فإن لم تذكر مدة معينة افترض أن مدة الثلاثين يوماً التي تلي الإعذار هي المدة التي يستطيع فيها طالب التأمين التصفية فإن لم يطلبها في خلال هذه المدة خفض العقد بحكم القانون.

وإذا طلبت التصفية على الوجه المتقدم كان أثر ذلك أن ينتهي عقد التأمين من وقت الطلب وتصبح قيمة التصفية ديناً في ذمة المؤمن يجب دفعه في خلال المهلة المشترطة في وثيقة التأمين وتكون عادة ثلاثة أشهر.

(الوسيط. ٧-٢. للدكتور السهوري- المرجع السابق - ص ١٥٥ وما بعدها)

٢- تكون التصفية بناء على طلب المستأمن إذا توافرت الشروط اللازمة للتخفيض (م ٧٦٢ مدني) ويدفع مبلغ التصفية فوراً ولذلك جرت الشركات على أن تخصم من نصيب المستأمن طالب التصفية في الإحتياطي الحسابي جزاء في مقابل النفقات وجزءاً آخر على سبيل وجزاء التعويض ولذلك يقل مبلغ التصفية عن مبلغ التخفيض.

وشروط التصفية تحدد بقرار من مجلس إدارة شركة التأمين وتتضمن هذه الشروط قيمة التصفية أى الأسعار التى تحسب التصفية على أساسها وتكون قيمة التصفية عادة هى الإحتياطى الحسابى مخصصاً منه نسبة معينة فى مقابل النفقات التى إقتضتها عملية التأمين وبخاصة السمسرة التى حصل عليها مندوب الشركة وكذلك مبلغ آخر على سبيل التعويض من جزء التصفية ودفع المبلغ فوراً.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد عرفة- المرجع السابق- ص ٥٥٨ وكتابة: التأمين والعقود الصغيرة.

المرجع السابق- ص ٢٣٥ حتى ٢٤٣)

٣- إذا توقف المؤمن له عن دفع الأقساط فإنه يكون دائناً بمبلغ الإحتياطى الفردى فإذا رغب فى إنهاء عقد التأمين جاز له أن يطلب ذلك من المؤمن الذى يدفع فى الحال المبلغ الذى يكون دائناً به.

وهذه هى حالة التصفية فمقضاها يحول المؤمن بناء على طلب المؤمن له الإلتزام الشرطى أو المقترن بأجل إلى إلتزام بسيط حال فالتصفية ماهى الا أداء مقدم للإحتياطى.

والحق فى التصفية يكون لطالب التأمين بصرف النظر عما إذا كانت الوثيقة عينت مستفيداً أو لم تعين الا إذا قبل المستفيد المعين الإشتراط فإنه من هذا الوقت يفقد المشتراط حقه فى طلب التصفية لأن إستعمال هذا الحق يعتبر رجوعاً ضمناً عن الإشتراط وقبول المستفيد قد ترتب عليه ان الإشتراط قد أصبح غير قابل للرجوع فيه. وقيمة التصفية تكون لطالب التأمين حق فى حالة تعيين مستفيد إذا لم يكن هذا المستفيد قد قبل ولكن إذا كان المستفيد قد قبل فان قيمة التصفية لاتكون لطالب التأمين. وحق التصفية شخصى فلا يجوز لدائنى طالب التأمين إستعماله.

وبعض الوثائق ينص على ان المؤمن تكون له مهلة مقدارها ثلاثة أشهر من وقت طلب التصفية ليدفع قيمة التصفية وانه وان كانت التصفية إجبارية فإن مثل هذا النص يكون مشروطاً لانه لم ينص فى القانون على ان الوفاء يكون فى الحال ولايمكن ان يكون كذلك لانه يلزم بعض الوقت التسوية.

وإذا مات المؤمن له بعد طلب التصفية فإن قيمة التصفية - لا المبلغ المؤمن به هو الذى يكون على المؤمن أدائه لان إلتزام المؤمن قد تحدد فى وقت طلب التصفية. وإشتراط ان يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع يقتضى إستبعاد التأمين لحال الحياة لانه يستحق مبلغ التأمين إلا إذا بقى على قيد الحياة عند حلول الأجل المعين فى العقد وهذا غير محقق الوقوع وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٦١ مدنى على ان التأمين على الحياة إذا كان مؤقتاً لا يكون قابلاً للتصفية.

(عقد التأمين- للدكتور محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٣١٨ وما بعدها)

٤- تصفية التأمين هى إنهاء التأمين قبل إنتهاء مدته بناء على طلب المستأمن مع صرف الإحتياطى الحسابى وقد بينت حكمها المادة ٧٦٢ مدنى ويبدو من نصها أن المشرع أجاز تصفية التأمين بنفس شرطى تخفيض التأمين وهما أن يكون مبلغ التأمين مؤكد الدفع وأن يكون المؤمن له قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل فتجوز تصفية التأمين على الحياة إذا كان تأميناً عمرياً أو مختلطاً أو مركباً أو لأجل محدد أو لحال

البقاء إذا إشتراط في العقد رد الأقساط عند موت المؤمن على الحياة خلال المدة المشترط بقاؤه حيا فيها ففي هذه الأنواع يكون مبلغ التأمين مؤكد الدفع أما التأمين لحال البقاء والتأمين لحال الوفاة إذا كان مؤقتا فلا يجوز تصفيتهم لأن مبلغ التأمين فيهم غير مؤكد الدفع والإحتياطي الحسابي فيهم لذلك بسيط ومن الواضح أن هدف المشرع من هذين الشرطين هو حماية المؤمنين بحيث لا تتم تصفية التأمين - ولا تحفيضه - الا عند وجود إحتياطي حسابي معقول.

ولا تتم التصفية بغير من طالب التأمين. ولايجوز للمستفيد ولا للمؤمن على حياته إذا لم يكن هو طالب التأمين ولا لدائني طالب التأمين ولا لمأمور تقليسته ان يطلبوا تصفية التأمين لان هذا الطلب حق شخصي لطالب التأمين.

وتتم التصفية وفقا للقواعد التي نصت عليها وثيقة التأمين والا وفقا لما جرى عليه عرف شركات التأمين فإذا لم يوجد إتفاق أو عرف تمت التصفية وفقا لما يقرره مجلس إدارة شركة التأمين وتنص وثائق التأمين عادة على مهلة للمؤمن (عبارة عن ثلاثة أشهر تبدأ من يوم المطالبة بالتصفية) يدفع المؤمن خلالها قيمة التصفية وتحتسب هذه القيمة عادة على أساس الإحتياطي الحسابي مخفضا بنسبة معينة توازي نفقات عملية التأمين وتعويض المؤمن عن التصفية وتقل هذه القيمة كثيرا عن قيمة التأمين المخفض وتعويض ومع ذلك يفضل طالب التأمين التصفية في بعض الحالات كما إذا كان في حاجة عاجلة إلى النقود.

وتنتج التصفية أثرها بمجرد طلبها فلو مات طالب التأمين بعد طلبها فلا يدفع المؤمن غير قيمة التصفية حتى لو عرض الورثة دفع الأقساط المتأخرة وينتهي عقد التأمين من وقت طلب التصفية ويدفع المؤمن قيمة التصفية للمستفيد من التأمين خلال المهلة التي تنص عليها وثيقة التأمين أو يجري بها العرف.

(أحكام التأمين- عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ١٥٠ و ١٥١)

* * *

مادة (٧٦٣)

تعتبر شروط التخفيض و التصفية جزءاً من الشروط العامة للتأمين يجب أن تذكر في وثيقة التأمين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية والمواد التالية:
مادة ٧٦٣ لىبى و ٧٢٩ سورى و ٩٩٨ لبنانى و ٦٥٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يستحق التتويه.

رأى الفقه:

١- يجب أن تذكر فى وثيقة التأمين شروط التخفيض والتصفية باعتبارها جزءاً من الشروط العامة للتأمين وقد عنى التقنين المدنى بان يورد فى نصوصه فى التأمين وعلى اقتضا بها هذا الحكم فنصت المادة ٧٦٢ مدنى على ماياتى: " تعتبر شروط التخفيض والتصفية جزءاً من الشروط العامة للتأمين ويجب ان تذكر فى وثيقة التأمين. ان وثيقة التأمين يغلب ان تكون وثيقة لمصلحة شخص معين وقد تكون فى صورة وثيقة أدبية أو وثيقة لحاملها تنتقل بالمهارة من يد إلى يد فلا يكون الحامل الأخير لها (هو المستفيد) معروفا لعقدها وهو ما لا يتلاءم مع وثيقة التأمين على الحياة فى وثيقة التأمين على الحياة المستفيد معين ولكن لا يوجد ما يمنع ان تكون وثيقة إذنية تنقل بالتطهير.

(الوسيط- ٧-٢. للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٤٢٥ و ١٤٢٦ و ١٤٢٧)

٢- توجب الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسى ذكر شروط التخفيض فى الوثيقة بحيث يستطيع المؤمن له فى كل فترة أن يعرف المبلغ الذى يخفض إليه التأمين فى حالة التوقف عن دفع الأقساط.
فقد جاء بتلك الفقرة:

“Les condition de la reduction doivent etre indiques dans las poilres de maniere que l’assure puisse a toute epoque connaitre la somme a lqelle l’assurance sera reduite en car de cessation du payment des primes an cessatier du payment de primes ”

وكذلك توجب الفقرة الأخيرة من المادة ٧٧ من قانون سنة ١٩٣٠ ذكر شروط التصفية فى الوثيقة:

وقد جاء بهذه الفقرة:

“les conditions de reachat doivent etre indiquees dans la police de maniera quur l’assure puisse a toute epoque connaitre la somme a laquelle il a droit”

(عقد التأمين - للدكتور محمد كامل مرسى - المرجع السابق- ص ٣٢٠ وما بعدها)

٣- تعتبر شروط التصفية والتخفيض من الشروط العامة التي يجب ذكرها في وثيقة التأمين (٧٦٣ من التقنين المدني).
(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٥٨)

* * *

مادة (٧٦٤)

(١) لا يترتب على البيانات الخاطئة ولا على الغلط فى سن الشخص الذى عقد التأمين على حياته بطلان التأمين إلا إذا كانت السن الحقيقية للمؤمن عليه تجاوز الحد المعين الذى نصت عليه تعريفية التأمين.

(٢) وفى غير ذلك من الأحوال إذا ترتب على البيانات الخاطئة أو الغلطه أن القسط المتفق عليه أقل من القسط الذى كان يجب أدائه وجب تخفيض مبلغ التأمين بما يتعادل مع النسبة بين القسط المتفق عليه والقسط الواجب أدائه على أساس السن الحقيقية.

(٣) أما إذا كان القسط المتفق على دفعه أكبر مما كان يجب دفعه على أساس السن الحقيقية للمؤمن على حياته وجب على المؤمن أن يرده دون فوائد الزيادة التى حصل عليها وأن يخفض الأقساط التالية إلى الحد الذى يتناسب مع السن الحقيقية للمؤمن عليه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٦٤ لىبى و ٧٣٠ سورى و ١٠١٨ لبنانى و ٩٤٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية - يستحق التتوية به.

رأى الفقه:

١- تقدم عند الكلام فى الجزء على الإخلال بالتزام تقدم البيانات اللازمة فى التأمين بوجه عام، أن المؤمن له إذا كان سئ النية وكنم أمر أو قدم بيانا كاذبا بحيث ترتب على ذلك ان تغير موضوع الخطر أو قلت أهميته فى نظر المؤمن كان عقد التأمين باطلا وتقاضى المؤمن تعويضا من المؤمن له لما إرتكبه من الغش أما إذا لم يستطع المؤمن أن يثبت سوء نية المؤمن له لما إرتكبه من الغش.

فإذا إنكشفت الحقيقة قبل تحقيق الخطر جاز المؤمن من أن يطلب إبطال العقد ولكن دون، ويستطيع المؤمن له ان يدرا طلب الإبطال إذا هو قبل زيادة فى القسط وإذا لم تظهر إلا بعد تحقيق الخطر فإن المؤمن لا يدفع من مبلغ التأمين إلا بنسبة القسط المدفوع إلى القسط الواجب الدفع وقد يوجد شرط يمنع النزاع يقضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن ينازع فى صحة البيانات التى أدلى بها المؤمن له وفى هذه الحالة يمنع على المؤمن التمسك بعدم صحة البيانات بشرط أن يكون المؤمن له حسن النية، وعند ذلك لا يجوز للمؤمن لإبطال العقد قبل تحقق الخطر ولا إنقاص مبلغ التأمين بعد تحققه.

وتسرى هذه الأحكام على عقد التأمين على الحياة سريانها على عقود التأمين الأخرى فيما عدا إستثناء واحد يقوم فى الحالة التى يقدم فيها المؤمن له بياناً على سنه فى هذه الحالة وحدها يجب التمييز بين فرضين

الفرض الأول - إذا قرر المؤمن له لنفسه سناً أقل من سنه الحقيقية وكانت سنة الحقيقية تجاوز الحد المعين الذى نصت عليه تعريفه التأمين مثل ان يكون حد السن المقرر فى تعريفه التأمين هو خمس وستون سنة وكانت سن المؤمن له ستاً وستين ولكنه قرر ان سنة خمس وستون وفى هذا الفرض سواء كان المؤمن له سئ النية أو حسن النية يكون عقد التأمين باطلاً إذا لا يمكن إبرام هذا العقد مع مجاوزة سن المؤمن له الحد المقرر ومن ثم لا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر ويجب عليه رد الأقساط المدفوعة للمؤمن له حتى لو كان هذا سئ النية ولكن يجوز للمؤمن أن يطالب المؤمن له سئ النية بالتعويض.

الفرض الثانى - ان تكون سن المؤمن له لا تجاوز الحد المعين الذى نصت عليه تعريفه التأمين وفى هذا الفرض يكون عقد التأمين صحيحاً ولا يجوز إبطاله وذلك سواء كان المؤمن له عندما قرر لنفسه سناً غير السن الحقيقية حسن النية أو سيئها وكل ما يترتب على الغلط فى السن هو تعديل العقد بحيث يصبح متمشياً مع السن الحقيقية.

(الوسيط: ٧-٢- للكتور السنهوى- المرجع السابق- ص ١٤٢٩ وما بعدها)

٢- نقل المشرع هذا النص عن المادة ٧١ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسى يعرض نص المادة ٧٦٤ من التقنين المدنى لبيان جوهرى فى التأمين على الحياة وهو سن المؤمن على حياته وترجع أهمية هذا البيان إلى كونه يتخذ أساساً لتحديد القسط الواجب الأداء ويختلف مقدار القسط باختلاف السن فيضطر مع سن المؤمن على حياته اضطراداً نسبياً فكلما تقدمت السن زاد مقدار القسط.

وقد جرت شركات التأمين على تضمين وثائقها شرطاً يقتضى بسقوط حق المستأمن فى مبلغ التأمين إذا أدلى ببيان خاطئ عن سن المؤمن عليه وقد جرى القضاء على احترام هذا الشرط تنفيذاً لشرط العقد.

لذلك رأى المشرع ان يبذل بهذا الجزء جزءاً آخر يتناسب مع ما إرتكبه المستأمن من خطأ فقضى فى الفقرة الأولى من المادة ٧٦٤ من التقنين المدنى بان الادلاء ببيانات خاطئة عن سن المؤمن على حياته لا يستتبع بطلان التأمين إلا إذا كانت السن الحقيقية ازيد من الحد الذى تقرر تعريفه التأمين انه الحد الاقصى لقبول التأمين وقد جرى الشركات على إعتبار السن الاقصى للتأمين هى ستون سنة فإذا كان المؤمن عليه قد جاوز هذا السن وادلى المستأمن ببيان كاذب عن حقيقة سنة وقع التأمين باطلاً ويكون للشركة حق المطالبة بالتعويض إذا أثبت سوء نية المستأمن وقد يكون خير تعويض هو حرمانه من استرداد ماعساه يكون قد دفعه من أقساط.

اما إذا كانت سن المؤمن عليه الحقيقية أقل من الحد الاقصى فتجب التفرقة بين ما إذا كان بيان السن الوارد وثيقة أزيد أو أقل من السن الحقيقية فإذا كان الكذب أو الخطأ بالزيادة فيكون المستأمن قد دفع قسطاً أزيد مما كان يجب عليه دفعه لو قدر القسط على أساس السن الحقيقية ويكون له حق طلب رد هذه الزيادة مقتطعة من جميع

الأقساط المدفوعة دون فوائد كما يتمتع على المؤمن ان يطالبه مستقبلاً بأزيد من القسط المتناسب مع السن الحقيقية.

وإذا حصل العكس وكانت السن المذكورة أقل من السن الحقيقية للمؤمن عليه فيكون للمؤمن الذي لم يتقاض قسطاً مناسباً مع السن الحقيقية أن يخفض مبلغ التأمين بنسبة الفرق بين الأقساط التي كان يجب دفعها وتلك التي دفعت فعلاً.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٥٩ و ٥٦٠)

٣- أحوال البطلان في التأمين على الحياة أكثر منها في سائر أنواع التأمين لأن القاعدة الأمرة في التأمين على الحياة كثيرة ومتعددة من ذلك البيانات الخاطئة والغلط في السن (م ٧٦٤ من القانون المدني المصري).

(عقد التأمين- للدكتور محمد كامل عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٢٢٠ و ٢٢٥ وما بعدها)

٤- يلتزم المؤمن له بتقديم كافة البيانات الموضوعية والشخصية التي تفيد المؤمن في تحديد وتقدير الخطر المؤمن منه سواء طلب المؤمن هذه البيانات في صورة اسئلة وجهها للمؤمن له أو لم يطلبها أو عن طريق كشف طبي.

والإلتزام بتقديم هذه البيانات واجب على طالب التأمين وهذه البيانات تتعلق بالمؤمن من حياته.

فإذا اخل المؤمن له بهذا الإلتزام فقدم بيانات غير كافية أو خاطئة فإن التأمين يبطل إذا كان المؤمن له سئ النية وترتب على الإخلال بهذا الإلتزام أن تغير موضوع الخطر أو قلت أهميته في نظر المؤمن وجاز للمؤمن ان يطالب المؤمن له بتعويض وإذا إكتشف المؤمن الحقيقة قبل تحقق الخطر ولم يثبت ان المؤمن له كان سئ النية جاز للمؤمن طلب إبطال التأمين دون تعويض مالم يقبل المؤمن له زيادة القسط وإذا إكتشف المؤمن الحقيقة بعد تحقق الخطر ولم يثبت أن المؤمن له كان سئ النية جاز للمؤمن ان ينقص مبلغ التأمين فلا يدفع منه إلا بنسبة القسط الواجب دفعه غير أنه إذا وجد شرط يمنع النزاع وكان المؤمن له حسن النية لم يجز للمؤمن طلب إبطال العقد أو إنقاص مبلغ التأمين.

على ان المشرع استثنى من ذلك حكم البيانات الخاطئة المتعلقة بسن المؤمن عليه بما جاء بنص المادة ٧٦٤ مدنى.

ويؤخذ من نص المادة ٧٦٤ مدنى:

(أ) أن عقد التأمين لا يبطل بسبب البيانات الخاطئة الخاصة بسن المؤمن على حياته أو بسبب الغلط فيه الا في حالة ما إذا كان السن الحقيقية للمؤمن على حياته تجاوز الحد الذى نصت عليه تعريفه التأمين كما لو كانت سن المؤمن على حياته ستين سنة وكانت السن المقررة في تعريفه التأمين خمسا وخمسين سنة فذكر المؤمن على حياته ان سنة خمسين سنة ويبطل العقد في هذه الحالة سواء كان طالب التأمين سئ النية أو حسن النية لا يعرف سنة الحقيقة لان النص مطلق والمطلق يحمل على إطلاقه مالم يرد ما يقيد ويبطل التأمين حتى لو كان هناك شرط يمنع النزاع فالبطلان هنا من النظام العام وإذا بطل التأمين عاد المتعاقدان الى الحالة التي كانوا عليها فلا يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا وقع الخطر ويرد الأقساط التي قبضها من طالب التأمين دون

نقص حتى لو كان طالب التأمين سئ النية إلا أنه إذا ترتب ضرر للمؤمن نتيجة سوء نية طالب التأمين جاز للمؤمن مطالبته بالتعويض.

(ب) لكن إذا كانت سن المؤمن على حياته لاتزيد على الحد الوارد بتعريفه التأمين ففي هذه الحالة يظل عقد التأمين صحيحا ويخفض مبلغ التأمين أو مقدار القسط عملا بمبدأ التناسب بين القسط والخطر فإذا كان القسط المتفق عليه أقل من القسط الذى كان يجب أدائه على أساس السن الحقيقية فإن المبلغ التأمين يخفض بنسبة الفرق بين القسط المتفق عليه والقسط الواجب ادائه وإذا كان القسط المتفق عليه والقسط الواجب أدائه وإذا كان القسط المتفق عليه أكبر من القسط الذى يجب أدائه على أساس السن الحقيقية فإن القسط يخفض إلى الحد الذى يتناسب مع السن الحقيقية للمؤمن عليه وإستتراد طالب التأمين الزيادة التى دفعها فى الأقساط السابقة دون فوائد.

(أحكام التأمين - للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ٣٦ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان البيان - الخاص بالمرض - فى وثيقة التأمين قد جعله المؤمن محل سؤال محدد مكتوب فانه يعتبر جوهريا فى نظره ولازما لتقدير الخطر المؤمن منه فإذا أقر المؤمن له بعدم سبق أصابته بمرض الكلى مع ثبوت أصابته به وعلمه بذلك - على ما سجله الحكم المطعون فيه - فان هذا الإقرار من شأنه ان ينقص من تقدير الشركة المؤمنة لحسامة الخطر المؤمن منه ومن ثم فإذا لم يعمل الحكم الشرط الوارد فى عقد التأمين والذى مقتضاه بطلان العقد وسقوط حق المؤمن له فى مبلغ التأمين فى حالة إدلائه ببيانات خاطئة فى إقرار أنه الواردة فى طلب التأمين والتى أبرم على أساسها وهو شرط جائز قانونا وواجب الأعمال حتى لو لم يكن للبيان الكاذب دخل فى وقوع الخطر المؤمن منه فإن الحكم قد خالف القانون بمخالفة شروط العقد مما يستوجب نقضه ولا يبرئه من هذه المخالفة ما قاله من أن مرض الكلى الذى أصاب المؤمن له ليس مما يخشى منه سوء العاقبة وإنه كان مرضاً عارضاً وكان المؤمن له قد شفى منه وقت إبرام عقد التأمين إذ أن ذلك بفرض صحته لم يكن ليعفى المؤمن له من واجب ذكر هذا المرض فى إقراراته الواردة فى طلب التأمين مادام أن ذلك كان محل سؤال محدد مكتوب.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - مدني ص ١٧٧٣)

* * *

مادة (٧٦٥)

فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحصول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه او قبل المسئول عن هذا الحادث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٦٥ لىبى و ٧٣١ و ٩٩٨ عراقى و ٧٥٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يستحق التتويه به.

رأى الفقه:

١- تقرىعا على مبدأ الجمع بين مبلغ التأمين يجب القول بأن المؤمن لا يحل محل المؤمن له فى الرجوع على المسئول ولو أجزنا أن يحل المؤمن له وقد أجزنا فى الوقت ذاته للمؤمن له ان يرجع على المسئول فإن ذلك يؤدى إلى الرجوع على المسئول مرتين بخطأ واحد وهذا لا يجوز - لذلك يكون الرجوع على المسئول للمؤمن له وحده ولا يحل المؤمن محله فى هذا الرجوع وقد اكدت المادة ٧٦٥ مدنى هذا المبدأ فى التأمين على الحياة ولما كان نص تلك المادة من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على ما يخالفه ضد مصلحة المؤمن له فإن النص يحرم، ليس فحسب أن يحل المؤمن له حولا قانونيا بل أيضا ان يحل محله حولا إتفاقيا فلا يجوز أن يتفق المؤمن مع المؤمن له بعد وقوع الحادث المؤمن منه أن يحل الأول محل الثانى فى الرجوع على المسئول كذلك لايجوز للمؤمن له لافى وثيقة التأمين ولا بعد ذلك ولو بعد وقوع الحادث المؤمن منه أن ينزل للمؤمن عن دعواه قبل المسئول فإن النزول عن الدعوى ابلغ من الحلول فهو يمكن المؤمن من الرجوع على المسئول قبل ان يوفى مبلغ التأمين للمؤمن له فى حين أن الحلول لا يمكنه من الرجوع الا بعد ان يوفى مبلغ التأمين فإذا لم يجوز الإتفاق على الحلول لم يجز من باب أولى الإتفاق على النزول.

وإذا كان المؤمن لايجوز له الرجوع على المسئول لا بدعوى الحلول ولا بدعوى النزول فإنه لايجوز له أيضا الرجوع على المسئول بدعوى شخصية من جانبه هو أساس ان المسئول قد الحق به الضرر يجعله ملزما بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ذلك ان المسئول لم يلحق به ضررا ما وإذا كان المؤمن قد أصبح ملتزما بدفع مبلغ التأمين فان هذا الإلتزام ناشئ من عقد التأمين وقد تقاضى المؤمن أقساط التأمين من المؤمن له فى قبل هذا الإلتزام فلو أجزنا للمؤمن أثر رجوع على المسئول لأثرى على حسابه دون سبب ولدفع له المسئول تعويضا دون ان يرتكب خطأ نحوه.

ولا يوجد أمام المؤمن الا وسيلة واحدة يستطيع بها دون ان يرجع هو على المسئول ان يمنع المؤمن له من الجمع بين التعويض ومبلغ التأمين، أى من الرجوع

على المسئول والمؤمن في وقت واحد وهذه الوسيلة هي ان يستبعد في وثيقة التأمين من نطاق الخطر المؤمن منه كل حادث يتسبب فيه الغير بخطئه وهو إذا كان بذلك لا يمنع المؤمن له من الرجوع على المسئول بالتعويض فإنه يمنعه الرجوع عليه بمبلغ التأمين ومن لا يجمع المؤمن له بين المبلغين.

(الوسيط ٧-٢. للدكتور السنهوري المرجع السابق ص ١٤١٩ وما بعدها)

٢- يتضح من نص المادة ٧٦٥ من التقنين المدني ان مركز المؤمن يسوى نهائياً بوفائه بالمبلغ المؤمن به في حالة التأمين على الحياة فلا يكون له سبيل للرجوع على الغير المسئول عن وفاة المؤمن عليه فإذا نجمت الوفاة عن فعل الغير ويكون للمستفيد الحق في ان يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض المستحق على من تسبب بخطئه في وفاة المؤمن عليه وعلّة ذلك واضحة، إذا المفروض أن مبلغ التأمين لا يكفل تعويض الضرر الناجم عن فقد المؤمن عليه بل مجرد التخفيف من وطأته.

وهذا الإتجاه نتيجة طبيعية للفرقة بين نوعي التأمين فطالما ان التأمين على الأشخاص لا يعتبر بمثابة عقد تعويض كما هو الحال في التأمين من الأضرار فلا يجوز للمؤمن الحل محل المستفيد في حقه قبل الغير المتسبب في الحادث المؤمن منه وبالتالي لا يوجد مبرر لمنع المستفيد من الجمع بين دعوتين لأن الفائدة الناتجة عن عقد التأمين ليس من شأنها ان تؤثر في مدى مسؤولية الغير.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق ص ٥٦٠ و ٥٦١)

٣- لا يجوز للمؤمن ان يحل محل المؤمن له أو المستفيد في رجوعه على الغير المسئول عن وقوع الكارثة في حالة ما إذا تسبب شخص في وقوعها (م ٧٦٥ مدني) وذلك على خلاف ما هو مقرر في تأمين الأضرار وعلى الرغم من أن المادة ٧٦٥ من القانون المدني التي لا يجيز حلول المؤمن محل المستأمن أو المستفيد في رجوعه عن المتسبب في الكارثة لا تشير إلا إلى التأمين على الحياة، إلا انه من المسلم أن هذا الحكم يطبق أيضاً على التأمين من الحوادث.

ونصت المادة ٧٦٥ مدني على قاعدة جمع المؤمن له أو المستفيد في التأمين على الحياة بين مبلغ التأمين والرجوع على الغير المسئول عن الحادث.

(الإيجار التأمين- للدكتور عبد المنعم البدر أوي- المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- خطأ الغير المسئول عن وقوع الحادث ليس هو السبب المباشر لالتزام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له المضرور من هذا الحادث وإنما سبب هذا الالتزام هو عقد التأمين ذاته فلو لا قيام ذلك العقد لما إلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع الحادث وبينى على ذلك أنه ليس للمؤمن ان يدعى أن ضرراً قد حاق به من جراء وفاته بمبلغ التأمين، إذ أن هذا الوفاء من جانبه لم يكن الا وتنفيذاً لالتزامه التعاقدى تجاه المؤمن له مقابل الأقساط التي يؤديها الأخير وتنفيذ الالتزام لا يصح إعتباره ضرراً لحق بالملتزم وإذا كان الحادث الذي تسبب الغير في وقوعه هو الذي يجعل مبلغ

التأمين مستحقاً فإن عقد التأمين يقوم على أساس احتمال تحقق الخطر المؤمن منه فى أى وقت وقد كان هذا الاحتمال محل إعتبار المؤمن عند التعاقد. ولامحل لتأسيس حق الشركة المؤمنة فى الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول، ذلك ان رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقضى ان يكون المؤمن قد وفى الدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين لا بدين مترتب فى ذمته هو، بما يتحقق بالنسبة لشركة التأمين إذا ان وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الإلتزام المترتب فى ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين.

(نقض- جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠- مجموعة المكتب الفنى- السنة ١٣- مدني ص ١١٦٦)

* * *

التأمين من الحريق

مادة (٧٦٦)

(١) في التأمين من الحريق يكون المؤمن مسئولاً عن كافة الأضرار الناشئة عن حريق أو عن بداية حريق يمكن أن تصبح حريقاً كاملاً أو عن خطر الحريق يمكن أن يتحقق.

(٢) ولا يقتصر التزامه عن الأضرار الناشئة مباشرة عن الحريق بل يتناول أيضاً الأضرار التي تكون نتيجة حتمية لذلك وبالأخص ما يلحق بالأشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائل الإنقاذ أو لمنع امتداد الحريق.

(٣) ويكون مسئولاً عن ضياع الأشياء المؤمن عليها أو اختفائها أثناء الحريق، ما لم يثبت أن ذلك كان نتيجة سرقة كل هذا ولو اتفق على غيره.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٣٢ سوري و ٩٩٩ عراقي و ٩٨٨ لبناني و ٦٤٠ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

قارن المواد ٤٠-٤٣ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي و ٩٩١-٩٩٨ من التقنين اللبناني و ٨٨ من قانون سنة ١٩٠٨ الألماني و ٦٣ فقرة أخيرة من قانون سنة ١٩٠٨ السويسري.

وقد نقّادى المشروع جرياً على تسق التقنين الفرنسي (م ٤٠ من قانون سنة ١٩٣٠) والتقنين اللبناني (م ٩٨٨) ان يذكر في الفقرة الأولى أن مسؤولية المؤمن تكون بنسبة الأضرار الناشئة عن حريق الأشياء المؤمن عليها وذلك لأن التأمين قد يمتد إلى كل الأضرار الناشئة عن الحريق سواء بالنسبة للأشياء المؤمن عليها أم بالنسبة لغيرها كما هو الحال على الأخص في التأمين ضد مسؤولية المستاجر عن إحترق العين المؤجرة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥ ص ٣٨٩ و ٣٩٠)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص الفقرة الأولى من المادة ٧٦٦ مدني ان التأمين من الحريق يشمل جميع الأضرار التي تنشأ عن الحريق أى عن اضطرام النار أو إشتعالها أو الإحتراق البسيط وليس من الضروري أن يشتعل حريق كامل بل يكفي ان تكون هناك بداية حريق لم تتحول بعد إلى حريق كامل ما دامت هذه البداية يمكن ان تصبح حريقاً كاملاً فسارع الناس إلى إطفائها فنجمت أضرار عن ذلك بل أن النص سالف الذكر شامل.

ويختلف من نص الفقرة الثانية والثالثة من المادة ٧٦٦ مدنى ان المؤمن فى التأمين من الحريق يلتزم بتعويض الاضرار الناشئة مباشرة عن الحريق والاضرار التى تكون نتيجة حتمية لذلك ويلتزم أيضاً بالتعويض عن ضياع الأشياء المؤمن عليها أو إختفائها ويلتزم أيضاً بالتعويض تلف الأشياء المملوكة لأعضاء أسرة المؤمن له والأشخاص الملحقين بخدمته إذا كانوا مشتركين معه فى معيشة واحدة فإذا وقع الحريق المؤمن منه فاحترق المنزل المؤمن عليه مثلاً أو جزء منه مع الأمتعة التى يشتمل عليها المكان المحترق وجب على المؤمن تعويض المؤمن له عما تلف من الأبنية والأثاث والأمتعة وغير ذلك بسبب الحريق وذلك فى حدود مبلغ التأمين مع مراعاة قاعدة النسبية حيث يجوز لكل من المؤمن والمؤمن له عند وقوع الحريق ان يطلب تقويم الضرر فوراً.

ولا يقتصر المؤمن على التعويض عن الأضرار التى حدثت من الحريق مباشرة بل يعوض أيضاً عن الأضرار التى تكون نتيجة حتمية لحريق وبالأخص كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ مدنى مايلحق الأشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب إتخاذ وسائل الإنقاذ أو لمنع إمتداد الحريق وهذا النص من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفه لأن المصلحة العامة تقضى بمجرد شوب الحريق إتخاذ وسائل الإنقاذ وبذل المستطاع فى منع إمتداد الحريق وفى اطفائها ومن ثم وجب على المؤمن له وجاز للمؤمن أن يعمل كل منهما على إتخاذ ما من شأنه وقف خطر الحريق او منع تفاقمها.

كما نص الفقرة الثالثة من المادة ٧٦٦ مدنى يعتبر أيضاً من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفته حيث ورد فيه صراحة: " كل هذا ولو إتفق على غيره " فقد فرض القانون أن الأشياء التى تضيع أو تختفى فى أثناء الحريق انما كان ضياعها أو إختفائها ناشئاً عن أنها قد التهمها الحريق وهذا الذى يفرضه القانون هو الذى يقع عادة وقد جعل القانون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأباح للمؤمن أن يثبت أن ضياع الأشياء أو إخفاءها كان نتيجة سرقة كما يقع فى بعض الأحيان وللمؤمن أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأنه يثبت واقعة مادية ولما كان النص من النظام العام فلا يجوز للمؤمن أن يشترط انه غير مسئول عما يضيع من الأشياء أو يختفى فى أثناء الحريق كما لا يجوز له ان ينقل عبء الإثبات إلى عائق المؤمن له فيشترط عليه ان يثبت هو ان الأشياء التى ضاعت أو إختفت قد التهمها الحريق ولم تسرق.

وقد يؤمن الشخص من الحريق على منقولاته جملة واحدة دون ان يبين تفصيلاتها فتختلط بها عادة منقولات ليست مملوكة له بل هى مملوكة لأعضاء أسرته وللأشخاص الملحقين بخدمته إذا كانوا مشتركين معه فى معيشة واحدة فإذا كانت هذه الأشياء موجودة فى أثناء الحريق فى الأماكن التى تشغلها وتلفها الحريق فان الفروض ان المتعاقدين قد قصدا ان تدخل هذه الأشياء فى نطاق التأمين ويكون التأمين معقوداً لصالح الغير بالنسبة إليها ومن ثم يجب على المؤمن ان يدفع تعويضاً عنها.

(الوسيط ٧-٢. للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٥٧٨ و ١٥٩٢ وما بعدها)

٢- يتضح من المادة ٧٦٦ من التقنين المدني ان مسؤولية المؤمن تتقرر بتحقيق ذات الخطر المؤمن منه وهو الحريق كما انها تتحدد بالأضرار الناشئة عنه مباشرة اوتلك التي تعتبر نتيجة حتمية له.

ولا بد القول بحدوث حريق من اشتعال بعض الأشياء بحادث غير منتظر وإمتداد السنة للهب منها بحيث يخشى من سريان النار إلى الأشياء المجاورة فإحتراق بعض الأشياء بحادث منتظر كسقوطها في أتون مشتعل لا يصدق عليه وصف الحريق وكذلك إحتراق بعض الأشياء دون اشتعالها كما إذا سقطت سيجارة على بساط فأحرقت جانباً منه أو طارت قطعة وقود مشتعلة من مدفئة فأحرقت بعض الأثاث ولكن إذا اشتعلت هذه الأشياء فعلاً نتيجة لحادث من هذا النوع فإننا نكون بصدد خطر الحريق تتعقد بسببه مسؤولية المؤمن.

فإذا شبت النار على النحو المتقدم أصبح المؤمن مسؤولاً عن تغطية الأضرار المادية المباشرة التي تصيب الأشياء فحسب فلا يشمل الضمان ما قد يصيب الأشخاص من أضرار بسبب تدخلهم لإخماد النار ولا يمتد كذلك إلى الإضرار غير المباشرة الناجمة عن الحريق ولو كانت نتيجة حتمية له كفوات الكسب بسبب إحتراق المتجر المؤمن عليه ولا يتناول أخيراً ما قد يترتب على الحريق من مسؤولية قبل الغير كل هذا مالم يصاحب التأمين من الحريق تأمين آخر تكميلي لضمان الأضرار التي أشرنا إلى إستبعادها من نطاق الضمان ولا عبرة بتلك العبارات العامة التي إستعملها المشرع في المادة ٧٦٦ مدني والتي من شأنها أن توهم مالم يقصد منها.

ومع ذلك فقد إستثنى المشرع من القاعدة العامة المتقدمة بعض الأضرار غير المباشرة فقتضى بضمان تعويض المستأمن عما يصيب بعض الأشياء المؤمن عليها من تلف بسبب مايتخذ من وسائل لإخماد النار أو لمنع استئصال شرها وتقادم أذاها (م ٢/٧٦٦ مدني) كما قرر ان احتفاء بعض الأشياء اوضياعها أثناء الحريق قرينة قانونية على إحتراقها وبالتالي على إلزام المؤمن بضمانها ولكنه أجاز إثبات عكس هذه القرينة بطريقة واحدة هي ان يثبت المؤمن أن ضياع هذه الأشياء كان نتيجة سرقتها فطالما أنه لم يثبت سرقتها فعليه ضمانها (م ٣/٧٦٦ مدني).

فلا بد - إذن - لحدوث حريق من اشتعال بعض الأشياء بحادث غير منتظر وإمتداد السنة للهب منها بحيث يخشى من سريان النار إلى الأشياء المجاورة فإذا لم يكن اشتعال ولا لهب فإننا لا نكون بصدد حريق ولو ثبت إحتراق بعض الأشياء فعلاً نتيجة إتصالها بمادة حارقة.

وبهذا التحديد يخرج من نطاق الضمان في التأمين من الحريق الحوادث الآتية:

(١) إحتراق بعض الأشياء بحادث منتظر كسقوطها في أتون مشتعل وهلاكها نتيجة مسك فهذه نتيجة طبيعية لا يصدق عليها وصف الحريق إذ ان النار لم تغادر هو معها الطبيعي بحيث يخشى سريانها إلى أشياء مجاورة ولا يعترض على ذلك بان المؤمن ضامن للحريق الناشئ بخطأ المستأمن أو إهماله إذا يرد على ذلك بان موضوع التأمين هو الحريق كما وصفنا ولسنا هنا بصدد حريق من هذا النوع.

(٢) إحتراق بعض الأشياء دون إشتعالها وهو مايقع كثيرا بحوادث التدخين او اقتراب بعض الأشياء من مصدر الحرارة كما إذا سقطت سيجارة مشتعلة على سجادة فأحرقت جانبها منها أو طارت قطعة وقرد مشتعلة من مدفئة فإستقرت على بعض الأثاث فأحترقته أو إحترق بعض الملابس أو المفروشات لإتصالها بصدر اشعاع الحرارة (كمكواه أو مدفئة كهربائية) فهذه الحوادث وأشباهاها لا تدخل فى نطاق الضمان لكونها لم تنتشأ حريق او عن بداية حريق بالمعنى المتقدم.

انما إذا إشتعلت هذه الأشياء فعلا نتيجة لحادث من هذا النوع بحيث أصبح يخشى منها على الأشياء المجاورة فإننا نصب بصدد خطر الحريق يمكن أن يتحقق فتعقد من أجل ذلك مسؤولية المؤمن.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٦٢ و ٥٦٣، وكتابة: التأمين والعقود

الصغيرة - المرجع السابق- ص ٢٦٤ و ٢٦٥ وما بعدها)

٣- إذا إمتدت النار من مكانها إلى الأمكنة المجاورة فأحرقته أو بدأت فى احراقها أو كانت ستحرقها فان إمتداد النار يعتبر حريقا فى مفهوم أحكام التأمين ضد الحريق حتى لو نتجم عنه سوء اضرار ضئيلة القسيمة وقد اشارت إلى ذلك المادة ١/٧٦٦ مدنى أى أنه مسئول عن الأضرار البسيطة أو الجسيمة الناشئة عن إمتداد النار من مكانها إلى الأماكن المجاورة وإحتراق ما فى هذه الأماكن من أشياء مؤمن عليها أو عن بداية حريق سيحرق هذه الأشياء كلها وأن أحرق بعضها بل هو مسئول كذلك عن الأضرار التى تنتشأ بسبب هذا الحريق وان لم تنتشأ عن إلتهايم النيران وذلك كما فى حالة الشروع فى إطفاء حريق وترتب على ذلك تلف شئ آخر مجاور للمكان الذى يحرق ولو لم يكن الحريق قد إمتد فعلا كالتلف الناتج عن صب الماء على الأشياء المجاورة للحريق لحمايتها من النيران وإمكان حصار السنة اللهب والتلف الناتج عن كسر الباب او هدم حائط لإنقاذ شئ فى المكان الذى إشتعلت به النار فهذه أضرار ناشئة عن خطر حريق يمكن أن يتحقق.

(أحكام التأمين: للدكتور عبد النصار العطار- المرجع السابق- ص ١٦٥ وما بعدها)

* * *

مادة (٧٦٧)

يضمن المؤمن تعويض الأضرار الناجمة عن الحريق ولو نشأ هذا الحريق عن عيب في الشيء المؤمن عليه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٦٧ لیبی و ٧٣٣ سورى و ١٠٠٢ عراقى و ٧٦٨ لبنانى و ٧٤١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية - يستحق التوبة به.

رأى الفقه:

١- لا يضمن المؤمن في التأمين على الأشياء تلف الشيء المؤمن عليه من جزاء عيب فيه ولكن يجوز مع ذلك الاتفاق على ضمان العيب بشرط أن يكون عيباً عارضاً في الشيء المؤمن عليه بالذات لا عيباً طبيعياً في جنس الشيء المؤمن عليه لأنه لو كان عيباً طبيعياً لسكان التلف محتملاً ولما جاز التأمين منه إذ يفقد عنصر الإحتمال. يبقى فرض ما إذا كان قد نجم عن العيب حريق ففي هذا الفرض يضمن المؤمن بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق خاص "تعويض الأضرار التي يسببها الحريق الناشئ عن هذا العيب كما يقول المشروع التمهيدى أو "تعويض الأضرار الناجمة عن الحريق" كما تقول نص المادة ٧٦٧ مدنى ويستوى في ذلك أن يكون العيب عارضاً في ذات الشيء أو طبيعياً في جنسه فيلتزم المؤمن إذن بأن تعويض الأضرار التي يسببها الحريق الناشئ عن العيب وهذه الأضرار تقتضى أن الحريق إمتد من الشيء المعيب إلى المكان الذى يوجد فيه هذا الشيء وما يشتمل عليه هذا المكان من أمتعة وأشياء أخرى وكذلك يجوز التأمين من المسؤولية قبل الغير عن عيب في شيء مملوك للمؤمن له.

(الوسيط- ٢٠٧- للسنهوري - المرجع السابق- ص ١٥٨٩ وما بعدها)

٢- قضت المادة ٧٦٧ من التقنين المدنى بضمان المؤمن لاضرار الحريق ولو كان مصدره عيب في ذات الشيء المؤمن عليه، ولكن المؤمن لا يضمن هذا النوع من الهلاك مالم ينجم من ذلك حريق فإذا هلكت بعض الآلات التي تدار بالكهرباء بسبب قوة التيار، دون اشتعال يخشى منه خطر الحريق، فإنها تهلك على المستأمن أما إن شبت النار فإن المؤمن يصبح ضامناً للأضرار اللاحقة لهذا الحريق.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٦٢ و ٥٦٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض الدعوى على التفرقة في شأن التأمين على الحريق بين حالتين: حالة التأمين على الشيء حسب ظاهر تكوينه

وموقعه بحيث لا تكون العيوب التي به واضحة للعاقدين وحالة التأمين على الشيء الذي له طبيعة معينة تعرضه للحريق معلومة للعاقدين ففي الحالة الأولى يكون مسؤولاً من ضمان أضرار الحريق باعتباره خطراً مؤقتاً ضده بصرف النظر عن العيوب الخفية في ذات الشيء التي أدت إلى الحريق أو ساعدت عليه أما في الحالة الثانية فلمؤمن أن يستثنى من التأمين حالات معينة تؤدي إلى الخطر المؤمن ضده كحالة التخمير والفوران والإشتعال الذاتي لأنها حالات متوقعة ومعروفة فنياً وتتجم عن طبيعة الشيء ويعتبر كل منها خطراً مستقلاً في حد ذاته له أثره في تحديد قسط التأمين فإن هذا الذي قرره الحكم غير صحيح في القانون ذلك لأن التفرقة التي أوردتها نقلاً عن الفقه الفرنسي لا محل لها في التشريع المصري الذي نحا في شأن التأمين على الحريق منحي آخر ذلك أنه كان قد ورد في المادة ١١١٢ من مشروع القانون المدني نص على أنه: " لا يكون المؤمن مسؤولاً عن هلاك الشيء عليه أو تلفه إذا انشأ عن عيب فيه " إلا أن هذا النص عدل في لجنة المراجعة ووضعت قاعدة أخرى تضمنتها المادة ٧٦٧ مدني التي نصت على أنه يضمن المؤمن تعويض الأضرار الناجمة عن الحريق ولونشأ هذا الحريق عن عيب في الشيء المؤمن عليه ومتى كان ذلك وكان النص مطلقاً يتناول كل عيب في الشيء المؤمن عليه أياً كان هذا العيب وسواء أكان ناجماً عن طبيعة الشيء أو عرضياً - وكان القانون في المادة ٧٥٣ مدني صريحاً في بطلان كل إتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في عقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد فإن الشرط الوارد في وثيقة التأمين موضوع التداعي والذي ينص على أن عقد التأمين لا يضمن الخسائر والأضرار التي تلحق الأشياء المؤمن عليها بسبب تخمرها أو سخونتها الطبيعية أو إحتراقها الذاتي يكون قد وقع باطلاً ويكون الحكم المطعون فيه إذ أجرى حكم هذا الشرط قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه.

(نقض جلسة - ١٩٦٠/٢/١٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١١ - مدني - ص ١٧٤)

٢- تقضى المادة ٧٦٧ من القانون المدني بأن " يضمن المؤمن تعويض الأضرار الناجمة عن الحريق ولو نشأ هذا الحريق عن عيب في الشيء المؤمن عليه " وإذا كان هذا النص مطلقاً يتناول - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - كل عيب في الشيء المؤمن عليه أياً كان هذا العيب وسواء كان ناجماً عن طبيعة الشيء أو كان عرضياً وكان القانون في المادة ٧٥٣ مدني صريحاً في بطلان كل إتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في عقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد فإنه يؤدي من هذا أن الشرط الوارد في وثيقة التأمين والذي ينص على أن عقد التأمين لا يضمن الخسارة أو الأضرار التي تلحق الأشياء المؤمن عليها بسبب إحتراق ذاتي ينص صريح في الوثيقة يكون قد وقع باطلاً.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٢٤٧)

مادة (٧٦٨)

(١) يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعهد وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ لوقوة القاهرة.
(٢) أما الخسائر والأضرار التي يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو إتفق على غير ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٣٤ سوري و ١٠٠٠ عراقي و ٩٦٦ لبناني و ٦٣١ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يستحق التنويه به

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٦٨ مدني أنه يدخل في نطاق التأمين خطأ المؤمن له غير المتعهد حتى لو كان هذا الخطأ جسيماً ولكن لا يدخل خطأه العمدى أو غشه ولو إتفق على غير ذلك وقد تقدم أن العمل كان يجرى قديماً على عدم جواز التأمين من خطأ المؤمن له وكان ذلك يفقد التأمين كثيراً من مزاياه فاجيز في خلال القرن التاسع عشر التأمين من خطأ المؤمن له مالم يكن خطأ عمدياً أو جسيماً ثم أجاز التأمين من الخطأ العمدى وتقدم كذلك أنه لا يجوز للمؤمن له أن يؤمن من خطئه العمدى إذا كان هذا الخطأ صادراً منه شخصياً لأن الخطأ العمدى الذى يصدر منه يتعلق بمحض إرادته ولا يجوز أن يتعلق الخطر المؤمن منه بمحض إرادة أحد طرفي العقد فإذا أمن شخص على منزله من الحريق ثم تعمد إحراق المنزل لم يجز له الرجوع بمبلغ التأمين على المؤمن ولا يشترط في الخطأ العمدى أن يكون المؤمن له متعمداً الأضرار بالمؤمن بل يكفي أن يكون قد تعمد تحقيق الخطر المؤمن منه وهو عالم أنه بتحقيقه هذا الخطر يثير مسؤولية المؤمن عن تعويض الضرر.

(الوسيط ٢-٧. للدكتور السنهوري المرجع السابق ص ١٥٨٤ وما بعدها)

٢- يشمل ضمان المؤمن أضرار الحرق الحادث بإهمال المستأمن أو رعونته أو حتى بخطئه الجسيم فلا يخرج من نطاق الضمان إلا الحريق العمد أو الحريق الحادث بغش المستأمن (م ٧٦٨ من التقنين المدني) وعلى المؤمن إثبات ما يدعيه من عمد أو غش في جانب المستأمن.

أما الحريق الحادث بغش أحد تابعي المستأمن فيسأل عند المؤمن طالما أنه لم يثبت تواطؤ المستأمن مع من تسبب في الحريق.

ومن باب أولى يسأل المؤمن عن الحريق الناجم عن قوة القاهرة أو حادث مفاجئ (م ٧٦٨ مدني) على أن المؤمن لا يضمن إلا الأضرار الناجمة من الحريق مباشرة أما تلك التي سبقت اندلاع النيران فلا تدخل في الضمان فإذا انفجرت مادة ناسفة في

محل تجارى مثلاً فأدى إنفجارها إلى إنهيار البناء ثم إلى شوبوب النار فلا يضمن المؤمن الا ما هلك من البضائع او المعدات بفعل الحريق.

ذلك ان مما تنبغى ملاحظته انه إذا شبت النار نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة فإن المؤمن لا يضمن إلا الأضرار الناجمة من الحريق فحسب اما تلك التى سبقت اندلاع النيران فلا تدخل فى نطاق الضمان فإذا انفجرت مادة ناسفة فى محل تجارى مثلاً فأدى إنفجارها إلى إنهيار البناء ثم شبت النار بعد ذلك بفعل ما فى هذه المادة الناسفة من مواد حارقة وجب تحديد الأضرار التى نجمت مباشرة عن إنهيار البناء وإستبعادها من ضمان المؤمن فلا يبقى ضامناً الا لما هلك من البضائع والجمل بفعل الحريق وهذا مايتضح من معاينة آثار الحادث بمعرفة الخبراء وظاهر أن ذلك يؤدى حتماً إلى التخفيف من عبء الضمان إذ أن ما هلك بفعل الإنهيار تحتسب قيمته تالفاً فى حالة إحتراقه ولاشك انها قيمة تافهة إذا قيست بقيمته الحقيقية.

اما إذا حصل العكس وكان الإنفجار نتيجة للحريق كإنفجار بعض المواد فى مصنع نتيجة لإحتراقه فان المؤمن يصبح ضامناً لسائر الأضرار الناجمة عن هذا الإنفجار العارض لانها تعتبر ناجمة عن الحريق.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٦٤، وكتابة: التأمين، العقود الصغير -

المرجع السابق - ص ٢٧١ و ٢٧٢)

٣- معظم التشريعات تنص على عدم مسئولية المؤمن عن الأضرار الناشئة عن فعل المؤمن عن الأضرار الناشئة من فعل المؤمن له العمدى، وبطلان كل شروط يخالف ذلك فالمشرع يحرم التأمين على الخطأ المتعمد والإعتبار الخلقى فى هذا التحريم واضح، إذ لولاه لكان من السهل على المؤمن له أن يتسبب عمداً فى وقوع الكارثة ليقبض مبلغ التأمين كأن يحرق الشئ المؤمن عليه عمداً.

وهذا هو ماقتضت به المادة ٧٦٨ مدنى فبعد ان نصت الفقرة الأولى منها على أن المؤمن يكون مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أضافت الفقرة الثانية قولها: " أما الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو إتفق على غير ذلك " وإنه وإن نصت المادة ٧٦٨ مدنى على التأمين ضد الحريق إلا أن حكمها حكم عام فعبارتها لا تشير إلا إلى " الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً " وهذه العبارات من العمومية تتسع لجميع بحيث جميع حالات التأمين من الأضرار ثم أنه ليس هناك ما يبرر التفرقة بين التأمين من الحريق وسائر أنواع التأمين من الأضرار.

وانه وان نصت المادة ٧٦٨ مدنى على ان المؤمن يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ولم تشر إلى مسئوليته عن الأضرار التى تحدث بفعل الغير فإنه من المسلم أن فعل الغير يدخل تحت هذا النص لأن فعل الغير (على الأقل الذين لا يسأل عنهم المؤمن له) يعتبر من قبيل الحادث المفاجئ الذى لا بد للمؤمن له فيه ويستوى فى هذا أن يكون فعل الغير خطأ غير عمدى أو فعلاً عمدياً.

(الإيجار والتأمين- للدكتور عبد المنعم البداورى- المرجع السابق- ص ٢٠٥ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان عقد التأمين قد نص على ان كل تغيير أو تسجيل يحدث بالنسبة للغرض الذى أعدله المكان المحفوظة فيه البضائع المؤمن عليها أو الإستعمال الذى خصص من أجله ويكون من شأنه زيادة المخاطر دون قبول كتابى من المؤمن يحرم المستأمن حقه فى التعويض وكان الثابت هو ان المستأمن قد إستعمل هذا المكان عقب تحرير عقد التأمين فى عملية تنظيف الحبوب الملوثة بالمازوت بواسطة غسلها بالبتروول وإنه قام به فرناً لتسخين المياه اللازمة لتلك العملية بالقرب من مكان البضائع التى إحترقت فإن الحكم لا يكون قد اخطأ إذا قرر حرمانه من حقه فى التعويض.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ مدني - ص ٧٢٣)

التأمين عن الخطأ العمدى غير جائز تعلق ذلك بالنظام العام ٧٦٨ مدنى تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض أو مبلغ التأمين بأنه خطر إحتمالى أو إرادى خطأ عمدى - من المسائل التى خضع فيها محكمة الموضوع لرقابة النقض إستخلاص الخطر الموجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع.

النص فى المادة ٧٦٨ من التقنين المدنى على انه " ١- ان يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ٢- أما الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً فلا يكون المؤمن مسئولاً عنهما ولو إنفق على غير ذلك " مؤداه أنه لا يجوز التأمين عن الخطأ العمدى وهذا الخطر متعلق التعويض بالنظام العام وإن كان تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض أو مبلغ التأمين بأنه خطر إحتمالى أن إرادى - خطأ عمدى - هو من مسائل التى يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض إلا أن إستخلاص الخطر الموجب للمسئولية مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الإستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى.

(الطعن ٤٧٦٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/٢/١ ص ٤٤٤ س ٤٦١)

* * *

مادة (٧٦٩)

يسأل المؤمن عن الأضرار التي تسبب فيها الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عنهم، مهما يكن نوع خطئهم ومداها.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٧٣٥ سوري و ١٠٠٠ عراقي و ٩٦٧ لبناني و ٦٣٢ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

قارن المادتين ١٣ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي و ٩٦٧ من النقنين اللبناني ولم ير المشروع حاجة لأن يزيد على النص أن المؤمن لا يكون مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص إلا إذا كان حاصلًا بغير تواطؤ المؤمن عليه لأن هذه الحالة تدخل تحت نطاق الفقرة الثانية من المادة السابقة وهي تستبعد مسئولية المؤمن عن الخسائر والأضرار التي يحدثها المؤمن عليه عمداً أو غشاً بنفسه أو بواسطة غيره.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٥ - ص ٣٩٩)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٦٩ مدني انه يدخل في نطاق التأمين خطأ من يكون المؤمن له مسئولاً عنهم مهما يكن نوع خطاهم أو مداه أى سواء كان خطاهم عمدياً أو غير عمدي وأياً كانت جسامة الخطأ غير العمدي وذلك مالم يكن الخطأ العمدي صادراً بالتواطؤ مع المؤمن له فإن هذا يعتبر من هذا الأخير لا يدخل في نطاق التأمين.

وقد تقدم في بيان محل عقد التأمين - وهو الخطر - أنه إذا كان الغير الذي صدر عنه الخطأ العمدي غير اجنبي عن المؤمن له بأن كان هذا الأخير مسئولاً عنه كما إذا كان تابعاً له فخطأ التابع العمدي يجوز هو أيضاً التأمين منه لأن الخطأ المؤمن منه لا يتعلق بمحض إرادة المؤمن له وعلاقة التبعية لا تمنع من أن الخطر الذي تعمد التابع تحقيقه إرادة المؤمن له نفسه.

وقد يكون المسئولية عن الغير مسئولية تقصيرية فيجوز التأمين من خطأ الولد والتلميذ وصى الحرفة ونحوهم كما يجوز التأمين من خطأ الخادم والمستخدم وإى تابع آخر ولو كان الخطأ عمدياً وقد تكون المسئولية عن الغير مسئولية عقدية فيجوز أن يؤمن الوكيل من خطأ نائبه وأن يؤمن المقاول الأصلي من خطأ المقاول من الباطن وأن يؤمن صاحب العمارة من خطأ البواب ولكن لا يجوز للشركة أن تؤمن من خطأ مديرها العمدي لأن المدير لا يعتبر تابعاً للشركة بل هو أجهزتها فخطاه هو خطأ الشركة ولا يجوز لأحد أن يؤمن من خطئه العمدي كما تقدم.

ويلاحظ أن التأمين هنا يكون تأميناً من المسئولية لأن المؤمن له يؤمن عادة من مسئوليته عن الغير ولكن يجوز أن يكون التأمين تأميناً على الأشياء فيؤمن الشخص

من الحريق ولو حدث بخطأ عمدى من خادمه أو ممن يسكنون معه من إيتباعه ويؤمن السرقة أو التبتيد ولو وقع الحادث بخطأ عمدى من خادم أو اوى تابع آخر وإذا رجع المؤمن له بمبلغ التأمين على المؤمن فإن هذا لا يحل محله فى الرجوع عن المسئول فإن هذا الأخير تابع للمؤمن له أو شخص هو مسئول عنه، فيمتنع الحلول طبقاً لأحكام المادة ٧٧١ مدنى.

(الوسيط ٧-٢. للدكتور السنهوري- المرجع السنهوري- المرجع السابق- ص ١٥٨٦ وما بعدها)

٢- أشارت المادة ٧٦٩ مدنى إلى طائفة معينة من الغير هم الغير الذين يسال عنهم الشخص مدينأ. ويجب تحديد الأشخاص المقصودين بهذا النص، وأنواع التأمين التى ينطبق عليها.

فبالنسبة للأشخاص الذين قصدتهم المادة ٧٦٩ مدنى، جاء نص المادة شاملاً الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عنهم فيدخل فيهم الأشخاص المشار إليهم فى المادة ١٧٣ و ١٧٤ مدنى على أن المادة ٧٦٩ مدنى لا تقتصر على هؤلاء وإنما يدخل فيها أيضاً الأشخاص الذين يسأل الإنسان عنهم مسئولية عقدية (كمن يلتزم بمقتضى الإتفاق بالرقابة على قاصر) وكالنائب يسال الأصيل عن أفعاله، فيجوز الرجوع على المؤمن بسبب الأخطاء العمدية التى تصدر منهم.

أما ممثلوا الشخص المعنوى فالخطأ العمدى الواقع منهم يعتبر خطأ الشخص المعنوى نفسه ولذلك يدخل هذا الخطأ تحت طائفة المنع المنصوص عليه فى المادة ٧٦٩/٢ مدنى.

أما بالنسبة للتأمين الذى ينطبق عليه حكم المادة ٧٦٩ مدنى فيدخل فيه أولاً وقبل كل شئ التأمين من المسئولية، أى حيث يكون المؤمن له مسئولاً تجاه الغير عن ضرر أصاب الغير بفعل من هو مسئول عنهم.

ولكن نظراً للعبارات العامة التى صيغت فيها المادة ٧٦٩ مدنى فإنها تنطبق أيضاً على التأمين على الأشياء أى حيث يقع الضرر بفعل أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له كالحريق الواقع بفعل إبن المؤمن له ولو كان عمدياً أو بفعل أحد تابعيه.

ويلاحظ فى النهاية أن حكم المادة ٧٦٩ مدنى هو من الأحكام الأمرة التى لا يجوز الخروج عليها بالإتفاق فالمؤمن يظل دائماً مسئولاً عن الأضرار التى تقع بفعل الغير الذين يكون المؤمن مسئولاً عنهم مما يكون نوع خطائهم ومداه أى حتى ولو كان عمدياً ولو إتفق على خلاف ذلك.

(الإيجار والتأمين - للدكتور عبد المنعم البدر اوى- المرجع السابق- ص ٣٠٨ وما بعدها)

مادة (٧٧٠)

(١) إذا كان الشئ المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية، إنتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين.

(٢) فإذا شُهرت هذه الحقوق أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه فلا يجوز له أن يدفع ما فى ذمته للمؤمن له إلا برضاء الدائنين.

(٣) فإذا حُجز على الشئ المؤمن عليه أو وضع هذا الشئ تحت الحراسة فلا يجوز للمؤمن إذا أعلن بذلك على الوجه المبين فى الفقرة السابقة أن يدفع للمؤمن له شيئاً مما فى ذمته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٣٦ سورى و ١٠٠٣ عراقى و ٦٣٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية - يستحق التنويه به.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٧٧٠ مدنى أن الدائنين أصحاب الحقوق العينية والدائنين الحاجزين أو الطالبين للحراسة يحلون محل المؤمن فى مبلغ التأمين فى حدود مالهم من حقوق فيصبحون هم المسفيدين مكان المؤمن له ولحلول هؤلاء الدائنين محل المؤمن له شروط توافرها فإذا لم توافرت تترتب آثار معينة.

فحتى يحل الدائنون محل المؤمن له فى مبلغ التأمين يجب توافر شروط ثلاثة:

١- وجود عقد التأمين على الأشياء فيجب ان يكون هناك شئ مؤمن عليه من الحريق أو من التلف أو من السرقة أو من التبيد أو من غير ذلك من الأخطار.

٢- أن يكون للدائن حق خاص فى الشئ المؤمن عليه - والدائنون الذين لهم حق خاص فى الشئ المؤمن عليه طائفتان:

الأولى - دائن له تأمين عيني رهن رسمى أو حق إختصاص أو رهن حيازة أو حق إمتياز فى الشئ المؤمن عليه سواء ثبت له هذا الحق قبل إبرام عقد التأمين أو بعد إبرامه.

الثانية - الدائن الحاجز أو الشخص الذى وضع المال تحت الحراسة (م ٣/٧٧٠ مدنى)

٣- أن يعلن هذا الحق الخاص للمؤمن ولا يكفى أن يكون للدائن تأمين عيني فى الشئ المؤمن عليه اوحق حجز أو حراسة بل يجب ان يعلن الدائن حقه للمؤمن حتى يكون عالماً به. ويعتبر المؤمن معلناً بحق الدائن بأحد طريقين:

١- بشهر التأمين العيني القابل للشهر كقيد الرهن الرسمي وحق الإختصاص وحق رهن الحيازة إذا كان واقعا علي عقار حق الإمتياز الخاص علي العقار، أو تسجيل تنبيه نزع الملكية في حالة الحجز علي العقار. ويعتبر الشهر علي هذا النحو إعلانا كافيا للمؤمن بوجود حق الدائن. ٢- بإعلان المؤمن بحق الدائن ولو بكتاب موصي عليه.

ويجب أن يقع إعلان المؤمن، بسواء بطريق الشهر أو بطريق آخر قبل وقوع الحادث المؤمن منه. ويجوز كذلك أن يقع الإعلان بعد وقوع الحادث المؤمن منه، بشرط أن يكون ذلك قبل أن يدفع المؤمن مبلغ التأمين للمؤمن له، ونري من ذلك أن هذا الشرط الثالث، وهو إعلان المؤمن، إنما هو شرط في إنتقال حق الدائن إلي مبلغ التأمين، ولكنه شرطا في قيام الدائن بأعمال تحفظية، فيجوز للدائن أن يقوم بهذه الأعمال حتي قبل أن يعلن المؤمن بوجود حقه.

متي توافرت الشروط الثلاثة المتقدمة، كان للدائن الذي حل محل المؤمن له في مبلغ التأمين:

(١) أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة علي حقه.

(٢) أن حق الدائن ينتقل إلي مبلغ التأمين:

(٣) أن الدائن يرجع بالدعوى المباشرة علي المؤمن.

(الوسيط ٧-٢. للدكتور السنهوري المرجع السابق ص ١٥٦٥ وما بعدها)

٢- تقرر الفقرة الأولى من المادة ٧٧٠ مدني حكماً تضمنه التقنين القديم، ولكنها جعلت هذا الحكم عاماً علي سائر أصحاب التأمينات العينية، بعد أن كان قاصراً علي أصحاب الرهون العقارية.

وبعد هذا الحكم من تطبيقات " الحلول العيني " التي لم يأخذ بها المشرع إلا في أحوال نادرة ومقتضاه أن حقوق أصحاب التأمينات العينية إذا احترق العقار محل الضمان وكان مؤمناً عليه من الحريق، تنتقل بقوة القانون إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين.

وقد أدخلت لجنة العدل بمجلس الشيوخ، على صياغة الفقرة الثانية من هذه المادة تعديلا من شأنه ان يوقع في الخطأ فقد كانت المادة المقابلة لها في مشروع الحكومة تقضى على المؤمن بحبس مبلغ التأمين لصالح الدائنين " وإذا أعلنت هذه الحقوق إلى المؤمن بكتاب موصى عليه اوباية وسيلة اخرى " فعدلت لجنة العدل صياغة هذه العبارة فأصبحت " فإذا شہرت هذه الحقوق أو أعلنت.. الخ ومن شأن هذا التعديل ان يوهم بان الإعلان يغنى عن الشهر مع أن المقصود منه كما يتصح من تقرير اللجنة المذكورة هو التفريق بين ما يشهر من الحقوق ويشمل التأمينات الواردة على العقار عموماً فيكتفى في شأنه بإجراءات الشهر وبين ما لا يشهر منها وهى الحقوق المترتبة على المنقولات فيكون الإعلان في شأنه واجبا عن أن الإعلان بكتاب موصى عليه يعتبر حدا ادنى في بيان كيفية الإعلان.

وقد سوى المشرع في الحكم بين التأمينات العينية من جهة وتوقيع الحجز أو تقرير الحراسة على الشئ المؤمن عليه من جهة اخرى فإذا احترق الشئ وأعلن

المؤمن بالحجز أو بالحراسة بكتاب موصى عليه إمتنع عليه دفع شئ مما فى ذمته للمستأمن إلا برضاء ذوى الشأن فى الحجز أو فى الحراسة (م ٧٧٠/٣مدنى). ومؤدى إنتقال ضمان الدائنين المتقدمين إلى عوض التأمين هو أن تكون لهم قبل المؤمن دعوى مباشرة لمطالبته بالتعويض المستحق فى ذمته ويقسم هذا المبلغ بين الدائنين الذين أمراً بالشهر أو الإعلان على الوجه المتقدم بحسب مراتبهم فى القيد ان كانوا من أصحاب التأمينات العينية أو قسمة غرماء ان كانوا من الحاجزين أما فى الحالة وضع الشئ تحت الحراسة فيستحق عوض التأمين لمن يثبت له الحق فى الشئ بحكم نهائى أو بإتفاق ذوى الشأن جميعاً.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٦٥ و ٥٦٦، وكتابة: التأمين والعقود

الصغيرة - المرجع السابق- ص ٢٧٤)

٣- قد يحل دائنو المؤمن له محله فى الإستفادة من التأمين وذلك وفقاً لأحكام المادة ٧٧٠مدنى.

ويؤخذ من هذا النص ان الدائنين أصحاب الحقوق العينية والدائنين الحاجزين ومن طلبوا الحراسة على الشئ المؤمن عليه بحلول محل المؤمن له فى مبلغ التأمين بالشروط الاتية:

أ- أن يوجد شئ مؤمن عليه سواء كان هذا الشئ منقولاً أو عقاراً وأياً كان نوع الخطر المؤمن منه.

ب- ان يكون الدائن صاحب حق عيني تبعى (الرهن الرسمى - والرهن الحيازى - وحق الإختصاص - وحق الإمتياز) أو دائناً حازراً أو وضع الشئ المؤمن عليه تحت حراسته فالدائن المرتهن رهنأ رسمياً أو رهن حيازة والدائن صاحب الإختصاص او صاحب حق الإمتياز ممن يحل محل المؤمن له فى التأمين فمثلاً إذا رهن شخص عقاراً أمن عليه ضد الحريق ثم إحتراق فان الدائن المرتهن يحل محل المؤمن له فى مبلغ التأمين فينتقل حقه إلى التعويض المستحق للمؤمن له نتيجة تحقق الخطر منه وكذلك الخال بالنسبة للدائن المرتهن رهن حيازة أو صاحب حق الإمتياز أما الدائن العادى فلا يحل محل المؤمن له فى مبلغ التأمين إلا إذا حجز على الشئ المؤمن عليه حجزاً تحفظياً أو تنفيذياً أو حجزاً ما للمدين لدى الغير لأن النص أطلق لفظ الحجز فينصرف إلى جميع أنواع الحجز كذلك إذا وضع الشئ المؤمن عليه تحت الحراسة ثم تحقق الخطر المؤمن منه إنتقل حق من تقرررت الحراسة لصالحه إلى مبلغ التأمين وذلك حتى يتقرر بحكم نهائى أو بإتفاق ذوى الشأن جميعاً من كان له الحق فى الشئ المؤمن عليه فيظفر بمبلغ التأمين.

ج- ان يعلم المؤمن بالتأمين العيني التبعى بمجرد شهره دون حاجة إلى إعلانه به وإعلان التأمين العيني التبعى إذا قام به الدائن أو إعلان الحجز أو الحراسة يجب ان يتم بكتاب موصى عليه على الأقل ويجوز أن يتم بإجراء أقوى كما لو تم على يد محضر أو بحجز ما للمدين لدى المؤمن اى الحجز تحت يد المؤمن أو بإتفاق مع المؤمن فى وثيقة التأمين أو فى ملحق لها ويجوز ان يكون الإعلان قبل وقوع الخطر

المؤمن منه أو بعد وقوعه طالما تم قبل ان يدفع المؤمن مبلغ التأمين للمؤمن له وإذا تم الإعلان قبل وقوع الخطر فلا حاجة لتكراره بعد وقوعه.
وتحل جماعة الدائنين للمؤمن له محله في عقد التأمين إذا صدر حكم بشهر إفلاسه أو بتصفية أمواله تصفية قضائية.
وإذا أفلس المؤمن أو صفيت أمواله وقف سريان عقد التأمين من يوم صدور الحكم بشهر الإفلاس أو بالتصفية ويسترد المؤمن له هنا مادفعه من أجزاء القسط التي لم يتحمل المؤمن في مقابلها خطراً ما.
(أحكام التأمين - للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق، ص ١٦٢ و ١٦٣ و ١٦٤)

* * *

مادة (٧٧١)

يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن مالم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٩٧٨ لیبی و ٧٣٧ سوری و ١٠٠١ عراقی و ٦٣٥ سودانی و ٩٧٢ لبنانی.

الأعمال التحضيرية:

انظر المواد ٢٦ من قانون سنة ١٩٣٠ الفرنسي و ٩٧٢ من التقنين اللبناني و ٧٣ من قانون سنة ١٩٠٨ السويسري و ٦٧ من قانون سنة ١٩٠٨ الألماني. والحكم الوارد بالنص يخالف ما جرى عليه القضاء من أن المؤمن لا يحل محل المؤمن عليه قبل من تسبب في الضرر إلا إذا كان قد تنازل له عن حقوقه سواء في عقد التأمين ذاته في إتفاق آخر.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥، ص ٤٠٦ و ٤٠٧)

رأى الفقه:

١- نص المادة ٧٧١ مدني يحل صراحة المؤمن محل المؤمن له حلولاً قانونياً. وحتى يحل المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على المسئول، يجب توافر شرطين:

(١) أن يكون قد دفع فعلاً مبلغ التأمين للمؤمن له، إذ الحل لا يكون إلا بعد الوفاء وعلى المؤمن ان يثبت هذا الوفاء ويقدم عادة مخالصة من المؤمن له وقد يقدم ما يثبت ان هذا الأخير قد قبض شيكاً أو حوالة أو تم تحويل لحسابه ويجوز الإثبات بالبينة القرائن في المسائل التجارية وهذا الشرط من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفه ومن ثم لا يجوز للمؤمن أن يشترط الحل حتى قبل الوفاء.

(٢) أن تكون هناك دعوى مسؤولية يرجع بها المؤمن له على المسئول، فيحل فيها المؤمن محل المؤمن له وليس من الضروري أن تكون دعوى المسؤولية هذه دعوى مسؤولية تقصيرية ان كان هذا هو الغالب بل يجوز أيضاً ان تكون دعوى مسؤولية عقدية، كما إذا أمن صاحب البضاعة على بضاعته من التلف والضياع في أثناء النقل فيحل محله المؤمن في الرجوع بالمسؤولية العقدية على أمين النقل، وكما إذا أمن الملك على منزله لمؤجر من الحريق فيحل محله المؤمن في الرجوع بالمسؤولية العقدية على المستاجر.

وبمجرد توافر هذين الشرطين يحل المؤمن بحكم القانون محل المؤمن له في الرجوع على المسئول ولا يلزم للحلول إجراءات خاصة كما يلزم ذلك في الحوالة، بل

يتم الحلول بحكم القانون (م ٧٧١ مدني) ولا يشترط ان تكون المخالصة التي حصل عليها المؤمن من المؤمن له ثابتة التاريخ حتى تسري في حق دائني هذا الأخير ومن ثم لا يجوز لهم الحجز تحت يد المسئول وهو مدين مدينهم من وقت صدور المخالصة ولو لم يكن لها تاريخ ثابت الا ان يثبتوا ان التاريخ العرفي للمخالصة قد قدم غشا ليكون سابقا على الحجز .

ويترتب على الحلول ان يحل المؤمن محل المؤمن له الرجوع على المسئول بمقدار ما دفعه المؤمن للمؤمن له ولو كان هذا المقدار أقل مما في ذمة المسئول للمؤمن له فهو كان مبلغ التأمين أقل من التعويض الواجب في ذمة المسئول فان المؤمن له يرجع بالباقي من التعويض على المسئول ويتقدم في ذلك على المؤمن في رجوعه على المسئول بدعوى الحلول وعلى هذا الوجه يجب تفسير نية الطرفين .

ويحل المؤمن محل المؤمن له في نفس الحق الثابت لهذا الأخير في ذمة المسئول ولكن بمقدار ما دفعه المؤمن للمؤمن له كما تقدم ويترتب على ذلك ان المؤمن يرجع على المسئول بالمسؤولية التقصيرية أو بالمسؤولية العقدية بحسب طبيعة الحق الذي للمؤمن له في ذمة المسئول ويتقدم هذا الحق بإنقضاء مدته القانونية لإنقضاء ثلاث سنوات كما تتقدم الحقوق الناشئة عن عقد التأمين ويحتج المسئول على المؤمن بنفس الدفع التي كان يحتج بها على المؤمن له فيحتج بإنقضاء حق المؤمن له بالوفاء أو المقاصة أو الإبراء، إذا وقع ذلك قبل الحلول في المقاصة وقبل علم المسئول بالحلول في الوفاة والإبراء كذلك يكون حيز دائني المؤمن له تحت يد المسئول سارياً في حق المؤمن إذا تم الحجز قبل أن يتم الحلول اما الدفع التي يكون سبباً تالياً على الحلول فلا يحتج بها على المؤمن ومن ثم لا يحتج عليه بالحجز تحت يد المسئول اللاحق في التاريخ للحلول ولا بالمقاصة التالية للحلول .

ولا يرجع المؤمن بدعوى الحلول على المسئول فحسب بل يرجع أيضاً بالدعوى المباشرة التي قد تكون للمؤمن له تجاه مؤمن آخر يكون المسئول قد أمن من مسؤوليته عنده .

وترد على مبدأ الحلول قيود الثلاثة:

الأول - انه فيما يتعلق بالأقارب والأصهار ممن يكونون مع المؤمن له في معيشة واحدة وهم ذوو المؤمن له من زوجة وأولاد وأقارب وأصهار فرض القانون أنهم إذا كانوا هم الذين تسببوا في الحادث فلن يرجع عليهم المؤمن له بالتعويض لعلاقته الخاصة بهم التي تأكدت بأنهم يعيشون معه في بيت واحد فإذا كان هو لا يرجع عليهم فأولى بالمؤمن لا يرجع وفيما يتعلق بالأشخاص الذين يكون المؤمن له مسؤولاً عن أفعالهم كالخدم والإتباع ويدخل أيضاً من هم تحت رقابته ولو لم يقيموا معه في معيشة واحدة، منع القانون هنا الرجوع عليهم بدعوى الحلول، ليس فحسب من أجل العلاقة الخاصة التي تربطهم بالمؤمن له بل أيضاً لأن المؤمن لو رجع عليهم وكانوا معسرين لجاز له الرجوع على المؤمن له باعتباره مسؤولاً عنهم فيسلبه باليسار ما أعطاه باليمن وهذا الحكم يعتبر من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفه ومن

ثم لا يجوز للمؤمن أن يشترط الرجوع على هؤلاء بدعوى الحلول ولا أن يتفق مع المؤمن له على تحويل حق هذا الأخير له.

وإذا امتنع رجوع المؤمن على من تسبب في الحادث من ذوى المؤمن له وإتباعه فإن ذلك لا يمنع المؤمن له نفسه من الرجوع على المسئول بالتعويض حتى بعد أن تقبض مبلغ التأمين من المؤمن ولا يعترض على ذلك بأن المؤمن له يكون بهذا قد تقاضى مبلغاً أكبر من قيمة ما لحقه من الضرر على خلاف مقتضى مبدأ التعويض المعمول به في المسائل التأمينية فإن هذا المبدأ إنما يعمل به في العلاقة ما بين المؤمن له فلا يتقاضى الثاني من الأول مبلغاً أكبر من قيمة ما لحقه من الضرر والقول بغير ذلك يؤدي إلى أن من تسبب في الحادث يتخلص من المسؤولية إطلاقاً إذا امتنع أن يرجع عليه المؤمن.

الثاني - أن يصبح حلول التأمين المؤمن محل المؤمن له متعذراً بسبب راجع إلى المؤمن له مثل ذلك أن يقر المؤمن له في غير الحدود المرسومة قانوناً للمسئول بعدم المسؤولية أو يبرى ذمته منها أو يصلحه دون موافقة المؤمن ومثل ذلك أيضاً أن المؤمن له بعد إبرام عقد التأمين من الحريق أو من مخاطر النقل يتفق مع المستاجر على إخلاء مسؤوليته من الحريق أو مع أمين النقل على إخلاء مسؤوليته عن النقل، وذلك قبل تحقق الخطر المؤمن منه ومعتمداً في ذلك على أنه قد أمن نفسه من هذا الخطر ومثل ذلك أخيراً أن يترك المؤمن له دعواه تجاه المسئول تسقط بالتقادم ثم يرجع بعد ذلك على المؤمن ففي هذه الفروض وأمثالها يكون المؤمن له قد أضاع بفعله - دون حاجة لأن يثبت المؤمن خطأ معيناً في جانبه فرصة حلول المؤمن محله فلا يستطيع عندئذ الرجوع بدعوى الحلول على المسئول.

وكما أن الكفيل تبرأ ذمته بقدر ما أضاعه الدائن من ضمانات (م ١/٧٨٤ مدنى) فقياساً على ذلك بل تطبيقاً للقواعد العامة تبرأ ذمة المؤمن تجاه المؤمن له بقدر ما أضاعه هذا عليه من الرجوع بدعوى الحلول على المسئول فإذا كان المؤمن لم يدفع شيئاً للمؤمن له خصم مما لهذا فـى ذمته بمقدار ما أضاعه عليه وإذا كان قد دفع إسترد مما دفعه بمقدار ما ضاع وذلك كله دون زيادة فإذا إتفق الطرفان على خصم أكثر مما ضاع ضد مصلحة المؤمن له كان هذا الإتفاق مخالفاً للنظام العام ومن ثم يكون باطلاً.

ثالثاً - أن ينزل المؤمن عن حقه في الحلول وقد يكون هذا النزول عاملاً قبل وقوع الحادث فيدرج كشرط في وثيقة التأمين ويقابله عادة زيادة في قسط التأمين وقد يكون خاصاً بحادث معين بعد وقوعه وفي الحالتين لا يجوز التوسع في تفسير هذا النزول فهو مقصور على الحادث المبين وعلى الأشخاص الذين نزل المؤمن عن الحلول لصالحهم فيجوز إذن بالرغم من هذا النزول رجوع المؤمن على مؤمن آخر للشخص الذى وقع منه الحادث إذا كان هذا قد أمن من مسؤوليته.

وإذا نزل المؤمن عن حقه في الحلول، إستبقى المؤمن له حقه في الرجوع على المسئول لأن هذا الحق لم يحل فيه المؤمن محله وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن الطرفين قد قصداً أن يشمل التأمين الخطر المؤمن منه وكذلك مسؤولية الغير عن هذا

الخطر فيعتبر المؤمن له قد نزل هو أيضاً عن الرجوع على المسئول مادام قد تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن.

٣- ينشئ نص المادة ٧٧١ مدنى حالة جديدة من أحوال الحلول القانونى تضاف إلى قائمة الحالات الواردة فى المادة ٣٣٦ مدنى.

ونلاحظ ان المادة ٧٧١ مدنى قصرت الحلول على حالة التأمين من الحريق ولم نجد فى النصوص المماثلة فى التشريعات الأجنبية ما يبرر قصر الحلول على هذا النوع من التأمين بالذات بل أنها جميعاً تجعل من الحلول مبدأ عاماً ينبسط على كل أنواع التأمين من الأضرار.

وقد اشرنا بنقل هذا النص من موضعه الحالى لياخذ مكانه بين الأحكام العامة ولكن هذا النص بقى فى موضعه رغم ذلك فجاء قاصراً عن إدراك الغاية منه إذا أصبح مجال الحلول القانونى قاصراً على نطاق ضيق، فلا يحل المؤمن من المسئولية أو من السرقة محل المستأمن مالم يشترط ذلك صراحة فى وثيقة التأمين.

وقد قيد المشرع هذا الحق فى الحلول، فحرم منه المؤمن إذا كان من أحدث الحريق قريباً أو صهراً للمستأمن وكان يساكنه أو يشاركه فى معيشة واحدة أو كان شخصاً يسأل المستأمن عن أفعاله كخادمه أو أجيره والقصد من ذلك ضمان تعويض المستأمن تعويضاً جيداً ويقع باطلاً الإتفاق على التحلل من هذا القيد.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٦٧، وكتابة التأمين والعقود الصغيرة -

المرجع السابق - ص ١٠٤- ١٩٢)

٣- إذا تحقق الخطر المؤمن منه بخطأ الغير كما لو حدث الحريق بخطأ اجنبى اوتلفت الزروعات بجريمة إتلاف إرتكبها خصم المؤمن له ففي هذه الحالة تجيز القواعد العامة للمؤمن له أن يرجع بالتعويض على الغير الذى تسبب فى ضرره هذا فى الوقت الذى يجيز له فيه عقد التأمين الرجوع على المؤمن بمبلغ التأمين لتحقيق الخطر المؤمن منه لكن كان التأمين على الأضرار له صفة تعويضية فإن الأصل الايتقاضى المؤمن له قيمة ما أصابه من ضرر مرتين وعندئذ يقبض المؤمن له مبلغ التأمين فقط بينما يحل المؤمن محله فى الرجوع على الغير بما دفعه للمؤمن له من تعويض غير ان هذه الحلول تحتاج إلى إتفاق أو نص وقد ورد فعلاً نص المادة ٧٧١ مدنى بهذه الحلول فى التأمين ضد الحريق ويؤخذ من نص تلك المادة أن حلول المؤمن محل المؤمن له إنما هو حلول قانونى يتم بحكم القانون ولا تلزم له إجراءات خاصة ويشترط لهذه الحلول شرطان:

(أ) ان تكون المؤمن قد دفع مبلغ التأمين للمؤمن له، فلا حلول قبل دفع هذا المبلغ.

(ب) ان يكون للمؤمن له دعوى تعويض ضد من تسبب بفعله فى تحقق الخطر المؤمن منه سواء بنى هذا التعويض على أساس المسئولية التقصيرية كما لو أحرق الغير بإهماله الشئ المؤمن عليه أو بنى على أساس المسئولية العقدية كما لو كان للمؤجر الرجوع على المستأجر المسئول عن الحريق المؤمن منه.

ويمتنع على المؤمن ان يحل محل المؤمن له في الرجوع على الغير في الحالات الآتية:

(١) إذا كان الغير الذي تسبب في تحقق الخطر المؤمن منه قريباً أو صهرًا للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أفعاله ولو كان لا يقيم معه في معيشة واحدة فهو لاء لا يرجع عليهم المؤمن بدعوى المسؤولية عادة بل هو مسئول عن أفعالهم فأولى بالمؤمن الا يرجع عليهم بشئ ويقع باطلاً كل إتفاق يقضى بغير ذلك.

(٢) إذا تعذرت هذه الحلول بسبب يرجع إلى المؤمن له كما لو أقر المؤمن له للمسئول بعدم المسؤولية في غير الحدود الجائزة أو صالحه دون موافقة المؤمن أو جعل دعوى المسؤولية تسقط بالتقادم ثم طالب المؤمن بعد ذلك بمبلغ التأمين ففي هذه الأحوال يمتنع على المؤمن الحلول محل المؤمن له في الرجوع على الغير وتبرأ ذمة المؤمن من مبلغ التأمين بمقدار ما أضاعه عليه المؤمن له وإذا كان المؤمن قد دفع له أكثر مما يستحق كان له ان يسترد منه الزيادة.

(٣) وإذا نزل المؤمن عن حقه في الحلول فعندئذ يمتنع عليه هذا الحلول لأن الحلول من حقه فله التنازل عنه وقد يكون هذا التنازل قبل وقوع الحادث أو بعد وقوعه وقد يكون خاصاً بخطر معين أو بسبب من أسباب وقوع الخطر أو لصالح شخص معين ويجب ألا يتوسع في تفسير هذا التنازل لأنه على خلاف الأصل فمثلاً إذا نزل المؤمن عن حقه في الرجوع على المستاجر في التأمين من الحريق كان له أن يرجع على المستاجر من الباطن أو على شاغل العقار دون عقد إيجار.

وإذا توافر شرطاً سالف الذكر وإنقضت الموانع حل المؤمن بحكم القانون محل المؤمن له الرجوع على المسئول عن تحقق الخطر المؤمن منه في حدود ما دفعه المؤمن للمؤمن له وعلى ذلك إذا كان التعويض المستحق في ذمة المسئول عن تحقق الخطر أكثر من مبلغ التأمين حصل المؤمن له على مبلغ التأمين من المؤمن بينما يحل المؤمن محله في الرجوع على المسئول عن تحقق الخطر يقدر ما دفعه المؤمن ثم يستوفى المؤمن له باقى التعويض من المسئول عن تحقق الخطر وإذا كان التعويض المستحق في ذمة المسئول عن تحقق الخطر أقل من مبلغ التأمين حصل المؤمن له على مبلغ التأمين من المؤمن ورجع المؤمن على المسئول عن تحقيق الخطر بمقدار ما يستحق في ذمته من تعويض وإذا تساوى التعويض المستحق في ذمة المسئول عن تحقق الخطر مع مبلغ التأمين حصل المؤمن له على مبلغ التأمين من المؤمن ورجع المؤمن بمقدار ما دفعه على المسئول عن تحقق الخطر المؤمن منه.

وحلول المضرور محل المؤمن له في الرجوع على المسئول عند تحقق الخطر يتم في حدود ما للمؤمن له من حق تجاه هذا المسئول فإذا كان مصدر هذا الحق المسؤولية العقدية رجع بها، وإذا كان للمسئول عن تحقق الخطر دفع ضد هذا الحق كان للمسئول أن يحتج بها على المؤمن طالما كان سبب هذه الدفع سابقاً للحلول كالدفع بالتقادم أو المقاصة.. الخ.

(أحكام التقنين التأمين- للدكتور عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ١٨١ وما تنتظر: رسالة

الماجستير: رجوع المؤمن علي الغير المسئول- للاستاذ العراقي عابد علي رضا جعفر - ١٩٧٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان الواقع في الدعوى أن الشركة المؤمنة قد دفعت للمؤمن له مبلغ التأمين الذي يستحق عليها الوفاء به بوقوع الخطر المؤمن منه فإن هذا الوفاء من جانبها ليس إلا تنفيذاً لإلتزامها تجاه المؤمن له فلا مجال مع هذا التأسيس حق شركة التأمين في الرجوع على الغير الذي تسبب بفعله في وقع هذا الخطر على دعوى الحلول ذلك أن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون الموفى قد وفى الدائن بالدين في ذمة المدين لأبدين مترتب في ذمته هو أما الإسناد إلى أحكام الحوالة فيحول دونه أن واقعة الدعوى تحكمها في شأن الحوالة نصوص القانون المدني القديم الذي صدرت في ظله وثيقة التأمين وإقرار المؤمن له - المتضمن إحلاله للشركة في حقوقه وتنازله لها عن التعويض المستحق له قبل الغير - وإذا نصت المادة ٣٤٩ منه على أنه لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى بذلك بموجب كتابة وكان لا يتوافر في واقعة هذه الدعوى وجود كتابة من المدين تتضمن رضاه بالحوالة فإنه لا مجال كذلك لإقامة هذا الحق على أساس من الحوالة.

(نقض - جلسة ١٩٥٩/١/١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٠ - مدني - ص ١٤)

٢- أن إخطاء الغير المسئول عن وقع الحادث ليس هو السبب المباشر لإلتزام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له المضرور من هذا الحادث وإنما سبب هذا الإلتزام هو عقد التأمين ذاته فلو لا قيام ذلك العقد لما إلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع الحادث وينبني على ذلك أنه ليس للمؤمن أن يدعى بأن ضرراً قد حاق به من جراء وفائه بمبلغ التأمين إذ أن هذا الوفاء من جانبها لم يكن إلا تنفيذاً لإلتزامه التعاقدى تجاه المؤمن له مقابل الأقساط التي يؤديها له الأخير وتنفيذاً للإلتزام لا يصح إعتباره ضرر الحق بالملتزم وإذا كان الحادث الذي تسبب الغير في وقوعه هو الذي يجعل مبلغ التأمين مستحقاً فإن عقد التأمين يقوم على أساس إحتمال تحقق الخطر المؤمن منه في أى وقت وقد كان هذا إحتمال محل إعتبار المؤمن عند التعاقد وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر مؤسساً حق شركة التأمين في الرجوع على المسئول عن الضرر بما دفعه للمؤمن له على أساس من المسئولية التقصيرية وتوافر رابطة السببية بين الضرر ووقوع الحادث، ورتب على ذلك قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه ولا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنة في الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون المؤمن قد وفى الدائن بالدين المترتب على ذمة المدين لا بدين مترتب في ذمته هو مما لا يتحقق بالنسبة إلى شركة التأمين إذ أن أو وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الإلتزام المترتب في ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ١١٦٦)

٣- للمضرور مطالبة شركة التأمين بالتعويض إستناداً إلى مسؤولية المؤمن له عن الحادث بإعتباره حارساً للأشياء ولو قضى ببراءة قائد السيارة لعدم كفاية الأدلة.

(الطعن ٢٧٢٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٢٦)

٤- قضاء المحكمة الجنائية ببراءة قائد السيارة من تهمة القتل خطأ لإنقضاء الخطأ في جانبه - لا يحول دون مطالبة المضرور شركة التأمين بالتعويض إستناداً إلى مسؤولية المؤمن له عن الحادث بإعتباره حارساً للأشياء علة ذلك.

(الطعن ٣٣٧٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٢٦)

٥- إلترام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له المضرور سببه عقد التأمين وليس خطأ الغير المسئول عن الحادث مؤاده عدم وجود علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير وبين الضرر الذي تحمله المؤمن بدفعه التعويض أثره عدم جواز تأسيس رجوع المؤمن على المسئول على قواعد المسؤولية التقصيرية حلول المؤمن محل المؤمن له لا يكون الا بالحوالة أو بالحلول الإتفاقي.

خطأ الغير المسئول عن وقوع الحادث - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس هو السبب المباشر لإلترام المؤمن بدفع قيمة المبلغ للمؤمن له المضرور من هذا الحادث حتى يمكن القول بأن رجوع المؤمن على المسئول مؤسس على المسؤولية التقصيرية بإعتبار أن المسئول قد سبب بخطئه الذي تحقق به الخطر المؤمن به ضرراً للمؤمن رتب ضمان هذا الأخير إذ لا توجد علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير ضرراً الذي تحمله المؤمن بدفعه التعويض إلى المؤمن له بل ان سبب إلترام المؤمن بدفع قيمة التأمين إلى المؤمن له هو عقد التأمين ذاته فلولاً قيام هذا العقد لما إلترام بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع الحادث وبالتالي فلم يكن من سبيل لأن يحل المؤمن محل المؤمن له قبل المسئول الا عن طريق الحوالة أو الحلول الإتفاقي.

(الطعن ١٦٢٢، ٣٦٢٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١١ ص ٤٨٨، ٤٣٠)

٦- حصول المؤمن من المؤمن له على حوالة بحقوقه قبل المسئول أثره للمؤمن الرجوع بدعوى مباشرة على فاعل الضرر في حدود ما دفعه من تعويض إلى المؤمن له.

جرت العادة بأن يحصل المؤمن من المؤمن له - سواء في عقد التأمين أو في نطاق إتفاق آخر على حوالة بحقوق هذا الأخير قبل المسئول فيكون للمؤمن على أساس هذا الحل الإتفاقي الرجوع بدعوى مباشرة على فاعل الضرر في حدود ما دفعه من تعويض إلى المؤمن له.

(الطعن ١٦٢٢ و ٣٦٢٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١١)

٧- الحلول القانوني للمؤمن قبل المسئول بما دفعه من تعويض في التأمين على الحريق شرطه الا يكون المسئول قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكون معه في معيشة واحدة أو تابعاً له. م ٧٧١ مدني. علة ذلك تعلقه بالنظام العام انسحابه - بطريق القياس - على الحلول الإتفاقي لذات العلة مؤاده قضاء الحكم لشركة التأمين على مورث الطاعنين التابع للبنك المؤمن له بما دفعته الشركة من تعويض إلى هذا البنك بناء على الحلول الإتفاقي مخالفة القانون.

اذ كان نص المادة ٧٧١ من القانون المدني قد قرر مبدأ حلول قانوني للمؤمن قبله المسئول بما دفعه من تعويض وقصره على التأمين من الحريق فقد أورد بشأن هذا الحلول قيدا بما جرى به نص العبارة الأخيرة منه إذا تقول " ما لم يكن من احدث الضرر قريبا أو صهرا للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله" وذلك لأن ذوى المؤمن له من الأقارب والأصهار ممن يكونون معه في معيشة واحدة فرض القانون لهم إذا كانوا قد تسببوا في الحادث فلن يرجع عليهم المؤمن له بالتعويض لعلاقته الخاصة بهم فإذا كان ذلك فأولى بالمؤمن الا يرجع أما إتباعه المسئول عن أفعالهم ولو لم يقيموا معه في معيشة واحدة فامتناع المؤمن من الرجوع عليهم ليس بسبب العلاقة الخاصة التي تربطهم به فحسب بل أيضاً لأن المؤمن لو رجع عليهم وكانوا معسرين لجاز له الرجوع على المؤمن له بإعتباره مسئولا عنهم فيستعبد منه مبلغ التأمين الذي أعطاه إياه وهذا القيد المشار إليه وأن ورد في القانون بشأن الحلول القانون في التأمين من الحريق وهو من نظام العام للإعتبارات التي بنى عليها فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفة فإنه ينسحب كذلك - وبطريق القياس - على الحلول الإتفاقي لتساوى صورتى الحلول فى علة هذا الحكم وإذ كان الحكم المطعون فيه قضى - على أساس المسئولية التقصيرية - للشركة المطعون ضدها الأولى - وبناء على الحلول الإتفاقي ٠ على مورث الطاعنين تابع البنك المؤمن له بما كانت قد دفعته من تعويض إلى هذا البنك مع أن العلاقة تبعية له تحول دون هذا الرجوع - على ما سلف بيانه - فإنه يكون قد خالف أحكام القانون فى أساس الرجوع وأحكامه.

(الطعن ١٦٢٢، ٣٦٣٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١١ ص ٤٨ ص ١٤٣)

٨- التأمين من المسئولية المدنية على سيارات النقل لايقيد منه من ركبها الا راكبين المصرح بركوبهما دون غيرهما. م ٦٤٩ لسنة ١٩٥٥ عدم شموله عمال السيارة المقصود بعمال السيارة كل من يعمل عليها وتربطه بصاحبها علاقة عمل ويضار منها أثناء أو بسبب تأديته عمله عليها لا يغير من ذلك إلغائه بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ علة ذلك.

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات حينما تكون السيارة المؤمن عليها سيارة نقل لايقيد منه من ركبها إلا الراكبان المصرح بركوبهما طبقاً للفقرة ٥ - من المادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ دون غيرهما فلا يشمل عمال السيارة أخذ بصريح نص المادة السادسة وإذا ورد به عبارة " عمال السيارة " عام مطلق فإنها تشمل كل من يعمل على السيارة وتربطه بصاحبها علاقة عمل فيقصد به فى هذا الخصوص العامل الذى يصار من السيارات التى وقع منها الحادث أثناء أو بسبب تأديته عمله عليها ولا يغير من ذلك إلغاء القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣.

(الطعن ٩٢١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١/٢٥ لم يتشربعد)

٩- إستقلال مورث الطاعنين لسيارة النقل أداة الحادث أثناء ويسبب عمله مندوبا لتوزيع الصحف والمجلات ووقوع الحادث الذى أودى بحياته إبان ذلك إعتباره من

عمال السيارة. مؤاده عدم أفادته هو وورثته من أحكام قانون التأمين الإجبارى عن حوادث السيارات رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

لما كان الثابت من الأوراق أن مورث الطاعنين كان يستقبل سيارة النقل أداة الحادث أثناء وبسبب عمله وأن الحادث الذى أودى بحياته حدث إبان ذلك فيكون بهذا من عمال السيارة أداة الحادث فلا يفيد هو أو ورثته من أحكام القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات.

(الطعن ٩٢١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١/٢٥)

١٠- التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث سيارات النقل تأمين لصالح الغير والراكبين المسموح بركوبهما دون مالك السيارة سواء كان قائدها أو ركباً بها.

النص فى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات على ان يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أى إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارات إذا وقعت فى جمهورية مصر العربية وبذلك فى الأحوال المنصوص فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٩٩ لسنة ١٩٥٥ والنص فى الشرط الأول من وثيقة التأمين المطابقة للنموذج الملحق بقرار وزير المالية والإقتصادية رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر تنفيذا للمادة الثانية من قانون التأمين الإجبارى سالف الذكر على أن "يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية الناشئة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من الحوادث التى تقع من السيارة المؤمن عليها ويسرى هذا الإلتزام لصالح الغير من حوادث السيارات أياً كان نوعها ولصالح الركاب أيضاً من حوادث سيارات النقل فيما يختص بالراكبين المسموح بركوبهما..... مؤاده ان التأمين الإجبارى الذى يعقده مالك السيارة إعمالاً لحكم المادة ١١ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ بإصدار قانون المرور - المقابلة للمادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ هو تأمين ضد مسؤوليته المدنية عن حوادثها لصالح الغير إستهدف المشرع به حماية المضرور وضمان حصوله على حقه فى التعويض الجابر للضرر الذى وقع عليه وبالتالي فإن هذا التأمين لا يغطى المسؤولية المدنية الناشئة على الوفاء أو أية إصابة بدنية تلحق بمالك السيارة عليها بسبب الحادث الواقع منها سواء كان هو قائدها أو ركباً بها.

(الطعن ٨٧٧٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٣/١١)

١١- تمسك شركة التأمين بان مورث المطعون ضدهم من عمال السيارة أداة الحادث فلا يغطيه التأمين الإجبارى وكونها فى ذلك إلى اقوال المطعون ضده الأول وولده فى محضر الجنحة المحررة عن الحادث دفاع جوهرى الالتفات عنه تأسيساً على عدم تقديمها وثيقة التأمين أو صورة منها للتدليل عليه. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه وقصور.

إذا كان الثابت فى الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه- أن الشركة الطاعنة تمسكت فى دفاعها بأن مورث المطعون ضدهم من عمال السيارة المشار إليها

ومن ثم فلا يغطية التأمين الإجباري وتساندت في ذلك إلى أقوال المطعون ضده الأول وأحد أولاده في محضر الجنحة التي حررت عن الحادث فالتفت الحكم عن هذا الدفاع الجوهري الذي من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى تأسيساً على ما أورده في أسبابه من "أن الشركة لم تقدم وثيقة التأمين أو صورة منها للتدليل على أن المجني عليه هو عامل السيارة مرتكبة الحادث" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه، وإذا حجب هذا الخطأ عن تقدير الدليل على صحة ذلك الدفاع فإنه يكون مشوباً أيضاً بقصور في التسبيب.

(الطعن ١٢٨٥ لسنة ٦٧ ق- جلسة ١٩٩٨/٦/٩)

١٢- ثبوت مسئولية قائد أكثر من سيارة عن الحادث الذي سبب ضرراً للعالم وأن كلا منهما مؤمن عليها لدي شركات مغايرة. لا يجوز لغير شركة التأمين المؤمنة علي السيارة النقل التي يعمل عليها العامل المضور التحدي بعد إلتزامها بأداء مبلغ التعويض له أو لورثته.

المقرر أنه إذا كان قد ثبت مسئولية قائد أكثر من سيارة عن الحادث الذي سبب الضرر للعامل وكانت كل منها مؤمناً عليها لدي شركة مغايرة فلا يجوز لغير شركة التأمين المؤمنة علي السيارة التي يعمل عليها العامل التحدي بعد إلتزامها بأداء مبلغ التعويض له أو لورثته.

(الطعن ٥١٦٩ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٨/٣/٢٢ لم ينشر بعد)

١٣- تمسك شركة التأمين في صحيفة إستئنافها بعدم قبول الدعوى بالنسبة لها لرفعها علي غير ذي صفة لخلو الأوراق من دليل علي أن الجرار الزراعي المؤمن من مخاطرة لديها هو مرتكب الحادث المطالب بالتعويض التأميني عنه. دفاع جوهري. قضاء الحكم بإلزامها بالتعويض دون أن يكشف عن المستندات المؤيدة، إنتهي إليه. فساد في الإستدلال وقصور.

لما كان الثابت في الأوراق أن المطعون ضدهما الأول والثانية أقاما الدعوى علي المطعون ضده الثالث مرتكب الحادث وطلبا الحكم بإلزامه والطاعة بأن يؤديها لهما التعويض المطلوب وكانت الطاعة قد تمسكت في صحيفة إستئنافها بالدفع بعدم قبول الدعوى بالنسبة لها لرفعها علي غير ذي صفة لخلو الأوراق من دليل يفيد أن الجرار الزراعي المؤمن من مخاطرة لديها هو مرتكب الحادث المطالب بالتعويض التأميني عنه وعابت علي قضاء محكمة أول درجة إستناده في الرد علي هذا الدفاع إلي الشهادة المقدمة عن محضر الجنحة الذي ضبط عن الحادث والتي خلت ببياناتها من رد يواجه هذا الدفاع واجتزء في تأييد هذا القضاء بقوله "وحيث إن الدفع المبدي من شركة التأمين الأهلية بعدم قبول الدعوى لرفعها علي غير ذي صفة، فالثابت من المستندات أن الجرار الزراعي مرتكب الحادث مؤمن عليه لدي الشركة ومن ثم يكون الدفع غير صحيح". وكان ما سطره الحكم المطعون فيه علي هذا النحو لا يواجه دفاع الطاعة ولا يصلح رداً عليه إذ لم يكشف الحكم عن تلك المستندات التي إستخلص منها أن الجرار الزراعي المؤمن من مخاطره لدي الطاعة هو المتسبب في الحادث المطالب بالتعويض عنه فإنه يكون معيباً بالفساد في الإستدلال والقصور في التسبيب مما حجب

عن بحث ذلك علي نحو يدل علي أن المحكمة قد فطنت إلي حقيقته واخضعته إلي تقديرها وسلكت في شأنه كافة وسائل الإثبات التي يسرها لها القانون.

(الطعن ١٢٨٦ لسنة ٦٧ق - جلسة ١٩٩٨/٤/٤ لم ينشر بعد)

١٤- تمسك شركة التأمين في صحيفة إستئنافها بخلو الأوراق مما يفيد أن السيارة المقدم عنها شهادة البيانات هي مرتكبة الحادث وأن قرار الإتهام نسب إلي المتهم المطعون ضده الثاني إتلاف تلك السيارة مما يفيد أنه كان يقود سيارة أخرى. دفاع جوهرى. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزامها بالتعويض دون بيان المصدر الذي إستقي منه أن السيارة المذكورة هي التي كان يقودها المطعون ضده الثاني الذي ثبتت مسؤوليته عن الضرر المطالب بالتعويض عنه. قصور.

لما كان البين من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت في صحيفة الإستئناف المرفوع منها بأن أوراق الدعوى قد خلت من أي دليل علي أن السيارة المقدم عنها شهادة البيانات هي مرتكبة الحادث، وأن قرار الإتهام قد نسب للمتهم أنه تسبب في إتلاف السيارة رقم..... أجرة قلوبية - الصادر عنها تلك الشهادة - بما يفيد أنه كان يقود سيارة أخرى، وطلبت الحكم بإلغاء الابتدائي وعدم قبول الدعوى الموجهة لها، إلا أن الحكم المطعون فيه أحال في الرد علي هذا الدفاع بشأن ثبوت مسؤولية الطاعنة عن التعويض إلي ما أورده الحكم الابتدائي في هذا الخصوص بقوله أن: " الثابت بالأوراق أن السيارة مرتكبة الحادث مؤمن عليها لدي المدعي عليه الثالث بصفته - ممثل الطاعنة - أثناء الحادث ومن ثم يكون هو الملتزم بأداء مبلغ التعويض المقضي به بالتضامن مع المدعي عليهما الأول والثاني - المطعون ضدهما الثاني والثالث..... وإذا كان ما أورده الحكم علي هذا النحو لا يكشف عن المصدر الذي إستقي منه ثبوت أن السيارة المقدم عنها شهادة البيانات هي التي كان يقودها المطعون ضده الثاني الذي ثبتت مسؤوليته عن الضرر المطالب بالتعويض عنه فإنه يكون معيبا بالقصور واستطال هذا العيب إلي الحكم المطعون فيه الذي أحال إليه دون أن يعني ببحث دفاع الطاعنة سالف البيان علي نحو يدل علي أن المحكمة قد فطنت إلي حقيقته وأخضعته لتقديرها رغم أنه دفاع جوهرى قد يتغير به - أن صح - وجه الرأي في الدعوى مما يعيبه الفساد في الاستدال والقصور في التسبيب.

(الطعن ١١٢٠١ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٨/٤/٤ لم ينشر بعد)

١٥- تمسك الشركة المؤمنة أمام محكمة الإستئناف بأن علاقتها من المطعون عليها - المضرور - علاقة غير مباشرة لا يحق لها الرجوع عليها بدعوى مباشرة لإقتضاء التعويض. قضاء الحكم المطعون فيه برفض هذا الدفع علي سند أن التأمين الشامل يغطي التالفات التي تقع من السيارة المؤمن عليها لأي سيارات أو ممتلكات للغير دون أن يعني بالإطلاع علي وثيقة التأمين لبيان عما إذا قصد منها اشتراطا لمصلحة المطعون عليها أم أنها إتفاق خاص بين أطرافها. قصور.

لما كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع المبدي من الطاعنة بعدم قبول الدعوى وبإلزامها بالتعويض المقضي به علي ما أورده بمدونات ان التأمين الشامل يغطي تلفيات السيارة المؤمن عليها أو تلفيات أي

سيارة أو ممتلكات تقع من السيارة المؤمن عليها للغير ومن ثم فإن هذا الدفع قد جاء علي غير سند صحيح من الواقع والقانون خليقا بالرفض.... وأن مسؤولية المدعي عليه بصفته ثابتة ذلك أن السيارة مرتكبة الحادث مؤمن عليها بلديها بالوثيقة رقم...../خ طلعت حرب في تاريخ الحادث تأميناً شاملاً وهو يغطي تلفيات السيارة المؤمن عليها أو تلفيات أي سيارة أو ممتلكات تقع من السيارة المؤمن عليها للغير..... وكان هذا الذي ساقه الحكم لا يواجه دفاع الطاعنة ولا يصلح رداً عليه غير أن غاية البحث الذي أجراه الخبير لم تتجاوز ما أثبتته من وجود وثيقة تأمين شامل علي السيارة أداة الحادث دون أن يعني الحكم بالاطلاع عليها للتعرف عما إذا كان القصد منها إشتراطاً لمصلحة المطعون عليها تحديداً يخولها الحق في الدعوى المباشرة قبل الشركة الطاعنة أم أنها إتفاق خاص بين طرفيها وحال أن وثيقة التأمين المشار إليها هي الدليل الذي إستندت إليه الطاعنة في دفاعها هذا وهو ما يعيب الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب.

(الطعن ٥١٧٢ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦ لم ينشر بعد)

١٦- دفع الشركة المؤمنة بعدم قبول دعوي المضرور المباشرة قبلها إستناداً إلي أن وثيقة التأمين علي سيارات الرخص التجارية المقدمة فيها ليست وثيقة تأمين إجباري. قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع دون أن يفصح عن سنده في أن هذا التأمين ينطوي بالضرورة علي تأمين إجباري. قصور مبطل.

إذ كان البين من وثيقة التأمين علي سيارات الرخص التجارية المقدمة في الدعوى أنها صدرت بما يفيد أنها لا تشمل أية مسؤولية يكون مؤمناً منها تأميناً إجبارياً طبقاً لأحكام القانونين ٤٤٩، ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥، وأنها استثنت من أحكام الفصل الثاني منها الخاص بالمسؤولية المدنية عن وفاة أو إصابة أي شخص بالقدر الذي يقع به الحادث تحت حكم القانونين المشار إليهما حتي ولو لم يعقد التأمين المنصوص عليه بهذين القانونين أو لم يكن سارياً وقت الحادث. وكانت الشركة الطاعنة قد تساندت في دفعها بعدم قبولها الدعوى بالنسبة لها إلي أن تلك الوثيقة ليست وثيقة تأمين إجباري حتي تكون للمضرور دعوي مباشرة قبلها، فرفض الحكم الإبتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه هذا الدفاع بناء علي ما أورد في أسبابه من أن هذه الوثيقة مخصصة للتأمين علي سيارات الرخص التجارية وأنها من باب أولي تجب أي تأمين سواء لم تفصح الأوراق عن وجوده دون أن يفصح عن سنده في أن التأمين علي سيارات الرخص التجارية ينطوي بالضرورة علي تأمين إجباري من المسؤولية المدنية.

وجاءت أسبابه في هذا الخصوص مبهمة من شأنها التجهيل بالأساس الذي أقام عليه قضاؤه مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه القانون، فإنه يكون مشوب بقصور يبطله.

(الطعن ٨٠٦٥ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٨/٥/١٩ لم ينشر بعد)

١٧- إلزام شركات التأمين بدفع مبلغ للمضرور من حوادث السيارات. ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥. مناصرة. وجود وثيقة تأمين إجباري على السيارات ووقوع المخاطر المؤمن منها خلال مدة سريانها وإقامة المضرور الدليل على ذلك.

مناطق إلزام شركات التأمين بدفع مبلغ التأمين للمضرور من حوادث السيارات وفق أحكام القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات أن توجد وثيقة تأمين إجباري على السيارة وأن تقع المخاطر المؤمن منها خلال مدة سريانها على أن تقيم المضرور الدليل على ذلك باعتباره مدعياً يحمل عبء إثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه فيها.

(الطعن ١٧٩٨ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٩٩٨/٦/٢٥ لم ينشر بعد)

١٨- تقديم المضرور شهادة من إدارة المرور ثابت لها تاريخ انتهاء سريان وثيقة التأمين دون تاريخ بدئها. تمسك شركة التأمين بوقوع الحادث قبل بدء سريان الوثيقة. قضاء الحكم بالزامها بالتعويض لعدم تقديمها دليل ذلك حين أن المضرور هو المكلف بإثبات خضوع الحادث للتأمين. خطأ.

(الطعن ١٧٩٨ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٩٩٨/٦/٢٥ لم ينشر بعد)

١٩- النص في المادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٩٥ (التي أحالت إليها المادة ٥ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) على أنه... يجب أن يغطي التأمين المسؤولية المدنية عن الأصابات التي تقع للأشخاص.... ويكون التأمين في السيارة الخاصة والموتوسيكل الخاص لصالح الغير ولباقي أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها.... فإن ذلك إنما يدل على أن نطاق التأمين من المسؤولية وفقاً لأحكام قانون التأمين الإجباري يقتصر على المسؤولية الناشئة عن وفاة أو إصابة الأشخاص في حوادث السيارات فلا يمتد إلى تغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن وفاة أو إصابة الأشخاص التي تحدث من مركبات الترام باعتبارها ليست من السيارات في مفهوم قانون المرور.

(الطعن ٢٤٢٢ لسنة ٦٨ ق- جلسة ١٩٩٩/٤/٢٩ لم ينشر بعد)

٢٠- إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة جددت الصور الضوئية لوثيقتي التأمين المقدمتين من المطعون ضدهما للتدليل على أن السيارة أداة الحادث مؤمن عليها لديها إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع تأسيساً على أن الحكم الصادر بالتعويض المؤقت من المحكمة الجنائية يجوز الحجة أمام المحاكم المدنية بحيث يمتنع عليها بحث عناصر المسؤولية التقصيرية في حين أن الطاعنة لم تكن طرفاً في ذلك الحكم ولا يجوز قبلها أية حجة وهو ما حجبه عن بحث دفاع الطاعنة فإنه فضلاً عن مخالفته القانون قد عابه القصور في التسبيب.

(الطعن ١٩٥٠ لسنة ٦٨ ق- جلسة ٢٠٠٠/٢/١ لم ينشر بعد)

٢١- وحيث أن النعى سديد ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع إذ نص في المادة الرابعة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات على أن "يسرى مفعول الوثيقة عن المدة المؤداه عنها الضريبة ويمتد مفعولها حتى نهاية فترة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء

تلك المدة....." فقد دل على أن وثيقة التأمين الإجباري على السيارات تغطي المدة التي تؤدي عنها الضريبة على السيارة وكذلك تغطي مهلة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء تلك المدة.

لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركة الطاعنة قد تمسكت في صحيفة إستئنافها بأن الحادث لا تشملته وثيقة التأمين عن السيارة أداة الحادث إذا وقع بتاريخ ١٩٩٣/٦/٥ بعد تاريخ إنتهاء المدة التي تغطيها هذه الوثيقة في ١٩٩٣/٥/٢٩ شاملة مدة الثلاثين يوماً التالية لنهاية المدة المسدد عنها الضريبة، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع، علي سند أن الحادث وقع خلال المدة التي تغطيها وثيقة التأمين، وأن الطاعنة لم تقدم الدليل علي أن الضريبة غير مسددة، دون أن يستظهر المدة المؤداة عنها الضريبة، مع أن بيانها لازم للوقوف علي نطاق سريان الوثيقة، ومدي وقوع الحادث خلالها، وذلك لتحديد مسؤولية الشركة الطاعنة عن التعويض عنه، ومع أن المطعون ضدها هي المكلفة بإثبات أن الحادث وقع خلال مدة سريان الوثيقة، فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه.

(نقض ٥٠٢٣ لسنة ٩٦ ق- جلسة ٢٠٠١/٢/٨ لم ينشر بعد)

(نقض ٤٢٩٥ لسنة ٦٩ ق- جلسة ٢٠٠١/٢/١٣ لم ينشر بعد)

٢٢- وحيث أن النعي في محله. ذلك أن مفاد نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور والفقرة الأولى من المادة الخامسة والمواد ١٦، ١٧، ١٨، ١٩ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات - المؤمن عليها تأميناً إجبارياً أن يرجع علي شركة التأمين مباشرة لإقتضاء التعويض الضرر الذي إصابته نتيجة الحادث مستمداً حقه في ذلك من نصوص القانون المشار إليه دون إشتراط سابقة صدور حكم بتقرير مسؤولية المؤمن له أو قائدة السيارة عن الحادث، ودون ضرورة إختصامهما في الدعوى، ذلك أن إلزام المؤمن طبقاً للأحكام سالفة البيان يمتد إلي تغطية المسؤولية عن أفعال المؤمن له ومن يسأل عنهم وغيرهم من مرتكبي الحادث علي حد سواء، ومن ثم فلا يشترط الإلزام شركة التأمين بأداء التعويض للمضرور سواء أن تكون السيارة التي وقع بها الحادث مؤمناً عليها لديها، وأن تثبت مسؤولية مالكيها المؤمن له أو مرتكب الحادث حسب الأحوال بغير حاجة إلي إختصام أيهما في دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضي بعدم قبول الدعوي لرفعها قبل الأوان لعدم صدور حكم سابق بتقرير مسؤولية المؤمن له عن الحادث، ولعدم إختصامه في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه.

(الطعن ١٦٣٥ لسنة ٦٤ ق- جلسة ٢٠٠٢/٢/١١ لم ينشر بعد)

(الطعن ٥٦٥٢ لسنة ٦٢ ق- جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

(الطعن ٤٩٨٥ لسنة ٧١ ق- جلسة ٢٠٠٢/٢/٤ لم ينشر بعد)

٢٣- إن النص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات علي

أن " يسري مفعول الوثيقة عن المدة المؤداه عنها الضريبة، ويمتد مفعولها حتي نهاية فترة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء تلك المدة. وفي الفقرة الثالثة من المادة الثانية منه علي أن " وتكون الوثيقة مطابقة للنموذج الذي يعتمده وزير المالية والإقتصاد بالاتفاق مع وزير الداخلية.... وفي المادة الأولى من قرار وزير المالية والإقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ بتنفيذ حكم المادة الثانية من القانون المذكور علي أن " تكون وثيقة التأمين المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون وفقاً للنموذج المرافق - وفي نموذج الوثيقة المرافق للقرار علي أن " وتسري عن المدة من.. سنة إلي.. سنة..... (تاريخ إنتهاء مدة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء المدة المؤدي عنها الضريبة.... يسري مفعول الوثيقة عن المدة المؤداه عنها الضريبة ويمتد مفعولها حتي نهاية الثلاثين يوماً التالية لإنهاء هذه المدة.... " يدل علي أن مدة التأمين المبينة بوثيقة التأمين الإجباري علي السيارة تغطي فضلاً عن المدة التي تؤدي عنها الضريبة مهلة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء تلك المدة وأن الوثيقة في ذاتها تدل علي أن الفقرة ألزمنية للإلتزام المؤمن تنحصر في المدة في بدء سريان الوثيقة حتي نهايتها التي هي ذات الوقت تاريخ إنتهاء الشهر التالي المسدد عنها الضريبة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بإلزام الطاعنة بمبلغ التعويض الذي قدره بقالة أن مفعول الوثيقة يمتد إلي الثلاثين يوماً التالية لإنتهائها فإنه فضلاً عن مخالفة حجية الحكم الناقض التي يتعين عليه الإلتزام بها عملاً بالمادة ١/٢٦٩ من قانون المرافعات فإنه يكون قد أخطأ تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي سببي الطعن.

(الطعن ٥١٤٨ لسنة ٧٢٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٢ لم ينشر بعد)

أحكام نقض متنوعة بشأن التأمين:

١- وحيث أن النعي بهذه الأسباب في جملته شديد - ذلك أن موضوع الدعوى يتحدد بالطلب المرفوعة به ومحلّه وسببه ولهذا اوجبّت المادة ٦/٦٣ من قانون المرافعات أن تشتمل صحيفة الدعوى علي طلبات المدعي فيها ووقائعها واسانيدها، وأن تكييف الدعوى وإعطاءها وصفها الحق العبرة فيه - وعلي ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة - بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها وليس بالألفاظ التي تصاغ فيها هذه الطلبات، لما كان ذلك وكانت طلبات الطاعنات قد تحددت وفقاً للثابت بصحيفتي الدعوى والإستئناف بإلزام المطعون ضدهم عدا الأخيرين بأداء التعويض عما لحق بهن نتيجة ما ألم بمورثتهن من آلام نفسية قاسي منها بسبب أصابته بعاهة مستديمة وإضطرابه إلي السفر إلي الخارج للعلاج ثم وفاته وهو العائل لهن، بما مفادة أنهن يطالبن بالتعويض عن الضرر المادي والادبي الذي أصابهن شخصياً بسبب إصابته ووفاته مورثتهن وما أصاب الأخير من أضرار مادية نتيجة أصابته والمساس بسلامة جسده وما أنفقّه من مبالغ في العلاج في الداخل والخارج، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد يكفي طلبات الطاعنات بأنهن يطالبن بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بمورثتهن نتيجة أصابته، وأضاف الحكم الإستئنافي أنه لاحق لهن في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي لأنه لم يثبت أنهن

كن معيلات لمورثهن وكان ما خلص إليه الحكم المطعون فيه يخالف طلبات الطاعنات الواردة بصحيفتي الدعوى الإستئناف وأن ما أورده الحكم الإستئنافي لا يصلح رداً علي طلباتهن فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه علي أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٥٢٧٨ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٢١ لم ينشر بعد)

٢- وحيث إن الطعن أقيم علي خمسة أسباب تتعي الشركة الطاعنة بالأسباب الأربعة الأولى علي الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع ومخالفة الثابت بالأوراق والخطأ في تطبيق القانون إذ إنتهي الحكم المطعون فيه إلي أن الطاعن وكيلاً عن شركة انكوك لتأمين الحريق البحري كومباني (المطعون ضده الثاني) بينما وثيقة التأمين سند النزاع لم يكن الطاعن طرفاً فيها ولم يرد فيها قيام الطاعن بأعمال الوكالة عن المطعون ضده الثاني وأن ما سطر فيها من قيام مكتب الطاعن بدفع المطالبات وضرورة موافقته علي المعاينة فإن تلك العبارة لا تستلزم وكالة الطاعن عن الشركة المطعون ضدها الثانية ولا يحق له التقاضي نيابة عنها، وإذا إنتهي الحكم المطعون فيه إلي ثبوت تلك الوكالة أخذاً بما ورد بوثيقة التأمين هذه رغم عدم ثبوتها ونفي الطاعن لها فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه القصور مما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير سديد ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن ثبوت الوكالة الإتفاقية امر موضوعي يتوقف على فهم محكمة الموضوع للواقعة متى كان إستخلاصها سائغاً وله سند من أوراق الدعوى وتختلف سعة الوكالة باختلاف الصيغة التي يفرغ فيه التوكيل وإذ إقتصرت الوكالة على معمل معين شملت كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقاً لطبيعة الأشياء والعرف الساري وبيان مدى الوكالة وما قصده المتعاقدان منها مسألة واقع يحدده قاضي الموضوع بما له من سلطة في تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعيناً بعبارات التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها متى كان إستخلاصه سائغاً يؤدي إلى ما إنتهى إليه كما أن إستخلاص توافر الصفة في الدعوى هو من قبيل فهم الواقع فيها يستعمل به قاضي الموضوع وبحسبه أن يبين الحقيقة التي إقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب تكفي لحمله كان الثابت من وثيقة التأمين سند الدعوى الصادرة عن شركة التأمين الأجنبية أن المعاينة يجب أن يوافق عليها الطاعن بصفته وأن تدفع المطالبات بمعرفته أيضاً قد ثبت من تقرير الخبير أنه تم إجراء المعاينة بمعرفة الجهة المتفق عليها (الطاعن) وإذ كان وكان الحكم المطعون فيه - مؤيداً في ذلك الحكم الابتدائي - قد إستخلص مما تقدم على نحو ما أورده بمدوناته أن الشركة الطاعنة وكيلة عن شركة التأمين الأجنبية (المطعون ضده الثاني) في المعاينة وسداد المطالبات للعملاء في مصر الذين يحق لهم مطالبتها بهذه الصفة وأنه تم إجراء المعاينة بمعرفة الطاعن وكان هذا الإستخلاص سائغاً له معينه الثابت من الأوراق ويكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فإن المدعى عليه يكون على غير أساس.

وحيث أن الشركة الطاعنة تتعي بالسبب الخامس الخطأ في تطبيق القانون والقضاء بما يخالف الثابت من الأوراق على سند من أن الحكم المطعون فيه قضى

بالإلزامه بأداء مبلغ... جنيتها خلافا لما ورد ببيان قيمة التالف والمقدم من الشركة المطعون ضدها الأولى (المدعية) والبالغ قدره... جنيتها وأن هذا البيان يعد إقرار قضائياً لا يجوز القضاء بما يجاوز الأمر الذى يعيب الحكم ويستوجب نقضه. وحيث أن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة هذه المحكمة - إنه إذا كان سبب النعى قد تضمن دفاعاً جديداً يخالطه واقع لم يثبت إيداعه أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. لما كان ذلك وكان دفاعاً الطاعنة الورد بهذا السبب هو دفاعاً يخالطه واقع وقد خلت الأوراق مما يفيد سبق تمسكها به أمام درجتى التقاضى ومن ثم يكون ما تضمنه وجه النعى سبباً جديداً لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ومن ثم يكون غير مقبول. (الطعن ٥٥١٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٢٧ لم ينشر بعد)

٣- وحيث أن الطعن اقيم على ثلاث أسباب تتعى الطاعنة بها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك تقول انها تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف بان الدراجة البخارية المتسببة فى الحادث لم تكن مؤمناً عليها وقت وقوعه بتاريخ ١٩٩٧/١١/١٥ وقدمت تأييداً لذلك شهادة رسمية صادرة من إدارة المرور المختصة تفيد بان بداية ترخيص تلك الدراجة فى ١٩٩٦/١٠/١٣ ونهايته فى ١٩٩٧/١٠/١٢ وهى مدة وثيقة التأمين التى يمتد سريانها لمدة ثلاثين يوماً خرى تنتهى فى ١٩٩٧/١١/١٢ اى قبل وقوع الحادث وإنه لا ينال من ذلك سداد الضريبة عن السنة التالية والذى تم فى ١٩٩٧/١١/٣٠ بعد إنتهاء الترخيص والمهلة المحددة لسداد تلك الضريبة وإذ لم يواجه الحكم المطعون فيه هذا الدفاع بما يصلح رداً عليه وقضى بالإلزامها بالتعويض فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك ان النص فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات على أنه "يسرى مفعول الوثيقة عن المدة المؤداة عنها الضريبة ويمتد مفعولها حتى نهاية فترة ثلاثين يوماً التالية لإنهاء تلك المدة... بدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن وثيقة التأمين الإجبارى على السيارات تغطى المدة التى تؤدى عنها الضريبة على السيارة وكذلك تغطى مهلة الثلاثين يوماً التالية لإنهاء المدة كما أن من المقرر أن مناط إلزام شركة التأمين بأداء التعويض لمضرور هو ثبوت وقوع الحادث فى نطاق سريان تلك الوثيقة وأن إغفال الحكم بحث دفاع أيداه الخصم يترتب عليه بطلانه إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهت إليها المحكمة إذ يعتبر هذا الإغفال قصوراً فى أسباب الحكم لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف بأن وثيقة التأمين الإجبارى رقم ٣٠٨٣٢ المؤمن بموجبها لديها على الدراجة البخارية عن الفترة من ١٩٩٦/١٠/١٣ حتى ١٩٩٧/١٠/١٢ لا تغطى الحادث الذى وقع فى ١٩٩٧/١١/١٥ وتسبب فى وفاة مورث المطعون ضدهما وانها قدمت تأييداً لهذا الدفاع شهادة مستخرجة من إدارة مرور ابو حمادة تفيد بأن بداية ترخيص هذه المركبة هو ١٩٩٦/١٠/١٣ حتى

١٩٩٧/١٠/١٢ وان سداد الضريبة والترخيص عن السنة التالية لم يتم الا فى ١٩٩٧/١١/٣٠ وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع - والذي لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى - بقاله أن حكم محكمة أول درجة قد تكفل بالرد عليه مع أنه لم يكن مطروحاً عليها ولم تبحثه ورتب على ذلك قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض فانه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب مما جره للخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه على ان يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٤٩٨٥ لسنة ٧١ جلسة ٢٠٠٢/٢/٤ لم ينشر بعد)

٤- وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك أن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان التزام شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين للمضرور يقتضى أن تكون السيارة التى وقع منها الحادث مؤمناً عليها تأميناً إجبارياً لديها وقت وقوعه بأن تكون وثيقة التأمين الإجبارى سارية المفعول فى هذا الوقت وأن يثبت مسؤولية قائدها عن الضرر وأن إغفال الحكم بحث دفاع أيداه الخصم يترتب عليه بطلان إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهت إليها المحكمة وأن مخالفة الثابت بالأوراق التى تبطل الحكم هى تحريف محكمة الموضوع للثابت مايدا ببعض المستندات أو إبتناء الحكم على فهم حصلته المحكمة مخالفا لما هو ثابت بأوراق الدعوى لما كان ذلك وكان الثابت بمحضر جلسة ٢٠٠١/١٢/١٥ أن الطاعنة دفعت أمام محكمة الإستئناف بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة وكان البين من شهادة البيانات الصادرة من قسم المرور المختص بشأن السيارة ٧١٣١٦ محافظة القاهرة أداة الحادث والمقدمة من المطعون ضدهما انه مؤمن عليها لدى الطاعنة بالوثيقة..... عن الفترة من ١٩٩٢/١٠/٢٩ حتى ١٩٩٣/١٠/٢٩ ولا تغطى الحادث وقت وقوعه والحاصل فى ١٩٩٦/١٠/١٧ وقد خلت الأوراق من دليل على ان تلك السيارة مؤمن عليها لدى الطاعنة فى هذا الوقت فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على دفاع الطاعنة فى هذا الشأن ولم يتناول به بالبحث رغم جوهريته وقضى بإلزامها بالتعويض فإنه يكون فضلاً عن مخالفته للثابت بالأوراق قد شابه القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع مما جره للخطأ فى تطبيق القانون بما ويوجب نقضه نقضاً جزئياً فيما قضى به بالنسبة للشركة الطاعنة على ان يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٤٣٣٠ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١٨ لم ينشر بعد)

٥- وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أن مفاد نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور والفقرة الأولى من المادة الخامسة والمواد ١٦، ١٧، ١٨، ١٩ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن للمضرور من الحادث الذى يقع من السيارة المؤمن عليها تأميناً إجبارياً أن يرجع على شركة التأمين مباشرة لإقتضاء التعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة الحادث مستمداً حقه فى ذلك من نصوص القانون المشار إليه دون اشتراط سابقة صدور حكم بتقرير مسؤولية المؤمن له أو قائد السيارة عن الحادث ودون ضرورة لإختصامهما فى الدعوى ذلك ان التزام المؤمن طبقاً للأحكام سالفة

البيان يمتد إلى تغطية المسؤولية عن أفعال المؤمن له وممن يسأل عنهم وغيرهم من مرتكبي الحادث على حد سواء ومن ثم فلا يشترط لإلزام شركة التأمين بأداء التعويض للمضرور سوى أن تكون السيارة التي وقع بها الحادث مؤمناً عليها لديها وأن يثبت مسؤولية مالكها المؤمن له أو مرتكب الحادث حسب الأحوال بغير حاجة إلى إختصاص أيهما في دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان لعدم صدور حكم سابق بتقرير مسؤولية المؤمن له عن الحادث ولعدم إختصاصه في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه.

(الطعن ١٦٣٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١١ لم ينشر بعد)

٦- من المقرر وحسب مؤدى نص المادة ٥ من القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى... التأمين على السيارات عدا الخاصة منها يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها ولا يفيد من هذا التأمين محصل السيارة النقل العام لانه من عمالها.

(الطعن ٥٦٥٢ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

٧- وحيث أن مما تتعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون - ذلك انها تمسكت أمام محكمة الاستئناف بسقوط الدعوى بالتقادم الثلاثى إعمالاً لنص المادة ٧٥٢ من القانون المدنى إذا أقيمت أمام محكمة اول درجة فى عام ١٩٩٧ بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات من صيرورة الحكم الجنائى نهائياً وباتاً والذى صدر حضورياً بتاريخ ١٩٩٣/١١/٢٥ إلا أن الحكم المطعون فيه قضى برفض هذا الدفع إستناداً إلى أن الحكم الجنائى صدر حضورياً إعتبارياً ومن ثم لا يكون نهائياً إلا بإعلانه للمتهم بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعى سديد ذلك ان النص فى المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (يجب على المتهم فى جنحة معاقب عليها بالحبس الذى يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به أن يحضر بنفسه، أما فى الجناح الأخرى وفى المخالفات فيجوز له أن ينيب عنه وكيلاً لتقديم دفاعه وهذا مع عدم الإخلال بما للمحكمة من الحق فى أن تأمر بحضوره شخصياً) يدل وعلى ماجرى عليه قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة ان المتهم لا يلتزم بالحضور شخصياً فى جنحة معاقب عليها بالحبس الذى لا يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به وهى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٤٦٣ من القانون سالف الذكر مما مفاده أنه إذا صدر الحكم فى مواجهة الوكيل حيث لا يلتزم المتهم بالحضور شخصياً كان الحكم حضورياً ويعتبر هذا الحكم باتاً إذا وفوت المتهم على نفسه ميعاد الإستئناف إذ فى هذه الحالة يتعلق طريق الطعن بالنقض لما كان ما تقدم وكان الثابت بالأوراق أن المتهم (قائد السيارة أداة الحادث) فى الجنحة ١٧٢٠ لسنة ١٩٩٣ مركز جرجا حضر عنه جلسات المحاكمة محام وقضى بتاريخ ١٩٩٣/١١/٢٥ بمعاقبته بالغرامة ومن ثم فان هذا الحكم وعلى نحو ما سلف بيانه يكون حكماً حضورياً واذ صار هذا الحكم نهائياً بعدم إستئنافه خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره فإن الدعوى الجنائية تكون قد إنقضت

بإنقضاء هذه الأيام العشرة في ١٩٩٣/١٢/٥ وبإنقضائها أيضاً يصير الحكم باتاً لانغلاق طريق الطعن بالنقض ومن اليوم التالي لهذا التاريخ يبدأ سريان التقادم الثلاثي المسقط لدعوى التعويض المدنية، وإذا كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدهما أولاً لم ينهضاً لرفع دعواهما المدنية إلا بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٩ فإن الدفع المبدي من الشركة الطاعنة بسقوط الحق في رفعها بالتقادم الثلاثي إعمالاً لنص المادة ٧٥٢ من القانون المدني يكون سديداً، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض هذا الدفع علي سند من أن الحكم الجنائي حضوري إعتباري يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه بالنسبة للطاعنة لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن. وحيث أن نقض الحكم في خصوص قضائه برفض الدفع المبدي من الطاعنة بسقوط دعوى المطعون ضدهما أولاً بالتقادم الثلاثي يترتب عليه نقضه بالتبعية فيما تطرق إليه من قضاء في الموضوع بإلزام الطاعنة بالتعويض بإعتباره مؤسساً علي قضائه بعد تقادم الدعوى وذلك وفقاً للمادة ١/٢٧١ من قانون المرافعات.

(الطعن ٢٤٦٥ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢ لم ينشر بعد)

٨- وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين علي محكمة الموضوع أن تتقيد وتلتزم حدود الطلبات في الدعوى فلا تقضي فيها بما لم يطلبه الخصوم، ولا بأكثر مما طلبوه طالما أنه لم يثبت أن الطلبات التي أقيمت الدعوى علي أساسها قد عدلت، وحسبها أن تقيم قضاءها وفقاً للطلب المطروح عليها بما يكفي لحمله، كما أنه من المقرر أن الطعن بالنقض لا يقبل في حالة الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه إلا إذا كانت المحكمة قد بينت في حكمها المطعون فيه وجهة نظرها فيما حكمت به وأظهرت فيه أنها قضت بما قضت به وهي مدركة حقيقة ما قدم لها من طلبات وعالمة أنه بقضائها هذا المطعون فيه أنها تقضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ومع ذلك أصرت علي هذا القضاء مسببة إياه في هذا الخصوص، وأن العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به، ولا يكفي في ذلك الإشارة إلي طلبه بطلب الصحيفة ما لم تتضمنه الطلبات الختامية بها، لما كان ذلك وكان البين من صحيفة إفتتاح الدعوى أنها تضمنت الطلبات الختامية للمطعون ضدهما بإلزام الطاعنة بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بهما نتيجة وفاة مورثهما، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائي أنه بعد أن استعرض شروط إستحقاق التعويض عن الضرر المادي الموروث ومدي توافرها في الأوراق. إنتهي إلي إلزام الطاعنة بأداء المبلغ الذي قدره عن هذا الضرر للمطعون ضدهما، وسأيره في ذلك الحكم المطعون فيه مسببا إياه علي النحو الذي أورده مع أنه لم يكن مطلوباً وتمسكت الطاعنة في صحيفة إستئنافها بذلك، مما مؤداه أن الحكم المطعون فيه حين قضي بالتعويض الموروث كان مدركاً لقضائه عن بصر وبصيرة وعلم تام بالطلبات المطروحة وهو ما يصلح أن يكون سبباً للطعن بالنقض، ولا يغير من ذلك أن هذا النوع من الضرر قد ورد بصلب صحيفة الدعوى إذ أن ذلك لا يغني عن وجوب إيراده ضمن الطلبات الختامية بها، فلا يكون أمره معروضاً علي

المحكمة، بما يعيبه ويوجب نقضه في خصوص ما قضي به من تعويض موروث للمطعون ضدهما.

(الطعن ٤٩٧٧ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٣ لم ينشر بعد)

٩- وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن المقرر - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم السابق لا يحوز قوة الأمر المقضي فيه بالنسبة للدعوى اللاحقة إلا إذا إتحد الموضوع والسبب في الدعويين فضلاً عن وحدة الخصوم. وكان الثابت من الأوراق أن الخصومة في الاستئناف رقم ١٤٤٤ لسنة ١١٣ ق القاهرة مرددة بين المضرورين وشركة التأمين الطاعنة والشرطة المطعون ضدها المالكة للسيارة وقضي برفض الدفع بسقوط حق المضرورين في مطالبة شركة التأمين والشركة مالكة السيارة بالتعويض بالتقادم الثلاثي وهي دعوى تختلف عن الدعوى الراهنة - التي أقامتها الشركة المطعون ضدها مالكة السيارة رجوعاً بما أدته من تعويض للمضرورين علي شركة التأمين الطاعنة إستناداً لعقد التأمين المحرر بينهما - بما مؤداه إختلاف الدعويين خصوصاً وسبباً فلا يجوز الحكم الصادر في الدعوى السابقة قوة الأمر المقضي بالنسبة للدفع المبدي من شركة التأمين الطاعنة وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض الدفع بسقوط حق الشركة المطعون ضدها في الرجوع علي شركة التأمين بالتقادم إستناداً منه لإلزام الشركتين بالتعويض في دعوى المضرورين قبلهما فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه.

(الطعن ٢٦٠١ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٩ لم ينشر بعد)

١٠- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز أن يختصم في الطعن أمام محكمة النقض من لم يكن خصماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، وكان الثابت من الأوراق أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بجلسة ١٩٩٦/٧/١١ قد قضى بترك الخصومة بالنسبة للشركة المطعون ضدها الثانية، ومن ثم فلا تعد خصماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن الطعن يكون غير مقبول بالنسبة لها.

(الطعن رقم ٥١٢ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٩/١٢/١٢)

* * *

الباب الخامس

الكفالة

الفصل الأول

أركان الكفالة

مادة (٧٧٢)

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بان يفي بهذا الإلتزام إذا لم يلف به المدين نفسه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٨١ لیبی و ٧٣٨ سوری و ١٠٠٨ عراقی و ٦٥٤ سودانی و ١٠٥٣ لبنانی و ٤٧٨ اتونسی.

الأعمال التحضيرية:

عرف الاستاذان بودرى وفال الكفالة بأنها: " عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ إلتزام بأن يعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه على أن يحفظ بحق الرجوع على هذا المدين " ولاشك ان هذا التعريف يفضل التعارف الواردة بالتقنين المصرى أو بالتقنينات الأخرى أو بالمشروع الفرنسى الإيطالى لأنه تعريف واف يبرز عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية وينفى على الأخص كل وجه للخلط بينها وبين التضامن إذ هو يبين أن الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام أصل وأنه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء ولذلك إتخذ المشروع من هذا التعرف أساساً للتعريف الوارد بالمادة على أنه مع ذلك أدخل عليه أربعة تعديلات (١) أضاف أن الكفيل يتعهد للدائن وذلك ليشعر بان الكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن وأن الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتى الدائن والكفيل دون حاجة لرضاء المدين بها مقدما (٢) حذف عبارة " من الغير " وإكتفى بأن يقرر أن الكفيل شخص يضمن تنفيذ إلتزام وذلك منعاً لكل التباس لأنه إذا كان صحيحاً أن الكفيل هو من الغير بالنسبة للإلتزام الأصلى القائم بين الدائن والمدين إلا أنه بالنسبة لعقد الكفالة هو طرف فيه (٣) استبدل بعبارة " الكفيل يقوم بالوفاء إذا لم يؤده المدين " وهى العبارة ذاتها التى إستعملها التقنين المصرى (م ١٩٥ / ٦٠١) عبارة عامة تقرر ان الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام بان يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يلف به المدين نفسه " وطبقاً لهذه العبارة العامة يمكن ان ترد الكفالة كما قال بحق الاستاذ دوهلنس على أى إلتزام مهما كان نوعه مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات. (٤) حذف العبارة الأخيرة " على ان يحفظ بحق الرجوع على المدين " لان حكمها مفهوم بداهة من سياق النصوص مادام المشرع يعرض لرجوع الكفيل على المدين ويحدد شروطه ومداه.

رأى الفقه:

١- يؤخذ من التعريف الوارد بنص المادة ٧٧٢ مدنى أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلي فليس طرفاً فى عقد الكفالة بل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين وبرغم معارضته إذ أن هذا الإلتزام هو الذى يضمنه الكفيل فيجب ان يكون المذكوراً فى وضوح ودقة فى عقد الكفالة وهذا الإلتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود وقد يكون إعطاء شئ غير النقود كما قد يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل فإذا لم يكن الإلتزام المكفول مبلغاً من النقود ضمن الكفيل ماعسى أن يكون على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالإلتزام بإعطاء شئ غير النقود أو من جراء إخلاله بالإلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل.

فالكفالة إذن تفترض وجود إلتزام مكفول وهذا الإلتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالإلتزام الأصلي المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين الأصلي فالكفالة ترتب إلتزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل وإلتزام الكفيل هذا تابع للإلتزام الأصلي.

ولا يعتبر عقد الكفالة: (١) عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير إلتزاماً أصلياً إلتزاماً تابعاً ولا يستطيع أن يحتج بالدفع إلى يحتج بها المنيب على المناب لديه (٢) القابل لكمبيالة وموقعوها، وكلهم ملتزمون إلتزاماً أصلياً بدفع قيمة الكمبيالة ولذلك لا يعتبرون كفلاء. (٣) المدين المتضامن مع مدينين آخرين فإنه يلتزم إلتزاماً أصلياً بالتضامن مع سائر المدينين ولذلك لا يعتبر كفيلاً لهم وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلي فإنه يلتزم إلتزاماً تابعاً لإلتزام المدين الأصلي وذلك يكون كفيلاً له (٤) الوكيل بالعمولة الذى يضمن يسار العميل، يلتزم إلتزاماً أصلياً ولذلك لا يعتبر كفيلاً للعمل (٥) عقد التأمين يسار المدين لا يعتبر عقد كفالة فإن المؤمن لا يضمن يسار المدين بل يلتزم إلتزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين لا بوفاء دين المدين ذاته بل تعويض الدائن عن الضرر الذى يلحقه من جراء إعسار المدين (٦) عقد التعهد عن الغير لا يعتبر عقد كفالة إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير بل إلتزام إلتزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم فقد قام المتعهد بالإلتزامه ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير ولذلك لا يعد كفيلاً له.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- طبعة ١٩٦٩- ص ١٨ وما بعدها)

٢- يبرز التعريف الوارد بالمادة ٧٧٢ مدنى عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية مما ينفى كل وجه للخلط بينها وبين التضامن ويوضح من هذا التعريف: (أ) ان الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتى الدائن والكفيل دون حاجة لرضاء المدين بها (ب) أن محلها يمكن أن يكون أى إلتزام مهما كان نوعه فلا يشترط أن يكون ديناً من النقود مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه بالحكم بالتعويض (ج) ان الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام اصل وانه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٦٨)

٣- من التعريف الوراد بنص المادة ٧٧٢ مدنى يتضح أن الكفالة عقد ينعقد بين شخص يسمى الكفيل وشخص آخر له في ذمة ثالث إلزام فهمي تفترض وجود إلزام ايا كان محله يعبر عنه بالإلتزام الأصلي أو الإلتزام الكفولة وتتعدد بين الكفيل والدائن بهذا الإلتزام الأصلي ويعتبر عنه المشرع بالدائن أما المدين بالإلتزام الأصلي وهو الذى يعبر عنه بالمدين فلا يعتبر طرفاً فى عقد الكفالة.

ومحل الكفالة تعهد الكفيل الدائن بأن يفى بالإلتزام الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه ولا تعنى عبارة: (إذا لم يف به المدين نفسه) أن الكفيل يتعهد بالإلتزام معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين بالوفاء والرأى السائد ان الكفيل يتعهد بحسب الأصل الإلتزام غير معلق على شرط ويرجع عدم إعتبار الإلتزام الكفيل إلتزاماً شرطياً إلى أن الشرط بمعناه الفنى لا يكون إلا أمراً عارضاً يمكن تصور قيام الإلتزام بدونه فى حين أن إلتزام الكفيل بتنفيذ الإلتزام الأصلي يكون حتماً معلقاً على عدم وفاء المدين نفسه بهذا الإلتزام فالكفيل يتعهد بالإلتزام تابع لإلتزام المدين وصفة التبعية هذه هى التى تدل عليها عبارة: (إذا لم يف به المدين نفسه)

(عقد الكفالة - الدكتور مصطفى منصور- طبعة ١٩٦٠- ص ٧ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدين بإسم الشركة مع الغير فى غير أغراضها فإن تعاقدته وإن لم يكن ملزماً للشركة إلا أنه يلزمه شخصياً قبل الغير الذى تعاقد معه وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن الكفالة عقدها منتحلاً فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير الشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير فإن الحكم يكون قد أصاب فى القانون.

(نقض - جلسة ١٩٥١/٦/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٨ - ص ٦٢٥)

٢- الكفالة يمكن أن ترد على أى إلتزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً أو ترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الإلتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقيه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالإلتزام المتعاقد الآخر له حالة تخلف تختلف هذا المدين عن الوفاء به وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بى الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالإلتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ - المرجع السابق- السنة ٢٠ - ص ٦١٦)

٣- عقد الكفالة مقتضاه تعهد الكفيل بأداء مبلغ الدين للدائن إذا لم يوفه له المدين. مقتضى عقد الكفالة ان الكفيل يتعهد بأداء مبلغ الدين للدائن إذا لم يوفه له المدين.

(الطعن رقم ٢٤٨، ٢٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨)

٤- مفاد نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني يدل على أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن يلتزم فيه الكفيل شخصياً بوفاء الدين عند حلول أجله إذا لم يوفه المدين، ولازم

ذلك أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن ليس التزاماً أصلياً وإنما التزام تابع للالتزام المكفول بحيث إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً فإنه لا يكون كفيلاً بل مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام المدين.

(الطعن رقم ١٦٢ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١٢ / ٢٠٠٢)

٥- استخلاص ما إذا كان الالتزام أصلياً - فلا يعتبر الملتزم كفيلاً أو التزاماً تابعا فيعتبر كفيلاً من سلطة محكمة الموضوع ولاسلطان عليها في ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصها سائغاً ولا يخالف الثابت بالأوراق ولاخروج فيه على المعنى الظاهر لعبارات العقد.

(الطعن رقم ١٦٢ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١٢ / ٢٠٠٢)

* * *

مادة (٧٧٣)

لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٨٢ لیبی و ٧٣٩ سوری و ٦٥٥ سودانی و ٥٩ لبنانی و قارن المادة ١٤٧٩ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

لم يعرض التقنين المصرى جرياً على منوال التقنين الفرنسى لإثبات الكفالة بل تركه للقواعد العامة اما التقنيات الحديثة (كالتقنين الألمانى م ٦٧٧ والتقنين السويسرى م ٤٩٣ والتقنين البولونى ٦٣١) فانها تتطلب فى باب الكفالة الدليل الكتابى والواقع انه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن الإلتزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى إلتزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها ولذلك قلما تتم الكفالة عملاً بغير كتابة كما ينذر ان يلجا الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة فلهذه الأسباب قرر المشروع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة الا بالكتابة.

ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل والإلتزام ثابت بالكتابة سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئاً لعجزه عن إثبات الإلتزام الأصلي بشهادة الشهود على أن هذا الإعتراض غير جدى فى الوقوع لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك أما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الإلتزام ذاته أو إشتراط وجود كتابة مثبتة للإلتزام أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدائن الأصلي ومثبتة أيضاً الكفالة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ ص ٤٢٦ و ٤٢٧)

رأى الفقه:

١- يخلص من نصيب المادة ٧٧٣ مدنى ان الكتابة ضرورية لإثبات إلتزام الكفيل ولكنها غير ضرورية لإنعقاد الكفالة لذلك ليست الكفالة بعقد شكلى بل هى عقد رضائى والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات إلتزام الكفيل حتى لو كان الإلتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلاً عشرين جنيهاً فأقل كذلك الكتابة لازمة لإثبات إلتزام الكفيل ولو كان هذا الإلتزام عشرين جنيهاً فأقل حتى لو كان الإلتزام الأصلي أكثر من عشرين جنيهاً ولكن الكفيل لم يكفل منه الا عشرة جنيهاً فأقل ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا بد له فيه كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار والمين وهذان الطريقتان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة.

والسبب الذى دعاد المشرع إلى التشدد فى إثبات رضاء الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذى دعاد المشرع الفرنسى إلى اشتراط أن يكون رضاء الكفيل صريحا: خطوة الكتابة وضرورة التروى قبل الإقدام عليها.

والإثبات بالكتابة ضرورى فيما بين الكفيل والمدين عندما يريد الأول الرجوع على الثانى بعد ان يفى الإلتزام، فلا تشترط الكتابة ويخضع الإثبات هنا القواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينة القرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنبها فأقل كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضروريا حتى فيما بين الكفيل والدائن ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان إلتزام الكفيل تجاريا.

ويجب ان تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الإحتجاج بها على الغير كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلا وكان هناك دائن مرتهن.

(الوسيط. ١٠- للدكتور السنهوري المرجع السابق - ص ٧٨ وما بعدها)

٢- اما المادة ٧٧٣ مدنى فتعرض لإثبات الكفالة وهى مسألة تركها التقنين القديم للقواعد العامة وهذه المادة تتطلب الدليل الكتابى لإثبات الكفالة لا لإنعقادها (قارن المادتين ٧٦٦ المانى و ٤٩٣ سويسرى) ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصى بشهادة الشهود وقد قصد المشرع من تقييد إثبات الكفالة على هذا النحو حماية الكفيل بإقتضاء أن يستند إلتزامه وهو أساسا من الإلتزامات التبرعية إلى رضاء صريح قاطع يرجع إليه مدى إلتزامه ونوع كفالاته.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة المرجع السابق - ص ٥٦٨ و ٦٩٥)

٣- يكون المشرع قد خرج بنص المادة ٧٧٣ مدنى على القواعد العامة إذ يجوز بحسب الأصل إثبات التصرف القانونى الذى لا تزيد قيمته على عشرين جنبها بالبينة فى حين ان الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة أيا كانت قيمة الإلتزام المكفول.

وهذه القاعدة الإستثنائية مستحدثة فى القانون المدنى الجديد احتذى فيها المشرع حذر التقنيات الحديثة وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدى تبريرا لها: " الواقع انه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لان إلتزام الكفيل هو أساسا من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع وقد يكون من العسير بل قد يستحيل احيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى إلتزامه ونوع كفالاته عن طريق شهادة الشهود وحدها ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة كما يندر أن يلجا الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة..."

ولما كانت المحكمة من اشتراط الكتابة هى حماية الكفيل فالمسلم انها لا تلتزم إلا لإثبات رضاه وحده بالرغم من أن النص يقول: " لا تثبت الكفالة والواقع أنه إذا ما توزع فى وجود الكفالة فذلك لا يكون إلا من الكفيل لأنه هو الملتزم. وكما تلزم الكتابة لإثبات إنعقاد الكفالة، فهى لزم الكفيل بإبرام الكفالة نفسها وكذلك تلزم الكتابة لإثبات أى تعديل فى عقد الكفالة يقتضى تدخل الكفيل.

وإذا كان رضاء الكفيل بالكفالة لا يثبت إلا بالكتابة إلا أن القاعدة العامة فى الإثبات تجيز إثبات هذا الرضاء بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا فقد الدائن

سندھ الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك تقضى القواعد العامة فى الإثبات بإعفاء الدائن من إثبات الكفالة إذا أقر بها الكفيل أو نكل عن اليمين الحاسمة أو ردها الدائن.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق- ص ٥٠٤ و ٥٠٥)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- من حيث ان الثابت من الاواق ان مجلس ادارة الهيئة العامة للسكك الحديدية كان قد وافق بجلسته المنعقدة فى ١٨ من ابريل سنة ١٩٥١ على الحاق عشر فتيات من كريمات العاملين بالهيئة بمدرسة التمريض التابعة لمبرة محمد على بمصر القديمة لتعليمهن فى التمريض تمهيدا لتعيينهن عند اتمام انشاء المستشفى الجديدة للهيئة وعلى ان تكون مدة الدراسة ثلاث سنوات وان تدفع الهيئة المذكورة للمدرسة ثلاثة جنيهاً شهرياً مقابل غذاء وكساء ومبيت كل طالبة بالمدرسة واشترط للالتحاق بهذه المدرسة ان تكون الطالبة حاصلة على شهادة الابتدائية او ما يعادلها والا يقل سنها عن ١٨ سنة ولا يزيد عن ٢١ سنة، وان توقع تعهداً تلتزم فيه بالخدمة بعد تخرجها بمستشفى الهيئة لمدة خمس سنوات على الاقل. وقد تقدمت المدعى عليها الاولى للالتحاق بهذه المدرسة ووقعت اقراراً وتعهداً "تضمن التزامها بخدمة مستشفى الهيئة المذكورة بعد تخرجها وذلك لمدة خمس سنوات على الاقل، كما وقع على الاقرار المشار اليه، المدعى عليه الثانى بوصفه "والد الطالبة وولى امرها" وقد استمرت المدعى عليها الاولى فى الدراسة مدة ٢٤ يوماً ١ شهر ٣ سنة من ٢ من يناير سنة ١٩٥٢ حتى ٢٦ من فبراير سنة ١٩٥٥ ثم انقطعت عن الدراسة دون سبب او عذر مقبول.

ومن حيث ان المادة (٧٧٣) من القانون المدنى تنص على انه لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الاصلى بالبينة فان مقتضى ذلك ان يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين رضاء واضحاً لا غموض فيه، ولما كان التعهد الذى وقعه كل من المدعى عليها الاولى والمدعى عليه الثانى لم يتضمن ما يفيد كفالة المدعى عليه الثانى للمدعى عليها الاولى، فانه يسوغ الامر كذلك القول بان المجنى عليه الثانى قد كفل المدعى عليها الاولى فى المبلغ المطلوب، وينتفى تبعا لذلك الادعاء بان توقيع المدعى عليهما على التعهد المذكور ينطوى على تضامنهما فى اداء الالتزام اخذاً فى الاعتبار ان الثابت ان المدعى عليه الثانى وقع التعهد بوصفه ولياً على ابنته المدعى عليها الاولى التى كانت قاصراً عندئذ.

ومن حيث انه لما كان المدعى عليه الثانى قد وقع التعهد المشار اليه بجانب توقيع كريمته المدعى عليها الاولى بصفته ولياً طبيعياً عليها، وكانت الولاية نوعاً من انواع النيابة القانونية تحل بها ادارة الولى محل ادارة القاصر مع انصراف الاثر القانونى الى ذلك الاخير، فان اثر التعهد ينصرف الى المدعى عليها الاولى وحدها، واذ ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب وقضى بالزام المدعى عليه الثانى بضمان المدعى عليها الاولى فى اداء المبلغ المحكوم به فانه يكون خالف القانون ويتعين لذلك تعديله برفض الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الثانى.

(الطعن رقم ٨٢١ - لسنة ١٦ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٠٦ / ١٩٧٥)

مادة (٧٧٤)

إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأمينا عينياً كافياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٨٣ لیبی و ٤٧٠ سورى و ٦٥٦ سودانى و ١٠٦٨ اللبنانى.

الأعمال التحضيرية:

تقابل هذه المواد والمادة ١١٤٠ في التقنين الحالى المادة ٥٠٠ / ٦١٠ التى توجب إستبدال الكفيل إذا أعسر والمادة ٥٠١ / ٦١١ التى تقرر ان الإلتزام بتقديم كفيل بتنفيذ طبقاً للأوجه المقررة بقانون المرافعات ومما يعاب عن هذه النصوص أنها أحلت فيها يتعلق بكيفية الوفاء بالإلتزام بتقديم كفيل عن تقنين المرافعات مع أنه من الواجب أن يعرض التقنين المدنى لذلك بنص صريح لأن الأمر يتعلق بالموضوع لا بالشكل كذلك يؤخذ على التقنين الحالى أنه لم يذكر الشروط الواجب توافرها فى الكفيل والمشروع يستدرك هذا النقص.

والمادتان ١١٤١ و ١١٤١ مكررة نقلهما المشروع عن المادتين ٧٦٥ و ٧١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهما تعرضان لبيان الشروط الواجب توافرها فى الكفيل فيجب أن يكون مقيماً فى مصر وذلك مراعاة لمصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل كذلك يجب أن يكون موسراً وفى تقدير ذلك اليسار ينظر المشروع الفرنسى الإيطالى (٧١٦م) إلى أمواله العقارية لأن المنقولات فضلاً عن سهولة إخفائها يصعب الإستدلال عليها والتثبت من ملكيتها على أن اللجنة لم تر هذا الرأى بل قررت وجوب التسوية بين العقارات والمنقولات من هذه الناحية ولذلك أقرت نص المادة ٧١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى بعد حذفى عبارة الجائز رهنها رهنأ تأميناً.

أما المادة ١٤٢ فإنها تطابق المادة ٧١٨ من المشرع الفرنسى الإيطالى والتقنين الفرنسى ينص فى المادة ٢٠٤١ عن أنه "يجوز لمن لا يمكنه الحصول على كفيل أن يقدم رهن حيازة منقولاً" أما التقنين المصرى فإنه لم يعرض لحالة تقديم تأمين عينى بدلاً من الكفالة ولعل السبب فى ذلك أن المادة ٥٠١ / ٦١١ أحالت على تقنين المرافعات الذى ينص فى ٣٩٩ / ٤٥٨ منه على أنه "فى الأحوال التى يجب فيها تقديم كفيل يكون للملتزم الخيار بين ان يأتى بكفيل مقدر أو يودع فى صندوق المحكمة من النقود أو السندات ذات القيمة ما يساوى المحكوم به" ويعاب على هذا النص إنه لم يذكر سوى النقود والسندات ذات القيمة مع جمع أن التأمين العينى قد يرد على أموال أخرى منقولة أو عقارية ولم يرغب المشروع من ناحية أخرى فى إقتباس نص التقنين الفرنسى لما به من غموض أوجد مجالاً للنزاع ولذلك قرر نصاً صريحاً ينطبق على

كل أنواع الكفالة ويجيز للملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلا منه تأمينا عينيا من أى نوع كان بشرط أن يكون كافيا.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٤٣١ و ٤٣٢ و ٢٣٣ و ٤٣٥)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٧٤ مدنى أن المدين قد يكون ملزماً بتقديم كفيل فعليه أن يقدم كفيلاً توافرت فيه شروط معينة ومصادر إلزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة: القانون والقضاء والإتفاق.

فيكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بحكم القانون فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك ومن هذه الأحوال ما نصت عليه المواد ١/٩٩٢ و ٩٩٨ و ٢/٢٧٣ و ١/٢٧٤ و ٤٥٧ من القانون المدنى وكذا المواد ٥٨٨ و ٦٠٥ و ٦٠٨ و ٨٩٥ و ١٠١٠ مدنى والمادتين ٢٨٩ و ٢٩٠ مرفعات.

ولكن المدين ملزماً بتقديم كفيل إذا إتفق مع الدائن على ان يقدم له كفيلاً بالدين وعند ذلك يكون مصدر إلزام المدين بتقديم الكفيل هو الإتفاق.

وسواء كان مصدر إلزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الإتفاق فان المدين يكون ملزماً بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذى عليه الدائن ويشترط القانون فى الكفيل شرطين نصت عليها المادة ٧٧٤ مدنى إذا نقول: إذا إلترم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر ... فالشرطان هما.

(١) يسار الكفيل: فيجب ان يكون الكفيل موسراً أى قادراً على الوفاء بالدين الذى كفه إذا إقتضت الحالة ذلك والمدين الذى قدم الكفيل هو الذى يحمل عبء إثبات يساره فيثبت ان الكفيل مالا ولو شائعاً عقاراً أو منقولاً أو كليهما يستطيع أن يستوفى الدائن منه حقه وللدائن أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهوله إخفائه أو لأى سبب اخر فيستبعد من مال الكفيل الذى يضمن المدين كذلك إذا كان المال مرهوناً أو متقلاً بحق عينى آخر كحق إنتفاع وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو إنتفاع أو غير ذلك والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠١٩) يشترط ان يكون مال الكفل الذى يثبت يساره عقاراً لا منقولاً مالم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زمن فيصح ان يكون مال الكفيل منقولاً ولم يشترط التقنين المدنى المصرى هذا الشرط وخيراً فعل فيصح أن يكون مال الكفيل منقولاً كان يكون أسهماً أو سندات أو فيما منقولة أخرى أو منقولاً ذا قيمة كمجوهرات اوحلى غير ذلك.

(٢) إقامة الكفيل فى مصر: حتى تسهل مقاضاته عند الإقتضاء وليس يلزم أن يكون مقيماً فى موطن المدين كما يشترط التقنين المدنى الفرنسى بل يكفى أن يكون مقيماً فى أى مكان فى مصر وشرط إقامة الكفيل فى مصر كاف ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يصح أن يكون أجنبياً ما دام مقيماً فى مصر كما لا يشترط فى الكفيل أن يكون متوافر على حسن السمعة اوعدم الميل إلى الخصومة والتاسى مالم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الإلتزام هو الإتفاق.

فإذا توافر في الشخص هنا الشرطان صح للمدين تقديمه كفيلًا ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة فإذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفي المدة التي تبقى فيها الكفالة قائمة بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر وجب على المدين تقديم كفيل آخر يحل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه باستثناء حالة ما إذا كان الدائن قد إشتراط شخصاً معيناً لكفالة الدين ففي هذه الحالة يكون الدائن هو الذي طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الذي طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة وإذا أعسر الكفيل إعساراً جزئياً حاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الأول وتقديم كفيل آخر أو إكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملئ ولم يكن هذا ملئاً منذ البداية ولا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذي قدمه لأن الإلتزام هذا الأخير يبقى في تركته وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا تحدث ذمة المدين وذمة الكفيل ما دام مال كل من الإثنين قد انضم إلى مال الآخر وأصبح المالان خاضعين لحق الدائن.

وتقول المادة ٧٧٤ مدني سالفه الذكر أن للمدين: " أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً ويخلص من ذلك أن المدين إذا كان ملتزم بموجب القانون أو الإتفاق بتقديم كفيل لدائنه فإن له أن يثمم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً كرهن رسمي أو رهن حيازي فيستطيع المدين أن يرهن رهناً حيازياً تأميناً للدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً أو منقولات أخرى ذات قيمة كما يستطيع أن يرهن قيماً منقولة لحاملها عن طريق التسليم المادي أو قيماً منقولة أسمية عن طريق التحويل أو قيماً منقولة إذنية عن طريق التطهير ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه بدلاً من الكفالة الشخصية، عقاراً أما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ولا شئ يمنع من أن يكون التأمين العيني الكافي الذي يحل محل الكفيل الشخصي مرتباً على مال الغير برضاء هذا الغير كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافي بتأمين عيني فيتخلص من الكفالة الشخصية التأمين العيني تأمين كاف للدين هذا وقد وردت في تقنين المرافعات نصوص خاصة بتقديم الكفالة في حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية فيجب تطبيق هذه النصوص في الدائرة المرسومة لها وهي المواد ٢٩٢ و ٣٩٣ و ٢٩٤ مرافعات.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٨ وما بعدها)

٢- لم يذكر التقنين المدني القديم الشروط التي يجب توافرها في الكفيل وأن كان يفهم ضمينا من المادة ٥٠٠ / ٦١٠ منه أن الكفيل يجب أن يكون موسراً وكذلك يؤخذ على هذا التقنين أنه حال فيما يتعلق بكيفية الوفاء بالإلتزام بتقديم كفيل على تقنين المرافعات مع أن هذه المسألة تتعلق بالموضوع لا بالشكل فمن الواجب أن يعرض لها التقنين المدني بنص صريح.

وقد تفادى المشرع هذه المأخذ بأن بين في المادة ٧٧٤ مدني الشروط التي يجب توافرها في الكفيل وكيفية الوفاء بالإلتزام بتقديمه.

وقد تبين لنا من الرجوع إلى التعديلات التي أدخلت على هذه المادة أن مجلس النواب كان قد اقترح حذف عبارة: "ومقيماً في مصر" إكتفاء بأن تكون الكفيل أموال في مصر يجوز للتنفيذ عليها وقد أقر مجلس الشيوخ هذا الحذف ولكن هذه العبارة عادت فظهرت عند نشر القانون في الوقائع المصرية ولا ندري أن كان أبراه ما عن سهو أو عن قصد ونحن على أي الحاليتين مقيدون بالنص الرسمي المنشور حتى يصدر مرسوم بتعديله مع أن حذف أمر مرغوب فيه إذ العبرة بأموال الكفيل لا بشخصه ولا يتأثر هذا الإعتبار بمحل إقامته.

أما مسألة الإستعاضة عن الكفيل فقد صرح المشرع للملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلاً منه تأميناً عينياً من أي نوع كان بشرط أن يكون كافياً.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق ص ٥٦٩ و ٥٧٠)

٣- إلزام المدين بتقديم كفيل سواء بنص المادة أو بحكم القاضى أو بالإتفاق فيجب أن ينفذ هذا الإلتزام على الوجه الذى يحقق الغرض منه، ولهذا يشترط القانون فى الكفيل الذى يقدمه المدين شروطاً خاصة ومن ناحية أخرى فإذا كان الغرض من الإلتزام بتقديم كفيل هو الوصول إلى ضمان تنفيذ الإلتزام فيكفى لتحقيق هذا الغرض أن يقدم الملتزم تأميناً كافياً غير الكفالة لهذا نص المشرع فى المادة ٧٧٤ مدنى على أنه: "إذا إلزام المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً" وهذه الأحكام هى:

أولاً - فيما يتعلق بالشروط التى يلزم توفرها فى الكفيل صرح المشرع بشرطين لم يعرض لشرط ثالث لبداهته:

١- فيشترط أولاً بنص المادة ٧٧٤ مدنى أن يكون الكفيل موسراً وبسر الكفيل يعنى أن يكون لديه من أمواله العقارية أو المنقولة ما يكفى للوفاء بالإلتزام المضمون والحكمة فى هذا الشرط ظاهرة، فإذا لم يكن الكفيل موسراً ما حقق تنفيذ الإلتزام بتقديم كفيل الغرض منه وتقدير يسر الكفيل مسألة موضوعة تفصل فيها المحكمة إذا نازع الدائن فى ذلك، وبديهى أن المحكمة لا تدخل فى إعتبارها ما لدى الكفيل من أموال لايجوز الحجز عليها كما لا تدخل فى ما ثقل أموال الكفيل من حقوق وتكاليف تنقص من قيمتها ولكن هل تدخل فى إعتبارها ما يوجد من أموال الكفيل فى الخارج؟ ليس فى المادة مايدل على وجوب الإعتداد فقط بالأموال الموجودة فى مصر وليس فى الأعمال التحضيرية ما يبين العلة فى تغيير ما ورد فى المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ونظراً لعموم النص وترك مسألة يسر الكفيل لتقدير القاضى فلا محل لإشتراط وجود أموال للكفيل فى مصر تكفى للوفاء بالإلتزام وان كنا نرى أنه كان الأفضل الإبقاء على هذا الشرط الذى يبدو لنا أولى بالتقرير من شرط إقامة الكفيل فى مصر وعلى العموم فالأمر متروك للقاضى الذى له الا يعتد بأموال الكفيل الموجودة فى الخارج تيسيراً على الدائن.

وعند المنازعة فى يسر الكفيل يقع على المدين وهو الملتزم بتقديم كفيل موسر، أن يثبت وجود ما لدى الكفيل من أموال تكفى للوفاء بالإلتزام الذى يراد كفالته وعلى

الدائن إذا ادعى أن هذا الكفيل مديناً أن يثبت وجود هذه الديون وعلى ضوء ما يثبتته كل منهما يقدر للقاضي مدى يسر الكفيل.

٢- ويشترط ثانياً، بنص المادة ٧٧٤ مدنى أن يكون الكفيل الذى يقدمه المدين متواطناً فى مصر وإذا كان النص يقول: " ومقيماً فى مصر " فالمسلم أن المقصود هو الإقامة المعتادة أى التوطن، تكفى الإقامة العارضة والحكمة من هذا كما تقول المذكرة الإيضاحية هى مراعاة مصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل ولهذا فلا يلزم أن يكون الموطن العام للكفيل فى مصر بل يكفى أن يكون له فيها موطن مختار لتنفيذ الكفالة.

٣- وبالإضافة إلى الشرطين السابقين يشترط أن يكون الكفيل كامل الأهلية لإبرام عقد الكفالة وهذا شرط لم ير المشرع داعياً للنص عليه لبدايته فتنفيذ الإلتزام بتقديم كفيل لا يتم ويبرى المدين من هذا الإلتزام الا إذا كانت الكفالة صحيحة وهوما يقضى ان يكون الكفيل اهلاً للكفالة.

ثانياً - ولما كان الغرض المقصود من إلزام المدين بتقديم كفيل إيا كان مصدر هذا الإلتزام هو ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلى فانه يكفى لتحقيق هذا الغرض ان يقدم المدين تأمينا آخر يقوم مقام الكفالة ولهذا نص المشرع فى المادة ٧٧٤ مدنى بعد بيان شروط الكفيل الذى يقدمه المدين على أنه.... وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً على عقار أو منقول ومسالة كفاية التأمين العينية مسالة موضوعية يقدرها القاضى عند المنازعة.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ١٨ وما بعدها)

* * *

مادة (٧٧٥)

تجوز كفالة المدين بغير علمه، ويجوز أيضاً رغم معارضته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٨٤ لیبی و ٧٤١ سورى و ٦٥٧ سودانى و ١٠٦٢ لبنانى و ١٤٨٨ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧١٢) وهى تقرر الحكم الوراد بالتقنين المصرى (م ٤٩٥ فقرة الأخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة مادامت الكفالة مقدار بير الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتهما دون حاجة لرضاء المدين أو هذه وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج هذا الصدد عن أحكام الشريعة الاسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاء من حق الرجوع عليه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ - ص ٤٤٢)

رأى الفقه:

١- الكفالة عقد طرفاء الكفيل والدائن اما المدين فليس طرفاً فيه المطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفى العقد ولا حاجة إلى رضاء المدين فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن وذلك دون إذن من المدين بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها دون علم المدين وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها وذلك بالرغم من معارضة المدين والفرق ما بين هذه الصورة بمجرد توافق إرادتى الكفيل والدائن وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفى عنه الدين فإذا كانت الكمبيالة قد عقدت بإذن المدين رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ولكن دون إذنه رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

على أن الكفالة تعقد بإذن المدين بل بناء على طلبه إذا أن الكفيل انما يتقدم لمساعدته بكفالاته فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه إلى الكفيل ليكلفه فإذا رضى الكفيل بكفالاته عقد الكفالة مع الدائن دون تدخل المدين أو كما يقع فى كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بامضائه أنه كفيل فإذا ما فعل شيئاً من ذلك ثم وفى الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة إذ أن طلب المدين من الكفيل تعتبر توكيلاً فى الكفالة وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين متضامناً معه وللکفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين على ما سيأتى من أحكام ذلك وقد يكون الكفيل متضامناً مع المدين ومع الكفلاء الآخرين وفى هذا ضمان قوى للدائن إذ

يضم إلى ذمة مدينه ذم كفلاء متعددين ويجعل هذه الذم جميعا ومنها ذمة مدينه متضامنه.

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل او المصدق فيكون هناك عقدان احدهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد والثاني بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل وينزل منزلة الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلي. ولما كانت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن فانها تقتضى التراضى بين الكفيل والدائن فيتنفق الإثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي ولا يكفى رضاء الكفيل وحده بل يجب أيضا حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمناً وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالاته كما هو فى الغالب وذلك كعقد الهبة لابد فيه من رضاء الموهوب له.

أما رضاء الكفيل فجوهري لان الكفيل هو الذى يلتزم بعقد الكفالة ولا بد ان يرضى الكفيل بالكفالة ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً واضحاً على أن رضاء الكفيل بالكفالة قد يتخذ اية صورة من الصور ما دام رضاء واضحاً فقد يبرم الكفيل عقد الكفالة بينه وبين الدائن وقد يمضى سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل للمدين وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل للدائن يكفل فيه المدين وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأى تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة.

ويصح ان يتم التراضى بين الكفيل والدائن لاعن عقد الكفالة بل على وعد الكفالة ولكن لا بد أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة اما إذا صدر الوعد للمدين لا للدائن وقبله المدين جاز للدائن أن يستخلص من ذلك إشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الإشتراط إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده.

والكفالة من عقود التراضى لا يشترط إنعقادها شكل خاص بل كل تعبير عن الإدارة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفى لإنعقادها ورضاء الكفيل - باعتباره متبرعاً - يجب أن يكون صريحاً اما الدائن فيكفى أن يستخلص رضاءه من الظروف والقرائن ولذلك جاز ان يكون قبول الدائن بالكفالة قبولاً ضمناً.

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية أو كميالية أو سند إذنى والأصل أن إلزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو إلزام أصلى لا إلزام كفيل تابع ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن أن يوقع له كميالية أو سند إذنياً على سبيل الكفالة ويكون الكفيل فى هذه الحالة متضامناً مع المدين ولكن تسرى على أحكام الكفيل وبخاصة فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفى الإحتجاج على الدائن ما أضاعه هذا بخطئه من الضمانات.

(الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهوري- المرجع السابق - ص ٧٠ وما بعدها)

٢- تقرر المادة ٧٧٥ مدني نفس الحكم الوارد في التقنين القديم وهو مخالف لأحكام الشريعة الغراء. فما دامت الكفالة عقد بين الكفيل والدائن فطبيعى أن تتم بتوافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه ومودى ذلك ألا يحرم الكفيل الذى يضمن المدين دون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق - ص ٥٧١)

٣- الكفالة كغيرها من العقود تتعقد برضا طرفيها وتخضع فيما يتعلق بوجود الإرادة وصحتها وما يترتب على تخلف شرط من الشروط في هذا الصدد للقواعد العامة.

ففيما يتعلق بالإرادة التي ينعقد بها العقد يؤدي تطبيق القواعد العامة على الكفالة إلى أنها تتعقد بإرادة طرفيها الكفيل والدائن أما المدين فليس طرفاً في العقد وبالتالي فتدخله غير لازم لإنعقاده فيمكن أن تتعقد الكفالة دون علمه أو حتى رغم معارضته ونص المادة ٧٧٥ مدني في هذا الشأن محض تطبيق للقواعد العامة فبالإضافة إلى أن المدين ليس طرفاً في العقد مما يجعل تدخله أو معارضته غير ذي أثر في إنعقاده فالقاعدة أن الوفاء بالتزام يصح من غير المدين ولو لم تكن له مصلحة فيه ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته والكفالة ليست سوى تعهد بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه فيصدق عليها حكم هذه القاعدة بطريق القياس.

وبالنسبة لتعبير الكفيل عن إرادته فنظراً إلى خطورة الكفالة بالنسبة إليه تشترط بعض التشريعات ومنها القانون الفرنسي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ولم يرد في القانون المصري نص يتطلب التعبير الصريح ومع هذا يذهب أكثر الفقهاء إلى أن رضا الكفيل يجب أن يكون صريحاً مستندياً في ذلك أولاً إلى الخطورة الكفالة بالنسبة إلى الكفيل إلى أن المشرع يشترط الكفالة لإثبات الكفالة وأخيراً إلى عبارة وردت في المذكرة الإيضاحية إذ تقول تعليم على النص الخاص بعدم جواز الإثبات إلا بالكفالة والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة لخروج على القواعد العامة في الإثبات لأن إلتزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع.

ويرى البعض - ومنهم الدكتور منصور مصطفى منصور - عدم الأخذ بحكم القانون الفرنسي فلا يمكن القول بإشترط أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته صريحاً لعدم وجود نص على ذلك وإذا كانت الحكمة من تطلب رضا الكفيل صراحة هي حمايته نظراً لخطورة الكفالة بالنسبة إليه فإن هذه الحماية تتحقق بما نصت عليه المادة ١٥١ مدني من أن الشك يفسر لمصلحة الملتزم (الكفيل)

(عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٥ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته إلا أن إلتزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للإلتزام الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - مدني ص ١٤٨٢)

مادة (٧٧٦)

لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفولة صحيحة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٨٥ لیبی و ٧٤٣ سوری و ٦٥٨ سودانی و ١٠٥٦ لبنانی و ١٤٨٢ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق - بالأعمال التحضيرية - الوارد على نص المادة ٧٧٧ مدنى.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٧٦ مدنى أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب الإلتزام فى ذمة الكفيل بضمان الإلتزام المكفول يجب أن يكون هذا الإلتزام الأخير ذاته صحيحاً ويكون الإلتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدى أو تولد من مصدر عقدى وكان العقد الذى ولد منه عقداً صحيحاً.

ويجب هنا التمييز بين فرضين:

الأول - ان يلتزم شخص بوفاء إلتزام فى ذمة الغير فيؤمن اللدائن بذلك وفاء الإلتزام وفى هذا الغرض لا يكون هذا الشخص كفيلاً بل يكون مديناً أصلياً تعهد بوفاء إلتزام الغير للدين ولا يهم فى هذه الحالة أن يكون إلتزام الغير صحيحاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال مادام الملتزم بوفائه قد إلتزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلاً ويؤول ذلك عن أن الملتزم بالوفاء قد إلتزم نحو الدين بأن المدين يمسك بأوجه البطلان فى الدين وبأنه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله فإن إلتزام بالوفاء يقوم نفسه بوفاء هذا الدين الباطل أو القابل للإبطال ومن ثم لا يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً بل مديناً أصلياً ويصح أن يكون الدين الذى إلتزم بوفائه باطلاً أو قابلاً للإبطال ولو كان إلتزم بالوفاء كفيلاً أى أن إلتزامه تابع للدين الأصلي لا يمكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلي أو بإبطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلي نفسه.

الثانى - أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً لا مديناً أصلياً، فيكفل المدين الأصلي فى الوفاء بإلتزامه وهذا هو الفرض الذى يعيننا هنا إذ أن إلتزام الكفيل يكون تابعاً للإلتزام الأصلي المكفول ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحاً كما يقول نص المادة ٧٧٦ مدنى فإذا كان الإلتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلي ان يتمسك بهذا الدفع فيعلن بطلان الإلتزام الأصلي أو يبطله ومن ثم يصبح الإلتزام الكفيل باطلاً.

وهذا ما قصدت إليه لجنة مجلس الشيوخ إذ قالت فى تقريرها: وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل ان الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الإلتزام الأصلي باطلاً متى إنصرفت النية إلى تأمين الدين من خطر التمسك بالبطلان ولهذا روى أن يقتصر

النص على الحكم الكفالة التي يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالإلتزام وهى تفترض طبيعته الحال أن يكون الإلتزام المكفول صحيحاً.

ويؤخذ مما تقدم أن كفالة الإلتزام الباطل تكون هى أيضاً باطلة كالإلتزام المكفول والمفروض فى ذلك أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلًا لا باعتباره مدينًا أصليًا فإذا كان الإلتزام المكفول فى هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً كانت الكفالة وهى تابعة له باطلة مثله وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدنى على أن: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين " وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ومن الأوجه التى يحتج بها المدين الأصل بطلان إلتزامه المكفول فللكفيل أيضاً أن يحتج بهذا البطلان، فتكون كفالة الإلتزام الباطل باطلة مثله.

ولا يكون الإلتزام باطلاً إلا إذا كان إلتزاماً عقدياً أما الإلتزام غير العقدى فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذى يتكفل بإنشائه وبإستاده من مصدره فلا يكون باطلاً فالإلتزام الباطل إذن هو الإلتزام الذى يراد إنشاؤه بعقد باطل والعقد يكون باطلاً إذا احتل احد أركانه، فإندام ركن التراضى مثلاً أركان محله غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون.

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة من ذلك دين المقامرة أو الرهان ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً والدين الذى يكون محله غير موجود أو مستحيلاً أو غير مشروع والدين الذى يقوم على سبب غير مشروع والدين الذى يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلية والدين الذى يكون مصدره هبة باطلة فى الشكل كل هذه ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل وعلى ما تجوز كفالتها، ويكون إلتزام الكفيل فى هذه الحالة باطلاً بطلان الإلتزام الأصلى المكفول.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٣٩ ومابعدها)

٢- تقرر المادة ٧٧٦ مدنى أن حكم الكفالة هو حكم الإلتزام المكفول فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الإلتزام صحيحاً ولو إنصرفت النية إلى تأمين الدائن من التمسك ببطلان الإلتزام الأصلى.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٧١)

٣- إذا كان محل إلتزام الكفيل هو تنفيذ الإلتزام الأصلى فإن شرط الامكان يقتضى وجود إلتزام أصلى يضمن الكفيل تنفيذه فإذا لم يوجد إلتزام يضمنه الكفيل كان محل إلتزام الكفيل مستحيلاً فى ذاته وبالتالي يعتبر عقد الكفالة باطلاً فالصفة التبعية للإلتزام الكفيل تحول دون نشوئه إذا لم ينشأ الإلتزام الأصلى وتطبيقاً لهذا الشرط نصت المادة ٧٧٦ مدنى على أنه: " لا يكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان إلتزام الكفالة صحيحاً " وعلى هذا إذا كان الإلتزام الأصل ناشئاً عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً أياً كان سبب البطلان فلا تتعد الكفالة أى تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٩ و٣٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الكفالة يمكن أن ترد على أي التزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره ما دام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات، وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقيه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به، وفي هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما.

(الطعن رقم ١٩٢ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٤ / ١٩٦٩)

٢- حيث أنه بالرجوع إلى التعهد آنف الذكر، يتضح أنه خال فعلاً من توقيع للمدعي عليه الأول، وأنه تضمن توقيعاً على الشق الثاني منه منسوباً إلى مورث المدعي عليهم (والد المدعي عليه الأول)، مصداقاً عليه من اثنين من المشايخ، اللذين صدق على إمضاءيهما مأمور مركز الشرطة بتاريخ ٢ / ١٠ / ١٩٥٥، وفيه يتعهد الوالد بطريق التضامن مع المدعي عليه الأول، بدفع مصروفات التعليم بمعهد المعلمين الكائن بمبنى المدرسة الجامعة للصناعات بمصر الجديدة، بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية أو جزء منها، إذا لم يقيم المدعي عليه الأول بالتدريس مدة الخمس سنوات التالية لإتمام الدراسة به: حسب الشروط التي تقرها وزارة التربية والتعليم - وبالرجوع إلى شهادة ميلاد المدعي عليه الأول، المودعة ضمن مصوغات تعيينه، في ذات الملف المقدم من إدارة قضايا الحكومة، يتضح أنه مولود في ١٣ / ٧ / ١٩٣٢.

ومن حيث أنه يبين من ذلك أن المدعي عليه الأول كان بالغاً سن الرشد في تاريخ تحرير ذلك التعهد، ومع ذلك لم يوقع عليه مما لا يتأتى معه القول بنشوء الالتزام الوارد فيه قبله خاصة وأن إدارة قضايا الحكومة قررت بجلسته ٣١ / ١٠ / ١٩٧١ أمام المحكمة، عدم وجود لائحة تلزم المدعى عليه الأول برد مصروفات دراسته بالمعهد آنف الذكر، في حالة عدم قيامه بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، كما أن محامى المدعي عليهم لم يبد دفاعه في الدعوى على أساس التسليم بقيام التزاماتهم الواردة بالمعهد المذكور، بل على النقيض من ذلك أنكر قيام هذه الالتزامات، بل وأنكر توقيع أي من المدعى عليه الأول أو المرحوم والده على هذا التعهد. فلا يكفي مجرد التحاق المدعي عليه الأول بذلك المعهد وقبول الوزارة المدعية ذلك، القول بانقضاء عقد غير مكتوب بين المدعي عليه الأول وهذه الوزارة يتضمن التزام المدعي عليه الأول بالقيام بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، وإلا التزم برد جميع مصروفات دراسته بالمعهد المذكور بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية - مما يتعين معه رفض الدعوى بالنسبة إلى المدعى عليه الأول.

ومن حيث أنه بالنسبة للمرحوم والد المدعي عليه الأول ومن بعده ورثته، فإنه بغض النظر عن إنكار محامى ورثته لتوقيعه الوارد في الشق الثاني من التعهد سالف الذكر فإن تكييف وضعه قانوناً في هذا التعهد، أنه كفيل متضامن، على ضوء نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني مما يجوز له معه، تطبيقاً للمادة ٧٩٤ من هذا القانون،

التمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين. والمادة ٧٧٦ من هذا القانون تنص على أنه "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". كما أن المادة ٧٨٢ منه تنص في فقرتها الأولى على أنه "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وهو ما ينتهي إلى عدم قيام التزام قبل هذا الوالد أو ورثته من بعده، برد مصروفات الدراسة التي يطالب بها المدعى في هذه الدعوى. مما يتعين معه رفض الدعوى كذلك بالنسبة إلى سائر المدعي عليهم.

(الطعن رقم ٤٢٢ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠١ / ١٩٧٢)

* * *

مادة (٧٧٧)

من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين الكفيل.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٧٨٦ لیبی و ٧٤٣ سورى و ٦٥٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

نقل المشروع نص المادة ١١٣٥ بفقرتيها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهو يطابق فى أحكامه المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ من التقنين الحالى مع شئ من الإيضاح. أما التقنين الفرنسى (م ٢٠١٢ فقرة ٢) فإنه يصحح كفالة التزام ناقص الأهلية حتى لو كان الكفيل بجهل وقت العقد نقص اهليه المدين.

وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والنقد الشديد ولذلك عدل عنه المشرع المصرى وقرر أن الكفالة إلتزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية وكذلك فعلت معظم التقنينات الحديثة كما ان الشريعة الإسلامية تقضى هى أيضاً بهذا الحكم (م ٨٤١ من مرشد الحبران).

ويلاحظ ان إلتزام الكفيل فى هذه الحالة ليس إلتزاماً تبعياً يستند إلى إلتزام أصلى بل أن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا بإعتباره كفيلاً ذلك ان من كفل قاصراً فى عقد هو عالم بقصره كان ضامناً له فى أداء إلتزامه إذا لم يتمسك القاصر ببطلان العقد وكان مسئولاً بصفه أصلية عن أداء الإلتزام إذا تمسك القاصر بالبطلان، كل هذا مالم يقيم دليل على ما يخالفه هذا وقد أورد التقنين البولونى فى المادة ٦٢٦ نصاً يقرب من هذا المعنى إذا يقضى بأن من كفل إلتزاماً باطلاً بسبب نقص أهلية المدين، ويكون ملزماً بتنفيذه كمدين أصلى إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى- الجزء ٥- ص ٤٤٨ و ٤٤٩)

رأى الفقه:

١- نص المادة ٧٧٧ مدنى مقصور على كفالة ناقص الأهلية، أى إذا كان الإلتزام الأصلى، قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر نقص الأهلية فقد يكون سببها عيباً فى الرضا مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالإستغلال، وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً فى القانون كما هو الأمر فى بيع ملك الغير فقعد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

فإذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية بأن كان السبب عيباً فى الرضا أو نصاً فى القانون وجب تطبيق القواعد العامة إذا لم يرد نص فى هذا الصدد ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الإلتزام قابلاً للإبطال لعيب فى الرضا أو لنص

فى القانون فإن الكفيل والتزامه تابع للإلتزام الأسمى المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزمه قابل للإبطال كالإلتزام المدين الأسمى وعلى ذلك إذا كفل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه أو كفل شخص مشترى من غير المالك جاز الكفيل أن يتمسك بأن التزمه ككفيل هو أيضاً قابل للإبطال كالإلتزام المدين الأسمى.

وقد قل فى صدد مشروع تلك المادة بمجلس الشيوخ إذا كان الكفيل مجهل نقض أهلية المدين الأسمى كان الأصل كان التزم الكفيل قابل للإبطال كالإلتزام الأسمى وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا لكنه يبقى كفيلاً وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفلاً أصلاً إذ هو مدين أصلى وقبل أيضاً أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى أن هناك صوراً ثلاثاً "١- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته فى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته ٢- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته وفى هذه الحالة لا يستطيع الإحتجاج بنقص الأهلية ٣- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بغض النظر عن إجازته وارد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الإلتزام ولكنه لم ينفذه".

ويستخلص مما تقدم أن فى كفالة تناقص الأهلية وهو القاصر المميز ومن فى حكمه المحجوز عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام كل من كان عقده قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية يجب التميز بين فروض ثلاثة:

الأول - أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عام ينقص أهليته وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفلاً لا مديناً أصلياً وتسرى جميع أحكام الكفالة ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفع التى يتمسك بها المدين الأسمى وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال وأن يبطل الكفالة تبعاً لذلك ويكون له التمسك بهذا الدفع سواء تمسك المدين الأسمى ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأسمى القابل للإبطال، ذلك بأن الكفيل وقت أن كفل ناقص الأهلية كان لا يعلم بنقص أهليته فلا يتعرض عليه بأنه كان عالماً بنقص الأهلية وبأنه ناقص الأهلية إذا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص الأهلية فالمدين الأسمى لا يستطيع أن يسوئ بعلمه أى بإجازته للعقد مركز الكفيل.

الثانى - أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية هو عالم بنقص أهليته: وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلاً أيضاً لا مديناً أصلياً وتسرى جميع أحكام الكفالة إلا أن هذا الفرض مختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين الأسمى فيكون بعلمه هذا نازلاً حتماً عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأسمى وأجاز العقد وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأسمى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأسمى جاز للكفيل أيضاً كما فعل المدين الأسمى أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق أما إذا نزل المدين

الأصلى عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد فإن الكفيل خلافا للفرض السابق ولا يستطيع ان يتمسك هو بنقص الأهلية ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية.

الثالث - أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته وهذا الفرض هو الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخير وأن العقد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال فيجوز للمدين ان يبطله وتوقعا لهذا الإحتمال عقدت الكفالة إذا هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلى.

٢- تستثنى المادة ٧٧٧ من التقنين المدنى إلزام ناقص الأهلية، فنقرر أنها تكون صحيحة إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، ويلاحظ أن الكفيل يلتزم في هذه الحالة بصفة أصلية فضلا عن إلزامه التبعية بإعتباره كفيلاً فيكون إلزام الكفيل تبعاً إذا لم يتملك القاصر بالبطان ويكون ملزماً بتنفيذ الإلتزام كمدين أصل إذا تمسك القاصر بالبطان فقد يقوم ناقص الأهلية بالوفاء ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو بعد إجازة وليه أو وصية ولذلك حرص المشرع على أن يراعى فى صياغة النص إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري المرجع السابق- ص ٤٣ وما بعدها)

ويلاحظ أيضاً انه لا يكفي لصحة كفالة ناقص الأهلية علم الكفيل دون الدائن بنقص أهلية المدين بل المقصود من عبارة كون الكفالة بسبب نقص الأهلية هو أن يكون كل من الدائن والكفيل عالمين بنقص الأهلية عند التعاقد وان تتصرف نيتهما إلى ضمان الوفاء بهذا الإلتزام الباطل.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٧١ و ٥٧٢)

٣- لبيان مدى إتفاق نص المادة ٧٧٧ مدنى مع القواعد العامة والحكم الذى يحتاج إلى بيان هو بقاء الكفيل ملتزماً بعد أن يتقرر بطلان العقد المنشئ للإلتزام الأصلى والمسلم تغير خلاف أن الكفيل يلتزم بعد إبطال العقد لا بإعتباره كفيلاً ولكن بصفته مديناً أصلياً ولكن كيف يحقق هذا من الناحية الفنية ؟ هذه مسألة اخلاقية والرأى الذى يفضلته الدكتور منصور مصطفى منصور ان من يكفل إلزام ناقص الأهلية تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير يتعهد فيه للدائن بالا يستعمل المدين حقه فى طلب الإبطال ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الإلتزام الأصلى إذا احل بتعهده عن الغير بان طلب المدين الإبطال وعلى ذلك فما بقى للإلتزام الأصلى قائماً يبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية بإعتباره كفيلاً أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الإلتزام الأصلى بأثر رجعى زال الإلتزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعى كن يتحقق بذلك الإحلال بالتعهد عن الغير فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الإلتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بإلتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ويكون إلزامه هذا إلزاماً أصلياً غير تابع لغيره.

يخلص من هذا أن بقاء الكفيل ملتزماً رغم بطلان الإلتزام الأصلي وفقاً لنص المادة ٧٧٧ مدني لا يتضمن خروجاً عن مقتضى القواعد العامة أي أنه كان من الممكن عمال الحكم المنصوص علمه لو لم يضع المشرع هذا النص، ولهذا ترى التسوية في الحكم بين كفالة إلتزام ناقص الأهلية وكفالة الإلتزام المنشئ من عقد قابل للإبطال لعيب في الرضا إذا عقدت بسبب ما يهدد العقد من قابلية للإبطال أي إذا قصد المتعاقدان أن يؤمن الكفيل الدائن ضد خطر طلب المدين إبطال العقد لعيب في إرادته ولكن لا يصح تعميم الحكم ليشمل حالات البطلان المطلق إذا لا تنشأ الكفالة أصلاً لعدم وجود الإلتزام الذي أريدت كفالة كما لا يصح أن يتعهد شخص عن المدين بعدم تمسكه بالبطلان المطلق لأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام فيكون التعهد عن الغير نفسه باطلاً لمخالفته النظام العام.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق ص ٣٠ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ان قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بإنشاء المدرسة الثانوية للبريد حدد في المادة الثانية منه شروط القبول بالمدرسة المذكورة ومنها ما ورد بالفقرة سابعا من ان لا تقل سن الطالب في بدء الدراسة عن ١٥ سنة ولا تزيد على ١٨ سنة ويكون لمجلس ادارة المدرسة التجاوز في حدود سنتين بالنسبة للحد الأقصى عند الضرورة، وما ورد بالفقرة ثامنا من ان يقدم الطالب كفيلا مقتدرا يتعهد بالتضامن مع الطالب برد نفقات التعليم وقدرها ٢٥ جنيها عن كل سنة دراسية وكذلك ثمن الكتب والادوات التي تصرف للطالب والمكافآت الشهرية والمزايا العينية التي تمنح له ، وذلك في حالة فصل الطالب بسبب سوء السيرة ، كذلك فقد نصت المادة ١٩ على ان يلتزم خريج المدرسة بالعمل في هيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تعيينه واذا رفض التعيين او ترك الخدمة او فصل تاديبيا قبل انقضاء المدة المذكورة الزم مع كفيله بالتضامن باداء المبالغ المبينة بالفقرة الثامنة من المادة (٢) واستنادا على المادة ٢٠ التي تنص على ان يصدر بقرار من وزير المواصلات اللائحة الداخلية للمدرسة الثانوية للبريد اصدر وزير المواصلات القرار رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة ونصت المادة ٤ منها على ان يقدم الطالب طلب الالتحاق على استمارة خاصة تعدها هيئة البريد مصحوبا بعدة اوراق منها تعهد من الطالب وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام في الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات وباداء المبالغ المبينة بالفقرة الثامنة من المادة (٢) واستنادا على المادة ٢٠ التي تنص على ان يصدر بقرار من وزير المواصلات اللائحة الداخلية للمدرسة الثانوية للبريد اصدر وزير المواصلات القرار رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة نصت المادة ٤ منها على ان يقدم الطالب طلب الالتحاق على استمارة خاصة تعدها هيئة البريد مصحوبا بعدة اوراق منها تعهد من الطالب وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام في الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات وباداء المبالغ المبينة في البند الثامن من المادة ٢ من قرار

رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ المشار اليه فى حالة الاخلال بهذا الالتزام او فصل الطالب من المدرسة بسبب سوء السلوك.

ومن حيث ان الثابت ان المدعى عليه الاول تقدم للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد، ومن ثم فانه يكون قد قبل ما نص عليه قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ والقرار الوزارى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ المشار اليهما، ونشا بينه وبين هيئة البريد عقد ادارى غير مكتوب، اذ لا يشترط دائما فى العقد الادارى ان يكون مكتوبا، وبموجب هذا العقد يلتزم الطالب المذكور بكافة الالتزامات التى فرضها القرار الجمهورى والقرار الوزارى المذكوران، كذلك فان المدعى عليه الثانى يكون قد كفل ولده المدعى عليه الاول فيما التزم به قبل المدرسة من عدم الاخلال بواجباته أو الانقطاع عن الدراسة وتكون هذه الكفالة قد قامت على سند من القانون لوجود التزام اصلى نابع من العقد غير المكتوب الذى قام بين الطالب والمدرسة، وتخضع هذه الكفالة لحكم المادة ٧٧٧ من القانون المدنى التى تقتضى بان " من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول " وواضح ان المدعى عليه الثانى وهو والد الطالب المذكور كان يعلم بقصر ولده وانه كفله لهذا السبب ومن ثم تصح كفالته ويصح الرجوع عليه.

ومن حيث أنه لا شبهة فى ان المدعى عليه الاول فصل من المدرسة المذكورة بسبب انقطاعه عن الدراسة اكثر من خمسة عشر يوما، ومن ثم يكون المدعى عليهما ملزمين باداء المصروفات المدرسية وقدرها خمسون جنيه والمكافآت الشهرية التى صرفت له وقدرها اربعة جنيهات وثلاثمائة مليم وقيمة الزى المدرسى بوصفه من المزايا العينية وقدره عشرة جنيهات وثلاثمائة واربعة وثمانون مليما ومجموع ذلك كله اربعة وستون جنيها وستمائة واربعة وتسعون مليما.

(الطعن رقم ٩٧٣ - لسنة ١٥ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ٠٢ / ١٩٧٥)

* * *

مادة (٧٧٨)

(١) تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي.

(٢) على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة كان له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٨٧ ليبى و ٧٤٤ سوري و ٦٦٠ سوداني و ١٠٥٧ اللبناني و ١٤٨٣ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

كفالة الإلتزامات المستقبلية أو الشرطية جارية في العمل، على الأخص في عقود الحساب الجارى وفتح الإعتماد والقضاء والفقه مجمعان على صحتها رغم عدم وجود نص في التقنين الحالي وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنها مسلك التقنينات الحديثة فنص صراحة على جواز كفالة الإلتزام المستقبل والإلتزام الشرطي. على أنه حماية للكفيل وهو شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالاته ربحاً ما قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصبح في حدود كفالة الإلتزام المستقبل، كما قرر أيضاً أن كفالة الإلتزام المستقبل التي لاجل غير محدد يجوز الرجوع فيها طالما ينشأ الإلتزام بعد، والقضاء المصرى يؤيد هذا الإتجاه (أنظر على الأخص إستثناء مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ ب ١٩ ص ١٠٠، ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب ٢٦ ص ٧٦).

والمادة ١١٢٦ في مجموعها تطابق المادتين ٦٢٨ و ٦٢٨ من التقنين البولونى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية المدني - الجزء ٥ - ص ٤٥٤ و ٤٥٥ و ٤٥٦ و ٤٥٧)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٧٨ مدنى انه يجوز كفالة الدين الشرطى وتجوز كفالة الدين المستقبلي.

أما كفالة الدين الشرطى فلا شك في جوازها طبقاً للقواعد العامة سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف، فالدين المعلق على شرط فاسخ فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتاً وكذلك يكون باتاً إلتزام الكفيل أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن وكذلك يفسخ إلتزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن وكذلك لا شك في جواز كفالة الدين المعلق على شرط واقف لأنه وإن لم يكن ناقصاً دين موجود فيكملة الكفيل ويكون إلتزامه كالإلتزام المكفول معلقاً على شرط واقف فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعى وإعتبر كأن لم يكن وكذلك يزول إلتزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن

وكذلك ينفذ إلتزام فيصبح إلتزام كل من المدين الأصلي وإلتزام الكفيل نافذا باتاً وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة.

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة وذلك بإستثناء الإلتزام فى تركة مستقبلية فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة ومثل الدين المستقبل فتح إعتداد فتجوز كفالته كما تجوز كفالة الدين الاجتماعى لأنه دين مستقبل فإذا فتح شخص إعتداداً فى مصرف جاز أن يقدم كفيلاً يضمن ما عسى أن يقبض المدين من هذا الإعتداد وبالقدر الذى يقبض وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الإعتداد وكذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتر به من متجر معين فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلي.

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها وحتى قبل أن يوجد هذا المدين لكن الكفيل يكون ملتزماً بأى مقدار من المال قبل أن يوجد للمدين فإذا ما وجد كفالة المدين بالمقدار الذى به يوجد.

ولكن نص المادة ٧٧٨ مدنى وضع لكفالة الدين المستقبل قيدين.

والأول - يجب فى الدين المستقبل المكفول أن يحدد مقدماً فى عقد الكفالة مقدار الدين المكفول فإذا كفّل شخص فتح إعتداد أو ثمن بضائع لم تشتتر بعد وجب تحديد المقدار الذى كفله الكفيل فيذكر مثلاً فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الإعتداد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا والسبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لما وجد فلا أقل من تحديد مبلغ يكمله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره وقد كانت القواعد العامة تقضى إذا لم يوجد نص بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره.

الثانى - وهو ماينص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته لم يجز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلي متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلي فى خلال هذه المدة أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته أو عين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل فى خلالها الدين المكفول فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع الرجوع فى الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشوء الدين المستقبل ما دام لم يعين وقتاً لقيام كفالته وينقص هذا الوقت قبل نشوء الدين.

(الوسيط-١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٥٠ وما بعدها)

٢- لا مقابل للمادة ٧٧٨ من التقنين المدنى فى التقنين القديم وهى تقرر ما جمع عليه الفقه والقضاء من جواز كفالة الإلتزامات المستقبلية الشرطية، وهذه الكفالة جارية فى العمل وعلى الأخص فى عقود الحساب الجارى فتح الإعتداد.

وتؤيد هذه المادة إتجاه القضاء المصرى فتشترط لإلتزام الكفيل بضمان الإلتزام المستقبل شرطان (أ) تحديد مبلغ معين يلتزم الكفيل فى حدوده (ب) تحديد أجل الكفالة هذا الإلتزام فإذا كان الكفالة لأجل غير محدد فيجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الإلتزام الأصلي بعد.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق- ص ٥٧٢ و ٥٧٣)

٣- كثيرا ما يحدث في العمل ان يكفل شخص إلتراما لم ينشأ بعد ذلك على الخصوص في فتح الإعتماد حيث يتعهد الكفيل للبنك بمقتضى عقد الكفالة بضمان تنفيذ الإلتزام الذى ينشأ فى ذمة العميل الذى فتح الإعتماد لمصلحته فيما بعد، أى بعد الكفالة ويشترط المبلغ الذى يكلفه الكفيل وذلك حماية وهو كما تقول المذكرة الإيضاحية شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالته ربحاً ما فإذا لم يحدد مقدماً المبلغ المكفول كانت الكفالة باطلة.

ولما كانت الكفالة وهى عقد تبعى تنشأ قبل نشأة الإلتزام الأصيلى فقد أثير التساؤل عن الأساس الفنى لوجودها رغم عدم وجود الإلتزام الأصيلى والرأى السائد ان الكفالة تتعقد معلقة على شرط واقف هو وجود الإلتزام الأصيلى وينتقد البعض هذا الرأى وينتهى إلى أن المشرع يستثنى كفالة الإلتزام المستقبل من قاعدة وجوب إرتكازها على إلتزام موجود عند إنعقادها وعندنا (د. منصور مصطفى) إنه لا إستثناء فى إجازة كفالة الإلتزام لمستقبل، فالقاعدة أنه يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً (م ١٣١/مدنى)، فكما يجوز بيع الشئ قبل وجوده يجوز كفالة الإلتزام قبل وجوده فيكفى أن يكون الشئ ممكن الوجود حتى ينعقد العقد أما وجود الشئ فعلاً فهو شرط يعلق عليه نفاذ الإلتزام.

فإذا إنتهينا إلى أن نفاذ إلتزام الكفيل معلق على وجود الإلتزام الأصيلى، فإلى متى يبقى الكفيل مرتبطاً بتعهده هذا ما عرض له المشرع فى المادة ٧٧٨/٢ مدنى ومن نص تلك المادة يتضح انه يجب التفرقة بين فرضين:

الأول - وهو ما عرض له المشرع صراحة ان تتعقد الكفالة دون ان تعين فيها مدة يبقى فيها الكفيل ملتزماً وهنا يعتبر العقد غير محدد المدة فلا يمكن ان يلتزم الكفيل إلى الابد ويكون تحديد المدة متوفقاً على مشيئته فإذا أخطر الدائن برجوعه فى الكفالة واتصلت اراداته فى هذا بعلم الدائن قبل أن ينشأ الدين المكفول كله أو بعضه فتبرأ ذمة الكفيل من الإلتزام ولا يمكن أن يسال عن شئ إذا نشأ الدين المكفول بعد ذلك وقد روعى فى هذا الحكم مصلحة الكفيل، وفى وقت نفسه لا يضر بمصلحة الدائن الذى له إذا ما علم برجوع الكفيل أن يتمتع عن انشاء الإلتزام إذا كان حريصاً على كفالته أما إذا كان الدين المكفول قد نشأ كله أو بعضه قبل أن يصل رجوع الكفيل الى علم الدائن فلا يكون لهذا الرجوع أى أثر على إلتزام الكفيل بضمان ما نشأ منه ولكن إذا كان بعض الدين الأصيلى قد نشأ دون البعض الآخر فلا يضمن الكفيل ما ينشأ بعد رجوعه.

والثانى - أن تعين مدة فى الكفالة لنشوء الدين المكفول، كان يتفق على أن يضمن الكفيل للبنك ما ينشأ فى ذمته عميل معين له خلال سنة فى حدود ألف جنية وهنا يبقى الكفيل ضامناً لكل ما نشأ من الدين المكفول خلال المدة المعينة فى حدود المبلغ المتفق عليه، فإذا إنقضت المدة ولم ينشأ شئ من الدين المكفول برئت ذمة الكفيل نهائياً، وإذا نشأ خلال هذه المدة دين أقل من الحد المتفق عليه فيقتصر ضمان الكفيل على هذا الدين ولا يضمن ما ينشأ بعد ذلك.

وليس هناك ما يمنع من كفالة الإلتزام المعلق على شرط سواء كان الشرط واقفاً أو فسخاً، وقد نص المشرع على ذلك في المادة ١/٧٧٨ مدني بقوله: كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي ويترتب على تبعية الإلتزام الكفيل للإلتزام الأصلي أن يرتبط مصير الأول بمصير الثاني وفقاً لتحقيق الشرط أو تخلفه فإذا تحقق الشرط فأصبح الإلتزام الأصلي نافذاً أصبح الإلتزام الكفيل كذلك نافذاً وإذا تخلف الشرط فزال الإلتزام الأصلي زال الإلتزام الكفيل وإذا كان الشرط فاسخاً فيكون الإلتزام الأصلي قبل تحققه نافذاً وكذلك الإلتزام الكفيل أما إذا تحقق الشرط فيزول الإلتزام الأصلي وكذلك الإلتزام الكفيل.

(عقد الكفالة. للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق. ص ٢٥ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- كفالة الإلتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هي كفالة لدين مستقبلي لايتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفيته وإستخراج الرصيد ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة وفقاً لنص المادة ٧٧٨ من القانون المدني إلا إذا حدد الطرفان مقدماً في عقد الكفالة قدر الدين الذي يضمنه الكفيل وإذا كان الحكم المطعون فيه قد إلترم هذا النظر في قضائه وإنتهى إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن كفالة المدين في توريد قنطاراً من القطن في حدود المبلغ الذي تسلمه وهو جنيهاً وقد ورد المدين أقطانا تزيد قيمتها على هذا المبلغ ولم يتضمن العقد تحديداً لأى مبلغ يكفله المطعون عن رصيد الحساب الجارى للعمليات الأخرى مما يجعله غير مسئول عن كفالة هذا الرصيد فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

أن الإلتزام الكفيل - متضامناً كان أو غير متضامن هو الإلتزام تابع للإلتزام المدين الأصلي وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين فإنه يلتزم إلتزاماً أصلياً مع سائر المدينين.

وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ان المطعون ضده كان كفيلاً للمدين الأصلي في تنفيذ الإلتزام هذا الأخير قبل الشركة الطاعنة ولم يكن مديناً أصلياً معه في هذا الإلتزام فإن الحكم المطعون فيه إذا أجرى أحكام الكفالة على إلتزام المطعون ضده - لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٢/١٥ - الطعن ٦٩٠ - لسنة ٤٠ق - لم ينشر بعد)

٢- تجوز كفالة الدين المستقبلي طبقاً لأحكام القانون المدني القديم الذى نشأ الإلتزام بالكفالة موضوع النزاع في ظله ولم يتعين المبلغ موضوع هذه الكفالة مقدماً ما دام تعيينه ممكناً فيما بعد.

(نقض. جلسة ١٩٧٢/٥/٩ - مجموعة المكتب الفني. السنة ٢٣ - مدني ص ٨٢)

٣- يلاحظ ان هذا الحكم طبق القواعد العامة التي تجيز كفالة الدين المستقبلي حتى لو لم يحدد مقداره وذلك لخلو القانون المدني القديم السارى على الواقعة محل الحكم من نص مماثل للمادة ٧٧٨ مدني التي أوجبت تحديد الدين المكفول مقدماً، الكفالة في عقد فتح الإعتماد لا تضمن إلا الإلتزام العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد

وحده ولا يمتد إلى الإلتزامات التي تنشأ في ذمته قبل فتح الإعتماد أو بعده أو مخالفة لشروطه.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٢٩ - المرجع السابق - ص ٢٦٨)

٤- النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٧٨ من القانون المدني على أن " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول " بما مفاده أنه وإن كان الأصل أن يكون الإلتزام المكفول موجوداً عند التعاقد ، إلا أن المشرع أجاز لصحته عند عدم وجوده أن يحدد الطرفان مقداره في عقد الكفالة، حماية للكفيل من التورط في كفالة النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٧٨ من القانون المدني على أن " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول " بما مفاده أنه وإن كان الأصل أن يكون الإلتزام المكفول موجوداً عند التعاقد، إلا أن المشرع أجاز لصحته عند عدم وجوده أن يحدد الطرفان مقداره في عقد الكفالة، حماية للكفيل من التورط في كفالة.

(الطعن رقم ٨٨٢٨ - لسنة ٧٧ - تاريخ الجلسة ٢٠٠٩/٤/٢٨)

* * *

مادة (٧٧٩)

- (١) كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنياً ولو كان كفيل تاجراً.
 (٢) على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن
 تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائماً عملاً تجارياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
 مادة ٧٨٨ لىبى و ٧٤٥ سورى و ١٠١٦ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية - يستحق التنويه به.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٧٩ مدنى أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة إلى الكفيل حتى لو كان الإلتزام المكفول إلتزاماً تجارياً وذلك إستثناء من القاعدة التى تقضى بأن إلتزام الكفيل تابع للإلتزام المكفول بل تبقى الكفالة مدنياً، حتى لو كان الإلتزام المكفول إلتزاماً تجارياً وكان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً أيضاً وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى فرنسا والسبب فى ذلك أن العمل التجارى يحب ان يكون قائماً على فكرة المضاربة والأصل فى الكفالة ان يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجارى بل يعمل مدنى وتظهر أهمية أن الكفالة هى فى الأصل عمل مدنى من جانب الكفيل فى الإختصاص فتكون المحكمة المدنية هى المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه، وفى الإثبات فتثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية فى الإثبات فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان إلتزام الكفيل أكثر من عشرين جنيهاً، وفى سعر الفائدة فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدنى (٤%) لا بالسعر التاجرى (٥%)
 ونص المادة ٧٧٩ مدنى لم يورد إلا إستثنائين للقاعدة التى تقضى بانا الأصل فى الكفالة أن يكون عملاً مدنياً فتكون الكفالة تجارية فى القانون فى الحالتين
 الأتيتين:

الأولى - إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك وقد نظمت المواد ١٣٨ و ١٣٩ و ١٤٠ و ١٤١ من القانون التجارى أحكام الضمان الإحتياطى.
 ويكفى أن تقول أن إلتزام الضامن الإحتياطى وهو كفيل للساحب أو للمحيل يعتبر إلتزاماً تجارياً لا إلتزاماً مدنياً.

الثانية - إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية وذلك فى تحويل الأوراق التجارية الإذنية ويكفى القول أن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل والتحويل يتم بالتظهير وكل محيل للورقة التجارية الإذنية يعتبر كفيلاً

بالتضامن مع المدين والإلتزام الذي يترتب في ذمته بإعتباره كفيلاً يعبر إلتزاماً تجارياً لا إلتزاماً مدنياً..

(الوسيط. ١٠. للدكتور السنهوري المرجع السابق - ص ٦٧ وما بعدها)

٢- لما كانت الكفالة بحسب الأصل من اعمال التبرع حيث يقصد الكفيل إلى أداء خدمة بغير مقابل، فتعتبر بحسب الأصل عملاً مدنياً سواء كان الإلتزام الأصلي مدنياً أو تجارياً وسواء كان الكفيل تاجراً أو غير تاجر لأن قيمة التبرع تتنافى مع فكرة العمل التجاري ولحسم كل خلاف حول الصفة المدنية للكفالة إذا كان الدين المضمون تجارياً أو أن الكفيل تاجراً نص المشرع في المادة ٧٧٩/ مدنى على أن: "كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً وعلى هذا فالكفالة لا يمكن أن تصبح عملاً تجارياً بالتبعية.

فإذا إستبعدنا تطبيق فكرة العمل التجاري بالتبعية، فتبقى قواعد القانون التجاري الخاصة ببيان الأعمال التجارية بطبيعتها أو بنص القانون لتطبق على الكفالة فإذا كان الكفيل تاجراً ويحترف كفالة الأشخاص بمقابل فتعتبر الكفالة التي يعقدها عملاً تجارياً وكل كفالة يكفل بها بنك شخصاً من الأشخاص تعتبر عملاً تجارياً.

ودفعاً لما قد يثور من شك حول الصفة التجارية لكفالة غير التاجر الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمناً إحتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق أكد المشرع صفتها التجارية بقوله في المادة ٢/٧٧٩ مدنى (على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمناً أو عن تظهير هذه الاوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً).

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ١٦ و١٧)

٣- يجمع الشراح على إعتبار خطابات على الضمان التي تصدرها البنوك - كطلب المقاولين والتجار - من قبيل عقود الكفالة وإتفقوا كذلك على إعتبارها كفالة تضامنية سواء نص على ذلك صراحة أم لم ينص عليها على الرغم مما تنص عليه المادة ٧٧٩ مدنى.

فإذا كان الثابت أن خطاب الضمان في نظر المتعاقدين يحل محل التأمين النقدي الذي يكون تحت تصرف الدائن ويقوم مقامه تماماً، فإنه لا يمكن وصف هذا العقد بأنه كفالة إذ الكفالة على حد تعريف القانون المدني هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

وظاهر أنه في حالة الكفالة فان الكفيل إنما يضمن تنفيذ ذات إلتزام المدين ويعلق هذا التنفيذ على عدم قيام المدين بإلتزامه فالكفالة تتبع الإلتزام الأصلي وجوداً وعدمها أما في خصوص خطاب الضمان فالإلتزام الضامن (البنك) ليس تنفيذ إلتزام المدين إذا لم يقم به، بل دفع المبلغ المضمون إلى الدائن الذي يبغي أن يكون في مركز من كان تحت يديه التأمين النقدي وليس لقبول الدائن خطاب الضمان إلا حكمه واحدة هي عدم تجميد أموال المدين وتيسير إجراءات إسترداد المبلغ بمعرفته بعد إستيفاء خطاب الضمان لأثره.

ولهذا يرى الاستاذان أحمد زكى الشيتى وفاروق غلاب أن خطاب الضمان لا يعتبر كفالة بحال من الأحوال ذلك أن الكفالة لا وجود لها إلا إذا كانت تابعة لعقد

أصلى قصد الكفيل ضمان تنفيذه وهذه التبعية ليست متصورة فى خصوص خطابات الضمان ما دام إلترام الضامن يختلف عن إلترام المدين فهو يتعهد بدفع مبلغ من المال عند أول مطالبة بينما إلترام المدين فى الكفالة القيام بعمل متين. ولذلك يقرر الفقيهان Aubry et rau أن الكفالة عقد تابع بطبيعته ولذلك لا يجوز أن يكون له محل متخلف عن موضوع الإلترام الأصلى. كما يقول الفقيهان Planiol et Ripero.

Le cautionnement n'a de sens que par l'existence d'une obligation principale dont il est la garantie accessoire. il n'y a donc pas de cautionnement si l'obligation de la pretendue caution est elle-même principe au lieu de garantir l'obligation d'autrui...

Le juge du fond interprete souverainement un contrat. pour le qualifier au sens de cautionnement. Dans l'affirmative, les motifs doivent en justifier les caracteres juridiques notamment, le caractere accessoire.

(Planion et Repere.- Traite Pratique de Droit Civil Francais Tome XI., ٢٠ edition No. ١٥١٠, ١٥١٣ et ١٥١٥.

والحق ان إلترام البنك الضامن هو إلترام اصلى ومباشر ومستقل تمام الإستقلال عن إلترام المدين.

أما التعهدات التى تقدمها البنوك إلى جهات حكومية أو غير حكومية والتى ترمى فى نظر عاقيدها إلى ضمان تنفيذ إلترام المدين إذا لم يقم هو نفسه بتنفيذه فهى هى الكفالات المصرفية، وهى فى حقيقتها عقود كفالة لتوافر جميع مقومات هذا العقد فيها، وعلى ذلك تخضع لأحكام القانون المدنى المنظمة لعقد الكفالة لأحكام القانون التجارى فيما إذا كانت كفالة تجارية.

(خطابات الضمان أو الكمبيالات المصرفية - مقال - للدكتور أحمد زكي الشيني والاستاذ فاروق

غلاب المحامي- المحاماه - السنة ٤١ العدد ٦- ص ٨٦٤ ومابعدها)

٤- نصت المادة ٧٧٩ فقرة اولى مدنى على أن " كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً وهى بذلك قد افترضت وجود القاعدة الأصلية ضمناً وإقتصرت على بيان حكم كفالة الدين التجارى دفعا للشبهة فقط ولم تعرض بشئ لحكم قانون التجارة الخاص بالأعمال القانونية التى يتخذ منها التاجر صناعة أو مهمة له فتظل هذه خاضعة فى تكييفها لأحكام قانون التجارة وتعتبر وفقاً له أعمال تجارية. وقصارى القول أن الكفالة نوعان: مدنية وتجارية وأن الأصل فيها أن تكون مدنية وأنها لا تكون تجارية أبداً بطريق التبعية بل بصفة أصلية فقط إذا طابقت نصاً يقضى بذلك.

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الإختصاص القضائى.

(عقد الكفالة - للدكتور سليمان مرقص- طبعة ١٩٥٩- ص ١٢ ومابعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في المادة ١/٧٧٩ من التقنين المدني على أن "كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً، ولو كان الكفيل تاجراً، على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً" يدل على أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الإلتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع للإلتزام المكفول لأن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني.

(الطعن رقم ١٠٤١ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٢ / ٠٣ / ١٩٨١)

* * *

مادة (٧٨٠)

- (١) لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول.
- (٢) ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٨٩ لیبی و ٧٤٦ سوری و ١٠١٣ عراقی و ١٠٦٤ لبنانی و ٦٦٢ سودانی و ٤٩٠ اتونسی.

الأعمال التحضيرية:

يطابق هذا النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمادة ٤٩٧/٦٠٦ من التقنين الحالي ولكن ويكن يزيد عليها أن الكفالة التي تعقد بمبلغ أكبر من الدين أو بشروط أشد من شروطه تكون صحيحة في حدود الإلتزام الأصلي وهذا الحكم الأخير معمول به في ظل التقنين الحالي رغم عدم النص عليه.

وهذا الأحكام جيمعا ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز إلتزام الأصل حتى يضمن بذلك حقه في الرجوع بكل ما دفعه على المدين وكان من الجائز الإستغناء عن النص (كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالقنين الألماني والتقنين السويسري) ولولا أننا فضلنا الإبقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ ص ٤٦٢ و ٤٦٣)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٨٠ مدني أن الإلتزام المكفول هو الذي يحدد مدى إلتزام الكفيل فلا يجوز أن يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المكفول فإذا كان أشد أو أصبح أشد فانه لا يكون باطلا ولكن يجب انقاصه إلى أن يبلغ حد الإلتزام المكفول ويجوز أن يكون إلتزام الكفيل أهون من إلتزام المكفول فلا يجوز ألا أن يكون إلتزام الكفيل أشد من الإلتزام المكفول وعلى ذلك لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلي فإذا كان المستحق على المدين ألفا لم تجز في كفالته في ألف ومائتين مثلاً. وإذا كان الدين الأصلي لا ينتج فوائد، لم يجز أن ينتج إلتزام الكفيل فوائد أما إذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسعر معين لم يجز أن تكون الفوائد على إلتزام الكفيل بسعر اعلى وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسيطة لم يجز أن ينتج إلتزام الكفيل فوائد مركبة وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الإلتزام المكفول ولا توفيه إلتزام الكفيل في مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذي يوفى فيه الإلتزام المكفول وإذا كان الإلتزام المكفول معلقا على شرط لم يحجز

أن يكون إلتزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط وأداة كان الدين الأصلي مؤجلاً على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣ مدني عراقي) وإذا كان الدين الأصلي ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون إلتزام الكفيل مديناً بل يجب أن يكون إلتزاماً طبيعياً كالدين المكفول. ويجوز مادام إلتزام الكفيل ليس أشد من الإلتزام المكفول أن يكون إلتزام الكفيل مضموناً ويرهن مثلاً حتى لو كان الإلتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون يرهن ولا بكفالة عينية وإذا كان إلتزام مماثلاً للإلتزام المكفول ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الإلتزام المكفول كان أطال أجله أو قربه بشرط أو نزل عن جزء منه فإن إلتزام الكفيل يخف بالقدر الذي خفف به الإلتزام المكفول.

وإذا كان إلتزام الكفيل أشد من الإلتزام المكفول فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان إلتزام الكفيل، بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الإلتزام المكفول.

وإذا كان إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الإلتزام المكفول فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون فيجوز أن يكفل الكفيل المدين على الأصلي في جزء من الدين، أو في الدين دون فوائده وملحقاته أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلي وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو إشتراط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة كان إلتزام الكفيل مؤجلاً دون الإلتزام المكفول ويجوز أن يعلق الكفيل إلتزامه على شرط في حين أن الإلتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط ويجوز أن يشترط الكفيل في أن يكون الوفاء بالإلتزامه في موطنه في حين أن الوفاء بالإلتزام المكفول يكون في مكان أبعد أو أكثر مشقة كما يجوز أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلي إذ شهر إفلاس هذا الأخير وعند ذلك تنتظر محكمة الموضوع فيما إذا كان إلغاء الحكم بشهر الإفلاس في الإستئناف من شأنه أن يعيد الكفالة وفيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الإفلاس فتكون هي أيضاً شرطاً فاسخاً لإلتزام الكفيل ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته عن منح الدائن للمدين أجلاً للوفاء أو على وجود ضمانات أخرى للدين غير الكفالة أو على إستعمال معيناً أو لغرض معين فإذا لم يتحقق الشرط في الأحوال المتقدمة زالت الكفالة.

(الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٨ وما بعدها)

٢- يطابق نص المادة ٧٨٠ مدني نص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي.

ويقرر نص المادة ٧٨٠ من التقنين المدني نفس الأحكام المقررة بالتقنين القديم فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز إلتزام الأصيل حتى يضمن الرجوع بكل ما دفعه عن المدين وكان من الجائز الإستغناء عن هذا النص لأن أحكامه جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٧٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من الدين حتى يمكن خصمه منه ولا على المحكمة إن هى لم تلتزم الدائن بتقديم هذا الدليل.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - مدني ص ١٧٢٠)

٢- مفاد نص المادة ٧٨٠ من التقنين المدني أنه إذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول، ومع ذلك يجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من الالتزام المكفول.

(الطعن رقم ٩٥٥٠ - لسنة ٧٩ق - تاريخ الجلسة ٢٠١١/٥/١٠)

* * *

مادة (٧٨١)

إذا لم يكن هناك اتفاق خاص وفإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصرفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصرفات بعد إخطار الكفيل.
النصوص العربية المقابلة:

هذه النصوص العربية تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٩٠ ليبى و ٧٤٧ سورى و ١٠١٥ عراقى و ١٠٦٦ اللبناني و ٦٦٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنص المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ من التقنين الحالى على انه " فى حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة الا على أصل الدين ولا توجب التضامن.

ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التى لا تشملها الكفالة وإنه يفتح بذلك مجالاً للشك والخلاف بشأنها مع أن التقنين الفرنسى تعرض لها صراحة (م ٢٠١٦) كما ان الثابت بإجماع الفقه والقضاء (انظر على الأخص إستئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ١٦٥ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ اب ٢٧ ص ٧٨ - ٥ ابريل سنة ١٩١٦ اب ٢٨ ص ٢٢٣) ان المشرع المصرى لم يقصد إستبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصرفوات الخاصة بالمطالبة الأولى او المصرفوات اللاحقة لمطالبة الكفيل وهى التى يدخلها جميعاً التقنين الفرنسى (م ٢٠١٦) صراحة فى نطاق الكفالة وكان المشرع المصرى إذن حين نص فى المادة ٩٨ / ٦٠٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين إنما قصد حالة الدين المؤجل الذى يذكر مقداره فى العقد فإن كفالاته لا تشمل الفوائد فى المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا إشتراط ذلك (راجع إستئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ اب ٣٨ ص ٣٨٧) ولكن هذا الفرض نادر فى العمل، لأنه قلما يغفل سند الدين عن إشتراط الفوائد.

أما نص الفقرة الثانية من المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ مصرى فلا صلة له مطلقاً بفقرتها الأولى، إذ هو يعرض الكفالة التضامنية وليس هنا محل الكلام عنها.

لذلك فضل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى ويمتاز هذا النص بأنه فضلاً عن تحديده للملحقات، يدخلها ضمن الكفالة وهو الحكم الواجب الاخذ به كما رأينا كذلك يغينا النص الجديد فى الوقت نفسه عن المادة ٤٩٩ / ٦٠٩ من التقنين الحالى لان الكفالة القضائية سيرد الكلام عنها فى باب الكفالة التضامنية على العموم.

رأى الفقه:

١- يفترض نص المادة ٧٨١ مدنى أن الكفيل قد كفل الإلتزام المكفول كله دون نقص اوزيادة وليس هناك إتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكونا عنها ويراد تحديد مدى إلتزام الكفيل ولا شك فى أن إلتزام الكفيل فى هذه الحالة مماثل للإلتزام المكفول مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الإلتزام

المكفول وكما أن الإلتزام المكفول يشمل ملحقاته كذلك يشملها إلتزام الكفيل فيشمل فوائد الدين والتعويض عن عدم التنفيذ. ومسئولية المدين العقدية فمن كفل المستاجر مثلاً في عبارات عامة ودون قيد كفل ما يكون مستحقاً على المستاجر من الأجرة ومن تعويض ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة ولكن لا يشمل إلتزامات المستاجر بعد تحديد عقد الإيجار ألا بشرط صريح ومن كفل حساباً جارياً كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابل للجزئة.

أما المصروفات فيضمنها يضمن مصروفات المطالبة الأولى والثانية بعد إخطار الدائن له بمطالبته المدين المطالبة الأولى بالدين وعلى ألا يكون مبالغاً فيها. ويضمن الكفيل مسؤولية المدين العقدية حتى في حالة فسخ العقد وحتى في حالة مسؤولية المدين العقدية عن الغير وحتى لو كان التعويض عن المسؤولية محدداً في شرط جزائي كما في كفالة مسؤولية المستاجر عن الحريق.

ولكن الكفيل لا يضمن مسؤولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح ومن باب أولى لا يضمن مسؤولية الغير التقصيرية على أن الكفيل لعمول يضمن لمصلحة الضرائب فوق المستحق على الممول الغرامات التي توقع على هذا الأخير للغش. ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير إذا تأخر المدين عن دفع المستحق في ذمته ويضمن فتح الإعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ويدخل في ذلك السمسرة التي تعتبر من ملحقات فتح الإعتماد ويضمن الكفيل كذلك مصروفات عقد الدين التي قدمها الدائن كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماه والتسجيل أو التصديق على الإمضاء بحسب الأحوال.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٦٢ ومابعدها)

٢- نقل المشرع نص المادة ٧٨١ مدني من المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي.

ويفضل النص المتقدم نصوص التقنين القديم بأنه تفادي الخلط بين موضوعين لاصلة بينهما مطلقاً وهما كفالة الملحقات والكفالة التضامنية وبأنه حدد ملحقات الدين. ويخالف هذه النص الأحكام المقررة في التقنين القديم فقد كانت المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ تقضي بإقتصار إلتزام الكفيل على ضمان الوفاء باصل الدين ومع ذلك فقد اجمع الفقه والقضاء على أن المشرع لم يقصد بذلك إستبعاد فوائد التأخير ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى ولا المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وبذلك لم يستبعد من نطاق الكفالة الا فوائد الدين المؤجل التي تستحق من وقت العقد إلى حلول الأجل إذا لم يوجد إتفاق خاص يقتضي بكفالتها وهو فرض نادر عملاً.

ولذلك فضل المشرع أن ينص صراحة على ادخال هذاالملحقات جميعاً في الكفالة وجعل هذاالحكم هوالأصل وبذلك تمتد الكفالة إلى توابع الدين سألقة الذكر مالم يستبعد بشرط صريح في العقد.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق ص ٥٧٣ و٥٧٤)

٣- للمتعاقدين ان يتفقا على الايستزم الكفيل بشئ من الملحقات المصروفات فإذا لم يتفق على شئ من هذا فشور التناول عما يدخل في مضمون التزام الكفيل مما يستحقه الدائن زيادة عن اصل الدين وهنا تجد المشرع يضع قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين فينص في المادة ٧٨١ مدنى على انه: " اذالم يكن هناك إتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل "

فیدخل فيما يضمنه الكفيل: (اولا) ملحقات الدين كالفوائد الإتفاقية والقانونية والتعويضات التى يستحقها الدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه ويدخل فيه (ثانيا) المصروفات التى يتفقها الدائن على سبيل استيفاء حقه على ان يفرق بين نوعين من هذه المصروفات: مصروفات المطالبة الأولى وهى التى يقتضيها رفع الدعوى بتكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة فتشمل إذن مايسبق رفع الدعوى من مصروفات كمصروفات النبيه على المدين بالوفاء كما تشمل مصروفات رفع الدعوى وهذه يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها مع اصل الدين وملحقاته فى جميع الأحوال والنوع الثانى هوالمصروفات اللاحقة لرفع الدعوى إلى ان يستوفى الدائن حقه وهذه لاندخل فيما يضمنه الكفيل إلا إذا كانت قد إنقضت بعد إخطار الكفيل بما يتخذ الدائن من إجراءات ضد المدين والعلة فى التفرقة بين نوعى المصروفات ان الدائن لا يعتبر فى مواجهة الكفيل مقصراً عندما أنفق مصروفات المطالبة الأولى دون أن يخطره إذا قد يقوم المدين بالوفاء بمجرد مطالبته فلا يكون هناك محل لتدخل الكفيل أما إذا لم يقم المدين بالوفاء بعد مطالبته فعلى الدائن وإلا كان مقصراً أن يخطرا الكفيل بهذه المطالبة حتى يحدد الكفيل موقفه فقد بادر بالوفاء فينفادى المصروفات وقد لا يفى فيستمر الدائن فى الإجراءات وعندئذ يتحمل الكفيل فى مواجهة الدائن ما ينفق فى هذه الإجراءات من مصروفات.

(عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفى المرجع السابق ص ٤٤-٤٥)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إن الثابت بالأوراق أنه لدى التحاق المدعى عليه الأول (.....) طالباً بالمدرسة الثانوية للبريد، وقع المدعى عليه الثانى (.....) فى ٣ من أكتوبر سنة ١٩٦٣ بوصفه ولياً على الأول عوضاً عن والده المتوفى، ورقة صدرت بطلب التحاق الطالب المذكور بالمدرسة مبيناً بها البيانات الخاصة به، وأن سنه فى أكتوبر سنة ١٩٦٣ خمسة عشر عاماً وستة أشهر ويومان، وذيلت هذه الورقة بتعهد معنون بعبارة "تعهد الكفيل المقدر" تضمن ما نصه "أتعهد أنا..... الكفيل للطالب.....، بأن أدفع لهيئة البريد نفقات تعليمية وقدرها خمسة وعشرون جنيهاً عن كل سنة دراسية، وكذلك ثمن الكتب والأدوات التى تصرف له وكذا المكافآت الشهرية أو المزايا العينية التى تمنح له وذلك فى حالة فصله من المدرسة لأحد الأسباب الآتية:.. (٣) الانقطاع عن الدراسة خمسة عشر يوماً متتالية دون إخطار، وكذلك فى حالة عدم قيامه بتنفيذ

الالتزام بالعمل بهيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تعيينه، أو فصل فصلاً تأديبياً قبل انقضاء المدة المذكورة - وفي ظهر هذه الورقة وقع المدعى عليه الثاني على إقرار آخر بتعهده بملاحظة سلوك الطالب وإخبار المدرسة في حالة انقطاعه عنها بسبب غيابه. وفي ٢٦ من أغسطس سنة ١٩٦٥ قررت المدرسة فصل المدعى عليه الأول بسبب انقطاعه عن الدراسة بصورة متصلة لمدة زادت عن خمسة عشر يوماً، وطالبت المدعى عليه الثاني في ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٦ بالمبالغ المستحقة بسبب عدم تنفيذ الالتزام المتعهد به، وجعلتها ٩٢,٢٦١ جنيهاً تمثلت في ١٤,٨٦٠ جنيه قيمة المكافآت الشهرية و ٢٧,٤٠١ جنيهاً ثمن ملابس رسمية و ٥٠ جنيهاً نفقات تعليم، فامتنع عن الوفاء.

ومن حيث أن قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بإنشاء المدرسة الثانوية للبريد يحدد في المادة الثانية منه شروط القبول بالمدرسة، ويشترط فيمن يقبل بها شروطاً منها أن يقدم كفيلاً مقتدرًا يتعهد بالتضامن مع الطالب برد نفقات التعليم وقدرها ٢٥ جنيهاً عن كل سنة دراسية وكذلك ثمن الكتب والأدوات التي تصرف للطالب، والمكافآت الشهرية والمزايا العينية التي تمنح له، وذلك في حالة فصل الطالب بسبب سوء السيرة، ونصت المادة ١٩ على أن يلزم خريج المدرسة بأن يعمل في هيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تعيينه، وإذا رفض التعيين أو ترك الخدمة أو فصل تأديبياً قبل انقضاء المدة المذكورة ألزم مع كفيله بالتضامن بأداء المبالغ المبينة بالمادة الثانية سالف الذكر، وقد أصدر وزير المواصلات في ٦ من نوفمبر سنة ١٩٦١ القرار رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة الثانوية للبريد، تضمن في الفقرة د من المادة الرابعة أن يقدم الطالب طلب الالتحاق بالمدرسة على استمارة خاصة تعدها هيئة البريد مصحوبة ببعض الأوراق منها تعهد من الطالب وكفيله متضامنين بالالتزام الطالب بالانتظام في الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات، وبأداء المبالغ المبينة في البند الثامن من المادة الثانية من القرار الجمهوري سالف الذكر في حالة الإخلال بهذا الالتزام أو فصل الطالب من المدرسة بسبب سوء السيرة.

ومن حيث أن المدعى عليه الثاني وقد كفل المدعى عليه الأول لدى تقديمه للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد في رد نفقات تعليمية و ثمن الكتب والأدوات وقيمة المكافآت والمزايا التي تمنح له، إذا فصل من المدرسة بسبب سوء السيرة أو الرسوب سنتين متتاليتين في سنة دراسية واحدة أو الانقطاع دون إخطار مدة خمسة عشر يوماً متتالية. أو إذا رفض العمل بهيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات أو فصل تأديبياً قبل انقضاء المدة المذكورة، فإن دلالة ذلك أن المدعى عليه الثاني قد كفل المدعى عليه الأول بناء على طلب هذا الأخير التزاماً منه بما أوجبه القرار الجمهوري رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ في الفقرة ثامناً من المادة الثانية منه سالف الذكر من أن يقدم طالب الالتحاق بهذه المدرسة كفيلاً مقتدرًا يتعهد بالتضامن معه برد النفقات المشار إليها إذا أخل بالتزاماته، وما قضى به قرار وزير المواصلات رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ في

الفقرة د من المادة الرابعة منه المتقدم ذكرها التي حملت الطالب دون سواء عبء التقدم بطلب الالتحاق مصحوباً بتعهدده وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام في الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات أو أداء المبالغ المبينة في البند الثامن من المادة الثانية من القرار الجمهوري سالف الذكر في حالة الإخلال بالالتزام المشار إليه. ومفاد ذلك كله أن المدعى عليه الأول هو الذي قدم المدعى عليه الثاني ليتعهد بالتضامن معه في تنفيذ الالتزام المذكور، ومن مؤداه قيام التزام أصلي على عاتق المدعى عليه الأول يلتزم بمقتضاه برد المبالغ أنفة الذكر إلى هيئة البريد في حالة إخلاله بالتزاماته التي نص عليها القرار الجمهوري سالف الذكر، وتلك التي تضمنها قرار وزير المواصلات رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ والتعهد الذي وقعه المدعى عليه الثاني، وهذا الالتزام وإن لم يكن مكتوباً إلا أن قرائن الحال على ما سلف بيانه تقطع بقيامه أخذاً في الاعتبار أنه وليد عقد إداري تكاملت له أركانه الأساسية، وأن العقد الإداري لا يشترط دائماً أن يكون مكتوباً. وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد جانب الصواب فيما انتهى إليه من عدم وجود التزام أصلي على المدعى عليه الأول يكفله المدعى عليه الثاني.

(الطعن رقم ٧٤ - لسنة ١٦ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٠١ / ١٩٧٦)

* * *

الفصل الثاني

اثار الكفالة

١- العلاقة ما بين الكفيل والدائن

مادة (٧٨٢)

(١) يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

(٢) على انه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩١ ليبي و ٧٤٨ سوري و ١٠٧٧ لبناني و ٦٦٤ سوداني و ١٥١٣ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

يطابق هذا النص تماماً المادة ٥٠٩ / ٦٢٢ من التقنين الحالي وهو يقرر حكماً أساسياً تقتضيه طبيعة الكفالة بالتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي، وهو يبطل كلما بطل هذا الإلتزام كما أنه ينقضي بمجرد إنقضائه على أن المشروع يحتفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة إلتزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية فإنه إستثناء لا يجوز للكفيل في هذه الحالة التمسك ببطلان الإلتزام الأصلي.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥- ص ٤٦٧)

رأى الفقه:

١- إلتزام الكفيل وهو تابع للإلتزام المدين، يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إذا كان إلتزام المدين باطلاً أو قابلاً للإبطال فيما عدا أن يكون إلتزام المدين قابلاً للإبطال لنقص الأهلية ففيه تفصيل كما سيأتى وإذا إنقض إلتزام المدين إنقضى منه إلتزام الكفيل ولما كان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هذه وبأن إلتزامه باطل أو قابل للإبطال أو بأن إلتزامه قد إنقضى لسبب من أسباب إنقضاء الإلتزام كذلك للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الذي يستطيع المدين أن يحتج بها من بطلان أو قابلية للإبطال إنقضاء ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد إلتزام المدين بل ضد إلتزامه هو فإن إلتزامه يكون هو أيضاً باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضاً تبعاً لإلتزام المدين فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه بإسمه هو لا بإسم المدين ويتمسك بها ضد إلتزامه هو لا ضد إلتزام المدين ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد إلتزامه هو لا ضد إلتزام المدين ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد إلتزامه هو ولو نزل المدين عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن الدفع بالنسبة إلى

إلتزامه كمدین، ویبقى أن يتمسك الكفيل بالدفع الذي نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد إلتزامه هو ككفيل لا ضد إلتزام المدين فقد نزل هذا عن الدفع كما سبق القول فإذا نزل المدين عن حقه في إبطال العقد لعيب من عيوب الرضاء وأجاز العقد فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد إلتزامه هو ككفيل وإذا نزل المدين عن حقه في التمسك بالتقادم فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بالتقادم ضد إلتزامه هو ككفيل ويترتب على ذلك أيضاً أن الكفيل له أن يتدخل في الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته من إلتزامه هو متمسكاً بدفع من هذه الدفوع، بل له أن يتمسك بهذا الدفع بدعوى مبتدأة برفعها على الدائن.

فإذا كان إلتزام المدين باطلاً لعيب في الشكل أو لإنعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب، أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الإلتزام، كان إلتزام الكفيل باطلاً مثله ولنفس السبب. وللکفيل أن يتمسك هو أيضاً ببطلان إلتزامه.

وللکفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة، لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب في الرضاء، كأن شابه غلط أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابلاً للإبطال. ويبقى للكفيل الحق في طلب عقد الكفالة لعيب في الرضاء، ولو أجاز المدين العقد الأصلي فأصبح لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد. أما إذا كان السبب في إبطال العقد الأصلي، هو نقص أهلية المدين بأن كان هذا قاصراً أو محجوراً عليه، فإنها يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية

ويستوي في ذلك أن يجاز العقد الأصلي أو لا يجاوز، ففي الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة. أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفيل. لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية، أو جاز وليه أو وصية أو القيم عليه بإذن المحكمة عند الإقتضاء، العقد الأصلي، ففي رأي الدكتور السنهوري أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة ما دام العقد الأصلي قد أجز، فإذا كان الكفيل ليس فحسب عالماً بنقص الأهلية، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب أهليته، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتي لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصار مسئولاً عن المدين نحو الدائن، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظراً لهذا الإحتمال.

وللکفيل أن يتمسك بإنقضاء إلتزامه ككفيل، تبعاً لإنقضاء إلتزام المدين. فإذا إنقضي المدين بالوفاء، جاز للكفيل أن يتمسك بإنقضاء إلتزامه هو أيضاً تبعاً لإنقضاء إلتزام المدين. ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.

وللکفيل، فضلاً عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المدين، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين، وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته، أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلاً.

فالدفع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلي بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشئ لالتزام المدين باطلاً أو للإبطال، وقد ترجع إلي ما يرد علي التزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الالتزام الأصلي، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فيتمسك الكفيل بأن إلتزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً علي شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط. وقد ترجع إلي إنقضاء إلتزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضي إلتزام المدين.

وسيأتي بيان تلك الدفع في مواضيعها.

(الوسيط. ١٠- للدكتور السنهوري المرجع السابق - ص ١٠٦ وما بعدها)

٢- يطابق نص المادة ٧٨٢ من التقنين الجديد المادة ٥٠٩ / ٦٢٢ من التقنين القديم مع شئ من الإيضاح اقتضاه عن قصد المشرع فالمقصود من عبارة المادة القديمة " ماعدا الأوجه الخاصة بشخصه " هو الإحتجاج بنقص أهلية المدين ولما كان حرمان الكفيل بهذا الدفع ليس مطلقاً فينبغي أن تفرق بين ما إذا كان الكفيل يعلم وقت التعاقد بنقص أهلية المكفول فلا يجوز له في هذه الحالة أن يحتج ببطلان الإلتزام الأصلي وبين ما إذا كان يجهل نقص الأهلية فيكون له الحق في الإحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة التي تقضى ببطلان الإحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة التي تقضى ببطلان إلتزام الكفيل كلما بطل الإلتزام الأصلي كما توجب إنقضاء الأول بمجرد إنقضاء الثاني.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٧٥)

٣- الأوجه التي يستطيع ان يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن بخصوص موضوع إلتزامه والغالب ان يتمسك الكفيل بهذه الأوجه عن طريق دفع مطالبة الدائن ولكن ليس هناك ما يمنع من ان يتمسك بها عن طريق الطلب. وهذه الأوجه تنقسم إلى قسمين: الأول يشمل الأوجه التي يحتج بها المدين على الدائن لتعلقها بالإلتزام الأصلي ويستطيع الكفيل أن يتمسك بها نظراً لتبعية إلتزامه للإلتزام الأصلي، والثاني ويشمل الأوجه الخاصة بالإلتزام الكفيل نفسه بصرف النظر عن الإلتزام الأصلي.

الأوجه الخاصة بالإلتزام الأصلي - للكفيل وهو ما يلتزم بالإلتزام تابع للإلتزام المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين ان يتمسك به فكل ما يؤثر في الإلتزام الكفيل، من حيث صحته أو إنقضاؤه يؤثر في إلتزام الكفيل. (م ٧٨٢/١ مدني) وللکفيل أن يتمسك بهذه الأوجه ولو كان متضامناً مع المدين (م ٧٩٤ مدني) والكفيل يتمسك بهذه الأوجه باسمه هو لاسم المدين لأن محل إلتزامه هو ضمان تنفيذ إلتزام المدين فكل ما يؤثر في هذا الإلتزام يؤثر مباشرة في إلتزام الكفيل، ويترتب على ذلك مايلي:

(أ) ان يكون للكفيل الحق في التدخل في اى وقت في الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ليتمسك بوجه من الأوجه قد لا يتمسك به المدين نفسه بل للكفيل ان يتمسك بهذه الأوجه بدعوى مبتدأة برفعها على الدائن.

(ب) للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ولو نزل عنه المدين، فيجوز له مثلاً أن يتمسك بتقادم الدين المكفول ولو نزل المدين صراحة عن حقه في التمسك بالتقادم إلا إذا نزل المدين عن حقه في طلب إبطال العقد القابل للإبطال بان إجاز العقد فيمتنع على الكفيل أن يطلب الإبطال إلا إذا ثبت أن المدين كان متواطئاً مع الدائن للاضرار بالكفيل.

وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن ببطلان العقد المنشئ للإلتزام الأصلي بطلاناً مطلقاً أي كان سبب البطلان كإنعدام الرضا أو إستحالة المحل أو عدم مشروعيته أو عدم السبب أو تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون لإنعقاد العقد. وله كذلك أن يتمسك بإبطال العقد القابل للإبطال. ولكن المشرع بعد أن قرر في الفقرة الأولى من المادة ٧٨٢ مدنى حق الكفيل في التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين فإن فى الفقرة الثانية: " على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين وهو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه " ويتضح من ظاهر عبارة هذا النص أن الكفيل الذى كان يعلم وقت الكفالة بنقص أهلية المدين دون أن يكفل بسبب هذا النقص ليس له أن يطلب إبطال العقد المنشئ للإلتزام الأصلي ولكن إذا طلب المدين نفسه الإبطال وقضى زال الإلتزام الأصلي و إلتزام الكفيل بالتبعية لأن الكفيل لا يبقى ملتزماً رغم الإبطال إلا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية (٧٧٧مدنى).

ولكن الشراح لا يأخذون بهذا المعنى الظاهر من عبارة النص ويذهبون إلى أن الكفيل لا يحرم من التمسك بالإبطال لا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية مستندياً فى هذا أساساً إلى أن تاريخ النص يكشف عن أن المشرع لم يقصد حرمان الكفيل من التمسك بالإبطال إلا فى الحالة التى يبقى فيها ملتزماً ولو أبطل الإلتزام بناء على طلب المدين أى كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية (٧٧٧مدنى)، ويبدو للدكتور منصور مصطفى منصور أن هذا رأى محل نظر فلا يجوز مخالفة عبارة النص الصريحة إلا إذا كان هناك تعارض بين النصوص يجب رفعه حين أنه ليس هناك تعارض بين ظاهر نص المادة ٧٨٢ / ٢ والمادة ٧٧٧مدنى ولا مع القواعد العامة.

ومقتضى المادة ٧٨٢ مدنى أن يبرا الكفيل بمجرد براءة المدين وأن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين وأسباب إنقضاء الإلتزام الأصلي. هى: الوفاء - الوفاء بمقابل - التجديد والإنابة - المقاصة إتحاد الذمة الإبراء إستحالة التنفيذ التقادم.

(عقد الكفالة. للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٦٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إن إلتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين ولا يقوم هذا الإلتزام إلا إذا كان إلتزام المدين قائماً وأن كان الحكم الصادر من محكمة أول حاجة بعدم إختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى بالنسبة إلى الطاعنة قد حال دون الحكم عليها إلا أن المحكمة

الإبتدائية بقضائها على المطعون عليها الثانية وهي الضامنة قد فصلت لزوماً في مسؤولية الشركة المضمونه وهي الطاعنة وناقشت دفاعهما في الموضوع الذي أبدته في مذكرتها المقدمة إليها وبذلك تكون قد إستنفدت ولايتها في الفصل في موضوع النزاع، ومن ثم يكون من غير المستاغ إعادة القضية إليها بعد إلغاء حكم الإختصاص وتأيد الحكم الإبتدائي فيما قضى به على المطعون عليها الثانية لما كان ذلك فأن محكمة الاستئناف لا تكون قد خالفت القانون إذ فصلت في مسؤولية الشركة الطاعنة والشركة الضامنة لها في الإستئناف المرفوع إليها من الأخيرة عن الحكم الصادر عليها إذا هذه الحالة لا تعتبر في حقيقتها من حالات التصدى.

(نقض - جلسة ١٩٥٢/١/٨ - مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاماً) - ١٤٧ - ص ٣٠٧)

٢- لا يجوز أن يسوى الحكم عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيربه مدنياً أصلياً بل يبقى إلتزامه تبعياً وأن كان لا يجوز له التمسك بالإلزام الدائن بمطالبة بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أو لا وينبنى على كون إلتزام الكفيل تابعاً لإلتزام المدين أنه يقضى حتماً بإنقضائه ولو كان التقادم قد إنقطع بالنسبة للكفيل ولا فرق في هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن.

(نقض - جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ - المرجع السابق - ١٢ - ص ٩٣٧)

٣- إلتزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو إلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه إذ لا يسوغ النظر في اعمال أحكام الكفالة في إلتزام الكفيل قبل البت في إلتزام المدين الأصلي وللکفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين ١/٢٨٢، ٧٩٤ من القانون المدني فكل ما يؤثر في الإلتزام الأصلي يؤثر في إلتزام الكفيل.

(الطعن ٤٧٤٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٧ س ٤٣ ص ٨٠٢)

٤- للدائن الحق في الرجوع على الكفلاء المتضامين دون قيد الكفيل المتضامن يعتبر في حكم المدين المتضامن للدائن مطالبته وحده بكل الدين دون إلتزام بالرجوع أولاً على المدين الأصلي أو حتى مجرد إختصامه في دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين.

جرى قضاء هذه المحكمة على أن حق الدائن في الرجوع على الكفلاء المتضامين على مقيد بأى قيد وأن الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام في حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين دون إلتزام بالرجوع أولاً على المدين الأصلي أو حتى مجرد إختصامه في دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين.

(الطعن ٦٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٦ س ٤٦ ص ١٧٦)

٥- الكفيل المتضامن يعتبر في حكم المدين المتضامن للدائن مطالبته وحده بكل الدين دون الإلتزام بالرجوع أولاً على المدين الأصلي أو حتى مجرد إختصامه في دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين.

الكفيل المتضامن يعتبر في حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفرداً دون إلتزام بالرجوع أولاً على المدين أو حتى مجرد إختصامه في دعوته بمطالبة الكفيل.

(الطعن ٥٠٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ س ٤٦ ص ٢٧٠)

* * *

مادة (٧٨٣)

إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٦٢ لیبی و ٧٤٩ سوری و ١٠٢٩ عراقی و ١٠٩٦ لبنانی و ٦٦٥ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

يطابق هذا النص المادة ٥١١ / ٦٢٤ من التقنين الحالي، والمبدأ الوارد به مقرر في معظم التقنيات (كالتقنين الفرنسي والإيطالي والهولندي الخ) والواقع انه مجرد تطبيق للقواعد العامة في تجديد الإلتزام (انظر م ١٨٨ / ١٥٢ من التقنين الحالي و ٢٩٣ فقرة ٢ من المشروع).

(مجموعة الأعمال التحضيرية القانونية - الجزء ٥ ص ٤٧٠)

رأى الفقه:

١- لما كان التكيف للوفاء بمقابل وهو التكيف الذى يغلب فى الفقه المعاصر هو ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد الوفاء عن طريق نقل الملكية فانه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصرية الأولين:

فهو اولاً تجديد بتغيير محل الدين القديم وهذا هو التجديد ويترتب على هذه الخطوة ان الدين الأصلي ينقضى معه تأميناته ومنها الكفالة، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً بإنقضاء الدين الأصلي عن طريق التجديد.

والوفاء بمقابل هو وفاء الدين الجديد الذى حل محل الدين القديم، وذلك عن طريق نقل الملكية فتسرى إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع بإعتباره ناقلاً للملكية وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء بإعتباره أنه يقضى الدين ومن أحكام البيع ضمان الإستحقاق فإذا إستحق المقابل فى يد الدائن رجع بهذا الضمان على المدين ولكنه لا يرجع بالدين الأصلي فان هذا الدين قد إنقضى بالتجديد وقد إنقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائياً. إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه وهو الذى قضى الدين الأصلي بتأميناته وأمام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية.

وأياً كان سبب إستحقاق المقابل، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن ففى هذه الحالة إذا رجع الكفيل بضمنان الإستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذى تسبب بعلمه فى ضمان الإستحقاق.

ويجوز للدائن عند تسلمه المقابل، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل لو إستحق هذا المقابل ففى هذه الحالة يكون إنقضاء الكفالة معلقاً على شرط واقف هو عدم الإستحقاق المقابل وقد يتخلف الشرط بإستحقاق المقابل.

والذى يقع غالباً أن المدين هو الذى يقدم شيئاً مملوكاً له فى المقابل ذلك أنه لو كان الذى قدم المقابل هو الكفيل وإستحق المقابل تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الإستحقاق.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالتجديد بأن حدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو تغيير الدين فى محله أو مصدره فإن المدين المكفول ينقضى وتتقضى تبعاً لإنقضائه الكفالة.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالمقايضه بأن كان فى ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة فى الدين الثابت فى ذمة المدين للدائن إنقضى الدين المكفول بالمقاصة وإنقضت الكفالة تبعاً لذلك.

وإذا إنقضى الدين المكفول بإتحاد الذمة بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فإنقضى الدين بإتحاد الذمة إنقضت الكفالة التى كانت تضمن الدين تبعاً لذلك وبرئت ذمة الكفيل.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالإبراء (بإبراء الدائن للمدين من الدين إنقضى الدين المكفول بالإبراء وإنقضت تبعاً لإنقضائه الكفالة.

وإذا إنقضى الدين المكفول بإستحالة التنفيذ لسبب اجنبى إنقضت بإنقضائه الكفالة. وإذا إنقضى الدين المكفول بالتقادم إنقضت بإنقضائه الكفالة وقد يزول الدين المكفول بالفسخ أو بالإبطال فتزول الكفالة بزواله.

(الوسيط ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢١٥ وما بعدها)

٢- تطابق صيغة نص المادة ٧٨٣ من التقنين المدنى فى معناها النص الوارد بالتقنين القديم والمبدأ الوارد بها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الإلتزام فإذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين أو غيره إنقضى بهذا الوفاء إلتزام الكفيل نهائياً ولو إستحق المقابل تحت يد الدائن فيما بعد أما إذا إستوفى المقابل من الكفيل فإن هذا الأخير يضمن بداهة إستحقاق الشئ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٧٥)

* * *

مادة (٧٨٤)

(١) تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما إضاعة الدائن بخطئة من الضمانات (٢) ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدائن ولو تقر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٩٣ ليبي و ٧٥٠ سوري و ١٠٢٧ عراقي و ١٠٨٩ لبناني و ٦٦٦ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

تطابق الفقرة الأولى من هذا النص المادة ٥١٠ / ٦٣٣ وهي تقرر الدفع بإضاعة التأمينات.

ولما كان قد ثار نزاع في العمل بشأن تحديد الضمانات التي يترتب على ضاعها خطأ الدائن إبراء الكفيل فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الإتفاقي كالرهن التأميني أو الحيازي (انظر على الأخص إستئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٩٨ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب ٢٦ ص ٧٦ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ١٣٧ - ١٤ إبريل سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٢٧٨ - ٧ يونيو ١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٩٠). ورات غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص الوفاء الدين حتى لو كان تأميناً قانونياً (راجع إستئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ٣٧٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ ب ٣٥ ص ٤٤٥) كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التي توجد بعد قيام الكفالة وهل يشملها النص وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع فلا يترتب على ضياعها خطأ الدائن إبراء الكفيل (انظر إستئناف اعلى ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٥١ - إستئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٥٦ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ ب ٣٥ ص ٣٧٦ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ ب ٥١ ص ١٨٦) ولكن يعاب على هذا الحل ان مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية وأن الكفيل يحل محل الدائن في التأمينات التي تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف بان قرر في الفقرة الثانية ان الضمانات المقصودة في هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقر بعد الكفالة وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ ص ٤٧٤ و ٤٧٥)

رأى الفقه:

١- لما كان نص المادة ٧٨٤ مدني يبرى ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات فإن الأمر يقتضى بحث المسائل الخمس التالية:
(١) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم - بحق لكل كفيل شخصي التمسك ببراءة ذمته متضمناً كان أو غير متضامن.

(٢) الأساس الذى يقوم عليه براءة ذمة الكفيل - تبرأ ذمة الكفيل لأن الدائن قد تسبب بخطئه فى جعل الكفيل فى ضماناته مستحيلاً وقد كان من حق الكفيل ان يحل محل الدائن فى هذه ضمانات.

(٣) الخطأ الذى يرتكبه الدائن - يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه أضعاف التأمينات التى له كان يبرئ ذمة احد الكفلاء أو ينزل عن رهن ترتب لمصلحته كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل فى إتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن لضمان حقه كان يعلم فى تجديد الرهن الرسمى أو كان يبيع بثمن القيم التى إرتهنها ضماناً لحقه او ان يتأخر فى إستيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم. ويكون الدائن مسئولاً إذا هو جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوكاً له فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف المدين من أثر هذا الرهن كذلك يكون الدائن مسئولاً إذا هو أنقص من قيمة العقار بان استاجره لمدة طويلة. ولا يكون الدائن مسئولاً عن الخطأ الذى يرتكبه الغير أو الكفيل او الذى يشترك فيه الأخير.

(٤) الضمانات التى يضيعها الدائن بخطئه - فقد كان هناك رأى بقصرها على التأمينات الإتفاقية كالرهن الرسمى الحيازى ولكن الرأى الذى تغلب فى هذا الصدد هو أن يدخل أى تأمين حتى لو كان تأميناً قانونياً كحقوق الإمتياز وقد ورد نص المادة ٣/٧٨٤ مدنى وحتى لو كان تأميناً قضائياً كحق الإختصاص (أو حق الحبس أو حق الدائن فى الفسخ).

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل فى هذه الضمانات التى توجد بعد قيام الكفالة فذهب رأى إلى أن هذه التأمينات لا تدخل ولا تدخل إلا التأمينات التى كانت موجودة عند قيام الكفالة ولكن الرأى الغالب والذى اخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد صراحة (م ٣/٧٨٤مدنى) هو أن جميع التأمينات تدخل سواء ما جد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة ولكن يعاب على هذا الرأى ان مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات التى تنقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول وقد مضى المشروع على كل هذا الخلاف بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين مخصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون (الأعمال التحضيرية)

(٥) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل - حتى تبرأ ذمة الكفيل يجب عليه ان يثبت انه قد أصابه ضرر من عمل الدائن وأن يتمسك ببراءة ذمته وألا يكون هناك إتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن.

فيجب أولاً أن يثبت الكفيل أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث لا يسعفه أصلاً فى تقاضى حقه أو نزل عن كفيل فى نظير أن يحل محله كفيل آخر يمثلته فى اليسار كذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب براء ذمته وإذ رضى الدائن ببيع أشياء مرهونه له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ولو بيعت هذه الأشياء دون إتباع الإجراءات التى

رسمها القانون ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذى أصابه من عمل الدائن ضرر محقق وليس مجرد محتمل ويطلب الكفيل براءة ذمته، بمقدار ما أصابه من ضرر ويجب ثانياً أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته فلا يعطى الحق فى براءة الذمة إلا إذا طلب ذلك ومن ثم لا يجوز للكفيل أو يتمسك إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة الذمة أن بدعوى يرفعها هو على الدائن ولكن يجوز إذا رفع الدائن عليه الدعوى أن يتمسك ببراءة ذمته فى أى وقت حتى تحجز القضية للحكم وله أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ولكن لا يجوز له أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك ببراءة الذمة هنا لا يعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل.

ويجب ثالثاً، ألا يكون هناك إتفاق بين الدائن والكفيل على ألا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أى على عدم حلول الكفيل محل الدائن فإذا وجد هذا الإتفاق إمتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يحل محل الدائن فيما أضاعه هذا من التأمينات.

(الوسيط-١٠- للدكتور السنهاوري - المرجع السابق- ص ٢٤ وما بعدها)

٢- تقرر المادة ٧٨٤ مدنى الدفع بإضاعة التأمينات ويعاب على النص القديم انه لم يحدد المقصود بالتأمينات فثار نزاع فى العمل بشأن تحديدها وإختلف فى ذلك أحكام القضاء فقضى المشرع على هذا الخلاف بالنص صراحة فى الفقرة الثانية على أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لوفاء الدين حتى لو كان تأميناً قانون (كالإمتياز) وحتى لو تقرر بعد الكفالة خلافاً لما جرى عليه القضاء فى ظل التقنين القديم.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق- ص ٥٧٦)

٣- الحكمة من تقرير القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٧٨٤ مدنى ان الكفيل عندما بقى للدائن يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من التأمينات تضمن الوفاء بالإلتزام الذى وفاه الكفيل فإذا أضاع الدائن شيئاً من هذه التأمينات بخطئه فيكون قد أضر بالكفيل إذا يقلل من إحتمال حصوله على حقه عند الرجوع فيجعل المشرع براءة ذمة الكفيل جزاء على خطأ الدائن.

ويستفيد من حكم هذه القاعدة كل كفيل شخص ولو كان متضامناً مع المدين اما الكفيل العيني فقد ثار الخلاف حول سريان هذا الحكم عليه ففي رأى أنه لايسرى عليه وفي رأى آخر - وهو سائد والذى يفضلته الدكتور منصور مصطفى منصور - ان حكم النص يسرى على الكفيل العيني فهو كالكفيل الشخصى مسئول عن دين غيره وله إذا ماوفاه ان يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات وليس هناك مايدعو إلى حرمانه من التمسك فى مواجهة الدائن بالدفع بأضعاف التأمينات.

ويختلف مركز الكفيل المتضامن عن مركز المدين المتضامن فالمدين المتضامن مع غيره لا يبرا من إلتزامه لمجرد إضاعة الدائن بخطئه التأمينات التى تضمن الدين ولو انه تستفيد من هذه التأمينات عند رجوعه على غيره بدعوى الحلول ولكن يجوز للمدين المتضامن إذا أضاع الدائن بخطئه تأميناً ان يرجع عليه بالتعويض عما أصابه

من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية إذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات.

إن حكم المادة ٧٨٤ مدني لا تسرى إذا كانت أضراره التأمين قبل أن تبرأ ذمة الكفيل بالوفاء للدائن فإذا أضرع الدائن تأميناً بعد أن وفاه الكفيل وقبل أن يستوفى الكفيل حقه في يكون للكفيل فلا أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية:

(عقد الكفالة: للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق - ص ٧٣ وما بعدها)

٤- تنص المادة ٧٨٤ مدني على براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضراره الدائن بخطئه من الضمانات وهذا لأنه طبقاً لنظرية الحل محل الكفيل محل الدائن إذا ما أوفى له بالالتزام فإذا أضرع الدائن التأمينات التي تضمن له الوفاء كالرهن أو الإمتياز فيترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر التأمينات التي تسبب الدائن بإهماله أو بفعله في أضرعتها.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ بأن المادة ٢٠٢٧ مدني فرنسي (المقابلة للمادة ٧٨٤ مدني مصر) تضع قواعد عامة في براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضرع الدائن من ضمانات ولا تفرقة بين أضرعه للضمانات بإهماله أو بفعله المباشر إذا ان مبدأ الأنصاف التي ترمى إليه نظرية الحل لصالح الكفيل تحمل الدائن ليس فقط نتيجة تصرفاته التي ترتب عنها فقد انه لحقوقه وضماناته والتي كان من اللازم أن يحل فيها الكفيل محله بل ونتيجة إهماله في القيام بالمحافظة عليها وفي نفس المعنى أقرت محكمة النقض المصرية في صدد حكمها عن الكفالة التضامنية بأنه ينبغي على كون إلزام الكفيل تابعاً لإلزام المدين أنه ينقضي حتماً بإنقضائه (نقض - جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ - المحاماة - السنة ١٩٨/٢٤ ص ٤٥٨) وعلى عكس هذا المدين المتضامن الذي لا تبرأ ذمته حتى ولو أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين (م ٢٨٩ مدني).

(الكفالة التضامنية - مقال للدكتور المستشار أبو اليزيد - المحاماة - السنة ٣٩ - العدد ٩

ص ١٢٧ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ يعتبر الضرر متوافراً - في حالة المادة ٧٨٤ من القانون المدني - بمجرد إضرع تأمين خاص دون أن يستبدل به تأمين آخر لا يقل عنه في قيمته فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستعرض هذا الضرر أو الدليل عليه بعد أن أوضح أن البلدية "الدائن" هو الذي أضرع الإمتياز الخاص المقرر بالمادة ٢٧ من قانون الضريبة العقارية وذلك بإهمال عمالها في تحصيل الضريبة عن هذه المباني وفي المحافظة على حق الإمتياز الخاص المقرر عليها لدين الضريبة.

(الطعن رقم ٧٨ - لسنة ٣٥ ق - تاريخ الجلسة ١٩٦٩ / ٠٦ / ٢٤)

٢- إذ تمسك المطعون ضده "الكفيل" بحكم المادة ٧٨٤ من القانون المدني وطلب براءة ذمته من دين الضريبة لأن الطاعن وهو الدائن قد أضرع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهو حق الإمتياز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية والمقرر على

المباني قبل إزالتها وعلى الأنقاض بعد هدمها، و كان مفاد المادة ٢٧ سالفه الذكر أن للحكومة حق امتياز خاص بدين الضريبة على المباني فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب على أن الطاعن "الدائن" هو الذي تسبب بخطئه في ضياع هذا الضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة، أن ذمة الكفيل - المطعون ضده - تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات، فإنه لا يكون قد خالف حكم المادة ٧٨٤ من القانون المدني، ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخيرته في المطالبة بالضريبة لا يترتب عليه إلا مجرد إضعاف الضمان العام المقرر له على أموال مدينه وهو ما نصت عليه المادة ٧٨٥ من القانون المدني لأنها لا تنطبق على واقعة الدعوى.

(الطعن رقم ٧٨ - لسنة ٣٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٦٩)

* * *

مادة (٧٨٥)

(١) لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

(٢) على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقيم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٦٤ لیبی و ٧٥١ سورى و ١٠٣٦ عراقى و ١٠٧٩ لبنانى و ٧٦٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

الفقرة الأولى إقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصرى وهى تقررى جزئها الأول حكماً مجمعاً عليه وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها لأن للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل حتى لو مد الدائن الأجل له على أنه قد تصدر من الدائن عمال إيجابية (كنتازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز مال مدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة) أو أعمال الحراسة سلبية (كعدم قيامه بإتخاذ إجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجملة إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه وكذلك عدم التقدم فى التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال فى القيام بإجراء معين أو إبراز مستند) لا ترتب عليها ضياع التأمينات وكلها مع ذلك تؤثر فى حق الكفيل فتضيعة أو تنقص منه كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقاً لقواعد المسؤولية مادام قد ترتب عليها ضرر لكفيل والتقنين الحالى لم يتعرض لذلك ولكن بعض التقنينات الحديثة أوردت نصوصاً فى هذا الصدد (انظر مثلاً التقنين الالمانى م ٧٧٦) والمشروع قياساً على هذه التقنينات أورد هذه الفترة مقتبساً ما حكمها من القضاء المصرى (راجع إستئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩١٥ ب ٢٨ ص ٤٦).

والفقرة الثانية إستعد المشروع فكرتها من المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٣٩) والتقنين السويسرى (م ٥٠٢) والتقنين البولونى (م ٧٣٧).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ - ص ٤٧٩)

رأى الفقه:

١- يفترض التقنين المدني فى المادة ٧٨٥ أن الدين المكفول قد حل وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر فى إتخاذها فنص على حق الكفيل فى هذه الحالة فى أن ينذر الدائن لإتخاذ الإجراءات فإذا لم يتخذها فى خلال ستة أشهر من وقت الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً برئت ذمة الكفيل من الكفالة وكان

التقنين المدينى السابق يجعل للكفيل الحق فى مطالبة المدين عند حلول الأجل إذا منح الدائن للمدين أجلاً جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة ويبدو أن التقنين المدينى الجديد لم ينتظر حتى يمنح الدائن للمدين أجلاً جديداً بل أعطى للكفيل الحق فى إنذار الدائن فى أن يطالب المدين بدينه فإذا لم يفعل ذلك خلال ستة أشهر من وقت إنذار الكفيل برئت ذمة الكفيل وذلك مالم يعطه ضمناً كافياً.

وإذا أراد الكفيل إتخاذ الإحتياطات اللازمة وجب عليه ان ينذر الدائن ليتخذ هذا الإجراءات الواجبة قانوناً عند حلول الدين ضد المدين وذلك طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدينى وهذه الفقرة استعدها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الإبطالى ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الإلتزامات السويسرى ومن المادة ٦٢٧ من تقنين الإلتزامات البولونى.

ولا يتخذ الكفيل هذا الإحتياط إلا عند حلول أجل الدين المكفول أو فى أى وقت بعد حلول هذا الأجل وذلك لأن الإنذار يتضمن تنبيه الدائن إلى وجوب إتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ولا يمكن إتخاذ هذه الإجراءات الا عند حلول أجل الدين.

والعبرة بحلول الأجل الأسمى للدين المكفول فإذا حل هذا الأجل جاز الكفيل إنذار الدائن حتى لو أن الدائن مد للمدين فى الأجل المحدد أصلاً فالكفيل لا يلتزم بإحترام هذا المد إلا إذا كان قد إرتضاه فإذا لم يرتضيه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأسمى بأن يتخذ الإجراءات الواجبة قانوناً نحو المطالبة المدين بالدين. والمدة التى تسبق هذا الإنذار لا يعتد بها.

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدينى: " على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين للكفيل ضمناً كافياً فيجب إذن، إذ أنذر الكفيل الدائن أن يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين، أو أن يقدم المدين الكفيل ضمناً كافياً فى حالة ما إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين.

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين وسار فى إتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافياً ويكون هذا بان يرفع الدائن الدعوى المدين يطالبه فيها بالدين إذا كان سند الدين عرفياً، أما إذا السند تنفيذياً، حكماً كان أو ورقة رسمية فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين.

فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين فى خلال الستة الأشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن برئت ذمة الكفيل من الكفالة وبذلك يتقضى عقد الكفالة بطريق أصلى دون أن يتقضى الدين المكفول.

على انه يجوز للمدين قبل إنقضاء الستة أشهر سالفة الذكر ان يقدم الكفيل ضمناً كافياً لما عسى ان يدفعه الكفيل للدائن ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل وقاضى الموضوع هو الذى يقدر عند المنازعة ما إذا كان الضمان الذى يقدمه المدين للكفيل ضمناً كافياً فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافى وصل للكفيل إلى ما يبتغيه وصار عليه ان ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين فإذا دفع المدين الدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحد وبرئت ذمة المدين

وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحد برئت ذمة المدين وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين كان لدى الكفيل الضمان الكافي الذي قدمه المدين فيدفع الدين للدائن ويستوفيه من هذا الضمان.

(الوسيط. ١٠- للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٢٤٩ وما بعدها)

٢- تقرر المادة ٧٨٥ في فقرتها حكماً مجعاً عليه وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته بمجرد تأخير الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين لأن للكفيل حق الرجوع على المدين حتى لو عد الدائن الأجل له ومع ذلك فقد عمد المشرع إلى حماية الكفيل بالنص في الفقرة الثانية على براءة ذمته لعدم قيام الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل الدائن بستة أشهر إلا إذا قدم المدين للكفيل ضماناً يكفى الوفاء بالدين.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق. ص ٥١٦ و ٥٧٧)

٣- الأصل أن ذمة الكفيل لا تبرأ تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين ولو ترتب على هذا أن أعسر المدين فأصبح رجوع الكفيل عليه قديم الجدوى وقد نص المشرع على ذلك في المادة ١/٧٨٥ مدني بقوله: " لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها "

ولكن إذا كان تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات لا يعتبر أضعافاً للتأمينات فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا أنه يعرض الكفيل لخطر إعسار المدين بعد يسره فلا يستفيد من الرجوع وقد كان القانون القديم يخول لكفيل دفعا لهذا الخطر الحق في مطالبة المدين عند حلول أجل الدين ولو مد الدائن الأجل ولم يبرئ الكفيل ولكن القانون الجديد لا يجيز رجوع الكفيل على المدين إلا إذا كان قد وفى الدين فلجأ إلى وسيلة أخرى لحماية الكفيل من تأخر الدائن في مطالبة المدين فنص في الفقرة الثانية من المادة ٧٨٤ مدني: " على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين الكفيل ضماناً كافياً "

ولما كان الغرض من الإنذار هو مطالبة الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين ووضع موضع التقصير إذا لم يتخذها فيجب أن يتم في وقت يستطيع الدائن فيه مباشرة هذه الإجراءات أى عند إستحقاق الدائن المكفول فلا أثر للإنذار الذى يوجه قبل ذلك ولكن العبرة في تحديد وقت إستحقاق الدين هي بحلول الأجل الأصلي فيجوز توجيه الإنذار عند حلول هذا الأجل ولو كان الدائن قد منح المدين أجلاً جديداً لأن الكفيل له أن يتجاهل إمتداد الأجل.

فإذا تم الإنذار كان على الدائن أن يتخذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر وذلك بان يرفع الدعوى أن كان سند الدين عرفياً أو يتخذ إجراءات التنفيذ ان كان بيده سند تنفيذي فإن لم يفعل ذلك ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً لإستيفاء ما قد يضطر إلى دفعه للدائن كان للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن سواء بدفع دعوى الدائن أن يرفع دعوى مبتدأة يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته ولو كان المدين موسراً.

وإذا بدأ الدائن في الإجراءات خلال ستة أشهر فيجب عليه أن يسير فيها وفقاً لذلك الرجل المعتاد فلا يسعى إلى إطالة الإجراءات أو يهمل فيها حتى تطول وإلا كان مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٨٠٥٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إنه وإن كان الأصل أنه إذا امتد الإيجار بحكم القانون بعد إنقضاء مدته فإنه طبقاً للقواعد المقررة في إمتداد الإيجار يمتد بنفس شروط الإيجار الأصلي فتكون إلتزامات المؤجر هي نفسها إلتزاماته السابقة وكذلك تكون إلتزامات المستأجر، وتبقى التأمينات العينية والشخصية التي تكفل إلتزامات المستأجر في الإيجار الأصلي كافلة لهذا الإلتزامات بعد أن إمتد الإيجار إلا أنه متى كان الإمتداد تطبيقاً لتشريعات استثنائية فإن الكفيل المستأجر قبل صدور هذه التشريعات لا تمتد كفالته للإلتزامات المستأجر عند إمتداد الإيجار إلا إذا قبل ذلك لأنه وقت أن كفل المستأجر كان يقصد كفالته في المدة المتفق عليها في الإيجار ولم يدخل في حسابه أن هذه المدة ستمتد بحكم التشريع الاستثنائي إذا كان ذلك وكان الطاعن الثالث قد كفل الطاعنين الأول والثاني في سداد اجرة السنتين المتفق عليهما في العقد قبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٩ وهو تشريع استثنائي قضى بإمتداد عقود الإيجار بحكم القانون إلى نهاية سنة ١٩٦٤/ ١٩٦٥ الزراعية فإن كفالته لا تمتد بإمتداد الإيجار إلا إذا قبل ذلك ولما كان الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر وإستخلص إمتداد الكفالة اخذ بإمتداد العقد دون أن يعنى ببحت دفاع الطاعن الثالث من أنه لم يرتض إمتداد كفالته وهو بحث قد تتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبب ولا وجه لما يقول الطاعن الثالث من أن كفالته قد إنقضت لتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين ذلك لأن قوام هذا النعي التمسك بتطبيق المادة ٧٨٥ من القانون المدني وهو دفاع قانوني يخالطة واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ولم تكن عناصره الواقعية مطروحة عليها ومن ثم تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - مدني - ص ٦١٠)

٢- النص في الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ من القانون المدني على أن "على ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً" مؤداه أنه يحق للكفيل عند حلول أجل الدين أن ينذر الدائن إلى وجوب اتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ضد مدينه خلال ستة أشهر من تاريخ ذلك الإنذار فإذا اتخذ الدائن هذه الإجراءات ضد المدين وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافياً ويتم ذلك بأن يرفع الدائن دعوى على مدينه يطالبه فيها بدينه إذا كان سند الدين عرفياً أما إذا كان السند تنفيذياً فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال مدينه فإذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من وقت وصول الإنذار إليه ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً

برئت ذمة هذا الأخير إذ يعتبر الدائن مخطئاً لمجرد عدم اتخاذ الإجراءات بالرغم من إنذاره بوجوب اتخاذها.

(الطعن رقم ٣١٨٠ - لسنة ٧٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠ / ٠٢ / ٠٨)

٣- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الإقرارات والاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقيدها مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة عليها من محكمة النقض في ذلك طالما لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عباراتها وكان قضاؤها قد أقيم على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ٢٨٧١ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠ / ٠٤ / ٢٧)

* * *

مادة (٧٨٦)

إذا أفلس المدين وجب علي الدائن أن يتقدم في التفلسه بالمدين والا سقط حقه في الرجوع علي الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالآقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٥ ليبي و ٧٥٢ سورى و ١٠٢٨ عراقى و ١٠٧٣ لبنانى و ٦٦٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشروع هذه النص من تقنين الإلتزامات السويسرى (م ٥١١) والتقنين البولونى (م ٦٤٣) وليس له مقابل فى التقنين المصرى ولا فى التقنين الفرنسى أو المشرع الفرنسى الإيطالى على ان الحكم الوارد به أصبح من الواجب تقريره بعد ان نص المشروع على عدم مسئولية لدائن لمجرد التأخر فى إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ ص ٤٨٣ و ٤٨٤ و ٤٨٥ و ٤٨٦)

رأى الفقه:

١- تعرض المادة ٧٨٦ مدنى لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول فتتص على أنه يجب على الدائن فى هذه الحالة أن يتقدم بحقة فى تقليسة المدين ويتقاضى من هذا المقدار الذى يصيبه بحسب قيمة هذا الحق فإذا لم يفعل فلم يصبه من تقليسه المدين شئ وأراد الرجوع على الكفيل سقط من حقه فى الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه فى تقليسة المدين ويبدو أن هذا هو الحكم أيضاً فيما لو أعسر المدين فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ثم يرجع بالباقي له على الكفيل وإذا كانت المادة ٧٨٦ مدنى لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين فى الوقت المناسب وإلا كان الدائن مسئولاً عن ذلك محو الكفيل.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق ص ٥٧٧)

٢- إقتبس المشرع هذا النص (م ٧٨٦ مدنى) عن تقنين الإلتزام السويسرى (م ٥١١) والتقنين البولونى (٦٤٣).
وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدني القديم والحكم الوارد به إستثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة السابقة التى تقضى بعدم مسئولية الدائن عن التأخر فى الإجراءات أو عن عدم القيام بها.

(الوسيط. ١٠. للدكتور السنهوري- المرجع السابق ص ٢٥٥ وما بعدها)

٣- إذا كان المدين تاجراً وأشهر إفلاسه حل أجل الإلتزام المكفول وتكون وسيلة الدائن للحصول على حقه أو فى الأقل بعض هذا الحق هى التقدم بالمدين فى التقليسة

ولما كان من غير الجائز أن يدخل الكفيل قبل أن يفى للدائن في تفليسه المدين فقد حماه القانون بأن نص في المادة ٧٨٦ مدني على أنه: " إذا أفلس المدين وجب عمل الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أسباب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن فإذا لم يتقدم الدائن بدينه في التفليسة كان للكفيل أن يتمسك في مواجهته بدفع أو بدعوى ببراءة ذمته من قدر من الدين يساوى ما كان يحصل عليه الدائن لو أنه تقدم في التفليسة.

(عقد الكفالة. للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق. ص ٨١٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان الحكم الابتدائي قد إنتهى في أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما اداه من ديون لدائنيه وقضى في منطوقه بنذب خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين مما اداه كفيله عنه فان الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطعيا فى اصل الحق المتنازع عليه وهو حق الرجوع وانهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى إستفاده المدين المكفول مما اداه عنه الكفيل.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٩ - مدني - ص ١٢٠)

٢- إفلاس المدين قبل حلول اجل الدين المكفول وجوب تقدم الدائن بحقه فى تفليسة المدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر المادة ٧٨٦ مدني.

النص فى المادة ٧٨٦ من القانون المدنى على انه " إذا أفلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم فى التفليسة بالدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن " مفاده انه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول فإنه يتعين على الدائن أن يتقدم بحقه فى تفليسه المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ثم يرجع بالباقي عند حلول الأجل على الكفيل فإذا قصر الدائن ولم يتقدم فى تفليسة المدين فإذا ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة.

(الطعن ٦٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٦ ص ٤٦ س ١٧٦)

٣- لئن كان مفاد نص المادة ٧٨٦ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول، يتعين على الدائن أن يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه، ثم يرجع عند حلول الأجل على الكفيل، فإذا قصر الدائن ولم يتقدم فى تفليسة المدين فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة، إلا أنه لما كان يترتب على الحكم بقفل أعمال التفليسة لعدم كفاية أموالها طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ قبل كفيله المتضامن دون إلزام عليه بتجريد المدين المفلس أولاً . بما لا محل لإعمال نص المادة ٧٨٦ من القانون المدنى سאלفة البيان . لما كان ذلك، وكان

الثابت بالأوراق أن البنك المطعون ضده قدم أمام محكمة الموضوع - وهو ما أورده الحكم المطعون فيه - شهادة صادرة من جدول محكمة إفلاس الجيزة الابتدائية مفادها أنه تم إشهار إفلاس شركة المنصورية للتجارة والتوزيع في الدعوى رقم ٣٥٦ لسنة ٢٠٠٠ إفلاس الجيزة وأقل باب التفليسة فيها بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٨ لعدم كفاية أموالها، فإن تمسك الطاعنين بحق التجريد الوارد بالمادة ٧٨٦ من القانون المدني سالفه البيان يكون لا جدوى منه، ولا على الحكم المطعون فيه إن لم يرد على هذا الدفاع.

(الطعن رقم ١٥٩٦٠ لسنة ٨٣ جلسة ٢٠١٦/٤/٢٨)

* * *

مادة (٧٨٧)

(١) يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع. فإذا كان مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

(٢) أما إذا كان الدائن مضموناً بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين. ويتحمل الكفيل مصروفات النقل علي أن يرجع بها علي المدين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٦ لبيي و٧٥٣ سوري و١٠٢٦ عراقي و ٦٦٩ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يقرر هذا النص واجباً منطقياً علي الدائن بإزاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن، فيجب إذن أن يمكن له من هذه الحلول، والنص منقول علي المادة ٥٠٨ من تقنين الإلتزامات السويسري، مع شئ من التفصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس، وحكمه غني عن التعليق إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ - ص ٤٩٢ و ٤٩٣)

رأي الفقه:

١- يفترض نص المادة ٧٨٧ مدني أن الكفيل لم ينجح في دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما، فحكم عليه بالدين، أو أن الكفيل تقدم مختاراً للدائن دون دعوى ووفي الدين، ففي هذه الحالة يكون للكفيل الذي وفي عن المدين حق الرجوع علي هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، وسيأتي بيان ذلك، وفي جميع الأحوال، عند وفاء الكفيل بالدين للدائن، يجب علي هذا الأخير أن يمكنه بما يستطيع من الرجوع علي المدين، ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين، إذا أظهر الدائن استعداده للقيام بالتزامه بمجرد استيفائه، فإذا انس لكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بالتزامه، استطاع الكفيل بدلا من أن يوفي له الدين، أن يودعه إيداعاً قضائياً طبقاً للقواعد المقررة بذلك، وعند ذلك يستطيع بعد هذا الإيداع القضائي أن يرجع علي المدين. وكان ذلك قياساً علي مانصت عليه المادة ٣٤٩ مدني.

والذي يلزم به الدائن نحو الكفيل إذا وفي هذا الأخير الدين الأول، هو ما يأتي:

أولاً - أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهي في يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتي يرجع هذا بموجبها علي المدين ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفي الدين فيستطيع الرجوع علي المدين وغنى عن البيان

أن الكفيل إذا اضطرا إلى إيداع الدين إيداعاً قضائياً كما قدمنا يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك فتغنية عن مستندات الدين وعن المخالصة فتمكن من الرجوع على المدين.

ثانياً - ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذه الحلول في تأمينات الدين فإذا كانت هذه التأمينات واقعة على منقول وكان المنقول في يد الدائن وذلك كما إذا كان في يد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين أو ما هو في حكم التأمين إذا كان هناك منقول في يد الدائن محبوس في الدين وجب على الدائن أن يسلم الكفيل هذا المنقول وذلك حق يحل فيه محل الدائن في حق رهن الحيازة أو في الحق في الحبس فيحبسه في يده كما كان يحبسه الدائن ضماناً لحقه في الرجوع على المدين.

ثالثاً - أما إذا كان التأمين عقارياً بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو مأخوذاً عليه حق إختصاص أو واقعا عليه حق إمتياز ضماناً للدين، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه.

ويترتب على ما تقدم أن الدائن يلتزم بالمحافظة على تأمينات الدين عقاراً كانت كانت منقولاً سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها حتى يحل فيها الكفيل محله.

(الوسيط. ١٠- للدكتور السنهوري المرجع السابق. ص ١٢٤ وما بعدها)

٢- نص المادة ٧٨٧ مدنى منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الإلتزامات السويسرى مع زيادة بعض التفصيل.

ولا مقابل له في التقنين المدنى القديم وحكمه مجرد تطبيق للقواعد العامة فيما أن الكفيل يحل محل الدائن فمن واجبه إذن أن يمكن له من هذا الحلول، سواء بتسليم الكفيل سند الدين أم بإحلاله محل الدائن في التأمينات التى تكون ضامنة لهذا الدين.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة. المرجع السابق. ص ٥٧٨)

٣- نص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٧ مدنى يقرر كما تقول المذكرة الإيضاحية واجبا منطقياً على الدائن بازاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن فيجب إذن أن يمكن له من هذا الحلول.

وينشأ التزام الدائن بحكم القانون بمجرد إستيفاء حقه من الكفيل بل بمجرد إيداع إستعداده للوفاء فإذا إمتنع الدائن عن تسليم المستندات جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء وله أيضاً أن يلجأ إلى الإيداع القضائى.

وبعد ذلك أن نص المشرع فى المادة ١/٧٨٧ مدنى على إلزام الدائن بتسليم المستندات للكفيل نص فى الفقرتين التاليتين على إلزام كالتالى مبناه حلول الكفيل محل الدائن، فالكفيل يحل محل الدائن فيما له من تأمينات، فيجب على الدائن أن يمكنه من الإستفادة من هذا الحلول.

وهنا أيضاً يجوز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء إلي أن يقوم الدائن بما يجب عليه في سبيل نقل التأمينات، وله أن يلجأ إلي الإيداع القضائى.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٨١ و ٨٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن في الرجوع على المدين - حلولاً مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ١/٣٢٦ و ٣٢٩ من القانون المدني اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات وكان القرض - المكفول - عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفي يحل محل الدائن الأصلي فيه بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها.

(الطعن رقم ٢٨٩ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠١ / ١٩٦٨)

* * *

مادة (٧٨٨)

- (١) لا يجوز للدائن أن يرجع علي الكفيل وحده إلا بعد رجوعه علي المدين.
(٢) ولا يجوز له أن ينفذ علي أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله،
ويجب علي الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٧ لبيي و ٧٥٤ سوري و ١٠٢١ عراقي و ١٠٧٢ لبناني و ٦٧٠ سوداني و ١٤٩٨
تونسي.

الأعمال التحضيرية:

تعرض هذه النصوص (من ١١٤٤ - ١١٤٧) المختلفة لحق التجريد، ويقابلها في
التقنين الحالي (القديم) ٦١٢/٥٠٢.
وقد اختلفت وجهات النظر بين التقنيات المختلفة بشأن التجريد: يجوز للدائن أن
يرجع مباشرة علي الكفيل أن يدفع هذا التجريد إذا شاء، أم يلتزم الدائن قبل الرجوع
علي الكفيل بأن يجرّد المدين من أمواله، والتقنين المصري، شأنه شأن التقنين الفرنسي
والمشروع الفرنسي الإيطالي ومعظم التقنيات الأخرى يجيز للدائن الرجوع علي
الكفيل مباشرة. وهناك أقلية من التقنيات تلزم الدائن بتجريد المدين قبل أي رجوع
علي الكفيل (أنظر علي الأخص التقنين الألماني م ٧٧١ والتقنين العيني م ٧٤٥)، أما
المشروع فإنه يجاري رأي الأغلبية لأنه الرأي الذي يوفق بين المصالح المختلفة،
مصلحة الدائن ومصلحة الكفيل، فهو يجوز للدائن الرجوع مباشرة علي الكفيل، علي
أن يدفع هذا بالتجريد إذا شاء لكن يلزمه في هذه الحالة إثبات وجود أموال لدي المدين
تكفي لوفاء الدين.

والمادة ١١٤٤ تطابق المادة ٧١٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي التي هي
بدورها مجرد تكرار للمادة ٢٠٢١ من التقنين الفرنسي، والحكم الوارد بها يطابق حكم
التقنين الحالي في المادة ٦١٢/٥٠٢، وذلك فيما عدا أن المشروع لم يتطلب كالنقنين
الحالي أن يكون أموال المدين كفاية لوفاء الدين بتمامه، مراعاة لجانب الكفيل
خصوصاً وأنه لن يترتب علي ذلك ضرر للدائن إن يحق له أن يطالب الكفيل في
الحال بأداء الباقي.

والمادة ١١٤٥ تطابق المادة ٧٢٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي المنقولة عن
المادة ٢٠٢٢ من التقنين الفرنسي، ولم تعرض المادة ٦١٢/٥٠٢ من التقنين الحالي
صراحة لبيان متي يجب الدفع بالتجريد: هل يلزم التمسك به قبل التعرض لموضوع
الدعوى، أم أن هذا الدفع يصح إيدأؤه في أي وقت إلا إذا حصل من الكفيل ما يدل
علي تنازله عنه ؟ وقد اختلف القضاء المصري في هذا الموضوع (أنظر علي الأخص
نقص ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ مج نقض ٢ ص ٧٦ رقم ٣١ - إستئناف أهلي ٧ مارس
سنة ١٩٢٨ المحاماه ٨ ص ٨٨٩ رقم ٥٣٤ - ٩ مارس سنة ١٨٩٩ القضاء ٦

ص ٣٤٢- إستئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٧٨- المنصورة الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ مج (١٦ ص ٤٨ رقم ٣٩) والنص الذي يقرره المشروع يقطع برأي في هذا الخلاف.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ ص ٤٩٥ و ٤٩٦ و ٤٩٧)

رأي الفقه:

١- يخلص من نص المادة ١/٧٨٨ مدنى انه إذا بدا الدائن بالرجوع على الكفيل وحده فللكفيل ان يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين والذي يقع فى العمل ان الدائن يبدأ الرجوع على الكفيل وحده وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده وإنما يرجع عليهما معا فى وقت واحد وبطالبيهما بوفاء المدين بإعتباره مديناً أصلياً والكفيل بإعتباره كفيلاً وفى هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع عن المدين أولاً فقد رجع الدائن على المدين والكفيل وقت واحد.

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل وقبل أن يثبت من جدوى الرجوع على المدين بتركة ويرجع على الكفيل وحده وفى هذه الحالة يكون للكفيل الحق فى دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين طبقاً لنص المادة ١/٧٨٨ مدنى سألقة الذكر ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص يماثل هذا النص كما لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص مثله.

وإذا وجد نص المادة ١/٧٨٨ فى التقنين المدنى المصرى الجديد فقد وجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين وذلك قبل أن يرجع على الكفيل فإن يرجع على الكفيل أولاً كان لهذا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولاً على المدين ويبدو أن هذا الدفع يسبق الرجوع على المدين كان يختلط فى ظل التقنين المدنى السابق كما يختلط الان فى ظل التقنين المدنى الفرنسى بالدفع بالتجريد الذى سيأتى بيانه فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولاً بالدفع بالتجريد وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشاده إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ولا ينتظر حتى يجئ دور التنفيذ على ماله فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد بدلع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا أبدا بدا هذا بمطالبتة فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه الدفع بالتجريد وحصل الدائن على حكم قابل التنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاتته عند مطالبة الدائن إياه بالدين ويدفع بالتجريد متمسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين ولكن الدفع بالتجريد هو بنفس شروطه وأثاره سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن الكفيل أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل وهناك إذن فى التقنين المدنى الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر الدفع بوجوب الرجوع الدائن على المدين أولاً والدفع بالتجريد وأصبح هذا التمييز قائماً فى التقنين المدنى الجديد ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية بل تعداه إلى الشروط.

ففيما يتعلق بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً نبحث شروط هذا الدفع وما يترتب عليه من أثر.

اما شروط الدفع فثلاثة:

الأول - الا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه، فإن هذا تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً في عقد الكفالة أو بعد ذلك.

الثاني - أن يكون رجوع الدائن على المدين إذا فائدة، فإذا كان المدين معسراً، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك، وعبء الإثبات هنا يقع على الدائن لا على الكفيل، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فستري أن عبء إثبات وجود أموال المدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل.

الثالث - أن يتمسك الكفيل بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم القبول، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها لدعوى، ولكن لا بد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً، إذا استوفي هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها، أن يقضي بعدم قبول الدعوى، التي رفعها الدائن على الكفيل وحده. ويجب عندئذ على الدائن إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد فتكون مقبول أو يرجع على المدين أولاً بطلبه قضائياً بوفاء الدين فلا يكفي إذن إعدار على المدين بالوفاء، بل تجب المطالبة القضائية، ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء، إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين، كذلك يحل محل المطالبة القضائية إذا كان المدين قد أفلس فامتنع على الدائن إتخاذ إجراءات فردية ضده أن ينقسم الدائن بحقه في التفليس، وهذا يعتبر رجوعاً على المدين.

وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٨٨ مدني بأنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق والدفع بالتجريد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن عن سند قابل للتنفيذ من الكفيل وبشرع في التنفيذ عن أمواله فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز لتنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله.

والدفع بالتجريد - بمعناه الواسع الشامل للدفع بوجوب الدائن على المدين أولاً - مبني على اعتبارات قائمة على العدالة فقد كان الكفيل طبقاً لحرفية التزامه مسؤولاً عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول أجله إذا كان الكفيل بضمن الدائن الوفاء الأمين بالدين أى الوفاء عند حلول أجل الدين ولكن القانون اتاح الكفيل هذا التأجيل عن طريق الدفع بالتجريد لأن الكفيل جدير بالرعاية فهو يوفى ديناً ليس لدينه بل دين غيره ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالاته وتقوية ثنائه فيكون من العدل أن يتاح الكفيل أن يطلب من الدائن قبل أن يرجع عليه أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه ولا ضرر في هذا على الدائن إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل

إذا لم يستوفه من المدين ويمكن القول أيضاً أن هذه النية المفترضة للكفيل عندما كفل المدين إذا هو رجع عليه.

(الوسيط-١٠- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٩٧ و ١١٢ وما بعدها)

٢- يجارى المشرع التقنين القديم، وأغلبية التقنيات الأجنبية فيجيز للدائن الرجوع مباشرة على الكفيل على أن يدفع هذا التجريد إذا شاء وهذا الحكم يوفق بين مصلحة الدائن ومصلحة الكفيل، كما جارى المشرع التقنين لحلول فى انه لم يعرض صراحة لبيان متى يجب الدفع بالتجريد هل يلزم التمسك به قبل التعرض لموضوع الدعوى أم يصح إبداءه فى أى وقت مادام الكفيل لم يتنازل عنه ؟ ومعلوم ان هذا الموضوع مثلاً خلاف فى القضاء ، فكان أجدر بالمشرع أن يقطع برأى فيه فلا يتركه معلقاً. وقد كانت المادة ١١٤٥ من مشروع اللجنة التحضيرية تقضى بوجوب إبداء هذا الدفع عند الإجراءات الأولى التى توجه ضد الكفيل وبعبارة أخرى قبل التعرض لموضوع الدعوى ولكن هذه العبارة حذفت من مشروع الحكومة (م ٨٥٦) ولم يرد ذكرها فى المادة ٧٨٨ مدنى فإذا جعلنا لهذا الحذف دلالة أمكن أن نستنتج أن المشرع قد إتحاز إلى الرأى القائل بإمكان إبداء هذا الدفع فى اية حالة كانت عليها الدعوى الا إذا حصل من الكفيل ما يدل على تنازله عنه.

(التقنين المدنى- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٧٩ و ٥٨٠)

٣- المقصود بالرجوع على الكفيل فى نص المادة ١/٧٨٨ مدنى هو المطالبة القضائية اى رفع الدعوى فلا يكفى لرفع الدعوى على الكفيل أن يكون الدائن قد أعذر المدين بل يجب أن يكون قد رفع دعوى من قبل على المدين أو على الأقل أن يرفع الدعوى على الكفيل والمدين معا ولكن إذا كان المقصود بالرجوع على المدين هو رفع الدعوى فذلك عندما يكون هو الإجراء الطبيعى للمطالبة وعلى ذلك فإذا كان الدين ثانياً بسند رسمى وحيث لا يكون الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى على المدين فيكفى لرجوعه على الكفيل أن يكون قد أعذر المدين بالوفاء من قبل وكذلك إذا أفلس المدين التاجر فامتنع على دائنه إتخاذ الإجراءات الفردية ضده فيكفى أن يكون الدائن قد تقدم بدينه فى التفليسة حتى يثبت له الحق فى المطالبة الكفيل.

فإذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل وحده وقبل ان يطالب المدين أو قبل إعذاره فى حالة وجود سند رسمى أو التقدم فى التفليسة عند الإفلاس كان للكفيل أن يدفع مطالبته هذه وهذا الدفع ليس دفعا موضوعياً إذا لا يرد على الحق المطالب به كما أنه ليس دفعا شكلياً إذا لا يدخل فى الدفع الشكلية التى نص عليها القانون المرافعات على سبيل الحصر بل هو دفع بعدم قبول الدعوى ولهذا يجوز إبداءه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الإستئناف ولا يمس الحكم به أصل الحق فيجوز للدائن أن يعود ويطالب الكفيل بعد أن يكون قد رفع الدعوى على المدين أو إشراك المدين والكفيل معا فى المطالبة فما هى الشروط التى يجب أن تتوفر حتى يجوز للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع وهل يلزم ان يتمسك به الكفيل أن يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة لعدم مطالبة المدين وهى: (١) ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين (٢) أن يكون مطالبة المدين مجدية (٣) ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى أن يرجع الدائن على المدين قبل رجوعه عليه سواء كان النزول عند عقد الكفالة أو بعد ذلك وسواء كان النزول - إذا توافرت هذه الشروط فهل يلزم حتى تحكم المحكمة بعدم قبول دعوى الدائن أن يتمسك ذلك الكفيل أم يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها ؟ هذه مسألة خلافية ففى رأى أن المشرع لا يشترط تمسك الكفيل بالدفع فالمحكمة أن تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها وهو ما يستخلص من مقارنة الفقرة الأولى من المادة نفسها التى تنص على حق الكفيل فى تجريد المدين وتقول: "ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق" وفى رأى آخر وهو الغالب أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك بذلك الكفيل ولو أن المشرع لم ينص على ذلك كما تنص بالنسبة للدفع بالتجريد وذلك لأن عدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل وحده قبل مطالبة المدين قد قصد به حماية مصلحة خاصة للكفيل فهو لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وهذا هو رأى أى يفضل الدكتور منصور مصطفى منصور وخصوصاً صاحب رأى الأول يسلم بحق الكفيل فى النزول من التمسك بالدفع ويقول أن هذا لا يتسق مع ما بدا من قصد المشرع إعتبار الدفع قائماً دون حاجة إلى تمسك الكفيل به ولا يأخذ برأيه فى جواز الحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل إلا على أساس أن إرادة المشرع فى هذا المعنى واضحة من مقارنة فقرتى المادة ٧٨٨ مدنى بما لا يتحمل تفسيراً أو تأويلاً، بل أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذه المادة يريد هذا المعنى تأكيداً فلا يفى إلا التسليم به بالرغم مما يرد عليه من نقد ويرى الدكتور منصور مصطفى منصور أن إرادة المشرع غير واضحة فى إشتراط أو عدم إشتراط تمسك الكفيل بالدفع بعدم القبول من مقارنة فقرتى المادة ٧٨٨ مدنى فلا يكون ذلك إلا عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة هو غير جائز فى هذه الحالة إذ ليس بين الدفع بعدم القبول لعدم مطالبة المدين أولاً والدفع بالتجريد أية صلة تسمح باستنتاج حكم لأول مخالف للحكم المنصوص عليه بالنسبة للثانى ولهذا يعتبر مسألة لزوم أو عدم لزوم تمسك الكفيل بالدفع سكوتاً عنها فيفصل فيها على ضوء الغرض من الدفع.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق ص ٥٤ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أن هناك مبدأ عاماً يقضى بأن الضامن لا يطالب بالضمان إذا أثبت أن حلوله محل الدائن أصبح متعذراً بفعل هذا الأخير أو حتى بمجرد تقصير منه كما إذا أجرى المكبرى إتفاقاً مراكنه مع المكبرى على فسخ عقدة الكراء التى لم تنته منها وبدون إعلام الضمان بذلك وتمكين المكبرى المذكور (وهو المدين) من إخراج البضاعة التى كانت بالمكبرى بدون إجراء حق الحبس الذى خوله القانون وقد ضيع هكذا على الضامن ضمانه ومنع حصول الحلول القانونى بصفة مفيدة كما أنه بفعله هذا قد ضيع حق الإنتفاع بالتسويق الذى يتبع كسب المدين والذى كان من الممكن للضامن

التصرف فيه ولذا فإنه لم يبق مطلوباً بأدنى ضمان تطبيقاً للفصلين ٢٢٦ و ٧٨٨ فقرة الثالثة والفصل ١٤٩٨ الفقرة الثانية من المجلة المدنية.

(محكمة التعقيب التونسية. جلسة ١٩٤٤/٥/١٦. مجلة القضاء والتشريع - ١٩٦٠ العدد ١٠٩ - ص ١٤١)

٢- الدفع بالتجريد قبوله من الكفيل غير المتضامن شرطه شروع الدائن في التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس مطالبته بالدين ثبوت أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع الطاعنة الثانية المدنية الأصلية وأن المطعون ضده طالبتها معاً بالدين المكفول إستعمالاً لحقه القانوني كالدائن نعى الطاعنين على الحكم المطعون فيه بمخالفته القانون والخطأ في تطبيقه لرفضه الدفع المبدى منهما بعدم قبول الدفع بالتجريد بالمخالفة للمادتين ٢/٢٠١ مرافعات و ٧٨٨ مدني على غير أساس.

لما كان البين من عقد الكفالة ومن تقرير الخبير المندوب في الدعوى أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع المدينة الأصلية - الطاعنة الثانية - وأن المطعون ضده إستعمل حقه القانوني كدائن في مطالبتها معاً بالدين المكفول، هذا بالإضافة إلى أن الدفع بالتجريد لا يكون مقبولاً من الكفيل غير المتضامن إلا عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس عند مطالبته بالدين ومن ثم النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذا رفضت الدفع بعدم قبول الدفع بالتجريد (برفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لإختصاص الكفيل - الطاعن الأول - مع المدينة الأصلية - الطاعنة الثانية - بالمخالفة لما أوجبه المادتان ٢/٢٠١ من قانون المرافعات ، ٧٨٨ من القانون المدني من عدم الجمع بين الكفيل والمدين في كل طلب إستصدر أمر الأداء الواحد ومن عدم الرجوع إلا بعد تجريد المدين الأصلي من أمواله) يكون على غير أساس.

(الطعن ٤٦١٤ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤ لم ينشر بعد)

٣- إن مفاد نص المادة ١/٧٨٨ من القانون المدني أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين، وبشروط لذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه، ذلك أن هذا الحق قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً في عقد الكفالة أو بعد ذلك، وأن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة، وأن يتمسك الكفيل بالدفع لما كان ذلك وكان البين أن الحكم المطعون فيه قد رفض دفع الطاعنة بإخلال المطعون ضده بالتزاماته وأيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الدفعين بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان ولرفعها على غير ذي كامل صفة استناداً إلى ما استخلصه من وثيقة الضمان وعقد الاتفاق المبرم بين الطرفين في ٢٠٠٠/٧/٦ والذي تضمن البند السادس منه اتفاقهما على أنه لا يشترط لمطالبة الجمعية الطاعنة بسداد النسبة المتفق عليها بينهما من قيمة القرض المستحق على العميل خلال المدة المشار إليها فيه سوي أن يرفق المطعون ضده بالمطالبة صورة من الإنذار مع محضر الحجز الإداري أو صورة من صحيفة الدعوى المرفوعة على العميل بالمطالبة بمبلغ المديونية، وقد خلا كل من العقد والوثيقة سالف البيان من وجود ثمة اتفاق بين الطرفين على ضرورة الرجوع على المدين أولاً، وأن المطعون

ضده قام باستيفاء جميع الإجراءات اللازمة لمطالبة الطاعنة بأن قام بمخاطبتها في ٢٠٠٢/١/٣٠، ٢٠٠٢/٥/٨ بسرعة سداد الدين المطالب به دون جدوى فقام بإنذارها على يد محضر في ٢٠٠٢/١١/١٧ قد أرفق مع المطالبة محضر حجز إداري، وهو ما يكون معه المطعون ضده قد قام باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة قبل رفع الدعوى، وهو استخلاص سائغ له أصل ثابت في الأوراق ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها ويدل على تنازل الكفيل "الطاعنة" عن حقها في الدفع برجوع الدائن على المدين الأصلي أولاً قبل الرجوع عليها ومن ثم فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلاً في شأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة واستخلاص الصفة في التداعي وهو غير جائز إثارته أمام هذه المحكمة ويضحي النعي على غير أساس.

(الطعن رقم ٤٠٨ - لسنة ٧٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣)

* * *

مادة (٧٨٩)

(١) إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه ان يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.

(٢) ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية أو كانت أموالاً متنازعا فيها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٧٩٨ لیبی و ٧٥٥ سوری و ١٠٢٢ عراقی و ١٠٧٢ البناني و ٦٧١ سوداني و ١٤٩٨ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٤٤٤ مكررة مطابقة للمادة ٧٢١ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإيطالى ولا مقابل لها فى التقنين الحالى (القديم) ولكن ذلك لم يمنع القضاء المصرى من الاخذ بحكمها (انظر عن الأخص إستئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ ب ٢٣ ث ٢٠٠ - ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ث ١٥٧ - ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٠٧ * ٨ يونية سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٧٨ - ١٥ مايو سنة ١٩٣٣ ب ٢٥ ص ٤٥) وقد رأى المشروع من المناسب أن يدعم هذا القضاء ينص صريح. اما المادة ١١٤٦ فهى تطابق الفقرة الثانية من المادة ٧٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥. ص ٥٠٢ و ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٥٠٥)

رأى الفقه:

١ - يستخلص من المادة ٧٨٩ مدنى ومن المادة التى قبلها أن شروط دفع الكفيل بالتجريد ثلاثة:

(١) يجب أن يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد اما عند الكفالة او بعد ذلك إذا الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تترد لصالحه فله ان ينتزل أنه وعندئذ لا يجوز له إستعماله بعد هذا النزول وتنص على ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد إذا أن قواعد التضامن تنقضى أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولاً أما الكفيل غير المتضامن له أن يطلب تجريد المدين إلا إذا قد نزل عن هذا الحق ويكون النزول عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمناً.

(٢) يجب ان يتمسك الكفيل بحقه فى التجريد فلا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدنى ولما كان الدفع بالتجريد فى التقنين المدنى الجديد إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية فيبدو انه يترتب على ذلك أن

الدفع لا يكون مقبولا من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن في التنفيذ عن أمواله بموجب سند مقابل للتنفيذ عنده ويظهر أن الكفيل يستطيع إيداء الدفع بالتجريد عن طريق الإستشكال في التنفيذ وكذلك يستطيع عقب التنبيه على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع في العقار أن يبدى الدفع بالتجريد بطريق الإعتراض على قائمة شروط البيع وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر دعو مطالبة الدائن إياه بالدين لم يعتبر ذلك منه نزولا ضمنيا عن هذا الدفع لان الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك وبخاصة إذا وجد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل ان يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولا ضمنيا عن الدفع فيكون للكفيل ان يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن في التنفيذ عن ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمنا ويمكن إستخلاص النزول الضمني عن الدفع عن عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن في التنفيذ مرحلة كبيرة وعلى كل حال يعتبر النزول الضمني عن الدفع مسئولية موضوعية يقدرها قاضى الموضوع فيجوز فى تطبيق النص الحالى والقانون القديم للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت مالم يصدر عنه يدل على نزوله عنه.

(٣) يجب ان يقوم الكفيل عن نفقته إرشاد الدائن إلى أموال المدين تقى بالدين كله بشرط ان تكون هذه الاموال واقعه فى داخل البلاد المصرية وليس أموال متنازعا فيها - فيتخلف هذا الشروط إذا أشهر إفلاس المدين أو إعاره ويجب أن تقى تلك الاموال التى رشد الكفيل عنها بالدين كله لا يجزئه ويصح أن يكون تلك الاموال عقارا أو منقولا وأن تكون فى داخل الجمهورية حتى يسهل التنفيذ عليها وإلا تكون متنازعا فيها لأن الاموال المتنازع فيها غير مأمونه العاقبة يصعب التنفيذ عليها وقد تقضى إجراءات قضائية طويلة ومعقدة وأن يكون الإرشاد عن تلك الاموال على نفقة الكفيل لأنه المستفيد من هذا الإرشاد (م ٧٨٩/٢ مدنى) ومن المصروفات التى يتحملها الكفيل فى هذا الصدد مصروفات إستخراج صور المستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الاموال.

(الوسيط ١٠- للدكتور السنهوري المرجع السابق ص ١١٥ وما بعدها)

٢- تطلب المشرع فى المادة ٧٨٩ مدنى كالتقنين القديم أن تكون أموال المدين كافية لوفاء الدين بتمامه وأضاف فى المادة ٧٨٩ مدنى حكما أخذ به القضاء بالرغم من عدم التصريح به فى التقنين القديم وهو يقضى بالزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تقى بالدين كله وبأن يتحمل الكفيل نفقه هذا الإرشاد ويتضح من عبارة النص أنه لا محل لإبرام الكفيل بدفعها مقدما خاصة وأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة المرجع السابق ص ٥٨)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق في أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاءً للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه جبراً من المدين. ومن ثم فإن التجريد لا يكون إلا في العلاقة بين الدائن والكفيل وبصدد شروع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل ولا يثبت للكفيل المتضامن أما في دعوى عدم نفاذ التصرف التي يقيمها الدائن على مدينه وعلى من تصرف إليهم هذا المدين حسب الدائن - على ما تقضى به المادة ٢٣٩ من القانون المدني - أن يثبت مقدار ما ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين المتصرف نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها. ويجوز ذلك للمتصرف إليهم أيضاً. ولا يعتبر ذلك منهم دفاعاً بالتجريد وإنما هو إثبات لتخلف أحد شروط الدعوى المذكورة وهو تسبب التصرف في إعسار المتصرف أو في زيادة إعساره.

(الطعن رقم ٤١٣ - لسنة ٤٦ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ١٩٧٩)

* * *

مادة (٧٩٠)

فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إفسار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذ الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب.

النصوص العربية القابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٧٩٩ لىبى و ٧٥٦ سورى و ٦٧٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٤٥ مكررة تطابق نص المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٢٢) الذى نقله بدوره عن المادة ٢٠٢٤ من التقنين الفرنسى وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة (فى المسئولية).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص ٥٠٨)

رأى الفقه:

١- المفروض أن الدفع بالتجريد الذى أبداه الكفيل قد استوفى فى الشروط المطلوبة وانه قد قبل، فيترتب على ذلك وقت الإجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل فإذا لم يتخذها فى الوقت المناسب كان مسئولاً قبل الكفيل عن إفسار المدين الذى يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ مدنى وإذا اتخذها فحصل على حقه كله فقد برئت ذمة الكفيل وأما إذا حصل على بعض حقه فإنه يرجع بالباقى على الكفيل. فأول أثر يترتب على قبول الدفع بالتجريد هو إذن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل بل انه عند أبداه الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه تقف إجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة فى الدفع فإذا رفض إستمر الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل أما إذا قبل فإنه يتمتع إستمرار الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ولكن ما تم من هذه الإجراءات يبقى حافظاً لأثاره ويلغى ما إتخذ من إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند أبداء الدفع بالتجريد فيلعب مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى كما اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار وتلغى إجراءات الحجز التنفيذى الواقع على منقولا المدين إذا لم تكن هذه الإجراءات قد تمت ويمتتع على الدائن ان يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه والتزام آخر فى ذمة الدائن للكفيل ولكن ذلك لا يمنع الدائن من إتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل، وقد كان التقنين المدنى القديم ينص على ذلك صراحة ولم يأت القانون الجديد بنص مماثل لان ذلك تطبيق للقواعد العامة فيجوز العمل بالحكم دون نص.

وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات على أموال المدين التي دل عليها الكفيل، ويكون مسؤولاً لدى الكفيل عن إفسار المدين الذي يترتب على عدم إتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدني) فإذا دل الكفيل على منقولات المدين وتباطأ الدائن في إتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها كان الدائن مسؤولاً عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه إتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل لأن سهولة تهريب المنقولات تقضى إتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها وكذلك يكون مسؤولاً عن ترك الغير يكتسب ملكية عقار للمدين بإستكماله مدة التقادم المكسب على الرغم من إرشاد الكفيل عن هذا العقار وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وذلك تطبيقاً للقواعد العامة ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل.

وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي أرشد عنها الكفيل وإنه لم يحصل من التنفيذ عليها على حقه كاملاً ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدم الوجود.

(الوسيط-١٠- للدكتور السنهاوري- المرجع السابق - ص ١٢٥ وما بعدها)

* * *

مادة (٧٩١)

إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كقالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨٠٠ ليبي و ٧٥٧ سوري و ١٠٢٣ عراقي و ١٠٧٢ لبناني و ٦٧٣ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ عن المادة ٤٩٥ فقرة ٢ من التقنين السويسري وقد جاء التقنين الألماني أيضاً بحكم مشابه لهذا النص في المادة ٧٧٢ لفقرة ٢ ويمتاز النص الذي أورده المشروع بدقة العبارة بحيث يستبعد أوجه النقد التي أثارها نص التقنين الألماني والسويسري فالحكم الوراد بالمادة عام يشمل كل تأمين على من منقول أو عقار، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥- ص ٥١١)

رأى الفقه:

١- إذا كان هناك تأمين عيني على مال المدين يضمن نفس الدين فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين ان يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود أى كفله بعد هذا التأمين أو معه.

والمقصود بالتأمين مال للمدين عقار أو منقولاً، يكون مرهوناً رهنناً رسمياً أو رهنناً حيازياً في الدين أو عليه حق إختصاص أو حق إمتياز ضماناً للدين وإذا كان النص (م ٧٩١ مدني) يقول: " إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين فإقتصر على تأمين عيني مصدره القانون أو الإتفاق فإنه لا يجب إيعاد حق الإختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائي لا بالقانون ولا بالإتفاق لأن أحكام الرهن الرسمي تسري عن حق الإختصاص ولكن يجب إستبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق في الحبس لان الحق في الحبس ليس بتأمين عيني.

ولا يشترط في التأمين العيني أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول وحده بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني وظاهر ان هذه صورة خاصة للدفع بالتجريد.

١- ان يكون هناك تأمين عيني قدمه المدين لضمان دينه ويستوى أن يكون هناك تأمين عن عقار أو منقول مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العيني للوفاء بالدين أو غير كان للوفاء

به ويشمل التأمين الرهن الرسمي وحق الإختصاص والرهن الحيازي وحق الإمتياز ولا يشمل الحق في الحبس.

٢- أن يكون هذا التأمين العيني قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة أو معاصراً له أولاً يصح أن يكون متأخراً عن عقد الكفالة لأن الكفيل إنما يعتمد على تأمين عيني سبق كفالته أو عاصرها ولكنه لا يعتمد على تأمين عيني تقرر متأخراً عنها.

٣- أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن، فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين في التأمين العيني الذي قدمه وفي سائر أمواله ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على المال ترتب عليه التأمين العيني.

٤- أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها.

(الوسيط. ١٠. للدكتور السنهوري المرجع السابق. ص ١٢٩ وما بعدها)

٢- تقضى المادة ٧٩١ مدني بأنه إذا وجد التأمين عيني لضمان ذات الدين فيجب إستيفاء الدين منه أولاً ولا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل على المال محل التأمين العيني كما أن الحكم الوارد بهذا النص عام يشمل كل تأمين عيني منقولاً كان أم عقاراً سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق. ص ٥٨٠)

٣- نص المادة ٧٩١ مدني مستحدث في قانوننا فليس له مقابل في القانون المدني القديم وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه مقتبس من التقنين السويسري وأن التقنين الألماني قد جاء بحكم مشابه.

والقاعدة الواردة بهذا النص تعتبر صورة خاصة من الدفع بالتجريد تتميز على الخصوص بأنه لا يشترط في المال الذي يجب أن ينفذ عليه الدائن قبل أن ينفذ على أموال الكفيل أن يكون كافياً للوفاء بالدين كله.

ويشترط لتطبيق هذا النص:

١- أن يكون هناك تأمين عيني تقرر لضمان الدين المكفول سواء على عقار أو منقول خصص لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه وسواء كانت قيمة المال الذي يرد عليه التأمين تكفي أو لا تكفي للوفاء بالدين كله وبالرغم من أن النص يقول: " خصص قانوننا أو إتفاقاً " مما يفيد أن المقصود هو حقوق الإمتياز والرهن بنوعيه دون حق الإختصاص حيث لا ينشأ بحكم القانون ولا بالإتفاق وإنما بحكم القاضى إلا أن المسلم مع هذا أن النص يشمل أيضاً حق الإختصاص إذ يسرى على هذا الشرط أنه لا يكفي لأعمال النص أن يكون لدى الدائن مالا يباشر عليه الحق في الحبس.

٢- ويشترط أن يكون التأمين العيني قد تقرر قبل الكفالة أو معها ذلك أن المحكمة من إلزام الدائن بالتنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل أن ينفذ على أموال الكفيل هي أن الكفيل قد اعتمد على وجود هذا التأمين عند الكفالة.

٣- ويشترط وفقاً للرأي السائد وبالرغم من الظاهر، أن يكون التأمين العيني وارداً على مال مملوك للمدين وإذا كان النص يقول: " إذا كان التأمين عيني خصص قانوناً أو إتفاقاً فإن الشراح يستندون في تطلب هذا الشرط إلى مايلي (أولاً) أن الحكم الوارد بهذا النص ليس الا صورة خاصة من الدفع بالتجريد بدليل أن النص ورد عقب النصوص الخاصة بالتجريد يكون من أموال المدين (ثانياً) أن النصوص التي إستمد منها المشرع المصري حكم المادة ٧٩١ مدني تشترط أن يكون التأمين على مال المدين ولو أراد المشرع مخالفتها لأشار إلى ذلك في المذكرة الإيضاحية كما أشار إلى النواحي التي خرج فيها عن القوانين التي اقتبس منها (ثالثاً) أن المبادئ العامة تقضي بأن الكفيل الشخصي لا يجوز له تجريد الكفيل العيني فكلاهما مسئول عن وفاء دين غيره وإذا وفي أحدهما كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه من الكفالة فلا يجوز القول بتجريد الكفيل العيني ثم يعود هذا الأخير ويرجع على الكفيل الشخصي.

٤- ويشترط كذلك كما في الدفع بالتجريد بوجه عام أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين.

٥- يلزم كما في التجريد بوجه عام أن يتمسك الكفيل بالدفع ولو أن المشرع لم يصرح بذلك كما فعل في المادة ٢/٧٨٨ مدني فالتجريد في جميع الأحوال مقرر لمصلحة الكفيل فيجب أن يتمسك به ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها كما يجوز للكفيل أن ينزل عن حقه في التمسك به.

(عقد الكفالة. للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ٩٢ ص وما بعدها)

مادة (٧٩٢)

(١) إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامن فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.
(٢) أما إذا كان الكفلاء قد إلتزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ١٠٨ لبيي و ٧٥٨ سوري و ١٠٢٤ عراقي و ١٠٧٥ لبناني و ٦٧٤ سوداني و ١٥٠٠ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

يتناول المشروع في هذه النصوص (م ١١٤٨ / ١١٤٩) حق التقديم وقد استبدل المادة ١١٤٨ بالمادة ٥٠٤ / ٦١٦ من التقنين الحالي التي تعرض لمسالتين مختلفتين فهي تبين أولاً مدى حق الدائن في الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ومن ناحية أخرى تعرض للتضامن بين الكفلاء وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسألة التقسيم على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم وفيما عدا هذا الحكم الواردة بالمادة ١١٤٨ هو بعينه المقرر في التقنين الحالي.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥. ص ٥١٤ و ٥١٥ و ٥١٦ و ٥١٧)

رأى الفقه:

١- قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ويخلص من نص المادة ٧٩٢ مدني أنه لتحديد المقدار الذي يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه يجب التمييز بين فرضين:
الأول - تعدد الكفلاء بعقد واحد - إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد إلتزموا كفالة الدين بعقد واحد فالمرجع المصري يتخذ من وحدة العقد دليلاً بين الكفلاء المتعديدين بقرة القانون، فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلاً، وكان الدين تسعمائة جنية مثلاً وكفله الثلاثة بعقد واحد ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار مايكفل كل منهم من الدين إنقسم الدين عليهم بعدد الرعوس ويكفل كل منهم ثمنائه جنية فقط وعن ذلك إذا طالب الدائن أى كفيل منهم لم يطالبه إلا بمقدار ثمنائه جنية فقط وإذا طالبه بأكثر من ذلك إستطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقديم الدين طلب ولا تقسم على أى كفيل بأكثر من ثلثائه جنية والدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة لا من وقت حكم المحكمة ولا من الدفع بتقسيم الدين وعلى ذلك إذا اعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقة فليس الدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار.

ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء أربعة شروط:

(١) أن يتعدد الكفلاء (٢) أن يكفل الكفلاء المتعدد ديناً واحداً - فإذا كفل كفيلاً كل منهما ديناً غير الذي كفله الآخر، لم ينقسم أى الدينين عليهما بل يبقى كل منهما مسؤولاً عن كل الدين الذي كفله وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلي وكفل الكفيل دين الكفيل والدين الأصلي دين آخر غير دين الكفيل (٣) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين - فإذا كفل كفيلاً كل منهما ديناً متضامناً بنفس الدين، فقد كفلاً ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلاً نفس المدين إذا كفل كل منهما ديناً غير المدين الذي كفله الآخر وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما بل يبقى كل منهما مسؤولاً عن الدين بكامله ولكن إذا نقل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً فقد كفلاً ديناً واحداً وكفلاً نفس المدينين، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما.

(٤) ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم - ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن فلا ينقسم الدين عليهم فإذا كان هناك كفيلاً كفيلاً ديناً واحداً فى عقد واحد وكان هذان الكفيلان متضامنين كان كل منهما مسؤولاً عن كل الدين، أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين إنقسم الدين عليهما وصار كل منهما مسؤولاً عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى وإذا كان أحد الكفيلين متضامناً مع المدين ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسؤولاً عن الدين كله كالمدين الأصلي الذى تضامن معه فلا يكون له حق التقسيم وكذلك لا يكون له حق التجريد وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذى لم يتضامن مع المدين.

الثانى - تعدد الكفلاء بعقود متواليه وإذا تعدد الكفلاء ولكن بعقود متواليه لا بعقد واحد ولو كانوا جميعاً يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً فالمفروض أن تعدد العقود التى كفلا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة فقد أصبح كل منهم مسؤولاً عن كل الدين ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضامم.

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء فإنه يطالبه بالدين كله لا بجزء منه كما كان يفعل فى الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فإنقسم الدين عليهم فإذا إستوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ولكن الكفيل الذى دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزء من الدين فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أن كفل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين فيكون بداهة مسؤولاً عن بقيته إذا كان الدائن قد إستوفى جزءاً منه ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء فينقسم الدين عليهم فى النهاية وذلك فى العلاقة فيما بينهم لا فى علاقتهم مع الدائن.

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى في علاقة الكفيل بالدائن إذا كان هذا الكفيل وقت ان كفل الدين بعقد على حدة إحتفظ لنفسه بحق التقسيم فمسؤولية بعقد على حدة عن كل الدين انما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس وإحتفاظ الدائن بحق التقسيم هو الدليل العكسي المطلوب وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن عند مطالبة هذا الكفيل إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقاً لما إحتفظ به في عقد الكفالة اما أثر الكفلاء الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم فتبقى قرينة مسؤوليتهم عن كل الدين قائماً بالنسبة إليهم وإذا طالب الدائن جاز له ان يطالبه بكل الدين فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ويدخل فيهم الكفيل الذي إحتفظ لنفسه بحق التقسيم كل بقدر حصته في الدين وذلك بدعوى الحلول ويجوز أن يحتفظ كل كفيل بكفل الدين بعقد على حدة لنفسه بحق التقسيم وعند ذلك ينقسم الدين على جميع الكفلاء كما في الفرض السابق ويحل إحتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفلتهم للدين بعقد واحد وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين طبقاً لما إحتفظ به الكفيل من حق التقسيم نفسه.

(الوسيط. ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٩٢ وما بعدها)

٢- يتناول المشرع في نص المادة ٧٩٢ مدنى حق التقسيم والحكم الوارد بها هو بعينه المقرر في التقنين القديم وإن كان المشرع قد إقتصر على أن يبحث في هذا النص مسألة التقسيم وحدها ولم يتعرض فيه للتضامن بين الكفلاء، كما فعل التقنين القديم وذلك لأن هاتين المسألتين مختلفتين، فرأى المشرع من المناسب أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق- ص ٥٨١)

٣- حتى ينقسم الدين - في تطبيق نص المادة ٧٩٢ مدنى يجب ان تتوافر الشروط التالية:

- (١) ان يتعدد الكفلاء
- (٢) ان يكون الكفلاء قد كفلوا ديناً واحداً.
- (٣) ان يكون الكفلاء قد كفلوا مديناً واحداً (لم يصرح به المشرع)
- (٤) الا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم.
- (٥) ان يكون الكفلاء قد إلتزموا بعقد واحد.

فإذا توافرت الشروط السابقة انقسم الدين بين الكفلاء بحكم القانون بمعنى أن كل كفيل لا يلتزم ابتداء إلا بضمان حصته من الدين فقط وإذا لم يتفق في عقد الكفالة على تقسيم الدين بين الكفلاء على وجه خاص فتكون حصصهم متساوية، أى يقسم الدين على عددهم.

ويترتب على إنقسام الدين بقوة القانون أنه لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقيمة حصته فقط، فإذا طالب كفيلاً بكل الدين فبالإضافة إلى حق الكفيل في دفع هذه المطالبة في أية حالة كانت عليها الدعوى فالمحكمة الا تحكم على الكفيل إلا بحصته فقط ولو لم يتمسك بالتقسيم ولما كان إنقسام الدين بقوة القانون يعنى أن كل كفيل لا يلتزم

إبتداء أى منذ إنعقاد الكفالة إلا بحصته فقط فالدائن هو الذى يتحمل نتيجة إعسار أحدهم فليس له أن يوزع حصة من يعسر على الآخرين.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٥٩ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد فإذا كان الحكم قد إنتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير بإخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن شركة ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة التى إدعى الشريك أنه يمثلها مع المدين فى الوفاء بالدين - فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامين الآخرين ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليس.

(نقض- جلسة ١٩٥٢/٦/٢٧- مجموعة المكتب الفنى - السنة ٨- مدني- ص ٦٢٥)

٢ - إن مقتضى التضام نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً أنه يجوز الدائن أن يطالب أن مدين بكل الدين ولايجوز للمدين الذى دفع الدين ان يرجع عن مدين آخر بذات الدين لإنعدام الرابطة بينهما ولانه امما دفع عن نفسه.

(نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٢١- المرجع السابق - السنة ١٨- ص ١٧١٧)

* * *

مادة (٧٩٣)**لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد.****النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٠٢ لیبی و ٧٥٩ سوری و ١٠٢١ عراقی و ١٠٦٩ لبنانی و ٦٧٥ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية يستحق التنويه به.

رأى الفقه:

١- رأينا ان للكفيل العادى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولاً وهذا هو الدفع بالتحريد أما الكفيل المتضامن فليس له ان يتمسك بأى من الحقين.

فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولاً على المدين وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادى ولكنه يختلف عن الكفيل العادى فى أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين فالدائن إذن مخير أن شاء رجع على المدين وأن شاء رجع على الكفيل المتضامن وإذا رجع على أحدهما فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول بل الدائن أن يرجع عليهما معاً فى وقت واحد سواء كان بعد الرجوع على احدهما اما للكفيل العادى فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين. وإذا فعل الدائن ذلك كان الكفيل العادى ان يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين.

كذلك يجوز للدائن ان ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولاً ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد وهذه ميزة أخرى هامة لتضامن الكفيل مع المدين، أما الكفيل العادى فلا يجوز للدائن ان ينفذ الدين على أمواله أولاً وله أن يتمسك بحق التجريد.

(الوسيط - ١- للدكتور السنهوري ص ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨)

١- يشترط - تطبيقاً لنص المادة - ٧٩٣ مدنى - أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ذلك أنه ذلك كما يحرم الكفيل المتضامن الدفع بوجوب مطالبة المدين أولاً يحرم كذلك من الدفع بالتجريد ولكن ليس هناك ما يمنع من الإتفاق فى عقد الكفالة على إحتفاظ الكفيل رغم تضامنه مع المدين بحقه فى تجريده.

والضامن الذي يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد هو - كما يظهر من النص - التضامن مع المدين فإذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء فلا تمتنع عليه الدفع بالتجريد مادام غير متضامن مع المدين.

١- ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين في حق كفيل الكفيل في الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامناً معه ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل فيما يرى الدكتور منصور مصطفى منصور ولو لم يكن متضامن مع المدين من الدفع بتجريد المدين ما دام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين وألا يترتب على وجود كفيل الكفيل الإنقاص من حقوق الدائن.

(عقد الكفالة. للدكتور منصور مصطفى - ص ٨٣ و ٨٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إن الحق في طلب التجريد هو للكفيل العادي لا للمدين ذاته، وأن انتفاءه في حالة الكفيل المتضامن مع المدين يسوغ للدائن الرجوع على أيهما شاء على حد سواء.
(الطعن رقم ١٠١٢ - لسنة ٨ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٧)

* * *

مادة (٧٩٤)

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقه بالدين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٠٣ لیبی و ٧٦٠ سورى و ٦٩٠ لبنانى و ٦٧٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٥١ تبحث في مركز الكفيل المتضامن مع المدين. وقد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفعه الشخصية والدفع المتعلقة بالدين دون الدفع الخاصة بالمدين، أم أن له أن يتمسك بها الكفيل العادى مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد والتشريع المصرى (م ٥٠٩ / ٦٢٢) ويجاربه المشروع في ذلك يؤيد رأى القائل بأن الكفيل متضامناً أم عادياً له أن يدفع بكل دفع المدين ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به ويتفق هذا رأى فى الواقع مع إتجاه التقنيات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل بكل الدفع التى للمدين حتى الشخصية منها.

كذلك يجارى القضاء المصرى هذا رأى أيضاً (انظر على الأخص نقض ٦ يونية سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٢٢٢ رقم ١٥٤ - إستئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٢٠ ص ١٦٢ رقم ٤٩١ - إستئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ اب ١٣٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ اب ١٣ ص ٢٣ - ٢٠ إبريل سنة ١٩١١ اب ٢٣ ص ٢٧٣ - راجع مع ذلك بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ - ص ٥٢٥ و ٥٢٦)

رأى الفقه:

١- أوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى.

أما أوجه الدفع التى يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين فتنبص المادة ٧٩٤ مدنى على أنه: " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلق بالدين) فالكفيل المتضامن فى التقنين المدنى الجديد ليس فى مركز المدين المتضامن بل يبقى كفيلاً التزامه تابع للالتزام الأسمى ويتفق هذا الحكم كما تقول المذكرة الإيضاحية " مع إتجاه التقنيات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفع التى للمدين، حتى الشخصية منها ولما كان للكفيل المتضامن ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلق بالدين ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقاً للمادة ٨٧٢ / مدنى: " له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها

المدين فإن الكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن للكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطان إلزام المدين لعيب في الشكل أو لإنعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب لأى سبب آخر من أسباب بطلان الإلتزام أما المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يحتج ببطان إلزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر كان إنعدام رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء بهذا المدين الأول وللکفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد المدين الأصلي لأن إلزامه يكون تبعاً لذلك قابلاً للإبطال أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقبالية إلزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر كان رضاءه معيباً أو كان هذا المدين الآخر ناقص الأهلية ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته وإذا إنقضى إلزام المدين الأصلي بسبب غير الوفاء كالتجريد أو المقاصة أو إتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم جاز الكفيل المتضامن مع المدين وإلزامه تابع لإلزام المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يتمسك بإنقضاء إلزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذى قام به سبب الإنقضاء وهناك دفعو ترجع إلى مركز الكفيل بإعتباره كفيلاً ويستطيع أن يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات ويتأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي وبعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين الأصلي ولا يستطيع المدين المتضامن الإحتجاج بشئ من ذلك.

(الوسيط - ١- للدكتور السهري- المرجع السابق- ص ١٤٨ ومابعدها)

٢- تميز المادة ٧٩٤ مدنى حق التجريد للكفيل المتضامن أسوة بما هو مقرر فى التقنين القديم (م ٥٠٩ / ٦٢٢) وأن يدفع بكل الدفعو التى للمدين حتى الشخصية منها (كالدفع بالبطلان لعيب فى الرضاء) ماعدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به (م ٧٧٧) ويجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضاً.

وفى هذا يختلف مركز الكفيل عن مركز المدين المتضامن الذى لا يجوز له التمسك بغير دفعو الشخصية والدفعو المتعلقة بالدين.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق- ص ٥٨٢)

٣- تقضى المادة ٧٩٤ مدنى بأنه: "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعو متعلقة بالدين".

والکفيل يتمسك بهذه الأوجه بإسمه هو لا باسم المدين لأن محل إلزامه هو ضمان تعهد إلزام المدين فكل ما يؤثر فى هذا الإلتزام يؤثر مباشرة فى إلزام الكفيل - ويترتب على ذلك مايلى:

أولاً - أن يكون للكفيل الحق فى التدخل فى أى وقت فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ليتمسك بوجه من هذه الأوجه قد لأى يتمسك به المدين نفسه بل للكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه بدعوى مبتدأة يرفعها على الدائن.

ثانياً - للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ولو نزل عنه المدين فيجوز له مثلاً أن يتمسك بتقادم الدين المكفول ولو نزل المدين صراحة عن حقه في التمسك بالتقادم إلا إذا نزل المدين عن حقه في طلب إبطال العقد القابل للإبطال بأن أجاز العقد، فيمتنع عن الكفيل أن يطلب الإبطال إلا إذا ثبت أن المدين كان متواطئاً مع المدين للإضرار بالكفيل.

(عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٦٢ و ٦٤)

٤- لم يتعرض نصوص القانون للترقية بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن في علاقة كل منهما بالدائن يتضح أن الفقه والقضاء قد استقرا على أن إلزام الكفيل ولو متضامناً يعتبر إلزاماً تابعاً لإلزام المدين الأصلي بعكس المدين المتضامن الذي يعتبر ملزماً أصلاً بالدين وقد أقرت محكمة النقض المصرية بجلسته ٢٤ / ٤ / ١٩٥٢ بأنه لا يجوز أن يسوى في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن من والمدين المتضامن لأن الكفيل مع المدين لا يصبره مديناً أصلياً بل يبقى إلزامه تبعياً. وأن كان لا يجوز له التمسك بإلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً (المحاماة - السنة ٣٤ - رقم ١٩٨ - ص ٤٥٨).

وعلى ذلك فإن كان الكفيل المتضامن يفقد بعض الحقوق المخولة للكفيل العادى كحق الدفع بالتجريد وحق التقسيم إلا أنه يتمتع بسائر الحقوق الأخرى المتعلقة بالدين والتي يتمتع بها الكفيل العادى (م ٧٩٤ مدنى) وعلى عكس ذلك المدين المتضامن الذى لا يجوز له أن يحتج بأوجه النفع الخاصة بغيره من المدينين.

(الكفالة التضامنية. مقال للدكتور أبو اليزيد. المثبت المحاماه المرجع السابق. ص ١٧٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- حيث أنه بالرجوع إلى التعهد أنف الذكر، يتضح أنه خال فعلاً من توقيع للمدعي عليه الأول، وأنه تضمن توقيعاً على الشق الثاني منه منسوباً إلى مورث المدعي عليهم (والد المدعي عليه الأول)، مصداقاً عليه من اثنين من المشايخ، اللذين صدق على إمضاءيهما مأمور مركز الشرطة بتاريخ ٢ / ١٠ / ١٩٥٥، وفيه يتعهد الوالد بطريق التضامن مع المدعي عليه الأول، بدفع مصروفات التعليم بمعهد المعلمين الكائن بمبنى المدرسة الجامعة للصناعات بمصر الجديدة، بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية أو جزء منها، إذا لم يقيم المدعي عليه الأول بالتدريس مدة الخمس سنوات التالية لإتمام الدراسة به: حسب الشروط التي تقررها وزارة التربية والتعليم - وبالرجوع إلى شهادة ميلاد المدعي عليه الأول، المودعة ضمن مصوغات تعيينه، في ذات الملف المقدم من إدارة قضايا الحكومة، يتضح أنه مولود في ١٣ / ٧ / ١٩٣٢.

ومن حيث أنه يبين من ذلك أن المدعي عليه الأول كان بالغاً سن الرشد في تاريخ تحرير ذلك التعهد، ومع ذلك لم يوقع عليه مما لا يتأتى معه القول بنشوء الالتزام الوارد فيه قبله خاصة وأن إدارة قضايا الحكومة قررت بجلسته ٣١ / ١٠ / ١٩٧١ أمام المحكمة، عدم وجود لائحة تلزم المدعي عليه الأول برد مصروفات دراسته بالمعهد أنف الذكر، في حالة عدم قيامه بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، كما

أن محامي المدعي عليهم لم يبد دفاعه في الدعوى على أساس التسليم بقيام التزاماتهم الواردة بالمعهد المذكور، بل على النقيض من ذلك أنكر قيام هذه الالتزامات، بل وأنكر توقيع أي من المدعى عليه الأول أو المرحوم والده على هذا التعهد. فلا يكفي مجرد التحاق المدعي عليه الأول بذلك المعهد وقبول الوزارة المدعية ذلك، القول بانعقاد عقد غير مكتوب بين المدعي عليه الأول وهذه الوزارة يتضمن التزام المدعي عليه الأول بالقيام بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، وإلا التزم برد جميع مصروفات دراسته بالمعهد المذكور بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية - مما يتعين معه رفض الدعوى بالنسبة إلى المدعى عليه الأول.

ومن حيث أنه بالنسبة للمرحوم والد المدعي عليه الأول ومن بعده ورثته، فإنه بغض النظر عن إنكار محامي ورثته لتوقيعه الوارد في الشق الثاني من التعهد سالف الذكر فإن تكييف وضعه قانوناً في هذا التعهد، أنه كفيل متضامن، على ضوء نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني مما يجوز له معه، تطبيقاً للمادة ٧٩٤ من هذا القانون، التمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين. والمادة ٧٧٦ من هذا القانون تنص على أنه "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". كما أن المادة ٧٨٢ منه تنص في فقرتها الأولى على أنه "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وهو ما ينتهي إلى عدم قيام التزام قبل هذا الوالد أو ورثته من بعده، برد مصروفات الدراسة التي يطالب بها المدعى في هذه الدعوى. مما يتعين معه رفض الدعوى كذلك بالنسبة إلى سائر المدعي عليهم.

(الطعن رقم ٤٢٢ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٢/٠١/٠٢)

٢- إلتزام الكفيل - متضامناً كان أو غير متضامن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو التزام تابع لإلتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه.

(الطعن رقم ١٧١٧ - لسنة ٤٩ ق - تاريخ الجلسة ١٩٨٤/٠١/٠٤)

٣- التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وهو التزام تابع لإلتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه إذ لا يسوغ النظر في أعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي، وللکفل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين ٧٨٢/١، ٧٩٤ من القانون المدني، فكل ما يؤثر في الإلتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل.

(الطعن رقم ٤٧٤٦ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ١٩٩٢/٠٦/٠٧)

مادة (٧٩٥)

في الكفالة القضائية أو القانونيه يكون الكفلاء دائماً متضامنين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٠٤ لیبی و ٧٦١ سوری و ١٠٣٠ عراقی و ١٠٦٩ لبنانی و ٦٧٧ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

لم تعرض التقنين الحالي للكفالة التضامنية في نصوص منفصلة قائمة بذاتها بل أورد أحكامها متفرقة في المواد ٤٩٨ / ٦٠٨ و ٤٩٩ / ٦٠٩ و ٥٠٢ / ٦١٢ و ٥٠٤ / ٦١٥ - ٥٠٦٦١٦ / ٦١٨ وقد تفادى المشروع.

فالمادة ١١٥٠ تبين حالات الكفالة التضامنية والأحكام الواردة بها متفقة مع التقنين الحالي فالفقرة الأولى التي تقرر وجوب اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين صراحة تطابق الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ ، والفقرة الثانية تقرر وجوب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء الملزمين بعقد واحد وهو الحكم الوارد بالمادة ٥٠٤ فقرة أولى / ٦١٥ اما الفقرة الثالثة وهي التي تنص على التضامن في الكفالة القضائية فحكمها وارد بالمادة ٤٩٩ / ٦٠٩ غير أن المشروع جعل النص عاماً شاملاً فأضاف إلى الكفالة القضائية الكفالة القانونية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٥ - ص ٥٢٨)

رأى الفقه:

١- يفهم من نص المادة ٧٩٥ مدني أنه متى قدم المدين للدائن كفيلًا يكفل الدين بموجب حكم قضائي، أو بموجب نص في القانون كان هذا الكفيل متضامناً مع المدين.

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن ما بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين فيكون المصدر إذن هو الإتفاق أو القانون.

المصدر الأول - الإتفاق:

وأكثر ما يكون تضامن الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين فيكون المصدر إذن هو الإتفاق أو القانون. الإتفاق فيشترط الدائن تضامنها معاً وهذا الذي يقع في العمل غالباً فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لا بد من اشتراطه إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يقع في المادة فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين ويصح أن يكون اشتراط الدائن التضامن في العقد ذاته الذي أنشأ الدين وهذا هو الغالب كما يصح أن يكون في عقد مستقل يأتي تالياً لعقد الدين كما إذا كانت الكفالة في عقد مستقل يأتي تالياً لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن فإذا لم يشترط التضامن فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين، وشرط التضامن قد يكون ضمنياً ولكنه لا يفترض ويثبت شرط التضامن وفقاً للقواعد العامة في الإثبات وعند الشك في قيامه يعتبر أن التضامن غير موجود.

المصدر الثاني: - القانون: كما في الكفالة القضائية والكفالة القانونية (م ٧٩٥ مدنى) كما في التضامن فى الأوراق التجارية (م ١٣٧ و ١٢٩ تجارى و ١/١٣ يجرى). وقد يتعدد الكفلاء ويكونون متضامنين فيما بينهم، وغير متضامنين مع المدين ومصدر هذا التضامن هو الإتفاق أو القانون.

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين فى وقت واحد وهذا هو الغالب، أو غير متضامنين معه أو بعضهم فقط.

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون فى دين واحد ويكون المدينون متضامنين فإن كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين لم يكن لهؤلاء المدينين فيما بينهم حق التقسيم ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكفلوا بعقد واحد كان لهم حق التقسيم وكان لهم أيضاً حق التجريد فإذا كفّلوا بعقود متوالية لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أى منهم بهذا الحق فيكون له ولكن لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضاً مع المدينين المتضامنين لم يكن لهم لاحق التقسيم ولا حق التجريد. ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين بوجه عام أحكام التضامن.

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين فيما بينهم فهؤلاء يكونون فى العلاقة بينهم وبين الدائن مدينين متضامنين ليس لهم حق التقسيم ولهم حق التجريد إذا كانوا غير متضامنين مع المدين وليس لهم هذا الحق إذا كانوا متضامنين معه فيجوز للدائن أن يطالب أى من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة الحل ويجوز لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به بأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعاً ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر أما إذا إنقضى إلزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء كتجريد أو مقاصة أو إتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم فإن أثر إنقضاء الإلزام يقتصر عليه ولا يحتج أن كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذى قام به سبب الإنقضاء ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء المتضامنين فيما بينهم فيعتبر كل كفيل ممثلاً للكفلاء الآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم وفيما يضرهم وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم كل الدين لم يجز له أن يرجع على أى من الكفلاء الباقين إلا بقدر حصته ولو كان بما له من حق الحلول قد يرجع بدعوى الدائن.

وفيما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين يكون الإثتان بالنسبة إلى الدائن مدينين متضامنين بوجه عام فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين أى من المدين أو الكفيل على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل للعادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفوع التى يستطيع أن يحتج بها فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادى من جهة، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى.

٢- المادة ٧٩٥ مدني واردة بالمادة ٤٩٩ / ٦١٥ من التقنين القديم غير ان المشرع جعل النص عاما وأضاف إلى الكفالة القضائية بالكفالة القانونية وجعل التضامن حتميا في كل منهما.

٣- نص القانون صراحة على عدم جواز دفع الكفيل المتضامن بتجريد المدين وهذا هو فيصل التفرقة بين الكفيل العادي و الكفيل المتضامن فالكفيل العادي طبقاً للمادة ٧٧٢ مدني يلتزم بالوفاء إذا لم يف به المدين نفسه معنى ذلك ان الدائن يرجع اولا على المدين وليس على الكفيل الذي يعتبر إلتزامه تابعا لإلتزام المدين ولا يرجع عليه إلا إذا عجز هذا الأخير عن الوفاء والا دفع الكفيل العادي بالتجريد وعلى العكس من ذلك الكفيل المتضامن لانه قد تعهد بالوفاء إذا ما رجع عليه الدائن وهذا لأن التضامن لا يفترض بل يجب الإتفاق عليه (أما الكفالة القانونية أو القضائية فهي دائماً تضامنية بصريح المادة ٧٩٥ مدني) وعند الشك يجب القول بعدم التضامن، إذن العلة في عدم إعطاء الكفيل المتضامن حق الدفع بالتجريد ترجع إلى إلتزامه بالتضامن مع المدين في الوفاء وعلى الدائن الرجوع على أحدهما للوفاء بالإلتزام.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بان الكفيل المتضامن يلتزم طبقاً لقواعد التضامن، وللدائن إما أن يرجع بالدين على المدين الأصلي أو على الكفيل المتضامن. ولا يشترط لكي يكون الكفيل متضامن إستعمال ألفاظ معينة بل يشترط أن تكون صيغة العقد دالة دلالة صريحة على وجود التضامن وهذا يتفق أيضاً مع ما جاء بنص المادة ٢٧٩ مدني في أن التضامن لا يفترض بل يكون بناء على إتفاق أو نص القانون وإلا فالكفالة تعتبر عادية.

والاتفاق بين المتعاقدين على التضامن لا يشترط ان يكون بصريح العبارة بل يرجع هذا إلى نية المتعاقدين وعلى القاضي أن يستنتجها دون أن يتوسع في تفسيرها. وحتى تعرف ماهية الإتفاق الذي يجعل الكفيل متضامنا مع المدين فعلينا الرجوع إلى القواعد العامة للعقود حيث يتضح لنا ان وسائل التعبير عن الإرادة العامة وبأى طريقة يستدل منها على نية المتعاقدين فكما قد يكون بصريح العبارة قد تكون ضمنية كما إذا تنازل الكفيل مقدماً عن حق الدفع بالتجريد أو كمن يقدم عقاره كرهن رسمي لدين على المدين وعلى قاضي الموضوع أن يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين لأنه يرتبط بها كارتباطه بالقانون (م ١٤٧ / ١ مدني).

وحيث ان الإتفاق هو جوهر عقد الكفالة المميز بين حالة التضامن وغيرها فانه احتراماً لمبدأ الإرادة يلتزم القاضي بما إتفق عليه الطرفان، إذا لم يكن إتفاقهما فيه مخالفة للنظام العام والاداب العامة.

يخلص من ذلك ان الدائن له أن يرجع أما على الكفيل المتضامن وأما على المدين الأصلي أيهما يشاء ولا يستطيع الكفيل المتضامن الدفع بتجريد المدين وفي هذا يتحدد مركز الكفيل المتضامن بالمدين المتضامن.

(الكفالة التضامنية. مقال الدكتور ابن اليزيد المثبت المرجع السابق. ص ١٢٧١ و ١٢٧٢)

٤- إن إلزام الكفيل الدائن بضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي ينشأ دائماً من عقد الكفالة ولهذا تعتبر الكفالة من حيث مصدر إلزام الكفيل دائماً إتفاقية. وقد يقدم المدين لدائنه كفيلاً يضمنه دون أن يكون ملتزم بذلك من قبل ولكن قد يكون المدين ملتزم بتقديم كفيل للدائن أما بنص القانون أو بحكم القضاء أو بمقتضى عقد بينه وبين الدائن وعندئذ يكون إلزام المدين قانونياً أو قضائياً أو إتفاقياً وتوصف الكفالة التي تتم تنفيذاً لهذا الإلتزام تجوزاً بأنها قانونية أو قضائية أو إتفاقية تبعاً لمصدر إلزام الدين بتقديم كفيل.

وللتفرقة بين أنواع الكفالة هذه أهميتها إذ ينص المشرع فى المادة ٧٩٥ مدنى على أنه: " فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين فى إلزام الكفيل فى الكفالة القضائية أو القانونية اشد منه فى الكفالة إلا إتفاقية إذ يعتبر متضامناً بحكم القانون أى دون حاجة إلى إشتراط التضامن فى عقد الكفالة فى حين أن الكفيل فى الكفالة الإتفاقية لا يكون متضامناً إلا إذا إتفق على ذلك فى عقد الكفالة والمحكمة من هذا التشديد هى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن تلك الحماية التى تستوجبها الظروف التى إقتضت فرض إلزام على المدين بالنص أو بحكم القاضى بتقديم كفيل وإذا تعدد الكفلاء فى الكفالة القانونية أو القضائية فيعتبر كل منهم متضامناً بحكم القانون أى دون حاجة إلى إشتراط التضامن فى عقد الكفالة فى حين أن الكفيل فى الكفالة الإتفاقية لا يكون متضامناً إلا إذا إتفق على ذلك فى عقد الكفالة والحكمة من هذا التشديد هى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن تلك الحماية التى تستوجبها الظروف التى إقتضت فرض إلزام المدين بالنص أو بحكم القاضى بتقديم كفيل وإذا تعدد الكفلاء فى الكفالة القانونية أو القضائية فيعتبر كل منهم متضامناً مع المدين ومتضامناً مع غيره من الكفلاء.

وإذا إلزم المدين بتقديم كفيل سواء بنص القانون أو بحكم القاضى الإتفاق فيجب ان ينفذ هذا الإلتزام على الوجه الذى يحق الغرض منه ولهذا يشترط القانون فى الكفيل الذى يقدمه المدين شروطاً خاصة ومن ناحية اخرى فإذا كان الغرض من الإلتزام بتقديم كفيل هو الوصول إلى ضمان تنفيذ الإلتزام فيكفى لتحقيق هذا الغرض ان يقدم الملتزم تأميناً كافياً غير الكفالة.

(عقد الكفالة. للدكتور منصور مصطفى- المرجع السابق- ص ١٧١ و ١٨١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لإتحادهم فى المركز والمصلحة إتحاد إتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاه الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ،فما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين

ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٦٢ - مدني - ص ٢٧٩)

٢- متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونياً بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقررته المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى وإذا كانت الدعوى الشخصية تقدم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فى شأن تقادمها أعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة وإعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذا من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحكم مستحق الأداء.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ - المرجع السابق - ص ٢٧٩)

٣- مسئولية المتبوع عن اعمال تابعة غير المشروعة ماهيتها إعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون للمتبوع حق الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضروب. م ١٧٥ مدنى.

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة هى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضروب وتقوم على فكرة الضمان القانونى فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولاً معه وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.

(الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧ س ٤١ ص ١٠٢٣)

٤- مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة إعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون.

النص فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها قد دل على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة مسئولية تبعية مقررة لمصلحة المضروب وتقوم على فكرة الضمان الثانوى، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفاله مصدرها القانون وليس العقد.

(الطعن ١٦٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٨ س ٤٤ ص ٦٣٥)

٥- مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة ماهيتها إعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون للمتبوع حق الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضرور. م ١٧٥مدنى. لم يستحدث المشرع بهذه المادة دعوى شخصية جديدة للمتبوع يرجع بها على تابعه.

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة هى مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد. ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولاً معه وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.

(الطعن ٢٥٣٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/١/٥ س ٤٦ ص ٨٢)

* * *

مادة (٧٩٦)

إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصه المعسر منهم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٠٤ ليبى ٧٦٢ سورى و ١٠٢٣ عراقى و ١٠٨٢ لبنانى و ٦٧٨ سودانى و ١٥٠٧ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٥٢ تطابق المادة ٥٠٦ / ٦١٨ من التقنين المدنى الحالى (القديم) وحكمها هو الحكم الطبيعى المقرر فى حالة تعدد المسئولين عن الدين كما ان تطبيقه لم يثر صعوبة ما فى العمل.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص ٥٣٠)

رأى الفقه:

١- نص المادة ٧٩٦ مدنى مقصور على حالة واحدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الذين يضمنون ديناً واحداً وهى حالة ما إذا هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم.

فإذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد فالمشرع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد إعتد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعديدين بقوة القانون ويشترط لذلك.

١- ان يتعدد الكفلاء الشخصيون.

٢- وان يكون للكفلاء المتعددون نفس الدين.

٣- وان يكفلوا نفس المدين.

٤- والا يكونوا متضامنين فيما بينهم.

وعلى ذلك لا يكون كل كفيل ملتزماً إلا بقدر نصيبه في الكفالة، فإذا وفى هذا النصيب للدائن لم يرجع بشئ على الكفلاء الآخرين لانه لم يف بأنصباهم في الدين بل وفى بنصيبه وحده وانما يرجع على المدين الذى كلفه بمقدار ماوفى عنه من الدين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول على ما سبق بيانه، وهو إذا وفى نصيب احد الكفلاء الآخرين وهو غير مسئول عن هذا النصيب لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الحلول، وإنما يرجع عليه بالدعوى الشخصية المبنية على الإثراء بلا سبب فيرجع بأقل القيمتين، القيمة التى دفعها ومقدار ما أفاد منه هذا الكفيل.

وإذا أعسر أحد الكفلاء لم يتحمل أحد من الباقيين، أى نصيب فى حصه المعسر .

اما إذا تعدد الكفلاء متضامنين يما بينهم فلا فرق فى الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم، لا فى مسئولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين ولا فى رجوع

الكفيل على كل من الكفلاء الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر وقد تكفل ببيان الحكم الأول وهو مسئولية كل كفيل عن كل الدين الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى وتكفل ببيان الحكم الثانى وهو رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الآخرين بحصته وبنصيبه في حصة المعسر المادة ٧٩٦ مدنى ولا فرق بين الإلتزام التضامنى والإلتزام التضامن الا فى انه فى الإلتزام التضامنى تجمع بين المدينين المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة وهذه المصلحة هى التى تبرز ان كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم أما فى الإلتزام التضامنى فلا توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين فلا يقوم هذا التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم.

ونقول المادة ٧٩٦ مدنى فيما بين إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ان للكفيل الذى وفى الدين كله عند حله ان يرجع على كل من الباقيين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا كان الكفلاء متضامنين لا متضامنين فيجوز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم ولهذا الكفيل أن يرجع على كل من الباقيين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر والكفلاء متضامنين أو كانوا متضامنين ليسوا إلا مدينين للدائن متضامنين أو متضاممين.

وأساس رجوع الكفيل الذى وفى بكل الدين على الكفلاء الآخرين هونفس أساس رجوع المدين المتضامن أو المدين المتضامن على المدينين الآخرين فيرجع الكفيل الذى وفى بكل الدين على كل مدين من المدينين الآخرين أما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

فإذا رجع بالدعوى الشخصية فإنما يرجع بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب وتسرى هنا قواعد رجوع المدين المتضامن إذا وفى بكل الدين على سائر المدينين المتضامنين وإذا رجع بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن الذى وفاه الدين ولكنه يرجع على كل كفيل متضامن معه أو متضامن بقدر حصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر.

ويشترط فى رجوع الكفيل على باقى الكفلاء سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول أن يكون هذا الكفيل قد وفى الدين كله للدائن وان يكون هذا الوفاء مبرراً لزمه الكفلاء الآخرين نحو الدائن.

وليس نص المادة ٧٩٦ مدنى الا تطبيقاً للقواعد العامة من حيث تحديدا مقدار ما يرجع الكفيل به على سائر الكفلاء المتضامنين الذين ليسوا الا مدينين متضامنين تجاه الدائن •راجع نص المادتين ٢٩٧ و ٢٩٨ مدنى).

فإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامنين كل الدين للدائن رجع على باقى الكفلاء كل بقدر حصته فى الدين سواء راجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول وتتعين حصص الكفلاء فى الدين بموجب الاتفاق فيما بينهم منذ نشوء الدين فى ذمتهم أو بموجب نص فى القانون فإذا لم يوجد اتفاق أو نص لم يقل إلا جعل حصص الكفلاء جميعاً متساوية إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى.

ويتحمل الكفلاء المتضامنون أو المتضامون حصة المعسر منهم فتتقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لمن منهم في الدين، ويرجع الكفيل الذى وفى كل الدين على أى من الكفلاء الموسرين بمقدار حصته وبنصيبه فى حصة المعسر.

٢- تطابق المادة ٧٩٦ مدنى جديد المادة ٦١٨/٥٠٦ من التقنين المدنى القديم وهى تقرر حكماً طبيعياً عاماً فى حالة تعدد المسئولين على الدين فإن وجد بين الكفلاء المتضامين من معسر وقت رجوع من وفى الدين منهم عند حلوله فإن الدين يقسم بين المقندين ويتحمل كل منهم بما يخصه من حصة المعسر ولم يثر تطبيق هذا الحكم صعوبة هما فى العمل.

(الوسيط. ١٠. للدكتور السهوي- المرجع السابق- ص ٥٨٢ ومابعدها)

٣- قد يكفل المدين كفيل واحد متضامن أو أكثر من كفيل متضامن فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن فلا يحق لهذا الأخير الدفع بالتقسيم إذن للدائن الحق فى الرجوع على أى من الكفلاء المتضامين بكل الإلتزام وليس لأحدهم الحق فى التمسك بالتقسيم وإذا أوفى أحدهم بالإلتزام فله حق الرجوع على غيره من الكفلاء كل بقدر حصته فى الإلتزام وهذا واضح من نص المادة ٧٩٦ مدنى ويتبين منه أن علاقة الكفلاء المتضامين فيما بينهم هى تماماً كعلاقة المدينين المتضامين فيما بينهم (م ٢٩٧ و ٢٩٨ مدنى) فكل منهم يلتزم بالوفاء إذا ما رجع عليه الدائن على أن يعود باقى الكفلاء كل منهم بحسب حصته فى الدين إلا إذا كان احد الكفلاء معسراً فتقسم حصته على باقى الكفلاء.

و الواقع ان المادة ٧٩٦ مدنى تخالف مخالفة صريحة نظرية الحلول القانونى لأننا أخذنا بنظرية الحلول محل الكفيل المتضامن الذى اوفى بالإلتزام محل الدائن ومطالب أحد الكفلاء المتضامين بكل الإلتزام وهذا أمر يخالف المنطق والقانون.

والكفيل المتضامن قد يكون كفيلاً شخصياً كما قد يكون كفيلاً عينياً فإذا أوفى الكفيل الشخصى بالإلتزام فليس من حقه الرجوع على الكفيل العينى إلا بقدر ما حمل به هذا الآخر عقاره من تأمينات لأن حصته لاتتعدى ذلك معنى ذلك ان الكفيل العينى لا يتعدى التزامه قيمة ما قدمه من تأمينات وهذا بعكس الكفيل الشخصى الذى يلتزم اصلاً بكل إلتزام فإذا ما رجع هذا الأخير على الكفيل العينى فله ان يطالبه بحصته فى الإلتزام إذا لم تتعد ما قدمه من تأمينات، أما إذا كانت الحصة أكثر مما قدمه من تأمينات فهو غير ملتزم إلا فى حدود التأمينات التى قدمها.

يخلص من كل ما تقدم أن الكفالة التضامنية وإن كانت تقرب من التضامن السلبى فى بعض المظاهر إلا أن لا ينفى طبيعة كونها نوع من أنواع الكفالة العامة مثلها تماماً مثل الكفالة العادية.

(الكفالة التضامنية- مقال- للدكتور المستشار أبو اليزيد المتستد المرجع السابق- ص ١٢٧٥ و ١٢٧٦)

من أحكام القضاء الحديثة.

١- إن الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتي لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن الا انه يظل على أى حال ملزماً لإلتزاماً تابعاً يتحدد نطاقه - طبقاً للقواعد العامة بموضوع الإلتزام الأسمى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر وقضى بمسائلة الطاعن قبل المطعون ضدها الأولى عن إخلال المقاول بالتنفيذ لإلتزاماته بإعتبار الطاعن كفيلاً متضامناً مع المقاول فى إلتزاماته المترتبة على المقولة فى الوقت الذى عقدت فيه بتاريخ ١٩٥٦/٨/٦ فانه لا يكون قد خالف القانون.

(نقض جلسة ١٩٦٦/٤/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدني ص ٧٩٢)

* * *

مادة (٧٩٧)

تجوز كفالة الكفيل وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٠٦ لبيي و ٧٦٣ سوري و ١٠٣٩ عراقي و ١٠٦٣ لبناني و ٦٧٩ سوداني و ٥٠١ اتونسي.

الأعمال التحضيرية:

يعالج هذا النص موقف المصدق والفقرة الأولى منه مطابقة للمادة ٧٢٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي وهي خاصة بحالة وجود مصدق مع عدة كفلاء يلتزمون بجميع الديون، فإن الدائن لا يرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على الكفلاء والمدين الأصلي.

أما الفقرة الثانية فقد أضافتها اللجنة وقصدت بها حالة ما إذا كان الكفيل الذي كفله المصدق قد يلتزم بجزء من الدين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٥ - ص ٥٢٢-٥٢٣ و ٥٢٤)

رأى الفقه:

١- كفيل الكفيل (المصدق) يكفل إلزاماً تابعاً هو إلزام الكفيل لا إلزاماً أصلياً، هو إلزام المدين، وإلزام كفيل الكفيل تابع لإلزام الكفيل كما أن إلزام الكفيل تابع لإلزام المدين الأصلي ولا تقتض كفالة الكفيل فإذا كفّل المدين الأصلي كفيلاً أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان لم يفترض في الكفيل الثاني أنه كفيل الأول بل هو كفيل ثان للمدين الأصلي.

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفّل الكفيل دون المدين الأصلي فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلاً وعلى ذلك تسرى في العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفيل وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي ثم على أموال الكفيل وليس لكفيل الكفيل أن يطالب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً فكفيل الكفيل يكفل، إلزام الكفيل أما الكفيل فيكفل إلزام المدين الأصلي ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعديين لأنهم يكفلون جميعاً إلزاماً واحداً على إلزام الكفيل وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق التقسيم.

ولكفيل الكفيل ان يتمسم بالدفع التي يجوز للكفيل التمسك بها ومن هذه الدفع دفع خاصة بالكفيل ودفع خاصة بالمدين الأصلي ويجوز له ان يتمسك بالدفع الخاصه به هو كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للإبطال وإنقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلي وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلي كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول وله ان يستعمل حقوق الكفيل الذي كفله بإسم هذا الكفيل، كما يستعمل الدائن حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة.

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل فانه تسرى في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولاً على الكفيل أو على المدين الأصلي، ولا أن ينفذ الدائن أولاً على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلي ولكن إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي فإنه يجوز لكفيل أن يستعمل حقوق الكفيل بإسم هذا الأخير فيطلب من الدائن الرجوع أولاً على المدين الأصلي وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ على أمواله هو. وإذا وفي كفيل الكفيل الدين كان له أن يرجع على الكفيل او على المدين الأصلي أو عليهما معاً مسئولين بالتضامن ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٣٦ وما بعدها)

٢- يعرض نص المادة ٧٩٧ مدني لمرفق المصدق (كفيل الكفيل) فلا يجيز للدائن أن يرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على المدين الأصلي والكفيل ويستثنى من ذلك المصدق الذي يلتزم مع الكفيل على وجه التضامن.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٥٨٢)

* * *

٢- العلاقة بين الكفيل والمدين

مادة (٧٩٨)

(١) يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عقده وقت الإستحقاق أسباب تقضى ببطالان الدين أو بإنقضائه.

(٢) فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه لو كان المدين قد دفع الدين لو كانت لديه أسباب تقضى ببطالانه أو بإنقضائه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية:
مادة ٨٠٧ لىبى و ٧٦٤ سورى و ١٠٢٣ عراقى و ١٠٨٦ لبنانى و ٦٨٠ سودانى و ١٥١١ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

قرر التقنين المصرى (م ٥٠٧ / ٦١٩) مدنى (القديم) نقلا عن التقنين الفرنسى (م ٢٠٣١) إلتراماً على الكفيل بإخبار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض عليه ان كان هناك وجه لذلك كما انه يخطره بالمطالبة الحاصلة من الدائن فإذا أهمل الكفيل فى ذلك ووفى الدين دون أن يخطر المدين بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن مع انه كانت لدى المدين أسباب تقضى ببطالان الدين أو إنقضائه كان مسئولاً عن ذلك وقد أخذ المشروع بهذا الحكم فى الفقرة الأولى من هذه المادة وهى تكاد تكون مجرد تكرار للمادة ٥٠٧ / ٦١٩ من التقنين الحالى مع شئ من الإيضاح والتبسيط فى العبارة.

أما الفقرة الثانية فقد اضافها المشروع وهى تقرر واجباً عكسياً فى جانب المدين، إذ يجب عليه إذا اخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن أن يعترض على ذلك فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ووفى الكفيل الدين فعلاً كان له أن يرجع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطالانه أو بإنقضائه

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ ص ٥٣٩ و ٥٤٠)

رأى الفقه:

١- يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى أو بغير علمه ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم بإعتباره مديناً متضامناً أصلياً والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور والكفيل الشخصى والكفيل العينى.

أما إذا عقدت الكفالة بعلم الدين ولكن الرغم من معارضته فإن هذا الفرض لا يدخل في نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى.

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، كان عقد الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين لم يكن الكفيل سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ان يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما إفتقر به وفى الوقت ذاته مقدار ما إغتتى به المدين دون ان يرجع بالمصروفات أو بالفوائد أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معا فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتى يرجع بها لو أن الكفالة عقدت لمصلحة المدين وحده وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا إعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معا.

وقد ثار خلاف حول الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية. ففى الفقه الفرنسى - يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الكفالة بعلم المدين ودون معارضته وتكون الوكالة صريحة إذا رضى المدين بالكفالة رضاء صريحاً وتكون الوكالة ضمنية إذا رضى المدين بالكفالة رضاء ضمناً أى سكت ولم يعارض فى الكفالة أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين فإن الكفيل يكون فضولياً ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة على المدين ومعنى أن الأساس القانونى فى الدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة أن المدين برضائه بالكفالة رضاء صريحاً أو بسكوته فيكون هذا رضاء ضمناً قد وكل الكفيل فى كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفع هو فيرجع عليه الكفيل بما يرجع به الوكيل على الموكل.

أما غالبية الفقهاء المصريين - فيذهبون مذهباً آخر ويقولون ان الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن دون معارضته، أو عقدت بغير علمه ليست هى دعوى الوكالة أو الفضالة بل هى دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعوتين ويسمونها بدعوى الكفالة.

وقائد الفكر القانونى السنهورى لا يرى أهمية كبيرة فى القول بان الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون وليست بدعوى الفضالة ولا يظهر من الأعمال التحضيرية ان المشرع قصد ان يخالف نظريه الفقه الفرنسى فى هذا الصدد بل يبدو انه اراد ان يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدنى عن المشروع الفرنسى الإيطالى وليست هناك أهمية عملية كبيرة من القول بالنظرية الجديدة وهى نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهى نظرية دعوى الكفالة أو دعوى الفضالة فالحلول العملية واحدة فى كل من هاتين النظريتين. وهناك شروط ثلاثة لابد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية - هى:

١- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين.

٢- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله.

٣- إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين - خشية ان يكون المدين قد وفى الدين قبل ان يوفيه الكفيل اما إذا اخطر الكفيل المدين قبل الوفاء فانه يتعين على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه ان يعارض فى الوقت المناسب فى ان بقى الكفيل بالدين ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة كما لا يوجد شكل خاص لإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء فتصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر ويصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ويصح أن تكون شفوية على ان يقع عبء الإثبات على المدين فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء وأن يدخل المدين فى الدعوى إذا طالبه الدائن قضائيا حتى يتولى المدين دفع مطالبة الدائن.

(الوسيط- ١٠٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- السابق ص ١٥٦ و ١٥٧ وما بعدها)

٢- تكاد الفقرة الأولى من المادة ٧٩٨ مدنى أن تكون تكرار للمادة ٥٠٧ / ٦١٩ من التقنين القديم وهى تلزم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض على الوفاء أن كان هناك وجه، فإذا أهمل فى الإخطار سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا أثبت هذا انه وفى الدين بنفسه أو أن لديه أسبابا ببطلان الدين أو إنقضائه (كالسبب غير المشروع أو التقادم).

وقد أضاف المشرع الفقرة الثانية رغبة منه فى الإيضاح والتبسيط فقضى بأن على المدين إذا أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أن يعترض على ذلك فإذا لم يعترض وفى الكفيل الدين فعلا ثبت له حق الرجوع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه.

(التقنين المدني - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٥٨٤)

* * *

مادة (٧٩٩)

إذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٠٨ لىبى و ٧٦٥ سوري و ١٠٢٣ عراقى و ٠٨٤ اللبنانى و ٦١٨ سودانى و ٠٥٩ اتونسى.

الأعمال التحضيرية:

إستمد المشروع المادة ١١٥٣ من المادة ٧٢٨ من المشروع الفرنسى الإيطالى مع إضافة الفقرة الخاصة بحالة الوفاء الجزئى وهى تطابق فى أحكامها المادة ٥٠٥ / ٦١٧ من التقنين الحالى والكفيل الذى يوفى عند حلول أجل الدين يكون له الحلول محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين فان كان قد وفى قبل حلول الأجل باتفاق مع المدين فانه يكون له كذلك ان يحل محل الدائن قبله فان كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضا المدين فان الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد إنتضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو إتحاد الذمة مثلاً أو كانت لدى المدين دفع تبرئ ذمته من الدين فان كان الوفاء جزئياً فان الكفيل لا يستطيع تطبيقاً لقواعد الحلول (م ٤٦٥ من المشروع) الرجوع على المدين والحلول محل الدائن قبل أن يستوفى هذا الأخير نهائياً ماله.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٥ - ص ٥٤٢ و ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥)

رأى الفقه:

١- كل كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين، يستوى فى ذلك أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة الإثنين معاً أو لمصلحة المدين والكفيل أو لمصلحة الدائن والكفيل وعلى ذلك يستوى الكفيل غير المأجور ويستوى أيضاً الكفيل غير المتضامن مع المدين والكفيل المتضامن معه.
ولست المادة ٧٩٩ مدنى إلا تطبيقاً تشريعياً للمادة ٣٢٦ مدنى ويجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، هما:

١- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين.

٢- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله.

فيحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص فإذا كان حق الدائن حقاً تجارياً إنتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجارياً وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم

بانقضاء مدة قصيرة خمس سنوات أو أقل فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة.

كما أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يلحق هذا الحق من توابع (كالقوائد والحق في دعوى الفسخ والحق في الطعن بالدعوى البوليصة والحق الحبس وإستعمال الشرط الجزائي)

كما يحل الكفيل محل الدائن في حقه في التأمينات العينية (كالرهن الرسمي أو الحيازي وحق الإختصاص والإمتياز).

ويحل محله في حقه بما يرد عليه من دفع (كالدفع بالبطان وبانقضاء الدين بالوفاء أو غيره كالمقاصة والتجديد والإبراء والتقادم أو تحقق الشرط الواقف أو الفاسخ أو الأجل).

ويرجع الكفيل على المدين في دعوى الحلول بما دفعه للدائن من أصل الدين والفوائد (قانونية كانت أو إتفاقية).

مقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية: تتميز دعوى الحلول على الدعوى الشخصية بأن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذي وفاه وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع على ما تقدم - ولا يشترط في دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ويشترط ذلك في الدعوى الشخصية.

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ميزات على دعوى الحلول منها:

١- أن الكفيل في الدعوى الشخصية يستحق الفوائد القانونية على جميع مادفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع ويرجع فيها أيضاً بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه ولا يرجع الكفيل في دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض.

٢- إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإن حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذي وفي فيه المدين للدائن فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت أما في دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن، وقد بدأ سريان تقادم هذا الحق منذ أن إستحق أو قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الإنقضاء فلا تلبث أن تنتقض بعد إنتقال الحق إلى الكفيل.

٣- إذا كان الكفيل قد وفي الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول فإنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقي من حقه أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه يتعاون مع الدائن ولا يقدم الدائن عليه ويقتسمان مال المدين إقتسام الغرماء.

(الوسيط ١٠- للدكتور السهوري- المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها)

٢- تعرض المادة ٩٩ مدني لدعوى الحلول وهي تطابق المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين القديم فتقرر أن الكفيل الذي يوفي الدين عند حلول الأجل وبعد إخطار المدين وعدم إعتراضه يكون له الحلول محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين

ولكن إذا كان الوفاء جزئياً فإن الكفيل لا يستطيع تطبيقاً لقواعد الحلول الرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن ما يفي من دينه.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة - ص ٥٨٥. ويراجع: عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفى منصور- ص ١٠٣ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل عن المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الكفيل محل الدائن في الرجوع على المدين حلاً مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ٢٢٦/١ و ٢٢٩ من القانون المدني اللين تقضيان بأنه قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذي إستوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن له حله بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع و كان القرض - المكفول - عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفى يحل محل الدائن الأصلي بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على إختصاصها.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - مدني - ص ١١٦)

٢- حق المتبوع في الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضروب سبيله دعوى الحلول المادتان ٣٢٦، ٧٩٩ مدني. أو الدعوى الشخصية. م ٣٤ مدني رجوع المتبوع على التابع بدعوى الكفيل قبل المدين. المادة ٨٠٠ مدني. غير جائز علة ذلك. للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضروب أن يرجع على التابع بإحدى دعوتين الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضى بأن الموفى - يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين والدعوى الثانية هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من ذات القانون التي تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه التعويض الذي وفاه عنه الدعوى الشخصية التي قررها المشرع في المادة ٨٠٠ من القانون المدني لكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمن المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضروب وحده.

(الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧ ص ٤١٠٢٣)

٣- رجوع المتبوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضروب بدعوى الحلول المادتان ٣٢٦، ٧٩٩ مدني للتابع التمسك قبل المتبوع بإنقضاء حق المضروب بالتقدم الثلاثي المقرر بالمادة ١٧٢ مدني أساس ذلك.

للمتبوع - وهو في حكم الكفيل المتضامن - عند وفائه بالتعويض إلى الدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين واذ كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى بالتعويض عنه للمضرور بإنقضاء حق الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثي المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أنه إنقضى على علم المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع المطعون ضده لا يقطع التقادم بالنسبة إلى التابع الطاعن والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع وإنما حق الدائن الأصلي (المضرور) فيه أدى إنتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن (المضرور) فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه ذلك بأن المتبوع حين يوفى التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفع.

(الطعن ٣٥٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/١/٥ ص ٤٦٢)

٤- أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسؤولية تبعية مقررّة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولاً معه. وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧ من القانون المدني التي تقضي بأن المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه وإنما يكون له عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين، الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تحقيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليه في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين واذ كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض عنه للمضرور بإنقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس إنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن

يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع "الطاعن" لا يقطع التقادم بالنسبة إليه والتقدم هذا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع، وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن المضرور فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه، ذلك بأن المتبوع حين يوفي التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفع، والدعوى الثانية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يغير شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن المضرور وحده،

(الطعن رقم ٨٧٣٣ - لسنة ٧٧ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ٥ / ٢٠٠٨)

* * *

مادة (٨٠٠)

(١) الكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين - سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

(٢) ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التى اتخذت ضده.

(٣) ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٠٩ لىبى و ٧٦٦ سورى و ١٠٢٣ عراقى و ١٠٨٠ لبنانى و ٦٨٢ سوادنى و ١٥٠٥ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين وقد أثر المشروع ان يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية فهو يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٥ - ص ٥٤٧)

رأى الفقه:

١- يرجع الكفيل - بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى على المدين بالدعوى الشخصية إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى أو بغير علمه ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم بإعتباره مديناً متضامناً أصلياً والكفيل غير المأجور والكفيل الشخص والكفيل العيى.

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته فان هذا الفرض لايدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى، صحيح أن الكفالة فى هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذا هو يعارض فيها ولكن النص عندما تحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما إفترض أنها عقدت برضاء المدين، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر ذلك صراحة كما ذكره فى حالات أخرى (م ٢/٢٢٣ و ٢/٢٢٤ و ٧٧٥ مدنى) وعلى ذلك يكون النص قد اغفل هذا الفرض فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة وهى تقضى بان الكفيل يرجع على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب أى يرجع بمقدار ما دفع عن المدين ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التى تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد إفتقر ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه لا من وقت

المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة وليس من وقت دفعها خلاف للكفيل الذى عقد الكفالة لعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى أو عقد بغير علمه فإنه يرجع بالمصروفات وبالفوائد من وقت أن وفى الدين وهذا هو الفرق بين كفيل عقد الكفالة من غير معارضة المدين وكفيل عقدها بالرغم من معارضة المدين.

ويخلص من نصوص القرتين ٢ و ٣ من المادة ٨٠٠ مدنى ان الكفيل يرجع على المدين فى الدعوى الشخصية بما يأتى:

(١) أصل الدين وفوائده الإتفاقية أو القانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول.
(٢) الفوائد.

(٣) المصروفات.

(٤) التعويض وقد اجمع الفقه المصرى على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين وان كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين.

(الوسيط. ١٠. للدكتور السنهوري المرجع السابق. ص ١٥٩ وما بعدها)

٢- تعرض المادة ٨٠٠ مدنى للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين وتبين فى فقرتها الثانية ان الكفيل يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات التى أنفقها من وقت إخطار المدين بالمطالبة الخاصة من الدائن وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين القديم برغم عدم النص عليها وقد أضاف المشرع إلى ذلك حكماً جديداً إذ قرر فى الفقرة الثالثة ان الفوائد تسرى لصالح الكفيل عن كل ما دفعه ابتداء من يوم الدفع وهذا إستثناء جديد من أحكام القواعد العامة التى تجعل المطالبة القضائية موعداً لبدء سريان الفوائد القانونية.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرف - المرجع السابق. ص ٥٨٥ و ٥٨٦)

٣- بعد ان قرر المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى حق الكفيل فى الرجوع على المدين نص فى الفقرتين التاليتين هى ان الكفيل يرجع بما يلى:

(١) بما دفعه الدائن لإبراء ذمة المدين ويدخل فى هذا أصل دين المدين والفوائد التى إستحققت عنه إلى اليوم الذى وفى فيه الكفيل، والمصروفات التى أنفقها الدائن فيما إتخذته من إجراءات ضد المدين واضطر الكفيل إلى دفعها لدخولها فيما يلتزم به نحو الدائن.

(٢) بالمصروفات التى أنفقها الدائن فيما إتخذته من إجراءات ضد الكفيل ودفعها الكفيل للدائن وبالمصروفات التى أنفقها هو كمصروفات الدعوى التى رفعها عليه الدائن ومصروفات الإرشاد إلى أموال المدين عند التجريد ولما كان من الجائز ان يجهل المدين الإجراءات الموجهة ضد الكفيل ولو علم بها لوفى الدين للدائن تجنباً للمصاريف فيجب على الكفيل أن يخطره بهذه الاجراءات فإن لم يفعل كان مقصراً وتحمل هو المصروفات التى تنفق منه أو من الدائن ابتداء من الوقت الذى كان يجب فيه الإخطار ولهذا فلا يرجع الكفيل الا بالمصروفات اللاحقة للإخطار وبالرغم من إطلاق نص المادة ٢/٨٠٠ مدنى فيجب إستثناء مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه على الكفيل بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى عليه لأن هذه

المصروفات ينفقها الدائن قبل أن يصل أى إجراء إلى الكفيل مما يوجب عليه إخطار المدين فيلتزم بها المدين دون الكفيل.

(٣) بفوائد ما دفعه للدائن وهنا خرج المشرع على القاعدة العامة التى تقضى بان الفوائد القانونية لا تسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية (م ٢٢٦ مدنى) فقرر سريان الفوائد ابتداء من يوم الدفع (م ٨٠٠/٣ مدنى) كما فعل بالنسبة للفضولى والوكيل (م ١٩٥ و ٧١٠ مدنى).

(٤) يرى بعض الشراح عدم جواز الرجوع بالتعويض لعدم النص على ذلك وإذا كان المشرع قد ترك الأمر للقواعد العامة فهذه لا تخول للكفيل الرجوع بالتعويض ويرى البعض الآخر - وهو ما يفضلها الدكتور منصور مصطفى منصور - جواز الرجوع بالتعويض إذا كان المدين قد تسبب بسوء نية فيما لحق الكفيل من ضرر وذلك إستناداً إلى القواعد العامة فاستحقاق الكفيل بالتعويض فيما يزيد عن حد الفوائد منوط بأن يثبت سوء نية المدين كأن يثبت أنه كان قادراً على الوفاء وأخفى ما لديه من أموال مما أدى إلى التنفيذ على أموال الكفيل.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق - ص ٩٦ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان الحكم الابتدائى قد إنتهى فى أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما أداه من ديون لدائنيه وقضى فى منطوقه بنذب خبير لبيان المبلغ الذى إستفاده المدين مما أداه كفيله عنه فان الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطيعاً فى اصل الحق المتنازع عليه وهو حق الرجوع وانتهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى استفاده المدين المكفول مما اداه عنه الكفيل.

(نقض - جلسة ١٩٥٨/٢/٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٩ - مدنى - ص ١٢٠)

٢- لما كان المتبوع وهو فى حكم الكفيل المتضامن ولا يستطيع الرجوع عن تابعه عند وفائه التعويض للدائن المضروب بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمان المتبوع لاعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضروب وحده، فإنه لا يكون للمتبوع فى رجوعه على المدين الا دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى وهى تطبيق القاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى إستوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٢٧)

٣- رجوع المتبوع على التابع بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى شرطه رجوع المتبوع على التابع بدعوى الكفيل على المدين. م ٨٠٠ مدنى غير جائز علة ذلك.

يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من القانون المدني التي تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضروب بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التي للكفيل قبل المدين والمقررة في المادة ٨٠٠ من القانون المدني وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمن المتبوع لأعمال تابعه، هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضروب وحده.

(الطعن ٢٥٣٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/١/٥ س ٤٦ ص ٨٢)

٤- أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضروب وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولاً معه. وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧ من القانون المدني التي تقضى بأن المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه وإنما يكون له عند وفائه بالتعويض للدائن المضروب أن يرجع على التابع بإحدى دعويين، الأولى دعوى الحلل المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تحقيقاً للقاعدة العامة في الحلل القانوني المنصوص عليه في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضى بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بوفاء الدين عن المدين وإذا كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض عنه للمضروب بانقضاء حق هذا الدائن المضروب قبله بالتقادم المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس إنه انقضى على علم المضروب بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضروب عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع "طاعن" لا يقطع التقادم بالنسبة إليه والتقدم هذا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع، وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن المضروب فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه، ذلك بأن المتبوع حين يوفي التعويض للدائن المضروب فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا

الحق بما يرد عليه من دفع، والدعوى الثانية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يغير شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن المضرور وحده،

(الطعن رقم ٨٧٣٣ - لسنة ٧٧ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ٥ / ٢٠٠٨)

* * *

مادة (٨٠١)

إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨١٠ لىبى و ٧٦٧ سورى و ١٠٣٥ عراقى و ٦٨٣ سوادنى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٤٥ تطابق المادة ٧٣٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهى تقرر الحق للكفيل الذى يكفل عدة مدينين فى أن يرجع على كل منهم بمقتضى دعواه الشخصية بما أنه كفل كلا منهم من أجل كل الدين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٥ - ص ٥٥٠)

رأى الفقه:

١- يفرض نص المادة ٨٠١ مدنى أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد وان كفيلاً قد ضمنهم جميعاً وهناك فرض آخر هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد وأن كفيلاً ضمن بعضهم دون الباقين.
(١) فبالنسبة للفرض الأول (مدينون ضمنهم الكفيل جميعاً) هذا هو الفرض الذى أورد حكمه نص المادة ٨٠١ مدنى وهو أبسط الفرضين فللكفيل أن يرجع على أى من المدينين لا متضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.
(٢) وبالنسبة للفرض الثانى (مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم) فإن الكفيل يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

إن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط، أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم دون البعض الآخر فإن كل قد ضمن المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أى منهم بكل الدين أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط فإنه على المدين الذى ضمنه بكل الدين ويرجع على المدين بالذى لم يضمه بقدر حصته فى الدين.

(الوسيط: ١٠- للدكتور السنهوري المرجع السابق- ص ١٩٣ وما بعدها)

٢- تقرر المادة ٨٠١ مدنى أن الكفيل الذى يكفل عدة مدينين متضامنين أن يرجع على من يختاره من بينهم بكل ما دفعه بمقتضى دعواه الشخصية بما أنه كفل كلا منهم فى الدين كله، ولا مقابل لهذا النص فى التقنين القديم.

(التقنين المدنى - للدكتور محمد علي عرفة - ص ٥٨٦، ويراجع: عقد الكفالة - للدكتور منصور

مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١١٠ وما بعدها)

القسم الثاني
الحقوق العينية الأصلية
الكتاب الثالث
الحقوق العينية الأصلية
الباب الأول
حق الملكية
الفصل الأول - حق الملكية بوجه عام
١ - نطاقه ووسائل حمايته
مادة (٨٠٢)

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨١١ لبيي و ٧٦٨ سوري و ١٠٤٨ عراقي و ٦٨٤ سوداني و ١١ ق الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة، وهي حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف، وتوقي أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالي (م ١١ فقرة ٢٧/١): بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية، كما فعل المشرع الايطالي (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الايطالي الجديد، ولكن سيشار اليه باعتباره مشروعا اذ لا توجد له في مصر طبعة رسمية منذ أصبح تقنيا).

علي أن الملكية اذا لم تكن حقا مطلقاً فانها حق مقصور علي المالك، وهذا ما عبر عنه في التعريف بأن المالك يتمتع بملكه " دون تدخل من الغير^(١).

رأي الفقه:

يستخلص من التعريف الوارد بنص المادة ٨٠٢ مدني أن، حق ملكية الشئ هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه علي وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون. كما يستخلص من نص المادة ٨٠٢ مدني:

- * أن لحق الملكية عناصر وخصائص أشار الي أكثرها النص.
- * وأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية.

فغناصر الملكية ثلاثة: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.

ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر، فكلاهما استعمال للشيء. فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالاً، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استغلالاً، وقد يستغل المالك الشيء مباشرة بنفسه.

١- فاستعمال الشيء يكون في كل ما أعد له وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه. ويكون الاستعمال شخصياً (كسكني المنزل، أو ركوب السيارة، أو ارتداء الملابس، أو حمل المجوهرات)، ويكون أيضاً باستهلاك الشيء (كأكل الطعام أو ثمار) وهذا هو الاستعمال المادي. وقد لا يستعمل المالك الشيء بل يدعو غيره الي استعماله تبرعاً دون مقابل.

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه (كترميم المنزل أو إعادة بنائه، أو تسوية الأرض الزراعية، أو حفر الترع، أو اصلاح السيارة)

وقد يبلغ استعمال لمالك للشيء الي حد اتلافه (كهدم البناء، وقلع الأشجار، واتلاف السيارة) دون حد لسلطته في ذلك الا ما يفرضه القانون عليه من قيود، والا ان يحجر عليه لسفه او لمرض عقلي. أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيازة فهو لا يجوز لهم في استعمالهم للشيء ان يتلفوه، بل يجب عليهم ان يحافظوا عليه حتي يردوه سليماً للمالك.

ولكن مع ذلك يتقيد المالك في استعماله للشيء بالقيود التي يفرضها القانون، فلا يجوز له أن يفتح مطلا علي جاره الا علي مسافة معينة حددها القانون، وليس له ان يقيم بناء خارج خط التنظيم، وليس له أن يستعمل ملكه استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف.

وللمالك أن يستعمل ملكه كما يشاء كذلك له ألا يستعمله الا اذا فرض عليه القانون غير ذلك (كعدم جواز ترك المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد علي ثلاثة أشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية، وفقاً لما هو منصوص عليه في قوانين تأجير الأماكن).

بل للمالك أن يترك ملكه دون استعمال منقولا كان او عقار.

٢- ويخول حق الملكية صاحبه، الي جانب استعمال الشيء، استغلاله. وقد يكون الاستغلال مباشراً (كأن يزرع المالك أرضه ويجني ثمارها)، وقد يكون غير مباشر وهو يكون عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك الذي يقوم بعمل قانوني من أعمال الادارة.

ويمتد الاستغلال الي جميع ما يمتد اليه نطاق حق الملكية.

وترد علي الاستغلال — كما في الاستعمال — قيود يفرضها القانون (كما يفرضه قانون ايجار الأماكن من تعيين حد أقصى للاجره التي يتقاضاها المالك من المستأجر، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في العين حتي بعد انتهاء الايجار، ومن ذلك

ما يفرضه قانون الاصلاح الزراعي من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة وغير ذلك من أحكام هذين القانونين الخاصين.

٣- والتصرف هو العنصر الثالث لحق الملكية، فيجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات، فيجوز للمالك أن ينقل ملكية الشيء الذي يملكه كله الي غيره بعوض أو بغير عوض أو أن ينقل اليه بعض ما يملكه، أو عنصراً من عناصر الملكية.

أما الوظيفة الاجتماعية: فانه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية. وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي التي تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً. والملكية حق ذاتي، ولها وظيفة اجتماعية.

فهي حق ذاتي في عناصره، وفي خصائصه، وهذه الذاتية في حق الملكية تعتبر من مقوماته وخصائصه البارزة.

والملكية حق دائم، خلافاً للحقوق العينية والشخصية، فهي حقوق مؤقتة، فيستطيع المالك — ومن بعده خلفاؤه — أن يستأثروا بالشيء المملوك، وأن يبقوا مستأثرين به حتي يهلك الشيء أو يتلف. ومن ثم كانت دعوي الاستحقاق غير قابلة للسقوط بالتقادم، وكذلك لا يجوز ان تقترن الملكية بأجل.

ونطاق الملكية يتسع حتي ليشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها. وإذا كانت الملكية أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص فهي أيضاً أوسعها نطاقاً، ولا تقتصر علي هذا القدر من العلو والعمق، بل هي أيضاً تتناول مع الشيء المملوك كل ما ينتجه هذا الشيء من ثمار ومنتجات. بل ان مالك الأرض يملك بالالتصاق كل ما اتصل بها من مبان وغراس، ويستأثر الي أوسع مدي بحقه الذاتي في ملكه.

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

ويحمي القانون المالك حماية شاملة، فيمنع الغير من الاعتداء علي ملكه، ويضع في يده سلاحاً قوياً في دعوي الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أي حائز لها غصباً كان أو غير غاصب.

ولا يجوز نزع الملكية جبراً علي صاحبها الا بشروط، وأهمها ان يقوم مبرر قانوني لذلك، وأن يعوض المالك مقدماً عن ملكه.

وللمالك أن يتصرف في الشيء حال حياته، وينتقل الشيء الي ورثته بعد وفاته. فالملكية الذاتية هي ثمرة العمل، وهي جزاؤه الحق. وهي أفضل جزاء علي العمل، وأقوي حافز عليه، وخير ضمان للاستقلال والحرية.

وإذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً، فإن لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها، وقد وقف التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ عند ذاتية حق الملكية، وأغفل كثيراً من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التي لهذا الحق. ولكن المذاهب الاشتراكية التي بدأت تنتشر طوال القرن التاسع عشر وأخذت تنفذ الي صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، ووصلت الي الأوج من انتشارها في القرن العشرين، وما لبثت ان أبرزت جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية وكان ذلك بطبيعة الحال علي حساب جانب الذاتية في هذا الحق.

ومقتضي ان تكون للملكية وظيفة اجتماعية هو ان يقيد حق الملكية لا للمصلحة العامة فحسب، بل أيضاً للمصلحة الخاصة.

حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هي التي تقدم^(١).

٢ - عرف التقنين المدني الجديد الملكية في المادة ٨٠٢ منه، مستجمعاً عناصر الحق الثلاثة وهي: الاستعمال، والاستغلال، و التصرف، كما أبرز خاصة من أهم خصائص الملكية، وهي كونها حقاً جامعاً مانعاً، أي مقصوراً علي المالك وحده. ولكنه أغفل مع ذلك خاصة الدوام التي ينفرد بها هذا الحق.

فمن أبرز خصائص الملكية وأعظمها أثراً أنها حق جامع مانع، فهي جامع سلطات المالك وقوام حقه، فلا يقتصر حق المالك علي أن يستأثر بكل مزايا الشيء، فيستعمله كيفما شاء، ويستغله في أي وجه من وجوه الاستغلال، ويتصرف فيه بكل أنواع التصرفات، بل ان للمالك علاوة علي هذه السلطات التي يجمعها في يديه فيباشرها أو يهملها وفق مشيئته أن يمنع غيره من أن يفيد من ملكه أية فائدة كانت ولو لم يصبه من ذلك ضرر. هذه الخاصية الثابتة للملكية والتي تعتبر من بيعة هذا الحق قيدها بعض التشريعات الحديثة في حالات الضرورة القصوي.

ومن نتيجة هذه الخاصية أيضاً أن الملكية الكاملة لا تثبت لشخصين علي نفس الشيء في وقت واحد، بعكس الحقوق الشخصية، ولكن لا يمنع أن يملك عدة أشخاص علي الشيوع.

والملكية حق دائم أي يرد علي شئ معين، فما دام هذا الشئ باقياً فملكته باقية كذلك، وآية دوامها أنها تنتقل من مالك الي آخر، ولا تزول الا بهلاك محلها.

ان خاصية الدوام لا تفهم بمعناها الصحيح الا اذا نظر الي الملكية من زاوية معينة هي صلة الحق بموضوعه وليس بملكه، فهذه صلة دائمة لا انفصام لعراها. وقد حرص المشرع ان يجعل من سلطات المالك الواسعة علي الشئ أداة للتعريف بالملكية في المادة ٨٠٢ مدني.

وهذه السلطات مقيدة بقيد أساسي هو عدم الاضرار بالغير، فقد أصبحت الملكية اليوم وظيفة اجتماعية يجب علي المالك ان يباشرها في حدود القانون، وهذا المعني هو الذي حرص المشرع علي ابرازه عند التعريف بالملكية في المادة ٨٠٢ مدني، وفيه أيضاً ما يبرر القيود المتعددة التي أحيطت بها الملكية وعلي الأخص الملكية

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - طبعة ١٩٦٧ - ص ٤٩٢ وما بعدها.

العقارية. فإذا كان صحيحاً أن للمالك أن يباشر علي ملكه ما يشاء من الأعمال المادية، فإن ذلك مشروط بأن تبقى هذه الأعمال داخل النطاق الذي رسمته القوانين واللوائح. وعلاوة علي السلطات المادية التي للمالك، فإن له أن يزول بصدد ملكه ما يشاء من الأعمال القانونية.

ومن المصطلح عليه تقسيم الأعمال القانونية الي ادارة وتصرف ولا أهمية للفرقة بين أعمال الادارة وأعمال التصرف في نطاق حق الملكية، ولكن هذه الأهمية قاصرة علي تحديد الأهلية اللازمة لمباشرة كل نوع من هذه الأعمال، اذ يتساهل المشرع في تحديد الأهلية اللازمة لمباشرة أعمال الادارة، بينما يتشدد في تحديد الأهلية اللازمة لمزاولة أعمال التصرف^(١).

٣ - اكتفي نص المادة ٨٠٢ مدني في تعريف حق الملكية بذكر خصائصه وعناصره، ففي قوله " للمالك الشئ وحده " اشارة الي ان الملكية حق مقصور علي صاحبها لا يزاحمه فيه مزاحم. كما أنه ذكر عناصر الملكية الثلاثة، وهي: حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف.

ثم ان واضعي المجموعة المدنية حرصوا أيضاً علي عدم النص علي أن الملكية حق مطلق، بل علي العكس ذكروا أن سلطات المالك تنقيد بحدود القانون.

وخصائص حق الملكية أربعة:

١ - الملكية حق عيني - أي تنصب مباشرة علي شئ معين، بل ان الملكية هي أوسع الحقوق العينية جميعاً فهي تعطي لصاحبها الحق الكامل علي الشئ فهو يستعمله ويستغله ويتصرف فيه.

أما سائر الحقوق العينية، فهي أضيق منها نطاقاً لأنها ليست سوي مشتقات من حق الملكية تأخذ منه حق الاستعمال او حق الاستغلال او بعض عناصر هذين الحقين. وهو حق مطلق يخول للمالك حق التبعية. والملكية حق تتميز عن الحيازة التي هي سلطة فعلية.

٢ - والملكية حق مطلق - وهذا الوصف يحتمل معنيين: الأول: أن الملكية يمكن ان يحتج بها ضد الكافة، وهي خاصية تشترك معه فيها سائر الحقوق العينية. والثاني: وهو أن للمالك الحق في استعمال ملكه واستغلاله كيف يشاء وعلي النحو الذي يراه.

فالملكية تعتبر أكثر الحقوق اتصافاً بالفردية وأقواها جميعاً. علي أن مقتضيات الحياة في المجتمع أدت الي الحد من اطلاق الملكية فوردت علي الملكية بعض القيود، ومع تقدم المجتمعات ودخول النزعة الاشتراكية اخذت هذه القيود تزبد الي حد أن أصبح ينظر الي الملكية اليوم في التشريعات الحديثة علي أنها وظيفة اجتماعية، وليست ذلك الحق الفردي المقدس. فالملكية وظيفة يجب أن تقوم بها لتحقيق الصالح العام للمجتمع.

(١) الملكية - للدكتور محمد علي عرفه - جزء ١ - طبعة ١٩٥٠ - ص ٢٠٨ وما بعدها، وكتابة: التقنين المدني الجديد - ط ٢ - ١٩٥٥ - ص ٥٨٧ و٥٨٨.

ويترتب علي هذه النظرة الجديدة نتيجتان:

الأولي - أنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هي التي تقدم، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية.

الثانية - حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولي بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً.

٣ - الملكية حق مقصور علي صاحبه - فللمالك يتسلط علي الشئ بطريق مباشر، وبحكم هذا التسلط يستطيع التصرف فيه مادياً وقانونياً علي الوجه الذي يراه. وهذا ما يميز الملكية عن سائر الحقوق العينية، فإذا حاول أي فرد الانتفاع بالشئ كان لمالكه منعه من ذلك ودفع هذا التعدي ولو كان بسيطاً.

٤ - الملكية حق دائم - أي انها لا تسقط بعدم الاستعمال، وهي في هذا تختلف عن سائر الحقوق العينية التي يلحقها التقادم المسقط. فإذا ترك المالك ملكه بدون استعمال، فإن ذلك لا يؤدي الي حرمانه. من ملكه مهما طالبت المدة علي عدم استعماله له. ولا يجوز بالتالي لأحد أن يدعي تملكه شيئاً مملوكاً للغير بدعوي أن مالكه تركه بدون استعمال مدة طويلة. وإنما يستطيع الغير أن يتمسك بحقه قبل المالك إذا قام بعمل مادي هو حيازته الشئ بقصد تملكه حيازة مستوفية للشروط القانونية، ومضت علي هذه الحيازة المدة التي يشترطها القانون، فعندئذ يملك الحائز الشئ بسبب من أسباب التملك وهو لتقادم المكسب. فالملكية لا يمكن أن يلحقها التقادم المسقط.

ومع أن الملكية حق دائم، إلا انه من المتصور توقيته كنتيجة لاقترائها بالشروط الفاسخ، ولكن لا يجوز اضافتها الي اجل، فلا يصح الاتفاق علي ان يكتسب المتصرف اليه الشئ لمدة عشرة سنوات مثلاً بحيث اذا انقضت اعاده الي مالكه القديم، فهذا الاتفاق يتنافي مع طبيعة الملكية، ومن ثم يكون شرط الاضافة باطلاً، ما لم يحمل علي انه انشاء لحق انتفاع، ذلك أن حق الانتفاع هو الذي يقبل بطبيعته التوقيت.

٤- أما عناصر الملكية فقد أشارت اليها المادة ٨٠٢ مدني وهي ثلاثة: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف^(١).

- ان وصف حق الملكية بأنه حق جامع يعني انه يخول صاحبه، بحسب الأصل، السلطات التي تمكن من الحصول علي كل منافع او مزايا الشئ محل الحق. وبدهي أن تنقيد سلطات المالك بكل ما في القانون من قواعد تحد من هذه السلطات تحقيقاً للمصلحة العامة او للمصالح الخاصة.

وقد تنقيد سلطات المالك، أو يحرم من بعضها مؤقتاً، نتيجة وجود حق لغيره علي الشئ نفسه. وما يرد علي الملكية من قيود يعتبر استثناء، فتتحدد سلطات المالك بكل ما لا يثبت وجوده من استثناءات، فإذا ادعي شخص غير المالك حقا علي الشئ فعليه ان يثبت وجود هذا الحق.

(١) الحقوق العينية - للدكتور عبد المنعم البدر اوي - طبعة ٢ - ١٩٥٦ - ص ١٩ وما بعدها، وطبعة ٣ - ١٩٦٨ - ص ١٥ وما بعدها.

ويقال عادة ان الملكية، بالاضافة الي انها حق جامع، حق مانع او استثنائي او مقصور علي المالك أي مانع لغير المالك من المشاركة في مزايا الشيء، فالمالك يستأثر وحده بتلك المزايا.

ولا يري الدكتور منصور مصطفى منصور وجها لوصف حق الملكية دون غيره من الحقوق، بأنه حق مانع، فالأصل في الحقوق الخاصة جميعا انها مانعة فيستأثر صاحب الحق وحده بالسلطات التي تدخل في مضمون هذا الحق.

ويبدو بديها ان يتقيد استثنائ المالك، كاستثنائ صاحب أي حق آخر، بكافة القيود التي تستند الي القانون، فقد يثبت لغير المالك حق يخوله سلطات تؤدي الي الافادة من الشيء كحق الجار في ان يمر في أرض جاره أو في أن يستعمل مسقاة جاره أو مصرفه فيما تحتاجه أرضه من ري أو صرف.

ولما كان الأصل أن يستأثر المالك بكل مزايا الشيء فعلي من يدعي حقا يحد من هذا الاستثنائ ان يثبت ما يدعيه.

وقد أخذت النزعة الفردية، التي تضع حرية الفرد في مقدمة القيم التي يهدف القانون الي حمايتها، تتكشم أمام المذاهب الاجتماعية التي اسهمت في انتشار النظم الاشتراكية، وكثرت القيود التي تحد من حرية المالك لمصلحة الجماعة، ولمصلحة غيره من الأفراد، بحيث لم يعد من المقبول ان توصف الملكية بأنها حق مطلق.

ويذهب الدكتور منصور مصطفى الي القول بأنه اذا جاز التعبير بأن الملكية أصبحت الآن وظيفة اجتماعية في لغة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة فيحسن تجنبه في لغة القانون، اذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة انكاراً لفكرة الحق ذاتها، ان مركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف، فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحة الخاصة. أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر. أما الموظف فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر، ولهذا فالتعبير الصحيح ان يقال ان للملكية وظيفة اجتماعية. ولكن الملكية لا تختلف في هذا من الناحية الفنية عن غيرها من الحقوق الخاصة، اذ لكل حق وظيفة اجتماعية^(١).

٥ - نصت المادة ٨٠٢ مدني ليس تعريفاً للملكية، ولكنه بيان لمدي سلطات المالك وتحديد لمكونات حقه.

وشمول حق الملكية لهذه السلطات جميعاً (الاستعمال، والاستغلال، والتصرف)، وما يعنيه ذلك من استثنائ المالك بكل ما يمكن ان ينتج عن الشيء المملوك عن منافع، هو مميز الملكية عما عداها من الحقوق العينية الأصلية الأخرى التي تعتبر حقوقاً متفرعة عن الملكية، ولا تخول صاحبها الا بعضاً من سلطات المالك، مع استبعاد سلطة التصرف علي أي حال^(٢).

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - طبعة ١٩٦٥ ص ٩ وما بعدها

(٢) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - طبعة ١٩٧٤ - ص ١٥ وما بعدها.

٦ - أخذ أغلب الشراح بتعريف الملكية الخاصة الوارد في المادتين ٨٠٢ مدني مصري و ٨١١ مدني ليبي، لأنه يجمع عناصر الملكية الثلاثة: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف. وهي السلطات الممكنة التي تخول المالك كافة منافع الشيء في نطاق القانون. وبذلك سلم هذا التعريف مما وجه من نقد لصفة الاطلاق التي وردت في القانون المدني المصري القديم^(١).

٧ - نقل المشرع العراقي تعريف الملكية الوارد بنص المادة ١٠٤٨ مدني عراقي عن مرشد الحيران (م ١١). ويرى الدكتور حسن الذنون أن النص علي أن الملكية حق يعطي لصاحبه التصرف فيما يملكه تصرفاً مطلقاً يعود بنا الي السواء قرونا متعددة حيث كانت النزعة الفردية سائدة وحيث كانت الحقوق مطلقة لا يكاد يحدها حد، ومنذ أواسط القرن التاسع عشر أخذ الفقهاء بوجهون سهام نقدهم الي هذه الأفكار الفردية وأصبح قيام حقوق مطلقة أمر لا يقره فقيه من الفقهاء المحدثين، ومع هذا فان نص المشرع العراقي علي أن للمالك أن يتصرف في ملكه بجميع التصرفات الجائزة فيه اشارة مبهمة الي انه يميل الي الأخذ بهذا التطور الفقهي.

ويفهم من النص المتقدم ان حق الملكية يعطي لصاحبه حق المنفعة والاستغلال والتصرف، وهذه هي عناصر الملكية التي أقرها الفقه المدني. فالتصرف عمل مادي او قانوني اذا انصب علي الشيء أخرجه من الذمة او أهلكه. والاستغلال يراد به الحصول علي ثمار الشيء الذي يكون قابلاً لانتاجها، والمنفعة يراد بها استخدام الشيء في وجوه الاستعمال التي أعد لها^(٢).

٨- عرف القانون المدني العراقي الملكية في المادة ١٠٤٨ منه وهذا التعريف هو النص الحرفي للمادة ١١ من (مرشد الحيران).

والسبب الذي حدا بالمشرع الي اختيار هذا التعريف هو التتويه بما له من مطابقة تكاد تكون كاملة مع احدث تعريفات التشريع الحديث.

واذا نحن قابلنا هذا التعريف مع المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري والمادة ٧٦٢ من القانون المدني السوري وجدنا بينهما مطابقة في العناصر الثلاثة التي يتألف منها حق الملكية، وهي حق الاستعمال والاستغلال والتصرف. ولما كان حق المنفعة الوارد في التعريف العراقي يشمل حق الاستعمال والاستغلال فان التعريفين يتطابقان في عناصر الملكية الثلاثة: المنفعة أي الاستعمال والاستغلال ثم التصرف. الا ان القانون العراقي زاد لفظ الاستغلال مع أنه مشمول بذكر المنفعة. ولكن هذا لا يعد نقصاً يبرر اهمال الأخذ بتعريف مستمد من أحكام الفقه الاسلامي. وقد جاء التعريف منصباً علي المالك التام تقريباً للملكية الخاصة ولا يجري فيها التصرف المطلق وانما تملك منفعتها بالاستعمال الشائع. وقد أجمل النص معني الملكية بالتصرف المطلق الذي يقع علي المال. ثم بين أن محل الملكية هذا قد يكون عيناً او منفعة او استغلالاً.

(١) الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة - رسالة المستشار الليبي الدكتور محمد علي حنبولة - ط ١٩٧٤ - ص ٤٩٤ وما بعدها.

(٢) محاضرات في القانون المدني العراقي - للدكتور حسين الذنون - ط ١٩٥٥ - ص ٤٣.

ثم فصل الانتفاع بأنه استعمال المالك ما يملكه ذاتاً كأن يكون داراً فسكنها ثم الاستغلال بأنه الاستيلاء علي غله ملكه كأن تكون ثمرة أو انتاجاً. أما التصرف فقد جعله يتناول العين نفسها بجميع التصرفات الجائزة. ومن هذا التعريف نتبين خصائص الملكية وعناصرها^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- انه وان كانت الملكية حقاً دائماً لا يسقط أبداً عن المالك، الا ان من حق الغير كسب هذه الملكية اذا توافرت له الحيازة الصحيحة بالشرائط التي استلزمها القانون. (نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - ص ٨٠٣)

٢ - النص في المادتين ٨٠٢ و ٨٠٦ من القانون المدني علي ان: " لمالك الشيء في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. وراعي في ذلك ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح...". يدل علي أن استعمال حق الملكية كان وما يزال مقيداً بمراعاة أحكام القانون، ومن ثم فلا يكون للقيود التي أوجبها قانون الإصلاح الزراعي أي تأثير علي عقود بيع الأراضي الزراعية القائمة وقت صدوره.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ - المرجع السابق - ٢٤ - ص ١٣٢٠)

٣ - الأصل ان لمالك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، مراعيًا في ذلك ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة عملاً بالمادتين ٨٠٢ و ٨٠٦ من القانون المدني، مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الأماكن التي يملكها وان يطلب اخلاء المكان المؤجر اذا انتهت المدة المتفق عليه، او قام سبب لفسخ عقد الايجار وأن يختار مستأجره، وأن يستعمل العين في أي وجه مشروع يراه، غير ان المشرع رأي بمناسبة أزمة الاسكان تقييد حق المؤجر في طلب الاخلاء لانتهاء المدة المتفق عليها او فسخ العقد الذي نشأ صحيحاً ولم يبطل او يفسخ بقوة القانون اثناء مدته الا للأسباب التي نص عليها في المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذي يحكم واقعة الدعوي لتعلقه بالنظام العام فيما أورده من نصوص أمره فتسري بأثر فوري علي آثار العقود حتي ولو كانت قد أبرمت قبل سريان القانون.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٥/١٤ - الطعنان ١٢١٣/ ١٣٩٤ لسنة ٤٩ ق)

٤- حق الملكية. نطاقه. المادتان ٨٠٢، ٨٠٦ مدني. مؤداه. للمالك أن يؤجر ملكه وله إختيار مستأجره وطلب إخلائه منه متى إنتهت المدة المتفق عليها. الإستثناء، تقييد هذا الحق وإمتداد عقود إيجار الأراضي الزراعية. المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته. إنتفاء هذه القيود إذا تخلى المستأجر عن الأرض الموجودة له.

(١) الملكية العقارية في العراق - الجزء الأول - للأستاذ حامد مصطفى - ط ١٩٦٤ - ص ٤٦ وما بعدها.

لازمه. عدم جواز نقاضى المستأجر أي مقابل نقدى أو عيني لتخليّة عن الأرض. أثره. بطلان كل إتفاق يخالف ذلك بطلاناً يتعلّق بالنظام العام.

(الطعن ٤٩٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٢/١٤ س ٤٢ ص ٧٥٦)

٥- عدم جواز حرمان أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها.

المقرر بنص المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ أن الملكية الخاصة مصونة لا تمس فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون، كما نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدني على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل.

(الطعن ٥٧٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥ س ٤٥ ص ١٦٥٢)

٦- عدم جواز حرمان أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها. قرار تقرير المنفعة العامة. سقوطه بمضى سنتين على نشره دون إيداع قرار نزع الملكية أو النماذج الخاصة بنقل الملكية للمنفعة العامة في مكتب الشهر العقاري. إختصاص المحاكم العادية بالفصل في طلبات التعويض عنه سواء أكانت الإجراءات التى أوجبها القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ قد أتتعت من الجهة نازعة الملكية أو لم تتتبع.

النص في المادتين ٣٤ من الدستور، ٨٠٥ من القانون المدني على عدم جواز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها وقد بين القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الذى تقع الدعوى في نطاق سريانه إجراءات نزع الملكية فأوجب لنقل الملكية إيداع نماذج موقعة من أصحاب الشأن أو قرار نزع الملكية في مكتب الشهر العقاري المختص خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة وإلا سقط مفعول هذا القرار وأبقى للمحاكم ولاية الفصل النهائي في قيمة التعويض سواء أكانت الإجراءات التى أوجبها القانون قد أتتعت من جانب الجهة نازعة الملكية أو لم تتتبع.

(الطعن رقم ٢٤٤٥، ٢٦٥٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٧ س ٤٥ ص ١٦٩٧)

٧- عدم جواز حرمان أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها.

المقرر بنص المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ أن الملكية الخاصة مصونة لا تمس فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون، كما نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدني على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل.

(الطعن ٣١٨٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ س ٤٦ ص ٢٦٠)

٨- سلطة المالك. نطاقها.

لئن كان الأصل أن لمالك الشئ السلطة التامة في إستعماله وإستغلاله، والتصرف فيه مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الأماكن التى يملكها، المدة التى يريدّها وأن

يطلب إخلاءها متى إنتهت المدة المتفق عليها. إلا أن المشرع تحت ضغط من أزمة المساكن رأي أن يبسط حمايته على المستأجرين بقوانين متعلقة بالنظام العام فقيّد حق المؤجر في أمور أبرزها أنه سلبه الحق في طلب الإخلاء بإنتهاء المدة المتفق عليها. وأبطل كل إتفاق من المستأجر لغير الأسباب التي إنفرد المشرع بتحديدتها.

(الطعن ٣٧٥١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٦ س ٤٦ ص ٣٤٤)

٩- أيلوية أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين المفروض عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة لا تعد نزع ملكية للمنفعة العامة ولا تأميماً. مؤداه. عقود الإيجار التي أبرمها الخاضع للحراسة قبل فرض الحراسة عليه. سريانه في مواجهة الدولة. أيلوية أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة وقد تقررت بقانون الطوارئ ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وأخضعت المطعون ضدهم لهذه التدابير بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ فهي لا تعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة ولا تأميماً ومن ثم فإن مآل هذه الأراضى أن تعود إلى الملكية الخاصة - وهو ما تم - ومن ثم فإن عقود الإيجار التي أبرمها الخاضع للحراسة قبل فرض الحراسة عليه تسرى في مواجهة الدولة.

(الطعن ٣٤٥١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٩ س ٤٦ ص ٢١٣)

١٠- الأصل. عدم جواز حرمان مالك الشئ من حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه. الإستثناء. الأحوال التي يقررها القانون. المادتان ٨٠٢، ٨٠٥ مدني. النص في المادة ٨٠٢ من القانون المدني على أن " لمالك الشئ وحده في حدود القانون حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه " وفي المادة ٨٠٥ منه على أنه "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون " مفاده أنه لا يجوز حرمان مالك الشئ من حق إستعمال وإستغلال والتصرف في ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون.

(الطعن ٤٣٣٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٧/١٢ س ٤٨ ص ١١١٤)

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

(الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٤ لم ينشر بعد)

١٢- صون الدستور للملكية الخاصة، مؤداه أن المشرع لا يجوز أن يجردها من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها، ولا أن يبتزق من أصلها أو يغير من

طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وكان ضمان وظيفتها هذه يفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها جوهر مقوماتها، ولا أن يكون من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الانتفاع بها، وكان صون الملكية وإعاققتها لا يجتمعان، فإن هدمها أو تقويض أسسها من خلال قيود تنال منها، ينحل عصفاً بها منافياً للحق فيها.

إن مكنة استغلال الأعيان ممن يملكونها من خلال عقود إيجار إنما تعني حقهم في اختيار من يستأجرونها من ناحية والغرض من استعمالها من ناحية أخرى، وكانت حربتهم في هذا الاختيار جزءاً لا يتجزأ من حق الاستغلال الذي يباشرونه أصلاً عليها، وكان من المقرر أن لحقوق الملكية - بكامل عناصرها - قيمة مالية يجوز التعامل فيها، وكان الأصل أن يظل مؤجر العين متصلاً بها، فلا يُعزل عنها من خلال سلطة مباشرة يمارسها آخرون عليها بناء على نص في القانون بيد أن النص المطعون فيه أجاز للمستأجر بإرادته المنفردة الحق في تغيير استعمال العين إلى غير غرض السكنى، في إطار علائق إيجارية شخصية بطبيعتها، مهدراً كل إرادة لمؤجرها في مجال القبول بهذا التغيير أو الاعتراض عليه.

(الطعن رقم ١٤٤ - لسنة ٢٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٣/٢٠)

١٣- حيث إنه عن النعي بمساس نص الفقرة الأولى من المادة رقم (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بحق الملكية وإخلاله بمبدأ التضامن الاجتماعي، فإنه بدوره مردود، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لئن كان الدستور قد كفل حق الملكية الخاصة، وحوطه بسياج من الضمانات التي تصون هذه الملكية وتدرأ كل عدوان عليها، إلا أنه في ذلك كله لم يخرج عن تأكيده على الدور الاجتماعي لحق الملكية، حيث يجوز تحميلها ببعض القيود التي تقتضيها أو تفرضها ضرورة اجتماعية، وطالما لم تبلغ هذه القيود مبلغاً يصيب حق الملكية في جوهره أو يعدمه جل خصائصه، إذ كان ذلك وكان ما أملى على المشرع المصري تقرير قاعدة الامتداد القانوني لعقد الإيجار، سواء للمستأجر الأصلي أو ذوى قريبه المقيمين معه ممن حددتهم الفقرة الأولى المشار إليها، هو ضرورة اجتماعية شديدة الإلحاح تمثلت في خلل صارخ في التوازن بين المعروض من الوحدات السكنية وبين حجم الطلب عليه، وهو خلل باشرت ضغوطه الاجتماعية آثارها منذ الحرب العالمية الثانية، وكان تجاهلها يعني تشريد آلاف من الأسر من مأواها بما يؤدي ذلك إليه من تفتت في بنية المجتمع وإثارة الحقد والكراهية بين فئاته ممن لا يملكون المأوى ومن يملكونه، وهو ما يهدر مبدأ التضامن الاجتماعي، لذلك فقد تبني المشرع المصري قاعدة الامتداد القانوني لعقد الإيجار منذ التشريعات الاستثنائية لإيجار الأماكن الصادرة أثناء الحرب العالمية الثانية، وحتى النص الطعن مراعيًا في سريان الامتداد إلى ذوى قرابة المستأجر في النص الطعن أنهم كانوا محل اعتبار جوهري عند التعاقد، وقد قصد المشرع بذلك كله أن يصون للمجتمع أمنه وسلامته محمولين على مبدأ التضامن الاجتماعي. وحيث إنه مما تقدم أن نص الفقرة الأولى من المادة (٢٩) من القانون رقم

٤٩ لسنة ١٩٧٧ لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ولم يتضمن مساساً بحق الملكية الخاصة أو إخلالاً بمبدأ التضامن الاجتماعي، وإذا كان لا يخالف أي نص دستوري فإنه يتعين القضاء برفض الطعن عليه.

(الطعن رقم ٧٠ - لسنة ١٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢ / ١١ / ٠٣)

١٤- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها، وبذلك غدا مبدأ المساواة قيماً على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، والتي لا يجوز بحال أن تتحول إلى التمييز بين المراكز القانونية التي تتحدد وفق شروط موضوعية يتكافأ أصحابها من خلالها أمام القانون، والمرجع في موضوعية هذه الشروط هو اتصال النصوص التي ترتبها، بالحقوق التي تنتولها، بما يؤكد ارتباطها عقلاً بها، وتعلقها بطبيعة هذه الحقوق، ومتطلباتها في مجال ممارستها، وأن تأتي تلك الشروط ترجمة حقيقية وغير منتحلة لكل ذلك. لما كان ذلك وكان لا شبهة في أن المشرع قد عمد بالنص الطعين إلى تقرير معاملة متميزة، وامتداداً قانونياً استثناء من القواعد العامة في إنهاء عقود الإيجار المفروش بانتهاء مدتها، وذلك لصالح طائفة من المستأجرين هم أولئك الذين يتوافر فيهم شرط استمرار سكنى العين المؤجرة مفروشة مدة خمس سنوات متصلة سابقة على ١٩٧٧/٩/٩ تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وهو شرط لم يكن مقرراً من قبل في القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه - كما أنه يستقل بأحكامه عما نص عليه أمر نائب الحاكم العسكري العام رقم ٤ لسنة ١٩٧٦ والذي ألغى بمقتضى نص المادة (٨٦) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - ولا متصلاً بمتطلبات قيام العلاقة الإيجارية للأماكن المفروشة عند إبرامها بين أطرافها وغير متفق مع طبيعتها، بل أقحم عليها في مباغته ومداهمة لم يكن في مكنة أطرافها توقعه، كما لا تظاھر ضرورة حقيقة تسوغه وتكون علة لتقريره، ومناطاً لمشروعيته، ليغدو معه النص الطعين متبنياً تمييزاً تحكيمياً منهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور، لا يستند إلى أسس موضوعية، ذلك أنه اختص فئة المستأجرين لوحدة سكنية مفروشة المخاطبين بأحكامه، بحقوق حجبها عن أقرانهم مستأجري الوحدات السكنية مفروشة المخاطبين بأحكام ذات القانون وهو القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ومن بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، كما حمل هذا النص مؤجري الوحدات السكنية الخاضعة لأحكامه بأعباء والتزامات خلال فترة الامتداد القانوني للعقد لا يتحملها غيرهم من مؤجري الوحدات المفروشة الأخرى، أخصها حرمانهم من مكنة إنهاء العلاقة الإيجارية بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد، بل وضمن المشرع النص الطعين استثناءً أجاز بمقتضاه لمؤجري الوحدات السكنية مفروشة بسبب الإقامة في الخارج طلب إخلائها عند عودتهم النهائية، حال كونهم جميعاً مستأجرين ومؤجرين لوحدة سكنية مفروشة، تتمثل العلاقة القانونية التي

تربطهم في طبيعتها وتتحد في جوهرها، فضلاً عن أنهم جميعاً يواجهون ذات المشكلة التي دفعت إلى سن النص الطعين وهي مشكلة الإسكان، وبالتالي تتماثل مراكزهم القانونية في هذا الشأن، بما يوجب ضمناً للتكافؤ في الحقوق والالتزامات بينهم أن تنتظمهم قواعد موحدة لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بينهم من أي نوع، ومن ثم فإن إقامة النص الطعين ذلك التمييز التحكيمي بين الطوائف المتقدمة يكون مصادماً لمبدأ المساواة الذي فرضته المادة (٤٠) من الدستور، كما يجاوز هذا النص — بذلك — نطاق التضامن والتكافل الاجتماعي الذي أقام عليهما الدستور — بنص المادة (٧) منه — بنيان المجتمع، ويعد خروجاً في هذا الخصوص بالملكية عن نطاق وظيفتها الاجتماعية التي حرص الدستور على توكيدها في المادتين ٣٢، ٣٤ منه. وحيث إنه لما تقدم، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً للمواد ٧، ٣٢، ٣٤، ٤٠، ٤١ من الدستور.

(الطعن رقم ١٨٧ - لسنة ٢٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٣ / ١١ / ٠٢)

* * *

مادة (٨٠٣)

(١) مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير.

(٢) وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الي الحد المفيد في التمتع بها، علوا او عمقا.

(٣) ويجوز بمقتضى القانون او الاتفاق ان تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨١٢ لبيي و ٧٦٩ سوري و ١٠٤٩ عراقي و ٦٨٥ سوداني و ١٣ الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد أن ذكر التعريف عناصر الملكية وأشار الي ما يرد عليها من قيود، تولت المادتان ١١٦٣ و ١١٦٤ تحديد نطاق هذا الحق.

٢- فالشئ المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع اجزائه المملوكة له. والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا في الكل، بحيث لو فصل من لهلك الشئ او تلف او تغير. ويترتب علي ذلك ان ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علوا وما تحته عمقا الي الحد الذي يصلح للاستعمال. وتكون طبقة الهواء وهي فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء، وكذلك حق التعلي وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض. وتكون الكنوز والمناجم وهي تحت السطح مملوكة كذلك لصاحب الأرض. وتأسيسا علي هذا المبدأ أورد المشروع نصين يقرر في اولهما (م ١٣٠٣ فقرة ١) أن الكنز المدفون او المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار او لمالك رقبته. ويقرر في الثاني (م ١٣٥٧ فقرة ١) أن كل ما علي الأرض او تحتها من بناء او غراس او منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض، أقامه علي نفقته ويكون مملوكا له. وقد اشار المشروع الي جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء علي تشريعات خاصة او بمقتضى الاتفاق. ومثل التشريعات الخاصة قانون للمناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض كما هو الحال في فرنسا. ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح او ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام، وما حق القرار وحق الحكر وحق التعلي الا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح.

علي ان المادة ١١٦٣ اوردت قيودا علي حق المالك في العلو والعمق. فليس للمالك ان يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العلو او العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه. فاذا اضطرت مصلحة التلغرافات الي ايصال أسلاكها فوق

سطح الأرض، أو شركة المياه التي إيصال أنابيبها تحت السطح، على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال والا كان المنع تعسفاً في استعمال حق الملكية^(١).

رأي الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٠٣ مدني أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية. فإذا كان الشيء منقولاً (سيارة أو كتاب) سهل التعرف على ذاتيته وأجزائه، وأمكن نقله بجميع أجزائه من مكان إلى آخر، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء أما إذا كان عقاراً، فإذا كان بناءً فإن تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء أما إذا كان العقار أرضاً، فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها أي الأرض علواً وعمقاً. فالأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها أي للعلو، ولما تحتها أي للعمق، وكما يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية، أي بارادة مفردة. فالفصل يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني، سواء كان التصرف اتفاقاً أو وصية.

أما ملكية العلو أو العمق فلا تقوم قرينة على ملكية السطح، فمالك العلو أو العمق إذا ادعى ملكية السطح، عليه هو أن يثبت ذلك.

وملكية العلو تسمح لصاحب السطح أن يقيم فوق الأرض منشآت وأن يغرس فيها أو يزرعها، كذلك له من النور والهواء وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه (بطلب قطع أغصان أشجاره التي تمتد إليه مثلاً). وأن مجرد الامتداد يكون ضرراً كافياً.

ومؤدي نص المادة ٨٠٣/٢ مدني أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً.

ويستخلص من ذلك أمران هامان من الناحية العلمية:

١- أنه لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التليفونية فوق أرضه، إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضرراً.

٢- أنه لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات أثناء طيرانها فوق أرضه. فهي تحلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضرراً وصوت أزيها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضرراً كافياً لطلب منعها والا تعطلت الملاحة الجوية.

ولا يجوز للمالك أن يقيم في أرضه أسلاكاً أو منشآت أخرى متعمداً بذلك الأضرار بالملاحة الجوية، والا كان هذا تعسفاً في استعمال حق الملكية.

أما ملكية العمق فنسمح للمالك أن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيم فوق الأرض، وأن تمتد جذور أشجاره ومغروساته وزراعته إلى الأعماق التي تتطلبها. وله أن يقوم بحفريات في أرضه، وأن يحفر سراديب تحت الأرض كما يشاء.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٧ و ١٨.

ومن حقه ان يمنع اعتداء الغير علي باطن الأرض. فاذا وجد أن غرس الجار قد امتد الي باطن أرضه كان له ان يطلب من القضاء قطع الجذور الممتدة. ولا يفهم هنا أيضا أنه لا يوجد حد لملكية العمق، فالمالك له هذه الملكية الي الحد المفيد في التمتع بها، وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، فاذا اضطرت مصلحة المياه الي ايصال أنابيبها تحت السطح علي مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض، فليس للمالك ان يمنع هذه الأعمال، والا كان المنع تعسفاً في استعمال حق الملكية. وأهم قيد يرد علي ملكية العمق هو القيد المستخلص من قانون المناجم والمحاجر، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر في باطن الأرض ملكاً للدولة لا لصاحب الأرض^(١).

٢- يتضح من نص المادة ٨٠٣ مدني أن من حق الملكية يشمل جميع الأجزاء المندمجة في الشئ المملوك بحيث لو فصلت عنه لهلك الشئ او تلف او تغير. فكل ما يقيمه المالك علي أرضه من بناء او غراس، وكل ما يحدثه في جوف الأرض من منشآت، يمتد اليه حق الملكية فيصبح مالكا له بنفس السبب الأصلي. وبما أن الأصل هو امتداد حق الملكية الأصلي الي كل ما يلحق بالأرض لا اكتسابه بسبب جديد، لذلك افترض المشرع ان كل ما علي الأرض او تحتها من بناء او غراس او منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه علي نفقته ويكون مملوكاً له (م ١/٩٢٢ مدني).

ولكن هذه قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس، وعلي من يدعي عكس هذه القرينة القانونية اثبات ما يدعيه بكل طرق الاثبات.

كما يتضح من النص المتقدم أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها عمقاً بالقدر الذي يمكن به تملك طبقة الهواء او باطن الأرض الي الحد الذي يصلح للاستعمال. وبذلك يكون لصاحب الأرض حق التعلّي فوقها ببناء او غراس او أي منشآت أخرى، كما أن الأصل أن تشمل ملكيته ما في وجوب الأرض من كنوز او مناجم او محاجر.

وبما أن الملكية حق جامع مانع، فيجوز للمالك اذن أن يحول دون استفادة غيره من الفضاء الذي يعلو أرضه او من المحيط الباطني لهذه الأرض وهذا ما قرره المشرع الفرنسي (م ٦٧٣ منه) والقضاء الفرنسي، وهي النظرة التي سادت في التشريعات الحديثة، وهي أيضاً التي اعتنقها التقنين المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ ومواد القانون المدني المقابلة في تشريعات الأقطار العربية.. وبذلك لا يقبل من المالك ان يعارض فيما يقام من أعمال علي مسافة من العلو او العمق لا تضر بحقه، كايصال أسلاك التلغراف أو الكهرباء أو أنابيب المياه. واستثنى المشرع المناجم من الحكم المتقدم، لأن استغلالها يمس صميم السياسة الاقتصادية للدولة^(١).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٥٦٨ وما بعدها

٣- يشمل حق الملكية طبقاً لنص المادة ٨٠٣ مدني جميع الأجزاء المندمجة في الشيء، كالبناء الذي يقيمه المالك علي الأرض والغراس أيضاً. ويترتب علي ذلك أن ملكية الأرض تشمل السطوح وما فوقه علواً وما تحته عمقاً الي الحد الذي يصلح للاستعمال. وتكون طبقة الهواء وهي فوق السطح لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء. كذلك حق التعلّي وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض، وتكون الكنوز وهي تحت السطح مملوكة لصاحب الأرض.

وأشارت المادة ٨٠٣ مدني في فقرتها التالية الي جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء علي تشريعات خاصة او بمقتضي الاتفاق، وما حق الحكر والتعلّي والمطل الا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح.

وتعتبر جميع المناجم خارجه عن ملكية الأفراد ودخله في الأشياء العامة، ولا يكون لصاحب الأرض التي بباطنها المنجم أي حق عليه. وللدولة منح استغلاله لأحد الأفراد، فلا يكون لصاحب الأرض عندئذ منع صاحب الترخيص من دخول الأرض للكشف عن المنجم او استغلاله وكل ما لصاحب الأرض هددئذ هو مطالبة صاحب الترخيص بتعويض عن الأضرار التي تنتج لسطح الأرض او من حرمانه من الانتفاع بها.

وفيما عدا الاستثناءات السابقة التي تفصل فيها ملكية السطح عما تحت الأرض او فوقها تشمل كما تنص المادة ٢/٨٠٣ مدني ما فوقها وما تحتها.

علي أن المادة المذكورة قيدت الملكية في علوها وعمقها بقيد هام هو " الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً ". فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، والا كان المنع منه تعسفاً، كمد أسلاك التليفون أو التلغراف أو أنابيب المياه علي مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض.

وقد وضعت المجموعة المدنية معياراً معقولاً لما يعد مملوكاً من الفضاء للأفراد، فقررت ملكية الأفراد للفضاء (الي الحد المفيد) في التمتع بالملكية، وما زاد علي هذا الحد يعتبر مملوكاً للدولة وخاضعاً لسيادتها طبقاً لقانون الملاحة الجوية^(١).

٤- يتضح من نص المادة ٨٠٣ مدني ان ملكية الأرض لا تقتصر علي سطحها، بل تشمل كذلك- الي حد ما- ما فوقها من فضاء وما تحت السطح. فمالك الأرض له أن يستخدم الفضاء الذي يعلوها في اقامة ما يشاء من بناء او في الغراس او في مد الأسلاك الي غير ذلك من صور استغلال الفضاء وله كذلك باعتباره مالكا لما فوق الأرض ان يمنع غيره من استخدامه، كأن يمنع الجار من البروز في الأدوار العليا

(١) حق الملكية- جزء ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ١٢٦ وما بعدها، وكتابة: التقنين المدني الجديد- ط ٢- ١٩٥٥- ص ٥٨٩.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٢٨- ط ١٩٥٦، و ص ٢٤ وما بعدها طبعة ١٩٦٨.

فوق أرضه، وأن يطالب بقطع أغصان أشجار الجار الممتدة في الفضاء الذي يعلو أرضه وأن يمنع غيره من مد أسلاك في هذا الفضاء، وللمالك كذلك أن يستخدم ما تحت سطح أرضه من طبقات فيستخرج منها الأحجار والأتربة ويحفر فيها الآبار ويمد الأنابيب، وله أن يمنع غيره من مباشرة مثل هذه الأعمال.

وإذا كان الأصل أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، فذلك - كما يقول المشرع - (إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا) -، فلا يستأثر المالك إلا بما يستطيع أن يستخدمه، وفي خارج هذا النطاق لا يستطيع أن يمنع الغير من استخدام العلو والعمق.

وقد كانت الفكرة السائدة من قبل أن ملكية مالك الأرض للعلو والعمق لا يحدها حد، وأن سلطات المالك تمارس عليها إلى ما لا نهاية. ووضح ما في هذا من اسراف في تقديس الملكية الخاصة دون مبرر معقول، ولهذا كان المعقول في ظل الاتجاه الجماعي الحديث، حيث برزت الوظيفة الاجتماعية للملكية، أن يقتصر نطاق حق المالك على الحد المفيد، فلا يجوز لمالك الأرض أن يدعي استئثاره بالفضاء الذي يعلو أرضه لمنع الطائرات من الطيران فوقها.

وقد استثنى المشرع من هذا الأصل ما يوجد في المناجم والمحاجر من مواد معدنية وخامات، عدا مواد البناء، فاعتبرها ملكا للدولة^(١).

٥- وضعت المادة ٨٠٣ مدني مبادئ تعيين مكونات الشيء المملوك. والفقرة الأولى من تلك المادة تبين طريقة تحديد مكونات الشيء بصفة عامة، أي سواء أكان منقولاً أم عقاراً، فتقضي بأنها تشمل كل ما يعد من عناصره الجوهرية، أي كل جزء منه يعتبر لازماً لماكن الحصول على المنفعة التي يعد بطبيعته لادائها. فالمنزل يشمل الحوائط والأسقف والأبواب والنوافذ والأدوات الصحية.

أما الفترة الثانية فتشير إلى تحديد مكونات الأرض كمحل لحق الملكية، فتقول إنها تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها أو عمقاً، فمالك الأرض لا يملك السطح وحده، بل يملك أيضاً ما يعلوه من فضاء إلى الحد اللازم لأي انتفاع تخصص الأرض له، ولذا له أن يمنع الغير من شغل الفضاء فوق أرضه ولو كان لا يعوق انتفاعه الحالي بالأرض، فله أن يطالب بهدم جزء بارز من بناء الجار الممتد فوق أرضه، وقطع أغصان الأشجار الممتدة إلى فضائها. كما أن مالك الأرض يملك كذلك جوفها، أي ما تحتها من طبقات، وله أن ينتفع من باطن الآبار أو البناء فيها أو إقامة أية منشآت أخرى وأن يمنع الغير من استخدام جوف أرضه، فله أن يطلب إليه إزالة جذور أشجاره التي تمتد فيها.

ولكن ملكية مالك الأرض لما فوقها وما تحتها محصورة، كما يقول نص المادة ٨٠٣ مدني، بالحد " المفيد في التمتع بها علوا وعمقا "، أي أن ملكية الفضاء فوق الأرض والعمق تحتها لا تمتد إلى ما لا نهاية له، كما كان المنصور في ظل الفكر الفردي، بل لا تجاوز ما يمكن أن يحقق فائدة للمالك بالنسبة لوجه من وجوه استعمال الأرض، ولذا للمالك أن يمنع الطيران فوق أرضه بحجة ملكيته للفضاء فوقها.

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٣ وما بعدها.

ويلاحظ أن ملكية العمق تحت الأرض بالإضافة الي تحديد مداها بما يمكن أن يكون مفيداً للمالك، تخضع لتحديدات قانونية أوردها قانون تنظيم المناجم والمحاجر علي حق المالك فيما يمكن ان يكون بباطن أرضه من ثروات^(١).

٦- ان ملكية شئ معين تشمل كل ما يعد من عناصره الجوهرية، والعناصر الجوهرية للشئ هي أجزاؤه المندمجة فيه والتي لا يمكن فصلها عنه دون أن يهلك او يتلف او يتغير (م ١/٨٠٣ مدني). وعلي ذلك اذا وقع حق الملكية علي بناء، فان حق المالك يشمل- فضلاً عن الحيطان والأسقف- نوافذ هذا البناء وأبوابه وأعمدته والدرج القائم به. ذلك أنه وان كان من الممكن فصل هذه الأشياء عن البناء، الا ان فصلها سيؤدي اما الي تهدم البناء كما لو هدمت الأعمدة التي يقوم عليها، واما الي تغيير البناء.

وإذا كان الشئ سيارة فان ملكيتها تشمل محركها وعجلة القيادة ومقاعدھا، فهذه الأشياء تعد من عناصرها الجوهرية.

وإذا كان الشئ أرضاً فضاء فان ملكيتها لا تقتصر علي سطحها، بل تشمل ما فوقها من فضاء وما تحتها من طبقات (م ٢/٨٠٣ مدني) ذلك أنه لا يمكن الاستفادة من الأرض في البناء او الغراس اذا اقتصر ملكيتها علي السطح فقط، لأن البناء والغراس يعلوان فوق هذا السطح، ويمتدان في باطن الأرض، ولذلك يعتبر ما فوق الأرض وما تحتها من عناصرها الجوهرية.

ويلاحظ ان امتداد ملكية الأرض الي ما فوقها وما تحتها ليس مطلقاً، فهو مقيد بالحد المفيد في التمتع بالعلو او العمق (م ٢/٨٠٣)، وعلي ذلك لا يجوز لمالك الأرض أن يعارض في مد أنابيب المياه او المجاري تحت أرضه، ما دام ذلك يتم عند عمق كاف لا يمس بسلطاته في استعمال هذه الأرض واستغلالها.

وشمول ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها ليس من النظام العام، فيجوز بمقتضي القانون وبصفة خاصة بمقتضي الاتفاق ان تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها (م ٣/٨٠٣ مدني).

ويلاحظ ان انفصال ملكية ما فوق الأرض او ما تحتها عن ملكية سطحها وضع استثنائي، فالأصل هو ان مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها، ولذلك فان من يدعي أنه يملك ما فوق الأرض او ما تحتها يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه، لأنه يدعي خلافاً للأصل^(٢).

٧- تتناول المادة ١٠٤٩ من القانون المدني بيان نطاق حق الملكية. ويلفت الدكتور حسن الذنون النظر الي أمرين:

أولهما أن نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٣ من القانون المدني المصري كان عند تقديمه الي البرلمان مطابقاً لنص الفقرة الأولى من التشريع العراقي الا ان لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة " في العرف " لأن العرف ليس هو

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشراوي- المرجع السابق- ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) موجز في الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد لبيب شنب- ط ١٩٧٤- ص ٢٢٦ وما بعدها.

المرجع الأول في تحديد عناصر الشئ الجوهريّة، بل يرجع في ذلك أولاً إلى طبيعة الأشياء، ثم إلى العرف بعد ذلك وكان يجدر بالمشرع العراقي أن يقر هذا التعديل، وثانيهما أن الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة أجازت فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها، ويكون ذلك بناءً على اتفاق أو تشريعات خاصة، كتشريعات المناجم والمحاجر والمقالع. وما حق القرار وحق الحكر وحق المساطحة إلا ضروب من ملكية ما فوق سطح الأرض^(١).

٨- نصت المادة ١٠٤٩ مدني عراقي على نطاق حق الملكية والعناصر التي تؤلف هذا الحق، فحددها بأجزاء الشئ المكونة له باعتبار الجزئية المندمجة فيه، بحيث لو فصل منه جزء لتلف أو تغير، وعبر عن ذلك بالعناصر الجوهريّة للشئ. وحدد ملكية الأرض بالعلو والسفل والمفيدة، ثم بسطح الأرض وحده عند ورود الاتفاق على ذلك. ونص المادة ١٠٤٩ هذه هو نص المادة ٨٠٣ من القانون المدني المصري والمادة ٧٦٨ من القانون المدني السوري.

وقد وضع القانون معيارين لمعرفة العناصر الجوهريّة التي يتألف منها الشئ محل الملكية: أولهما - العرف، وثانيهما - تعذر فصل الشئ عن موضوع الحق إلا بهلاكه أو تلفه أو تغييره. وذلك هو الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية، وهو أن الشئ يعتبر تابعاً لآخر أو من أجزائه على أساسين: العرف والاتصال اتصال بقاء وذلك هو نص كل من القانونين المصري والسوري عدا أن النص العراقي زاد العرف فجعله حكماً فيما يعد أنه من عناصر الشئ الجوهريّة.

والعرف يختلف باختلاف البلد الذي يقع فيه الشئ، وذلك ناشئ من طبيعة الشئ نفسه ومن حدود المنفعة التي ينالها منه أهل بلد دون غيرهم. وعلى هذا ما يدخل في الشئ في مكان أو زمان قد لا يدخل فيه في مكان أو زمان آخر^(٢).

٩- يستخلص من نص المادة ٨٠٣ مدني مصر والمادة ٨١١ مدني لبيي المقابلة لها أن نطاق الملكية الخاصة يتحدد بالعناصر الجوهريّة للشئ، فمالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهريّة كأجزائه المندمجة فيه والتي لا يمكن فصلها عنه دون هلاكه أو تلفه أو تغييره، فملكية البناء مثلاً تشمل ملكية أعمدته وسلالمة ونوافذه وأبوابه، فهذه العناصر جوهريّة للبناء، لأن فصلها عنه وإن كان ممكناً تصوره إلا أنه يؤدي حتماً إلى هدمه أو تلفه أو تغييره، وملكية السيارة تشمل محركها ومقاعدتها وعجلة القيادة وإطار العجلات، فهذه الأجزاء عناصر جوهريّة في السيارة، لأن فصلها عنها يجعلها غير صالحة للاستعمال.

أما ملكية الأرض فتشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد لأنه لا يمكن الاستفادة والانتفاع بملكية سطح الأرض فقط، لأن البناء والغراس يعلوان سطح الأرض ويمتدان في أعماقها، مما يجعل ما فوقها وما تحتها عناصر جوهريّة لها لأنه لا تكتمل الفائدة من امتلاك الأرض إلا بأقامة المنشآت عليها وزراعتها والغراس فيها،

(١) مقومات الملكية والحقوق العينية - للدكتور حسن الذنون - المرجع السابق - ص ٤.

(٢) الملكية العقارية في العراق - جزء ١ - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٥٤ وما بعدها.

مما يتعين معه ان تشمل ملكية الأرض وما فوقها وما تحتها الي الحد المفيد الذي يستطيع المالك الاستفادة منها.

ولما وضع القانون حدا للاستفادة من العلو والعمق، فانه لم يترك مجالا لاثارة الجدل الذي حدث بفرنسا حول نطاق ملكية الأرض علوا وعمقا، وحرية المالك في منع الغير من الانتفاع بما فوق الأرض وما تحتها ولو لم يلحقه ضرر ما من انتفاع الغير، وحقه في منع تحليق الطائرات فوق أرضه، او مد الأسلاك الكهربائية وأنابيب المياه فيها، كل ذلك لا مجال للتعرض له، لأن النص في القانونين المصري والليبي صريح في تحديد نطاق ملكية الأرض علوا وعمقا بالحد المفيد لمالك الأرض، مما يخول الادارة ان تمد الأسلاك الكهربائية في الأرض المملوكة ملكية خاصة طبقاً للوائح والقوانين المعمول بها، كما أن من حق الطائرات التحليق فوقها طبقاً لقوانين الملاحة الجوية.

ومقتضي شمول ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها الي الحد المفيد أن المالك يستطيع ان يمنع غيره من استخدام الفضاء الذي يعلو أرضه وأن يطالب بهدم الجزء الممتد من بناء الجار فوق أرضه، وبقطع أغصان أشجار الجار المائلة فوق أرضه، وبازالة كل ما يمدد الغير عبر أرضه بدون موافقته.

ومع ذلك فان الدولة تستطيع ان تمد الأسلاك الكهربائية وأنابيب المياه وغير ذلك من المرافق العامة والضرورية فوق وتحت أرض الجار استنادا الي القوانين واللوائح التنظيمية، وبعد ذلك استثناء من القيود القانونية التي ترد علي الملكية الخاصة.

وان كان الأصل في ملكية الأرض أن تشمل ما فوقها وما تحتها الي الحد المفيد، الا انه يجوز ان تتفصل ملكية السطح عن ملكية العلو والعمق بناء علي اتفاق ذوي الشأن او بمقتضي القانون (م ٨٠٣/٣ مدني مصري و م ٣/٨١١ مدني ليبي).

كما أن القانون الخاص بالمحاجر والمناجم والمعادن واستغلالها والتقيب عليها استبعد تلك المعادن والمحاجر والمناجم من مجال الملكية الخاصة فانفصلت عن ملكية السطح وأصبحت داخلة في ملكية الدولة. كما ان من حق المالك ان يسمح للغير باقامة منشآت فوق أرضه. ويمتلكها مدة الامتياز فتتفصل ملكية سطح الأرض عما فوقها علي خلاف ذلك^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، متي كان لا يوجد اتفاق علي خلاف ذلك.

(نقض- جلسة ١٩٥٥/١١/٣- مجموعة ٢٥ عام- جزء ٢- ص ٩٩٠)

٢- اذ نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر علي ان: "يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم والأراضي المصرية والمياه الاقليمية...".

(١) - الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة- رسالة- المستشار الليبي الدكتور محمد علي حنبول- المرجع السابق- ص ٥١٣ وما بعدها.

فقد دلت علي ان ما يعتبر ملكا للدولة هو تلك المواد المعدنية دون الأماكن التي تستخرج منها، وله حق استعمالها والافادة منها في غير الأوجه المتعلقة باستخراج او استغلال كما يوجد بها من مواد معدنية، وبما لا يتعارض مع ما يكون مخولا للغير من حق البحث او الكشف بها عن تلك المواد او من امتياز استغلالها، وعلي ألا يؤدي عمل المرخص له الي الأضرار بالسطح، فاذا نجم عن عمله أي ضرر بسطح الأرض او حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم المرخص له بتعويضه عنهما. واذ كان الاتفاق موضوع النزاع قد انصب علي مقابل اشغال السطح، فانه يكون قد ورد علي ما يجوز التعامل فيه قانونا، ويكون النعي علي الحكم بهذا السبب علي غير أساس.

نقض جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - ص ١٣٣١

٣- ملكية الأرض. شمولها الأرض علوا وعمقا. حد ذلك. عدم جواز معارضة المالك فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تكون له مصلحة في منعه وإلا كان متعسفا في إستعمال حقه.

النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ من القانون المدني على (١) (٢) وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، علواً أو عمقا بما مفاده أن ملكية الأرض وإن كانت تشمل الأرض علواً وعمقا إلا إنه يوجد حد لملكيتها فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه وإلا كان المنع تعسفاً في إستعمال حق الملكية.

(الطعن ٢٤٨٧ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٥ س ٤٧ ص ٨٠٥)

٤- الملكية حق دائم لا يسقط أبداً عن المالك وإن كان من حق الغير كسبها إذا توافرت له الحيازة الصحيحة بالشرائط التي إستلزمها القانون.

(الطعن ١١٤٠ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٨٠٤)

لمالك الشئ الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٨١٢ لبيي و ٧٧٠ سوري و ١٠٤٨ عراقي و ٦٨٦ سوداني و ١٢ ق الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

تشمل الملكية، عدا الشئ المملوك نفسه بكامل أجزائه ما يتفرع عن الشئ وهو أنواع ثلاثة:

(أ) الملحقات (accessoires) وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ، طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص.

(ب) المنتجات (produits) وهي كل ما يخرج من الشئ من ثمرات غير متجددة كما هو الأمر في المناجم والمحاجر.

(ج) الثمرات (fruits) وهي كل ما ينتج من غلة متجددة. وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزراع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه، او صناعية (industriel) كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والانسان، او مدنية (civit) كأجرة الأراضي والمساكن.

وهذا كله ما لم يوجد اتفاق مخالف، فقد يتفق المتعاقدان علي أن ملكية الشئ تنفصل عن ملكية ملحقاته او منتجاته، او يوجد نص في القانون يقضي بغير ما تقدم، كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك^(١).

رأي الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٠٤ مدني ان الملكية لا تقتصر فحسب علي الشئ ذاته، بل هي تمتد أيضاً الي ما يلحق بالشئ، وما يتفرع عنه فتمتد الي الملحقات والثمار والمنتجات.

فالملاحقات - هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص، ما لم يوجد اتفاق مخالف، فقد يتفق المتعاقدان علي أن ملكية الشئ تنفصل عن ملكية ملحقاته او منتجاته، او يوجد نص في القانون يقضي بغير ما تقدم، كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - من ٢٠ و ٢١.

وتكون نصوص في القانون تبين المقصود بالملحقات، منها ما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدني المتعلقة بملحقات الشيء المبيع^(١)، وما نصت علي المادة ١٠٣٦ مدني الخاصة بملحقات العقار المرهون رهناً رسمياً^(٢).

أما الثمار - فهي ما ينتجه الشيء من غلة متجددة. وقد تكون الغلة طبيعية كالزراع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه، أو صناعية كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والانسان، أو مدنية كأجرة الأراضي والمساكن.

والذي يميز الثمار أمراً:

١- أنها غلة دورية متجددة، أي أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع.

٢- أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنقضي منه، بل يبقى الأصل علي حاله دون نقصان.

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء، الا اذا نص القانون علي غير ذلك، كما نص علي جعل الثمار للحائز حسن النية.

والمنتجات - هي كل ما يخرج الشيء من ثمرات غير متجددة كما هو الأمر في المناجم والمحاجر.

وتتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار بما يلي:

١- فهي غير دورية ولا متجددة، بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة.

٢- وهي تمس أصل الشيء وتنقص منه. فالمعادن التي تخرج من المناجم، والأحجار التي تخرج من المحاجر، تنتهي بعد وقت طويل أو قصير الي ان تنفذ. ومن ثم كانت هذه المعادن والأحجار منتجات لا ثماراً. وتعتبر أفساط الأيراد المرتب مدي الحياة من المنتجات لا من الثمار^(٣).

٢- من المؤلف في فقه القانون تقسيم الثمار الي انواع ثلاثة: طبيعية وصناعية ومدنية. فالثمار الطبيعية هي التي ينتجها الشيء بطبيعته دون حاجة الي تدخل المالك كصوف الأغنام ونتاج الحيوانات والعشب. والثمار الصناعية هي التي يتدخل الانسان في انتاجها كالحاصلات الزراعية وعسل النحل. أما الثمار المدنية فهي النقود التي يحصلها المالك من الغير في مقابل استغلاله للشيء كالأجرة وفوائد النقود. وتتميز الثمار جميعها بخاصة واحدة هي كونها دورية ومتجددة.

اما المنتجات فهي التي ينتجها الشيء في مواعيد غير منتظمة، كما أنها تقتطع من الشيء نفسه وتنقص بالتالي من قيمته، ومثالها منتجات المناجم والمحاجر وأشجار الغابات غير المعدة للاستغلال، وأفساط الدخل المرتب مدي الحياة.

(١) يراجع التعليق علي تلك المادة بالجزء الثاني من هذا الكتاب.

(٢) يراجع التعليق علي تلك المادة بالجزء الخامس من هذا الكتاب.

(٣) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٥٨٥ وما بعدها.

وتظهر أهمية التفرقة بين الثمار والمنتجات في نطاق حق الانتفاع، وبصدد تملك الحائز حسن النية لما ينتجه الشيء الذي في حيازته، فلا حق للمنتفع والحائز حسن النية الا في ثمار الشيء دون منتجاته.

أما بالنسبة لحق الملكية فلا أهمية لهذه التفرقة، فللمالك حق تحصيل ثمار الشيء ومنتجاته جميعاً، فلا يحرم منها الا بارادته، او لمصلحة حائز سئ النية. فانه يصبح من وقت سوء نيته مسؤولاً عن ردها الي مالك الشيء، ولكن في نظير رد ما أنفقه الحائز علي الانتاج هذه الثمار (م ٩٧٩ مدني).

أما الملحقات فيقصد بها توابع الشيء اللازمة لاستعماله، ويعتبر مالك الشيء مالكا لهذه الملحقات حتي يثبت العكس، أما بسند يثبت للغير ملكيتها، واما بتملك الغير لها بالتقادم^(١).

٣- معني ما نصت عليه المادة ٨٠٤ مدني أن ملكية الشيء تشمل ثماره ومنتجاته وما يلحق به من اشياء موجودة به كالعقارات بالتخصيص او كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء، وهي تشمل كذلك جميع ما يقام علي الأرض من بناء او غراس.

فكل هذه الملحقات تعتبر مملوكة لصاحب الشيء ما لم يقر دليل علي خلاف ذلك من نص في القانون او اتفاق. وهذا تطبيق لمبدأ تبعية الفرع للأصل.

والأصل ان المالك يملك كل ما ينتج من الشيء لا فرق في ذلك بين الثمار والمنتجات، ولذلك فان التفرقة بين الثمار والمنتجات ليست لها أهمية فيما يتعلق بحق الملكية. ولكن لها أهمية فيما يخص حق الانتفاع وفي حالة وجود الشيء في يد حائز حسن النية. فالمنتفع يملك الثمار دون المنتجات التي تظل من حق المالك لأنها تقتطع وتنتقص من الشيء الأصلي (مادة ٩٨٧ مدني)، كما أن الحائز حسن النية اذا أجبر علي رد الشيء لمالكة كان له الحق في الاحتفاظ بالثمار دون المنتجات (مادة ٩٧٨ مدني).

وانما يجوز لغير المالك تملك الثمار، وهذا التملك قد يكون بناء علي حق رتبته المالك للغير، واما بناء علي مجرد الحيازة^(٢).

٤- تشمل ملكية الشيء أيضاً ثماره ومنتجاته وملحقاته، لأن مالك الشيء يملك بمجرد وجودها، سواء أكانت تلك الثمار طبيعية ام صناعية ام مدنية، كما يملك منتجات الشيء او حاصلاته كالمياه الجوفية، والأحجار الجيرية والرمال، كما تمتد ملكيته للشيء الي ملحقاته التي أعدت بصفة دائمة لاستعماله حسبما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين كحقوق الارتفاق وما يعد من ملحقات الأراضي الزراعية كالمخازن والمسكن والحظائر والآلات مما يعتبر عقارات بالتخصيص^(٣).

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٢٥.

(٢) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- ط ١٩٥٦- ص ٣١ و ط ١٩٦٨- ص ٢٧.

(٣) الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة- للدكتور محمد علي حنبوله- رسالة- المرجع السابق- ص ٥١٦.

من أحكام القضاء الحديثة :-

١- حجية الحكم لا تكون إلا فيما فصل فيه بين الخصوم أنفسهم صراحة أو ضمناً سواء في المنطوق أو في الأسباب التي ترتبط به ارتباطاً وثيقاً. فصل الحكم السابق في طلب الربيع عن أرض النزاع في مدة معينة. قصر حجيته على هذه المدة دون أية مدة لاحقة.

حجية الحكم السابق لا تكون إلا فيما فصل فيه بين الخصوم أنفسهم صراحة أو ضمناً سواء في المنطوق أو في الأسباب التي ترتبط به ارتباطاً وثيقاً وإذ كان الثابت أن الحكم الصادر في الدعوى السابقة لم يفصل إلا في طلب البيع عن أرض النزاع في مدة معينة، فإن حجيته تكون قاصرة على هذه المدة ولا تتسحب على مدة لاحقة لأن الربيع المستحق عنها لم تكن محل مطالبة في الدعوى السابقة وبفرض تعرض الخبير أو المحكمة له في تلك الدعوى فإنه يكون تزييداً لا تلحقه قوة الشيء المحكوم فيه.

(الطعن ٤٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ س ٢٠ ص ١٣٤٤)

٢- عدم إلزام المحكمة بإجابة طلب نذب خبير آخر متى وجدت في أوراق الدعوى وفي تقرير الخبير السابق نذبه ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها. المحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب تعيين خبير آخر متى وجدت في تقرير الخبير السابق نذبه وفي أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها.

(الطعن ٤٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ س ٢٠ ص ١٣٤٤)

٣- شمول ملكية المحل التجاري لكافة العناصر التي يتكون منها. إنصاف ملكية الشريك لنصيب فيه إلى هذه العناصر. المحل التجاري يشمل كافة العناصر التي يتكون منها وملكية الشريك لنصيب فيه تنصرف إلى هذه العناصر. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى ملكية المطعون عليه الأول والطاعن للمحل التجاري بقدر نصيب كل منهما فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٣٥٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ س ٢٢ ص ١١٥٤)

٤- الحكم في دعوى الربيع، جواز إستئاده إلى تقرير الخبير في دعوى ربيع عن مدة سابقة بإعتباره من مستندات الدعوى، لا مخالفة في ذلك لأحكام قوة الأمر المقضى.

(الطعن ٣٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ س ٢٥ ص ١١٤٦)

٥- الربيع. ماهيته. تعويض. لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثماره. تقديره. من سلطة محكمة الموضوع. جواز تقدير الربيع بقدر أجرة العين.

(الطعن ٣٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ س ٢٥ ص ١١٤٦)

٦- ملكية المنقول. إنتقالها إلى المشتري بمجرد تمام البيع بيع ثمار الحقائق. واقع على منقول مآلاً. عقد الإيجار. أثره إستحقاق المستأجر لمنفعة العين وثمراتها.

إذ كانت ملكية المنقول تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام البيع وكان بيع ثمار الحدائق واقع على منقول مآلاً وكان من آثار عقد الإيجار إستحقاق المستأجر لمنفعة العين المؤجرة فيملك الثمرات خلال مدة العقد.

(الطعن ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٨ س ٣٢ ص ٢٢٤٦)

٧- الدعوى بطلب تثبيت الملكية لأرض النزاع وما عليها. تقدير الحكم المطعون فيه قيمتها فيما يتعلق بنصاب الإستئناف بقيمة الأرض وحدها دون ما عليها من منشآت. خطأ.

إذ كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، ما لم يثبت غير ذلك، ولمالك الشئ عملاً بالمادة ٨٠٤ من القانون المدني الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إفتاق يخالف ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعن فيه أن الأرض موضوع النزاع أرض زراعية عليها حظيرة وآلة ري، وتقدر قيمة آلة الري بمبلغ ٤٠٠ جنيه وقد أقام المطعون عليه دعواه بطلب تثبيت ملكيته للأرض المذكورة بما عليها وكف منازعة الطاعنين له فيها وقد تناضل الخصوم في ذلك وإذ إغفل الحكم المطعون فيه تقدير قيمة الدعوى بقيمة الأرض وما عليها على النحو السالف البيان فيما يتعلق فيما يتعلق بنصاب الإستئناف، وقدر قيمة الدعوى الأرض وحدها دون ما عليها مما كان محلاً للمنازعة ورتب على ذلك قضاء بعدم جواز الإستئناف، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ١٥٨٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢ س ٣٤ ص ٦٢١)

٨- حق الملكية. نطاقه. الريع إعتباره من توابع حق الملكية وأثر من أثاره مؤدى ذلك. إعتبار دعوى تثبيت ملكية الشئ قاطعة للتقدم بالنسبة للمطالبة بريعه متى دلت على التمسك الجازم بحق الملكية وتوابعه.

المقرر أن لمالك الشئ الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مما مفاده ولازمه أن ربع الشئ يعتبر أثراً من آثار الملكية ونتيجة لازمه لها ومن ثم فإن الحق فيه يعتبر تابعاً لحق الملكية ويجمعهما في ذلك مصدر واحد لما كان ذلك فإن دعوى المطالبة بتثبيت ملكية الشئ تعتبر قاطعة للتقدم بالنسبة للمطالبة بريعه مادامت تلك الدعوى قد دلت في ذاتها على التمسك الجازم بالحق المراد إقتضائه وهو حق الملكية وما ألحق به من توابعه وهو الريع الذى يجب لزوماً بوجوبه ويسقط بسقوطه.

(الطعن ١٧٢٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ س ٣٥ ص ١٠٢٧)

٩- إستناد خبير الدعوى في تحقيقه لملكية المورث للأرض المطالب بريعه على ما أورده في بيان المعاينة أن إثنين من أهالى المنطقة قرر بملكيتها لها لا يحسم النزاع حول ملكيتها تأييد الحكم المستأنف في قضائه بالريع على سند مما ورد بتقرير الخبير. قصور.

(الطعن ٢٣٢٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٤ س ٣٦ ص ٤٠٦)

١٠- وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة العاشرة من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف لم ترسم طريقاً خاصاً

لإستظهار المعنى الذى أرادته الواقف من كلامه وأطلقت للقاضى فهم غرض الواقف من عباراته على ألا يخرج بشرط الواقف عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يخالفه، وكان المراد من كلام الواقف مجموع كلامه في كتاب وقفه لا خصوص كلمة بعينها أو عبارة بذاتها، بل ينظر إلى ما تضمنه كتابه كله كوحدة متكاملة ويعمل به على إنه إرادة منه وإتجه إليه مقصوده، بإعتبار أن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة، لما كان ذلك، وكان الثابت من حجة الوقف أن الواقف لمعاشاً من ريع الوقف للقائمين بمهامه وإدارة أشغاله ومن قام بخدمة الوقف وفقاً للشروط الواردة بحجته، مما مفاده أن مناط إستحقاق المعاش على النحو المتقدم وجود علاقة عمل تربط المستحق بالوقف بحيث يلزم تحقق تبعيته القانونية للقائم على شئون الوقف والتي تعنى خضوعه في أداء عمله لإدارة وإشراف وسلطة من يتولى تصريف العمل بالوقف، ويقابل ذلك تمتع الأخير بحق توجيهه ومراقبته وتوقيع الجزاء عليه في حال مخالفة أوامره، لما كان، وكان الثابت من تقرير الخبير المقدم في الدعوى أن المطعون ضده كان يعمل بهيئة الأوقاف المصرية ومن مسئولياته الإشراف على وقف.... وغيره، بما مؤداه أنه لم يرتبط بالوقف بعلاقة عمل تجعله تابعاً له، إذ أنه يرتبط بهيئة الأوقاف المصرية بعلاقة تنظيمية لائحية، ومن ثم فإن لا يستحق معاشاً طبقاً لشرط الواقف على نحو ماسلف، وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه هذه النظر بقضائه بإستحقاق المطعون ضده لمعاش من ريع الوقف على سند من أنه عمل في خدمة الوقف، فإنه إذ خرج بشرط الواقف إلى ما لا يؤدى إليه مدلوله، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٥٢٥ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠٠٠/٤/١٧ لم ينشر بعد)

١١- دعوى الطاعنة بطل ثبوت ملكيتها لحصتها الميراثية في عقار ودعواها بطلب حصتها في ريعه ودعوى المطعون ضده الأول قبلها بطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر له من مورثتها لحصة شائعة فيه. ضم هذه الدعاوى. أثره. فقدان كل منها إستقلالها. الحكم ابتدائياً للطاعنة بطلبتها في الدعوى الأولى وبندب خبير في الثانية وبرفض الثالثة. عدم جواز الطعن فى هذا الحكم على إستقلال. لما كانت الدعوى الثالثة المقامة من المطعون ضده الأول على الطاعنة بطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر من مورثتها تعتبر دفاعاً موجهاً إلى الدعوى الأولى للطاعنة بطلب ثبوت ملكيتها لحصتها الميراثية في العقار ذاته والى الدعوى الثانية لها بطلب حصتها في ريع ذات العقار على سند من ملكيتها لحصتها الميراثية وعدم صحة تصرف مورثتها بالعقد المشار إليه ويتوفق الفصل فيها على الحكم فى الدعوى الأولى، فإن الضم قد دمج الدعاوى الثلاث وأفقدتها إستقلالها وجعل منها دعوى واحدة، لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد رتبت على قضائها بتثبيت ملكية الطاعنة لحصتها الميراثية في عقار النزاع رفض دعوى المطعون ضده الأول بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لهما من مورثتهما وأحلت طلب الطاعنة بإلزام المطعون ضده الأول بأداء ريع

حصتها في المدة المطالب بها إلى الخبير لتحقيق عناصره فإن ذلك الحكم لا تنتهي به الخصومة في الدعوى كلها وليس من بين الأحكام التي أجازت المادة ٢١٢ من قانون المرافعات - إستثناء - الطعن فيها على إستقلال، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وكان قضاؤه بقبول الإستئناف شكلاً ينطوي على جواز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية إلا إنه لا يقيد هذه المحكمة بهذا القضاء وتلتزم بالقضاء بعدم جواز الطعن.

(الطعن ٦١٣٠ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٦/١٢/٦ س ٤٧ ص ٣٠٨)

* * *

مادة (٨٠٥)

لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية التالية:

مادة ٨١٤ لبيي و ٧٢٢ سوري و ١٠٥٠ عراقي و ٦٨٧ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

١- هذه نصوص (م ١١٦٥ - ١١٦٧) ترسم ما لحق الملكية من وسائل لحماية المالك هو الا تنزع منه ملكيته بغير نطاق هذا الحق وأول وسيلة لحماية المالك هو ألا تنزع منه ملكيته بغير رضاه الا في الأحوال التي قررها القانون، وبالطريقة التي رسمها، وفي مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً، فهناك اذن قيود ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه:

(أ) لا يحرم المالك من ملكه الا في حالة نص عليها القانون كما هو الأمر في نزع الملكية للمنفعة العامة، وكما هو الأمر أيضاً في حق المرور وحق الشرب وحق المجري وحق المسيل وسيأتي ذكرها.

(ب) وبالطريقة التي رسمها القانون، أي بعد اتباع الاجراءات التي وضعت لضمان الحقوق المشروعة، مثل ذلك اجراءات نزع الملكية.

(ج) وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولي عليه مقدماً قبل ان يتخلي عن ملكه، ويرسم القانون اجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض عادل فيما اذا اختلف في تقديره مع نازع الملكية.

٢- والوسيلة الثانية لحماية الملكية هي دعاوي الملكية التي وضعت علي غرار دعاوي الحيازة، ولكن هذه أكثر استعمالاً لسهولة حلها. فللمالك أن يسترد ملكه من أي يد كانت وهذا ما يسمى بدعوي الاستحقاق، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً. ولكنه في هذه الدعاوي الثلاث يطالب باثبات حق ملكيته، وأهم هذه الدعاوي وأكثرها انتشاراً هي دعوي الاستحقاق لذلك عني المشروع بها، وجعلها محلاً لنص مستقل هو المادة ١١٦٧، والأصل في دعوي الاستحقاق ان ترفع علي الحائز، فهو المدعي عليه دائماً في هذه الدعوي، علي انه قد يتحايّل فيتخلي عن الحيازة، سواء كان ذلك بعد اعلانه بدعوي الاستحقاق او قبل اعلانه، فلا يجوز له في هذه الحالة ان يدفع الدعوي بأنه غير ذي صفة فيها لتخليه عن الحيازة، بل يبقى مدعي عليه، وفي هذا توسع في دعوي الاستحقاق نقل عن المشروع الايطالي (م ٢١ فقرة ٢ و ٣ و ٤) علي أن الدعوي العينية، فان المتخلي عن الحيازة يحكم بالزامه أن يستعيد الشئ علي نفقته ليرده الي المالك في ميعاد يحدده الحكم، والا ألزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضاً علي سبيل التعويض، وظاهر أن هذا التزام مبني علي العمل غير المشروع الذي أتى به المتخلي عن الحيازة، وقد يتفق أن المالك أن يستوفي التعويض

يعرف الحائز فيرفع عليه الدعوي الاستحقاق ويسترد منه ملكه. وعليه في هذه الحالة ان يرد للمتخلي عن الحيازة ما استوفاه من التعويض بعد استئزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشئ، علي أنه لا يوجد ما يمنع المتخلي عن الحيازة اذا رفعت عليه دعوي الاستحقاق علي الوجه الذي تقدم ان يدخل الحائز خصماً ثالثاً في الدعوي^(١).

رأي الفقه:

١- يلخص من نص المادة ٨٠٥ مدني أن لحق الملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء، والمقصود بالاعتداء هنا هو الاعتداء الذي يصدر من جهة الأفراد مكفولاً رده، في أكثر الأحيان. بدعوي الاستحقاق التي تحمي حق الملكية. ويتبين من النص المذكور أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتي يجوز قانوناً أن ينزع من المالك ملكه:

- ١- أن يكون هناك نص في القانون يجيز نزع الملك فلا يكفي أن يصدر بجواز نزع الملك قرار اداري مهما علت مرتبته، بل لا بد من تدخل المشرع نفسه.
- ٢- ويجب ان تتبع في نزع الملك الاجراءات التي رسمها القانون لذلك. فالانحراف عن هذه الاجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطلاً.
- ٣- ويجب أن يعوض المالك عن ملكه تعويضاً عادلاً، يستولي عليه مقدماً في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.

والكلام - بعد ذلك - يكون في المسألتين التاليتين:

١- مساس الادارة بحق الملكية- لا يجوز للادارة ان تنتدي علي حق الملكية، لا عن طريق عمل مادي او عن طريق امر اداري ولا يجوز لها ان تصدر المالك مصادرة عامة، ولا ان تصدر ملكاً معيناً بالذات الا اذا كان ذلك بناء علي حكم قضائي كما هو الأمر في التهريب وفي التزيف وفي الأدوات التي تستعمل في ارتكاب الجرائم.

فالأصل اذن هو تحريم اعتداء الادارة علي الملك الخاص ويجوز مع ذلك بموجب القانون وطبقاً لاجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل ان تلجأ الادارة الي الاستيلاء علي الملك استيلاء مؤقتاً، أن، تضعه تحت الحراسة، وأن تؤممه فينقل من القطاع الخاص الي القطاع العام. وأن تنزع الملك جبراً علي صاحبه للمنفعة العامة. ويكون اعتداء الادارة علي حق الملكية مستوجباً للحكم للمالك بالتعويض، بل ويرد الملك الي صاحبه ما دام لم ينزل عنه بطريق قانوني، ويجوز للقضاء المستعجل ان يمنع غضب الادارة مؤقتاً ويحول دون تغيير معالم الشئ قبل القضاء نهائياً في الملكية.

وقد يكون اعتداء الادارة علي الملك الخاص عن طريق أعمال مادية. وعلي من يتأذي من عمل الادارة ان يثبت في جانبها خطأ يقيم عليه مسئوليتها، فاذا لم يثبت خطأ، فلا مسئولية.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٦- ص ٢٣ و ٢٤ و ٢٥.

كما يكون اعتداء الإدارة علي الملك الخاص عن طريق أوامر إدارية مخالفة للقانون فإذا صدر أمر إداري من جهة غير مختصة فأضر بملك أحد الأفراد، كما إذا أصدر مفتش ري أمراً خارجاً عن حدود اختصاصه تحققت مسؤولية الحكومة. وإذا صدر أمر إداري من وزير الداخلية أو المحافظ باغلاق مصنع مملوك لأحد الأفراد كان الأمر الإداري باطلاً، لأن المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة، لا تغلق الا بحكم قضائي. وقد يصدر أمر إداري من جهة مختصة ولكن لا تتبع الاجراءات والأوضاع التي نص عليها القانون فيكون باطلاً، ويحكم علي الإدارة بالتعويض وكذلك الأمر فيما إذا صدر الأمر الإداري مخالفاً لنصوص القوانين مشوباً بخطأ في تطبيقها أو تفسيرها.

ويجوز للإدارة ان تستولي استيلاءً مؤقتاً علي العقارات المملوكة للأفراد، وذلك في الحالات الطارئة والمستعجلة بعد اتباع اجراءات معينة، وفي مقابل تعويض عادل. وقد تفرض حراسة الطوارئ أو حراسة التعبئة علي أموال الفرد يترتب عليها غل يده عن امواله فلا يملك التصرف فيها ولا ادارتها، ويتولي الحارس ذلك نيابة عنه. والتأمين أيضاً يرد قيماً علي حق الملكية، فتنتزع الدولة ملك الشخص جبراً عنه، ويؤول الملك الدولة في مقابل تعويض يتقاضاه المالك. وينصب التأمين عادة علي ملكية مشروع خاص باعتباره أداة من أدوات الانتاج، فينتقل المشروع من نطاق الملكية الخاصة الي نطاق الملكية العامة.

٢- نزع الملكية للمنفعة العامة- صدر قانون نزع الملكية للمنافع العامة رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ في ١١/٤/١٩٥٤ وهو من المباحث الرئيسية للقانون الإداري، ومن ثم فانه لا يعيننا هنا منه الا الأحكام التي تقررت فيه لحماية الملكية الخاصة والاجراءات التي رسمت لضمان هذه الحماية وبخاصة تعويض المنزوع ملكيته تعويضاً عادلاً عن ملكه.

وقارن نزع الملكية للمنفعة العامة هو التطبيق المباشر لنص المادة ٨٠٥ مدني، ومن ثم فقد روعي فيه ان يشتمل علي نفس الضمانات الواردة في النص لكفالة الحماية الواجبة للملكية الخاصة.

ولقد نص قانون الملكية للمنفعة العامة علي الضمانات الثلاثة التالية:

١- عدم جواز نزع الملكية الخاصة الا في الأحوال التي يقررها قانون نزع الملكية- فلا يجوز نزع الملكية الا اذا كان ذلك تحقيقاً لمنفعة عامة، ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويلصق في مقر العمدة او البوليس وفي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار وفي المحل المعد للاعلانات بالمحافظة.

ويجوز أيضاً نزع الملكية للتحسين أو انشاء شارع أو ميدان أو حي أو توسيع أي منها أو تجميله.

٢- وجوب اتباع الاجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية-

وهي:

(أ) بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين بموجب قرار من الوزير المختص، مرفق به مذكرة رسم بتخطيطه الاجمالي،

وينشر، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبي المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية الحق في دخول العقار لاجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول علي البيانات اللازمة بشأن العقار.

(ب) حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها بواسطة لجنة.

(ج) في حالة عدم الاعتراض علي قائمة الحصر والكشوف، تصبح تلك الكشوف نهائية، ويكون أداء التعويض المقدر الي أصحاب الحقوق نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة. أما اذا قدمت اعتراضات من الملاك او ذوي الحقوق خلال ثلاثين يوماً علي كشف عملية الحصر، او تعذر لأي سبب آخر الحصول علي توقيع أصحاب الحقوق علي النماذج الخاصة بنقل الملكية. فان الوزير المختص يصدر قراراً بنزع ملكية العقار وتودع النماذج او القرار الوزاري الصادر بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري ويترتب علي هذا الايداع بالنسبة الي العقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة علي شهر عقد البيع. واذا لم تودع النماذج او القرار الوزاري بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة في الجريدة الرسمية سقط مفعول هذا القرار بالنسبة الي العقارات التي لم تودع النماذج او القرار الوزاري الخاص بها.

(د) وفي حالة الاستعجال قد تري الجهة نازعة الملكية ضرورة الاستيلاء المؤقت علي العقار المطلوب نزع ملكيته حتي تتم الاجراءات اللازمة لنزع الملكية، ويكون لصاحب العقار المستولي عليه الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية.

٣- وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضاً عادلاً- فان المصلحة القائمة بنزع الملكية تعد كشفاً من واقع الحصر تبين فيه التعويض الذي تقدره للعقار المطلوب نزع ملكيته، فان لم يعترض المالك علي هذا التقدير تقاضي التعويض المقدر. ووقع نموذجاً خاصاً بنقل ملكية العقار للمنفعة العامة وايداع هذا النموذج في مكتب الشهر العقاري يترتب عليه بالنسبة الي العقار جميع الآثار المترتبة علي شهر عقد البيع.

فاذا اعترض المالك علي تقدير المصلحة للتعويض، فان الاعتراض يقدم الي المقر الرئيس للمصلحة او الي المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار، ويجب ان يرفق به اذن بريد بما يساوي ٢% من قيمة الزيادة المطلوبة لا تقل عن خمسين قرشاً ولا تجاوز عشرة جنيهات، فاذا لم يرفق هذا الرسم اعتبر الاعتراض كأن لم يكن اذا لم يرفق به هذا الرسم كاملاً وذلك للاستيثاق من جدية الاعتراض.

وترسل المصلحة القائمة بنزع الملكية الاعتراض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انقضاء مدة الثلاثين يوماً المحددة لتقديم الاعتراضات الي رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار المطلوب نزع ملكيته، ليحيله بدوره في ظرف ثلاثة أيام الي القاضي الذي يندبه لرئاسة لجنة الفصل في هذه المعارضات، ويقوم قلم كتاب

المحكمة باخطار المصلحة وجميع أصحاب الشأن بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم وصول وبالتاريخ المحدد لنظر المعارضة.

وللمصلحة القائمة بنزع الملكية ولأصحاب الشأن الحق في الطعن في قرار لجنة المعارضات أمام المحكمة الابتدائية الكائن لدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعلانهم بالقرار المذكورة، وتتنظر المحكمة في الطعن علي وجه الاستعجال ويكون حكماً فيه نهائياً^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- اذا كانت الحكومة قد استولت علي عقار جبراً علي صاحبه بدون اتباع اجراءات قانون نزع الملكية ورفع صاحب العقار دعوي يطالب بقيمته وقت رفع الدعوي، فان الحكم بتقدير ثمن العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوي يكون غير صحيح في القانون. ذلك أن استيلاء الحكومة علي العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الاجراءات التي يوجهها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض، وليس من شأنه ان ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب. ويستتبع هذا النظر ان صاحب هذا العقار يظل محتفظاً بملكيته رغم هذا الاستيلاء، ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية الي ان يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور او يستحيل رده اليه او اذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه. وفي الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المتضرر من أي عمل غير مشروع، له ان يطالب بتعويض الضرر، سواء في ذلك ما كان قائماً وقت الغصب او ما تقام من ضرر بعد ذلك الي تاريخ الحكم.

(نقض- جلسة ١٩٥٧/١١/١٤- مجموعة المكتب الفني- السنة ٨- ص ٧٨٣)

٢- العبرة في تقدير ثمن العين المنزوعة ملكيتها هي بوقت نزع الملكية.

(نقض- جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨- المرجع السابق- السنة ١١- ص ٢٥٠)

٣- مفاد نص المادة ١٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة ان السلطة التي خولها القانون للمحافظ في الاستيلاء المؤقت علي العقارات في الأحوال الطارئة او المستعجلة هي سلطة استثنائية مقيدة بقيام حالة الضرورة التي تبرر هذا الاستيلاء، وقد ترك القانون للمحافظ تقدير قيام هذه الحالة ولو لم يصرح له بتقويض غيره في اصدار قرارات الاستيلاء المؤقت في الأحوال التي أجاز له فيها هذا الاستيلاء، فلا يجوز لذلك للمحافظ أن ينيب غيره في اصدار تلك القرارات.

وأن تنص عليه المادة ١٨ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ من وجوب تحديد مدة الاستيلاء المؤقت علي العقارات- سواء كان الاستيلاء بقرار من الوزير المختص او من المحافظ- بحيث لا تجاوز المدة ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي، يقتضي ان يكون قرار الاستيلاء حتي يكون بيد صاحب الشأن والعقار سند يمكن ان يعتمد عليه في مطالبة جهة الادارة باعادة العقار اليه في نهاية المدة المحددة للاستيلاء

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنجوري- المرجع السابق- ص ٦١٥ وما بعدها، والمراجع السابقة.

بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء يؤيد هذا النظر ان القانون استوجب في حالة حصول الاستيلاء المؤقت، بقرار من الوزير المختص، أن ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، وهذا النشر لا يكون الا اذا كان القرار مكتوباً ووجوب صدور قرار المحافظ كتابة لا يتنافي مع قيام حالة الضرورة التي تستلزم اصداره لأن اقتضاء تحرير القرار لا يؤدي الي تأخير حصول الاستيلاء.

وللملكية حرمة، وقد نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدني علي انه لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ومن ثم فان القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلاء علي العقار، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفوياً بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده من صفته الادارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الادارية ويعدو معه الاستيلاء علي العقار غصباً واعتداء مادياً تختص المحاكم القضائية بنظر طلبات التعويض عنه.

(نقض- جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤- المرجع السابق- السنة ٢٠- ص ٦٦٨)

٤- مقتضي نص المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، أن المشرع رسم اجراءات خاصة للطعن علي قرارات لجان المعارضات التي تصدرها في شأن، تعويضات نزع الملكية للمنفعة العامة. وحدد ولاية المحكمة الابتدائية فجعلها مقصورة علي النظر في هذه الطعون تأسيساً علي انها ليست هيئة مختصة بتقدير التعويض ابتداء، وانما هي هيئة تنتظر في طعن في قرار اصدارته احدي اللجان المشار اليها. واذ رتب المشرع علي ذلك اعتبار الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائية بتقدير التعويض حكماً انتهائياً، فان مؤدي ذلك في نطاق هذا الذي رسمه المشرع وحدد مداه ورتبه عليه، ان يكون الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائية في الطعن في قرار اللجنة المطروح عليها غير قابل للاستئناف.

(نقض- جلسة ١٩٧٠/٢/٢٤- المرجع السابق- السنة ٢١- ص ٢٩٥)

٥- اللجنة التي أنشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة للفصل في المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة، وان كانت بحكم تشكيلها تعتبر هيئة ادارية، الا ان المشرع قد خولها اختصاصاً قضائياً معيناً حين ناط بها الفصل في الخلافات الذي يقوم بين المصلحة وبين ذوي الشأن علي التعويضات المقدرة لهم عن نزع الملكية، وهذا الفصل يعتبر فصلاً في خصومه.

وتختص المحكمة الابتدائية وفقاً لنص المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بنظر الطعون التي تقدم اليها من المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية او من أصحاب الشأن في قرارات تلك اللجان فولايتهما في هذا الخصوص مقصورة علي النظر في هذه الطعون، ومن ثم فهي هيئة تنتظر في طعن علي قرار أصدرته اللجنة، وهذا الطعن هو طعن من نوع خاص في قرارات لجان ادارية له اوضاع متميزة وتحكم فيه المحكمة وفق اجراءات وأحكام موضوعية محددة، وهي الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤. اذا كان ذلك فان ولاية المحكمة الابتدائية بالنظر في أمر الطعن الموجه الي قرار اللجنة لا تتعدي النظر فيما اذا كان

هذا القرار قد صدر موافقاً لحكام ذلك القانون او بالمخالفة له، مما يقتضي ان ما لم يكن قد سبق عرضه علي اللجنة وأصدرت قراراً فيه لا يجوز طرحه ابتداء امام المحكمة، وبالتالي فلا يتسع هذا الطعن للطلبات الجديدة ولو كانت في صورة طلبات عارضة.

ان الانتهاية لا تلحق الا الأحكام التي تصدرها المحكمة في حدود النطاق الذي رسمه لها القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤. فاذا جاوزت هذا النطاق وفصلت في طلبات مبتدأة لم تطرح علي اللجنة ولم تصدر هذه اللجنة قراراً فيها، فان قضاءها في هذه الطلبات لا يكون صادراً في طعن مقدم اليها قرار اللجنة، وبالتالي فلا يلحقه وصف الانتهاية المنصوص عليه في المادة ١٤ سالفه الذكر.

(نقض- جلسة ١٩٧٠/٢/١٩- المرجع السابق- ص ٤٩٧)

٦- ان ما قرره الحكم المطعون فيه من أنه يترتب علي صدور قرار الوزير المختص بتقرير المنفعة العامة ونشره بالجريدة الرسمية انتقال ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ المشروع للدولة، والتزام الجهة التي عهد اليها بتنفيذه باخطار ذوي الشأن حتي تتمكن من معاينة تلك العقارات وتحديد التعويض المستحق لكل ذي شأن، وهي وشأنها بعد ذلك في تنفيذ المشروع في الوقت الذي تراه متي انتهت الاجراءات التي اوجبها القانون، هذا التقرير لا يصدق الا بالنسبة للعقارات التي تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة او تلك التي تري السلطة القائمة علي أعمال التنظيم انها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع، او لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل او المساحة لا يتفق مع التحسين او التجميل المطلوب ما دام الغرض من نزع الملكية هو انشاء احد الشوارع او الميادين او توسيعه او تعديله او تجديده او انشاء حي جديد او شأن من شئون الصحة او التحسين او التجميل علي ما تنص عليه المواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٢٢ ومن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدلة بالانوتين ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ و ١٣ لسنة ١٩٦٢.

(نقض- جلسة ١٩٧٠/٤/٢- المرجع السابق- ص ٥٧٠)

٧- اللجنة التي أنشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ للفصل في المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة وان كانت بحكم تشكيلها تعتبر هيئة ادارية، الا ان المشرع- وعي ما جري به قضاء هذه المحكمة- قد خولها اختصاصاً قضائياً معيناً حين ناط الفصل بها في الخلاف الذي يقوم بين المصلحة وبين ذوي الشأن علي التعويضات المقرر لهم عن نزع الملكية، وهذا الفصل يعتبر فصلاً في خصومه، والطعن في قرارات هذه اللجنة امام المحكمة الابتدائية ليس استئنافاً، بل هو طعن من نوع خاص في قرارات لجنة ادارية له اوضاع مميزة، وتحكم فيه المحكمة وفق اجراءات وأحكام موضوعية محددة، هي الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ولا يغير من هذا النظر ان تكون المذكرة الايضاحية للقانون المذكور قد وصفت الطعن في قرار لجنة المعارضات بانه استئناف، ذلك ان ما يرد بالمذكرة الايضاحية لا يصل الي درجة التشريع، وليست له صفة الالتزام اذا

ما تعارض معه. واذا كان الطعن في قرار لجنة المعارضات امام لمحكمة الابتدائية لا يعتبر استثناءً، فانه يعرض علي الدائرة المنوط بها نظر الدعاوي الابتدائية. ان الحكم الذي يصدر من المحكمة الابتدائية في الطعن المرفوع اليها في قرار لجنة الفصل في معارضات نزاع الملكية للمنفعة العامة حكم نهائي غير قابل للطعن فيه عملاً بالمادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ما دام قد صدر - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - في حدود النطاق الذي رسمه لها القانون المذكور. وإذا خالف الحكم هذا النظر وقرر بوجوب صدور الحكم في الطعن في قرار لجنة الفصل في معارضات نزاع الملكية من دائرة استئنافية، ورتب علي ذلك بطلان الحكم المستأنف لصدوره من محكمة ابتدائية، وانتهي الي جواز الاستئناف وقبوله شكلاً والغاء الحكم المستأنف واعتباره كأن لم يكن واعادة القضية الي المحكمة الابتدائية للفصل فيها من احدي دوائرها الاستئنافية، فانه يكون قد خالف القانون.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/٦/٨- المرجع السابق- السنة ٢٢- ص ١٠١٨)

٨- انه وان كان لا يجوز لصاحب الشأن- طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤- اللاتجاء مباشرة الي المحكمة بطلب التعويض المستحق عن نزاع الملكية، الا ان هذا الحظر- وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة- مشروط بأن تكون الجهة نازعة الملكية قد اتبعت من جانبها الاجراءات التي اوجب عليها القانون التي حددها القانون كان لصاحب الشأن أن يلجأ الي المحكمة المختصة للمطالبة بالتعويض المستحق.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/١/٤- المرجع السابق- السنة ٢٤ ص ٣٦)

٩- مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ شأن نزاع الملكية للمنفعة العامة- وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع رسم اجراءات خاصة للطعن في قرارات لجنة المعارضة التي تصدرها في شأن تعويضات نزاع الملكية للمنفعة العامة من حيث الاختصاص، اذ جعل المحكمة الابتدائية تختص بنظر الطعون التي تقدم اليها سواء من المصلحة القائمة باجراءات نزاع الملكية او من أصحاب الشأن في قرارات تلك اللجان. وحدد المشرع ولاية المحكمة الابتدائية في هذا الخصوص، فجعلها مقصورة علي النظر في هذه الطعون تأسيساً علي انها ليست هيئة مختصة بتقدير التعويض ابتداءً، وانما هي هيئة تنتظر في طعن في قرار أصدرته احدي اللجان المشار اليها، ورتب المشرع علي ذلك اعتبار الحكم الذي تصدر المحكمة في شأن تقدير التعويض حكماً نهائياً.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/٢/١٣- المرجع السابق- ص ٢٢٣)

١٠- ان المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ التي نصت علي انتهائية الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية انما جعلت هذه الانتهائية للحكم الصادر في الطعن في قرار لجنة المعارضات التي استحدثها ذلك القانون مما يفيد انه اذا لم يكن الحكم صادراً في طعن مرفوع عن قرار صادر من هذه اللجنة بالذات، فلا ينطبق عليه هذا النص.

(نقض- جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨- المرجع السابق- ص ١٢٩٦)

١١- تنص المادة ١٦ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ علي حق صاحب الشأن في العقار المستولي عليه بطريق التنفيذ المباشر في تعويض عن مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية ولصاحب الشأن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلانه بقيمة التعويض عن عدم الانتفاع حق المعارضة في هذا التقدير، ويكون الفصل في المعارضة طبقاً للنصوص الخاصة بالمعارضة في تقدير الجهة نازعة الملكية، وتشكيل لجنة الفصل في هذه المعارضات، وخولت المادة ١٤ منه للمصلحة نازعة الملكية وكل ذي شأن حق الطعن في قرار لجنة المعارضات امام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعلانهم بقرار اللجنة، ونصت علي أن حكم المحكمة الابتدائية في هذا الطعن يكون نهائياً. وعلي ذلك فان الحكم الذي يصدر من المحكمة الابتدائية- في طعن علي قرار لجنة الاعتراضات- بتقدير التعويض سواء فيما يختص بتقدير قيمة العقار المنزوع ملكيته او بمقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي عليه لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية يكون نهائياً طبقاً للمادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/١١/١٢- المرجع السابق- السنة ٢٥- ص ١٢٢)

١٢- أستلزم القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ان يكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ينشر في الجريدة الرسمية، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبي الجهة القائمة بنزع الملكية دخول العقارات لاجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول علي البيانات اللازمة بشأن، العقار علي ان يكون دخول العقارات بعد اخطار ذوي الشأن، ثم تقوم الجهة نازعة الملكية بعد ذلك باجراءات حصر العقارات وعرض البيانات وتقدير التعويض المستحق لأصحاب الشأن، فاذا وافقوا عليه وقعوا علي النماذج الخاصة التي تنتقل بمقتضاها الملكية. اما اذا عارضوا او تعذر الحصول علي توقيعاتهم فيصدر بنزع الملكية قرار من الوزير المختص وتودع النماذج او القرار الوزاري في مكتب الشهر العقاري، واذا لم يتم الايداع خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر لمنفعة العامة في الجريدة الرسمية، سقط مفعول هذا القرار، ومؤدي ذلك ان قرار الوزير المختص بتقرير المنفعة العامة لا يترتب عليه آثاره القانونية الا من تاريخ نشره خلالها ايداع النماذج الموقع عليها من ذوي الشأن او القرار الوزاري بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري سقط مفعوله.

ان الاستيلاء المؤقت علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بطريق التنفيذ المباشر عملاً بأحكام الباب الرابع من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ لا شأن له بالتعويض المستحق عند نزع الملكية، ولا يعني عن وجوب اتباع اجراءات نزع الملكية وتقدير التعويض المستحق عليها طبقاً لما نص عليه هذا القانون في الأبواب الثلاثا الأولى منه، وانما هو يجيز للجهة نازعة الملكية الاستيلاء مؤقتاً علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة لحين اتمام اجراءات نزع الملكية، وينظم تبعاً لذلك طريقة تقدير التعويض المقابل لعدم الانتفاع بالعقارات المستولي عليها من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق كما ينظم المعارضة فيه وهو أمر خارج

عن نطاق هذه الدعوي وهي مطالبة بتعويض عن نزع الملكية لا عن عدم الانتفاع بسبب الاستيلاء المؤقت.

(نقض- جلسة ١٩٧٥/١٢/٣- المرجع السابق- السنة ٢٦- ص ١٥٣١)

١٣- طلب التعويض عن نزع الملكية- وعلي ما جري به قضاء النقص- لا يعتبر معلوم المقدار وأن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة التقدير. ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر تعويضاً له عن حرمانه من ملكيته جبراً عنه للمنفعة العامة، وهو ما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره، فلا يكون معلوم المقدار قتل طلبه مهما كان تحديد المالك له في صحيفة دعواه ولا يصدق عليه هذا الوصف الا بصور الحكم النهائي في الدعوي، ولا يغير من ذلك قيام الطاعنين- الجهة نازعة الملكية- بتقدير تعويض عن الأرض المنزوع ملكيتها وعرضه على المطعون عليهم- المالكين ذلك أنهم لم يقبلوه ورفعوا الدعوي بطلب الحكم لهم بالتعويض الذي حددوه مما يجعل تقدير التعويض مؤجلاً الي حين الفصل في النزاع نهائياً، ومن ثم فلا تستحق الفوائد عن التعويض الا من تاريخ الحكم النهائي.

(نقض- جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢- المرجع السابق- السنة ٢٧- ص ١٢٨٧)

١٤- دعوي الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقاً دائماً لا يسقط بعدم الاستعمال، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بالزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه العيني هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدي الا اذا استحال التنفيذ العيني لما كان ذلك فان دعوي المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وان كان الغاصب يستطيع ان يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب.

ان مفاد نص المادة ١٩ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن، نزع الملكية انه يجب عند تقدير التعويض مراعاة ما يكون قد طرا على قيمة الجزء الذي لم تنتزع ملكيته بسبب اعمال المنفعة العامة من نقص او زيادة بخصمه او اضافته الي ثمن الجزء المستولي عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه او اضافته عن نصف القيمة التي يستحقها المالك ويستوي في ذلك- وعلي ما جري به قضاء في نزع المحكمة- أن تكون الحكومة قد اتبعت الاجراءات القانونية في نزع الملكية او لم تتبعها، ذلك ان المادة ١٩ سالفة الذكر انما تقرر حكماً عاماً في تقدير التعويض.

(نقض- جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨- المرجع السابق- السنة ٢٨- ص ١٨٩)

١٥- إستيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عن صاحبه دون إتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها في القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب وأن صاحبه بظل محتفظاً بحق ملكيته رغم هذا الإستيلاء ويكون له الحق في إسترداد الملكية وذلك ما لم يصبح رد هذا العقار مستحيلاً فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدي تطبيقاً لقواعد المسؤولية العامة التي تقضى بأن التنفيذ العيني هو الأصل ولا يصار إلى عوضه أي التعويض النقدي إلا إذا إستحال التنفيذ العيني.

(نقض ٢٩٠٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٦/٢٧ ص ٤٢ س ١٢٨٩)

١٦- المشتري بعقد غير مسجل لا يعد مالكا للعقار في مفهوم القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤. أثره. إنتفاء صفته في إقتضاء. أثره. التعويض عن نزع ملكية للمنفعة العامة. مخالفة ذلك. خطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ٢٦٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٧)

١٧- ملكية العقار إعتبارها أمراً لازماً لتوافر الصفة لمالك العقار في الإعتراض على تقدير التعويض وأحقبته في إقتضائه. أثره. قرار لجنة الفصل في المعارضات في هذا الخصوص. تضمنه فصلاً صريحاً أو ضمناً في ثبوت الصفة لمالك العقار.

(الطعن ٦١١ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩ س ٤٥ ص ٩٢٣)

١٨- الأصل نقل ملكية أراضي البرك والمستقعات المملوكة للأفراد إلى الدولة بنزع ملكيتها للمنفعة العامة طبقاً للإجراءات التي رسمها القانون الإستثناء. أيلولة ملكية هذه الأراضي إلى الدولة بالإستيلاء الفعلي عليها قبل إتخاذ الإجراءات القانونية قصداً إلى ردمها. سريانه بأثر رجعي إعتبار من تاريخ العمل بالقانون ٧٦ لسنة ١٩٤٦ مقابل تعويض ملاك تلك الأراضي بقيمتها الحقيقية قبل البدء في أعمال الردم. مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧٧ لسنة ١٩٦٠ في شأن البرك والمستقعات يدل وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - وجرى به قضاء هذه المحكمة - على أن الأصل في نقل ملكية أراضي البرك والمستقعات المملوكة للأفراد إلى ملكية الدولة يكون بنزع ملكيتها للمنفعة العامة طبقاً للإجراءات التي رسمها القانون. غير أن المشرع إرتأى إستثناء من هذا الأصل لإعتبارات تتعلق بالصالح العام أن تؤول ملكية هذه الأراضي إلى الدولة بطريق الإستيلاء الفعلي عليها ومن قبل أن تتخذ إجراءات نزع ملكيتها قصداً إلى ردم أو تجفيف البرك والمستقعات الواقعة بها بنفقات تتحملها الخزانة العامة تحقيقاً لمصلحة المواطنين وحماية للصحة العامة من إنتشار الأوبئة والأمراض فتتقل ملكية هذه الأراضي إلى الدولة بمجرد قيامها بردمها، ويسرى هذا الحكم بأثر رجعي من ٢٢ يوليو سنة ١٩٦٤ تاريخ العمل بأحكام القانون السابق رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٤، وذلك مقابل تعويض ملاك هذه الأراضي بقيمتها الحقيقية قبل البدء في أعمال الردم.

(الطعن ٥٣٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٢)

١٩- إعتبار أراضي البرك والمستقعات التي تقرر ردمها وأيلولة ملكيتها إلى الدولة.. صدور قرار من وزير الشؤون البلدية والقروية بتحديد مواقعها ينشر في الجريدة الرسمية. إجازة إسترداد ملكية هذه الأراضي خلال سنة من تاريخ نشر القرار المذكور مقابل أداء قيمتها بعد ردمها أو تكاليف الردم أيهما أقل. بيان حقيقة واقع أرض النزاع من المسائل الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع. تمسك الطاعنون بأن أرض النزاع أرض زراعية ولم تكن في الأصل بركة أو مستقع ردمته الحكومة. طرح الحكم المطعون فيه لهذا الدفاع وقضاؤه برفض الدعوى دون إستظهار طبيعة الأرض. قصور وفساد في الإستدلال (مثال).

يشترط لإعتبار الأراضي من البرك والمستقعات التي تقرر ردمها وأيلولة ملكيتها إلى الدولة طبقاً للنص أنف البيان أن يصدر قرار من وزير الشؤون البلدية

والقروية بتحديد مواقع وحدود هذه الأراضي ينشر في الجريدة الرسمية كما أجاز القانون لملاك تلك الأراضي إسترداد ملكيتها خلال سنة من تاريخ نشر هذا القرار مقابل أداء قيمتها بعد ردمها أو تكاليف الردم أيهما أقل، ولما كان بيان حقيقة واقع أرض النزاع وما إذا كانت في الأصل بركة ردمتها الحكومة فأصبحت من الأموال العامة بانتقال ملكيتها إلى الدولة أم إنها ليست كذلك هو أمر لازم لتطبيق أحكام هذا القانون يتعين على محكمة الموضوع إستظهاره شريطة أن يقوم ذلك على أسباب سائغة ترتد إلى ماله أصل ثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي إنتهت إليها في حكمها وكان الطاعنون قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع بأن أرض النزاع هي أرض زراعية كانت ولا تزال في ملكيتهم خلفاً لمورثهم وإنها لم تكن في الأصل بركة أو مستنقع ردمته الحكومة وكان البين من تقرير الخبراء الثلاثة المندوبين في الدعوى أن قطعتى الأرض موضوع التداعى لم تكونا في يوم من الأيام بركة أو مستنقع إنما هما أرض زراعية مكلفة بإسم مورثى الطاعنين وهم من بعدهم وكانت مؤجرة لأخرين يزرعونها على نحو ما ثبت من مطالعة اللوحة المساحية ١ سنة ١٩٣٣ والتي أعيد طبعها في سنوات ١٩٣٦، ١٩٤٢، ١٩٤٦، ١٩٤٧، ١٩٥١ دون تغيير فإن الحكم المطعون فيه إذ أطرح هذا الدفاع وأقام قضاؤه برفض الدعوى بالنسبة لمساحة ٤ س ٣ ط بالقطعة رقم ٤٦ سالفه البيان على مجرد القول بأنها كانت بركة قامت الحكومة بردمها فإنتقلت ملكيتها إليها طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧٧ لسنة ١٩٦٠ في شأن البرك والمستنقعات مستنداً في ذلك إلى مجرد ورودها بكشوف التحديد المرافقة لقرار وزير الشؤون البلدية والقروية رقم ١١٢٥ لسنة ١٩٦١ ومشروع الردم رقم ١٠٠٢ والتي تمت حديثاً بمعرفة الجهات المختصة - دون أن يستظهر حقيقة طبيعة هذه الأرض أو يظن إلى حقيقة ما أثبتته الخبراء أخذاً من أقوال الشهود الذين سالوهم والبيانات التي أطلعوا عليها والتي أفادت جميعها أن أرض النزاع لم تكن في الأصل بركة ردمتها الحكومة وأنها أرض زراعية فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب والفساد في الإستدلال.

(الطعن ٥٣٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٢ س ٤٥ ص ٩٨٦)

٢٠- إنقاص مقابل التحسين من قيمة التعويض المستحق عن العقار المنزوع ملكيته. قصره على حالات نزع ملكية العقارات لأغراض مشروعات التنظيم في المدن دون غيرها من المشروعات الأخرى ذات النفع العام.

(الطعن ٩٧٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٨ س ٤٦ ص ١٩٣)

٢١- إلغاء لجان الفصل في المعارضات في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية بالقانون ١٠ لسنة ١٩٩٠. إنعقاد الإختصاص بنظر تلك المعارضات للمحام الإبتدائية الكائن بدائرتها العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة وجواز إستئناف الأحكام الصادرة منها م ١٣ ق ١٠ لسنة ١٩٩٠. وجوب إحالة الدعاوى التي لم تفصل فيها اللجان المشار إليها إلى المحكمة المختصة عملاً بالمادة ٢٧ من ذات القانون. عدم جواز التحدى بأحكام القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الملغى.

بصدور القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والمعمول به إعتباراً من ١٩٩٠/٧/١ فقد ألغى القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ وألغيت تبعاً لذلك لجان الفصل في المعارضات في تقدير التعويض المستحق لذوى الشأن عن نزع الملكية وأضحت الإختصاص بنظر الطعون في شأنه منعقداً للمحاكم الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة وأصبح الحكم الصادر فيها جائزاً إستئنافه وفق ما جرى به نص المادة ١٣ من القانون سالف الذكر وإذا كان ذلك وكان القانون الأخير قد أدرك المعارضة في التعويض محل الدعوى الرهانة قبل الفصل فيها من اللجنة المشار إليها في القانون السابق فقد أحيلت بحالتها إلى المحكمة المختصة عملاً بالمادة ٢٧ من القانون الجديد بما لا يجوز التحدى معه تبعاً لذلك بأحكام القانون السابق.

(الطعن ١٠٠٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨ س ٤٧ ص ٧٤١)

٢٢- جواز الإستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزوم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل صدور القرار بذلك من جهة الإختصاص. علة ذلك. حق ذوى الشأن في تعويض مقابل عدم الإنتفاع بها من تاريخ الإستيلاء الفعلي إلى حين دفع التعويض المستحق تلتزم به الجهة طالبة نزع الملكية دون الجهة التى تتولى إتخاذ إجراءات نزع الملكية. إستئناف الحكم الصادر بتقدير التعويض. لا يحول دون حصولهم منها على التعويضات المقضى بها إبتدائياً ما لم تكن قد أدتها إليهم أو أودعتها بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. م ١٤ ق ١٠ لسنة ١٩٩٠. غاية المشرع عندما أجاز في المادة الرابعة عشرة من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ والذي أحال إلى العمل بأحكامه بالنسبة للمعارضات في تقدير التعويض عن العقارات التى نزع ملكيتها للمنفعة العامة والتى لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل به الإستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزوم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل صدور القرار بذلك من جهة الإختصاص التيسير على المصالح العامة للقيام بتنفيذ المشروعات العامة فنتحقق الثمرات المرجوه منها إزالة العوائق والصعوبات التى كانت تعانيتها تلك المصالح من عدم تشغيلها في المواعيد المقررة لها فقد جعل لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الحق في تعويض عادل مقابل عدم الإنتفاع بها من تاريخ الإستيلاء الفعلي عليها إلى حين دفع التعويض المستحق تلتزم به الجهة طالبة نزع الملكية بعد تقديره بمعرفة اللجنة المستفيدة ومن ثم تلتزم المادة السادسة منه بحسبانه أنها الجهة المستفيدة ومن ثم تلتزم بهذا التعويض لهم دون الجهة التى تتولى إتخاذ إجراءات نزع الملكية (الهيئة المصرية العامة للمساحة) ومن ثم فقد جعل الخصومة في شأن الطعن في تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية المختصة مقصوراً عليها ولا يحول الطعن أو إستئناف الحكم الصادر فيه دون حصولهم منها على التعويضات المقضى بها إبتدائياً ما لم تكن قد أدتها إليهم أو أودعتها بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية إذ يعتبر ذلك مبرئاً لزميتها من قيمة التعويض عن عدم الإنتفاع المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشر من القانون.

(الطعن ١٠٠٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨ س ٤٧ ص ٧٤١)

٢٣- إستيلاء الهيئة العامة للصرف المغطى التى يمثلها المطعون ضده بصفته على أرض النزاع دون إتباع الإجراءات التى أوجبها القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة. غصب. أثره. مسئوليتها عن أداء التعويض لمالكها. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وإلزامه هيئة المساحة الطاعنة بالتضامن مع المطعون ضده بصفته بأداء التعويض المحكوم به. خطأ.

(الطعن ٨٧١٩ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٢ س ٤٨ ص ١٧٩)

٢٤- الأموال التى تصبح أموالاً عامة بمجرد تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل هي الأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة. م ٨٧ مدني. الأموال المملوكة للأفراد. عدم إكتسابها صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة. إكتسابها هذه الصفة. شرطه.

(الطعن ٢٧٢٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٦ س ٤٨ ص ١٩٥)

٢٥- إستيلاء الحكومة على العقار جبراً دون إتخاذ الإجراءات القانونية لنزع الملكية. غصب. أثره. بقاء العقار على ملك صاحبه. مؤداه. أحقيته في إسترداده. إستحالة ذلك. أثره. الحق في التعويض النقدي.

(الطعن ٢٧٢٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٦ س ٤٨ ص ١٩٥)

٢٦- أراضي البرك والمستقعات التى تم ردمها ولم تؤد تكاليف ردمها أو تنازل عنها أصحابها وإنقضت مواعيد إستردادها طبقاً للقانون ١٧٧ لسنة ١٩٦٠. حق ملاكها في شرائها بثمن يعادل تكاليف ردمها. شرطه. ملكيتهم لها قبل ردمها أو تجفيفها وألا يكون قد خصص لأغراض النفع العام وأن يتقدم طالب الشراء بطلب لشرائها إلى الوحدة المحلية المختصة وأداء الثمن المطلوب في المواعيد. تخلف ذلك. أثره. سقوط الحق في الشراء. م ١٣ ق ٥٧ لسنة ١٩٧٨ في شأن التخلص من البرك والمستقعات.

النص في المادة ١٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٨ في شأن التخلص من البرك والمستقعات ومنع أحداث الحفر على أن " يكون لملاك البرك والمستقعات التى تم ردمها وفقاً للقوانين السابقة ولم تؤد تكاليف ردمها أو يتنازل عنها أصحابها وإنقضت مواعيد إستردادها وفقاً لأحكام تلك القوانين حق شرائها بثمن يعادل ثمن تكاليف ردمها مضافاً إليها ١٠% كمصاريف إدارية والفوائد القانونية بواقع ٤% سنوياً من تاريخ إنقضاء مواعيد الإسترداد طبقاً لأحكام تلك القوانين وحتى العمل بهذا القانون، وذلك ما لم تكن هذه الأراضي قد تم التصرف فيها أو خصصت لأحد الأغراض العامة التى تقوم عليها الوحدة المحلية أو لأغراض النفع العام ويقدم طلب الشراء للوحدة المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون على أن يقوم المالك بأداء الثمن مخصوماً منه ما قد يكون مستحقاً له من تعويض خلال ستة أشهر من تاريخ مطالبته بذلك...) يدل على أن المشرع أتاح لأصحاب هذه الأراضي الذين لم يؤدوا تكاليف ردمها حق شرائها طبقاً للإجراءات التى حددها بشرط أن يكون طالب الشراء مالِكاً لأرض البركة من قبل تجفيفها أو ردمها وأن تكون هذه الأرض بعد إيلوية ملكيتها للدولة لم تخصص لأغراض النفع العام أو لأحد الأغراض التى تقوم

عليها الوحدة المحلية التي تقع في دائرتها تلك الأراضي وإن يتقدم طالب الشراء بطلب لشراؤها إلى الوحدة المحلية المختصة ويقوم بأداء الثمن المطلوب في المواعيد وإلا سقط حقه في الشراء.

(الطعن ٢١٨٠ لسنة ٥٧٧ق - جلسة ١٩٩٧/٢/١٩ س ٤٨ ص ٥١٦)

٢٧- عدم منازعة الطاعنين في أن عقارهما المنزوعة ملكيته أدخل بالفعل في مشروعات للنفع العام تم تنفيذها قبل مضي سنتين من تاريخ نشر القرار وخلال العمل بأحكام القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤. أثره. وجوب تطبيق هذه الأحكام. لازمه. تحديد قيمة التعويض عن نزع الملكية بتاريخ نزاعها وليس بتاريخ رفع الدعوى.

(الطعن ٦٠ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٦/١٦ لم ينشر بعد)

٢٨- لصاحب الشأن في العقار الحق في تعويض مقابل عدم الإنتفاع به من تاريخ الإستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع ملكيته. م ٤/١٦ ق ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤. القضاء بهذا التعويض حتى تاريخ إيداع نماذج الملكية بمصلحة الشهر العقاري. مخالفة للقانون.

المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المادة ١٦ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ تنص في فقرتها الرابعة على أن " ويكون لصاحب الشأن في العقارات الحق في تعويض مقابل عدم الإنتفاع بها من تاريخ الإستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية...."، وإذ كان الثابت في الأوراق وحصله الحكم المطعون فيه أن دارى العرض المطالب بمقابل عدم الإنتفاع بهما تم الإستيلاء عليهما بطريق التنفيذ المباشر بتاريخ ١٩٦٥/٤/٢٨ وأن المطعون ضدهم الأربعة الأوائل إقتضوا التعويض المستحق عن نزع ملكيتهم في عام ١٩٧٦ فإن حقهم في مقابل عدم الإنتفاع بهما يقتصر على المدة من ١٩٦٥/٤/٢٨ حتى عام ١٩٧٦، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى لهم بذلك المقابل حتى عام ١٩٧٩ تاريخ إيداع نماذج الملكية بمصلحة الشهر العقاري، فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطعن ١٧٩٢ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٥ لم ينشر بعد)

٢٩- وحيث أن هذا النعي في محله. ذلك أنه لما كانت الأحكام تخضع من حيث جواز الطعن فيها للقانون السارى وقت صدورهما، وكان القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المعمول به إعتباراً من ١٩٩٠/٧/١ قد ألغى القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ونص في المادة التاسعة منه على أن " لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ إنتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها في المادة ٧ من هذا القانون الحق في الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت. ويرفع الطعن وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات " كما أجاز لذوى الشأن في المادة ١/١٣ منه إستئناف الأحكام الصادرة في هذا الخصوص مما يدل على أن الطعون على تقدير التعويضات المقررة عن نزع الملكية ترفع وفقاً للإجراءات العادية المنصوص عليها في قانون المرافعات إلى المحكمة الابتدائية المختصة التى جعل لها دون غيرها ولاية الفصل في تلك الطعون،

وأن الأحكام الصادرة في هذه الطعون من المحكمة الابتدائية تخضع للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات من حيث جواز الطعن فيها، لما كان ذلك وكان الحكم المستأنف قد صدر بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٦ بعد العمل بالقانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ فإنه يخضع من حيث جواز الطعن فيه للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف تأسيساً على أنه حكم إنتهائي طبقاً لما نصت عليه المادة ١٤ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه.

(الطعن ٨٥٧ لسنة ٦٢٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٧ لم ينشر بعد)

٣٠- وحيث أن هذا النعى سديد لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أن إستيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون إتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ويكون شأن المالك في المطالبة بالتعويض شأن المضرور من أي عمل غير مشروع، سواء ما كان قائماً وقت الغصب أو ما تقام من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الأرض موضوع النزاع صدر في شأنها القرار ٥٢٠ لسنة ١٩٨٠ بتخصيصها للمنفعة ونشر في الجريدة الرسمية في ١٢/١٠/١٩٨٠ وأن الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية وإن قامت بخضم الممتلكات وعرض البيانات الخاصة بها بيد أنها لم تقم بإيداع النماذج الموقع عليها من ذوى الشأن أو القرار الوزاري بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري المختص خلال مدة سنتين من تاريخ النشر إلى أن تم تنفيذ المشروع في سنة ١٩٨٨ فإنه طبقاً لنص المادة العاشرة من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يسقط مفعول القرار الوزاري بتخصيص أرض النزاع للمنفعة العامة سالف البيان وتزول آثاره القانونية ويضحى الإستيلاء على أطيان النزاع حاصلًا دون إتباع الإجراءات مما لازمته إستحقاق ذوى الشأن لتعويض يعادل ثمن العقار سواء ما كان عليه وقت الإستيلاء أو ما تقام من ضرر إلى تاريخ الحكم، وإذ تحددت طلبات الطاعن في إستحقاقه لتعويض ما يعادل ثمن العقار وقت الإستيلاء سنة ١٩٨٨ وإنتهى الحكم إلى أنه لا يستحق غير الثمن وقت صدور قرار التخصيص للمنفعة العامة. الذي زال أثره يكون معيباً بما يوجب نقضه لهذا لاسبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ١٦٥٢ لسنة ٦٢٣ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)

٣١- وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تحويل المال المملوك لأحد الأفراد إلى مال عام يقتضى إما إدخاله أولاً في الملكية الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى بطريق من طرق كسب الملكية المبينة في القانون المدني ثم نقله بعد ذلك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة، وإما بنزع ملكيته للمنفعة العامة فينتقل من ملكية صاحبه إلى الملكية العامة. بما لا يجوز معه التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٨٧ من القانون المدني. وإذ كان الثابت في الأوراق أن أرض التداعى نزعت مرسوم ملكى في ١٩٤٧/٣/٣ وما ترتب على ذلك من دخول تلك الأرض ملكية الدولة

العامة بما لا يجوز معه التصرف فيها، وإذا تم إعادة العين محل النزاع إلى المطعون ضدهم بموجب محضر للدولة وقبل صدور قانون أو مرسوم بزوال تخصيصها للمنفعة العامة، ولم يثبت من الأوراق زوال هذه الصفة بالفعل، ولا يغير من ذلك ما قال به الحكم المطعون فيه من إنتهاء تخصيص أرض النزاع للنفع العام بإنهاء حالة الحرب التي كان من توابعها إنشاء قرية للمهاجرين على أرض النزاع إذ لا يستقيم ذلك مع تاريخ صدور المرسوم الملكي بإنشاء القرية في ١٩٤٧/٣/٣ وبعد إنتهاء الحرب - فإن التصرف المشار إليه الذي أعاد العين إلى الجهة التي نزعت الملكية منها - وقف تحميم - يكون قد تم بالمخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من القانون المدني، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وعول على محضر التسليم المشار إليه، وإنتهاء تخصيص الأرض للمنفعة العامة بالفعل بإنهاء الحرب في قضائه بتثبيت ملكية المطعون ضدها فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعنين المقيدين برقمي ٧٨٨٨، ٧٩٤٧ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٣/١/٢١ لم ينشر بعد)

٣٢- وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي إنتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه. لما كان ذلك، وكان الثابت من الحكم الإستئنافي... لسنة ٦٥ق أسيوط أن ملكية أطيان النزاع نزعت من غير إتخاذ الإجراءات القانونية ورتب على ذلك قضاءه بتأييد الحكم المستأنف بإستحقاقهم لديها خلال فترة المطالبة وكان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بحجية ذلك الحكم وما إنتهى إليه من قضاء. وكان هذا الدفاع جوهرياً يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ حجب نفسه عن بحثه ولم يرد عليه مما يعيبه بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٨٤٤ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٣/٢/١٨ لم ينشر بعد)

٣٣- إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الثانية من المادة ١٦ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ في شأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن يكون لصاحب الشأن في العقار الحق في تعويض مقابل عدم الإنتفاع به من تاريخ الإستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية، وله خلال ثلاثين يوماً في تاريخ إعلانه بقيمة التعويض عن عدم الإنتفاع حق المعارضة في هذا التقدير، ويكون الفصل في المعارضة طبقاً للنصوص الخاصة بالمعارضة في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الإستيلاء قيمة التعويض ويعلن صاحب الشأن بذلك " يدل على أن تقيد صاحب الشأن في تقدير التعويض عن مقابل عدم الإنتفاع بالعقار المستولى عليه بالإجراءات والمواعيد الخاصين بالمعارضة في التقدير أمام لجنة الفصل في المعارضات المنصوص على تشكيلها في المادتين ١٢، ١٣ من القانون المشار إليه مرهون بالالتزام الجهة التي إستولت على العقار بأحكام المادة ١٦ سالفه البيان. فمن لم تفعل فإنه لا يكون أمام

صاحب الحق من سبيل للحصول على حقه سوى الإلتجاء إلى القضاء للمطالبة به بالدعوى العادية المبتدأة.

(الطعن رقم ٣٥٩٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٧ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٢٨١٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٧ لم ينشر بعد)

٣٤- إن حرمان المالك ومن في حكمه من الاستئثار بالانتفاع بماله أو استغلاله أو استعماله ومباشرة سائر حقوقه عليه هو الضرر الموجب للتعويض عن الغصب من هذا الحرمان أما مجرد إعلان الرغبة في الاستيلاء حتى لو اعتبرت تعرضاً وفعلاً غير مشروع لا يعد غصباً.

(الطعن رقم ٨٠٦٥ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٤/١١)

٣٥- إن التعويض عن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة دون اتباع الإجراءات التي أوجبها القانون لا يستحق لمجرد تعبير الإدارة عن رغبتها في الإنتفاع بالأرض طالما أنها لم تنتزع حيازتها من مالكها وإنما يستحق من تاريخ الإستيلاء الفعلي على العقار بإعتباره الوقت الذي يقع فيه فعل الغصب ويتحقق به الضرر، وكان الإلتزام بذلك التعويض مصدره القانون فيتقدم بإنقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الإستحقاق.

(الطعن رقم ٨٠٦٥ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٤/١١)

٣٦- مفاد النص في المادتين التاسعة والثالثة عشر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة يدل على أنه يجوز - وبناء على طلب الخصوم - أن تقضى المحكمة الابتدائية لدى نظرها الطعن على تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية بالزام الجهة طالبة نزع الملكية بدفع التعويض الذي قدره، وأن استئناف ذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق لذلك الحكم لا يحول بينهم وبين اقتضاء التعويض المقضي به ابتدائياً. وهو الأمر الذي أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان بما أوردته من أن "الطعن على تقدير التعويض لا يحول دون حصول ذوي الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية على المبالغ المقدرة.... كما لا يحول استئناف الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية المقام منهم وحدهم دون حصولهم من هذه الجهة على المبالغ "المحكوم بها" من المحكمة الابتدائية. وهو ما لا يكون بداهة إلا من خلال طلب بالإلزام بالتعويض والقضاء به في حالة توافر شروطه.

(الطعن رقم ٤٨٦٢ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٥/٢٢)

٢- القيود التي ترد علي حق الملكية

مادة (٨٠٦)

علي المالك ان يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او المصلحة الخاصة وعليه ايضا مراعاة الأحكام الآتية:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨١٥ ليبي و ٧٧٣ سوري و ٦٨٨ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

تبدأ سلسلة القيود القانونية التي ترد علي حق الملكية بنص يشير الي القوانين الخاصة وما يلحق بها من مراسيم ولوائح تتعلق بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة ويكون من شأنها، التقييد من حق الملكية، وذلك كقانون نزع الملكية وقوانين الآثار وقانون المحلات المقلقة للراحة ولأئحة الترع والجسور^(١).

رأي الفقه:

١- القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست حقوق ارتفاق.

وقد اختلف نظر الفقه المصري في شأنها، فذهب رأي الفقة فيه الي ان هذه القيود القانونية حقوق ارتفاق حقيقية، بينما ذهب الكثرة من الفقهاء الي ان هذه القيود انما هي قيود علي حق الملكية وليست حقوق ارتفاق حقيقية، وهذا الرأي الصحيح الأخير هو الذي سار عليه التقنين المدني الجديد.

فنص المادة ٨٠٦ مدني يقسم القيود التي ترد علي حق الملكية الي قيود متعلقة بالمصلحة العامة، وأخري تتعلق بالمصلحة الخاصة.

ويلاحظ ان ما يرد من القيود لحماية المصلحة الخاصة قصد به ان ينتهي الي حماية المصلحة العامة عن طريق حمايته للمصلحة الخاصة^(٢).

٢- أحاط المشرع الملكية العقارية بقيود كثيرة لأغراض متباينة، فمن هذه القيود ما قصد به الي تحقيق منفعة عامة ومنها ما أريد به حماية مصلحة خاصة.

فاذا تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، وكانت المصلحة العامة اولي بالرعاية، وهذا ما عناه المشرع بالنص في المادة ٨٠٦ مدني.

ان المشرع لم يخلع علي الملكية خاصية الاطلاق، بل هجر هذه الفكرة التقليدية الي النزعة الحديثة في تقييد الملكية، وآية ذلك ما أورده علي الملكية من قيود متنوعة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٦- ص ٢٦.

(٢) الوسيط- ٨- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٦٣٨ وما بعدها.

وتشير المادة ٨٠٦ مدني الي القيود القانونية التي تتضمنها تشريعات خاصة تصدر لتقييد الملكية مراعاة لمصلحة عامة او لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية، ومثال قانون نزع الملكية وقوانين الآثار، والمحلات المقلقة.... الخ^(١).

٣- لم يعد حق الملكية في العصر الحديث حقاً مطلقاً كما كانت الحال في العصور الأولى، بل ان هذا الحق أصبح اليوم مقيداً بقيود كثيرة تزداد يوماً بعد يوم، فالمشرع أصبح يقيد في استعماله الشئ واستغلاله له الي حد بعيد، بل أن حق التملك في ذاته أصبح يرد عليه هو الآخر بعض القيود.

والقيود التي ترد علي حق الملكية هي من الكثيرة بدرجة تجعل كل تعداد لها او حصر معرضاً لأن يكون ناقصاً غير جامع.

والقيود التي ترد علي الملكية قد يكون مصدرها القانون، وقد يكون مصدرها الاتفاق فالقيود القانونية هي تلك القيود التي اوردها المجموعة المدنية والقوانين واللوائح، هي تلك القيود التي تشير اليها المادة ٨٠٦ مدني والمواد من ٨٠٧ الي ٨٢٤ مدني.

والقيود القانونية التي ترد علي حق الملكية قد يرد بعضها مباشرة للصالح العام، وقد ينقرر بعضها للصالح الخاص.

وقد يكون مصدر القيود التي ترد علي الملكية الاتفاق او ارادة المالك بوجه عام. وهذه القيود التي ترد علي الملكية بالاتفاق قد تتنوع اذ هي تخضع دائماً لمبدأ سلطان الارادة، فليس هناك ما يمنع المالك من ان يقيد نفسه في استعمال ملكه او حتي في التصرف فيه لمصلحة. فكل حقوق الارتفاق التي مصدرها العقد هي ولا شك قيود اتفاقية ترد علي حق الملكية، ومن اهم هذه القيود ايضاً شرط عدم التصرف^(٢).

٤- يجب علي المالك ان يراعي في استعمال حقه ما يقضي به القانون. والقانون يفرض قيوداً كثيرة علي استعمال حق الملكية.

وتختلف هذه القيود وتتنوع باختلاف طبيعة الأشياء محل الملكية وباختلاف أوجه استعمالها.

وليس من السهل حصر القيود التي يفرضها القانون علي الملكية، فهي مبعثرة في التشريعات المختلفة، وقد نص القانون المدني علي بعضها. ولكن الي جانب القيود المنصوص عليها في هذا توجد قيود أخرى منصوص عليها في تشريعات خاصة، وقد تكون من قبيل التشريعات العادية، وقد تكون تشريعات فرعية صدرت تنفيذاً لبعض القوانين (لوائح- او قرارات وزارية).

ومن هذه التشريعات الخاصة ما يحظر علي المالك بعض اوجه الاستعمال، كالتشريعات التي تمنع زراعة الدخان.

(١) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٥٢ وكتابة: التقنين المدني الجديد- المرجع السابق- ص ٥٩١.

(٢) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ط ٢- ص ٧١ و ٧٢ وما بعدها، وطبعه ١٩٦٨ منه، والمراجع الأخرى السابقة.

ومن التشريعات ما ينظم بعض صور الاستعمال، ويتطلب الحصول علي ترخيص اداري قبل القيام به، ومثال ذلك القانون الذي يوجب علي من يريد انشاء محل مقلق للراحة او مضر بالصحة او محلاً خطراً ان يحصل مقدماً علي رخصة من الادارة، والقانون الذي يوجب علي كل من يريد اقامة بناء او التعديل في بناء قائم او هدمه الحصول علي تصريح بذلك.

كما أن بعض التشريعات قد يفرض نوعاً معيناً من الاستعمال علي المالك، كما هو الحال لالزام مالك الأرض الزراعية بزراعة اكثر من نسبة معينة محصولاً آخر كالأرز.

وقد تزد القيود القانونية علي سلطة التصرف في ذاتها مثال ذلك القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن حظر التصرف في الأراضي قبل صدور قرار وزاري بالتقسيم، وايداع صورة القرار رسمية منه الشهر العقاري بحيث يقع التصرف الحاصل قبل ذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً (نقض - جلسة ١٩/٣/١٩٦٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ مدني - ص ٣٦٥)^(١).

من أحكام القضاء الحديثة

١- الملكية الخاصة مصونة. لا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ٣٤م من الدستور و ٨٠٥ من القانون المدني. القيود الواردة بالقوانين ٨٤ لسنة ١٩٦٨ في شأن الطرق العامة و ٥٩ لسنة ١٩٧٩ في شأن المجتمعات العمرانية الجديدة على الأراضي الواقعة على حرم الطرق العامة، قصد بها تحقيق مصلحة عامة ولا تشكل غصباً لتلك الأراضي. مخالفة ذلك، خطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٤٧٩٨ و ٤٨٥٠ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٨/٧/١٩٩٢ ص ٤٤٧)

٢- الأصل. حظر القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ على الأجانب تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها في مصر بأي سبب. الإستثناء. للمتبعين بجنسية إحدى جمهوريات اتحاد الجمهوريات العربية حق تملك الأراضي الزراعية بالجمهوريتين الأخريتين وفقاً للقوانين المطبقة على مواطني الجمهورية التي يتم فيها التملك. المادة الأولى من قرار مجلس رئاسة الاتحاد رقم ٩ لسنة ١٩٧٢. صدور القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤ متضمناً النص على إنسحاب جمهورية مصر العربية من إتفاق اتحاد الجمهورية العربية. أثره. زوال هذا الإستثناء.

ولئن كانت المادة الأولى من القرار رقم ٩ لسنة ١٩٧٢ الصادر عن مجلس رئاسية اتحاد الجمهوريات العربية قد نصت على أنه إستثناء من الأحكام النافذة في الجمهوريات: " الأعضاء بالاتحاد، يكون للمتبعين بجنسية إحدى هذه الجمهوريات حق تملك الأراضي الزراعية بالجمهوريتين الأخريتين وفقاً للقوانين المطبقة على مواطني الجمهورية التي يتم فيها التملك " وهو ما يعد إستثناء من الأصل العام المقرر

(١) الحقوق العينية الأصلية - موجز - للدكتور محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٣١ وما بعدها.

في جمهورية مصر العربية كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ والذي يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها في مصر بأي سبب من أسباب كسب الملكية، إلا أنه بصور القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤ في ١٩٨٤/١٠/٢ متضمناً النص على انسحاب جمهورية مصر العربية الليبية من إتفاق إقامة اتحاد الجمهوريات العربية الذي ضم في عضويته معها الجمهورية العربية الليبية والجمهورية العربية السورية لم يعد بعد ذلك التاريخ ثمة محل للإستناد إلى القرارات الصادرة عن مجلس رئاسة الإتحاد في إكتساب حقوق جديدة تناهض أحكام التشريعات الوطنية....

(الطعن ٢٢٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٢٦ س ٤٦ ص ٤٤١)

٣- إلزام طالبي البناء بتوفير أماكن مخصصة لإيواء السيارات بالمبنى المطلوب الترخيص بإقامته يتناسب عددها مع المساحة اللازمة لها والغرض من المبنى. ق ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ولائحته التنفيذية. سريان هذا الإلتزام في حالة البناء بدون ترخيص. إن أحكام قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء الصادر ب ١٩٧٦/١٠٦ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار السيد وزير الإسكان ١٩٧٧/٢٣٧ وقرار السيد محافظ الإسكندرية ١٩٨٢/١٩٥ الصادر في ١٩٨٢/٦/١٥ قبل وقوع النزوع قد ألزمت طالبي البناء بتوفير أماكن مخصصة لإيواء السيارات يتناسب عددها مع المساحة اللازمة لها ومع الغرض من المبنى المطلوب الترخيص بإقامته الأمر المنطبق على العقار محل النزاع ولا يجدى المستأنف إليه تحدية بأنه أقام البناء بدون ترخيص إذ أن مؤادى ذلك أن المالك الذي يحصل على ترخيص بالبناء يلتزم بأحكام القانون بينما من خالفه وأقام البناء بدون ترخيص يكون بمنأى عن أحكامه وهو أمر غير مقبول.

(الطعن ٧٠٨٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠ س ٤٦ ص ١٢٨٥)

٤- تصرف رئيس الجامعة في الأموال المملوكة لها. شرطه. صدور ترخيص مسبق له من مجلس الجامعة في إجراء التصرف. الفقرة ٢٤ من المادة ٢٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات. (مثال في بيع)

إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الموضوع أن البيع محل التعاقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه قد أبرمه البائع بصفته رئيساً للجامعة مخالفاً أحكام القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات إذ باشره من المادة ٢٣ منه..... وكان الثابت من الأوراق ومن تقرير الخبير المودع ملف الدعوى عدم وجود ترخيص مسبق من مجلس الجامعة لئيسها في إبرام البيع وذلك وفق ما تقضى به الفقرة ٢٤ من المادة ٢٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه.

(الطعن ٢٢٦٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢١ س ٤٧ ص ٥١٨)

٥- الأصل. حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها بأي سبب من أسباب كسب الملكية. إستثناء الفلسطينيين مؤقتاً من هذا الحظر. م ٣٠١/١ ق ١٥ لسنة ١٩٦٣. صدور القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ متضمناً إلغاء هذا الإستثناء وألوية

ملكية الأراضي التي إكتسب ملكيتها الفلسطينيون قبل العمل بأحكامه إذا لم يتصرف فيها مالكوها أثناء حياتهم أو خلال خمس سنوات من تاريخ نفاذه أيهما أقرب. أثره. سريان الحكم العام الوارد بالفقرة الأولى من المادة الأولى من ق ١٥ لسنة ١٩٦٣ على الفلسطينيين كغيرهم من الأجانب. مؤدى ذلك. منع تسجيل العقود الناقلة للملكية لصالح الفلسطينيين التي تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥.

لئن كانت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها قد نصت على إستثناء الفلسطينيين مؤقتاً من الأصل العام المقرر في جمهورية مصر العربية كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون والذي يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين تملك تلك الأراضي في مصر بأي سبب من أسباب كسب الملكية إلا إنه بصدر القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ والمعمول به إعتباراً من ١٩٨٥/٧/٥ متضمناً النص في المادة الأولى منه على أن " تلغى الفقرة الثالثة من المادة (١) من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها وتؤول إلى الدولة وفقاً للقانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ ملكية الأراضي التي إكتسبها المشار إليهم في الفقرة الملغاه أي الفلسطينيون قبل العمل بأحكام هذا القانون إذا لم يتصرف فيها المالك أثناء حياته أو خلال خمس سنوات من تاريخ نفاذ هذا القانون أيهما أقرب " فإنه يحظر على الفلسطينيين كغيرهم من الأجانب إعتباراً من تاريخ العمل بالقانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والأراضي البور والأراضي الصحراوية في مصر بأي سبب من أسباب كسب الملكية عملاً بالحكم العام الوارد بنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣، ولا شبهة في إتصال هذه القاعدة بالنظام العام فيسرى حكمها بأثر مباشر على كل من يمتلك من الفلسطينيين وقت العمل بهذا القانون في ١٩٨٥/٧/٥ أرضاً زراعية كما يسرى هذا الحظر على المستقبل وهو ما يستتبع منع تسجيل العقود الناقلة للملكية لصالح الأجانب الفلسطيني التي تكون قد أبرمت قبل صدوره ولا يغير من ذلك أن المادة الأولى من القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ قد تضمنت حكماً مغايراً لما ورد في المادة الثانية من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ التي نصت على أولوية الأراضي الزراعية وما في حكمها المملوكة للأجانب وقت العمل به إلى الدولة مباشرة في حين جاء النص في القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ على أن تؤول إلى الدولة ملكية الأراضي التي إكتسبها الفلسطينيون قبل العمل بأحكام هذا القانون إذا لم يتصرف فيها المالك أثناء حياته أو خلال خمس سنوات من تاريخ نفاذ القانون أيهما أقرب. طالما لم تنتقل إلى الطاعنين الفلسطينيين ملكية أطيان التداعي التي إشتراها بموجب عقد إبتدائي مؤرخ ١٩٧٩/١/١ قبل العمل بأحكام القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ فإنه يحظر عليهما أن يملكاهما بأى سبب من أسباب كسب الملكية ومنها طلب الحكم بصحة عقد البيع بغرض الحصول على حكم يقوم بتسجيله مقام تسجيل العقد.

(الطعن ٩١٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٢٥ لم ينشر بعد)

٦- عدم إنتقال ملكية أطيان النزاع إلى الطاعنين الفلسطينيين التي إشتريها بعقد ابتدائي قبل العمل بأحكام القانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥. أثره حظر تملكهما لها بأي سبب من أسباب كسب الملكية ومنها طلب الحكم بصحة عقد البيع بغرض الحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد.

(الطعن ٩١٥ لسنة ٥٩ جلسة ١٩٩٧/٣/٢٥ لم ينشر بعد)

٧- الأصل حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء. م ا ق ٨١ لسنة ١٩٧٦. الإستثناء. الحالات الواردة بالمادة الثانية من ذات القانون. مؤداه. عدم حصول الطاعن السوداني الجنسية على موافقة مجلس الزوراء التي تعد من الحالات المستثناءة. أثره. حظر إكتسابه ملكية عقار النزاع الشفعة المطالب بها وإمتناع القضاء له بثبوت حقه فيها.

لما كانت المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء والمنطبق على واقعة الدعوى - قد حظرت إكتساب ملكية هذه العقارات على غير المصريين أيأ كان سببه عدا الميراث فقد إستثنت المادة الثانية منه أن تكون ملكية العقار لحكومة أجنبية لإتخاذها مقراً لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو لسكنى رئيس البعثة بشرط المعاملة بالمثل أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية وكذلك الحالات التي يوافق عليها مجلس الوزراء والتي تتوافر فيها شروط معينة. لما كان ما تقدم، وكان الطاعن من غير المصريين " سوداني الجنسية " ومن ثم يحظر عليه إكتساب ملكية عقار النزاع بالشفعة المطالب بها ويمتنع القضاء له بثبوت حقه فيها بإعتبار أن الحكم بذلك هو مصدر ملكيته والمنشئ لحقه فيها وهي ممنوعة عليه مادام لم يستبق إلى الحصول على موافقة مجلس الوزراء والتي إستلزمها القانون وعلق عليها حكمه للإستثناء من الحظر المفروض على تملك هذا العقار.

(الطعن ١١٣ لسنة ٦١ جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩ س ٤٨ ص ٨٤)

٨- ((قيود على حق الأجانب في التملك)) القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء. نفاذه. من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية في ١٤/٧/١٩٩٦. م ٩ ق ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦. إعمال المحكمة نصوصه بالحكم الصادر منها بعد هذا التاريخ. لا خطأ.

إذ كان القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء قد نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٤/٧/١٩٩٦ ونصت المادة التاسعة منه على العمل به إعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره. وإذ أعملت المحكمة نصوص هذا القانون بالحكم الصادر منها بتاريخ ٢٢/٧/١٩٩٦ فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون.

(الطعن ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠ لم ينشر بعد)

٩- صدور تشريع لاحق بإلغاء شرط ما لصحة تصرف. أثره. سقوط ترتيب البطلان أو حق الإبطال بسبب تخلف هذا الشرط في التصرفات الصادرة فى ظله أو تلك

السابقة عليه التي لم يصدر قبل سريانه حكم نهائي بإبطالها أو بطلانها. مؤداه. صدور القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ وإسقاطه شرط موافقة مجلس الوزراء على تملك الأجنبي للعقارات والأراضي القضاء. سريانه بأثر فوري على عقود شراء الأجانب للعقارات. عدم جواز الحكم بالبطلان لتخلف هذا الشرط.

صدور تشريع لاحق يلغى وجوب توافر شرط ما لقيام صحة نوع من التصرفات فإنه يسقط ترتيب البطلان أو حق الإبطال بسبب تخلف هذا الشرط في التصرفات التي تصدر في ظله، كما أن أثره الفوري المباشر يزيل ذلك الجزء بالنسبة للتصرفات السابقة عليه التي كانت لا يتوافر فيها هذا الشرط طالما لم يكن قد صدر قبل سريانه حكم نهائي بإبطالها أو بطلانها. لما كان ذلك، وكان النص في القانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء الذي ألغى القانون ٨١ لسنة ١٩٧٦ قد حُظر في المادة الثانية منه على غير المصريين تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء إلا إذا توافرت شروط معينة من بينها صدور موافقة مجلس الوزراء على التملك، وفي المادة السادسة منه رتب البطلان على مخالفة هذه الشروط وأجاز لكل ذي شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، إلا أنه بصدور القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ فقد نص على إلغاء القانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨ سالف الذكر وأسقط من بين الشروط اللازمة لتملك الأجنبي للعقارات والأراضي الفضاء صدور قرار من مجلس الوزراء بالموافقة على التملك، فإنه تطبيقاً للأساس القانوني المشار إليه تسرى أحكام القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بأثر فوري على عقود شراء الأجانب للعقارات والأراضي الفضاء ولا يجوز الحكم ببطلان هذه العقود بسبب عدم صدور موافقة مجلس الوزراء على التملك.

(الطعن ٩٢٦٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠ لم ينشر بعد)

مادة (٨٠٧)

- (١) علي المالك الا يغلو في استعمال حقه الي حد يضر بملك الجار.
- (٢) وليس للجار ان يرجع علي جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف، علي ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الي الآخر. والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق.
- النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
 مادة ٨١٦ لبيي و ٧٧٦ سوري و ١٠٥١ عراقي و ٦٨٩ سوداني و ٦٥ قانون الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

١- هذا نص جوهري في المشروع يقرر التزامات الجوار، فيجعلها التزامات قانونية. وهي الآن التزامات لا مصدر لها الا القضاء المصري، قررها مهتدياً في تقريرها بالشرعية الاسلامية، فقنها المشروع كما هي مقرر في القضاء المصري وفي الشريعة الاسلامية معاً، فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون.

٢- والمبدأ الأساسي الذي وضعه النص هو نهى المالك عن ان يغلو في استعمال حقه الي حد يضر بملك الجار. فهناك اذن شرطان لمسئولية المالك: ضرر يصيب الجار، وغلو المالك في استعمال حقه. والمهم هو تحديد هذا الغلو، فقد تبين ان العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتماً، بل لا بد ان يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه.

٣- وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ورسمت له معياراً مرناً لا قاعدة جامدة فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار، فالمعيار اذن هو الضرر غير المألوف. ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف، والا غلت أيدي الملاك عند استعمال حقوقهم. أما اذا أحدث عمل المالك ضرراً غير مألوف بالجار. فلا يصبح مسئولاً عن تعويض هذا الضرر.

وهذا ما تقضي به المادة ٥٧ من كتاب مرشد الجيران اذ تنص علي ان " للمالك ان يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فعلي حائطه، ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ".

فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف. وقد عرفته المادة ٥٩ من كتاب مرشد الجيران بما يأتي: " الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوهن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء. أ/ ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش ". ونصت المادة ٦٠ علي أنه " يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً او حادثاً ".

وقد قضت المادة ١١٦٩ فقرة ٢ بأن يراعي في تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها:

(أ) العرف.

(ب) وطبيعة العقارات.

(ج) وموقع كل منها بالنسبة للآخر.

(د) والغرض الذي خصصت له. فمن ذلك يتبين ام ما يعتبر ضرراً مألوفاً في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهي والمحلات العامة يعتبر ضرراً غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكني العلية من الناس. فاذا فتح محل مقلق للراحة في وسط هذه المساكن الهادئة، كان في هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته، ولا يجوز دون ذلك الترخيص الإداري الذي يعطي لهذا المحل، وقد جري القضاء المصري علي ذلك. اما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم، وقد وجد في ناحية مناسبة له، ثم استجدت بعد ذلك بجواره بناء للسكني الهادئة، فليس لصاحب هذا البناء ان يتضرر من مجاوره المحل المقلق للراحة، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه. وقد اورد مرشد الجيران امثلة للضرر الفاحش مستحدثة وقديمة، تتفق مع ما جري عليه القضاء المصري. فنصت المادة ٦١ علي ان "سد الضياء بالكلية علي الجار يعد ضرراً فاحشاً، فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه، وان فعل ذلك فللجار ان يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه".

ونصت المادة ٦٢ علي ان رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضرراً فاحشاً، فلا يسوغ احداث شباك او بناء يجعل فيه شباكاً للنظر مطلاً علي محل نساء جاره، وان احدث ذلك يؤمر برفع الضرر اما بسد الشباك او ببناء ساتر، فان كان الشباك احدث مرتفعاً فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده". ونصت المادة ٦٣ علي أنه "ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفاً مشروعاً، فأحدث غيره بجواره بناء مجدداً، فليس للمحدث ان يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة علي مقر نسائه، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه".

وغني عن البيان ان ازالة الضرر قد تكون عيناً او من طريق التعويض حسب الأحوال.

٤- ولم يكتف المشروع بالنص علي وجوب ازالة الضرر غير المألوف بعد وقوعه، بل نص علي جواز المطالبة بمنعه قبل وقوعه فان الوقاية خير من العلاج. وللمالك المهدد بضرر يصيبه من جراء أفعال الجار، ولو تمت تحقق هذا الضرر، ان يلزم الجار في قضية مستعجلة باتخاذ الاحتياطات الكافية، بل له ان يطلب وقف هذه الأعمال حتي تفصل محكمة الموضوع في النزاع (انظر م ١٤١٣ من المشروع)^(١).

رأي الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٠٧ مدني لمضار الجوار غير المألوفة ويوجب مسؤولية المالك عنها. ومن هنا كان التزام المالك بالا يحدث ضرراً غير مألوف لجاره قيداً يرد

(١) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٣١ و ٣٢ و ٣٣.

علي حق الملكية، وهو اقرب الي أن يكون التزاماً عينياً لأنه يرافق الملك وينتقل معه أين ذهب.

ولتحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة تحديداً دقيقاً يجب أن نميز بين الحالات الثلاث التالية:

١- الخطأ في استعمال حق الملكية- فحق الملكية ليس حقاً مطلقاً، بل ان علي المالك ان يستعمله في حدود القوانين واللوائح التي تقيد من حق الملكية، فاذا هو أخل بأي التزام فرضته عليه هذه اقوانين واللوائح، كان الاخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤولية التقصيرية (كادارة محل مقلق للراحة بغير ترخيص).
فالقواعد العامة تطبق تطبيقاً كاملاً علي المالك اذا أضر جيرانه في استعماله ملكيته.

واذا ارتكب المالك خطأ بانحرافه عن سلوك الشخص المعتاد فأضر بالجار، كان مسؤولاً عن تعويض أي ضرر يصيب الجار، مهما ضؤل هذا الضرر (احداث ضجيج في حي هادئ)، وليس هذا الا تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

٢- التعسف في استعمال حق الملكية- ويتحقق التعسف في استعمال حق الملكية، كالتعسف في استعمال أي حق آخر، في صور ثلاث نصت عليها المادة ٥ مدني^(١)، هي:

(أ) اذا لم يقصد به سوي الأضرار بالغير.

(ب) اذا كانت المصالح التي يرمي الي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) اذا كانت المصالح التي يرمي الي تحقيقها غير مشروعة.

٣- مضار الجوار غير المألوفة- فطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني لا يكون المالك مسؤولاً الا اذا كان الضرر الذي أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف. أما اذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف الذي لا يمكن تجنبهما بين الجيران فهو غير مسئول، فمسؤولية المالك اذن تكون عن الضرر غير المألوف للجوار، أي عن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار.

ويمكن ارجاع الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة كلها الي فكرة الغلو في استعمال المالك لحق الملكية، ومعني الغلو هذا هو ان يصيب المالك، في استعماله لحق ملكيته، الجار بضرر غير مألوف.

أما فيما يتعلق بتقدير الضرر غير المألوف، والأساسي القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه، وكيف يكون هذا التعويض الذي يتعين بحث هذه المسائل الثلاث ففيما يلي:

تقدير الضرر غير المألوف- فقد قضت المادة ٢/٨٠٧ مدني بأن يراعي في تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها: العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة الي الآخر، والغرض الذي خصصت له.

(١) يراجع في التعليق علي هذه المادة ما جاء بالجزء الأول من (التعليق)- ص ٢٩ حتي ص ٥٣.

فمعيار الضرر غير المألوف معيار مرن وليس بقاعدة جامدة، فيتكتف مع الظروف المختلفة، ويواجه الحاجات المتغيرة، ويستجيب لمقتضيات كل منها، وهو معيار موضوعي لا معيار ذاتي.

ولا يمنع الضرر من ان يكون غير مألوف سبق الترخيص الاداري للمالك، فقد يحصل مالك المحل المعلق للراحة او المضر بالصحة او الخطر علي رخصة ادارية بادرة محله، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من ان يعتبر الجار الضرر الذي يصيبه من جوار هذا المحل ضرراً غير مألوف ويطلب التعويض عنه.

والجار الذي يستجد علي المالك ليس له ان يشكو من مضاد جوار هذا المالك ولو كانت غير مألوفة، لأن هو الذي- سعي الي جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مضار، فيكون قد ارتضي به ضمناً (كمن يبني فيلا في الفضاء بجوار مصنع قائم قبلها)

٢- الأساس القانوني الذي يقوم عليه الجار الالتزام بالتعويض عن الضرر غير المألوف- اذا قلنا نص المادة ٨٠٧ مدني ينشئ التزاماً قانونياً في جانب المالك بعدم اصابة الجار بضرر غير مألوف، قامت مسئولية المالك في هذا القول علي اخلال المالك بهذا الالتزام القانوني فوجب عليه التعويض.

واذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدني يورد قيداً علي حق الملكية هو عدم الغلو في استعماله حتي لا يلحق الجار من جراء هذا الاستعمال ضرر غير مألوف فان نطاق حق الملكية في القانون المصري، بحكم هذا النص، يضيق عن الغلو في استعمال هذا الحق، ومن ثم يكون المالك الذي غالي في استعمال حقه وألحق بجاره ضرراً غير مألوف، قد خرج عن حدود حق الملكية. وبالخروج عن حدود الحق خطأ بالمعني المعروف، اذ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، فتكون مسئولية المالك في هذا القول قائمة علي الخطأ بمعناه المعروف.

٣- التعويض عن الضرر غير المألوف- اما ان يكون تعويضاً نقدياً يقضي به القانون طبقاً للقواعد العامة، فيعوض الجار عن الخسارة التي لحقته وعن الكسب الذي فاته. واما ان يكون تعويضاً عينياً بازالة الضرر، ويجوز للقاضي ان يلجأ الي الغرامة التهديدية فيقضي بغرامة مالية علي المالك عن كل يوم او عن كل وحدة أخرى من الزمن لا يقوم فيها بازالة الضرر او بالقيام بالأعمال المحددة في الحكم^(١).

نظرية لتزامات الجوار في الشريعة الاسلامية- انقسم فقهاء الشريعة الاسلامية حول جواز تنقيح مالك العقار بملكه لمصلحة جاره، او عدم جواز ذلك، الي فريقين: أحدهما يقول بالتقييد، والآخر يذهب الي الاطلاق.

فمن الذين ذهبوا الي الاطلاق: أبو حنيفة وأصحابه، وكذلك الشافعي وأحمد بن حنبل. وحجتهم في ذلك أن الملكية التامة الثابتة لمالك العقار تستلزم بالضرورة أن يكون للمالك مطلق الحرية في الانتفاع بملكه كيفما يشاء، وعلي أي وجه أراد ولا يرد علي هذا الحكم المطلق، في زعم هذا الفريق، الا استثناء واحد ينحصر في حالة ما اذا

(١) الوسيط- ٨ للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٦٨٤ وما بعدها.

تعلقت بالمالك حقوق للغير، كالدار المشتركة بين اثنين لأحدهما العلو، وللآخر السفلى، وحكمه أن يكون الانتفاع به مشروطاً بما لا يفوت مصلحة الغير.

أما الامام مالك، والمتأخرون من علماء الحنفية، فيرون عكس هذا الرأي فيقولون بوجوب تقييد هذا المالك في استعمال ملكه والانتفاع به علي وجه لا يضر بحقوق جاره، فانه وان يكن للمالك حق الانتفاع بملكه كما يشاء، الا انه مقيد بعدم الاضرار بجاره ضرراً فاحشاً، وحجتهم في ذلك أن الدين وحسن الخلق يقضيان بمنع الضرر عن الجار. فقد حث الرسول صلي الله عليه وسلم علي رعاية الجار. من ذلك قوله صلي الله عليه وسلم: " من آمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره "، كما قال: " لا ضرر ولا ضرار ".

وقد وقع هذا الرأي الأخير موقع الاستحسان عند علماء الشريعة المحدثين، ولذا نراهم مجمعين علي انه الذي ينبغي اختياره للعمل لانه يتفق مع ما للجار من حقوق علي جاره. تلك الحقوق التي قررتها مبادئ الشريعة العامة، ولشدة الارتباط بين الجيران في كثير من مرافق الحياة وتحقيقاً لتبادل المنافع بينهم، كما أنه ينفع مع ما حث عليه الرسول صلي الله عليه وسلم من وجوب رعاية الجار.

وهذا هو الرأي الذي اعتمده صاحب (مرشد الحيران) أيضاً فقد جاء في المادة ٥٧ منه أن: " للمالك ان يتصرف كيف يشاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلي حائطه، ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ".

أما الأساس القانوني لالتزامات الجوار - فلم يختلف شراح القانون حول مبدأ تقييد المالك في الانتفاع بملكه بالقيود التي تكفل منع الأذى عن جاره، بل أجمع الكل علي أن التزامات الجوار من القيود التي ترد علي الملكية، ولكن اجماعهم علي اقرار المبدأ دون اختلافهم في تعلية واسناده الي اساس من القانون.

فذهب فريق الي ان التزامات الجوار أساسها (التزام قانوني عام) بالامتناع عن الاضرار بالجار.

بينما ذهب فريق آخر من الشراح الي اعتبار التزامات الجوار من تطبيقات (نظرية التعسف في استعمال الحق). الا ان الاستناد الي هذه النظرية لا يفسر لنا سائر الحالات التي حكم فيها القضاء بالمسؤولية رغم انتفاء فكرة التعسف التي تنطوي علي تعمد الاضرار بالغير وأخصها الحكم بالمسؤولية التي جاوزت المالك، بل حتي المألوفة، حتي لو لم يثبت سائر الاحتياطات لمنع الضرر عن الجار. ولذلك ذهب أغلبية الشراح الي ان هذه النظرية لا تصلح الا لتبرير الحالات التي قضي فيها بالمسؤولية استناداً الي خبث طوية المالك.

وليس من الاستساغ اعتبار التزامات الجوار تطبيقاً لنظرية (تحمل التبعية) لأن هذه النظرية لم يعتنقها المشرع لا في التقنين المصري ولا في التقنين الفرنسي. هذا فضلاً عن أن القضاء أقر التزامات الجوار في نفس الوقت الذي رفض فيه الأخذ بهذه النظرية كأساس من أسس المسؤولية القانونية.

ازاء هذه الانتقادات التي وجهت للنظريات السالفة، لم ير بعض الشراح بدأ من أن يؤسس التزامات الجوار علي (حالة الضرورة). ومقتضي هذه الفكرة ان مضايقات

الجوار ضرورة اجتماعية لا مفر من تحملها، ولكن لما كانت الضرورات تقدر بقدرها وجب ألا يتجاوز الجار في مضايقة جاره الحد المألوف، فان تجاوزت المضايقة هذا الحد تحقق الخطأ الذي تبني علي أساسه المسؤولية.

ولقد كفانا المشرع المصري مئونة الخوض في هذا الجدل النظري بالنص صراحة في المادة ٨٠٧ مدني علي وجوب ألا يغلو المالك في استعمال حقه الي حد يضر بملك الجار.. الخ النص.

والواقع ان هذا النص لا يعدو كونه تطبيقاً من تطبيقات المبدأ العام الذي تضمنته المادة الخامسة مدني. فالقيود التي اوردتها يسري علي حق الملكية باعتباره أهم الحقوق التي يتصور أن يؤدي استعمالها الي الحاق الأذي بالغير، وعلي الأخص بالجيران. فلم يقتصر المشرع علي تحريم الاستعمال الذي يكشف عن نية الإيذاء وتعتمد الاضرار، بل جاوز ذلك الي تقرير مبدأ التناسب بين ما يحصله صاحب الحق من استعماله من منفعة، وبين ما يلحق الغير من ضرر بسبب هذا الاستعمال، فاذا رجحت كفة الضرر اعتبر الاستعمال غير مشروع، وانهقدت بالتالي مسؤولية صاحب الحق دون حاجة الي اثبات خطأ في جانبه^(١).

٣- رسم القانون بنص المادة ٨٠٧ مدني حدا لحق الملكية وان الخروج عليه يعد خروجاً علي حدود الحق لا تعسفاً في استعماله وبالخروج علي حدود الحق - كالخروج علي حدود الرخص - ليس سوي صورة من صور الخطأ الموجوب للمسؤولية.

وقد استقر القضاء المصري علي مساءلة المالك عن الأضرار التي تجاوز المضار المألوفة، وقد استندت بعض الأحكام الي قواعد العدل والانصاف، واستندت بعض الأحكام الي أحكام الشريعة الاسلامية التي تعتبر عرفاً للبلد، وبحسب الرأي المختار للفتوي في الشريعة الاسلامية لا يجوز للمالك ان يباشر في ملكه عملاً يترتب عليه ضرر بين الجار (الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي) - طبعة ١٩٥٣ - ص ١٨٢ وما بعدها). فكان هذه الأحكام وجدت لاستعمال الملكية حداً تلتزمه في العرف القائم علي أساس قواعد الشريعة الاسلامية.

وقد أصبحت الالتزامات الجوارية في ظل القانوني المدني الجديد التزامات قانونية طبقاً لنص المادة ٨٠٧ مدني أن هذه المادة قد وضعت حداً علي حق الملكية لا يجوز للمالك تجنبها. أما اذا تجاوزت المالك هذا الحد بأن غلا في استعمال ملكه الي حد يضر بالجار ضرراً يجاوز المضار المألوفة، فانه يكون قد خرج عن حدود حقه، والخروج عن حدود الحق هو فعل خاطئ يستوجب المسؤولية.

ويري الدكتور عبد المنعم البدر اوي- في شأن تحديد معيار الضرر الفاحش او غير الفاحش - ان الاعتبار التي ذكرها النص هي اعتبارات وضعها المشرع ليساعد القاضي في التعرف علي طبيعة المضار وتحديدتها، وهي واردة فيه علي سبيل المثال لا الحصر. فللقاضي ان يراعي أي اعتبارات أخرى.

(١) حق الملكية- جزء ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٤٢ وما بعدها، وكتابه: التقنين المدني الجديد- المرجع السابق- ص ٥٩٢.

ويلاحظ ان الترخيص الصادر من الادارة لا يحول دون استعمال الجار حقه (م ٨٠٧/٢ مدني) أي أن الترخيص لا يسبغ علي فعل المالك وصف الاباحة، فيظل المالك المرخص من الجهات المختصة مسئولاً عن المضار التي تجاوز المضار المألوفة. ان الترخيص من الادارة لازم لتحقيق أغراض عامة معينة، وحتى تتمكن الادارة من الاشراف والرقابة علي بعض أنواع الاستغلال ووسائله. ولا يحول دون مسؤولية المالك ان يكون قد استوفي الشروط التي تستلزمها القوانين واللوائح لمباشرة هذا الاستغلال قبل الحصول علي الترخيص. ان القوانين واللوائح تشترط شروطاً لحماية الصالح العام فحسب وعلي المالك وحده ومن تلقاء ان يراعي مصلحة الجيران. فاذا خرج المالك في استعمال ملكه عن الحدود السابقة كان مسئولاً عما يحدث للجار من مضار، والجزاء هو ازالة الضرر عيناً او عن طريق التعويض، ويجوز الجمع بين الجزاءين، بل أن بعض المحاكم قضت بالجزاءين علي سبيل التخيير للمالك^(١).

٤- يتضح من نص المادة ٨٠٧ مدني ان غلو المالك في استعمال حقه هو الذي يترتب مسؤولية، ينظر اليه من خلال الضرر الذي يترتب علي هذا الاستعمال، بحيث يمكن الحكم في مسألة تحقق أو عدم تحقق الغلو الا بالنظر الي الضرر، وتحديد ما اذا كان الضرر مألوفاً او غير مألوفاً مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع الذي يعتد في تقديره بظروف الحالة المعروضة، وبذلك تمكن مرونة المعيار الذي وضعه المشرع من مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور وما يستحدثه التقدم الصناعي في المستقبل من صور جديدة للمضار، وفي بيان الظروف التي يعتد بها القاضي في تحديد الضرر غير المألوف نص المشرع في المادة ٨٠٧ مدني علي أن يراعي في ذلك: العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة الي الآخر، والغرض الذي خصصت له.

والظروف التي يعتد بها القاضي في تقدير ما اذا كان الضرر مألوفاً او غير مألوفاً هي الظروف الموضوعية، دون الشخصية^(٢).

٥- ان نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني علي منع المالك من الغلو في استعمال حقه الي الحد الذي يضر بالجار اضراً غير مألوف، يفترض ان في القيام بأعمال تحدث لجيرانه أضراراً لا تترتب عادة علي الجوار (غير مألوفة) وان كانت هذه الأعمال لا تخرج عن اطار السلطات المعروفة للمالك في استعمال (أو استغلال) فاذا خرج المالك في استعمال ملكه عن الحدود السابقة كان مسئولاً عما يحدث للجار من مضار، والجزاء هو ازالة الضرر عيناً او عن طريق التعويض، ويجوز الجمع بين الجزاءين، بل أن بعض المحاكم قضت بالجزاءين علي سبيل التخيير للمالك^(٣).

(١) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١١٠ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٥٤ وما بعدها.

(٣) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١١٠ وما بعدها.

٤- يتضح من نص المادة ٨٠٧ مدني ان غلو المالك في استعمال حقه هو الذي يترتب مسؤولية، ينظر اليه من خلال الضرر الذي يترتب علي هذا الاستعمال، بحيث يمكن الحكم في مسألة تحقق أو عدم تحقق الغلو الا بالنظر الي الضرر، وتحديد ما اذا كان الضرر مألوفاً او غير مألوفاً مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع الذي يعتد في تقديره بظروف الحالة المعروضة، وبذلك تمكن مرونة المعيار الذي وضعه المشرع من مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور وما يستحدثه التقدم الصناعي في المستقبل من صور جديدة للمضار، وفي بيان الظروف التي يعتد بها القاضي في تحديد الضرر غير المألوف نص المشرع في المادة ٨٠٧ مدني علي أن يراعي في ذلك: العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة الي الآخر، والغرض الذي خصصت له.

والظروف التي يعتد بها القاضي في تقدير ما اذا كان الضرر مألوفاً او غير مألوفاً هي الظروف الموضوعية، دون الشخصية^(١).

٥- ان نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني علي منع المالك من الغلو في استعمال حقه الي الحد الذي يضر بالجار اضراً غير مألوف، يفترض ان في القيام بأعمال تحدث لجيرانه أضراراً لا تترتب عادة علي الجوار (غير مألوفة) وان كانت هذه الأعمال لا تخرج هذه الأعمال لا تخرج عن اطار السلطات المعروفة للمالك في استعمال (أو استغلال) الشئ للملك. والقانون يمنع الأعمال، التي يتحقق بها الغلو الضار، أي بقيد حق المالك في استعمال ملكه، بألا يكون في ذلك غلو يحدث للجار اضراً لا يتحمل بها الجيران عادة، ويجعل للجار طلب ازالة هذه الأعمال، والتعويض عما لحقه منها من أضرار.

والقضاء هو الذي يفصل في النزاع علي وصف الضرر، مراعياف في ذلك الظروف التي أشار اليها نص المادة ٨٠٧ مدني وهي: العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له.

والظروف التي توجب المادة ٨٠٧ مدني أخذها في الاعتبار للحكم علي الضرر بأنه مألوف او غير مألوف هي الظروف المتعلقة بالعقار نفسه او استعماله في الصور المعتادة دون الظروف الذاتية الخاصة بالجار، أي انها الظروف الموضوعية للأماكن المتجاورة لا الظروف الشخصية للجار.

وحق الجار في الرجوع علي المالك الذي يغلو في استعمال حقه فسبب لهذا الجار مضاراً غير مألوفة، قد قام الخلاف في الفقه علي بيان الأساس القانوني لهذا الرجوع، وفقاً لأحكام القضاء، وظهرت في ذلك آراء عديدة، فقال رأي بأن أساس هذا الرجوع هو اخلال بالتزام قانوني بعدم الاضرار بالجار. كما ذهب رأي آخر الي اعتباره رجوعاً علي أساس التعسف في استعمال الحق، كما ظهرت آراء أخرى في بيان هذا الأساس. وما زال البحث عن هذا الأساس لازماً في القانون المصري الحالي، مع وجود نص المادة ٨٠٧ مدني، لتفسير هذا الرجوع، أي لتكييفه وبيان صلته بالأنظمة القانونية المعروفة. ويتردد الفقه في هذا التفسير بين رأيين: رأي يقول ان مسؤولية

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٥٤ وما بعدها.

المالك عن الغلو أساسها التزام قانوني يقرره نص صريح، مما يجعل الغلو في استعمال حق الملكية مجاوزة للحدود التي رسمها القانون لهذا الحق، أي خروجاً عن حدود الحق. وهذا الخروج انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد أي خطأ بالمعنى المعروف، وتكون مسؤولية المالك قائمة علي هذا الخطأ. والرأي الثاني يذهب الي ان مسؤولية المالك وفقاً للمادة ٨٠٧ مدني تطبيق خاص في نطاق الملكية للالتزام القانوني العام بضرورة الامتناع عن التعسف في استعمال الحق الذي نظمه الشارع في المادة ٥ مدني.

والأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي يتصور أن الخلاف بين الرأيين لا أهمية له، لأن أساس المسؤولية في حال التعسف وهو الخطأ الموجوب للمسؤولية هو نفس أساس المسؤولية في حال الخروج عن الحق^(١).

٦- شدد القانون في مسؤولية المالك اذا كان جاراً، وتسبب في احداث ضرر لجيرانه فاعتبره مسئولاً عن تعويض هذا الجار اذا جاوز الضرر الحاصل له الحد المألوف (م ٨٠٧ مدني)، فكان القانون بذلك قد ألقى علي عاتق الجار بالتزام مقتضاه ألا يستعمل ملكه بطريقة من شأنها ان تلحق بجاره ضرراً غير مألوف، فاذا ألحق الجار بجاره مضاراً تجاوزت الحد المألوف، فانه يكون قد خالف الالتزام الذي يفرضه عليه القانون ويتحمل الجزاء المقرر لهذه المخالفة.

ويستخلص من نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني ان الجار لا يسأل عما يحدثه لجاره من أضرار اذا كانت هذه الأضرار من الأضرار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، ذلك أن الجيرة أي التلاصق او التقارب بين الأماكن الذي عموماً تسبب عادة مضايقات وأضرار لا يمكن تلافيها، او يمكنت تلافيها ولكن بالتضييق علي الناس في استعمال حقوقهم، مما يوقعهم في حرج شديد، ويشل أيديهم عن استعمال حقوقهم، ولذلك جري العمل بين الجيران علي تحمل قدر من هذه المضايقات والأضرار والتسامح بشأنها، بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة، فلا يكون لجار ان يرجع علي جاره طالباً ازالة هذه المضار او التعويض عنها.

اما ما تقرضه المادة ٨٠٧ مدني علي الجار فهو ألا يغلو في استعمال حقه ال حد يضر بملك جاره ضرراً يجاوز الحد المألوف فعلي الجار اذن ان يمتنع عن استعمال ملكه الاستعمال الذي يسبب أضراراً غير مألوفة سواء باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع هذه الأضرار، او بتغيير طريقة الاستعمال ذاتها.

ويقع الالتزام بعدم الاضرار ضرراً غير مألوف علي كل جار سواء أكان مالكا او غير مالك، وعلي ذلك فالمنتفع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكني يتحملون هذا الالتزام، بل ان المستأجر يلتزم بعدم الاضرار بجيرانه ضرراً غير مألوف، والضرر غير المألوف هو الضرر الذي لم تجر العادة بتحملة دون شكوي، وهو غالباً ما يكون ضرراً فاحشاً. وتقدير ما اذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف مسألة موضوعية يفصل فيها علي ضوء ظروف وملابسات كل حالة.

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٧٣ وما بعدها.

فاذا احدث الجار لجاره ضرراً مألوفاً، فإنه يكون قد أخل بالالتزام الذي يفرضه عليه القانون بالألا يغلو في استعمال حقه الي حد يضر بجاره ضرراً يجاوز الحد المألوف.

ويترتب علي هذا الاخلال ان يكون للجار المتضرر ان يطلب ازالة الأضرار التي تصيبه من جراء استعمال جاره لملكه، وتتم ازالة هذه الأضرار اما بمنع الاستعمال الضار كلية كاغلاق المحل المقلق للراحة او بالزام الجار باتخاذ تدابير تمنع احدث أضرار غير مألوفة لجيرانه، كالزام صاحب المصنع بتغيير موضع المدخنة التي يتأذي الجيران من الدخان المتصاعد منها، او باطالتها بما يكفل تذرية الرياح لدخانها، والزام من بدير ماكينة تحدث ضجة او اهتزازت غير عادية ان يمتنع عن تشغيلها ليلاً او في أوقات الراحة خلال النهار.

ولكن القاضي لا يلتزم بحاجة طلب المتضرر والحكم بازالة المضار غير المألوفة، فله وفقاً للقواعد العامة أن يكفي بالحكم للمتضرر بتعويض نقدي اذا وجد ان في الحكم بازالة الضار ارهاقاً للجار (م ٣/٢٠٣ مدني)، كما لو كان ذلك يستوجب اغلاق مصنع تكلفت اقامته نفقات كبيرة، وتقدير عدم ملائمة الحكم بالازالة والاكتفاء بالتعويض النقدي مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي وفقاً لظروف وملابسات الدعوي.

وقد نص القانون صراحة علي ان للجار ان يطلب ازالة المضار غير المألوف ولو كان الاستعمال الضار مرخصاً به من الجهات الادارية المختصة (م ٢/٨٠٧ مدني) ويفسر الرأي الراجح هذا النص علي انه يجيز للقاضي في سبيل ازالة المضار غير المألوفة ان يأمر بمنع الاستعمال الضار كلية ولو كان هذا الاستعمال مرخصاً به^(١).

٧- نصت المادة ١٠١٥ من القانون المدني العراقي (المقابلة للمادة ٨٠٧ مدني مصري) علي أنه لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرر فاحشاً، وأساس هذا لنص مأخوذ من المادة ٥٧ من (مرشد الحيران) والمادة ١١٩٨ من (مجلة الأحكام العدلية). والجدير في هذا التشريع أنه يقوم علي صياغة نظرية التعسف في استعمال الحق كما هي في الشريعة الاسلامية صياغة قانونية تصلح ان تكون ضابطاً عاماً لجميع الالتزامات التي تقع بين الملاك المتجاورين في حدود استعمال حق الملكية سواء كان الملك دار سكني او أرضاً جبلية او زراعية او مياه الأنهر او الجداول والنهيرات^(٢).

٨- يلاحظ أن المادة ١٠٥١ مدني عراقي مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي أقرها المشرع العراقي في المادة ٧ منه، والضرر الفاحش كما تعرفه (المجلة) و (مرشد الحيران) هو ما يكون سبباً لوهن البناء او هدمه او منع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء، فاذا ما أخل الجار بالالتزامات الجوار

(١) الحقوق العينية الأصلية- موجز- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٣ وما بعدها.

فقد حقت عليه المسؤولية وجاز للمضار ان يطالب بازالة الضرر اذا كان هذا ممكناً او الحكم له بتعويض. ولم يكتف المشرع بالنص علي وجوب ازالة الضرر الفاحش بعد وقوعه، بل انه نص في الفقرة الثانية من المادة السالفة علي جواز المطالبة بمنعه قبل وقوعه، فالوقاية خير من العلاج ودفع الضرر خير من ازالة أثره. فللمالك المهدد بضرر يصيبه من جراء حفر أو أعمال أخرى يقوم بها جاره ان يلزم هذا الجار في قضية مستعجلة باتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر بل ان له ان يطلب وقف هذه الأعمال حتي تفصل المحكمة في موضوع النزاع. والفقرة الثالثة من المادة السالفة من باب اللغو فضلاً عما فيها من لبس وغموض قد يصرف معناها الي غير ما أراد المشرع وهي منقولة نقلاً حرفياً عن صدر المادة ١٢٠٧ من (المجلة).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني على أن من إستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن إستعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. وهو ما يتحقق بإنتقاء كل مصلحة من إستعمال الحق وأن حق التقاضي وحق الدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق يدعيه لنفسه أو ذودا عن هذا الحق إلا إذا ثبت إنحرافه عنه إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق وإبتغاء الإضرار بالخصم.
(الطعن رقم ٢٢٧٣ - لسنة ٥٧ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١١ / ١٩٨٩)

٢- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يتعين على محكمة الموضوع أن تكيف الدعوى بما تتبينه من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون. لما كان ذلك وكان البين من سائر أوراق الدعوى أن حقيقة مطلب الطاعن فيها هو منع الضرر الناجم من جراء إقامة المطعون ضدهما بتعليق عقارهما بما من شأنه كشف منزله وجعله عرضة لأبصارهما بما يخضع هذا الطلب لأحكام المادة ٨٠٧ من القانون المدني وكان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بهذا التكييف السليم، وبني قضاءه برفض الدعوى وفقاً لأحكام المادة ١/٨١٨ من ذات القانون على أساس التكييف المستمد من ظاهر طلب الطاعن الذي قصره على إلزام المطعون ضدهما ببناء الحائط السائر لمنزله لمنع الضرر المقول به، فإن الحكم المطعون فيه يكون بجانب مخالفته القانون والخطأ في تطبيقه قد تحجب عن تناول وفحص ما تمسك به من قيام ضرر وقع على منزله.... ولم يقل كلمته بشأن هذا الضرر.
(الطعن رقم ١١٦٤ - لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٩٤)

مادة (٨٠٨)

(١) من أنشأ مسقاة او مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها.

(٢) ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين ان يستعملوا المسقاة او المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري او صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة او المصرف قد استوفي حاجته منها. وعلي الملاك المجاورين في هذه الحالة ان يشتركوا في نفقات انشاء المسقاة او المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٨١٧ لبيي و ٩٨٢ و ٩٨٣ سوري و ١٠٥٥ عراقي و ٦٩٨ سوداني و ٨٩ و ٨٠ قانون الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨١١ من القانون المدني.

رأي الفقه:

يلاحظ ان نص المادة ٨٠٨ مدني لا يقتصر علي حق الشرب، بل يشمل الي جانب الشرب حق المسيل (الصرف) في احدي صورتيه. وتتلخص شروط الحصول علي حق الشرب في أن، يكون للمالك مساقاة خاصة استوفي منها حاجته، وله جار هو أيضاً في حاجة الي ري أرضه. فعندئذ يجوز للجار أن يحصل علي الشرب من المياه المساقاة في هذه المساقاة، علي أن يدفع للمالك المساقاة مقابل لما انتفع به من مائها.

واعطاء الجار حق الشرب علي هذا النحو فيه تغليب مصلحة خاصة راجحة علي مصلحة خاصة مرجوحة. فمالك المسقاة مصلحته في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملاً دون شريك له في مسقاته حتي لو فاضت فيها مياه يري ان يستأثر بها ولا يعطيها لجاره، ولكن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجوحة تتطوي علي أنانية لا مبرر لها، ويتغلب علي هذه المصلحة المرجوحة مصلحة راجحة للجار في أن يحصل علي حق الشرب من المياه الفائضة في المسقاة وهو في حاجة اليها، في حين ان المالك قد استوفي حاجته، علي ان يعوض الجار المالك فيما أخذ من مائه.

فالشروط اللازمة للحصول علي حق الشرب - اذن - أربعة وهي:

١- أن تكون للمالك مسقاة خاصة، وهي مجري ماء معد للري، ينشئه المالك في أرضه لريها، وصاحب الأرض المنتفع بها يلتزم بتطهيرها وصيانتها حفظ جسورها في حالة جيدة علي نفقته، وهي تتميز عن التربة العامة التي تقوم الدولة بنفقات صيانتها ولها الهيمنة علي توزيع المياه منها.

٢- أن يستوفي المالك حاجته من المسقاة- لما كان المالك هو الذي أنشأ المسقاة الخاصة علي نفقته، او كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية، وهو الذي يقوم بتطهيرها وصيانتها، فان له الأولوية في ري أرضه منها، اذ هي ملكه، والمالك احق بما يملك.

وله أن يستوفي حاجته كاملة من المسقاة، فيروي أرضه منها رياً كافياً واذا كانت عنده وسائل أخرى ممكنة للري، كأن كان بإمكانه حفر بئر ارتوازية، او الحصول علي حق مجري قريب من النيل او من ترعة عامة، لم يكلف الالتجاء الي هذه الوسائل ما دامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لري أرضه. فاذا روي أرضه بأكملها رياً كافياً من هذه المسقاة. وفاضت مياه بعد ذلك، فحينئذ يكون لجاره الحصول علي حق الشرب من هذه المياه الفائضة.

٣- أن يكون من يطلب حق الشرب من المياه الفائضة في المسقاة جارا للمالك صاحب المسقاة- وللجوار هنا صور ثلاث، تدخل كلها في المعني المقصود بالجوار:

- (أ) أن تكون المسقاة حداً فاصلاً بين أرض الجار وأرض المالك.
 - (ب) أن تكون أرض الجار فاصلاً بين أرض المالك ومأخذ مياه المسقاة، فتعتبر مياه المسقاة في هذه الصور أرض الجار في مجري يحصل عليه المالك، حتي تصل مياه المسقاة الي أرض المالك.
 - (ج) أن تكون المسقاة داخل أرض المالك غير ملاصقة لأرض الجار، فلا هي تقع في حدود هذه الأرض، ولا هي تعبرها حتي تصل الي أرض المالك.
- ٤- أن يكون الجار في حاجة الي ري أرضه رياً كافياً حتي يحصل علي حق الشرب^(١).

حق الشرب هو الحق في اخذ المياه اللازمة لري الأرض من مجري مائي (مسقاة او ترعة) مملوك لشخص آخر، أي هو حق استخدام مياه مسقاة خاصة مملوكة للغير في ري الأرض. وقد قررت المادة ٨٠٨ مدني حق الجار في استعمال مسقي جاره في ري أرضه. وقد اختلف الرأي في الفقه في تحديد الملاك المجاورين الذي لهم استعمال المسقاة الخاصة في ري أراضيهم، فذهب البعض الي انهم الملاك الذين تجاور أراضيهم المسقاة ذاتها. ولكن أغلب الفقه يري أن وصف الملاك المجاورين يصدق علي من تجاور أراضيهم المسقاة ذاتها، او من تجاور أراضيهم التي بها المسقاة، وذلك علي أساس أن نص المادة ٨٠٨/٢ مدني لم يحدد المقصود بالجوار وان اطلاق معني الجوار يقتضي صرفه الي كل جوار تتوافر معه المصلحة من استعمال المسقاة في ري الأرض^(٢).

وبهنا- هنا- أن نسجل أحكام الري والصرف التي تضمنها أحدث قوانين الري والصرف، وهو القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانونين رقمي ١٥ لسنة ١٩٧٨ و ٦٠ لسنة ١٩٧٩، حيث تكمل قواعد أحكام القانون المدني في هذا

(١) الوسيط- ٨- للدكتور عبد الرازق السنهوري- المرجع السابق- ص ٧١٣ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٣ وما بعدها.

الخصوص، مقتصرين في هذا البيان علي ما يتعلق منها بالقيود علي الملكية بسبب تقرير الحقوق المتعلقة بالمياه - هذه الأحكام، هي:

(أ) لا يجوز بغير ترخيص من وزارة الري اجراء أي عمل بالأراضي المملوكة للأفراد وللأشخاص الاعتبارية الخاصة والداخلية في الملكية الخاصة للحكومة او لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة والمحصورة بين جسور النيل او جسور الترع العامة والمصارف العامة والأراضي الواقعة خارج تلك الجسور لمسافة ثلاثين متراً بالنسبة الي جسور النيل وعشرين متراً خارج منافع الترع والمصارف - او احداث أي حفر بها من شأنه تعريض سلامة الجسور للخطر او التأثير في التيار تأثيراً يضر بهذه الجسور او بأراضي او بمنشآت أخرى. ولو وزارة الري ان تقوم في تلك الأراضي بأي عمل تراه ضرورياً لوقاية الجسور او المنشآت العامة وصيانتها وترميمها وان تأخذ من تلك الأرض الأثرية اللازمة لذلك علي ان يعوض أصحابها تعويضاً عادلاً. ولو وزارة الري ان تلقي ناتج تطهير الترع العامة والمصارف العامة في تلك الأراضي مع تعويض أصحابها تعويضاً عادلاً (م ٥).

(ب) لا مسئولية علي الدولة عما يحدث من ضرر للأراضي او المنشآت الواقعة في مجري النيل او مساحيه او مجري ترعة عامة او مصرف عام اذا تغير منسوب المياه بسبب ما تقتضيه أعمال الري والصرف او موازنتها او بسبب طارئ (م ٦). (ج) لا يجوز زراعة الأراضي المملوكة للدولة والواقعة داخل جسور النيل او داخل جسور الترع العامة والمصارف العامة او استعمالها لأي غرض الا بترخيص من وزارة الري وطبقاً للشروط التي تحددها (م ٧).

(د) تعتبر الأشجار والنخيل التي زرعت او تزرع في الجسور العامة او في داخلها او في المجاري العامة وغيرها من الأملاك العامة ذات الصلة بالري والصرف ملكاً لملاك الأراضي المواجهة لها كل تجاه أرضه، وله أن يتصرف فيها بقطعها او قلعها بترخيص من وزارة الري.

ويجوز لمدير عام الري الترخيص بقطع شجرة او عدة أشجار خشبية بالشروط الآتية:

١- ان يكون قد مضي علي غرسها مدة لا تقل عن عشرة سنوات.
٢- أن يقوم المالك بغرس ثلاث أشجار مقابل كل شجرة يرخص له بقطعها من الأشجار المغروسة علي جانبي جسور الترع والمصارف المستخدمة طرقاتاً رئيسية او فرعية وان يتعهد برعايتها.

واذا ترتب علي وجود الغراس اعاقا المياه او تعطيل الملاحة او اعاقا تطهير او توسيع المجري او الأضرار بالجسور او عرقلة المرور عليها او اية اضرار أخرى او خشي من سقوطها، كلفت الوزارة صاحبها بازالتها او قطع فروعها في الموعد الذي تعينه والا قامت هي بذلك وتولت بيعها ودفع ثمنها الي صاحبها بعد خصم نفقات الازالة او القطع (م ٨ معدلة).

(هـ) اذا كانت الأراضي الواقعة علي جانبي مسقاة خاصة او مصرف خاص مملوكة لملاك متعددين أعتبر محور المسقاة او المصرف حداً فاصلاً بين أملاكهم بالنسبة الي اعمال التطهير والديانة ما لم يقر دليل علي خلاف ذلك (م ١٢).

(و) تعتبر الأراضي التي تمر فيها مسقاة خاصة او مصرف خاص محملة بحق ارتفاق لصالح الأراض الأخرى التي تنتفع بتلك المسقاة او بذلك المصرف ما لم يقر دليل علي خلاف ذلك (م ١٣).

(ز) لا يجوز اجراء أي عمل خاص داخل حدود الأملاك العامة ذات الصلة بالري ولاصرف أو أحداث تعديل فيها الا بترخيص من وزارة الري وطبقاً للشروط التي تحددها، وبمنح الترخيص لمدة لا تزيد علي عشرة سنوات قابلة للتجديد بعد أداء رسم يصدر بتحديد قرار من وزير الري (م ٢٠).

(ح) اذا كان الغرض من العمل المرخص فيه ري أرض او صرف المياه منها جاز لوزارة الري ان تقيد الترخيص بشرط السماح للملاك الأراضي الأخرى أو لمستغليها بالانتفاع من ذلك العمل بعد ادائهم جزءاً مناسباً من تكاليف انشائه يحدده مفتش الري. ويجب ان ينص في الترخيص علي مساحة الأراضي المنتفعة بالعمل المرخص فيه. ويستمر انتفاع الأراضي به ولو تغير مستغليها (م ٢٢).

(ط) يجوز بقرار من وزارة الري الغاء الترخيص ومنع الانتفاع بالعمل او ازالته اذا وقعت مخالفة لأحد شروط الترخيص ولم يقر المرخص له بمنعها او ازالتهافي الموعد الذي تحدده له الوزارة بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول (م ٢٥).

(ك) الكباري الخاصة التي تنشأ فوق ترعة عامة او مصرف عام تصبح بمجرد انشائها وبغير تعويض من الأملاك العامة التي تشرف عليها وزارة الري (م ٢٨).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- للجار الذي أصابه ضرر من عدم المسقي المطالبة بالتعويض ولا محل لتعيب الحكم لعدم بحثه المنازعة بشأن ملكية المسقي المذكورة.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/٤/١٨- الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٤٩ ق- لم ينشر)

٢- النص في المادة ١٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ مفاده ان الحق الذي يتولد من ترخيص جهة الادارة بانشاء مسقاة في أرض الغير لتجري بها المياه توصلأ لاستعمالها في ري أرض الجار هو حق المجري والشرب وهو الحق المقرر بالمادتين ٨٠٨ و ٨٠٩ من القانون المدني، وتقدير هذا الحق يختلف عن حق الملكية فالحيازة باستعمال المسقاة في الري ركوناً الي ذلك الحق تعتبر حيازة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تتنقي معه نية تملك أرض المسقاة، وتبقى هذه الحيازة المتجرد من هذه النية غير صالحة لتملك مهما طال أمدّها الا اذا حصل تغيير في سببها .

(نقض- جلسة ١٩٨٠/٢/٢١- الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق)

٣- المادة (٢٣) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ بشأن الري والصرف. مدير عام الري لا يفصل في الحقوق المدعى بها في شأن الانتفاع بمسقه خاصة وانما ينظر الى الاوضاع السابقة على تقديم الشاكي، وقراره في هذا الشأن مؤقتاً

متوقفا مصيرة على القضاء الصادر من المحكمة المختصة بالفصل فى الحقوق المطالب بها والتي تدور حول حقى الشرب والمجرى المنصوص عليهما فى المادتين ٨٠٨، ٨٠٩ من القانون المدنى - القرار الصادر من الجهة الادارية بحكم موضوعها بالتمكين مؤقتا من الانتفاع بمسقاء خاصة وكذا القضاء القطعى الصادر من المحكمة المختصة فصلا فى الحقوق المدعى بها يتعرضان كلاهما لأوضاع وحقوق تقع جميعها فى منطقة القانون الخاص ينظمهما هذا القانون ابتداء وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لأطرافهما - ولا يكون القرار الصادر مؤقتا بالانتفاع بالمسقاء قرارا اداريا ولا يدخل الغاؤه أو التعويض عنه بالتالى فى اختصاص جهة القضاء الادارى ويتولى النظر والتعقيب عليه جهة القضاء العادى بحكم ولايتها العامة فى تلك الحقوق، وعلى ذلك جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا - تطبيق.

(الطعن رقم ٣٩٤٥ - لسنة ٤٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ١١ / ٢٠٠٠)

٤- المادة ٢٣ من قانون الرى والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ - وفقا لهذا النص على نحو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ ق قضائية " تتنازع " جلستها المنعقدة بتاريخ ٣ من فبراير سنة ١٩٩٦ - أن مدير عام الرى لا يفصل فى الحقوق المدعى بها فى شأن الإنتفاع بمسقاء خاصة وإنما ينظر الى الأوضاع السابقة فعلا على تقديم الشاكى لشكواه بالفصل فى الحقوق المطالب بها والتي تدور حول حقى الرى والصرف المنصوص عليها فى المادتين ٨٠٨، ٨٠٩ من القانون المدنى أن القرار الصادر من الجهة الإدارية بحكم موضعها بالتمكين مؤقتا بمسقاء خاصة وكذا القضاء القطعى الصادر من المحكمة المختصة فصلا فى الحقوق المدعى بها يتعرضان كلاهما لأوضاع وحقوق تقع جميعها فى منطقة القانون الخاص بتنظيمها ابتداء وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لأطرافها ولا يكون القرار الصادر مؤقتا بالانتفاع بمسقاء خاصة قرارا إداريا ولا يدخل إلغاؤه أو التعويض عنه بالتالى فى إختصاص جهة القضاء الإدارى، بل يتولى النظر والتعقيب عليه جهة القضاء العادى بحكم ولايتها العامة فى تلك الحقوق - تطبيق.

(الطعن رقم ٢٨٣٢ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٠٦ / ٠٦ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٠٩)

يجب علي مالك الأرض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط ان يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨١٨ لبيي و ٩٦٣ و ٩٦٤ و ٩٦٨ و ٩٨٠ و ٩٨١ و ٩٨٤ و ٩٨٥ و ٩٨٦ و سوري و ١٠٥٢ و ١٠٥٤ و ١٠٥٨ عراقي و ٥ و ٦٠ و ٦٤ و ٧٧ و ٧٨ و ٨١ و ٨٣ قانون الملكية العقارية اللبناني و ٦٩٩ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقاً- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨١١ من التقنين المدني.

رأي الفقه:

١- يأخذ حق المسيل احدي صورتين: فهو في الأصل يقابل حق المجري، فكما يكون للجار حق المجري لمرور مياه الري من أرض جاره حتي تصل الي أرضه، كذلك يكون له حق المسيل لمرور مياه الصرف بعد ري أرضه من أرض جاره حتي تصل الي اقرب مصرف عام (م ٨١٩).

ومن ثم يكون هناك تقابل كامل بين الري والصرف، فتارة يستعمل الجار مسقاة جاره للري، وهذا هو حق الشرب، ويستعمل مصرف جاره للصرف وهذا هو حق المسيل، وطوراً لا يستعمل الجار مسقاة جاره ولا مصرفه، وانما يجري مياه الري في أرض جاره لتصل الي أرضه وهذا هو حق المجري، ويصرف مياه الصرف عبر أرض جاره في ممر هو الذي ينشئه علي نفقته لتصل المياه بواسطة هذا الممر الي المصرف العام وهذا هو حق المسيل في صورته الأخرى. وللحصول علي حق المجري او حق المسيل، يجب لمالك الأرض التي يراد استعمال الحق فيها.

الثاني- أن يكون الجار في حاجة الي ري أرضه عن طريق المجري، او الي صرف مياهه عن طريق المصرف.

واجراءات الحصول علي حق المجري وحق المسيل والتعويض الواجب، هي الاجراءات الواجب اتباعها للحصول علي حق الشرب، وهذه الاجراءات هي نفسها الاجراءات الواجب اتباعها للحصول علي حق المجري وعلي حق المسيل. ويجب أن يعوض المالك عن حق المجري وحق المسيل كما يعوض عن حق الشرب، وان يكون هذا التعويض عادلاً (م ٨٠٩ مدني)^(١).

(١) الوسيط- الجزء ٨- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٧٢٧ وما بعدها.

٢- لم تشترط المادة ٨٠٩ مدني دفع التعويض مقدماً، بل اكتفت باشتراط ان يعرض المالك تعويضاً عادلاً. علي ان الدكتور محمد علي عرفه لا يري في هذا التعديل ما يمنع من تمسك مالك الأرض بدفع التعويض قبل بدء أعمال الانشاء، لأن المشرع لم يمنح حق المجري الا في مقابل تعويض، فلا يجوز اذن البدء في انشاء المسقاة قبل دفع المقابل. ومع ذلك فمن الجائز ايضاً أن يطلب صاحب المجري جعل التعويض ريعاً سنوياً، بدلاً من دفعه جملة واحدة، اذا ثبت عدم اقتداره، لن المشرع لا يشترط دفع التعويض مقدماً، وبالتالي لا يلزم دفعه كاملاً قبل البدء في أعمال الانشاء. ويرى الدكتور محمد علي عرفه أيضاً ان من حق مالك المسقاة الخاصة ان يدخل في تقدير التعويض الذي يطلبه مبلغاً في مقابل كمية المياه التي تلزم لري العقار المخدم.

ولكن يلاحظ ان القانون المدني لم يمنح حق الصرف بنفس السعة التي منح بها حق المجري، فالمادة ٨٠٩ منه لا تبيح الحق في الصرف الا: " في اقرب مصرف عمومي ". ومن مقتضي ذلك أنه لا يجوز للجار ان يطلب صرف مياهه في مصرف خاص جبراً علي صاحبه، بل ان ذلك يقتضي الاتفاق مع صاحب هذا المصرف الذي يحق له ان يرفض الطلب.

والواقع ان ايراد هذا القيد علي حق الصرف دون حق المجري منتقد فكل منهما يتم الآخر، فضلاً عن أن تقرير الحاجة اليهما وتحديد مكانهما وطريقة استعمالهما، يجب ان يخضع لخطة واحدة. ولا شك ان أمثل الخطط هي التي تؤدي الي التوسع في منح هذين الحقين وفقاً لما تقتضيه مصلحة الزراعة، وهي مصلحة عامة يجب تغليبها علي المصالح الخاصة وعدم تركها للتحكم والأثرة.

ازاء هذا القيد الوارد بالنص لا يكون لجار ان يجبر جاره علي اشراكه في مصرفه الخاص الا اذا كان مجاوراً لهذا المصرف. وفيما عدا حالة الجوار لا يجوز صرف المياه في مصرف خاص الا بالاتفاق مع مالكة، ويعتبر هذا الاتفاق مقررأ لارتفاق بالصرف، بخلاف طلب شق مصرف في أرض الجار لتوصيل المياه الي اقرب مصرف عمومي، فانه يعتبر قيذاً قانونياً عاماً علي ملكية الأراضي الزراعية^(١).

٣- يتضح من نص المادة ٨٠٩ مدني ان حق المجري هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في اجراء مياه الري في أرض الغير حتي الي أرضه. وهذا الحق مقرر بنص القانون حتي لا تحرم الأراضي البعيدة عن مورد المياه من ماء النيل او الترغ او المساقى. ان حق المجري مقرر للأراضي البعيدة عن مأخذ المياه بقصده الحصول علي المياه الكافية للري. ولا يشترط أن تكون هذه المياه لازمة ضرورية. وعلي ذلك اذا كان لدي مالك الأرض ماء ولكنه غير كاف لري أرضه، كان له أن يحصل علي مجري في أرض الغير لتوصيل المياه الكافية للري، وهذا المعني واضح في عبارة المادة ٨٠٩ مدني. ويتقرر المجري سواء أكان المورد أخذ الماء منه ترعة عامة او ترعة خاصة.

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٨٢ وما بعدها.

ويجب علي المالك الذي يحصل علي حق المجري ان يدفع تعويضاً لمالك الأرض التي يشق فيها المجري، ويكون التعويض عبارة عن مقابل حرمان المالك من الأرض التي تشغلها المسقاة، وما يقابل الأضرار المترتبة علي انشائها، وهذا هو التعويض العادل الذي أشارت اليه المادة ٨٠٩ مدني^(١).

٤- حق المجري هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه. وقد ورد حكمه في المادة ٨٠٩ مدني. وظاهر من نصها، فيما يتعلق بمياه الري أنه يشترط لثبوت حق المجري أن تكون الأرض التي تحتاج الي الري بعيدة عن مورد المياه، يستوي أن يكون هذا المورد الذي يراد أخذ المياه منه هو النيل او ترعة او مسقاة خاصة. فإذا كان المورد هو النيل او ترعة عامة، فيجب علي مالك الأرض التي يراد ريها ان يحصل علي ترخيص من الجهة المختصة ببيع له انشاء فتحة لأخذ المياه من جسر النيل او الترعة. وإذا كان المورد مسقاة مملوكة للغير، فيجب ان يكون لمالك الأرض التي يراد ريها حق اخذ المياه من هذه المسقاة أما بمقتضي اتفاق بينه وبين مالك المسقاة واما بمقتضي حق الشرب المنصوص عليه في المادة ٨٠٨ مدني. ويثبت حق المجري لمالك الأرض التي لا تتوفر لها المياه الكافية فلا يلزم ان تكون هذه الأرض محرومة تماماً من المياه. فإذا كان لمالك الأرض البعيدة عن مورد بئراً يستخرج منه المياه ولكن هذه المياه لا تكفي لري الأرض، كان له حق المجري. ولمالك الأرض التي تمر منها المياه الحق في التعويض الذي يشمل مقابل حرمانه من الانتفاع بالجزء من الأرض الذي يشغله المجري، كما يشمل الأضرار الأخرى التي تلحقه بسبب شق المجري في أرضه.

أما حق الصرف، او حق المسيل، هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن الصرف العام في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه بعد ريها، أما في مصرف خاص لغيره، واما خلال أرض غيره لتصب في أقرب مصرف عمومي. وقد وردت أحكام حق الصرف في المادتين ٨٠٨ و ٨٠٩ مدني^(٢).

٥- يقصد بحق المجري حق صاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه، في أن تمر بأرض جاره المياه اللازمة لري الأرض المنفصلة عن هذا المورد، أي أنه حق يتضمن تحويل الغير حقوقاً علي أرض غير مملوكة له، ولذا فهو قيد مقرر علي الملكية لمصلحة الغير في الظروف التي يكون هذا القيد فيها مفيداً له. وتقرر المادة ٨٠٩ مدني حق الجار في المجري. وحق المجري يثبت لصاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه سواء أكان هذا المورد هو النيل أو احدي الترع العامة ان يحصل المطالب بحق المجري علي ترخيص الجهة الادارية المختصة لانشاء مأخذ للمياه من جسر النيل او الترعة العامة، كما يلزم في حال المطالبة بالمجري للري من مسقاة خاصة، ان يكون مالك الأرض البعيدة له حق الشرب وفقاً لحكم المادة ٨٠٨/٢ مدني، فان لم تتوفر شروط كسب حق الشرب القانوني، كان عليه أن يحصل علي هذا الحق بالاتفاق مع مالك المسقاة الخاصة، قبل طلب حق اجراء المياه في أرض الجار. ولا يلزم

(١) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٣٩٩ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٦٧ وما بعدها.

لثبوت حق المجري أن تكون الأرض البعيدة عن مورد المياه محرومة حرماناً تاماً من وسائل الري، بل يكفي أن تكون مورداها من المياه غير كافية، ليثبت لصاحبها حق إجراء ما يكفي لريها من المياه من أرض الجار، كما لو بها بئر ولكن مياهه لا تكفي لريها، وهذا الحكم يؤخذ من نص المادة ٨٠٩ مدني الذي يوجب علي المالك أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأرض البعيدة. ويلتزم من له حق المجري بأن يعرض المالك الذي تجري في أرضه المياه عما يتحمل من ضرر نتيجة شق المجري واستخدامه، تعويضاً عادلاً، فعليه أن يؤدي له مقابل حرمانه من الانتفاع بالأرض التي يشغلها المجري، وكذا تعويضه عن كل ما يصيبه من أضرار من وجود هذا المجري أو استخدامهما. وصاحب حق المجري هو الذي يتحمل تكاليف شق مجري المياه كما يتحمل بكل ما يلزم من المصروفات لحفظه صالحاً للاستعمال، أي صيانته، وهذا أمر طبيعي لأن المجري ولو أنه يمر بأرض الجار، إلا أنه لخدمة مالك الأرض البعيدة، ولكن مالك الأرض التي يمر بها المجري له حق الشرب من هذا المجري وفقاً للمادة ٢/٨٠٨ مدني أي يحق له أن يأخذ من المياه الجارية في أرضه ما يكفي لريها بعد أن يستوفي صاحب المجري حاجته، وفي هذه الحال يشترك صاحب الأرض التي يمر بها المجري مع صاحب حق المجري في نفقات انشائه وصيانته. أما حق المسيل (أو الصرف) فيقصد به حق صرف المياه الزائدة عن حاجة الأراضي بعد ريها إلى القنوات والمجاري المعدة لذلك والتي تسمى المصارف، وهذه المصارف قد تكون مصارف عامة تنشئها الدولة كما تنشئ الترعة العامة. كما قد تكون مصارف خاصة ينشئها الملاك.. لمصلحة.. ويبدو حق صرف المياه الزائدة قيداً على الملكية لمصلحة الجار، إذا ما تقرر حق الجار في صرف مياه أرضه في مصرف مملوك لجاره، أو تقرر حقه في مرور المياه الزائدة في أرض هذا الجار إلى المصارف المملوكة للدولة أي المصارف، وهذا هو ما تنص عليه المادتان ٨٠٨ و ٨٠٩ من القانون المدني. ومن المادتين السابقتين يظهر أن لحق الصرف (أو المسيل) في ملك الغير صورتين: صورة الصرف في مصرف مجاور مملوك للغير، وصورة مرور مياه الصرف في أرض الغير إلى المصرف العام^(١).

٦- يقصد بحق المجري حق مرور المياه للسقي خلال أرض إلى أرض أخرى لمالك آخر. وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية تجعل لصاحب المجري القديم حق استعماله والدخول في أرض الغير لاصلاحه جبراً عليه لكن يشترط السلامة أي عدم أحداث الضرر في أرض الغير. ومن هذا تري أن (المجلة) لا تبيح انشاء حق المرور انشاء جبراً علي مالك الأرض أو صاحب حق التصرف وإنما تترك الأمر بينهم للقواعد العامة. فإذا وقع الاتفاق علي ذلك فيها والا كان لصاحب الأرض الامتناع من اعطاء مجري يوصل المياه الي الأراضي البعيدة. الا ان المشرع العراقي الحديث قد خفف حدة المشكلة عندما وضع قانون تسوية حقوق الأراضي سنة ١٩٨٣ فحول لجان التسوية ان تسوي النزاع علي حقوق الشرب والمجري والمسيل القديمة من جهة وا تضمن لصاحب الأرض

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٥ وما بعدها.

المحرومة منها انشاء هذه الحقوق علي حساب الأراضي الأخرى. وبهذا القانون صار من الممكن انشاء حقوق ارتفاع جديدة بعد ان كانت لا تقوم الا علي أساس المقدم وحده. ومن هنا تبين لنا أهمية الخطوة التي خطاها القانون المدني في رعاية المصالح الزراعية والوظيفة الاجتماعية للملكية فقد أقر بالمادة ١٠٥٨ المبدأ الذي أقره القانون المصري منذ نحو سبعين سنة والقانون الفرنسي قبله، وهو أن يكون حق الحصول علي المجري والمسبل اجبارياً علي أصحاب الأراضي التي تقع ورائها أراض أخرى لا يمكن استغلالها وزراعتها الا بمرور مياهها من تلك العقارات الا ان القانون العراقي شأن القانون المصري في المادة ٨٠٩ والقانون الفرنسي في المادة ٦٤٠ لم يطلق هذا الحق ولم يجعله سيفاً مصلتنا علي صاحب الأرض القريبة من صور الماء. ذلك أن تقييد حق الملكية يجب أن يكون له ما يبرره، كأن يكون فيه ما يزعم المالك من الغلواء في استعمال حقه او ان تكون هناك حالة اجتماعية ظاهرة واجبة علي تحمل حق المجري والمسبل في أرضه لصالح أرض أخرى.

الأول- أن تكون الأرض بعيدة عن مورد، ولا يصرف البعد الي المسافة وحدها، فقد تكون الأرض قريبة جداً من مورد الماء، وانما البعد هنا معناه المشقة والامتناع، لهذا فقد كان أولي بالمشروع ألا يستعمل لفظ (البعدة).

الثاني- أن لا يكون في الأرض ماء يمكن ان يغني عن طلب حق المجري، والا حق لصاحب الأرض أن يطلب مرور المياه بحيث تكفي مع المياه القديمة لريها. والمحكمة هي التي تعين من طريق الكشف وتقدير أهل الخبرة ان كانت المياه كافية او غير كافية، وذلك ما اخذ به القانون العراقي في المادة ١٠٥٨ مدني والقانون المصري في المادة ٨٠٩ مدني والقانون السوري في المادة ٩٨٠ مدني. وذلك ما تقضي به المصلحة العامة والخروج من القيود الجائزة الي القيود المرنة التي تتلائم مع الوظيفة الاجتماعية للملكية. ووضح بعد هذا ان الكفاية مشروطة للأرض لا للزرع او الموسم، فلصاحب المجري ان يجعل مجراه بحيث يكفي لكل ما يزرع فيها في جميع المواسم.

الثالث- ان لا تكون هناك سبيل مباشرة لمرور المياه الي الأرض المحبوسة عنها. وربما كان هذا القيد متتافراً مع الفكرة التي يقوم عليها النص، وكان ينبغي أن يسلك الشارع ما سلكه في حق المرور الي الأرض المحبوسة، لأن العلة فيهما واحدة، فيشترط عدم تيسر الوصول الي الأرض الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة. ولم يرد مثل هذا الشرط، أي فقد السبيل المباشرة لمرور المياه في القانون المصري لا القديم ولا الجديد، ولا في القانون السوري او اللبناني، كما ان القانون الفرنسي الذي هو أصل هذه النصوص قد خلا من هذا الشرط ايضاً.

الرابع- عدم الاخلال بانتفاع صاحب الأرض اخلالاً بيناً وهذا شرط جديد أيضاً بالنسبة للتشريعات المماثلة، وقد كان علي المشرع ان يترك هذا النص للقواعد العامة.

الخامس- أن يدفع أجراً سنوياً مقدماً، وهذا الأجر يقابل أجر المرور الذي تقدم الكلام عليه في مرور الأرض المحبوسة بفرق واحد، وهو النص بأن يدفع مقدماً في

المجري والسكوت عن دفعه مقدماً في المرور، وكل ذلك عند عدم الاتفاق بين أصحاب الأرض علي كيفية الدفع. وحذا بالتعويض العادل. ذلك لأن ما يدفعه صاحب حق المجري وعما يصيب الأرض من ضرر، فهو علي هذا عوض عن حق الاستعمال الذي يملكه صاحب الأرض في أرضه. والنص علي تقديم الأجر له فائدة كثيرة، إذ انه يمنع احتمال النزاع عي دفعه وما ينشأ من ذلك من خطوات، لأن اثباته قد يمكن صاحب الأرض من التعسف في استعمال الشرط، علي حين ان عدم ذكره لا يمنع من دفع الأجر مقدماً او علي أية حالة يقع عليها الاتفاق. ولفظ العدالة كما نص عليه القانون المصري هو الأولي بالحال كما هو ظاهر. ويتبع في حق الصرف مثل ما يتبع في حق المجري في كل ما تقدم من الشروط. وليست صفة العمومية شرطاً حتمياً في الصرف وان ورد في النص بهذا اللفظ (مصرف عام)، لأن المقصود هو التخلص من المياه الزائدة عن حاجة الأرض سواء أكان المصرف عاماً او كان خالصاً اتفق مع صاحب المصرف علي الارتفاق به. وقد جاء القانون بنص يضمن لصاحب الأرض سلامتها من الأضرار التي يحدثها المجري بسبب الاستعمال غير العادي او اهمال الجسور والسدود والأبواب فيسبب ذلك نضج المياه او طفحها علي جانبي المجري فتضرر الأرض أو يفسد الحاصل او المنشآت او الزرع او بسبب كثرة المرور في المجري والعمل فيه. ففي هذه الأحوال يحق لصاحب الأرض المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة من ذلك، فاذا لم يتفق الطرفان علي تقديره قدرته المحكمة تقديراً عادلاً بحيث يكفي لاصلاح الأرض المتضررة ويقابل الخسارة التي لحقت بصاحبها. وليس لصاحب المجري ان يستعمل مجراه لغير السقي. لذلك ليس له ان يتخذ بجانبه طريقاً او ممراً لحاجاته الأخرى ولا ان تمر فيه مواشيه، كما ليس له ان يتخذ المجري طريقاً مائياً لنقل متاعه وحاصلاته، لأن المجري حق اورده الشارع قيماً علي حق الملكية خلافاً للأصل سداً للضرورة، فيكتفي بما يسد الحاجة التي دعت الي هذه الضرورة دون التجاوز الي أغراض أخرى غير ما هو لازم استقامته او تعليته او حفرة او انشاء قنطرة عليه. وليس لصاحب الأرض ان يستعمل المجري او ان يأخذ من مائه او ان يغير في اتجاهه دون موافقة صاحبه، لان ذلك حق عيني قانوني ترتب علي عقاره لمصلحة عقار آخر، لا سيما انه قد استولي علي الأجر او التعويض مقابل ذلك الاتفاق^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الحق في التعويض لا يترتب الا بحيث يكون هناك اخلال بحق او مصلحة مالية للمضرور. فاذا كان الثابت ان المطعون ضده قد أقام دعواه علي أساس وجود حق ارتفاق بالري لأرضه علي أرض الطاعنين وذلك عن طريق مسقاة تمر في أرضهم لدي أطيانه فقاموا بهدم هذه المسقي مما يترتب عليه تلف زراعته وهو ما طالب بالتعويض عنه في الدعوي. وكان الطاعنون قد انكروا علي المطعون ضده حق الارتفاق الذي ادعاه، فانه بتعين علي محكمة الموضوع التحقق من وجود حق الارتفاق

(١) الملكية العقارية في العراق - جزء ١ - للأستاذ حامد مصطفى - ص ١٠٠ وما بعدها.

الذي ادعي المطعون ضده الاخلال به حتي يحق له طلب التعويض ، فاذا أقامت المحكمة قضاءها بالتعويض علي ما ذهبت اليه في الحكم المطعون فيه من أن للمطعون ضده الحق في انشاء مجري علي أرض الطاعنين طبقاً للمادة ٨٠٩ مدني وقانون الري والصرف، وذلك رغم اختلاف هذا الحق عن حق الارتفاق الذي جعله المدعي أساساً لطلب التعويض، وذلك من حيث طبيعتهما ومصدرها وكيفية كسبها، فانها بذلك تكون قد غيرت أساس الدعوي من تلقاء نفسها، وبذلك صار حكمها مشوباً بالقصور ومخالفاً للقانون. وحق المجري لا يتقرر وفقاً للمادة ٨٠٩ مدني لمجرد ما اوجبه القانون في هذه المواد علي مالك الأرض من السماح بأن تمر في أرضه المياه الكافية لري الأطيان البعيدة عن مورد الماء، بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذي يري أن يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه رياً كافياً والذي تعذر عليه التراضي مع مالك الأرض التي يمر بها المجري بطلب الي المحكمة أو جهة الادارة المختصة لتقرير هذا الحق له وبيان الكيفية التي يكون بها انشاء المجري وتحديد التعويض الذي يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له اذ ان تقرير هذا الحق لا يكون الا مقابل تعويض عادل.

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - ص ١٠٤٣)

٢- النص في المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن الري والصرف المنطبق علي واقعة النزاع وتقابلها المادة ١٤ من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ يدل علي أن الشارع وان أجاز لمفتش الري ان يصدر قراراً مؤقتاً بتمكين من يثبت انتفاعه بمسقي أو مصرف خاص من استعمال حقه اذا وقع اعتداء عليه، وكان الشاكي حائزاً للحق المدعي به في السنة السابقة علي تقديم الشكوي، الا انه نص علي ان للقضاء العادي وحده ولاية الفصل في المنازعات التي تتصل بأصل الحق. ولما كان الثابت من الاطلاع علي الصورة الرسمية لمحاضر أعمال الخبير المنتدب في الدعوي والمقدمة في الطعن أن مهندس الري قرر ان مسقاة موضوع النزاع هي مسقاة خاصة، وكان النزاع في الدعوي يدور حول ما يدعيه المطعون عليهما من أن الطاعن نقل هذه المسقاة من مكانها وباتساع أقل مما أعاقهما عن الانتفاع بها لري أرضهما، وطلبا اعادة الحالة الي ما كانت عليه وهو نزاع يتعلق بأصل الحق وتختص المحاكم بنظره طبقاً لنص المادة الخامسة عشرة سالفه الاشارة، واذ انتهى الحكم المطعون فيه الي هذه النتيجة الصحيحة، فانه لا يبطله خطؤه في الاستناد الي حكم المادة التاسعة من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ (بشأن الري والصرف المعدل)، ويكون النعي عليه غير سديد.

(جلسة ١٩٧٧/٣/١٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٨ - جزء ١ - ص ٦٧٦)

٣- المادة (٢٣) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ بشأن الري والصرف. مدير عام الري لا يفصل في الحقوق المدعى بها في شأن الانتفاع بمسقه خاصة وانما ينظر الي الاوضاع السابقة على تقديم الشاكي، وقراره في هذا الشأن مؤقتاً متوقفاً مصيرة على القضاء الصادر من المحكمة المختصة بالفصل في الحقوق المطالب بها والتي تدور حول حق الشرب والمجرى المنصوص عليهما في المادتين

٨٠٨، ٨٠٩ من القانون المدني - القرار الصادر من الجهة الادارية بحكم موضوعها بالتمكين مؤقتا من الانتفاع بمسقاء خاصة وكذا القضاء القطعي الصادر من المحكمة المختصة فصلا في الحقوق المدعى بها يتعرضان كلاهما لأوضاع وحقوق تقع جميعها في منطقة القانون الخاص ينتظمهما هذا القانون ابتداء وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لأطرافهما - ولا يكون القرار الصادر مؤقتا بالانتفاع بالمسقاء قرارا اداريا ولا يدخل الغاؤه أو التعويض عنه بالتالي في اختصاص جهة القضاء الاداري ويتولى النظر والتعقيب عليه جهة القضاء العادي بحكم ولايتها العامة في تلك الحقوق، وعلى ذلك جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا - تطبيق.

(الطعن رقم ٢٩٤٥ - لسنة ٤٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ١١ / ٢٠٠٠)

٤- المادة ٢٣ من قانون الرى والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ - وفقا لهذا النص على نحو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ ق قضائية "تنازع" جلستها المنعقدة بتاريخ ٣ من فبراير سنة ١٩٩٦ - أن مدير عام الرى لا يفصل في الحقوق المدعى بها في شأن الانتفاع بمسقاء خاصة وإنما ينظر الى الأوضاع السابقة فعلا على تقديم الشاكي لشكواه بالفصل في الحقوق المطالب بها والتي تدور حول حق الرى والصرف المنصوص عليها في المادتين ٨٠٨، ٨٠٩ من القانون المدني أن القرار الصادر من الجهة الإدارية بحكم موضعها بالتمكين مؤقتا بمسقاء خاصة وكذا القضاء القطعي الصادر من المحكمة المختصة فصلا في الحقوق المدعى بها يتعرضان كلاهما لأوضاع وحقوق تقع جميعها في منطقة القانون الخاص بتنظيمها ابتداء وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لأطرافها ولا يكون القرار الصادر مؤقتا بالانتفاع بمسقاء خاصة قرارا إداريا ولا يدخل إلغاؤه أو التعويض عنه بالتالي في إختصاص جهة القضاء الإداري، بل يتولى النظر والتعقيب عليه جهة القضاء العادي بحكم ولايتها العامة في تلك الحقوق - تطبيق.

(الطعن رقم ٢٨٣٢ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٠٦ / ٠٦ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨١٠)

إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء أكان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٨١٩ لبيي و ١٠٥٨ عراقي و ٧٠٠ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الموارد علي نص المادة ٨١١ من القانون المدني.

رأي الفقه:

١- طبقاً لنص المادة ٨١٠ مدني المفروض ان الجار هو الذي انشأ المروي في أرض المالك بموجب حق المجري أو انشأ المصرف بموجب حق المسيل، فعليه ان يقوم علي نفقته بتطهير المروي أو المصرف، وصيانته وحفظ جسوره في حالة جيدة. فاذا قصر في ذلك وأصاب أرض المالك التي شق فيها المروي أو المصرف ضرر، كأن تلفت زراعته من جراء انسياب المياه لسوء حالة الجسور أو امتنع عليه الزرع أو نحو ذلك، كان علي الجار صاحب المروي أو المصرف ان يعرض المالك عن الضرر الذي أصابه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ويقترن بالتعويض النقدي تعويض عيني، ذلك أنه اذا لم يرق أصحاب الأراضي بأجراء التطهير والصيانة وحفظ الجسور جاز لمفتش الري بناء علي تقرير الباشمهندس أو علي شكوي من ذي الشأن، ان يكلفهم بتطهير المسقاة أو المصرف أو بزالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو إشجار أو خلافه أو بصيانتهما أو بترميم جسورهما أو باعادة انشاء الجسور في موعد معين، والا قام بالتفتيش بأجراء ذلك. وتحصل النفقات بالطرق الادارية من أصحاب الأراضي كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمسقاة أو المصرف، ويحسب ضمن هذه النفقة قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بناتج التطهير^(١).

٢- من مقتضي نص المادة ٨١٠ من التقنين المدني ان علي منشئ المسقاة ان المصرف ان يقوم بأعمال التطهير وتقوية الجسور الكفيلة بمنع انسياب المياه في الأرض التي تقرر له عليها حق الري أو الصرف، فان هو قصر في شئ من ذلك، وكان من نتيجة ذلك فيضان المياه بحيث أتلقت زراعة مالكة الأرض، أو امتنع عليه زرعها أو أصابها ضرر من أي نوع كان، أصبح علي صاحب المسقاة أو المصرف ان يعرض مالك الأرض عن الضرر الذي أصابه وحسب هذا الأخير ان يثبت ان ما

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنجوري - المرجع السابق - ص ٧٣٨ وما بعدها.

أصاب أرضه من ضرر كان بسبب سوء التطهير أو رداءة الجسور، ليقرر حقه في التعويض^(١).

٣- تتناول حق مالك الأرض التي تمر بها مسقاؤه أو مصرف، في تعويض ما يلحقه من ضرر بسببها، المادة ٨١٠ من القانون المدني وهذه المادة تقرر التزام صاحب حق المجري أو حق المصرف بتعويض مالك الأرض التي يمر بها المجري أو المصرف عن الأضرار التي تصيبه من إهمال المستفيد منها في صيانتها بالتطهير وإصلاح جسورها أو من أي سبب آخر متعلق باستعمالها. ويلاحظ أن قانون الري والصرف يجعل من سلطة مفتش الري أن يأمر بإزالة المصارف والمساقى التي تصبح عديمة الفائدة والتي تسبب مضاراً للمالك أو العمل على إزالة ضررها إذا لم يمكن الاستغناء عنها^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- وفقاً للمادة الثانية من لائحة الترع والجسور الصادرة بالأمر العالي المؤرخ ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ تعتبر مسقاة كل قناة أو مجرى معدة لري أراضي بلد واحد أو بلدين أو لري أرض لمالك واحد أو لعائلة مشتركة ولو كانت المسقاة في زمام عدة بلاد وتعتبر المساقى جميعها أملاكاً خصوصية والمنفعون بها هم المكفون بتطهيرها وصيانتها، ويجوز للحكومة عند التأخير في تطهيرها أن تطهرها على نفقة هؤلاء المنفعين.

(الطعن رقم ٢٠٩ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٦ / ١٩٧٠)

* * *

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٩٠، ويراجع: الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدرأوي- المرجع السابق- ص ٤٠٤، وحق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٧٠.

(٢) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٦.

مادة (٨١١)

إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة او مصرف علي القيام بالاصلاحات الضرورية، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء علي طلب أي واحد منهم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٨٢٠ لیبی و ٧٠١ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

- ١- هذه طائفة من النصوص (م ١١٧١ - ١١٧٧) تعرض لقيود الملكية المقررة لمصلحة الري الزراعي، ولا تخفي أهميتها في بلد زراعي كمصر، وتتلخص في حقوق ثلاثة: حق الشرب وحق المجري وحق المسيل.
- ٢- وقد قسم المشروع في حق الشرب الترع الي قسمين:
 - (أ) ترع عامة مملوكة للدولة، وهذه يكون الحق في استعمالها بنسبة مساحة الأراضي التي تروي منها مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك (م ١١٧١ من المشروع، وهي توافق م ٥٢/٣١ من التقنين الحالي). وأهم هذه اللوائح هي لائحة الترع والجسور التي يتضمنها الأمر العالي الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٩٨٤. وهذه يبقي معمولاً بها منفصلة عن التقنين المدني، ويقتصر هذا التقنين علي المبادئ الأساسية في الري التي يندر ان تتغير.
 - (ب) ترع خاصة مملوكة للأفراد، والقاعدة ان من أنشأ مسقاة علي نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها، وكان له وحده حق استعمالها، علي أنه اذا استوفي حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج اليه أراضي الملاك المجاورين، فلهؤلاء ان يأخذوا ما هم في حاجة اليه، علي أن يشتركوا في نفقات انشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها (م ١١٧٢ من المشروع وهي توافق ٣٣/٣٢ من التقنين الحالي و م ٨ و ٩ من لائحة الترع والجسور). ويبين من ذلك ان ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل بمصلحة خاصة، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك، وهذا قيد علي حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل. ويلاحظ ان مالك المسقاة مفضل علي الجيران. فهو الذي يستوفي حاجته من المياه اولاً، ويأتي الجيران بعد ذلك، فاذا تراحموا قدم من كانت حاجته أشد ويترك تقدير ذلك للجهة الادارية المختصة.
- ٣- أما حق المجري فقد أعطاه المشرع لمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لري أرضه، وهي مياه يأخذها من ترعة عامة او من ترعة خاصة مملوكة له، او من ترعة خاصة مملوكة للغير، ولكن تقرر له عليها حق الشرب، وذلك في نظير تعويض عادل يعطي للجار مقدماً (أنظر م ٥٤/٣٣ من التقنين الحالي، وهي تقتصر علي اعطاء حق المجري للمياه اللازمة للري، المادة ٩ من لائحة الجسور فتوسع في حق المجري وتجعله للمياه الكافية للري وبذلك أخذ المشرع).

٤- بقي حق المسيل، وقد أعطاه المشرع لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام فيكون له الحق في ان يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفي الجار حاجته، او في ان ينشئ مصرفاً خاصاً علي نفقته في أرض الجار ليصل الي المصرف العام. وفي الحالة الأولى يشترك مالك الأرض في نفقة المصرف الخاص الذي أنشأه الجار وفي صيانتة، بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع من المصرف (م ١١٧٢) فقرة ٢ من المشروع). وفي الحالة الثانية يعطي الجار مقدماً التعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لانشاء المصرف (م ١١٧٣ من المشروع، وانظر أيضاً م ٥٤ من التقنين المختلط، و م ١٥ من لائحة الترع والجسور. امام المادة ٣٣ من التقنين الأهلي فلم نقرر حق المسيل). وهناك حق مسيل للمياه الطبيعية عرض له المشروع في المادة ١١٧٧، فأوجب علي مالك الأرض المنخفضة ان تنزل في أرضه المياه التي تتحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة عنها، كمياه الأمطار، وليس لمالك الأرض المنخفضة ان يقيم جسراً يسد الماء، كما انه ليس لمالك الأرض المرتفعة ان يأتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب ان تتحمله الأرض من ذلك (انظر م ٤٦/٤٢ من التقنين الحالي).

٥- وهناك احكام عامة تنظم حقوق الشرب والمجري والمسيل جميعاً، نقلها المشروع من لائحة الترع والجسور. فالمادة ١١٧٤ تعطي للجار الذي ترتب علي أرضه حق مجري او مسيل، فأصابه ضرر من المسقاة او المصرف الذي يمر بأرضه، للحق في أن يطلب تعويضاً كاملاً ممن ينتفع بهذه المسقاة او المصرف، سواء نشأ الضرر عن عدم التطهير او عن سوء حالة الجسور او عن أي سبب آخر ينسب الي خطأ المالك المنتفع (انظر م ١٦ من لائحة الترع والجسور).

واذا انتفع بالمسقاة او المصرف أشخاص متعددون، سواء لأنهم اشتركوا جميعاً في الانشاء، او لأن واحداً منهم هو المنشئ وثبت للباقي حق الانتفاع وفقاً لما تقدم من الأحكام، فانهم يشتركون جميعاً في الاصلاحات الضرورية، ويجبرون علي ذلك بناء علي طلب أي واحد منهم (م ١١٧٥ من المشروع، وهي توافق م ١٨ من لائحة الترع والجسور). وقد أبقى المشروع لي اختصاص الجهات الادارية (وهي رجال الادارة ورجال الري) المنصوص عليها في لائحة الترع والجسور بالفصل في المنازعات المتعلقة بكل هذه الحقوق، فحسم بذلك خلافاً قائماً في ظل التقنين الحالي، اذ يتنازع الاختصاص العادي والجهات الادارية وحدها هي المختصة، اذ هي أصلح للنظر في مثل هذه المنازعات علي انها تخضع لرقابة المحاكم اذا هي خرجت عن اختصاصها او خالفت الاجراءات المبينة في اللوائح^(١).

رأي الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨١١ مدني للمسقاة الخاصة وللمصرف الخاص وقد يتعدد المنتفعون بالمسقاة الخاصة، هم ملاكها واشتركوا جميعاً في انشائها، او من منشئها واحد وحصل آخرون علي حق الشرب منها. عندئذ يشتركون جميعاً في

(١) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٦.

الاصلاحات الضرورية، ويجبرون علي ذلك بناء علي طلب أي واحد منهم (الأعمال التحضيرية).

فسواء أكان المنتفعون كلهم ملاكاً للمسقاة أو كان بعض منهم مالكا وبعض له حق الشرب، فالجميع ملزمون بتطهير المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم (١).

٢- استقي المشرع حكم نص المادة ٨١١ مدني من المادة ١٨ من لائحة الترع والجسور.

ويلاحظ أن الشكوي تكون مقبولة من كل ذي شأن، فلا يشترط ان يتقدم بها منشئ المسقاة أو المصرف، بل يصح قبولها من أحد الجيران الذين تقرر لهم حق الانتفاع بهما وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدني.

ولما كان اصلاح مسقاة أو مصرف من الأمور التي لا تحقق مصلحة المنتفعين بهما فحسب، بل انها تحقق مصلحة الزراعة أيضاً وهي مصلحة عامة، فقد قررت المادة ١٨ من لائحة الترع والجسور ان تقوم الحكومة بالاصلاحات اللازمة علي نفقتها ان تعذر ذلك علي أصحاب الشأن، ويجوز ان تحصل الحكومة ما انفقته من المتفعين في عدة مواعيد بحسب مقدرتهم، كما يجوز اعفاؤهم بقرار من وزير الداخلية اذا تحقق عدم اقتدراهم (٢).

٣- تقضي المادة ٨١١ مدني بالتزام المنتفعين بمسقاة أو مصرف بالقيام بما يلزم لها من اصلاحات ضرورية. وتعيد المادة ١٠ من قانون الري والصرف الجديد رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ (المعدل بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٨٨) النص علي هذا الالتزام، فتقضي بأن أصحاب الأراضي المنتفعة بالمساقى والمصارف الخاصة، مكلفون- علي نفقتهم- بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة، وتقضي المادة ١١ من نفس القانون بأنه اذا لم يقم أصحاب الأراضي بأجراء ما هو مبين في المادة السابقة جاز لمفتش الري (بناء علي تقرير وكيل التفتيش أو علي شكوي من ذي الشأن) ان يكلفهم بتطهير المسقاة أو المصرف أو بازالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافة أو بصيانتها أو بترميم جسورها أو باعادة انشاء الجسور في موعد معين، والا قام بتفتيش الري بأجراء ذلك وتحصيل النفقات بالطرق الادارية من أصحاب الأراضي كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمسقاة أو المصرف، ويحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير (٣).

٤- تنص المادة ٨١١ مدني علي انه اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو بمصرف علي القيام بالاصلاحات الضرورية جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء علي طلب أي واحد منهم. وبصياغة مقارنة نصت المادة ١١ من قانون الري والصرف علي ان

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السهوري- المرجع السابق- ص ٧٢٥ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٩١ و ٢٩٢، والحقوقي العينية- للدكتور عبد المنعم البدرابي- المرجع السابق- ص ٤٠٤.

(٣) حق الملكية- للدكتور جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص ٨٦- وحق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٧٠ و ٧١.

أصحاب الأراضي المنفعة بالمساقى والمصارف الخاصة مكلفون علي نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة.

وهذا الحكم الوارد في النصين المتقدمين حكم عام يشمل جميع صور تعدد المنفعين بمصرف خاص او بمسقاة خاصة- يستوي ان يكونوا جميعاً قد اشتركوا في الانشاء او ان واحداً منهم كان هو المنشئ وثبت للباقيين حق الانتفاع. ويستوي أيضاً أن يكون بعض منهم مالكا والبعض الآخر له حق الشرب او المسيل.

والنفقات التي يلزم بها كل منافع هي نفقات الاصلاحات الضرورية، وهي التطهير والصيانة وحفظ الجسور. وتقدر علي أساس نسبة مساحة الأرض متي كان الانتفاع املا، فاذا كان جزئياً دخل في التقدير بجانب مساحة الأرض مقدار الاستفادة. والتزام المنافع بنفقات الاصلاحات الضرورية ليس التزاماً عينياً، ومن ثم فهو لا يسقط حتي ولو تخلي المدين به عن استعمال المصرف او المسقاة^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- جعلت المادة ٧٧ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن الري والصرف (الملغي) الاختصاص بطلب التعويض في الأحوال الخاصة التي نص علي استحقاق التعويض فيها عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ بعض أحكامه الي لجنة ادارية. ومفاد ذلك ان اختصاص اللجنة الادارية مقصور علي طلب التعويض في غير هذه الحالات المحددة بالقانون المذكور، اما طلبات التعويض في غير هذه الأحوال فان الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية بنظر جميع الانزعة الا ما استثنى منها بنص. فاذا كان الطاعن قد طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بأرضه نتيجة لما يدعيه من ان الحكومة لم ترع الأصول الفنية في انشاء المصرف ولم تتعهده بالصيانة والتطهير، وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣، فان اللجنة الادارية سالفة الذكر لا تكون متخصصة بنظره.

(نقض- جلسة ١٩٦٣/١/٢١- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٤- ص ٢٠٣)

٢- وفقاً للمادة الثانية من لائحة الترع والجسور الصادرة بالأمر العالي المؤرخ ١٢ فبراير سنة ١٩٨٤ تعتبر مسقاة كل قناة او مجري معدة لري أراضي بلد واحد او بلدين او لري أرض لمالك واحد او لعائلة مشتركة ولو كانت المسقاة في زمام عدة بلاد، وتعتبر المساقى جميعها أملاكاً خصوصية، والمنفعون بها هم المكلفون بتطهيرها وصيانتها، ويجوز للحكومة عند التأخير في تطهيرها ان تطهرها علي نفقة هؤلاء المنفعين.

(نقض- جلسة ١٩٧٠/٦/١١- مجموعة المكتب الفني- السنة ٢١- مدني ص ١٠٤٩)



(١) - الملكية الخاصة- للدكتور أحمد سلامة- المرجع السابق- ص ٣٦١ وما بعدها.

مادة (٨١٢)

(١) مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل. ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك.

(٢) علي أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناءً على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٨٢١ لبيي و ٩٧٧-٩٧٩ سوري و ١٠٥٩ عراقي و ٧٠٢ سوداني و ٧٤-٧٦ قانون الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

١- هذه النصوص (م ١١٧٨-١١٨٠) تقرر حق المرور للغير على أرض المالك، وأهمها المادة ١١٧٨ وهي التي تقرر حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام، وتقابل المادة ٦٥/٥٣ من التقنين الحالي ويلاحظ في المقارنة بينهما ما يأتي:

(أ) المشروع أوسع من التقنين الحالي في تقرير حق المرور من ناحيتين: الناحية الأولى أنه لا يكفي بإعطاء حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام حبساً تاماً، بل يعطيه أيضاً للأرض المتصلة بالطريق العام ولكنها لا تتصل به إلا بممر غير كاف لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة ومشقة كبيرة. والناحية الثانية أنه متي ثبت لأرض حق المرور، فإن المشروع يقضي بأن يعطي لها هذا الحق بالقدر اللازم لاستغلالها واستعمالها على الوجه المناسب، سواء كان الاستغلال زراعياً أو صناعياً، أو كان المرور لمجرد الاستعمال كما تقدم. وينتهي حق المرور إذا اتصلت الأرض بالطريق العام من ناحية أخرى فلم يعد حق المرور ضرورياً، ويسترد صاحب الأرض من التعويض الذي كان قد دفعه في حق المرور القدر المناسب.

(ب) قرر المشرع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً من المرور في العقارات المجاورة الأخرى، وفي موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك وفي هذا تقييد عادل لحق المرور يقابل التوسع السابقة.

(ج) قرر المشرع أيضاً تقييداً عادلاً لحق المرور يقضي بأنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناءً على تصرف قانوني، وكان من

المستطاع ايجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا في هذه الأجزاء.

وهذا حكم معقول، فان العقار الذي يكون متصلاً اتصالاً كافياً بالطريق العام، ثم يجزئه مالكه بتصرف يرضاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءاً منه عن الطريق العام، فحق المرور لهذا الجزء يجب ان يتقرر علي الأجزاء الأخرى، كما كان الأمر قبل تجزئة العقار. وفي هذه القاعدة توسع في مبدأ تخصيص المالك الأصلي الذي سيأتي ذكره فيما يلي، وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط في الحالة التي نحن بصددنا ان يكون المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء علي الأجزاء الأخرى. علي انه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرر حق المرور بتخصيص المالك الأصلي، حتي لو كان الجزء المرتفق لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام بل كان له ممر كاف من ناحية أخرى.

٢- وقرر المشرع (مادة ١١٧٩) الي جانب حق المرور، حق دخول الغير في أرض المالك او المرور فيها كلما تبينت ضرورة ذلك، وقد تأتي الضرورة من وجوب قيام الجار بأعمال ترميمية او انشائية تقتضيه ان يستعمل أرض المالك، او من وجوب دخول الجار أرض لمالك لاستعادة أشياء ضائعة، او لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى، كتوقي خطر يهدده لا يستطيع توقيه الا من أرض المالك.

ويلاحظ أن تدخل الجار هنا في انتفاع المالك بملكه لم يشرع ليتوقي به الجار خطراً داهماً فحسب، بل شرع أيضاً لالتماس منفعة كبيرة تعود علي الجار، هي أعظم بكثير من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل. ويجب في كل الأحوال تعويض المالك عما أصابه من الضرر تعويضاً عادلاً.

٣- ويقرر المشروع (مادة ١١٨٠) أخيراً انه يجوز للجمهور ان يمر من أرض المالك، اذا أصبح المرور من الطريق العام متعذراً، علي ان يكون المرور بالقدر المعقول، وعلي ان تعوض الجهة الادارية المالك عن الضرر الذي يصيبه من مرور الجمهور.

وواضح أن هذا الفرض تقرر فيه حق المرور علي أرض المالك لا لمصلحة عقار آخر بل لمصلحة الجمهور، فهو يختلف عن الفرضين السابقين، ولكنه لا يزال تطبيقاً للقاعدة الجوهرية التي تجيز التدخل في انتفاع المالك بملكه، اذا حقق هذا التدخل مصلحة أكبر بكثير من الضرر الذي أحدثه. فهو وان كان لا يمكن ان بوصف بأنه حق ارتفاق، يعتبر علي كل حال قيماً من القيد التي ترد علي حق الملكية^(١).

رأي الفقه:

يتبين من نص المادة ٨١٢ مدني ان هناك امراً اساسياً لا بد من قيامه للحصول علي حق المرور الذي يقرر القانون قيماً علي الملكية، هو ان تكون هناك أرض محبوسة عن الملكية العام. والحبس عن الطريق العام يقتضي ان يعطي للأرض المحبوسة ممر الي هذا الطريق لاستغلال الأرض واستعمالها علي الوجه المألوف.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٥١٥ و ٥٢.

وضرورة ايجاد ممر للأرض المحبوسة يقتضي البحث أين يكون موضع هذا الممر. فقد وضع القانون لذلك ضوابط معينة. ومتى أعطي لصاحب الأرض المحبوسة ممر يؤدي الي الطريق العام. فقد وجب عليه ان يدفع تعويضاً.

١- فيجب، حتي يفرض القانون علي المالك ان يتحمل مرور الجار في أرضه، أن تكون أرض الجار أرضاً محبوسة عن الطريق العام. ومعني كون الأرض محبوسة عن الطري العام الا يكون لها منفذ الي هذا الطريق، فتكون محاطة من جميع الجوانب بأراضي الجيران، ولا سبيل للجار الي الطريق العام الا ان يمر في احدي هذه الأراضي او في بعض منها. وتعتبر الأرض محبوسة حتي لو كان لها ممر ولكنه غير كاف (م ٨١٢ / ١ مدني).

وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما اذا كانت الأرض لا منفذ لها الي الطريق العام، او لها منفذ غير كاف، ومن ثم تعتبر أرضاً محبوسة. ويلجأ في ذلك عادة الي أهل الخبرة، وقد يأمر باجراء معاينة الأرض علي الطبيعة. ويستوي أن تكون الأرض المحبوسة أرضاً زراعية، كما هو الغالب، او أرضاً عليها بناء كمصنع او متجر او مسكن او أرضاً فضاء.

كما يستوي ان يكون من يطلب حق المرور هو المالك للأرض المحبوسة، او كان له حق انتفاع عليها، او كان محتكراً، او كان ناظراً وقف، ولا يجوز للمستأجر ولا للمزارع ان يطالب بحق المرور لأن حق كل منهما حق شخصي، وليس له الا ان يلجأ الي المالك ليطلب بهذا الحق.

واذا انفك الحبس بوجود منفذ الي الطريق العام (كاستحداث طريق عام بجوار الأرض المحبوسة، او باكتساب مالكة أرض مجاورة لها منفذ الي الطريق العام)، فان الراجح في الفقه المصري انه وقد انفك الحبس عن الأرض فان حق المرور يكون قد فقد السبب في بقاءه، ومن ثم يزول، وعلي ذلك يستطيع صاحب الأرض المجاورة التي يباشر فيها حق المرور ان يطلب انتهاء هذا الحق. ويختار استاذنا الدكتور السنهوري هذا الرأي لأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة حق المرور القانوني، باعتباره قيداً علي ملكية الأرض المجاورة وهو منوط بانحباس الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور، فاذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر، ونص المادة ٨١٢ / ١ مدني صريح في اشتراط بقاء الانحباس.

كما ان اغلبية رجال الفقه المصري يذهبون الي القول بزوال حق المرور متي زال الانحباس حتي لو بقي الانحباس خمس عشرة سنة باشر الجار في اثائها حق المرور، فان استعماله لهذا الحق كان بسبب الانحباس مباشرة لقيد وارد علي الملكية، فلا يترتب عليه ان يمتلك الحق بالتقادم، وهو انما ملكه بحكم القانون وبقي يملكه بحكم القانون مهما طالت المدة، وليس المرور هنا حق ارتفاق حتي يكسب بالتقادم.

(الحقوق العينية. حق الملكية. للدكتور اسماعيل غانم. فقرة ٥٦ ص ١١٩، والحقوق العينية. حق الملكية. للدكتور محمد كامل مرسى. فقرة ٣٤٣ ص ٣٧٦، ٣٧٧، وحق الملكية. للدكتور محمد علي عرفه، والحقوق العينية. للدكتور حسن كيرم فقرة ٧٣ ص ٢٢٦، وحق الملكية. للدكتور منصور مصطفى منصور. فقرة ٣٢ ص ٧٦. هامش ١)

٢- الممر الذي يحصل عليه صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام هو الممر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علي وجه المألوف (أرضاً زراعية- او مصنع- او فضاء).

وقد تتغير حاجات الأرض المحبوسة، فبعد ان كان الممر المعطي لها كافياً يصبح غير كاف، وعندئذ يجب توسيع الممر بما يتناسب مع الحاجات المستجدة. وقد يقتضي الأمر استبدال ممر آخر بالممر القديم يكون مناسباً لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة. ولا يجوز الاعتراض علي ذلك بأن صاحب الأرض المحبوسة قد زاد من اعباء حق المرور بارادته وحده، ذلك انه يجب ان يكون حراً طليقاً في نشاطه وفي تجديده لأنواع النشاط الذي يقوم به، كما لو كانت أرضه غير محبوسة، فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة ولا يجوز تقييده في ذلك ما دام في نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه.

٣- وبالنسبة للتقادم في تعيين موضع، يحسن التمييز بين الصور التالية:
(أ) اذا توافرت شروط حبس الأرض عن الطريق العام، وأصبح للأرض المحبوسة حق المرور في الأراضي المجاورة، فان هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال، مهما طال الأمد علي عدم استعماله، ما دامت الأرض محبوسة، فهو قيد يرد علي الملكية، ويبقي ما بقيت شروط هذا القيد قائمة، فيستطيع صاحب الأرض المحبوسة ان يطالب بحق المرور في أرض الجار.

(ب) اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد استعمل حق المرور القانوني فعلاً في أرض مجاورة، ولكن دون أن يراعي القواعد الخاصة بموضوع الممر، فمر في موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً مثلاً، او اختار الطريق الأطول دون مبرر، فان لصاحب الأرض المجاورة ان يعترض علي ذلك، ولكن اذا بقي صاحب الأرض المحبوسة يمر في الموضع الذي اختاره، دون ان يعترض عليه الجار، وبقي يمر في هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة، فان حقه في المرور في هذا الموضع يثبت بالتقادم. ولكن التقادم هنا لا يكون تقادماً مكسباً. اذ ان صاحب الأرض المحبوسة قد عني ان يستعمل حق المرور القانوني، لاحق اتفاقاً، وانما اختار موضعاً له لا يتفق مع القواعد المقررة، فيكون التقادم في هذه الصورة تقادماً مسقطاً، اذ يتقادم حق الجار في الاعتراض علي الموضع الذي اختاره صاحب الأرض المحبوسة، ما دام قد بقي ساكناً دون أن يعترض مدة خمس عشرة سنة.

(ج) اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اختار ممراً له لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني، بل في عقار آخر بقصد استعمال حق مرور ليس هو حق المرور القانوني، او كانت الأرض، غير محبوسة عن الطريق العام، ولكن صاحبها مر في أرض الجار، لأن المسافة الي الطريق العام أقصر وأيسر. فاذا بقي صاحب الأرض في الحاليتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة، فانه يكسب حق ارتفاق بالمرور في الأرض التي يمر فيها طول هذه المدة، وذلك بحكم التقادم المكسب، فحق المرور يجوز كسبه بالتقادم اذا كان ظاهراً.

(د) اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد حصل علي حقه القانوني في المرور في أرض الجار في موضع يتفق مع القواعد المقررة بحيث لا يكون للجار حق في الاعتراض. ولكن صاحب هذه الأرض لم يمارس حقه فعلاً في المرور من هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة. فانه في هذه الصورة يفقد بعدم الاستعمال الحق الذي كان قد كسبه واذا اراد المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محبوسة جاز له ذلك، ولكن بموجب حق مرور جديد وفي مقابل تعويض جديد.

٤- تقضي المادة ٨١٢ / ١ مدني بوجوب ان يدفع صاحب الأرض المحبوسة تعويضاً عادلاً للجار في نظير حق المرور في أرضه، فيقول النص: " وذلك في نظير تعويض عادل ". فاذا لم يتفق الطرفان علي مقدار هذا التعويض تولي القاضي تحديده، بعد الاستعانة بخبير يقيم الضرر الذي أصاب الجار بتثقيل أرضه بحق مرور لصاحب الأرض المحبوسة، ولا يعتد بالفائدة التي كسبتها الأرض المحبوسة من جراء المرور، فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة.

ومتي تحددت قيمة الضرر حكم القاضي بها تعويضاً للجار، ولا يجوز الحكم بتعويض اضافي لو ان الضرر الذي أصاب الجار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار في أرضه، وانما يجوز الحكم بتعويض اضافي لو ان صاحب الأرض المحبوسة هو الذي أدخل تعديلات في استغلاله لأرضه وترتبت عليا زيادة في عبء حق المرور. ولا يشترط حتماً ان يعجل دفع التعويض، وليس من الضروري ان يقدر القاضي التعويض مبلغاً اجمالياً يدفعه صاحب الأرض المحبوسة للجار، بل يصح ان يجعل التعويض علي أقساط تدفع في اوقات معينة. كما يصح ان يجعل التعويض ايراداً مرتباً يدفع في أول كل سنة.

ولكن يجوز للجار، في جميع الأحوال، ان يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور قبل ان يدفع التعويض المستحق في ذمته واجب الأداء، وذلك تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس. فاذا مر صاحب الأرض المحبوسة فعلاً في أرض الجار قبل ان يدفع التعويض لا يسأل جنائياً عن دخول أرض الغير دون حق (م ٨٧ / ١ و ٣٧٣ عقوبات).

ودعوي المطالبة بالتعويض تتقادم بخمس عشرة سنة، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوي. فاذا حصل صاحب الأرض المحبوسة علي حق المرور في أرض الجار، سواء بالاتفاق او بموجب حكم قضائي، او مارس حق المرور فعلاً دون اتفاق او حكم، فان التعويض يصبح مستحقاً. فاذا سكت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه فان دعواه تسقط بالتقادم. واذا حكم للجار بالتعويض، او تراضي عليه مع الطرف الآخر، وكان التعويض مبلغاً اجمالياً، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ استحقاق المبلغ او منذ استحقاق أي قسط منه، فانه يسقط هنا أيضاً بالتقادم. بل اذا كان التعويض المحكوم به او المتفق عليه ايراداً يتجدد كل سنة، فان هذا الايراد يسقط بخمس سنوات شأنه في ذلك شأن، كل دين دوري متجدد^(١).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوي - المرجع السابق - ص ٧٥٢ وما بعدها.

٢- بمقارنة نص المادة ٨١٢ مدني بالمادة المقابلة لها في القانون القديم (الملغي) يتضح:

(أولاً): ان المشرع قد توسع في تقرير حق المرور، فلم يجعله للأرض التي ليس لها اتصال مطلقاً بالطريق العام فحسب، بل أعطاه أيضاً للأرض التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، وجعل العبرة في تقدير كفاية الممر او عدم كفايته بالقدر اللازم لاستغلال الأرض واستعمالها علي الوجه المألوف، ولهذا التوسع أثره في الأحكام الواجب اتباعها عند منح هذا الحق، علي ما سيأتي.

(ثانياً): قضى المشرع باستعمال هذا الحق في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك، فجعل بذلك لصاحب الأرض التي يطلب تحميلها بحق المرور ان يدفع هذا الطلب باثبات امكان تقرير هذا الحق علي ارض أخرى مجاورة للعقار المحبوس، وأن الضرر الذي يلحق بهذه الأرض من تقرير ذلك الحق أهون من الضرر الذي يلحق أرضه هو لو أختيرت للمرور.

(ثالثاً): أن المادة ٦٥/٤٣ مدني قديم (ملغي) كانت تشترط دفع التعويض مقدماً، أما المادة ٨١٢ مدني فلا تتضمن هذا الشرط وبذلك يمكن الحكم بدفع التعويض منجماً.

(رابعاً): قررت المادة ٨١٢ مدني انه اذا نشأت حالة الانحصار عن تجزئة عقار تمت بناء علي تصرف قانوني، وجب تقرير المرور في الأجزاء التي انفصلت من هذا العقار ان كان من المستطاع ايجاد ممر كاف فيها، وهذا حكم معقول.

وقضت المادة ٨١٢ مدني ان منح حق المرور يكون في نظير تعويض عادل، فاذا لم يتفق الطرفان علي مبلغ التعويض، فانه يقدر بمعرفة المحاكم، ويراعي في تقديره ان يكون متناسباً مع ما يعود علي مالك العقار الخادم من ضرر، بصرف النظر عن مدي الفائدة التي تتحقق للعقار المخدم وللقاضي ان يستعين في تقدير التعويض برأي الخبراء.

وقد اختلف في موعد بدء هذا التقادم المسقط. فذهب البعض الي ان المدة لا تسري الا من تاريخ تقدير التعويض بالتراضي او بحكم القاضي، وحجتهم في ذلك ان التعويض شرط أساسي في الممر القانوني، فحتي يقدر التعويض لا يكون هناك ممر قانوني، وبالتالي لا ينشأ الحق في المطالبة بالتعويض، فلا يتصور سقوطه قبل استحقاقه.

وظاهر أن هذه حجة واهية، فما يسقط بالتقادم هو الالتزام بدفع التعويض لا مبلغ التعويض. وهذا الالتزام ينشأ من بدء استعمال الممر للتخلص من حالة الانحصار، فاذا سكت العقار الخادم عن المطالبة بالتعويض، فان حقه في المطالبة به يسقط بمضي ١٥ سنة من وقت بدء الاستعمال.

واذا كان استعمال الممر مشتركاً بين عدة اشخاص، فانهم لا يعتبرون متضامنين في دفع التعويض، لأن دين التعويض ليس من الديون التي لا تقبل الانقسام بأنه عبارة عن مبلغ من النقود، كما ان التضامن لا يتقرر الا بالاتفاق او بنص القانون^(١).

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٩٧ وما بعدها، وكتابه: التقنين المدني- ص ٥٩٧ و ٥٩٨.

٣- من نص المادة ٨١٢ مدني يتضح ان القانون اذ يقرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، حق المرور في ارض جاره، الي الطريق العام، يضع لذلك شروطاً، ويضع قواعد تعيين الممر بالصورة الأقل ضرراً بالجار، كما يقرر حقه في التعويض العادل، ثم يضع حكماً خاصاً تحقق الانحباس بتصرف من المالك يؤدي الي تجزئة الأرض، فيجعل المرور في اجزاء هذه الأرض أولاً، فلا يتقرر علي ارض الغير الا اذا تعذر ايجاد ممر في هذه الأجزاء.

ونص المادة ٨١٢ مدني يتكلم عن حق مالك الأرض المحبوسة في طلب المرور بأرض الجار. ولكن هذا الحق يثبت ايضاً لكل من له حق في عيني علي هذه الأرض يخوله حق استعمالها او استغلالها، كالمنتفع او صاحب حق الاستعمال او السكاني، فلهم بمقتضي حقوقهم العينية سلطة مباشرة علي الأرض في استعمالها واستغلالها، نتيج لهم المطالبة بكل ما يعين علي هذا الاستعمال والاستغلال. اما اصحاب الحقوق الشخصية، كمستأجر الأرض، فرغم ما قد يكون له من مصلحة في المرور لا يحق له أن يطلب المرور باسمه، بل لا بد من أن يكون طلبه لهذا الحق عن طريق المالك المؤجر، بمقتضي ما للمستأجر من حق مطالبته بتمكينه من الانتقال بالعين المؤجرة^(١).

٤- عرض المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدني هو ان يكون هناك عقار متصل بالطريق العام ثم يتجزأ بمقتضي تصرف قانوني، كأن يبيع المالك جزءاً ويستبقي الجزء الآخر، او يبيع جزءاً من العقار الي مشتري والجزء الآخر الي مشتر ثان، او يكون العقار مملوكاً علي الشيوع لعدة شركاء ثم يقسم بينهم فيختص كل منهم بجزء، ويكون من شأن هذه التجزئة ان يصبح جزءاً او أكثر محبوساً عن الطريق العام، ويمكن ايجاد ممر كاف لهذا الجزء في الأجزاء الأخرى، أي لا يجوز له ان يطالب بالمرور في أي عقار آخر مجاور.

والحكمة من تقرير هذا الحكم انه لما كان الانحباس عن الطريق العام نتيجة تصرف قانوني أي عمل ارادي من جانب المالك او الملاك المشتاعين، فيجب بقدر الامكان الا نحمل الملاك الآخرين قيلاً علي حقوقهم بسبب هذا العمل الارادي، وانما يتحمل اطراف التصرف انفسهم ما يترتب علي تصرفهم من نتائج.

ولا يقتصر الأمر في هذه القاعدة علي مجرد تعديل في احكام حق المرور القانوني المنصوص عليه في الفقرة الأولى من النص ينحصر في تحديد الأماكن التي يتم فيها المرور، كما قد يفهم من عبارة النص ومذكرته الايضاحية، وانما قرر المشرع حقاً يختلف في مصدره وبالتالي ما هيته عن حق المرور القانوني في الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني بما يترتب علي ذلك من نتائج عملية^(٢).

٥- اذا توافرت شروط حق المرور القانوني، فانه يوجد بقوة القانون، فهذا الحق مقرر مباشرة بنص القانون لصالح العقارات المحبوسة عن الطريق العام ويقصد تيسير استغلالها. فاذا لم يتفق الطرفان كان تدخل القاضي امراً لازماً لتعيين محل الحق

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٧١ وما بعدها.

ولتقدير التعويض، ولكن هذا لا ينفي وجود الحق قانوناً حتي قبل هذا التعيين. ويترتب علي ذلك النتائج التالية:

أن مرور العقار المحصور قبل تعيين الممر او دفع التعويض لا يوقعه تحت طائلة نصوص قانون العقوبات التي تعاقب علي دخول ملك الغير بدون اذن (راجع مثلاً المادة ٣٧٣ عقوبات) او علي المرور في أرض منزوعة او مهية للزرع وكان ذلك بدون حق قانوني (م ١/٨٧)، ذلك لأن مروره لا يعتبر بدون حق، وكل ما يترتب علي ذلك هو الزامه بدفع تعويض.

وإذا استمر استعمال المالك للممر سنة فأكثر استطاع ان يستعمل دعوي منع التعرض ضد مالك العقار المرتفق به اذا تعرض له في حيازته.

وطبقاً لنص المادة ٨١٢ مدني توافرات شروط وجود حق المرور القانوني، فان هذا الحق لا يستعمل الا في العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضرراً، وفي موضع يتحقق فيه ذلك.

ومعني ذلك انه اذا وجد أكثر من عقار يفصل العقار المحبوس عن الطريق العام، فان الممر لا يتقرر الا علي العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضرراً دون سائر العقارات، فقد يختار القاضي العقار الذي يكون فيه الممر أقصر السبل المؤدية الي الطريق العام، وقد يختار مسلكاً في عقار آخر اذا اتضح له ان المرور فيه أخف ضرراً.

ثم ان تحديد الممر في العقار المرتفق به يجب ان يكون في موضع منه لا يترتب عليه الا أخف ضرر ممكن. فالقانون قد أوجب مراعاة كون الارتفاق لا ينشأ عنه الا أخف ضرر ممكن.

علي انه يجوز اغفال صاحب الحق في المرور. وعلي القاضي ان يوازن بين مصالح الطرفين، بحيث لا يكون في الحل الذي يأخذ به في النهاية أي ارهاق لا مبرر له علي أحدهما.

ويكون تحديد المسلك علي حد تعبير المادة ٨١٢ مدني بالقدر اللازم لاستغلال أرضه (أي الأرض المحبوسة عن الطريق العام) واستعمالها علي الوجه المألوف، ويراعي في ذلك الحالة الحالية للعقار المرتفق، دون الحاجات المحتملة مستقبلاً. ومع ذلك فاذا وجدت حاجة للعقار المرتفق المطالبة بهذا الممر الجديد، وهو في هذه الحالة يلتزم بدفع تعويض جديد^(١).

٦- بعد أن حملت المادة ٨١٢ مدني الجار بحق مرور قانوني لمصلحة الأرض المحبوسة، قررت ان يكون ذلك في نظير تعويض عادل **une endemnite equitable** وهذا التعويض لقاء المرور فقط. ومن ثم فان ملكية الممر تبقى لصاحب الأرض المتصلة بالطريق العام، ولا يكون لمن يمر ان يأتي أي عمل فيه سوي المرور بالكيفية التي حددها الحكم او الاتفاق.

وإذا كان الممر قد تحدد بالاتفاق وكان المرور بمقابل تولي الطرفان تحديد قيمة المقابل. ويحكم هذا التحديد قاعدة أساسية هي أنه يقدر بحسب الضرر الذي يصيب

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البديوي- المرجع السابق- ص ٣٧٧ وما بعدها.

الجار من جراء المرور في أرضه، لا بحسب الفائدة التي تعود علي مالك الأرض المحبوسة من المرور في أرضه، لا بحسب الفائدة التي تعود علي مالك الأرض المحبوسة من المرور، فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة، بحيث اذا لم يوجد ضرر أصلاً فلا تعويض. وبحيث اذا زاد الضرر فيما بعد نتيجة تعديل أدخل علي استغلال الأرض المحبوسة حكم بتعويض اضافي أي تعويض جديد.

وليس هناك أي قيد تشريعي علي طريقة دفع التعويض، فلا يشترط ان يعجل، ولا يشترط أن يدفع مرة واحدة بل يمكن أن يكون علي أقساط تدفع في مواعيد معينة، او ان يكون في شكل ايراد مرتب يدفع كل سنة.

ولكن متي كان التعويض او قسط منه واجب الأداء كان من حق مالك الأرض المتصلة بالطريق العام ان يمنع صاحب المرور من المرور حتي قيامه بالدفع تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس، وان كان مروره بالرغم من هذا المنع لا يعرضه للعقوبة الجنائية عن دخول أرض الغير دون حق، فهو علي أية حال صاحب حق في المرور. واذا كان التعويض في صورة ايراد مرتب كل سنة، فان الأيراد السنوي يسقط بخمس سنوات بالتطبيق للمادة ١/٣٧٥ مدني. اما اذا كان مبلغاً واحداً مقسطاً او غير مقسط، فانه يسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت استحقاق القسط او المبلغ الاجمالي، يستوي في ذلك أن يكون التعويض قد تحدد اتفاقاً او قضاء، وكذلك يسقط بمضي هذه المدة التعويض الذي لم يتحدد في مقابل المرور اذا سكنت الجار عن المطالبة به خلال خمس عشرة سنة من وقت بدء صاحب الأرض المحبوسة في المرور.

وأخيراً، اذا انفاك الانحباس بعد ان حصل صاحب الأرض المحبوسة علي مرور في الأرض المجاورة لقاء تعويض وكان صاحب الأرض النافذة الي الطريق العام قد استوفي مقدماً كامل التعويض فانه كما يكون له ان يطلب انتهاء حق المرور، يكون عليه ان يرد قدراً من التعويض الذي أخذه يساوي الفرق بين كامل التعويض والقدر المناسب منه لقاء مباشرة المرور في أرضه طيلة المدة التي قام فيها الحق.

ويري اجماع الفقه في مصر ان يكون من حق صاحب الأرض النافذة ان يطلب انتهاء المرور في أرضه الذي لم يحمل به الا نتيجة للانحباس وذلك مهما طالت المدة التي استعمل فيها الحق، فالمرور يدور مع الانحباس وجوداً وعدمًا^(١).

٧- اذا تحقق الانحباس نشأ لمالك الأرض المحبوسة بقوة القانون حق في المرور علي الأرض او الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علي الوجه المألوف (م ٨١٢ / ١ مدني). ويستفيد من هذا الحق مالك أي أرض محبوسة، سواء اكانت أرضاً فضاء ام أرضاً مبنية، واذا كانت الأرض فضاء فيستوي ان تكون أرض زراعية ام غير زراعية. ورغم أن المادة ٨١٢ مدني لم تتحدث الا عن المالك، فمن المسلم ان حق المرور يثبت لكل صاحب حق عيني يخوله حقه الانتفاع بالأرض المحبوسة كصاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال، وصاحب حق السكني.

(١) الملكية الخاصة في القانون المصري- للدكتور أحمد سلامة- المرجع السابق- ص ٢٤٣ وما بعدها.

ولكن اذا كان المرور ينشأ بقوة القانون، فان مباشرة هذا الحق من جهة تعيين موضع المرور، وكيفيته تحتاج الي تنظيم واقعي لا يمكن ان ينص عليه القانون مقدماً، ويتم هذا التنظيم بالاتفاق بين مالك الأرض المحبوسة ومالك او ملاك الأرض التي تفصله عن الطريق العام، فيعين هذا موضع المرور وكيفيته وأوقاته، والتعويض الذي يلتزم مالك الأرض المحبوسة دفعه الي ملاك الأراضي المجاورة نظير المرور بأراضيهم.

فاذا لم يتفق هذا الاتفاق كان لمالك الأرض المحبوسة ان يلجأ الي القضاء طالباً تعيين موضع وطريقة المرور ومقدار التعويض الواجب (١).

٨- اذا كانت الأرض محبوسة عن الطريق العام، فلمالكها ولمن لهم هذا الحق المطالبة بالمرور القانوني ولا يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال مهما طال الأمر علي عدم استعماله ما دامت الأرض محبوسة عن الطريق العام. وينتهي هذا الحق متي زال انحباس الأرض عن الطريق العام، كما اذا شق بجوارها طريق، او صار لها منفذ يصل منها مباشرة الي الطريق العام. واذا استعمل من له الحق في المرور هذا الحق واختار له مكاناً في العقار الذي تقرر له عليه حق المرور غير مخالف لما توجبه المادة ٨١٢ مدني، فليس للجار ان يعترض علي ذلك. اما اذا مر في موضع من الأرض المجاورة ليس هو أخفها ضرراً للجار ان يعترض. فاذا سكت الجار ولم يعترض وظل الأخير يمر في هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة فان حقه هنا يثبت بالتقادم. والتقادم الذي نعينه ليس المكسب بل المسقط، اذ أن من يمر لا يستعمل حق ارتفاق بالمرور بل حق مرور مصدره القانون، وتسقط تبعاً لذلك دعوي الجار اذا اراد بها الاعتراض علي ما يفعله من له الحق في المرور بمضي المدة.

أما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اختار له ممراً آخر لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق مرور قانوني، بل في عقار آخر بقصد استعمال حق ارتفاق بالمرور. فاذا بقي مستعملاً بشكل ظاهر هذا الممر مدة خمس عشرة سنة، فانه يكسبه حق ارتفاق بالمرور في الأرض التي بقي يمر فيها طول هذه المدة وهذا هو التقادم المكسب. ويشترط لاكتساب هذا الحق بالتقادم ان يتوافر للحيازة عناصرها المادي والمعنوي. اما اذا ثبت ان ترك صاحب الأرض يمر في الأرض المجاورة كان مبيناً علي التسامح فلا تقادم (٢).

٩- يكتسب صاحب العقار ارتفاقاً علي عقار جاره بأسباب ثلاثة عالج القانون في حق المرور واحداً منها وهو اكتساب هذا الحق بالنص جبراً علي صاحب العقار الخادم. وأما السببان الآخران فهما التقادم المكسب. ويشترط لاكتساب هذا الحق بالتقادم ان يتوافر العامة (١٠٥٩ مدني عراقي).

(١) موجز الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عمران- طبعه ١٩٧٩- ص ٢٨٤ وما بعدها.

وقد زاد القانون المصري قيدا لم يرد في القانون العراقي، وهو قوله في المادة ٨١٢/١: "ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام"، وهو قيد حسن، لأنه يفيد سقوط حق المرور في حالة حصول المطالب به علي ممر آخر من أرض أخرى بأية طريقة كانت، كأن يرث عقارا مجاورا أو ان يشتريه أو ان يستأجره، أو ان يكون له حق عيني عليه أو ان يحصل علي نصيب فيه باحد هذه الأسباب، لأنه عند ذلك يستطيع بطريقة ما الحصول علي المرور. وسبب ذلك أن تحميل العقار المجاور بالمرور هو كلفة يحمل بها المالك بحيث تعيق حق استعمال ملكيته استعمالا تاما فيكتفي من هذه الكلفة بمقدار الحاجة علي ان تزول كلما امكن رد هذه الكلفة علي صاحب الطلب نفسه لأن الضرورة تقدر بقدرها وما جاز لعذر بطل بزواله. وإذا ما ثبت حق المرور أعطي هذا الحق بالقدر اللازم لاستغلال العقار علي الوجه المناسب.

وليس للمطالب بحق المرور المطالبة بالتعويض مقابل اسقاطه هذا الحق أو قبل صدور الحكم باستحقاقه له. الا ان له ان يطلب به عند الامتناع من تنفيذ قرار المحكمة مع عرض الأجر المقرر.

والظاهر ان استحقاق التعويض في هذه الحالة لا يكون الا للمدة الواقعة بين قرار المحكمة والحصول علي الممر فعلا في حالة الحصول عليه والا كان معاونة بين المالك والمستأجر اذ أن هذا الاستثناء علي حق الملكية انما قدر للحاجة، وهي تكون منقضية عند الاستغناء عنها بالبيع أي بالحصول علي التعويض، ذلك لأن حق المستأجر مضمون بالقانون وله ان يحصل عليه بقوة التنفيذ.

وكما أنه ليس للمطالب بحق المرور الاستعاضة عنه من المالك مقابل اسقاطه، فليس له كذلك التنازل عنه للآخرين بمقابل أو بلا مقابل..

وليس له كذلك استغلال الممر الذي حصل عليه لمنفعة عقار آخر غير العقار شرع له الارتفاق الا اذا كان هذا العقار محبوسا عن الطريق العام ايضاً، ولا سبيل الي الحصول علي ممر له من عقار آخر. وفي هذه الحالة يصح ان يحكم بممر آخر أو باستعمال الممر الأول نفسه وبقاؤه علي حالة أو بتوسعته، وعند ذلك يعاد النظر في تقدير الأجر وفقاً للأحوال.

ويترتب حق المرور **droit de passsge** علي الملك الخاص، كما يترتب علي الملك العام مهما كانت صفة الملك مستحق الارتفاق. الا اذا كان الممر يؤدي الي تعطيل المنفعة المخصص لها الملك العام، أو كان تخصيصاً لا يقبل المرور كالمقابر.

ولا يترتب حق المرور الا علي العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً. وقد نصت علي هذا الحكم العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٩ مدني عراقي وهو ينطبق في حالة وقوع العقار بين عقارين أو أكثر بحيث يكون نفوذه من أحدها الي الطريق العام أيسر من نفوذه اليه من العقارات الأخرى. وهذا الممر يتحقق بأسباب عدة، كأن تكون طبيعة أحد العقارات سهلة أو يكون فيه ممر سابق أو ما الي ذلك مما يكلف نفقة أقل أو مشقة أخف أو ان يكون عليه القانون وهو خفة الضرر. وإذا تحققت خفة الضرر في عقار عنه في العقارات الأخرى وجب تحري حالة اخري

وهي اختيار الموضع الذي يستحدث الممر منه بأقل من الضرر الذي يتحمله المالك في الموضع الاخرى من عقاره وقد تهتدي المحكمة الي ٣٣٥٩٣٣٥ تقدير هذا العيب من تلقاء نفسها وقد تحتاج فيه الي تعيين أهل الخبرة.

اما بالنسبة لحق المرور بسبب تجزئة العقار، فقد نصت المادة ١٠٥٩ مدني عراقي علي انه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً من تجزئة عقار تمت بناء علي تصرف قانوني وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في اجزاء دون تجاوزها الي عقار آخر.

وقد اجمل النص الأسباب التي تقع بها تجزئة العقار بالتصرف القانوني. وذلك يشمل أن يكون بعقد او تبرعاً او بسبب القسمة. ففي كل من هذه الأحوال اذا انحبس جزء من العقار عن الطريق كان لمن وقع في نصيبه هذا الجزء ان يطلب ممرأ له علي الجزء الذي يتحمل من الضرر أخف من غيره بالنسبة الي الأجزاء الأخرى وبالمقدار الذي تسد به الحاجة. ويتبع في هذه الحالة جميع الشروط الواردة في الحالة السابقة. وعندئذ لا يكون لصاحب الجزء المحبوس حق المرور علي عقار آخر من الأجزاء التي كان متحداً معها قبل القسمة حتي انه اذا كان يطالب بحق المرور عليها ثم وقعت القسمة فاكنتسب حق المرور سقط حقه بالنسبة الي الأجزاء. كل هذا اذا لم يحسب للجزء المحبوس حق المرور من احد الأجزاء الأخرى، كما هو الغالب في القسمة التي تكون فيها احدي الحصص محبوسة عن الطريق (انظر المواد ١١٦٥ وما بعدها من " مجلة الأحكام العدلية "). وقد يتعدد الجزء المحبوس عن الطريق، وعندئذ لا تختلف الطريقة في ارتفاق جزئين او اكثر عنها في حالة ارتفاق جزء واحد فيترتب المرور علي عقارين او اكثر كما يترتب علي عقار واحد.

ومع ذلك فقد كفانا نظام الطرق والأبنية النافذ جميع المشاكل التي تنشأ من تجزئة العقار - التقسيم - ذلك أن علي صاحب العقار الذي يريد تقسيمه الي اجزاء لأغراض السكني ان يقدم لسلطة البلدية خريطة كاملة للعقار المجرء تحتوي علي جميع ضروريات السكن وفي أولها الطرق بالمسافات التي يتطلبها النظام علي ان يؤدي هذه الطرق جميعاً الي طريق عام موجود، وكثيراً ما يتعذر علي صاحب العقار المقيم ان يحصل علي منفذ لاجرائه الي الطريق العام، وعندئذ يكون مضطراً الي شراء عقار آخر او جزء منه يضمه الي العقار ليساعد علي وضع خريطة كاملة بحيث يتوافر لكل جزء منه النفوذ الي الطريق العام. وبهذا أغنتنا قواعد الادارة المحلية عن الجدل الفقهي في هذا الباب. أما في الأراضي الزراعية فان لجان تسوية حقوق الأراضي هي التي تنشئ او ترتب حقوق الاتفاقات الدائمة وتسجلها.

ويلحق بالتصرف القانوني الاستحقاق كما اذا استحق جزء محبوس عن الطريق العام او كان القسم المستحق هو النافذ الي الطريق العام وبقي الجزء الآخر محبوساً عنه فيترتب لهذا الجزء المحبوس ما يترتب له لو كان حبسه قد وقع بسبب تصرف قانوني كالقسمة والبيع. واذا كان العقار المحبوس شائعاً كان للشركاء مجتمعين او منفردين حق المطالبة بمرور له علي العقار المجاور.

أما إذا كانت الحصص مفرزة وليس من الميسور ترتيب حق مرور لها مجتمعة، فإن الحالة تكون وفق ما تقدم في حالة تعدد الأجزاء المحبوسة عن الطريق. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتجاوز في استعمال حق المرور بحيث يضر بالعقار الخادم ضرراً جسيماً أو يعطل منفعته أو يخرج به عن الاستعمال المعد له^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كانت الدعوي قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل الي أرضه، تأسيساً علي استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده علي ارتفاق المرور، ولم تؤسس علي ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له، فإن الحكم اذ قضى برفض الدعوي علي أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور، يكون قد خالف القانون.

(نقض- جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٣- ص ٥٥١، وانظر: نقض- جلسة

١٩٥٨/٣/١٣- المرجع السابق- السنة ٩- ص ٢١٢)

٢- لما كان الثابت ان المطعون عليهما اقاما الدعوي بطلب تقرير حق ارتفاق بالمرور لعقاريهما علي أرض الطاعنة بتخصيص المالك الأصلي تطبيقاً لنص المادة ١٠١٧ من القانون المدني، وطلباً احتياطياً الحكم بإنشاء ممر قانوني في أرض الطاعنة للوصول من أرضهما للطريق العام عملاً بما تقضي به المادة ٨١٢ من القانون المذكور من ان مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام او التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف يكون له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علي الوجه المألوف وذلك في نظير تعويض عادل. واذ قضت محكمة اول درجة برفض الطلب الأصلي مع الاحتفاظ للمطعون عليهما برفع دعوي مبتدأه بالطلب الاحتياطي. فقد استأنفا الحكم الابتدائي طالبين الغاءه والحكم لهما بالطلب الأصلي او بالطلب الاحتياطي، ولما كان موضوع الطلبين سالف الذكر لم يتغير وهو حق المرور، وان تغير مصدر الحق فيهما وهو الاتفاق في حالة ترتيب حق المرور بتخصيص المالك الأصلي، والقانون في حالة الطلب الخاص بإنشاء الممر القانوني، ولا تعد المطالبة بايهما في دعوي واحدة جمعاً بين دعويتين مختلفتين في الموضوع، وكانت المادة ٣/٤١١ مرافعات سابق الذي رفع الاستئناف في ظله قد أجازت للخصوم في الاستئناف مع بقاء موضوع الطلب الأصلي علي حالة تغيير سببه والاضافة اليه، لما كان ذلك فان تخلي محكمة اول درجة عن الفصل في الطلب الاحتياطي لا يؤثر علي قبوله اما محكمة الاستئناف، واذ قضى الحكم المطعون فيه في هذا الطلب بايجاد ممر قانوني في أرض الطاعنة ليصل أرض المطعون عليهما بالطريق العام، فانه لا يكون قد خالف القانون، ويكون النعي عليه بأنه فصل في الدعوي بإنشاء الممر دون ان يصدر فيها قضاء من محكمة اول درجة مخالفاً بذلك نظام التقاضي علي درجتين في غير محله.

(١) الملكية العقارية في العراق- للأستاذ حامد مصطفى- المرجع السابق- الجزء ١- ص ٧٩ وما بعدها.

ان مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ من القانون المدني انه اذا كان للأرض منفذ الي الطريق العام، ثم تصرف فيها تصرفاً قانونياً أدى الي جعل جزء منها محبوساً عن هذا الطريق، فيجب ان يتقرر حق المرور في الأجزاء الأخرى دون العقارات المجاورة كما كان الأمر قبل تجزئة العقار وبشرط أن يكون هذا مستطاعاً، فاذا لم يكن مستطاعاً اما لأن العقار كله كان من مبدأ الأمر محبوساً عن الطريق العام او لانه لم يتيسر الحصول علي ممر كاف في اجزاء العقار الأخرى، فانه يكون لمالك العقار عندئذ الحق في الحصول علي الممر الكافي في احد العقارات المجاورة وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ سالفه الذكر.

ولا يشترط حتي تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام الا يكون لها منفذ يؤدي الي هذا الطريق، بل يكفي لتحقيق هذه الحالة وفقاً لنص المادة ٨١٢/١ من القانون المدني ان يكون للأرض ممر الي الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا يتيسر لمالكها الوصول الي ذلك الطريق الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة، وهو أمر يستقل قاضي الموضوع بتقديره متى أقام قضاؤه علي أسباب سائغة.

وتقضي المادة ٨١٢/١ من القانون المدني بأن يكون المرور في الأراضي المجاورة التي تفصل العقار المحبوس عن الطريق العام علي ألا يستعمل هذا الحق الا في العقار الذي يكون فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه هذا الاعتبار، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه قضي بإنشاء الممر في ارض الطاعنة وفي المكان الذي حدده الخبير لانه لا يترتب علي ذلك الا إزالة حجرتين منفصلتين عن باقي الحجرات وحوائطها مشيدة بطريقة اندثرت من عشرات السنين ولا تتبع حتي في بناء العزب، وأن هذه هي أخف أضرار ممكنة تترتب علي إنشاء الممر، وهي قرارات موضوعية سائغة، وكانت المحكمة قد اقتنعت بكفاية الأبحاث التي أجراها الخبير وسلامة الأسس التي بني عليها رأيه، فان ما نثيره الطاعنة بشأن طريقة بناء الغرفتين المطلوب هدمها يكون جدلاً موضوعياً في كفاية الدليل الذي اقتنعت به محكمة الموضوع مما لا تجوز اثارته امام محكمة النقض.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١- المرجع السابق- السنة ٢٥- ص ١٥٤٧)

٣- إتصاف الطريق بأنه عمومي أو غير عمومي. أمر يبينه القانون. أثره. وجوب مراعاة المحكمة ذلك في قضائها. إعتدال المحكمة على تقرير الخبير الذي إنتهى إلى أنه طريق عمومي لمجرد وجوده على الخريطة المساحية. خطأ. علة ذلك. الخرائط المساحية لا تنهض بذاتها دليلاً على ثبوت الملكية أو نفيها.

إتصاف الطريق بأنه عمومي أو غير عمومي أمر يبينه القانون، فمن واجب المحكمة إذن أن تراعي في قضائها ما جاء بهذا القانون في هذا الصدد، فإن هي لم تفعل وإعتمدت فقط على قيام صفقة الطريق على تقرير الخبير المؤسس على مجرد وجوده على الخريطة المساحية ما يفيد أنه طريق عمومي كان حكمها خاطئاً، ذلك أن البيانات والخرائط المساحية لا تنهض بذاتها دليلاً على ثبوت الملكية أو نفيها ويتعين للإعتدال بها أن تكون قائمة على أسس يقرها القانون.

(الطعن ١٥١٧ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٩٢/٤/١٢ ص ٤٣ س ٥٧١)

٤- إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك في أسباب إستئنافه بأن عقار النزاع كان له باب من الناحية الغربية يتصل بالطريق العام وأن المطعون ضدها باعت جزءه المتصل بهذا الطريق لإحدى بناتها وأن الحكم المطعون فيه واجه هذا الدفاع الجوهرى الذي من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى بأن عقار المطعون ضدها "محبوس عن الطريق العام، ومرورها في أرض الطاعن أخف ضررا من مرورها في أرض غيره ممن لم تربطهم بها أية إتفاقات" دون أن يفتن إلى حالة انحباس الأرض بفعل البائع المنصوص عليها في المادة ٨١٢/٢ من القانون المدنى وتحجب بذلك عن بحث دفاع الطاعن فإنه فضلا عن مخالفته للقانون وخطئه في تطبيقه يكون مشوبا بقصور يبطله.

(الطعن رقم ٩٢٩ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/١١/٠٧)

٥- إن النص في الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ من القانون المدنى على أن: "إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء" يدل على أنه إذا تصرف مالك الأرض التي لها منفذ إلى الطريق العام في جزء منها تصرفا قانونيا أدى إلى حبس الجزء الآخر عن هذا الطريق فإن حق المرور لا يكون إلا في الجزء المبيع طالما كان ذلك مستطاعا ولو لم يكن المرور فيه أخف ضررا من المرور في العقارات المجاورة لأن الحبس كان بفعل البائع.

(الطعن رقم ٩٢٩ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/١١/٠٧)

٦- وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن النص في المادة ٨١٢/١ من القانون المدنى على أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتييسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررا وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يشترط حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها أي منفذ يؤدي إلى هذا الطريق بل يكفي لتحقيق هذه الحالة أن يكون للأرض ممرا إلى الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا يتييسر لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وإن إغفال الحكم بحث دفاع أيداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان الدفاع جوهريا مؤثرا في النتيجة التي انتهى إليها الحكم إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا في أسباب الحكم الواقعية ويترتب عليه البطلان.

(الطعن رقم ١٩٩٦ - لسنة ٦٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٤/١٠)

مادة (٨١٣)

لكل مالك ان يجبر جاره علي وضع حدود لأملكهما الملاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٨٢٢ لبيي و ١٠٦٠ عراقي و ٦٩٠ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

لم يعرض التقنين المدني للالتزام الجيران بوضع ما بين املاكهم المتلاصقة. ولكن تقنين المرافعات (م ٢٩/٢٦) جعل الدعاوي المتعلقة بوضع الحدود من اختصاص القاضي الجزئي فافترض وجودها.

وتتسبباً للتشريع نص المشرع علي هذا الالتزام. ودعوي وضع الحدود يراد بها ان تطبق المحكمة مستندات الجيران علي الطبيعة، لتعين الحد الفاصل ما بين الأملاك المتلاصقة، فتضع علامة مادية لهذا الحد. وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران علي حسب الرؤوس، ولو اختلفت مساحات الأراضي، ولكن نفقات مسح الأراضي ذاتها تكون علي أصحابها كل بنسبة مساحة الأرض التي يملكها^(١).

رأي الفقه:

١- المفروض- طبقاً لنص المادة ٨١٣ مدني- ان أرضين غير مبنيتين متلاصقتان، وهما مملوكتان ملكية خاصة لمالكين مختلفين، ويريد أحد المالكين او كلاهما وضع حدود فاصلة ما بين أرضيهما، حتي تتميز كل أرض عن الأخرى. ووجه ان وضع الحدود قيد علي الملكية هو ان كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر علي المساهمة في هذا العمل، فتتقيد بذلك حريته في ملكه بعد ان كان حراً في تحديد هذا الملك او في عدم تحديده، وذلك ما لم يتراض المالكان ويتفقا ودياً علي وضع الحدود، فان تعذر هذا الاتفاق، اما لرغبة احدهما في تجنب نفقات التحديد او لخشيته من ظهور زيادة في ملكه يكون قد اغتصبها او لغير ذلك من الأسباب، جاز للمالك الآخر ان يرفع علي المالك الأول دعوي تعيين الحدود.

ودعوي تعيين الحدود دعوي عينية عقارية، اذ تتعلق بقيد او بحق عيني علي عقار ليس بحق ارتفاق، وهي دعوي غير قابلة للتقادم ما دام سببها قائماً وهو التلاصق ما بين الأراضي المتجاورة.

ودعوي تعيين الحدود اذا لم تكن الملكية فيها محل نزاع تكون من اختصاص القاضي الجزئي مهما تكن قيمة الأراضي المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينها، فقد تبلغ هذه القيمة مقداراً كبيراً، ومع ذلك تبقى دعوي تعيين الحدود من اختصاص القاضي الجزئي. بل ويكون حكمه فيها نهائياً اذا لم تتجاوز قيمة الأراضي-

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٥٤.

وهو نادر - خمسين جنيهاً، فإذا تجاوزت هذا المقدار كان حكم القاضي الجزئي ابتدائياً يستأنف اما المحكمة الكلية.

والسبب في النزول بالاختصاص الي ادني مراتبه هو ان دعوي تعيين الحدود لا تتعرض لنزاع في الملكية، اذ المفروض ان الملكية ثابتة، وكل ما ثبت فيه المحكمة هي مسألة مادية يمكن في يسر بالالتجاء الي خبرة مهندس المساحة التحقق منها، وهي التعرف علي المعالم والحدود الفاصلة ما بين أرضين متلاصقين، ووضع علامات بارزة لهذه الحدود، وتحرير محضر بالتحديد، وتكون المحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة الكائن في دائرتها الأراضي المتلاصقة^(١).

واذا كانت الأرض ملاصقة للأمالك العامة او الدومين العام، فان جهة الادارة هي التي تعين حدود الملك العام بقرار يصدر منها لا عن طريق دعوي بتعيين الحدود، ولصاحب الأرض الملاصقة التعويض أمام المحاكم العادية. ولأي من المالكين المتلاصقين ان يكون طرفاً في دعوي تعيين الحدود، فيجوز لكل منهما ان يرفع هذه الدعوي علي الآخر، وكما يجوز للمالك ان يكون طرفاً في الدعوي، كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع وللمحتكر ولناظر الوقف ان يرفعوا دعوي تعيين الحدود. ولكن لا يجوز للمستأجر ولا للمزارع ان يرفع هذه الدعوي ولا ان يدخل طرفاً فيها فان حقه شخصي فليست له صفة في دعوي عينية كدعوي تعيين الحدود. ولما كانت هذه لدعوي من أعمال الادارة، فتكفي أهلية الادارة في التقاضي. ويجوز للولي او الوصي او القيم او الوكيل وكالة عامة او ناقص الأهلية اذا كان يملك أعمال الادارة ان يرفعها او ترفع عليه، وذلك ما لم تختلط بنزاع في الملكية فعند ذلك تجب أهلية التصرف. وللتحديد عمليتان رئيسيتان، تتلوهما عمليتان تنفيذيتان.

فالعمليتان الرئيسيتان، هما:

- ١- فحص سندات التملك للاستيثاق من مساحة الأراضي المتلاصقة المذكورة في هذه السندات. وليس من الضروري ان تكون هذه السندات مشتركة بين أطراف الدعوي، ويقترن بذلك معاينة الأرض علي الطبيعة، للتعرف علي أوضاعها وشكلها ومن هي تحت حيازته والعلامات المادية الموجودة فيها.
- ٢- مسح الأرض أو الأراضي المتلاصقة للاستيثاق من مساحتها الحقيقية وما عسي ان يوجد فيها من زيادة او نقص.

والعمليتان التنفيذيتان، هما:

- ١- رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضي المتلاصقة واقامة معالم ثابتة لهذه الحدود، بدق قطع حديدية في شكل وتد في نهاية كل حد من الحدود الأربعة.
- ٢- تحرير محضر تحديد يثبت فيه اتجاهات الحدود المرسومة بالدقة المستطاعة حتي يمكن الرجوع اليه لاعادة معالم الحدود اذا ما انطمست هذه المعالم. ومحضر التحديد يوقعه الطرفان، فاذا لم يوقعاه وجب تصديق المحكمة عليه، والمحضر الموقع

(١) يراجع نص المادة ٤٣/٢ من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

عليه من الطرفين أو المصدق عليه من المحكمة يكون حجة بما جاء فيه علي كل من الطرفين، من حيث مساحة كل أرض ومن حيث الحدود الفاصلة من الأرضين.

ونفقات التحديد أنواع ثلاثة:

١- نفقات التحديد ذاته- من فحص سندات التملك وتطبيقها علي الطبيعة ورسم الحدود الفاصلة ووضع معالم مؤبدة ثابتة لها فهذه النفقات تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين، وتقسم بينهما مناصفة بحسب الرعوس.

٢- نفقات مسح الأراضي المتلاصقة- وهذه تقسم بين المالكين المتلاصقين كل منهما بنسبة الأرض التي يملكها.

٣- نفقات الدعاوي اذا وقع نزاع في الملكية- فهذه تكون علي من خسر الدعوي طبقاً للقواعد العامة^(١).

٢- بما أن وضع الحدود قيد وارد علي الملكية العقارية، فان الدعوي المتصلة به تعتبر بداهة من الدعاوي العينية العقارية.

ولا تقبل دعوي وضع الحدود الا من مالك ملاصق علي جاره. فاذا كان الجوار منفصلاً بمجري ماء أو بطريق عمومي، فلا يقبل من احد المالكين أن يطالب الآخر بوضع الحدود بين املاكهما. ولكن هذه الدعوي تكون مقبولة اذا كان الفاصل بين المالكين طريقاً خصوصياً أو مسقاة خاصة، ففي مثل هذه الحالة يتحقق شرط التلاصق وتكون الدعوي مقبولة.

ولا يشترط لقبول دعوي وضع الحدود ان تكون الأملاك المتصلة من الأراضي الزراعية، بل ان المادة ٨١٣ مدني ذكرت الأملاك المتلاصقة، فينبطوي تحت هذه العبارة العامة العقارات المبنية اذا كان التلاصق بينها من ناحية تركت فضاء، كفناء أو بستان. أما اذا كان التلاصق بينها من ناحية المباني، أي بحائط فاصل، فلا يكون ثمة مجال لوضع الحدود، اذ أن قيام هذا الحائط علي الحد الفاصل بين المالكين يعد تحديداً كافياً لهما، فلا يتصور أن يثور النزاع علي الحدود في هذه الحالة، انما يتصور النزاع علي ملكية الحائط الفاصل، فتكون الدعوي من قبيل الاستحقاق لا وضع الحدود.

وبالرغم من أن المادة ٨١٣ مدني خولت المالك حق اجبار جاره علي وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، فقد انعقد الاجماع علي أن طلب وضع الحدود ليس قاصراً علي المالك فقط، بل يجوز أن يتقدم به صاحب حق الانتفاع ومالك القرار والمحتكر، لأن مصلحة هؤلاء جميعاً في بيان حدود العقار الذي يزاولون عليه حقهم لا تقل عن مصلحة المالك، ولذلك يكون طلب وضع الحدود من أي منهم مقبولا، حتي لو لم يدخل المالك في الدعوي. ولكن للطرف الآخر أن يطلب ادخال مالك الرقبة ليصدر الحكم بالتحديد في مواجهته، فلا يكون له أن يعود فيحدد النزاع في شأن الحدود التي وضعت في غيبته. وبديهي ألا يكون للمستأجر أو المزارع الحق في طلب وضع الحدود مباشرة، بل يتعين الاستعانة بالمالك للتقدم بمثل هذا الطلب. ويعتقد الدكتور محمد علي عرفه بوجود سريان هذا الحكم علي الدائن المرتهن الحائز

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص- ٧٤ وما بعدها.

للعقار، لأن حقه علي العقار ليس أصلياً، بل تابعا لحق شخصي. كما أنه يستغل العقار لحساب المدين الراهن لا لحسابه الشخصي، فلا يحق له رفع الدعاوي التي تمس ملكية العقار المرهون ولو بطريق غير مباشر.

أما عن الأهلية اللازمة لرفع دعوي وضع الحدود، فهي اهلية الادارة، لأن وضع الحدود يعتبر من قبيل الاجراءات التحفظية التي لا تلزم لاتخاذها اهلية التصرف. وبناء علي ذلك يجوز للوصي او القيم، ومن في حكمه أن يرفع دعوي وضع الحدود دون الحصول علي اذن سابق من المحكمة الحسبية. كما يجوز للوكيل العام أن يباشر هذه الدعوي. وكذلك الحكم بالنسبة الي الصبي المأذون له بالادارة ومن في حكمه، كالمحجور عليه لفسه أو الغفله اذا أذنته المحكمة الحسبية بالادارة. ويرى الدكتور عرفه أن دعوي وضع الحدود تكون مقبولة من أي من هؤلاء الأشخاص دون حاجة الي الاستعانة بالوصي أو القيم للمرافعة فيها، لأن المشرع يعتبر المأذون له بالادارة كامل الأهلية في مباشرة أعمال الادارة وفي التقاضي فيها. كما أن دعوي وضع الحدود لا تكون مقبولة الا بالنسبة الي الأملاك الخاصة، فلا يجوز رفعها لوضع الحدود بين مالك خاص ومالك عام. فمن المقرر أن تحديد الأموال العامة من اختصاص السلطات الادارية. فاذا ادعي أحد الملاك المجاورين لترعة عامة أو لطريق عمومي أن، الادارة جارت علي ملكه الخاص عند وضعها حدود المال العام، فله اما المطالبة بابطال قرار التحديد أمام مجلس الدولة واما طلب التعويض امام المحاكم العادية (١).

٣- المقصود بوضع الحدود هو وضع علامات مادية ظاهرة تبين معالم حدود كل من المالكين كوضع فواصل من الطوب او من الحديد بين بعضها والبعض مسافات، فلا يبقى الا مد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل ليبين حد الملكية علي وجه الدقة. ووظيفة القاضي في هذه الدعاوي المتعلقة بتعيين الحدود تنحصر في تطبيق مستندات الملكية علي الطبيعة ووضع علامات مادية للحدود. وهذه الدعاوي هي من اختصاص قاضي المواد الجزئية بشرط الا يكون هناك نزاع بين الجارين علي الملكية، فاذا تمسك المدعي مثلاً بملكية الجزء الذي يدعي خصمه انه تجاوز حدود ملكه مستنداً في تملك هذا الجزء الي سبب من أسباب التملك، خرج النزاع عن ان يكون مجرد وضع حدود وأصبح نزاعاً علي الملكية نفسها وانقلبت الدعوي الي دعوي استحقاق يخضع الاختصاص بها للقواعد العامة فلا يختص بها القاضي الجزئي قيمتها نصاب اختصاصه العادي، وكذلك الحال أيضاً اذا نازع أحد الطرفين في سند ملكية الآخر. وعلي الرغم من أن المادة ٨١٣ مدني قصرت هذا الحق علي المالك، الا ان الشراح يسلمون بهذا الحق

لصاحب الحق العيني كالمنتفع والمحكر، لما له من مصلحة في بيان حدود العقار الذي يستعمل عليه حقه، وهي مصلحة لا تقل عن مصلحة المالك (٢).

(١) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣١٥ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- الدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١١٧ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الدعوى بتعيين الحد الفاصل بين عقارين متجاورين ورد الجزء المغتصب. إلزام محكمة الموضوع بحث ملكية العقارين وسببها ومحلها متى كانت مناط الفصل في النزاع. القضاء برد المساحة محل النزاع للمطعون ضده إستناداً إلى عقود تملك الطاعن دون بيان سبب إكتساب المطعون ضده لملكيتها أو تحقيق دفاع الطاعن إكتسابه ملكية تلك المساحة. قصور مبطل.

إذا كان مطلب الدعوى بتعيين الحد الفاصل بين عقارين متجاورين ورد الجزء المغتصب من أحدهما مرده إلى نزاع بين صاحبي هذين العقارين على الملكية ذاتها ومداهما فإنه ينبغي على محكمة الموضوع أن تعرض في قضائها لبحث ملكية كل منهما وسببها في القانون ومحلها وبالتحديد، وإذا كان الثابت من الأوراق أن النزاع المطروح في الدعوى ثار بين طرفي التداعى في شأن نطاق ملكية كل منهما للعقارين المتجاورين، وكان الخبير الذي إعتنق الحكم المطعون فيه تقريره قد خلص إلى ثبوت ملكية المطعون ضدهم للأرض محل النزاع من مجرد وجود نقص في الأرض التي يضعون اليد عليها بموجب عقود بيع عرفية لم يتم تسجيلها ووجود زيادة في الأرض التي يضع الطاعن الأخير يده عليها عما هو ثابت في عقود البيع التي يتند إليها، ودون أن يستظهر أن هذه المساحة بعينها بحسب أبعادها وحدودها تدخل في نطاق ملكية المطعون ضدهم التي إكتسبها بأحد من أسباب إكتساب الملكية المقررة في القانون، وإذا إعتنق الحكم المطعون فيه هذا التقرير الذي يشوبه النقص والغموض وأحال إليه وإنتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي القاضي برد المساحة محل النزاع للمطعون ضدهم دون أن يبين سبب إكتسابهم لملكيتها ولم يعن بالرد على ما أثاره الطاعنون من إكتسابهم هم دون هؤلاء لملكية تلك المساحة، فإنه يكون قد جاء مشوباً بعيب القصور المبطل.

(الطعن ٣٣١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٨ س ٤١ ص ٧١٦)

* * *

مادة (٨١٤)

(١) لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.
(٢) فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة، فنفقة اصلاحه او تجديده علي الشركاء، كل بنسبة حصته فيه.

النصوص العربية المقابلة.

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٢٣ لبيي و ٩٧٤ سوري و ١٠٨٧ عراقي و ٧٠ قانون الملكية العقارية اللبناني و ٦٩٣ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨١٨ مدني.

رأي الفقه:**١ - تستخلص من نص المادة ٨١٤ مدني، المسائل الثلاث التالية:**

١- أن لمالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغرض الذي أعد له ذلك ان لكل شريك في الحائط المشترك ان يستعمله، ويتقيد في استعمال هذا الحق بقيدين:
الأول- أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذي أعد له الحائط. والغرض الذي أعد له الحائط المشترك هو من وجهة استتار كل شريك به بحيث يستند اليه بناؤه، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بناؤه.

والثاني- ألا يحمل الحائط فوق طاقته في استعماله للغرض الذي أعد له، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط.

فإذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك، وجب عليه ان يراعي ان للشريك الآخر هو أيضاً حق إقامة عوارض، فلا يضع من العوارض الا بمقدار نصف ما يتحملة الحائط، حتي يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه. كذلك اذا أراد أي شريك وضع عوارض، وجب عليه ان يترك في سمك قمة الحائط المسافة التي يحتاج اليها صاحبه لوضع عوارضه. واذا وقع خلاف بين الشريكين في استعمال حق كل منهما، جاز الالتجاء الي القضاء، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً.

وغني عن البيان أنه لما كان شيوخ الحائط المشترك شيوخاً اجبارياً نظراً للغرض الذي أعد له الحائط، فانه لا يجوز لأي من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط، كما لا يجوز له التصرف في حصته الشائعة فيه مستقلة عن العقار الذي يملكه، ولا يجوز لدائنيه الحجز علي هذه الحصة الشائعة استقلاً.

٢- عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك - ذلك انه لما كان الغرض الذي أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور او فتحات أخرى فيه، لأن الحائط

المشترك انما أعد للاستتار به وهذا يتنافي مع احداث فتحات فيه، لذلك لا يجوز لأي شريك ان يفتح في الحائط المشترك مناوور او فتحات أخرى تنفذ الي ملك جاره دون موافقة هذا الجار .

٣- نفقات الصيانة والإصلاح تكون علي الشركاء كل بنسبة حصته- وقد يصبح الحائط غير صالح للغرض الذي أعد له. فيحتاج الي إصلاح، أو الي هدم واعادة بناء، ونفقات الاصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء كل بنسبة حصته.

أما اذا كان اصلاح الحائط المشترك او اعادة بنائه ليس ضرورياً ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له، ومع ذلك قام الشريك باصلاحه او اعادة بنائه لمصلحته الخاصة، فان هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الاصلاح او التجديد. كذلك اذا كان الخلل الذي أصاب الحائط فاقتضي اصلاحه او تجديده راجعاً الي خطأ شريك بالذات، فان هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الاصلاح والتجديد^(١).

٢- اذا كان الحائط مشتركاً بين المالكين كان لكل منهما الحق في استعماله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون ان يحمل الحائط فوق طاقته (م ٨١٤ / ١ مدني). فالواجب يقضي علي كل من المالكين ان يستعمل الحائط بالقدر الذي يحتمله وفي الحدود التي لا تضر الغير او الحائط المشترك المملوك لهما علي وجه الشبوع.

فاذا احتاج الحائط الي ترميم او تجديد، فان كل ذلك بسبب خطأ من أحد الشريكين كأن يكون حمله فوق طاقته كان هو الملزم وحده بالترميم او التجديد. أما اذا لم يكن ذلك راجعاً الي خطأ احد الشريكين اشتركا في النفقات كل بنسبة حصته في الحائط (م ٨١٤ / ٢ مدني).

والاشترار في النفقات لا يكون الا في النفقات التي تستلزمها مصلحة الشريكين. فاذا احتاج احدهما الي تقوية الحائط او الي هدمه واعادة بنائه لتعليق مبانيه المستندة اليه او للتعديل فيها، كانت نفقات التقوية والهدم والتجديد علي عاتقه وحده، ولا يكون له الحق في مطالبة شريكة بالمساهمة في شيء منها^(٢).

٣- تتناول المادة ٧١٤ مدني حقوق الشركاء في استعمال الحائط الفاصل. وحق كل شريك في استعمال الحائط الفاصل كما تنظمه الفقرة الأولى من تلك المادة يقيد بمصلحة جيرانه من الشركاء الآخرين وحقهم في استعمال مماثل. وقد نصت المادة ٨١٤ مدني علي حقه في صورة من الاستعمال الجاري للحائط الفاصل، وهو وضع عوارض ليسند عليها سقف بنائه، ولكن دون ان يحمل الحائط فوق طاقته، مما يعني انه لا بد ان يبقي في طاقة الحائط ما يكفي الشريك لاستعمال مماثل في وضع العوارض. وتحديد استعمال الحائط الفاصل بالغرض الذي أعد له، يقتضي ألا يفتح فيه الجار مطلات او مناوور، لان الغرض من هذا الحائط وهو استتار كل جار به

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٩٩٣ وما بعدها، وراجع: حق الملكية-

١- الدكتور محمد علي المرجع السابق- ص ٣٢٦ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٤ و ١٢٥.

يتعارض مع هذا الاستعمال، ولا يجوز كذلك للشريك في هذا الحادث ان يحفر فيه لتركيب خزانة (او انشاء دولا ب حائط) او لامرار مدخنة او انبوبة مياه او غاز اذا كان كل هذا متعارضاً مع الغرض الأصلي من هذا الحادث، وهو استتار الملك به، او كانت ابعاد الحادث وأوصافه لا تسمح بأن يكون لكل شريك قدر متساو من هذا الاستعمال. وعلي أي حال فعند الخلاف تكون للقضاء سلطة تقدير قيام الحق في أي وجه للاستعمال في ضوء ظروف الحال.

ولكل شريك أن يلجأ الي القضاء لمنع او ازالة كل استعمال مخالف لهذه الحدود. ودوام الانتفاع بالحائط الفاصل مع دوام الحاجة اليه يقتضي صيانته وحفظه صالحاً للغرض منه، ولذا نص القانون في الفقرة الثانية من المادة ٨١٤ مدني علي التزام كل من الشركاء بنفقة اصلاحه او تجديده بنسبة حصته فيه. ولكل شريك أن يجبر الآخرين علي الاسهام في الاصلاح وفي نفقاته ما دام ضرورياً للاستعمال الذي خصص له الحادث. اما اذا كان الاصلاح او التجديد غير مفيد للشريك الذي يطلبه فعليه ان يتحمل وحده بنفقاته، وكذلك ان كان ما لحق الحادث من تلف او تصدع راجعاً لخطأ أحد الشركاء يكون عليه وحده اصلاح هذا التلف علي حسابه (١).

٤- القاعدة- طبقاً لمفهوم نص المادة ٨١٤ مدني- أن يكون لكل من المالكين ان يستعمل الحادث في الغرض الذي أعد له. ومن بين الأغراض التي يعد لها الحادث حمل الأسقف. ولهذا يجوز لكل من الجارين أن يضع فوقه العوارض التي يسند اليها سقفه، ويجوز ان تمتد هذه العوارض الي ما يجاوز نصف سمك الحادث لأن كل شريك يملك علي الشيوع فيرد حقه علي الحادث كله. ولما كان من أغراض الحادث ان يستتر به العقاران كل عن الآخر، فلا يجوز لأي المالكين ان يفتح في الحادث مناور.

وإذا احتاج الحادث الي نفقات فان كانت لمصلحة أحد الجارين فقط فهي عليه وحده كما لو أراد تغطية الحادث واقتضي هذا تقوية الجزء المشترك ليتحمل التغطية. أما اذا كانت النفقات لمصلحة الجارين معاً، كما لو أصبح الحادث آيلاً للسقوط واحتاج الي ترميم او تجديد فهي علي الجارين كل بنسبة حصته في الحادث، الا اذا كان ما أصابه من تلف بخطأ أحدهما كأن حمله فوق طاقته فتصدع، فتكون نفقات الاصلاح وفقاً للقواعد العامة علي الشريك المخطئ وحده (٢).

٥- لكل من الشريكين ان يستعمل الحادث الفاصل المشترك بحسب الغرض الذي أعد من أجله، فله ان يحدث فيه حفراً ليضع فيه مواسير او مدفأة او أسلاك كهربائية شريطة ألا يترتب علي ذلك الاعتداء علي حق الجار الآخر. وما دام الغرض من الحادث الفاصل المشترك هو الاستناد به، فانه لا يجوز لأي من الشريكين أن يفتح فيه مناور او فتحات أخرى لأن ذلك يتنافي والغرض الذي خصص الحادث المشترك من أجله.

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٤٥ و ٢٤٦.

ويلاحظ أنه اذا فتح الجار منوراً في الحائط المشترك الفاصل بالرغم من عدم جواز ذلك، فللمالك الآخر ان يطالب بسده. أما اذا بقي المنور مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة ولم يعترض عليه الجار، فلا يجوز له بعد ذلك الاعتراض الا اذا كان قد قبل به علي سبيل التسامح.

وأما عن نفقات صيانة او اصلاح الحائط الفاصل المشترك، فانها تقع علي عاتق الشركاء فيه، وهذا ما نصت عليه المادة ٨١٤/٢ مدني. فنفقة اصلاح الحائط الفاصل المشترك علي عاتق الشركاء كل بنسبة حصته فيه. اما اذا كان ما اصاب الحائط المشترك من خلل موجب للاصلاح يرجع الي خطأ احد الشركاء، فعلي الشريك وحده تقع نفقات الاصلاح^(١).

* * *

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عمران- المرجع السابق- ص ٢٨١ و ٢٨٢.

مادة (٨١٥)

(١) للمالك اذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك ان يعليه، بشرط الا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً، وعليه وحده ان ينفق علي التعلية وصيانة الجزء المعلي، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون ان يفقد شيئاً من متانته.

(٢) فاذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلي من يرغب فيها من الشركاء ان يعيد بناء الحائط كله علي نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلي مشتركاً، دون ان يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٨٢٤ لبيي و ٩٧٥ سوري و ١٠٨٩ عراقي و ٧١ قانون الملكية العقارية اللبناني و ٦٩٤ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨١٨ مدني.

رأي الفقه:

١- يؤخذ من نص المادة ٨١٥ مدني أن هناك فرضين في تعلية الحائط المشترك.

١- أن يعلي الشريك الحائط دون أن يعيد بناءه- فقد يقتضي الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معاً، وعند ذلك تكون نفقات التعلية عليهما، ويبقي الحائط- ويدخل في ذلك الجزء المعلي مشتركاً علي ما كان.

أما اذا اقتضت التعلية مصلحة جدية لأحد الشريكين دون الآخر، كأن كان الشريك- الذي تقتضي مصلحته التعلية يريد أن يبني طباقاً جديداً فوق طبقات بنائه الموجودة فعلاً، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة الي اعادة بناء الحائط، جاز لهذا الشريك ان يقوم بتعلية الحائط بشرط ألا تضر التعلية بالشريك الآخر ضرراً جسيماً. وعلي الشريك الذي يقوم بالتعلية ان يتحمل وحده نفقاتها، وان يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته. وبعد ان تتم التعلية يكون عليه وحده نفقات صيانة الجزء الأسفل فانه يبقي مشتركاً بين الجارين ويتحملان معاً نفقات صيانه.

٢- ان يعلي الحائط عن طريق اعادة بنائه- فاذا لم تكن التعلية ممكنة دون اعادة بناء الحائط، فللجار الذي له مصلحة جدية في التعلية ان يهدم الحائط ويعيد بناءه معلي. ويشترك هنا أيضاً- قياساً علي ما اشترط في الفرض الأول- ألا يلحق هدم

الحائط واعادة بنائه ضرراً جسيماً بالجار الآخر. فاذا كان بناء الجار الآخر معتمداً علي الحائط، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار او هدم جزء كبير منه، فإن هذا يعتبر ضرراً جسيماً يلحق، ويمنع من يريد التعلية من القيام بها. وعليه في هذه الحالة ان يترك الحائط المشترك علي حالة ويبنى حائطاً آخر الي اجنبه عند الاقتضاء، ويكون هذا الحائط الآخر ملكاً خالصاً له.

أما اذا كانت اعادة بناء الحائط معلي لا تلحق ضرراً جسيماً بالجار، كان لمن يريد التعلية ان يهدم الحائط ويعيد بناءه، ويكون الهدم واعادة البناء علي نفقته. واذا اقتضي زيادة سمك الحائط بسبب تعليته، فعليه ان يجعل ما زاد من سمك الحائط في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، والا فعليه ان يدفع لجاره تعويضاً عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار.

وبعد اعادة بناء الحائط، يظل الحائط المحدد في غير الجزء المعلي حائطاً مشتركاً بين الجارين، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط علي جاره بأي تعويض، كأن يطالبه بالفرق في القيمة بين الحائط الجديد والحائط القديم. أما الجزء المعلي من الحائط الجديد فيكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعلية، وعليه نفقة صيانته، ولا يجوز لجاره ان يستعمل هذا الجزء المعلي، الا اذا استعمل حقه في أن يكون شريكاً فيه، أو كسب الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعماله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون ذلك محمولاً علي مظنة التسامح من جاره^(١).

٢- ظاهر من نص المادة ٨١٥ مدني أن التعلية حق ثابت لكل من الجارين، فليس لأيهما أن يمنع الآخر من استعماله. ولكن لكل منهما أن يطالب باتخاذ الاحتياطات الكفيلة بجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية، والأمر لا يعدو أحد فرضين:

(أ) أن يكون الحائط بحالة تسمح باضافة الجزء المعلي اليها دون أن يفقد شيئاً من متانته.

(ب) ألا يكون الحائط صالحاً بحالته الراهنة لتحمل التعلية فيتعين علي من يرغب فيها من الشركاء ان يهدم الحائط القديم ويستبدل به حائطاً جديداً يراعي في بنائه صلاحيته لتحمل التعلية، وتكون نفقات الهدم والبناء كلها علي من يرغب في التعلية. ويظل الحائط المجدد مشتركاً في غير الجزء المعلي دون أن يكون لمحدث التعلية حق مطالبة جاره بتعويض ما، لأنه كان يستفيد من تجديد الحائط الا انه لا يجبر علي الاشتراك في نفقات التجديد لكونها نجمت بسبب حاجة الشريك الآخر الي التعلية ولم تستلزمها حالة الحائط.

ويعتقد الدكتور محمد علي عرفه أن الفرض الثاني لا يمكن تحقيقه اذا كانت مباني أحد الجارين مستندة فعلاً الي الحائط المشترك بحيث يقتضي تجديده هدم المباني او احداث خلل فيها. فيجوز للجار ان يعترض في مثل هذه الحالة علي التعلية، وأن يحول بالتالي دون هدم الحائط. فاذا أضيفت التعلية الي الحائط بحالته الراهنة، فإن محدثها

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٩٧ وما بعدها.

يصبح مسئولاً شخصياً عن تعويض سائر الأضرار التي تصيب الحائط نفسه، وكذلك تلك التي تلحق بمباني الجار^(١).

٣- تجيز المادة ٨١٥ مدني للمالك تعلية الحائط المشترك بشرط ان تكون له مصلحة جدية في تعليته، وبشرط الا يكون في التعلية الحاق ضرر بليغ بشريكه. وعلي هذا المالك وحده أن ينفق علي التعلية وصيانة الجزء المعلي، لأنه هو وحده الذي يفيد من هذه الأعمال ما يجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ من التعلية دون ان يفقد شيئاً من متانته.

فاذا اقتضت التعلية اعادة بناء الحائط كانت نفقة ذلك علي الجار الذي له مصلحة في التعلية، وما زاد في سمك الحائط يكون من ناحيته بقدر الامكان، والا دفع تعويضاً لشريكه عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الشريك، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلي مشتركاً، ولا يدفع الشريك تعويضاً للشريك الذي قام بالتعلية عن الفرق في القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد.

أما الجزء المعلي سواء علي دون تجديد الحائط او بعد التجديد فيبقى ملكاً خالصاً للشريك الذي قام بالتعلية^(٢).

٤- تقوم مصلحة الشريك في ملكية الحائط الفاصل، في تعليته طبقاً لما نصت عليه المادة ٨١٥ مدني.

فاذا ظهرت الحاجة الي التعلية واتفق الشركاء علي القيام بها، كانت تكاليفها منصفة، بكل ما تحتاج اليه من أعمال في الحائط الأصلي. فان لم يكن هناك اتفاق وقامت مصلحة واحد منهم في ذلك، كان عليه ان يقوم بذلك علي حسابه محتاطاً لعدم الاضرار بشركائه، ومتحملاً وحده بكل ما يلزم من أعمال في الحائط الأصلي. ولكنه يصبح مالكا وحده للجزء المعلي^(٣).

٥- قد يتفق الشركاء علي ملكية الحائط المشترك علي تعليته، ويتحمل كل منهم نصيبه في نفقات التعلية بحسب نصيبه في الملكية ما لم يتفقوا علي غير ذلك (م ١/٨١٥ مدني).

ولأعمال حكم المادة ١/٨١٥ مدني يجب توافر شرطين:

١- أن تكون للمالك الراغب في التعلية مصلحة جدية في ذلك، كأن يريد مثلاً ان يرتفع بنائه الي ما فوق آخر ارتفاع هذا الحائط المشترك.

٢- الا يلحق بشريك من يريد التعلية ضرر جسيم بسببها.

فاذا توافر هذان الشرطان جاز للراغب في تعلية الحائط المشترك أن يعليه، وعليه وحده ان ينفق علي التعلية وعلي صيانة الجزء المعلي وعلي ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون ان يفقد شيئاً من متانته.

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٥ و ١٢٦، وينظر أيضاً: حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٣) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٤ و ١٠٥.

فاذا لم يكن من الممكن القيام بالتعليق دون هدم الحائط المشترك واعادة بنائه من جديد، فعلي من يرغب في التعليق من الشركاء ان يعيد بناء الحائط كله وعلي نفقته. واذا اقتضي الأمر زيادة في سمك الحائط المشترك. فعلي الراغب في التعليق- وهو الذي يتحمل ملكه. واذا اعتدي علي ملك الجار فعليه تعويضه عن ذلك. واذا اقتضي ذلك تحمل الراغب في التعليق بنفقات فليس له المطالبة بالتعويض عنها^(١).

* * *

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عمران- المرجع السابق- ص ٢٨٢ و ٢٨٣.

مادة (٨١٦)

للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلي إذا هودفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٢٥ لبيي و ٩٧٥ سوري و ١٠٩٠ عراقي و ٧٠ قانون الملكية العقارية اللبناني و ٦٩٥ سوداني.

الأعمال الحضرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨١٨ مدني.

رأي الفقه:

١- يجوز للجار - في تطبيق أحكام المادة ٨١٦ مدني - وهو شريك في الجزء الأسفل من الحائط، أن يطلب ان يكون شريكاً أيضاً في الجزء المعلي. فيصبح الحائط مشتركاً في جميع أجزائه. وهذا الحق في الاشتراك في الحائط مقصور، في القانون المصري، علي الجار الذي يكون شريكاً من قبل في الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك في الجزء المعلي، أما اذا كان الحائط كله ملكاً خالصاً لأحد الجارين، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه، كما يجوز ذلك في القانون الفرنسي.

وعلي الجار الذي يريد ان يكون شريكاً في الجزء المعلي ان يعلن رغبته في ذلك، وليس لاعلان هذه الرغبة شكل خاص، فيجوز ان يكون بانذار علي يد محضر، كما يجوز ان يكون بكتاب مسجل او غير مسجل، كما يجوز ان يكون شفويّاً وعليه عبء اثبات ذلك. ويجب علي هذا الجار، حتي يصبح شريكاً في الجزء المعلي ان يدفع لجاره نصف ما أنفق في التعلية، سواء المصروفات التي أنفقها في تعلية الحائط دون اعادة بنائه، أو المصروفات التي أنفقها في اعادة بناء الحائط. ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة سمك الحائط، ان كانت هناك زيادة. فاذا سلم جاره بذلك دفع نصف النفقات والا لجأ الي القضاء.

وسواء سلم الجار او حكم القضاء بالاشتراك في الجزء المعلي، يجب علي من طلب الاشتراك ان يسجل الاتفاق او الحكم الصادر لصالحه تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري، ويبقي حق الاشتراك ما قام سببه، فلا يزول بالتقادم، ومن ثم يجوز للجار أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلي حتي بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعلية.

ومتي أصبح الجزء المعلي مشتركاً، فان الحائط كله يصبح مشتركاً بين الجارين، فيتحملان معا نفقات صيانتة واصلاحه وتجديده^(١).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٠٠ وما بعدها.

٢- يعتبر الجزء المعلي من الحائط مملوكاً ملكية خالصة للشريك الذي أنشأه. وهذا وضع طبيعي، لأنه يتحمل بمفرده نفقات انشائه. ولكن الشريك الآخر قد يحتاج الي الافادة من التعلية اذا اراد ان يضيف في المستقبل الي بنائه. وبما أنه شريك في الجزء الأسفل من الحائط، فقد كان طبيعياً أن يجعل له المشرع حق الاشتراك في الجزء المعلي جبراً علي مالكة. وهذا ما قصت به المادة ٨١٦ مدني.

وهذه هي الحالة الوحيدة التي يبيح فيها المشرع اجبار الجار علي اشراك جاره في ملكية حائط فاصل، بعكس المشرع الفرنسي فقد خول هذا الحق لكل جار يستتر ملكه بحائط فاصل ولو لم يكن شريكاً في هذا الحائط من قبل (م ٦٦١ فرنسي).

فاذا أبدي الجار رغبته في الاشتراك في الجزء المعلي حتي يتم له الاشتراك في ملكية الحائط بأكمله، فعليه ان يدفع نصف نفقات التعلية، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها الزيادة في السمك ان وجدت، وظاهر ان هذه الزيادة لا توجد الا في حالة هدم الحائط واعادة بنائه لتحمل التعلية.

أما النفقات فهي التكاليف التي تكلفها بناء الجزء المعلي ونفقات تدعيم الجزء الأسفل او اعادة بنائه. ويرجع لتقدير هذه النفقات الي وقت انشاء التعلية لا الي وقت طلب الاشتراك فيها.

وحق الاشتراك لا يسقط بالتقادم، فللجار ان يطلبه في أي وقت حتي لو مضت أكثر من ١٥ سنة علي احداث التعلية. وله في هذه الحالة ان يطلب سد المناور التي أحدثها الجار في الجزء المعلي، لأن هذه الفتحات لا تكسب حقاً بالمطل مهما تقادم العهد عليها، اذ انها تعد من قبيل استعمال حق الملكية الذي كان مقررراً لمحدث التعلية وحده قبل الاشتراك فيها.

ومما ينبغي ملاحظته أيضاً انه في حالة زيادة سمك الحائط حتي يتحمل التعلية، تظل الأرض التي تحملت بهذه الزيادة ملكاً للمالك الذي تقع الزيادة في ناحيته، فلا يجوز للمالك الآخر أن يدعي اكتساب ملكية هذه الزيادة بالتقادم بحجة اشتراكه في الجزء الأسفل من الحائط مدة تزيد علي ١٥ سنة. ولذلك يكون من حق الجار الذي تقع هذه الزيادة في ملكه ان يستردها عند هدم الحائط وازالته، ما لم يكن جاره قد استعمل حقه في الاشتراك في هذا الجزء المعلي قبل ازالة الحائط، اذ أن هذا الاشتراك يقتضيه دفع قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك فيصبح شريكاً في ملكيتها.

ويلاحظ أخيراً أن الاشتراك في ملكية الجزء المعلي يعتبر تصرفاً وارداً علي عقار، ولذلك يجب حتي تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الي خلفهم.

كما أن ملكية الجزء المعلي يمكن ان تكتسب بالتقادم، فانه يصبح شريكاً فيه، ولذلك يجوز لمحدث التعلية ان يمنع جاره من استعمال الجزء المعلي، وأن يجبره علي ازالة المباني التي أسندھا فعلاً الي هذا الجزء. وهذه هي الطريقة العملية التي اتبعها المحاكم الفرنسية لاجبار المشتري من الجار غير الشريك علي الاشتراك في الحائط كله حتي يتفادي هدم بنائه^(١).

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٣١ وما بعدها.

٣- الجزء المعلي من الحائط سواء علي دون تجديد الحائط او بعد التجديد، يبقى ملكا خالصا للشريك الذي قام بالتعليه. لكن اذا اراد الشريك الآخر ان يكون هذا الجزء مشتركا بينهما جاز ذلك وعليه ان يدفع نصف نفقات التعليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك اذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذي قام بالتعليه (م ٨١٦ مدني)^(١).

٤- علي أن الشريك الذي لم يسهم في التعليه أو في تحمل تكاليفها، يستطيع ان يمد اشتراكه في الملكية الي الجزء المعلي اذا ادي الي الشريك الذي قام بها نصف ما تحمل في ذلك من نفقات، وتتص علي هذا الحكم المادة ٨١٦ مدني، وهذا الحكم يعني ان الجار يستطيع ان يحصل علي ملكية نصيب في حائط فاصل مملوك للجار وحده، جبرا علي مالكة. ولكن يبرره أن الاشتراك قائم من قبل في جزء الحائط لذي يعتبر أصلا لهذا الحائط الفاصل في جملته.

وحق الشريك في طلب تملك الحائط المعلي، ليس له وقت محدد أي لا يسقط بالتقادم هذا، ويلاحظ أن الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل، لا يقبل الانتهاء بطلب القسمة أي هو شيوع دائم اجباري، نظرا للغرض الذي يرمي الي تحقيقه (وفقا لما تنص عليه المادة ٨٥٠ مدني)^(٢).

٥- اذا تمت التعليه ظل الجزء غير المعلي ملكا مشتركا للجارين دون أن يكون من حق من أحدث التعليه ان يطالب الآخر بشئ من التعويض عن الفرق بين قيمة الحائط قبل تقويته او اعادة بنائه وقيمة بعد ذلك. أما الجزء المعلي فيكون ملكا خالصا لمن أحدث التعليه، ولكن المشرع قد خول الجار الآخر الحق في الاشتراك في هذا الجزء (م ٨١٦ مدني). فالاشتراك في الجزء المعلي يقتضي دفع نصف جميع نفقات التعليه بما فيها ما أنفق علي السفل في سبيل تقويته او اعادة بنائه. ويبقي حق الجار في الاشتراك في الجزء المعلي تطبيقا لهذا النص ما بقي سببه وهو الاشتراك في ملكية السفل، فلا يسقط بالتقادم^(٣).

٦- للجار الذي لم يساهم في نفقات التعليه ان يصبح شريكا في الجزء المعلي اذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة (م ٨١٦ مدني).

ولقد أراد المشرع بايراده لهذا الحكم الاستثنائي ان يتقاضي وضعا شاذا غير مستساغ هو أن يكون الحائط المشترك مملوكا في الجزء المشترك منه لأكثر من مالك. وفي الجزء المعلي لمالك واحد. ولذلك أجاز المشرع للجار الذي لم يساهم في نفقات التعليه ان يصبح شريكا في الجزء المعلي اذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة. والعبرة في تحديد قيمة ما أنفق تكون بما أنفق فعلا في التعليه. فيلتزم الشريك الذي يريد أن يصبح مالكا في الجزء المعلي ولم يساهم في نفقات هذه التعليه بدفع نصف قيمة ما أنفق.

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٦.

(٢) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٥.

(٣) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٤٨.

خلاصة القول ان المشرع وضع قيوداً علي حق المالك في استعمال الحائط الفاصل المشترك منها ما هو خاص بالاستعمال ومنها ما هو خاص بالتعلية^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يبين من إستعراض نصوص القانون المدني المصري أنه إعتبر حق الإنتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه في باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كما أنه في المادة ٨٣ إعتبر كل حق عيني مالا عقارياً ثم أنه حدد الحالات التي تعتبر قيوداً على حق الملكية وهي التي تناولتها المواد من ٨١٦ إلى ٨٢٤ والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس منها حق الإنتفاع، ومن ثم فإن حق الإنتفاع في القانون المصري هو حق مالي قائم في ذاته ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية، وبالتالي فهو مما يجوز الإبضاء به ويمكن تقويمه.

(الطعن رقم ٢٧ - لسنة ٢٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٥ / ١٩٦٠)

٢- مؤدى نص المادتين ٨١٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددًا مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقه على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإضرار الذي تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاءً مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني.

(الطعن رقم ٩٢٣ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ١ / ١٩٩٤)

* * *

(١) - الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٨٣ و ٢٨٤.

مادة (٨١٧)

الحائط الذي يكون في وقت انشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتي مفرقهما، ما لم يقيم دليل علي العكس.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٢٦ لبيي و ١٠١٩ عراقي و ٦٩٦ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨١٨ مدني.

رأي الفقه:

١- اذا فصل حائط ما بين بنائين، فان هذا الحائط قد يكون حائطاً مشتركاً، وقد يكون حائطاً فاصلاً غير مشترك ولكن مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين. ويجوز لكل ذي شأن ان يثبت ان الحائط الفاصل هو حائط مشترك، فيثبت أحد الجارين مثلاً أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة - او أنه كان مملوكاً في مقابل عوض دفعه له - او ان الجار جعل الحائط مشتركاً بينهما بغير عوض. كما يجوز للجار ان يثبت الاشتراك في الحائط بطريق التقادم المكسب كأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبيناً علي تسامح جاره، وبقي كذلك طوال المدة اللازمة للتقادم.

وقد وضع القانون قرينة قانونية تيسر اثبات الاشتراك في الحائط، نصت عليها المادة ٨١٧ مدني. وحتى تقوم هذه القرينة يجب توافر شرطين:

(١) أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين، بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط. فاذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين، فلا تقوم القرينة. ومن ثم لا تقوم القرينة اذا كان هناك أرضان متلاصقان لمالكين مختلفين، وقد أقيم في الحد الفاصل بين الأرضين حائط. كذلك لا تقوم القرينة اذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لفناء أو حديقة أو لأرض زراعية، وقد أقيم حائط في الحد الفاصل بينهما.

(٢) أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه. فاذا أقيم الحائط ولم يكن هناك الا بناء واحد، فان الحائط يكون جزءاً من هذا البناء وحده. واذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الأول، فان الحائط لا يكون مشتركاً، بل يكون حائط فاصلاً بين البنائين غير مشترك، وهو ملك خالص لصاحب البناء الأول.

فاذا توافر الشرطان سالف الذكر، قامت القرينة القانونية علي أن الحائط مشترك، ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لاثبات العكس، فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له، كأن يقدم سنداً علي تملكه اياه، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكاً خالصاً بالتقادم، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلاً أن الحائط كله مقام علي أرضه، وملكه الأرض تشمل ما فوقها (م ٨٠٣ / ٢ مدني). واذا تعارضت القرائن رجح قاضي الموضوع بأيهما يأخذ.

ومتي ثبت أن الحائط مشترك، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر، فإن الحائط يعتبر مشتركاً إلى الحد الذي يصل إلى قمة البناء الأقل علواً. أما الجزء من الحائط الذي فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى، فيعتبر ملكاً خالصاً لصاحب هذا البناء. وهذا هو المهني المقصود من المادة ٨١٧ مدني سالف الذكر عندما تقول، عن الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلاً بين بنائين، أنه: "يعد مشتركاً حتى مفرقها". ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركاً، وقد يكون غير مشترك بل ملكاً خالصاً لصاحب أحد البنائين^(١).

٢- وضع القانون في المادة ٨١٧ من القانون المدني قرينة مؤداها أن الحائط الذي يكون في وقت انشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقها، ما لم يقدّم دليل على العكس. فالأصل في الإثبات أن علي من يدعي الاشتراك في ملكية حائط فاصل أن يثبت ذلك. ولكن القانون خرج علي هذا الأصل فافتراض اشتراك الجارين في ملكية الحائط حتى يثبت أحد الجارين استقلاله بالملكية. ولكن الاستفادة من هذه القرينة تقتضي أن يكون الملاك المتجاوران اللذان يفصل بينهما الحائط بنائين، وأن يكون الحائط منذ انشائه فاصلاً بينهما، أي يكون البناءان قد أقيما في وقت واحد، فإن كان أحدهما أقدم أو لا، كان الحائط مملوكاً لمالك هذا البناء. وعلي الجار أن يثبت اشتراكه في الملكية وفقاً للقواعد العامة^(٢).

٣- يتحقق الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل إذا أقامه الجاران علي حدود ملكهما بنفقات مشتركة بينهما، أو كان مملوكاً ملكية مفرزة لأحدهما ثم اشترك الآخر في ملكيته بالاتفاق أو بالتقادم المكسب. وقد وضع المشرع قرينة علي الاشتراك في ملكية الحائط نصت عليها المادة ٨١٧ مدني. ومنها يتضح أنه يشترط لأعمال القرينة شرطان:

الأول- أن يكون الحائط بين بنائين، فإذا كان ملك أحد الجارين أرضاً غير مبنية، سواء كانت فضاء أو مزروعة، فلا يفترض الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل.

الثاني- أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين من وقت انشائه فإذا ثبت أن أحد المالكين بني ملكه ثم بني بعد ذلك المالك الآخر مستتراً ببناء الأول، فلا يفترض الاشتراك في الحائط الفاصل بينهما.

فإذا توافر هذان الشرطان افتراض أن الحائط الفاصل مملوكاً لمالكي البنائين حتى مفرقهما، أي حتى أعلى جزء من البناء المنخفض. ولكن يجوز لأيهما أن يثبت العكس، كأن يثبت أنه أقام الحائط كله في ملكه وعلي نفقته.

وإذا لم يتوفر شرطاً القرينة، فعلي من يدعي الاشتراك في ملكية الحائط أن يثبت ما يدعيه وفقاً للقواعد العامة، كأن يثبت مالك الأرض الفضاء أن الحائط قد أقيم علي

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٩٩٠ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٠٥.

جزء من ملكه وجزء من الجار وبنفقات مشتركة، أو يثبت أنه اشترى حصة في الحائط الذي كان مملوكاً من قبل لجاره.

فاذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط، اما بمقتضى القرينة المنصوص عليها في المادة ٨١٧ مدني أو بدليل اقامة المدعي، فيكون الشيوخ فيه اجبارياً، فلا يجوز طلب قسمته. ولا يجوز لأي المالكين التصرف في نصيبه مستقلاً عن العقار الذي يملكه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يبين من إستعراض نصوص القانون المدني المصري أنه إعتبر حق الإنتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه في باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كما أنه في المادة ٨٣ إعتبر كل حق عيني مالا عقارياً ثم أنه حدد الحالات التي تعتبر قيوداً على حق الملكية وهي التي تناولتها المواد من ٨١٦ إلى ٨٢٤ والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس منها حق الإنتفاع، ومن ثم فإن حق الإنتفاع في القانون المصري هو حق مالي قائم في ذاته ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية، وبالتالي فهو مما يجوز الإيضاء به ويمكن تقويمه.

(الطعن رقم ٢٧ - لسنة ٢٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٥ / ١٩٦٠)

* * *

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٤٤ و ٢٤٥.

مادة (٨١٨)

(١) ليس للجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه ولا علي النزول عن جزء من حائط او من الأرض التي عليها الحائط الا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦. ومع ذلك فليس لملك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٧٢٨ لبيي و ١٠٢٩ عراقي و ٦٩٧ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

١- تعرض هذه النصوص (المواد ١١٨٢ - ١١٨٦ من المشروع) للحائط المشترك ولم يورد التقنين الحالي في هذا الموضوع الا نصوصاً كافية لتنظيم هذه المسألة الهامة، استمدها من التقنين الحالي، واستكملها من الشريعة الاسلامية، ومن تقنينين أجنبيين هما التقنين الفرنسي والمشروع الايطالي.

٢- والأصل أن الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتي مفرقهما، ما لم يقد دليل علي العكس (م ١١٨٥ من المشروع، وهي تقابل م ٦٩ من المشروع الايطالي و م ٦٥٣ من التقنين الفرنسي). ويشترط حتي تقوم هذه القرينة القانونية شرطان:

(أ) أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين. فلا يكفي أن يكون فاصلاً بين أرضين، أو بين أرض وبناء.

(ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه، فاذا لم يوجد وقت انشاء الحائط الا بناء واحد، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط، فأصبح هذا الحائط جزءاً من البناء الأول، فان القرينة القانونية لا تقوم، ويعتبر في وضعه الجديد فاصلاً بين بنائين ومملوكاً خالصة لصاحب هذا البناء.

فاذا توافر الشرطان المتقدمان قامت القرينة القانونية علي أن الحائط مشترك حتي مفرق البنائين، الي أن يقوم الدليل علي العكس. أما الجزء الذي يعلو المفرق فملكيتة خالصة لصاحب البناء الأعلى.

٣- وبتبيين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركاً وقد يكون غير مشترك. فان كان مشتركاً، جاز لكل شريك ان يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، ومن غير أن يحول ذلك دون استعمال الشريك الآخر. فلكل شريك أن يضع فوق الحائط سهماً ليسند عليها سقف بنائه، دون أن يحمل الحائط فوق طاقته فاذا احتاج الحائط الي ترميم او تجديد، فان كان ذلك بسبب خطأ من أحد الشريكين كان هو الملزم وحده بالترميم او التجديد والا اشترك الجاران في النفقات كل بنسبة حصته في الحائط (مادة ١١٨٢ من المشروع، ولا نظير لها في التقنين الحالي، وانظر مادة ٧١ من مرشد الحيران). أما اذا اقتضي الأمر تعلية الحائط لمصلحة الجارين، اشتركا معاً في

نفقات التعلية كل بنسبة حصته. فإذا كانت التعلية تقتضيها مصلحة جدية لأحد الجارين دون الآخر، كان لهذا الجار أن يعلي الحائط علي^١، لا يلحق بشريكه ضرراً جسيماً، وعلي أن يتحمل نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلي، وأجراء ما يلزم لتمكين الحائط من أن يتحمل زيادة العبء الناشئة عن التعلية دون أن يفقد الحائط شيئاً من متانتة. فإذا اقتضت التعلية، وما زاد من سمك الحائط يكون في ناحيته بقدر الامكان، والا دفع تعويضاً لشريكه عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الشريك. ويكون الحائط المجدد مشتركاً في غير الجزء المعلي، ولا يدفع الشريك تعويضاً للشريك الذي قام بالتعلية عن الفرق في القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد (مادة ١١٨٣ من المشروع. ولا نظير لها في التقنين الحالي، وانظر مادة ٧٠ من مرشد الحيران، ومادة ٧٥ من المشروع الايطالي، ومادة ٦٥٩ من التقنين الفرنسي). أما الجزء المعلي سواء علي دون تجديد الحائط او بعد التجديد فسيبقى ملكاً خالصاً للشريك الذي قام بالتعلية. ولكن اذا زاد أراد الشريك الآخر أن يكون هذا الجزء أيضاً مشتركاً بينهما، جاز ذلك، وعليه أن يدفع نصف نفقات التعلية، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك، اذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذي قام بالتعلية (مادة ١١٨٤ من المشروع، ولا نظير لها في التقنين الحالي، وانظر مادة ٦٦٠ من التقنين الفرنسي).

٤- أما اذا لم يكن الحائط مشتركاً، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين، فليس للجار الآخر أن يجبره علي الاشتراك ولو بدفع تعويض. علي أن له أن يستتر بالحائط، فلا يجوز لمالكه ان يهدمه دون عذر قوي اذا كان هدمه يضر بالجار المستتر. وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية، ورد في التقنين الحالي (م ٣٨ فقرة ٢/٦٠) واحتفظ به المشروع (م ١١٨٦ فقرة ٢). كما لاحظ المشروع أيضاً من التقنين الحالي بالمادة ٣٨ فقرة ١/٥٩، وهي تقرر أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه ولا علي النزول عن جزء من حائطه او من الأرض التي عليها الحائط (م ١١٨٦ فقرة أولى، وهي توافق م ٦٩ من مرشد الحيران وتخالف المادتين ٦٦١ و ٦٦٣ من التقنين الفرنسي)^(١).

رأي الفقه:

١- يتناول نص المادة ٨١٨ مدني أحكام الحائط الفاصل غير المشترك، وذلك علي النحو التالي:

١- ليس للجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه- فلم يرد في التقنين المصري، لا السابق ولا الجديد، نص يلزم الجار بتحويط ملكه، بل ورد علي العكس من ذلك في كل من التقنين نص صريح يقضي بأنه: " ليس للجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه ". ولمن يريد تحويط ملكه أن يفعل دون أن يجبر جاره علي المساهمة معه في ذلك، فإذا بني حائطاً فاصلاً بينه وبين جاره، بناء علي نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات. وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط، وبترميمه اذا اقتضي الأمر ذلك.

(١) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٦٤ و ٦٥ و ٦٦.

٢- ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائط جاره- فكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره علي المساهمة في الحائط الفاصل الذي أقامه علي نفقته، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الذي أقام الحائط علي الاشتراك معه في هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات او كلها.

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز ما لم يجزه المشرع المصري في هذا الشأن.

٣- ليس لمالك الحائط الذي يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوي- فلما كان القانون المصري لا يعطي الجار حقاً في أن يطلب الاشتراك في الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكاً خالصاً، فانه عوض علي الجار عن ذلك الحق بحق آخر. فاذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكاً خالصاً، فان الجار اذا كان لا يستطيع الزام جاره بالاشتراك فيه، يملك علي الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذي يستتر به اذا لم يكن هناك عذر قوي لهدمه، فقد نصت المادة ٢/٨١٨ مدني في هذا الصدد علي أنه: " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط "، وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص: " وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية، ورد في التقنين الحالي (السابقة) واحتفظ به المشروع ".

ويجب، حتي تنقيد سلطة المالك في هدم حائطه، أن يكون جاره مستتراً بهذا الحائط، فيكون ملك هذا الجار مسوراً من جهات ثلاث، والجهة الرابعة هي التي يستتر فيها بالحائط. أما اذا كان ملك الجار غير مسور الا من جهتين او من جهة واحدة أو كان غير مسور أصلاً، فلا يمكن أن يقال أنه مستتر بالحائط الفاصل.

ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوي، فاذا كان لدي صاحب الحائط عذر قوي لهدمه، كأن يريد اعادة تشييد بنائه علي وضع يختلف عن وضعه السابق وتقتضي اعادة البناء هدم الحائط فمن حقه أن يهدمه حتي ولو كان جاره يستتر به، لأن له مصلحة ظاهرة في الهدم، ولا يمكن أن يقال في هذه الحالة أنه متعسف في استعمال حقه في هدم الحائط.

ويجب أخيراً أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس علي الجار الذي يستتر به. فاذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره في الجهة الرابعة، فهدم الجار لحائطه لا يعود في هذه الحالة بضرر محسوس علي صاحب الأرض الفضاء.

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه اذا توافرت الشروط الثلاث سالفة الذكر، ليس الا تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، اذ يكون قد رمي من هدمه الي تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البنة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها (م ٥ ب مدني).

وكل ما للجار من حق هو هدم الحائط الذي يستتر به، فلا يكون له أي حق في الحائط غير هذا القيد السليم ولذلك عد هذا الحكم ضمن القيود التي ترد علي حق

الملكية، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب الجار الاشتراك في الحائط أو حق ارتفاق عليه بسبب قانوني، كأن يشتري هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم^(١).

٢- الحكم الوارد بنص المادة ٨١٨ مدني كان مقرراً بالمادة ٣٨ فقرة ١/٥٩ من التقنين المدني القديم وهو مأخوذ من احكام الشريعة الاسلامية (م ٦٩ مرشد الحيران)، ولكنه مخالف لأحكام القانون الفرنسي (م ٦٦١ و ٦٦٣ منه).

فاذا كانت لشخص أرض فضاء فليس لجاره أن يجبره علي تحويطها بسور أو نحوه، وان كان له أن يطلب وضع الحدود الفاصلة بين الملكين طبقاً للمادة ٨١٣ مدني.

أما فيما يتعلق بالحائط الفاصل، فان حكم المادة ٨١٨ مدني مقيد بالقريئة القانونية التي قررتها المادة ٨١٧ مدني لصالح الاشتراك في كل حائط فاصل، فالأصل اذن أن يفترض الاشتراك في حائط فاصل حتي يقوم الدليل علي العكس. وعلي من يدعي عكس هذه القريئة القانونية- أي أن الحائط مملوك له ملكية خالصة- أن يقيم الدليل علي صحة ما يدعيه باسند او بالاستعمال ١٥ سنة او بالقريئة علي الاشتراك.

ونلاحظ أن المشرع لم يراع في هذا الحكم ما ينبغي أن تكون عليه الأحكام المتصلة بموضوع واحد من اتساق وتناسق، فهو قد تأثر في كل الأحكام التي وضعها للحائط الفاصل بالتقنين الفرنسي، ولكنه لم يجر علي هذه الخطة الي نهايتها، بل عاد فنافضها بالخروج علي الأوضاع المقررة في هذا القانون بخصوص الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل جبراً علي مالكة، مع ما في الأخذ بهذا الحكم من فائدة محققة -، فلا شك أن جعل الحائط الفاصل مشتركاً بين الجارين محقق لمصلحتها معاً، وموجب للتعاون بينهما في صيانة الحائط والمحافظة عليه، كما أنه يقضي علي كثير من المنازعات التي تنور في هذا الصدد^(٢).

٣- لم يشأ المشرع المصري أن يعطي الجار الحق في اجبار جاره علي تحويط ملكه (م ٨١٨ / ١ مدني)، فالمالك حر في تحويط ملكه أو عدم تحويطه كما يشاء، فاذا أقام الحائط لم يكن ملزماً بالنزول عن جزء منه او من الأرض التي عليها الحائط لجاره.

ولم يشأ المشرع المصري أن يأخذ في الخصوص بأحكام القانون الفرنسي الذي أجاز طلب التحويط الجبري في المدن والضواحي (م ٦٦٣ من المجموعة المدنية الفرنسية)، ولكنه أخذ بحكم الشريعة الاسلامية (المادة ٦٩ من مرشد الحيران). وواضح أن هذا الالتزام لم يقرر لمصلحة الجار، وانما هو مقرر للصالح العام.

وأوردت المادة ٢/٨١٨ مدني قيداً هاماً علي الملكية الخاصة للحائط، ومؤدي نص تلك المادة أن المشرع قد رتب علي الجار المالك للحائط التزاماً بالامتناع عن الهدم خروجاً علي الأصل العام الذي يقضي بأن للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء تصرفاً قانونياً أو مادياً، فمنع هدم هذا الحائط ملكية خالصة هو قيد هام علي حق الملكية، وهو قيد كان وارداً في المجموعة المدنية الملغاة (مادة ٣٨).

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ١٠٠٢ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٣١ وما بعدها.

ويشترط لتطبيق هذا النص أن يكون ملك الجار مستتراً بالحائط، أي أن يكون مسوراً من جهاته الثلاث، وأن يكون حده الرابع هو الحائط المملوك لجاره. ويشترط من ناحية أخرى أن يترتب علي هدم الحائط ضرر بالجار بأن يكشف ملكه من احدي جهاته الأربع. ولذلك فإذا لم يكن من شأن الهدم الحاق ضرر بالجار لم يجز لهذا الأخير الاعتراض علي الهدم، كما اذا كان ملك الجار أرضاً فضاء غير مبنية، ويكون لمالك الحائط هدمه دون حاجة الي اثبات العذر القوي الذي حمّله علي الهدم.

وأخيراً يجب ألا تكون حاجة المالك الي الهدم ملحة، او علي حد تعبير المادة ٨١٨ مدني: " ألا يكون لديه عذراً قوياً في الهدم "

وتقدير الحاجة او العذر القوي امر متروك لقاضي الموضوع، والمسألة لا تعدو أن تكون مفاضلة بين مصلحة المالك الذي يهدم الحائط والضرر الذي يصح أن يصيب الجار اذا هدم الحائط. فالمادة ٢/٨١٨ مدني ليست في الواقع الا تطبيقاً خاصاً لحكم الفقرة " ب " من المادة ٥ مدني الخاصة بالتعسف في استعمال الحق. ذلك أن استعمال الحق يكون غير مشروع طبقاً لهذا النص الأخير اذا كانت المصالح التي يرمي الي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ومن أمثلة الأعذار التي تجيز الهدم رغبة المالك في بناء عمارة للاستغلال بدلاً من المنزل المخصص لسكنه، او أيلولة الحائط للسقوط بسبب قدمه او عيب بنائه^(١).

٤- تتناول احكام الحائط الفاصل بين ملكين، والمملوك لواحد من الجيران المادة ٨١٨ من القانون المدني .

وملكية أحد الجيران للحائط الذي يفصل ملكه عن ملك جيرانه يعني أن له وحده سلطات المالك علي هذا الحائط، سواء أكان ذلك بالانتفاع به او بالتصرف فيه، تصرفاً قانونياً او مادياً. وقد عيّنت المادة ١/٨١٨ مدني بالنص علي أن الجار ليس له الحق في طلب إجباره علي أن ينزل له عن ملكية جزء من الحائط الفاصل او من الأرض التي يقوم عليها (الا في حالة خاصة نص عليها في المادة ٨١٦ مدني نشير اليها كلامنا عن الحائط المشترك)، وهو تأكيد لحرية الجار المالك الحائط في التصرف أو عدم التصرف في ملكيته تصرفاً قانونياً.

الا أنه بالنسبة للتصرف المادي تأتي الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ مدني بقيد سلطة مالك الحائط الفاصل في هدمه، فتقضي بأنه ليس له أن يهمله مختاراً دون عذر قوي، اذا كان هذا يسبب ضرراً لجار يستتر ملكه بهذا الحائط.

وتقييد سلطة مالك الفاصل في هدمه، يقتضي توافر الشروط الآتية:

(أ) أن يكون هناك جار يستتر ملكه بهذا الحائط، ومعني الاستتار أن يكون الحائط الفاصل هو الضلع الذي يكمل الحوائط التي تحيط بأرض الجار، فان كانت مربعة يكون الحائط الفاصل هو الضلع الرابع، أي أن تكون لملك الجار ثلاثة حوائط عن أضلاعه الأخرى (ولو لم يكون ملك الجار مسقوفاً).

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٠ وما بعدها.

(ب) أن يسبب الهدم ضرراً للجار، فإذا كان ملك الجار مجرد أرض فضاء مستورة ولكنها خالية، فلا يلحقه ضرر من الهدم.

(ج) أن يكون هدم الحائط بمحض اختيار المالك، ولا يبرره عذر قوي يدعو الي هدمه، واستلزم العذر القوي يعني أن مجرد توافر مصلحة المالك في الهدم لا يكفي، بل يجب أن تكون مصلحة جدية تصلح عذراً قوياً للهدم، كخلل الحائط، أو هدمه استعداداً لإقامة بناء جديد بدل البناء القديم الذي يعتبر الحائط جزءاً منه، أي يجب ألا تكون المصالح التي يرمي المالك الي تحقيقها بالهدم. مصالح قليلة الأهمية.

والفقه يري أن منع الحائط الفاصل من هدمه، بالشروط التي تضعها المادة ٨١٨/٢ مدني تطبيقاً لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وفقاً للمعيار الوارد في الفقرة (ب) من المادة الخامسة من القانون المدني، أي علي أساس أن هدم الحائط الفاصل إذا كان لا يبرره عذر قوي، وكان يسبب للجار الذي يستتر ملكه بهذا الحائط ضرراً، يكون استعمالاً للحق يرمي الي تحقيق مصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ويلاحظ أن القانون لا يقيد ملكية الحائط الفاصل بغير منع الهدم إذا بدا تعسفياً ، طبقاً للشروط التي تحددها المادة ٨١٨ مدني فلا يضع علي هذه الملكية قيوداً أكثر من هذا، مما يعني أن الجار لا يستطيع أن يدعي أي حق في مشاركة المالك في الانتفاء بالحائط فيما يجاوز الاستتار به، ولذا لا يجوز أن يتخذ من الحائط هدمه أسقف ملكه^(١).

٥- الأصل أنه ما دام الحائط مملوكاً لأحد الجارين وحده فله أن يتصرف فيه بما في ذلك التصرف المادي بأن يهدمه. ولكن يجب وفقاً للقواعد العامة ألا يتعسف المالك في استعمال حقه، وتطبيقاً لهذا نجد المشرع بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة ٨١٨ مدني علي أنه: " ليس لجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه ولا النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط الا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦ " (والمادة ٨١٦ مدني خاصة بالحائط الفاصل المشترك)، بعد هذا نص في الفقرة الثانية علي أنه: " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي اذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ".

وبتبيين من هذه القاعدة التي تعتبر تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، انه يمتنع علي مالك الحائط أن يهدمه مختاراً، اذا توافرت الشروط الآتية:

١- أن يكون ملك الجار مستتراً بالحائط، ولا يتحقق هذا الا اذا كان ملك الجار مسوراً من جهات ثلاث والحائط الفاصل هو الجهة الرابعة، ولا يمنع من تحقق الاستتار أن يكون ملك الجار المسور غير مسقوف.

٢- أن يكون من شأن هدم الحائط الفاصل الاضرار بالجار فاذا كان ملك الجار المسور فضاء فلا يتحقق شرط الضرر.

٣- ألا يوجد لدي مالك الحائط عذر قوي يدعو الي الهدم، بل يجب أن تكون المصلحة كبيرة. ويكون تقدير قيمة المصلحة وبالتالي معرفة ما اذا كان هناك عذر

(١) - حق الملكية- للدكتور جميل الشراوي- المرجع السابق- ص ١٠١ و ١٠٢.

قوي أم لا، بالموازنة بين مصلحة المالك في الهدم والضرر الذي يلحق الجار نتيجة الهدم. فإذا كانت المصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر انتقي العذر القوي فيمتنع الهدم وهذا الشرط- والذي يدعو الي القول أن حكم المادة ٢/٨١٨ مدني تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، فهو تطبيق للمعيار الذي وضعه المشرع في البند (ب) من المادة الخامسة ومقتضاه ان استعمال صاحب الحق لحقه يكون غير مشروع: " إذا كانت المصالح التي يرمى الي تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ".

هذه هي حدود القيد الوارد في المادة ٢/٨١٨ مدني علي حق مالك الحائط الفاصل، فهو يقتصر علي منعه من الهدم اذا توافرت الشروط السابقة. وعلي ذلك لا يقيد استئثار المالك بالحائط، فله وحده أن يستفيد من هذا الحائط، وبالتالي ليس للجار أن يستفيد من الحائط، فيما عدا الاستئثار به، فليس له مثلاً أن يضع عليه عوارض لحمل السقف.

ولكن اذا قام الجار بعمل يعتبر اعتداء علي حق مالك الحائط كأن حمله بسقف ملكه هو، ولم يعترض مالك الحائط واستمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة، يكتسب الجار ملكية مشتركة في الحائط أو حق ارتفاق عليه بحسب ما اذا كان قد قام بتلك الأعمال بصفته شريكاً في الحائط أو صاحب حق ارتفاق عليه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في المواد ٤، ٥، ١٤٨، ١/٨١٨ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية - يدل على أن المشرع قد إستلهم ضوابط إستعمال الحقوق من مبادئ الشريعة التي تقوم على أنه لا ضرر ولا ضرار وأن درأ المفساد مقدم على جلب المنافع وأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف فجعل لنص المادة الخامسة الصادرة ليهيمن على ما عداه من نصوص القانون بفروعه المختلفة إذ لا يكفي أن يلتزم صاحب الحق أياً كان نوع هذا الحق أو مصدره بالحدود الموضوعية له بل عليه فضلاً عن ذلك أن يستعمل حقه في تحقيق مصلحة مشروعة فكل الحقوق مهما تنوعت أو إتسعت مقيدة بشرط يرد عليها كافة هو ألا يتعسف صاحب الحق في إستعماله فيستهدف به غاية لا يقره عليها القانون أو يلحق بغيره ضرراً لا يتناسب البتة مع ما يدعيه من مصلحة لهذا أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليتمكن بها من دفع الضرر قبل وقوعه بمنع صاحب الحق إبتداء من إستعمال حقه على نحو يلحق بالمدين ضرراً لا مبرر له مراعي في ذلك خصوصيات كل حالة ومنازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لكل دعوى الأقرب إلى تحقيق العدالة من ذلك النص في المادة ٢٠٣ من القانون المدني على حق القاضي في أن يستبدل التعويض بالتنفيذ العيني متى كان في ذلك إرهاق للمدين.

(الطعن رقم ٢٨٠٣ - لسنة ٧١ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ٠٣ / ٢٠٠٣)

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٨٨ و ٨٩ و ٩٠.

مادة (٨١٩)

(١) لا يجوز للجار أن يكون له علي جاره مطل مواجه علي مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجة.

(٢) وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجهة لملك الجار علي مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبني علي أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك علي طول البناء الذي فتح فيه المطل.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨٠٨ لبيي و ٩٧٠ - ٩٧٣ سوري و ٦٩١ سوداني و ٦٦ و ٦٨ و ٦٩ قانون الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

لا يضع التقنين الحالي قيوداً الا علي المطل المواجه. أما المشروع فقد احتفظ بحكم التقنين الحالي في المطل المواجه (م ١١٨٧ فقرة أولي من المشروع وتوافق م ٣٩-٤٠/٦١-٦٢ من التقنين الحالي). ثم حسم خلافاً قائماً في القضاء المصري بشأن كسب المطل المواجه بالتقادم، فهناك أحكام تقضي بأنه اذا كسب المطل القديم، فلا يحق للجار أن يبني علي مسافة أقل من متر علي طول البناء الذي فتح فيه المطل، وهناك أحكام أخرى تعطي الجار الحق في أن يبني علي حدود ملكه ولو سد المطل المفتوح. وقد أخذ المشرع بالرأي الأول لأنه هو الذي يجعل لكسب المطل بالتقادم قيمة جدية. ويجب أن يؤخذ بهذا الحل أيضاً في المطل المنحرف اذا كسب بالتقادم^(١).

رأي الفقه:

١- يخلص من نص المادة ١/٨١٩ مدني أن المطل المواجه يتقيد فتحه بأن يكون علي مسافة معينة. ومجال تطبيق قيد المسافة عام، فيسري علي المباني في المدن والقري.

ذلك أن المطل المواجه أكثر مضايقة للجار المفتوح عليه المطل. لذلك تشترط المادة ١/٨١٩ مدني الا بفتح علي مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة. فإذا كان المطل نافذة أو شباكاً مفتوحاً في حائط من حوائط المبنى أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية، فان كانت المسافة ما بين خط البداية وخط النهاية متراً أو أكثر، كأن المطل المواجه مفتوحاً في حدود المسافة القانونية، وان كانت هذه المسافة أقل من متر كان المطل المواجه خارجة، شرفة كان أو فيرندا أو تيراساً أو بلكوناً أو غير ذلك، كانت نقطة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٦٨.

البداية هي حافة المشربة أو الخارجية، ونقطة النهاية هي دائماً الخط الفاصل ما بين العقارين، ويجب أن تكون المسافة ما بين هاتين النقطتين لا تقل عن متر. وإذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك. فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط. وعلى ذلك إذا كان حائط المبنى قائماً علي مسافة تقل عن متر من الحائط الفاصل، أو كان من باب أولي قائماً علي الحائط الفاصل ذاته وهذا جائز، فإنه لا يصح في هاتين الحالتين أن يفتح في الحائط مطلات مواجهة. وينطبق قيد المسافة علي جميع العقارات المملوكة ملكية خاصة حتي لو كانت المالكة هي الدولة ما دامت ملكيتها ملكية خاصة. أما الأملاك العامة، فلا يسري قيد المسافة بالنسبة إليها. ولا يشترط أن تكون العقارات موجودة في المدن، فالعقارات الموجودة في القرى يسري بالنسبة إليها هي أيضاً قيد المسافة. ويستوي في العقار الذي يفتح فيه المطل أن يكون مسكوناً أو غير مسكون. وأن يكون مسوراً أو غير مسور.

علي أن هناك مطلات لا تخضع لقيد المسافة، فيمكن فتحها علي أية مسافة كانت من العقار المجاور منه، وأهمها:

١- الأبواب ومداخل العقار، فهي لا تعتبر مطلات، بل هي للدخول الي العقار والخروج منه.

٢- المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور الا حيطاناً مسدودة ما لم تتهدم هذه الحيطان. أو لا تكشف الا السطح. أو التي لا يبصر منها الا السماء. فالحكمة من قيد المسافة في هذه الحالات منعدمة، ومن ثم يجوز فتحها علي أية مسافة كانت، بل يجوز فتحها في الحائط المقام علي الخط الفاصل ما بين العقارين.

٣- المطلات المواجهة للطريق العام ولو كانت مطلات منحرفة بالنسبة الي العقار المجاور (م ٨٢٠ فقرة أخيرة مدني).

فاذا كان المطل مستوفياً لقيد المسافة، فإنه يعد استعمالاً لرخصة في حدودها القانونية، ولا يعتبر المطل في هذه الحالة حق ارتفاق علي العقار المجاور. أما اذا كان المطل غير مستوفٍ لقيد المسافة، بأن كان مفتوحاً علي مسافة أقل من متر ان كان مواجهاً، أو علي مسافة أقل من نصف متر اذا كان مطلاً منحرفاً، كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب سده.

وإذا بقي المطل غير المستوفي لقيد المسافة مفتوحاً مدة سنة واستوفي شروط دعوي منع التعرض أو دعوي وقف الأعمال الجديدة بأن كانت الحيابة صحيحة خالية من العيوب وليست علي سبيل التسامح، فإن صاحب المطل يستطيع أن يمنع الجار من التعرض له في المطل وذلك بدعوي منع التعرض، أو من اقامة حائط علي حدود ملكه بسد المطل وذلك بدعوي وقف الأعمال الجديدة. وعلي الجار أن يرفع علي صاحب المطل دعوي انكار حق الارتفاق، فيكون علي صاحب المطل وقد رفعت عليه الدعوي الموضوعية ان يثبت أنه كسب حق ارتفاق المطل بسبب من أسباب كسب الارتفاق ومنها التقادم. فاذا ظل المطل المفتوح علي أقل من المسافة القانونية علي هذا النحو مدة خمس عشرة سنة، وكانت الحيابة مستوفية لشرائطها وليست علي سبيل التسامح، وكان المطل غير معفي من قيد المسافة، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل

بالتقادم، ويكون له الحق في استيفاء مطلّة مفتوحاً علي الأقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتي لو كان المطل مفتوحاً في حائط مقام علي الحد الفاصل بين العقارين، بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه الا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل المنحرف، وذلك حتي لا يسد المطل المكسوب بالتقادم كلياً او جزئياً، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدني. واذا انهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم، ثم أعيد بناؤه فان حق المطل يرجع من جديد بنفسه مداه دون زيادة، ويجوز اثبات مدي المطل الذي كسب بالتقادم عن طريق البيئة، لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية، ولكن اذا بقي الحائط منهدماً مدة خمس عشرة سنة، ثم أعيد بناؤه، فان حق المطل لا يرجع من جديد، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة^(١).

٢- يعتبر المطل المفتوح علي المسافة القانونية مطلاً قانونياً، ويعد فتحه من قبيل الاستعمال المشروع لحق الملكية. فلا يجوز للجار أن يعترض عليه بأي وجه كان، ولكن ذلك لا يمنع صاحب العقار المجاور من

أن يقيم بناء علي حدود ملكه أو أن يسوره، لأن المشرع لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادماً للعقار الذي فتح فيه المطل علي المسافة القانونية، فمثلاً هذا المطل لا يعتبر ارتفاعاً للعقار المطل علي العقار المطل عليه.

أما فتح المطل علي أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات المحظورة لأن فيه خروجاً علي أحكام القانون التي قصد بها تقييد حرية المالك في أن يقيم بناء علي نهاية أرضه إذا كان يريد فتح مطلات له علي ملك جاره. ولذلك يكون المالك مخاطراً في فتحه هذا المطل، فله نفعه وعليه خطره.

ولا جدال في أن حق المطل دون مراعاة المسافة القانونية يعتبر من قبيل الارتفاق، ولذلك يمكن اكتسابه بكل الوسائل التي تكتسب بها حقوق الارتفاق عامة، وهي الاتفاق وتخصيص رب الأسرة والتقادم.

واذا اكتسب ارتفاع المطل بالتقادم فلصاحب المطل حق وسيعه لأن المشرع لم يقيد حجم المطلات. كما ان المطل الاتفاقي لا يزول بهدم البناء المرتفق، بل يجوز لصاحبه أن يعيد فتحه عند اعادة بنائه، ما لم تكن قد مضت أزيد من ١٥ سنة علي هدم البناء، فيزول الارتفاق عندئذ بالتقادم (م ١٠٢٧ مدني).

ولا حاجة بنا الي القول بأن مدة التقادم تخضع لأسباب الانقطاع والايقاف المقررة في شأن التقادم عموماً، فلا تسري علي القاصر الا من تاريخ بلوغه سن الرشد، واذا كان هذا القاصر شريكاً علي الشيوع مع شخص آخر بالغ في العقار المطل عليه، انتفع هذا الأخير بوقف التقادم، وكان له أن يدفع بعدم جواز التمسك باكتساب حق المطل بمضي المدة في مواجهته، لأن هذا الحق غير قابل للتجزئة، ولما كان المطل يكتسب علي العقار المجاور كله، فلا يتأتى تقرير اكتسابه بالتقادم في مواجهة مالك، بينما يتراخي اكتسابه بالنسبة الي المالك الآخر^(٢).

(١) الوسيط - ٨- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٧٧٦ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٣٩ وما بعدها.

٣- قيد القانون بهذا النص (م ٨١٩ مدني) حق المالك في فتح المطلات، أي أنه قيده في استعمال ملكه، ولهذا اعتبرنا هذا النص من بين القيود القانونية المقررة لصالح الجار، ولا يعتبر هذا القيد من قبيل الارتفاق. والذي دعا الي هذا القيد هو ما تحدثه المطلات من مضايقة للعقارات المواجهة.

وقيد المسافة واجب مراعاته مهما كانت طبيعة المطل المواجه، أي سواء كان نافذة أو مشربة أو خارجة، ومهما كانت طبيعة العقار المجاور أي سواء كان بناء أو أرضاً، مسكوناً أو غير مسكون، في المدن أو في القرى، وسواء وجدت مطلات مواجهة في العقار المواجه أو لم توجد.

وتقاس مسافة المتر كما هو وارد بالنص من ظهر الحائط الذي فيه المطل إذا كان المطل نافذة، أو من حافة المشربة أو الخارجية.

ولم يعين القانون ارتفاع الفتحات ولا عرضها، فللمالك مطلق الحرية في تعيين مساحة النافذة التي يريد فتحها.

أما إذا فتحت المطلات بدون مراعاة المسافة التي يحددها القانون، كان للجار الحق في المطالبة بازالتها أي بسدها. ذلك أن فتح المطل في أقل من المسافة القانونية مخالفة قانونية وخروج علي القيد القانوني الذي وضع لصالح الجار وكل مخالفة تجب ازالته متى كان ذلك ممكناً، وإزالة المطل ممكنة دائماً عن طريق سده.

وللجار أن يطلب الإزالة دون حاجة الي اثبات ضرر معين، ذلك أن فتح المطل في أقل من المسافة القانونية يعتبر اعتداء علي ملكه، وهو اعتداء يصح أن يتأيد ويرتفع الي درجة الحق إذا سكت عليه الجار المدة القانونية، فمن مصلحة الجار إذن في جميع الأحوال المطالبة بإزالة المطل المخالف للقانون حتي لا يكتسب صاحبه حق ارتفاق في مواجهته بمضي المدة.

والمطل المكتسب بالتقادم- وهو المنشأ علي أقل من المسافة القانونية- يترتب عليه منع الجار من البناء علي مسافة متر علي طول الحد المواجه للحائط الذي فتح فيه المطل. ومسافة المتر تقاس من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجية. فإذا كان المطل قد فتح مباشرة علي الحد الفاصل بين العقارين، وجب علي الجار أن يرتد ببناؤه مسافة المتر كلها، وإذا فتح المطل علي مسافة نصف متر فقط من ملك الجار، وجب علي الجار ألا يبني علي مسافة أقل من نصف متر، وهكذا حتي يتم المسافة القانونية للمطل وهي المتر.

ويلاحظ أن نطاق استعمال المطل الذي اكتسب بالتقادم يحدد وضع اليد الذي كان أساساً لهذا التقادم، ولذلك لا يجوز لصاحب المطل فتح مطلات أخرى في نفس الطابق أو في الطوابق الأخرى.

علي أنه يلاحظ أن اكتساب المطل بالتقادم خاضع للقواعد العامة، ويجب أن يتوفر في وضع اليد الشروط اللازمة لكسب الحق بالتقادم، ومن هذه الشروط أن يتضمن فتح المطل اعتداء علي حق الجار المالك وعبئاً عليه، فإذا كان فتح هذه المطلات من قبيل التسامح لم يمكن كسبها بمضي المدة^(١).

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٨ وما بعدها.

٤- تنظم القيود التي ترد علي الملكية متعلقة بالمطلات والمناور المواد من ٨١٩ الي ٨٢١ من القانون المدني، وهي قيود تتعلق بملكية المباني وتفرض مسافات معينة يجب مراعاتها، علي الخصوص في فتح المطلات علي أملاك الجيران، أي هي قيود ترد في الأصل علي ملكية الذي يرغب في فتح مطلات، ولكنها قد تلحق ملكية الجار الذي يطل عليه المالك الذي يكسب حقاً بالمطل علي جاره. أما المناور ففتحتها لا يضع له القانون قيوداً، ولكن هذه القيود ترد علي استعمالها.

ويقصد بالمطلات فتحات المباني التي يمكن النظر منها الي الخارج في الوضع المعتاد للإنسان، أي واقفاً أو جالساً كالنوافذ والشرف (المشربيات) والأبواب. وهذه المطلات قد تكون مطلات مواجهة (أو مستقيمة) تمكن من يقف أمامها من رؤية ملك الجار دون حاجة الي الالتفات يميناً أو يساراً (ويتحقق ذلك إذا تلاقي الخط العمودي علي الحائط الذي يوجد به المطل بملك الجار في أية نقطة منه). وقد تكون مطلات منحرفة (جانبية) والنظر منها لا يسمح برؤية ملك الجار، بل يجب الاطلال منها والالتفات يميناً أو يساراً (والخط العمودي علي الحائط الذي توجد به لا يلاقي ملك الجار في أية نقطة).

والقانون يفرض لفتح مطل، سواء أكان مواجهاً أو منحرفاً ترك مسافة معينة بين المطل وحدود ملك الجار، ولكن المسافة تختلف في المطل المواجه عن المطل المنحرف، كما تختلف طريقة قياسها (م ١/٨١٩ و ١/٨٢٠ مدني).

فالمسافة الواجب تركها في حال المطل المواجه هي متر من ظاهر الحائط الذي به المطل في حدود ملك الجار، أما مسافة الخمسين سنتمترا التي يجب تركها في حال المطل المنحرف، فتقاس من جانب المطل أي حافته التي تقع ناحية الجار الي حدود ملك هذا الجار.

وهذه المسافات واجبة لفتح المطلات إذا كانت علي أملاك خاصة مجاورة، أما إذا كان فتح المطل علي الطريق العام، فلا تلزم له أية مسافة، بل ان المطل المنحرف علي ملك الجار يعفي من قيد المسافة إذا كان مطلاً مواجهاً علي الطريق العام.

ولا يهم تخصيص ملك الجار أو حالته في القول بلزوم مراعاة هذه المسافات، فسواء أكان الملك أرضاً فضاء أو مبني للسكني أو لغيرها، وحتى لو كان هناك سور فاصل (أصم) يمنع رؤية ملك الجار من المبني الذي يفتح فيه المطل (بسبب انخفاض المبني أو ارتفاع السور). وكل مطل يفتح علي أقل من هذه المسافات القانونية، يكون اعتداء علي ملك الجار، ويستطيع أن يطلب سده (كمطل).

وإذا فتح مطل علي مسافة أقل من تلك التي يفرضها القانون، فمن الممكن أن يكسب صاحب المبني الذي يفتح فيه المطل بالتقادم ارتفاعاً بالمطل إذا اكتملت مدة التقادم، وبشرط ألا يعتبر سكوت الجار عن طلب سد هذا المطل من قبيل التسامح بسبب عدم تضرره من المطل، كأن يكون ملك الجار أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء، أو ألا يكون المطل مؤدياً الي رؤية ملك الجار، لو كان ميبناً لوجود سور مرتفع يحول دون هذه الرؤية. فإذا كسب المالك ارتفاعاً بالمطل علي ملك الجار لم يكن من حق هذا الجار أن يطلب سده، ولو أنه علي مسافة أقل من المسافة القانونية، بل أن الجار

لا يستطيع البناء في أرضه إلا على مسافة متر من ظاهر الحائط الذي به المطل المواجه، أو نصف متر من حافة المطل المنحرف، وتتص على هذا الحكم بالنسبة للمطل المواجه الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدني. وإذا أراد الجار أن يفتح في بنائه مطلاً يكون عليه أن يترك مسافة قانونية من مطله حتى الحدود التي يمكن أن يصل إليها ببنائه، أي إذا كان المطل مواجهاً أن يترك مسافة مترين بينه وبين الحائط الذي به المطل المكسوب بالتقادم^(١).

٥- فرض المشرع ترك مسافة بين المطل وملك الجار، سواء كان هذا الملك مبنياً أو غير مبنى، ولكن هذه المسافة تختلف بحسب ما إذا كان المطل موجهاً أو منحرفاً (م ٨١٩/١ و ٨٢٠/١ مدني).

فإذا فتح المالك مطلاً مواجهاً أو منحرفاً دون أن يترك أية مسافة أو ترك مسافة أقل مما ينص عليه المشرع، كان هذا الاعتداء على ملك الجار، ومن حق هذا الجار أن يطلب سد المطل يستوي في هذا أن يكون ملك أرضاً فضاء، أو مبنياً سواء كان البناء للسكني أو لغير السكني من الأغراض، وحتى لو كان ملك الجار مسوراً بحائط مرتفع أصم لا فتحات فيه بحيث يتمتع النظر إليه من المطل.

وقد جري البحث فيما إذا كان يجب مراعاة المسافة لفتح المطل على ملك الجار المسور بحائط مرتفع أصم أم لا. والرأي الغالب - يذهب الي أن قيد المسافة يرتفع في هذه الحالة، لأن الغرض من ترك المسافة هو منع النظر القريب الي ملك الجار، ولما كان النظر ممتنع لوجود الحائط الأصم، فلا مبرر للتقيد بترك المسافة. علي أنه إذا هدم الحائط الساتر لملك الجار فيجوز لهذا الجار أن يطلب سد المطل مهما طالبت المدة التي ظل فيها مفتوحاً قبل هدم الحائط^(٢). وذهب رأي آخر (يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور) - الي أنه يجب مراعاة المسافة حتي مع وجود الحائط الأصم، فالقانون لم يفرق بين حالة وأخرى^(٣). ويذهب الدكتور منصور في مناقشة رأي الجمهور الي القول: "بأن رأي الجمهور ينتهي في الواقع الي أن قيد المسافة يرتفع لانتهاء الضرر من فتح المطل، ولو سرننا مع هذا المنطق الي النهاية لوجب القول مثلاً برفع القيد إذا كانت أرض الجار أرضاً زراعية الي أن تبني وهو ما لم يقل به أحد فيما أعلم".

وإذا لم يطلب الجار سد المطل المفتوح علي أقل من المسافة القانونية، واستمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة اكتسب من فتح المطل حق ارتفاق بالمطل عن طريق التقادم المكسب، إلا إذا كان سكوت الجار عن طلب سد المطل تسامحاً منه أن تكون أرضه فضاء، أو تكون أرضه مسورة بسور مرتفع أصم يحول دون النظر من المطل علي ملكه.

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٦ و ١٠٧ و ١٠٨.
(٢) تنظر مؤلفات الدكاترة: كامل مرسي- ص ٤٧٦، وشفيق شحاته- ص ٣٧٤، ومحمد علي عرفه- ص ٣٣١، واسماعيل غانم- ص ١٠١ في الملكية.
(٣) تنظر مؤلفات الدكاترة: عبد المنعم فرج الصدة- ص ١٤٦ وحسن كيره- ص ٢٤٠ في الملكية.

فاذا اكتسب المالك الذي فتح المطل علي أقل من المسافة حق ارتفاق بالمطل بالتقادم المكسب، فيترتب علي ذلك: أولاً- أنه يمتنع علي الجار أن يطلب سد المطل المفتوح علي أقل من المسافة ،

ثانياً- يجب علي هذا الجار، إذا أراد أن يبني، ألا يبني علي حافة ملكه بل يرتد بالقدر الذي تتوفر معه المسافة القانونية أمام المطل الذي فتحه جاره، وذلك علي طول البناء الذي فتح فيه المطل. وهذا ما نصت عليه المادة ١/٨١٩ مدني بخصوص المطل المواجه. ويجب- كما تقول المذكرة الايضاحية- أن يؤخذ بهذا الحل أيضاً في المطل المنحرف إذا كسب بالتقادم. هذا إذا أراد الجار أن يبني دون أن يفتح في بنائه مطلاً، أما إذا أراد يفتح مطلاً مواجهاً، فيجب أن يرتد ببنائه بحيث تكون المسافة بين هذا البناء وجاره الذي به المطل مترين^(١).

٦- لا يجوز أن تفتح المطلات الا بمراعاة مسافة معينة حددها القانون المدني- والقيد الوارد في هذا الشأن قيد عام كل من يريد فتح مطل في مبني أياً كان مكان هذا المبني وأياً كان نوع البناء أو الغرض المقصود من إقامته، والي جانب هذا القيد العام قد تفرض التشريعات الخاصة المنظمة للمباني أخرى ومسافات أخرى فتجب مراعاتها.

وقد فرق المشرع فيما يتعلق بالمسافة الواجب مراعاتها لفتح المطلات بين المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة.

فالمطل المواجه هو الذي يمكن من الاطلاع علي ملك الجار في خط العمودي مستقيم، بحيث لا يحتاج الشخص للنظر الي التلفت أو الي أبواب رأسه خارج المطل. أما المطل المنحرف فهو الذي يمكن من النظر الي ملك الجار الا بالبروز الي الخارج أو الالتفات يمينا أو يساراً في اتجاه هذا الملك.

فاذا كان المطل المراد فتحه مواجهاً، وجب أن يفصل بينه وبين ملك الجار مسافة لا تقل عن متر (م ١/٨١٩ مدني). بينما يجب أن تكون المسافة في المطل المنحرف لا تقل عن خمسين سنتيمتراً (م ٨٢٠ مدني).

فاذا كان المطل عبارة عن نافذة، فإن مسافة المتر أو الخمسين سنتيمتراً من ظهر الحائط الذي يوجد فيه المطل الي الحد الفاصل بين العقارين. أما إذا كان المطل عبارة عن خارجة (شرفة)، فإن المسافة تقاس من حافة هذه الخارجة.

والعلة في اطالة المسافة للمطل المنحرف أن المطل المواجه أكثر مضايقة للجار من المطل المنحرف، اذ أن النظر الي ملك الجار من المطل المواجه أسهل في النظر من المطل المنحرف.

وإذا فتح الباني ويتقد الباني بقيود والمسافات أياً كانت علاقتك بالأرض التي يبني عليها أي سواء كان صاحب حق عيني على الأرض كالمالك أو صاحب حق الانتفاع ، أو كان مجرد متأجر لها وقدر خص له المالك بالبناء عليها. مطلاً في ملكه علي أقل من المسافة القانونية، فإنه يكون مخالفاً للقانون، ويكون لجاره أن يطلب منه إزالة هذه

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٩١ وما بعدها، وفي نقد رأي الجمهور- ص ٩٢ هامش ١ منه.

المخالفة بتعديل المطل حتي يصبح منوراً مثلاً أو بسد هذا المطل كلية، ولا يشترط لاجابة هذا الطلب أن يثبت الجار اصابته بضرر من جراء فتح المطل.

فاذا لم يطلب الجار سد المطل المفتوح علي مسافة اقل من المسافة القانونية، فان صاحب المطل قد يكسب حق ارتفاع بالمطل علي ملك الجار، وذلك إذا استمر المطل مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة وتوافرت حيازة حق ارتفاع بركنيها المادي والمعنوي، وبصفة خاصة إذا تضمن فتح المطل تعدياً علي ملك الجار. أما إذا لم يتوافر هذا التعدي، بل كان عدم مطالبة الجار بسد المطل مبنياً علي تسامحه وهو ما يستفاد من كون ملكه عبارة عن أرض فضاء أو من وجود حائط أصم يحول المطل بين صاحب المطل وبين النظر الي ملكه، فان استمرار وجود المطل علي أقل من المسافة القانونية لا يكسب صاحبه أي ارتفاع

ويترتب علي كسب حق ارتفاع بالمطل بالتقادم المكسب أن يكون لصاحبه الحق في استبقاء مطلة مفتوحة علي أقل من المسافة القانونية كما هو، بحيث لا يكون للجار ان يطلب سده، وبحيث يلتزم الجار عندما يبني في ملكه أن يرتد ببناؤه داخل حدود ملكه، لكي يترك بين المطل وبين البناء الذي يقيمه مسافة مساوية للمسافة القانونية، وذلك علي طول البناء الذي فتح فيه المطل.

وعلي ذلك إذا فتح مطل مواجه في بناء مقام علي الخط الفاصل بين العقارين، أي دون ترك مسافة متر التي يوجبها القانون، واكتسب صاحب البناء حق ارتفاع بهذا المطل علي ملك جاره بالتقادم المكسب، فلا يجوز للجار ان يبني علي هذا الخط الفاصل والا سد المطل، بل عليه أن يرتد الي داخل

ملكه مسافة متر إذا كان البناء الذي يقيمه لا يتضمن أي مطل، ومسافة مترين إذا كان البناء يشمل مطلاً مواجهاً لمطل المالك الأول^(١).

وييري بعض الشراح أن الجار يستطيع أن يبني علي مسافة متر من الحد الفاصل ولو فتح مطلات في بنائه، لأن المطلات في هذه الحالة تكون مفتوحة في حدود المسافة القانونية، فهي تبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متي كان يبين مما قرره الحكم أن المحكمة حصلت من عقد البيع المسجل المبرم بين الطاعنة والبايعين لها ومن باقي الأوراق أن أراده الطرفين قد اتجهت الي التنازل عن حق الارتفاق بالمطل المقرر للعقار المبيع للطاعنة علي عقارات المطعون عليهم ولم تخرج في تفسيرها هذا عن المعني الظاهر لعبارة العقد وأوضحت الاعتبارات المبررة لذلك، ثم أعملت أثر هذا التنازل في النزاع المطروح لا علي أساس قواعد الاشتراط لمصلحة الغير واستفادة المطعون عليهم من عقد لم يكونوا

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز)- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٥٣ وما بعدها، وينظر أيضاً: الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عمران- المرجع السابق- ص ٢٧٧ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور اسماعيل غانم- ص ١٠٢ هامش ٢، والوسيط- ٨ - للدكتور السنهوري- ص ٧٨٦.

طرفاً فيه، وإنما علي أساس تفسيرها لعقد البيع الذي تستند إليه الطاعنة في اثبات ملكيتها، وعلي أن التنازل الذي انطوي عليه ينتج أثره بالإدارة المنفردة للمتنازل ولا يحتاج الي قبول، فلا يلزم ان يكون المتنازل له طرفاً في المحرر المثبت له- اذ كان ذلك، فان النعي علي الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة القانون يكون علي غير أساس.

ان المبيع ينتقل الي المشتري بالحالة التي حددها الطرفان في عقد البيع- واذا كان الثابت أن البائعين للطاعنة قد صرحتا في عقد البيع بنفي وجود أي حق ارتفاق للعقار المبيع، فان القول بانتقال هذا الحق الي المشتري رغم وجود النص المانع يكون علي غير أساس.

(نقض- جلسة ١٩٧٠/١/١٥- مجموعة المكاتب الفني- السنة ٢١- ص ١١٢)

٢- من المقرر أنه إذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه، فان حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد (م ١٠٢٨ مدني)، الا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تنقيد بمضمون الارفاق الأصلي. واذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلي بالمطل لا يجاوز الدور الأرضي من العقار القديم، فان الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التي تعلو الدور الأرضي من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/٤/٨- المرجع السابق- السنة ٢٣- ص ٦٧٦)

٣- ان مؤدي ما تنص عليه المادة ٨١٩ من القانون المدني أنه إذا كسب المطل المواجه بالتقادم فلا يحق للجار أن يبني علي مسافة أقل من متر علي طول البناء الذي فتح فيه المطل حتي لا يسد المطل كلياً أو جزئياً- لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بمنع تعرض الطاعنين للمطعون عليه في حيازة حق الارتفاق بالمطل، وقضي في نفس الوقت بازالة المضيفة التي بنوها، فانه يكون قد خالف القانون، اذ كان يتعين قصر الازالة علي ما بني في مسافة متر بطول المنزل المفتوح فيه المطل.

٤- ان قول الشارع أنه لا يجوز للجار أن يكون له علي جاره مطل مقابل (مواجه)، معناه التحريم، والتحريم يوجب ازالة الفعل المحرم بلا نظر الي كونه أحدث ضرراً بالفعل أو لم يحدث، فانه مع التحريم يكون الضرر مفترضاً قانوناً، فعدم تحدث المحكمة في حكمها بالإزالة عن اعتساف الجار في طلب الازالة لعدم اصابته بضرر من شأنه أن يستوجبها لا يقدح في حكمها، اذ هذا التحدث كان يكون له محل لو أن المحكمة كانت تملك النظر في قيام الضرر أو عدم قيامه.

(نقض- جلسة ١٩٧٨/١١/٢١- الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٦ القضائية- لم ينشر بعد)

٥- مفاد المادة ٨١٩ من القانون المدني أن المطل إذا كان مفتوحاً علي مسافة أقل من متر وظل علي هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست علي سبيل التسامح، فان صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً علي أقل من المسافة ا قانونية كما هو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتي ولو كان المطل مفتوحاً في حائط مقام

علي الخط الفاصل بين العقارين، بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه الا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتي لا يسد المطل المكتسب بالتقادم.

(نقض- جلسة ١٩٨٠/١٢/٤- الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٤٩ ق- محمود عمر- جزء ٥- ص ٥٢١)

٦- تكييف الدعوى. العبرة فيه بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعاً لها الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التي فتحت دون مراعاة قيد المسافة تكييفها الصحيح أنها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق. تكييفها بأنها دعوى منع التعرض التي يوجب القانون رفعها خلال سنه من وقوع التعرض بإعتبارها من دعوى الحيازة والقضاء بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

(الطعن ١٨٦٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ س ٤٤ ص ٢٣٢)

٧- بقاء المطل مفتوحاً على مسافة أقل من متر لمدة خمس عشرة سنة بحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح. أثره. إكتساب صاحبه حق إرتفاق المطل بالتقادم. علة ذلك. م ٨١٩ من القانون المدني.

مفاد نص المادة ٨١٩ من القانون المدني أن المطل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت حيازته مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح فإن صاحب المطل يكسب حق إرتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له إستبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض.

(الطعن ٥٥٤٨ لسنة ٦٣ جلسة ١٩٩٤/٤/١٧ س ٤٥ ص ٧٢٤)

٨- وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك بأنه من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي إنتهت إليها المحكمة إذ يعتبر هذا الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه. لما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام خبير الدعوى ولدى محكمة أول درجة بأن المطلات مفتوحة على المسافة القانونية تأسيساً على ما أثبتته الخبير في تقريره من أن المطلات مفتوحة على منور مشترك بين طرفي النزاع تتراوح مساحته بين ١,٢، ٢,٧ متراً مربعاً وأنه قد مضى على فتحها أكثر من ثلاثين عاماً، وهو دفاع جوهرى إن صح يتغير به وجه الرأي فى الدعوى، ويعتبر مطروحاً على محكمة الإستئناف بحكم المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات التي ترتب على الإستئناف نقل الدعوى إلى هذه المحكمة بما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة من دافع أو أوجه وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الإستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الإستئناف حتى ما كان قد فصل فيه لغير مصلحته أثناء سير الدعوى دون حاجة إلى إستئناف فرعي منه كان الحكم المستأنف قد إنتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخلية عن التمسك بشئ منها صراحة أو ضمناً وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتعرض لهذا الدفاع الجوهرى إيراداً له ورداً عليه بما يقتضيه من البحث والتحصيل، فإنه يكون

معيباً بقصور مبطل له مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٥٤٤٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٥ لم ينشر بعد)

٩- وحيث إن مما ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب، وفى بيان ذلك يقول إنه قدم إلى محكمة الاستئناف عقد البذل المؤرخ ١٩٧٧/١٢/١٦ المبرم بينه والمطعون ضده الأولى والذي يجيز له إقامة الفتحة المقضى بسدها، وتمسك بدلالته على صحة ما يدعيه، إلا أن المحكمة إنتقلت عن هذا الدفاع إيراداً ورداً مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا قدم إلى محكمة الموضوع مستند هام من شأنه التأثير في الفصل في الدعوى وجب عليها أن تتحدث عنه في حكمها فإن هي لم تفعل مع ما قد يكون له من دلالة، فإن الحكم يكون معيباً بالقصور. لما كان ذلك. وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن قدم لمحكمة الاستئناف في جلسة ١٩٩١/١٢/٢٣ عقد البذل المؤرخ ١٩٧٧/١٢/١٦ المبرم بينه والمطعون ضده الأول المتفق فيه على أن للطاعن "فتح باب أو شبك في مساحة ١٨٠ سم من الأرض الفضاء بين الطرفين"، وأن الحكم المطعون فيه إنتقلت عن التحدث عن هذا المستند مع ما قد يكون له من دلالة إذا صح تغيير وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً بقصور في التسبيب يبطله، ويوجب نقضه.

(الطعن ٥٥٢٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ لم ينشر بعد)

١٠- وحيث أن هذا النعى شديد ذلك أن النص في المواد ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١ من القانون المدني يدل على أن المشرع حرص على تقييد حق المالك في فتح مطلات على ملك الجار رعاية لحرمة الجار فحظر أن يكون للجار على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر أو يكون له مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا وهذه النصوص عامة تسرى على المطلات جميعاً متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقاريين ويكون للأخير طلب سدها عند عدم الإلتزام بالمسافة القانونية بإعتبار أن الضرر مفترض في هذه الحالة.

ومن ثم إذا ثار نزاع حول مخالفة هذا الحر تعين على محكمة الموضوع أن تعرض له ببيان ماهية الفتحات المدعاة وما إذا كان ينطبق عليها وصف المنور أو المطل المواجه أو المنحرف ومدى مراعاة المسافات القانونية فإن لم تفعل كان حكمها قاصراً.

(الطعن ٥٠٩٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٢ لم ينشر بعد)

١١- إذ كانت المادة ٨١٩ من القانون المدني تنص على أنه " (١) لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجية. (٢) وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لمالك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابقة ببيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل". مما مفاده أن المطل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر

وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليس على سبيل التسامح، فإن صاحب المظل يكسب حق ارتفاق بالمظل بالتقادم ويكون له الحق في استبقاء مظهره مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المظل مفتوحا في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطا في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المظل المكتسب بالتقادم.

(الطعن رقم ٦٧٣٦ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٦ / ٢٠١٠)

١٢- لمحكمة الموضوع الحق في تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها إلا أنه يتعين أن تكون هذه الأدلة مستندة من أوراقها ومستخلصة منها استخلاصا سائغا لا خروج فيه على ما هو ثابت بها، وأن يكون من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها حكمها، فإذا لم يبين الحكم المصدر الذي استخلص منه ثبوت الواقعة التي أقام عليها قضاؤه حتى يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها على سداده فإنه يكون معيبا بالقصور والفساد في الاستدلال.

(الطعن رقم ٦٧٣٦ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٦ / ٢٠١٠)

* * *

مادة (٨٢٠)

لا يجوز أن يكون للجار علي جاره مطل منحرف علي مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل. ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف علي العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المادة التالية: مادة ٨٢٩ لبيي و ٩٧١ سوري و ٦٧ قانون الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

زاد المشروع علي التقنين الحالي أن قيد المطل المنحرف فلا يجوز للجار أن يكون له علي جاره منحرف علي مسافة تقل عن نصف متر من حرف المطل. ويزول هذا القيد إذا كان المطل المنحرف هو في وقت ذاته مطل مواجه للطريق العام^(١).

رأي الفقه:

١- إذا كان المطل منحرفاً، فانه أقل مضابقة للجار، ولذلك تقل المسافة نصف متر بدلاً من متر، وتقاس المسافة- طبقاً لنص المادة ٨٢٠ مدني- من حرف النافذة الي الخط الفاصل ما بين العقارين. فان كانت نصف متر أو أكثر كانت المسافة قانونية.

وإذا كان الفاصل بين العقارين أرضاً فضاء مشتركة كطريق خاص أو فناء أو ممر للاستعمال المشترك، دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية، سواء للمطل المواجه أو للمطل المنحرف، فحسب المتر أو نصف المتر من المطل الي الآخر الأرض حيث تلاصق عقار الجار لا الي نصف هذه الأرض فقط. ويشترك المطل المنحرف مع المطل المواجه- فيما خلا المسافة- في الأحكام التي تناولت بالتعليق المادة ٨١٩ مدني^(٢).

٢- المطل المنحرف هو الذي لا يسمح بنظر ملك الجار الا بالانفتحات الي اليمين الي الشمال أو بالانحناء الي الخارج، وبعبارة أخرى هو الذي لا يمكن التطلع منه الي ملك الجار الا بالانحراف في اتجاهه.

ومن هذا التعريف يتضح أن المطل المنحرف يكون بالنسبة الي الملك المجاور الذي يحدث زاوية مع الحائط الذي فيه فتحته.

علي أنه يمكن أن تكون نفس الفتحة مطلاً مواجهاً ومنحرفاً في نفس الوقت، وذلك في حالة ما إذا كان ملك الجار يحدث زاوية حادة عند اتصاله بالحائط الذي فيه فتحة المطل.

أما ان كانت الزاوية قائمة ومنفرجة فلا يمكن أن يكون المطل الا منحرفاً.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٦- ص ٧٠.

(٢) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٣٩ و ٣٤٠.

ولا يتصور وجود مطلات بين المباني المتحابة الا عن طريق الابراج أو الشرفات فعندئذ يوجد مطل منحرف.

ولكن الخارجات عموماً، سواء أكانت أبراجاً أم شرفات، تكون مطلات مواجهة بالنسبة الي الأراضي أو المباني المواجهة لها من أية جهة من جهاتها، ومطلات منحرفة بالنسبة الي الأملاك المجانية لها^(١).

٣- المطل المنحرف هو الذي لا يمكن النظر منه علي ملك الجار الا بالميل يمينا أو يساراً أو بالانحناء الي الخارج.

ولم يكن التقنين المدني القديم يورد قيداً علي فتح المطلات المنحرفة، فكان يجوز للمالك فتحها في أية مسافة من ملك الجار وهذا ما جري عليه قضاء المحاكم.

ولكن التقنين المدني الجديد قيد فتح المطلات المنحرفة، كما قيد فتح المطلات المواجهة، فتنص المادة ٨٢٠ مدني علي أنه " لا يجوز أن يكون للجار مطل منحرف علي مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل".

فالمسافة الواجب مراعتها في فتح المطلات المنحرفة هي نصف متر، وتحسب هذه المسافة من حرف المطل، بمعنى أنه يجب أن يكون بين حرف المطل المنحرف وملك الجار نصف متر علي الأقل.

وانما يزول هذا القيد كما تنص المادة ٨٢٠ مدني إذا كان المطل المنحرف هو في الوقت نفسه مطلاً مواجهاً للطريق العام. فإذا فتح المالك مطلاً مواجهاً علي الطريق العام فليس عليه أن يراعي في فتحه الابتعاد مسافة معينة عن ملك الجار الملاصق في أي من جانبي المطل^(٢).

٤- إذا كان المطل منحرفاً، فلا يجوز أن يكون للجار علي جاره مطل منحرف علي مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل، ويرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف علي العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام (م ٨٢٠ مدني).

ويلاحظ أنه إذا قام أحد المالكين بفتح مطل في ملكه سواء أكان هذا المطل مواجهاً أو منحرفاً، وكان مراعيّاً للمسافة القانونية، فإن هذا لا يحول بين المالك المجاور وبين حقه في البناء حتي الحد الفاصل بين ملكه وبين ملك الجار ولا يكون له في هذه الحالة الأخيرة أن يفتح مطلاً عند الحد الفاصل لملكه، لأنه لا يكون في هذه الحالة عند حدود المسافة القانونية، بل عليه أن يبتعد عن الحد الفاصل بين ملكه وملك الجار بمسافة متر إذا كان المطل مواجهاً ونصف متر إذا كان المطل منحرفاً^(٣).

يدل نص المواد ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١ من القانون المدني علي أن المشرع حرص علي تقييد حق المالك في فتح مطلان علي ملك الجار رعاية لحرمة الجوار فحظر أن يكون للجار علي جاره مطل مواجه علي مسافة تقل عن متر أو أن يكون له مطل منحرف علي مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً ويرتفع قيد المسافة عن كل مطل يفتح

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق ص ٣٣٩ و ٣٤٠.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٩ و ١٣٠.

(٣) الحقوق العينية الصلية- للدكتور محمد علي عمران- المرجع السابق- ص ٣٧٨.

على طريق عام حتى ولو أمكن إعتباره في نفس الوقت من المطلات المنحرفة بالنسبة إلى ملك الجار. ولا يسرى هذا الحظر على المناور وهي تلك الفتحات التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة وأعدت لنفاذ النور والهواء دون الإطلال منها على العقار المجاور، ولما كانت مخالفة المالك لحظر فتح مطل على عقار جاره سواء أكان المطل مواجهها أم منحرفاً تعد من مسائل القانون التي تتبسط إليها رقابة محكمة النقض فإنه يجب على الحكم المثبت لحصول هذه المخالفة فيبين بما فيه الكفاية ماهية الفتحات. التي أنشأها الجار المخالف وما إذا كان ينطبق عليها وصف المطل المواجه أو المنحرف ومقدار المسافة التي تفصله عن عقار الجار، فإذا خلا الحكم مما يفيد بحث هذه الأمور فإن ذلك قصوراً في تسبب الحكم يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، لما كان ذلك وكان تقرير الخبير الذي أحال إليه الحكم المطعون فيه وإثباته عمد قضائه لم يستظهر ماهية الفتحات التي أنشأها الطاعنون ومقدار إرتفاع قاعدتها عن سطح أرضية الدور المفتوحة فيه فإن الحكم المطعون فيه إذ إنتهى إلى تأييد قضاء محكمة أول درجة بسد هذه الفتحات دون أن يبين وجه مخالفتها للقانون يكون معيباً بالقصور في التسبب.

(الطعن ٣٣١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٨ ص ٤١٦)

وحيث ان هذا النعى سديد ذلك أن النص في المواد ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١ من القانون المدني يدل على أن المشرع حرص على تقييد حق المالك في فتح مطلات على ملك الجار رعاية لحرمة الجار فحظر أن يكون للجار على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر أو يكون له مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً، وهذه النصوص عامة تسرى على المطلات جميعاً متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقاريين ويكون للأخير طلب سدها عند عدم الإلتزام بالمسافة القانونية بإعتبار أن الضرر مفترض في هذه الحالة غير أن هذا الحظر لا يسرى على المناور وهي الفتحات التي تعلو قاعدتها قمة الإنسان المعتادة وأعدت لنفاذ النور والهواء دون الإطلال منها على العقار المجاور ومن ثم إذا ثار نزاع حول مخالفة هذا الحظر تعين على محكمة الموضوع أن تعرض له ببيان ماهية الفتحات المدعاة وما إذا كان ينطبق عليها وصف المنور أو المطل المواجه أو المنحرف ومدى مراعاة المسافات القانونية فإن لم تفعل كان حكمها قاصراً.

(الطعن ٥٠٩٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٢ لم ينشر بعد)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في المادة ٨١٩ من القانون المدني على أن "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر..." وفي المادة ٨٢٠ من هذا القانون على أن "لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام" يدل على أن المشرع حرص على تقييد حق المالك في فتح مطلات على ملك الجار رعاية

لحرمة الجوار فحظر أن يكون للجار على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، أو أن يكون له مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا، ويرتفع قيد المسافة عن كل مطل يفتح على طريق عام. حتى ولو أمكن اعتباره في الوقت نفسه من المطلات المنحرفة بالنسبة إلى ملك الجار.

(الطعن رقم ٥٨٩٥ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢ / ٠١ / ٠٨)

٢- ان المشروع قد وضع على حق الملكية من بينها ما نص عليه في المادتين ٨١٩، ٨٢٠ من القانون المدني انه - لا يجوز للجار ان يكون له على جارة مطل مواجه على مسافة تقل عن متر وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل او من حافة المشربة او الخارجية ولا يجوز له ان يكون له على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل ولكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام. الا انه اذا كان الفاصل بين العقارين ارضا فضاء مشتركة كطريق خاص او فناء او ممر للاستعمال المشترك دخلت هذه الارض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية سواء للمطل المنحرف فيحسب المتر او نصف المتر من المطل الى اخر الارض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار لا الى نصف هذه الارض فقط.

(الطعن رقم ٢٩٩٠ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤ / ٠١ / ٠٦)

* * *

مادة (٨٢١)

لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها علي العقار المجاور.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٠ لبيي و ٩٧٠ سوري و ٦٦ ق الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

نص المشروع علي المناور، فقضي بأنه لا تشترط أية مسافة لفتحها. وعرفها بأنها هي التي تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ولا يقصد بها الا ادخال الهواء والنور دون أن يستطاع الاطلال منها علي العقار المجاور. وقد سكت التقنين الحالي عن ذكر المناور ولكن الحكم فيه هو ما تقدم^(١).

رأي الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٢١ مدني أن المنور لا يشترط في فتحه أية مسافة كما تشترط مسافات معينة بالنسبة الي فتح المطل التي سبق بيانها (في المادتين ٨١٩ و ٨٢٠ مدني)، وكل ما يشترط في المنور هو أن يكون علي ارتفاع معين وألا يستعمل الا لنفاذ النور ومرور الهواء، فلا يجوز الاطلال منه علي العقار المجاور. وللمنور الذي استوفي هذه الشروط حكم في القانون يختلف عن حكم المنور الذي لم يستوفها.

فلا يقيد القانون المصري- ولا الفرنسي- المنور بمسافات معينة، كما قيد كل من القانونين المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة، فيجوز اذن فتح المناور في الحيطان علي أية مسافة، بل يجوز أن يقيم المالك حائطاً علي الخط الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور، وبفتح فيه ما يشاء من المناور، والقيد الوحيد للمنور في القانون المصري هو أن يكون ارتفاعه فوق قامة الانسان حتي لا يستطاع الاطلاع منه، فيمكن أن يكون علي ارتفاع مترين مثلاً، ولكن لا يجوز أن يكون علي ارتفاع ١,٧٥ متراً فقط، اذن أن قامة الانسان المعتادة تصل الي هذا الطول.

وتري من ذلك أن الفتحة في الحائط في القانون المصري إذا لم تكن مرتفعة فهي مطل معد لنفاذ النور ولمرور الهواء وللاطلاع منه، فيجب اذن أن تراعي فيه المسافات القانونية التي تقدم بيانها، وإذا كانت الفتحة مرتفعة بحيث تعلو علي قامة الانسان المعتادة، فهي منور معدة لنفاذ النور ولمرور الهواء دون الاطلاع منه، فلا تراعي فيه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٦- ص ٧١.

مسافة ما ولو فتح في حائط مقام علي الخط الفاصل بين العقارين، ولكن يراعي فيه هذا القدر من الارتفاع.

فمتي استوفي المنور شروطه بأن كان هذا الارتفاع المعين وبأن كان معدا للنور والهواء دون الاطلال، كان لصاحبه أن يستبقيه. ولا يجوز لصاحب العقار المجاور أن يعترض عليه أو أن يطلب سده.

ولكن صاحب المنور لا يكسب حقاً قبل صاحب العقار المجاور، فهو بفتح المنور انما أتي رخصة من المباحات، ولذلك يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في ملكه علي الحد الفاصل ما بين العقارين، فيسد المنور الذي فتحه جاره. والا يصبح هذا المنور صالحاً للانارة ولا لمرور الهواء. وليس لصاحب المنور أن يعترض علي ذلك أو أن يطلب هدم الذي أقامه الجار في ملكه، اذ هو لم يكسب حقاً قبل الجار بفتح المنور.

ويكون هذا هو الحكم حتي لو أن المنور بقي مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر، فيجوز للجار حتي بعد انقضاء هذه المدة أن يقيم حائطاً في ملكه يسد به المنور. ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك وأنه كسب حق فتح المنور بالنقادم، فهو انما أتي رخصة من المباحات، وايتان الرخصة لا يصلح أساساً للحيازة ولا للتملك بالنقادم المكسب.

ونري من ذلك أن المالك، إذا فتح منوراً في حائط أقامه، يحسن به أن يبتعد بالحائط عن الخط الفاصل ما بين العقارين لمسافة كافية لبقاء المنور صالحاً للغرض المقصود وهو الانارة والتهوية، حتي لو بني جاره حائطاً علي الخط الفاصل فيما بعد، فان المنور يكون في هذه الحالة بعيداً عن حائط الجار بعداً كافياً يبقي علي صلاحيته كمنور.

واذ كان المنور غير مستوف لشروط الارتفاع الواجب بأن كان مفتوحاً مثلاً علي ارتفاع ١,٧٥ أو علي ارتفاع أقل من أرضية الحائط فانه يعتبر في القانون المصري مطلالاً منوراً كما تقدم القول. ومن ثم يجب التمييز بين حالتين:

الأولي- أن يكون هذا المطل قد روعيت فيه المسافة القانونية التي سبق بيانها في المطل المواجه والمطل المنحرف. وفي هذه الحالة لا يجوز للجار الاعتراض عليه، لا من حيث أنه منور ولا من حيث أنه مطل. وتسري الأحكام المتقدمة في المطلات المفتوحة في حدود المسافة القانونية.

الثانية- أن يكون هذا المطل لم تراعى فيه المسافة القانونية، في هذه الحالة بعيداً عن حائط الجار بعداً كافياً يبقي علي صلاحيته ولا يجوز لصاحبه أن يدعي أنه انما فتح منوراً لا مطلاً، وأن شكل الفتحة وسعتها ووضعها يدل كل ذلك علي أن المقصود منها الانارة والتهوية لا الاطلال، وأن الفتحة لا تستعمل فعلاً للاطلال. فما دامت الفتحة ليست علي الارتفاع الواجب قانوناً فهي مطل لا منور، وتسري عليها جميع الأحكام التي تسري علي المطلات غير المستوفية لقيد المسافة.

ومن هذه الأحكام أن الفتحة إذا بقيت علي وضعها مدة خمس عشرة سنة. فقد كسب صاحبها حق ارتفاع بالمطل، ولا يجوز بعد ذلك للجار أن يعترض علي بقاء الفتحة ولا أن يطلب سدها سواء اعتبرت منوراً أو مطلاً^(١).

٢- صرحت المادة ٨٢١ مدني بأنه: " لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ". وعلي ذلك يكون لكل مالك أن يفتح مناور في حائط بينيه علي حافة الحد الفاصل بين ملكه وملك الجار دون ترك أية مسافة. وليس للجار أن يعترض علي هذه الفتحات التي لا تحدث له مضايقة ما لارتفاعها عن قمة الانسان وهو ما يحول دون الاطلال منها أو احتمال القاء الأشياء من خلالها علي ملك الجار. وقد اكتفي المشرع عندنا بأن يشترط أن تعلو قاعدة المناور عن قمة الانسان المعتادة. ولا يري الدكتور محمد علي عرفه بأساً من الأخذ في العمل بالمسافات المقررة في القانون الفرنسي، لأنه روعي فيها منع استعمال المناور فيما يؤذي الجار، سواء بالاطلال أم بالقاء بعض مخلفات المنازل من خلالها علي ملك الجار (المادة ٦٧٧ مدني فرنسي حددت ارتفاع المناور، مقررة بوجوب أن تفتح علي بعد ٢٦٠ سنتيمترا من أرض الحجرات الكائنة في الدور الأرضي، وعلي بعد ١٩٠ سنتيمترا في الأدوار العلوية).

ويلاحظ أنه في حالة ما إذا لم يكن مستوي ارتفاع الأملاك المتجاورة واحداً، فانه يكفي أن تتوافر المسافة القانونية لارتفاع المناور من ناحية المالك الذي يفتحها بصرف النظر عن مستوي ارتفاع أرض الجار.

وبما أن المشرع لم يقيد المناور الا من حيث ارتفاعها عن أرض الحجرة المراد انارتها، فيكون للمالك أن يختار الحجم المناسب لها طولا وعرضاً، ولا يقبل من جاره الاعتراض بحجة الخروج علي الحجم المألوف للمناور.

ولكن يجوز للجار طلب سد المناور المفتوحة علي ملكه رغم مراعاة الارتفاع القانوني اذ ثبت أن المالك يسيئ استعمالها. كما إذا اعتلي اشياء ليطل منها علي الجار، أو اعتاد أن يلقي منها مخلفات منزله فتسقط في ملك الجار، فمثل هذا الاستعمال غير المشروع يجافي الغاية التي توخاها المشرع من اباحة فتح المناور، ويعد خرقاً للالتزام محدثها بأن يستعملها فيما أعدت له فقط وهو ادخال النور ومرور الهواء. ولذلك يصبح من حق الجار أن يطلب سد هذه المناور لتقادي استعمالها فيما لا يقره القانون.

وفيما عدا ذلك لا يجوز طلب سد المناور لانتفاء الضرر منها. ومع ذلك يجوز للجار أن يستعمل حقه في البناء علي حدود ملكه مباشرة ولو أدى ذلك الي حجب المناور، وليس لصاحب المناور أن يحتج علي ذلك مهما تقادم العهد علي فتحها، ففتح المناور علي ملك الجار مباشرة لا يكسب صاحبها أي حق في احترامها، لأنه لا يعد اعتداء علي ملكية الجار حتي يطلب بالذود عنها. ولذلك لا يكتسب الحق في بقائها بمضي المدة مهما طال أمدها.

أما المناور التي تفتح دون مراعاة الارتفاع القانوني، فيجوز للجار أن يبادر بطلب سدها أو تعديلها وفقاً للوضع الذي يتطلبه القانون، كما يصح أن يكتسب الحق في بقائها بمضي المدة بشرط انتفاء منظمة العفو والتسامح من جانب الجار. وتلك

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوي - المرجع السابق - ص ٢٨٧ وما بعدها.

مسألة يهتدي القاضي في تقديرها بظروف كل حالة فيراعي علي الأخص حجم المنور، والمكان الذي فتح فيه، وكيفية استعماله، وعلي الأخص مدي المضايقة التي يمكن أن يحدثها للجار، فإذا انتقت من هذه الظروف شبهة التسامح وكانت مدة التقادم قد استكملت اكتسب صاحب المنور ارتفاعاً علي ملك الجار، والا اعتبرت حيازته غير نافعة وجاز الحكم بسد المنور أو تعديله حتي بعد مضي مدة التقادم^(١).

٣- المناور فتحات توجد يقصد ادخال الضوء والهواء لا للنظر منها، وقد عرفت المادة ٨٢١ من المجموعة المدنية المناور.

ولم يشترط للقانون مراعاة مسافة لفتح المناور (م ٢/٨٢١ مدني). ومعني ذلك أنه يجوز للمالك أن يفتح مناور في ملكه في حائط بينه علي حافة الحد الفاصل بين ملكه وملك الجار دون ترك مسافة ما دام قد روعي فيها أن قاعدتها تعلو قمة الانسان المعتادة بحيث لا يمكن الاطلاع منها، وسواء أكانت هذه المناور للتهوية أو لادخال الضوء.

ويلاحظ أن المشرع لم يقيد المناور الا من حيث ارتفاعها عن مستوي أرض الحجرة المقامة فيها، وذلك بصرف النظر عن مستوي ارتفاع أرض الجار أو بنائه. وللمالك أن يختار الحجم المناسب لها طولاً وعرضاً.

ويلاحظ أن المناور التي يمكن الاطلاع منها تعتبر مطلاً تجب ازالته، كما اذ كانت نوافذ علي السلم يسهل للصاعد عليه أن يري منها منزل الجار، لأن القانون قيد المناور علاوة علي القيد السابق بعدم امكان الاطلاع منها علي العقار المجاور (م ٨٢١ مدني).

فإذا فتح المالك مناور علي الارتفاع القانوني وبشكل لا يمكن منه الاطلاع علي العقار المجاور، لم يكن للجار الاعتراض عليها وطلب سدها لانتفاء الضرر منها ولو ترتب علي هذا البناء سد المنور أو انعدام الفائدة منه. ويكون له هذا الحق مهما مضت من مدة علي انشاء هذا المنور دون ان يستطيع من فتحه التمسك بالتقادم. ذلك أن فتح المنور بالشكل القانوني لا يترتب عليه أي اعتداء علي ملك الجار ولا يتضمن تكليفاً عليه، ولذلك لا يكتسب الحق في بقاءه بمضي المدة مهما طال الزمن عليها. أما إذا كانت المناور قد فتحت دون مراعاة الارتفاع القانوني أو بشكل يمكن معه الاطلاع منها علي العقار المجاور، فانه يجوز للجار أن يطلب سدها أو تعديلها علي وفق الاتفاق القانوني، لما أنطوي عليه من اعتداء علي ملكه. أما إذا سكنت علي ذلك وانتفت مظنة التسامح من جانبه ومضت مدة خمس عشرة سنة من يوم انتسائها أمكن كسب الحق فيها بالتقادم كحقوق ارتفاع شأنها شأن المطلات^(٢).

٤- المناور هي منافذ الضوء والهواء تفتح في الحوائط ولا تسمح بالاطلال علي ملك الجار (م ٨٢١ مدني). ومن نص المادة ٨٢١ مدني يظهر أن القانون لا يفرض علي فتح المناور أية قيود، فلا يستلزم ترك مسافة بينها وبين حدود ملك الجار، فيستطيع المالك أن يفتح منوراً في الحائط الذي بينه علي حدود ملكه مع الجار، ولكن

(١) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر- المرجع السابق- ص ١٢٦ و ١٢٧.

يجب أن تتوافر للفتحة مواصفات المنور حتي تكون جائزة بلا مسافة، فيجب ألا تكون قاعدتها السفلي علي ارتفاع يقل عن القامة المعتادة لإنسان (حوالي مترين). وقد قدر القانون يقل أن مثل هذه الفتحة تفيد المالك ولا تؤذي الجار، فلم يخضعها لما أخضع له فتح المطلات من قيود. وعلي ذلك فالجار لا يحق له طلب سد المناور، ولكن ليس معني هذا أنه يلتزم بابقائها مفتوحة إذا تعارض ذلك مع انتفاعه بملكه، إذ يستطيع أن يبني علي حافة ملكه ولو أدى الي سد المناور، دون مسئولية عليه عن مجرد البناء، مهما مضت من مدة علي فتحها، لأنها لا تعتبر اعتداء علي ملك الجار، ولا يستطيع صاحبها الادعاء بكسب ارتفاع بالتقادم يمنع الجار من سدها.

علي أن قدره الجار علي طلب سد المنور مشروط بألا يسئ المالك استخدامه كأن يعتاد الاطلاع منه علي الجار (معتلياً ما يمكنه من ذلك) أو القاء المخلفات منه، إذ يجوز حينئذ للجار أن يطلب اغلقه علي أساس الخروج عن حدود الحق أو التعسف فيه^(١).

٥- يقصد بالمناور الفتحات التي لا يقصد منها الا مرور الهواء ونفاذ الضوء دون أن تمكن من النظر منها علي ملك الجار لارتفاع قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة.

ولأن المناور بهذا المعني لا تؤذي الجار في شيء، أباح المشرع فتحها دون ترك أية مسافة، فنص في المادة ٨٢١ مدني علي عدم اشتراط أية مسافة لفتح المناور. وعلي ذلك إذا فتح المالك في الحائط المبني علي حدود ملكه، أي الملاصق لملك الجار منورا فليس لجاره أن يطلب منه سده. لكن إذا أساء المالك استعمال المنور كأن اعتاد النظر منه الي ملك الجار باعتلاء ما يمكنه من ذلك أو اعتاد أن يلقي منه علي جاره مخلفات منزله فيعتبر متعسفاً في استعمال حقه، ويجوز للجار عندئذ تطبيقاً للقواعد العامة أن يطلب سد المنور منعاً للضرر^(٢).

٦- المنور هو الفتحة التي تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ الضوء دون أن يستطاع الاطلاع منها علي العقار المجاور (م ٨٢١ مدني).

فمعيار التمييز بين المطل والمنور إذا هو ارتفاع قاعدة الفتحة، فإذا كان هذا الارتفاع لا يتجاوز قامة الانسان المعتادة، كانت الفتحة مطلاً، وإذا كان الارتفاع يعلو هذه القيمة اعتبرت الفتحة منورا، وتقديرها ما هي قامة الانسان المعتادة متروك في القانون المصري للقاضي.

فلم يقيد القانون المناور بمسافات معينة (م ٨٢١ مدني)، وعلي ذلك يجوز للمالك أن يفتح ما يشاء من المناور ولو كان بناؤه مقاماً علي حافة ملكه، أي علي الحد الفاصل بين ملكه وملك جاره، ولكن جاره يستطيع أن يجعل هذا المنور عديم الفائدة بأن يبني في ملكه جداراً علي ذات الخط الفاصل بين العقارين، فيسد المنور. ويستطيع الجار أن يفعل ذلك في أي وقت ولو مضى علي فتح المنور أكثر من خمس عشرة سنة،

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٨ و ١٠٩.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٩٣ و ٩٤.

ذلك أن المالك الذي يفتح منوراً يستعمل رخصة مقررته له، ففتح المنور إذا عمل من المباحات لا يكسبه حقاً في بقاء المنور بالتقادم المكسب^(١).

٧- إذا كان المشرع قد أوجب مراعاة مسافة معينة بالنسبة لفتح المطلات فالأمر علي غير ذلك إذا كان الأمر متعلقاً بمناور، إذ لا يشترط أي مسافة لفتحها، وقد عرفت المادة ٨٢١ مدني المناور. فالمناور هي الأخرى فتحات الغرض منها إدخال النور والهواء فقط دون الإطلال. وتبعاً لذلك فإنها ترتفع عن قامة الإنسان العادية بحيث لا يمكن منها الإطلال. فإذا قل ارتفاع قاعدة احدي الفتحات عن قامة الإنسان العادية اعتبرت مطلاً، ووجب أن يراعي عندئذ القيود المتعلقة بالمسافة.

ولا يكتسب صاحب المنور حقاً علي العقار المجاور، فهو بفتح المنور إنما يأتي برخصة من المباحات. ويجوز لمالك العقار المجاور أن يقيم حائطاً ولو ترتب ذلك سد هذا المنور حتي ولو بقي هذا المنور مفتوحاً لمدة خمس عشرة سنة.

من أحكام القضاء الحديثة :

١- متي كان يبين من تقرير خبير الدعوي المقدمة صورته الرسمية لهذه المحكمة والذي أخذت به محكمة الموضوع وبذلك صار من بينه حكمها أن الفتحات الكائنة بمنازل المطعون عليهم الأربعة الأول ليست إلا مناور لا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها علي العقار المجاور، فهي بهذا الوصف تندرج تحت النوع الذي رفضت المحكمة القضاء بسده لأنه مناور، فلا محل للقول بأن الحكم المطعون فيه قد أغفل التحدث عن دفاع الطعن الخاص بطلب سد هذه الفتحات ويكون النعي عليه بالقصور في هذا الخصوص علي غير أساس.

(نقض جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٠ مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاماً). الجزء ١- ص ٥٦٢)

٢- النص في المادة ٨٢١ من القانون المدني علي أنه: " لا يشترط أية مسافة لفتح المناور وهي التي تعلق قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة " دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين- يدل علي أن المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقاً لذلك المعيار. وإذ كان الثابت بتقرير الخبير المنتدب أن العرف جري علي احتساب القامة المعتادة للإنسان بـ ١٨٠ سم، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالزام الطاعن برفع قاعدة الفتحات- موضوع الدعوي- إلي العلو المشار إليه استناداً الي ما جاء بقرار الخبير، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

متي كان الحكم المطعون فيه بعد أن رد علي دفاع الطاعن باكتساب حق المطل قبل إنشاء المدرسة الإعدادية بأنه غير مجد في النزاع استناداً إلي أن حق الارتفاق ينتهي بهلاك العقار المرتفق به- هلاكاً مادياً أو قانونياً- إلا أن يكون وجوده غير متعارض مع تخصيص العقار للنفع العام- خلص إلي أنه سواء صح ما يدعيه المستأنف- الطاعن- من أنه اكتسب حق المطل بالتقادم أو لم يصح، فلا محل لمطالبته حالياً علي مال خصص للنفع العام (حديقة لمدرسة كفر الشيخ الإعدادية)، وكان هذا

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز)- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٥٣.

الذي قرره الحكم لا يكفي لمواجهة دفاع الطاعن، ذلك أنه فضلاً عن أنه لم يناقش قوله أن العقار المملوك له لا يطل مباشرة علي المدرسة سالفه الذكر، وإنما يفصله عنها من الناحية القبلية أرض فضاء وشارع بعرض عشرة أمتار - فإنه لم يبين أوجه التعارض بين استعمال حق المطل الذي يدعيه الطاعن وبين الاستعمال الذي خصص له عقار المطعون عليها كمدرسة إعدادية للبنين ومن ثم يكون معيباً بالقصور.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/١/٣١- مجموعة المكتب الفني- السنة ٢٥- ص ٢٧٢)

* * *

مادة (٨٢٢)

المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ علي المسافات المبينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨٣١ لبيي و ٧٧٧ سوري و ٦٩٢ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

ليس علي هذه المادة ثمة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يعتد به.

رأي الفقه:

١- نص المادة ٨٢٢ مدني تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة ٨٠٦ مدني من وجوب أن يراعي المالك في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة. وقد خص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران، ويمكن اجمالها فيما يسمى بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة.

وهناك قيوداً أخرى كثيرة ترد علي حق الملكية للمصلحة العامة قررتها القوانين والمراسيم واللوائح. وليس هنا مقام حصر هذه القيود، إذ هي تدخل في مباحث القانون الإداري.

فينتقد ملاك المحال المقلقة للراحة والمضرة والخطرة في إنشاء محل من هذه المحال أو تشغيله بوجوب لحصول علي رخصة من جهة الإدارة تعطي للمالك مقدماً. وتجب الرخصة أيضاً في حالة نقل المحل من مكان إلي مكان آخر، أو إحداث تغيير فيه من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلاً كلياً يتعلق بالراحة والصحة وبالأمن العام. وقد وضع المشرع اشتراطات ومواصفات تتحكم مراعاتها في إنشاء هذه المحال، وهدف منها إلي المحافظة علي صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته، (ومثال هذه القوانين القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة المعدل بالقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٦).

كما أن هناك قيوداً علي تركيب الآلات البخارية شبيهة بالقيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، (مثالها ما ورد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٧ بشأن إقامة وإدارة الآلات الحرارية والمرجل البخارية)^(١).

(١) تراجع هذه القوانين وأمثالها في كتابنا (التشريعات الجنائية الخاصة) - طبعة ٣ - ١٩٨٠، والوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٦٤٣ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- من حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه يتطلب لوقف تنفيذ القرار الإداري توافر ركنين أولهما ركن الجدية بأن يكون القرار بحسب الظاهر من الأوراق غير مشروع وأن يترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها. ومن حيث إنه عن ركن الجدية فالمادة الأولى من قانون المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة الصادر بالقانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ تنص على أن "تسري أحكام هذا القانون على المحال المنصوص عليها في الجدول الملحق بهذا القانون.....".

(الطعن رقم ٤٠٩٣ - لسنة ٤٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ١ / ٢٠٠١)

٢- قيام جهاز مدينة ٦ أكتوبر التابع لهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بإصدار ترخيص بالبناء مكون من بدروم ودور أرضي وأربعة أدوار متكررة (سكني فاخر) - موافقة الجهاز على تحويل الدور الأرضي من المبني المشار إليه إلى سكن إداري بعد اتخاذ الإجراءات المقررة وأداء الرسوم الصادرة بها قرار رئيس الجهاز وإثبات تلك الموافقة على ترخيص البناء من الجهة المختصة بإصداره - منح الشركة المدعية رخصة مؤقتة لمدة سنة لمزاولة نشاطها في السكن الإداري طبقاً للقانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ في شأن المحال التجارية والصناعية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة - امتناع الجهة الإدارية عن تجديد هذه الرخصة على سند من صدور قرار من اللجنة العقارية الرئيسية بالهيئة بعدم الموافقة على التصريح بتحويل الوحدات السكنية التي تم بناؤها بواسطة المواطنين إلى وحدات إدارية ومهنية - مسلك الجهة الإدارية في ضوء وقائع المنازعة هو سكوت ملايس لا يمكن تفسيره أو حمله إلا أن يكون رفضاً لتجديد الرخصة - قرار اللجنة العقارية المشار إليه لا يستطيل إلى ما صدر من موافقات سابقة على صدوره بتحويل بعض الوحدات إلى وحدات إدارية يكون أصحاب الشأن قد اكتسبوا بها مراكز قانونية تحصنت وباتت عصية عن السحب والإلغاء وذلك حال الشركة الصادر لها موافقة في هذا الشأن ومن ثم يغدو امتناع الجهة الإدارية عن تحديد الترخيص رفضاً لهذا التجديد في غير محله فاقداً لسببه الصحيح في الواقع والقانون.

(الطعن رقم ٤٥ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ١ / ٢٠٠١)

٣- من حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن وقف تنفيذ القرار الإداري يتطلب توافر ركنين أولهما الجدية بأن يكون القرار بحسب الظاهر من الأوراق غير مشروع وثانيهما ركن الاستعجال بأن يترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها.

ومن حيث إنه عن ركن الجدية فإن المادة ١ من القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ في شأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة تنص على أن "تسري أحكام هذا القانون على المحال المنصوص

عليها في الجدول الملحق بهذا القانون... ولوزير الشؤون البلدية والقروية بقرار يصدر منه أن يعدل في ذلك الجدول بالإضافة أو الحذف أو النقل من أحد قسميه إلى الآخر. كما له بقرار يصدر منه أن يعين الأحياء والمناطق التي يحظر فيها إقامة هذه المحال أو نوع منها"، وتتص المادة ٢ من هذا القانون على أنه "لا يجوز إقامة أي محل تسري عليه أحكام هذا القانون أو إدارته إلا بترخيص بذلك. وكل محل يقام أو يدار بدون ترخيص يغلق بالطريق الإداري أو يضبط إذا كان الإغلاق متعذراً"، وتتص المادة ٣ من ذلك القانون على أن "يقدم طلب الحصول على الرخصة إلى الإدارة العامة بمصلحة الرخص أو فروعها بالمحافظات والمديريات طبقاً للنموذج الذي يصدر به قرار من وزير الشؤون البلدية والقروية مرفقاً به الرسوم والمستندات المنصوص عليها في القرارات المنفذة لهذا القانون...".

(الطعن رقم ١٨٥٠ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٢٣)

- (١) اذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً علي باعث مشروع ، ومقصوراً علي مدة معقولة.
- (٢) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه أو للغير.
- (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٨٣٢ لبيي و ٧٧٨ سوري و ٧٠٣ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقاً- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علي نص المادة ٨٢٤ مدني.

رأي الفقه:

١- يفهم من نص المادة ٨٢٣ مدني أن الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف لسببين أحدهما قانوني والآخر اقتصادي. فأما السبب القانوني فلأن من أخص عناصر الملكية أن يكون للمالك حق التصرف في ملكه، فإذا منع من ذلك حرم من أخص عناصر حقه.

وأما السبب الاقتصادي فلأن تداول الأموال من الأمور التي تجب ملاحظتها، ومنع المال من تداول بتحريم التصرف فيه أمر خطير من الناحية الاقتصادية فلا يجوز هذا المنع الا لمسوغ قوي.

ويلاحظ أن الشرط المانع من التصرف في المال يرد في تصرف قانوني، أي عقد أو وصية حسبما جاء في نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدني. والوصية تصرف قانوني من جانب واحد علي سبيل التبرع، والعقد غالباً ما يكون من عقود التبرع، هبة صريحة أو هبة مستترة في عقد بيع، وقد يكون من عقود المعاوضة، عقد بيع جدي مثلاً. والغالب أن يكون التصرف المتضمن الشرط المانع تصرفاً بنقل ملكية المال مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه، وقد يتناول هذا الشرط حق الانتفاع، والإيراد المرتب مدي الحياة، وقد يرد علي الوعد بالبيع.

ولا بد من اجتماع أمرين حتي يصح الشرط المانع من التصرف: الباعث المشروع، والمدة المعقولة. وكل منهما معيار مرن يساير الملبسات الخاصة بكل قضية من الأقضية التي تعرض علي المحاكم، فيكون القاضي أوسع حرية في التقدير ويتسني له أن يعطي لكل حالة حكمها المناسب.

١- الباعث المشروع- وحتى يكون الباعث مشروعاً- طبقاً لحكم المادة ٨٢٣/٢ مدني- والشرط المانع صحيحاً ، أن يكون التصرف قد قصد بالشرط المانع الذي

ضمنه العقد أو الوصية حماية مصلحة مشروعة له هو، أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له أو مصلحة مشروعة لأجنبي (أي للغير). فإذا كان الشرط المانع ليس له باعث مشروع، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير، كان الشرط المانع باطلاً. والمفروض أن للشرط المانع باعثاً مشروعاً إلي أن يثبت المتصرف له أن الباعث غير مشروع.

ويكون التصرف الذي اشتمل علي هذا الشرط (الباطل) باطلاً أيضاً إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلي هذا التصرف. أما إذا كان التصرف تبرعاً ولم يكن الشرط المانع هو الدافع صح التبرع ولغي الشرط.

٢- المدة المعقولة- فلكي يكون الشرط المانع صحيحاً يجب ألا يكون مانعاً من التصرف منعاً دائماً، إذ تخرج العين بهذا المعنى من دائرة التعامل بتاتاً، وهذا أمر مخالف للنظام العام ولا يجوز إلا بنص في القانون كما هو الحال في الوقف، ومن ثم يكون الشرط المانع منعاً دائماً شرطاً باطلاً، يلغو ويبقى التصرف الذي تضمن الشرط ما لم يكن الشرط هو الدافع إلي التصرف، فيبطل كل من الشرط و التصرف. ومعرفة ما إذا كانت مدة المنع المحددة طويلة إلي حد أن تكون مدة غير معقولة فيبطل الشرط من وسائل الواقع يبت فيها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض (١).

٢- يتضح من نص المادة ٨٢٣ مدني أن المشرع لا يبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة، وبناء علي باعث مشروع. وهذه هي الحدود التي أباح القضاء في نطاقها الخروج علي مبدأ حرية تداول الأموال. ولذلك يكون من المقطوع به أن اشتراط حظر التصرف في مال معين علي التأيد محرم تحريماً باتاً، فمثل هذا الحظر لا يصح الا عن طريق الوقف.

ويري الدكتور محمد علي عرفه أن اقتران العمل القانوني، عقداً كان أم وصية، بشرط حظر التصرف علي التأيد، من شأنه أن يؤدي إلي بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٦٦ مدني، التي تقضي بأن: " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق علي شرط غير ممكن، أو علي شرط مخالف للأداب أو النظام العام...". ولما كان شرط المنع من التصرف المؤبد مخالفاً للنظام العام، فانه يمنع من قيام التصرف الذي يقترن به.

فمن الخطأ إذن الحكم ببطلان الشرط ونفاذ التصرف، لأن هذا الشرط يعد من قبيل الشروط الدافعة للالتزام، فبطالنه يستتبع دائماً بطلان التصرف المقترن به، سواء أكان هذا التصرف معاوضة أم تبرعاً (٢).

٣- متي كان شرط مانع من التصرف صحيحاً، كان الشئ غير قابل للتصرف فلا يستطيع المكتسب نقل ملكيته للغير بتصرف من التصرفات الناقلة للملك. ولا يجوز له أن يرتب عليه من الحقوق العينية ما يؤدي إلي احتمال إخراجة من ذمته كالأرهن

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٥٠٥ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٥٧ وما بعدها.

مثلاً. أما الحقوق العينية الأخرى التي لا تؤدي إلى هذه النتيجة، ويرى الدكتور عبد المنعم البدر أوي أن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تقريرها، ذلك أن المنع وارد على حق التصرف كله، فالذي قصد إليه المتصرف من المنع هو إبقاء الشيء في ملك المتصرف إليه، فليس ما يمنع في رأيه - المتصرف إليه من أن يقرر على المال حق ارتفاق أو حق انتفاع ما لم يكن المنع قد امتد إلى هذه الحقوق بصريح العقد أو الوصية. فالشرط تحكم كونه استثناء يجب التضييق في تفسيره.

ويترتب أيضاً على شرط المنع من التصرف عدم جواز الحجز على المال، فهو يخرج بحكم المنع عن سلطان الدائنين، ذلك أن الحجز يؤدي إلى التصرف في العين. فإذا كان الحجز ممكناً استطاع المتصرف إليه أن يجعل الشرط لغواً بأن يستدين ثم يترك الدائن ينفذ على الشيء وينزع ملكيته. فالمنع من التصرف يستتبع بالضرورة عدم جواز الحجز وإن كان العكس غير صحيح.

ولكن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تملك الشيء بالتقادم لأن التقادم يتم رغم إرادة مالك الشيء^(١).

٤- إذا افترضنا قيام شرط المنع من التصرف صحيحاً فمن اللازم أن نبداً في تحديد آثاره ببيان مضمون هذا الشرط، أي تحديد نطاق المنع الذي يترتب عليه قبل محاولة تحديد طبيعة هذا المنع أو الجزاء الذي يترتب على مخالفته.

والشرط بما يقتضيه من منع التصرف يعني حرمان المالك من نقل ملكية الشيء أو نقل ملكية جزء منه إلى الغير بعوض أو بغير عوض، كما يعني حرمانه من التصرفات التي، وإن لم تكن نافذة للملكية، فهي تؤدي إلى ذلك وتعتبر لذلك من أعمال التصرف، كرهن الشيء المملوك. ويرى كثير من الكتاب أن المنع من التصرف يقتضي كذلك حرمان الممنوع من ترتيب حق انتفاع أو ارتفاق على الشيء الممنوع الصرف فيه، على أساس أن ترتيب هذه الحقوق تصرف جزئي، وأن إطلاق المنع من التصرف يقتضي منع التصرف الكلي والتصرف الجزئي، ولكن البعض يرى أن ترتيب الانتفاع أو الارتفاق لا يعد تصرفاً ما دام لا يخرج الملكية من الذمة، وعلى ذلك لا يشمل المنع من التصرف.

ويعتقد الدكتور جميل الشرقاوي أن تحديد نطاق المنع من التصرف يجب أن يعتد فيه بالغاية المقصودة من المنع، فإذا كانت تعارض مع ترتيب الانتفاع أو الارتفاق وجب القول باعتباره داخلاً في نطاق المنع. كما لو وهي شخص ملكية منزل لآخر لسكنه أو ليخصصه لغرض محدد يتعارض مع ترتيب الانتفاع أو الارتفاق. فإذا قام الشك في حكم التصرف في ضوء القصد من شرط المنع، وجب القول بجواز التصرف أعمالاً للأصل وهو حرية تصرف المالك فيما يملك.

أما أعمال الإدارة كالتأجير فلا تدخل في نطاق المنع من التصرف لأنها لا تدخل في معنى التصرف، وكذلك التصرفات المقررة للحقوق كالقسمة.

ويتساءل الفقه عن حكم وصية الممنوع من التصرف بملكية الشيء الذي منع من التصرف فيه. ويرى البعض أن هذه الوصية جائزة، لأن الملكية بمجرد العمل

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر أوي - المرجع السابق - ص ٨٧ وما بعدها.

الارادي، بل يتحقق انتقالها بالوفاة، وهي واقعة طبيعية لا تدخل في معني التصرف الذي يشمل المنع، ولكن البعض الآخر يذهب الي أن الغاية من اشتراط الامتناع عن التصرف علي مكتسب الملكية، قد تتعارض مع تصرفه بالوصية، مما يقتضي اعتبارها من التصرفات الممنوعة.

وإذا كان شرط المنع من التصرف يقتضي عدم جواز التصرفات الناقلة للملكية، فإنه لا يمتد بطبيعة الحال، الي حالات انتقال الملكية بأسباب غير ارادية كالميراث الذي يترتب علي الموت، أو اكتساب الغير ملكية الشيء بالتقادم المكسب أو نزع الملكية للمنفعة العامة.

ويلاحظ أن مقتضي التزام المالك بالامتناع عن التصرف تصرفاً قانونياً بنقل حقه الي الغير، من مقتضي هذا الالتزام أن يمتنع أيضاً عن التصرف مادياً في الشيء المملوك تحت شرط المنع، فلا يجوز له هدمه ان كان منزلاً، كما لا يجوز له تغييره أو تغيير استعماله بصورة تؤثر تأثيراً بيناً علي قيمته كتحويل أرض الحديقة الي مقبرة للسيارات أو مكان لجمع القمامة. لوكن مخالفة المالك في هذه الصورة للترامه بعدم التصرف المادي، لا تثير تطبيق الجزاء الذي يترتب علي مخالفة شرط المنع بتصرف قانوني ناقل للملكية^(١).

٥- إذا كان شرط المنع من التصرف صحيحاً قيترتب عليه أن يمتنع علي المالك طوال المدة المحددة في الشرط، نقل ملكية الشيء الي غيره، بعوض أو بغير عوض. كما يمتنع عليه أن يرهن الشيء لأن الرهن يفقد كل قيمته إذا لم يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ علي الشيء المرهون ليستوفي علي دينه من ثمنه بالأولوية. والمنع من التصرف يقتضي عدم جواز التنفيذ علي الشيء الممنوع التصرف فيه. كما يمتنع علي المالك أن ينشئ علي الشيء حقاً من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية كالانتفاع أو الاستعمال أو السكني أو الارتفاق، لأن هذا يعتبر تصرفاً جزئياً، والأصل أن شرط المنع إذا ورد مطلقاً، فيشمل التصرف الكلي والتصرف الجزئي. اما أعمال الادارة كتأجير الشيء، فلا أثر لشرط المنع عليها فيجوز للمالك أن يباشرها وتعتبر صحيحة.

وواضح مما سبق أن الذي يمتنع هو نقل الملكية بتصرف قانوني، فلا يحول شرط المنع من التصرف دون إمكان نقل ملكية الشيء بسبب آخر غير التصرف القانوني كالميراث والتقادم المكسب، كما لا يحول شرط المنع بداهة دون نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة. ويرى بعض الشراح أن شرط المنع لا يحول دون نقل الملكية بالوصية رغم أن الوصية عمل اداري من جانب المالك الممنوع من التصرف وذلك علي أساس أن انتقال الملكية بمقتضي الوصية لا يتحقق إلا بموت المالك مما يفترض خروج الشيء عن ملكه نتيجة واقعة مادية غير إدارية هي الموت. بينما يذهب بعضهم الآخر إلى أن شرط المنع يقتضي منع المالك من إنشاء الحقوق العينية جميعاً. علي حين يذهب آخرون^(٢) إلي أن شرط المنع لا يحرم المالك الا من نقل الملكية أو انشاء

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٤٩ وما بعدها

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- ٧٣- ص ٩٢.

الحقوق العينية التي تؤدي الي احتمال إخراج الشئ من ذمته كالرهن. أما الحقوق العينية الأخرى التي لا تؤدي إلي هذه النتيجة، كالانتفاع والإرتفاق، فلا يحول شرط المنع دون تقريرها.

ويري الدكتور منصور مصطفى منصور^(١) أن الغرض الذي يراد تحقيقه من شرط المنع قد يقتضي منع الوصية، كما لو وهب شخص لآخر مالا وحتى يحتفظ به مدي حياته لينتقل بعد وفاته الي أولاده اشترط عليه عدم التصرف في هذا المال مدي الحياة، أي حياة المشتري عليه، فتصحیح الوصية في مثل هذه الحالة قد يؤدي الي تقويت الغرض الذي قصده المشتري وهو أيلولة المال الي ورثة الموهوب عند وفاته. وإذا كان الأصل أن يترتب علي شرط المنع حرمان المالك من التصرف، الا أن الشرط قد يرد بصورة خاصة تعرف بشرط الاستبدال ومقتضاه أنه لا يجوز التصرف الا مع استبدال مال آخر بالمال المتصرف فيه ليبقي في ذمة المالك الي أن يتحقق الغرض المقصود. ففي هذه الحالة إذا تم الاستبدال وفقاً لما ورد في الشرط، فيحل المال الجديد محل التصرف فيه بحيث يصبح بدوره غير قابل للتصرف الا مع استبدال غيره به، وذلك تطبيقاً نظرية الحلول العيني. وحتى إذا ورد شرط المنع من التصرف مطلقاً، أي لم يذكر فيه شئ عن الاستبدال واقتضت الضرورة أو المصلحة التصرف في الشئ، كأن كان مبني وأصبح مهدداً بالسقوط، فيجوز للمالك إذا لم يتمكن من الحصول علي موافقة من تقرر الشرط لمصلحته علي التصرف أن يطلب الاذن بالتصرف من القضاء، وللمحكمة أن تأذن بالتصرف إذا وجد ما يقتضيه علي أن يكون الاذن مصحوباً بما يكفل استمرار تحقيق الغرض من شرط المنع فتأذن بالتصرف مع الاستبدال^(٢).

٦- افترضت المادة ٨٢٣ مدني ورود الشرط المانع من التصرف ضمن عقد أو وصية، ولذلك فإن الرأي مستقر علي أنه لا يجوز للمالك أن يمنع نفسه بارادته المنفردة من التصرف في ملكه، فهذه الارادة لا تكون عقداً أو وصية، وتؤدي الي أن يكون هذا المالك مشتركاً ومشترياً عليه في الوقت ذاته، في حين أن القانون في تنظيمه للشرط المانع يفترض وجود شخصين أحدهما المشتري وقد سماه القانون المتصرف، والآخر المشتري عليه أو الممنوع من التصرف وقد سماه القانون المتصرف إليه، والغالب أن يقصد المالك من تقييد نفسه بعدم التصرف، الا يجوز الحجز علي ملكه، لأن من أثر جعل الشئ غير قابل للتصرف فيه، عدم جواز الحجز عليه، ومن شأن ذلك السماح للمدين بالانتقاص من الضمان العام لدائنيه بارادته المنفردة وهو ما لا يسمح به القانون. أما إذا ورد المنع ضمن عقد أو وصية، فانه يكون صحيحاً متي توافرت الشرائط التي يتطلبها القانون.

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري- رسالة- للدكتور منصور مصطفى منصور- ص ١٩٠ وما بعدها.

ويتوسع بعض الشراح^(١) ويرون امكان ورود الشرط المانع من التصرف ضمن وعد بجائزة موجه للجمهور، وذلك علي أساس أن ذكر المشرع للوصية انما كان باعتبارها مثال للتصرف الانفرادي.

ومن المسلم أن العقد المتضمن الشرط قد يكون عقد تبرع كهبة أو عقد معاوضة كبيع، وان كان الغالب عملاً أن يرد المنع في عقد تبرع، لأن المتبرع وهو يتجرد عن ملكه دون مقابل يستطيع عملاً أن يفرض شروطه علي المتبرع له.

ويشترط بعض الشراح أن يكون العقد المتضمن للمنع هو الذي نقل الملكية الي الشخص الممنوع، وذلك لأن القانون عبر عن المشترط بالتصرف، وعن الممنوع من التصرف بالتصرف إليه، فهو يفترض تصرفاً ناقلاً للملكية تضمن منع مكتسب الملكية (المتصرف إليه) من التصرف بحيث يتعاصر اشتراط المنع من التصرف مع ابرام التصرف الناقل ذاته، فلا يجوز أن يبرم التصرف الناقل دون أن يرد به المنع من التصرف، ثم يشترط هذا المنع بعد ذلك باتفاق لاحق^(٢).

ويذهب رأي آخر الي عدم اشتراط أن يكون العقد المتضمن للمنع من التصرف هو الذي نقل الملكية الي الشخص الممنوع من التصرف، ويورن أنه من الجائز أن يكون الممنوع من التصرف مالكا من قبل، ثم يبرم عقد يتضمن منعه من التصرف، كأن يبرم عقد وعد بالبيع، ويشترط الموعود له علي الواعد ألا يتصرف في الشيء الموعود ببيعه طول المدة المحددة للوعد، وذلك ضمناً لبقاء هذا الشيء في ملك الواعد عندما يظهر الموعود له رغبته في الشراء، فهنا الشيء مملوك للواعد من قبل ابرام الوعد وبسبب مستقل عن عقد الوعد.

٧- واضح من نص المادة ٨٢٣ مدني أن هذا النص هو محور المنع الارادي من التصرف في الملك، سواء كان الشيء المملوك عقاراً أو منقولاً. والمنع يكون ارادياً إذا ورد في تصرف قانوني، يستوي أن يكون عقداً أم من جانب واحد- في صورة مما يلي:

(أ) وأول نتيجة يتوصل إليها- باتفاق الفقهاء المصريين في نفس الوقت- أنه لا بد أن يكون هناك نقل للملكية وأن يتعاصر الاشتراط مع هذا النقل، ومن ثم لا يجوز أن يقوم الاشتراط منفرداً وسابقاً علي التصرف الناقل، فان ورد وقع باطلاً. وكل ما يمكن القول به في هذا الصدد أن الارادة المنفردة التي يعتد بها القانون سواء في نطاق التطبيقات التشريعية أو في خارجها هي تلك التي تنشئ حقاً للغير. واذا أنشأت حقاً للغير حيث يكون هذا الغير صاحب المصلحة من الشرط فان الملزم لن يكون هو صاحب هذه الارادة بل هو شخص آخر.

(ب) واذا كان المتفق عليه هو بطلان الشرط المانع الذي يشترطه المالك علي نفسه ويكون سابقاً علي انعقاد التصرف الناقل، فهل يصح الشرط الذي يضاف بعد انعقاد التصرف.

(١) مؤلف الدكتور أحمد سلامة- رقم ٤٣- ص ١٣٥.

(٢) مؤلفات الدكاترة: كامل مرسي- جزء ١- ص ٥٠٦، وشفيق شحاته- ص ١٢٤، ومنصور مصطفى- ص ١٠٤.

لا يعتقد الدكتور أحمد سلامة أن مثل هذا الشرط يقع صحيحاً، ذلك أنه يتضح من قراءة نص القانون وما ورد متعلقاً به في الأعمال التحضيرية أن لمشرع لا يتصور الشرط المانع الا ضمن العقد الناقل أو المنشئ للحق، أما ان يضاف هذا الشرط بعد النقل أو الانشاء فتلك صورة يبدو أن المشرع لا يجيزها.

(ج) والتصرف القانوني الذي يتضمن الشرط المانع له صورتان: العقد، والارادة المنفردة. أما العقد فغالبا ما يكون من عقود التبرع وأما الارادة المنفردة فقد أورد لها نص المادة ٨٢٣ مدني تطبيقاً واحداً وهو الوصية، ويعتقد الدكتور أحمد سلامة أن ذكر المشرع للوصية ليس الا مثالا للتصرف الانفرادي وأ،ها ليست صورته الوحيدة التي يجوز أن تتضمن شرطاً مانعاً، ولذلك يعتقد بصحة الوعد بجائزة الموجه للجهمور، وكانت الجائزة عقاراً معيناً، إذا ضمن الواعد الوعد شرطاً يمنع التصرف في العقار.

(د) ويجب أن يكون التصرف ناقلاً للملكية أو منشئاً لحق عيني أصلي، فإذا لم يكن كذلك بطل الشرط بحسب الرأي الذي يفضلته الدكتور أحمد سلامة، بيد أن غالبية الفقه المصري تري أنه لا يشترط لصحة المنع من التصرف أن يرد في تصرف الناقل.

٨- ان الشرط المانع من التصرف يجب أن يكون وارداً في عقد- كالبيع أو الهبة مثلاً- أو وصية. والعقد أو الوصية يجب أن يكون كلاهما ناقلاً للملكية. ويذهب رأي في الفقه- وهو الذي يرجحه الدكتور محمد علي عمران- الي القول بوجوب أن يكون العقد المتضمن المنع هو الذي نقل الملكية الي الشخص الممنوع، وذلك لأن القانون قد عبر عن المشترط بالتصرف وعن الممنوع من التصرف بالتصرف إليه. وهذا الرأي في نظر الدكتور محمد عمران هو الصحيح. وليس من المندوب اجازة الشرط المانع من التصرف إذا كان وارداً في اتفاق لاحق بين المتصرف والمتصرف إليه، لأن من شأن الشرط المانع من التصرف منع الحجز علي المال الممنوع من التصرف فيه. وليس من المستساغ السماح لمن يريد أن يفوت علي دأئنه فرصة الحجز علي مال له لاستيفاء حقه بالاتفاق مع من سبق له أن نقل إليه ملكيته وإيراد شرط يقضي المنع من التصرف بين بنود هذا الاتفاق.

ولا يجوز في نظر الدكتور محمد عمران أن يتضمن عقد الرهن شرطاً يمتنع بمقتضاه علي الراهن أن يتصرف في المال المرهون، فعقد الرهن ليس ناقلاً للملكية بل هو منشئ فقط لحق عيني تبقي من جهة، ومن جهة أخرى فالأصل هو حرية تداول الأشياء. وفي اشتراط الشكلية في عقد الرهن- اذ يجب أن يكون الرهن محرراً في ورقة رسمية (عقد الرهن الرسمي)- ما يكفي لتنبية المدين الراهن لخطورة ما هو مقدم عليه. ولسنا بحاجة بعد ذلك الي منعه من التصرف في المال المرهون حماية الدائن المرتهن.

ويضاف الي ذلك أنه لو أجزنا الشرط المانع من التصرف إذا كان وارداً في عقد رهن لأصبح هذا الشرط نموذجاً ولأورده دائماً كل دائن مرتهن حماية له. وأخيراً فان مصلحة الدائن المرتهن من إيراد هذا الشرط- هي مجرد حماية نفسه من التنفيذ علي

العقار تحت يد الغير - تقل عن الضرر الذي يصيب المدين الراهن ألا وهو منعه من التصرف في المال المرهون، والمصلحة الأخيرة هي الأجر بالحماية. فلكل هذه الأسباب يري الدكتور محمد عمران أن إيراد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد رهن يقع غير صحيح.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أن شرط المنع من التصرف يصح إذا بني علي باعث مشروع واقتصر علي مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير. وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض، متى بني رأيه علي أسباب سائغة.

٢- أن المشرع إذ أجاز شرط المنع من التصرف في المادة ٨٣٢ مدني ليبي- ويقابلها تماماً في القانون المصري المادة ٨٢٣ مدني- في مال، وأوجب أن يكون وارداً في عقد أو وصية... فإن هذا يدل علي أن المشرع لا يحتم علي مالك المال، أن يجعل شرط المنع مصحوباً بتصرف ناقل لحق الملكية أو لحق عيني آخر- بل أجاز له الاتفاق علي هذا الشرط في عقد يترتب التزامات شخصية.

الملكية وظيفة إجتماعية. تعارض حق الملكية مع المصلحة العامة. وجوب الإعتداد بالمصلحة العامة.

لئن كن مفاد المادة ٨٠٢ من القانون المدني أن لمالك الشيء حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه. إلا أنه لما كان مؤدى المادمتين ٨٠٦، ٨٢٣ من القانون المدني وعلى ما أفصح عنه المشرع في الأعمال التحضيرية للقانون المدني - أن الملكية ليست حقاً مطلقاً لأحد له بل هي وظيفة إجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ويحميه القانون مادام في الحدود المرسومة لحمايته، ويترتب على ذلك أنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هي التي تقدم.

(الطعن ٢٣٣٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٦ س ٥٤ ص ٢٤٨)

* * *

مادة (٨٢٤)

إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨٣٣ ليبي و ٧٧٩ سوري و ٧٠٤ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

١- عرض المشروع للشرط المانع من التصرف في نصين (المادتين ١١٩١ و ١١٩٢ من المشروع) لا نظير لهما في التقنين الحالي، وقد قنن المشروع أحكام القضاء المصري في هذا الموضوع. فالشرط المانع قد يرد في وصية أو في عقد، ويكون العقد في الغالب هبة أو هبة مستترة في بيع. ويصح هذا الشرط إذا كان الغرض منه حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، كما إذا اشترط الانتفاع بالعين طول حياته فيكون الشرط المانع من التصرف مؤكداً لذلك، أو حماية مصلحة مشروعة للغير، كما إذا كان الانتفاع بالعين مشروطاً لمصلحة هذا الغير، أو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه، كما إذا كان سئ التدبير وأراد المتصرف أن يحميه من طيشة بالشرط المانع من التصرف. ويجب أيضاً لصحة الشرط المانع أن يكون لمدة معقولة، قد تكون مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، ولكن لا يصح تأييد هذا الشرط ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت إليه.

٢- فإذا لم يتوافر هذان الشرطان كان الشرط المانع من التصرف باطلاً، ويكون التصرف الذي اشتمل علي هذا الشرط باطلاً أيضاً إذا كان الشرط المانع هو الدافع الي هذا التصرف. أما إذا كان التصرف تبرعاً ولم يكن الشرط المانع هو الدافع، صح التبرع ولغا الشرط.

٣- وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما، فالشرط المانع من التصرف صحيح. فإذا خولف كان التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف. وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة، إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي. والذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة في ذلك. ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما، وهذه هي القاعدة التي سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير. والمال الذي منع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم^(١).

رأي الفقه:

١- صرح التقنين المدني في نص المادة ٨٢٤ مدني بأن كل تصرف مخالف للشرط المانع من التصرف يقع باطلاً، ولا شك في أن التصرف الباطل في لغة التقنين المدني المصري هو التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ولا شيء غير ذلك. أما إذا كان التقنين يريد البطلان النسبي فإنه يستعمل دائماً لأداء هذا المعنى عبارة (قابل للإبطال). فالتصرف المخالف للشرط المانع هو إذن، في التقنين المدني المصري، تصرف باطل بطلاناً مطلقاً بصريح النص. وهذا الحكم فيه مزيتان يتفوق بهما علي القضاء الفرنسي.

الأولي- أنه يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها، فجزاء التصرف في عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي. أما لو جعل الشرط المانع يقتصر علي ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له بالامتناع عن التصرف لكان جزاء التصرف المخالف ليس هو البطلان المطلق، ولا هو البطلان النسبي، بل هو فسخ التصرف الأصلي. ولم يرد التقنين المدني المصري أن يجاوز ما قصد إليه المتصرف من إirاده للشرط المانع، فهو لم يقصد عند مخالفة الشرط فسخ التصرف الأصلي، بل إبقاء هذا التصرف قائماً مع إلغاء ما صدر من المتصرف له من تصرف مخالف للشرط المانع.

الثانية- عالج التقنين المدني المصري بالحكم الذي أورده البطلان المطلق - عيباً وقع القضاء الفرنسي عندما اتجه الي البطلان النسبي. فالبطلان المطلق يسمح للمتصرف، ولكل ذي شأن، أن يطلب بطلان التصرف المخالف للشرط، حتي لو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده، فأصبح للشرط المانع بذلك قيمة عملية تؤدي الي إسقاط كل تصرف يصدر مخالفاً لهذا الشرط، سواء تقرر الشرط لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف له أو لمصلحة الغير. فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة، بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط وهو الذي تعاقد مع المتصرف له. فمتي صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع الي شخص معين، كان لكل من طرفي التصرف المخالف للشرط التمسك بالبطلان. وكان كذلك للمتصرف وله دائماً مصلحة أدبية في عدم مخالفة الشرط المانع الذي فرضه. وللغير إذا تقرر الشرط المانع لمصلحته، والتمسك بالبطلان. وهو ما تقررره المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي صراحة^(١).

٢- لم يحسم المشرع المصري بالحكم الذي نصت عليه المادة ٨٢٤ مدني الخلاف الذي كان متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي بما استقر عليه القضاء الفرنسي من تقرير بطلان التصرف المخالف، ولكنه رد البطلان الي أساسه القانوني السليم أيضاً بأن قرر كونه بطلاناً مطلقاً لا نسبياً كما ذهب إليه هذا القضاء.

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٢٤ وما بعدها.

وبناء على ذلك يجوز للمتصرف أن يطلب بطلان التصرف المخالف دائماً، حتي لو كان المنع مشروطاً لحماية المتصرف إليه، ولدائني المتصرف أيضاً حق طلب البطلان أن كانت لهم مصلحة في ذلك، كما إذا كان المنع مشروطاً لكفالة رجوع المال الي التصرف في حالة وفاة المتصرف إليه قبله. وكذلك يطلبه المتصرف إليه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأحد منهما، ويطلبه أيضاً دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في رفع دعوي البطلان.

ويلحق البطلان كل تصرف ناقل لملكية المال الممنوع التصرف فيه، وكل رهن حيازي أو رسمي، يرتبه المتصرف إليه علي هذا المال. ويقع باطلاً أيضاً تنازله عن الرهن المقرر لضمان الوفاء بالإيراد المرتب مدي الحياة لمصلحته، إذا اشترط منعه من التصرف في هذا الإيراد، لأن منعه من التصرف في الإيراد يقتضي منعه من التنازل عن تأمينات المقررة لضمان الوفاء به. ويقع باطلاً أيضاً كل اختصاص بالمال الممنوع التصرف فيه، إذ أن الاختصاص بمثابة الرهن فيسري عليه حكمه.

ويلاحظ أن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستتبع الرجوع علي المتصرف بالضمان، لأن التزام الضمان لا ينشأ عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً.

وهذا كله بصرف النظر عن حسن نية المتصرف إليه الثاني، وعن كون المنع من التصرف وارداً علي عقار أو منقول أو إيراد مرتب مدي الحياة.

ويترتب علي اشتراط المنع من التصرف في مال معين اعتبار هذا المال غير قابل للحجز عليه من دائني المتصرف إليه، وتلك نتيجة طبيعية للمنع من التصرف، إذ أن هذا المنع ينصرف الي سائر التصرفات التي تؤدي الي خروج المال من ذمة المتصرف، سواء أكان ذلك بإرادته أو جبراً عنه. وبدون ذلك تضعيف الفائدة من اشتراط المنع من التصرف، فلو كان هذا المنع منصرفاً الي التصرفات التي تقع بإرادة المتصرف إليه فحسب، لأمكنه أن يتحايل علي المنع بطريق الافتراض إذا جاز لدائنيه أن يستوفوا ديونهم بالتنفيذ علي المال الذي اشترط منع مدينهم من التصرف فيه.

لذلك كان من المقرر فقها وقضاء أن اشتراط المنع من التصرف في مال معين يستتبع عدم جواز الحجز عليه. ويسري هذا الحظر علي سائر دائني المتصرف إليه بصرف النظر عن تاريخ نشوء ديونهم، فيستوي في ذلك الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد ذلك. وهذا بخلاف ما إذا اشترط عدم جواز الحجز علي المال دون اشتراطات عدم التصرف فيه، ففي هذه الحالة يقتصر أثر الشرط علي الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل الهبة أو الوصية كما هو مقرر في قانون المرافعات.

كما أن شرط المنع من التصرف من شأنه أن يؤثر في حقوق الدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء مدة المنع حتي بعد انقضاء هذه المدة وتحرر الملكية من هذا القيد، فهؤلاء الدائنون يتمتع عليهم الحجز علي هذا المال حتي بعد تحرره من قيد منع التصرف، وهذا الرأي مجمع عليه من الفقه والقضاء. وعلة حرمان هؤلاء الدائنين من التنفيذ علي هذا المال بعد تحرره هي منع التحايل لإلغاء أثر الشرط المانع، فمثل هذا الشرط لا يكون مجدياً ولا محققاً للغاية المقصودة منه ما لم يكن المال في حرز من أن

تمتد إليه أيدي الدائنين ضمن الذين لم يكن يحق لهم وقت نشوء ديونهم احتساب هذا المال ضمن الضمان العام الذي يعتمدون عليه عند منح ثقتهم للمدين^(١).

٣- الذي نلاحظه أن نص المادة ٨٢٤ مدني اقتصر على النص على البطلان دون أن يبين طبيعته، ثم انه لم يبين الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان. وقد ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي أن المشروع حسم الخلاف الناشئ في القضاء والفقهاء حول جزاء مخالفة الشرط، فاختار المشروع البطلان دون فسخ التصرف الأصلي وأن المذكرة التفسيرية للمشروع قررت أن هذا البطلان مطلق وأساه أن الشرط طبع المال بطابع عدم قابليته للتصرف.

ويسلم بعض الشراح المصريين بما جاء بالمذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي فيعتبرون البطلان مطلقاً لا نسبياً حتي لو كان المنع مشروطاً لحماية المتصرف إليه. ويستطيع أن يتمسك به من وضع الشرط لصالحه سواء كان المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير أو دائنو أيهم، ويتقرر البطلان بصرف النظر عن حسن نية المتصرف إليه الثاني أن سوء نيته.

ولكن البعض الآخر يردون هذا البطلان إلي القاعدة المقررة في المادة ٢١٢ مدني بشأن الالتزام بالامتناع. فإبطال التصرف المخالف للشرط هو من قبيل التنفيذ العيني، ويمكن التمسك به دائماً ضد المتعاقد من الممنوع من التصرف، لأن الشرط إذا كان متعلقاً بعقار فانه يسجل مع العمل القانوني الناقل للملكية سواء كان عقداً أو وصية، فلا يستطيع الغير الاحتجاج بحسن نيته ليتفادي البطلان، ولكن لا يجوز توجيه دعوي البطلان ضد من انتقل إليه المنقول وهو حسن النية، ذلك أن حيازة المنقول بحسن نية سند الملك.

ويبدو للدكتور عبد المنعم البدر اوي أن هذا الرأي الأخير هو الذي يتفق مع المبادئ العامة. أما ما ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي فهو من قبيل الاجتهاد من جانب واضعيها وهو اجتهاد قد يخطئه التوفيق. أن طبع المال بطابع عدم جواز التعامل فيه من الأمور الخطيرة التي يجب تركها للمشرع، ولا يصح أن يترك لإرادة الأفراد. فالشرط المانع من التصرف هو التزام بالامتناع متعلق بالعين موضوع التصرف. وبناء على ذلك يكون بطلان التصرف المخالف أساسه التنفيذ العيني لهذا الشرط.

ويترتب على ذلك أن المشتري يستطيع دائماً طلب البطلان، لأنه هو الدائن أصلاً بهذا الالتزام وهو الطرف في التعاقد الذي يستطيع طلب التنفيذ العيني. أما إذا كان الشرط قد وضع لصالح الغير، فانه يستطيع أيضاً طلب البطلان لأن الاشتراط لمصلحته قد انشأ له حقاً مباشراً من العقد. وقد أشارت المذكرة التفسيرية كما رأينا الي قواعد الاشتراط لمصلحة الغير. أما المتصرف إليه فلا يجوز له طلب البطلان حسب منطق هذا الرأي، لأنه هو الذي أتى المخالفة المطلوب إزالتها، حتي لو كان الشرط قد وضع لصالحه. وإنما يمكن القول في هذه الحالة التي يكون فيها الشرط لصالح المتصرف إليه بأن حق طلب البطلان يكون للمشتري نفسه إذ أن له مصلحة أدبية في تنفيذ الشروط، هذا فضلاً عن أنه إذا باع المتصرف إليه المال فهو لا يستطيع

(١) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابقة - ص ٣٦٦ وما بعدها.

طلب بطلان البيع علي أساس قاعدة أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض^(١).

٤- يقرر نص المادة ٨٢٤ مدني صراحة بطلان التصرف المخالف لشرط المنع بطلاناً مطلقاً والأعمال التحضيرية المصاحبة للنص تؤكد قصده الي جعل هذا البطلان جزاء مخالفة الشرط، كما يبدو منها أيضاً أن الشراخ يأخذ بالرأي الذي يجعل أثر الشرط إنشاء تكليف عيني علي الشئ اذ تصرح بأن ما يترتب عليه هو (عدم القابلية للتصرف).

والنص المصري يجعل لبطلان التصرف المخالف لشرط المنع سنداً من حكم القانون. ولكن مع ذلك لا يؤدي الي تجنب الاعتراضات التي وجهت إلى القضاء عندما حكم بالبطلان دون أن يكون هناك نص يقضي بذلك، فالشارع المصري يأخذ بمذهب القضاء في الحكم بالبطلان، متبنياً أحد الآراء في تبرير هذا البطلان. وهو الرأي الذي يفسر البطلان بفكرة التكليف العيني. الا أن الدكتور جميل الشرقاوي يعتقد أن نص القانون المصري علي البطلان وان كان القصد منه هو حسم الخلاف وحل المشاكل، كما جاء في مذكرته الإيضاحية، فانه لم يفعل في الواقع سوي اتباع قضاء غير مفهوم، كما أنه يبقّي كل المشاكل التي يثيرها هذا القضاء بغير حل.

ويبدو عدم الاستقرار في القانون المصري رغم نص المادة ٨٢٤ مدني علي البطلان من أن الفقه ما زال يختلف في تبرير أحكام القضاء، فالبعض ما زال يري أن البطلان المنصوص عليه في المادة ٨٢٤ مدني هو من قبيل التنفيذ العيني لالتزام المتصرف الممنوع من التصرف بمقتضي الشرط (البديراوي - فقرة ٨٢) تطبيقاً للمادة ٢١٢ من القانون المدني، وأن طلب البطلان يوجه الي المتعامل مع المتصرف إليه الممنوع. ولكن أكثر الفقه يجد تبرير البطلان في أن أثر الشرط هو وضع الشئ الذي يرد عليه المنع من التصرف في مركز عيني يجعل التصرف في ملكيته ممنوعاً، وسواء جعل أساس هذا المركز هو خروج الشئ عن دائرة التعامل أو تحميله بتكليف عيني أو عدم تصرف عيني، أن الشرط يورد تعديلاً في النظام العادي للملكية.

إن نص القانون المصري علي البطلان في المادة ٨٢٤ مدني فوق أنه مسلك تشريعي غير مبرر يترك الباب مفتوحاً لكثير من الخلاف حول أحكام هذا البطلان الذي يقرره النص، ويجعل تحديد أحكام الجزاء علي مخالفة شرط المنع أمراً بعيداً كل البعد عن الاستقرار، وكان أولي بالشارع المصري أن يأخذ بما أخذ به القانون المدني الألماني - في المادة ١٣٧ التي تقضي بأن القابلية للتصرف لا يمكن أن تلغي أو تقيّد بالتصرف القانوني دون أن يؤثر هذا في صحة الالتزام بعدم التصرف، أي أن القانون الألماني يجعل أثر شرط المنع من التصرف نشوء التزام علي عاتق الممنوع بعدم التصرف، ولكنه لا يؤدي الي جعل المال غير قابل للتصرف، وهو الحكم الذي يتفق مع المبادئ القانونية التي استندنا إليها في انتقاد مسلك القضاء الفرنسي^(٢).

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البديراوي - المرجع السابق - ص ٩٨ وما بعدها.
(٢) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٦٤ وما بعدها، ورسالته المطبوعة عام ١٩٥٦ - نظرية البطلان في التصرف القانوني - فقرة ٤٠ ص ١١٣ وما بعدها.

٥- الظاهر من ألفاظ نص المادة ٨٢٤ مدني أن بطلان التصرف المخالف هو بطلان مطلق، وهو ما يتضح من مقارنة عبارة النص: " فكل تصرف مخالف له يقع باطلا " بالنصوص التي نظم بها المشرع أحكام البطلان بوجه عام (نصوص المواد من ١٣٨ الي ١٤٤)، فاصطلاح " باطل بطلاناً مطلقاً"، وإصلاح " قابل للإبطال " يعني

" باطلاً بطلاناً نسبياً"، وبطلان التصرف المخالف بطلاناً مطلقاً كان التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف " كما أن رأي بعض الشراح (محمد علي عرفه- ص ٣٧٠). ولكن أكثر الشراح يرون بحق أن أحكام البطلان المطلق لا تستقيم مع الغرض من شرط المنع، إذ مقتضي هذا البطلان أن يكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وأنه لا يزول بالإجازة، في حين أن الغرض من شرط المنع هو حماية مصلحة خاصة لشخص معين فيجب أن يكون هذا الشخص هو صاحب الحق في التمسك بالبطلان، وأن يكون له النزول عن حقه هذا بإجازة التصرف المخالف فيصبح صحيحاً (إسماعيل غانم- ص ٩٠، وحسن كثيرة- ص ٣٠٢، وعبد المنعم الصده- ص ١٧٦).

وإذا كانت أحكام البطلان المطلق لا تستقيم مع الغرض المقصود من شرط المنع فذلك لا تستقيم معه كل أحكام البطلان النسبي. ذلك أن البطلان النسبي يتقرر، وفقاً للقواعد العامة، لمصلحة أحد طرفي العقد القابل للإبطال وشرط المنع قد يكون مقررًا لمصلحة المشتراط أو الغير وكلاهما ليس طرفاً في العقد الذي يراد إبطاله.

ولهذا ينتهي كثير من الشراح الي القول بأن البطلان هنا لا تسري عليه أحكام البطلان المطلق ولا أحكام البطلان النسبي علي النحو المقرر وفقاً للقواعد العامة، وإنما تسري عليه من أحكام البطلان ما يؤدي الي تحقيق الغرض من شرط المنع، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، ويقتصر حق طلب الإبطال علي من تقرر الشرط لمصلحته، ويجوز لهذا الأخير أن يجبر التصرف المخالف فيصبح صحيحاً (١).

٦- بالرغم من الوضوح التام الذي صيغت به العبارات التي وردت في الأعمال التحضيرية، وبالرغم من انسجام هذه العبارات مع نص المادة ٨٢٤ مدني التي تقول أن كل تصرف يخالف الشرط المانع الصحيح يقع باطلاً، فإن مجموع الفقه المصري لا يوافق الأعمال التحضيرية علي الحكم الذي أثبتته للتصرف المخالف وهو البطلان المطلق.

ذلك أن من مقتضي هذا البطلان- في نظر الفقه المتقدم- أن يكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها كما وأنه لا يزول بالإجازة. وهذه السمات لا ينبغي القول بها بالنسبة للشرط المانع الذي يهدف الي حماية مصلحة خاصة لشخص معين. ومن ثم يكون هذا الشخص هو صاحب الشأن الأول والأخير في طلب البطلان، وعدم طلبه، أي بالتنازل عنه بإجازة التصرف المخالف.

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٥٥ وما بعدها.

ويشترط هذا الفقه قائلًا أنه ليس معني قصر طلب البطلان علي شخص معين والاعتراف له بإجازة التصرف المخالف أن يكون الجزاء هو البطلان النسبي. فهناك قاعدة أساسية في هذا النوع من البطلان لا تجد لها تطبيقاً مطلقاً في هذا المجال، وهي أن البطلان النسبي يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين. ووجه عدم تطبيق هذه القاعدة - في نطاق الشرط المانع - يتأتى من الناحيتين الآتيتين: الأولى - أن من يطلب توقيع الجزاء علي مخالفة الشرط هو صاحب المصلحة التي يحميها هذا الشرط، وصاحب هذه المصلحة ليس دائماً طرفاً في العقد إذ يجوز الاشتراط لتحقيق مصلحة للغير. والثانية - أنه حين يتقرر الشرط حماية للمتصرف إليه من رعونته وتبذيره - فإنه يكون هو صاحب المصلحة من الاشتراط، وكان ينبغي ترتيباً علي ذلك، ووفقاً لقواعد البطلان النسبي، أن يكون في يد هذا الشخص وحده سلطة إجازة التصرف المخالف، كما يكون له حق طلب إبطاله. وهذا القول يجرّد الشرط من قيمته، لأنه يجعل مصيره بيد من أريد به حمايته، ومن هنا لزم أن يعترف للمتشرط - بما له من مصلحة أدبية - بحق طلب إبطال التصرف المخالف وسلطة الانضمام في إجازته.

وأخيراً يلاحظ هذا الفقه أنه قد يقال أن المادة ٨٢٤ مدني قد تضمنت عبارة (يقع باطلاً) الأمر الذي يفيد أن التصرف المخالف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، أن التقنين المدني قد جري علي تخصيص كلمة البطلان للإفصاح عن البطلان المطلق. ولكن هذه حجة لفظية لا تكفي لتأصيل حلول تتعارض كل التعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين (إسماعيل غانم - ص ٩٠ و ٩١، وحسن كيره - ص ٣٠١، وعبد المنعم الصده - ص ١٧٣ و ١٧٤، ومنصور مصطفى - ص ١١٦).

وقد رد علي النقد المتقدم بأنه يبدأ من نقطة يجب ألا يبدأ منها. ذلك أنه قد شهد نقده كله علي أساس من المبادئ العامة مع أن الشرط المانع نفسه لم يجر علي حكم القواعد العامة (محمد علي عرفه - ص ٣٧٠، وأيده الأستاذ السنهوري - ص ٥٢٨)، ومن ثم فيكفي أن يكون المشرع قد قدم الجزاء ووصفه بالبطلان المطلق، ولا يبحث فيما وراء ذلك لا يبحث عما إذا كان هذا الوصف يتفق مع قواعد البطلان، ولا شك في أن التصرف الباطل، في لغة التقنين المدني المصري، هو التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً، ولا شئ غير ذلك، أما إذا كان التقنين يريد البطلان النسبي، فإنه يستعمل دائماً لأداء هذا المعني عبارة (قابل للإبطال). فالتصرف المخالف للشرط المانع هو إذن في التقنين المصري، تصرف باطل بطلاناً مطلقاً بصريح النص.

ويضيف الأستاذ السنهوري أن المشرع قد قصد تماماً أن يرتب البطلان المطلق جزاء علي مخالفة الشرط، وذلك لكي يعالج عيباً وقع فيه القضاء الفرنسي عندما اتجه الي البطلان النسبي. فالبطلان المطلق هو الذي يعطي الشرط المانع قيمة عملية تؤدي الي إسقاط كل تصرف يصدر مخالفاً، يستوي أن يكون قد تقرر لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف إليه أو لمصلحة الغير.

وفي رأي الدكتور أحمد سلامة فإن إرادة المشرع واضحة وقاطعة في اعتبار الجزء بطلاناً مطلقاً، ومن ثم فليس هناك مجال للاجتهاد، واعتبار أن الشرط يهدف الي حماية مصلحة خاصة لواحد من الناس، ومن ثم يكون جزاؤه البطلان النسبي اعتباراً يصح ليحدد الجزء حيث يسكت المشرع لا حيث يتكلم. أما القول بأن صاحب المصلحة يستطيع أجازة التصرف المخالف، ومن ثم يصح التصرف فهو قول يحتاج الي تحديد. ذلك أنه إذا اقتصر الشرط علي حماية مصلحة من أجاز، فإن الأمر ينتهي عند هذا الحد، إذ لا توجد لأحد آخر مصلحة في طلب البطلان. أما لو توافرت لشخص آخر مصلحة من الشرط، أدبية كانت أو مادية، فإنه يستطيع أن يطلب البطلان بالرغم من الإجازة لأن كل ذي مصلحة يستطيع أن يتمسك بالبطلان المطلق.

وترتيباً علي اعتبار جزء مخالفة الشرط هو البطلان المطلق (السنهاوري - ص ٥٢٨، وعرفه - ص ٣٧٠، وكامل مرسى - جزء ١ - بند ٤١٤، وعبد الفتاح عبد الباقي - ص ١٩٤، وجميل الشرقاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - الرسالة - ص ١١٣ و ١١٤، وسليمان مرقس - التأمينات - ص ٢٩، ومحمد علي إمام - ص ٢٣٨) فإنه يكون للمشتراط أن يطلبه في كل الأحوال، إذ له دائماً مصلحة في ذلك، ويطلبه كذلك المتصرف إليه وهو طرف في العقد الباطل كما يطلبه الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي له مصلحة مشروعة. وفي كل ذلك يمكن طلب البطلان حتي ولو كان من تعامل مع المتصرف إليه حسن النية بالفعل أي يجهل الشرط المانع متي كان الشرط قد سجل^(١).

٧- فيما يتعلق بطبيعة البطلان يبدو أن التصرف المخالف للشرط يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويستفاد ذلك من عبارة المادة ٣/٨٢٤ باطل للدلالة علي البطلان المطلق، واستعمال اصطلاح قابل للإبطال للدلالة علي البطلان النسبي، وهذا ما قرره المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون صراحة.

ولكن الأحكام التي نص عليها القانون لبطلان التصرف المخالف لا تتفق تماماً مع القواعد العامة في البطلان المطلق، فهذا البطلان لم يتقرر للمصلحة العامة بل للمصلحة الخاصة وهو لذلك لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا بد أن يطلب منها الحكم به، كما أن هذا البطلان يرتفع بالإجازة. ويجوز أن يطلب الحكم بطلان التصرف المخالف ممن تقرر الشرط المانع لمصلحته، فيجوز للمشتراط أن يطلب البطلان في جميع الحالات، سواء كان المنع قد تقرر حماية لمصلحة مشروعة له أو حماية لمصلحة المشتراط عليه أو حماية لمصلحة الغير، وذلك لأن للمشتراط دائماً مصلحة أدبية في احترام الشرط المانع.

وإذا كان الشرط قد تقرر لمصلحة المالك الممنوع من التصرف فيكون لهذا المالك أن يتمسك ببطلان التصرف المخالف رغم أن المخالف أتت من ناحية وأنه كان طرفاً في التصرف المخالف، كما يكون للمشتراط في هذا الفرض طلب البطلان لما له من مصلحة أدبية.

(١) الملكية الخاصة - للدكتور أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٢٩ وما بعدها.

وإذا كان الشرط مقررًا لمصلحة الغير، فيكون لهذا الغير التمسك بالبطلان. وأخيراً يكون لمن تعامل مع الممنوع من التصرف أن يتمسك ببطلان التصرف الذي كان طرفاً فيه، فلو قام الممنوع من التصرف ببيع الشيء فإنه يكون للمشتري طلب بطلان هذا البيع، وذلك حتي لا يطالب بالثمن ان لم يكن دفعه، أو ليسترده ان كان دفعه.

ويرتفع بطلان التصرف المخالف بإجازة من تقرر الشرط لمصلحته، مع مراعاة أنه إذا كان الشرط المانع مقررًا لمصلحة المالك الممنوع من التصرف ذاته، فإن إجازة هذا المالك وحده لا تكفي لرفع البطلان، بل لا بد من إجازة المشتري كذلك، لما للمشتري من مصلحة أدبية في احترام الشرط.

والراجع في بطلان التصرف المخالف يرجع الي أن إشتراط عدم التصرف في المال يجعل هذا المال غير قابل للتصرف فيه، ويعبر عن هذا الوصف بتعابير مختلفة، منها أنه قيد عيني، أو تكليف عيني أو عدم تصرف عيني. فالتصرف في مال لا يجوز التصرف فيه يقع باطلاً سواء كانت عدم قابلية المال للتصرف مصدرها القانون مباشرة كالأموال العامة، وحقوق الاستعمال والسكنى أو كانت عدم القابلية للتصرف مصدرها الإرادة كما هو الحال بالنسبة للمال موضوع الشرط المانع من التصرف^(١).

٨- فالتصرف المخالف للشرط المانع- متى كان هذا الشرط صحيحاً- يقع باطلاً. ويبدو لأول وهلة أن المشرع يعني بكلمة (باطلاً) الواردة في المادة ٨٢٤ مدني البطلان المطلق، إذ لو انصرفت إرادته الي البطلان النسبي لاستخدام تعبير قابل للإبطال، أو باطلاً بطلاناً نسبياً، بدلاً من كلمة (باطلاً) الواردة في المادة ٨٢٤ مدني. بيد أن هذا ليس بصحيح، فالمراد بالشرط المانع من التصرف هو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير، فالأمر يتعلق هنا بمصلحة خاصة لا عامة، وبالتالي فالبطلان لا يمكن أن يكون مطلقاً، بل يتقرر لمصلحة من تقرر الشرط المانع لحمايته.

والصحيح في نظر الدكتور محمد علي عمر أن الشرط المانع من التصرف هو قيد يحد من سلطات المالك ارتضاه بإرادته يتمتع عليه بمقتضاه أن يبرم تصرفاً مخالفاً للشرط المانع^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إن المادة ٨٢٤ مدني وان نصت علي بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استناداً الي الأحكام العامة المقررة الفسخ في العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف

(١) الحقوق العينية الأصلية (الموجز) - للدكتور محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٦٦ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٦٦ وما بعدها.

من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلال منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - ص ١٢٢٤)

٢- شرط المنع من التصرف - مادة ٨٢٤ مدني - ليس مطلقاً بل هو بطلان نسبي يقتصر على صاحب المصلحة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها - علة ذلك.

(الطعن رقم ٤١٤٩ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٣/١٠)

٣- استقر الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر في ظل القانون المدني القديم الذي لم يتناول الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته - علي أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا، وكان القصد منه حماية مصلحة جديّة مشروعة إذا خولف بعد استيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصلي أو إبطال التصرف المخالف بناءً على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته - لما كان ذلك وكان النص في القانون المدني الجديد في المادة ٨٢٣ مدني (تراجع) والنص في المادة ٨٢٤ منه (تراجع أيضاً) يفيد أن المشرع - وعلي ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - قد قنن ما استقر عليه الفقه والقضاء من قبل ولم يضيف جديداً إلا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي عند مخالفة الشرط المانع، فأثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة الي فسخ التصرف الأصلي أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه وهو ليس بطلاناً مطلقاً بل هذا بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها: " أن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذ كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما " ومن ثم يتحتم ضرورة المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها علي صاحب المصلحة وحده ويمتنع علي المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ولا محل بعد ذلك للتحدي بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه " بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف " لما فيه من خروج عن المعني الصحيح الواضح لنص الذي اقتصر علي بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التي تغياها المشرع منه وهي حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ - المرجع السابق - السنة ٢٦ ص ١٧٤٦)

(الطعن رقم ٥٩٦١، ٦١٠٣ لسنة ٧٣ ق - ٢٠٠٦/٣/٢١)

بسم الله الرحمن الرحيم باسم الشعب محكمة النقض الدائرة المدنية

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان
وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
/ محمد جمال الدين سليمان و/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
نواب رئيس المحكمة

وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ الموافق ٢١ من مارس سنة
٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الآتى

في الطعن المقيم في جدول المحكمة برقم ١٧١٥ لسنة ٧٥ ق.

المرفوع من

السيد / عبد الرحيم أحمد المشد.
المقيم بناحية محله مرحوم مركز طنطا - غربية.
حضر الأستاذ / جلال الدين فضل الله المحامي عن الأستاذ / عيد رمضان ناصر
المحامي عن الطاعن.

ضد

السيد / محمد السيد الحفنى.
المقيم بناحية كفر الحاج داود مركز السلطة - غربية.
لم يحضر أحد عن المطعون ضده.

الوقائع

في يوم ٢٠٠٥/١/٣٠ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف طنطا
الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٢٩ في الإستئناف رقم ٩٣٦ لسنة ٤٩ ق - وذلك بصحيفة
طلب فيها الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه
وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف طنطا وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام
المطعون ضده المصاريف والأتعاب.
وفى اليوم نفسه أودع الطاعن مذكرة شارحة.

وفي ٢٠٠٥/٢/١٢ أعلن المطعون ضده بصحيفة الطعن.
ثم أودعت النيابة مذكرتها طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه.

وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٠ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/٢/٧ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحض الجلسة حيث صمم محامي الطاعن والنيابة كل على ما جاء بمذكرته والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر /
ممدوح القزاز - نائب رئيس المحكمة - والمرافعة وبعد المدولة.
حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق -
تتحصل في أن المطعون ضده تقدم إلى السيد رئيس محكمة طنطا الابتدائية بطلب
إستصدار أمر بإلزام الطاعن بأن يؤدي إليه مبلغ ٥٧٥٠ جنيه، رفض السيد رئيس
المحكمة إصدار الأمر وحدد جلسة لنظر الموضوع حيث قيدت الدعوى برقم ١٨٩٤
لسنة ١٩٩٨ طنطا الابتدائية، قضت المحكمة للمطعون ضده بطلبه بحكم إستأنفه
الطاعن بالإستئناف ٩٣٦ سنة ٤٩ق طنطا وطعن بالتزوير على الكمبيالة سند الدعوى،
ندبت المحكمة خبيراً من قسم أبحاث التزييف والتزوير وبعد أن أودع تقريره قضت
بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣ برفض الطعن بالتزوير وتغريم الطاعن ٥٠٠ جنيه وبصحة هذا
السند صلباً وتوقيعاً وإعادة الدعوى للمرافعة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٢٩ حكمت بتأييد
الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وأودعت النيابة مذكرة
أبدت فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة
لنظره وفيها إلترمت النيابة رأيه.

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعي الطاعن بالثلاثة الأولى منها على
الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والتناقض والقصور في التسبيب والفساد
في الإستدلال، ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الإستئناف بجلسته ٢٠٠٤/٣/٣ أورد
بأسبابه أن المحكمة تطمئن إلى تقرير الخبير وتقضى برد وبطلان تاريخ تحرير
وإستحقاق الكمبيالة سند الدعوى ولا تقضى بالغرامة لثبوت صحة جزء من طعنه،
ورغم ذلك قضى في المنطوق في موضوع الطعن بالتزوير برفضه وتغريم الطاعن
٥٠٠ جنيه بصحة الكمبيالة في هذا الشق صلباً وتوقيعاً، مخالفاً بذلك نص المادة ٥٦
من قانون الإثبات التي أوجبت عدم الحكم بالغرامة على مدعى التزوير إذ أثبت صحة
بعض ما إدعاه، فضلاً عن التناقض فيما بين الأسباب والمنطوق مما يجعله معيباً
ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن
الغرامة المنصوص عليها في المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات السابق جزاء مدني

يحكم به على من فشل في إدعائه بالتزوير، وأن شرط إغفاء مدعى التزوير من الغرامة هو أن يثبت بعض ما إدعاه من تزوير. وأن مفاد نص المادة ٢/٥٦ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه لا يحكم على مدعى التزوير بالغرامة المنصوص عليها بهذه المادة إذا ثبت بعض ما إدعاه، كما جرى قضاء هذه المحكمة على أنه متى كانت أسباب الحكم متعارضة مع منطوقه فالعبرة بالمنطوق وحده، ويكون الحكم في هذه الحالة غير محمول على أسباب وقائماً على غير أساس. لما كان ذلك، وكان الواقع البين من الأوراق أن الطاعن إدعى أمام محكمة الاستئناف بتزوير الكمبيالة سند الدعوى، وندبت المحكمة خبيراً من أبحاث التزييف والتزوير إنتهى في تقريره إلى أن الطاعن هو المحرر للكمبيالة صلباً وتوقيعاً بتاريخ تحرير في ١٩٨٢/٩/٢٢ وإستحقاق في ١٩٨٢/١٢/٣١ بأداة واحدة إلا أنه تم تعديل هذين التاريخين بأداة مغايرة ليصبح تاريخ التحرير ١٩٨٥/٩/٢٢، والإستحقاق ١٩٨٥/١٢/٣١، ومن ثم فإنه إزاء ذلك يكون قد ثبت صحة بعض ما إدعاه الطاعن بالتزوير بما يوجب عملاً بنص المادة ٢/٥٦ من قانون الإثبات عدم الحكم عليه بالغرامة، وكان البين من الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣ أنه إطمئن إلى تقرير الخبير وأورد بأسبابه أن تاريخي تحرير وإستحقاق الكمبيالة قد لحقهما تغير بالإضافة بما يصمهما بالتزوير وتقضى المحكمة برد وبطلان هذين التاريخين ولا حاجة لتغريم الطاعن لثبوت صحة جز من طعنه، إلا أنه قضى في المنطوق " وفي موضوع الطعن بالتزوير برفضه وتغريم الطاعن خمسمائة جنيه وصحة هذا الشق صلباً وتوقيعاً " فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون فضلاً عن التناقض فيما بين الأسباب والمنطوق بما يعيبه ويوجب نقضه.

ولما كان ما تقدم وكانت المحكمة قد إنتهت إلى نقض الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣ فيما قضى به من إلزام الطاعن بالغرامة حالة كونه قد ثبت صحة بعض ما إدعاه من تزوير الكمبيالة سند الدعوى، ولتناقض الأسباب التي إنتهى فيها إلى رد وبطلان تاريخي تحرير وإستحقاق الكمبيالة مع المنطوق الذي قضى فيه برفض الطعن بالتزوير صلباً وتوقيعاً. ومن ثم يترتب على ذلك نقض الحكم المنهى للخصومة المترتب عليه إذ أنه إستند في قضائه إلى حجية منطوق ذلك الحكم ودون حاجة لبحث السبب الرابع من أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف طنطا " ألزمت المطعون ضده المصروفات ومائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

المادة ٢/٥٦ من قانون الإثبات عدم الحكم عليه بالغرامة، وكان البين من الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣ أنه إطمئن إلى تقرير الخبير وأورد بأسبابه أن تاريخي تحرير وإستحقاق الكمبيالة قد لحقهما تغير بالإضافة بما صمهما بالتزوير وتقضى المحكمة برد وبطلان هذين التاريخين ولا حاجة لتغريم الطاعن

لشئ صحة جزء من طعنه، إلا أنه قضى في المنطوق " وفي موضوع الطعن بالتزوير برفضه وبتغريم الطاعن خمسمائة جنيه وبصحة هذا الشق صلباً وتوقيعاً " فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون فضلاً عن التناقض فيما بين الأسباب والمنطوق ما يعيبه ويوجب نقضه.

ولما كان ما تقدم وكانت المحكمة قد إنتهت إلى نقض الحكم الصادر من محكمة الإستئناف بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣ فيما قضى به من إلزام الطاعن بالغرامة حالة كونه قد ثبت صحة بعض ما إدعاه من تزوير الكمبيالة سند الدعوى. ولتناقض الأسباب التي إنتهى فيها إلى رد وبطلان تاريخ تحرير وإستحقاق الكمبيالة مع المنطوق الذى قضى فيه برفض الطعن بالتزوير صلباً وتوقيعاً. ومن ثم يترتب على ذلك نقص الحكم المنهى الخصومة المترتب عليه إذ أنه إستند في قضائه إلى حجية منطوق ذلك الحكم، دون حاجة لبحث السبب الرابع من أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة لذلك نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف طنطا وألزمت المطعون ضده المصروفات ومائتى جنيه مقابل أنعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان
 وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
 / محمد جمال الدين سليمان و/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
 نواب رئيس المحكمة

وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
 وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
 في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
 في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ الموافق ٢١ من مارس سنة
 ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الآتى

في الطعن المقيم في جدول المحكمة برقم ٦٧٦ لسنة ٧٢ق.

المرفوع من

السيد / أحمد حسين محمد الجمل.
 المقيم بالشقة رقم ٤٠٢ عمارة ٢٣ مشروع ال ٣٣ عمارة شرق المنطقة السادسة
 مدينة نصر - القاهرة.

ضد

شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير ويمثلها السيد رئيس مجلس الإدارة بصفته
 والعضو المنتدب مقرها ٤ شارع يوسف عباس مدينة نصر القاهرة.
 لم يحضر أحد عن الشركة المطعون ضدها بصفته.
 في يوم ٢٠٠٢/١/٣١ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف القاهرة
 الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٢٦ في الإستئناف رقمي ٤٩٤٧ لسنة اق، ٦٨٥١ لسنة
 ٣ق - وذلك بصحيفة طلبت فيها الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع
 بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف القاهرة وذلك للفصل
 فيها من جديد مع إلزام الشركة المطعون ضدها بصفته المصاريف والأتعاب.
 وفى اليوم نفسه أودع الطاعن مذكرة شارحة.
 وفى ٢٠٠٢/٢/١٨ أعلن المطعون ضده بصفته بصحيفة الطعن.
 وفى ٢٠٠٢/٢/٤ أودع المطعون ضده بصفته مذكرة بدفاعه طلب فيها رفض
 الطعن.

وفي ٢٠٠٢/٣/١٨ أودع الطاعن مذكرة بالرد. ثم أودعت النيابة مذكرتها طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه.

وبجلسة ٢٠٠٦/١/٣ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/٢/٧ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما مبين بمحضر الجلسة حيث صمم محامي الطاعن والنيابة كل على ما جاء بمذكرته والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/محمود محمد العيسوى - نائب رئيس المحكمة - والمرافعة وبعد المداولة. حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى ١١٤٦٩ لسنة ١٩٩٣ مدني محكمة شمال القاهرة الابتدائية على الطاعن بطلب الحكم بفسخ عقد بيع عين النزاع المؤرخ ١٩٨٦/٨/١٢ وطرده منها وتسليمها وإعتبار ما سبق دفعه خصماً من مقابل الإنتفاع بالعين وتعويضاً متفقاً عليه - وقال بياناً لذلك إن الطاعن إشتري منه عين النزاع بموجب العقد سالف البيان لقاء ثمن قدره ٢٣٨١٤ جنيهاً سدد منها مبلغ ٥٩٥٣,٥٠٠ جنيهاً وإزاء تقاعسه عن سداد باقى الثمن أقام دعواه - طعن الطاعن بالتزوير على عقد البيع - ندبت المحكمة مصلحة الطب الشرعى - وبعد أن أودعت تقريرها قضت بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٧ برد وبطلان وأعادت الدعوى للمرافعة - بحكم إستأنفه المطعون الطعون ضده (الشركة) بالإستئناف ٤٩٤٧ لسنة ١٩٩٧ اق القاهرة - أقام الطاعن دعوى فرعية بطلب الحكم بالإلزام المطعون ضده بتحرير عقد بيع لعين التداعي وإعتبار الثمن مبلغ ١٩٠٠٠ جنيهاً ثم قضت بتاريخ ١٩٩٩/٨/٢١ بفسخ عقد البيع وتسليم العين ورفض الدعوى الفرعية بحكم إستأنفه الطاعن بالإستئناف الأول بإلغاء الحكم المستأنف الصادر برد وبطلان عقد البيع ورفض الإدعاء بالتزوير، وفي موضوع الإستئناف الثاني برفضه وتأييد الحكم المستأنف - طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وأوجع النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه. عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن مما ينهائى الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ذلك أن المطعون ضده إستأنف الحكم الصادر برد وبطلان عقد البيع الذى ثم تنته به الخصومة ولا يقبل التنفيذ الجبرى فيكون إستئنافه غير جائز وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقبل الإستئناف شكلاً فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد: ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وفقاً لحكم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات لا يجوز الطعن في الأحكام التى تصدر أثناء

سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها - وكان المقصود والخصومة التى ينظر إلى إنتهائها في هذا الصدد هي الخصومة الأصلية المنعقدة بين الطرفين لا تلك التى تثار عرضاً بشأن مسألة فرعية متعلقة بالإثبات في الدعوى وكان الإدعاء والتزوير كطلب عارض في الدعوى لا يعدو في حقيقته أن يكون دفاعاً موضوعياً منصباً على مستندات الدعوى - فإن الحكم الصادر في هذا الإدعاء من محكمة الدرجة الأولى يكون غير قابل للطعن فيه إستقلالاً. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه فيما قضى به في الإستئناف ٤٩٤٧ لسنة ١٩٤٧ ق القاهرة قد خالف هذا النظر وقضى بجواز إستئناف الحكم الصادر من محكمة أول درجة في الإدعاء بالتزوير برد وبطلان عقد البيع المؤرخ ١٩٨٦/٨/١٢ فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون بما يوجب نقضه.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ولما تقدم يتعين القضاء في الإستئناف ٤٩٤٧ لسنة ١٩٤٧ ق القاهرة بعدم جواز الإستئناف.

وحيث أنه لما كان الحكم المنهى للخصومة مبنياً على الحكم الصادر في الإستئناف سالف البيان فإنه يترتب على نقضه نقض الحكم المنهى للخصومة دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصاريف ومائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في الإستئناف رقم ٤٩٤٧ لسنة ١٩٤٧ ق القاهرة بعدم جواز الإستئناف وألزمت المستأنف المصاريف الإستئنافية ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف القاهرة للفصل في موضوع الإستئناف ٦٨٥١ لسنة ١٩٥١ ق القاهرة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان
 وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
 / محمد جمال الدين سليمان و/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
 نواب رئيس المحكمة

وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
 وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
 في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
 في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ الموافق ٢١ من مارس سنة ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الآتي

في الطعنين المقيدين في جدول المحكمة برقمي ٥٩٦١، ٦١٠٣ لسنة ٧٣ ق.

المرفوع أولهما من

السيد / محمد صديق صابر سنجاب
 المقيم أمام ٣٢ شارع الرصافة - محرم بك - الإسكندرية.
 حضر الأستاذ / فايز لوندى المحامي عن الطاعن.

ضد

- ١ - السيد / فؤاد كامل محمد أحمد
 المقيم ٥ شارع بشاى قسم العطارين - الإسكندرية.
- ٢ - السيد / وزير العدل بصفته الرئيس الأعلى لمصلحة الشهر العقاري.
- ٣ - السيد / أمين عام مكتب الشهر العقاري والتوثيق بالإسكندرية.
- ٤ - السيد / رئيس مأمورية الشهر العقاري بالمنتزه.
- ويعلمون بهيئة قضايا الدولة ٢ شارع محمود عزمى قسم العطارين الإسكندرية.
- ٥ - السيد / الممثل القانوني لشركة طيبة للمواد الغذائية بصفته.
- ٦ - السيد / حسين عدى عبد الواحد ٧ - السيد / حسن عبد السلام بخيت
- ٨ - السيد / عبده الزهيري ٩ - السيد / حسين أبو العطا
- ١٠ - ورثة / أسامة محمد صديق صابر وهم:
- (أ) السيد/ محمد صديق صابر (ب) السيدة/ أنعام حسن عبد السلام
- ١١ - السيد/ سعيد سعد غطاس ١٢ - السيدة/ عزة مصطفى عبد الحميد

- ١٣ - السيد/ محمد جمعه محمد
١٥ - السيد / محمد حمدي مقلد
١٧ - السيدة / منال السيد العشري
١٩ - السيد / تادرس إلياس
٢١ - السيد/ مصطفى أحمد أبو الخير
٢٣ - السيد /محمد أحمد شحاته
٢٥ - السيد / خالد الدسوقي
٢٧ - السيدة / نهى ماهر رسمي
٢٩ - السيدة / إنتصار محمود إسماعيل
٣١ - السيد / أحمد محمد عبد الرحيم
- ١٤ - السيدة / همت عبد الحميد عباس
١٦ - السيد/ عزت جمعه قطب
١٨ - السيد طارق فرغلي
٢٠ - السيدة / ناتلى نجيب دياب
٢٢ - السيد / زكى أحمد شحاته
٢٤ - محمد بسيوني محمد عبد الله
٢٦ - السيدة / نفين وهبة ماهر رسمي
٢٨ - السيدة / هدى محمد علي
٣٠ - السيدة / إنشراح محمد يوسف

وجميعهم يقيمون بشارع ٦٥٣ سابقاً بناحية سيدى بشر شارع البكباشى محمود العيسوى حالياً / أمام عمارة مصطفى النجار بالقرب من تقاطع شارع أمين خيرت الغندور مع البكباشى محمود العيسوى قسم المنتزه - الإسكندرية.
حضر الأستاذ / أحمد عبد العاطى المحامي عن المطعون ضده الأول.

الوقائع

في يوم ٢٥/١٠/٢٠٠٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف الإسكندرية الصادر بتاريخ ٣/٩/٢٠٠٣ في الإستئناف رقم ٣٥٣٣ لسنة ٥٧ق - وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف الإسكندرية وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام المطعون ضدهم المصاريف والأتعاب.
وفى اليوم نفسه أودع الطاعن مذكرة شارحة.
وفى ٩/١١/٢٠٠٣ أعلن المطعون ضدهم من الثاني حتى الرابع بصفتهم بصحيفة الطعن.
ثم أودعت النيابة مذكرتها طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفى الموضوع برفض الطعن.

وبجلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٥ عرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة فأرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٧/٢/٢٠٠٦ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صمم محامي الطاعن والمطعون ضده الأول والنيابة كل على ما جاء بمذكرته والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم.

المرفوع ثانيهما من

- ١ - السيد/ مصطفى أحمد أبو الخير
٢ - السيدة/ هالة فايز فهمى
٣ - السيدة محمد حمدي أبو اليزيد
٤ - السيدة/ عزة مصطفى
٥ - السيد/ محمد جمعه محمد عيد
٦ - السيدة ناتلى نجيب حبيب
٧ - السيدة/ منال محمد السيد العشري

وجميعهم يقيمون بعمارة الصاف بشارع رقم ٦٥٣ سابقاً وحالياً البكباشى محمود العيسوى قسم المنتزه بالإسكندرية.
حضر الأستاذ / على حبش المحامي عن الطاعنين.

ضد

- ١ - السيد / فؤاد كامل محمد أحمد
المقيم ٥ شارع بشاى قسم العطارين الإسكندرية
 - ٢ - السيد المستشار / وزير العدل بصفته الرئيس الأعلى لمصلحة الشهر العقاري.
 - ٣ - السيد / أمين عام مكتب الشهر العقاري والتوثيق بالإسكندرية.
 - ٤ - السيد / رئيس مأمورية الشهر العقاري بالمنتزه.
ويعلن الثاني حتى الرابع بصفاتهم بهئية قضايا الدولة ٢ شارع محمود عزمى قسم العطارين الإسكندرية.
 - ٥ - السيد / محمد صديق صابر سنجاب
المقيم أمام ٣٢ شارع الرصافة محرم بك إسكندرية
 - ٦ - السيد الممثل القانوني لشركة طيبة للمواد الغذائية بصفته
 - ٧ - السيد / حسين عدلى عبد الواحد ٨ - السيد حسن عبد السلام
 - ٩ - السيد / عبده الزهيرى ١٠ - السيد/ حسين أبو العطا
 - ١١ - السيد / أسامة مدين ١٢ - السيد/ سعيد سعيد غطاس
 - ١٣ - السيدة/ همت عبد الحميد ١٤ - السيد/ طارق فرغلى
 - ١٥ - السيد/ عزت جمعه ١٦ - السيد/ تادرس إلياس
 - ١٧ - السيد/ زكى عادل زكى ١٨ - السيد/ محمد أحمد شحاته
 - ١٩ - السيد/ محمد بسيونى ٢٠ - السيد/ خالد الدسوقي
 - ٢١ - السيدة/ نفين وهبة ماهر ٢٢ - السيدة/ نهى ماهر رسمى
 - ٢٣ - السيدة/ هدى محمد علي ٢٤ - السيدة / إنشراح محمد يوسف
 - ٢٥ - السيدة/ إنتصار محمود ٢٦ - السيد/ أحمد محمد عبد الرحيم
- وجميعهم يقيمون ببرج الصفا بشارع ٧٥٣ سابقاً بناحية سيدى بشر وحالياً شارع البكباشى محمود العيسوى قسم المنتزه الإسكندرية.
حضر الأستاذ/ أحمد عبد العاطى المحامي عن المطعون ضده الأول.

الوقائع

في يوم ٣٠/١٠/٢٠٠٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف الإسكندرية الصادر بتاريخ ٣/٩/٢٠٠٣ في الإستئنافات أرقام ٣٥٣٤، ٣٥٣٥ لسنة ٥٧ق و ٦٣٣٥ لسنة ٥٨ق - وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعنون الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف الإسكندرية وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام المطعون ضدهم المصاريف والأتعاب.
وفى اليوم نفسه أودع الطاعنون مذكرة شارحة.

وفى ٢٠٠٣/١١/١٧ أعلن المطعون ضده الأول بصحيفة الطعن.
وفى ٢٠٠٣/١١/١٦ أعلن المطعون ضدهم من الثاني حتى الرابع بصفاتهم بصحيفة الطعن.

وفى ٢٠٠٥/٦/٢٠ أعلن المطعون ضده السادس بصفته بصحيفة الطعن.
وفى ٢٠٠٥/٦/٢٣ أعلن المطعون ضدهم من السابع حتى الأخير بصحيفة الطعن.

وفى ٢٠٠٣/١٢/٢٤ أودع المطعون ضدهم من الثاني حتى الرابع مذكرة بدفاعهم طلبوا فيها رفض الطعن.

ثم أودعت النيابة مذكرتها طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفى الموضوع برفضه.
وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٠ عرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة وفيها قررت المحكمة ضم هذا الطعن للطعن رقم ٥٩٦١ لسنة ٧٣ لىصدر فيهما حكماً واحداً فرأت أنهما جديران بالنظر فحددت لنظرهما جلسة ٢٠٠٦/٢/٧ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صمم محامي الطاعنين والمطعون ضدهم الأول والنيابة كل على ما جاء بمذكرته والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم.

الحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/محمد جمال الدين سليمان - نائب رئيس المحكمة - والمرافعة وبعد المداولة.

حيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المطعون ضده الأول فى الطعنين أقام على الطاعن فى الطعن الأول - المطعون ضده الخامس فى الطعن الثانى - الدعوى ١٧٧٤ لسنة ١٩٩٦ مدنى محكمة الإسكندرية الابتدائية بطلب الحكم بإزالة المباني التى أقامها الأخير على الأرض المملوكة له وذلك على نفقته، وقال بياناً لها إنه يمتلك تلك الأرض بموجب عقد مسجل برقم ٥٧٤ لسنة ١٩٦٥ شهر عقاري الإسكندرية وأنه فوجئ به يقوم بغصبها وهدم ما عليها من مبان والبناء عليها وثبت ذلك من الشكوى رقم ١٢٦١٤ لسنة ١٩٩٥ إداري المننزه فأقام الدعوى، ندبت المحكمة خبيراً فيها وبعد أن أودع تقريره، قام المطعون ضده الأول فى الطعنين بإدخال باقى المطعون ضدهم فى الطعن الأول عدا المطعون ضدهم من الثانى حتى الرابع بصفاتهم والطاعنين فى الطعن الثانى خصوماً فى الدعوى بصفتهم شاغلي وحدات العقار محل النزاع، ثم تدخلت الطاعنة الثانية فى الطعن الثانى هجوماً فى الدعوى بطلب الحكم برفضها، وجه الطاعن فى الطعن الأول دعوى فرعية بطلب تثبيت ملكيته لأرض النزاع، قضت المحكمة أولاً: بقبول الطلب العارض شكلاً وفى الموضوع برفضه - ثانياً - بقبول تدخل الخصمة المتدخلة هجوماً فى الدعوى وفى موضوع التدخل برفضه - ثالثاً: بقبول إدخال الخصوم المدخلين خصوماً فى الدعوى - رابعاً: بإزالة المنشآت المقامة على أرض المطعون ضده الأول. بحكم إستأنفه الطاعن فى الطعن الأول بالإستئناف ٣٥٣٣ لسنة ٥٧ق، والطاعنون من الأول حتى الثالثة والمطعون ضده الأخير فى الطعن الثانى

بالإستئنافات ٣٥٣٤ لسنة ٥٧ق و ٣٦١٦ لسنة ٥٧ق، ٦٣٣٥ لسنة ٥٨ق، ٣٥٣٥ لسنة ٥٧ق وبعد أن ضمت المحكمة تلك الإستئنافات، قضت بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣ برفضها وتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن في الطعن الأول في هذا الحكم بطريق النقض، كما طعن عليه أيضاً بذات الطريق الطاعنون بالطعن الثاني، وأودعت النيابة مذكرة في كل طعن أبدت فيها الرأي برفضه، وأودع المطعون ضدهم من الثاني إلى الرابع مذكرة في كل من الطعنين دفعوا فيها بعدم قبول الطعن بالنسبة إليهم، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة، فحددت جلسة لنظره وفيها أمرت بضم الطعنين والتزمت النيابة رأياًها.

وحيث أن الدفع المبدى من المطعون ضدهم من الثاني إلى الرابع فيك لمن الطعنين بعدم قبول الطعن بالنسبة إليهم في محله وذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يكفي فيمن يختصم في الطعن أن يكون طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بل يجب أن يكون قد نازع خصمه في طلباته أو نازعه خصمه في طلباته هو وأن تكون له مصلحة في الدفاع عن الحكم المطعون فيه حين صدوره فإذا كان لم توجه إليه طلبات، ولم يقض له أو عليه بشئ فإن الطعن بالنسبة لهم يكون غير مقبول. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدهم من الثاني حتى الرابع بصفتهم لم توجه منهم أو إليهم ثمة طلبات في الدعوى وقد وقفوا من الخصومة موقفاً سلبياً ولم يبدوا أي دفع أو دفاع فيها ولم يحكم لهم أو عليهم بشئ ولم تتعلق أسباب الطعن بهم فلا يكون للطاعنين في الطعنين مصلحة في إختصامهم أمام محكمة النقض ويكون الطعن غير مقبول بالنسبة لهم.

وحيث إن الطعنين فيما عدا ما تقدم إستوفيا أوضاعهما الشكلية.

أولاً: الطعن رقم ٥٩٦١ لسنة ٧٣ق:

وحيث إن مما ينعه الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والفساد في الإستدلال والإخلال بحق الدفاع - ذلك أنه تمسك أمام محكم الموضوع بدرجيتها بدفاع حاصلة سقوط حق المطعون ضده في طلب إزالة المباني موضوع النزاع لإقامته الدعوى بهذا الطلب بعد مضي أكثر من سنة على علمه بإقامتها وشخص من أقامها ودلل على ذلك بذات المستندات المقدمة من المطعون ضده لخبير الدعوى ومن بينها الشكوى المقدمة بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢١ لمحافظة الإسكندرية التي إستعرض فيها الشكاوى والبرقيات المرسلة منه والتي تقيد أن بداية إقامة المباني هو ١٩٩٤/١١/١٩ وأن الطاعن هو الذي أقامها على أرضه التي غصبها غير أن الحكم أطرح هذا الدفاع وأقام قضاءه على ما ورد بتقرير الخبير من أن تاريخ علم المطعون ضده لم يتم إلا في ١٩٩٥/٥/٢٠ تاريخ تحرير الشكوى رقم ١٢٦١٤ لسنة ١٩٩٥ إداري المنتزه وهو ما لا يواجهه هذا الدفاع الجوهرى ولا يصلح رداً عليه مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد. ذلك أن النص في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدني على أنه " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على

نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت " يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه في طلبها، وأنه من المقرر أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلانه إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي إنتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم، ولما كان ما تقدم وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجةيتها بدفاعه الوارد بسبب النعى غير أن الحكم المطعون فيه لم يعن ببحثه وتمحيصه رغم أنه دفاع جوهرى يتغير به - إن صح - وجه الرأى في الحكم ورد عليه بما ورد بتقرير الخبير من أن تاريخ عام المطعون ضده بإقامة المبانى وشخص من أقامها لم يتم إلا في ١٩٩٥/٥/٢٠ وهو ما لا يواجهه ولا يصلح رداً عليه مغفلاً دلالة ما ورد بالشكوى المقدمة منه لمحافظة الإسكندرية بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢١ مستعرضاً فيها العديد من الشكاوى والبرقيات التي سبق أن قدمها له والتي تقيد أن بداية إقامة المبانى هو ١٩٩٤/١١/١٩ وبشخص من أقامها وهو الطاعن فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع والفساد في الإستدلال ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

ثانياً: الطعن رقم ٦١٠٣ لسنة ٧٣ق:

حيث إن المحكمة إنتهت في معرض الرد على أسباب الطعن رقم ٥٩٦١ لسنة ٧٣ق إلى نقض الحكم المطعون فيه ومن ثم يضحى الطعن وارداً على غير محل.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف الإسكندرية وألزمت المطعون ضده الأول في الطعنين المصروفات ومائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة في كل طعن.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

* * *

٣- الملكية الشائعة**أحكام الشيوع****مادة (٨٢٥)**

إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء علي الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقد دليل علي غير ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٤ لبيي و ٧٨٠ سوري و ١٠١٦ عراقي و ٧٠٥ سوداني و ٨٢٤ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

عرفت المادة ١١٩٣ الملكية الشائعة. وتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفززة والملكية المشتركة، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفززة. والشئ المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة. ومصدر الشيوع قد يكون العقد، كما إذا اشترى شخصان مالا لي الشيوع، وقد يكون الوصية، كما إذا أوصى شخص لاثنتين بمال علي الشيوع. وقد يكون أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية. وأكثر الأسباب انتشاراً هو الميراث فان الورثة تتوزع حصصهم شائعة في التركة. وتحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع، فإذا لم يكن هناك تحديد أو كان هناك شك في التحديد حسبت الحصص متساوية^(١).

رأي الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٢٥ مدني أن الملكية الشائعة تقع علي مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم. اما حق كل شريك فيقع علي حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة. فحق الملكية علي المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً دون أ، ينقسم المال ذاته.

ولما كان ملاك المال الشائع متعددين، فلا بد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال (النصف، أو الربع، أو الخمس، أو غير ذلك). وتعين حصص الملاك في الشيوع عادة عند بدء الشيوع تبعاً لمصدره، فان كان ميرثاً عين القانون حصة كل وارث، وان كان وصية عين الموصي حصة كل موصي له، وان كان عقداً تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك. وقد لا تتعين الحصص، كأن يشتري عدة أشخاص مالا علي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٧٨ و ٧٩.

الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ما دام لم يقدّم دليل على غير ذلك.

ولا شك أن الملكية الشائعة هي حق ملكية، فهي تشمل على جميع عناصر الملكية، وللمالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، ونصوص التقنين المدني صريحة في هذا المعنى (م ٨٢٥ و ١/٨٢٦ مدني). والملكية الشائعة هي ملكية وسط الملكية المفروزة والملكية المشتركة (الجماعية) كما جاء بالذاكرة الايضاحية.

ولا تشترك الملكية الشائعة في طبيعتها مع الملكية الجماعية، بل هي تشترك في الطبيعة مع الملكية المفروزة هي ملكية فردية.

ان الملكية - اذن - اما ان تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية - والملكية الفردية اما أن تكون ملكية مفروزة أو ملكية شائعة، ومن ثم تكون الملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية، وهي أحد نوعي الملكية الفردية^(١).

٢- الشيوع نظام مركب يتميز بالتعقيد في مظهره وجوهره. أما مظهر الشيوع فهو اشتراك عدة أشخاص في ملكية شئ واحد، ومن شأن هذا الاشتراك أن تتحقق المساواة بينهم جميعاً في التسلط على هذا الشئ. أما جوهره فهو أن هذا الاشتراك في ملكية الشئ كله يتحدد بنسبة رمزية يرمز بها الى حصة كل منهم في الشئ. وهكذا تنشأ عن الشيوع حالة شاذة تنسب الى الملكية، مع أن المالك على الشيوع محروم فعلاً من سلطات المالك الأساسية إذ يصطدم حقه دائماً بحقوق شركائه الآخرين.

وحسبنا أن نقرر أن المشرع قد استمسك بالمذهب التقليدي لتكييف الشيوع، فاعتبره وضعاً من أوضاع الملكية، وهو ما يتضح صراحة من عبارة المادة ٨٢٥ مدني، فكان المشرع اعتبر الشيوع ملكية يتعدد أصحابها، بحيث يكون لكل شريك حصة مادية في الشئ ذاته، لا حصة معنوية في حق الملكية.

والحق أن المذهب التقليدي مذهب واقعي، كونه أكثر انطباقاً على حقيقة الأمور. أما مذهب الملكية المشتركة فيتعارض مع الواقع، إذ أن الملكية المشتركة ينشأ عنها شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء، كما في الشركات والجمعيات، ومن المسلم أن هذا الوضع غير متحقق في حالة الشيوع. كما أن المذهب الحديث الذي يكيف الشيوع كحق عيني من نوع خاص، لا يحل الأشكال القائم، بل يثير إشكالات جديدة عن كنة هذا الحق الجديد.

ان الملكية الشائعة مجردة في الواقع من سائر خصائص الملكية العادية، ومع ذلك فهي تعتبر من قبيل الملكية لأن لكل شريك حق الملك التام على حصته الشائعة، وله عليها كل سلطات المالك، بحيث يستطيع أن يبيعها أو يرهنها أو يهبها، وفق مشيئته، فكان كل شريك ملك لحصته ملكية فردية، وان كانت هذه الملكية لا تقع على محل محدد تحديداً مادياً، وبما أن هذا التحديد المادي يمكن أن يتم في أي وقت عن طريق القسمة، وهي حق مقرر لكل شريك، فانه يكون من المستساغ إذن أن نتخذ من الملكية أساساً للتعريف بالشيوع، وان كان الدكتور محمد علي عرفه يسلم بأن الشيوع ينطوي

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٧٩٣ وما بعدها.

علي ملكية من نوع خاص (sui generis)، وهذا النظر يقرب بين النظرية التقليدية والحديثة في تكيف الشبوع^(١).

٣- الشبوع- وفقاً لنص المادة ٨٢٥ مدني- صورة من صور الملكية يكون فيها الشئ مملوكاً لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم مادياً في الشئ، ولكنه يتعين معنوياً في الحق نفسه، فحق الملكية ذاته منقسم بين عدة أشخاص لكل منهم فيه نصيب كالثالث أو النصف أو الربع، ولكن الشئ ذاته محل الحق يظل غير منقسم حتي ولو كان بطبيعته قابلاً للانقسام. ويترتب علي هذا أن حق كل واحد من الشركاء- وهو حق جزئي- يقع علي الشئ المشترك جميعه. ويلاحظ أن الشبوع كما يرد علي الملكية قد يرد علي غيرها من الحقوق العينية كحق الإنتفاع.

فالشبوع يفترض إذن اشتراكاً في حق الملكية مع عدم انقسام الشئ. فإذا ما تمت القسمة في أي وقت كان من شأنها إنشاء حالة الاشتراك في الملكية، فيصبح لكل متقاسم أو حصص مفرزة مادياً يختص كل شريك بإحداها. فحيث لا يوجد شئ واحد مملوك علي وجه الاشتراك لعدة أشخاص لا يمكن أن يقال ان هناك شبوعاً.

ولذلك فإن ملكية الطبقات ليست ملكية شائعة، بل هي ملكية فردية مفرزة، لأن كل مالك يملك طبقة من المنزل لا يشاركه في ملكيتها غيره من الملاك. وإنما لا يعد مملوكاً علي الشبوع من المنزل إلا أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك وكذلك الأرض (م ٨٥٦ مدني).

ولا شبوع بين المالك والمنافع، ولا بين المالك وصاحب حق مملوكة للمحكر فملكيتها لا ترد علي شئ واحد.

ولا شبوع بين المالك والمنافع، ولا بين المالك وصاحب حق الإرتفاق فحق الملكية هنا ليس مشتركاً بين المالك وبينهما.

والملكية الشائعة تختلف أخيراً عن الملكية المشتركة، حيث يراد بالأخيرة ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفرداً فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين. والملكية المشتركة لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد أي باتفاقهم في حين أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ علي رغم الشركاء كما هي الحال بالنسبة للأموال الموروثة مثلاً.

ومتي قدم كل شريك في الملكية المشتركة نصيبه فقد حقه العيني عليه لينتقل الي الجماعة، وتحول حقه الي مجرد حق شخصي في استغلال الشئ وفي الحصول علي نصيب في الأرباح الناشئة عنه، ولا يعود للشريك حقه العيني الا بعد قسمة الأموال نتيجة لتصفية الجمعية. وهذا بخلاف الحال في الشبوع حيث يعتبر الشريك مالكا أي صاحب حق عيني علي الشئ.

(١) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد علي عرفه - المرجع السابق - ص ٣٧١ وما بعده.

ويعتقد الدكتور عبد المنعم البدر اوي أن الملكية المشتركة صورة للملكية لا ضرورة لها في القانون المصري. فالقانون المصري يعرف الشيوع بالمعني المتعارف عليه، وهو قد نظم ملكية الأسرة علي أساس قواعد الشيوع (م ٨٥٥ مدني). ويعرف من ناحية أخرى الشخص الاعتباري في تلك الحالات التي يجتمع فيها بعض الأفراد ويخصصون أموالاً معينة لتحقيق غرض مشترك، فهذه الأموال لا تعتبر مملوكة لجماعة الشركاء علي لا وجه المعروف في الملكية المشتركة، وإنما يملكها الشخص المعنوي. والقانون المصري قد اعترف بالشخصية القانونية للشركات المدنية بمجرد تكوينها (م ٥٠٥ مدني)، وكذلك للجمعيات بمجرد إنشائها، والمؤسسات^(١).

٤- إذا إلتمسنا معني الملكية الشائعة في نصوص القانون المدني، فإننا نجد في المادة ٨٢٥ مدني تحديداً لهذا المعني.

فالملكية الشائعة تعني تعدد المالك لشيء واحد، ولا يتحدد لكل منهم فيه نصيب معين، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه (يفترض تساويها مع حصص الآخرين إذا لم يقم دليل علي غير ذلك)، فحق كل مالك منهم يماثل حق الآخر، وهو حق ملكية. ولكن الشيء الذي ترد عليه حقوق الشركاء في الملك شيء واحد.

وعلي ذلك إذا توافر الاشتراك في الملكية بين عدد من المالك ولكن تحدد لكل منهم في الشيء المملوك جانب يختص به، كما هي الحال في اشتراك عدة أشخاص في ملكية طبقات منزل، فإن هذه الملكية لا تكون ملكية شائعة، لأن محل حق كل شريك طبقة محددة من طبقات المنزل، أي هي ملكية مفززة، ولكن ملكية الطبقات تقترن بالضرورة بملكية شائعة لأرض المنزل وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك كالمدخل والفناء والمصاعد والممرات والأسطح والأساسات وغيرها (م ٨٥٦ مدني) حيث لا يتحدد لكل شريك جزء محدد منها بل تكون له حصة شائعة تنسب الي الشيء في مجموعه.

وإذا وزعت سلطات المالك بين شخصين، فكان لأحدهما الإنتفاع، وبقيت للآخر سلطة التصرف (ملكية الرقبة) لا يمكن أن يسمى هذا شيوعاً لاختلاف مضمون حق كل منهما، فأحدهما الإنتفاع بما يخوله من استعمال واستغلال، وللآخر ملكية الرقبة بما تخوله من سلطة التصرف. والشيوع تستلزم تماثل حقوق المالك المتعديين علي نفس الشيء. ولذلك لا يتوفر الشيوع إذا كان لشخص حق الحكر علي أرض وملكية رقبتهما للوقف.

والشيوع في الملكية واسع الانتشار في مصر، وعلي الخصوص في ملكية العقارات، وسواء أكانت من الأرض الزراعية أو المباني نتيجة لانتقال الملكية بالميراث إذ تنتقل ملكية العقارات عادة الي ورثة عديدين يستبقون أموال التركة بغير قسمة، بل إنها قد تنتقل منهم الي ورثتهم وتبقى ملكية شائعة كذلك، مما يؤدي الي زيادة عدد المالك وصغر الأنصبة. ولكن شيوع الملكية لا ينشأ عن الميراث وحده. فقد تكتسب الملكية شائعة بالتصرف القانوني، كما لو كان ذلك بوصية بمال الي

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق - ص ١٣٤ وما بعدها.

متعديين، أو إذا اشترى شخصان أو أكثر مالا من الأموال بالاشتراك فيما بينهم. كما يمكن أن يشترك شخصان أو أكثر في كسب ملكية عقار من العقارات بالتقادم، فتكتسب بالتقادم ملكية هذا العقار علي الشيوع، أي أن كسب الملكية الشائعة يتحقق بأسباب كسب الملكية بصفة عامة.

والشريك علي الشيوع مالك بالمعني الصحيح وان كان حقه يرد علي ما ترد عليه حقوق أخرى مماثلة أي تتزاحم عليه حقوق الملاك علي الشيوع، ويترتب علي اعتباره مالكا أن تكون له كل سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف، ولكن في حدود حصته، وهذا يعني أن قدرته علي ممارسة سلطاته نتيجة لوحدة الشئ الذي ترد عليه حقوق شركائه أيضاً، تصح مقيدة برعاية سلطات الملاك الآخرين علي نفس الشئ، ولذا فان القانون المدني يضع تنظيماً خاصاً لممارسة سلطات الملكية في حال الشيوع، يقوم في جملته علي ترجيح رأي أغلبية الملاك علي أقليتهم في إدارة المال الشائع أو حتي في التصرف فيه.

ورغم تنظيم إدارة الملك الشائع في القانون، فان استغلال الحصة الشائعة قد يؤدي الي خلافات بين الملاك علي الشيوع، وقد تحول هذه الخلافات دون حسن استغلاله، بل قد تعطل هذا الاستغلال ولو مؤقتاً، وهو ما يعتبر ضرراً للمصلحة العامة وللمصلحة الخاصة في نفس الوقت، ولذا فان القانون يجعل لكل مالك علي الشيوع أن يطلب إنهاء حالة الشيوع بقسمة الملك الشائع. بل أن القانون يظهر تفضيله للملكية المفترزة علي الملكية الشائعة بنصبيه في المادة ٨٣٤ مدني علي عدم جواز الاتفاق علي البقاء في الشيوع - وعدم طلب القسمة - لمدة تزيد علي خمس سنوات، إلا أن من صور الشيوع ما يعتبر شيوعاً دائماً لا يجوز فيه طلب القسمة، ومن ذلك ملكية الحائط الفاصل بالاشتراك، وكذا الملكية الشائعة للأجزاء المشتركة من المنزل المملوك علي نظام ملكية الطبقات^(١).

٥- تتحقق الملكية الشائعة عند تعدد ملاك الشئ الواحد (م ٨٢٥ مدني).

ونلاحظ منذ البداية أن الشيوع لا يقتصر علي الملكية، فيمكن أن يتحقق بالنسبة لغيرها من حقوق عينية، مثل حق الإنتفاع، فيكون لأكثر من شخص حق الإنتفاع علي شئ واحد، وعندئذ يكون حق كل منهم هو " حق إنتفاع شائع ". ومع هذا فقد اقتصر المشرع في تنظيمه للشيوع علي تنظيم الملكية الشائعة وهي الصورة الغالبة للشيوع، وتطبق القواعد الخاصة بالملكية الشائعة علي حالات الشيوع في الحقوق الأخرى.

ان الأسباب التي تؤدي الي وجود الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية العادية أي المفترزة، ولكن أكثر هذه الأسباب تحققاً في العمل هو الميراث. فإذا توفي شخص عن أكثر من وارث فتصبح الأشياء التي كان يملكها مملوكة لورثته علي الشيوع الي أن تتم قسمتها بينهم. وقد تكتسب الملكية الشائعة بتصرف قانوني، كأن يشتري شخصان أو أكثر شيئاً علي الشيوع أو يرضي شخص بشئ يملكه الي شخصين أو أكثر لكل منهم حصة معينة، كما يمكن أن تكتسب الملكية الشائعة بالتقادم

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١١٠ وما بعدها

كأن يجوز شخصان أو أكثر شيئاً حيازة مشتركة المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم. وهكذا.

وتعدد ملاك الشيء الواحد، أي الشيوع، من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيداً مما لو انفرد بملكيته شخص واحد، إذ كثيراً ما تختلف نظر وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد تعطيل الاستغلال ولو مؤقتاً. وإذا تعتبر حالة الشيوع، من الناحية الاقتصادية، حالة غير مرغوب فيها. ولهذا أعطي المشرع كل شريك الحق في طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع، بل إنه منع اتفاق الشركاء على عدم جواز طلب القسمة إذا تجاوزت المدة المتفق عليها خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني).

وفي تقدير الدكتور منصور مصطفى منصور أن حق الشريك في الشيوع يختلف عن حق الملكية المفترزة اختلافاً يجعل منهما حقين متميزين، وإن كانا يجتمعان في طائفة واحدة هي " الملكية " الأمر الذي يقتضي لصورتى الملكية أي الملكية المفترزة والملكية الشائعة لن التعريف التقليدي لا يصدق إلا على احدي الصورتين وهي الملكية المفترزة.

كما يفضل الدكتور منصور الرأي القائل أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية من نوع خاص " الملكية الشائعة " وهو ما يعني أن الملكية على نوعين: ملكية مفترزة و ملكية شائعة. ويقتضي هذا أن نبين مدي الاختلاف بين حق الشريك والملكية المفترزة، ذلك الاختلاف الذي يؤدي - فيما يراه - إلى اعتبارهما حقين متميزين مع بيان الصلة التي تجمع بينهما بحيث يمكن وضعهما في طائفة واحدة.

أما وجه الخلاف فيظهر عند تحديد مضمون كل من الحقين، فالملكية المفترزة تتميز عن سائر الحقوق العينية بأنها بحسب الأصل حق جامع بمعنى أنه يخول صاحبه كافة المزايا التي يمكن - في حدود القانون - الحصول عليها من الشيء. أما حق الشريك في الشيوع، فهو لا يخول صاحبه، بأصل وضعه، إلا نسبة معينة من مزايا الشيء كالنصف أو الثلث مثلاً. وهذا الفارق يستوجب - فيما يري - لتعلقه بمضمون كل حق أن نعتبر الحقين متميزين، فالحقوق العينية يختلف بعضها عن البعض الآخر من حيث مضمون كل حق (١).

٦- الملكية الشائعة هي الملكية التي تخول سلطات الاستعمال والاستغلال إلى التصرف لأكثر من شخص على شخص واحد دون لفرار أو تحديد جزء من هذا الشيء لكل مالك.

ونص المادة ٨٢٥ مدني صريح في اعتبار الحق الثابت لكل شخص حق ملكية، مما يعيننا عن البحث عن طبيعة حق المشتاع والتعرض للخلاف الذي ثار في هذا الشأن.

وعلى ذلك فالملكية التي تثبت لشخص اعتباري واحد كشركة لا تعتبر ملكية شائعة، لأن المالك ليس هو الشركاء المتعدين، بل هو الشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً مستقلاً عن أشخاص الشركاء.

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٢١ وما بعدها.

كذلك لا نكون بصدد شيوع إذا كان الشئ الواحد محلاً لسلطات مختلفة كما لو ثبت لشخص علي الشئ سلطة التصرف دون سلطتي الاستعمال والاستغلال، وثبتت سلطتنا الاستعمال والاستغلال لشخص آخر، فهنا تعدد في الحقوق الواردة علي الشئ، فمن له التصرف له حق ملكية رقية، ومن له الاستعمال والاستغلال له حق الإنتفاع. ولا يعني الشيوع في الملكية أن كل مالك يملك الشئ كله، فالواقع أنه رغم عدم إفراز جزء من الشئ لكل مالك، إلا أن المالك المشتاع لا يملك إلا نسبة أو حصة غير مفرزة من الشئ الشائع، قد تكون هي الربع أو الثلث أو أقل من ذلك أو أكثر. وقد جعل القانون الأصل لمن تحسب الحصص متساوية حتي يقوم دليل علي غير ذلك. وعلي ذلك إذا ملك اثنان شيئاً علي الشيوع، فالأصل أن يكون لكل منهما النصف. وإذا كان الملاك المشتاعين ثلاثة فالأصل أن يكون لكل منهم الثلث، وهكذا ما لم يقد دليل علي زيادة حصص بعضهم علي حصص الآخرين.

ولا يتعارض اعتبار حق المشتاعين علي الشئ حق ملكية مع ما هو مقرر من أن الملكية حق مانع أو استثنائي، فالاستثنائي موجود في الملكية الشائعة وجوده في الملكية المفروزة، كل ما في الأمر أن الذي يستأثر بمنافع الشئ في الملكية المفروزة هو شخص واحد، في حين أن الذي يستأثر بمنافع المال الشائع هو أكثر من شخص هو الملاك المشتاعين، ولكن فيما عدا هؤلاء الملاك لا يمكن لأحد آخر أن يمارس سلطات الاستعمال والاستغلال والتصريف علي الشئ.

فتعدد ملاك الشئ الواحد لا يغير إذن من طبيعة الملكية الواردة علي هذا الشئ، ولكنه يغير بالضرورة من أحكام الاستفادة منها، ذلك أنه إذا كان لكل من الملاك المشتاعين سلطات الاستغلال والاستعمال والتصريف علي الشئ، فمن الواضح أنه لا ينفرد بهذه السلطات، ولذلك فإن ممارسته لسلطاته علي الشئ تنقيد بوجود سلطات للملاك الآخرين، مما يجعل هذه الممارسة أشد صعوبة، وأكثر تعقيداً من ممارسة من يملك ملكية مفروزة. ولذلك عني الشارع بتنظيم العلاقة بين الملاك المشتاعين مراعيًا في ذلك أمرين:

الأول- أن كل مشتاع له حق ملكية علي الشئ الشائع.

الثاني- أن كل مشتاع لا يستقل بملكيته، بل يشاركه فيها آخرون.

وتنشأ الملكية الشائعة كما تنشأ الملكية المفروزة، أما عن تصرف قانوني كالعقد أو الوصية، ومثال ذلك أن يشتري لشخصان شيئاً واحداً دون أن يفرزا في عقد الشراء جزءاً منه لكل منهما، أو أن يوصي شخص بشئ واحد لعدة أشخاص محدداً حصته أو نسبة كل منهم فيه دون تحديد مدي.

وقد ينشأ الشيوع في الملكية عن واقعة مادية كالوفاة، فبالوفاة تنتقل أموال المتوفي الي ورثته دون إفراز، فيصبح هؤلاء الورثة مالكين لهذه الأموال ملكية شائعة. والميراث هو مصدر أغلب حالات الملكية الشائعة.

ونظراً لأن اتصاف الملكية بوصف الشيوع نتيجة لتعدد أصحابها يجعل استغلال الشئ أكثر صعوبة، لأن هذا الاستغلال يتطلب اشتراك جميع الملاك علي الشيوع بحسب الأصل، فإن القوانين تنظر الي الملكية الشائعة باعتبارها وضعاً مؤقتاً يجب

ألا يدوم، بل يتعين أن يتحول الي صورة الملكية المفترزة، وهو التحول الذي يتم أساساً بقسمة الشئ المملوك علي الشيوع. وقد يتم بطرق أخرى كأن يشتري شخص واحد حصص جميع الشركاء في الشيوع، فيصبح الشئ مملوكاً للمشتري ملكية مفترزة، أو أن يرث أحد المشتاعين شريكه، فيصبح الشئ مملوكاً للوارث ملكية مفترزة. وقد نظم القانون المدني الملكية الشائعة في صورة قواعد عامة تسري أياً كان الشئ الشائع، ثم أورد قواعد لا تنظم بعض صور الشيوع كملكية الأسرة، والشيوع الإجباري، وملكية الطبقات^(١).

٧- الملكية الشائعة هي حق الملكية لاثنتين أو أكثر في شئ لا تتعين حصة أحدهم في جزء معين منه، وتلك هي شركة الملك التي عرفتھا المجلة بالمادة ١٠٦٠ مثل ملكية شخصين لدار ورثاها عن أبيهما وملكيتهما لشئ اشترياه أو وهب لهما ومثله حق المرتزقة في غلة الوقت بحيث لا تتعين حصة أحد منهم فيما إلا بعد القسمة والإفراز، وإذا كانت الشركة قد حصلت بسبب من أسباب التملك غير الاختياري كانت الشركة إجبارية، كمال التركة والمال الموصي به، وان كانت قد حصلت بإرادة الأشخاص كانت اختيارية كالمال يشتريه اثنان أو الحيوان يصطادانه. ومن ذلك يتبين أن مصدر الشيوع أما أن يكون واقعة كحادثة الموت والحيازة المستوفية الشروط، وأما أن يكون تصرفاً قانونياً بالعقد كالبيع والشراء والهبة والوصية.

فالملكية المفترزة هي امتلاك الشخص جزءاً معيناً من شئ أو شيئاً من أشياء متعددة كبضاعة في حانوت مؤلفة من عدد أشياء كل منها لشخص معين، وأرض لشخص عليها أشجار لآخر، أما الملكية المشتركة فهي ملكية اثنتين فأكثر لشئ واحد مجتمعين كأن يضع كل منهم عينا من المال فيؤلف المجموع مالا مشتركاً يستغلونه بالإنفاق، وكأن يكون منزل مشترك لعدد من الناس كل منهم له طبقة فيه ولكنهم يستغلونه مجتمعين، فالملكية الشائعة علي هذا غير الملكية المشتركة والمفترزة، لأنها أي الملكية الشائعة وان كانت تشمل الشئ الواحد الذي يختص الشركاء بملكيتهم إلا أنهم لا يملكونه مجتمعين وإنما يملك كل شريك حصة فيه، كأن يكون لواحد ثلث وللآخر نصف وللثالث سدس وكل من هذه الحصص شائع في كل الملك أي أن كل وحدة من وحداته مملوكة للشركاء كل بنسبة حصته، كما عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية المصرية. وعلي ذلك فملكية أفراد الجمعية لأموال الجمعية ملكية مشتركة لا شائعة، وملكية التركة بين الورثة هي ملكية شائعة لا ملكية مشتركة.

وقد عرفت المادة ١٠٦١ مدني عراقي المال الشائع، وتقابل المادة ٨٢٥ مدني مصري و ٧٨٠ مدني سوري، وهو يعني أن الشيوع يقع في الحق نفسه أي العين المشاعة، فهي غير قابلة للانقسام أي أن حصة كل شريك غير معينة في جزء أو محل من ذلك العين وإنما هي شائعة في كل جزء يتألف منه الشئ، إلا أنه متى انتهت حالة

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز) - للدكتور محمد لبيب شنب المرجع السابق - ص ٢٦٩ وما بعدها، وينظر في ذلك أيضاً: الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٩٣ وما بعدها.

الشيوع بالقسمة تعينت كل حصة فيه فتكون واحدة نصف العين والثانية ثلثها وأخري سدسها.

أما الفقرة الثانية من المادة ١٠٦١ مدني عراقي فإنها تنص علي حق الشريك في التصرف في حصته المشاعة باعتبارها ملكاً تاماً، له فيها حق الإنتفاع والاستغلال بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم. كما يجوز له أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه. وهذا النص مأخوذة من المادة ٨٢٥ مدني مصري والمادة ١/٧٨١ سوري و ٤٢٩ مجلة الأحكام العدلية.

ويترتب علي ذلك أن للمالك حقاً عينياً علي حصته في المال المشاع من مقتضاه أنه يملكها ملكاً تاماً يتضمن جميع أنواع التصرف القانونية والفعلية. فله أن يبيعها وأن يرهنها وأن يملك الغير حق الإنتفاع بها بالاستعمال أو الاستغلال أو بهما ولو كان في تصرفه هذا لا يستند الي موافقة سائر الشركاء. إلا أن هذا الإطلاق مقيد بما لا يضر حقوق الشركاء الآخرين وقليل هي الأشياء المشاعة التي لا تتأثر باستبداد الشريك في التصرف بحصته فيما لا سيما في الشيوع الإجباري كالبئر يستبقي منها الشركاء أو مياه السقي التي ينتفعون بها علي السواء أو علي سبيل المناوبة وتعيين أوقات الإنتفاع أو أرض يزرعها أحدهم في موسم والآخر في موسم آخر، بل الواقع أن الشركاء في الشيوع الإتفاقي إنما يقصدون الإنتفاع المشترك علي وجه الشيوع باعتباره طريقة من طرق استغلال المال. ويظهر ذلك في الاستغلال المشترك وفق نظام يرتضونه بينهم وفي الاستعمال المباشر فيما يدعي بالمهاياة الزمانية أو المكانية. فالمهاياة علي هذا ليست في الواقع قسمة للمال المشاع وإنما هي طريقة من طرق الإنتفاع يصل بها كل شريك الي منافع حصته أو استعمالها استعمالاً مباشراً.

ويمنع القانون الشريك أن يتصرف في المال الشائع كله أو بعضه عدا حصته الشائعة بلا موافقتهم أو خلافاً لقرار المحكمة أو النظام الموضوع لإدارة الشركة. فإذا هو فعل ذلك كان متصرفاً في مال الغير وتصرفه هذا قد يقع علي جزء من المال، وقد يقع عليه كله. فإذا وقع علي جزء منه، فأما أن يقع عليه باعتباره حصة غيره، وأما باعتباره جزء لا يختص به أحد من الشركاء (١).

٨- الملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص علي شئ بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة تنسب الي الشئ في مجموعه، كالنصف أو الربع (م ٨٢٥ مدني مصري - ٨٧٠ مدني سوري - ٨٣٤ مدني ليبي - ١/١٠٦١ مدني عراقي - ٨٢٤ و ٨٢٥ تقنين الموجبات والعقود للبناني)، فحق الشريك في المال الشائع يرد علي الشئ بنسبة حصته فيه.

فالذي يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة ان الحصة التي يملكها الشريك المشتاع تكون في الشئ كله فلا تتركز في جانب منه بالذات.

ويلاحظ أنه لا يترتب علي عقد الشركة أن تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء علي الشيوع. وإنما تكون هذه الأموال مملوكة ملكية مفترزة للشركة بوصفها شخصاً

(١) الملكية العقارية في العراق - ١ - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق ص ١٠٧ وما بعدها.

اعتبارياً له ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل شريك، فلا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء علي الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها.

كما أن ترتيب حق عيني متفرع عن الملكية كإنتفاع أو إرتفاق لا يترتب عليه أن يقوم شيوع بين المالك وصاحب هذا الحق، إذ أن لكل منهما حق يختلف عن حق الآخر في مضمونه، بينما يكون الشيوع في الحق الواحد.

ولقد أدى نظام الميراث الي انتشار الملكية الشائعة في مصر. إذ أن أموال التركة تصبح مملوكة للورثة علي الشيوع، وكثيراً ما يبقى الورثة علي هذا الوضع مدة طويلة يتزايد فيها عدد الشركاء بسبب موت أحدهم وحلول ورثته محله.

ومعلوم أن الصورة العادية للملكية هي الملكية المفروزة. وأن الملكية الشائعة ليست إلا وضعاً إستثنائياً مصيره الي ملكية مفروزة، سواء كان ذلك من طريق القسمة أو كان بأي سبب آخر. فتعدد الملاك في الملكية الشائعة يؤدي الي إشكالات عديدة فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطاته علي الشيء، ولا سيما الاستعمال والاستغلال. وهذا أمر لا يتيسر في حالة عدم وجود تنظيم تشريعي إلا بإجماع الشركاء. وقد لا يتوفر هذا الإجماع فيتعطل الإنتفاع بالشيء.

وعلي الرغم من هذا وذلك فإن الشارع المصري في التقنين المدني القديم لم يعن بتنظيم الشيوع، حيث اقتصر علي ذكر إجراءات القسمة.

وقد عمل الشارع في التقنينات العربية الحديثة علي أن يسد هذا النقص. فنظم الملكية الشائعة تنظيمياً اعتد فيه بإرادة الأغلبية، وأكمل تنظيم ملكية الطبقات، وهي صورة تجمع بين الملكية المفروزة والشيوع الإجباري. ونظم الشيوع الإجباري في التقنين المصري والتقنين السوري والتقنين العراقي والتقنين الليبي. كما نظم ملكية الأسرة في التقنين المصري والتقنين السوري والتقنين الليبي^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ليس في القانون ما يمنع الشريك في العقار الشائع من أن يكسب بالنقادم ملكية حصة احد شركائه المشتاعين إذا استطاع أن يجوز هذه الحصة حيازة تقوم علي معارضة حق المالك لها علي نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخلفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة انقطاع خمس عشرة سنة.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - ص ٥٨٠)

٢- متي كانت حصص كل الشركاء في المحل التجاري لم تفرز فهم شركاء علي الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلاً مقنعاً علي غير ذلك عملاً بحكم المادة ٨٢٥ من القانون المدني الجديد والي قننت - علي ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور - ما كان معمولاً به أثناء سريان القانون المدني القيم.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٨ - المرجع السابق - السنة ٢١ ص ٢٤)

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصدة - ١٩٦٢ - ص ٥ وما بعدها.

٣- من المقرر في ظل القانون المدني السابق أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلاً لأن يجوزها حائز علي وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدي الي المخالطة بينهما، لأن هذه المخالطة ليست عيباً في ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض أو إيهام، فإذا استطاع الشريك في العقار الشائع أن يجوز حصة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم علي معارضة أن يجوز حصة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم علي معارضة حق المالك لها علي نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخلفاء أو مظنه التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ - المرجع السابق - ص ٨٦٢)

٤- النص في المادة ٨٥٦ من القانون المدني على أنه إذ تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد في سندات المالك ما يخالفه قد قصد به المشرع وضع التصوير الجديد عن الطبقات المفروزة والشيوخ الإجباري تشجيعاً على انتشار ملكية الطبقات والشقق بين أفراد الطبقات المتوسطة توخياً لانفراج أزمة المساكن بعد احتدامها بازدياد عدد السكان والتي لا يستطيع الفرد فيها أن يملك منزلاً كاملاً ويؤثر على الاشتراك مع غيره في الشيوخ أن يستقل بملكية طبقة أو شقة من طبقات أو شقق أحد العقارات واضعاً بذلك نظاماً لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه حسماً للمنازعات التي قد تنشأ عن هذه الملكية وأن البين من النص سالف الذكر أن تلك الملكية وإن كانت لملاك مختلفين إلا أنها تنقسم في كيانها إلى أجزاء مفروزة تتمثل في الطبقات والشقق التي تنقسم إليها البناء ومن ثم تكون كل طبقة أو شقة فيه مملوكة ملكية مستقلة لمالكها على سبيل الاختصاص ويكون له استعمالها واستغلالها أو التصرف فيها بالبيع وغير ذلك من أنواع التصرفات وأجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً دائماً لا تقبل القسمة تتمثل في الأجزاء المتعلقة بالانتفاع المشترك بين جميع الملاك تخصم جميعاً كل بحسب ما يخص طبقته أو شقيقته فيها يملكها مع غيره ومن ثم يختلف هذا النوع من الملكية من حيث طبيعته وأحكامه عن الملكية الشائعة التي نظم المشرع أحكامها في المادة ٨٢٥ وما بعدها من القانون سالف الذكر والتي تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال الشائع لا يتحدد نصيب كل شريك فيها إلا بالقسمة وإن كان ذلك لا يفقد ما لكل حصة من كيان ذاتي فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيره إلى حصول تلك القسمة وحينئذ تعتبر متميزة بالفعل والتي بما لها من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر.

(الطعن رقم ٦٤٠١ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٥ / ٢٠٠٠)

مادة (٨٢٦)

(١) كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي علي ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

(٢) وإذا كان التصرف منصباً علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف. انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف الي الجزء الذي آل الي المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف.

النصوص العربية المقابلة:

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

مادة ٨٣٥ لبيي و ٧١١ سوري و ١٠٦١ عراقي و ٧٠٦ و ٧٠٧ سوداني و ٢٣ ق الملكية العقارية اللبناني.

الأعمال التحضيرية:

الملكية في الشبوع كالملكية المفززة تشتمل علي عناصر ثلاثة: الاستعمال والاستغلال والتصرف. الا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين. فالمالك في الشبوع له أن يستعمل حقه وأن يشتغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. أما حق المالك المشتاع في التصرف فكحق المالك ملكية مفززة، علي أن يقع تصرفه علي حصته الشائعة، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها وأن يرهنها رهناً رسمياً أو رهن حيازة. أما إذا وقع التصرف علي جزء مفرز من المال الشائع، كما إذا باع مالك الحصة الشائعة جزءاً مفرزاً أو رهنه رهناً رسمياً أو رهن حيازة، فيكون البيع أو الرهن صحيحاً إذا وقع هذا الجزء المفزز عند القسمة في نصيب المالك الذي صدر منه التصرف، فإذا لم يقع في نصيبه عد التصرف صادراً من غير مالك وأخذ حكمه، إلا في الرهن الرسمي فقد وردت بشأنه أحكام خاصة لأهميته (انظر مادة ١٤٤٦ من المشروع)^(١).

رأي الفقه:

١- يتبين من الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ من القانون المدني أن الملكية هي حق ملك تام، فهي ملكية فردية شأنها في ذلك شأن الملكية المفززة.

ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية. وأهم هذه الأسباب - بالنسبة الي الملكية الشائعة - هو الميراث، فأكثر ما يكون الشبوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين، فتنتقل إليهم أمواله شائعة. وقد يكون مصدر الشبوع الوصية، كما إذا أوصي شخص لاثنين بمال علي الشبوع سوقي يكون مصدر الشبوع العقد، كما إذا اشترى شخصان مالا علي الشبوع، أو كما إذا باع مالك الدار نصف داره علي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٨١.

الشيوع. وقد يكون مصدر الشيوع أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، كالاستيلاء والإلتصاق والشفعة والتقادم.

أما أحكام الشيوع، فمنها ما يشترك فيه مع الملكية المفززة. وأهم هذه الأحكام المشتركة هو ما تقرر للمالك علي ملكه من حق استعمال وحق استغلال وحق تصرف. ومن النص سالف الذكر ومذكرته الإيضاحية نري ان المال الشائع كالمال المفرز، يباشر عليه المالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف. ولكنه يختلف عن المال المفرز في أن حق المالك في الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء، وهذا هو ما يجعل للمال الشائع أحكاماً خاصة به ظن في إدارته لاستعماله واستغلاله، وفي التصرف فيه.

أما بالنسبة لأسباب انقضاء الشيوع، فان الشيوع يكون عادة حالة مؤقتة مصيرها الي الانقضاء والزوال وان كانت تدوم في بعض الأحوال مدة طويلة كما يقع ذلك كثيراً في مصر. وينقضي الشيوع بأسباب مختلفة، منها العقد المنهي للملكية، فقد يبيع أحد المالكين في الشيوع حصته الشائعة للمالك الآخر، أو يبيع المكان معاً المال الشائع لمشتري واحد، فينقضي الشيوع، وتصبح الملكية مفززة في يد المالك الآخر في الحالة الأولى، وفي يد المشتري للمال الشائع في الحالة الثانية. وقد يكون الميراث سبباً لانقضاء الشيوع بأن يرث أحد المالكين في الشيوع المالك الآخر بحصته الشائعة. ولكن هذه الأسباب كلها أسباب عارضة، ولا يقصد منها في الأصل إنهاء الشيوع، وان انقضي الشيوع بها فعلاً. أما السبب الرئيسي لانقضاء الشيوع، السبب الذي يقصد به أصلاً ومباشرة إنهاء هذه الحالة، فهو القسمة لذلك نقف من أسباب انقضاء الشيوع عند القسمة دون غيرها.

أما الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مذني فقد نصت علي أحكام تصرف الشريك في جزء (شئ) مفرز من المال الشائع. نفرض أن هناك أرضاً شائعة بين شريكين لكل منهما النصف في الشيوع، وان أحد الشريكين حدد جزءاً مفرزاً من هذه الأرض بمقدار النصف وباعه مفرزاً، متوقعاً أن هذا الجزء المفرز الذي باعه هو الذي سيقع في نصيبه عند القسمة.

وهنا يجب أن نميز بين فرضين:

الأول - ان المشتري يعتقد أن البائع يملك المبيع مفرزاً، ولذا أقدم علي الشراء مطمئناً الي أن ملكية هذا الجزء ستخلص له - فيبين هنا أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشئ المبيع، إذ اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزاً لا شائعاً. ومن ثم يكون البيع قابلاً للإبطال للغلط. ويجوز للمشتري طلب إبطاله وفقاً للقواعد العامة إذا تقدم بالطلب قبل القسمة، ولا يجبر علي انتظار القسمة ونتيجتها. ويستطيع المشتري في هذه الحالة أن يجيز العقد فيصبح البيع صحيحاً غير قابل للإبطال. أما بعد القسمة، أي بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض الشائعة بينه وبين شريكه الآخر - فلا تخلو الحال من أحد أمرين:

١- أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع علي ما توقع، وعند ذلك تخلص ملكية هذا الجزء للمشتري بعد التسجيل، ولا يعود يستطيع إبطال العقد

للغلط حتي لو كان لم يخبره، ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد علي الوجه الذي قصد إليه المشتري (م ١٢٤ مدني).

٢- أن لا يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع، خلافاً لما توقع. وعند ذلك يبقى البيع علي حالة قابلاً للإبطال، إذا كان المشتري لم يجزه من قبل. ويستطيع المشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط وفقاً للقواعد العامة. ويلاحظ أنه يجوز للمشتري حتي في هذه المرحلة أن يجيز البيع، فيصح البيع وتنتقل الي المشتري ملكية المبيع بالتسجيل.

الثاني- أن المشتري يعلم أن البائع لا يملك المبيع، وأن الجزء المفروز الذي باعه هذا الشريك لا يزال شائعاً بينه وبين الشريك الآخر- فهنا لا يكون المشتري واقعاً فيغلط، ذلك أن المشتري قد توقع- كما توقع البائع- أن هذا الجزء المفروز سيقع في نصيب البائع عند القسمة، فتخلص للمشتري ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة.

ولم تبين المادة ٨٢٦/٢ مدني حكم التصرف قبل أن تتم القسمة، واقتصرت علي أن تبين هذا الحكم بعد أن تتم القسمة، فوجب إذن أن تطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القسمة. فإذا باع الشريك جزءاً مفروزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء. أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفروز المبيع، ولكنه غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا الجزء المفروز. ولا يستطيع المشتري إبطال البيع لا بالنسبة الي حصة البائع الشائعة في الجزء المفروز المبيع، لأن الشريك البائع قد باع ما يملك، ولأن المشتري ليس واقعاً في غلط، ولا بالنسبة الي حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفروز المبيع بدعوي أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير. ذلك لأن البيع الواقع علي حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في ا، هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة إنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك. هذا الي أن المشتري، وهو يعلم أن البائع لا يملك ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة. وهذا هو معني أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفروز المبيع. أما معني أن البيع يكون غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا الجزء المفروز، فيظهر في أن هذا الشريك الآخر، إذا أنكر عليه المشتري حقه في حصته الشائعة في الجزء المفروز المبيع، يجوز له أن يرفع دعوي استحقاق علي كل من المشتري والشريك البائع يطالب فيها باستحقاق أية قطعة مفروزة في الجزء المبيع، لأنه لا يملك في هذا الجزء المفروز إلا حصة شائعة.

هذا، ويجوز، قبل القسمة، أن يقر الشريك الآخر البيع الصادر من الشريك الأول. وعند ذلك يصبح البيع نافذاً في حقه في حصته الشائعة، وتخلص ملكية الجزء المفروز المبيع كله للمشتري بعد التسجيل. وقد يكون هذا الإقرار ضمناً، بأن يرتضي الشريك الآخر الوضع الذي اختاره الشريك الأول، ويعتبر الجزء المفروز الذي باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك في كل الأرض الشائعة، ويتصرف هو في الجزء

المفرز الآخر كما لو كان مالكا له كله. فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين الشريكين قسمة فعلية واختص كل منهما بجزء مفرز فيها.

فإذا قسمت الأرض الشائعة بين الشريكين - فلا تخلو الحال من أحد أمرين:

الأول - أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع وحكم ذلك واضح، ولذلك لم تعرض له المادة ٢/٨٢٦ مدني، ذلك أن ملكية الجزء المفرز لمبيع تخلص للمشتري بالتسجيل، بعد أن وقعت في نصيب الشريك البائع، فاستقر البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، ولم يعد للشريك الآخر أي حق في الجزء المفرز المبيع.

الثاني - الا يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، بل يقع في نصيبه الجزء المفرز الآخر، وهو ما عرضت له المادة ١/٨١٧ أن يطلب فسخ عقد البيع أو إبطاله بحسابه صادرا من غير مالك. فمقتضي نص المادة ٢/٨٢٦ مدني تنتقل بعد التسجيل ملكية الجزء الآخر الذي وقع في نصيب الشريك البائع الي المشتري، ويحل هذا الجزء حولا عينيا الجزء المفرز المبيع، ومن ثم يعتبر البيع واقعا، لا علي الجزء المبيع في الأصل، بل علي الجزء المفرز الذي وقع بعد القسمة في نصيب الشريك البائع. وتعليل ذلك واضح، فان المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه، يكون قد ارتضي مقدما شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة. وقد طبق هذا الحكم عمليا في الرهن الرسمي في المادة ٢/١٠٣٩ من القانون المدني^(١) فإجراءات هذه المادة يمكن نقلها الي جميع التصرفات، سواء أكانت رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو بيعا أو غير ذلك. فليس للمشتري أن يتضرر من أن يقع البيع علي الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك البائع. علي انه إذا كان هناك فرق في القيمة ما بين الجزئين، ولم يتفق المشتري والبائع علي شئ في هذا الأمر، استطاع أي منهما أن يلجأ الي القضاء للمطالبة بالفرق. وعلي كل حال يجب أمر يؤشر علي هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له، حتي يكون هذا البيع نافذا في حق الغير منذ هذا التأشير^(٢).

٢ - مقتضي نص المادة ١/٨٢٦ مدني أن لكل من الشركاء أن يستعمل الشئ وأن يستولي علي ثماره بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. ولكنه مبدأ نظري يصطدم عند التنفيذ بكثير من الإشكالات العلمية، لأن الاستعمال المشترك ينافي طبيعة الأشياء، فمن النادر أن تكون الأشياء معدة بطبيعتها لهذا الضرب من ضروب الاستعمال (كالسقاية من بئر مشتركة).

فثمة أشياء تنفر بطبيعتها من أن تكون محلا لاستعمال مشترك، كحصان أو سيارة مثلا. وأغلب الأشياء لا يتأتى الاشتراك في استعمالها الا بالتقاهم التام بين الشركاء علي طريقة الاستعمال، وكثيرا ما يتعذر تحقيق هذا التقاهم لاختلاف نزعات الشركاء. فقد يرغب أحد الشركاء في منزل أن يستعمله لسكناه. بينما يريد شريك آخر أن يفتح فيه محلا للتجارة، في حين ينبغي الشريك الثالث أن يجعل له مخزنا في جزء

(١) يراجع التعليق على نص هذه المادة في: الجزء الخامس من هذا (التعليق على النصوص)

(٢) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٠٠ و ٨٧٠ وما بعدها.

منه. وهكذا يؤدي اختلاف الشركاء علي طريقة الاستعمال الي تعطيل استعمال المال الشائع، لأن حق كل منهم في استعماله مقيد بعدم المساس بحقوق شركائه الآخرين. كما يتضح من نص المادة ٨٢٦ مدني أن للشريك في الشيوع ان يتصرف في حصته الشائعة دون قيد ولا شرطاً بكل أنواع التصرفات. فله أن ينقل ملكية هذه الحصة ببيعها أو هبتها، ويقع هذا التصرف صحيحاً نافذاً دون حاجة لموافقة بقية الشركاء، فلا يجوز لأي من الشركاء الآخرين أن يطالب باستحقاق الحصة المبيعة، ولا أن يطعن في هذا التصرف بأي وجه من أوجه الطعن في التصرفات، وبذلك ينتج هذا التصرف أثره بمجرد تمامه دون انتظار نتيجة القسمة.

ومع ذلك فان تصرف الشريك في حصته بالبيع الأجنبي يخول باقي الشركاء حق المطالبة في أخذ هذه الحصة بالشفعة، كما يجوز لكل شريك أن يستعمل حقه في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، بشرط أن تكون هذه الحصة شائعة في منقول أو مجموع من المال وبشرط مراعاة المواعيد والإجراءات المبينة في المادة ٨٣٣ مدني^(١).

٣- معني ما نصت عليه المادة ١/٨٢٦ مدني أن الشريك علي الشيوع، ولو أنه يملك حصته ملكاً كما تقرر المادة، إلا انه في استعماله الشيء أو في استغلاله يجب ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، أي أن الاستعمال والاستغلال يتفقان بحقوق الشركاء الآخرين. ولذلك يجب علي الشريك أن يستعمل الشيء الاستعمال الذي يتفق وطبيعته أي مع تخصيصه. فإذا كان الشيء المشترك طريقاً مثلاً استعماله كل شريك في المرور دون أن يكون لأحد منهم أن يبني فيبيه، لأن ذلك البناء من شأنه تعطيل حقوق الآخرين في استعماله، وإذا كان بئراً استطاع كل شريك أن يستقي منه. هذا كله إذا كان الشيء يقبل الاستعمال المشترك، وهو فرض قل أن يتحقق عملاً.

كما يخلص من نص المادة ٢/٨٢٦ مدني أنه إذا تصرف الشريك المشتاع في حصة مفرزة من المال الشائع ولم تقع هذه الحصة المتصرف فيها في نصيبه عند القسمة فان التصرف لا يكون باطلاً، ولكنه ينتقل - من وقت التصرف - الي الجزء الذي آل الي المتصرف بطريق القسمة. ومعني هذا أن الجزء الذي وقع بالقسمة في نصيب الشريك المتصرف وارداً عليه من وقت إبرامه، فينتقل إليه حق المتصرف إليه بموجب التصرف ولا يكون له حق علي الجزء الذي وقع عليه التصرف في الأصل. وقد أخذ المشرع في ذلك بفكرة الحلول العيني.

ولم يسمح المشرع للمتصرف إليه بطلب البطلان إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. أما إذا كان يعلم ذلك فليس له الحق في طلب البطلان وينتقل التصرف الي الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف بعد القسمة. وظاهر من ذلك ان البطلان لم يؤسس المشرع علي بطلان التصرف في ملك الغير، لأن بطلان التصرف في ملك الغير يجيز للمتصرف إليه طلب البطلان بغض

(١) الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - للدكتور محمد علي عرفه - المرجع السابق - ص ٣٨١ وما بعدها.

النظر عن علمه أو عدمه بأن الشيء مملوك للغير، وإنما أسس المشرع هذا البطلان علي الغلط. فالمتصرف إليه إذا كان يجهل أن العين شائعة يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء، الأمر الذي يسمح له بطلب البطلان علي هذا الأساس.

وقد يزيد الجزء المفروز الذي ورد عليه التصرف أو ينقص عن النصيب الذي اختص به الشريك بعد القسمة، وهنا تنثور الصعوبات في تطبيق مبدأ الحلول العيني الذي وضعته المادة ٢/٨٢٦ مدني وتركته بغير تنظيم.

ثم انه إذا كان التصرف وارداً علي عقار فهل يلزم إجراء شهر جديد عند تعيين العقار الذي ينتقل إليه التصرف أ لا يلزم ذلك ؟

ان كل هذه المسائل قد تركها المشرع دون تنظيم، وهذا لا شك قصور كبير في التشريع مع ما لهذه المسائل من أهمية بالغة في العمل.

أما فيما يتعلق بتحديد الجزء من النصيب المفروز الذي ينتقل إليه التصرف بعد القسمة، فيجب أن يجري علي أساس قيمة الجزء الذي وقع عليه التصرف وقيمة الجزء الذي ينتقل إليه هذا التصرف، وترتب حقوق الطرفين علي هذا الأساس بإلزام أحدهما بدفع فروق القيمة. ويجب الرجوع في تقدير هذه القيمة الي وقت التصرف الذي وقع في نصيب المتصرف من وقت التصرف لا الي وقت القسمة، لأن حق المتصرف إليه ينتقل الي الجزء المفروز لا من وقت القسمة كما تقضي بذلك المادة ٢/٨٢٦ مدني، وعند حصول خلاف بين الطرفين في هذا الشأن لا مناص من رفع دعوي عادية لتحديد حقوق كل منهما.

لا يكتفي هنا بمجرد أمر علي عريضة من القاضي لأن اختصاص القاضي بإصدار أوامر علي عرائض يجب أن يكون مقصوراً علي الحالات المبينة في القانون، ولأننا هنا بصدد نزاع قضائي بالمعني الصحيح.

أما إذا لم يقع في نصيب المتصرف شيء من المال لشائع، بل أخذ في مقابل حصته مبلغاً من النقود فلا ينطبق حكم الحلول الوارد في المادة ٢/٢٨٦ مني إذا كان التصرف بيعاً. أما إذا كان التصرف رهناً انتقل الرهن هذا المبلغ فيكون للدائن المرتهن عليه حق الأولوية.

أما تصرف الشريك في الحصة المفروزة قبل القسمة، فان الأصل أن الشريك المشتاع لا يجوز له أن يتصرف في حصة مفروزة من الملك الشائع، لأن حق الشريك لا يقع علي جزء معين من المال بل يقع علي المال جميعه دون أن يتحدد هذا الحق مادياً، إذ أن سائر الشركاء يزاحمون في هذا الحق علي الشيء، ولذلك يبدو أن تصرف الشريك في جزء مفروز يعتبر في جزء منه وارداً علي ملك الغير، ومن ثم يجوز للمتصرف إليه أن يطالب ببطلانه حتي قبل وقوع القسمة ودون انتظار لنتيجتها.

وقد قضت محكمة النقض جلسة ١٦/٦/١٩٣٢ - المحاماة - السنة ١٣ - ص ١٦١: بأنه وان اختلف الفقه والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفروزاً من مال مشاع، هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصص شركائه، أم يقع موقوفاً علي نتيجة القسمة بين جميع شركائه، فانما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم هذا العقد بين عاقيه، فمن ذهب الي اعتباره باطلاً جعل للمشتري حق إبطاله من يوم العقد

لما فيه من تفريق الصفقة عليه، ومن رأي أنه يبيع موقوف لم يجعل للمشتري سبيلاً علي البائع الا بالقسمة وبخروج المبيع من حصة بائعه.

كانت هذه حال القضاء قبل صدور القانون المدني الجديد (١٣١ لسنة ١٩٨٤). أما حكم التصرف قبل وقوع القسمة في ظل المادة ٨٢٦/٢ مدني) فيري البعض أنه يستفاد من نص المادة المذكورة أن المشرع قد أخذ بالاتجاه الغالب في الفقه والقضاء، فاعتبر التصرف موقوفاً في الأصل علي نتيجة القسمة، وعلي ذلك لا يكون للمشتري الحق في طلب إبطال البيع استناداً الي المادة ٤٦٦ من القانون المدني الخاصة ببطلان بيع ملك الغير. ولكن المشتري، إذا إتضح أن بائعه يملك ما باع ملكية فردية خالصة استطاع إذا أمكن إثبات الغلط أن يبطل العقد بسبب تعيب الرضاء.

ويري بعض الشراح أن المادة ٨٢٦ مدني لا تقيد إعتماها الرأي القائل بعدم جواز الإبطال قبل القسمة، ولكن المشرع قصد بها فقط تقرير مبدأ الحلول العيني علاجاً المضار التي تترتب علي الأثر الكاشف للقسمة، وعلي ذلك يكون بيع الشريك حصة مفرزة حكمه حكم بيع ملك الغير، فيجوز للمشتري إبطاله، سواء أكان عالماً بالشيوخ أم غير عالم به.

ويري الدكتور عبد المنعم البدر اوي وجوب التمييز بين حالتين:

الأولي- إذا كان المشتري يعلم وقت البيع صحيحاً، بمعنى أنه لا يجوز للمشتري قبل القسمة طلب إبطال البيع، وإنما يصبح مالكا علي الشيوخ بنسبة الجزء الذي اشتراه، لأنه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه، وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة، وما دام يعلم أ، المشتري لا يملك سوي حصة شائعة فلا يجوز له أن يتضرر من هذا الحكم، بل لعله أن يكون هو الحكم الأقرب الي قصد العقادين لإرادتهما عن العبث. كذلك لا يكون للمشتري بعد القسمة طلب إبطال البيع ولو لم تقع الحصة المباعة في نصيب البائع، بل ينتقل حقه الي الحصة التي وقعت في نصيب هذا الأخير.

الثانية- إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المباع ملكية مفرزة، وقع البيع باطلاً بطلاناً نسبياً علي أساس الغلط في صفة جوهرية من صفات المبيع وهي كونه مملوكاً ملكية مفرزة البائع لا شائعة، ولذلك لا يكون للمشتري قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع لأنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة أما بعد القسمة فيمتنع عليه طلب البطلان إذا وقع الجزء المباع بعينه في نصيب البائع وذلك وفقاً للمادة ١٢٤ مدني. أما إذا لم يقع الجزء المباع في نصيب المتصرف فان حق المشتري (أو المتصرف إليه عموماً) في طلب البطلان يظل قائماً.

وهذه الأحكام تتمشي مع نص المادة ٨٢٦/٢ مدني، وعلي الخصوص مع الحكم الوارد في نهايتها. وهذا الحكم يجب أن ينطبق قبل القسمة وبعد القسمة إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

أما فيما يتعلق بأثر تصرف الشريك في حصة مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء، فلا يكون لهم طلب إبطال التصرف، لأننا أسسنا البطلان علي الغلط وليس لغير المتعاقد

التمسك به، لأن أثر بيع الحصة المفروزة يقتصر على حلول المشتري كشريك على الشيوع محل البائع، فيعتبر هو لا البائع شريكاً لسائر الشركاء، وعلى هذا النحو يتحدد مركز المشتري بالنسبة لسائر الشركاء، ولذلك يكون للشركاء الحق في طلب الاسترداد لا للحصول على جزء مادي معين من المال الشائع، بل للاعتراف لهم بحقوقهم شائعاً في المال المشاع^(١).

٤- يتضح من نص المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري والنصوص المقابلة لها أنها تتناول فحسب حكم تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع فيما بين طرفيه، سواء كان ذلك بالبيع أو بالهبة أو بالرهن أو بترتيب حق عيني آخر. وذلك في المرحلة التي تأتي بعد القسمة، ومن هذا تجب التفرقة بين حكم هذا التصرف قبل القسمة وحكمه بعدها.

١- ففيمما يتعلق بحكم هذا التصرف قبل القسمة، لم يتعرض النص لهذه المسألة. وحينئذ يجري حكم القواعد العامة في الشيوع، ويكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء، ومن ثم يحق للمشتري من الشريك أن يطلب إبطال البيع، وذلك دون انتظار نتيجة القسمة، وسواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوع أو كان يجهله (م ١/٤٦٦ مدني مصري).

لكن ينقلب التصرف صحيحاً فيمتنع إذا أقر الشركاء الآخرون تصرف شريكهم الآخر أو إذا آلت إلى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه بأي سبب كان (م ٤٦٧ مدني مصري).

وبصدق هذا الحل في القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي والقانون اللبناني. أما في القانون العراقي فيكون التصرف موقوفاً على إجازة الشركاء الآخرين.

٢- أما إذا لم يقع هذا الجزء - بعد القسمة - في نصيب الشريك المتصرف، وإنما وقع في نصيبه جزء آخر، فإن حكم المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري والنصوص المطابقة لها ينطبق، فينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آلى الشريك بطريق القسمة أخذاً بفكرة الحل العيني، وذلك في حدود القدر الذي حصل التصرف فيه. وليس للمتصرف إليه في هذه الحالة أن يطلب الإبطال إلا إذا كان يجهل أن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة، لأنه لو كان يعلم بقيام الشيوع فإن انتقال حقه إلى جزء آخر غير الذي ورد عليه التصرف قد يفوت عليه غرضه من الصفقة.

وبذلك يكون الشارع قد اتخذ من الحل العيني وسيلة للإبقاء على التصرف إذا وقع في نصيب المتصرف جزء غير الذي ورد عليه التصرف. فإذا لم يقع في نصيب المتصرف أي جزء من المال الشائع فاخص بمقابل نقدي جاز للمتصرف أي يطلب الإبطال على أساس أن التصرف يكون قد ورد على ملك الغير طبقاً للمادة ٤٦٦ مدني مصري والنصوص المقابلة لها، فلا ينتقل حق المتصرف إليه فيما عدا الرهن إلى هذا

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ١٣٨ وما بعدها.

المقابل النقدي. إذ أن نص المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري والنصوص المقابلة لها صريح في أن الحلول العيني في هذه الحالة يكون بحلول جزء مفرز من المال الشائع محل جزء آخر. أما في الرهن فإن الدائن المرتهن ينتقل حقه الي المقابل النقدي بمقتضي ما له من أفضلية.

ولم تتضمن المادة ٨٢٦ مدني مصري بياناً للإجراءات التي تتبع في تعيين الجزء الذي ينتقل إليه حق المتصرف. ولكن المادة ٢/١٠٣٩ مدني مصري بينت هذه الإجراءات في خصوص الرهن الرسمي، ويصح بطريق القياس أن تتبع هذه الإجراءات في شأن كل تصرف آخر غير الرهن الرسمي، فإذا كان التصرف بيعاً وجب علي المشتري أن يستصدر أمراً علي عريضة يعين فيها القاضي القدر الذي ينتقل إليه حق المشتري، ثم يقوم المشتري بتسجيل هذا الأمر إذا كان الشيء عقاراً وذلك في خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه ذو شأن بتسجيل البيع، فلا تنفذ في حق المشتري التصرفات التي صدرت من البائع في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل الأمر. ولكن إذا كان البائع طريق القسمة فان هذا الرهن يبغي. ما يظل هذا الجزء أيضاً محملاً بامتياز المتقاسمين^(١).

٥- إذا كان الأصل أن إدارة المال الشائع تقتضي اتفاق الشركاء سواء بإجماعهم أو بأغليبيتهم، فان هناك من الأعمال ما يمكن للشريك وحده أن يقوم به باعتباره مالكا. ولكن مع مراعاة أن له شركاء في الملك، لهم مثل حقوقه علي الشيء. والمادة ٨٢٦ من القانون المدني واضحة في هذا المعني.

ويترتب علي شيوع حق الشريك والتزامه بمراعاة حقوق شركائه أنه لا يحق له أن يستقل باستعمال الشيء المملوك علي الشيوع أو باستغلاله، بل لا يجوز له أن يستقل بجزء منه، ولو كان يعادل في نسبته مقدار حصته في الملك الشائع بغير موافقة الشركاء الآخرين (في قسمة المهايأة). فإذا انفرد الشريك بجزء من الأرض لاستغلاله في الزراعة مثلاً، كان لشركائه الاعتراض علي ذلك، كما أنه لو أجر الملك الشائع أو جزء مفرزاً منه كان الإيجار المبرم معه غير سار علي الشركاء الآخرين فلا يستطيع المستأجر منه أن يطلب اسلم العين المؤجر في مواجهتهم، بل أنه لو كان تسلمها فعلاً يحق لهم إخراجه منها ولو كان الإيجار لجزء يعادل نصيب الشريك المؤجر.

والشريك علي الشيوع مالك يسلم له القانون بحقه في التصرف في حصته بنص المادة ٨٢٦ من القانون المدني. ولكن الاشتراك في الملك يورد علي سلطات المالك قيوداً تقتضيها رعاية مصالح شركائه، كما ترتبط بما يترتب علي إنهاء حالة الشيوع بقسمة الملك الشائع من أوضاع. هذا فضلاً عن أن الاشتراك في ملكية شيء واحد يعني إمكان التصرف الجماعي في هذه الملكية، ودراسة التصرف في الملك الشائع تعني دراسة أحكام التصرف والجماعي في هذا الملك.

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ١٩٦٢ - ص ٢٩ وما بعدها.

وحق الشريك علي الشيوع في التصرف في حصته الشائعة حق مسلم تقررهم المادة ٨٢٦ من القانون المدني التي تقرر أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها، وتصرفه قد يكون بنقلها الي الغير معاوضة أو تبرعاً، أو بترتيب حق إنتفاع عليها أو برهنها، وكلها تصرفات جائزة ونافذة قبل الشركاء جميعاً دون حاجة الي موافقتهم أو حتي إعلانهم لأنها لا تمس حق أي منهم في حصته.

ويتناول نص المادة ٢/٨٢٦ مدني حكم التصرف في جزء مفرز من المال الشائع بصفة عامة، أي سواء أكان بيعاً أم مقايضة أم هبة أم ترتيب إنتفاع أم رهناً، ولكن لا يبين هذا الحكم إلا بالنسبة لفترة ما بعد القسمة، وهو يقضي بأنه إذا كان المتصرف إليه عالماً وقت التصرف يثبت علي ذلك الجزء المفرز الذي تعلق به التصرف أن وقع في نصيب الشريك المتصرف، فان وقع في نصيبه جزء آخر من نفس الشيء انتقل حقه الي هذا الجزء اعتباراً من تاريخ التصرف. إما أن كان لا يعلم بالشيوع، أي إذا كان يجهل أن الشريك المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه نصيب هذا الشريك عين أخرى غير تلك التي تصرف فيها. أما إذا وقعت ذات العين المتصرف فيها في نصيب الشريك المتصرف، فان تمسك المتصرف إليه بالبطلان رغم الغلط يكون غير مبرر لأن نتيجة القسمة تؤدي الي تحقيق آثار التصرف كما تم الاتفاق عليها، ويرى الفقه أن تمسكه بالإبطال هنا يتعارض مع ما يقضي به حسن النية وإذا لا يجوز تطبيقاً للمادة ١٢٤ مدني.

أما قبل القسمة فان نص المادة ٢/٨٢٦ مدني لا يصرح بحكم من الشريك فيما لا يملكه، لأنه لا يملك قبل القسمة إلا إذا كان هو جاهلاً بالشيوع أي إذا كان واقعاً في غلط.

ويرى بعض الفقه أن تصرف الشريك في العين المفرزة هو تصرف من الشريك فيما لا يملكه، لأنه لا يملك قبل القسمة سوي حصة شائعة، ولذا يرى جاوز تمسك المتصرف إليه بإبطال التصرف باعتباره في ملك علي الشيوع أو لا يعلم بها. كما يذهب الفقه الي أنه إذا كانت القسمة ألا يختص الشريك المتصرف بأي جزء من العين المملوكة علي الشيوع كأن يقع نصيبه في عين أخرى تلك التي تصرف في جزء مفرز منها أو يقتصر نصيبه علي مقابل نقدي فان المتصرف إليه يستطيع أن يطلب الإبطال كذلك علي أساس أن المتصرف تصرف في ملك الغير. إلا إذا كان التصرف هو ترتيب رهن رسمي علي جزء مفرز من العقار، إذ ينتقل حق المرتهن الي أي عقار آخر في نصيبه، او الي المقابل النقدي لخصته وفقاً لحكم المادة ١٠٣٩ مدني.

وبفضل الدكتور جميل الشرقاوي الرأي الذي يذهب الي عدم جواز طعن المتصرف إليه غير الواقع في غلط التصرف قبل القسمة علي أساس صحة التصرف بين طرفيه^(١).

٦- استحدث القانون المدني الحالي حكماً جديداً لأعمال التصرف بوجه عام، ثم أورد في المادة ٢/١٠٣٩ مدني حكماً خاصاً برهن الشريك علي الشيوع رهناً رسمياً

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٣٦ وما بعدها.

لجزء مفرز من عقار شائع، ولم يعرض المشرع في هذين النصين صراحة لكل ما يثيره التصرف في مفرز من مسائل، فثار الخلاف حول المسائل التي لم يصرح المشرع بحكمها.

فبعد أن عرض المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني لحق الشريك الشائع وما يخوله من سلطات، جاء بحكم التصرف في جزء مفرز من المال الشائع. ويتضح من عموم عبارة النص ومن أعماله التحضيرية أنه يتناول سائر أعمال التصرف كالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الرهن أو إنشاء حق إنتفاع وأنه يقتصر على أعمال التصرف فلا يسري على أعمال الإدارة، كما يتضح أن المشرع لم يعرض لكل صور التصرف في مفرز وإنما إقتصر على حالة التصرف في جزء من مال شائع جزء آخر من المال ذاته فينصب المتصرف على أثر القسمة، وبالتالي لا يسري حكم النص على حالة ما إذا لم يختص الشريك المتصرف بجزء من المال ذاته وإنما اختص بمال آخر.

ويبدو لنا أن التكييف الذي يستقيم مع حكم المادة ٨٢٦/٢ مدني هو اعتبار تصرف الشريك في جزء مفرزاً تصرفاً فيما لا يملك، وذلك على أساس أن الشريك لا يملك الا ملكية شائعة، فإذا تصرف في ملكية مفرزة فقد تصرف فيما ليس له، ذلك أ، الملكية الشائعة حق متميز عن الملكية المفردة.

فإذا كان المتصرف إليه يجهل وقت التصرف أنه لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً يكون قد وقع في غلط جوهري. وبالتالي يكون له وفقاً للقواعد العامة الحق في طلب إبطال التصرف قبل القسمة. أما بعد القسمة فإن وقع الشئ المتصرف فيه في نصيب المتصرف فلا يجوز الحكم بالإبطال تطبيقاً للمادة ١٢٤ مدني. أما إذا لم يقع الشئ في نصيب المتصرف فللمتصرف إليه أن يطلب الإبطال للغلط حتي ولو وقع في نصيب المتصرف جزء آخر وفقاً لما نصت عليه المادة ٨٢٦/٢ مدني.

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً، أي إذا لم يقع في غلط، فإذا جاز التمسك بالإبطال فلا يكون ذلك الا على أساس أن المتصرف تصرف في ملك الغير. ولا شك أنه لا يجوز للمتصرف إليه أن يطلب الإبطال بعد القسمة، سواء في حالة وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أو في حالة وقوع جزء آخر في نصيبه وحيث ينتقل حق المتصرف إليه الي هذا الجزء، إذ أن المشرع بعد أن قرر انتقال حق المتصرف إليه قصر الحق في طلب الإبطال محل الخلاف، ويفضل الدكتور منصور مصطفى منصور الرأي القائل بجواز طلب الإبطال، وذلك على أساس أن النص لم يعرض إلا المرحلة اللاحقة على القسمة وبالتالي يكون الحكم الخاص بعدم جواز طلب الإبطال الا في حالة الغلط قاصراً على ما بعد القسمة وبالذات إذا انتقل حق المتصرف إليه الي الجزء الذي اختص به المتصرف.

أما قبل القسمة وكذلك إذا تمت القسمة ولم يقع في نصيب المتصرف شئ من المال الذي تصرف في جزء منه فيثبت الحق في طلب الإبطال على أساس أن المتصرف قد تصرف فيما لا يملك. كما يفضل الدكتور منصور مصطفى منصور

القول أن التصرف في المال الشائع كله يعتبر تصرفاً من الشريك فيما لا يملك، وبالتالي يكون للمتصرف إليه قبل القسمة أن يطلب الإبطال، سواء وقع في غلط أو لم يقع. وإذا تمت القسمة ووقع المال المتصرف فيه في نصيب المتصرف استقر وجود التصرف نهائياً وترتيب عليه كل آثاره، وإذا لم يقع في نصيب المتصرف ظل التصرف كما كان قابلاً للإبطال، بالإضافة إلى حق المتصرف إليه في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتصرف التزامه بإعطاء الحق للمتصرف فيه.

ووجه الخلاف بين حكم المادة ٢/١٠٣٩ مدني فيما يتعلق برهن الجزء المفرز، وبين حكم المادة ٢/٨٢٦ مدني الذي يسري على أعمال التصرف بوجه عام فيها الرهن الرسمي، أن الرهن ينتقل وفقاً للمادة ٢/٨٢٦ مدني إلى جزء آخر من العقار ذاته، أما وفقاً للمادة ٢/١٠٣٩ مدني فقد ينتقل الرهن إلى عقار مستقل تماماً عن العقار الذي ورد الرهن ابتداءً على جزء منه^(١).

٧- للشريك أن يتصرف منفرداً في حصته الشائعة، فهو يملك هذه الحصة ملكاً تاماً، ومن مقتضي ذلك أن يكون له التصرف فيها (م ١/٨٢٦ مدني).
ويقع تصرف الشريك في حصته الشائعة صحيحاً فيما بين طرفيه ونافاً في مواجهة سائر الشركاء، دون حاجة إلى أي إجراء، وبصفة خاصة دون حاجة إلى إعلانهم بهذا التصرف.

وتصرف الشريك في حصته الشائعة قد يكون بنقل ملكيتها كلها أو بعضها إلى الغير، بالبيع، أو بالهبه، أو بتقديمها حصة في شركة ويترتب على مثل هذا التصرف أن يصبح المتصرف إليه مالكا للحصة الشائعة، وبالتالي شريكا في الشيوع حالاً محل المتصرف، إذا ورد التصرف على كل الحصة الشائعة أو مشتركاً مع المتصرف إذا ورد التصرف على كل الحصة الشائعة كما لو قام الشريك الذي يملك نصف الشيء الشائعة، ببيع ربع هذا الشيء إلى شخص آخر، ففي هذه الحالة يبقى المتصرف شريكاً في الشيوع بحصة تبلغ ربع الشيء الشائع، ويدخل المتصرف إليه بحصة تبلغ بدورها ربع هذا الشيء.

ويترتب على دخول المتصرف إليه في الشيوع وجوب إشراكه في كل ما يتعلق بإدارة المال الشائع والتصرف فيه، وكذلك وجوب إدخاله في إجراءات القسمة وإعطائه الحق في طلب هذه القسمة.

وإذا تضمن التصرف إنشاء حق إنتفاع على الحصة الشائعة فإن مقتضي نفاذ هذا التصرف في مواجهة الشركاء وجوب اعتبار المتصرف إليه (المنتفع) صاحب المصلحة في كل ما يتعلق بإدارة المال الشائع إدارة معتادة، أو قسمة هذا المال قسمة مهائية، فيكون هو الشريك في الشيوع المعنوي رأي فيما يتعلق بهذه الإدارة. أما سلطات التصرف والإدارة غير المعتادة فتظل للمتصرف (مالك الرقبة)، فيجب أخذ رأيه في كل عمل يدخل ضمن هذه السلطات. كذلك فإن قسمة المال الشائع قسمة نهائياً قسمة ملك تكون من حق مالك الرقبة لا المنتفع، لأن حق الإنتفاع حق مؤقت ينتهي بانقضاء مدته أن حددت له مدة، وينتهي على الأكثر بوفاة المنتفع أن لم تحدد له مدة.

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٥٣ وما بعدها.

وإذا تضمن التصرف رهن الحصة الشائعة ولم يف الشريك الراهن بالدين المضمون بالرهن، كان للدائن المرتهن أن ينفذ علي الحصة الشائعة تنفيذاً جبرياً، أي أن يحجز عليها ويبيعها بالمزاد ويستوفي حقه من ثمن بيعها، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً في الشيوع.

ولا صعوبة في رهن الحصة الشائعة رهنًا رسمياً، فهذا الرهن لا يقتضي انتقال حيازة المرهون، أما بالنسبة للرهن الحيازي، فتثور صعوبة نقل حيازة الحصة الشائعة، ولكن هذه الصعوبة يمكن التغلب عليها بالإرتفاق علي أن يجوز أحد الشركاء - غير الراهن - الشئ الشائع باعتباره عدلاً، أو بوضع الشئ في حيازة مدير، إذ لا يشترط أن تنتقل حيازة الشئ المرهون رهنًا حيازياً من غير الشركاء الي الدائن المرتهن، فيكفي إلا يبقى في حيازة الراهن (م ١/١١٠٩ مدني).

والراجح أنه لا يجوز إنشاء حق إرتفاق علي الحصة الشائعة لأن الإرتفاق يقتضي إفراز محله، إذ يخول لصاحبه مباشرة بعض أعمال لا يتصور مباشرتها إلا علي إجراء محددة من العقار المرتفق به.

والتصرف في الحصة الشائعة يصح وينفذ في حق جميع الشركاء، سواء كان هذا التصرف حاصلًا لأحدهم، أو كان لأجنبي علي الشيوع. وعلي ذلك يجوز للشريك علي الشيوع أن يبيع نصيبه لشريك آخر، أو أن يرهنه له. كما يجوز له أن يبيع نصيبه لشخص من غير الشركاء، ولكن نظراً لأن نقل ملكية الحصة الشائعة لشخص من غير الشركاء يؤدي الي أن دخول المتصرف إليه في الشيوع كشريك، وقد يتضرر الشركاء من دخول أجنبي معهم، فرفعاً لهذا الضرر المحتمل. أجاز القانون للشركاء استرداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحدهم لأجنبي وفقاً لشروط خاصة. كما أنه إذا كان الشئ الشائع عقاراً معيناً، فإنه يجوز للشركاء في الشيوع أخذ الحصة المبيعة من هذا العقار بالشفعة^(١).

٨- قد يتصرف الشريك علي الشيوع في حصة شائعة مساوية لحصته في المال الشائع. ويقع هذا التصرف صحيحاً وناظراً ويسري في مواجهة الشركاء الآخرين وإن جاز لهم الاسترداد. فالقاعدة أن كل شريك علي الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وإن يستولي علي ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء (م ١/٨٢٦ مدني). فإذا كان للشريك علي الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، فإن له أن يتصرف فيها بالبيع أو بالهبة أو بأي صورة من صور التصرف الأخرى، ويحل المتصرف إليه محل المتصرف ويصبح بدوره مالكا علي الشيوع مع الملاك الآخرين. وإذا كان المال الشائع عقاراً وجب تسجيل التصرف إذا كان ناقلاً للملكية كالبيع - حتي تنتقل الملكية الي المتصرف إليه.

وقد يرد التصرف علي حصة شائعة تزيد علي ما يمتلكه الشريك، كأن يكون مالكا لثلث قطعة الأرض الزراعية علي الشيوع مع غيره، فلا يبيع الثلث شائعاً بل يبيع النصف، فما هو حكم هذا التصرف ؟

(١) الحقوق العينية الأصلية - موجز - للدكتور محمد إبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٨٨ وما بعدها.

أما عن حكم هذا التصرف في العلاقة بين المتصرف والمتصرف إليه. فقد ذهب رأي - الي القول ببطلان التصرف تأسيساً علي الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير. في حين يذهب رأي آخر - وهو الذي نرجحه - الي القول بأن التصرف لا يقع باطلاً تأسيساً علي القواعد الخاصة ببيع ملك الغير لا بالنسبة لما يزيد علي حصة الشريك المتصرف، أما في حدود هذه الحصة فان التصرف يكون صحيحاً لوروده علي ما يملكه الشريك.

وأما عن باقي الشركاء فان هذا التصرف لا يسري في مواجهتهم فيما يزيد علي حصة الشريك المتصرف. ويسري التصرف في مواجهتهم بالنسبة الي الحصة الشائعة التي للشريك البائع.

قد لا يكون الغرض من التصرف نقل ملكية الحصة الشائعة من الشريك المتصرف الي المتصرف إليه، بل مجرد ترتيب حق عيني آخر عليها. وقد يكون هذا الحق العيني أصلياً وقد يكون تبعياً. ومن الحقوق العينية الأصلية ما يمكن ترتيبه علي الحصة الشائعة كحق الإنتفاع مثلاً. ويصبح المنتفع عندئذ هو الشريك علي الشيوع فيما يتعلق بالإنتفاع بالمال الشائع، وهو صاحب المصلحة في كل ما يتعلق بإدارة المال الشائع إذا كان العمل من أعمال الإدارة المعتادة. أما إذا كان العمل من أعمال الإدارة غير المعتادة فالأمر فيه معقود لمالك الرقبة. ومن الحقوق العينية الأصلية ما لا يمكن ترتيبه علي الحصة الشائعة كحق الارتفاق. إذ لا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب علي حصته الشائعة حق إرتفاق لأن حق الارتفاق يقتضي ممارسة أعمال من صاحب العقار لا يمكن القيام بها إلا علي عقار مفرز.

وأما عن الحقوق المبيعة كالرهن الرسمي مثلاً، فانه يمكن ترتيبه علي حصة شائعة. فيجوز للمالك علي الشيوع أن يرهن حصته الشائعة رهناً رسمياً. وإذا حل أجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن دون وفاء، جاز للدائن المرتهن أن ينفذ علي الحصة الشائعة (المال المرهون) ويحل الراسي عليه المزداد محل الشريك الراهن ويصبح هو المالك بدلاً منه علي الشيوع.

وأما بالنسبة للرهن الحيازي فقد تثار صعوبة خاصة بنقل حيازة الحصة الشائعة، يمكن التغلب عليها بوضع الشئ المرهون رهناً حيازياً في حيازة المدين، فلا يشترط في الرهن الحيازي أن تنتقل الحيازة الي الدائن المرتهن، بل يكفي ألا تظل في حيازة الراهن^(١).

٩- تصرف الشريك الواقف علي جزء من المال الشائع يكون موقوفاً علي نتيجة القسمة، فإذا وقع هذا الجزء في نصيب الشريك المتصرف كان تصرفه صحيحاً نافذاً من تاريخ التصرف ولا يكون للمتصرف إليه حق الفسخ إذا كان يعلم أن المتصرف لا يملك هذا الجزء بذاته وإنما كان يأمل أن يقع في حصته، فكانه رضي بالتصرف مقروناً بشرط فاسخ. أما إذا كان يحسب أن المتصرف قد أوقع تصرفه علي شئ مملوك له فان له عند ذلك أن يفسخ العقد، لأنه ظهر له أنه تصرف فيما لا يملك فلا يكون التصرف واقفاً علي ملكه عند العقد، وذلك ما نص عليه القانون المصري في

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣١١ وما بعدها.

المادة ٢/٨٢٦ مدني والقانون السوري في المادة ٢/٧٨١ مدني وان وصفتا الجزء المتصرف فيه بالمفرز.

وأما إذا وقع التصرف علي منفعة جميع المال المشترك وجب علي الشريك المتصرف أجر المثل عن حصص الآخرين. هذا ما لم يكن التصرف بالإيجار فإنه يتعين لهم الأكثر من اجر المثل والأجر المسمي بالعقد. فإذا استغل الأرض بالزراعة أو أعطاه بالمغارسة أو المزارعة بلا إذن منهم كان لهم عليه أجر مثل الأرض يشتركون فيه بنسبة حصصهم. أما إذا أجرها كان لهم الأكثر من الأجر الذي سمي بالعقد وأجر المثل. وإذا كانت دار فسكنها أو أجرها كان الحكم كما تقدم، كل ذلك وفقا للمادة ٢/١٠٦٧ مدني عراقي وما لم يكن محل التصرف حقا عينيا واجب التسجيل.

ويعتبر نص المادة ١٠٦٢ مدني عراقي بوجه عام واردا علي إلغاء المادة ١٠٦٧ من مجلة الأحكام العدلية التي أجازت للشريك أن يزرع الأرض المشتركة ولا يدفع أجرة عن حصص الشركاء الآخرين وأن لهم بمقابل ذلك أن يضمّنوه علي ما نقص الأرض بسبب الزراعة، إذ أن الحكم بأجنيبة الشريك بالنسبة الي حصص شركائه تجعل تصرفه غير صادر من مالك ولا نائب عن مالك.

أما إذا كان الشريك قد رهن حصته الشائعة في العقار ثم حل أجل الدين ولم يقيم الشريك الراهن بالوفاء بالدين كان للمرتهن طلب بيع الحصة المرهونة دون معارضة من بقية الشركاء. أما إذا وقعت قسمة العقار الشائع قبل حلول أجل الدين، نال الحال لا يخلو من أمرين: أحدهما أن تقع القسمة فتكون حصة الشريك الراهن جزءاً مفزراً من العقار المشترك، وعندئذ يكون للدائن المرتهن أن يحول الرهن الي ما يقابل مقدار الدين من ذلك العقار. ويتم ذلك بمراجعة دائرة التسجيل وإبراز الحكم الذي صدر بالقسمة لتقوم بإجراءات التسجيل وإفراده بسند آخر غير السند الذي سجل به الرهن علي حصة شائعة فان حق الدائن يتعين باستيفائه من هذه النقود (المادة ١٠٣٤ مدني عراقي، ١٠٣٩ مدني مصري).

أما في القانون المصري والقانون السوري فان تصرف الشريك في جزء من العين بلا موافقة الآخرين قد نظمته المادة ٨٢٦ مدني مصري والمادة ٧٨١ مدني سوري، وحكمهما في ذلك أن العقد يكون باطلا بالنسبة الي بقية الشركاء لأن شريكهم قد تصرف في حقوقهم الشائعة ويكون لهم تبعا لذلك منع من تصرف إليه الشريك من الاستيلاء علي العين والإنتفاع بها ولو من طريق القضاء ودون أن يكون لذلك الشريك الحق في حملهم علي الالتجاء الي طلب القسمة. أما بالنسبة الي ما بين العاقدين، فان العقد يعتبر صحيحاً ما دام الشريك قد مكن من تصرف إليه من العين ولم يقع له اعتراض من أحد الشركاء. ذلك أن الشركاء قد يرضون إجراء القسمة دون طلب إبطال العقد. وفي هذه الحالة يكون العقد صحيحاً في الجزء الذي وقع عليه التصرف حتي تقرر الحصص، فينتهي العقد بالنسبة الي حصص الشركاء غير العاقدين ويبقي في الجزء الذي اختص به الشريك العاقد. كل هذا إذا كان من تصرف إليه الشريك يعلم انه قد فقد علي عين لا يملكها اما إذا كان لا يعلم بذلك ثم علمه كان له الخروج من العقد لتفريق الصفقة عليه.

أما إذا كان العقد إيجاراً قد وقع علي جزء مفرز من العين المشاعة يساوي حصة الشريك ولم يجز الشركاء العقد ولكنهم رضوا بصحته انتظارا لنتيجة القسمة، فإن وقع الجزء المأجور في حصة الشريك المؤجر فيها وإلا إنتقل العقد الي الجزء الذي آل إليه بالقسمة ويكون العقد نافذاً من تاريخ إبرامه لأن المستأجر هو الذي رضي أن يدخل في هذه المغامرة.

والواقع أن المشاكل التي عالجها شراح القانون المصري لا ترد في القانون العراقي علي الإطلاق في حالة كون التصرف ناقلاً للملكية او مرتباً حقاً عينياً علي العقار، ذلك أن حضور جميع الشركاء في دائرة التسجيل العقاري وتقديرهم التصرف بين يدي الموظف الرسمي وتوقيعهم في السجل ولكن في العقد لا يتم إلا به. وبناء علي ذلك فإنه ليس من سبيل للشريك أو جماعة من الشركاء أن يتصرفوا في العقار الشائع تصرفاً عينياً إلا بالاتفاق أو توكيل بعضهم أو غيرهم وتلك مركزية تنفرد بها البلاد التي تتبع نظام السجل العقاري^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو من تلقى حقاً عينياً علي العقار علي أساس أنه ما زال مملوكاً علي الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة. واما من تلقى من احد الشركاء حقاً مفرزاً، فإنه لا يعتبر غيراً ولو سبق الي تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة اذ ان حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره علي النتيجة التي تنتهي إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف الي الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها علي من اشترى جزءاً مفرزاً من احد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة. ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفرزاً لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسيمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الي ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الي النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٢ - مجموعة المكتب الفني - سنة ١٥ مدني - ص ٥٠٣)

٢- اثر القسمة غير المسجلة علي المشتري للعقار من احد الشركاء فيه بعقد مسجل قبل القسمة:

(١) الملكية العقارية في العراق - ١ - للدكتور حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ١١٦ وما بعدها.

(أ) التصرف في قدر شائع - إذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعاً وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشتري من الغير، وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة يستوي في ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على إجراء القسمة أم لاحقاً لها، ويصبح في الحالين شريكاً في العقار الشائع بقدر الحصة التي إشتراها، ويكون هو - دون البائع له - صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها. (ب) التصرف في المفرز قبل القسمة - إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر - بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة. ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليه في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشبوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الي الجزء الذي آل الي البائع بطريق القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١١٧٢)

٣- تصرف الشريك في حصة شائعة نافذ في مواجهة شركائه دون حاجة الي موافقتهم طبقاً لنص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ ص ٧٢٣)

٤- ليس في القانون ما يمنع الشريك في العقار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين إذا استطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم علي معارضة حق المالك لها علي نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٩ ص ٥٨١)

٥- من المقرر في قضاء محكمة النقض أن للمالك علي الشبوع إذا وضع يده علي جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن يبتزع منه هذا القدر، بل كل ما له أن يطلب قسمة العقار أن يرجع علي واضع اليد بل يقابل الإنتفاع.

ولا يجوز للمشتري لقدر مفرز في العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزاً، لأن البائع له - الشريك علي الشبوع - لم يكن يملك وضع يده علي حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضاء باقي الشركاء جميعاً، ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه، هذا الي ما يترتب علي القضاء بالتسليم في هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون.

الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم، وللشريك علي الشيوع أن يرجع برقع حصته علي الشركاء الذين يضعون اليد علي ما يزيد عن حصتهم كل بقدر نصيبه في هذه الزيادة.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ - المرجع السابق - السنة ٢٥ ص ١٢٢٤)

٦- تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد علي حصته، لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد علي حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ المبيع فيما زاد علي حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١١/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٦ ص ١٢٨٨)

٧- بيع الشريك علي الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل القسمة تمسك المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع مفرزا لا محل له (م ٢/٨٢٦ مديني)

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/٢٥ - الطعن ٩١٠ لسنة ٤٥ قضائية - لم ينشر)

٨- النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل علي أن يبيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع البيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/١١/٤ - الطعن ٢٣٨٢ لسنة ٥١ ق)

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٤/١١ - الطعن.. السنة ٣٣ ق)

٩- من المقرر - وعلي ما جري به قضاء النقض - أنه إذا كان البيع منصبا علي جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا علي إجراء القسمة بين الشركاء، فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني - حتي ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء، وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة، ومتي تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو أم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الي الجزء الذي آل الي البائع بطريق القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ - الطعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٠ ق)

١٠- لما كان المقرر في قضاء النقض عملا بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني أنه إذا كان البيع الصادر من أن المشتاعين قد انصب علي جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قسمته بعد ذلك بين الشركاء، فإن القسمة تكون حجة علي المشتري ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المفرز المبيع له في نصيب

الشريك البائع خالص له هذا القدر، وإن لم يقع انتقال حقه من وقت التصرف الي الجزء الذي آل الي البائع بطريقة القسمة. وخلص القدر المبيع لمن خصص في وضع يده علي هذا القدر مجردا من السند، ويكون لمن اختص به الحق في استلامه نم تحت يد المشتري، كما يحق ذلك لمن اشتراه ممن اختص به ولو لم يسجل عقده.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ - الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٨٤)

١١- نص المادة ٨٢٦ مدني، ثم نص المادة ٩٣٦ مدني يدل علي أن للمالك علي الشيوخ أن يبيع ملكه محددا مفرزا، ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوخ، ومتي كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي يحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوخ طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع، فانه ينبغي علي هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٥/١ - الطعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧٤ ق)

(ونقض - جلسة ١٩٨٠/٢/٢٥ - الطعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥٥ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ - الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٤٦٤ ق)

١٢- مقتضي النص في المادتين ٨٢٦ و ٩٣٦ من القانون المدني يدل علي أن للمالك علي الشيوخ أن يبيع ملكه مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوخ - ومتي كان البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوخ طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء، فانه ينبغي علي هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقا لصريح عبارات النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/١٤ - الطعن رقم ٧٠ لسنة ٤٩٤ ق)

١٣- تصرف المالك على الشيوخ في حصته شائعة. أثره. نفاذ التصرف في حق شركائه وحلول المتصرف له محل الشريك المتصرف م ٨٢٦/١ مدني. مفاد نص المادة ٨٢٦/١ من القانون المدني أن للشريك المالك على الشيوخ حق التصرف في حصته شائعة وينفذ هذا التصرف في حق شركائه إذ يترتب عليه أن يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف.

(الطعن ٣٤٦٩ لسنة ٥٨٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢١ س ٤٤ ص ٦٦٩)

١٤- للمالك على الشيوخ حق الملكية في كل ذرة من العقار الشائع. الثمار الناتجة عنه حق للشركاء جميعاً. للشريك الرجوع بريعه حصته على كل الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد عن حصتهم بمقدار هذه الزيادة.

المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لكل مالك على الشيوع حق الملكية في كل دره من العقار الشائع، وأن الثمار التي تنتج منه أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على كل من الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد عن حصتهم كل بمقدار هذه الزيادة.

(الطعن ١٩٨٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣١ ص ٤٥ ص ٩٣٩)

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

المقرر في قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقة في حصته الشائعة وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه، فإذا جاوزه إعتبر بانياً في لك غيره وبسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته.

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

١٦ - وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء مفرز في العقار الشائع. عدم أحقية باقي الشركاء في إنتزاع هذا القدر منه. شرطه. توافر ملكية واضع اليد على الشيوع بسبب من أسباب كسب الملكية دون الإلتصاف بصفة المستأجر. إكتسابه الصفة الأخيرة. مؤداه.

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

١٧ - وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد على حصته لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف، كما أن من المقرر أن الدفاع الذي يقدمه الخصم على وجه صريح جازم يكشف عن المقصود منه، ويكن الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغير وجه الرأي في الدعوى، تلتزم المحكمة بالرد عليه بأسباب خاصة، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه الوارد بوجه النعى، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى برفض دعواه على سند من أن التركة المخلفة عن المورثة مقدارها ١١ س ٦ ط معولاً في ذلك على ما ورد بشأنها في إشهار حق الإرث دون أن يعرض لهذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهري من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

(الطعن رقم ١٠٤٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣ لم ينشر بعد)

١٨ - مؤدى النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني على أن "إذا كان تصرف الشريك في الشيوع منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع

هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة" أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع، وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء، فإن حق المشتري في الجزء المفرز الذي أنصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة، فإذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه - من وقت التصرف - إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وإذا كان هذا الأخير لا يملك حق الاختصاص بحصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء في الشيوخ، فإنه لا يجوز للمتصرف إليه أن يطالب بتسليمه حصة مفرزة طالما بقيت حالة الشيوخ قائمة لأنه ليس له الحقوق أكثر مما كان لسلفه. هذا فضلا عن أن القضاء بتسليمه تلك الحصة يترتب عليه إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتسليم المطعون ضده الأول (المقضي باعتباره من الغير بالنسبة لحكم القسمة) لحصته المفرزة التي اشتراها بالعقد المسجل برقم..... سنة..... شهر عقاري..... فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه نقضا جزئيا في هذا الخصوص، لا يغير من ذلك ما أثاره المطعون ضده المذكور في مذكرة دفاعه من أن الحكم بتسليمه قطعة الأرض التي اشتراها مفرزة لم يصدر ضد الطاعنين وإنما صدر ضد البائعين له إعمالا لحكم المادة ٤٣١ من القانون المدني - ذلك أن البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول ابتغى بطلب التسليم الموجه إلى الأخيرين في الدعوى ٧٥ سنة ١٩٨٦ مدني كلي..... مواجهة طلبات الطاعنين في دعوام الرقمية..... سنة..... ومن ثم فإن دعواه في حقيقتها لا تعدو أن تكون دفاعا في هذه الدعوى الأخيرة التي تقوم - وفقا لتكييفها القانوني الصحيح - على طلب عدم نفاذ عقد شرائه في حقهم، وهو ما ينبغي عليه أن تندمج الدعويان وتفقد كل منهما استقلالها.

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

١٩- إذ كان الغير في حكم هذه المادة (المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ في شأن تنظيم الشهر العقاري) هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوخ وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل سند القسمة، وأن من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي أنصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا أنصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة.

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

٢٠- إن مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدني أنه يشترط لإعمال الحلول العيني وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن

تؤدي إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخاصة على هذا الجزء وألا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع.

(الطعن رقم ٢٢٢٢ - لسنة ٧١ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠٧ / ٢٠٠٢)

٢١- مؤدى نص المادتين ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددًا مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع فإذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من العقار الشائع وتمت القسمة بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشتري ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفرز المبيع له في نصيب الشريك البائع له خالص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري.

(الطعن رقم ٥٩٥٣ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٢)

٢٢- النص في المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل على — وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد — على أن الملكية في الشيوع كالملكية المفروزة تشتمل على عناصر ثلاثة — الاستعمال — الاستغلال — التصرف — إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين فإذا لم ينسب إلى الشريك أنه استعمل حصته استعمالاً ألحق ضرراً بسائر الشركاء فلا يجوز طرده من هذا الجزء. لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه الوارد بوجه النعي فالتفت الحكم المطعون فيه عن بحث هذا الدفاع والرد عليه وأيد الحكم المطعون فيه عن بحث هذا الدفاع والرد عليه وأيد الحكم الابتدائي الذي قضى بعدم الاعتداد بعقد الإيجار المؤرخ ١٩٩٤/٣/٦ الصادر إلى الطاعن من مورثته وتسليم العين ودون أن يبين أن ضرراً قد لحق بسائر الشركاء من وضع يد الطاعن على شقة النزاع بما يعيبه بالقصور في التسبيب.

(الطعن رقم ١١٠٦٠ - لسنة ٧٥ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٠٦ / ٢٠٠٦)

٢٣- النعي في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني على أنه "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف" يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء معزز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء، لا يحيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزاً قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في

نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلاً، وليس له المطالبة بالتسليم مفرزاً، لأن البائع له لم يكن يملك وضع يده على حصته مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً، ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه، هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم في هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون.

(الطعن رقم ٥١٠٦ - لسنة ٧٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠ / ٠٦ / ٠٩)

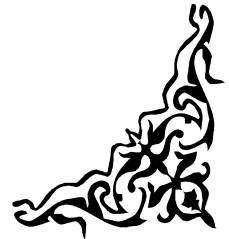
٢٤- تمسك الخصم بدفاع يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى وتدليله عليه بأوراق أو مستندات أو وقائع لها دلالة معينة في شأن ثبوت هذا الدفاع أو نفيه يوجب على محكمة الموضوع أن تعرض لتلك الأوراق والمستندات والوقائع وتقول كلمتها في شأنها وإلا كان حكمها قاصراً.

(الطعن رقم ٥١٠٦ - لسنة ٧٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠ / ٠٦ / ٠٩)

* * *



فهرس المجلد السادس



الصفحة	الموضوع
	الفصل الثالث
	عقد التأمين
	أحكام عامة
٣	مادة (٧٤٧)
٣	عقد التأمين
٣	الأعمال التحضيرية.....
٣	رأي الفقه.....
١٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٥	مادة (٧٤٨)
٢٥	تنظيم التأمين بنصوص القانون المدني والقوانين الخاصة
٢٥	الأعمال التحضيرية.....
٢٥	رأي الفقه.....
٢٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٣	مادة (٧٤٩)
٣٣	مجل التأمين
٣٣	الأعمال التحضيرية.....
٣٣	رأي الفقه.....
٣٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٨	مادة (٤٥٠)
٣٨	بطلان الشروط التعسفية المسقطه لحق المؤمن
٣٨	الأعمال التحضيرية.....
٣٨	رأي الفقه.....
٤٠	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٤	مادة (٧٥١)
٤٤	نطاق التأمين
٤٤	الأعمال التحضيرية.....
٤٤	رأي الفقه.....
٤٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٥٥	مادة (٧٥٢)
٥٥	تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين

الصفحة	الموضوع
٥٥	الأعمال التحضيرية.....
٥٥	رأي الفقه.....
٦١	أحكام القضاء الحديثة.....
٩٧	مادة (٧٥٣)
٩٧	مناطق بطلان الشروط المخالفة لنصوص المواد السابقة.....
٩٧	الأعمال التحضيرية.....
٩٧	رأي الفقه.....
	١ - بعض أنواع التأمين
	التأمين على الحياة
١٠٠	مادة (٧٥٤)
١٠٠	مناطق استحقاق مبلغ التأمين.....
١٠٠	الأعمال التحضيرية.....
١٠٠	رأي الفقه.....
١٠٣	أحكام القضاء الحديثة.....
١٠٥	مادة (٧٥٥)
١٠٥	مناطق صحة التأمين على حياة الغير.....
١٠٥	الأعمال التحضيرية.....
١٠٥	رأي الفقه.....
١٠٦	أحكام القضاء الحديثة.....
١٠٨	مادة (٧٥٦)
١٠٨	التزام المؤمن في حالة انتحار المؤمن على حياته.....
١٠٨	الأعمال التحضيرية.....
١٠٨	رأي الفقه.....
١١٢	أحكام القضاء الحديثة.....
١١٤	مادة (٧٥٧)
١١٤	التزام المؤمن في حالة تسبب المؤمن له في وفاة المؤمن.....
١١٤	الأعمال التحضيرية.....
١١٤	رأي الفقه.....
١١٩	مادة (٧٥٨)
١١٩	تعيين المستفيد.....

الصفحة	الموضوع
١١٩	الأعمال التحضيرية.....
١١٩	رأي الفقه.....
١٢١	أحكام القضاء الحديثة.....
١٢٢	مادة (٧٥٩)
١٢٢	تحلل المؤمن له من التأمين
١٢٢	الأعمال التحضيرية.....
١٢٢	رأي الفقه.....
١٢٦	مادة (٧٦٠)
١٢٦	مناطق تخفيض التأمين باستبدال الوثيقة
١٢٦	الأعمال التحضيرية.....
١٢٦	رأي الفقه.....
١٢٨	أحكام القضاء الحديثة.....
١٣٠	مادة (٧٦١)
١٣٠	الحدود التي يخفض التأمين إليها
١٣٠	الأعمال التحضيرية.....
١٣٠	رأي الفقه.....
١٣٢	مادة (٧٦٢)
١٣٢	تصفية التأمين
١٣٢	الأعمال التحضيرية.....
١٣٢	رأي الفقه.....
١٣٦	مادة (٧٦٣)
١٣٦	يجب ذكر شروط التخفيض والتصفية بالوثيقة
١٣٦	الأعمال التحضيرية.....
١٣٦	رأي الفقه.....
١٣٨	مادة (٧٦٤)
١٣٨	بطلان الوثيقة لإغفال بيان جوهرى
١٣٨	الأعمال التحضيرية.....
١٣٨	رأي الفقه.....
١٤١	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
١٤٢	مادة (٧٦٥)
١٤٢	حظر حلول المؤمن محل المؤمن له فى الرجوع على الغير.....
١٤٢	الأعمال التحضيرية.....
١٤٢	رأى الفقه.....
١٤٣	أحكام القضاء الحديثة.....
١٤٥	التأمين من الحريق
١٤٥	مادة (٧٦٦)
١٤٥	نطاق الرجوع على المؤمن بسبب الحريق.....
١٤٥	الأعمال التحضيرية.....
١٤٥	رأى الفقه.....
١٤٩	مادة (٧٦٧)
١٤٩	استحقاق مبلغ التأمين ولو نشأ الحريق عن عيب فى ذات الشأن.....
١٤٩	الأعمال التحضيرية.....
١٤٩	رأى الفقه.....
١٤٩	أحكام القضاء الحديثة.....
١٥١	مادة (٧٦٨)
١٥١	استحقاق مبلغ التأمين إذا تحقق الضرر بخطأ المؤمن له
١٥١	الأعمال التحضيرية.....
١٥١	رأى الفقه.....
١٥٣	أحكام القضاء الحديثة.....
١٥٤	مادة (٧٦٩)
١٥٤	استحقاق مبلغ التأمين إذا تحقق الضرر بخطأ المؤمن له
١٥٤	الأعمال التحضيرية.....
١٥٤	رأى الفقه.....
١٥٦	مادة (٧٧٠)
١٥٦	شروط حلول دائن المؤمن له محله فى مبلغ التأمين.....
١٥٦	الأعمال التحضيرية.....
١٥٦	رأى الفقه.....

الصفحة	الموضوع
١٦٠	مادة (٧٧١)
١٦٠	شروط حلول المؤمن محل المؤمن له فى التأمين عن الحريق
١٦٠	الأعمال التحضيرية
١٦٠	رأى الفقه
١٦٥	أحكام القضاء الحديثة
	الباب الخامس
	الكفالة
	الفصل الأول
	أركان الكفالة
١٨١	مادة (٧٧٢)
١٨١	تعريف الكفالة
١٨١	الأعمال التحضيرية
١٨٢	رأى الفقه
١٨٣	أحكام القضاء الحديثة
١٨٥	مادة (٧٧٣)
١٨٥	إثبات الكفالة
١٨٥	الأعمال التحضيرية
١٨٥	رأى الفقه
١٨٧	أحكام القضاء الحديثة
١٨٨	مادة (٧٧٤)
١٨٨	الشروط الواجب توافرها فى الكفيل
١٨٨	الأعمال التحضيرية
١٨٩	رأى الفقه
١٩٣	مادة (٧٧٥)
١٩٣	كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة
١٩٣	الأعمال التحضيرية
١٩٣	رأى الفقه
١٩٥	أحكام القضاء الحديثة

الصفحة	الموضوع
١٩٦	مادة (٧٧٦)
١٩٦	كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة.....
١٩٦	الأعمال التحضيرية.....
١٩٦	رأي الفقه.....
١٩٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٠٠	مادة (٧٧٧)
٢٠٠	كفالة ناقص الأهلية.....
٢٠٠	الأعمال التحضيرية.....
٢٠٠	رأي الفقه.....
٢٠٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٠٥	مادة (٧٧٨)
٢٠٥	كفالة الدين المستقبل.....
٢٠٥	الأعمال التحضيرية.....
٢٠٥	رأي الفقه.....
٢٠٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٢١٠	مادة (٧٧٩)
٢١٠	كفالة الدين التجارى والأوراق التجارية.....
٢١٠	الأعمال التحضيرية.....
٢١٠	رأي الفقه.....
٢١٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٢١٤	مادة (٧٨٠)
٢١٤	عدم تجاوز الكفالة للالتزام الأصلي.....
٢١٤	الأعمال التحضيرية.....
٢١٤	رأي الفقه.....
٢١٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٢١٧	مادة (٧٨١)
٢١٧	نطاق الكفالة.....
٢١٧	الأعمال التحضيرية.....
٢١٧	رأي الفقه.....
٢١٩	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
	الفصل الثاني
	أثار الكفالة
	١ - العلاقة ما بين الكفيل والدائن
٢٢٢	مادة (٧٨٢)
٢٢٢	براءة ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين.....
٢٢٢	الأعمال التحضيرية.....
٢٢٢	رأي الفقه.....
٢٢٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٢٨	مادة (٧٨٣)
٢٢٨	الأعمال التحضيرية.....
٢٢٨	رأي الفقه.....
٢٣٠	مادة (٧٨٤)
٢٣٠	براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاءت من ضمانات.....
٢٣٠	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٠	رأي الفقه.....
٢٣٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٣٥	مادة (٧٨٥)
٢٣٥	براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات المطالبة.....
٢٣٥	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٥	رأي الفقه.....
٢٣٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٤٠	مادة (٧٨٦)
٢٤٠	تقدم الدائن في تفليسة المدين للرجوع على الكفيل.....
٢٤٠	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٠	رأي الفقه.....
٢٤١	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٤٣	مادة (٧٨٧)
٢٤٣	التزام الدائن بتسليم الكفيل سندات الدين عند الوفاء له.....

الصفحة	الموضوع
٢٤٣	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٣	رأي الفقه.....
٢٤٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٤٦	مادة (٧٨٨)
٢٤٦	رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين
٢٤٦	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٧	رأي الفقه.....
٢٥٠	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٥٣	مادة (٧٨٩)
٢٥٣	إرشاد الكفيل عن أموال المدين
٢٥٣	الأعمال التحضيرية.....
٢٥٣	رأي الفقه.....
٢٥٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٥٦	مادة (٧٩٠)
٢٥٦	عدم رجوع الدائن بعد إرشاد الكفيل عن أموال المدين
٢٥٦	الأعمال التحضيرية.....
٢٥٦	رأي الفقه.....
٢٥٨	مادة (٧٩١)
٢٥٨	الرجوع عند اجتماع الكفالة مع تأمين عيني
٢٥٨	الأعمال التحضيرية.....
٢٥٨	رأي الفقه.....
٢٦١	مادة (٧٩٢)
٢٦١	مناطق تضامن الكفلاء عند تعددهم
٢٦١	الأعمال التحضيرية.....
٢٦١	رأي الفقه.....
٢٦٤	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٦٥	مادة (٧٩٣)
٢٦٥	لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين الدفع بالتجريد
٢٦٥	الأعمال التحضيرية.....
٢٦٥	رأي الفقه.....
٢٦٦	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٢٦٧	مادة (٧٩٤)
٢٦٧	تمسك الكفيل بالدفع
٢٦٧	الأعمال التحضيرية
٢٦٧	رأي الفقه
٢٦٩	أحكام القضاء الحديثة
٢٧١	مادة (٧٩٥)
٢٧١	التضامن بين الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية
٢٧١	الأعمال التحضيرية
٢٧١	رأي الفقه
٢٧٤	أحكام القضاء الحديثة
٢٧٧	مادة (٧٩٦)
٢٧٧	رجوع الكفيل المتضامن على باقي الكفلاء
٢٧٧	الأعمال التحضيرية
٢٧٧	رأي الفقه
٢٨٠	أحكام القضاء الحديثة
٢٨١	مادة (٧٩٧)
٢٨١	كفالة الكفيل المصدق
٢٨١	الأعمال التحضيرية
٢٨١	رأي الفقه
	٢ – العلاقة بين الكفيل والمدين
٢٨٣	مادة (٧٩٨)
٢٨٣	التزام الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء
٢٨٣	الأعمال التحضيرية
٢٨٣	رأي الفقه
٢٨٦	مادة (٧٩٩)
٢٨٦	حلول الكفيل محل الدائن بقدر ما وافاه
٢٨٦	الأعمال التحضيرية
٢٨٦	رأي الفقه
٢٨٨	أحكام القضاء الحديثة

الصفحة	الموضوع
٢٩١	مادة (٨٠٠)
٢٩١	رجوع الكفيل الموفى على المدين
٢٩١	الأعمال التحضيرية
٢٩١	رأي الفقه
٢٩٣	أحكام القضاء الحديثة
٢٩٦	مادة (٨٠١)
٢٩٦	رجوع الكفيل الموفى على أى من المدينين المتضامين
٢٩٦	الأعمال التحضيرية
٢٩٦	رأي الفقه
	القسم الثاني
	الحقوق العينية الأصلية
	الكتاب الثالث
	الباب الأول
	حق الملكية
	الفصل الأول
	حق الملكية بوجه عام
	١ - نطاقه ووسائل حمايته
٢٩٧	مادة (٨٠٢)
٢٩٧	عناصر حق الملكية
٢٩٧	الأعمال التحضيرية
٢٩٧	رأي الفقه
٣٠٥	أحكام القضاء الحديثة
٣١١	مادة (٨٠٣)
٣١١	نطاق حق الملكية
٣١١	الأعمال التحضيرية
٣١٢	رأي الفقه
٣١٨	أحكام القضاء الحديثة
٣٢٠	مادة (٨٠٤)
٣٢٠	حق المالك فى الثمار والمنتجات والملحقات
٣٢٠	الأعمال التحضيرية

الصفحة	الموضوع
٣٢٠	رأي الفقه.....
٣٢٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٢٧	مادة (٨٠٥)
٣٢٧	حماية الملكية
٣٢٧	الأعمال التحضيرية.....
٣٢٧	رأي الفقه.....
٣٣١	أحكام القضاء الحديثة.....
	٢ - القيود التي ترد على حق الملكية
٣٤٥	مادة (٨٠٦)
٣٤٥	الملكية وظيفة اجتماعية وليست حقا مطلقا
٣٤٥	الأعمال التحضيرية.....
٣٤٥	رأي الفقه.....
٣٤٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٥٢٥	مادة (٨٠٧)
٣٥٢	مضار الجوار غير المألوفة
٣٥٢	الأعمال التحضيرية.....
٣٥٢	رأي الفقه.....
٣٦٢	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٦٣	مادة (٨٠٨)
٣٦٣	حق الشرب وحق المسيل
٣٦٣	الأعمال التحضيرية.....
٣٦٣	رأي الفقه.....
٣٦٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٦٨	مادة (٨٠٩)
٣٦٨	مناطق مرور المجري والمسيل بأرض الجار
٣٦٨	الأعمال التحضيرية.....
٣٦٨	رأي الفقه.....
٣٧٣	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٣٧٦	مادة (٨١٠)
٣٧٦	تعويض مالك الأرض عن أضرار المجرى والمسيل
٣٧٦	الأعمال التحضيرية
٣٧٦	رأي الفقه
٣٧٧	أحكام القضاء الحديثة
٣٧٨	مادة (٨١١)
٣٧٨	إصلاح المسقاة أو المصرف المشترك
٣٧٨	الأعمال التحضيرية
٣٧٩	رأي الفقه
٣٨١	أحكام القضاء الحديثة
٣٨٢	مادة (٨١٢)
٣٨٢	حق المرور لصاحب الأرض المحبوسة
٣٨٢	الأعمال التحضيرية
٣٨٣	رأي الفقه
٣٩٤	أحكام القضاء الحديثة
٣٩٧	مادة (٨١٣)
٣٩٧	وضع الحدود الفاصلة
٣٩٧	الأعمال التحضيرية
٣٩٧	رأي الفقه
٤٠١	أحكام القضاء الحديثة
٤٠٢	مادة (٨١٤)
٤٠٢	الحائط المشترك
٤٠٢	الأعمال التحضيرية
٤٠٢	رأي الفقه
٤٠٦	مادة (٨١٥)
٤٠٦	الحائط المشترك
٤٠٦	الأعمال التحضيرية
٤٠٦	رأي الفقه

الصفحة	الموضوع
٤١٠	مادة (٨١٦)
٤١٠	 مناطق حق الجار من الاستفادة من التعلية
٤١٠	 الأعمال التحضيرية
٤١٠	 رأي الفقه
٤١٣	 أحكام القضاء الحديثة
٤١٤	مادة (٨١٧)
٤١٤	 قرينة ملكية الحائط الفاصل بين العقارين
٤١٤	 الأعمال التحضيرية
٤١٤	 رأي الفقه
٤١٦	 أحكام القضاء الحديثة
٤١٧	مادة (٨١٨)
٤١٧	 إقامة الحائط الفاصل وهدم الحائط الفاصل
٤١٧	 الأعمال التحضيرية
٤١٨	 رأي الفقه
٤٢٣	 أحكام القضاء الحديثة
٤٢٤	مادة (٨١٩)
٤٢٤	 المطالات المواجهة
٤٢٤	 الأعمال التحضيرية
٤٢٤	 رأي الفقه
٤٣١	 أحكام القضاء الحديثة
٤٣٦	مادة (٨٢٠)
٤٣٦	 المطالات المنحرفة
٤٣٦	 الأعمال التحضيرية
٤٣٦	 رأي الفقه
٤٣٨	 أحكام القضاء الحديثة
٤٤٠	مادة (٨٢١)
٤٤٠	 المناور
٤٤٠	 الأعمال التحضيرية
٤٤٠	 رأي الفقه
٤٤٥	 أحكام القضاء الحديثة

الصفحة	الموضوع
٤٤٧	مادة (٨٢٢)
٤٤٧	قيود إنشاء المصانع والأبار والمحال المقلقة للراحة.....
٤٤٧	الأعمال التحضيرية.....
٤٤٧	رأي الفقه.....
٤٤٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٥٠	مادة (٨٢٣)
٤٥٠	الشرط المانع من التصرف.....
٤٥٠	الأعمال التحضيرية.....
٤٥٠	رأي الفقه.....
٤٥٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٥٨	مادة (٨٢٤)
٤٥٨	بطلان التصرف المخالف للشرط المانع.....
٤٥٨	الأعمال التحضيرية.....
٤٥٩	رأي الفقه.....
٤٦٦	أحكام القضاء الحديثة.....
	٣ - الملكية الشائعة
٤٨١	مادة (٨٢٥)
٤٨١	الشيوع - احتساب الحصص.....
٤٨١	الأعمال التحضيرية.....
٤٨١	رأي الفقه.....
٤٩٠	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٩٢	مادة (٨٢٦)
٤٩٢	عناصر الملكية في الشروع.....
٤٩٢	الأعمال التحضيرية.....
٤٩٢	رأي الفقه.....
٥٠٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٥١٥	فهرس المجلد السادس.....