

سلسلة العدالة في القانون المدني (٥٧)

حق الملكية

والقيود التي ترد على الملكية في الأراضي الزراعية والمساكن
في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

حق الملكية بوجه عام - عناصر حق الملكية - حق المالك في الثمار والمنتجات والملحقات -
حماية الملكية - نزع الملكية للمنفعة العامة - وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته -
وسائل حماية الملكية - دعوى الاستحقاق أو الاسترداد - طرق إثبات الملكية في دعوى
الاستحقاق - القيود التي ترد على حق الملكية - التزام المالك في استعمال حقه بما
تقضي به اللوائح والقوانين - مضار الجوار غير المألوفة - مناط مرور المجرى والمسيل بأرض
الجار - تعويض مالك الأرض عن أضرار المجرى والمسيل - حق الإصلاحات الضرورية
للمسقة أو المصرف - المرور لصاحب الأرض المحبوسة - دعوى وضع الحدود بين الأملاك
المتلاصقة - قرينة ملكية الحائط الفاصل بين العقارين - قيود إنشاء المصانع والآبار
والمحال المقلقة للراحة - الشرط المانع من التصرف - بطلان التصرف المخالف للشرط المانع.

المستشار

إبراهيم سيد أحمد
رئيس محكمة الاستئناف

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض والإدارية العليا

الطبعة الأولى ٢٠٢٠

دار العدالة للنشر والتوزيع

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

Tel: 00202/23916135 - fax: 00202/23955271

WWW.ELADALAH.COM -002/ 01002551699

اسم الكتاب : حق الملكية والقيود التي ترد على الملكية في الأراضي الزراعية والمساكن

المؤلف : المستشار القانوني/ أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض والإدارية العليا

الناشر : دار العدالة للنشر والتوزيع ٨٥ شارع محمد
فريد - الدور (٥) - القاهرة

Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271

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 : الأولى.

سنة الطبع : 2020

رقم الإيداع : 2020/4332

الترقيم الدولي : 978 - 977- 6647- 89 -3

الموقع : www.ELADALAH.com

الإيميل : eladalashrf@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله سبحانه وتعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝ ﴾

صدق الله العظيم

قال العمد الأصفهاني...

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً من يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر..."

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

هذا الكتاب من سلسلة كتب العدالة في القانون المدني التي تنفرد بها دار العدالة للنشر والتوزيع، حيث نقوم في هذه السلسلة باستعراض كل موضوعات القانون المدني، وذلك تيسيراً لمهمة القاضي والمحامي والباحث في الاستعانة بأي من هذه الموضوعات التي تهمه، وتكون عوناً له في مجال عمله، وفي الوصول إلى الرأي الصحيح والمبدأ المستقر.

وهذا الكتاب رقم (٥٧) في سلسلة القانون المدني (حق الملكية والقيود التي ترد على الملكية في الأراضي الزراعية والمساكن) يتضمن شرحاً فقهياً وتعليقاً بآراء الفقهاء كما تضمنته أيضاً أهم المبادئ القضائية الحديثة التي أرست قواعدها المحاكم المصرية والعربية.

راجياً من ذلك أن أكون - بهذا الجهد المتواضع - قد أسهمت في إلقاء بعض الضوء على أهم قوانيننا ارتباطاً بالحياة والمعاملات.

والله وحده المستعان... وهونعم المولى ونعم النصير،،،

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

عناصر حق الملكية

النص التشريعي (مادة ٨٠٢) :

مالك 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، وتوفي 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 مشروعاً اذا لا توجد له في مصر طبعة رسمية منذ أصبح تقنياً).

علي أن الملكية اذا لم تكن حقاً مطلقاً فإنها 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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ١٤.

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.

فعناصر الملكية ثلاثة: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.

ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر، فكلاهما استعمال للشئ. فاذا استعمل المالك الشئ بشخصه سمي هذا استعمالاً، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استغلالاً، وقد يستغل المالك الشئ مباشرة بنفسه.

١- فاستعمال الشئ يكون في كل ما أعد له وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه. ويكون الاستعمال شخصياً (كسكني المنزل، او ركوب السيارة، او ارتداء الملابس، او حمل المجوهرات)، ويكون أيضاً باستهلاك الشئ (كأكل الطعام أو ثمار) وهذا هو الاستعمال المادي. وقد لا يستعمل المالك الشئ بل يدعو غيره الي استعماله تبرعاً دون مقابل.

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه (كترميم المنزل او اعادة بنائه، او تسوية الأرض الزراعية، او حفر الترعر، او اصلاح السيارة)

وقد يبلغ استعمال لمالك للشئ 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 فهؤلاء لا يجوز لهم في استعمالهم للشئ 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 منقولاً 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 الإدارة.

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

الشئ الذي يملكه كله الي غيره بعوض أو بغير عوض أو أن ينقل اليه بعض ما يملكه، او 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 يعرض 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 بالشئ المملوك، وأن يبقوا مستأثرين به حتي يهلك الشئ او 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. واذا 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 الشئ المملوك كل ما ينتجه هذا الشئ 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 طويلاً وعرضها، وفي حيزها علوا 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 يعرض 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.

واذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً، فان 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 انتشارا 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).

(١) الوسيط — ٨ — للدكتور عبد الرزاق السنهوري — طبعة ١٩٦٧ — ص ٤٩٢ وما بعدها.

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 الشئ، 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 منبيعة هذا الحق قيدها بعض التشريعات الحديثة في حالات الضرورة القصوي.

ومن نتيجة هذه الخاصية أيضاً أن الملكية الكاملة لا تثبت لشخصين علي نفس الشئ في وقت واحد، بعكس الحقوق الشخصية، ولكن لا يمنع أن يمتلك عدة أشخاص علي الشيوع.

والملكية حق دائم أي يرد علي شئ معين، فما دام هذا الشئ باقياً فملكيتة 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 بمالكة، 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 العقارية. فاذا كان صحيحاً أن للمالك أن يباشر علي ملكه ما يشاء من الأعمال المادية، فان ذلك مشروط بأن تبقي هذه الأعمال داخل النطاق الذي رسمته القوانين واللوائح. وعلاوة علي السلطات المادية التي للمالك، فان له ان يزاول 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.

(١) الملكية - للدكتور محمد علي عرفه - جزء ١ - طبعة ١٩٥٠ - ص ٢٠٨ وما بعدها، وكتابة: التقنين المدني الجديد - ط ٢ - ١٩٥٥ - ص ٥٨٧ و٥٨٨.

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 التمتع.

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 تزيد 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.

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 ان 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، فاذا حاول أي فرد الانتفاع بالشئ كان لمالكة 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. فاذا ترك المالك ملكه بدون استعمال، فإن ذلك لا يؤدي الي حرمانه. من ملكه مهما طاللت المدة علي عدم استعماله له. ولا يجوز بالتالي لأحد أن يدعي تملكه شيئاً مملوكاً للغير بدعوي أن مالكة تركه بدون استعمال مدة طويلة. وانما يستطيع الغير ان يتمسك بحقه قبل المالك اذا قام بعمل مادي هو حيازته الشئ بقصد تملكه حيازة مستوفية للشروط القانونية، ومضت علي هذه الحيازة المدة التي يشترطها القانون، فعندئذ يترك الحائز الشئ بسبب من أسباب التملك وهو لتقادم المكسب. فالملكية لا يمكن أن يلحقها التقادم المسقط.

ومع أن الملكية حق دائم، إلا أنه من المتصور توقيتها كنتيجة لاقتراها بالشرط 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 مالكة 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، فتحدد سلطات المالك بكل ما لا يثبت وجوده من استثناءات، فاذا ادعي شخص غير المالك حقا علي الشئ فعليه ان يثبت وجود هذا الحق.

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 الشئ، فالمالك يستأثر وحده بتلك المزايا.

(١) الحقوق العينية — للدكتور عبد المنعم البدر اوي — طبعة ٢ — ١٩٥٦ — ص ١٩ وما بعدها، وطبعة ٣ — ١٩٦٨ — ص ١٥ وما بعدها.

ولا يرى 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 استئثار المالك، كاستئثار صاحب أي حق آخر، بكافة القيود التي تستند الي القانون، فقد يثبت لغير المالك حق يخوله سلطات تؤدي الي الافادة من الشئ كحق الجار في ان يمر في أرض جاره أو في أن يستعمل مسقاة جاره او مصرفه فيما تحتاجه أرضه من ري أو صرف.

ولما كان الأصل أن يستأثر المالك بكل مزايا الشئ فعلي من يدعي حقا يحد من هذا الاستئثار ان يثبت ما يدعيه.

وقد أخذت النزعة الفردية، التي تضع حرية الفرد في مقدمة القيم التي يهدف القانون الي حمايتها، تنكش 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 استثناء 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).

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^(٣).

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

(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.

(٣) الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة — رسالة المستشار الليبي الدكتور محمد علي حنبولة

— ط ١٩٧٤ ص ٤٩٤ وما بعدها.

مطلقاً يعود بنا الي الوراثة قروناً 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 ان يتصرف في ملكه بجميع التصرفات الجائزة فيه اشارة مبهمه 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 الشئ أخرجه من الذمة او أهلكه. والاستغلال يراد به الحصول علي ثمار الشئ الذي يكون قابلاً لانتاجها، والمنفعة يراد بها استخدام الشئ في وجوه الاستعمال التي أعد لها^(١).

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 التنويه 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

(١) محاضرات في القانون المدني العراقي — للدكتور حسين الذنون — ط ١٩٥٥ — ص ٤٣٠.

الملكية الثلاثة: المنفعة أي الاستعمال والاستغلال ثم التصرف. إلا أن القانون العراقي زاد لفظ الاستغلال مع أنه مشمول بذكر المنفعة. ولكن هذا لا يعد نقصاً يبرر إهمال الأخذ بتعريف مستمد من أحكام الفقه الإسلامي. وقد جاء التعريف منصّباً على المالك التام تقريباً للملكية الخاصة ولا يجري فيها التصرف المطلق وإنما تملك منفعتها بالاستعمال الشائع. وقد أجمل النص معنى الملكية بالتصرف المطلق الذي يقع على المال. ثم بين أن محل الملكية هذا قد يكون عيناً أو منفعة أو استغلالاً. ثم فصل الانتفاع بأنه استعمال المالك ما يملكه ذاتاً كأن يكون داراً فسكنها ثم الاستغلال بأنه الاستيلاء على غله ملكه كأن تكون ثمرة أو إنتاجاً. أما التصرف فقد جعله يتناول العين نفسها بجميع التصرفات الجائزة. ومن هذا التعريف تتبين خصائص الملكية وعناصرها^(١).

• **التعريف بحق الملكية :** من نص المادة ٨٠٢ مدني سألقة الذكر يمكننا تعريف حق الملكية بأنه حق الاستئثار باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه وكل ذلك في حدود القانون (السنهوري ص ٤٦٢) وقد كان التقنين المدني السابق يورد تعريفاً لحق الملكية في المادة ٢٧/١١ فيه حيث كانت تنص على أن الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة..... فكان حق الملكية في التقنين المدني السابق، على غرار حق الملكية في التقنين المدني الفرنسي، حقاً مطلقاً (ABSOLU). ولم يشأ التقنين المدني الجديد مسايراً في ذلك الاتجاهات الحديثة، أن يجارى التقنين المدني السابق في جعل حق الملكية حقاً مطلقاً.

(١) الملكية العقارية في العراق — الجزء الأول — للأستاذ حامد مصطفى — ط ١٩٦٤ — ص ٤٦ وما بعدها.

فتجنب في النص أن يصفه بهذا الوصف، وزاد علي ذلك بأن صرح بأن الحق مقيد إذ المالك يجب أن يلتزم حدود القانون.

• عناصر حق الملكية : عناصر حق الملكية كما ذكرتها المادة ٨٠٢

مدني هي ثلاثة عناصر: الاستعمال - الاستغلال - التصرف ضمن له حق الملكية على شئ كان له استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن: " النص في المادة ٨٠٢ من القانون

المدني على أن "مالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه" وفي المادة ٨٠٥ منه علي أنه "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون". مفاده أنه لا يجوز حرمان مالك الشئ من حق استعمال واستغلال والتصرف في ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون. (جلسة ١٩٩٧/٧/١٢ الطعن رقم ٤٣٣٨ لسنة ٦١ ق) وبأنه "الأصل أن لمالك الشئ وحده في حدود القانون استعمال حقه واستغلاله والتصرف فيه مراعيًا في ذلك ما تقضي به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملاً بالمادتين ٨٠٦، ٨٠٢ من القانون المدني، مما مؤ اده أن يكون للمالك أن يؤجر الشئ الذي يملكه، وأن يختار مستأجراً وأن يطلب إخلاء المستأجر منه متى انتهت المدة المتفق عليها، وأن يستعمله في أي وجه مشروع يراه" (جلسة ١٩٩١/٣/١٤ الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٥٥ ق، (جلسة ١٩٨٩/٥/٢٥ الطعن رقم ٢٧٦٣ لسنة ٥٦ ق) وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض -أن لمالك الشئ الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مما مفاده ولازمه أن ريع الشئ يعتبر أثراً من أثار الملكية ونتيجة لازمة لها ومن ثم فإن الحق يعتبر تابعا لحق الملكية ويجمعها في ذلك مصدر واحد " (جلسة ٢٠٠٦/١/٣ الطعن رقم ٤٤٦٢ لسنة ٧٣ ق).

١- والمقصود بالاستعمال : هو سلطة المالك في استخدام الشيء الذي

يملكه فيما يصلح له من وجود الاستخدام فيستطيع المالك أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً. فإذا كان الشيء منزلاً كان له أن يسكنه، أو سيارة كان له أن يركبها، أو ملابس كان له أن يرتديها، أو مجوهرات كان له أن يحملها. وقد يصل في الاستعمال إلى أبعد حد، فيستهلك الشيء، كم إذا كان طعاماً فيأكله، أو حديقة فيأكل ثمارها. واستهلاك الشيء علي هذا النحو قد يوصف بأنه تصرف مادي فيه، ويطلق اصطلاح (JUS ABUTENDI) عادة علي كل من التصرف المادي والتصرف القانوني. ولكننا نفضل أن نقتصر التصرف. فيما سيأتي، علي التصرف القانوني الناقل للملكية أو للحقوق العينية. وقد لا يستعمل المالك الشيء بنفسه، بل يدعو غيره إلى استعمال تبرعاً دون مقابل. كما إذا دعا الغير للصيد والقنص في أرضه، أو استضاف الغير مدة من الزمن. أو أنشأ ملجأً أو مصحة أو مستشفى علي وجه التبرع دون أن يقصد استغلال شيء من ذلك. ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه. كما إذا رمم منزله. أو دعا بناءه بعد أن كاد يتهدم. أو سوى الأرض الزراعية لجعلها صالحة للزراعة، أو حفر الترعة والمصارف في الأرض الزراعية، أو سور الأرض أو أقام حوائط علي جوانبها أو حفر خنادق علي حدودها، أو أصلح السيارة أو قام بتزيينها أو تشحيمها، وقد يختلط الاستعمال بالاستغلال في حالات معينة كما في حالة استغلال الأرض الزراعية حيث يصعب استعمال الأرض دون الحصول علي ثمارها وقد يستعمل الشيء غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة، ويتميز استعمال المالك من استعمال غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة، في أن المالك قد يصل في استعمال الشيء إلى حد إتلافه إذا أراد ذلك، فله

أن يقلع الأشجار. ويهدم المباني، وينلف السيارة، ولا حد لسلطته في ذلك ولا ما يفرضه القانون عليه من قيود وألا أن يحجر عليه لفسه أو لمرض عقلي. أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيازة هؤلاء لا يجوز لهم في استعمالهم للشئ أن يتلفوه، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك . كما يتميز استعمال المالك عن وغير المالك، حتى في القيود التي يفرضها القانون. فالأصل في المالك أن كل استعمال. أيا كان، مباح له، إلا استعمالا يحرمه القانون، أي أن الأصل هو الإباحة والتحرير هو الاستثناء. أما غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة، فالأصل في هؤلاء أن كل استعمال محرم عليهم إلا ما أباحه القانون، أي أن الأصل هو التحريم والإباحة هي الاستثناء (السنهوري ص ٤٦٥)

٢- أما الاستغلال : فالمقصود به القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشئ أي الحصول على ثماره والاستغلال قد يكون استغلالا مباشرا. مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكةا، ويجنى ثمارها. والصيد والقنص، وقد اعتبرناهما استعمالا للملك، يمكن أيضا اعتباراهما استغلالا مباشرا. ومالك السيارة يستغل سيارته استغلالا مباشرا، إذا خصصها لركوب الجمهور واستعملها كتاكسي. وقد يستغل مالك المحجر محجره باستخراج الأحجار منه بنفسه، فيكون استغلالا مباشرا. وقد يكون الاستغلال استغلالا غير مباشرا. عن طريق جعل الغير يجنى ثمار الشئ، ويدفع مقابل الثمار للمالك. والمالك يقوم، في استغلاله للشئ استغلالا غير مباشر، بعمل قانوني من أعمال الإدارة. فمالك المنزل يؤجره للغير، فيجنى ثماره المدينة في صورة الأجرة. ومالك الأرض الزراعية يؤجرها لمن يزرعها، ويقبض الأجرة هو أيضا وهذه أيضا وهذه هي غلة الأرض. وقد يؤجر المالك الأرض الزراعية مزارعة، فيحصل علي جزء من المحصول هو غلة الأرض

بالنسبة إليه، دون أن يقوم نفسه بالزراعة. وقد يستغل المالك المياه المعدنية الموجودة في أرضه، بأن يبيعها للناس ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة ملكه. وقد يستغل صاحب السيرة سيارته بتأجيرها إلي سائق يستعملها لركوب الجمهور، والمال الذي يقبضه من السائق هو غلة السيارة. ويمتد الاستغلال إلي جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية. ويشمل الثمار والمنتجات، كما يشمل العلو والعمق. فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية، والثمار المدنية هي التي يتمثل فيها الاستغلال. وللمالك أن يستغل العلو، فيؤجره مثلاً لمن يبني ويتقاضى أجرة من مالك هذا البناء. كما له أن يستغل العمق، كما في حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التي صدرت في هذا الشأن.

٣- التصرف : والتصرف ثالث عنصر من عناصر حق الملكية وللتصرف في خصوص سلطة المالك علي الشئ الذي يملكه مدلول أوسع من معناه الفني التي يعنى نقل ملكية الشئ أو إنشاء حق عيني آخر عليه. فالتصرف في خصوص سلطة المالك علي الشئ مدلوله أوسع حيث يشمل نوعين من الأعمال. الأول: العمل المادي وهو الذي يؤدي إلى استهلاك مادة الشئ أو إعدامه أو التغير فيه. وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك وبالتالي فهي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية. الثاني : وهو العمل القانوني وهو ينصرف إلى التصرف القانوني في الحق كالبيع والهبة أو الرهن أو ترتيب حق انتفاع على الشئ. (منصور مصطفى منصور ص ٣٠) وقد جرى الفقه التقليدي على اعتبار أن سلطة التصرف بنوعيه المادي والقانوني مميزة الحق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، وقد كان هذا محل نقد من بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن سلطة التصرف القانوني فهو لا يرد علي الشئ ذاته، وإنما يرد علي الحق المقرر عليه،

فهو ليس من العناصر المكونة الحق معين، وإنما هي رخصة لصاحب أي حق في أن ينقل حقه أو بعض ما يخوله له حقه من سلطات إلى الغير. (محمد على عرفه ص ٢٠٤) وقد نصت المادة ٨٠٢ مدني علي أن " لمالك الشئ وحده وفي حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " فيكون للمالك أن يتصرف في الشئ الذي يملكه بجميع أنواع التصرف. فيجوز له أن ينقل ملكية الشئ الذي يملكه إلى غيره، بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية. ونقل الملكية علي هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذي يستطيع المالك أن يقوم بها، فانه إذا نقل الملكية لا يستبقى من ملكه شيئاً، ويصبح غيره هو المالك. وقد يتقاضى مقابلاً لذلك كما في البيع والشركة والقرض، وقد يتقاضى مقابلاً كما في الهبة ويصح أن ينقل جزءاً من ملكية الشئ، كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض، فيصبح غير مالك للجزء الذي نقل ملكيته للغير. كذلك يجوز للمالك، دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها. أن ينقل عنصراً أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر. فله مثلاً أن يرتب على المنزل المملوك له حق انتفاع (usufruit)، فينتقل بذلك إلي المنتفع عنصري الاستعمال والاستغلال، ويستبقى الرقبة وحق إلا استعمال الشئ بنفسه. وله أن يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل إلي الغير حق السكنى، فلا يجوز لصاحب هذا الحق أن يستعمل المنزل إلا لسكناه هو وأسرته. وله إن يرتب على العقار المملوك له حق ارتفاق، ويستبقى ملكية العين خالصة له ولكنها مقيدة بحق الارتفاق هذا. ويجوز للمالك كذلك أن يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمي، فيستبقى ملكية العقار خالصة له ولكنها مقيدة بحق الرهن، وهذا الحق يخول للدائن المرتهن عند حلول الدين أن يبيع العقار علي مالكة جبراً ويستوفى حقه من الثمن الذي

رسا به المزاد متقدما في ذلك علي سائر الدائنين الذين هم دونه في المرتبة. ويجوز للمالك أيضا أن يرتب علي العين المملوكة حق رهن حيازة. فيستبقى ملكية العين ولكنه ينقل حيازتها إلي الدائن المرتهن الذي ينوب عنه في الاستعمال والاستغلال. ويكون للدائن المرتهن رهن حيازة، كما للدائن المرتهن رهنا رسميا، أن يبيع العين جبرا على مالها عند حلول الدين، وأن يستوفى حقه من الثمن الذي رسا به المزاد في الترتيب الذي يخوله إياه القانون. (السنهوري ص ٤٦٩) ولكن قد يفرض القانون قيودا مؤقتة علي حق المالك في التصرف في ملكيته، وما دام القيد مؤقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه في التصرف أما إذا كان المنع من التصرف الذي فرضه القانون منعا دائما غير مؤقت، كما في الأموال الموقوفة، فان حق الملكية يفقد عنصرا أساسيا من عناصره، زمن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق الملكية. فحق المستحق في الوقف ليس حق ملكية، وان كان حقا عينيا، وهذا غير حقه الشخصي في تقاضى استحقاقه من الناظر.

• خصائص حق الملكية : هناك ثلاثة خصائص لحق الملكية هي :

(١) حق جامع مانع (٢) حق دائم (٣) مقيد وليس مطلق، وسنتناول هذه الخصائص بالتفصيل علي النحو التالي:

(١) الملكية حق جامع مانع : وهي الخاصية هي أهم ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، وهو حق جامع لأنه يمنع صاحبه كل سلطة منصورة علي الشئ، فيخوله حق الانتفاع بالشئ واستغلاله والتصرف فيه ويترتب علي أن الملكية حق جامع أمران. (الأول) أن الأصل في حق المالك أن يكون جامعا لكل السلطات، ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا. ومن يدعى أن له حقا في ملك الغير، كحق

انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن، أو يدعى أن هناك قيوداً تقرر لمصلحته علي ملك الغير كقيام شرط مانع من التصرف، فعليه هو، لا علي المالك، يقع عبء الإثبات. ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات، فما لم يثبت أحد أن القانون أو الاتفاق خوله له بعضها بقينا علي حكم الأصل، واعتبرنا الملكية جامعاً أي خالية من أي قيد (والأمر الثاني) أن أي حق يتفرع عن الملكية يكون عادة مؤقتاً. متى استوفى مدته ارتد حتماً وبحكم القانون إلي الملكية، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقض منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه. ذلك أن الملكية حق جامع شامل كما قدمنا، فإليه يعود جميع ما تفرع عنه من حقوق بعد أن تستفيد هذه الحقوق مدة بقائها. فإذا استنفد حق الانتفاع مثلاً مدة بقائه، ارتد إلي الرقبة، وعادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلاً عنها. أما أن الملكية حق مانع فلأنها مقصورة علي المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه حتى ولو لم يلحقه من وراء هذه المشاركة أي ضرر له. وقد أبرزت ذلك المادة ٨٠٢ مدني بقولها " لمالك الشيء وحده " فلفظه وحده تؤكد علي استئثار المالك بجميع مزايا ملكه فله أن يمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا. ولكن يجوز للغير أن يشارك المالك في ملكيته أو يتدخل في شئونه ملكيته علي أن يكون ذلك برضا المالك وموافقة.

وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٨٠٢ مدني يجري علي الوجه الاتي: لمالك الشيء، ما دام ملتزماً بحدود القانون، أن يستغله، وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه، دون أي تدخل من جانب الغير ... وقد عدل النص في لجنة المراجعة، فأصبح يجري علي الوجه الاتي: لمالك الشيء وحده... فحل لفظ " وحده " محل عبارة " دون أي تدخل من الغير " دون تغيير في المعنى. وتأكيداً لمعنى أن الملكية حق مانع لا يجوز معه أن يتدخل الغير

في الانتفاع المالك بملكه، حذفت لجنة مجلس الشيوخ من مشروع التقنين المدني عندما كانت تنتظره نصا (م ١١٧٠) من المشروع التمهيدي) كان يجري على الوجه الآتي: "إذا تدخل الغير في انتفاع المالك بملكه، وكان هذا التدخل ضروريا لتوقي خطر داهم وهو أشد كثيرا من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل. فليس للمالك أن يمنع ذلك، وإنما له يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر" وقالت اللجنة في تقريرها: اقترح حذف المادة... لما قد تؤدي إليه من انتهاك حرمة ملك الغير، وما قد تخلفه من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، ولكن علي أساس أن النتيجة العملية من النص تتحقق في الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلي نص من ناحية، وأن في فكرة التعسف في استعمال الحق ما قد يغني عن أحكام هذه المادة في كثير من الفروض التي تقصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة " (مجموعة الأعمال التحضيرية و ٦ ص ٢٩ - ص ٣٠ الهامش)

ويترتب علي أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد. يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين علي الشيوع، ولكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله، بل يملك جزءا منه شائعا. ويجوز أن يملك البناء أشخاص متعددون، ولكن كلا من هؤلاء الأشخاص يملك طبقة أو أكثر من طبقات هذا البناء، دون أن يملك كل منهم البناء كله. ولو أمكن تصور أن يملك شخصان كل الشيء بحيث يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد، على نحو ما نراه في الحق الشخصي عندما يكون له دائئان متضامنان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة إلي المدين، لما كانت الملكية حقا مانعا، إذ هي لم تمنع أن يوجد

إلي جانب مالك الشئ مالك آخر يملك في وقت واحد نفس الشئ وكل الشئ. (السنهوري ص ٤٩٤)

(٢) الملكية حق دائم : حق الملكية، حق دائم لا يزول بترك صاحبه له وعدم استعماله له، فيظل ثابتا رغم هذا الترك دون اعتداد بمدة الترك ولو تجاوزت خمس عشرة سنة، لكن إذا تمكن الغير من وضع يده على العين منكرا علي صاحبها حقه فيها، واستوفى وضع اليد الشروط اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم، فان حق الملكية لا يزول، لأنه حق دائم، وإنما ينتقل إلى من اكتسبه بالتقادم، سواء كان تقادما قصيرا أو طويلا، إذ لا يكون المالك الذي يتهاون في ملكه إلى الحد الذي يتمكن معه الغير من وضع يده عليه لمدة خمس سنوات أو خمس عشرة سنة دون مواجهته بأي من الدعاوى التي قررها له القانون، مستحقها للقيام بأعبائها باعتبارها وظيفة اجتماعية ومن عناصر الثروة القومية التي يجب استغلالها تحقيقا لمصالح عليا . (أنور طلبه) مفاد ذلك أن حق الملكية يدوم ما تدوم محله ولا يزول إلا بزواله، فهو دوام الحق نفسه لا لشخص المالك، إذ من المستحيل دوام الملكية لنفس المالك دون انتهاء. ودوام الملكية - دون دوام المالك - معناه أن يظل الشئ مملوكا على الدوام أيا كان المالك، فلا يؤدي تعاقب الملاك عليه إلي انقضاء حق الملكية الأصيل ونشوء حق ملكية جديد، وإنما إلى مجرد انتقال نفس الحق مع تغيير شخص صاحبه، وبذلك لا يتعرض الشئ نتيجة هذا التعاقب لأن يصبح - ولو برهة وجيزة - مباحا غير مملوك لأحد. فحق الملكية إذن حق دائم يدوم ما بقي محله فلا ينقضي إلا بهلاك الشئ، دون أن يطعن في دوامه اختلاف الأيدي والملاك علي هذا المحل، إذ الحق نفسه قائم محمل على الشئ لا يزول وان تغير صاحبه. ومبدأ دوام الملكية بهذا المعنى هو المبدأ المستقر منذ أيام

الرومان. وهو يبرر عادة بأن حق الملكية- وهو يخول كافة السلطات المتصورة على الشئ- يستغرق هذا الشئ ويستوعبه إلي حد الاختلاط والامتزاج به، فيدوم طوال مدة بقاءه ولا ينقضي إلا بهلاكه. (سليمان مرقص ص ٦٦)

• النتائج المترتبة علي أن حق الملكية حق دائم:

(١) **عدم تاقيت الملكية:** ما دامت الملكية دائمة علي النحو الذي بسطناه من حيث ارتهان بقاءها ببقاء الشئ المملوك رغم اختلاف الملاك عليه، فلا يتصور - مع بقاء هذا الشئ - أن تَوَقَّت ملكيته بمدة معينة تنقضي بعدها نهائيا دون أن تثبت لشخص ما. ولذلك سبق أن بينا أن حق الاستغلال المالي للمصنف أو الأثر الفكري لا يعتبر حق ملكية بالمعنى الصحيح، فهو حق مؤقت ينقضي بمضي خمسين سنة على وفاة المؤلف رغم بقاء محله وهو المصنف أو الأثر الفكري، بحيث لا يملك أحد بعد انقضاء هذه المدة الادعاء باحتكاره وحده دون غيره حق استغلال الصنف ماليا، إذ يسقط المصنف حينئذ في التراث الفكري العام المشاع استغلاله بين الناس جميعا. وقد قدمنا أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها مؤقتة، أو يمكن أن تكون مؤقتة. فالحق الشخصي لا يمكن أن يكون دائما، ولا بد من انقضائه في وقت ما، تبعا لما يرد عليه من أسباب الانقضاء. والحقوق العينية غير حق الملكية كحق الانتفاع وحق الحكر وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز، كلها حقوق مؤقتة على الوجه الذي بسطناه وكذلك حقوق الارتفاق يمكن أن تكون مؤقتة، وحتى لو لم يحدد لها أجل هناك أسباب ذكرها القانون تنقضي بها. وقد سبق بيان كل ذلك. فهذه الحقوق جميعا تزول قبل أن تزول الشئ الذي ترتبت عليه، وليس من الضروري

أن تبقى ببقاء هذا الشيء. أما حق الملكية فيختلف عن كل هذه الحقوق في أنه يبقى ما دام الشئ المملوك باقيا، وفي أن القانون لم يحدد له وقتا معينا لانقضائه. فهو حق دائم، وإذا انتقل إلي شخص آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال كما سبق القول، وفي حين أن أسباب كسب الملكية، كمصادر الالتزام، أسباب متعددة يعنى القانون بتنظيمها عناية تامة. إذا بأسباب زوال حق الملكية، علي خلاف أسباب انقضاء الالتزام. تنحصر في رأينا في هلاك الشئ المملوك. فالملكية إذن حق دائم، ما دام الشئ المملوك قائما. (السنهوري مرجع سابق)

(٢) **عدم جواز إسقاط الملكية:** إذا كان حق الملكية حقا دائما ما بقى الشئ ولو تغير شخص المالك، فمقتضى ذلك أن الملكية تظل قائمة وثابتة للمالك حتى ولو ترك الشئ المملوك مظهرا بذلك نيته في التنازل عن ملكيته. أو إسقاطها، طالما انه لم ينقل الملكية في نفس الوقت إلي الغير، أو طالما لم يكتسب أحد بعد هذه الملكية في نفس الوقت إلي الغير، أو طالما لم يكتسب أحد بعد هذه الملكية اكتسابا مشروعا بسبب مستقل عن هذا الإسقاط، إذ الملكية - في دوامها - تظل واردة علي الشئ طوال مدة بقائه، فلا تزول عنه - ولو لفترة وجيزة - يصبح الشئ فيها غير مملوك لأحد. أما الحقوق المتفرعة عن الملكية، فظاهر أماكن تركها وإسقاطها بالإدارة المنفردة لأصحابها، فتعود سلطاتها بذلك إلي المالك. وقاعدة عدم جواز إسقاط الملكية ليست مطلقة، بل يرد عليها استثناء هام في شأن المنقولات مقتضاه سقوط ملكية المنقول بتخلي صاحبه عنه، بحيث يصير سائبه مباحا يملكه أول من يستولى عليه ملكية أصلية لا صلة، بالملكية السالفة المنقضية. وهذا الاستثناء مقرر في القانونين الفرنسي والمصري. وينص المشرع عليه بقوله " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد

النزول عن ملكيته " (م ١/٨٧١ مدني). (سليمان مرقص، مرجع سابق) ووجود هذا الاستثناء لا يلغى الأصل المقرر من دوام الملكية ولا من عدم جواز إسقاطها بما يصير الشيء مباحا دون مالك، وإن كان هذا الأصل ينحصر أعماله - نتيجة هذا الاستثناء - في العقارات وحدها. (قارن إسماعيل غانم ص ٥٤ - السنهوري ص ٥٣٨-٥٣٩)

(٣) **عدم سقوط الملكية بالتقادم** : إذا كان حق الملكية حقا دائما وباقيا ما بقى الشيء، فمقتضى ذلك أنه لا ينقضي مهما طالّت مدة عدم استعماله. وحق الملكية، دون الحقوق الأخرى هو الذي يتميز بهذه الخاصية. فالحقوق الشخصية تنقضي بالتقادم المسقط، وتنقضي بانقضائها الحقوق العينية التبعية " التأمينات العينية " التي تضمنها. وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية - فيما عدا حق الملكية - بعدم الاستعمال. فحق الانتقال " وكذلك حق الاستعمال وحق السكني ". تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، كما هو صريح النص " م ٩٩٥ مدني و م ٩٩٨ مدني ". وحق الحكر ينتهي بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة.. إلا إذا كان موقوفا فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة، " م ١٠١١ مدني ". وتنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة، فإن كان الارتفاق مقورا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة " م ١/١٠٢٧ مدني ". أما حق الملكية، فهو وحده الذي لم يرد في شأنه نص يقضى بزواله بعدم الاستعمال. وبذلك أمر طبيعي، إذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشيء المملوك، والمالك حر في أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله، ومهما طالّت مدة عام الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول. (السنهوري ص ٤٩٨) ومادام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فإن الدعوى التي تحميه، وهى دعوى الاستحقاق، لا تسقط هي أيضا بالتقادم،

فللمالك رفعها في أي وقت، ولو بعد مضي المدة المسقطة للحقوق والدعاوى، دون أن يدفع في مواجهته بسقوطها بالتقادم، فمضى المدة لا يسقط إذن حق الملكية ولا وسيلة حمايته. غير أنه ليس معنى ذلك أن تظل دعوى الاستحقاق منتجة إلي ما لا نهاية في كل الأحوال. فهي إن كانت منتجة علي الدوام في حال اقتصار الأمر علي وقوف المالك موقفا سلبيا بالكف عن استعمال ملكيته بحمايته من ادعاء الغير انقضاء هذه الملكية لمجرد عدم الاستعمال المستطيل، إلا أنها تصبح عاجزة عن توفير الحماية للمالك إذا حاز الغير الشئ الذي كف ماله عن مباشرة سلطاته عليه حيازة تؤهله لاكتساب ملكيته فور الحيازة أو بالتقادم علي حسب الأحوال. فالملكية إذا لم تكن محلا للتقادم المسقط نظرا لما لها من خاصة الدوام، فهي محل للحيازة أو التقادم المكسب الذي يتغير به المالك مع بقاء الملكية دون زوال.

(٤) حق الملكية ليس حقا مطلقا : كان يقال قديما أن الملكية حق مطلق،

ولكن رأينا أن الملكية علي العكس من ذلك حق مفيد. إذ يجب علي المالك أن يلتزم حدود القانون وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية، فقد نصت المادة ٨٠٢ مدني علي أن "للمالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"، وكان المشروع التمهيدي لنص هذه المادة يجرى علي الوجه الاتي: "للمالك الشئ، ما دام ملتزما بحدود القانون، أن يستعمله، وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه، دون أي تدخل من جانب الغير، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذه المادة ما يأتي "جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، وتوقى. أن يصف الملكية بأنها

حق مطلق كما فعل التقنين الحالي (السابق) م ١١ فقرة ٢٧/١. بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية، كما فعل المشروع الايطالي (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الايطالي الجديد.....). (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤)، وجاء أيضا في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، في النظرة العامة لحق الملكية، ما يأتي:- "لم يخلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التي نص عليها التقنين الحالي (السابق)، بل نبذها إلي فكرة أخرى هي الآن الفكرة المتغلبة في التقنيات الجديدة، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تطور حق الملكية. فليس هذا الحق مطلقا لا حد له، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك أن يقوم بها، ويحميه القانون ما دام يفعل، أما إذا خرج على هذه الحدود، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته. ويترتب علي ذلك نتيجتان: "أ- 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 وظائفها الاجتماعية. مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلي الحد الذي يصلح للاستعمال علوا أو عمقا، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العلو والعمل بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه. فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحتها لا تسبب للمالك ضررا، فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت مثل ذلك أيضا أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة في مقابل تعويض يدفع إليه مقدما، ومثل ذلك أخيرا أنه يجب علي المالك أن يراعى ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح بالمصلحة العامة". "ب- حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة

الخاصة هي التي تقدم، بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا. وهنا نجد القيد الذي يرد علي حق الملكية قد تقرر، لا للمصلحة العامة، بل للمصلحة الخاصة وهذه هي النزعة الحديثة التي جاراها المشروع ويظهر أثرها في أمرين: "١- يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضررا غير مشروع، والذي يطلب هنا هو عمل سلبي. وتطبيقا لذلك يجب علي المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة. وتطبيق ذلك أيضا ما أوجبه القانون علي صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره". "٢- يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحه خاصة، هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك. وهنا تنتقل من الدائرة السلبية، وهي مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين، إلى الدائرة الايجابية. وهي قيام الغير بأعمال معينة تتعارض مع حق المالك أو إجبار المالك علي القيام بأعمال معينة. وتطبيقا لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيهم من أي أو صرف، ويعطى حق المجرى وحق المسيل، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه..." وفي الملكية الشائعة يحمي المشروع الأغلبية من الشركاء ضد تعنت الأقلية، ويذهب في ذلك إلي حد بعيد حتى ليحيز للأغلبية أن تتصرف في المال المشاع جمعيه رغم معارضة الأقلية، إذا استندت في ذلك إلى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء وكذلك الحال إذا أنهزم السفل. فان لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة بنائه، وعلى صاحب السفل أن يقوم بالإعمال اللازمة لحفظه، وفي هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر علي القيام بأعمال معينة، وهذا هو أباح مظاهر التدخل في حق الملكية. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ - ص ١٢) وجاء في

محضر الجلسة السادسة والثلاثين من لجنة مجلس الشيوخ في خصوص المادة ٨٠٢ مدني، ما يأتي: "قتليت المادة... وقام عليها اعتراض من... من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية، وقال... إن في هذا التعبير تصويرا لمذهب فلسفي. فرد... على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هي المتغلبة في التقنيات الجديدة، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تصور حق الملكية. فليس هذا الحق مطلقا لا حد له، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلي المالك القيام بها، ويحميه القانون ما دام يفعل. أما إذا خرج علي هذه الحدود، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته. ويترتب علي ذلك نتيجتان: (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم. (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضا عادلا... وقد قررت اللجنة علي أثر ذلك الموافقة على المادة، على أن تعود إليها للنظر في هذا التعبير الجديد. ثم جاء في محضر الجلسة الثانية والخمسين لنفس اللجنة (لجنة مجلس الشيوخ) ما يأتي: "تليت المادة... ورأت اللجنة حذف عبارة ((علي أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية، لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية، وان في التطبيقات التي أوردها المشرع ما يغني عنها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥) يتبين لنا مما تقدم أن الملكية ليست حق مطلق لا حد له بل المالك في استعماله إياه يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح. وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية.

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها أن الملكية لم تعد حقا مطلقا ولا هي عصية علي التنظيم التشريعي ومن ثم ساع تحميلها بالقيود التي تتطلبها واجتماعية . فقضت بأن "وحيث أن الدستور

- إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيدا لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل حمايتها لكل فرد - وطنيا كان أم أجنبيا - ولم يجز المساس بها إلا علي سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلي جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل علي إنمائها، وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها، معبدا بها الطريق إلي التقدم، كافلا للتنمية أهم أدواتها، محققا من خلالها إرادة الإقدام هاجعا إليها لتوفر ظروفا أفضل لحرية الاختيار والتقدير، مطمئنا في كنفها إلي يومه وغده، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاته، فلا يرده عنها معتد، ولا يناجز سلطته في شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من دون الآخرين وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعنيها علي أداء دورها، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاضها من أطرفها، ولم يعد جائزا بالتالي أن ينال المشروع من عناصرها، ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصبا، وافتئاتا علي كيانها أدخل إلي مصادرتها. وحيث أن المقرر كذلك أن حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها. وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها، وتتنوع استخداماتها، لتشكيل نهرا يتدفق بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التقريط فيها أو بعثرتها تبديدا لقيمتها، ولا تنظيمها بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها، وضرورة تقييدها نأيا بها عن الانتهاز، أو الأضرار بحقوق الآخرين، ذلك

أن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزواج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقا مطلقا، ولا هي عصية علي التنظيم التشريعي، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساع تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة علي ضوء واقع اجتماعي معين في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها. وفي إطار هذه الدائرة وتقييد بتخومها، يفاضل المشروع بين البدائل، ويرجع علي ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه من المصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور علي حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة. وحيث أن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تبدل فيها لا تناقض ما تقدم، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلي الله تعالى، أنشأها وبسطها، واليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضراراً يقول تعالى : ﴿ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ﴾، وليس ذلك إلا نهيا عن البلوغ بها في الباطل، وتكليفا لولي الأمر بأن يعمل علي تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثا أو إسرافا أو عدوانا أو متخذا طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. وكان لولي الأمر بالتالي أن يعمل علي دفع الضرر قدر الامكان، وان يحول دون الإضرار إذا كان

ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش، فإذا تزامن ضرران، كان تحمل أھونھما لازماً اتقاء لأعظمھما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام. ينبغي - من ثم - أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر ذلك أن الملكية خلافه، وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها، وهي حدود يجب التزامها، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلها الدستور لها". (طعن رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٣/١٩٩٥).

من أحكام القضاء:

١- 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 تحكيمية 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 قيداً على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، والتي لا يجوز بحال أن تؤول 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 تتناولها، 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 تظاهره ضرورة حقيقية 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، تتماثل العلاقة القانونية التي تربطهم في طبيعتها وتتحد في جوهرها، فضلاً عن أنهم جميعاً يواجهون ذات المشكلة التي دفعت إلى سن النص الطعين وهى مشكلة الإسكان، وبالتالي تتماثل مراكزهم القانونية في هذا الشأن، بما يوجب ضماناً 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 التحكمي 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 ٠٢ / ١١ / ٢٠٠٣)

* * *

نطاق حق الملكية

النص التشريعي (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 مندمجاً 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. وتأسيساً علي هذا المبدأ أورد المشروع نصين

يقرر في أولهما (م ١٣٠٣ فقرة ١) أن الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته. ويقرر في الثاني (م ١٣٥٧ فقرة ١) أن كل ما علي الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض، أقامه علي نفقته ويكون مملوكاً له. وقد اثار المشروع الي جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء علي تشريعات خاصة أو بمقتضي الاتفاق. ومثل التشريعات الخاصة قانون للمناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض كما هو الحال في فرنسا. ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً 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 قيذا 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 اىصال أسلاكها فوق سطح الأرض، او شركة المياه الي اىصال أنابيبها تحت السطح، علي مسافة من العلو او العمق لا تضر بصاحب الأرض، فليس للمالك ان يمنع هذه الأعمال والا كان المنع تعسفاً في استعمال حق الملكية^(١).

رأي الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٠٣ مدني أن مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية. فاذا كان الشئ منقولاً (سيارة او كتاب) سهل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٧ و ١٨.

التعرف علي ذاتيته وأجزائه، وأمكن نقله بجميع أجزائه من مكان الي آخر، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء أما اذا كان عقاراً، فاذا كان بناء فان تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء اما اذا كان العقار أرضاً، فان ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها أي الأرض علوا وعمقاً.

فالأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها أي للعلو، ولما تحتها أي للعمق، وكما يجوز فصل العلو او العمق عن السطح باتفاق، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية، أي بارادة منفردة. فالفصل يكون اما بقانون او بتصرف قانوني، سواء كان التصرف اتفاقاً او وصية.

اما ملكية العلو او العمق فلا تقوم قرينة علي ملكية السطح، فمالك العلو او العمق اذا ادعي ملكية السطح، عليه هو ان يثبت ذلك.

وملكية العلو تسمح لصاحب السطح ان يقيم فوق الأرض منشآت وأن يغرس فيها او يزرعها، كذلك له من النور والهواء وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء علي علوه (بطلب قطع أغصان أشجاره التي تمتد اليه مثلاً). وأن مجرد الامتداد يكون ضرراً كافياً.

ومؤدي نص المادة ٢/٨٠٣ مدني ان ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الي الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقاً.

ويستخلص من ذلك أمران هامان من الناحية العلمية:

١- أنه لا يجوز للمالك ان يمنع مرور الأسلاك الكهربائية او التلغرافية او التليفونية فوق أرضه، اذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضرراً.

٢- أنه لا يجوز للمالك ان يمنع تحليق الطائرات أثناء طيرانها فوق أرضه. فهي تحلق علي مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضرراً وصوت

أزيرها 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 فتسمح للمالك أن يحفر في أرضه حتي يضع أساس البناء الذي يقيمه فوق الأرض، وأن تمتد جذور أشجاره ومغروساته وزراعته الي الأعماق التي تتطلبها. وله أن يقوم بحفريات في أرضه، وأن يحفر سراديب تحت الأرض كما يشاء. ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير علي باطن الأرض. فإذا وجد أن غرس الجار قد امتد الي باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجذور الممتدة.

ولا يفهم هنا أيضاً 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، فإذا اضطرت مصلحة المياه الي إيصال أنابيبها تحت السطح علي مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض، فليس للمالك أن 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).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٦٨ وما بعدها

٢- يتضح من نص المادة ٨٠٣ مدني أن من حق الملكية يشمل جميع الأجزاء المندمجة في الشئ المملوك بحيث لو فصلت عنه لهلك الشئ أو تلف أو تغير. فكل ما يقيمه المالك علي أرضه من بناء أو 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 أو تحتها من بناء أو غراس أو 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 أو باطن الأرض الي الحد الذي يصلح للاستعمال. وبذلك يكون لصاحب الأرض حق التعلي فوقها ببناء أو غراس أو أي منشآت أخرى، كما أن الأصل أن تشمل ملكيته ما في وجوب الأرض من كنوز أو مناجم أو محاجر.

وبما أن الملكية حق جامع مانع، فيجوز للمالك اذن أن يحول دون استفادة غيره من الفضاء الذي يعلو أرضه أو 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، كإيصال أسلاك التلغراف أو الكهرباء أو أنابيب المياه. واستثني المشرع المناجم من الحكم المتقدم، لأن استغلالها يمس صميم السياسة الاقتصادية للدولة^(١).

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 علوا 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 هندئذ هو مطالبة صاحب الترخيص بتعويض عن الأضرار التي تنتج لسطح الأرض او من حرمانه من الانتفاع بها.

(١) حق الملكية- جزء ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ١٢٦ وما بعدها، وكتابة: التقنين المدني الجديد- ط ٢- ١٩٥٥- ص ٥٨٩.

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 علوا وعمقاً ". فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العلو او العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، والا كان المنع منه تعسفاً، كمد أسلاك التليفون او التلغراف او 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 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 ان يمنع غيره من مباشرة مثل هذه الأعمال.

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٢٨- ط ١٩٥٦، و ص ٢٤ وما بعدها طبعة ١٩٦٨.

وإذا كان الأصل أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، فذلك - كما يقول المشرع - (الي الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا) —، فلا يستأثر المالك الا 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 الي ما لا نهاية. وواضح 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 علي الحد المفيد، فلا يجوز لمالك الأرض أن يدعي استثنائه 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 ملكاً للدولة ^(١).

٥- وضعت المادة ٨٠٣ مدني مبادئ تعيين مكونات الشئ المملوك. والفقرة الأولى من تلك المادة تبين طريقة تحديد مكونات الشئ بصفة عامة، أي سواء أكان منقولاً أم عقاراً، فنقضي بأنها تشمل كل ما يعد من عناصره الجوهرية، أي كل جزء منه يعتبر لازماً لامكان الحصول علي المنفعة التي يعد بطبيعته لادائها. فالمنزل يشمل الحوائط والأسقف والأبواب والنوافذ والأدوات الصحية.

أما الفترة الثانية فتشير الي تحديد مكونات الأرض كمحل لحق الملكية، فنقول انها تشمل ما فوقها وما تحتها الي الحد المفيد في التمتع بها او عمقاً، فمالك الأرض لا يملك السطح وحده، بل يملك أيضاً ما يعلوه من فضاء

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٣ وما بعدها.

الي 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 الي فضائها. كما أن مالك الأرض يملك كذلك جوفها، أي ما تحتها من طبقات، وله أن ينتفع منا بحفر الآبار أو البناء فيها أو إقامة أية منشآت أخرى وأن يمنع الغير من استخدام جوف أرضه، فله أن يطلب اليه ازالة 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 الي ما لا نهاية له، كما كان المتصور في ظل الفكر الفردي، بل لا تجاوز ما يمكن ان يحقق فائدة للمالك بالنسبة لوجه من وجوه استعمال الأرض، ولذا للمالك أن يمنع الطيران فوق أرضه بحجة ملكيته للفضاء فوقها.

ويلاحظ أن ملكية العمق تحت الأرض بالاضافة الي تحديد مداها بما يمكن أن يكون مفيداً للمالك، تخضع لتحديدات قانونية اوردها 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 ٨٠٣/١ 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

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها.

كان من الممكن فصل هذه الأشياء عن البناء، إلا أن فصلها سيؤدي إما إلى تدمير البناء كما لو هدمت الأعمدة التي يقوم عليها، وإما إلى تغيير البناء. وإذا كان الشيء سيارة فإن ملكيتها تشمل محركها وعجلة القيادة ومقاعدھا، فهذه الأشياء تعد من عناصرھا الجوهرية.

وإذا كان الشيء أرضاً فضاء فإن ملكيتها لا تقتصر على سطحها، بل تشمل ما فوقها من فضاء وما تحتها من طبقات (م ٢/٨٠٣ مدني) ذلك أنه لا يمكن الاستفادة من الأرض في البناء أو الغراس إذا اقتصرت ملكيتها على السطح فقط، لأن البناء والغراس يعلوان فوق هذا السطح، ويمتدان في باطن الأرض، ولذلك يعتبر ما فوق الأرض وما تحتها من عناصرھا الجوهرية. ويلاحظ أن امتداد ملكية الأرض إلى ما فوقها وما تحتها ليس مطلقاً، فهو مقيد بالحد المفيد في التمتع بالعلو أو العمق (م ٢/٨٠٣)، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الأرض أن يعارض في مد أنابيب المياه أو 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 بمقتضى القانون وبصفة خاصة بمقتضى الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها (م ٣/٨٠٣ مدني). ويلاحظ أن انفصال ملكية ما فوق الأرض أو ما تحتها عن ملكية سطحها وضع استثنائي، فالأصل هو أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها، ولذلك فإن من يدعي أنه يملك ما فوق الأرض أو ما تحتها يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه، لأنه يدعي خلافاً للأصل^(١).

(١) موجز في الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد ليبب شنب - ط ١٩٧٤ - ص ٢٢٦ وما بعدها.

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 المرجع الأول في تحديد عناصر الشئ الجوهرية، بل يرجع في ذلك أولاً الي طبيعة الأشياء، ثم الي العرف بعد ذلك وكان يجدر بالمشرع العراقي ان يقر هذا التعديل، وثانيهما ان الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة أجازت فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها، ويكون ذلك بناء علي اتفاق او تشريعات خاصة، كتشريعات المناجم والمحاجر والمقالع. وما حق القرار وحق الحكر وحق المساطحة الا ضروب من ملكية ما فوق سطح الأرض^(١).

٨- نصت المادة ١٠٤٩ مدني عراقي علي 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 الجوهرية للشئ. وحدد ملكية الأرض بالعلو والسفل والمفידين، ثم بسطح الأرض وحده عند ورود الاتفاق علي 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 الجوهرية التي يتألف منها الشئ محل الملكية: اولهما- العرف، وثانيهما- تعذر فصل الشئ عن موضوع الحق الا بهلاكه او تلفه او تغييره. وذلك هو الأصل المقرر في

(١) مقومات الملكية والحقوق العينية- للدكتور حسن الذنون- المرجع السابق- ص ٤.

الشريعة الإسلامية، وهو ان الشئ يعتبر تابعاً لآخر او من أجزائه علي أساسين: العرف والاتصال اتصال بقاء وذلك هو نص كل من القانونين المصري والسوري عدا أن النص العراقي زاد العرف فجعله حكماً فيما يعد انه من عناصر الشئ الجوهرية.

والعرف يختلف باختلاف البلد الذي يقع فيه الشئ، وذلك ناشئ من طبيعة الشئ نفسه ومن حدود المنفعة التي ينالها منه أهل بلد دون غيرهم. وعلي هذا ما يدخل في الشئ في مكان او زمان قد لا يدخل فيه في مكان او زمان آخر^(١).

٩- يستخلص من نص المادة ٨٠٣ مدني مصر والمادة ٨١١ مدني ليبي المقابلة لها ان نطاق الملكية الخاصة يتحدد بالعناصر الجوهرية للشئ، فمالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية كأجزائه المندمجة فيه والتي لا يمكن فصلها عنه دون هلاكه او تلفه او تغييره، فملكية البناء مثلاً تشمل ملكية أعمدته وسلالمة ونوافذه وأبوابه، فهذه العناصر جوهرية للبناء، لأن فصلها عنه وان كان ممكناً تصوره الا انه يؤدي حتماً الي هدمه او تلفه او تغييره، وملكية السيارة تشمل محركها ومقاعدتها وعجلة القيادة واطار العجلات، فهذه الأجزاء عناصر جوهرية في السيارة، لأن فصلها عنها يجعلها غير صالحة للاستعمال.

اما ملكية الأرض فتشمل ما فوقها وما تحتها الي 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 جوهرية لها لانه لا تكتمل الفائدة من امتلاك الأرض الا باقامة

(١) الملكية العقارية في العراق - جزء ١ - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٥٤ وما بعدها.

المنشآت عليها وزراعتها والغراس فيها، 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 مجالاً لاثارة الجدل الذي حدث بفرنسا حول نطاق ملكية الأرض علوا وعمقاً، 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 المملكة 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 يمدّه 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 تنفصل ملكية السطح عن ملكية العلو والعمق بناء علي اتفاق ذوي الشأن او بمقتضي القانون (م ٣/٨٠٣ مدني مصري و م ٣/٨١١ مدني ليبي).

كما أن القانون الخاص بالمحاجر والمناجم والمعادن واستغلالها والتنقيب 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 فتنفصل ملكية سطح الأرض عما فوقها علي خلاف ذلك ^(١).

• **نطاق حق الملكية :** يتضح لنا من نص المادة ٨٠٣ مدني سالفه الذكر أن. لمالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : (فالشئ المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له. والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا في الكل، بحيث لو فصل منه لهلك الشئ أو تلف أو تغير) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧). فإذا كان الشئ منقولا سهل التعرف علي ذاتيته وأجزائه، فالسيارة أو الكتاب مثلا يمكن تحديد هذه الأجزاء أما إذا كان عقارا، فان كان بناء فان تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء.

• **شمول ملكية الأرض للعلو والعمق :** فقد قضت الفقرة الثانية من المادة علي أن: " و ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلي الحد المفيد في التمتع بها، علوا وعمقا " مفاده أن ملكية الأرض لا تقتصر علي سطحها،

(١) الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة- رسالة- المستشار الليبي الدكتور محمد علي حنبوله- المرجع السابق- ص ٥١٣ وما بعدها.

بل تشمل كذلك ما فوقها من الفضاء وما تحتها من الأعماق. وبناء على ذلك تعتبر ملكية السطح قرينة قانونية على ملكية العلو و ملكية العمق. غير أنها ليست بالقرينة القاطعة، بل هي قرينة بسيطة يمكن إقامة الدليل على عكسها ولهذا يقرر المشرع المصري أنه " يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق، أن تكون ملكية السطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها " (م ٣/٨٠٣ مدني)، فقد يخول مالك السطح للغير حق البناء على أرضه، وهو بذلك يفصل ملكية السطح التي تكون له عن ملكية العلو أو ملكية البناء التي تثبت للغير. وقد يجعل القانون للغير ملكية العمق، أو يخول مالك السطح للغير تملكه، فتكون ملكية السطح لشخص و ملكية العمق لشخص آخر. و ملكية العلو والعمق تعطى للمالك في شأنهما ما تعطيه له ملكية السطح من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، بحيث يستأثر وحده في الأصل بالتمتع بهذه السلطات ويملك حرمان غيره من مشاركته فيها أو في بعضها دون رضاه. فيكون له، كما رأينا، التصرف في ذات العلو أو العمق بنقل ملكيته مثلا إلي شخص آخر، أو بتقرير حق عيني للغير عليه كحق الحكر. ويكون له استعمال العلو أو العمق وما قد يتبع ذلك من استغلاله، فله أن يشغل العلو بالأبنية أو المنشآت أو الأشجار أو الأسلاك، غير مقيد في شأن الارتفاع بها إلا بما قد تقضى به القوانين واللوائح خاصة بذلك، وله في الأصل أن يستخرج الأحجار والمعادن والأتربة من جوف الأرض. وأن يمد فيه ما يشاء من أنابيب وأسلاك، وأن يمهد فيه ما يشاء من منشآت وأنفاق وممرات، أو يحفر فيه ما قد يلزمه من آبار وعيون. وفي مقابل حق المالك في التمتع بهذه السلطات، يملك منع أي أحد من استعمالها دون رضاه، ويملك المطالبة بإزالة كل ما قد يقوم به الغير جبرا عنه من ممارسة هذه السلطات في نطاق العلو أو العمق. فله في الأصل أن

يعترض علي قيام الغير بمد أسلاك عبر الفضاء الذي يعلو أرضه، وأن يطالب بقطع ما قد يمتد فوق أرضه من أغصان وفروع أشجار الجار أو باستئصال ما قد يزحف في جوف أرضه من جذورها. (حسن كيرة ص ٨٣ - ٨٤).

كما قضت بأن: " كل من تملك أرضا صار مالكا لكل ما فوقها وما تحتها إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن ذلك " (طعن رقم ٩ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣) وبأنه " ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها متي كان لا يوجد اتفاق علي خلاف ذلك " (طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣) وبأنه " يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني أن المشرع وضع بالفقرة الأولى منه قرينة تقضى بأن كل ما يوجد علي الأرض أو تحتها من بناء أو غرس، أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأه علي نفقته فيكون مملوكا له، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل علي أنه هو الذي أقام هذه المنشآت علي نفقته دون سابق مع صاحب الأرض فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل أن يعرض صاحبها وفقا للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض علي أن يملك الأجنبي المنشآت المقامة من قبل بأي تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة منشآت وتملكها، وفي الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق علي مصير المنشآت فانه يجب إعمال هذا الاتفاق ويتمتع التحدي بقواعد الالتصاق " (طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١) وبأنه " أقام المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من

القانون المدني قرينة مفادها أن ما يوجد علي الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكا له، وأجاز في فقرتها الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل علي أنه هو الذي أقام المنشآت علي نفقته أو أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله إقامة المنشآت هو عقد البيع وإنما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر وان كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن يكون للمشتري حيازته والانتفاع به. إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه علي الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشتري ثان سبق إلي شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، ويصبح كل ما للمشتري الأول الباني الذي لم يشهر عقده - إذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانيا حسن النية - هو أن يطالب المشتري الثاني بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء... الخ " (طعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤) وبأنه " مفاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع وضع في الفقرة الأولى قرينة لصالح مالك الأرض هي أنه مالك لما فوقها وما تحتها وإجازته في الفقرة الثانية للأجنبي أن يثبت عكس القرينة فان أثبت أنه أقام المنشآت من ماله، ولكن بغير اتفاق مع المالك علي مصيرها تملك المالك هذه المنشآت بالالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص وان أثبت أنه خول من المالك في إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدي عندئذ بقواعد الالتصاق الخ " (طعن رقم ٣١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٣) وبأنه " النص في

الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدني علي أن " كل ما علي الأرض وتحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه علي نفقته أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه علي نفقته ويكون مملوكا له، يدل علي أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل علي ملكيته للمنشآت، وتستند هذه القرينة القانونية إلي مبدأ عام تقررته المادة ٢/٨٠٣ من القانون المدني، فان ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلي الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفة الذكر علي أنه " ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل علي أن أجنبيا أقام هذه المنشآت علي نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل علي أن مالك الأرض قد يخول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التي يقيمها علي الأرض، وفي هذه الحالة لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة ٣/٨٠٣ من القانون المدني الخ " طعنان رقما ٦٣٥، ٦٤٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧) وبأنه " مؤدى المادتين ٩٢٢، ٩٢٦ يدل علي أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول آخرا تملك ما يقيمه من منشآت علي هذه الأرض فتتفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض ولا شأن لهذه الحالة بأحكام الالتصاق أما إذا أقام شخص منشآت علي الأرض غير مملوكة له بترخيص من مالكيها ون أن

يتفق في هذا الترخيص علي مصير المنشآت فان صاحب الأرض يمتلكها بالتصاق ولا يكون لمن أقامها - ما لم يطلب نزاعها سوى أن يرجع علي مالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما في المادة ٩٢٥ من القانون المدني ... الخ " (طعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٨).

فيتبين لنا مما تقدم ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها طالما لا يوجد اتفاق علي خلاف ذلك . فيكون لمالك الأرض الحق في استعمال العلو والعمق وما قد يتتبع ذلك من استغلاله، فله أن يشغل العلو بالأبنية والمنشآت والأشجار أو الأسلاك. وله أن يمنع غيره من استعمالها دون رضاه، ولكن لا يفهم من ذلك أنه لا يوجد حد لملكية العلو والعمق فقد حرصت المادة ٢/٨٠٣ مدني كما رأينا بأن " ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلي الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا" وكان المشروع التمهيدي لهذا النص يجرى علي الوجه الآتي : " ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلي الحد الذي يصلح للاستعمال علوا وعمقا، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه ". وقد حذفت اللجنة التشريعية لمجلس النواب العبارة الأخيرة " غير أنه ليس للمالك أن يعارض"، وذلك " لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له، وهو مفهوم من صدر الفقرة ". وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد " علي أن المادة ١١٦٣ (من المشروع التمهيدي) أوردت قيда علي حق المالك في العلو والعمق، فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العلو والعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه. فإذا اضطرت مصلحة التلغرافات إلي إيصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه إلي إيصال أنابيبها تحت السطح، علي مسافة من العلو أو العمق لا تضر

بصاحب الأرض، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال، وألا كان المنع تعسفا في استعمال حق الملكية" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨) مفاد ذلك أنه لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التلغرافية فوق أرضه، إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضرر. لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات في أثناء طيرانها فوق أرضه، فهي تحلق علي مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضرر، وصوت أزيها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضررا كافيا لطلب منعها، وألا تعطلت الملاحة الجوية. ولما كان الفضاء وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل علي مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، فإذا اضطرت الهيئة العامة للمياه إلي إيصال أنابيبها تحت السطح علي مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال، وألا كان المنع تعسفا في استعمال حق الملكية .

وأهم قيد يرد علي ملكية العمق هو القيد المستخلص من قانون الناجم والمحاجر، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر في باطن الأرض ملكا للدولة، لا لصاحب الأرض. فللمالك أن يجري ما يشاء من أعمال الحفر في أرضه لأي عمق، ولا يجوز للغير إجراء أي حفر بدون موافقته مع استثناء مرفق المياه إذا اضطرت ظروف التنظيم إلي مد أنابيب المياه بأرض المالك بالعمق الذي لا يترتب عليه ضرر له فان امتنع كان متعسفا في استعمال حقه إذ لا تنهض المسؤولية إلا إذا ترتب علي الفعل ضرر بالمالك دون اعتداد بالمنفعة التي قد يحققها الغير من هذا الفعل، أما ما يوجد بباطن الأرض، فان كان كنزا سرت أحكام المادة ٨٧٢ مدني، أما إن وجدت مواد معدنية أو مواد مما يستخرج من المناجم أو المحاجر فان ملكية هذه الأشياء تكون للدولة دون مالك الأرض وذلك عملا

بأحكام القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ المعدل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٥٧ ويراعى أن قانون الناجم والمحاجر السابق رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٠ قد الغي بموجب القانون ٨٦ فيما عدا الأحكام الخاصة بالوقود . (أنور طلبة ص ١٩).

مفاد ما تقدم أن المواد المعدنية التي توجد بالمناجم تكون ملكا للدولة أما المناجم ذاتها وهي باطن الأرض الذي توجد فيه هذه المواد فيظل مملوكا لصاحب الأرض فله أن يستعملها ويستغلها ولكن في أغراض أخرى غير استخراج المواد المعدنية. ونفس الشيء بالنسبة للمحاجر. وإن كان المشرع قد حرم مالك العمق من ملكية مواد المناجم والمحاجر ومن البحث عن استغلالها فإنه قد حفظ له بعض الحقوق والتي تشمل فيما يلي:

- ١- الترخيص له باستخراج ما يحتاج إليه المحجر من مواد البناء بقصد استعماله الخاص دون استغلالها مع إعفائه من الإيجار والإتاوة. ٢- أن يكون له الأولوية علي الغير في الحصول علي الترخيص في الاستغلال من الأرض المملوكة له والحصول علي نصف الإيجار في بعض الأحوال.
- ٣- يكون له الأولوية علي الغير في الحصول علي الترخيص في الاستغلال من الأرض المملوكة له، وفي هذه الحالة يعفي من الإيجار دون الإتاوة. ويسقط حقه إذا بلغ بوجوب أن يطلب الترخيص خلال شهرين وانقضى الميعاد دون طلب، وفي هذه الحالة يجوز الترخيص للغير في استغلال المحجر، ويكون لصاحب الأرض الحق في الحصول علي نصف الإيجار. (السنهوري ص ٥٣٧).

• **الترخيص باستغلال المناجم والمحاجر :** يصدر عقد استغلال المناجم بقرار من وزير التجارة والصناعة. وتتص المادة ٥٠ من قانون المناجم علي أنه " يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال الناجم والمحاجر إلي شركة أو

جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون الصادر بالتراخيص".

وكان عقد استغلال المحاجر يصدر بقرار من وزير التجارة والصناعة أو من ينييه في ذلك . ولكن آل هذا الاختصاص إلي وزارة الصناعة عقب إنشائها إلي أن صدر قانون نظام الإدارة المحلية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ حيث صدر طبقا لأحكامه قرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٢ ونص في المادة الأولى منه علي أن " ينقل إلي المحافظات الاختصاصات المخولة لوزارة الصناعة بمقتضى القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ المشار إليه فيما يتعلق بالمحاجر اعتبارا من أول يولييه سنة ١٩٦٢"، وبذلك أصبحت المحافظات هي الجهة المختصة بالإشراف علي المحاجر واستغلالها.

• صدور القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ وحضره تراخيص استغلال المناجم

والمحاجر علي شركات القطاع العام : لقد صدر القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ وحضر تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال الجبس والرمال البيضاء علي شركات القطاع العام. وقد نشر هذا القرار بالجريدة الرسمية في العدد الصادر في ٨ أغسطس سنة ١٩٦٣ علي النحو التالي:

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣

بإنهاء تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وعقود استغلال الجبس

والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات القطاع الخاص

وبتأميم الأصول المستخدمة في استغلالها وأيولة ملكيتها للدولة

باسم الأمة

رئيس الجمهورية

بعد الإطلاع علي الدستور المؤقت.

وعلي الإعلان الدستوري الصادر في ٢٧ من سبتمبر سنة ١٩٦٢ بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا.

وعلي القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بالشركات المساهمة وشركات لتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة،

وعلي القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر، وعلي قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٩٩ لسنة ١٩٦١ بإنشاء المجلس الاعلي للمؤسسات العامة،

وعلي موافقة مجلس الرياسة،

أصدر القانون الآتي:

مادة ١- تنتهي تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات القطاع الخاص.

مادة ٢- تؤمم الأصول المستخدمة في الاستغلال وتؤول ملكيتها إلى الدولة.

مادة ٣- تتولى تقييم رؤوس أموال المنشآت المشار إليها في المادة السابقة لجان من ثلاثة أعضاء يصدر بتشكيلها وتحديد اختصاصها قرار من وزير الصناعة علي أن يرأس كل لجنة مستشار بمحكمة الاستئناف يختاره وزير العدل.

وتصدر كل لجنة قراراتها في مدة لا تجاوز شهرين من تاريخ صدور قرار تشكيلها وتكون قرارات اللجنة نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن. (قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٨ في القضية رقم ١٣٢ لسنة ٢٠ قضائية " دستورية " (الجريدة الرسمية العدد ١٠ تابع (أ) في ٤ مارس سنة ٢٠٠٤) بعدم دستورية ما ورد بعجز الفقرة الثانية من المادة الثالثة من أن " تكون قرارات لجان التقييم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن ").

مادة ٤- تؤدي الدولة قيمة ما آل إليها من أموال المنشآت المشار إليها بموجب سندات اسمية علي الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤% سنويا، وتكون السندات قابلة للتداول بالبورصة، ويجوز للدولة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع في جلسة علنية، وفي حالة الاستهلاك الجزئي يعلن عن ذلك في الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين.

مادة ٥- لا تسأل الدولة عن التزامات المنشآت المشار إليها في المادة الأولى إلا في حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها في تاريخ التأمين. فإذا لم تكن أسهم هذه المنشآت متداولة في البورصة، أو كان قد مضى علي

آخر تعامل عليها أكثر من ستة أشهر أو كانت هذه المنشآت غير متخذة شكل شركات مساهمة تكون أموال أصحابها وأموال زوجاتهم وأولادهم ضامنة للوفاء بالالتزامات الزائدة علي أصول هذه المنشآت. ويكون للدائنين حق امتياز علي جميع هذه الأموال.

مادة ٦- يرخّص لوزير الصناعة في إسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار إليها في المادة الأولى إلي شركات القطاع العام.

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

ويكون له الاختصاصات المخولة لمجلس الإدارة للمدير وتخضع قرارات المجلس المقت أو المندوب في المسائل التي تعتبر أصلاً من اختصاص مجلس الإدارة لتصديق رئيس مجلس إدارة المؤسسة المختصة.

مادة ٧- يجوز لوزير الصناعة تأجيل أداء ديون والتزامات المنشآت المشار إليها لمدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون.

مادة ٨- كل مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.

مادة ٩- ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشره.

صدر برئاسة الجمهورية في ١٨ ربيع الأول سنة ١٣٨٣ (٨ أغسطس سنة ١٩٦٣).

وقد صحح تاريخ الإصدار بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٦٣ (العدد ١٥).

ويتبين من أحكام هذا القانون انه فيما يتعلق بالمناجم لم يعد لشركات القطاع الخاص، مصرية كانت أو أجنبية. ولا للأفراد المصريين أو الأجانب، الحق في الحصول علي ترخيص في البحث أو في عقد للاستغلال. ولا يجوز لغير شركات القطاع العام الحصول علي شئ من ذلك. وهذا هو الحكم أيضا فيما يتعلق بالمحاجر في شأن استغلال الجبس والرمال البيضاء، أما في شأن الخامات الأخرى للمحاجر غير الجبس والرمال البيضاء فلا يزال جائزا منح عقود استغلال للأفراد ولشركات القطاع الخاص. ولكن يبدو أن المادة ٥٠ من قانون الناجم والمحاجر، وهي التي تقضى بجواز الترخيص بقانون لوزير الصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر إلي شركة أو جمعية أو مؤسسة، ولو كانت تابعة للقطاع الخاص أو كانت أجنبية، بشروط خاصة، لا يزال معمولاً بها. (السنهوري ص ٥٣٩).

من أحكام القضاء:

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...".

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 كا يوجد بها من مواد معدنية، وبما

لا يتعارض مع ما يكون مخولاً للغير من حق البحث أو الكشف بها عن تلك المواد أو من امتياز استغلالها، وعلي ألا يؤدي عمل المرخص له الي الأضرار بالسطح، فاذا نجم عن عمله أي ضرر بسطح الأرض أو 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 قانوناً، ويكون النعي علي الحكم بهذا السبب علي غير أساس.

نقض جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ مجموعة المكتب الفني- السنة ٢٤- ص ١٣٣١

٣- 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 ٦٤ق - جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

* * *

حق المالك في الثمار والمنتجات والملحقات

النص التشريعي (مادة ٨٠٤) :

مالك 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 الشئ من ثمرات غير متجددة كما هو الأمر في المناجم والمحاجر.

(جـ) الثمرات (fruits) وهي كل ما ينتجه الشئ 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 تتفصل عن ملكية ملحقاته او منتجاته، او يوجد نص في القانون يقضي بغير ما تقدم، كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك.

وتكون نصوص في القانون تبين المقصود بالملاحقات، منها ما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدني المتعلقة بملحقات الشئ المبيع^(٢)، وما نصت علي المادة ١٠٣٦ مدني الخاصة بملحقات العقار المرهون رهناً رسمياً^(٣).

أما الثمار- فهي ما ينتجه الشئ من غلة متجددة. وقد تكون الغلة طبيعية كالزراع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه، أو صناعية كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والانسان، او مدنية كأجرة الأراضي والمساكن.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٦- من ٢٠ و ٢١.

(٢) يراجع التعليق علي تلك المادة بالجزء الثاني من هذا الكتاب.

(٣) يراجع التعليق علي تلك المادة بالجزء الخامس من هذا الكتاب.

والذي يميز الثمار أمران:

- ١- أنها غلة دورية متجددة، أي أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع.
 - ٢- أنها مع تفرعها عن الشئ لا تمس أصله ولا تقتضي منه، بل يبقى الأصل علي حاله دون نقصان.
- والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشئ، الا اذا نص القانون علي غير ذلك، كما نص علي جعل الثمار للحائز حسن النية.
- والمنتجات - هي كل ما يخرج 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 الشئ في أوقات متقطعة غير منتظمة.
- ٢- وهي تمس أصل الشئ وتتنقص 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^(١).
- ٢- من المؤلف في فقه القانون تقسيم الثمار الي انواع ثلاثة: طبيعية وصناعية ومدنية. فالثمار الطبيعية هي التي ينتجها الشئ 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

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٨٥ وما بعدها.

مقابل استغلاله للشئ كالأجرة وفوائد النقود. وتتميز الثمار جميعها بخاصة واحدة هي كونها دورية ومتجددة.

اما المنتجات فهي التي ينتجها الشئ في مواعيد غير منتظمة، كما أنها تقتطع من الشئ نفسه وتنتقص بالتالي من قيمته، ومثالها منتجات المناجم والمحاجر وأشجار الغابات غير المعدة للاستغلال، وأقساط الدخل المرتب مدي الحياة.

وتظهر اهمية التفرقة بين الثمار والمنتجات في نطاق حق الانتفاع، وبصدد تملك الحائز حسن النية لما ينتجه الشئ الذي في حيازته، فلا حق للمنفع والحائز حسن النية الا في ثمار الشئ دون منتجاته.

أما بالنسبة لحق الملكية فلا أهمية لهذه التفرقة، فللمالك حق تحصيل ثمار الشئ ومنتجاته جميعاً، فلا يحرم منها الا بارادته، او لمصلحة حائز سئ النية. فانه يصبح من وقت سوء نيته مسئولاً عن ردها الي مالك الشئ، ولكن في نظير رد ما أنفقه الحائز علي الانتاج هذه الثمار (م ٩٧٩ مدني).

أما الملحقات فيقصد بها توابع الشئ اللازمة لاستعماله، ويعتبر مالك الشئ مالكاً 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 الشئ تشمل ثماره ومنتجاته وما يلحق به من اشياء موجودة به كالعقارات بالتخصيص او كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء، وهي تشمل كذلك جميع ما يقام علي الأرض من بناء او غراس.

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٢٥.

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 رتبة المالك للغير، واما بناء علي مجرد الحيازة^(١).

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 والمساكن والحظائر والآلات مما يعتبر عقارات بالتخصيص^(٢).

(١) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- ط ١٩٥٦- ص ٣١ و ط ١٩٦٨- ص ٢٧.

(٢) الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة- للدكتور محمد علي حنبول- رسالة- المرجع السابق- ص ٥١٦.

• امتداد الملكية إلى ثمار الشئ ومنتجاته وملحقاته : تمتد ملكية الشئ

إلى كل ما ينتجه أما بطبيعته أو بفعل الإنسان سواء كان ثماراً أو منتجات كما شمل ملحقات الشئ كل ذلك ما لم يوجد نص أو اتفاق من يخالف ذلك.

(١) الثمار : والثمار (fruits) وهي كل ما ينتجه الشئ من غلة

متجددة. وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزراع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه، أو صناعية (industriel) كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والإنسان، أو مدنية (civil) كأجرة الاراضى والمساكن (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦ ص ٢١) والذي يميز الثمار أمران :
(١) أنها غلة متجددة، أي أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع. (٢) أنها مع تفرعها عن الشئ لا تمس أصله ولا تنقص منه، بل يبقى الأصل في حالة دون نقصان، والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشئ، إلا إذا نص القانون علي غير ذلك، كما نص علي جعل الثمار للحائز حسن النية. (السنهوري ص ٥٤٢).

(٢) المنتجات : والمنتجات هي كل ما يخرج الشئ من ثمرات غير

متجددة كما هو الأمر في المناجم والمحاجر، فهي غير دورية وتنقص من اصل الشئ، وتظهر أهمية التفرقة بين الثمرات والمنتجات عند تطبيق المواد ٩٧٨ و ١٧٩ و ٩٨٧ و ٩٣٣ .

(٣) الملحقات : ويقصد بالملحقات كل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال

الشئ أو للتمتع به علي أي وجه كان، طبقاً لما تقضى به طبيعة الشئ أو عرف المكان أو إرادة الأفراد. وتبدو الأهمية البالغة لامتداد الملكية إلى ملحقات الشئ عند نقل ملكية الشئ إلى الغير ببيعه مثلاً أو عند ترتيب حق عيني تبعى عليه وفاء لدين من الديون كالرهن، إذ الأصل - ما لم يرد

اتفاق مخالف - أن البيع والرهن يرد كل منهما على الشيء وملحقاته معا. ولذلك قضت المادة ٤٣٢ من التقنين المدني في شأن البيع على أن "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، وتنص المادة ١٠٣١ من نفس التقنين، في شأن الرهن الرسمي على أن "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق علي غير ذلك.....". (حسن كيرة ص ٨٨).

من أحكام القضاء :-

١- 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 إبتدائياً للطاعنة بطلبتها في الدعوى الأولى وبندب خبير في الثانية وبرفض الثالثة. عدم جواز الطعن في 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 وإلى 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 في 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 مورثتهما وأحلت طلب الطاعنة بإلزام المطعون ضده الأول بأداء ريع حصتها في المدة المطالب بها إلى الخبير لتحقيق عناصره فإن ذلك الحكم لا تنتهى به الخصومة في الدعوى كلها وليس من بين الأحكام التى 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 ينطوى 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 ٤٧ص ٣٠٨)

* * *

حماية الملكية

النص التشريعي (مادة ٨٠٥) :

لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الا في الأحوال التي يقرها 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 استخدامها. 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 فيتخلى 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 الشيء 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 استنزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء، 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).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٢٣ و ٢٤ و ٢٥.

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 يعرض 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 تتعدي 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 الحكم 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.

كما يكون اعتداء الادارة علي الملك الخاص عن طريق أوامر ادارية مخالفة للقانون فاذا صدر أمر اداري من جهة غير مختصة فأضر بملك أحد الأفراد، كما اذا أصدر مفتش ري أمراً خارجاً عن حدود اختصاصه تحققت مسئولية الحكومة. واذا صدر أمر اداري من وزير الداخلية او المحافظ باغلاق مصنع ملوك لأحد الأفراد كان الأمر الاداري باطلاً، لأن المحلات المقلقة للراحة او المضرة بالصحة او الخطرة، لا تغلق الا بحكم قضائي. وقد يصدر أمر اداري من جهة مختصة ولكن لا تتبع الاجراءات والأوضاع التي نص عليها القانون فيكون باطلاً، ويحكم علي الادارة بالتعويض وكذلك الأمر فيما اذا صدر الأمر الاداري مخالفاً لنصوص القوانين او 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 تقرض حراسة الطوارئ او حراسة التعبئة علي أموال الفرد يترتب عليها غل يده عن امواله فلا يملك التصرف فيها ولا ادارتها، ويتولي الحارس ذلك نيابة عنه.

والتأميم أيضاً يرد قيداً علي حق الملكية، فتنتزع الدولة ملك الشخص جبراً عنه، ويؤول الملك الدولة في مقابل تعويض يتقاضاه المالك. وينصب التأميم 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 الاداري، ومن ثم فانه لا يعثينا 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 او انشاء شارع او ميدان او حي او توسيع أي منها او تجميله.

٢- وجوب اتباع الاجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية-

وهي:

(أ) بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة او من أعمال التحسين بموجب قرار من الوزير المختص، مرفق به مذكرة رسم بتخطيطه الاجمالي، وينشر، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبي المصلحة القائمة باجراءات 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 الى 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 كسفاً 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 يريد 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).

• عدم جواز نزع الملكية جيداً علي صاحبها إلا في الأحوال التي يقررها

القانون وبالشروط التي يقررها : هذا النص يرسم ما لحق الملكية من وسائل للحماية بعد أن حددت النصوص السابقة نطاق هذا الحق، وأول وسيلة لحماية المالك، وهو إلا تنزع منه ملكيته بغير رضاه إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي رسمها وفي مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً، فهناك إذن قيود ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه: أ- لا يحرم المالك من ملكه إلا في حالة نص عليها القانون، كما هو الأمر في نزع الملكية للمنفعة العامة، وكما هو الأمر أيضاً في حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل. ب- وبالطريقة التي رسمها القانون، أي بعد اتباع الإجراءات التي وضعت لضمان الحقوق المشروعة، مثل ذلك إجراءات نزع الملكية. ج- وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولي عليه

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٦١٥ وما بعدها، والمراجع السابقة.

مقدما قبل أن يتخلى عن ملكه، ويرسم القانون إجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض العادل فيما إذا اختلف في تقديره مع نازع الملكية. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ ص ٢٤)، ويتبين من النص ان هناك شروطا ثلاثة يجب توافرها حتى يجوز قانونا أن ينزع من المالك ملكه : (١) أن يكون هناك نص في القانون يجيز نزع الملك، فلا يكفي أن يصدر بجواز نزع الملك قرار ادارى مهما علت مرتبته، بل لابد من تدخل المشرع نفسه. (٢) ويجب أن تتبع في نزع الملك الإجراءات التي رسمها القانون لذلك، فالانحراف عن هذه الإجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطلا. (٣) ويجب أن يعرض المالك عن ملكه تعويضا عادلا، يستولي عليه مقدما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة. فليس لجهة الإدارة إذن أن تمس حق الملكية، وبخاصة لا يجوز لها أن تنزع الملكية للمنفعة العامة، إلا بعد استيفاء الشروط سالفة الذكر . (السنهوري ص ٥٦٦).

● **مساس الإدارة بحق الملكية :** لا يجوز للإدارة أن تعتدى علي حق الملكية، لا عن طريق عمل مادی أو عن طريق أمر ادارى. ولا يجوز لها أن تصدر الملك مصادرة عامة. ولا أن تصدر ملكا معيناً بالذات إلا إذا كان ذلك بناء علي حكم قضائى.

وبناء علي ما تقدم فإذا اعتدت جهة الإدارة علي ملك احد الأفراد، ولم تنقيد بالشروط سالفة الذكر، فلم يوجد نص في القانون يستند إليه عمل الإدارة، أو وجد ولم تتبع الإدارة الإجراءات التى رسمها القانون، أو اتبعت هذه الإجراءات ولكن دون أن تدفع للمالك تعويضا عادلا، فان عملها هذا يكون غير مشروع. ويكون اعتداء علي حق الملكية يردده القضاء، ويقضى للمالك بتعويض عنه بل ويرد الملك إلي صاحبه ما دام لم يزل عنه بطريق

قانونى. ويجوز للقضاء المستعجل أن يمنع غصب الإدارة مؤقتاً، ويحول دون تغيير معالم الشئ قبل القضاء نهائياً في الملكية.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن: "المشرع الدستوري أرسى الأحكام الخاصة بالمصادر بما نص عليه في المادة ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١ من أن المصادر العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى " فهي بذلك نهى مطلق عن المصادرة العامة، وحدد الأداة التي تتم بها المصادرة الخاصة وأوجب أن تكون حكماً قضائياً وليس قراراً إدارياً، حرصاً منه على صون الملكية الخاصة من أن تصدر إلا بحكم قضائى، حتى تكفل إجراءات التقاضى وضماناته لصاحب الحق الدفاع عن حقه وتنتفى بها مظنة العسف أو الافتئات عليه، وتأكيداً لمبدأ الفصل بين السلطات على أساس أن السلطة القضائية هي السلطة الأصلية التي ناط بها الدستور إقامة العدالة بحيث تختص دون غيرها من السلطات بالأمر بالمصادرة"، وبأنه "لما كان نص المادة ٣٦ المشار إليها إذ حظر تلك المصادرة إلا بحكم قضائى قد جاء مطلقاً غير مقيد، بعد أن عمد المشرع الدستوري سنة ١٩٧١. الي حذف كلمة " عقوبة " التي كانت تسبق عبارة " المصادرة الخاصة " في المادة ٥٧ من دستور سنة ١٩٥٦ المقابلة للمادة ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١، وذلك حتى يجرى النص على إطلاقه ويعم حكمه ليشمل المصادرة الخاصة في كافة صورها، فإن النص الذي يجيز لوزير الاقتصاد أو من ينيبه أن يأمر بالمصادرة إدارياً يكون مخالفاً للمادة ٣٦ من الدستور، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم دستوريته " (القضية رقم ٢٣ لسنة ٣ قضائية " دستورية " جلسة ١٥/٥/١٩٨٢) وبأنه " الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على

سبيل الاستثناء وفي الحدود وبالقيود التي أوردتها، ولك باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي وحافزه وحظر المصادرة العامة حظرا مطلقا، ولم يجز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائي (المادة ٣٦) " (القضية رقم ٩١ لسنة ٤ ق "دستورية " جلسة ١٩٨٥/٢/٢) لكن قد لا يصل اعتداء الإدارة إلي حد حرمان المالك من ملكه بل أن كثيرا من دعاوى المسؤولية التي يرفعها الأفراد علي الدارة مصدرها أفعال مادية يترتب عليها ضرر بملك الغير وبالتالي مسؤولية علي عاتق الحكومة. كما إذا أهملت الجهة الإدارية المختصة تطهير ترعة عامة فتعذر وصول المياه لزرعه احد الأفراد فتلفت الزراعة، وكما إذا احترقت ممتلكات الأفراد نتيجة لتطاير الشرر من إحدى قاطرات السكك الحديدية، وكما إذا أنشأت الإدارة جنابية بمحاذاة ترعة فترتب علي إنشاء الجنابية رشح اضر بملك احد الأفراد. وعلي من يتأذى من عمل الإدارة أن يثبت في جانبها خطأ يقيم عليه مسؤوليتها، فإذا لم يثبت خطأ فلا مسؤولية. وقد أخذت بعض المحاكم بنظرية الخطأ المفترض في مسؤولية الإدارة عن أعمال الاعتداء التي قع منها علي ملك الأفراد، فقضت بمسؤولية الإدارة عن انكسار مواسير المياه وتسرب الماء منها الي المنازل المجاورة وإتلافها. وعن إنشاء محطة للمجارى بجوار منزل فأدى ذلك الي نقص قيمته. كما يكون اعتداء الإدارة علي الملك الخاص عن طريق أوامر إدارية مخالفة للقانون. فإذا صدر أمر ادارى من جهة غير مختصة فاضر بملك احد الأفراد، كما اذا صدر مفتش رى أمرا خارجا عن حدود اختصاصه، تحققت مسؤولية الحكومة. وإذا صدر أمر ادارى من وزير الداخلية او المحافظ بإغلاق ملحج او مصنع مملوك لأحد الأفراد كان الأمر الادارى باطلا، لأن المحلات المقلقة للراحة او المضرة بالصحة او الخطرة لا تغلق إلا بحكم قضائي. وقد

يصدر أمر ادارى من جهة مختصة ولكن لا يتبع الإجراءات والأوضاع التى نص عليها القانون، فيكون باطلا، ويحكم علي الإدارة بالتعويض. وكذلك الأمر فيما إذا صدر الأمر الادارى مخالفا لنصوص القوانين أو مشوبا بخطأ في تطبيقها أو تفسيرها. ومنذ إنشاء مجلس الدولة، أصبحت الأوامر الإدارية المخالفة للقانون تعرض علي القضاء الادارى، فيحكم بإلغائها، ولا يكتفى بالتعويض كما كان يفعل القضاء العادى. (السنهوري ص ٥٦٩).

فالأصل إذن هو تحريم اعتداء الإدارة علي الملك الخاص. ويجوز مع ذلك بموجب القانون وطبقا لإجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل، ان تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء علي الملك استيلاء مؤقتا، وان تضعه تحت الحراسة، وان تؤممه فينتقل من القطاع الخاص الي القطاع العام.

نزع الملكية للمنفعة العامة

• قانون نزع الملكية للمنفعة العامة: كان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧

بشأن نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية لدى المحاكم الأهلية والقوانين المعدلة له هي القوانين التي تسرى في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أمام القضاء الوطنى. ثم صدر المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ بإدخال أحكام جديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنافع العامة. ثم صدر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يحل محل القانونين رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ ورقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ويلغيهما. وأخيرا صدر القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ وقضى في المادة ٢٦ بإلغاء القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة او التحسين والقرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٣ بشأن نزع ملكية العقارات لتنفيذ مشروعات تحويل اراضى

الحياض الي نظام الرى الدائم كما قضى بإلغاء كل حكم يخالف احكام هذا القانون وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون نه " صدر القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والتحسين وقت ان كان النظام السائد في البلاد هو نظام المركزية الادارية وفي وقت كانت فيه المرافق العامة - في الغالب الأعم - عبارة عن مصالح عامة تتبع وزارات الحكومة. وقد مضى ما يزيد علي ربع قرن منذ صدور هذا القانون دون ان يلحقه تعديل يذكر يساير التطور الهائل الذي لحق البنيان الادارى للدولة والذي بدا بالأخذ بنظام اللامركزي الإدارية متمثلا في نظام الحكم المحلي وما تلا ذلك من تحول العديد من المصالح العامة الي هيئات عامة تتمتع كل منها بشخصية معنوية مستقلة عن الشخصية المعنوية للدولة كما اصبح لكل هيئة من هذه الهيئات ميزانية مستقلة عن الميزانية العامة للدولة. ونظرا لما لهذا القانون من آثار خطيرة بالنسبة لأجهزة الدولة القائمة علي المرافق العامة والأفراد مما يراد نزع ملكيتهم للمنفعة العامة او التحسين فقد بات من الضروري تعديله بما يكفل هذا التطور من جهة وسد الثغرات التي كشف عنها التطبيق العملى للقانون. وآية ذلك ان هذا القانون قد صدر وقت ان كانت الهيئة المصرية العامة للمساحة احدى المصالح التابعة لوزارة الانشغال العامة والمواد المائية، وكانت المشروعات التي تتولاها الدولة محصورة في نطاق محدود، ومن اجل ذلك عهد إليها باعتبارها الجهة التي تقوم بإجراءات نزع الملكية بمهمة تقدير التعويض عن العقارات، والممتلكات التي يجرى نزع ملكيتها واستتبع ذلك ان ترصد في الميزانية قيمة التعويض المقررة للأراضي والعقارات المقرر نزع ملكيتها للمنفعة العامة او التحسين الخ "، وتتنشر نصوص قانون نزع الملكية فيما يلي:

قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠

بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

الباب الأول

في تقرير المنفعة العامة

مادة ١: يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقاً لأحكام هذا القانون.

مادة ٢: يعد من أعمال المنفعة العامة في تطبيق أحكام هذا القانون: أولاً- إنشاء الطرق والشوارع والبيادر أو توسيعها أو تعديلها، أو تمديدتها أو إنشاء أحياء جديدة.

ثانياً- مشروعات المياه والصرف الصحي.

ثالثاً- مشروعات الري والصرف.

رابعاً- مشروعات الطاقة.

خامساً- إنشاء الكباري والمجازات السطحية (المزلقات) والممرات السفلية أو تعديلها.

سادساً- مشروعات النقل والمواصلات.

سابعاً- أغراض التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة.

ثامناً- ما يعد من أعمال المنفعة العامة في أي قانون آخر.

تاسعاً- المشروعات الإنتاجية التابعة لقطاع الأعمال العام ومصانعه.

عاشرا- أعمال إزالة المباني والمنشآت المقامة في المناطق غير الآمنة، والتي لا تتوفر فيها اشتراطات الأمان وسلامة الأرواح والمسكن الملائم التي يقوم بها صندوق تطوير المناطق العشوائية بالاشتراك مع المحافظات المعنية.

ويجوز بقرار من مجلس الوزراء إضافة أعمال أخرى ذات منفعة عامة إلى الأعمال المذكورة.

كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فعلا عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلي أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب.

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

(أ) مذكرة ببيان المشروع المطلوب تنفيذه.

(ب) رسم بالتخطيط الإجمالي للمشروع وللعقارات اللازمة له^(١).

مادة ٣: ينشر القرار المقرر للمنفعة العامة مع صورة من المذكرة المشار إليها في المادة (٢) من هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويلصق في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحات الإدارة المحلية، وفي مقر العمدة أو الشرطة، وفي المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها العقار، وعلى واجهة العقار محل نزع الملكية بطريقة ظاهرة^(٢).

(١) الفقرة الرابعة مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

(٢) المادة الثالثة مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨.

مادة ٤: يكون لمندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، بمجرد النشر المنصوص عليه في المادة السابقة الحق في دخول الأراضي التي تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة بحسب التخطيط الإجمالي للمشروع، وذلك بالنسبة للمشروعات الطويلة، لإجراء العمليات الفنية والمساحية، ووضع علامات التحديد، والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار. وبالنسبة للمباني والمشروعات الموقعية، فيخطر ذوو الشأن بخطاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول قبل دخول العقار.

الباب الثاني

في حصر الممتلكات وعرض البيانات الخاصة بها

وتقدير التعويض

مادة ٥: يكون حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحلية ومن الصراف. ويسبق عملية الحصر المذكورة إعلان بالموعد الذي يعين للقيام بها، يلصق في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحات الإدارة المحلية، وفي مقر العمدة، وعلى واجهة العقار محل نزع الملكية بطريقة ظاهرة، كما يخطر ذوو الشأن بالموعد المذكور بخطاب موصي عليه مصحوبا بعلم الوصول، وعلى جميع الملاك وأصحاب الحقوق الحضور أمام اللجنة المذكورة في موقع المشروع للإرشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم^(١).

(١) الفقرة الثانية مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

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

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

مادة ٦: يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، من مندوب عن هيئة المساحة رئيساً، وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين.

ويقدر التعويض طبقاً للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية مضافاً إليه نسبة (٢٠%) عشرين في المائة من قيمة التقدير، وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض خلال مدة لا تجاوز شهراً من تاريخ صدور القرار في حساب يدر عائداً لدى أحد البنوك الحكومية لصالح الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية^(١).

ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا.

مادة ٧: تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه في المادة (٦) من هذا القانون كشوفاً من واقع عملية الحصر والتحديد المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا القانون،

(١) الفقرة الثانية مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها، ومساحتها، وموقعها، وأسماء ملاكها، وأصحاب الحقوق فيها، ومحال إقامتهم، والتعويضات التي قدرتها اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) المشار إليها. وتعرض هذه الكشف مرفقا بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي لهذه الجهة، وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة، وفي مقر الوحدة المحلية، وعلى واجهة العقار محل نزاع الملكية بطريقة ظاهرة لمدة شهر، ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة طالبة نزاع الملكية بهذا العرض بكتاب موصي عليه مصحوبا بعلم الوصول^(١).

ويسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان في الوقائع المصرية - ملحق الجريدة الرسمية - وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشف والخرائط في الأماكن المذكورة.

ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء في مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موصي عليه بعلم الوصول.

الباب الثالث

في الفصل في المعارضات والطعون

مادة ٨: لذوي الشأن والملاك أصحاب الحقوق خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها في المادة السابقة حق الاعتراض على البيانات الواردة بهذه الكشف.

(١) الفقرة الأولى مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

ويقدم الاعتراض إلى المقر الرئيسي للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إلى المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق العين الواردة في الكشف المشار إليها وجب أن يرفق به جميع المستندات المؤيدة له وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها وذلك خلال الثلاثين يوماً التالية لتقديم الاعتراض وإلا اعتبر كأن لم يكن.

وللجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية - عند اللزوم - أن تطلب من ذوي الشأن تقديم مستندات أخرى مكملة وعليها أن تبين لهم هذه المستندات كتابةً ودفعاً واحدةً وتحدد لهم ميعاداً مناسباً لتقديمها.

وفي جميع الأحوال يجب أن يشتمل الاعتراض على العنوان الذي يعلن فيه ذوو الشأن بما تم في الاعتراض.

ولذوي الشأن الحق في الطعن على القرار الذي يصدر في الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار ويرفع الطعن بالطرق المبينة في قانون المرافعات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانهم بالقرار.

مادة ٩: لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف المنصوص عليها في المادة (٧) من هذا القانون الحق في الطعن علي تقدير التعويض الوارد بكشف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت، ويرفع الطعن وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، وتتخذ الخصومة في هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط، وينظر هذا الطعن علي وجه السرعة.

مادة ١٠: تعد البيانات الخاصة بالعقارات والحقوق المدرجة في الكشف نهائية إذا لم تقدم عنها معارضات أو طعون خلال المدد المنصوص عليها في المادتين (٨) و(٩) من هذا القانون، ولا يجوز بعد ذلك المنازعة فيها أو الإدعاء في شأنها بأي حق من الحقوق قبل الجهة طالبة نزع الملكية، ويكون قيام الجهة طالبة نزع الملكية بأداء المبالغ المدرجة في الكشف إلى الأشخاص المقيدة أسماؤهم فيها مبرراً لزمتهما في مواجهة الكافة.

مادة ١١: يوقع أصحاب العقارات والحقوق التي لم تقدم في شأنها معارضات علي نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة، أما الممتلكات التي يتعذر فيها ذلك لأي سبب كان فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص، وتودع النماذج أو القرار الوزاري في مكتب الشهر العقاري المختص، ويترتب علي هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة علي شهر عقد البيع .

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

مادة ١٢: إذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة في الجريدة الرسمية، عد القرار كأن لم يكن بالنسبة للعقارات التي لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها.

مادة ١٣^(١): لا يحول الطعن في تقدير التعويض على النحو الوارد بالمادة (٩) من هذا القانون دون حصول ذوي الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية على المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون مضافا إليها عائد مبلغ التعويض، كما لا يحول استئنافهم الأحكام الصادرة في هذه الطعون من المحكمة الابتدائية دون حصولهم من تلك الجهة على التعويضات المقضي بها ابتدائيا.

وإذا تعذر الدفع لأي سبب من الأسباب، ظلت المبالغ بالحساب البنكي للجهة مع إخطار ذوي الشأن بذلك بكتاب موصي عليه مصحوبا بعلم الوصول.

ويكون دفع التعويض لذوي الشأن أو إيداعه بالحساب البنكي للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار ذوي الشأن بتعذر الدفع، مبرئا لذمة الجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه في المادة (١٤) من هذا القانون.

الباب الرابع

في الاستيلاء المؤقت علي العقارات

مادة ١٤: يكون للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة، وذلك بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه، ينشر في الجريدة الرسمية ويشمل بياناً إجمالياً بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلي القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة.

(١) المادة (١٣) مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

ويبلغ قرار الاستيلاء لذوي الشأن بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول يعطون بموجبه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار .
ويترتب علي نشر قرار الاستيلاء اعتبار العقارات مخصصة للمنفعة العامة ويكون لذوي الشأن الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلي حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية .
ويتم تقدير التعويض عن عدم الانتفاع بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون خلال شهر من تاريخ الاستيلاء، وتقوم الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بإعلان ذي الشأن بذلك، وله خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض حق الطعن علي هذا التقدير علي النحو المبين بالمادة (٩) من هذا القانون.

ولا يجوز إزالة المنشآت أو المباني إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات تقديراً نهائياً.

مادة ١٥: للمحافظ المختص بناء على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة، أن يأمر بالاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها، ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبي الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى^(١).

ويتم تقدير التعويض الذي يستحق لذوي الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون خلال شهر من تاريخ الاستيلاء، ولذوي الشأن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ

(١) الفقرة الأولى مستبدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

إعلانه بقيمة التعويض الحق في الطعن علي تقدير التعويض علي النحو المبين بالمادة (٩) من هذا القانون.

مادة ١٦: تحدد مدة الاستيلاء المؤقت علي العقار بانتهاء الفرض المستولي عليه من أجله أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب ويجب إعادة العقار في نهاية هذه المدة بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض عن كل تلف أو نقص في قيمته.

وإذا دعت الضرورة إلي مد مدة الثلاث السنوات المذكورة وتعذر الاتفاق مع ذوي الشأن علي ذلك، وجب علي الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضي هذه المدة بوقت كاف إجراءات نزع الملكية، وفي هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء وطبقاً للأسعار السائدة وقت نزع الملكية، أما إذا أصبح العقار نتيجة الاستيلاء المؤقت غير صالح للاستعمال وجب علي الجهة المختصة أن تعيد العقار إلي حالته الأولي أو أن تدفع تعويضاً عادلاً للمالك أو صاحب الحق.

الباب الخامس

أحكام عامة ووقفية

مادة ١٧: إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة في غير مشروعات التنظيم داخل المدن، وجب علي اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان في تقدير التعويض.

مادة ١٨: إذا كانت قيمة العقار الذي تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم في المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذي منفعة عامة فلا تحتسب هذه الزيادة في تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ في المشروع السابق.

مادة ١٩: يلزم ملاك العقارات التي يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة في مشروعات التنظيم بالمدن دون أخذ جزء منها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذي نتج عنه هذا التحسين.

ويسري حكم الفقرة السابقة إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم في المدن مقصوراً على جزء من العقار ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقي من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه.

وتتظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التحسين وتكاليف المشروع.

مادة ٢٠: ملغاة^(١).

مادة ٢١: تشتري العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها بأكملها إذا كان الجزء الباقي منها يتعذر الانتفاع به وذلك بناءً على طلب يقدمه ذوو الشأن خلال المدة المنصوص عليها في المادة (٩) من هذا القانون وإلا سقط حقهم في ذلك .

ويتبع في شأن هذا الجزء جميع الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون دون حاجة لاستصدار القرار المنصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون.

مادة ٢٢: لا يدخل في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المباني أو الغراس أو عقود الإيجار أو غيرها إذا ثبت أنها أجريت بغرض

(١) المادة (٢٠) ملغاة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

الحصول على تعويض يزيد على المستحق وذلك دون المساس بحق ذي الشأن في إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة، بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه.

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

مادة ٢٣: لا توقف دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها وينتقل حق الطالبين إلى التعويض.

مادة ٢٤: جميع المبالغ التي تستحق على ذوي الشأن طبقاً لأحكام هذا القانون يكون تحصيلها في حالة التأخير بطريق الحجز الإداري.

مادة ٢٥: جميع المبالغ التي تستحق لذوي الشأن وفقاً لأحكام هذا القانون يحصل عنها عند الدفع مبلغ قدره جنيته عن كل مبلغ يجاوز عشرة جنيهاً مقابل رسم الدمغة والتوقيع على المستندات والعقود والأوراق المتعلقة بتحقيق الملكية أو تلك المؤيدة للاستحقاق مقابل إعفاء هذه الأوراق وغيرها مما يقدم لهذا الغرض إلى الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية من جميع الرسوم المقررة في سائر القوانين الأخرى.

مادة ٢٦: مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ في شأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة والباب الثاني من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون التخطيط العمراني، يلغى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والقرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٣ بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ

مشروعات تحويل أراضي الحياض إلى نظام الري الدائم، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

مادة ٢٧: المعارضات في التعويض التي لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل بهذا القانون تحال بحالتها إلى المحكمة المختصة وفقاً لأحكامه.

مادة ٢٨: يصدر وزير الأشغال العامة والموارد المائية اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

مادة ٢٩: ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية في ٧ ذي القعدة سنة ١٥١٠ هـ (٣١ مايو سنة ١٩٩٠ م).

ونشر القانون بالجريدة الرسمية في ٣١ مايو سنة ١٩٩٠ - العدد ٢٢ "تابع"

* * *

ويلاحظ من نصوص القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة. أن المادة الثانية منه لم تنص علي أعمال المنفعة العامة علي سبيل الحصر. بل نصت علي بعض أعمال المنفعة العامة وأجازت لمجلس الوزراء أن يضيف أعمالاً أخرى ذات منفعة عامة إلي الأعمال المشار إليها. وبالتالي لا تكون تلك الأعمال قد وردت علي سبيل الحصر، علي أن الأعمال لا تكون من أعمال المنفعة العامة إلا إذا تضمنها نص في القانون أو في قرار صادر من مجلس الوزراء بموجب التفويض الذي تضمنه المادة الثانية سالفة البيان، فلا يكفي أن تتعلق الأعمال بمرفق

عام حتى تتدرج ضمن أعمال المنفعة العامة، ويترتب علي لك أن الأعمال التي تجبر نزع الملكية للمنفعة العامة لتنفيذها، يجب أن تكون من أعمال المنفعة العامة بموجب قانون أو قرار من مجلس الوزراء، فإن لم تتضمنها تلك الأداة التشريعية، فلا يجوز نزع الملكية لتنفيذها حتى لو تعلقت بمرفق عام. (أنور طلبه ص ٩٥).

• **تقرير المنفعة العامة:** كان تقرير المنفعة العامة يصدر بقرار من الوزير المختص في ظل القانون المدني السابق رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ أما في ظل القانون المدني الجديد أصبح يصدر بقرار من رئيس الجمهورية بناء علي مذكرة مقدمة من الجهة طالبة نزع الملكية موضحا بها المشروع المطلوب تنفيذه علي أن يكون من المشروعات التي نصت عليها المادة الثانية من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة علي التفصيل الذي أوضحناه فيما تقدم.

وقضت محكمة النقض بأن: " 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 إليها بتنفيذه بإخطار ذوى الشأن حتى يتمكن من معاينة تلك العقارات وتحديد التعويض المستحق لكل ذي شأن وهي شأنها بعد ذلك في تنفيذ المشروع في الوقت الذي تراه متي انتهت الإجراءات التي أوجبها القانون، هذا التقرير لا يصدق إلا بالنسبة للعقارات التي تقرر لزومها لأعمال المنفعة العامة أو تلك التي ترى السلطة القائمة علي أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع، أو لأن بقائها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب ما

دام الغرض من نزع الملكية هو إنشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تجديده أو إنشاء حي جديد أو شأن من شئون الصحة أو التحسين أو التجميل علي ما تنص عليه المواد ١، ٢، ٣، ٤، ٦، ٢٢ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدلة بالقانون ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ و ١٣ لسنة ١٩٦٢، فإذا كان مؤدى دفاع الطاعن -المستأجر- أن محله غير لازم لتنفيذ المشروع وأنه ما كان . للمطعون عليه الأول أن ينبه عليه بإخلائه، وإذ نبه عليه رغم ذلك بالإخلاء في الأجل الذي حدده بخطابه وأغفل إخطاره بعدوله عن هدم المبنى، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يوجب مسئوليته عما أصابه من ضرر، وإذ لم يتناول الحكم دفاع الطاعن بما يصلح ردا عليه، وكان ما قرره من أن الطاعن قد أخلى العقار طوعا وبعد فوات المهلة المحددة في الإخطار ودون أن يتخذ المطعون عليه الأول أية إجراءات، لا يغنى عن تمحيص هذا الدفاع والرد عليه، فانه يكون قاصر البيان بما يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيقه للقانون ويستوجب نقضه" (نقض ١٩٧٠/٤/٢ طعن ٦٣ س ٣٦ ق). وأنه إذا نزعت الحكومة ملكية أرض للمنفعة العامة وتنازع صاحب الأرض مع الحكومة لدى المحكمة علي الثمن المقدر لها ثم ادعى أن الحكومة نزعت من ملكيته ما يزيد علي المطلوب للمنفعة العامة وطلب استرداده - فهذا الطلب الذي يتمخض في حقيقته عن أنه طلب تعديل مرسوم نزع الملكية أو إلغائه إلغاء جزئيا، فض عن أنه لا يمكن إقحامه في معارضة ترفع عن تقدير الثمن، هو طلب خارج قطعا عن ولاية السلطة القضائية طبقا لقواعد الفصل بين السلطات. (نقض ١٩٣٦/٤/٩ طعن ٨٨ س ٥ ق). ويجب نشر القرار الجمهوري في الجريدة الرسمية لنفاذ آثاره من تمكين مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية من دخول الأراضي التي تقرر لزومها لأعمال

المنفعة العامة بحسب ما تضمنه رسم التخطيط الإجمالي للمشروع لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد لتلك الأراضي والحصول علي البيانات اللازمة بشأن العقار. كما يجب استكمالاً لشهر القرار الجمهوري، لصقه في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية، وفي مقر العمدة أو الشرطة، وفي لوحة الإعلانات بالمحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار، فان وقع جزء منه في دائرة محكمة ابتدائية وجزء آخر في دائرة محكمة أخرى، وجب لصق القرار بلوحة كل محكمة ابتدائية، أما إذ كان جز يقع في دائرة محكمة جزئية ويقع الثاني في دائرة محكمة جزئية أخرى، وكانت المحكمتان تتبعان محكمة ابتدائية واحدة، فينحصر اللصق في لوحة المحكمة الأخيرة. ولا يترتب البطلان علي عدم النشر أو اللصق، وإنما يجوز لأصحاب العقارات منع مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية من دخول عقاراتهم، سواء كانت أراضي أو مباني، لكن إذا دخلها، كانت الأعمال التي يقوم بها صحيحة.

• استيلاء الحكومة علي عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عن صاحبه دون

اتخاذ إجراء أن نزع الملكية المنصوص عليها في القانون يعد عسباً: إذا قامت الحكومة بالاستيلاء علي عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عن صاحبه دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة فإن ذلك يعتبر بمثابة عصب، ويكون لمالك العقار المغتصب الحق في المطالبة باسترداد ملكيته ما لم يكن رد هذا العقار مستحيلاً فلا يكون هامه سوى طلب التعويض. ويكون له كذلك أن يطالب الحكومة بربع هذا العقار غير متقيد في ذلك بالأحكام الخاصة بقوائد التأخير.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "مصدر التزام الجهة نازعة الملكية

بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع، إذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدي إلى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التي تخصصه للمنفعة العامة فينتفك في غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يربته قانون نزع الملكية من حقوق بما في ذلك الحق في تعويض يعادل الثمن". (الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧، الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٢) وبأنه "للمالك الذي اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغير إتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التي نزعت ملكيتها منه جبرا عنه، ولمحكمة الموضوع حق تقدير هذه الفائدة على الوجه الذي تراه غير متقيدة في ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير" (طعن رقم ٩ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/٦/٨) وبأنه "إذا طالب المنزوعة ملكية المجلس البلدي بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب ما قام به المجلس من إجراء غير مشروع باستيلائه عنوه على عقار له دون إتباع الطريق القانوني ونظرت المحكمة الدعوى على هذا الاعتبار، وضمنت المجلس نتائج عمله، وقدرت المستحق عليه من التعويض على مقتضى العناصر الواقعية التي استظهرتها في حكمها، فقضاؤها في هذا الأمر موضوعي لا يخضع لرقابة محكمة النقض". طعن رقم ٥٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٤/١٥). وبأنه "لا تثريب على محكمة الموضوع في قضائها بالتعويض على وزارة الأشغال إذا كان حكمها قد بنى على أن هذه الوزارة قد أزالَت سواقي للمدعين مقامة في أراضيهم لتوسيع أحد الخزانات، وأنها استولت على الأرض والسواقي دون أن تتخذ إجراءات

نزع الملكية مفاجئة أصحاب السواقي بإزالتها في وقت حاجتهم إلي مياهاها، لأن الوزارة بهذا الذي وقع منها تعتبر متعديّة غاصبة وملتزمة بتعويض ما ترتب علي عملها من الأضرار، ولا يشفع لها في ذلك التمسك بالمادة السابقة من لائحة الترع والجسور". (طعن رقم ٦٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٢/١٦). وبأنه "التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يسار إلي عوضه أي التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينا. فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عينا - كرد الشئ المغتصب - وجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر علي ما طلبه من تعويض نقدي. وعلي ذلكم فإذا استولت جهة الإدارة علي عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة، ففاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض، دون أن تعتد باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جبرية الاستعداد له، فإن حكمها يكون قد خالف القانون". (طعن رقم ٦٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/١٦). وبأنه للملكية حرمة، وقد نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدني علي أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ومن ثم فإن القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلاء علي العقار، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفويا، يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقا في إصداره ومشوبا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده عن صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ويغدو معه الاستيلاء علي العقار غصبا واعتداء ماديا تختص المحاكم

القضائية بنظر طلبات التعويض عنه". (طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤).

كما قضت بأن: "الملكية الخاصة مصنونة -بحكم الدساتير المتعاقبة- فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون (المادة الخامسة من الدستور المؤقت الصادر في ١٩٨٥، المادة ١٦ من دستور ١٩٦٤ والمادة ٣٤ من دستور ١٩٧١) وقد نصت المادة لا ٨٠٥ من القانون المدني علي أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل، ونصت المادة الأولى من القانون ٥٧٧ سنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين علي أن "يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون". ومؤدى هذا- وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وذلك سواء التزمت تلك الجهة الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية أو التفتت عنها إذ إن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدي إلي الاستيلاء علي ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التي تخصصه للمنفعة العامة فينتفك في غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية، ومن ثم فيستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما في ذلك الحق في تعويض يعادل الثمن ولا تخضع المطالبة به للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني وإنما يتقادم بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق عملا بنص المادة ٣٤٧ من القانون المذكور". (طعن رقم ٦٣١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧). وبأنه " المقرر بنص المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ أن

الملكية الخاصة مصونة فلا تنتزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون، كما نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدني علي أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي رسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل، ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة أو التحسين علي أن يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون، ومؤدى ذلك - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وسواء التزمت تلك الجهة الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية أو التفتت عنها إذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدي إلي الاستيلاء علي ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدول التي تخصصه للمنفعة العامة فيتفق في غايته مع نزع الملكية باتخاذ الإجراءات القانونية ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما في ذلك الحق في تعويض يعادل الثمن يتقاضونه من إدارة نزع الملكية بمصلحة المساحة والتي ناط بها المشرع القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه وتقدير التعويض المستحق لأصحابه عن نزع ملكيته وسداده إليهم". (طعن رقم ١١٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٢). وبأنه "متى كانت الحكومة قد استولت عل جزء من أرض وقف جبرا عنه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية، فإن هذا الاستيلاء يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض لجهة الوقف بقيمة ما استولت عليه وبمقدار ما أصاب باقي أرضه المتخلفة بعد الاستيلاء بسبب حرمانها من الواجهة الواقعة علي الشارع، وللمضرور في هذه الحالة إلي جانب

التعويض الأصلي الحق في تعويض آخر عن التأخير يسرى من وقت حصول اضرار، وللمحكمة إما أن تقدر التعويض حملة واحدة، أو أن تقدر كلا منهما علي حدة غير مقيدة في ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير". وبأنه "القول بعدم استحقاق جهة الوقف للفوائد عن المبلغ الذي قدرته المحكمة كتعويض عما أصابها من ضرر بسبب حرمان مالك الأرض التي لم تستول عليها الحكومة من الواجهة الواقعة علي الشارع لأن جهة الوقف ظلت تنتفع به ١٩ مردود بأن الفوائد المحكوم بها عن هذا المبلغ هي فوائد تعويضية قدرتها المحكمة بواقع ٥ % علاوة علي التعويض الأصلي عن الضرر الذي لحق جهة الوقف بسبب ما طرأ علي قيمة الجزء الباقي الذي لم يحصل الاستيلاء عليه من نقص وهي تستحق سواء أكان الوقف ظل ينتفع بها بعد الاستيلاء أم لا". (طعن رقم ٧٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٧/٢/١٩٥٥). وبأنه "إذا كانت الحكومة قد استولت علي عقار جبرا عن صاحبه بدون إتباع إجراءات قانون نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ورفع صاحب العقار دعوى يطالب بقيمته وقت رفع الدعوى فإن الحكم بتقدير ثمن هذا العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوى يكون غير صحيح في القانون -ذلك أن الاستيلاء الحومة علي العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب- علي ما جرى به قضاء محكمة النقض - ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظا بملكيته رغم هذا الاستيلاء ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية إلي أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا أختار هو المطالبة بالتعويض عنه. وفي الحالتين

الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أي عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء في ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلي تاريخ الحكم". (طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٤/١١/١٩٥٧). وبأنه "استيلاء الحكومة علي الأطنان محل النزاع دون أن تتخذ إجراءات نزع الملكية يعد - وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض - بمثابة غصب". (طعن رقم ١٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ٢٧/٢/١٩٦٨).

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "ومن حيث إنه من المقرر قانونا أن لجهة الإدارة سلطانها في اختيار الموقع وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققا للمصلحة العامة وما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراية وينعقد لها من أسباب الاختصاص الصحيح، ومثل هذا الاختيار مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية وينأى عن تعقيب القضاء الإداري ما دام أن رائده الصالح العام وأنه لا ينهض من الشواهد ما ينبئ عن أنها انحرفت به عن غاياته فتتكتب وجه المصلحة العامة أو اتخذته بباعث منبت الصلة بها وإذ كان من الثابت أن العقار محل المنازعة اعتبر من أعمال المنفعة العامة - في ضوء موقعه ومواصفاته، وخصص لأغراض وزارة الأوقاف ماثلة في الرسالة الدينية السامية التي تنهض علي تحقيقها، حيث استعمل مقرا للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية فإن القرار الطعين وبهذه المثابة إنما صدر سليما قائما علي صحيح سببه بمنأى عن مظان الانحراف ولا يبقى من أسباب تعييبه إلا ما ينعى عليه في غير حالاته المقررة قانونا". (طعن رقم ٥١٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٢/٥/١٩٧٩). وبأن "ومن حيث إن المادة (٣٤) من الدستور تنص علي أن "الملكية الخاصة مصونة... ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل

تعويض وفقا للقانون...." وتنص المادة (١) من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين علي أن "يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون". كما نص القانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن تعديل بعض الأحكام الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة الاستيلاء علي العقارات، في المادة (١) علي أن "يكون تقرير صفة المنفعة العامة أو التصريح للجهة المستكملة عن وجود نفع عام بالنسبة للعقارات المراد ملكيتها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية". ونص في المادة (٢) علي أنه "فيما عدا الأحوال الطارئة والمستعجلة التي تقتضى الاستيلاء المؤقت علي العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم و.... يكون الاستيلاء المؤقت علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية". وذلك فقد حرص الدستور والقانون علي التوفيق بين حق الدولة في الحصول علي العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة لتحقيق ثمرتها المرجوة في خدمة الصالح العام، وبين حقوق ذوى الشأن من ملاك هذه العقارات، فارسي ضابطا أساسيا في هذا المجال -هو لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة، وهذا ينكشف من ظروف ووقائع الأحوال، فما تقررره الجهة الإدارية في هذا الشأن يجب أن يكون مستمدا من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للصالح العام فإن دلت الظروف ووقائع الحال علي غير ذلك وقعت الإجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون". (طعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٨).

• قصر نزع الملكية للمنفعة العامة علي العقارات دون المنقولات : نزع

الملكية للمنفعة العامة لا ترد إلا علي العقارات، أما المنقولات فلا يجوز نزع ملكيتها، كذلك العقارات الحكيمة كالحقوق العينية العقارية إذ لا يجوز أن تكون موضوعا لنزع الملكية وإجراءاته وإن كان العقار المنزوع ملكيته سيظهر منها كنتيجة لنزع ملكيته. ولا يوجد شروط خاصة في العقارات التي يجوز نزع ملكيتها فقد يكون العقار مبينا أو أرض غير مبينة وقد يكون مشغولا أو خاليا، وإذا كان أرض فقد تكون أرض بورا أو أرض مزروعة ولكن يراعي إذا كان العقار مبينا فإنه يجب أن يرد نزع الملكية علي الأرض والمبنى معا. فلا يجوز أن يقتصر نزع الملكية علي المباني دون الأرض أو علي الأرض دون المباني. (سليمان الطماوى ص ٥٦٤ وما بعدها - إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص ٢٢٢ وما بعدها). وقد أفتى بأنه " نزع الملكية لا يمكن إلا أن يشمل الأرض وما عليها من بناء ولا يمكن نزع الملكية البناء وحده وبالتالي لا يمكن نزع ملكية بعض أدواره " (فتوى رقم ٦٨٠ بتاريخ ١٢/١٢/١٩٥١ . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة). ويلاحظ أن ملاك الأفراد العقارية هي المقصورة بنزع الملكية ولكن نزع ملكية أموال الأشخاص العامة الخاصة. فإذا أرادت الدولة عقارا مملوكا ملكية خاصة لأحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية جاز لها اتخاذ إجراءات بنزع ملكية العقار جبرا طالما أن الشخص العام لم يقبل التنازل عنه . أما بالنسبة للأحوال العامة فلا تكون محلا لإجراءات نزع الملكية وعليه إذا أرادت الدولة مثلا أن تبني دارا عامة علي أرض مملوكة لمحافظة أو مدينة مثلا فلا يجوز لها نزع ملكية العقار، ولكن يجوز لها أن تتفق مع الشخص الإداري مالك العقار علي تجريده من صفة العمومية توصلا إلي نزع ملكيته أو إلي النزول عنه إليها أو علي تغيير وجهة تخصص العقار.

• قصر سلطة نزع الملكية علي الأشخاص العامة : سلطة نزع الملكية

للمنفعة العامة مقصورة علي الأشخاص العامة، يستوي في ذلك أن تكون هذه الأشخاص إقليمية كالمحافظات والمدن والأحياء والقرى، أو مرفقية كالهيئات العامة والمؤسسات العامة. أما الأشخاص الخاصة فلا يجوز لها نزع الملكية للمنفعة العامة إلا إذا كانت تلزم بإدارة مرفق عام وفي تسييره، كنزع ملكية أرض لتخصيصها موقفاً للأتوبيسات. (أنور طلبه ص ١٠٠).

• طرق نزع الملكية : للجهة طالبة نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، أحد

طريقتين لتخصيص العقار لأعمال المنفعة العامة، ولها الخيار بينهما وفقاً لما تتطلبه هذه الأعمال، وهي بذلك تلتزم حكم القانون، فقد أجاز القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ للجهة طالبة نزع الملكية للمنفعة العامة، أما اللجوء لإجراءات نزع الملكية، أو أن تقوم بالاستيلاء علي العقار بطريق التنفيذ المباشر وذلك باستصدار قرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه، ونشر القرار في الجريدة الرسمية ويشمل بياناً إجمالياً بالعقار واسم المالك الظاهر، ويبلغ قرار الاستيلاء لذوى الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول بتكليفهم بإخلاء العقار خلال مدة لا تقل عن أسبوعين وإلا تم الإخلاء بالطريق الإداري. ويترتب علي نشر قرار الاستيلاء، اعتبار العقار مخصصاً للمنفعة العامة وتكون له صفة المال العام بتخصيصه لتلك المنفعة، ويكون لذى الشأن الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلي حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية، ويقدر التعويض علي نحو ما تقدم. وباعتبار الاستيلاء في هذه الحالة ليس مؤقتاً بل سابقاً علي نزع الملكية، فإن العقار يعتبر مملوكاً للدولة ملكية عامة وليس مؤجراً للجهة التي قامت بالاستيلاء. (أنور طلبه ص ١٧٦). مفاد ذلك

نزع الملكية للمنفعة العامة يكون إما بطريق مباشر وذلك إذا اتبعت الإدارة القواعد والإجراءات التي نظمها القانون الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة، أو بطريق غير مباشر وذلك بأن تخصيص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات المنوّه عنها في هذا القانون فتنتقل حيازته من المالك الأصلي إلى الدولة ويحقق بذلك حكم نزع الملكية.

• الضمانات التي تكفل حماية الملكية الخاصة في القانون نزع الملكية

للمنفعة العامة: هناك بعض الضمانات التي قررها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة لتأمين حصانة الملكية الخاصة وهذه الضمانات هي: (١) عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا في الأحوال التي يقرها قانون نزع الملكية. (٢) وجوب إتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية إذا عمدت جهة الإدارة إلى نزع الملكية الخاصة. (٣) وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا عادلا.

• الضمان الأول: عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا في الأحوال التي

يقرها قانون نزع الملكية: لقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ علي أن "يجرى نزع الملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون". وبناء عليه لا يجوز نزع الملكية إلا إذا كان ذلك تحقيقا لمنفعة عامة فتوافر المنفعة العامة هو الركن الأساسي الذي يركز عليه أي قرار خاص بنزع الملكية وبدونه لا يكون له أي كيان قانوني. ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية (م ٢ من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية والمحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية وفي مقر العمدة أو الشرطة وفي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار (المادة ٣).

ويخلص من ذلك أن يكون نزع الملكية الخاصة في الحالة التي تريد فيها جهة الإدارة تحقق منفعة عامة بشأن من شئون التنظيم (إنشاء شارع أو ميدان أو توسيعه أو إنشاء حي جديد الخ) أو الصحة أو الري أو الأغراض العسكرية أو غير ذلك من شئون المنفعة العامة. (السنهوري ص ٥٨٢)

• سلطة الإدارة في اختيار العقارات للمنفعة العامة: للإدارة سلطة

مطلقة في اختيار العقارات اللازمة للمنفعة العامة طالما أن الباعث علي صدور القرار هو المنفعة العامة (سعد محمد خليل ص ٨٧ - رفعت عبد الوهاب ص ٢٣١). مفاد ذلك أن للإدارة الحرية المطلقة في اختيار العقارات للمنفعة العامة. علي أن يكون الغرض الحقيقي لنزع الملكية هو المنفعة العامة وليس لتحقيق منفعة مالية بحتة أو أغراض شخصية.

• الضمان الثاني: وجوب إتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع

الملكية: كذلك من الضمانات التي قررها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة لتأمين حصانة الملكية وجوب إتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية وهذه الإجراءات تتلخص في الآتي:

أولاً: بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة: ويصدر

بذلك قرار من رئيس الجمهورية كما سبق القول، ويرفع بهذا القرار مذكرة ببيان المشروع المطلوب تنفيذه، ورسم بالتخطيط الإجمالي للمشروع والعقارات اللازمة له، وينشر هذا القرار علي الوجه المبين فيما سبق، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية الحق في دخول الأراضي التي تقرر نزعها للمنفعة العامة لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول علي البيانات اللازمة بشأن العقار (المادة ٤). ولكن قرار رئيس الجمهورية باعتباره قرار إداري

فهو يقبل الطعن بالإلغاء استقلالا أمام محكمة القضاء الإداري، وقد يكون الطعن بسبب انتفاء صفة المنفعة العامة أو سبب أن القرار لم يرق به مذكرة ببيان المشروع المعتبر من أعمال المنفعة العامة أو الرسم التخطيطي أو لغير ذلك من الأسباب. ولما كان القرار ليس قرار تنظيمي عام بل قرار فردي لأنه يمس المركز القانوني الذاتي لمالك العقار فلا يكفي مجرد نشره في الجريدة الرسمية وإنما يتعين لصفة في المكان المعد للإعلانات بالمحافظة ومقر العمدة والشرطة وفي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار، وذلك لكفالة العلم اليقيني بالقرار. وعليه فإغفال عملية اللصق يلحق البطلان بالقرار، لأنها عملية إجبارية استلزمها القانون.

ثانيا : حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة

العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحلية ومن الصراف. وعلي أن يسبق عملية الحصر هذه بعض الإجراءات، مثل الإعلان عن الموعد المحدد له وإخطار أصحاب الشأن بهذا الموعد بخطاب موصى عليه بعلم الوصول كي يتم حضورهم أمام هذه اللجنة في موقع المشروع للإرشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم، علي أن تقوم اللجنة بتحرير محضر يبين فيه هذه الممتلكات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق ومحال إقامتهم، ويكون التحقق من صحة هذه البيانات بمراجعتها علي دفاتر المكلفات والمراجع الأخرى. وأن يوقع أعضاء اللجنة والحاضرون علي كشوف الحصر إقرارا منهم بصحة البيانات الواردة بها، وإذا امتنع أحد ذوى الشأن عن التوقيع أثبت ذلك في المحضر مع بيان أسباب امتناعه (المادة ٥). يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد

المائية من مندوب عن هيئة المساحة رئيساً وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين. ويقدر التعويض طبقاً للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقرر خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، كما أنه يجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا (المادة ٦). تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض كشوفاً من واقع عملية الحصر والتحديد تبين فيها كل ما يتعلق بالعقارات والمنشآت التي تم حصرها سواء فيما يختص بالمساحة والموقع وأسماء الملاك والتعويضات أو غيرها، علي أن تعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي لهذه الجهة وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة وفي مقر الوحدة المحلية لمدة شهر ويتم إخطار الملاك وأصحاب الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، علي أن يسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان في الوقائع المصرية - ملحق الجريدة الرسمية - وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الأماكن المذكورة، ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء في هذه مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (المادة ٧). وقد أجاز القانون لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الطعن علي تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية

الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت التي تقرر نزع ملكيتها، ويرفع الطعن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وذلك بإيداع صحيفته قلم كتاب المحكمة، وتتحدد خصومة الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وبين ذوى الشأن من ملاك وأصحاب الحقوق فقط. وينظر الطعن علي وجه السرعة. فإذا كان الطعن مرفوعاً من الجهة طالبة نزع الملكية، اختصت فيه ذوى الشأن وحدهم، فلا تختص الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لها لرفعها علي غير ذي صفة، وتقضى المحكمة بذلك ولو من تلقاء نفسها عملاً بالمادة الثالثة من قانون المرافعات. كذلك الحال إذا كان الطعن مرفوعاً من ذوى الشأن، فلا يختص فيه إلا الجهة طالبة نزع الملكية. وتخضع الدعوى من حيث الصحة والبطالان للقواعد المقررة في قانون المرافعات، كما تخضع الخصومة من حيث إجراءاتها لقواعده، فإذا سقطت أو اعتبرت كأن لم تكن، زالت آثارها، بحيث إذا رفعت من جديد، وجب أن ترفع خلال الميعاد السابق بيانه، وإلا قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بسقوط الحق في رفعها، وبذلك يصبح التقدير نهائياً. وينعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية أياً ما كانت قيمة الدعوى، ولو كانت تدخل في اختصاص القاضي الجزئي، باعتبار أن الاختصاص نوعياً لا شأن له بقيمة الدعوى. ويخضع الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية للقواعد العامة المقررة للاستئناف، فإن كان صادر في دعوى لا تجاوز قيمتها نصاب القاضي الجزئي، كان إنتهائياً لا يجوز استئنافه إلا لبطالان في الإجراءات أثر في الحكم، أما إن كانت قيمة الدعوى تجاوز هذا النصاب، فيجوز استئنافه. وتقدر الدعوى بالقيمة التي يحددها المالك والتي يطلب القضاء له بها، وليس بقيمة التعويض الذي قدرته اللجنة، فإن طلب المالك تقدير التعويض الذي يتناسب

مع العناصر التي ضمنها صحيفة الطعن أو مذكرته المقدمة للمحكمة، كانت الدعوى غير مقدرة القيمة، ويكون الحكم الصادر فيها جائزا استئنافه. كذلك أجاز القانون لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق في الاعتراض علي البيانات الواردة بكشوف العرض ويقدم الاعتراض إلي المقر الرئيسي للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إلي المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار. ولذوي الشأن الحق في الطعن علي القرار الذي يصدر في الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار ويرفع الطعن بالطرق المبينة في قانون المرافعات خلال ستين يوما من تاريخ إعلانهم. (السنهوري ص ٥٨٤).

ثالثا : انتقال ملكية العقار للمنفعة العامة : ذكرنا فيما تقدم أن الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية تقوم بعد إيداع مبلغ التعويض بإعداد كشوف العرض من واقع عملية حصر العقارات وتحديدتها وتقوم بعرضها في مقرها الرئيس وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة وفي مقر العمدة ومقر الوحدة المحلية، وذلك لمدة شهر، ويخطر ذوو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض، ولذوي الشأن، خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف، حق الاعتراض علي البيانات الواردة بها. فإن لم يقدم الاعتراض خلال تلك المدة، سقط الحق فيه، وأصبحت الكشوف نهائية، فإن قدم الاعتراض، وأعتبر كان لم يكن لعدم تقديم أدلته خلال تسعين يوما، علي نحو ما تقدم، أصبحت الكشوف نهائية، بالنسبة لمن فوت الميعاد أو لمن أعتبر اعتراضه كأن لم يكن. وأيضا تصبح الكشوف نهائية، إذ رفضت الاعتراضات ولم يطعن في قرار الرفض، فإن طعن فيها، فإنها تصبح نهائية بصدور حكم نهائي في الطعن سواء بالتأييد أو التعديل. ومتى أصبحت الكشوف نهائية، فلا يجوز بعد

ذلك المنازعة فيها أو الادعاء في شأنها بأي حق من الحقوق قبل الجهة طالبة نزع الملكية، ويكون قيام تلك الجهة بأداء المبالغ المدرجة في الكشف إلى الأشخاص المقيدة أسماؤهم فيها مبرراً لذمتها في مواجهة كافة، باعتبار أن إجراءات الشهر التي تمت، تقيم قرينة قانونية. قاطعة على تحقق علم كافة بقيام الجهة طالبة نزع الملكية، بنزع ملكية العقار والتزامها بدفع التعويض الذي تضمنته كشف العرض، فإذا تم الدفع لغير مستحقه، جاز للمستحقين الرجوع على من تم الصرف لهم لا لزامهم برد ما قبضوه من تعويض بدعوى الإثراء بلا سبب، ولا يجوز لهم الرجوع على الجهة التي نزعت الملكية. ويترتب على صيرورة كشف العرض نهائية، أن تتخذ إجراءات نقل ملكية العقار لمنفعة العامة، وذلك بتوقيع صاحب العقار أو الحقوق الواردة عليه على نماذج خاصة بنقل ملكيتها، فإن تعذر التوقيع لأي سبب، فيصدر بنزع ملكيتها قرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية. ويتم نقل الملكية بشهر تلك النماذج أو القرار الوزاري، ويتم الشهر بطريق إيداعها في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرة العقار، فإن كان العقار ممتدا بدوائر مكاتب متعددة، وجب أن يتم الشهر بكل منها، ويعطى كل نموذج أو قرار وزاري رقم شهر وتاريخ الشهر قرين اسم المكتب الذي تم فيه الشهر، وتنقل الملكية مطهرة من كافة الحقوق العينية التبعية، كالرهن والاختصاص والامتياز، بعد أن انتقلت هذه الحقوق بمرتبتها إلى مبلغ التعويض على التفصيل المتقدم، خلافاً لشهر عقد البيع إذ تنتقل الملكية بموجبة محملة بهذه الحقوق ويكون لأصحابها الحق في تتبع العقار في أي يد تكون.

ويجوز للملاك وأصحاب الحقوق الاعتراض على قيمة التعويض. ويقدم الاعتراض إلى المقر الرئيسي لتلك الجهة أو إلى المديرية أو الإدارة

التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار، ولذوي الشأن الحق في الطعن علي القرار الذي يصدر في الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار ويرفع الطعن بالطرق المبينة في قانون المرافعات خلال ستين يوما ن تاريخ إعلانهم بالقرار.

وللجهة طالبة نزع الملكية ولأصحاب الشأن خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء عرض الكشف الحق في الطعن علي تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت، ويرفع الطعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، وتتنظر المحكمة في الطعن علي وجه السرعة (المادة ٩) والطعن في تقدير التعويض لا يحول دون حصول ذوي الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية علي المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) كما لا يحول استئنافهم الأحكام الصادرة في هذه الطعون من المحكمة الابتدائية دون حصول من تلك الجهة علي التعويضات المقضي بها ابتدائيا.

• الضمان الثالث : وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته : رأينا أن المادة

٨٠٥ مدني قد نصت علي أنه " لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل. مفاده أن الجهة المستفيدة من نزع الملكية عليها تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا عادلا. ويتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال والموارد المائية من مندوب عن هيئة المساحة رئيسا، وعضوية مندوب كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة التي يقع العقار بدائرتها. علي ألا تقل درجة ذي من هؤلاء عن الدرجة الأولى ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين ما لم توجد أسباب تبرر التغيير قبل

ذلك. وتقوم اللجنة بتقدير التعويض طبقاً للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية وحينئذ تودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض الذي قدرته اللجنة خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ صدور قرار نزع الملكية. خزانه الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية.

• **وهناك بعض القواعد التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض؛ إذا**

كانت قيمة العقار الذي تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم في المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذي منفعة عامة، فلا تحسب هذه الزيادة في تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ في المشروع السابق (المادة ١٨)، وإذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة في غير مشروعات التنظيم داخل المدن، وجبت مراعاة هذه الزيادة أو النقصان في تقدير التعويض (المادة ١٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد المادة ١٩ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة (تقابلها المادة ١٧ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة) أنه يجب عند تقدير التعويض مراعاة ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة من نقص أو زيادة بخصمه أو إضافته إلي ثمن الجزء المستولي عليه ومؤدى ما سلف أن مقابل التحسين يحصل فقط عن طريق خصمه مما يستحق لذوى الشأن من الثمن المقرر عن الجزء المستولى عليه والمنزوعة ملكيته للمنفعة العامة دون أن تكون لذلك أثر عند تقدير مقابل الانتفاع" (جلسة ١٩٨٣/١/٣٠ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض س ٣٤ ص ٢٤٥، جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض س ٢٨ ص ٨١٩).

وبأنه "يقدر ثمن العقار في حالة نزع الملكية دون مراعاة زيادة القيمة الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ من نزع الملكية، أما إذا كان نزع الملكية قاصراً على جزء منه فيكون تقدير ثمن هذا الجزء باعتبار الفرق بين العقار جميعه وقيمة الجزء الباقي منه للمالك على أنه إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فيجب مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان على ألا يزيد المبلغ الواجب إسقاطه أو إضافته في أي حال على نصف القيمة التي يستحقها المالك، وعملاً بالمادتين ١٣، ١٤، من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١، ويستوي في ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تكون الحكومة قد اتبعت الإجراءات القانونية في نزع الملكية أم لم تتبعها ذلك أن المادتين ١٣، ١٤، سالفتي الذكر إنما تقرران حكماً عاماً في تقدير التعويض". (طعن رقم ٤٧ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٠/٢٥، ذات المبدأ طعن رقم ١٢٣ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٨/٥/٢٢ - طعن رقم ٣٦٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢ - طعن رقم ٦٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٣/٢٣ - طعن رقم ٥٤ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٠/١٨) وبأنه "مؤدى نص المادتين ١٣، ١٤ من قانون نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١، أنه يجب مراعاة ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة من نقض أو زيادة، بخصمه أو إضافته إلى ثمن الجزء المستولى عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه أو إضافته عن نصف لقيمة التي يستحقها المالك، فإذا تبين أن تقدير ثمن الجزء المستولى عليه لم يراع فيه ما طرأ من نقص أو زيادة على قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته إعمالاً لحكم المادة ١٤ المشار إليها، فإنه يتعين على المحكمة أن تستكمل تحقيق هذا العنصر

بالطريق الذي رسمه القانون. (طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٣/١/١٩٧٠). وبأن النص في المادة ٢٠ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (تقابل المادة ١٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠) علي أنه "إذا كانت قيمة العقار الذي تقرر نزع ملكيته جميعه لأعمال التنظيم في المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذي منفعة عامة فلا تحسب هذه الزيادة في تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ في المشروع السابق، يدل علي أن خصم مقابل التحسين المشار إليه من قيمة التعويض المستحق للمالك المنزوع ملكيته يقتصر فقط علي حالات نزع ملكية العقارات لأغراض مشروعات التنظيم في المدن دون غيرها من المشروعات الأخرى ذات النفع العام. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الأرض محل التداعي قد م الاستيلاء عليها لإنشاء مدرسة وليس لإعمال التنظيم فإنه لا محل لتطبيق نص المادة ٢٠ من القانون سالف الذكر. (جلسة ١٨/١/١٩٩٥ الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٦٠ ق). وبأن تنص المادة ١٤ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ -يقابلها المادة ١٧ من القانون الحالي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ -علي أنه إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة، فيجب مراعاة هذه الزيادة أو النقصان في تقدير التعويض، ولما كان في ورود هذا النص بصفة عامة ومطلقة تدل علي أن ما قصد إليه الشارع من عبارة "زيادة القيمة الواردة به هو ما يطرأ علي قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته من تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة، سواء كان هذا التحسين قاصرا علي هذا الجزء أو كان شاملا لعقارات أخرى لم يؤخذ منها شئ لأعمال المنفعة العامة، فلا محل للقول بأن ما عناه النص هو المنفعة المقصورة علي المالك المنزوعة ملكيته وحده والتي لا يشترك معه

فيها آخرون، إذ في التفسير تخصيص للنص بما لا تحتمله عبارته، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض خصم ما طرأ من زيادة القيمة علي الجزء الذي لم تنزع ملكيته من أرض المطعون عليه تأسيساً علي أن المنفعة التي عادت من أعمال نزع الملكية كانت عامة ولم تقتصر علي الجزء المذكور، يكون قد خالف القانون. (نقض ١٩٦٣/١/١٧ طعن ٣٧٠ س ٢٧ ق). وبأنه " إذ كان البين من تقرير الخبير ومحاضر أعماله أن شارع.. هو أول مشروع أنشئ في المنطقة الكائن بها أرض المطعون ضدهم وأن الاستيلاء علي جزء منها كان لإنشاء هذا الشارع فلم تسبقه مشروعات أخرى للمنفعة العامة، فإن مؤدى ذلك أنه لا مجال لأعمال نص المادة ٢٠ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (بشأن عدم احتساب الزيادة في تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ في المشروع السابق). (نقض ١٩٧٧/٤/٢٧ طعن ٦٣١ س ٤٣ ق). وبأن مفاد نص المادة ١٨ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين أنه يجب عند تقدير التعويض مراعاة ما يكون قد طرأ علي قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة من نقص أو زيادة بخصمها أو إضافته إلي ثمن الجزء المستولي عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه أو إضافته عن نصف القيمة التي يستحقها المالك، يستوي في ذلك - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تكون قد اتبعت الإجراءات القانونية في نزع الملكية أو لم تتبع ذلك أن المادة ١٩ سالفه الذكر إنما تقرر حكماً عاماً في تقديره التعويض، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أجرى في تقديره للتعويض نص المادة ١٩ سالفه البيان إذ راعى في التقدير أنه قد ترتب علي الاستيلاء تصقيع لباقي المساحة وأعمل في هذا الشأن ما أوجبه

النص أن إنقاص التعويض المستحق للمطعون ضدهم ومن ثم فإن النعي عليه بما ورد بسبب النعي يون علي غير أساس. (نقض ١٩٨٤/٢/٢١ طعن ١١٢٧ س ٥٠ ق). وبأن مفاد نص المادة ١٩ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ أنه يشترط لإنقاص مقابل التحسين من قيمة التعويض المستحق للمطعون ضده أن يبقى في ملكهم جزء لم تنزع ملكيته وأن تكون قيمته قد زادت بسبب أعمال المنفعة العامة" (نقض ١٩٨٣/١٢/٢٢ طعن ٢٧٣ س ٥٠ ق. وبأن مؤدى نص المادتين ١٣، ١٤ من قانون نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١، أنه يجب مراعاة ما يكون قد طرأ علي قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة من نقص أو زيادة، بخصمه أو إضافته عن نصف القيمة التي يستحقها المالك، فإذا تبين أن تقدير ثمن الجزء المستولى عليه لم يراع فيه ما طرأ من نقص أو زيادة علي قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته أعمالاً لحكم المادة ١٤ المشار إليها، فإنه يتعين علي المحكمة أن تستكمل تحقيق هذا العنصر بالطريق الذي رسمه القانون. (نقض ١٩٧٠/١/١٣ طعن ٤٤٧ س ٣٥ ق). وبأن تنص المادة ١٤ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ (التي يقابلها نص المادة ١٩ ق ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ لذي حل محل القانون السابق) علي أنه إذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذي لم ينزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فيجب مراعاة هذه الزيادة أو النقصان علي ألا يزيد المبلغ الواجب إسقاطه أو إضافته في أي حال علي نصف القيمة التي يستحقها المالك. ولما كان في ورود هذا النص بصفة عامة ومطلقة تدل علي أن ما قصد إليه الشارع من عبارة "زيادة القيمة" الواردة به هو ما يطرأ علي قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته من تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة سواء كان هذا التحسين

قاصرا علي هذا الجزء أو كان شاملا لعقارات أخرى لم يؤخذ منها شئ لأعمال المنفعة العامة، فلا محل للقول بأن ما عناه النص هو المنفعة المصورة علي المالك المنزوعة ملكيه وحده والتي لا يشترك معه فيهل آخرون إذ في هذا التفسير تخصيص للنص بما لا تحتمله عبارته، ومن ثم الحكم المطعون فيه إذ رفض خصم ما طرأ من زيادة القيمة علي الجزء الذي لم تنزع ملكيته من أرض المطعون عليه تأسيسا علي أن المنفعة التي عادت من أعمال نزع الملكية كانت عامة ولم تقتصر علي الجزء المذكور، يكون قد خالف القانون" (نقض ١٩٦٣/١/١٧ طعن ٣٧٠ س٢ق) وبأنه " نص المادة ١٤ من قانون نزع الملكية للمنافع العامة الذي يجب عند تقدير التعويض مراعاة قيمة الزيادة أو النقص في قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته، هو - علي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما يقرر حكما عاما في تقدير التعويض بغض النظر عما إذا كانت الحومة قد اتبعت الإجراءات القانونية في نزع الملكية أو لم تتبعها، وتسرى هذه القاعدة سواء أكان العقار المستولى عليه جزءا من أرض مبينة أو معدة للبناء أو جزءا من أطيان زراعية تتأثر قيمة باقيها زيادة أو نقصا بتنفيذ المشروع الذي نزعت الملكية من أجله" (نقض ١٩٥٥/٥/٢٨ طعن ١٢٨ س٢٢ق)

(٢) العقارات التي يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة في مشروعات التنظيم في المدن دون أخذ جزء منها، يلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذي نتج عن هذا التحسين، ويسرى هذا الحكم إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم في المدن قاصرا علي جزء من العقار، ورأت السلطة القائمة علي أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقي من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه (المادة ١٩)

القارات اللازم نزع ملكية جزء منها تشتري بأكملها، إذا كان الجزء الباقي منها يتعذر الانتفاع به، ويكون ذلك بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن (المادة ٢١). ومتى تقدم المالك بطلبه في الميعاد وتم تقدير الثمن التزمت الجهة طالبة نزع الملكية بالوفاء به للمالك أو إيداعه خزانه الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. وإذا تقدم المالك بطلبه في الميعاد ويكن شاب الإجراءات عيب كما لو تم اللصق أو الإخطار بعد الميعاد المقرر أو لم يقرض الكشف ف بعض الأماكن التي حددها القانون، جاز للمالك أن يلجأ مباشرة للمحكمة لتقدير التعويض لمستحق عن العقار بأكمله حتى لو كانت الإجراءات السابقة والمتعلق بالجزء الذي صدر قرار نزع الملكية في شأنه قد تمت صحيحة إذ يترتب على الطلب بدء إجراءات جديدة كما لو كان العقار بأكمله تقرر نزع ملكيته. (٤) لا يدخل في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المباني أو الغراس أو عقود الإيجار أو غير ذلك، إذا ثبت أنها أجريت بقصد الحصول على تعويض أزيد، وذلك بغير إخلال بحق صاحب الشأن في إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه، وكل ما يعمل أو يتخذ من هذا القبيل بعد نشر القرار للمنفعة العامة في الجريدة الرسمية يعتبر أنه أجرى للغرض المذكور، ولا يدخل في تقدير التعويض (المادة ٢٢). (٥) دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية لا توقف إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها، وينتقل حق الطالبين إلى التعويض (المادة ٢٣). (٦) جميع المبالغ التي تستحق على ذوى الشأن طبقاً لأحكام هذا القانون يكون تحصيلها في حالة التأخير بطريق الحجز الإداري (المادة ٢٤). (٧) جميع المبالغ التي تستحق لذوى الشأن وفقاً لأحكام هذا القانون يحصل عنها عند الدفع مبلغ قدره جنيته عن كل مبلغ يجاوز عشرة جنيتهات مقابل رسم الدمغة

والتوقيع علي المستندات والعقود والأوراق المتعلقة بتحقيق الملكية أو تلك المؤيدة للاستحقاق مقابل إعفاء هذه الأوراق وغيرها (المادة ٢٥).

• نزع الملكية في البيع العرفي : إذا كان نزع الملكية قد تم بعد التسجيل

تحمل المشتري التبعة. إذ أصبح هو المالك بعد التسجيل ويلزم بسداد باقي الثمن. أما إذا تم نزع الملكية أو الاستيلاء قبل تسجيل عقد البيع تحمل البائع تبعة نزع الملكية، وإن كان قد قبض الثمن التزم برده إلي المشتري حتى لو كان بإمكان الأخير القيام بالتسجيل خلال الفترة من إبرام العقد حتى نزع الملكية أو الاستيلاء لكنه تراخى في ذلك. وبناء علي ما تقدم فالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يستحق إلا البائع لأنه المالك الأصلي للعقار أما المشتري فلا يعتبر مالكا لأن عقد البيع لم يسجل.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة- أن عقد

البيع العرفي لا تنتقل به ملكية العقار إلي المشتري ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيصبح المشتري مجرد دائن شخصي للبائع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد فلا يجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد ملكيته التي لم تنتقل إليه بعد، إذ هي لا تنتقل إلا بتسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه أو التأشير به علي هامش صحيفة الدعوى". (طعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢).

"فصل اللجنة في النزاع حول تقدير التعويض يعتبر فصلا خصومة ومفاد قرارها بتأييد تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض المستحق للمطعون عليه عن نزع ملكية عقار التداعي أنها أقرت ضمنا صفته- كمالك- في اقتضاء التعويض المعترض علي تقديره وتكون المحكمة الابتدائية قد فصلت في نزاع عرض عليها ابتداء ولم تقض فيه لجنة المعارضات وإذ التزم الحكم

المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف المرفوع عن ذلك الحكم فإنه يكون قد وافق صحيح القانون" (طعن رقم ٦١١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩) وبأنه " مفاد عبارة "الملاك وأصحاب الحقوق" التي تردت في المواد ٥ و ٦ و ٦ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة، ن نزاع الملكية يترتب تعويضاً للمالك عن فقد ملكيته، كما يترتب لغيره من ذوى الحقوق التعويض عما يلحق بملكيتهم من أضرار بسبب نزاع الملكية. والمشتري بعقد غير مسجل لا يمتلك العقار ولا يستحق لذلك تعويضاً عن فقد الملكية (نقض ١٩٨١/١/٢٨ طعن ٤٧٩ س ٤٢ ق).

• **الاستيلاء المؤقت علي العقارات :** واضح من مصطلح الاستيلاء المؤقت أنه إجراء مؤقت غير مؤبد وتحدد مدة الاستيلاء المؤقت علي العقار انتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "النص في المادة ١٦ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة علي أن "تحدد مدة الاستيلاء المؤقت علي العقار بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله، أو ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب... وإذا دعت الضرورة إلي مد مدة الثلاث سنوات المذكورة وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن علي ذلك، وجب علي الجهة المختصة أن تتخذ - قبل مضي هذه المدة بوقت كاف - إجراءات نزاع الملكية -" يدل علي أن السلطة التي خولها القانون للوزير في الاستيلاء المؤقت علي العقارات في الأحوال الطارئة أو المستعجلة - المنصوص عليها في المادة ١٥/١ من هذا القانون - هي سلطة استثنائية مقيدة بقيام حالة الضرورة التي تبرر هذا الاستيلاء، مما

حدا بالمشرع- علي ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - إلي وضع حد أقصى للاستيلاء الفعلي علي العقار أيهما أقرب، ومن ثم فإن جهة الإدارة لا تستطيع أن تتجاوز هذه المدة إلا بالاتفاق الودي مع صاحب الشأن، أو باتخاذ إجراءات نزع الملكية، إذا دعت الضرورة إلي مد مدة الاستيلاء المؤقت لأكثر من ثلاث سنوات، وتعذر ذلك الاتفاق، فإذا لم تتخذ تلك الإجراءات تجرد وضع يدها من السند المشروع وعد بمثابة غصب للعقار يستوجب تعويض المالك عن حرمانه من ملكه ويحول دون جهة الإدارة والتعرض لواقعي اليد الذين ترتبت لهم حقوق علي العقار تعرضا ماديا أو قانونيا، ويكون لهؤلاء الأخيرين - في سبيل حماية حقوقهم المشروعة- دفع هذا التعرض. نقض ٢٩/٥/٢٠٠١ طعن ١٤٠٠ س ٧٠ ق. وبأنه لما كان البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول (وزير التربية والتعليم بصفته) أصدر القرار رقم ١٥ لسنة...بتاريخ....بالاستيلاء المؤقت علي العقار المشتمل علي قطعة الأرض موضوع النزاع، وأنه جاوز مدة الثلاث سنوات التي حددها القانون (القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠)، ولم يتفق مع أصحاب العقار علي إطالة هذه المدة، ولم يتخذ إجراءات نزع ملكيته، فإن دعواه بطلب طرد الطاعن وبإزالة ما أقامه علي تلك الأرض من مبان - رغم ما هو ثابت من أنه اشتراها من ملاكها بعقد ولو لم يكن مشهرا إلا أنه ينقل إليه منفعة المبيع، ويجيز له دفع التعرض له في حيازته- تكون قائمة علي غير سند من القانون. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بطرد منها وبإزالة ما عليها من مبان علي سند من أنه بصور قرار الاستيلاء المؤقت سالف البيان أصبح العقار مخصصا للمنفعة العامة، وأن وضع يد الطاعن علي جزء منه يفنقر إلي سند مشروع، فإنه يكون قد خالف القانون، وأخطأ في تطبيقه" (نقض ٢٩/٥/٢٠٠١ طعن ١٤٠٠ س ٧٠ ق) وبأنه "أوجبت المادة الثامنة عشرة

من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ علي الجهة مصدرة قرار الاستيلاء (جهة الإدارة أو المحافظ) وضع حد أقصى لمدته لا تتجاوز ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الاستيلاء الفعلي علي العقار المستولى عليه لا تستطيع أن تتجاوزها إلا بالاتفاق الودي مع أصحابه فإن تعذر ذلك فإنها تلتزم باتخاذ إجراءات نزع ملكيته للمنفعة العامة قبل انقضاء تلك المدة بوقت كاف وإلا اعتبرت يدها عليه بغير سند من القانون وبمثابة غصب - ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظا بملكيته رغم هذا الاستيلاء ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية ألي أن يصدر مرسوم بنزعها، أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض شأنه في ذلك شأن المضرور من أي عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلي تاريخ الحكم " (نقض ٢٠٠١/١/٣١ طعن ٢٢٧٢، ٣١٥٨، ٥١٣، س ٦٣ ق)

• **وهناك حالتان للاستيلاء المؤقت :** الحالة الأولى هي الاستيلاء المؤقت علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بطريق التنفيذ المباشر، والحالة الثانية هي الاستيلاء المؤقت علي العقارات في الأحوال الطارئة أو المستعجلة.

الحالة الأولى : وهي الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة. كما إذا أحتيج إلي مكان لتخزين الأدوات المستعملة في توسيع شارع فيستولى علي العقار مؤقتا بهذا الغرض إذا لم يمكن العثور علي عقار غيره. وواضح أن الاستيلاء في هذه الحالة لا يمكن نعتة بالتوقييت لأنه استيلاء دائم إذ سيتم تمهيدا لنزع الملكية.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢/٥/١٩٧٩ في الطعن رقم ٥٧١

لسنة ١٨ ق بأن: "...والبادي من ذلك أن الصورة الأولى من صور الاستيلاء المؤقت علي العقارات هي المنصوص عليها بالمادة ١٦ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ التي رددتها المادة ١٤ من لائحته التنفيذية، وفيما يستولى بطريق التنفيذ المباشر علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة دون انتظار المواعيد التي حددها القانون لإجراءات نقل الملكية للمنفعة العامة، مع تعويض أربابها مقابل حرمانهم من الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلي حين صرف التعويضات المستحقة عن الملكية، وهذا الاستيلاء المؤقت الذي كشف عنه المذكرة الإيضاحية للقانون عن دواعيه ومبرراته هو بحسبان تكييفه الصحيح وصريح وصف المشرع له استيلاء مؤقت يتحدد مجاله الزمني بالمدة التي عينت له أو بإتمام إجراءات نقل الملكية للمنفعة العامة - أي الأجلين أقرب -..... الخ".

• الاستيلاء المؤقت مشروط بتحقيق المنفعة العامة وتعويض عادل :

فالاستيلاء علي العقارات نزع ملكيتها يجب أن يكون للمصلحة العامة وليس لأغراض شخصية، ويجب أن يكون مقابل تعويض عادلا للأفراد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"وتنص علي أن "الملكية الخاصة مصونة...ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون..." وتنص المادة (١) من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين علي أن "يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون". كما نص القانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن تعديل بعض الأحكام الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء علي

العقارات، في المادة (١) علي أن "يكون تقرير صفة المنفعة العامة أو التصريح للجهة المستكملة عن وجود نفع عام بالنسبة للعقارات المراد نزع ملكيتها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية". ونص في المادة (٢) علي أنه "فيما عدا الأحوال الطارئة والمستعجلة التي تقتضى الاستيلاء المؤقت علي العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم و... يكون الاستيلاء المؤقت علي العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية". وذلك فقد حرص الدستور والقانون علي التوفيق بين حق الدولة في الحصول علي العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة لتحقيق ثمرتها المرجوة في خدمة الصالح العام، وبين حقوق ذوى الشأن من ملاك هذه العقارات، فأرسى ضابطاً أساسياً في هذا المجال - هو لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة، وهذا ينكشف من ظروف ووقائع الأحوال، فما تقررره الجهة الإدارية في هذا الشأن يجب أن يكون مستمداً من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للصالح العام فإن دلت الظروف ووقائع الحال علي غير ذلك وقعت الإجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون". (طعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٨/٥/١٩٨٥). وبأن "غاية المشروع عندما أجاز في المادة الرابعة عشر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ والذي أحال إلي العمل بأحكامه بالنسبة للمعارضات في تقدير التعويض عن العقارات التي نزعت ملكيتها للمنفعة العامة والتي لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل به الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر علي العقارات التي تقرر لزوم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل صدور القرار بذلك من جهة الاختصاص التيسير علي المصالح العامة للقيام بتنفيذ المشروعات

العامة فتحقق الثمرات المرجوة منها وإزالة العوائق والصعوبات التي كانت تعانيها تلك المصالح من عدم تشغيلها في المواعيد المقررة لها فقد جعل لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الحق في تعويض عادل مقابل عدم الانتفاع بها تاريخ الاستيلاء الفعلي عليها إلي حين دفع التعويض المستحق تلزم به الجهة طالبة نزع الملكية بعد تقديره بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة السادسة منه بحسبان أنها الجهة التي تتولى اتخاذ 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 استئناف الحكم الصادر فيه دون حصولهم منها علي التعويضات المفضي بها ابتدائياً ما لم تكن قد أدتها إليهم أو أدعتها بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية إذ يعتبر ذلك مبرئاً لزمته من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشر من القانون". (طعن رقم ١٠٠٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨).

الحالة الثانية : وهي الاستيلاء المؤقت في الحالات الطارئة والمستعجلة. حيث يجوز للإدارة أن تستولي استيلاء مؤقتاً علي العقارات المملوكة للأفراد وذلك في الحالات الطارئة أو المستعجلة، بعد إتباع إجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون نزع الملكي علي أن "لوزير المختص بناء علي طلب الجهة المختصة في حالة حصول عرق أو قطع جسر أو تفشى وباء وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتاً علي العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها... الخ. سيتم الاستيلاء

بمجرد انتهاء مندوبي الجهة المختصة من إثبات وصف العقارات ومساحتها دون حاجة لاتخاذ أي إجراءات أخرى .

• **ولم يشترط للاستيلاء المؤقت أن يكون العقار خاليا عند صدور قرار**

الاستيلاء عليه ، وفي هذا قضت محكمة النقض بأن: "الاستيلاء الحاصل وفقا للقانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ الذي حل محل القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٠ يختلف عن الاستيلاء المؤقت المنصوص عليه في المادة ٢٢ من قانون نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالقانون رقم ٣٨١ لسنة ١٩٥٧ ذلك أن استيلاء وزارة التربية والتعليم علي العقار - عدا الأرض الزراعية - مشروط بأن يكون خاليا في حين أن خلو العقار ليس مانعا من الاستيلاء عليه طبقا لأحكام قانون نزع الملكية كما أن استيلاء وزارة التربية والتعليم علي العقار غير محدد بمدة معينة في حين أن الاستيلاء المؤقت طبقا لقانون نزع الملكية محددة مدته ابتداء بحيث لا تزيد عن سنتين يجوز مدها سنة أخرى. والاختلاف بينهما واضح أيضا فيما رسم المشرع من إجراءات وأحكام خاصة بتقدير مقابل الانتفاع في كل منهما وفي سكوته في الاستيلاء الأول عن وضع أي أحكام خاصة بتقدير ثمن للعقار مهما طالّت مدة الاستيلاء عليه ووضعه تلك الأحكام بالنسبة للاستيلاء الذي تزيد مدته علي ثلاث سنوات في قانون نزع الملكية، وهو أظهر ما يكون في نطاق تطبيق كل من الاستيلائين إذ هو في الاستيلاء الأول جائز بعد صدور القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ لصالح الهيئات غير الحكومية التي تساهم في رسالة التعليم بينما لا يجوز الاستيلاء المؤقت المنصوص عليه في قانون نزع الملكية إلا لاستخدام العقار للمنفعة العامة". (طعن رقم ٨٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩).

ويتم تقدير التعويض الذي يستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار بمعرفة اللجنة المختصة بتقدير التعويض عن نزع الملكية وفقا لما تقدم، وذلك خلال شهر من تاريخ الاستيلاء، ولذي الشأن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض، الحق في الطعن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وذلك بإيداع صحيفته قلم كتاب المحكمة، يختصم فيه الجهة طالبة الاستيلاء دون الوزير الأمر، وينظر الطعن علي وجه السرعة. وتحدد مدة الاستيلاء المؤقت علي العقار بانتهاء الغرض الذي تم الاستيلاء من أجله، أو بثلاث نوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي، أي من المديتين أقرب، ثم يعاد العقار بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض عن كل تلف أو نقص في قيمته، ويقدر هذا التعويض بمعرفة أهل الخبرة، وفي حالة الخلاف، ويجوز لذى الشأن الرجوع إلي المحكمة المختصة قيميا بحسب مبلغ التعويض الذي يطلب القضاء له به، فلا تختص اللجنة سالفة البيان بهذا التقدير لانحصار ولايتها في تقدير التعويض عن مقابل عدم الانتفاع، كما لا ينعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية في نظر دعوى زيادة التعويض إلا إذا كانت مختصة وفقا لقيمة الدعوى، إذ ينعقد لها الاختصاص النوعي في حالة الطعن علي تقدير التعويض عن مقابل عدم الانتفاع الذي قدرته اللجنة. (أنور طلبة مرجع سابق). وإذا دعت الضرورة إلي مد مدة الثلاث سنوات المذكورة، وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن علي ذلك، وجب علي الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضي هذه المدة بوقت كاف إجراءات نزع ملكيته. وفي هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء عليه، وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع الملكية، أما إذا أصبح العقار نتيجة الاستيلاء المؤقت غير صالح للاستعمال وجب علي الجهة المختصة أن تعيد العقار إلي حالته الأولي أو أن تدفع تعويضا عادلا للمالك. (السنهوري مرجع سابق).

• الإجراءات الواجبة الإتباع للاستيلاء المؤقت : هناك إجراءات معينة

يجب إتباعها عند الاستيلاء المؤقت علي العقارات سواء كان الاستيلاء تمهيدا لنزع الملكية أو كان لمواجهة ظروف طارئة أو مستعجلة. وهذه الإجراءات هي: بداية تقدم الجهة المختصة (وزارة الصحة أو وزارة الري مثلا) إلي الوزير المختص، منه إصدار أمر بالاستيلاء علي العقار استيلاء مؤقتا، وتبين الغرض الذي تهدف إليه من هذا الاستيلاء. فإذا رأى الوزير أن هناك ما يبرر إجابة هذا الطلب، أصدر أمرا إداريا بالاستيلاء المؤقت علي العقار. ويذهب مندوبوا الجهة المختصة التي طلبت الاستيلاء لمعاينة العقار، وعليهم أن يثبتوا صفته ومساحته وحالته. وبمجرد أن ينتهي المندوبون من ذلك، ينفذ الأمر الإداري ويستولى فعلا علي العقار ولو بالقوة الجبرية. ويحدد الأمر الإداري الصادر بالاستيلاء المدة التي يبقى فيها العقار مستولى عليه، ويجب ألا تزيد علي ثلاث سنوات، ويجب تحويل الاستيلاء المؤقت إلي نزع ملكية نهائي في الفرضين الآتيين: (١) إذا احتاجت الجهة المختصة إلي العقار مدة أطول من ثلاث سنوات، وتعذر عليها الاتفاق مع المالك علي مد المدة. (٢) إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصا له، فهي هذين الفرضين يجب اتخاذ إجراءات نزع الملكية، وتقدر قيمة العقار بحسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء عليه وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع الملكية. ثالثا- أنه يجب تعويض المالك تعويضا عادلا عن الاستيلاء المؤقت، في خلال أسبوع من تاريخ استيلائها فعلا علي العقار، قيمة التعويض لمستحق للمالك في مقابل عدم انتفاعه بالعقار مدة الاستيلاء. فإن رضي المالك بهذا التقدير أخذ القيمة المعروضة عليه، وإلا عارض في التقدير أمام المحاكم الابتدائية الكائن بدائرتها العقار

المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ورفع الطعن بالطرق المبينة في قانون المرافعات خلال ستين يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار. (السنهوري ص ٥٧١ وما بعدها).

وسائل حماية الملكية

من وسائل حماية الملكية دعاوى الملكية التي يرفعها الشخص علي حائز الشئ سواء كان منقولاً أو عقاراً مطالباً برد الشئ إليه مستنداً إلي أن هذا الشئ مملوك له. وأهم هذه الدعاوى هي دعوى الاستحقاق أو الاسترداد.

• **دعوى الاستحقاق أو الاسترداد:** وهي التي يكون محلها المطالبة بملكية الشئ، عقاراً كان أو منقولاً. فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكة تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى علي الغير. وه دعوى عينية إذ ترمى إلي طلب تقرير حق المدعى علي ملكية عقار النزاع، وبالتالي فهي تنصب علي العين المتنازع عليها، وينفذ الحكم الصادر فيها علي تلك العين دون تدخل المحكوم عليه. ولما كانت تلك الدعوى ترمى إلي استرداد العين المتنازع عليها، فيجب للجوء إليها أن تكون تلك العين في حيازة المدعى عليه. وحينئذ يتناضل الخصمان مناضلة موضوعية تتعلق بأصل الحق المتنازع عليه وهو حق الملكية، ويجب للقضاء للمدعى بطلباته، أن يثبت أن الملكية قد انتقلت إليه بموجب عقد البيع الصادر من المالك السابق الذي باعه العين، وأنه قام بتسجيل هذا العقد، فإذا عجز المدعى عليه عن إثبات انتقال ملكية العين ليه بالتقادم، أو عجز عن إثبات صورية العقد الصادر للمدعى صورية مطلقة، تعين القضاء للمدعى باستحقاقه للعقار وتسليمه له وطرده المدعى عليه، باعتبار

أن الأخير يكون غاصبا لا سند له في حيازته للعقار. وتتحصر دعوى الاستحقاق في تقرير حق عيني علي الشيء المتنازع عليه، فهي دعوى عينية، وبالتالي تخرج عن نطاقها الالتزامات الشخصية، كدعوى استرداد المبيع بعد الفسخ أو البطلان، واسترداد الموهوب بعد الرجوع في الهبة، أو استرداد العين المؤجرة أو العارية أو العين المرهونة فتلك دعاوى شخصية تتعلق بتنفيذ التزام شخص نشأ بعد الفسخ، ويترتب علي ذلك أن المدعى في هذه الدعاوى لا يكلف بإثبات ملكيته للمبيع أو الشيء الموهوب أو العين المؤجرة، اكتفاء بإثبات العقد الذي يستند إليه في طلب لرد (أنور طلبه ص ٣٤). ولا تطلق دعوى الاستحقاق علي الدعوى لعينية التي يطالب فيها المدعى برد الحيازة لا الملك، فهي الدعوى الأخيرة هي لدعوى حيازة لا دعوى استحقاق. ولا تطلق دعوى الاستحقاق علي الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بحق عيني آخر غير حق الملكية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الإقرار، بحق عيني (action cofessoire). وإذا رفعها المالك علي من يمتسك بحق عيني علي ملكه تكون دعوى الإنكار لحق عيني (action negatoire). وهي في الحالتين ليست بدعوى استحقاق إذن هي، كما قدمنا، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بالملكية. (السنهوري ص ٥٤٤).

• **دعوى الاستحقاق في المنقولات:** ولمالك المنقول اللجوء لدعوى الاستحقاق لاسترداده من حائز متى كان سئ النية، أما أن كان حسن النية فتحول دونها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز إلا إذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا فيجوز رفع الاستحقاق لاسترداده في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع وتلك مدة سقوط لا مدة تقادم فلا يرد عليها وقف أو انقطاع، وراجع المادة ٩٧٦ وأحكام لنقض الواردة بصددھا.

• دعوى الاستحقاق المرفوعة من وارث المشتري الذي لم تسجل عقده

لا تقبل : لما كان حق الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه. ومن ثم لا تقبل دعوى الاستحقاق المرفوعة من وارث المشتري الذي لم يسجل عقد.

• دعوى الاستحقاق لا يشترط فيها اختصاص أشخاص معينين وهي دعوى

قابلة للتجربة. إذ لم يشترط القانون فيها اختصاص الملاك علي الشيوع : دعوى الاستحقاق قابلة للتجربة ولو انصب الدعوى علي مال شائع، كما أن القانون لم يوجب فيها اختصاص أشخاص معينين ولم يشترط فيها اختصاص الملاك علي الشيوع.

وفي ذلك تقول محكمة النقض أن " الموضوع في دعوى تثبيت الملكية

والمطالبة بالريع موضوع قابل للتجزئة ولو انصبت الدعوى علي مال شائع كما أن هذه الدعوى ليست من الدعاوى التي يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين إذ لم يشترط القانون في تلك الدعوى اختصاص جميع الملاك علي الشيوع، وكل ما يترتب علي عدم اختصاص من لم يختص منهم هو أن الحكم الذي يصدر فيها لا يكون حجة عليه، ومن ثم يكون طلب التدخل الانضمامي المبدي بجلسة المرافعة أمام محكمة النقض من بعض الطاعنين الذين بطل الطعن منهم، استنادا إلي نص المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات علي غير أساس". (طعن رقم ٢٥١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠).

• دعوى الملكية ودعوى الحيازة : تحمي الملكية دعاوى ثلاث تسمى

بدعاوى الملكية وهي دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق

ودعوى منع التعرض في الملكية ودعوى وقف الأعمال الجديدة. ويقابل دعاوى الملكية هذه دعاوى الحيازة وهم ثلاث دعاوى أيضا لحماية الحيازة وليس الملكية وهم. دعوى استرداد الحيازة إذا فقدها الحائز، ودعوى منع التعرض إذا بقيت الحيازة للحائز ولكن تعرض له فيها أحد، ودعوى وقف الأعمال الجديدة إذا هدد الحائز في حيازته بأعمال لو تمت كانت تعرضا لهذه الحيازة. ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت لمدعى حيازته مستوفيه لشرائطها، أما دعاوى الملكية فتقضى أن يثبت المدعى ملكيته للشئ وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة. لذلك يلجأ المالك عادة إلي الحيازة ليحمى بها حيازته. ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا، بل علي من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق علي الحائز، ويتحمل هو دمن الحائز عبء إثبات الملكية، وهو عبء شاق كما سبق القول. ومن ثم حلت دعاوى الحيازة في العمل محل دعاوى الملكية، وأغنت عنها في كثير من الأحوال. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا يعدد دعاوى الملكية، فكانت لمادة ١٦٥ من هذا المشروع تنص علي أن "لمالك الشئ أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض، وإذا خشي تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه". (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٢). وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: "والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هي دعاوى الملكية التي وضعت علي غرار دعاوى الحيازة، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولةا. فللمالك أن يسترد ملكه من أي يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضا، ولكنه في هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته.

وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشارا هي دعوى الاستحقاق. والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع علي الحائز، فهو المدعى عليه في هذه الدعوى". هذا وقد حذف نص المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدي سالف الذكر في لجنة المرجعة "اكتفاء بالقواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٣).

كما قضت بأن: "إذ كانت دعوى الحيازة التي لا يجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الادعاء بالحيازة طبقا لنص المادة ٤٤ م قانون المرافعات - هي تلك التي ترفع من الحائز علي المعتدي نفسه، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة علي طلب استرداد الحيازة، ثم طلب في الاستئناف - احتياطيا وبالنسبة للمؤجر فقط - الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا يكون قد جمع بالنسبة لمورث الطاعنين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق. (١٤/٢/١٩٨٩ الطعن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ ق). وبأنه "إذ كان مؤدى نص المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات أنه لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ويستوي في ذلك أن يطالب برد الحيازة ذاتها مع دعوى الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هي استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق ويسرى هذا علي دعوى الحيازة التي ترفع قبل رفع دعوى الحق أو تلك التي ترفع بعدها، ويبقى هذا المنع قائما ما دامت دعوى الحيازة منظورة وإلا سقط المدعى في الادعاء بالحيازة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى برفض دعوى الطاعن علي ما ساقه من أن الأخير قام برفع الدعوى.... المتعلقة بأصل الحق، وذلك قبل الفصل في

دعوى الحيازة مما يترتب عليه سقوط حقه في دعوى الحيازة باعتبار أن ذلك يعد نزولا منه عن الحماية التي تقررها دعوى الحيازة، كما لو يعتمد في الوصول إلي هذه النتيجة علي فحص المستندات المقدمة في دعوى الحق سالفة الذكر، فإن النعي عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون علي غير أساس" (جلسة ١٩٨٧/١٢/١٣ الطعن رقم ١٥٢١ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٥/٥/١٤ الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٥٢ ق). (جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن ١٢٢٢ لسنة ٥٠ ق).

• **إثبات الملكية:** يقع عبء إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق علي عاتق المدعى ويكلف المدعى بإثبات ملكيته هو، لا بإثبات عدم ملكية المدعى عليه. فإذا عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته، لم يكن هذا سببا في الحكم بالملكية للمدعى مادام هذا لم يثبت ملكيته.

• طرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق :

(١) **طرق إثبات دلالتها يقينية :** وهي التي تثبت الملكية علي وجه حاسم قاطع عن طريق سند تملك. ولبيان ذلك نفرض أن المدعى في دعوى الاستحقاق قدم عقد شراء سندا لملكته، فذلك لا يكفي، إذ يجب أن يثبت أيضا أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد انتقلت إليه. فإذا هو قدم سند ملكية البائع له، وهو أيضا عقد شراء صادر له من سلفه، فذلك لا يكفي، إذ يجب أن يثبت أن البائع لباعه كان مالكا وقت أن باع للبائع. ثم إن عقد الشراء الصادر للبائع البائع لا يكفي هو أيضا، إذ يجب أن يثبت أن البائع لبائع البائع كان مالكا وقت أن باع، وهكذا لتسلسل سندات التملك إلي ما لانهاية، ويكون الدليل الذي يطالب به المدعى أمرا متعذرا، بل هو كما يقال دليل شيطاني (probatio dibolica) . ومن ثم يتبين في وضوح

أنه لا يمكن السير في هذا الطريق. والذي يمكن الوقوف عنده، طريقاً لإثبات الملكية ذا دلالة يقينة، طرق ثلاثة: (الطريق الأول) السجل العيني (livre foncier)، فمهمة هذا السجل أن يجعل تسجيل ملكية العقار ذا دلالة يقينية قاطعة، وهو حجة علي الكافة، فمتى سجل عقار فيه باسم شخص معين كان هذا الشخص هو المالك، ما في ذلك من ريب، ولكن السجل العيني لم يعمم بعد في مصر، فوجب التماس طريق آخر. (السنهوري ص ٥٥٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "يدل النص في المادة الثانية من قانون إصدار نظام السجل العيني بالقانون ١٤٢١ لسنة ١٩٦٤ وفي المواد من ١٠ إلى ٢٥ والمادتين ٣٧، ٣٨ من ذلك القانون - وعلي ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - علي أن القانون جعل حجر الزاوية لنظام السجل العيني أن يكون للقيد فيه قوة مطلقة في الإثبات ورتب علي ذلك حظر التملك بالتقادم في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل، غير أنه احتراماً لوضع اليد المستقر في ظل قانون الشهر العقاري نظم طريقة القيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار بالتقادم قبل العمل بنظام السجل العيني، وأجاز رفع الدعاوى والطلبات للجان القضائية التي أنشأها لتغيير بيانات السجل، كما نص اليد المكسب للملكية متى رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان نظام السجل العيني علي القسم المساحي الذي يوجد بدائره العقار". (طعن رقم ١٤٧٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨). (الطريق الثاني) التقادم المكسب الطويل أو القصير: وهذا طريق آخر للإثبات ذو دلالة يقينة قاطعة في ثبوت الملكية، فمتى أثبت المدعى أنه حاز العقار، هو وسلفه من قبله، مدة خمس عشرة سنة متواليات دون انقطاع وأن حيازته هذه قد استوفت شرائطها، فقد تملك

العقار بالتقادم وكان هذا دليلا قاطعا علي ملكيته، وهو حجة علي الكافة ما في ذلك من ريب. بل يستطيع المدعى، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح، أن يمتلك العقار بحيازته مدة خمس سنوات متواليات، ويكون التقادم القصير في هذه الحالة دليلا قاطعا علي الملكية، ولكن التقادم المكسب، طويلا كان أو قصيرا، غير متيسر في أكثر الأحيان، فمدة الخمس العشرة سنة مدة طويلة، ومدة الخمس السنوات يجب أن يصحبها السبب الصحيح وحسن النية، والمدتان قد يقف سريانها أو ينقطع لأسباب مختلفة، وعند ذلك لا تحسب مدة الوقف، بلا يحسب في حالة الانقطاع ما سرى من المدة أصلا ويجب ابتداء مدة جديدة. (١) ويجب التثبيت، حتى يستغنى بالتقادم عن أي سبب آخر، من أن التقادم قد استوفى شرائطه ومدته.

(٢) **طريق إثبات دلالتها ظنية:** إلي جانب طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية التي قدمناها هناك طرق إثبات ذات دلالة ظنية، وهي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilites)، ولكنها لا تثبت الملكية علي وجه يقيني. ومن هذه الطرق .

● **سند التملك (titre):** ويقصد بسند التملك سند صادر للخصم يفيد ثبوت الملك له، دون اعتبار لما إذا كان هذا قد صدر من مالك أو من غير مالك. ولذلك تكون دلالة السند ظنية، ويؤخذ علي أنه مجد قرينة قضائية تفيد احتمالا راجحا، ويترك ذلك لتقدير القاضي، ولما كان السند مجرد قرينة قضائية، فلا يشترط فيه أن يكون مسجلا، أو أن يكون ناقلا للملكية بل يصح أن يكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها. فيستطيع الخصم إذن، كما يتمسك بعقد بيع أو هبة قرينة علي ملكيته، أن يتمسك أيضا بعقد صلح

أو قسمة أو حكم قضائي وكل ذلك كاشف عن الملكية لا ناقل لها، وإذا تمسك بحكم قضائي، فليس من الضروري أن تراعى فيه شروط حجية الأمر المقضي فقد يتمسك بالحكم علي خصمه دون أن يكون هذا طرفا في الدعوى التي صدر فيها الحكم، وإذا تمسك بعقد، فليس من الضروري أن يكون الخصم طرفا في هذا العقد، وذلك لأن كلا من الحكم والعقد لا يعتد به هنا إلا علي أنه مجرد قرينة قضائية لا تفيد إلا مجرد احتمال، ويجوز دحض دلالاته الظنية بقرينة أخرى أقوى منه.

● **المكلفة :** والمقصود بالمكلفة أن يكون العقار مكلف باسم مدعي الملكية أي مقيد في سجلات مصلحة الضرائب علي أنه مملوك له وأنه هو الذي يدفع الضرائب المفروضة عليه وعليه فمن كلف العقار باسمه يستطيع أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية علي أنه هو المالك إلي أن هذه القرينة بقرينة أقوى منها.

● **خرائط المساحة :** قد تكون خرائط المساحة قرائن قضائية علي الملكية. ولكنها لا تكفي وحدها لثبوتها إنما تحب أن تضاف إليها قرائن أخرى، لأنها قرينة يجوز دحضها بقرائن أقوى منها.

وقد قضت محكمة النقض : "بألا حجية لخرائط المساحة في بيان الملكية، وإنما تعبر فقط عن الواقع المادي (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما ص ٩٩٣). كذلك يعتبر دفع الأموال (ضرائب الأراضي الزراعية) والعوايد (ضرائب المباني) قرينة قضائية علي أن من يدفع هذه الضرائب هو المالك، ولكنها قرينة يجوز دحضها هي الأخرى بقرينة أقوى منها.

• **تعارض طرق إثبات الملكية :** يقدم كل من المدعى والمدعى عليه في دعوى الاستحقاق أدلة إثباته، وإذا حدث وتعارضت هذه الأدلة فهناك طريقان قاطعان للدلالة في الملكية، هما كما قدمنا السجل العيني والتقديم المكسب. فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع عليه، كان هو المالك. ووجب الحكم له بالملك إذا كان هو المدعى، أو وجب رفض دعوى الاستحقاق إذا كان هو المدعى عليه، فإذا لم يكن السجل العيني ساريا، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقديم الطويل أو القصير، كان هو المالك، ووجب الحكم له بالملكية أو رفض دعوى الاستحقاق بحسب الأحوال. فإذا لم يكن السجل العيني ساريا، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقديم، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق هو الحائز للعقار، فيتمسك بالحيازة قرينة علي أنه هو المالك، ويلقى علي عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة. فإذا لم يقدم المدعى قرينة أخرى تدحض قرينة الحيازة، رفضت دعواه، وبقي الحائز علي حيازته. أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيازة، من سند تمليك أو مكلفة أو دفع الضرائب أو غير ذلك، وقدّر القاضي أن القرينة التي قدمها المدعى تدحض قرينة الحيازة، حكم للمدعى بالملكية، ونزع العقار من يد الحائز وسلم للمدعى، فالقرينة التي تدحض قرينة الحيازة ينبغي أن يترك أمر تقديرها إلي القضاء، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فيرفض دعوى الاستحقاق، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التي قدمها المدعى هي الأقوى فيقضى له بالملكية. وقد استقر القضاء الغرض تحت رقابة محكمة النقض إلي عدة قواعد الترجيح بين القرائن المتعارضة

نعتها بعض الفقهاء بالنظام القانوني لإثبات الملكية العقارية. وتتميز هذه القواعد بين حالات ثلاث هي:

(١) وجود سند ملكية عند كل من الخصمين: إذا قدم كل من الخصمين

سندا ناقلا للملكية إليه وكان كلا السندين صادرا من شخص واحد. كأن يكون قد صدر للمدعى عقد بيع من شخص معين بينما صدر عقد بيع آخر للمدعى عليه من ذات الشخص. فحينئذ تكون العبرة بالأسبقية في التسجيل، فإذا كان السندان مسجلين فأسبقهما تسجيلا هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه، وإن كان أحدهما دون الآخر هو المسجل فصاحب السند المسجل هو الذي يقضى لصالحه، أما إذا كان كلا السندين غير مسجل، فأسبقهما في التاريخ هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه. ويلاحظ أنه لو كان السندان الصادران من شخص واحد هما وصيتان، فإن صاحب الوصية اللاحقة يفضل علي صاحب الوصية السابقة، لأن الوصية اللاحقة تنسخ الوصية السابقة. (محمد علي عرفة فقرة ١٨٣ ص ٢٣٢). أما إذا كان السندين صادرين من شخصين مختلفين كأن يكون قد صدر للمدعى عقد بيع من (أ) بينما صدر للمدعى عليه عقد بيع للعقار من (ب) فيفضل المدعى عليه في هذه الحالة بحسب الأصل، لأن السندين يتهاثران وتبقى للمدعى عليه الحيازة فتزج كفته بسببها. ويستطيع المدعى أن يتفادى هذا التفضيل بأن يثبت أن حيازة المدعى عليه معيبة بأنها غامضة أو غير واضحة أو غير متوافرة علي الشروط التي يتطلبها القانون لاكتساب الملكية بالتقادم إذا توافرت مدته، وبذلك يزول سبب تفضيله، ولا يبقى إلا المفاضلة بين سندي الخصمين فالسند الذي يراه القاضي أقوى دلالة في الإثبات يقضى لصالح صاحبه وهو علي أي حال حر فيما ينتهي إليه تقديره ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في هنا الصدر.

(٢) عدم وجود سند ملكية عند أي من الخصمين: وهنا يجب التمييز بين

فرضين: (الفرض الأول) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها، فتقوم هذه الحيازة قرينة علي الملكية لم يدحضها سند تمليك من المدعى، فيقضى لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق. وقد يكون الحائز هو المدعى، وقد رفع دعوى الاستحقاق علي المتعرض له في الملكية كما يقع ذلك في بعض الأحيان. فإذا كانت حيازته حيازة قانونية مستوفية لشرائطها، قامت كذلك قرينة علي الملكية لم يدحضها سند من المدعى عليه، فيقضى لصالح المدعى باستحقاق العقار. (الفرض الثاني) أن تكون حيازة المدعى عليه أو حيازة المدعى غير مستوفية لشرائطها، فلا تكون الحيازة في هذا الغرض قرينة علي الملكية ومن ثم يفاضل القاضي بين القرائن التي تقدمها كل من الخصمين.

(٣) وجود سند ملكية عند أحد الخصمين دون الآخر: إذا كان من معه

سند التمليك هو المدعى حين أن الحيازة لخصمه تعينت المفاضلة بين السند والحيازة ويفضل السند إذا كان سابقا علي الحيازة ويقضى للمدعى بالاستحقاق، أما إذا كان سند الملكية لاحقا علي الحيازة وكانت هذه سابقة في بدايتها عليه استرد قاضي الموضوع سلطته التقديرية في الترجيح يجب ظروف الدعوة أما إذا كان سند التملك مع المدعى عليه الذي يجوز العقار فإن المدعى عليه يكون قد جمع بين سند الملكية والحيازة ومن ثم يقضى لصالحه وترفض دعوى الاستحقاق. (السنهوري ص ٥٦٣ - محمود جمال الدين ذكي ص ١٠٩).

• قضاء محكمة النقض في إثبات الملكية: لا يهم عند القضاء في دعوى

الملكية أن يكون المشتري استرد ما دفعه أو لم يسترده مادام طلب رد

الثن لم يكن معروضا علي القاضي، ولا يهم كذلك أن يكون البائع قد رد إلي المشتري ما قبضه من ثمن المبيع ردا مبرئا لذمته أو أن يكون هذا الرد مشوبا بعيب يجعله غير مبرئ للذمة. وإذن فإذا تعرض القاضي في أسباب حكمه إلي ما لا تتأثر به دعوى الملكية من ذلك فإن ما يعرض له يكون، لعدم تعلقه بالطلب المرفوعة به الدعوى ولعدم اتصاله بالمنطوق، عديم الأثر زائدا علي حاجة الدعوى، وهو علي هذا الاعتبار لا يحوز كالمنطوق قوة الشئ المحكوم فيه". (طعن رقم ٧٧ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٢/١٨). وبأنه "إذا تمسك مدعى الملكية بأنه تملك الأطنان المتنازع عليها بالشراء ممن تملكها بالتقادم من مالكةا الأصلي، ودفع المدعى عليه بأنه هو الذي تملك بالتقادم، وأمرت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى علي التحقيق لإثبات وضع اليد بشهادة الشهود، وحملت المدعى عليه عبء الإثبات فقبل هذا الحكم التمهيدي ولم يستأنفه، ثم لما أصدرت حكمها القطعي نفت ملكية المدعى عليه وأثبتت في الوقت نفسه ملكية المدعى وردت هذه الملكية إلي سببها القانوني وهو التقادم، وسأقت علي هذا التقادم أدلة من شأنها أن تؤدي إليه، فإنها لا تكون قد أخطأت ف تطبيق قواعد إثبات الملكية، ولو جعلت في المقام الأول من الأدلة التي أوردتها علي تملك المدعى بالتقادم ما استفادته من إخفاق المدعى عليه في دفاعه وما ترتب علي هذا الإخفاق من انتفاء وضع يده، فذلك حقها الذي لا معقب عليه، إذ أن وضع اليد واقعة تقبل الإثبات بالطرق كافة بما فيها القرائن، والقرائن القضائية من الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها والتي أطلق للقاضي في الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها، كما أطلق له في أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية والتقدير المنزلة التي يراها". (طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠). وبأنه "إذا كان الحكم في دعوى تثبيت

الملكية لم يقدّم الدليل على ملكية المدعين لما قضى لهما به وإنما أقام قضاءه على ما ادعياه من أن سبب الملكية هو الميراث وعلي أنه لا نزاع من جانب المدعى عليهم لهما في ذلك دون أن يفصح الحكم عن أصل هذه الملكية وأبلولتها إلى المدعين بالنسبة للقدر المقضي لهما بملكيته وكان الثابت بالحكم نفسه أن المدعى عليهم قد أنكروا على المدعين تلك الملكية وأنهم تمسكوا بأن آخرين شاركوهم في الملكية مما مؤداه - لو صح هذا الدفاع - أن يقل نصيب المدعين في الأطنان محل التداعي، فإن الحكم يكون قد شابه قصور بما يستوجب نقضه". (طعن رقم ٢٥١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠). وبأنه "ولما كان الحكم المطعون فيه قد استدلل على أن الطريق محل النزاع والمملوك للطاعنين طريق عمومي مخصص للمنفعة العامة أخذاً بتقرير الخبير المقدم في الدعوى لمجرد وجوده على الخريطة المساحية منذ مدة طويلة، ورتب على ذلك أحقية المطعون عليه في فتح باب عليه، في حين أن مجرد وجود الطريق على خريطة المساحة لا يصح دليلاً على أنه طريق عمومي طالما لم تنتقل ملكيته إلى الدولة بأحد أسباب كسب الملكية المنصوص عليها في القانون، فإن الحكم المطعون فيه إذ اكتفى باعتماد تقرير الخبير في هذا الخصوص دون أن يفصل في ملكية الطريق وهي مسألة قانونية تخرج عن مأمورية الخبير الذي تقتصر مهمته على تحقيق الواقع في الدعوى وإبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصاء كنهها بنفسه، واتخذ من تقرير الخبير سنداً لقضائه وكانت أسبابه لا تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ولا تصلح رداً على ما تمسك به الطاعنون من أن الطريق مملوك لهم ملكية خاصة، وهو دفاع جوهري من شأنه لوضح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب"

(طعن رقم ١٥١٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٢/٤/١٩٩٢) وبأنه "محكمة الموضوع إذ تفضل في المفاضلة بين المشتريين من متصرف واحد بشأن عقار واحد توصلًا إلى معرفة من منهم المالك الحقيقي للأرض المتنازع عليها إنما تفضل في مسألة قانونية وإذن فعلها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض". (طعن رقم ٣١٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٥/٤/١٩٩٣). وبأنه "لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن بصفته قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بملكية الدولة للأرض محل التداعي طبقًا للمستندات المقدمة منه وعدم جواز تملكها أو التعامل عليها ورتب علي ذلك طلب رفض دعوى المطعون ضدها الأولي، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد ما قضت به محكمة أول درجة من صحة ونفاذ عقد البيع الابتدائي الذي تضمن التصرف في تلك الأرض دون أن يتحقق من ملكية البائع لها مجتزئًا القول بأن الأرض محل التعاقد لم ترد ضمن سجلات أملاك الدولة أو خرائطها، وهو ما لا يكفي لمواجهة دفاع الطاعن ولا يصلح رداً عليه في ضوء ما سلف بيانه، وإذ حجب ذلك -الحكم- عن مواجهة هذا الدفاع الجوهري بما يقتضيه من البحث والتحصيل وصولاً إلى وجه الحق فيه فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب الذي جره إلى خطأ في تطبيق القانون". (طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٨/٦/٢٠٠٠). وبأنه "الإقرار بالملكية حجة علي المقر طالما صدر منه عن إدارة غير مشوبة بعيب من عيوب الإدارة، فلا يحق له أن يتصل مما ورد فيه بمحض إرادته إلا بمبرر قانوني، ومن ثم فإنه ينتج أثره فيما بينه والمقر له، وليس له أن يدفع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل الملكية، ولو تبين أن محل الإقرار كله أو بعضه مملوك للغير، إذ الإقرار بملكية ثابتة للغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المقر له، وليس لمصلحة المقر، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له أن يقر التصرف صراحة أو

ضمناً، فإذا لم يقره كان غير نافذ في حقه، وإن النعي بأن الطاعن (المقر) دفع في غلط جوهرى -غير مقبول لمخالطته واقعا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع". (طعن رقم ٣٣٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠/٢/٢٠٠١).

"إن الإقرار بالملكية في ورقة عرفية لا تنتقل به الملكية، ولا يصلح سنداً لرفع دعوى بتثبيت هذه الملكية، لأنها لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل، ولما ينطوي عليه طلب الحكم بصحة ونفاذ الإقرار من التسليم بثبوت الملكية للمقر، والرغبة في الحصول على حماية قضائية غايتها أن يطمئن المقر له إلى أن المقر لا يستطيع بعد الحكم بصحة الإقرار ونفاذه في حقه -أن ينازع فيما أقر به وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأتبع قضاءه بصحة ونفاذ الإقرار موضوع النزاع باعتباره سنداً للملكية صالحاً للتسجيل والشهر. فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه". (طعن رقم ٣٣٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠/٢/٢٠٠١).

• **عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم:** دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه لا تسقط بالتقادم تكون حق الملكية حقا دائماً لا يسقط بعدم الاستعمال ويستوي في ذلك العقار والمنقول، فدعوى الاستحقاق في كل منهما لا تسقط بالتقادم ومهما طالت المدة التي يخرج فيها الشئ من حيازة مالكة، فإنه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال، ويستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق بعد خمس عشرة سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر. ولكن إذا كان الشئ الذي خرج من حيازته دخل في حيازة شخص آخر، واستطاع هذا الشخص الآخر بموجب هذه الحيازة أن يكسب ملكية الشئ بالتقادم، فإن المالك الأصلي تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذي ملك بالتقادم. ويرجع ذلك، لا لأن المالك الأصلي قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت دعواه في

الاستحقاق بالتقادم المسقط، ولكن لأن هناك شخصا آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكسب.

وقد قضت محكمة النقض بأن "دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك

لاسترداد ملكه من غاصبه، لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بإلزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض في حالة تعذر التنفيذ عيناً، ذلك أن التنفيذ العيني هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدي إلا إذا استحال التنفيذ العيني، لما كان ذلك، فإن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وأن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب. (نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ س ٢٨ ص ٨١٩). وبأنه "متى انتقلت الملكية من البائع إلي ورثة المشتري من تاريخ تسجيل الحكم الصادر لصالحهم بصحة ونفاذ عقد البيع، فإن هذه الملكية لا تسقط أبداً عن المالك، كما أن دعوى الاستحقاق التي تحميها لا يرد عليها التقادم المسقط، وللمالك أن يرفعها ضد أي شخص لاسترداد ملكيته مهما طال عهد انقطاع صلته بهذا الملك، وينبني علي ذلك أنه إذا طلب المشتري- الذي انتقلت إليه ملكية المبيع- البائع باسترداد المبيع، فلا يجوز دفع هذه الدعوى بالتقادم لمضي أكثر من خمس عشرة سنة دون المطالبة بالملكية. (نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ طعن ٢٨ س ٢٨ ق). وبأن "دعوى الاستحقاق التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقاراً كان أو منقولاً لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن". (طعن رقم ٢٠٣٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩) وبأنه "إذا كانت الملكية لا تسقط بمجرد الغصب وإنما تبقى لصاحبها حتى يكتسبها غيره بأحد أسباب كسب الملكية... وكان طلب

التعويض هو بديل عن طلب المال المغصوب فإن لازم ذلك أن التعويض لا يسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق عملاً بنص المادة ٣٧٤ من القانون المدني". (طعان رقما ٢٤٤٥، ٢٦٥٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٩٤، راجع أيضاً طعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢/٤/١٩٩٩).

من أحكام القضاء:

١- 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 استحدثتها 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 ١٨/١٢/١٩٧٣-المرجع السابق-ص ١٢٩٦)

٢- 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 ١٣/١١/١٩٧٤- المرجع السابق- السنة ٢٥- ص ١٢٢٠)

٣- 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 الثلاثة 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)

٤- طلب التعويض عن نزع الملكية- وعلي ما جري به قضاء النقض- لا يعتبر معلوم المقدار وأن يكون تحديد مقداره قائماً علي 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 قت طلبه مهما كان تحديد المالك له في صحيفة دعواه ولا يصدق عليه هذا الوصف الا بصدور الحكم النهائي في الدعوي، ولا يغير من ذلك قيام الطاعنين- الجهة نازعة الملكية- بتقدير تعويض عن الأرض المنزوع ملكيتها وعرضه علي 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 ١٣٨٧)

٥- 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 علي 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 سالفه الذكر انما تقرر حكماً عاماً في تقدير التعويض.

(نقض- جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨- المرجع السابق- السنة ٢٨- ص ٨١٩)

(نقض ٣٩٠٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٦/٢٧ س ٤٢ ص ١٢٨٩)

٦- 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 ١٩٩٣/٤/٧)

٧- ملكية العقار إعتبارها أمراً لازماً لتوافر الصفة لمالك العقار في الإعتراض على تقدير التعويض وأحقيته في إقتضائه. أثره. قرار لجنة

(الطعن ٦١١ لسنة ١١٩٤/٥/٢٩ جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩ ص ٤٥ ص ٩٢٣)

(الطعن ٥٣٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٢)

٩- إعتبار أراضي البرك والمستنقعات 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 مستنقع 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 والمستنقعات التي تقرر ردمها وأيلولة ملكيتها إلى الدولة طبقاً للنص آف 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 بـانتقال 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 لآخرين 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 و ٣ ط بالقطعة رقم ٤٦ سالفة البيان على مجرد القول بأنها كانت بركة قامت الحكومة بردمها فانتقلت 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 يفتن إلى حقيقة ما أثبتته الخبراء أخذاً من أقوال الشهود الذين سالوهم والبيانات التي أطلعوا عليها والتي أفادت جميعها أن أرض النزاع لم تكن في الاصل بركة ردمتها الحكومة وأنها أرض زراعية فإنه يكون معيياً بالقصور في التسبيب والفساد في الإستدلال.

(الطعن ٥٣٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٢ س ٤٥ ص ٩٨٦)

١٠ - 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)

١١- إلغاء لجان الفصل في المعارضات في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية بالقانون ١٠ لسنة ١٩٩٠. إنعقاد الإختصاص بنظر تلك المعارضات للمحام الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة وجواز إستئناف الأحكام الصادرة منها م ١٣ ق ١٠ لسنة ١٩٩٠. وجوب إحالة الدعاوى التى 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 الراهنة قبل الفصل فيها من اللجنة المشار إليها في القانون السابق فقد أحييت 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)

١٢- 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 التي 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 اليهم 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 التي نزعت ملكيتها للمنفعة العامة والتي لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل به الإستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزوم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل صدور القرار بذلك من جهة الاختصاص التيسير على المصالح العامة للقيام بتنفيذ المشروعات العامة فتتحقق الثمرات المرجوه منها إزالة العوائق والصعوبات التي كانت تعانيها 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 التي تتولى إتخاذ إجراءات نزع الملكية (الهيئة المصرية العامة للمساحة) ومن ثم فقد جعل الخصومة في شأن الطعن في تقدير التعويض أمام المحكمة الإبتدائية 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 لذمتها 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)

١٣- 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)

١٤- 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 بإلزام الجهة طالبة نزع الملكية بدفع التعويض الذي تقدره، وأن استئناف ذوى 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 ذوى 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 ٢٢ / ٥ / ٢٠٠٥)

القيود التي ترد على حق الملكية الملكية وظيفية اجتماعية وليست حقا مطلقا

النص التشريعي (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 لبيي و ٧٧٣ سوري و ٦٨٨ سوداني.

الأعمال التحضيرية :

تبدأ سلسلة القيود القانونية التي ترد على 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 الفقه فيه الي ان هذه القيود القانونية حقوق ارتفاق حقيقية، بينما ذهب الكثرة من الفقهاء الي ان هذه القيود انما هي قيود على حق الملكية وليست حقوق ارتفاق حقيقية، وهذا الرأي الصحيح الأخير هو الذي سار عليه التقنين المدني الجديد.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٢٦.

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^(١).

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.

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^(٢).

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 اصبح يقيد في استعماله الشئ واستغلاله له الي حد بعيد، بل أن حق التملك في ذاته أصبح يرد عليه هو الآخر بعض القيود.

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنهاوري- المرجع السابق- ص ٦٣٨ وما بعدها.

(٢) حق الملكية- ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٥٢ وكتابة: النقيين المدني الجديد- المرجع السابق- ص ٥٩١.

والقيود التي ترد على حق الملكية هي من الكثيرة بدرجة تجعل كل تعداد لها او حصر معرضاً لأن يكون ناقصاً غير جامع.

والقيود التي ترد على الملكية قد يكون مصدرها القانون، وقد يكون مصدرها الاتفاق فالقيود القانونية هي تلك القيود التي اوردتها المجموعة المدنية والقوانين واللوائح، هي تلك القيود التي تشير اليها المادة ٨٠٦ مدني والمواد من ٨٠٧ الي ٨٢٤ مدني.

والقيود القانونية التي ترد على حق الملكية قد يرد بعضها مباشرة للصالح العام، وقد يتقرر بعضها للصالح الخاص.

وقد يكون مصدر القيود التي ترد على الملكية الاتفاق او ارادة المالك بوجه عام. وهذه القيود التي ترد على الملكية بالاتفاق قد تنتوع اذ هي تخضع دائماً لمبدأ سلطان الارادة، فليس هناك ما يمنع المالك من ان يقيّد نفسه في استعمال ملكه او حتي في التصرف فيه لمصلحة. فكل حقوق الارتفاق التي مصدرها العقد هي ولا شك قيود اتفاقية ترد على حق الملكية، ومن اهم هذه القيود ايضاً شرط عدم التصرف^(١).

٤- يجب على المالك ان يراعي في استعمال حقه ما يقضي به القانون. والقانون يفرض قيوداً كثيرة على استعمال حق الملكية. وتختلف هذه القيود وتتنوع باختلاف طبيعة الأشياء محل الملكية وباختلاف أوجه استعمالها.

وليس من السهل حصر القيود التي يفرضها القانون على الملكية، فهي مبعثرة في التشريعات المختلفة، وقد نص القانون المدني على بعضها. ولكن الي جانب القيود المنصوص عليها في هذا توجد قيود أخرى

(١) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ط ٢- ص ٧١ و ٧٢ وما بعدها، وطبعه ١٩٦٨ منه، والمراجع الأخرى السابقة.

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.

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).

(١) الحقوق العينية الأصلية- موجز- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٣١ وما بعدها.

• **التزام المالك في استعمال حقه بما تقتضي به اللوائح والقوانين :** لقد

أوجب المشرع علي المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقتضي به اللوائح والقوانين والمراسيم المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة. فتلاحظ أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وأن المالك في استعماله إياه يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح. ومع أن القانون يحمي المصلحة العامة والمصلحة الخاصة إلا أنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة كانت المصلحة العامة أولى بالرعاية.(محمد علي عرفه ص ٢٣٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "مؤدى نص المادة ٨٠٦ من القانون

المدني أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وأن المالك في استعماله إياه يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح فإذا أخل بأي التزام فرضته عليه هذه القوانين واللوائح كان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية ومن ثم فإن الجار الذي يخالف القيود القانونية يرتكب خطأ، فإذا ترتب علي خطئه هذا ضرر للجار فإنه يلتزم بتعويض الجار عن هذا الضرر مهما ضؤل ويستوي في ذلك أن يكون الضرر ماديا أصاب الجار في مصلحة مالية أو أدبيا أصاب الجار في معنوياته ومنها شعوره بالاعتداء علي حق له. (نقض ١٩٨٢/١١/٢١ طعن ٢٢٣٣ س ٥١ ق). وبأن "النص في المادتين ٨٠٢، ٨٠٦ من القانون المدني علي أن "مالك الشئ في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. وأن يراعى في ذلك ما تقتضى به القوانين والمراسيم واللوائح.. يدل علي أن استعمال حق الملكية كان وما يزال مقيدا بمراعاة أحكام القانون ومن ثم فلا يكون للقيود التي أوجبها قانون الإصلاح الزراعي أي تأثير علي عقود بيع

الأراضي الزراعية القائمة وقت صدوره. (نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ الطعن رقم ١٤٢ و ١٦٦ س ٣٧ ق). فقد فرض القانون قيوداً علي الملكية حتى لا يخرج المالك عن نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية، وينصرف بعض هذه القيود إلي تحقيق المصلحة العامة، وينصرف بعضها الآخر إلي تحقيق المصلحة الخاصة. ولكن من السهل حصر القيود التي يفرضها القانون علي الملكية، فهي مبعثرة في التشريعات المختلفة سواء كانت تشريعات عادية أو فرعية كاللوائح والقرارات الوزارية.

(١) التشريعات التي تحظر علي المالك بعض أوجه الاستعمال : كقانون

مكافحة المخدرات الذي يحظر علي مالك الأرض الزراعية زراعة النباتات المخدرة. حيث قضت المادة ٢٨ منه بأنه "لا يجوز زراعة النباتات المبينة بالجدول رقم ٥". وأورد الجدول (٥) النباتات الممنوع زراعتها: ١- القنب الهندي (كانابيس ساتيفا) ذكرا كان أو أنثى بجميع مسمياته مثل الحشيش أو كمنجة أو البانجو أو غير ذلك من الأسماء التي تطلق عليها. ٢- الخشخاش (بابا قير موينيتيرم) بجميع أصنافه ومسمياته مثل الأفيون أو أبو النوم أو غير ذلك من الأسماء التي تطلق عليها. ٣- جميع أنواع جنس البابا قير. ٤- الكوكا (ايروثروسيلوم كوكا) بجميع أصنافه ومسمياته. ٥- القات بجميع أصنافه ومسمياته. وتقضى المادة ٣٤ من قانون مكافحة المخدرات رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ بأن يعاقب بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة من ثلاث آلاف جنية إلي عشرة آلاف جنية.. (ب) كل من زرع نبات من النباتات الواردة في الجدول رقم (٥). وتنص المادة ٣٧ من القانون المذكور يعاقب بالسجن وبغرامة من خمسمائة جنية إلي ثلاثة آلاف جنية كل من حاز أو اشترى أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جواهر

مخدرة أو زرع نبات من النباتات الواردة بالجدول رقم (٥) أو حازها أو اشتراها بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي وذلك كله ما لم يثبت أنه رخص له بذلك بموجب تذكرة طبية أو طبقاً لأحكام القانون. ٢- ولا يجوز أن تنقص مدة الحبس عن ستة أشهر في حالة تطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات. ٣- ويجوز للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة أن تأمر بإيداع من ثبت إيمانه تعاطى المخدرات إحدى المصحات التي تنشأ لهذا الغرض ليعالج فيها إلى أن تقرر اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين بالمصحات المذكورة الإفراج عنه ولا يجوز أن تقل مدة البقاء بالمصحة عن ستة أشهر ولا تزيد علي سنتين. (السنهوري ص ٦٠٤). □

(٢) التشريعات التي تنظم بعض صور الاستعمال وتتطلب الحصول علي

ترخيص إداري قبل القيام به : كقانون حماية الآثار رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ والذي حددت المادة الأولى منه ما يعتبر أثراً بأنه كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو أحدثته الفنون والعلوم والأدب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام متي كانت له قيمة أو أهمية أثرية أو تاريخية باعتباره مظهراً من مظاهر الحضارات المختلفة التي قام علي أرض مصر أو كانت لها صلة تاريخية بها، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها. ومن القيود التي فرضها قانون حماية الآثار رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ علي حق الملكية لحماية الآثار التاريخية ما نص عليه في المادة ١٥ منه من أنه "لا يترتب علي أي استغلال قائم من قبل الأفراد أو الهيئات لموقع أثري أو أرض أو بناء ذي قيمة تاريخية أي حق في تملكه بالتقادم ويحق للهيئة كلما رأت ضرورة لذلك إخلاءها مقابل تعويض عادل. وتقضى المادة ١٦ بأن

للووزير المختص بشئون الثقافة بناء علي اقتراح مجلس إدارة الهيئة-ومقابل تعويض عادل- ترتيب حقوق ارتفاع علي العقارات المجاورة للمواقع الأثرية والمباني التاريخية لضمان المحافظة علي خصائصها الفنية أو مظهرها العام ويحدد القرار الصادر بذلك العقارات أو أجزاء العقارات التي يترتب عليها حق أو أكثر من حقوق الارتفاق ونطاق هذا الحق والقيود التي ترد علي حق المالك أو الحائز تبعا لذلك، وتنص المادة ٢٠ علي أنه لا يجوز منح رخص للبناء في الموقع أو الأراضي الأثرية. وتقضى المادة ٢٣ بأن كل شخص يعثر علي أثر عقاري غير مسجل أن يبلغ هيئة الآثار به ويعتبر الأثر ملكا للدولة. وتنص المادة ٢٤ علي أن من يعثر مصادفة علي أثر منقول أو يعثر علي جزء أو أجزاء من أثر ثابت فيما يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب سلطة إدارية خلال ثمان وأربعين ساعة من العثور عليه وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه السلطة المختصة وإلا اعتبر حائزا الأثر بدون ترخيص، وعلي السلطة المذكورة إخطار الهيئة بذلك فورا، ويصبح الأثر ملكا للدولة وللهيئة إذا قدرت أهمية الأثر أن تمنح من عثر عليه وأبلغ عنه مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة. وتقضى المادة ٣٢ بأنه لا يجوز للغير مباشرة أعمال البحث أو التنقيب عن الآثار إلا تحت الإشراف المباشر للهيئة عن طرق من تتدبه لهذا الغرض من الخبراء والفنيين، وفقا لشروط الترخيص الصادر منها. وتنص المادة ٣٥ علي أن جميع الآثار المكتشفة التي تعثر عليها بعثات الحفائر العلمية الأجنبية تكون ملكا للدولة، والقانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ (المعدل) في شأن المحال العامة والذي يحظر فتح أي محل عام إلا بعد الحصول علي ترخيص من الجهة الإدارية المختصة بذلك (م٣)، والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (المعدل في شأن توجيه وتنظيم أعمال

البناء والذي يحظر علي المالك إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعديتها أو تعديلها أو إجراء أي تشطيبات خارجية إلا بعد الحصول علي ترخيص من الجهة الإدارية المختصة).

(٣) التشريعات التي ترد علي حق التملك ذاته حماية للمصلحة العامة:

كقانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والتعديلات التي أدخلت عليه والتي وضعت حد أقصى لتملك الفرد والأسرة للأراضي الزراعية وما في حكمها. وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ معدلة بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ علي ما يأتي: "لا يجوز لأي فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان، وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا، ولا يجوز تسجيله". ونرى من ذلك أن الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية، بحسب قانون سنة ١٩٥٢ (قبل تعديله بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١) هو ٢٠٠ فدان فإذا زادت ملكية الفرد وقت نفاذ هذا القانون علي هذا الحد، استولت الحكومة علي المقدار الزائد.

كما قضت بأن: القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون عليه،

إذ نص في مادته الأولى علي أيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدلة له إلي الدولة دون مقابل، يكون قد جرد ملاك تلك الأراضي المستولى عليها من ملكيتهم لها بغير مقابل، فشكل بذلك اعتداء علي هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ التي تنص علي أن الملكية الخاصة مصونة والمادة ٣٦ منه التي تحظر

المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤، لما كان ذلك، وكانت باقي مواد هذا القانون مترتبة علي مادته الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط لا يقبل الفصل أو التجزئة، ومن ثم كان عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط أن يلحق ذلك الإبطال باقي نصوص هذا القرار بقانون المطعون فيه بما يستوجب الحكم بعدم دستورية برمته. (دستورية عليا جلسة ١٩٨٣/٦/٢٥ الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية مجموعة أحكام الدستورية العليا الجزء الثاني ص ١١٥). وبأن النص في المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ علي أن يؤدي التعويض سندات اسمية علي الدولة لمدة خمس عشرة سنة وبفائدة قدرها ٤% سنويا محسوبة من تاريخ الاستيلاء.. ويجوز للمحكمة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كلياً أو جزئياً...مؤداه أن هذه السندات تستهلك بعد مضي خمس عشرة سنة من تاريخ الاستيلاء إلا إذا رأت الحكومة استهلاكها بعد عشر سنوات وإذا لم تؤد الدولة لصاحب الأرض الزراعية المستولى عليها السندات الاسمية وفوائدها حتى انتهاء مدة استهلاكها فإنه يكون مستحقاً للتعويض. (جلسة ١٩٩١/٣/١٣ الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٥٨ ق). وبأنه " النص في المادة الرابعة عشرة من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي علي أن تسلم الأراضي لمن آلت إليه من صغار الفلاحين خالية من الديون ومن حقوق المستأجرين وتسجيل اسم صاحبها بنفسه وأن يبذل في عمله العناية الواجبة وإذا تخلف من تسلمها عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها بالفقرة السابقة أو أخل بأي التزام جوهرى أخرى يقضى به العقد أو القانون حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل من

نائب بمجلس الدولة رئيساً وعضوية اثنين من مديري الإدارات بالهيئة التنفيذية للإصلاح الزراعي ولها بعد سماع أقوال صاحب الشأن أن تصدر قراراً مسبباً بإلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه واعتباره مستأجراً لها من تاريخ تسليمها إليه وذلك كله إذا لم يكن قد مضت خمس سنوات علي إبرام العقد النهائي، مؤداه أن المستفيد من أحكام هذه المادة الذي لم تمض مدة خمس سنوات علي إبرام العقد النهائي معه تظل علاقته قائمة بجهة الإصلاح الزراعي ولو لم يزرع الأرض بنفسه ولا تتسلخ عنه صفته كمنتفع ويسبغ عليه صفة المستأجر إلا بعد صدور قرار اللجنة سالفة البيان بإلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه إذا ما ارتأت ذلك، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن ومورثه من قبله هو أحد المنتفعين بأحكام المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي ووزعت عليهم الأرض مثار النزاع إلا أنه لم يحرر لهم عقد التمليك النهائي لها لعدم إكمال سداد باقي أقساط الثمن ولم يصدر قرار من اللجنة المختصة سالفة البيان بإنهاء صفته كمنتفع واعتباره مستأجراً لها من تاريخ توزيعها عليه وبالتالي لا تسرى أحكام المادة ٣٢ من المرسوم بقانون سالف الذكر لانحسار سريانها طبقاً لصريح نصها علي العلاقة بين ملاك الأراضي الزراعية كمؤجرين وبين مستأجريها من الباطن أو التنازل عنها. (جلسة ١٢/٧/١٩٩٥ الطعن رقم ٣٤٢٨ لسنة ٦٠ق، جلسة ٩/١٢/١٩٨٤ الطعن رقم ١٥٥٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ج ٢ ص ٢٠١٠). وبأنه إذ نصت المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ علي أنه "إذا وقع ما يؤدي إلي تجزئة الأراضي الزراعية إلي أقل من خمسة أفدنة سواء كان ذلك، نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية وجب

علي ذي الشأن أن يتفقوا علي من تؤول إليه ملكية الأرض منهم، فقد دلت علي أنها إنما تنصب علي التصرفات والوقائع التي تكسب ملكية الأطيان الزراعية وتؤدي إلي تجزئتها لأقل من خمسة أفدنة ولا تنصرف إلي قسمة هذه الأطيان بين الشركاء علي الشيوع، والعلة في ذلك واضحة إذ أن القسمة باعتبارها كاشفة للحق لا منشئة له لا تكسب أطرافها ملكية جديدة بل تقرر ملكية كل شريك لحصة مفرزة بعد أن كانت شائعة وتؤدي إلي تجزئة ملكية الأطيان التي تتناولها، ذلك أن هذه الملكية تعتبر مجزأة فعلا بين الشركاء بمقتضى سند اكتسابها ومنذ قيام حالة الشيوع وكل ما ترتب علي قسمتها هو تحويل الحصص الشائعة إلي مفرزة، ومن ثم فإن النعي علي عقد القسمة بالبطلان بدعوى مخالفة المادة ٢٣ من قانون الإصلاح الزراعي والقول ببقاء ملكية الطاعن شائعة مما يخوله حق طلب الشفعة في القدر المتصرف فيه يكون علي غير أساس. (جلسة ١٩٦٩/٢/٦ الطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٠ ق س ٢٠ ص ١١٦٤).

تنظيم تملك غير المصريين للعقارات

المبنية والأراضي الفضاء

لقد توالى التشريعات المتعلقة بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات في مصر، سواء كانت أراضي زراعية أو صحراوية أو بور أو مبنية أو أراضي فضاء معدة للبناء، باعتبار أن الملكية العقارية تمس النظام العام في الصميم وأن اكتسابها قد يترتب عليه المساس به إذا تجمعت لدي غير المصريين، فأصدر المشرع القوانين المتعاقبة يضيق بموجبها تارة ويوسع تارة أخرى، ومنها القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع غير المصريين من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها الذي حل محله القانون رقم ١٥

لسنة ١٩٦٣، كما صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية وحل محله القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ وتم تعديله بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨، ثم صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء وحل محله القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨، ثم صدر القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ .

• القيود الواردة علي تملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضي الفضاء :

حرص المشرع المصري إلي الحد من حق الأجانب في تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء، فأصدر في هذا الشأن عدة قوانين منها القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ ثم القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ والذي ألغى بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء والذي عمل به اعتبار من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٦/٧/١ - ونص في المادة الأولى علي أنه "مع عدم الإخلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، يكون تملك غير المصريين سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين للعقارات المبنية أو الأراضي الفضاء في جمهورية مصر العربية - أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث - وفقاً لأحكام هذا القانون ويقصد بالتملك في نطاق أحكام هذا القانون الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع وأجازت مادته الثانية لغير المصري تملك العقارات مبنية كانت أو أرضاً فضاء بالشروط الآتية : ١ - أن يكون التملك لعقارين علي الأكثر في جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكن الخاص له ولأسرته، وذلك دون إخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية المختصة ويقصد بالأسرة الأزواج

والأبناء القصر. ٢- ألا تزيد مساحة كل عقار علي أربعة آلاف متر مربع. ٣- ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثرا في تطبيق أحكام قانون حماية الآثار. ولرئيس مجلس الوزراء الاستثناء من الشرطين الواردين بالبند (١، ٢) من هذه المادة في الحالات التي يقرها ولمجلس الوزراء أن يضع شروط وقيود خاصة بالتملك في المناطق السياحية والمجتمعات العمرانية التي يحددها. وأوردت المادة الثالثة من القانون استثناء خاص بمقر البعثات الدبلوماسية أو القنصلية أو ملحقاتها فنصت علي أنه "لا يخضع تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء للشروط الواردة في هذا القانون في حالة ما إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذ مقر لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو ملحقاتها أو سكن رئيس وأعضاء البعثة ذلك بشرط المعاملة بالمثل، أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية أو الإقليمية. وأوجب في المادة الرابعة علي غير المصري الذي اكتسب ملكية أرض فضاء بالتطبيق لأحكام القانون المذكور أن يبدأ البناء عليها خلال مدة لا تجاوز السنوات الخمس التالية لشهر التصرف، فإذا انقضت هذه المدة دون البدء في البناء. وحظرت المادة الخامسة علي غير المصري الذي اكتسب ملكية عقار وفقا لأحكام هذا القانون أن يتصرف فيه بأي وجه من وجوه التصرفات الناقلة للملكية قبل مضي خمس سنوات من تاريخ اكتساب الملكية. وأجازت لرئيس مجلس الوزراء في الحالات التي يقرها الإذن بالتصرف في العقار قبل مضي هذه المدة. وقضت المادة السادسة ببطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ومنعت شهره. وأجازت لكل ذي شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان، كما أجازت للمحكمة أيضا أن تقضى به من تلقاء نفسها. ولقد نصت المادة السابعة علي أن "مصلحة الشهر العقاري والتوثيق

هي الجهة المنوط بها تنفيذ أحكام القانون، وتتشأ مكاتب خاصة للشهر العقاري والتوثيق، تختص بجميع الشؤون الشهر والتوثيق بالنسبة لطلبات تملك غير المصريين للعقارات المبنية أو الأراضي الفضاء وفقا لأحكام هذا القانون، ويتعين علي هذه المكاتب إنهاء إجراءات التسجيل خلال عشرة أيام علي الأكثر من تاريخ استيفاء الأوراق المطلوبة. وجاء بالمادة التاسعة أن هذا القانون ينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتبارا من اليوم التالي لنشره ونلاحظ مما تقدم أن الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ تنص علي أن: "مع عدم الإخلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، يكون تملك غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ...الخ". فالنص لم يستخدم لفظ (الأجنبي) وإنما عبر عن الخاضعين لأحكام القانون بـ (غير المصريين)، وبالتالي يدخل في نطاق هؤلاء الأجانب والعرب - ومن بينهم الفلسطينيون - وعديمي الجنسية ومجهولي الجنسية، والمصري الذي فقد الجنسية المصرية بحكم أو بقرار أو بإرادته والاكتماء بجنسية أخرى يكون قد اكتسبها. ولكن لا يندرج فيهم الشخص متعدد الجنسية إذا كانت الجنسية المصرية من بين الجنسيات التي يحملها. (محمد علي عمران ص ٨٣). ويسرى التنظيم الوارد بالقانون علي الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين علي السواء. كالشركات والجمعيات. (عزمي البكري ص ٢٧١)

• العقارات والأراضي الفضاء التي يسرى عليها تنظيم ملكية غير

المصريين: لقد نصت المادة الأولى في فقرتها الثالثة علي أن: "يقصد بالعقارات المبنية والأراضي الفضاء في تطبيق أحكام هذا القانون المباني والأراضي، ولو لم تكن خاضعة لأحكام القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ في شأن الضريبة علي العقارات المبنية". ولكن قد يفهم من الإطلاق الوارد

بالفقرة المذكورة أن تعبير الأراضي الفضاء معناه كل الأراضي غير المبنية في مصر دون تفرقة بين أراضي داخل كردون المدن أو خارجها، بما فيها الأراضي الزراعية. غير أن ذلك من شأنه حصول تداخل بين هذا القانون والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها، إذ تنص المادة الأولى من هذا القانون علي أن: "يحظر علي الأجانب سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أم اعتباريين تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة"، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع. (عزمي البكري ص ٢٧٢). ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون مؤقتا ومن ثم يجب تفسير الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ علي ضوء أحكام المادة الأولى من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣، والقول بأنها قاصرة علي الأراضي والمباني الداخلة في كردون المدن، دون مساس بالأحكام بالأراضي الزراعية والبور والصحراوية التي نظمها القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣. (نعمان جمعه ص ٨٤).

• شروط تملك غير المصريين العقارات المبنية والأراضي الفضاء : صدر

القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء ونص علي أنه يجوز لغير المصري سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا يمتلك العقارات مبنية كانت أو أرض فضاء بالشروط الآتية: ١- أن يكون التملك لعقارين علي الأكثر في جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكن الخاصة له ولأسرته وذلك دون إخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية المختصة ويقصد بالأسرة الزواج والأبناء القصر. ٢- ألا تزيد

مساحة كل عقار عن أربعة آلاف متر مربع. ٣- ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثرا في تطبيق أحكام قانون حماية الآثار. (أنور طلبه ص ٢٢٩ وما بعدها). ولرئيس مجلس الوزراء الاستثناء من الشرطين الواردين برقمي (١، ٢٠) في الحالات التي يقرها ولمجلس الوزراء أن يضع شروطا وقاعدة خاصة يملك الأجنيبي للعقارات والأراضي الفضاء في المناطق السياحية والمجتمعات العمرانية التي يحددها.

• الحالات التي تستثنى من الشروط السابقة: لا تسرى الشروط سالفة

الذكر في حالة ما إذا كانت ملكية العقار بحكومة أجنبية بقصد اتخاذه مقرا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو ملحقاتها أو السكن رئيس وأعضاء البعثة وذلك بشرط المعاملة بالمثل للبعثات المصرية في الخارج أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية مثل هيئة الأمم المتحدة أو المنظمات الإقليمية مثل الجامعة العربية.

• بطلان التصرفات العقارية الصادرة لغير المصريين: عملا بنص المادة

السادسة من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بأن تملك غير المصريين للعقارات والأراضي الفضاء، يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكامه ولا يجوز شهره، كما يقع باطلا كل تصرف أبرم بالتحايل علي هذه الأحكام وكذلك كل شرط يرمى إلي ضمان تنفيذ مثل ذلك التصرف الصوري أو ترتيب التزام بالتعويض أيا كان نوعه في حالة عدم تنفيذ التصرف، ويجوز لكل ذي شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلي المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. يدل ذلك علي تعلق أحكام هذا القانون بالنظام العام لمساسها بالملكية العقارية، وأن التصرفات التي تبرم بالمخالفة لها تكون باطلة بطلانا مطلقا فلا يرد عليه إجازة ولا يسرى في

شأنه التقادم، ومن ثم يتعين القضاء بالبطلان ولو لم يتمسك به المتصرف بل وبالرغم من أجازته ولو انقضى علي التصرف المدة التي يسقط بها الحق في التمسك بالبطلان. كما يقع كل شرط جزائي مترتب علي عدم تنفيذ التصرف باطلا بطلانا مطلقا، وللمتصرف التمسك بهذا البطلان وعلي المحكمة أن تتصدى له وتقضى به من تلقاء نفسها. (أنور طلبه ص ٢١٩).

• عدم خضوع العقارات والأراضي الفضاء الخاضعة للقانون رقم ٨ لسنة

١٩٩٧ لقواعد تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء المنصوص عليها في القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ : رأينا أن المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ قد نصت في حظرها الأولى علي أنه " مع عنصر الإحلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر برقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ يكون تملك غير المصريين...الخ". فيتضح من نص هذه الفقرة أن المشرع قد استثنى العقارات المبنية والأراضي الفضاء التي تخضع للقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار من الخضوع لقواعد تنظيم تملك المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء المنصوص عليها في القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وقد ألغي هذا القانون -عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ منه- بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار (المنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٩ (مكرر) في ١١/٥/١٩٩٧ والمعمول به من اليوم التالي لتاريخ نشره).

• بداية سريان أحكام القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ : لقد نصت المادة

التاسعة من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ علي أن "ينشر القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نشره". وقد نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٤/٧/١٩٩٦ العدد ٢٧ مكررا.

وبناء عليه فهذا القانون يسري على الملكيات التي قامت بعد العمل بهذا القانون. أما الملكيات القائمة قبل العمل به فلا يمسها هذا القانون مفاد ذلك أن هذا القانون لا يسري إلا على التصرفات غير المصريين التي نشأت بعد العمل بهذا القانون أما التصرفات التي انعقدت لغير المصريين قبل العمل بهذا القانون لا يسري عليها إلا إذا كانت هذه التصرفات لم تسجل بعد ففي هذه الحالة لا يكون قد اكتمل بغير المصري أي مركز قانوني في خصوص الملكية ومن ثم يخضع هذه التصرفات للتنظيم الوارد بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ .

• **شهر التصرفات الصادرة لغير المصريين :** تنص المادة (٧) من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء، على أنه " ١- مصلحة الشهر العقاري والتوثيق هي الجهة المنوط بها تنفيذ أحكام هذا القانون. ٢- وتتשא مكاتب خاصة للشهر العقاري والتوثيق، تختص بجميع شئون الشهر العقاري والتوثيق بالنسبة لطلبات تملك غير المصريين للعقارات المبنية أو الأراضي الفضاء وفقا لأحكام هذا القانون، ويتعين على هذه المكاتب إنهاء إجراءات التسجيل خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ استيفاء الأوراق المطلوبة. ٣- ويصدر بتنظيم العمل بهذه المكاتب فرار من وزير العدل " . وتنفيذا لقرار السيد المستشار وزير العدل رقم ٣٣٣٨ بتاريخ ١٩٩٦/٧/٢٧ بتنظيم العمل بمكاتب شئون تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء يراعى الأحكام الواردة بالمواد الآتية: مادة (٤٥٦) : ١- يجب على مأمورية الشهر العقاري المختصة إرسال صورة من كل طلب شهر يقدم إليها لصالح غير المصريين لتملك عقارات مبنية أو أراضي فضاء، الى مكتب شئون تملك غير المصريين بالمصلحة في ذات اليوم، أو في

صباح اليوم التالي على الأكثر، على أن يتضمن الإخطار بيان المستندات المقدمة مع الطلب، والمستندات المطلوب تقديمها ن وذلك من واقع الفحص المبدئي للطلب وفقا للقانون. ٢- كما يجب على المأمورية إخطار المكتب المذكور أولا بأول بما يقدم إليها من التماسات أو مستندات في اليوم التالي على الأكثر، وإخطاره أيضا فور ورود كشف التحديد إليها، مع بيان ما انتهى البحث وأعمال المراجعة الهندسية والفنية. ٣- كما يجب على المأمورية إخطار مكتب شئون تملك غير المصريين بالمحافظة بصورة من هذه الإخطارات أولا بأول.

مادة (٤٥٧): وتتم إجراءات فحص ومراجعة الطلبات المشار إليها تحت الإشراف المباشر لرئيس المأمورية، الذي يعد مسئولا عن أى تقصير أو إهمال أو تراخ في إجراءات بحث ومراجعة الطلب وفقا لأحكام القوانين والتعليمات.

مادة (٤٥٨): يقوم مكتب شئون تملك غير المصريين بالمصلحة والمحافظة المختصة بقيد طلبات التملك، التي ترد صورها من المأمورية في سجل يعد لذلك، مع مراعاة ترتيب أرقام قيدها بالمأمورية، ويخصص لكل مأمورية سجل خاص بها، ويدون بهذا السجل كافة ما تعلق بالطلب من بيانات ومراحل الإجراءات التي يمر بها الطلب والمشروع .

مادة (٤٥٩): يقوم كل من مكتبى شئون تملك غير المصريين بالمصلحة والمحافظة المختصة بإعداد ملف لكل طلب على حدة، تحفظ به صورة الطلب وكافة المكاتبات والالتماسات التي تقدم بشأنه .

مادة (٤٦٠): ١- يجب على مكتبى شئون تملك غير المصريين بالمصلحة والمحافظة المختصة متابعة المأموريات على فترات متقاربة للعمل على الانتهاء من الإجراءات على وجه السرعة، حتى تملك شهر

محرراتها، ويعرض أى إهمال أو تقصير أو تراخ على رئاسة المصلحة .
 ٢- ويعتبر كل عضو من أعضاء هذين المكتبين مسئولاً مسئولية مباشرة عن متابعة الطلبات بالمأموريات الواقعة في اختصاصه وإنجازها حتى تمام شهرها . ٣- كما يجب عليه متابعة القيد بدفاتر الطلبات، واستعجال الطلبات على فترات متقاربة . ٤- وعلى مكتب شئون تملك غير المصريين بالمصلحة فور ورود صورة الطلب إليه من المأمورية التحقق من واقع مراجع المكتب، عما إذا كانت قد قدمت طلبات تملك لصالح الطالب عن عقار أو عقارات أخرى في جميع أنحاء الجمهورية .

مادة (٤٦١): على مأموريات الشهر العقاري في حالة طلب الاستثناء من البندين (١، ٢) من المادة الثانية والفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء، إرسال الطلب ومستنداته وإخطار القبول للشهر الى مكتب شئون تملك غير المصريين بالمصلحة مباشرة فور استكمال البحث، دون ختمه مقبولا للشهر .

مادة (٤٦٢) : ١- وعلى مكتب شئون تملك غير المصريين بالمصلحة بحث هذه الطلبات فور ورودها وفقا لأحكام القانون والتعليمات، وإرسال أوراق الطلب مشفوعة بذاكرة بالرأى الى وزارة العدل، خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ ورودها إليه . ٢- ويراعى بالنسبة لطلبات الشهر العقاري المقيدة لصالح غير المصريين، والتي لا تخضع للاستثناء الموضح بالفقرة الأولى من هذه المادة، أن تقوم المأموريات المختصة بمراجعتها وفقا للقانون والتعليمات، ولا تقوم بالتأشير عليها بالقول للشهر حال استيفائها لكافة بياناتها ومستنداتها، إلا بعد الرجوع الى مكتب شئون تملك غير المصريين الرئيسي بالمصلحة، للتحقق من عدم

وجود ما يمنع من التأشير على الطلب بالقبول للشهر، ولا حاجة إلى إرسال مستندات الطلبات إلى مكتب شئون تملك غير المصريين المشار إليه.

مادة (٤٦٣) : على مأموريات الشهر العقاري، ومكاتب شئون غير المصريين بالمصلحة والمحافظات، إعداد فهارس أبجدية بأسماء طالبي التملك من غير المصريين، تزود بها مركز المعلومات بالمصلحة، وذلك للرجوع إليها لحصر حالات تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء في جميع أنحاء الجمهورية، والتحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في القانون.

مادة (٤٦٤) : على مكتب شئون تملك غير المصريين بالمصلحة إرسال بيان إلى المكتب الفني لوزير العدل خلال الأسبوع الأول من كل شهر على الأكثر، يتضمن بياناً وافياً عن طلبات الشهر العقاري التي قدمت من غير المصريين خلال الشهر السابق وما تم فيها، شاملاً للطلبات التي قدمت للاستثناء من البندين (١، ٢) من المادة الثانية والفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه، وكذا الإجراءات التي اتخذت بشأن طلبات التملك، وعليه أن يعد إحصائية كل ثلاثة أشهر وأخرى سنوية عن الطلبات المشار إليها وما تم فيها.

مادة (٤٦٥) : تقدر رسوم الشهر والتوثيق المستحقة على المحررات واجبة الشهر، المتضمنة تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء اعتباراً من ١٥/٧/١٩٩٦ (تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه) ووفقاً للأسس والقواعد المعمول بها بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر والقوانين المعدلة له، وجدول الأسعار الصادر بها قرار السيد المستشار وزير العدل رقم ٣٩٩٣ لسنة ١٩٩٦.

• إجراءات تسجيل ملكية غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء:

يمر المحرر الخاص بتسجيل تملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضي الفضاء بكافة مراحل الشهر المعروفة . فيقدم الطلب الى المأمورية المختصة ويقوم بتقديمه الأجنبي صاحب الشأن أو من يقوم بموجب وكالة عامة أو خاصة ويكون مقدم على النموذج ١٦٨ عقاري الذي يصلح لجميع طلبات الشهر العقاري والصادر من وزارة العدل فيقيد الطلب بدفتر أسبقية الطلبات، ثم يحال الى المكتب الهندسي الذي يتولى مراجعة الطلب من الناحية المساحية، وعلى الأخص فيما يتعلق بمعاينة العقار على الطبيعة للثبوت من موقعه ومساحته وحدوده، وما يتبع ذلك من تطبيق مستندات التملك وتحديد العقار بوضع علامات عند الاقتضاء، ويعد إتمام مراجعة الطلب يؤشر عليه بـ (مقبولا للشهر) ويخطر صاحب الشأن بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول، وبمجرد إخطاره بمقبول للشهر يقوم بتقديم مشروع المحرر مكتوبا على الورق الأزرق المدموغ ويرفق مع المشروع جميع المستندات التي تسلمها مع إخطار القبول، وعلى الطالب الالتزام بالبيانات الواردة بإخطار القبول، وبيانات كشف التحديد دون إضافات تغير من مضمونها، ودون خروج في بنود المحرر على مقتضيات النظام العام أو الآداب العامة أو أحكام القانون . ثم تقوم المأمورية بقيد مشروع المحرر بـ (دفتر أسبقية المشروعات) الذي تدون به مشروعات المحررات حسب تواريخ وساعات تقديمها، أى حسب يوم وساعة ودقيقة تقديم مشروع المحرر إليها، ويسلم الطالب إيصالا بذلك، وبعد مراجعة مشروع المحرر والتأشير عليه باصطلاح (صالحا للشهر) يتقدم الطالب بالمحرر لمكتب الشهر العقاري الرئيسي المختص لتدوينه (بدفتر الشهر) وذلك برقم مسلسل بتاريخ الشهر، بما يفيد إتمام تسجيل تملك

الأجنبي للعقارات المبنية والأراضي الفضاء في مصر، طبقاً لقانون الشهر العقاري العام ١١٤/١٩٤٦، وطبقاً للقانون الخاص ٢٣٠/١٩٩٦، وقرار وزارة العدل ٣٣٣٨ في ٢٧/٧/١٩٩٦.

من أحكام القضاء :

١- عدم إنتقال ملكية أطيان النزاع إلى الطاعنين الفلسطينيين التى إشتريهاها بعقد إبتدائي 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 ٢٥/٣/١٩٩٧ لم ينشر بعد)

٢- الأصل حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء. م ا ق ٨١ لسنة ١٩٧٦. الإستثناء. الحالات الواردة بالمادة الثانية من ذات القانون. مؤداه. عدم حصول الطاعن السودانى الجنسية على موافقة مجلس الزوراء التى 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 والأراضى الفضاء والمنطبق على واقعة الدعوى - قد حظرت إكتساب ملكية هذه العقارات على غير المصريين أياً كان سببه عدا الميراث فقد إستثنت المادة الثانية منه أن تكون ملكية العقار لحكومة أجنبية لإتخاذه مقراراً لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو لسكنى رئيس البعثة بشرط المعاملة بالمثل أو كانت الملكية لإحدى الهيئات أو المنظمات الدولية وكذلك الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء والتى 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 ويمتتع 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 ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩ س ٤٨ ص ٨٤)

٣- ((قيود على حق الأجانب في التملك)) القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضي الفضاء. نفاذه. من اليوم التالي لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية في ١٤/٧/١٩٩٦ م ٩ق 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 المبينة والأراضي الفضاء قد نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٤/٧/١٩٩٦ ونصت المادة التاسعة منه على العمل به إعتباراً من اليوم التالي 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 ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠ لم ينشر بعد)

٤- صدور تشريع لاحق بإلغاء شرط ما لصحة تصرف. أثره. سقوط ترتيب البطلان أو حق الإبطال بسبب تخلف هذا الشرط في التصرفات الصادرة في 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 الجزاء 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 بتتظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء الذى ألغى القانون ٨١ لسنة ١٩٧٦ قد حظّر 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، وفى المادة السادسة منه رتب البطلان على مخالفة هذه الشروط وأجاز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، إلا أنه 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 القانونى 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 ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠ لم ينشر بعد)

مضار الجوار غير المألوفة

النص التشريعي (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 جوهرى في المشروع يقرر التزامات الجوار، فيجعلها التزامات قانونية. وهي الآن التزامات لا مصدر لها الا القضاء المصري، قررها مهتدياً في تقريرها بالشرعية الاسلامية، فقننها المشروع كما هي مقررة 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 يريد، 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 يجول دون ذلك الترخيص الاداري 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 الجبران 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 احدث بناء يسد به شباك بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه، وان فعل ذلك فللجار ان يكلفه رفع البناء دفعاً للضرر عنه ".

ونصت المادة ٦٢ علي ان رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضرراً فاحشاً، فلا يسوغ احدث 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 أُمال 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 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 مسئولاً عن تعويض أي ضرر يصيب الجار، مهما ضؤل هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٦- ص ٣١ و ٣٢ و ٣٣.

الضرر (أحداث ضجيج في حي هادئ)، وليس هذا إلا 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 إلا 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، فمسئولية 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:

(١) يراجع في التعليق علي هذه المادة ما جاء بالجزء الأول من (التعليق)- ص ٢٩ حتي ص ٥٣.

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.

فمعيار الضرر غير المألوف معيار مرن وليس بقاعدة جامدة، فيتكف 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 المقلق للراحة او المضر بالصحة او الخطر علي رخصة ادارية بادارة 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 مسؤولية 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 فإن 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 بجارهِ 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 مسؤولية 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 فاتته. 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 تقييد انتفاع 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 تعلق بالمالك حقوق

(١) الوسيط- ٨ للدكتور السنهاوري- المرجع السابق- ص ٦٨٤ وما بعدها.

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 يريد، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ".

أما الأساس القانوني للالتزامات 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 تتطلب علي تعدد 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 التبعة) لأن هذه النظرية لم يعتقها 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 الايذاء 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، وانعقدت 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

(١) حق الملكية- جزء ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٤٢ وما بعدها، وكتابه: التقنين المدني الجديد- المرجع السابق- ص ٥٩٢.

(الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي) - طبعة ١٩٥٣ - ص ١٨٢ وما بعدها). فكأن هذه الأحكام وجدت لاستعمال الملكية حدا 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 وتحديدھا، وهي واردة فيه علي سبيل المثال لا الحصر. فللقاضي ان يراعي أي اعتبارات أخرى.

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 يرتب مسئولية، 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 اضراراً غير مألوف، يفترض

(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.

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^(١).

٤- يتضح من نص المادة ٨٠٧ مدني ان غلو المالك في استعمال حقه هو الذي يرتب مسئولية، 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).

(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.

٥- ان نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني علي منع المالك من الغلو في استعمال حقه الي الحد الذي يضر بالجار اضراراً 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 المملوك. والقانون يمنع الأعمال، التي يتحقق بها الغلو الضار، أي بقيد حق المالك في استعمال ملكه، بألا يكون في ذلك غلو يحدث للجوار اضراراً لا يتحمل بها الجيران عادة، ويجعل للجوار طلب ازالة هذه الأعمال، والتعويض عما لحقه منها من أضرار.

والقضاء هو الذي يفصل في النزاع علي وصف الضرر، مراعيًا 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 بالجوار، أي انها الظروف الموضوعية للأمالك المتجاورة لا الظروف الشخصية للجوار.

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 بالجوار. 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 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 بالمعني 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 نظمته 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 مسؤولاً عن تعويض هذا الجار اذا جاوز الضرر الحاصل له الحد المألوف (م ٨٠٧ مدني)، فكأن القانون بذلك قد ألقي 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.

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٧٣ وما بعدها.

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 يمكن 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 تفرضه 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 مالكاً 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.

فاذا احدث الجار لجاره ضرراً مألوف، فانه يكون قد أخل بالالتزام الذي يفرضه عليه القانون بألا 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 المعلق 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 تدرية الرياح لدخانها، والزام من يدير 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 يكتفي 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

(١) الحقوق العينية الأصلية- موجز- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٣٦ وما بعدها.

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 الإسلامية 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^(١).

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 بالتزامات الجوار 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).

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٣ وما بعدها.

• **مضار الجوار غير المألوفة :** لقد أوردت المادة ٨٠٧ قيدا جديدا علي استعمال حق الملكية، مناطه الضرر غير المألوف الذي يسببه هذا الاستعمال للجيران، وهو قيد لا يندرج تحت إحدى الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني - علي خلاف في الرأي - إذ قد لا يقصد المالك الأضرار بالجار أو لا يكون هناك رجحان لمصلحة المالك علي مصلحة الجار رجحانا كبيرا وقد لا يقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومع ذلك يؤدي استعمال حق الملكية إلي أحداث بعض الأضرار غير المألوفة، وهو ينهض بمسئولية المالك نحو جاره، كما تنهض هذه المسئولية في حالة التعسف في استعمال حق الملكية، وفي حالة مخالفة المالك للقوانين واللوائح إذا تسبب ذلك في إلحاق الضرر بالجار، ومن ثم تستقل حالة مضار الجوار غير المألوفة عن التعسف في استعمال حق الملكية وعن الخطأ المرتب علي مخالفة القوانين واللوائح. ويترتب علي ذلك مسئولية المالك عن هذه المضار غير المألوفة دون المضار المألوفة (أنور طلبة ص ٢٣٩) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني كما رأينا علي أنه : "ليس للجار أن يرجع علي جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف". ومن ذلك نرى أن المالك لا يكون مسئولا إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف، أما إذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف الذي لا يمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مسئول، فمسئولية المالك إذن تكون عن الضرر غير المألوف للجوار، أي عن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار. ويتبين في وضوح الفرق ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتي الخطأ في استعمال حق الملكية والتعسف في استعمال هذا الحق. ففي حالة

الخطأ في استعمال حق الملكية، يكون هناك خطأ، ثابت أو مفترض، في جانب المالك، ولذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلاً، وفي حالة التعسف في استعمال حق الملكية، يكون هناك إما قصد المالك الإضرار بالجار أو رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيراً أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولذلك يعرض المالك هنا أيضاً عن الضرر مهما كان ضئيلاً. أما في حالة مضار الجوار غير المألوفة وهي الحالة التي نحن بصددتها، فلا يكون هناك أي خطأ في جانب المالك، ولا يكون المالك متعسفاً في استعمال حق ملكيته، فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجاً عن حدود حق الملكية ولا تعسفاً في استعمالها، بل كل ما هنالك هو أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار، ولذلك لا يعرض المالك جاره عن الضرر إلا إذا كان ضرراً غير مألوف أي ضرراً فاحشاً، ولا يعرض عن الضرر المألوف أي الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران. (السنهوري ص ٦٥٨). ومن الأمثلة على المضار المألوفة أن يقيم شخص في ملكه بناء أو أشجار يترتب عليها حجب الضوء والهواء والنظر عن المباني المجاورة وأن يقيم شخص في مناسبات متباعدة حفلات ساهرة يترتب عليها إغلاق جيرانه ووضع أجهزة تكييف ينبعث منها ضوضاء ومن أمثلة المضار غير المألوفة إنشاء مصنع أو مخزن أو مصلحة للسبل أو مدرسة أو يقيم ماكينة توليد كهرباء لما تسببه من ارتجاجات وكذلك إنشاء مدخنة أو سكك حديدية أو محطة لرفع مياه المجارى أو إقامة كازينوهات. (أنور طلبة مرجع سابق).

• **معييار الضرر غير المألوف:** معيار الضرر غير المألوف هو الغلو في استعمال حق الملكية إلى حد يضر بملك الجار. لذا نص المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ مدني علي أن "علي المالك ألا يغلو في استعمال

حقه إلي حد يضر بملك الغير". وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: "والمبدأ الأساسي الذي وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو في استعمال حقه إلي حد يضر بملك الجار. فهناك إذن شرطان لمسئولية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك في استعمال حقه. والمهم هو تحديد هذا الغلو، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما، بل لابد أن يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه. وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو، ورسمت له معيارا مرنا لا قاعدة جامدة، فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضررا غير مألوف للجار، فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف، ويجب السماح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف، وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم، أما إذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجار، فإنه يصبح مسئولا عن تعويض هذا الضرر، هذا ما تقضى به المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيران، إذ تنص علي أن "للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلي حائطه، ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا". فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف، وقد عرفته المادة ٥٩ من كتاب مرشد الحيران بما يأتي: "الضرر الفاحش ما يكون سببا لو هن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء. وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية، فليس بضرر فاحش". ونصت المادة ٦٠ علي أنه "لا يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا". (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١-٣٢). فنلاحظ مما تقدم أن معيار الضرر غير المألوف هو الغلو في استعمال حق الملكية إلي حد يضر بملك الغير ولكنه معيار مرن وليس بقاعدة جامدة. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧

علي أن يراعى في تقدير الأجزاء غير المألوفة العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر". مفاد ذلك أنه معيار مرن يتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات كل منها. وهذا المعيار موضوعي لا شخصي، فلا ينظر لحالة الجار الشخصية كان يكون مريضاً أو يتطلب عمله الهدوء والسكينة فيتضرر من أي ضوضاء ولو كانت مألوفة، وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد، فما يحتمله يعتبر ضرراً مألوفاً وما لا يحتمله يعتبر ضرراً غير مألوف، ويستعان في تحديد ذلك بالعرف كما يحدث في الأفراح والمآتم والحفلات من ضوضاء فتعتبر مألوفة، كما يستعان بطبيعة العقار فالمصانع والمقاهي والمحلات العامة قد تكون الضوضاء بالنسبة لها من الأضرار المألوفة بينما لا تعد كذلك بالنسبة للمساكن المقامة بالأحياء الهادئة، وكذلك موقع العقار، فما يجاور المصانع أو السكك الحديدية تعتبر الضوضاء بالنسبة له من الأضرار المألوفة بينما لا تعد كذلك بالنسبة للعقار الواقع بأماكن هادئة، وأيضاً الغرض الذي خصص له العقار، فما أعد للسكنى غير ما أعد لاستعماله مكاتب ومن ثم فقد يكون الضرر مألوفاً في جهة وغير مألوف في جهة أخرى، ومتى توفر الضرر غير المألوف كان المالك مسئولاً عنه ولا يحول دون هذه المسؤولية سبق حصوله علي ترخيص من الجهات المختصة. (أنور طلبة مرجع سابق). وذلك لأن الترخيص مجرد تدبير وقائي هدفه التحقيق من توافر الشروط المتطلبة قانوناً لحماية المصلحة العامة فحسب أما مصلحة الجيران فعلي المالك مراعاتها من تلقاء نفسه، ومن ثم لا شأن لهذا الترخيص بحقوق الغير فيما إذا أصابه ضرر.

• اعتراض الجار المستجد علي الأضرار غير المألوفة : ليس للجار المستجد

الاعتراض علي الأعمال التي يترتب عليها ضرر ولو كان غير مألوف

طالما أنها كانت قائمة وقت حضوره إلي المكان الذي توجد به. وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "...أما إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم وقد وجد في ناحية مناسبة منه ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكن الهادئة فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه". (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢). ولكن إذا اشتد الضرر وتفاقم فتكون بصدد خطأ مشترك بين المالك لزيادة نسبة الضرر وبين الجار لاختياره هذا المكان وعلي هذا الأساس تحدد مسؤولية المالك لخروجه عن حدود حق الملكية مما يعد خطأ ترتب عليه ما أصاب الجار من ضرر ومن ثم يستحق الأخير تعويضا نقديا وعينيا، ويقدر التعويض النقدي وفقا للقواعد العامة أي بما لحق الجار من خسارة وما فاتته من كسب. أما التعويض العيني فيتمثل في إزالة الضرر ويجوز اللجوء للغرامة التهديدية لإجبار المالك علي الإزالة. (أنور طلبة ص ٢٤١). ولكن إذا كان في هذا التنفيذ العيني إرهاب للمدعى عليه، تعين علي المحكمة ولو من تلقاء نفسها، أن تقضى بالتنفيذ بطريق التعويض بدلا من التنفيذ العيني، وذلك عمل بالفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدني الواردة في القواعد العامة وليس استنادا إلي صدور الترخيص الإداري. وأساس المسؤولية، هو الخطأ التقصيري، الذي يؤدي إلي إحداث ضرر غير مألوف، وأقام المشرع قرينة قانونية قاطعة علي توافر هذا الخطأ بمجرد توافر الضرر غير المألوف، وحصر الإثبات في هذا الضرر والقي العبء علي المدعي، مفاد ذلك، انتفاء الخطأ إذا كان الضرر مألوفاً، وتوافره إذا كان الضرر غير مألوف، وبالتالي فإن الخطأ يستخلص باستخلاص الضرر غير المألوف، وكل من

الاستخلاصين، هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه علي أسباب سائغة تكفي لحمله.

من أحكام القضاء:

١- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني على أن من يستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن إستعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. وهو ما يتحقق بإنتفاء 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)

* * *

حق الشرب وحق المسيل

النص التشريعي (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 :

ورد هذا النص في المادة ١١٧٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ... ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٦، قم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤ - ص ٢٧).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن : " هذه طائفة من النصوص تعرض لقيود الملكية المقررة لمصلحة الري الزراعي ولا تخص أهميتها في بلد زراعي كمصر، وتتلخص في حقوق ثلاثة : حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل . وقد قسم المشرع في حق الشرب، الترع إلى قسمين: أ- ترع عامة مملوكة للدولة، وهذه يكون الحق في استعمالها

بنسبة مساحة الأراضي التي تروى منها مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك، وأهم هذه اللوائح، هي لائحة الترع والجسور التي يتضمنها الأمر العالي الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤، وهذه تبقى معمولاً بها منفصلة عن التقنين المدني، ويقتصر هذا التقنين على المبادئ الأساسية في الرى التي يندر أن تتغير. ب- ترع خاصة مملوكة للأفراد، والقاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها، وكان له وحده حق أستعمالها، على أنه إذا إستوفى حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أراضى الملاك المجاورين، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم فى حاجة إليه، على أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيمهم التى تنتفع منها، ويبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك، وهذا قيد على حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل، ويلاحظ أن مالك المسقاه مفضل على الجيران، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولاً، ويأتى الجيران بعد ذلك، فإذا تراحموا، قدم من كانت حاجته أشد، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٤٦)

رأى 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 استوفى 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 لمالك المساقاة مقابلاً 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 تربة 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 على 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 المعنى 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 مجرى 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 مجرى 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

(١) الوسيط- ٨- للدكتور عبد الرازق السنهوري- المرجع السابق- ص ٧١٣ وما بعدها.

علي أساس أن نص المادة ٢/٨٠٨ مدني لم يحدد المقصود بالجوار وان اطلاق معني الجوار يقتضي صرفه الي كل جوار تتوافر معه المصلحة من استعمال المسقاة في ري الأرض^(١).

ويهمنا- 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 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 الترعة العامة والمصارف العامة والأراضي الواقعة خارج تلك الجسور لمسافة ثلاثين متراً بالنسبة الي جسور النيل وعشرين متراً خارج منافع الترعة 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. ولوزارة الري ان تقوم في تلك الأراضي بأي عمل تراه ضرورياً لوقاية الجسور او المنشآت العامة وصيانتها وترميمها وان تأخذ من تلك الأرض الأتربة اللازمة لذلك علي ان يعرض أصحابها تعويضاً عادلاً.

ولوزارة الري ان تلقي ناتج تطهير الترعة العامة والمصارف العامة في تلك الأراضي مع تعويض أصحابها تعويضاً عادلاً (م ٥).

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٣ وما بعدها.

(ب) لا مسئولية علي الدولة عما يحدث من ضرر للأراضي او المنشآت الواقعة في مجري النيل او مساطحيه او مجري ترعة عامة او مصرف عام اذا تغير منسوب المياه بسبب ما تقتضيه أعمال الري والصرف او موازاناتها 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 طرقاً 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 اخري 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 يقيم دليل علي خلاف ذلك (م ١٢).

(و) تعتبر الأراضي التي تمر فيها مسقاة خاصة او مصرف خاص محملة بحق ارتفاع لصالح الأراض الأخرى التي تنتفع بتلك المسقاة او بذلك المصرف ما لم يقيم 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، ويمنح 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 مستغلها (م ٢٢).

(ط) يجوز بقرار من وزارة الري الغاء الترخيص ومنع الانتفاع بالعمل او ازالته اذا وقعت مخالفة لأحد شروط الترخيص ولم يقيم المرخص له بمنعها او ازالته في الموعد الذي تحدده له الوزارة بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول (م ٢٥).

(ك) الكباري الخاصة التي تنشأ فوق ترعة عامة أو مصرف عام تصبح بمجرد انشائها وبغير تعويض من الأملاك العامة التي تشرف عليها وزارة الري (م ٢٨).

• **الحقوق المقررة للمالك المسقى والمصارف الخاصة :** لقد نصت الفقرة

الأولى من المادة ٨٠٨ مدنى على أن " من أنشاء مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق إستعمالها " . يتبين من نص هذه الفقرة أن صاحب المسقى أو المصرف الخاص له وحده حق إستعمالها ولا يجر على بيع جارها . ومن ذلك يمكن تعريف المسقى الخاصة بأنها المسقى التى ينشئها ماك أو أكثر على نفقتهم لرى أراضيهم ويتولون الإنفاق على صيانتها . وذلك ما لم يعتبرها وزير الري بقرار فيه ترعة عامة عملا بالمادة الثانية من قانون الري والصرف، ولقد عرفت المادة الثانية من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ (المعدل) بإصدار قانون الري والصرف، التبعة العامة والمصرف العام بالأتى : تعتبر ترعة عامة أو مصرفا عاما كل مجرى معد للرى أو الصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانتها ويكون مدرجا بسجلات وزارة الري أو فروعها فى تاريخ العمل بهذا القانون وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الري بوصفها ترعا عامة أو مصارف عامة وتدرجها فى سجلات بهذا الوصف " ويشترط طبقا للمادة المذكورة لكى تكون التبعة عامة وليكون المصرف عاما توافر شرطين : أولهما : أن تقوم الدولة بنفقات صيانتها . ثانيهما : أن يكونا مدرجين بسجلات وزارة الري أو فروعها فى تاريخ العمل بقانون الري والصرف، وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الري بوصفها عامة أو مصارف عامة وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "يعد ترعة عامة - طبقا للمادة ٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ كل مجرى معد للرى تكون الدولة قائمة بنفقات صيانتها يوم العمل بهذا القانون ويكون مدرجا فى سجلات وزارة الأشغال أو فروعها ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تقرير ما إذا كانت المسقى التى تروى منها الأرض المشفوع فيها وتلك المملوكة للشفيع عامة أو خاصة، لم يعمل المعيار الذى حدده القانون فى هذا الشأن وأضفى صفة " العمومية " إستنادا إلى ما استخلصه الخبير المنتدب فى الدعوى وإلى شهادة إدارية موقعا عليها من رجال الإدارة وكلاهما غير مؤسس على ما رسمه القانون من قواعد واجب إتباعها فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه ". (طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٤/٥).

وقد قرر المشرع لكل مالك الحق فى الانتفاع بمياه الترعة العامة لرى أرضه فى الحدود القانونية المشروعة وهو قد يتوصل إلى ذلك بعد الحصول على الترخيص اللازم من الجهة المختصة بشهر مسقاه خاصة تصل أرضه بإحدى هذه الترعى . ولما كانت هذه المسقاه ملكا له فهو يعتبر كذلك مالكا لما فيها من مياه وبمقتضى حقه فى الملكية يستطيع أن يستأثر فى الأصل بالانتفاع بها ومنع الغير من مشاركته فى قتل هذا الانتفاع . وهذا ما يقرره التقنين المدنى المصرى بقوله " من أنشأ مسقاه (خصوصية) طبقا للوائح الخاصة بذلك، كان له وحده حق استعمالها " (م ١/٨٠٨) غير أن أعمال هذا الأصل المطلق لسلطات الملكية من شأنه تعريض الصالح العام للخطر، فضلا عن أن مياه المسقاه الخاصة، وأن أصبحت مملوكة لصاحبها، إلا أنه لا ينبغى إغفال مصدرها الأصلى، فهى متأتية من مياه الترع العامة التى يكون للكافة حق التمتع بها، من أجل ذلك يكون من الحتم تقييد سلطات المالك فى استئنائه بالانتفاع بها، بإعطاء

الملاك المجاورين حق الشرب عليها أى حق الأخذ من مياهها لرى أراضيهم . وهذا ما يقرره التقنين المدنى بقوله " ومع ذلك، يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة ... فيما تحتاجه أراضيهم من رى بعد أن يكون مالك المسقاة ... قد استوفى حاجته منها، وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها " (م/٨٠٨/٣) حسن كبيرة (ص٩٧) ولكن استعمال الملاك المجاورين للمسقى مشروط بعدة شروط منها : ١- أن يكون المالك قد روى أرضه ريا كافيا بواسطة المسقى ولما كان المالك والذى أنشاء المسقاة الخاصة على نفقته، أو كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية، وهو الذى يقوم بتطهيرها وصيانتها، فإن له الأولوية فى رى أرضه منها إذ هى ملكه والمالك أحق بما ملك . وله أن يستوفى حاجته كاملة من المسقاة، فيروى أرضه منه ريا كافيا، وإذا كانت عنده وسائل أخرى ممكنة للرى، كأن كان بإمكانه حفر بئر ارتوازية، أو الحصول على حق مجرى قريب من النيل أو من ترعى عامة، لم يكلف الالتجاء إلى هذه الوسائل مادامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لرى أرضه، فإذا روى أرضه بأكملها ريا كافيا من هذه المسقاه، وفاضت مياه بعد ذلك، فيحنئذ يكون لجاره الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة (السنهورى ص٦٧٨) ٢- أن يكون المتمسك بإستعمال المسقى جارا للمالك سواء كانت أرض الجار ملاصقة لمسقى أو المسيل أو غير ملاصقة ويذهب البعض إلى أنه فى الحالة الأخيرة لا يكون للجار احق فى الشرب أو المسيل إذ لا يتوفر هذا الحق الا بتلاصق أرض اجار للمسقى أو المسيل فلا يكفى جوار الأرض التى بها المسقى أو المسيل وإذا تعدد الجيران كانت الأسبقية للجار الأشد حاجة للمياه الفائضة ولو لم تكن أرضه ملاصقة

للمسقى فإن لم يتفق الجيران على أسبقيات الري، قام تفتيش الري بتحديدھا بموجب قرار إدارى يصدره بناء على طلب من أحد الجيران، وينفذ القرار بالطريق المباشر، فإن ترتب عليه ضرر بأحد الجيران، فلا تتحقق مسئولية وزارة الري إلا إذا كان القرار مشوباً بإساءة استعمال السلطة وتختصر الأسبقية فى الري فى الجيران دون المالك بحيث أن كان المالك لم يتم ري أرضه، ووجد جار أشد حاجة للمياه من المالك، فلا يترتب على ذلك تفضيل الجار على المالك، وإنما يمكن المال من ري أرضه أولاً ولو ترتب على ذلك هلاك زراعة الجار (أنور طلبه ص ٢٤٤ وما بعدها) ٣- أن يكون الجار فى حاجة إلى ري أرضه : ويشترط أخيراً، حتى يحصل الجار على حق الشرب، أن يكون فى حاجة إلى ري أرضه رياً كافياً، فإذا لم يكن عنده مورد من الماء أصلاً لرى أرضه، قامت به هذه الحاجة، حتى لو كان يستطيع أن يسدها بالالتجاء إلى طرق أخرى كحفر بئر ارتوازية أو يجلب المياه من طريق مجرى يطلبه من طريق مجرى يطلبه من جار آخر فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ إلى طريقة دون أخرى، وما دام فى حاجة إلى ري أرضه ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب كان له ذلك، ويستطيع أيضاً أن يطلب حق الشرب، حتى لو كان عنده مورد آخر للمياه ولكنه غير كاف لرى أرضه " رياً كافياً " وتقول المادة ٢٤ من قانون الري والصرف فى هذا الصدد " إذا تعذر على أحد الملاك ري أرضه أو صرفها على وجه كاف إلا بإنشاء أو استعمال مسقاه خاصة أو مصرف خاص فى أرض غيره (السنهورى ص ٦٧٩) وإذا تعدد المساقى المجاورة فلجار أن يتخير أحداها مما يمكنه من الري بدون مشقة فإن ثار خلاف حسمه تفتيش الري.

• الإجراءات الواجب إتباعها لتقرير حق الانتفاع بالمسقى الخاصة أو

المصرف الخاص عند عدم الاتفاق مع الملاك: تنص المادة ٢٤ من قانون الرى والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ على أنه " إذ تعذر على أحد الملاك رى أرضه أو صرفها على وجه كاف إلا بإنشاء أو استعمال مسقاة خاصة أو مصرف خاص فى أرض غيره، وتعذر عيه الاتفاق مع ملاكها فيعرض شكواه على مدير عام الرى المختص ليأمر بالتحقيق فيها وعلى الإدارة أن تطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب فى مدة لا تجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إلى مدير عام الرى ويتولى مفتش رى الإقليم إجراء لتحقيق فى موقع المسقاة أو المصرف بعد أن يعلن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كل ذى شأن ورئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالمكان والموعّد اللذين يحددهما قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما على الأقل وتعرض نتيجة هذا التحقيق على مدير عام الرى ليصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء الخرائط والمستندات ويعلن القرار لكل ذى شأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول وهو قرار إدارى يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى، وإذا أجبى الطالب تعيين على الجار تعويض المالك بأداء جزء مناسب من التكاليف الأصلية والمساهمة فى مصاريف الصيانة بنسبة مساحة أرض كل منهما، فإن كان الانتفاع جزئيا وجب مراعاة ذلك عند تقدير التعويض، ولا يدخل فى التعويض، ولا يدخل فى التعويض قيمة الأرض التى شق بها المسقى إذ تبقى لمالكها وتختص المحكمة الجزئية بنظر النزاع مادة ٤٣ مرافعات وللمشتري بعقد عرفى المطالبة بحق الشرب والمسيل باعتبار ذلك من الحقوق المتعلقة بالمبيع.

• **التظلم من التعويض :** لقد نصت المادة ١٠٢ من قانون الرى

والصرف على أنه مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ تختص بالفصل فى منازعات التعويض المنصوص عليها فى هذا القانون لجنة تشكل بدائرة كل محافظة برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية فى المحافظة وعضوية وكيل الإدارة العامة للرى ووكيل تفتيش المساحة ووكيل مديرية الزراعة بالمحافظة أو من يقوم مقامهم وممثل عن المحافظة يختاره المحافظ المختص ولا يكون انعقادها صحيحا إلا بحضور رئيسها وعضوين من أعضائها على الأقل وتصدر اللجنة قرارها خلال شهر من تاريخ أول جلسة . ويصدر القرار بأغلبية الأصوات وعند تساوى الأصوات يرجح الجانب الذى منه الرئيس ويكون قرار اللجنة قابلا للطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية المختصة ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار .

ويلاحظ أن التعويض الذى يعطى لمالك المسقاة فى مقابل حق الشرب الذى حصل عليه جاره، يشمل جزءا من مصروفات إنشاء المسقاة وجزءا من تكاليف صانتها على النحو المتقدم الذكر ولا يشمل جزءا من ثمن الأرض المحفور فيها المسقاة ذلك لأن المسقاه تبقى ملكا خالصا لصاحبها، ولا يكون للجار عليها إلا حق عينى ليس بحق ارتفاق، ولما كان الجار يتمتع برى أرضه من المسقاه فلا محل إذن لعدم اشتراكه فى مصروفات إنشاء المسقاة (السنهورى ص ٦٨٦) ولكن اشتراك الملاك المجاورين فى المصروفات منهم لا يجعل أصحاب الحق فى الشرب، شركاء فى ملكية المسقاة، فهم إنما يشتركون فى نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها لا فى قيمة الجزء من الأرض الذى شقت فيه المسقاة كذلك، ومن هنا، لم يكن اشتراكهم فى نفقات الإنشاء والصيانة ليستتبع إلا مجرد اشتراكهم فى

الانتفاع بمياه المسقاة مع مالكيها، بل أن اشتراكهم معه في مثل هذا الانتفاع لا يكون على قدم المساواة، إذ جعل القانون لمالك المسقاة الأولوية على الملاك المجاورين في الانتفاع بمياهها لرى أرضه، بحيث لا يكون لهم الأخذ من مياهها إلا بعد أن يكون ... قد استوفى حاجته منها "(حسن كبيرة ص ١٠١).

• **اكتساب حق الشرب والمسيل بالتقادم:** حق الشرب وحق المسيل من حقوق الإرتفاق ويكتسبها بنص في القانون كنص المادة ٨٠٨ من القانون المدني مقابل تعويض عادل على نحو ما تقدم وقد يكتسبها بتصرف قانوني بأن يتفق الجار مع المالك على أن يمكنه من رى أرضه مقابل جعل معين، أو أن يصرف مياه زراعته في مصرف الجار حسب الأحوال وباعتبار حق الشرب وحق المسيل من حقوق الإرتفاق فهما بتقرر المصلحة عقار على عقار آخر وبالتالي يجوز اكتسابها بالتقادم الطويل.

من أحكام القضاء:

١- للجار الذي أصابه ضرر من عدم المسقي المطالبة بالتعويض ولا محل لتغيب الحكم لعدم بحثه المنازعة بشأن ملكية المسقي المذكورة. (نقض- جلسة ١٨/٤/١٩٧٤- الطعن 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 تنتقي 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 ٤٩ق)

٣- المادة (٢٣) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ بشأن الرى والصرف.

مدير عام الرى لا يفصل فى الحقوق المدعى بها فى شان الانتفاع بمسقه خاصة وانما ينظر الى الاوضاع السابقة على تقديم الشاكى، وقراره فى هذا الشأن مؤقتا 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 بمسقاها خاصة وكذا القضاء القطعى الصادر من المحكمة المختصة فصلا فى الحقوق المدعى بها يتعرضان كلاهما لاوضاع وحقوق تقع جميعها فى منطقة القانون الخاص ينتظمهما هذا القانون ابتداء وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لاطرافهما - ولا يكون القرار الصادر مؤقتا بالانتفاع بالمسقا قرارا اداريا ولا يدخل الغاؤه او 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 ١٧ق قضائية " تنازع " بجلستها 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 حق 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 بالإنتفاع 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 ٢٠٠١ / ٠٦ / ٠٦)

* * *

مناطق مرور المجرى والمسيل بأرض الجار

النص التشريعي (مادة ٨٠٩) :

يجب على 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 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 :

وقد ورد هذا النص في المادة ١١٧٣ من المشروع التمهيدى مطابقاً لما أستقر عليه في التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من النص كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الأتى : " بشرط أن يعوض عن ذلك مقدماً وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٨ فى المشروع النهائى واستبدل مجلس النواب عبارة تعويضاً عادلاً بكلمة " مقدماً " ووافق على النص معدلاً على هذا الوجه تحت رقم ٨٧٧ وأقره مجلس الشيوخ بهذا التعديل تحت رقم ٨٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧ - ص ٢٨)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن " أما الحق المجرى

فقد أعطاه المشرع المالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه فتتمر من أرض الجار المياه الكافية لرى أرضه، وهى مياه يأخذها من ترعة عامة أو من

ترعة خاصة مملوكة له أو من ترعة خاصة مملوكة للغير، ولكن تقرر له عليها حق الشرب، وذلك في نظير تعويض عاد يعطى للجار مقدما . بقى حق المسيل، وقد أعطاه المشرع لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام، فيكون له الحق في أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفى الجار حاجته، أو في أن ينشئ مصرفا خاصا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام، وفي الحالة الأولى يشترك مالك الأرض في نفقة المصرف الخاص الذي أنشأه الجار وفي صيانتته بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع من المصرف، وفي الحالة الثانية، يعطى الجار مقدما التعويض العادل عما إقتطعه من أرضه لإنشاء المصرف، وهناك حق مسيل للمياه الطبيعية عرض له المشروع، فأوجب على مالك الأرض المنخفضة أن تنزل عن أرضه المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة عنها، كمياه الأمطار، وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض من ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٤٤)

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

للمصرف وهذا هو حق المسيل، وطوراً لا يستعمل الجار مسقاة جاره ولا مصرفه، وإنما 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 يعرض المالك عن حق المجري وحق المسيل كما يعرض عن حق الشرب، وان يكون هذا التعويض عادلاً (م ٨٠٩ مدني)^(١).

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،

(١) الوسيط- الجزء ٨- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٧٢٧ وما بعدها.

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 المخدوم.

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 مالكه، ويعتبر هذا الاتفاق مقررراً لارتفاق بالصرف، بخلاف طلب شق مصرف في أرض الجار لتوصيل المياه الي أقرب مصرف عمومي، فانه يعتبر قيداً قانونياً عاماً علي ملكية الأراضي الزراعية^(١).

(١) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد علي عرفه - المرجع السابق - ص ٢٨٢ وما بعدها.

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 الترعة 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.

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. فاذا كان المورد هو النيل او ترعة عامة، فيجب علي مالك الأرض التي يراد ريه ان يحصل علي ترخيص من الجهة

(١) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٣٩٩ وما بعده.

المختصة يبيح له انشاء فتحة لأخذ المياه من جسر النيل او الترعة. وإذا كان المورد مسقاة مملوكة للغير، فيجب ان يكون لمالك الأرض التي يراد ربيها 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. فاذا 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 ربيها، 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^(١).

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 تخويل 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

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٦٧ وما بعدها.

هذا المورد هو النيل أو احدي الترعة 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 ٢/٨٠٨ مدني، فان لم تتوافر 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 لثبوت حق المجري أن تكون الأرض البعيدة عن مورد المياه محرومة حرماناً تاماً من وسائل الري، بل يكفي ان تكون مورادها من المياه غير كافية، ليثبت لصاحبها حق اجراء 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 ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأرض البعيدة. ويلتزم من له حق المجري بان 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 او استخدامه. وصاحب حق المجري هو الذي يتحمل تكاليف شق مجري المياه كما يتحمل بكل ما يلزم من المصروفات لحفظه صالحاً للاستعمال، أي صيانتته، وهذا أمر طبيعي لأن المجري ولو انه يمر بأرض الجار، الا انه 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 ان 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 وصيانتها. اما حق المسيل (او الصرف) فيقصد به حق صرف المياه الزائدة عن حاجة الأراضي بعد ربيها الي 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 قيماً علي الملكية لمصلحة الجار، اذا ما تقرر حق الجار في صرف مياه أرضه في مصرف مملوك لجاره، او تقرر حقه في مرور المياه الزائدة في أرض هذا الجار الي المصارف المملوكة للدولة أي المصارف، وهذا هو ما تنص عليه المادتان ٨٠٨ و ٨٠٩ من القانون المدني. ومن المادتين السابقتين يظهر أن لحق الصرف (او المسيل) في ملك الغير صورتين: صورة الصرف في مصرف مجاور مملوك للغير، وصورة مرور مياه الصرف في أرض الغير الي المصرف العام^(١).

٦- يقصد بحق المجري حق مرور المياه للسقي خلال أرض الي أرض أخرى لمالك آخر. وقد كانت أحكام الشريعة الاسلامية المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية تجعل لصاحب المجري القديم حق استعماله والدخول في أرض الغير لاصلاحه جبراً عليه لكن يشترط السلامة أي عدم احداث الضرر في أرض الغير. ومن هذا تـري أن (المجلة) لا تبيح انشاء حق المرور انشاء جديداً جبراً علي مالك الأرض او صاحب حق التصرف وانما تترك الأمر بينهم للقواعد العامة. فاذا وقع الاتفاق علي ذلك فيها والا كان لصاحب الأرض الامتناع من اعطاء مجري يوصل المياه

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٨٥ وما بعدها.

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 المحرومة منها انشاء هذه الحقوق علي حساب الأراضي الأخرى. وبهذا القانون صار من الممكن انشاء حقوق ارتفاق 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 والمسيل 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 سبباً مصلتاً علي صاحب الأرض القريبة من صور الماء. ذلك أن تقييد حق الملكية يجب أن يكون له ما يبرره، كأن يكون فيه ما يزرع المالك من الغلواء في استعمال حقه او ان تكون هناك حالة اجتماعية ظاهرة واجبة علي تحمل حق المجري والمسيل 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 بالمشرع ألا يستعمل لفظ (البعيدة).

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. وواضح 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 متنازلاً 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 المباشر 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 اخلاً بئناً 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. وحبذا 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 الارض 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 حتماً 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 حفره او انشاء قناطر 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).

• **حق المجري وحق الصرف (المسيل) :** قد لا توجد إلى جوار الأرض ترعة أو مسقاه خاصة أو مصرف يستطاع كفاية حاجة الأرض بالأخذ مباشرة من مياهها لذا قرر النص للجار حق المجري بأن يشق في أرض جاره مجرى تصل عن طريقه المياه لرى أرضه، كما قرر للجار حق المسيل بأن يشق في أرض جاره مجرى تصل عن طريقه مياه الصرف إلى أقرب مصرف عام. (أنور طلبه ص ٢٥٤).

• **ونلاحظ أن المسيل قد يقابل المجري وقد يقابل الشرب :** فالمقصود بحق المسيل أو الصرف هو الحق في تصريف مياه الري الزائدة عن حاجة الأرض الزراعية في مصارف معدة لذلك، ولما كان الصرف مقابلاً للرى تماماً، فإنه أما أن يتم مباشرة كما هو الشأن في حق الشرب، وأما أن يتم عن طريق غير مباشر بتمرير المياه عبر أرض الجار كما هو الشأن في حق المجري . أما حق الصرف مباشرة فتسوية المادة ٢/٨٠٨ من التقنين المدني المصري بحق الشرب، ولذلك يصدق في شأنه كل ما سبق

(١) الملكية العقارية في العراق - جزء ١ - للأستاذ حامد مصطفى - ص ١٠٠ وما بعدها.

قوله خاصا بحق الشرب، فهو يتقرر لمالك الأرض المجاورة لذات المصرف الخاص المملوك للغير دون مالك الأرض المجاورة للأرض المحفور بها هذا المصرف وذلك مقابل الإشتراط فى نفقات إنشائه وصيانتة، وهو ما يجعله مجرد شريك فى الإنتفاع منه بصرف المياه الزائدة فيه لا شريكا فى ملكيته . وأما حق الصرف غير المباشر، أى حق تمرير مياه الصرف عبر أرض الجار فى طريقها إلى مصابها فلا يسويه المشرع بحق المجرى من كل الوجوه فهو يختلف عنه فى أن المياه تصيب فى أقرب مصرف عمومى أى أن المقصود هو حبس المياه فى مصرف عمومى بينما يجوز فى حق المجرى أن تمر المياه بأرض الجار سواء كان مورد المياه عاما أو مسقاه خاصة . (جميل الشرقاوى ص ٨٧ ومابعدا - منصور مصطفى منصور ص ٦٨ - حسن كيرة ص ٣٤٦).

• وهناك شروط يجب توافرها لثبوت حق المجرى وحق الصرف (المسيل) :

الشرط الأول: أن يكون طالب هذا الحق جارا لمالك الأرض التى يراد إستعمال الحق فيها، وأن يكون مالكا للأرض التى يزرعها الطالب المجرى أو المسيل على نفقته، ويشترط أن يكون جارا للأرض التى يطلب إقامة المجرى أو المسيل بها وأن يكون مالكا للأرض التى يزرعها، فإن تعلق الحق بالمجرى، فللتطالب أن يشق المجرى حق تصل إلى مجرى عام كالنيل أو ترعة عامة أو ترعة خاصة مملوكة له أو ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب، فإن أراد الحصول على المياه من مجرى عام فإن حقه فى المجرى لا يتقرر بالنسبة للأرض المجاورة إلا إذا حصل أولا على ترخيص من تفتيش الرى بالحصول على المياه من النقطة التى حددها بالمجرى العام إذ قد يحدد له التفتيش مكان آخر فيتغير مكان

المجرى، ومتى رخص له فله شق مجراه فى أى أرض تفصل بين المجرى الوارد منه المياه وبين أرضه، ويكون له الحق وحده فى إستغلال المجرى إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك أو كانت أرض المالك بعيدة بدورها عن مورده المياه وتوافرت فيه شروط الحصول على حق الشرب أو المسيل كما لا يجوز لمن يمر المجرى بأرضه أن يعدل فيه، ويحدد المكان الذى يشق المجرى به بأقصر خط يصل بين المجرى العام وبين أرض الطالب إلا إذا حالت طبيعة الأرض بين ذلك وللمحكمة الجزئية أن تستعين بأهل الخبرة (مادة ٤٣ مرافعات) (أنور طلبه ص ٢٥٤).

الشرط الثانى : البعد عن مورد المياه : يجب أن تكون الأرض التى يتقرر ها حق المجرى أو المسيل بعيدة عن مورد المياه، حتى يفهم وجه حاجتها إلى تمرير كفايتها منها عبر أراضي الجار، وليس من الحتم أن يكون مورد المياه الذى تريد الإتصال به الأرض البعيدة ترعة عامة، فقد يكون كذلك مسقاه خاصة مملوكة لأحد أصحاب الأراضي المجاورة (حسن كيرة ص ١٠٠).

الشرط الثالث : أن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه من طريق المجرى أو إلى صرف مياهيه عن طريق المصرف فيشترط أن يكون الطالب فى حاجة لإستعمال حق المجرى أو حق المسيل، ومن ثم فإذا وجدت لديه وسيلة أخرى للرى الكافى بأن تكون لديه آبار ارتوازية أو مروى أخرى يستعملها باتفاق مع مالكةا، فإنه لا يجوز له المطالبة بحق المجرى، وكذلك بالنسبة للمسيل، فإن كان له تصريف المياه بمصرف جار اتفاق معه على ذلك وكان يمكن التصريف بواسطته تصريفا كاملا فلا يكون له الحق فى المسيل (أنور طلبه ص ٢٥٥).

الشرط الرابع : التزام الجار بدفع تعويض عادل : إذا كان القانون يجبر المالك على قبول مرور المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد الماء عبر أرضه، فو من ناحية أخرى يقرر له الحق فى الحصول على تعويض عن ذلك، وإذا كان المشروع يكتفى فى وصف هذا التعويض بأنه تعويض عن ذلك، وإذا كان المشرع يكتفى فى وصف هذا التعويض بأنه تعويض عادل، فمن الواضح أن يشمل قيمة ما يقابل تعطي الأرض التى يشغلها المجرى وما يقابل الأضرار الدائمة أو الوقتية المترتبة على شقة، ولا ينبغى أن يدخل ضمن عناصر التعويض ما يكون قد عاد بالنفع على الأرض المنتفعة بشق هذا المجرى وعلى أى حال لا يشترط دفع التعويض مقدما كما كان يقضى بذلك التقنين المدنى السابق، فقد جاء نص التقنين الحالى مطلقا فى هذا الشأن فيصح دفع التعويض مقدما ويصح دفعه مسقطا على السواء (حسن كيرة ص ١٠١) ومتى تقرر لجار الحق فى المجرى والمسيل، جاز لجيرانه الانتفاع بهما وفقا للقواعد التى قررتها المادة ٨٠٨ من القانون المدنى، على نحو ما تقدم .

• مياه الأمطار والمياه المتخلفة عن الإستعمال لا تدخل فى نطاق حق

الصرف : لقد نصت المادة ٦٤/٤٢ من التقنين المدنى القديم على أنه " يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أو فى أرضه فى الطريق العام مياه الأمطار أو مياهه المنزلية بالتطبيق على اللوائح الصحية، وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يعطى حق المسيل للمياه التى تتحدر بفعل الطبيعة كمياه الأمطار فكانت المادة ١١٧٧ من المشروع تنص على أن "على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل فى أرضه المياه التى تتحدر بفعل الطبيعة من الأرض المرتفعة عنها كمياه الأمطار وليس لمالك

الأرض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك " إلا أنه في الحسبة المراجعة بمجلس النواب اقترح حذف هذه المادة عدم الحاجة المراجعة بمجلس النواب اقتراح حذف هذه المادة لعدم الحاجة إليها في مصر حيث تقل بزول الأمطار فوفقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٣ الهامش) . ولما كانت قيود الملكية واردة في القانون على سبيل الحصر وليس من بينها حق صرف مياه الأمطار والمياه المنزلية، فلا يتأتى إجبار مالك آخر على قبولها في أرضه ،بل يتعين صرف هذه المياه في الطريق العام بشرط مراعاة لوائح التنظيم واللوائح الصحية أو في نفس العقار الذى تجمعت فيه، اللهم إلا إذا ارتضى صاحب العقار المجاور أن يتقل بإرتفاق بمسيل هذه المياه أو إذا كان هذا الإرتفاق مرتبا بتخصيص رب الأسرة .

• **إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل : الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على حق المجرى وحق المسيل هي نفسها الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على حق الشرب والتي بينها فيما تقدم : وقد رأينا المادة ٢٤ من قانون ارى والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ تقضى بأنه في حالة ما إذا رأى أحد الملاك أنه " يتعذر عليه رى أرضه أو صرفها على وجه كاف إلا بإنشاء مسقاه (وهذا هو حق المجرى) أو مصرف (وهذا هو حق المسيل فى إحدى صوريته) فى أرض ليست ملكه، أو باستعمال مسقاة (وهذا هو حق الشرب) أو مصرف (وهذا هو المسيل فى الصورة الأخرى) موجود فى أرض الغير ... " فإنه إذا لم يستطع التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن يقدم شكوى إلى مدير عام الرى ليأمر بالتحقيق فيها وعلى الإدارة أن تطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث**

الطلب فى مدة لا تتجاوز إجراءات معينة سبق بيانها، ويجب أن يعوض المالك عن حق المجرى وحق المسيل كما يعوض عن حق الشرب فيما رأينا، فإذا كان المطلوب شق مرمى أو مصرف فى أرض المالك للمجرى أو للمسيل، تحمل الجار كل نفقات إنشاء المرمى أو المصرف وجميع تكاليف صيانتة وسنرى أنه إذا أصاب أرض المالك ضرر من المرمى أو الصرف فللمالك أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر وإذا كان المطلوب الأنفاق بمسقاء المالك أو بمصرفه، فإن التعويض يكون بإشتراك الجار فى نفقات إنشاء المسقاء أو المصرف وصيانتها، بنسبة مساحة (أرضه) التى تنتفع منها (م ٢/٨٠٨ مدنى) وتقدر قيمة التعويض على النحو السالف الذكر، عند عدم الاتفاق عليه وديا، لجنة تشكيل برئاسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ويكون نهائيا وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٩ مدنى يقضى بان يدفع التعويض مقدما، ولكن هذا الحكم الخاص بتعجيل التعويض حذفه مجلس النواب، واستبدال به أن يكون التعويض " تعويضا عادلا " ولكن المادة ٢٦ من قانون الرى والصرف، وقد صدر هذا القانون بعد صدور التقنين المدنى الجديد، تنص على ما يأتى " ينفذ القرار الصادر وفقا لأحكام المادتين السابقتين (ويدخل القرار الذى يعطى الجار حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل) بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين حقهم ضرر منه، ومعنى ذلك أن يدفع التعويض مقدما، فلا يجوز إذن تقسيطه، بل يجب تعجيله جملة واحدة ومن ثم فلا يجوز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض الواجب، أما فيما يتعلق بمصروفات الصيانة فيدفعها الجار على دفعات، معجلة أيضا فى كل دفعة، بحسب ما تقضيه أعمال الصيانة، كل هذا إلا إذا تم اتفاق بين أصحاب

الشأن على غير ذلك (السنهوى ص ٦٩٤) هذه هي الإجراءات الواجب توافرها للحصول على حق المجرى والمسيل ولا يكسب حق المجرى أو حق المسيل إلا باتباع هذه الإجراءات .

ولكن متى حصل الجار على حق المجرى فى أرض المالك، وكان المالك نفسه أرضه بعيدة عن مورد المياه وتوافرت فيه شروط الحصول على حق الشرب فإنه يستطيع أن يحصل على حق الشرب من مروج الجار المشقوقه فى أرضه (انظر أنفاً فقرة ٤٤٦ - وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ - شفيق شحاته فقرة ٣٧٧ ص ٣٦٩ - عبد المنعم الدراوى فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧ و فقرة ٣٥٩ ص ٤٠١ - عبد المنعم فرج الصادة ٦٧ ص ١٠٥) وكذلك إذ حصل الجار حق المسيل فى أرض المالك فأنشاء مصرفاً خاصاً جاز للمالك إذا توافرت فيه هو أيضاً شروط الحصول على حق المسيل أن يحصل على هذا الحق ويصرف مياهه فى المصرف الخاص المملوك لجاره المشقوق فى أرضه .

• الإختصاص بتقرير حق المجرى وحق المسيل : الأصل هو اختصاص

جهة الإدارة بتقرير حق المجرى وحق المسيل ولكن ذلك لا يسلب المحاكم وهى ذات الولاية العامة اختصاصها بهذه المسائل وذلك أن قانون الرى والصرف لم يقصر الاختصاص بهذه المنازعات على جهة الإدارة وحدها دون غيرها، ومن ثم يجوز للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بتقرير حق المجرى وحق المسيل، وتنص المادة ٤٣ من قانون المرافعات على أن " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما كانت قيمة الدعوى وانتهائياً إذا لم تجاوز قيمتها ألفى جنيه ما يلى : ١- الدعاوى المتعلقة بالإننتفاع بالمياه وتطهير اترع والمساقى والمصارف . ٢- إلخ "، ويشترط لاختصاص المحكمة الجزئية بالنزاع حول الإننتفاع بالمياه

أو التطهير ألا تكون الملكة محل نزاع فإن كانت كذلك فصلت المحكمة فى النزاع حول الملكية إن كان يدخل فى اختصاصها القيمى، وإلا أحالت الدعوى إلى المحكمة الابتدائية وإذا كانت الدعوى التى يرفعها صاحب الحق تتضمن إدعاء بأن له حق ارتفاق سابق مقرر، ويريد تثبيت ملكيته لما يعتبره حقا مكتسبا من قبل على أرض الجار من مرور المياه لأرضه مخترقة أرض الجار المذكورة فإن الدعوى تكون من اختصاص المحاكم وحدها (محمد كامل مرسى ص ٣٥٥ - جميل الشرقاوى قواعد اختصاص المحاكم المدنية فى القانون المصرى ١٩٥٥/١٩٥٦ ص ٥٥ هامش).

مما تقدم يتبين لنا أن الاختصاص بتقرير حق المجرى وحق المسيل يكون إما لجهة الإدارة وهو الأصل أو للقضاء ولكن وإذا صدر حكم يتعارض مع قرار الجهة الإدارية فإن كان واجب النفاذ ولم يكن القرار قد تم تنفيذه وجب تنفيذ الحكم صدوره من المحكمة صاحبة الولاية العامة، أما إذا كان قد تم تنفيذ القرار قبل صدور الحكم فيقضى فى الدعوى بعدم قبولها إن كانت قد رفعت صدور الحكم فيقضى فى الدعوى بعدم قبولها إن كانت قد رفعت بعد تنفيذ القرار أو برفضها إن كان القرار قد نفذ أثناء نظرها (محمد كامل عبد العزيز ص ٣٤٣) وكان الخلاف قد ثار منذ القانون المدنى القديم حول الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالرى والصرف، ذلك أن المادة ٣٣/٥٤ من القانون المدنى القديم تجعل للمحاكم الاختصاص بتقدير التعويض المستحق عن شق مسقاة أو مصرف فى أرض الغير، كما تخولها النظر فى تحديد طريقة مرور المسقاة أو المصرف، وفى سائر المنازعات الأخرى المتعلقة بحقوق الرى والصرف . فلما صدرت لائحة الترع والجسور فى ٢٢/٢/١٨٩٤ نصت فى كثير من موادها على اختصاص الجهات الإدارية، ممثلة فى المدير ووزارة

الأشغال، بالفصل فى المنازعات، كما جعلت المادة ٢٧ من اللائحة المذكورة تقدير التعويض المستحق عن إنشاء مسقاة أو مصرف من اختصاص لجنة خاصة، تؤلف من المدير أو من ينوب عنه رئيسا ومن الباشمهندس واثنين من عمد المديرية يختار كل من الخصمين واحدا منهما وصرحت المادة ٤٢ منها نصت على إلغاء كل ما كان مخالفا لهذه اللائحة وهذا النص العام يتناول بالإلغاء اختصاص المحاكم الذى قرره المادة ٥٥/٣٣ من القانون المدنى القديم . بينما ذهب رأى آخر إلى إبقاء اختصاص المحاكم بنظر كافة منازعات الرى والصرف بما فيها ما خولت لائحة الترع والجسور جهة الإدارة أو اللجان التى شكلتها سلطة الفصل فيه مادامت هذه اللائحة لم تقصر هذا الاختصاص على جهة الإدارة وحدها، فيكون الاختصاص بتلك المسائل مشتركا بين المحاكم وجهة الإدارة (محمد كامل مرسى ص ٣٥١ وما بعدها) غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن الاختصاص يظل مشتركا بين المحاكم وجهة الإدارة فى دعاوى وضع اليد المتعلقة بالترع والمصارف أما دعاوى الملك فإن المحاكم وحدها دون غيرها هى صاحبة الحق فى الفصل فيها . **حيث قضت بأن:** "١- إن الجهة الإدارية ليس لها فى الأصل اختصاص بالفصل فى حقوق الارتفاق المتعلقة بالرى أو الصرف، ولكن المشرع، مراعاة لمصلحة الزراعة وما يقتضيه ذلك من وجوب احترام المساقى والمصارف من تعدى أحد المنتفعين بها بما يضر الآخرين، قد أجاز لهؤلاء - توخيا للسرعة التى تقتضيها الحال - أن يلجأوا إلى الجهات الإدارية التى خولها فى هذه الحالة أن تعيد الأمور إلى ما كانت عليه، وذلك دون أن يقصد منع المحاكم مما هو مقرر لها أصلا من الفصل فى هذه الدعوى سواء أكانت متعلقة بوضع اليد أم بالملك وبذلك تكون هناك هيئتان مختصتان بالفصل فى دعاوى وضع اليد

المتعلقة بالترع والمصارف أما دعاوى الملك فإن المحاكم وحدها دون غيرها هي صاحبة الحق فى الفصل فيها وإذن فقضاء المحكمة باختصاصها بدعوى منع التعرض فى مسقى لا مخالفة فيه للقانون، وإذا كان الحكم الذى تصدره المحكمة بمرور المسقى يقتضى تنفيذه وضع بدالة على المصرف - الأمر الذى لا يكون الترخيص به إلا من وزارة الأشغال، فإن ذلك لا تأثير له فى الاختصاص (الطعن رقم ١٤ سنة ٥٩ق - جلسة ١١/١/١٩٤٠) ٢- وبصدر قانون الرى والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقوانين رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦، ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦، ١١٦ لسنة ١٩٥٩ وخول الجهات الإدارية الاختصاص بالبت فى المنازعات الناشئة عن قيود الإنتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والجسور وبما فيها التعويض المستحق لذوى الشأن . وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن اختصاص اللجنة الإدارية مقصور على نظر طلبات التعويض فى الحالات المحددة بالقانون سالف الذكر، أما طلبات التعويض فى غير هذه الأحوال فإن الإختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة.

إذ قُضت بأن: "١- جعلت المادة ٧٧ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣

فى شأن الرى والصرف ن الاختصاص بطلب التعويض فى الأحوال الخاصة التى نص على استحقاق التعويض فيما عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ بعض أحكامه إلى لجنة إدارية، ومفاد ذلك أن اختصاص اللجنة الإدارية مقصور على نظر طلبات التعويض فى الحالات المحددة بالقانون المذكور، أما طلبات التعويض فى غير هذه الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الأنزعة إلا ما استثنى منها بنص، فإذا كان الطاعن قد طلب التعويض عن الأضرار التى لحقت بأرضه نتيجة لما يدعيه من أن الحكومة لم تراعى الأصول الفنية فى

إنشاء المصرف ولم تتعهد بالصيانة والتطهير وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فإن اللجنة الإدارية سألقة الذكر لا تكون مختصة بنظره " (طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٦٣/١/٣١) ثم صدر بعد ذلك قانون الرى والصرف رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ الذى ألغى القانون السابق، ثم صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ الحالى ونصا أيضا على اختصاص جهة الإدارة بمنازعات الرى والصرف، وقد ثار الخلاف الذى كان موجودا فى ظل لائحة الترع والجسور حول اختصاص المحاكم، وقد أوضحنا سلفا الرأى الواجب الإلتباع . (عزمى البكرى ص ٣٦٦).

• **تعدد المنتفعين بالمصرف:** وقد رأينا أن المادة ٨١١ مدنى تنص على أنه " إذا لم يتفق المنتفعون بمسقة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية، جاز إلزامهم بالإشتراك فيما بناء على أى واحد منهم " وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقة الخاصة، وما ذكرناه فى هذا الشأن ينطبق على المصرف الخاص فقد يكون هذا المصرف ملكا لأشخاص متعددين اشتركوا جميعا فى إنشائه، أو يكون ملكا لواحد منهم والباقي ينتفعون به بموجب حق المسيل وفى جميع الأحوال يلزم المنتفعون بالقيام بالإصلاحات الضرورية للمصرف وتطهيره وصيانته وحفظ جسوره وتقول المادة ١٩ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد كما رأينا "يجب على حائزى الأراضى المنتفعة بالمساقى والمصارف الخاصة تطهيرها وإزالة نبات الهابست وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة ويكون ذلك بنسبة ما يملكه كل منهم من الأراضى التى تنتفع بالمصرف ويجوز لأى من المنتفعين سواء

كان هو المنشئ للمصرف أو كان من المنتفعين بموجب حق المسيل أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الإلتزام.

من أحكام القضاء:

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 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 او يتعذر عليه ري أرضه رياً كافياً والذي تعذر عليه التراضي مع مالك الأرض التي يمر بها المجري بطلب

الي المحكمة او 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 ١٠٤٢)

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 او 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 وبتناسع أقل مما أعاقهما عن الانتفاع بها لري أرضهما، وطلباً اعادة الحالة الي ما كانت عليه وهو نزاع يتعلق بأصل الحق وتختص المحاكم بنظرة طبقاً لنص المادة الخامسة عشرة سالفة 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 الرى والصرف.

مدير عام الرى لا يفصل فى الحقوق المدعى بها فى شان الانتفاع بمسقه خاصة وانما ينظر الى الاوضاع السابقة على تقديم الشاكى، وقراره فى هذا الشان مؤقتا 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 بمسقاها خاصة وكذا القضاء القطعى الصادر من المحكمة المختصة فصلا فى الحقوق المدعى بها يتعرضان كلاهما لاوضاع وحقوق تقع جميعها فى منطقة القانون الخاص ينتظمهما هذا القانون ابتداء وانتهاء لتعلقها بمصالح خاصة لاطرافهما - ولا يكون القرار الصادر مؤقتا بالانتفاع بالمسقا قرارا اداريا ولا يدخل الغاؤه او 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 ١٧ق قضائية " تنازع " بجلستها المنعقدة بتاريخ ٣ من فبراير سنة ١٩٩٦ - أن مدير عام الرى لا يفصل فى الحقوق المدعى بها فى شأن الإنتفاع بمسقاها خاصة وإنما ينظر الى الأوضاع السابقة فعلا على تقديم الشاكى لشكواه بالفصل فى الحقوق المطالب بها والتي تدور حول

حتى 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 بالإنقاع 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)

* * *

تعويض مالك الأرض عن أضرار المجرى والمسيل

النص التشريعي (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 :

وقد ورد هذا النص في المادة ١١٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما أُنقِر عليه فى التقنين المدنى الجديد ووافقت على لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٩ فى المشروع النهائى ثم وافق عليه مجلس النواب رقم ٨٧٨ فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٠ (مجموعة أعمال التحضيرية ٤٠ ص - ٤١ ص)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن: "وهناك أحكام

عام تنظم حقوق الشرب والمجرى والمسيل جميعاً، نقلها المشروع عن لائحة الترع والجسور، فالمادة ١١٧٤ تعطى للجار الذى ترتب على أرضه حق مجرى أو مسيل فأصابه ضرر من المسقاة أو المصرف سواء نشأ الضرر عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور أو عن أى سبب آخر ينسب إلى خطأ المالك المنتفع، وإذا إنتفع بالمسقة أو المصرف أشخاص متعددون سواء لأنهم إشتراكوا جميعاً فى الإنشاء أو لأن واحدا منهم هو

المنشئ وثبت للباقي حق الإنتفاع وفقاً لما تقدم من الأحكام، فأنهم يشتركون جميعاً في الأصلاحات الضرورية، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم، وقد أبقي المشروع على إختصاص الجهات الإدارية " وهى رجال الإدارة ورجال الرى " المنصوص عليها فى لائحة الترع والجسور بالفصل فى المنازعات المتعلقة بكل هذه الحقوق، فحسم بذلك خلافاً قائماً فى ظل القانون الحالى، إذ يتنازع الاختصاص القضاء العادى والجهات الإدارية المذكورة، فجعل المشروع الجهات الإدارية وحدها هى المختصة، إذ هى أصلح للنظر فى مثل هذه المنازعات على أنها تخضع لرقابة المحاكم إذ هى خرجت عن إختصاصها أو خالفت الإجراءات المبينة فى اللوائح (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٥ وما بعدها).

رأى الفقه :

١- طبقاً لنص المادة ٨١٠ مدني المفروض ان الجار هو الذي انشأ المروي في أرض المالك بموجب حق المجري او انشأ المصرف بموجب حق المسيل، فعليه ان يقوم علي نفقته بتطهير المروي او المصرف، وصيانته وحفظ جسوره في حالة جيدة. فاذا قصر في ذلك وأصاب أرض المالك التي شق فيها المروي او المصرف ضرر، كأن تلفت زراعته من جراء انسياب المياه لسوء حالة الجسور او امتنع عليه الزرع او نحو ذلك، كان علي الجار صاحب المروي او المصرف ان يعرض المالك عن الضرر الذي أصابه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ويقترن بالتعويض النقدي تعويض عيني، ذلك أنه اذا لم يقم أصحاب الأراضي باجراء التطهير والصيانة وحفظ الجسور جاز لمفتش الري بناء علي تقرير الباشمهندس او علي شكوي من ذي الشأن، ان يكلفهم بتطهير

المسقاة او المصرف او بازالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق او اشجار او خلافه او بصيانتها او بترميم جسورها او باعادة انشاء الجسور في موعد معين، والا قام بالتفتيش باجراء ذلك. وتحصل النفقات بالطرق الادارية من أصحاب الأراضي كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمسقاة او 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 او الصرف، فان هو قصر في شئ من ذلك، وكان من نتيجة ذلك فيضان المياه بحيث أتلقت زراعة مالك الأرض، او امتنع عليه زرعها او أصابها ضرر من أي نوع كان، أصبح علي صاحب المسقاة او المصرف ان يعوض مالك الأرض عن الضرر الذي أصابه وحسب هذا الأخير ان يثبت ان ما أصاب أرضه من ضرر كان بسبب سوء التطهير او رداءة الجسور، ليتقرر حقه في التعويض^(٢).

٣- تتناول حق مالك الأرض التي تمر بها مسقاة او مصرف، في تعويض ما يلحقه من ضرر بسببها، المادة ٨١٠ من القانون المدني وهذه المادة تقرر التزام صاحب حق المجري او حق المصرف بتعويض مالك الأرض التي يمر بها المجري او المصرف عن الأضرار التي تصيبه من

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوي - المرجع السابق - ص ٧٣٨ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور محمد علي عرفه - المرجع السابق - ص ٢٩٠، ويراجع: الحقوق

العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البراوي - المرجع السابق - ص ٤٠٤، وحق

الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٧٠.

اهمال المستفيد منها في صيانتها بالتطهير واصلاح جسورها او من أي سبب آخر متعلق باستعمالها. ويلاحظ ان قانون الري والصرف يجعل من سلطة مفتش الري ان يأمر بازالة المصارف والمساقى التي تصبح عديمة الفائدة والتي تسبب مضاراً للمالك او العمل على ازالة ضررها اذا لم يمكن الاستغناء عنها^(١).

• تعويض مالك الأرض عن الأضرار التي تسببها نتيجة مرور مسقاة أو

مصرف بها: لقد أعطى المشرع للجار الذي ترتب على أرضه حق مجرى مسيل الحق في طلب تعويضاً كاملاً . ممن ينتفع بالمسقاة أو المصرف عن الضرر الذي لحقه من هذه المسقاة أو المصرف، سواء نشأ الضرر عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور فانسابت المياه وأتلفت الزرع أو عن أى سبب آخر ينسب إلى خطأ المنتفع، ويقدر التعويض بما أصاب المالك من ضرر وما فاتته من كسب، وإلى جانب التعويض النقدي تعويض عيني، فيكون لمفتش الري بناء على تقرير من المهندس أو شكوى من ذى الشأن أن يكلف المنتفعين بالمجرى أو المسيل بأعمال التطهير والصيانة وحفظ الجسور فى موعد معين وإلا قام التفتيش بذلك على نفقتهم وتحصل النفقات بالطريق الإدارى كل بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمجرى أو المصرف ويحسب ضمن هذه النفقات التعويض الذى يدفع لمن شغلت أرضه بسبب أعمال التطهير (أنور طلبه ص ٢٥٧) وقد نصت المادة ٢٠ من قانون الري والصرف المعدلة بالقانون رقم ٢١٣ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يجوز لمدير عام الري - بناء على تقرير من مفتش ري الإقليم المختص أو شكوى من ذوى الشأن عن مخالفة المادة السابقة - أن يخطر رجال

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٨٦.

الإدارة لتكليف الحائزين بتطهير المسقاة أو المصرف أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو ترميم جسوها أو إعادة إنشاء الجسور في موعد معين وإلا قامت الإدارة العامة للرى بإجراء ذلك ويتم تحصيل التكاليف الفعلية بالطريق الإدارية من الحائزين كل بنسبة مساحة ما يحوزه من الأرض التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف ويحسب ضمن هذه التكاليف قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير" وللمفتش إذا وجد أن المجرى أو المصرف أصبح متروكا غير ذى فائدة أن يصدر قرار بسده فى موعد يحدده وإلا قام التفتيش بذلك على نفقة الملتزم، وفى هذه الحالة لا يجوز للمنتفع إسترداد التعويض الذى دفعه، إذا كان ذلك مقابل تقرير حق ارتفاق له بالمجرى أو المسيل، وقد تقرر له هذا الحق، فإن هو لم يستمر فى الإنتفاع به وتركه لمدة خمس عشرة سنة، إنتهى حق الارتفاق بعدم الإستعمال، كما يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق بالمجرى أو المسيل، إذا فقد هذا الارتفاق كل منفعة لعقار المرتفق، ويتحقق ذلك بترك المجرى أو المسيل وصيرورتهما غير ذات فائدة للعقار المرتفق، وبالتالي يجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتقدم بطلب لتفتيش الرى لإصدار قرار بإعتبار المجرى أو المصرف متروكا وإلزام من تقرر له بسده، فتعود مساحة المجرى والمصرف إلى من نزعت منه. (أنور طلبه، مرجع سابق).

• الإلتزام بأعمال الصيانة : لا يلتزم بأعمال الصيانة من قام بإنشاء

المجرى أو المصرف وحده، وإنما يلتزم بذلك كل من تقرر له عليهما حق ارتفاق بالشرب أو المسيل، إذا لا ينحصر الإنتفاع بالمجرى والمسيل فيمن أنشأهما فقط، وإنما يعتد إلى كل جار فى حاجة لرى أرضه من المجرى بموجب حقه فى الشرب، ولكل جار فى حاجة لصرف مياه زراعته

بموجب حقه فى المسيل و لأى من هؤلاء أن ينفرد بإستعمال المجرى أو المسيل حتى لو تركه من قام بإنشائه، إذ يكفى لإستمرار الحق أن يستعمله أى ممن ثبت لهم الحق فيه، ولو ثبت ذلك بعد إنشائه وبالتالي إذا ترك من أنشأ المجرى أو المصرف، مجراه أو مصرفه وظل غيره منتفعا به بموجب حقه فى الشرب أو المسيل، فلا ينقضى حق المجرى أو المسيل ن كما لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من هذا الإرتفاق. (أنور طلبه ص ٢٥٨)

• حق مالك الأرض أو حائزها أو مستأجرها فى تقديم شكوى للإدارة

العامة : بسبب منعه من الإنتفاع بمسقة خاصة أو مصرف خاص أو من دخول أى من الأراضى اللازمة لتطهير تلك المسقة أو المصرف أو لترميم أيهما تنص المادة ٢٣ من قانون الرى على أنه " إذا قدم مالك الأرض أو حائزها أو مستأجرها شكوى إلى الإدارة العامة للرى بسبب منعه أو إعاقته بغير حق من الإنتفاع بمسقة خاصة أو مصرف خاص أو من دخول أى من الأراضى اللازمة لتطهير تلك المسقة أو المصرف أو لترميم أيهما جاز لمدير عام الرى إذا ثبت أن أرض الشاكى كانت تنتفع بالحق المدعى به فى السنة السابقة على تقديم الشكوى أن يصدر قرارا مؤقتا بتمكين الشاكى من استعمال الحق المدعى به مع تمكين غيره من المنفعين من إستعمال حقوقهم على أن يتضمن القرار القواعد تنظم إستعمال هذه الحقوق . على أن يصدر قرار مدير العام الرى فى مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ ورود الشكوى له . ويجوز التظلم من هذا القرار إلى وزير الرى بالتفصيل الوارد بالمادة ٢٩ من القانون . والقرار الصادر من مدير عام الرى أو من وزير الأشغال العامة والموارد المائية فى التظلم المرفوع عنه لا يعد قرارا إداريا بحكم موضوعه لأنه

يدور حول مسألة من مسائل القانون الخاص ومن ثم يكون الطعن عليه أمام جهة القضاء العادى وليس القضاء الإدارى، وينعقد الإختصاص بنظره للمحكمة الجزئية.

من أحكام القضاء:

١- وفقاً للمادة الثانية من لائحة الترع والجسور الصادرة بالأمر العالى 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 والمنتفعون بها هم المكلفون بتطهيرها وصيانتها، ويجوز للحكومة عند التأخير في تطهيرها أن تطهرها على نفقة هؤلاء المنتفعين.
(الطعن رقم ٢٠٩ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٦ / ١٩٧٠)

* * *

إصلاح المسقاة أو المصرف المشترك

النص التشريعي (مادة ٨١١) :

إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف علي القيام بالأصلاحات الضرورية، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء علي طلب أي واحد منهم.

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٨٢٠ لبيي و ٧٠١ سوداني.

الأعمال التحضيرية :

١- هذه طائفة من النصوص (١١٧١ - ١١٧٧) تعرض لقيود الملكية المقررة لمصلحة الري الزراعي، ولا تخفي أهميتها في بلد زراعي كمصر، وتتخلص 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 مالكةا 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 فتتوسع 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

صيانته، 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 لإنشاء 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 (أنظر 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 (أنظر 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 الاصلاحات الضرورية، ويجبرون علي ذلك بناء علي طلب أي واحد منهم (الأعمال التحضيرية).

فسواء أكان المنتفعون كلهم ملاكاً للمسقاة او كان بعض منهم مالكاً وبعض له حق الشرب، فالجميع ملزمون بتطهير المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم^(٢).

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 او المصرف، بل يصح قبولها من أحد الجيران الذين تقرر لهم حق الانتفاع بهما وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدني.

(١) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٦- ص ٤٣ و٤٤ و٤٥ و٤٦.

(٢) الوسيط- ٨- للدكتور السنهاوري- المرجع السابق- ص ٧٢٥ وما بعدها.

ولما كان اصلاح مسقاة او مصرف من الأمور التي لا تحقق مصلحة المنتفعين بهما فحسب، بل انها تحقق مصلحة الزراعة ايضاً 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 المنتفعين في عدة مواعيد بحسب مقدرتهم، كما يجوز اعفاؤهم بقرار من وزير الداخلية اذا تحقق عدم اقتدراهم^(١).

٣- تقضي المادة ٨١١ مدني بالتزام المنتفعين بمسقاة او 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 ١٩٨) 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 باجراء ما هو مبين في المادة السابقة جاز لمفتش الري (بناء علي تقرير وكيل التفتيش او علي شكوي من ذي الشأن) ان يكلفهم بتطهير المسقاة او المصرف او بازالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق او أشجار او خلافة او بصيانتها او بترميم جسورها او باعادة انشاء الجسور في موعد معين، والا قام بتفتيش الري باجراء ذلك وتحصيل النفقات بالطرق الادارية من أصحاب الأراضي كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمسقاة او المصرف، ويحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير^(٢).

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٩١ و ٢٩٢، والحقوق

العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٤٠٤.

(٢) حق الملكية- للدكتور جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص ٨٦- وحق الملكية-

للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٧٠ و ٧١.

٤- تنص المادة ٨١١ مدني علي انه اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة او بمصرف علي القيام بالاصلاحات الضرورية جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء علي طلب أي واحد منهم. وبصياغة مقاربة نصت المادة ١١ من قانون الري والصرف علي ان أصحاب الأراضي المنتفعة 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 المنتفعين 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 مالكاً والبعض الآخر له حق الشرب او المسيل.

والنفقات التي يلزم بها كل منتفع هي نفقات الاصلاحات الضرورية، وهي التطهير والصيانة وحفظ الجسور. وتقدر علي أساس نسبة مساحة الأرض متي كان الانتفاع املاً، فاذا كان جزئياً دخل في التقدير بجانب مساحة الأرض مقدار الاستفادة.

والتزام المنتفع بنفقات الاصلاحات الضرورية ليس التزاماً عينياً، ومن ثم فهو لا يسقط حتي ولو تخلي المدين به عن استعمال المصرف او المسقاة^(١).

● **الإصلاحات الضرورية للمسقاة أو المصرف :** إذا انتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون سواء لأنهم اشتركوا جميعاً في الإنشاء أو لأن واحد منهم هو المنشئ وثبت للباقي حق الشرب أو المسيل، سواء من المسقى أو المصرف الذى أنشأه فى أرضه، أو من المجرى أو المسيل

(١) الملكية الخاصة- للدكتور أحمد سلامة- المرجع السابق- ص ٣٦١ وما بعدها.

الذى أنشئ بأرض الجار، فإنهم يشتركون جميعاً فى الإصلاحات الضرورية ويجبرون على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم، ويقدم الطلب أو تقرير مهندس الرى إلى مفتش الرى فيكلف المنتفعين بتطهير المسقاة أو المصرف أو بصيانتها أو بترميم جسورها فى موعد معين وإلا قام التفتيش بذلك على نفقتهم وتحصل النفقات بالطريق الإدارى من كل بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف (أنور طلبه ص ٢٥٩)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "وإذا انتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون سواء أنه اشتركوا جميعاً فى الإنشاء، أو أن واحد منهم هو المنشئ وثبت للباقي حق الإنتفاع وفقاً لما تقدم من الأحكام، فإنهم يشتركون جميعاً فى الإصلاحات الضرورية، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥) وسواء كان المنتفعون كلهم ملاكاً للمسقاة أو كان بعض منهم مالكا وبعض له حق الشرب فالجميع ملزمون، كما رأينا بتطهير المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم، وتنص المادة ١٩ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد على أنه يجب على حائزى الأراضى المنتفعة بالمساقى والمصارف الخاصة تطهيرها وإزالة نبات الهايستنت وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه وصيانتها وحظ جسورها فى حالة جيدة ويجب فهم هذا النص على معنى واسع، فيدخل فيما يكلف به المنتفعون على نفقتهم جميع الإصلاحات الضرورية للمسقاة أو كان له عليها حق شرب فقط أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الإلتزام، وهذا الحكم هو ما تؤكدته المادة ٨١١ مدنى فيما رأينا إذ تقول "إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية جاز إلزامهم بالإشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم وقد تكفلت المادة ٢٠ من قانون الرى

والصرف المعدله بالقانون رقم ٢١٣ لسنة ١٩٩٤ بيان الإجراءات التى تتبع لإلزام المنتفعين بالقيام بواجبهم من التطهير والصيانة وحفظ الجسور وجميع الإصلاحات الضرورية وهى تنص على أنه " يجوز مدير عام الرى بناء على تقرير من مفتش رى الإقليم المختص أو شكوى من ذوى الشأن عن مخالفة المادة السابقة - أن يخطر رجال الإدارة لتكليف الحائزين بتطهير المسقاة أو المصرف أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو ترميم جسورها أو إعادة إنشاء الجسور فى موعد معين وإلا قامت الإدارة العامة للرى بإجراء ذلك ويتم تحصيل التكاليف الفعلية وإلا قامت الإدارة العامة للرى بإجراء ذلك ويتم تحصيل التكاليف الفعلية بالطرق الإدارية من الحائزين كل بنسبة مساحة ما يحوزه من الأراضى التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف ويحسب ضمن هذه التكاليف قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير " ويتبين من ذلك أن إصلاح المساقى والمصارف الخاصة أمر لا يغنى فحسب المنتفعين بها بل يعنى أيضا المصلحة العامة فى الإقتصاد الزراعى، إذ يقوم تفتيش الرى، إذا لم يتقدم أحد المنتفعين بتكليف هؤلاء بإجراء الأعمال اللازمة للإصلاح، فإذا امتنعوا قام التفتيش نفسه بهذه الأعمال ورجع بالنفقات على المنتفعين ويتم تحصيل التكاليف الفعلية بالطرق الإدارية (السنهورى ص ٦٨٦) وإن قام أحد المنتفعين بالإصلاحات الضرورية دون اللجوء للجهة الإدارية، جاز له الرجوع على باقى المنتفعين، كل بما يخصه من نفقات الإصلاح بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف، ويكون هذا الرجوع بموجب دعوى ترفع إلى قاضى المواد الجزئية لتعلق الدعوى بمنازعة رى أو صرف، وطالما كان الملزم بالنفقات منتفعا بالمسقاة أو المصرف، فلا يحوز منعة من هذا الإنتفاع لامتناعه عن دفع

حصته في النفقات، وإنما يجوز الرجوع عليه بها . وينحصر الرجوع على المصاريف التي أنفقت في إصلاحات ضرورية، وهي الإصلاحات اللازمة لبقاء المسقاة أو المصرف بالحالة التي كانت عليه عند إنشائها، كصيانة الجسور وإزالة ما يعرق الري أو الصرف بالمحافظة على حالة المجرى الذي تسير به مياه الري أو الصرف، فإذا زادت مساحة أرض أحد المنتفعين عما كانت عليه، وتطلب ذلك زيادة إتساع المسقاة أو المصرف، فلا يدخل ذلك في الإصلاحات الضرورية، فإن كان صاحب هذه المساحة الزائدة هو مالك الأرض التي تمر بها المسقاة أو المصرف، قام بالتوسعة على نفقته الخاصة أما أن كان هو أحد المنتفعين، سواء كان صاحب حق شرب أو مسيل، أو كان هو منشئ المجرى أو المسيل بأرض جاره، التزم للتوسعة المسقاة أو المصرف بالقواعد المتعلقة بإنشاء المجرى أو المصرف وفقا للمادة ٨٠٩ من القانون المدني، وذلك بدفع تعويض لمالك الأرض مقابل ما تحتاجه تلك التوسعة (أنور طلبه ص ٢٦١)

من أحكام القضاء:

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 استثني 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 تتعهد به بالصيانة والتطهير، وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣، فان اللجنة الادارية سالفه الذكر لا تكون متخصصة بنظره.

(نقض. جلسة ١٩٦٣/١/٣١. مجموعة المكتب الفني. السنة ١٤- ص ٢٠٣)

* * *

حق المرور لصاحب الأرض المحبوسة

النص التشريعي (مادة ٨١٢) :

(١) مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، او التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، اذا كان لا يتيسر له الوصول الي ذلك الطريق الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علي الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل. ولا يستعمل هذا الحق الا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك.

(٢) علي انه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء علي تصرف قانوني، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في اجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا في هذه الأجزاء.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٨٢١ ليبني 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 علي 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 اوسع من التقنين الحالي في تقرير حق المرور من ناحيتين: الناحية الأولى انه لا يكتفي باعطاء حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام حبساً تاماً، بل يعطيه أيضاً للأرض المتصلة بالطريق العام ولكنها لا تتصل به الا بممر غير كاف لا يتيسر الوصول

منه الي الطريق العام الا بنفقة باهظة ومشقة كبيرة. والناحية الثانية انه متي ثبت لأرض حق المرور، فان المشروع يقضي بأن يعطي لها هذا الحق بالقدر اللازم لاستغلالها واستعمالها علي الوجه المناسب، سواء كان الاستغلال زراعياً او صناعياً، او كان المرور لمجرد الاستعمال كما تقدم. وينتهي حق المرور اذا 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 ان 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 اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء علي 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 مالكة 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 بصدها 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 اخري.

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 ترميميه 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 السابقتين، ولكنه لا يزال تطبيقاً للقاعدة الجوهرية التي تجيز التدخل في انتفاع المالك بملكه، اذا حقق هذا التدخل مصلحة أكبر بكثير من الضرر الذي احدثه. فهو وان كان لا يمكن ان يوصف بأنه حق ارتفاق، يعتبر علي كل حال قيداً من القيد التي ترد علي حق الملكية^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٦- ص ٥٠ و ٥١ و ٥٢.

رأي الفقه:

يتبين من نص المادة ٨١٢ مدني ان هناك امراً أساسياً لا بد من قيامه للحصول علي حق المرور الذي يقرر القانون قيداً 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. وضرورة ايجاد ممر للأرض المحبوسة يقتضي البحث أين يكون موضع هذا الممر. فقد وضع القانون لذلك ضوابط معينة. ومتي 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 ليطالب بهذا الحق. واذ انفك الحبس بوجود منفذ الي الطريق العام (كاستحداث طريق عام بجوار الأرض المحبوسة، او باكتساب مالكة ملكية 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 انهاء 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، أو اختار الطريق الأطول دون مبرر، فإن 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، فإن 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 اتفاقي، 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 الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة، فانه يكسب حق ارتفاق بالمرور في الأرض التي بقي 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 تولى القاضي تحديده، بعد الاستعانة بخبير يقيم الضرر الذي أصاب الجار بتثقل 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 تتقدم بخمس عشرة سنة، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوي. فإذا حصل صاحب الأرض المحبوسة علي حق المرور في أرض الجار، سواء بالاتفاق أو بموجب حكم قضائي، أو مارس حق المرور فعلاً دون اتفاق أو حكم، فإن التعويض يصبح مستحقاً. فإذا سكت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه فإن دعواه تسقط بالتقدم. وإذا حكم للجار بالتعويض، أو تراضي عليه مع الطرف الآخر، وكان التعويض مبلغاً اجمالياً، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ استحقاق المبلغ أو منذ استحقاق أي قسط منه، فإنه يسقط هنا أيضاً بالتقدم. بل إذا كان التعويض المحكوم به أو المتفق عليه إيراداً يتجدد كل سنة، فإن هذا الإيراد يسقط بخمس سنوات شأنه في ذلك شأن، كل دين دوري متجدد^(١).

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 أو 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

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٧٥٢ وما بعدها.

بإثبات 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 المخدوم 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، وحبثهم 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، فإن حقه في المطالبة به يسقط بمضي ١٥ سنة من وقت بدء الاستعمال.

وإذا كان استعمال الممر مشتركاً بين عدة اشخاص، فإنهم 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).

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 السكني، فلهم بمقتضي حقوقهم العينية سلطة مباشرة علي الأرض في استعمالها واستغلالها، تنيح 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

(١) حق الملكية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٩٧ وما بعدها، وكتابه: التقنين المدني- ص ٥٩٧ و ٥٩٨.

المالك المؤجر، بمقتضي ما للمستأجر من حق مطالبته بتمكينه من الانتفاع 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 ويستبقى 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 اكثر 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 قيداً 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).

(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.

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 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 مهياه 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.

واذا 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 المؤديه 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 endemnité 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.

واذا كان الممر قد تحدد بالاتفاق وكان المرور بمقابل تولى الطرفان تحديد قيمة المقابل. ويحكم هذا التحديد قاعدة أساسية هي أنه يقدر بحسب الضرر الذي يصيب الجار من جراء المرور في أرضه، لا بحسب الفائدة

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البديوي- المرجع السابق- ص ٣٧٧ وما بعدها.

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 ٣٧٥/١ 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 قضاءً، وكذلك يسقط بمضي هذه المدة التعويض الذي لم يتحدد في مقابل المرور اذا سكت الجار عن المطالبة به خلال خمس عشرة سنة من وقت بدء صاحب الأرض المحبوسة في المرور.

وأخيراً، اذا انفك 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 قدرأً من التعويض الذي أخذهُ 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 طالّت المدة التي استعمل فيها الحق، فالمرور يدور مع الانحباس وجوداً وعدمأً^(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.

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

(١) الملكية الخاصة في القانون المصري- للدكتور أحمد سلامة- المرجع السابق- ص ٢٤٣ وما بعدها.

هذا موضع المرور وكيفيته وأوقاته، والتعويض الذي يلتزم مالك الأرض المحبوسة دفعه الي ملاك الأراضي المجاورة نظير المرور بأراضيهم. فإذا 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 مكانا 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 فللجار ان يعترض. فاذا سكنت 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

(١) موجز الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٤٢ وما بعدها.

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 عنصراها المادي والمعنوي. اما اذا ثبت ان ترك صاحب الأرض يمر في الأرض المجاورة كان مبيناً علي التسامح فلا تقادم^(١).

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).

وقد زاد القانون المصري قيداً لم يرد في القانون العراقي، وهو قوله في المادة ١/٨١٢: " 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 عقاراً مجاوراً او ان يشتريه او ان يستأجره، او ان يكون له حق عيني عليه او 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 استعمالاً تاماً 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.

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عمران- طبعه ١٩٧٩- ص ٢٨٤ وما بعدها.

وإذا ما ثبت حق المرور أعطي هذا الحق بالقدر اللازم لاستغلال العقار علي الوجه الماسب.

وليس للمطالب بحق المرور المطالبة بالتعويض مقابل اسقاطه هذا الحق او قبل صدور الحكم باستحقاقه له. الا ان له ان يطالب به عند الامتناع من تنفيذ قرار المحكمة مع عرض الأجر المقدر.

والظاهر ان استحقاق التعويض في هذه الحالة لا يكون الا للمدة الواقعة بين قرار المحكمة والحصول علي الممر فعلاً في حالة الحصول عليه والا كان معاونة بين المالك والمستأجر اذ أن هذا الاستثناء علي حق الملكية انما قدر للحاجة، وهي تكون منتفية 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 او بلا مقابل..

وليس له كذلك استغلال الممر الذي حصل عليه لمنفعة عقار آخر غير العقار شرع له الارتفاق الا اذا كان هذا العقار محبوساً عن الطريق العام ايضاً، ولا سبيل الي الحصول علي ممر له من عقار آخر. وفي هذه الحالة يصح ان يحكم بممر آخر او باستعمال الممر الأول نفسه وبقاؤه علي حالة او 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، او 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 او يكون فيه ممر سابق او ما الي ذلك مما يكلف نفقة أقل او مشقة أخف او ان يكون عليه القانون وهو خفة الضرر. واذا تحققت خفة الضرر في عقار عنه في العقارات الأخرى وجب تحري حالة اخرى وهي اختيار الموضع الذي يستحدث الممر منه بأقل من الضرر الذي يتحملة المالك في المواضع 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 فاكسب 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 جزءين 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. وإذا كان العقار المحبوس شائعاً كان للشركاء مجتمعين أو منفردين حق المطالبة بمرور له على 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).

• حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام : لقد عني المشرع بحالة

تعرض كثيراً في العمل، هي حياة انحباس بعض الأراضي عن الإتصال بالطريق العام انحباساً كلياً أو جزئياً، فإن من شأن مثل هذا الإنحباس استراحة أو عرقلة الإستعمال أو الإستغلال المخصصة له الأرض أياً كان نوعه، وهو ما يضر أبلغ الضرر بصالح الجماعة، من أجل ذلك لم يكن من المقصور الإبقاء على ما لملا الأراضي المجاورة من سلطاته مطلقة على أراضيهم تمكين من منع اتصال الأراضي المحبوسة بالطريق العام عبرها، فحرص المشرع على التدخل للحد من سلطات الملكية في هذا الشأن، بتقريره لكل أرض محبوسة حقاً قانونياً في الإتصال بالطريق العام بتمكينها من المرور في الأرض المجاورة جبراً على مالكيها ولكن لقاء تعويض يدفع إليه، وقد جاء النص على ذلك في المادة ٨١٢ من التقنين المدني التي تقرر أن "مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك

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

الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على أوجه المألوف، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك فى نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك (حسن كيرة ص ١٠٢ - ١٠٣) فيتبين من النص المتقدم أن هناك أمرا أساسياً لابد من قيامه للحصول على حق المرور الذى يقرره القانون قيда على الملكية، وذلك هو أن تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام، والحبس عن الطريق العام يقتضى أن يعطى للأرض المحبوسة ممر إلى هذا الطريق لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف .

• **صاحب الحق القانونى فى المرور :** رغم أن النص (٨١٢ مدنى) يشعر بأن المطالبة بهذا الحق وقف على مالك الأرض المحبوسة وحده، فإن إجماع الفقه منعقد على أن لكل صاحب حق عينى على هذه الأرض، كالمنفعة أو المحتكر، حق المطالبة به كذلك . وواضح على هذا الأساس كان أصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجر مثلا وهم لا تربطهم بالشئ رابطة مباشرة - لا يملكون سلوك هذا الطريق بأنفسهم استقلالاً، وإنما عيهم أن يستعملوا بالمالك أو بصاحب الحق العينى بوجه عام للحصول على حق المرور (حسن كيرة ص ١٠٤)

ويشترط لثبوت حق المرور ما يلى :

١- ألا يكون للعقار محبوس عن الطريق العام، بأن يكون محاطا من جميع الجهات بأراضى الجيران، أو يكون له إتصال بالطريق العام ولكن هذا الإتصال غير كاف لاستغلال الأرض بألا يكون فى مكنة المالك

المروور غيره بماشيته وعرباته وآلاف زراعته أو كانت الأرض منفصلة عن الطريق العام بمنحدر يمنع المروور أو كان يمكن الوصول إلى الطريق العام بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، أو كان حق المروور متنازع فيه أو مقرر على سبيل التسامح، ففي هذه الحالات جميعها تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ويكون لمالكها المطالبة بحق المروور القانوني على أنه في حالة المروور المتنازع فيه يجب وقف دعوى المطالبة بالمروور القانوني حتى يفصل القضاء في هذا النزاع وعلى هدى الحكم الصادر يقضى في دعوى المطالبة بالمروور القانوني فإن كسب المالك النزاع وتقرر له حق المروور الذي كان متنازعا فيه فغنه يتعين رفض دعوى المطالبة بالمروور القانوني، ويفصل قاضي الموضوع فيما إذا كانت الأرض محبوسة أم أن منفذها للطريق العام غير كاف ويستعين في ذلك بأهل الخبرة، وليس للمالك بمنفذ مسلك متى كان له مسلك ولكنه غير مريح أو كان له حق مروور مقرر باتفاق خاص أو كان قد كسبه بسبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق.

٢- ألا يكون المالك هو المتسبب في حبس أرضه، كأن يكون لأرضه ممر كاف لاستغلالها فأقام بناء منع اتصالها بالطريق العام .

٣- أن يطلب الممر المالك أو من له حق عيني على الأرض كالمنتفع وصاحب حق الإستعمال ونحوهما، ومن ثم فلا يجوز لمن له حق شخص كالمستأجر المطالبة بذلك إنما يلجأ للمؤجر ليطالب بحق المروور وللمشتري بعقد عرفي المطالبة بالمروور بإعتباره من الحقوق المتعلقة بالمبيع، أنظر نقض ١٩٧٣/١/٢٥ بالمادة ١٠١٨.

٤- أن يدفع الطالب تعويضا عادلا لجار، وللطرفين الإتفاق على مقداره وإلا قدره القاضي وله أن يستعين بأهل الخبرة لبيان الضرر الذي

أصاب الجار بقرير حق المرور على أرضه ولا يعتد بالفائدة التي استفادت منه الأرض المحبوسة، ويجوز تقرير تعويض اضافي إذا عدل صاحب الأرض المحبوسة في استغلال أرضه مما تطلب ممرا أكبر من الذي كان قد تقرر، ويجوز للقاضي تقسيط التعويض، فإن لم يدفع التعويض أو القسط الحال فللجار منع صاحب الأرض المحبوسة من المرور عن طريق دعوى منع التعرض، وتتقدم دعوى المطالبة بالتعويض بإنقضاء خمس عشرة سنة من وقت الإستحقاق أى من وقت الاتفاق أو حكم القضاء أو المرور الفعلى، كما يتقدم التعويض ذاته بنفس المدة على أنه إذا كان أقساط سنوية فيتقدم بخمس سنوات كسائر الديون الدورية المتجددة . (راجع فى هذه الشروط المستشار أنور طلبه ص ٢٦٤ وما بعدها)

ونلاحظ من الشروط السابقة أن المشرع قد اشترط لثبوت حق المرور أن تكون الأرض محبوسة عن الطريق العام وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام، حتى لو كان لها منفذ يؤدي إلى مرفأ للسفن لا يصلح إلا لهذا الغرض، فالمرفأ وإن كان ملكا عاما إلا أنه لا يعتبر طريقا وليس من الضروري، حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام، ألا يكون لها أى منفذ يؤدي إلى هذا الطريق بل إنها تعتبر محبوسة، حتى لو كان لها ممر ولكنه غير كاف ويعتبر الممر غير كاف لأن يؤدي إلى الطريق العام، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى فيما رأينا، إذا كان لا يتيسر لمالك الأرض، الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، فإذا كانت الأرض قد شيد فوقها مصنع مثلا، وكان الممر إلى الطريق العام لا يتسع إلا لمرور الراجين فلا تستطيع العربات أن تمر فيه وكان المصنع فى حاجة إلى عربات نقل منتجاته، فإن الممر يعتبر غير كاف فى هذه الحياة بل يعتبر أيضا غير كاف حتى لو أمكن للعربات المرور فيه ولكن

بمشقة كبيرة وحتى لو أمكن توسيعه ولكن بنفقات باهظة، أما إذا كان الممر يكفى لمرور العربات فيه دون مشقة كبيرة أو نفقة باهظة فإن الأرض لا تعتبر محبوسة عن الطريق العام، حتى لو كان الممر غير مريح أو كان طويلا أو كان يحتاج فى تعبيده إلى نفقة غير باهظة . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان الأرض لا منفذ لها إلى الطريق العام أو لها منفذ غير كاف، ومن ثم تعتبر أرضا محبوسة، ويلجأ فى ذلك عادة إلى أهل الخبرة، وقد يأمر بإجراء معاينة الأرض على الطبيعة . ويستوى أن تكون الأرض المحبوسة على هذا النحو أرضا زراعية كما هو الغالب، أو أرضا مقاما عليها بناء كمصنع أو متجر أو مسكن أو أرضا فضاء . كما يستوى أن يكون من يطالب حق المرور هو المالك للأرض المحبوسة، أو كان له حق انتفاع عليها، أو كان ناظر وقف ولا يجوز للمستأجر أو للمزارع أن يطالب بحق المرور لأن حقه شخصى، وليس له حق انتفاع عليها، أو كان ناظر وقف ولا يجوز للمستأجر أو للمزارع أن يطالب بحق المرور أن حقه حق شخصى وليس له إلا أن يلجأ إلى المالك ليطلب بهذا الحق (السنهورى ص ٧١١ وما بعدها)

• **زوال الانحباس :** يرتهن وجود حق المرور القانونى بوجود حالة الانحباس عن الطريق العام، فطالما أن الانحباس قائم، كون لمالك الأرض المحبوسة أو لأى صاحب حق عينى عليها المطالبة بما يقرره القانون له من حق المرور فى أرض الجار، لأن استمرار حالة الانحباس معناه تجدد سند الحق فى المرور دون انقطاع، وامكان المطالبة به دون تعرض لخطر السقوط بمضى المدة، وذلك على خلاف الحال فى حقوق الارتفاق بوجه عام، وارتفاق المرور بوجه خاص، التى تسقط بعدم الإستعمال طوال خمس عشر سنة (حسن كيرة ص ١٠٩) ولكن متى أصبحت الأرض غير

محبوسة كما إذا شق طريق عام به فإن حق المرور الذي حصل عليها مالكةا ينقضى إذ أن حق المرور يس بحق ارتفاق حقيقى وإنما هو قيد على الملكية ولذلك فهو لا يسقط بمضى المدة على عدم استعماله كما أشرنا، ولا يكتسب كذلك بحيازته المدة القانونية اللازمة لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم، وغنما يرتهن وجوده يتوافر سببه وهو الإنحباس، فإن زال السبب - رغم سبق وجوده - لم يبق ثم مبرر لبقاء هذا القيد على الملكية .

• **تعيين الممر :** إذا كان حق المرور يثبت بمقتضى القانون لمجرد انحباس الأرض عن الطريق العام انحباسا كليا وجزئيا، فإن تطاق هذا الحق من حيث محله أو وعاءه ومن حيث طريقة مباشرته، يجب أن يعين ويحدد بما يمكن من ممارسته، وقد يتم تحديده باتفاق بين مالك الأرض المحبوسة ومالك الأرض المجاورة، ولكن عند عدم وجود مثل هذا الاتفاق، تتولى المحاكم تحديد تطاق ممارسة حق المرور وفق القواعد التى قررها القانون فى هذا الشأن والقانون لا يخص نوعا معينا من الأرض أو العقارات لممارسة المرور فيه ولذلك يصلح فى الأصل كل ما يجاور الأرض المحبوسة من أرض وعقارات منشئة بالطريق العام أو وعاء إلى المرور القانونى أيا كانت طبيعة الاستعمال أو الاستغلال امهدة أنه، تصلح محلا للمرور الأرضى المعدة للبناء، والأرض الزراعية والأراضى المدة الاستغلال الصناعى والأفنية والحدائق المحيطة بالمساكن، فإن كان يمضى مدة الأراضى أو العقارات صدورا فيكفى لممارسة المرور فيه فتح باب فى السور يبقى مفتوحة فى يد صاحب الحق فى المرور . ومن المتفق عليه كذلك أن المرور يمكن ممارسته فى الأرض المجاورة للأرض المحبوسة سواء كانت هذه الأراضى من الأملاك الخاصة أو كانت من الأملاك العامة للدولة مادام المرور فيها لا يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة

(حسن كيرة ص ١٠٩ وما بعدها) وينبغي على أى حال الا يتقرر المرور إلا فى حدود القدر اللازم للاستعمال أو الإستغلال المدة له الأرض المحبوسة ذلك أن حق المرور إنما يقصد به متع عرقلة استعمال الأرض أو استغلالها نتيجة انحباسها عن الطريق العام، فيجب أن يكون ثبوته فى حدود هذا الفرض وحده أى بالقدر اللازم لتحقيق هذا الإستعمال أو الإستغلال على الوجه اعادى المؤلف . كما ينبغي أن يكون المرور فى العقار فى الموضع الأخف ضرراً. وقد عبرت عن ذلك المادة ١/٨١٢ مدنى حيث نصت على أنه " لا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرر وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك".

كما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: " قرر المشروع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً من المرور فى العقارات المجاورة الأخرى، وفى موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الإعتبار كذلك وفى هذا تقييد عادل لحق المرور يقابل التوسع السابق (مجموعة اعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٠).

وتحديد محل المرور على هذا النحو، لا يستلزم منه أن يمارس المرور على سطح الأرض نفسه، فليس ما يمنع من أن يمارس المرور فى باطن الأرض عن طريق انشاء نفق أو مد أنابيب الماء أو الغاز، أو من أن يمارس فى الفضاء بمد أسلاك تمر عليها القاطرات اللازمة لاستغلال محجر قائم فى أحد الجبال، فالواقع أن النص المصرى مطلق فى هذا الشأن بحيث يجوز استخلاص مثل هذا المداول الواسع، إذ يتكلم عن المرور " فى الأراضى المجاورة" (م ١/٨١٢ مدنى) يخلاف نص التقنين المدنى الفرنسى الذى يتكلم عن المرور على الأراضى المجاورة، ما أوجد بمضى الشك فى حقيقة مداوله فى الفقه واقتضاء هناك (حسن كيرة ص ١١١) وهناك حالة

خاصة نص فيها القانون على أن يكون الممر فى موضوع معين دون غيره، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدنى كما رأينا على ما يأتى " على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء " وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص، وهذا حكم معقول، فإن العقار الذى يكون متصلاً اتصالاً كافياً بالطريق العام، ثم يجزئه مالكا بتصرف برضاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءاً منه عن الطريق العام، فحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى، كما كان الأمر قبل تجزئة العقار، وفى هذه القاعدة توسع فى مبدأ تخصيص المالك الأصلى وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط فى الحالة التى نحن بصددنا أن يكون المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لتقرر حق المرور بتخصيص المالك الأصلى حتى لو كان الجزء المرتفق لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام، بل كان له ممر كاف من ناحية أخرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٠٥٠) والنص يفرض أن هناك أرضاً لها منفذ إلى الطريق العام، ثم تصرف صاحب الأرض فيها تصرفاً قانونياً أدى إلى جعل جزء منها محبوساً عن هذا الطريق، مثل ذلك أن يبيع جزءاً من الأرض لشخص آخر، فيؤدى البيع إلى أحد أمرين، إما أن المشتري يشتري الجزء غير المجاور لطريق العام فيكون هذا الجزء محبوساً، أو يشتري أجزاء المجاور لطريق العام فيصير الجزء الآخر الذى استبقاه البائع هو المحبوس وكالبيع المقابضة واهبة، فيكون هناك مقايض أو موهوب له بدلاً من المشتري . وقد تكون الأرض شائعة بين اثنين بين اثنين فيقتسمانها وبذلك تفرز حصة كل منهما، وقد تصبح إحدى الحصتين

بعد إفرازها لا منفذ لها إلى الطريق العام، هذه صور عملية للحبس الذى ينشأ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى . وفى كل الأحوال يتقرر حق المرور للجزء المحبوس على الجزء الآخر من العقار المجزأ ولو لم يكن المرور فيه هو أخف ضرراً ففى حالة بيع جزء من العقار إذا كان المشتري هو المحبوس كان له حق المرور فى الجزء الذى استبقاه البائع، وإذا كان البائع هو المحبوس كان له حق المرور فى الجزء الذى باعه للمشتري، وفى حالة القسمة يكون للمقاسم الذى انحبس بعد إفراز حصته حق المرور فى الحصة المفروزة التى وقعت فى نصيب المتقاسم الآخر (السنهورى ص ٧١٩) ويبرر هذا احكم أن العقار كان فى مبدأ الأمر غير محبوس عن الطريق العام وقد أصبح جزء منه محبوساً بفعل صاحب العقار، فيكون من العدل أن حق المرور بتقرر للجزء المحبوس على الجزء الآخر، ولو تقرر المرور فى عقار غير هذا الجزء الآخر، لاستطاع المالك أن يفرض بفعله حق مرور على أرض الجار أن الحبس نشأ عن تصرف صدر منه هو، وقد قدمنا أنه لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذى حبسها عن الطريق العام بفعله .

كما يمكن تبرير ذلك وفقاً لقاعدة تخصيص المالك الأصلية فى حقوق الارتفاق الاتفاقية (م ١١٠٧ مدنى) فإن لم يكن حق المرور فى الجزء الآخر مستطاعاً بأن تكون الأرض مستطاعاً بأن تكون الأرض جميعها قبل التجزئة محبوسة عن الطريق العام، فإنه يحق للمالك كل جزء أن يطالب بتقرير حق مرور له وفقاً للقواعد العامة السابقة على أرض مجاورة قد لا تكون هى الجزء الآخر من العقار . وقد يكفى تخصيص ممر واحد لعدة أراض محبوسة . ولصاحب الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت الحبس فهذا الحق لا يسقط بعدم

الإستعمال، أما إذا استعمل صاحب الأرض المحبوسة حق المرور فعلا فى موضع دون أن يتعرض له مالك الأرض فإن حق الأخير فى الإعتراض بسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت المرور ويثبت حق المرور فى ذات الموضع حتى لو كان بسبب ضررا كبيرا لمالك الأرض أو كان يمر بمسافة أطول دون مبرر، وهذا تقادم مسقط وليس تقادم مكسب ويذهب البعض إلى إعتباره تقادما مكسبا وإذ مر الجار بأرض بقصد استعمال حق مرور هو حق المرور القانونى وظل بحالة ظاهرة خمس عشرة سنة فإنه يكسب حق إرتفاق بالمرور على تلك الأرض . (أنور طلبه ص ٢٦٦)

• **مقابل المرور:** إذا كان القانون يعطى الأرض المحبوسة حق المرور فى الأرض المجاورة للاتصال بالطريق العام، فإنما يعطيه لها مقابل دفع تعويض عادل (م ١/٨١٢ مدنى) أى يعوض أرض التى يمارس فيها هذا الحق عن الأضرار التى تلحقها بسبب تقريره فيها، ولا يدخل ضمن عناصر التعويض مدى النفع الذى عاد على الأرض المحبوسة من وراء تمكينها من الاتصال بالطريق العام بالمرور فى الأرض المجاورة، أو ثمن الأرض التى يمارس فيها المرور إذ هى تبقى رغم ذلك على ملك صاحب، وليس بشرط - كما أن يقضى التقنين المدنى القديم - أن يدفع التعويض مقدما، فقد جاء نص التقنين المدنى الحالى مطلقا من هذا الشرط، فيجوز دفعه مقدما أو على أقساط دورية حسب الأحوال (حسن كيرة ص ١١٢) ولكن يجوز للجار، فى جميع الأحوال أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق فى ذمته واجب الأداء، وذلك تطبيقا لقواعد الحق فى الحبس، ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحبوسة فعلا فى أرض الجار قبل أن يدفع التعويض فإنه يكون مستعملا لحق،

ولا يكون مسئول مسئولية جنائية لدخوله فى أرض الغير دون حق وإنما يطالبه الجار بالتعويض المستحق وقد يطالبه بتعويض إضافى إن مر فى موضوع غير الذى حدد له وقد يحتمى الجار بدعوى منع التعرض .

• سقوط دعوى المطالبة بالتعويض بالتقادم : ودعوى المطالبة

بالتعويض تتقادم بخمس عشرة سنة شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى فإذا حصل صاحب الأرض المحبوسة على حق المرور فى أرض الجار، سواء بالاتفاق أو بموجب حكم قضائى، أو مارس حق المرور فعلا دون اتفاق أو حكم، فإن التعويض يصبح مستحقا، فإذا سكت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه، فإن دعواه تسقط بالتقادم، وإذا حكم للجار بالتعويض أو تراضى عليه مع الطرف الآخر، وكان التعويض مبلغا إجماليا، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ إستحقاق المبلغ أو منذ إستحقاق أى قسط منه، فإنه يسقط هنا أيضا بالتقادم، بل إذا كان التعويض المحكوم به أو المتفق عليه إيراد يتجدد كل سنة، فإن هذا الإيراد يسقط بخمس سنوات شأنه فى ذلك شأن كل دين دورى متجدد (السنهورى ص ٧٢٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٠ محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ - اسماعيل غانم فقرة ٥٨ - منصور مصطفى منصور ص ٨١).

من أحكام القضاء:

١- إن النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ من القانون المدني على أن: "إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء" يدل على أنه إذا تصرف مالك الأرض التى لها منفذ إلى الطريق العام فى 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 ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ١١ / ٢٠٠١)

٢- وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن النص في المادة ٨١٢ / ١ من القانون المدني على أن 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 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 يتيسر لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وإن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان الدفاع جوهريا مؤثرا 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 ١٠ / ٠٤ / ٢٠١٠)

وضع الحدود الفاصلة

النص التشريعي (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 ٢٦/٢٩) جعل الدعاوي المتعلقة بوضع الحدود من اختصاص القاضي الجزئي فافترض وجودها. وتنسيقاً 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 مبينتين متلاصقتان، وهما مملوكتان ملكية خاصة لمالكين مختلفين، ويريد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٦- ص ٥٤.

أحد المالكين أو 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، فنتقيد بذلك حريته في ملكه بعد ان كان حراً في تحديد هذا الملك او في عدم تحديده، وذلك ما لم يتراض المالكان ويتفقا وديا 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 تبقي دعوي تعيين الحدود من اختصاص القاضي الجزئي. بل ويكون حكمه فيها نهائياً اذا لم تجاوز قيمة الأراضي - وهو نادر - خمسين جنيهاً، فاذا جاوزت 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).

وإذا كانت الأرض ملاصقة للأملاك العامة أو الدومين العام، فإن جهة الإدارة 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 أن يكون طرفاً في دعوي تعيين الحدود، فيجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوي علي الآخر، وكما يجوز للمالك أن يكون طرفاً في الدعوي، كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع وللمحتكر ولناظر الوقف أن يرفعوا دعوي تعيين الحدود. ولكن لا يجوز للمستأجر ولا للمزارع أن يرفع هذه الدعوي ولا أن يدخل طرفاً فيها فإن حقه شخصي فليست له صفة في دعوي عينية كدعوي تعيين الحدود. ولما كانت هذه لدعوي من أعمال الإدارة، فتكفي أهلية الإدارة في التقاضي. ويجوز للولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل وكالة عامة أو ناقص الأهلية إذا كان يملك أعمال الإدارة أن يرفعها أو ترفع عليه، وذلك ما لم تختلط بنزاع في الملكية فعند ذلك تجب أهلية التصرف. وللتحديد عمليتان رئيستتان، تتلوها عمليتان تنفيذيتان.

فالعمليتان الرئيسيتان، هما:

١- فحص سندات التملك للاستيثاق من مساحة الأراضي المتلاصقة المذكورة في هذه السندات. وليس من الضروري أن 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.

(١) يراجع نص المادة ٢/٤٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

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 عليه من الطرفين او 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).

(١) الوسيط - ٨- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص- ٧٤ وما بعدها.

٢- بما أن وضع الحدود قيد وارد علي الملكية العقارية، فإن 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 الملكين 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، فينطوي 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 الملكين 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 مقبولاً، 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 بوجوب سريان هذا الحكم علي الدائن المرتهن الحائز للعقار، لأن حقه علي العقار ليس أصلياً، بل تابعاً 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 الإدارة، 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 بالإدارة ومن في حكمه، كالمحجور عليه للسفه أو الغفله اذا أذنته المحكمة الحسبية بالإدارة. 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 بالإدارة كامل الأهلية في مباشرة أعمال الإدارة وفي التقاضي فيها. كما أن دعوي وضع الحدود لا تكون مقبولة الا بالنسبة الي الأملاك الخاصة، فلا يجوز رفعها لوضع الحدود بين مالك خاص وملك عام. فمن المقرر أن تحديد الأموال العامة من اختصاص السلطات الادارية. فاذا ادعي أحد الملاك المجاورين لترعة عامة أو لطريق عمومي أن، الإدارة 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 الملكين 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 يسلّمون بهذا الحق

لصاحب الحق العيني كالمنتفع والمحتكر، 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.

• **وضع الحدود للأمالك المتلاصقة** : قد يتفق المالكان المتلاصقان على وضع الحدود الفاصلة بين ملكيهما ولهما الاستعانة بخبير لمسح الأرض من واقع مستندات الملكية ووضع علامات على الحد الفاصل ويحرر محضرا بهذا التحديد يوقع عليه المالكان ويكون بمثابة عقد فيحاج به المتعاقدان ولا يجوز الطعن فيه إلا لنقص في الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء وخاصة الغلط، فإذا تعذر الاتفاق، كان لأى من المالكين رفع دعوى بتعيين الحدود أمام المحكمة الجزئية.

• **دعوى وضع الحدود بين الأمالك المتلاصقة** : ويطلق عليها قانون المرافعات دعوى تعيين الحدود وهى الدعوى التى يطلب فيها وضع عامات مادية ظاهرة تبين مقال كل من المالكين المتلاصقين كوضع فواصل من الطوب أو الحديد يبين بعضها والبعض مسافات فلا يبقى مد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل ليبين حد الملكية على وجه الدقة (عبد المنعم البدر اوى فى الحقوق العينية الأصلية ص ١١٧) وبذلك يعتبر دعوى وضع الحدود قيذاً على حق الملكية لأن الأصل أن المالك حراً فى ملكه له أن يحدده أو لا يحدده طبقاً لإرادته ولكنه فى دعوى وضع الحدود يجبر على المساهمة فى وضع الحدود فيتقيد بذلك حريته فى ملكه (المستشار أنور العمروسى ص ١٤٦).

• **الفرق بين دعوى وضع الحدود وكل من دعوى الإستحقاق ودعوى الحيازة**: تختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الإستحقاق وعن دعوى الحيازة، وتختلف عن دعوى الإستحقاق فى أن ملكية الأراضى المتلاصقة ليست محل نزاع بين أطراف الدعوى، وكل ما يطلب فيها هو تعيين الحدود الفاصلة ما بين هذه الأراضى لا تثبيت ملكية ارض أو جزء من

الأرض لأحد المتخاصمين كما هو الأمر في دعوى الإستحقاق، فإذا ما تخلل دعوى تعيين الحدود نزاع جدى على ملكية الأراضى المتلاصقة أو على ملكية بعض أجزائها فإن الدعوى تتحول إلى دعوى استحقاق وتصبح من اختصاص محكمة أخرى والحياسة لا تلعب دوراً كبيراً فى دعوى تعيين الحدود فى حين أنها تلعب دوراً بالغ الأهمية فى دعوى الإستحقاق على ما رأينا فالحائز فى دعوى الإستحقاق هو المدعى عليه، وغير الحائز هو الذى يتحمل عبء الإثبات أما فى دعوى تعيين الحدود، فكل من الطرفين مدع ومدعى عليه، ومن ثم يكلف كل منهما بإثبات ملكيته، ويكون ذلك لا عن طريق مستندات التملك والحياسة فحسب بل أيضاً عن طريق العلامات الظاهرة فى الأرض وموقع الأرض وشكلها وتعرجاتها، مما لا يعتد به فى دعوى الإستحقاق إذا تعارض مع الحياسة ودعوى تعيين الحدود من اختصاص القضاء الجزئى كما سنرى أما دعوى الإستحقاق فهى من اختصاص القضاء الكلى أو القضاء الجزئى بحسب قيمتها (السنهورى ص ٨٩٩) إذا كان مطلب الدعوى بتعيين الحد الفاصل بين عقارين متجاورين ورد اجزاء المغتصب من أحدهما مرده إلى نزاع بين صاحبي هذين العقارين على المكية ذاتها ومداها فإنه ينبغى على محكمة الموضوع أن تعرض فى قضائها لبحث ملكية كل منهما وسببها فى القانون ومحلها بالتحديد، وإذا كان الثابت فى الأوراق أن النزاع المطروح فى الدعوى ثار بين طرفى التداعى فى شأن نطاق ملكية كل منهما للعقارين المتجاورين، وكان الخبير الذى اعتنق الحكم المطعون فيه تقريره قد خلص إلى ثبوت ملكية المطعون ضدهم للأرض محل النزاع من مجرد وجود نقص فى الأرض التى يضعون اليد عليها بموجب عقود بيع عرفية لم يتم تسجيلها ووجود زيادة فى الأرض التى يضع الطاعن الأخير يده عليها عما هو

ثابت فى عقود البيع التى يستند إليها ودون أن يستظهر أن هذه المساحة بعينها بحسب أبعادها وحدودها تدخل فى نطاق ملكية المطعون ضدهم التى اكتسبوها بأحد من أسباب اكتساب الملكية المقررة فى القانون، وإذ اعتنق الحكم المطعون فيه هذا التقرير الذى يشوبه النقص والغموض وأحال إليه وأنهى إلى تأييد الحكم الابتدائى القاضى برد المساحة محل النزاع المطعون ضدهم دون أن يبين سبب اكتسابهم ملكيتها ولم يعن بالرد على ما أثاره الطاعنون من اكتسابهم هم دون هؤلاء لملكية تلك المساحة فإنه يكون قد جاء مشوباً بعيب القصور المبطل (جلسة ١٩٩٠/٣/٨ الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٥٤ق) وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الحيازة فى أن المطلوب فى دعوى الحيازة هو تثبيت الحيازة مؤقتاً للحائز الذى توافرت فيه الشروط إلى أن ترفع دعوى الإستحقاق فهى دعوى تمهيدية لهذه الدعوى الأخيرة وترفع دعوى الحيازة فى مواعيد معينة لا بد من مراعاتها وإلا كان قبولها غير جائز، أما دعوى تعيين الحدود فلا شأن لها بالحيازة بل إن الحدود التى تعيين قد تكون متعارضة مع الحيازة، وليست دعوى تعيين الحدود بدعوى تمهيدية لدعوى الإستحقاق بل على النقيض من ذلك دعوى الاستحقاق هى التمهيد لدعوى تعيين الحدود، فإذا ما أستقرت الملكية لكل من المالكين المتلاصقين عينت الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما لما أستقر عليه أمر الملكية وليس هناك ميعاد لرفع دعوى تعيين الحدود فهى ترفع فى أى وقت ولا تسقط بالتقادم (السنهورى مرجع سابق)

• **محل دعوى تعيين الحدود وطرفاها :** أن محل دعوى تعيين الحدود هو إقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبنيتين متلاصقتين مملوكتين ملكية فردية لمالكين مختلفين، ويغلب أن تكون الأرضان المتلاصقتان من الأراضى الزراعية أو الأراضى الفضاء ولكن لا يوجد ما يمنع من أن

توضع حدود فاصلة ما بين أرضين مبنيتين على أن تكونا منتهيتين بفنائين هما المتلاصقان أو بأرض عراء.

وقيام سور أو خندق أو أى حاجز آخر ما بين الأرض لا يمنع من بقائهما متلاصقين فيجوز طلب وضع الحدود بينهما، ما لم يكن هذا الحاجز قد أقيم بناء على تعيين سابق لحدود لايزال حافظاً أثره فعند ذلك لا تجوز إعادة التعيين، كذلك لا يمنع التلاصق فيجوز طلب وضع الحدود، أن يتوسط الأرض طريق خاص مملوك لأحد المالكين أو مملوك ل كليهما ملكية مفرزة أو أن يتوسط مروي ماء صغير من اليسير أن يتغير مجراه، أما إذا توسط الأرض مجرى ماء كبير ثابت، فإن هذا المجرى يكون حداً فاصلاً طبيعياً ولا حاجة بعد ذلك إلى تحديد آخر، كذلك لا تكون هناك حاجة إلى تحديد آخر إذ فصل الأرضين طريق عام، فإن هذا الطريق يكون هو أحد الفاصل، وإذا كانت الأرض ملاصقة للأمالك العامة أو الدومين العام، فإن جهة الإدارة هي التي تعين حدود الملك العام بقرار يصدر منها لا عن طريق دعوى بتعيين الحدود وصاحب الأرض الملاصقة أن يطعن فى قرار الإدارة بالإلغاء أمام القضاء الإدارى وله أن يطلب التعويض أمام المحاكم العادية "(محمد على عرفة ص ٣٠٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١٤ ص ٤٥١ - السنهورى ص ٧٠٣ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢) أما عن طرفى دعوى تعيين الحدود فنرى أن المادة ٨١٣ مدنى فقد نصت على أن " كل مالك أن يجبر جاره إلخ " أى انه يجوز لأى من المالكين المتلاصقين أن يكون طرفاً فى دعوى تعيين الحدود، فيجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوى على الآخر، وكما يجوز لمالك أن يكون طرفاً فى الدعوى كذلك يجوز لصاحب حق الإنتفاع وللمحتكر ولناظر الوقف أن يرفعوا دعوى تعيين الحدود ولكن لا يجوز للمستأجر ولا

للمزارع أن يرفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفا فيها، فإن حقه شخصي فليست له صفة في دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود، ولما كانت هذه الدعوى من أعمال الإدارة فتكفي أهلية الإدارة في التقاضى ويجوز للولى أو الوصى أو القيم أو القيم أو الوكيل وكالة عامة أو ناقص الأهلية إذا كان يملك أعمال الإدارة أن يرفعها أو ترفع عليه، وذلك ما لم تختلط بنزاع في الملكية فعند ذلك تجب أهلية التصرف (السنهورى مرجع سابق)

• **الأهلية اللازمة لرفع دعوى تعيين الحدود :** لما كانت عملية تعيين الحدود من قبيل الإجراءات التحفظية التى لا يلزم لإتخاذها أهلية التصرف فتكون الأهلية اللازمة لرفع دعوى تعيين الحدود هى أهلية الإدارة ومن ثم يجوز للوصى أو القيم ومن فى حكمها أن يرفع دعوى وضع الحدود دون حاجة للحصول على إذن سابق من محكمة الأحوال الشخصية . كذلك يجوز للوكيل العام رفع هذه الدعوى وكذلك بالنسبة للقاصر المأذون له فى الإدارة ومن فى حكمه كالمحجور عليه للسفه أو الغفلة إذا أذنته محكمة الأحوال الشخصية بالإدارة (م ٦٧ من قانون الولاية على المال) (عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٢ وما بعدها - محمد على عرفه ص ٣٠٧) مفاد ما تقدم أن الأهلية اللازمة لرفع هذه الدعوى هى أهلية الإدارة ما لم تختلط فى الملكية فتلزم أهلية التصرف.

• **المحكمة المختصة بدعوى وضع الحدود :** تنص المادة ٢/٤٣ من قانون المرافعات على أن تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتداءيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها ألفى جنيه فى دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمبانى والأراضى والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع ومفاد ذلك أن دعوى تعيين الحدود

إذا لم تكن الملكية فيها محل نزاع تكون من اختصاص القضاء الجزئى، مهما تكن قيمة الأراضى المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينها، فقد تبلغ هذه القيمة مقداراً كبيراً، ومع ذلك تبقى دعوى تعيين ا حدود من اختصاص القاضى الجزئى، بل ويكون حكمها فيها نهائياً إذا لم تجاوز قيمة الأراضى - وهذا نادر - ألفى جنيه فإذا جاوزت هذا المقدار كان حكم القاضى الجزئى ابتدائياً يستأنف أمام المحكمة الكلية والسبب فى النزول بالاختصاص إلى أدنى مراتبه هو أن دعوى تعيين الحدود لا تتعرض لنزاع فى الملكية كما قدمنا، إذ المفروض أن الملكية ثابتة وكل ما ثبت فيه المحكمة هى مسألة مادية يمكن فى يسر بالالتجاء إلى خبرة مهندس المساحة التحقق منها، وهى التعرف على المعالم والحدود الفاصلة ما بين أرضين متلاصقتين ووضع علامات بارزة لهذه الحدود، وتحرير محضر بالتحديد وتكون المحكمة الجزئية المختصة هى المحكمة الكائن فى دائرتها الأراضى المتلاصقة . أما إذا ثار فى الدعوى نزاع جدى فى ملكية أحد الطرفين فىكون الإختصاص فى هذه الحاة بالفصل فى الملكية يكون لمحكمة المختصة قيما طبقاً للقواعد العامة ولا يقتصر هذه المحكمة على البت فى هذا النزاع بل تعيين أيضا الحدود الفاصلة ما بين الأراضى المتلاصقة وتحيل الدعوى بعد ذلك إلى قاضى الصلح لمجرد تطبيق الحدود التى عينتها المحكمة تطبيقاً مادياً على الطبيعة.

• الإجراءات التى تتم فى دعوى وضع الحدود : تقوم المحكمة ببحث

سندات التملك للطرفين للوقوف على الحدود المبينة فيها، وليس من الضرورى أن تكون هذه السندات مشتركة بين أطراف الدعوى ويقترن بفحص سندات التملك معاينة الأرض على الطبيعة للتعرف على شكلها وأوضاعها والحائز لها . بعد ذلك يتم مع الأراضى المتلاصقة لإستيثاق

من مساحتها الحقيقية وما إذا كانت تتطابق مع مستندات الطرفين أم لا وما عسى أن يوجد . فيها من زيادة أو نقص وقد يستلزم الأمر بناء على طلب أطراف الدعوى أو بناء على أمر القاضى من تلقاء نفسه، مسح أراضى أخرى مجاورة إذا وجد عجز فى مساحة الأراضى المتلاصقة فقد يتبين أن هذا العجز موجود فيها، وبخاصة إذا كانت هذه الأراضى المجاورة هى والأراضى المتلاصقة مجموعا واحدا ثم قسم بعد ذلك وليس لأصحاب الأراضى المجاورة أن يحتجوا بعدم تلاصق أراضيهم بالأراضى المطلوب تحديدها (السنهورى ص ٧٠٤ - عبد المنعم الصدة ص ١٣٠) ثم يتم رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضى المتلاصقة وذلك بوضع علامات مادية عند نهاية كل حد وقد توضع قوالب من الطوب، ولكن الغالب أن تدق قطعة من الحديد فى شكل وتد فى نهاية كل حد من الحدود الأربعة بحيث إذا مد خط مستقيم بين كل وتدين متقابلين أحاطت الخطوط المستقيمة الأربعة بجميع أطراف الأرض . وقد يتبين أن الحدود الفاصلة هى خطوط متعرجة غير مستقيمة، فيجوز فى هذه الحالة تصحيح هذه الخطوط وجعلها مستقيمة عن طريق تبادل أصحاب الأراضى المتلاصقة أجزاء من الأرض كل منهم مع الآخرين، وهذا يقتضى أن يكون أطراف الدعوى قد توافروا على أهلية التصرف فلا تكفى أهلية الإدارة وأن يكونوا راضين بهذا التبادل فا يستقل به القاضى، وأن يدفعوا رسوم الملكية طبقا للقواعد المقررة (السنهورى ص ٧٠٥ هامش ٢) ومتى تم تعيين الحدود، تحرر محضر هذا التحديد يوقعه الطرفان وتصدق عليه المحكمة حتى لو لم يوقعه الطرفان فيكون حجة بما ثبت به من حيث المساحة والحدود الفاصلة، فإذا طمست الحدود جاز لأى طرف أن يطلب إعادتها من واقع محضر التحديد ويجوز اللجوء فى ذلك لدعوى الحيازة، فإذا ظل الطمس خمس عشرة سنة فقد

المحضر حجيته وتعيين رفع دعوى جديدة بتعيين الحدود، ويجوز الطعن في الحكم الصادر بالتصديق على المحضر حجيته وتعين رفع دعوى جديدة بتعيين الحدود، ويجوز الطعن في الحكم الصادر بالتصديق على المحضر بطرق الطعن المقررة (أنور طلبه ص ٢٧٤).

• **نفقات التحديد :** رأينا أن المادة ٨١٣ مدنى تنص فى آخرها على ما يأتى " وتكون نفقات التحديد شركة بينهما " أى بين المالكين المتلاصقين وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد " وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران على حسب الرؤوس ولو اختلفت مساحات الأراضى ولكن نفقات مسح الأراضى ذاتها تكون على اصحابها كل بنسبة مساحة الأرض التى يملكها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ص ٥٤) مفاد ذلك أن نفقات التحديد تكون شركة بين الجيران على حسب الرؤوس ولو اختلفت مساحات الأراضى مثل نفقات فحص المستندات وتطبيها على الطبيعة ورسم الحدود ووضع معالم ثابتة ولكن نفقات مسح الأراضى ذاتها تكون على أصحابها كل بنسبة مساحة أرضه، أما نفقات الدعاوى إذا وقع نزاع على الملكية فتكون على من خسر الدعوى م ١٨٤ مرافعات، كما يلتزم بها المدعى عليه فى دعوى تعيين الحدود (أنور طلبه ص ٢٧٤).

* * *

الحائط المشترك

النص التشريعي (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 :

ورد هذا النص في المادة ١١٨٢ من المشروع على وجه مطابق لما أُنقِر عليه في التقنين المدني الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ فيجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥ - ص ٥٧).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه: " ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بناءين، قد يكون مشتركاً، وقد يكون غير مشترك، فإن كان مشتركاً، جاز لكل شريك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له، ومن غير أن يحول ذلك دون إستعمال الشريك الآخر له، فلكل شريك أن يضع فوق الحائط سهاما ليسند عليها سقف بنائه، دون أن يحمل الحائط

فوق طاقته، فإذا إحتاج الحائط إلى ترميم أو تجديد، فإن كان ذلك بخطأ من أحد الشريكين، كان هو الملزم وحده بالترميم أو التجديد، وإلا اشرك الجاران في النفقات، كل بنسبة حصته في الحائط (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٤ وما بعدها).

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 اقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه.

والثاني- ألا يحمل الحائط فوق طاقته في استعماله للغرض الذي أعد له، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط.

فاذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك، وجب عليه ان يراعي ان للشريك الآخر هو أيضاً حق اقامة عوارض، فلا يضع من العوارض الا بمقدار نصف ما يتحملة الحائط، حتي يدع لشريكه مجالاً 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، فإنه 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 على هذه الحصة الشائعة استقلالاً.

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 مناور 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).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٩٣ وما بعدها، وراجع: حق الملكية - ١ - الدكتور محمد علي المرجع السابق - ص ٣٢٦ وما بعدها.

٢- إذا كان الحائط مشتركاً بين المالكين كان لكل منهما الحق في استعماله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته (م ٨١٤ / ١ مدني). فالواجب يقضي علي كل من المالكين أن يستعمل الحائط بالقدر الذي يحتمله وفي الحدود التي لا تضر الغير أو الحائط المشترك المملوك لهما علي وجه الشيوخ.

فاذا احتاج الحائط الي ترميم أو تجديد، فإن كل ذلك بسبب خطأ من أحد الشريكين كأن يكون حملة فوق طاقته كان هو الملزم وحده بالترميم أو التجديد. أما اذا لم يكن ذلك راجعاً الي خطأ احد الشريكين اشتركا في النفقات كل بنسبة حصته في الحائط (م ٨١٤ / ٢ مدني).

والاشترك في النفقات لا يكون الا في النفقات التي تستلزمها مصلحة الشريكين. فاذا احتاج احدهما الي تقوية الحائط او الي هدمه واعادة بنائه لتعلية مبانيه المستندة اليه او للتعديل فيها، كانت نفقات التقوية والهدم والتجديد علي عاتقه وحده، ولا يكون له الحق في مطالبة شريكة بالمساهمة في شئ منها^(١).

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

(١) الحقوق العينية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٤ و ١٢٥.

بنائه، ولكن دون ان يحمل الحائط فوق طاقته، مما يعني انه لا بد ان يبقى 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 مناور، لان الغرض من هذا الحائط وهو استتار كل جار به يتعارض مع هذا الاستعمال، ولا يجوز كذلك للشريك في هذا الحائط ان يحفر فيه لتكوين خزانة (او انشاء دولا ب حائط) او لامرار مدخنة او انبوبة مياه او غاز اذا كان كل هذا متعارضاً مع الغرض الأصلي من هذا الحائط، وهو استتار الملك به، او كانت ابعاد الحائط 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 صيانتة 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 الحائط. اما اذا كان الاصلاح او التجديد غير مفيد للشريك الذي يطلبه فعليه ان يتحمل وحده بنفقاته، وكذلك ان كان ما لحق الحائط من تلف او تصدع راجعاً لخطأ أحد الشركاء يكون عليه وحده اصلاح هذا التلف علي حسابه^(١).

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤.

٤- القاعدة- طبقاً لمفهوم نص المادة ٨١٤ مدني- أن يكون لكل من المالكين ان يستعمل الحائط في الغرض الذي أعد له. ومن بين الأغراض التي يعد لها الحائط حمل الأسقف. ولهذا يجوز لكل من الجارين أن يضع فوقه العوارض التي يسند إليها سقفه، ويجوز ان تمتد هذه العوارض الي ما يجاوز نصف سمك الحائط لأن كل شريك يملك علي الشيوع فيرد حقه علي الحائط كله. ولما كان من أغراض الحائط ان يستتر به العقاران كل عن الآخر، فلا يجوز لأي المالكين ان يفتح في الحائط مناور.

واذا احتاج الحائط الي نفقات فان كانت لمصلحة أحد الجارين فقط فهي عليه وحده كما لو أراد تعلية الحائط واقتضي هذا تقوية الجزء المشترك ليتحمل التعلية. أما اذا كانت النفقات لمصلحة الجارين معاً، كما لو أصبح الحائط آيلاً للسقوط واحتاج الي ترميم او تجديد فهي علي الجارين كل بنسبة حصته في الحائط، الا اذا كان ما أصابه من تلف بخطأ أحدهما كأن حملة فوق طاقته فتصدع، فتكون نفقات الاصلاح وفقاً للقواعد العامة علي الشريك المخطئ وحده^(١).

٥- لكل من الشريكين ان يستعمل الحائط 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 الحائط الفاصل المشترك هو الاستناد به، فانه لا يجوز لأي من الشريكين أن يفتح فيه مناور او فتحات أخرى لأن ذلك يتنافي والغرض الذي خصص الحائط المشترك من أجله.

ويلاحظ أنه اذا فتح الجار منوراً في الحائط المشترك الفاصل بالرغم من عدم جواز ذلك، فللمالك الآخر ان يطالب بسده. أما اذا بقي المنور

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٤٥ و ٢٤٦.

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 ٢/٨١٤ 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).

• حق المالك في استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له :

الحائط المشترك هو الذى يكون مملوكا لجارين معا فلا يستقل به أحدهما وقد يقيمه الجاران مشاركة أو بقيمة أحدهما ثم يشاركه الآخر فى نفقاته وقد يكسب الجار حق الإشتراك فيه بالتقادم إذا باشر فيه أعمالا تستند إلى حق المشاركة كأن يكون أقام عليه عوارضا فلا يكفى مجرد التستر بالحائط مهما طال الأمد فهذا من قبيل الرخص التى لا تكتسب بالتقادم م ٩٤٩ ويجب أن تنتفى مظنة التسامح، ويجب على الجار أن يستعمل الحائط وفقا لغرض المعد له وهو التستر من جهة وإقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه، ولكن يجب ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله للغرض فيتضح مما تقدم أن: لكل شريك فى الحائط المشترك أن يستعمله، ويتقيد فى استعمال هذا الحق بقيد (القيود الأول) أن يكون الإستعمال بحسب الغرض الذى أعد له الحائط، والغرض الذى أعد له الحائط المشترك هو من جهة استتار كل شريك به حيث يستند إليه بناؤه، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عمران- المرجع السابق- ص ٢٨١

عليها كل شريك سقف بنائه، (والقيد الثانى) ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله لغرض الذى أعد له وألا حول دون استعمال الشريك الآخر للحائط على الوجه المتقدم الذكر (السنهورى ص ٩٣٣) وبناء عليه يجب على الجار وهو يضع العوارض على الحائط أن يراعى طاقته وأن يترك مكان لعوارض الجار الآخر ولكل أن يضع عوارضه بطول سمك الحائط كله وليس إلى نصفه، وإذا نشب خلاف فى ذلك رفع الأمر للقضاء وله الاستعانة بخبير ليحدد لكل جار الإستعمال الواجب، وتسرى على الحائط المشترك أحكام الملكية المشتركة فيكون مملوكا للشريكين معا ملكية تامة بكاملة، فلا تكون لكل منهما حصة شائعة فيه وإنما ملكية كاملو مشتركة بينهما تبقى ما بقى الغرض منها قائما، وبالتالي فهى تأبى القسمة العقارية، فإن تهدم البناء جاز قسمة الإنقاض كمنقول (أنور طلبه ص ٢٧٩) ولما كان الغرض الذى أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه لأن الحائط المشترك إنما أعد للاستتار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح فى الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار وقد ورد بهذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٦٧٥) ويمكن تطبيق الحكم دون نص فى القانون المصرى لأنه يتفق مع القاعدة التى تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذى أعد له، وقد يفتح الجار منورا فى الحائط الفاصل وهو ملك خالص له، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركا بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة فى الجزء المعلى (م ٨١٦ مدنى) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب فإنه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور وإذا فتح الجار منورا فى الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك وبقي النور مفتوحا المدة اللازمة

للتقادم، م يجوز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور، ولكن يلاحظ في هذا أن يكون ترك المنور مفتوحا ليس راجعا إلى تسامح الجار، وما قلناه في المنور نقوله في المطل غذ يجوز أن يفتح الشريك في الحائط المشترك مطلا ويبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المطل (السنهوري مرجع سابق).

• نفقات إصلاح وتجديد الحائط المشترك : لقد نصت الفقرة الثانية من

المادة ٨١٤ مدنى على أنه " فإذا لم يعد الحائط المشترك صاحبا للغرض الذى خصص له عادة فننقه إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه " مفاده أن نفقات إصلاح أو تجديد الحائط المشترك تقسم على الشركاء كل بنسبة حصته فيه، فإذا كان مسطحة مائة متر، وكان أحد الشريكين ينتفع بكل المسطح، بينما كان الشريك الآخر ينتفع بنصفه فقط، قسمت التكاليف بينهما بهذه النسبة، فإن كانت جملة التكاليف ألف وخمسمائة جنيه، تحمل الأول ألف جنيه والثانى خمسمائة جنيه (أنور طلبه ص ٢٧٩) ولكن إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذى أعد له، ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة، فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد كذلك إذا كان أخل الذى أصاب الحائط فاقتضى إصلاحه أو تجديده راجعا إلى خطأ شريك بالذات فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد . ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاما عينيا فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة فى الحائط وإذا تخلى الشريك عن ملكيته الشائعة، أصبح الشريك الآخر هو

وحده الذى له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته، فإن لم يرممه، ويسقط الحائط، كانت الإنقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسماها بينهما (السنهورى ص ٩٣٤)

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه .. فإذا احتاج الحائط إلى ترميم أو تجديد، فإن كان ذلك بسبب خطأ من أحد الشريكين كان هو الملزم وحده بالترميم أو التجديد، وإلا اشترك الجاران فى النفقات كل بنسبة حصته فى الحائط (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٥)

والالتزام بتحمل مصاريف الصيانة والإصلاح والتجديد التزام عينى، ومن ثم يجوز للشريك التخلص من هذا الإلتزام بالتخلّى عن ملكيته الشائعة فى الحائط . وإذا تخلّى الشريك عن ملكيته الشائعة، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذى له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميمه وصيانته، فإن لم يرممه، وسقط الحائط، كانت الأنقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسماها بينهما، على أن حق الشريك فى التخلّى عن الحائط على النحو الذى قدمناه يشترط فيه ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا إلى احائط، وإلا فإنه سيظل منتفعا بالحائط بل يجب أن يهدم البناء أولا ثم يتخلّى عن الحائط، ولا يكفى أن يتعهد بهدم البناء، لأنه قبل ان يتهدم البناء فعلا يظل شريكا فى الحائط ولا يستطيع التخلّى عنه (السنهورى ص ١٣١٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن: " إذا كان الثابت من الأوراق أن الحائط الذى أجريت به الفتحات مملوك لطاعن والمطعون ضده مناصفة على الشيوع بينهما وكان الطاعن قد تمسك لدى محكمة الإستئناف بموافقة المطعون ضده على الفتحات التى أجزاها وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك وهو منه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يتغير به

وجه الرأى فى ادعوى فإن الحكم المطعون فيه غذ رفض طلب الإحالة إلى التحقيق على سند من أنها تلحق ضرراً بالمطعون ضده دون ان يعنى بتمحيص ما تمسك به الطاعن من موافقة المطعون ضده على إجراءاتها يكون معيباً بالقصور" (نقض ١٩٩٤/٢/٣ طعن ٢٣٩١ س ٥٩ق) وبأنه " المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع سلطتها المطلقة فى استخلاص ما تقتنع به وما يطمئن إليه وجدانها متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق لما كان ذلك وكان احكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما خلصت إليه محكمة الموضوع - فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى ادعوى وتقدير الدلة فيها - أن إقامة حائط مشترك بين عقارين لا يفيد الملك شيوعاً فى الأرض المقام عليها وأن الأوراق خلو من ثمة دليل على أن للعقار المشفوع به حقوق ارتفاق على العقار المشفوع فيه وكان تقدير توافر الشيوع أو حق الارتفاق على أرض الجار اللذين يجيزان أخذ العقار بالشفعة هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى، وكان مت استخلصته المحكمة من انتفاء الشيوع وحق الارتفاق سائغاً وله سنده فى الأوراق خاصة وأن تقرير خبير الدعوى ورد خلوا مما يفيد اشتراك العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فى مدخل واحد فإن ما ينهه الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون جدلاً فى تقدير الدليل لا يجوز اتحدى به أمام محكمة النقض ويضحى سبب النعى على غير أساس " (نقض ١٩٩٠/٥/٦ طعن ٩٢٢ س ٨ق) وبأنه " إذ كان الثابت فى الأوراق أن الحكم الصادر فى الإستئناف ٧٢٦ لسنة ١٩٨١ مدنى مستأنف الجيزة بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٠ قد قضى فى أسبابه بأن الدعوى هى فى حقيقتها منازعة فى إستعمال الحائط المشترك بين الشريكين المتنازعين وحسم بذلك النزاع بين الطاعنة والمطعون ضدهما

فى شأن التكييف القانونى الصحيح للدعوى الذى تفيدہ الوقائع المعروضة
وكان ذلك لازما للفصل فى تلك الدعوى فإن الحكم السابق - وهو حكم
نهائى - يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن تكييف الدعوى بين طرفى
الخصومة ويمنع من التنازع فى تلك المسألة الأوية بالدعوى الثانية ولو
بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم
يبحثها الحكم الصادر فيها وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر
وأعطى الدعوى تكييفا مغايرا بأن اعتبرها دعوى قسمة الحائط المشترك
فإنه يكون قد صدر على خلاف الحكم السابق ويكون الطعن فيه بانقض
جائزا رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية وذلك عملا بالمادة
٢٤٩ من قانون المرافعات (نقض ١٠/٦/١٩٩٧ طعن ٢٦٦٣ س ٥٦ق)
وبأنه " متى كان الحكم الابتدائى قد قرر أن للطاعن حق إرتفاق يبيح له
الإرتكاز على حائط منزل المطعون عليه واستعمال خزان المياه إستناداً
إلى أن هذا الحق قد إستمد من المالك الأصلى لأرض الطاعن ومنزل
المطعون عليه (رب الأسرة) وكان هذا التقرير لم يكن من الحكم فى صدد
الفصل فى موضوع حق الإرتفاق ذاته، وإنما ليستمد منه الدليل على نفى
حصول التعرض الذى نسبه المطعون عليه إلى الطاعن فى العقار محل
النزاع، وكان يبين من احكم المطعون فيه أنه إذ ألغى الحكم الابتدائى
وقضى بمنع تعرض الطاعن للمطعون عليه قد نفى قيام حق الإرتفاق
الآنف ذكره وقرر أن الطاعن قد تعرض للمطعون عيه فى تاريخ لم تمض
عليه سنة قبل رفع الدعوى وكانت الدعوى بوصفها القانونى هى من
دعاوى الحيازة التى لا يصح فيها الإستناد إلى ثبوت حق الإرتفاق أو عدم
ثبوته، وكان الحكم المطعون فيه قد إعتمد فى قضائه على عدم ثبوت حق
الإرتفاق للطاعن مغفلا الرد على ما إستند إليه الحكم الابتدائى فى تقريره

بعدم حصول تعرض من الطاعن للمطعون عليه، ودون أن يحقق حيازة المطعون عليه وسندها ومدتها ومظهرها ودون أن يبين العناصر الواقعية التي استخلص منها حصول التعرض، وأن حيازة المطعون عليه قد توافرت شروطها القانونية، فمن ثم يكون الحكم المطعون فيه مشوباً بالبطلان لفقده الأساس القانوني الذي يتعين أن يقام عليه، مما يستوجب نقضه " (١٩٥٢/١٢/٤ طعن ٣٥٣ س ٢١ق).

* * *

الحائط المشترك

النص التشريعي (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 العلوي، 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 العلوي 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 :

ورد هذا النص في المادة ١١٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٦ فى المشروع النهائى، ثم وافق مجلس النواب تحت رقم ٨٨٤ فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧، ٥٩)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه : " أما إذا إقتضى الأمر تعلية الحائط لمصلحة الجارين، إشتراكاً معا فى نفقات التعلية، كل

بنسبة حصته، فإذا كانت التعلية تقتضيها مصلحة جدية لأحد الجارين دون الآخر، كان لهذا الجار أن يعلى الحائط على أن يلحق بشريكه ضرراً جسيماً، وعلى أن يتحمل نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلى، وإجراء ما يلزم لتمكين الحائط من أن ينحمل زيادة العبء الناشئة عن التعلية دون أن يفقد حائط شيئاً من متانته، فإذا إقتضت التعلية إعادة بناء الحائط، كانت نفقة ذلك على الجار الذي له مصلحة في التعلية، وما زاد من سمك الحائط يكون في ناحيته بقدر الإمكان وإلا دفع تعويضاً لشريكه عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الشريك ويكون الحائط مشتركاً في غير الجزء المعلى، ولا يدفع الشريك تعويضاً للشريك الذي قام بالتعلية عن الفرق في القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد، أما الجزء المعلى سواء على دون تجديد الحائط أو بعد التجديد فيبقى مكا خاصاً للشريك الذي قام بالتعلية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٥).

رأي الفقه :

١- يؤخذ من نص المادة ٨١٥ مدني أن هناك فرضين في تعلية الحائط المشترك.

١- أن يعلى الشريك الحائط دون أن يعيد بناءه- فقد يقتضي الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معاً، وعند ذلك تكون نفقات التعلية عليهما، ويبقى الحائط- ويدخل في ذلك الجزء المعلى مشتركاً علي ما كان.

أما اذا اقتضت التعلية مصلحة جدية لأحد الشريكين دون الآخر، كأن كان الشريك- الذي تقتضي مصلحته التعلية يريد أن يبني طابقاً جديداً فوق طبقات بنائه الموجودة فعلاً، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة الي إعادة

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 نفقتها، 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 يبقى مشتركاً بين الجارين ويتحملان معاً نفقات صيانتها.

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، فان هذا يعتبر ضرراً جسيماً يلحق، ويمنع من يريد التعلية من القيام بها. وعليه في هذه الحالة ان يترك الحائط المشترك علي حالة ويبني 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 بالتعليق، وعليه نفقة صيانتها، 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 التعليق 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 التعليق، 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 التعليق فيتعين علي من يرغب فيها من الشركاء ان يهدم الحائط القديم ويستبدل به حائطاً جديداً يراعي في بنائه صلاحيته لتحمل التعليق، وتكون نفقات الهدم والبناء كلها علي من يرغب في التعليق. ويظل الحائط المجدد مشتركاً في غير الجزء المعلي دون أن يكون لمحدث التعليق 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 التعليق 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

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٩٧ وما بعدها.

هذه الحالة علي التعلية، وأن يحول بالتالي دون هدم الحائط. فإذا أضيفت التعلية الي الحائط بحالته الراهنة، فإن محدثها 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.

فإذا 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.

(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.

فاذا ظهرت الحاجة الي التعلية واتفق الشركاء علي القيام بها، كانت تكاليفها مناصفة، 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، ومتحماً وحده بكل ما يلزم من أعمال في الحائط الأصلي. ولكنه يصبح مالكاً وحده للجزء المعلي^(١).

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 ببناؤه 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.

فاذا لم يكن من الممكن القيام بالتعلية دون هدم الحائط المشترك واعادة بنائه من جديد، فعلي من يرغب في التعلية من الشركاء ان يعيد بناء الحائط كله وعلي نفقته. واذا اقتضي الأمر زيادة في سمك الحائط المشترك. فعلي الراغب في التعلية- وهو الذي يتحمل ملكه. واذا اعتدي

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٤ و ١٠٥.

علي ملك الجار فعليه تعويضه عن ذلك. وإذا اقتضى ذلك تحمل الراغب في التعلية بنفقات فليس له المطالبة بالتعويض عنها^(١).

• **تعلية الحائط المشترك:** إذا كان لكل من الشريكين - كما رأينا -

حق إستعمال الحائط المشترك بشرط ألا يضر بالشريك الآخر أو بغير من تخصيص الحائط أو يعرضه للخطر، فمقتضى ذلك أن يكون له حق الإنفراد بتعلية الحائط إذا كانت له مصلحة جدية تبررها، كان يريد العلو ببنائه وإسناده على الجزء المعلى من الحائط، بشرط إلا تؤدي هذه التعلية إلى وهن الحائط أو الأضرار بالشريك الآخر، ولذلك فعليه أن يتخذ ما يلزم - وعلى نفقته وحده - لتقوية الحائط حتى لا يتأثر بالتعلية ويقوى على حملها، وطبيعي أن يتحمل الشريك المعلى وحده - والتعية لصالحه - بكل نفقات اقامة التعلية، ويصبح بالتالى مالكا له وحده ملكية خاصة مفرزة دون الشريك الآخر، فتقع عليه وحده من بعد النفقات صيانة الجزء المعلى (حسن كبيرة) وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٨١٥ بقولها " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط إلا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته "، ولكن إذا لم تكن التعلية ممكنة دون إعادة بناء الحائط فللجار الذى له مصلحة جدية فى التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بنائه معلى - ويشترط هنا أيضا ألا يلحق هدم الحائط وإعادى بنائه ضرراً جسيماً باجار الآخر، فإذا كان بناء الجار الآخر معتمداً على الحائط، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه، فإن هذا

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٨٢

يعتبر ضرراً جسيماً يلحق الجار، ويمنع من يريد التعلية من القيام بها، وعليه في هذه الحالة أن يترك الحائط المشترك على حالة ويبنى حائطاً آخر إلى جانبه عند الإقتضاء، ويكون هذا الحائط الآخر ملكاً خالصاً له .

أما إذا كانت إعادة بناء الحائط معلى لا تلحق ضرراً جسيماً بالجار، كان لمن يريد التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بناءه ويكون الهدم وإعادة البناء على نفقته، وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضا عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار (السنهوري) ولذلك تنص المادة ٢/٨١٥ على أنه " إذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع على مازاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظ الحائط المجدد في غير اجزاء المعلى مشتركا، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض " . وإذا كان الأصل أن اجزاء المعلى من الحائط بتملكه الشريك الذي أحدثه ملكية مفرزة خالصة له وحده، إلا أنه نظرا لإشتراك الجار في ملكية السفلى من هذا الحائط، فقد أعطى المشرع لهذا الجار حق اجبار مالك الجزء المعلى على قبوله شريكا معه في ملكيته مقابل تعويضه عن ذلك، إذ تنص المادة ٨١٦ على أن " للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى، إذا هو دفع نصف ما انفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك أن كانت هناك زيادة " وحق الإشتراك في ملكية الجزء المعلى جبرا على مالكة يصبت للجار طالما هو شريك في ملكية الجزء السفلى، فلا يسقط هذا الحق بالتقادم مهما طال مدة عدم استعماله (حسن كبيرة مرجع سابق).

مناطق حق الجار من الاستفادة من التعلية

النص التشريعي (مادة ٨١٦) :

للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلي اذا هو دفع 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 :

ورد هذا النص في المادة ١١٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما أسنقر عليه التقنين المدنى الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٧ فى المشروع النهائى، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٥، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٠ - ص ٦١)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه : " أما الجزء المعلى سواء على دون تجديد الحائط أو يعد التجديد، فيبقى مكا خاصا للشريك الذى قام بالتعلية، لكن إذا أراد الشريك الآخر أن يكون هذا الجزء أيضا مشتركا بينهما، جاز ذلك، وعليه أن يدفع نصف نفقات التعلية، وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك، إذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعلية، أما إذا لم يكن الحائط مشتركا، بل كانت

ملكيته خالصة لأحد الجارين، فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك ولو بدفع تعويض على أن له أن يستتر بالحائط، فلا يجوز لمالكه أن يهدمه دون عذر قوى إذا كان هدمه يضر بالجار المستتر، وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق امكية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٥).

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 العلوي. فيصبح الحائط مشتركاً في جميع أجزائه. وهذا الحق في الاشتراك في الحائط مقصور، في القانون المصري، على الجار الذي يكون شريكاً من قبل في الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك في الجزء العلوي، 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 العلوي 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 العلوي ان يدفع لجاره نصف ما أنفقه 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 أو حكم القضاء بالاشتراك في الجزء المعلي، يجب علي من طلب الاشتراك أن يسجل الاتفاق أو 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، فإن الحائط كله يصبح مشتركاً بين الجارين، فيتحملان معاً نفقات صيانتة وإصلاحه وتجديده^(١).

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 إلي الإفادة من التعلية إذا أراد أن يضيف في المستقبل إلي 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 قضت به المادة ٨١٦ مدني.

وهذه هي الحالة الوحيدة التي يبيح فيها المشرع إجبار 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 أن يدفع نصف نفقات التعلية، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها الزيادة في السمك أن وجدت، وظاهر أن هذه الزيادة لا توجد إلا في حالة هدم الحائط وإعادة بنائه لتحمل التعلية.

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٠٠ وما بعدها.

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 مقررأ لمحدث التعلية وحده قبل الاشتراك فيها.

ومما تنبغي 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 أسندها فعلاً الي هذا الجزء.

وهذه هي الطريقة العملية التي اتبعتها المحاكم الفرنسية لاجبار المشتري من الجار غير الشريك علي الاشتراك في الحائط كله حتي يتفادي هدم بنائه^(١).

٣- الجزء المعلي من الحائط سواء علي دون تجديد الحائط او بعد التجديد، يبقي ملكاً خالصاً للشريك الذي قام بالتعلية. لكن اذا اراد الشريك الآخر ان يكون هذا الجزء مشتركاً بينهما جاز ذلك وعليه ان يدفع نصف نفقات التعلية وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك اذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذي قام بالتعلية (م ٨١٦ مدني)^(٢).

٤- علي أن الشريك الذي لم يسهم في التعلية 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، وتنص علي هذا الحكم المادة ٨١٦ مدني، وهذا الحكم يعني ان الجار يستطيع ان يحصل علي ملكية نصيب في حائط فاصل مملوك للجار وحده، جبراً علي مالكة. ولكن يبرره أن الاشتراك قائم من قبل في جزء الحائط لذي يعتبر أصلاً 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، نظراً للغرض الذي يرمي الي تحقيقه (وفقاً لما تنص عليه المادة ٨٥٠ مدني)^(٣).

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٣١ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٦.

(٣) حق الملكية- للدكتور جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص ١٠٥.

٥- اذا تمت التعلية ظل الجزء غير المعلي ملكاً مشتركاً للجارين دون أن يكون من حق من أحدث التعلية ان يطالب الآخر بشئ من التعويض عن الفرق بين قيمة الحائط قبل تقويته او اعادة بنائه وقيمة بعد ذلك. أما الجزء المعلي فيكون ملكاً خالصاً لمن أحدث التعلية، ولكن المشرع قد خول الجار الآخر الحق في الاشتراك في هذا الجزء (م ٨١٦ مدني). فالاشتراك في الجزء المعلي يقتضي دفع نصف جميع نفقات التعلية بما فيها ما انفق علي السفل في سبيل تقويته او اعادة بنائه. ويبقي حق الجار في الاشتراك في الجزء المعلي تطبيقاً لهذا النص ما بقي سببه وهو الاشتراك في ملكية السفل، فلا يسقط بالتقادم^(١).

٦- للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية ان يصبح شريكاً 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 يتفادي وضعاً شاذاً غير مستساغ هو أن يكون الحائط المشترك مملوكاً في الجزء المشترك منه لأكثر من مالك. وفي الجزء المعلي لمالك واحد. ولذلك أجاز المشرع للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية ان يصبح شريكاً 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 فعلاً في التعلية. فيلتزم الشريك الذي يريد أن يصبح مالكاً في الجزء المعلي ولم يساهم في نفقات هذه التعلية بدفع نصف قيمة ما أنفق.

(١) 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 بالتعليق^(١).

• **جواز اشتراك الجار في الجزء المعلق :** رأينا أن المادة (٨١٦) من القانون المدني قد نصت على أنه " لجار الذي لم يساهم في نفقات التعليق أن يصبح شريكا في الجزء المعلق إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة . مفاد ذلك أنه إذا " كان هناك حائط مشترك وقام اجار بتعليقه فإنه يصبح المالك للقدر المعلق فلا يجوز لجاره أن يستعمل هذا القدر دون موافقته، ولكن إذا احتاج الجار لاستعمال الحائط المعلق فيجوز له ذلك متى أبدى رغبته في المشاركة فيه، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص فيجوز أن يكون بإذار على يد محضر، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك، ويجب على هذا الجار، حتى يصبح شريكاً في الجزء المعلق، أن يدفع لجاره نصف ما أنفقه في التعليق، سواء المصروفات التي أنفقها في تعليق الحائط ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة سمك الحائط إن كانت هناك زيادة فإذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على المحو السالف الذكر، وإلا لجأ إلى القضاء.

• **تسجيل الإشتراك في الجزء المعلق :** سواء تمت المشاركة بموجب عقد اتفاق أو بحكم القضاء فإنه يجب تسجيل الاتفاق أو الحكم وفقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري.

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٢٨٣ و ٢٨٤.

• **عدم سقوط حق المشاركة بالتقادم:** حق المشاركة في الجزء المعلى يبقى قائماً ما قام سببه فلا يسقط بالتقادم ومن ثم يجوز للجاز أن يطب الإشتراك في الجزء المعلى حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعية (السنهورى ص ٩٢٨).

• **تحمل نفقات الصيانة والإصلاح بعد المشاركة:** متى أصبح الجزء المعلى مشتركاً، فإن الحائط كله يصبح مشتركاً بين الجارين فيتحملان معا نفقات صيانتها وإصلاحه وتجديده على الوجه الذى سبق أن بيناه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: " أما الجزء المعلى سواء على دون تجديد احائط أو بعد التجديد، فسيبقى ملكاً خالصاً للشريك الذى قام بالتعليق، ولكن إذا أراد الشريك الآخر أن يكون هذا الجزء أيضاً مشتركاً بينهما، جاز ذلك، وعليه أن يدفع نصف نفقات التعليق، وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك، إذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعليق، ولكن إذا أراد الشريك الآخر أن يكون هذا الجزء أيضاً مشتركاً بينهما، جاز ذلك، وعليه أن يدفع نصف نفقات التعليق، وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك، إذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعليق (مادة ١١٨٤ من المشروع، ولا نظير لها فى التقنين الحالى، وأنظر مادة ٦٦٠ من التقنين الفرنسى) (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٥)

من أحكام القضاء:

١- يبين من إستعراض نصوص القانون المدنى المصرى أنه إعتبر حق الإنتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه في باب الحقوق المنقرعة

عن حق الملكية كما أنه في المادة ٨٣ إعتبر كل حق عيني مالاً 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)

٢- مؤدى نص المادتين ٨١٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإضرار الذي تحدث به محل البيع لا يحتاج 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)

* * *

قرينة ملكية الحائط الفاصل بين العقارين

النص التشريعي (مادة ٨١٧) :

الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقهما، ما لم يقد دليل على 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 :

وقد ورد هذا النص في المادة ١١٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨ في المشروع النهائي ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ فمجلس اشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة الأعمال ٦ ص ٦١ - ٦٢)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن " الأصل أن الحائط

الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين، يعد مشتركاً حتى مفرقهما، ما لم يقد دليل على العكس، ويشترط حتى تقوم هذه القرينة القانونية شرطان :
أ- أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين، فلا يكفي أن يكون فاصلاً بين أرضين، أو بين أرض بناء . ب- وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد، ثم ثام بعد ذلك بناء آخر ملاصق إستتر بالحائط فأصبح هذا الحائط جزءاً من البناء الأول، فإن القرينة لا تقوم، ويعتبر في وضعه الجديد فاصلاً بين بنائين

ومملوكا ملكية خاصة لصاحب هذا البناء، فإذا توافر الشرطان المتقدمان، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البنائين إلى أن يقوم الدليل على العكس أما الجزء الذي يعلو امفرق فملكيتة خالصة لصاحب البناء الأعلى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٤).

رأي الفقه:

١- إذا فصل حائط ما بين بنائين، فإن هذا الحائط قد يكون حائطاً مشتركاً، وقد يكون حائطاً فاصلاً غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين.

ويجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك، فيثبت أحد الجارين مثلاً أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة - أو أنه كان مملوكاً في مقابل عوض دفعه له - أو أن الجار جعل الحائط مشتركاً بينهما بغير عوض. كما يجوز للجار أن 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. فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين، فلا تقوم القرينة. ومن ثم لا تقوم القرينة إذا 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، وملكية 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 أعلي من الآخر، فان الحائط يعتبر مشتركاً الي الحد الذي يصل الي قمة البناء الأقل علواً. أما الجزء من الحائط الذي فوق ذلك الي 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 حتي مفرقها ".

ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركاً، وقد يكون غير مشترك بل ملكاً خالصاً لصاحب أحد البنائين^(١).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٩٠ وما بعدها.

٢- وضع القانون في المادة ٨١٧ من القانون المدني قرينة مؤداها أن الحائط الذي يكون في وقت انشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتي مفرقها، ما لم يقد دليل علي العكس. فالأصل في الإثبات أن علي من يدعي الاشتراك في ملكية حائط فاصل أن يثبت ذلك. ولكن القانون خرج علي هذا الأصل فافترض اشتراك الجارين في ملكية الحائط حتي 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 أقيم أولاً، كان الحائط مملوكاً لمالك هذا البناء. وعلي الجار أن يثبت اشتراكه في الملكية وفقاً للقواعد العامة^(١).

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 بالنقدام 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.

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠٥.

فاذا توافر هذان الشرطان افترض ان الحائط الفاصل مملوكاً لمالكي البنائين حتي مفرقهما، أي حتي أعلي جزء من البناء المنخفض. ولكن يجوز لأيهما أن يثبت العكس، كأن يثبت أنه أقام الحائط كله في ملكه وعلي نفقته.

واذا 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 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 بمقتضي القرينة المنصوص عليها في المادة ٨١٧ مدني أو بدليل اقامة المدعي، فيكون الشيوع فيه اجبارياً، فلا يجوز طلب قسمته. ولا يجوز لأي المالكين التصرف في نصيبه مستقلاً عن العقار الذي يملكه^(١).

• إثبات الإشتراك في الحائط الفاصل بين البائين : قد لا يكون الحائط

مشتركا بين الجارين إنما فاصلا بينهما، فتكون ملكيته خالصة لمن أقامه، فإذا ما نشب نزاع في ذلك جاز للجار أن يثبت أن " الحائط الفاصل هو حائط مشترك فيثبت أحد الجارين مثلاً أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة أو انه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الإشتراك في احائط في مقابل عوض دفعه له أو ان اجار جعل الحائط مشتركاً بينهما بغير عوض، كما يجوز أن يثبت الإشتراك في الحائط بطريق التقادم المكسب بأن يثبت انه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٤٤ و ٢٤٥.

وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبينا على تسامح جاره وبقي كذلك طول المدة اللازمة للتقادم . وقد وضع ا قانون قرينة قانونية تيسر إثبات الإشتراك فى الحائط فنصت المادة ٨١٧ مدنى على ما يأتى : الحائط الذى يكون فى وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما، ما لم يقم دليل على العكس، والقرينة كما نرى قابلة لإثبات العكس، وحتى تقوم يجب توافر شرطين: ١- أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين، فلا يكفى أن يكون فاصلا بين بناء وأرض فضاء أو بين أرضين سواء كانت بهما زراعة أو لم تكن. ٢- أن يكون الحائط عند إنشائه فاصلا بين بناءين، فإن أقيم بناء ثم بعد ذلك أقيم بناء مجاور استتر بالحائط فلا يكون هناك محل لأعمال القرينة ويكون الحائط فاصلا بين البناءين . فإذا توافر الشرطان، قامت القرينة على أن الحائط مشترك حتى ارتفاق البناء الأقل علوا، وهذه قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها. (أنور طلبه ص ٢٨٨) فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خاص به كأن يقدم سنداً على تملكه إياه، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكا خالصا بالتقادم، أو كان يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلا أن الحائط كله مقام على أرضه " وملكية الأرض تشمل ما فوقها " (٨٠٣ / ٢) وإذا تعارضت القرائن رجح قاضى الموضوع بأيهما يأخذ ومتى ثبت أن الحائط مشترك وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر، فإن الحائط يعتبر مشتركا إلى الحد الذى يصل إلى قمة البناء الأقل علوا، أما الجزء من الحائط الذى يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى، فيعتبر ملكا خالصا لصاحب هذا البناء، وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدنى سالفه الذكر عندما تقول عن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين إنه " يعد مشتركا حتى مفرقهما " يتضح مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين

قد يكون مشتركاً، وقد يكون غير مشترك بل ملكاً خالصاً لصاحب أحد البنائين . مثال ذلك إذا وجدت حديقة تفصل بين البناء الملحقة به وبين بناء الجار فلا يعتبر حائط هذا البناء مشتركاً وإنما فاصلاً، بحيث لو قام صاحب الحديقة بالبناء بها، فليس له الارتكاز على حائط جاره وإنما التستر به فقط . ومتى تمسك الجار بأن الحائط مملوك له ملكيته خاصة، جاز لجار الآخر أن يثبت، أن هذا الحائط وقت إنشائه كان فاصلاً بين بنائه وبناء جاره، وحينئذ تقوم قرينة قانونية تعفى هذا الجار من إقامة الدليل على أن الحائط مشترك، وتلقى بعبء إثبات أن الحائط غير مشترك على الجار الآخر، ويكون له إثبات ما يخافها بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن، فيقيم الدليل على أنه وحده الذي أقام الحائط على نفقته دون أن يشارك فيه جاره . (أنور طلبه ص ٢٨٩).

من أحكام القضاء :

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 مالاً 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)

إقامة الحائط الفاصل وهدم الحائط الفاصل

النص التشريعي (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 يقيم 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، فإذا 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.

فإذا 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- ويتبين 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 فإذا 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 ا، لا يلحق بشريكه ضرراً جسيماً، وعلي أن يتحمل نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلي، واجراء ما يلزم لتمكين الحائط من أن يتحمل زيادة العبء الناشئة عن التعلية دون ان يفقد الحائط شيئاً من متانته. 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 أولي، وهي توافق م ٦٩ من مرشد الحيران وتخالف المادتين ٦٦١ و ٦٦٣ من التقنين الفرنسي)^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٦٤ و ٦٥ و ٦٦.

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.

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، فإنه عوض علي الجار عن ذلك الحق بحق آخر. فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكاً خالصاً، فإن 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 مقررأً بالمادة ٣٨ فقرة ٥٩/١ 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 مقيّد بالقرينة 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 القرينة القانونية- أي أن الحائط مملوك له ملكية خالصة- أن يقيم الدليل علي صحة ما يدعيه باسند او بالاستعمال ١٥ سنة او بالقرينة 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

(١) الوسيط- ٨- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٠٠٢ وما بعدها.

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 تنثور في هذا الصدد^(١).

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 أو 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 الإسلامية (المادة ٦٩ من مرشد الحيران). ووضح أن هذا الالتزام لم يقرر لمصلحة الجار، وإنما 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) 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 فاذا 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 حملة 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 ٨١٨/٢ 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).

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٠ وما بعدها.

٤- تتناول احكام الحائط الفاصل بين ملكين، والمملوك لو احد 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 أو مادياً. وقد عيّنت المادة ٨١٨/١ مدني بالنص علي أن الجار ليس له الحق في طلب اجباره 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).

(ب) أن يسبب الهدم ضرراً للجار، فاذا 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 لاقامة 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 ٢/٨١٨ مدني تطبيق 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 اذا 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 اذا 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

(١) - حق الملكية- للدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص ١٠١ و ١٠٢.

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 ".

ويتبين من هذه القاعدة التي تعتبر تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، انه يتمتع علي مالك الحائط أن يهدمه مختاراً، اذا توافرت الشروط الآتية:

١- أن يكون ملك الجار مستترا 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 يدعوه الي الهدم، بل يجب أن تكون المصلحة كبيرة. ويكون تقدير قيمة المصلحة وبالتالي معرفة ما اذا كان هناك عذر قوي أم لا، بالموازنة بين مصلحة المالك في الهدم والضرر الذي يلحق الجار نتيجة الهدم. فاذا كانت المصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر انتقي العذر القوي فيمتنع الهدم وهذا الشرط- والذي يدعو الي القول أن حكم المادة ٨١٨/٢ 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 يرمي 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 او صاحب حق ارتفاق عليه^(١).

• لا يجوز للجار إجبار على تحويط ملكه أو النزول عن جزء من الحائط :

رأينا أن المادة ١/٨١٨ قد نصت على أنه " ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه الخ " مفاد ذلك انه لا يجوز لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولكن إذا أراد المالك تحويط ملكه فله طوعاً فلا يجبره جاره على ذلك، ويتحمل المالك وحده نفقات هذا التحويط فلا يلزم جاره على المشاركة فيه وعليه أيضاً نفقات صيانته، ومتى أقام المالك الحائط الفاصل على نفقته فليس لجاره الإشتراك فيه جبراً عنه أياً ما كان المقابل الذي يعرضه عوضاً إلا إذا كان هناك حائط مشترك بينهما وتمت تعليته فيكون لجار المشاركة في الحائط المعلى وفقاً للمادة ٨١٦ (أنور طلبه ص ٢٩٠)

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٨٨ و ٨٩ و ٩٠.

• ليس لمالك الحائط الذى يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوى :

لما كان القانون المصرى لا يعطى للجار حقا فى أن يطلب الإشتراك فى الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكا خالصا كما قدمنا . فإنه عوض على الجار عن ذلك الحق بحق آخر فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكا خاصا، فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالإشتراك فيه يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذى يستتر به إذا لم يكن هناك عذر قوى لهدمه (السنهورى) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا " على ما يأتى " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط "، ويجب لإعمال هذا القيد أن يكون فى هدم الحائط ما يكشف عن الجار ومن ثم فإن كان فى إحدى الجهات غير الملاصقة للحائط مكشوفاً فليس له أن يحتج على الهدم، وإلا يوجد عذر قوى يتطلب الهدم ويعد عذار قويا الرغبة فى إعادة البناء أو فى إعادة بناء الحائط بشكل أكثر قوة ليتحمل عبء الطبقات العليا، ويخضع تقدير العذر لمحكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض (أنور طلبه ص ٢٩٠).

• حق الجار على الحائط الفاصل : وكل ما للجار من حق هو عدم قدم

الحائط الذى يستتر به، فلا يكون له أى حق فى الحائط غير هذا التقيد السلبي، ولذلك عد هذا الحكم ضمن القيود التى ترد على حق الملكية، ومن ثم لا يكون للجار حق ملكية مشتركة فى الحائط الذى يستتر به، إذ يبقى الحائط مملوكا ملكا خالصاً لصاحبه، ولا يجوز للجار استعماله فى غير الإستتار به إلا بإذن المالك، ولا يكون للجار كذلك حق ارتفاق على الحائط وليس التزام صاحب الحائط بعدم هدمه إلا قيوداً وارداً على حقه فى إستعمال ملكه كما سبق القول، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب الجار

الإشتراك في الحائط أو حق إرتفاق عليه بسبب قانوني كان يشتري هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم . (السنهوري ص ٩٤٢ - محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٤٨ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٥ ص ١٢٣).

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه " أما إذا م يكن الحائط مشتركاً، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين، فليس للجار الآخر أن يجبره على الإشتراك ولو بدفع تعويض، على أن له أن يستتر بالحائط... إلخ " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٥).

من أحكام القضاء:

١- النص في المواد ٤، ٥، ١/١٤٨، ٢/٨١٨ 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 المفاسد مقدم على جلب المنافع وأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف فجعل لنص المادة الخامسة الصدارة ليهيمن على ما عداه من نصوص القانون بفروعه المختلفة إذ لا يكفى 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 مراعيًا 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 إرهاب للمدين.

(الطعن رقم ٢٨٠٣ - لسنة ٧١ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ٢ / ٢٠٠٣)

* * *

المطلات المواجهة

النص التشريعي (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، او من حافة المشربة او الخارجة.

(٢) واذا 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 إذا 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 والقرى.

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 او من حافة المشربة او الخارجة. فاذا كان المطل نافذة أو شباكاً مفتوحاً في حائط من حوائط المبني 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 او فيراند او تيراساً او بلكونا او غير ذلك، كانت نقطة البداية هي حافة المشربة او الخارجة، ونقطة النهاية هي دائماً الخط الفاصل ما بين العقارين، ويجب أن تكون المسافة ما بين هاتين النقطتين لا تقل عن متر. واذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك. فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط. وعلي ذلك اذا كان حائط المبني قائماً علي مسافة تقل عن متر من الحائط الفاصل، أو كان من باب أولي قائماً علي الحائط الفاصل ذاته وهذا جائز، فانه لا يصح في هاتين الحالتين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٦٨.

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 اليها. ولا يشترط أن تكون العقارات موجودة في المدن، فالعقارات الموجودة في القرى يسري بالنسبة اليها 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 ومدخل 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 تنهدم هذه الحيطان. أو لا تكشف الا السطح. او 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، فانه يعد استعمالاً لرخصة في حدودها القانونية، ولا يعتبر المطل في هذه الحالة حق ارتفاق علي العقار المجاور. أما اذا كان المطل غير مستوف لقيد المسافة، بأن كان مفتوحاً علي مسافة أقل من متر ان كان مواجهاً، او 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 او دعوي وقف الأعمال الجديدة بأن كانت الحيازة صحيحة خالية من العيوب وليست علي سبيل التسامح، فان صاحب المطل يستطيع أن يمنع الجار من التعرض له في المطل وذلك بدعوي منع التعرض، او 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 الحيازة مستوفية لشرائطها وليست علي سبيل التسامح، وكان المطل غير معفي من قيد المسافة، فان صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم، ويكون له الحق في استيفاء مظلة 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 منه دماً 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).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٧٧٦ وما بعدها.

٢- يعتبر المطل المفتوح علي المسافة القانونية مطالاً 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 ارتفاقاً 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.

وإذا اكتسب ارتفاق 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 إعادة 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، وإذا 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 يتأني تقرير اكتسابه بالتقادم في مواجهة مالك، بينما يتراخي اكتسابه بالنسبة الي المالك الآخر^(١).

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 القري، 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 الخارجة.

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

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٣٩ وما بعدها.

المسافة القانونية مخالفة قانونية وخروج علي القيد القانوني الذي وضع لصالح الجار وكل مخالفة تجب ازالها 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 فيرتفع الي درجة الحق إذا سكت عليه الجار المدة القانونية، فمن مصلحة الجار اذن 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 يحدده 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).

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 ففتحها لا يضع له القانون قيوداً، ولكن هذه القيود ترد علي استعمالها.

ويقصد بالمطلات فتحات المباني التي يمكن النظر منها الي الخارج في الوضع المعتاد للانسان، 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 الاطلاع 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).

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٨ وما بعدها.

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 يعني 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 فتح 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 مبيناً 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 الا علي مسافة متر من ظاهر الحائط

الذي به المطل المواجه، أو نصف متر من حافة المطل المنحرف، وتنص علي 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 حتي الحدود التي يمكن أن يصل إليها ببنائه، أي إذا كان المطل مواجهاً ان 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 مبني، ولكن هذه المسافة تختلف بحسب ما إذا كان المطل موجهاً أو منحرفاً (م ٨١٩/١ و ٨٢٠/١ مدني).
فاذا فتح المالك مطلاً مواجهاً أو منحرفاً دون أن يترك أية مسافة أو ترك مسافة أقل مما ينص عليه المشرع، كان هذا الاعتداء علي 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 يمتنع النظر إليه من المطل.

وقد جري البحث فيما إذا كان يجب مراعاة المسافة لفتح المطل علي 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 للنقيد بترك المسافة. علي أنه إذا هدم الحائط السائر لملك الجار فيجوز لهذا الجار أن يطلب سد المطل مهما طالبت المدة التي ظل فيها

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرفاوي - المرجع السابق - ص ١٠٦ و ١٠٧ و ١٠٨.

مفتوحاً قبل هدم الحائط^(١). وذهب رأي آخر (يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور) - الي أنه يجب مراعاة المسافة حتي مع وجود الحائط الأصم، فالقانون لم يفرق بين حالة وأخري^(٢). ويذهب الدكتور منصور في مناقشة رأي الجمهور الي القول: " بأن رأي الجمهور ينتهي في الواقع الي أن قيد المسافة يرتفع لانتفاء الضرر من فتح المطل، ولو سرنا 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، الا 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.

فاذا اكتسب المالك الذي فتح المطل علي أقل من المسافة حق ارتفاق بالمطل بالتقادم المكسب، فيترتب علي ذلك: أولاً - أنه يتمتع 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

(١) تنظر مؤلفات الدكاترة: كامل مرسي- ص ٤٧٦، وشفيق شحاته- ص ٣٧٤، ومحمد

علي عرفه- ص ٣٣١، واسماعيل غانم- ص ١٠١ في الملكية.

(٢) تنظر مؤلفات الدكاترة: عبد المنعم فرج الصدة- ص ١٤٦ وحسن كيره- ص ٢٤٠ في الملكية.

المذكورة 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 اقامته، 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 يميناً 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 سنتيمترا (م ٨٢٠ مدني).

فاذا كان المطل عبارة عن نافذة، فان مسافة المتر أو الخمسين سنتيمترا من ظهر الحائط الذي يوجد فيه المطل الي الحد الفاصل بين

(١) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٩١ وما بعدها، وفي نقد رأي الجمهور- ص ٩٢ هامش ١ منه.

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، إذ أن النظر الي ملك الجار من المطل المواجه أسهل في النظر من المطل المنحرف.

وإذا فتح الباني ويتقد الباني بقيود والمسافات أيا 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. مطالاً في ملكه علي أقل من المسافة القانونية، فإنه يكون مخالفاً للقانون، ويكون لجاره أن يطلب منه ازالة هذه 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، فإن صاحب المطل قد يكسب حق ارتفاق بالمطل علي ملك الجار، وذلك إذا استمر المطل مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة وتوافرت حيازة حق ارتفاق 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 مبني 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، فإن استمرار وجود المطل علي أقل من المسافة القانونية لا يكسب صاحبه أي ارتفاق

ويترتب علي كسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم المكسب أن يكون لصاحبه الحق في استبقاء مطلة مفتوحاً علي أقل من المسافة القانونية كما

هو، بحيث لا يكون للجار ان يطلب سده، وبحيث يلتزم الجار عندما يبني في ملكه أن يرتد ببنائه 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 ارتفاق 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).

ويري 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).

• **حق المطل :** يقصد بالمطلات كل نوع من أنواع الفتحات يكون الغرض الأساسي منه التمكين من النظر والإطلاع على خارج البناء المفتوحة فيه، مثل النوافذ والأبراج والشرفات، والقانون يقيد حق المالك في

(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.

فتح مثل هذه المطلات على اختلاف أنواعها بضرورة مراعاة مسافة معينة تفصلها عن حدود الملك، يختلف قدرها منطقاً باختلاف طبيعة ما تسمح به من أطلال على ملك الجار إذ ينبغي أن يقيد فتح المطلات التي تسمح باطلال مباشر مستقيم على ملك الجار بمسافة أطول مما يقيد به فتح المطلات التي لا تسمح إلا باطلال منحرف غير مباشر عليه، لأن فتح الأولى بسبب مضايقة أكبر للجار من فتح الثانية، ولذلك يجب التمييز بين " المطلات المواجهة " التي تمكن من النظر والإطلال في خط عمودي مستقيم على ملك الجار، وبين المطلات الجانبية أو المنحرفة " التي لا تمكن من النظر والإطلال إلا في خطأ منحرف غير عمودي على ملك الجار مما يستلزم الانحناء أو التلفت في اتجاهه، فالأولى يجب أن تفتح على مسافة متر والثانية على مسافة نصف متر على الأقل . وحساب هذه المسافة يكون ابتداء من ظهر الحائط المفتوح فيه المطل أو من حافة الشرفة أو الحاريجة إلى الحد الفاصل بين المكين . م ١/٨١٩ مدني . (حسن كيرة ص ١١٥)

• **قيود المسافة في المطلات المواجهة:** لقد اشترطت المادة ١/٨١٩ كما رأينا ألا يفتح على مسافة نقل عن متر وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الحاريجة " أي أنه يشترط لفتح هذا المطل ترك مسافة لا تقل عن متر وتقاس من الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها كبداية وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية، فإن قلت هذه المسافة عن متر كان المطل مخالفاً للمسافة القانونية وحتى لو كانت المسافة ٩٩ سنتيمتراً، فإذا كان المطل المواجه خارجاً كمشربة أو كشرفة أو فرانده، كانت نقطة البداية هي حافة المشربة أو الشرفة أو الفراندة ونقطة النهاية دائماً الخط الفاصل ما بين العقارين حائط

مشتراط فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط. فإن كان للفراندة ضلعان أحدهما يطل على الطريق العام، ويطل الثانى على حذيفة الجار، كان الضلع الأخير مطلاً مواجهها ووجب أن يترك صاحبه المسافة المقررة ولجاره أن يطلب سده ما لم يكن قد أبقاها تسامحا منه فلا يكتسب بالتقادم. ويسرى قيد المسافة على جميع العقارات ولو كانت مملوكة للدولة ملكية خاصة دون تلك المملوكة لها ملكية عامة كالشوارع والبيادين وسواء كان العقار مسكوناً أو غير مسكون مسوراً أو غير مسور، ويعتبر المطل المفتوح على أرض فضاء أنه فتح على سبيل التسامح فلا يكتسب بالتقادم، كما لا يشترط إثبات أن المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية قد أحدث ضرراً للغير ومن ثم يتوفر الضرر لمجرد فتح المطل على أقل من المسافة القانونية (أنور طلبه ص ٢٩٢) ويرى أستاذنا السنهاورى أن هناك مطلات لا تخضع قيد المسافة فيمكن فتحها على أية مسافة كانت من العقار المجاور وأهمها . الأبواب ومداخل العقار، فهذه لا تعتبر مطلات إذ هي لا تعد للإطلاع منها على الجار، بل هي موجودة أصلاً للدخول إلى العقار والخروج منه . المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطاناً مسدودة ما لم تهدم هذه الحيطان، أو لا تكشف إلا السطح أو التي لا يبصر الناظر منها إلا السماء فالحكمة من قيد المسافة فى هذه الحالات منعدمة، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت، بل يجوز فتحها فى الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين - المطلات المواجهة للطريق العام، ولو كانت مطلات منحرفة بالنسبة إلى العقار المجاور - وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٨٢٠ مدنى، كما سنرى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول : " ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام " وقد ورد هذا

النص في شأن المطل المنحرف الذي يكشف عقاراً مملوكاً ملكية خاصة، ولا حاجة لمثل هذا النص في شأن المطل المواجه للطريق العام إذا لم يكن مطلاً منحرفاً كاشفاً لعقار مملوكاً ملكية خاصة ذلك أن الطريق العام إنما تسرى عيه القواعد والنظم التي تضعها السلطة العامة، فليس في حاجة إلى قيد المسافة . وهذا ما أستقر عليه القضاء والفقه في فرنسا، دون أن يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص صريح في هذا المعنى (السنهوري ص ٧٣٣) وإذا التزم الجار حدود المسافة في إقامة المطل، فيكون لجاره إذا أراد فتح مطل أن يترك متراً من اخط الفاصل، أما أن لم يرغب في ترك هذه المسافة فليس له فتح مطل، فإن خالف أحد الجيران قيد المسافة وفتح مطلاً كان لجاره أن يطلب سده ويجوز أن يتم السد بأخشاب ثابتة صماء وعلى نفقة من أقامها ويجوز للمحكمة في هذه الحالة تحويل المطل إلى منور أنظر نقض ١٩٧٤/١/٣١ بالمادة ٨٢١ ويعتبر ذلك قضاء بطلبات المدعى فلا يلزم بشئ من مصاريف الدعوى فإذا بقي المطل المخالف لمدة سنة فلصاحبه اللجوء لدعوى منع التعرض، إذا استوفى شروطها، لمنع الجار من إقامة بناء في حدود ملكه يؤدي إلى سد المطل، كما يلجأ في تحقيق ذلك إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة، ولكن للجار إقامة دعوى موضوعية بإنكار حق المطل ويتوقف الحكم فيها على إثبات صاحب المطل لكسبه الحق في المطل بسبب من أسباب كسب حقوق الإرتفاق ومنها التقادم فإن نجح في ذلك رفضت دعوى الإنكار وإلا تعين الحكم بسد المطل، ومسافة المتر بين الجارين هي أقل مسافة قانونية، وقد تزيد إذا كان صاحب المطل الذي أكتسب الحق فيه بالتقادم قد فتحه على مسافة أقل من المتر المقرر بين حد ملك الجار وبين الحائط الذي به المطل، فإن كانت تلك المسافة أربعين سنتيمتراً، التزم الجار بترك متر كامل بين حد

ملكه وبين البناء الذى يرغب فى إقامته وحينئذ تكون المسافة بين البنائين ١٤٠ سنتيمترا، وللجار البانى فتح مطلات . (أنور طلبه ص ٢٩٣).

وواضح أن فرض التقيد بمسافة معينة لفتح المطلات على هذا النحو، لا يعتبر من قبيل تقرير حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق، وإنما يندرج تحت القيود القانونية التى تحدد من نطاق الملكية بوجه عام، ولذلك ففتح مالك مطلا فى بنائه مع التقيد بالمسافة القانونية المفروضة، لا يمنع الجار من البناء على حدود ملكه دون التقيد بمسافة معينة طالما هو لا يقوم بفتح مطلات فى بنائه على الملك الآخر، ولا يقبل من المالك إدعاء اكتساب ارتفاق بالمطل على ملك الجار بمضى المدة على فتح مطله، يمنع بمقتضاه الجار من البناء على هذا النحو لأن فتح المطل مع مراعاة المسافة القانونية رخصة أو عمل من المباحات فلا يحمل معنى التعدى على ملك الجار ولذلك لا يعتبر مبدأ لحيازة مؤهله لاكتساب ارتفاق بالتقادم، وينبغى أن يراعى أن حظر فتح المطلات داخل المسافة القانونية يرتفع بداهة إذا كان المطل مفتوحا على الطريق العام حتى ولو كان مطلا منحرفا يواجه الطريق العام ويسمح بالإطلال المنحرف على ملك الجار فى نفس الوقت ومرد هذا الحكم إلى أن الطريق العام مخصص للمنفعة العامة بما يمكن الكافة من الإشتراك فى الإنتفاع به والإطلال عليه خاصة (حسن كيرة ص ١١٦).

• **قيد المسافة مقرر لكل مالك على حدة:** قيد المسافة يتقرر بالنسبة لكل مالك على حده فإذا كان لا جوار للمالك أن يفتح مطلا مواجهها على مسافة تقل عن متر من ملك الجار، فإن حق الجار يتقيد بهذا القيد كذلك فلا يجوز أن يفتح مطلا إلا على المساحة نفسها من حد جاره وعليه إذا كان لكل من الجارين مطلات مواجهة أن تكون المساحة بين حدى المباني مترين وذلك متى كانت المطلات فى العقارين نوافذ، وقد تتسع المسافة بين حائطى

الجاريين أكثر من هذا إذا كانت المطلات بلكونات مثلا حيث تقاس المسافة السابقة من الحافة الخارجية للبلكون (توفيق حسن فرج ص ١٩٥).

• اتفاق الجاران على ترك مسافة معينة : القيد المتعلق بحظر فتح

مطلات على مسافة تقل عن المحدد قانونا غير متعلق بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الجار الذي يفتح المطل على ملكه، وبالتالي يجوز له التنازل صراحة أو ضمنا عن هذا القيد، فإن كانت المسافة المقررة قانونا لفتح مطل ألا تقل عن متر، مما مؤداه أنه لو وجدت أرض بين عقارين، وجب ألا تقل عن مترين حتى يستطيع كل جار فتح مطلات عليها، ومع ذلك يجوز لجارين الاتفاق على ترك مسافة أقل من ذلك لفتح تلك المطلات، ويكون الاتفاق حينئذ صحيحا وفقا للقانون المدني، طالما أن هذا القيد لم يتضمنه قانون متعلق بالنظام العام مثل قانون تنظيم وتوجيه أعمال البناء رقم ١٠٦ سنة ١٩٧٦ إذ جاءت نصوص هذا القانون خلوا من تحديد مسافة معينة مطلات وانحصر في تحديد المسافة للأفنية الخارجية والداخلية، وطالما أسقط الجار حقه في قيد المسافة، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك به، أن الساقط يعود، ويكفى ذلك لاكتساب حق المطل دون حاجة للإستناد إلى التقادم، إذ يكتسب المطل بتصرف قانوني أو بواقعة مادية كوضع اليد، وإذا اتفق الجاران على ترك مسافة بين العقارين تجاوز المترين وخصصاها للإستعمال المشترك، جاز لكل منهما فتح مطلات عليها، وفقا لحق الارتفاق المقرر له على المساحة المملوكة للجار الآخر، مما يحول دون إنكار هذا الحق من أى منهما، وبالتالي لا يجوز لأحدهما، بإرادته المنفردة، إسترداد المساحة التي كان قد خصصها للإستعمال المشترك، وهو ما يحول دون هذا الشريك والبناء على الحد الفاصل بينه وبين جاره حتى و لم يفتح مطلات على باقى المساحة، لأن حقه فى ذلك

يتعارض مع حق الارتفاق الذى تقرر على المساحة التى كان قد خصصها للاستعمال المشترك فأصبح عقاره خادما بها لعقار جاره . (أنور طلبه ص ٢٩٥).

• وجود أرض مملوكة على الشيوع بين العقار الذى تفتح فيه المطلات وبين

عقار الجار: وإذا وجد بين العقار الذى تفتح فيه المطلات وبين عقار الجار أرض مملوكة على الشيوع الجبرى للمالكين، كمر أو فناء أو طريق مخصص لاستعمال معين مشترك بين العقارين، فيجوز فتح المطلات على حافة الأرض المشاعة الفاصلة طالما أن عرض هذه الأرض لا يقل عن المسافة القانونية المقررة، وطالما أنه ليس فى فتح المطلات على حافتها ما يتعارض مع ما هى معدة له من استعمال مشترك، ذلك أن لكل من الملاك على الشيوع - وله حق ملكية يرد طوال الشيوع على كل الشئ الشائع - سلطة الإفادة من هذا الشئ باستعمال فيما لا يتعارض مع تخصيصه عن طريق فتح مطلات عليه مثلا، ما دام لا يحد بذلك مما للشريك الآخر من حق مماثل فى فتح مطلات مقابلة فى بنائه، وبذلك يؤخذ عرض الأرض الشائعة الفاصلة بين المالكين فى الاعتبار عند حساب المسافة الواجب تركها فى فتح المطل . (حسن كيرة ص ١١٦).

• التنازل عن حق المطل : سبق أن ذكرنا أن القيد المتعلق بحظر فتح

مطلات على مسافة تقل عن المحدد قانونا إنما هو مقرر لمصلحة الجار الذى يفتح المطل على ملكه وبالتالي يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمنا، ولكن متى تم التنازل اتبح أثره وحال دون الرجوع به لأن الساقط لا يعود.

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان يبين مما قرره الحكم أن

المحكمة حصلت من عقد البيع المسجل المبرم بين الطاعنة والبائعين لها

ومن باقى الأوراق، أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى التنازل عن حق الارتفاق بالمطل المقرر للعقار المبيع للطاعنة على عقارات المطعون عليهم، ولم تخرج فى تفسيرها هذا عن المعنى الظاهر لعبارة العقد، وأوضحت الإعتبارات المبررة لذلك ثم أعملت أثر هذا التنازل فى النزاع المطروح لا على أساس قواعد الإشتراط لمصلحة الغير وإستفادة المطعون عليهم من عقد لم يكونوا طرفا فيه، وإنما على أساس تفسيرها عقد البيع الذى تستند إليه الطاعنة فى إثبات ملكيتها، وعلى أن التنازل الذى انطوى عليه ينتج أثره بالإرادة المنفردة للمتنازل ولا يحتاج إلى قبول فلا يلزم أن يكون المتنازل له طرفا فى المحرر المثبت له، إذا كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة القانون يكون على غير أساس " (نقض ١٩٧٠/١/١٥ طعن ٤٥٩ س ٣٥ق).

• **اكتساب حق المطل بالتقادم:** يجوز كسب حق المطل بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقررة بالمادة ٩٦٨ من القانون المدنى الحالى وعلى ذلك إذا تم فتح مطل على أقل من المسافة المقررة قانوناً واستمر لمدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليس على سبيل التسامح فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق فى استيفاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس صاحب العقار المجاور أن يعترض، حتى لو كان المطل مفتوحاً فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين، بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطاً فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر أو بمسافة نصف متر بحسب الأحوال وذلك حتى لا يسد المطل المكسوب بالتقادم كلياً أو جزئياً، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدنى، كما رأينا غز تقول " وإذ كسب أحد

بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل"، وكان هناك شك في أن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل يكون من حقه إلزام الجار بترك المسافة القانونية لا على طول فتحة المطل فقط، بل على طول البناء كله الذي فتح فيه المطل، وقد جاء التقنين المدني المصري الجديد حاسما في هذه المسألة بنص صريح، إذ يقول كما رأينا: "وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل . (السنهوري).

ويلاحظ أن "صاحب المطل يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل في نطاق الحيازة التي كانت أساسا للتقادم فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة واحدة، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى، ومن كسب بالتقادم مطلا في الطابق العلوي لا يحق له أن يفتح مطلا في طابق أعلى أو في طابق أسفل، ولكن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل، إذا كان يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر، فإنه يستطيع أن يزيد في سعة المطل الذي كسبه بالتقادم، أن القانون لم يقيد سعة الفتحات، وإذا إنهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم، ثم أعيد بناؤه، فإن حق المطل يرجع من جديد بنفسه مداه دون زيادة، ويجوز إثبات مدى المطل الذي كسب بالتقادم عن طريق البيئة لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية، ولكن إذا بقي الحائط منهكما مدة خمس عشرة سنة، ثم أعيد بناؤه فإن حق المطل لا يرجع من جديد، لأنه يكون قد زال بعدم الإستعمال مدة خمس عشرة سنة .

مفاد ما تقدم أن "إذا قام مالك بفتح مطلات في ملكه دون مراعاة للمسافة القانونية المقررة فيكون للجار حق الاعتراض عليها والمطالبة بسدها ولو لم يصبه ضرر من جراء فتحها، ولكن إذا تم فتح المطلات

على أقل من المسافة القانونية واستمر هذا الوضع قائماً طوا خمس عشرة سنة، فإن المالك يكسب حق ارتفاع بالمطل على ملك الجار، وذلك شريطة أن يتضمن فتح هذه المطلات معنى التعدي على ملك الجار بتحميله عبئاً استثنائياً بالمطل عليه دون تقيد بالمسافة القانونية، وهو ما يفترض أن ليس في فتحها أو تركها أية مظنة للعفو أو التسامح من جانب الجار . وقد يعتبر من قبيل التسامح فتح مطل على أقل من المسافة القانونية على حائط أصم أو أرض قضاء أو بناء مملوك لقريب بحيث لا يكسب ذلك المالك - مهما طالّت المدة على فتح المطل - حق ارتفاع بالمطل على ملك الجار، لأنّ التجاوز عما في هذا الفتح من مخالفة القانون لا يتصور حمله - أمام توافر هذه الظروف الخاصة التي تنتفي معها فكرة التعدي على ملك الجار - إلا على محمل التسامح والعفو من جانبه . وإذا تحقق لفتح المطل على أقل من المسافة القانونية معنى التعدي على ملك الجار مع انتفاء مظنة العفو والتسامح وتوافر مضي المدة القانونية، فلا يقتصر أثر ذلك على مجرد تمكين المالك فاتح المطل من التحل من قيود المسافة القانونية، وإنما يمتد إلى اكسابه كذلك حق الجار المطالبة بسد هذا المطل، أو القيام بما يوازى سده بإقامة بناء على حدود ملكه، فيتحتّم عليه إذن أن يراعى المسافة القانونية الواجبة والتي تحل منها فاتح المطل بتمام اكتسابه ارتفاعاً به بالتقادم عند بنائه في ملكه أو فتح مطلات فيه وذلك على طول البناء المفتوح فيه المطل المكتسب بالتقادم، وهذه نتيجة منطقية لاكتساب ارتفاع بالمطل بالتقادم، وبدونها لا يبقى لمثل هذا الإكتساب فائدة والمشرع المصري صريح في ترتيب هذه النتيجة، إذ تقرر المادة ٢/٨١٩ من التقنين المدني أنه " إذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس

بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل، وعلى هذا المحور، إذا كان المطل المواجه المكتسب ارتفاع المطل على ملكه البناء بعد ذلك، فيجب عليه أن يرتد ببنائه مترا من الحدود الفاصلة بين العقارين إذا كانت واجهة البناء المقابلة للمطل المكتسب بالتقادم صماء لا مطلات فيها، وأن يرتد به مرتين إذا أراد فتح مطلات مواجهة فى هذه الواجهة (حسن كيرة ص ١١٧ وما بعدها).

• **دعوى سد المطلات :** دعوى سد المطلات من الدعاوى التحفظية ومن ثم يكفى رفعها أهلية الإدارة فقط ومتى رفعت الدعوى بسد المطل، جاز للمحكمة أن تقضى بذلك أو بتحويل المطل إلى منور ولو من تلقاء نفسها، إذ يتضمن هذا القضاء قضاءً ضمناً بسد المطل، أى بسد الجزء الذى يمكن الإطلال منه، وحينئذ ينفذ الحكم برفع قاعدة المطل إلى ارتفاع ١٨٠ سم من أرضية الحجرة وهو ما يعادل قامة الشخص المعتاد، وإذا حكم بسد المطل، جاز للمحكوم عليه تحويل المطل إلى منور على نحو ما تقدم، ويكون بذلك قد قام بتنفيذ الحكم، وتسرى على الفتحة الباقية أحكام المنور، فإن صدر حكم بسد المطل، وأصبح نهائياً، جاز للمحكوم عيه أن يطلب قصر التنفيذ على ما يجعل المطل منوراً وذلك بسد المطل حتى ارتفاع ١٨٠ سم، فإن نازع المحكوم له فى ذلك، كانت منازعته على غير سند من القانون، ووجب على المحضر عرض هذه المنازعة على قاضى التنفيذ ليصدر أمراً على أوراق التنفيذ بقصر التنفيذ على الارتفاع إلى ١٨٠ سم، دون حاجة إلى رفع إشكال فى التنفيذ . كما يجوز اللجوء إلى الجهة القائمة على أعمال التنظيم بشكوى ضد الجار لمخالفته قيود المسافة المتعلقة بالمطلات ، فتصدر قراراً إدارياً بسد المطل وينفذ بالطريق المباشر. (أنور طلبه ص ٣٠٥).

• النزاع حول سد المطلات غير قابل للتجزئة ، وقد قضت محكمة النقض

بأن " النزاع حول سد المطلات غير قابل لتجزئة فإن نقض احكم صالح الطاعنة في الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٥١ ق - يستتبع نقضه بالنسبة للطاعن في الطعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٥١ ق " (نقض ١٩٩١/١١/٢٠ طعن ٢٩٣، ١٢٩٦ س ٥٢ق) وبأنه " المقرر أنه إذا كان النزاع الذي حسمه الحكم لا يقبل التجزئة فإن الطعن يكون منصباً على الحكم بأكمله وكانت طلبات المطعون ضدها بشقيها مما لا يقبل التجزئة فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسد المطلات وبعدم التعرض لا يكون قد شابه تعارض أو خالف حجية حكم سابق " (نقض ١٩٨٣/٥/٣ طعن ١٨٣٩ س ٤٩ق) وبأنه " إذا كان المطعون عليه لم يعلن بتقرير الطعن كان الطعن بالنسبة إليه باطلاً وفقاً للمادة ٤٣١ من قانون المرافعات " قديم " وإذ كان موضوع النزاع غير قابل تجزئة كسد مطلات ومنافذ فإن بطلان الطعن بالنسبة إلى هذا المطعون عليه يترتب عليه حتماً عدم قبوله بالنسبة إلى باقي المطعون عليهم إذ أن حقه الذي استقر بحكم حائز قوة الأمر المقضى أولى بالرعاية من أمل الطاعنين في كسب الطعن (نقض ١٩٥١/١٢/٢٠ ج ١ فى ٢٥ سنة ص ٢٧٦)

• ومن أحكام النقض الخاصة بحق المطل المواجه :

• من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق الارتفاق ومنها حق المطل إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة ٧٦ من القانون المدني القديم والمادة ٩٦٨ من القانون المدني الحالى، فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطل وجب عليها أن تبين في حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من

وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون. (الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٥١ ق جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٨١ - س ٣٢ ص ٢٥٠١).

• من المقرر أنه إذا كانت الفتحات مطلة مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهي مطلات مقابل لا منحرفة لأن هذه هي التي لا تسمح بنظر ملك الجار إلا بالاتفات عنها إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالإنحناء إلى الخارج وإذن فلا شك، أن لذلك الجار الحق في سد تلك الفتحات، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما استخلصه من الثابت بالأوراق وبتقرير الخبير من أن الفتحات محل النزاع التي أجراها الطاعن بمنزله الملاصق لمنزل وأرض المطعون ضدها تطل مباشرة على ملكها عند الحد الفاصل بين العقارين دون ترك المسافات المقررة قانوناً وإنما لذلك تعد مطلات مقابلة للمطعون ضدها وليست مواجهة للطريق العام ومن ثم فإن الطاعن بإقامته لها قد إعتدى على حق مشروع للمطعون ضده وإذ إنها وقد أقامت على أرضها منزلاً وتركت جزءاً منها كمر خاص لها كان من حقها إلزام جارها - الطاعن - بالقيود التي ترد على حق الملكية وإذا كان الثابت فضلاً عن ذلك أن ترخيص البناء الصادر للطاعن قد منعه من فتح تلك المطلات فإن الحكم فيه إذا انتهى من كل ذلك إلى القضاء للمطعون ضدها بسد المطلات فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعى عليه على غير أساس (الطعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ٣ / ٥ / ١٩٨٣ س ٤٣ ص ١١١٦).

• المطلات التي تفتح على المسافة القانونية تعد من قبيل القيود القانونية التي ترد على حق الملكية ولا تفيد ارتفاعاً للعقار المطل على العقار المطل عليه ويبنى على دخول المطلات القانونية ضمن إطار القيود

التي ترد على حق الملكية أنها لا تزول بعدم الإستعمال ولا يرد عليها التقادم لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق " (الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥١هـ - جلسة ١٨/١٢/١٩٨٤)

• وضع المشرع قيوداً على حق الملكية من بينها ما نص عليه فى المادة ٨١٩ مدنى من أنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة، مما مفاده أن من حق الجار أن يكون له مطل مواجه على جاره شريطة أن تراعى المسافة التى حددها المشرع وتقاس هذه المسافة من المطل إلى الخط الفاصل بين العقارين المتجاورين، فإذا كان الفاصل بينهما أرضاً فضاء مخصصة للاستعمال المشترك دخلت هذه الأرض الفضاء كلها فى حساب المسافة القانونية فنقاس من المطل حتى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار، ولما كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليهما الأولين أقاما مطالتهما المواجهة على الأرض المخصصة للاستعمال المشترك مع الطاعن على مسافة تزيد عن متر حتى نهاية هذه الأرض فإن هذه المطالات تكون قانونية " (الطعن رقم ٢١٨٣ سنة ٥٦هـ - جلسة ٢١/٦/١٩٨٩)

• تنص المادة ٨١٩ من القانون المدنى على أنه " (١) لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة (٢) وإذا كسب أحد بالتقادم بالحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل " مما مفاده أن المطل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة

خمس عشرة سنة وكانت الحيابة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح فإن صاحب المظل يكسب حق ارتفاق بالمظل بالتقادم، ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس صاحب العقار المجاور أن يعترض حتى و كان المظل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المظل المكتسب بالتقادم (الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٩٧ س ٤٨ ص ١٤٢٦)

• حق الارتفاق إذا توافر له شرطاً الظهور والإستمرار بنية استعمال هذا الحق جار كسبه بالتقادم إعمالاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ من القانون المدني . ولما كان الواقع في الدعوى أخذاً من مدونات احكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بدفاع مؤداه أنه كسب حق المظل بالتقادم وطب تحقيقه على النحو الوارد في دفاعه، فإن الحكم المطعون فيه إذ أطرح دون تحقيق هذا الوجه من الدفاع على سند أنه جاء مرسلاً ولا دليل عليه في الأوراق وهو ما لا يكفي بذاته للرد على هذا الدفاع الذي أن صح تغير به وجه الرأي في النزاع وهو ما يعيبه بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه (الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٩٧ س ٤٨ ص ١٤٢٦).

• إذا جاءت النصوص الخاصة بوضع قيود مسافة على المطلات العامة - دون تفرقة بين باب ونافذة - فإنها تسرى على المطلات جميعاً متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقارين، ويكون للأخير طلب الحكم بسدها عند عدم مراعاة المسافة القانونية ولو كان العقار المظل عليه أرضاً فضاء بإعتبار أن فتح المظل

فى هذه الحالة اعتداء على المالك، يترتب على تركه اكتساب المعتدى حق ارتفاق بالمطل يزم صاحب العقار المط عليه بمراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بعد من بناء وهى نتيجة تتأبى مع النظر القانونى الصحيح (الطعن رقم ٥٨٩٥ سنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٢/١/٨).

• لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير المشارطات على وفق الغرض الذى يظهر أن العاقدين قد قصدها - مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة - مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى، فله اعتماداً على شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدين منها - أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء (نقض ٢٧/١٠/١٩٣٢ طعن ٣١ س ٢ق).

• إذا كان مفاد الاتفاق - فى عقد البذل - هو تقرير حق ارتفاق سلبى بعدم المطل على ملك المطعون عليهم، وهو أمر لا مخالفة فيه للقانون، وكان الحكم المطعون فيه فى خصوص الرد على دفاع الطاعنين بأن هذا الشرط تعسفى قد عرض للحالات لثلاث التى أوردتها المادة الخامسة من القانون المدنى وقرر أنها غير متوافرة فى الدعوى لأن المصلحة المقصودة من هذا الشرط مشروعة ولم يثبت من الأوراق أن المطعون عليهم قصدوا إلى مجرد الأضرار بالطاعنتين، بل الثابت أن المصالح التى يرجون تحقيقها مصالح أدبية جوهرية حرصوا على النص عليها صراحة بما لا يدع مجالا لقول بأنها قليلة الأهمية بالنسبة لما يصيب الطاعنتين من ضرر بسببها وإذ يتضح مما سلف أن المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية أطرحت بأسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق ما تمسكت به الطاعنتان من أن الشرط المشار إليه تعسفى، فإن النعى يكون غير سديد. (نقض ١٠/٥/١٩٧٧ طعن ٧٣٤ س ٢٤ق).

● إذ جاءت النصوص الخامسة بوضع قيود مسافات على المطلات عامة دون تفرقة بين باب ونافذة، فإنها تسرى على المطلات جميعاً متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقارين ويكون للأخير طلب الحكم بسدها عند عدم مراعاة المسافة القانونية ولو كان العقار المطل عليه أرضاً فضاء بإعتبار أن فتح المطل في هذه الحالة إعتداء على الملك يترتب على تركه إكتساب المعتدى حق ارتفاق بالمطل يلزم صاحب العقار المطل عليه بمراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد بقيمة من بعد من بناء وهي نتيجة تتأبى مع النظر القانونى الصحيح (جلسة ٢٠٠٢/١/٨ اطعن رقم ٥٨٩٥ سنة ٦٣ق).

يدل نص المواد ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١ من القانون المدنى على أن المشرع على تقييد حق المالك فى فتح مطلات على ملك الجار رعاية لحرمة الجوار فحظر أن يكون للجار على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، أو أن يكون ه مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا ويرتفع قيد المسافة عن كل مطل يفتح على طريق عام حتى ولو أمكن إعتباره فى نفس الوقت من المطلات المنحرفة بالنسبة إلى ملك الجار، ولا يسرى هذا الحظر على المناور وهى تلك الفتحات التى تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة وأعدت نفاذ النور والهواء دون الإطلال منها على العقار المجاور، ولما كانت مخالفة المالك لحظر فتح مطل على عقار جاره سواء أكان المطل مواجهاً أو منحرفاً تعد من مسائل القانون التى تبسط إثبتها رقابة محكمة النقض فإنها يجب على الحكم المثبت حصول هذه المخالفة والقاضى بإزالة المطلات أو بسدها أن يعرض شروط تلك المخالفة فيبين بما فيه لكفاية ماهية الفتحات التى 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 بعد قصوراً في تسبيب الحكم يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون لما كان ذلك وكان تقرير الخبير الذي أحال إليه الحكم المطعون فيه وإتخذه عماداً لقضائه لم يستظهر ماهية الفتحات التي أنشأها الطاعنون ومقدار ارتفاع قاعدتها عن سطح أرضية الدور المفتوحة فيه فإن الحكم المطعون فيه إذ أنهى إلى تأييد قضا محكمة أول درجة بسد هذه الفتحات دون أن يبين وجه مخالفتها لقانون يكون معيباً بالقصور في التسبيب (جلسة ١٩٩٠/٣/٨ الطعن رقم ٣٣١ سنة ٥٤٤ق).

من أحكام القضاء:

١- 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 الخارجة. (٢) وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لمالك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى 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 وليست على سبيل التسامح، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاع بالمطل بالتقادم ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المطل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هذه الحالة أن

يقيم حائطا في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم.

(الطعن رقم ٦٧٣٦ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ٢٠١٠)

٢- 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 قضاءه حتى يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها على سداذه فإنه يكون معيبا بالقصور والفساد في الاستدلال.

(الطعن رقم ٦٧٣٦ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ٢٠١٠)

* * *

المطلات المنحرفة

النص التشريعي (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 ليبي 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 مضايقة 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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٦- ص ٧٠.

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^(١).

٢- المطل المنحرف هو الذي لا يسمح بنظر ملك الجار الا بالالتفات الي اليمين الي الشمال أو بالانحناء الي الخارج، وبعبارة أخرى هو الذي لا يمكن التطلع منه الي ملك الجار الا بالأنحراف 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.

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^(٢).

(١) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد علي عرفه - المرجع السابق - ص ٣٣٩ و ٣٤٠.

(٢) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد علي عرفه - المرجع السابق ص ٣٣٩ و ٣٤٠.

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، فتتص المادة ٨٢٠ مدني علي أنه " لا يجوز أن يكون للجار مطل منحرف علي مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا 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^(١).

٤- إذا كان المطل منحرفاً، فلا يجوز أن يكون للجار علي جاره مطل منحرف علي مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل، ويرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف علي العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام (م ٨٢٠ مدني).

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٩ و ١٣٠.

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 مطالاً 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^(١).

يدل نص المواد ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١ من القانون المدني على أن المشرع حرص على تقييد حق المالك في فتح مطلان 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 سنتيمتراً ويرتفع قيد المسافة عن كل مطل يفتح 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 قامة 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 مواجهاً أم منحرفاً تعد من مسائل القانون التي تنبسط 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 تسبيب الحكم يعجز محكمة

(١) الحقوق العينية الصلوية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٧٨.

النقض عن مراقبة تطبيق القانون، لما كان ذلك وكان تقرير الخبير الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه وإنة عمد قضائه لم يستظهر ماهية الفتحات التى 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 فى التسبيب.

(الطعن ٣٣١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٨ س ٤١ ص ٧١٦)

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 فى 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 غير أن هذا الحظر لا يسرى على المناور وهي الفتحات التى تعلو قاعدتها قامة 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)

• **المطل المنحرف :** سبق أن أشرنا عند التمييز بين المطل المواجه والمطل المنحرف، أن المطل المنحرف هو الذى لا يمكن من النظر أو الإطلال إلا فى خط منحرف غير عمودى على ملك الجار مما يستلزم الانحناء أو التلف فى اتجاهه فالمطل المنحرف يفرض وجود ملك يكون حده زاوية مع حائط الملك الذى به الفتحات أو وجود ملك على مسافة بعيدة من الفتحات فلا يمكن رؤيته منها إلا بالانحناء إلى خارجها، فإذا كان العقاران يقعان على خط مستقيم واحد فلا توجد بينهما مطلات مواجهة ولكن يمكن فى هذه احالة وجود مطل منحرف وحينئذ يلتزم صاحبه بقيد المسافة (أنور طلبه ص ٣١١)

• **قيد المسافة فى المطل المنحرف :** لقد نصت المادة ٨٢٠ مدنى على أنه " لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل إلخ "، مفاده أن الجار إذا أراد فتح مطلاً منحرفاً على جاره لا بد أن يراعى أن يكون المسافة من حرفة إلى الخط الفاصل ما بين العقارين ا تقل عن خمسين سنتيمتراً فإن كانت أقل ولو بسنتيمتر واحد كان المطل غير قانونى وتعين سده أو تصحيحه متى كان داخلياً أما أن كان على طريق عام فيسقط قيد المسافة، وقد راعى المشرع فى تحديد هذه المسافة أن المط المنحرف هو أقل مضايقة لجار من المطل المواجه فأنقص قيد المسافة إلى نصف متر، ويخضع المطل المنحرف لقيد المسافة إن م يكن مواجهاً لطريق العام، كما لو كان العقاران يطلان على طريق خاص يفصل بينهما، أو كان المطل فتح بمنور ملاصق لملك الجار بحيث يمكن الإطلال منه على هذا الملك، كما لو كان المنور الذى به المطل مجاوراً لمنور لجار به بدوره مطلات مواجهة أو منحرفة، فإن لم يكن لجار منور مجاور لقيامه بالبناء على الحد الفاصل، فإن المطل

المنحرف لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار، ومع ذلك لا يسقط قيد المسافة، حتى إذا ما أراد صاحب هذا الملك تعدياً بنائه أو إقامة بناء جديد به منهور مجاور، لا يتمتع عليه ذلك بسبب عدم التزام جاره بقيد المسافة، والمنور المعنى في هذه الحالة، هو المساحة التي تترك بدون بناء بقصد السماح للضوء بالوصول للمبنى . فإن كان المنور المنحرف، يعتبر مطالاً مواجهاً لطريق العام، فلا يخضع لقيد المسافة، وبالتالي يجوز فتحة على الحد الفاصل، لكن إذا كان المطل مواجهاً لملك الجار وفي نفس الوقت يعتبر مطالاً منحرفاً بالنسبة للطريق العام، فإنه يخضع قيد المسافة (أنور طلبه ص ٣١٢)

• الأحكام التي تسري على المطلات المنحرفة : فيما عدا تعريف المطل

وقيد المسافة فإن المطل المنحرف يشترط مع المطل المواجه في جميع الأحكام والتي أوضحناها في التعليق على المادة السابقة .

وقد قضت محكمة النقض بأن: " من المقرر أنه إذا كانت الفتحات مطلة

مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهي مطلات مقابلة لا منحرفة أن هذه هي التي لا تسمح بنظر ملك الجار إلا بالاتفات منها إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج وإذن فلا شك أن لذلك الجار الحق في سد تلك الفتحات لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما استخلصه من الثابت بالأوراق وبتقرير الخبير من أن الفتحات محل النزاع التي أجراها الطاعن بمنزله الملاصق لمنزل وأرض المطعون ضدها تظل مباشرة على ملكها عند الحد الفاصل بين العقارين دون ترك المسافات المقررة قانوناً وإنها لذلك تعد مطلات مقابلة للمطعون ضدها وليست مواجهة للطريق العام ومن ثم فإن الطاعن بإقامته لها قد

اعتدى على حق مشروع للمطعون ضدها وإذ أنها وقد أقامت على أرضها منزلاً وتركت جزءاً منها كمر خاص لها كان من حقها إلزام جارها - الطاعن - بالقيود التي ترد على حق الملكية، وإذ كان الثابت فضلاً عن ذلك أن ترخيص البناء الصادر للطاعن قد منعه من فتح تلك المطلات فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى من كل ذلك إلى القضاء للمطعون ضدها بسد المطلات فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعى عليه على غير أساس " (نقض ١٩٨٣/٥/٣ طعن ١٨٣٩ س ٤٩ق) وبأنه " إذا كانت الفتحات مظلة مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهي مطلات مقابلة لا منحرفة لأن هذه هي التي لا تسمح بنظر ملك الجار إلا بالالتفات منها إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج، وإذن فلا شك أن لذلك الجار الحق في سد تلك الفتحات " (نقض ١٩٤٤/١١/٢ ج ١ في ١٥ سنة ص ١١٦)

من أحكام القضاء:

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 سنتيمتراً، 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 ٠٨ / ٠١ / ٢٠٠٢)

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 الذى 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 فى 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 فى 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 ٠٦ / ٠١ / ٢٠٠٤)

* * *

المناور

النص التشريعي (مادة ٨٢١) :

لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا 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 ليبي 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،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٧١.

فلا يجوز الاطلاع 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 قمة الانسان حتي لا يستطيع الاطلاع منه، فيمكن أن يكون علي ارتفاع مترين مثلاً، ولكن لا يجوز أن يكون علي ارتفاع ١.٧٥ متراً فقط، اذن أن قمة 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 قمة الانسان المعتادة، فهي منور معدة لنفاذ النور ولمرور الهواء دون الاطلاع منه، فلا تراعي فيه 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 معداً للنور والهواء دون الاطلاع، 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 بفتحه 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 للأنارة ولا لمرور الهواء. وليس لصاحب المنور أن يعترض علي ذلك أو أن يطلب هدم الذي أقامه الجار في ملكه، إذ هو لم يكسب حقاً قبل الجار بفتحه 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 بالتقادم، فهو إنما أتي رخصة من المباحات، وإتيان الرخصة لا يصلح أساساً للحيازة ولا للتملك بالتقادم المكسب.

ونري من ذلك أن المالك، إذا فتح منوراً في حائطاً أقامه، يحسن به أن يبتعد بالحائط عن الخط الفاصل ما بين العقارين لمسافة كافية لبقاء المنور صالحاً للغرض المقصود وهو الأنارة والتهوية، حتي لو بني جاره حائطاً علي الخط الفاصل فيما بعد، فإن المنور يكون في هذه الحالة بعيداً عن حائط الجار بعداً كافياً يبقي علي صلاحيته كمنور.

وإذ كان المنور غير مستوف لشروط الارتفاع الواجب بأن كان مفتوحاً مثلاً علي ارتفاع ١.٧٥ أو علي ارتفاع أقل من أرضية الحائط فإنه يعتبر في القانون المصري مطالاً 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 الاطلاع، وأن الفتحة لا تستعمل فعلاً للاطلاع. 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 قامة الانسان وهو ما يحول دون الاطلاع منها أو احتمال القاء الأشياء من خلالها علي ملك الجار. وقد اكتفي المشرع عندنا بأن يشترط أن تعلو قاعدة المناور عن قامة 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، مقرر بوجوب أن تفتح علي بعد ٢٦٠ سنتيمترا من أرض الحجرات الكائنة في الدور الأرضي، وعلي بعد ١٩٠ سنتيمترا في الأدوار العلوية).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٢٨٧ وما بعدها.

ويلاحظ أنه في حالة ما إذا لم يكن مستوي ارتفاع الأملاك المتجاورة واحداً، فإنه 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 إلا من حيث ارتفاعها عن أرض الحجرة المراد انارتها، فيكون للمالك أن يختار الحجم المناسب لها طولاً 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 محدثاً بأن يستعملها فيما أعدت له فقط وهو ادخال النور ومرور الهواء. ولذلك يصبح من حق الجار أن يطلب سد هذه المناور لتفادي 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 تقدم 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 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، فاذا انتقت من هذه الظروف شبهة التسامح وكانت مدة التقادم قد استكملت اكتسب صاحب المنور ارتفاقاً 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 بينيه 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 مطلقاً 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).

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٤٠ وما بعدها.

فاذا فتح المالك مناوَر علي الارتفاع القانوني وبشكل لا يمكن منه الاطلاع علي العقار المجاور، لم يكن للجار الاعتراض عليها وطلب سدها لانقضاء 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 بالنقادم. 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 المناوَر 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 الارتفاق القانوني، لما أنطوي عليه من اعتداء علي ملكه. أما إذا سكت علي ذلك وانتفت مظنه التسامح من جانبه ومضت مدة خمس عشرة سنة من يوم انتسائها أمكن كسب الحق فيها بالنقادم كحقوق ارتفاق شأنها شأن المطلات^(١).

٤- المناوَر هي منافذ الضوء والهواء تفتح في الحوائط ولا تسمح بالاطلاع علي ملك الجار (م ٨٢١ مدني). ومن نص المادة ٨٢١ مدني يظهر أن القانون لا يفرض علي فتح المناوَر أية قيود، فلا يستلزم ترك مسافة بينها وبين حدود ملك الجار، فيستطيع المالك أن يفتح منوراً في الحائط الذي يبينه علي حدود ملكه مع الجار، ولكن 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

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ١٢٦ و ١٢٧.

له طلب سد المناور، ولكن ليس معني هذا أنه يلتزم بأبقائها مفتوحة إذا تعارض ذلك مع انتفاعه بملكه، اذ 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 الاطلال منه علي الجار (معتلياً ما يمكنه من ذلك) أولقاء المخلفات منه، اذ يجوز حينئذ للجار أن يطلب اغلاقه 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 شئ، 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 منوراً فليس لجاره أن يطلب منه سده. لكن إذا أساء المالك استعمال المنور كأن اعتاد النظر منه الي ملك الجار باعتراء 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).

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص ١٠٨ و ١٠٩.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٩٣ و ٩٤.

٦- المنور هو الفتحة التي تعلو قاعدتها عن قمة 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 قمة الانسان المعتادة، كانت الفتحة مطلاً، وإذا كان الارتفاع يعلو هذه القيمة اعتبرت الفتحة منوراً، وتقديرها ما هي قمة 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 مضي علي فتح المنور أكثر من خمس عشرة سنة، ذلك أن المالك الذي يفتح منوراً يستعمل رخصة مقررلة 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 الإطلاع. وتبعاً لذلك فإنها ترتفع عن قمة الإنسان العادية بحيث لا يمكن منها الإطلاع. فإذا قل ارتفاع قاعدة احدي الفتحات عن قمة الإنسان العادية اعتبرت مطلاً، ووجب أن يراعي عندئذ القيود المتعلقة بالمسافة.

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز) - للدكتور محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٥٣.

ولا يكتسب صاحب المنور حقاً علي العقار المجاور، فهو بفتحه المناور 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.

• **المناور :** يقصد بالمناور الفتحات التي يراد عن طريقها مجرد تمرير الضوء والهواء لا السماح بالنظر والإطلال على الخارج . وطبيعي أن مثل هذا النوع من الفتحات لا يؤدي الجار أو يجرح هدوء وحرية الشخصية داخل ملكه ما دام لا يسمح بالإطلال عليه . ولذلك فلا ضرر من فتحها في بناء مقام على حافة الحد الفاصل بين الملكين، دون التقيد في شأنها بمسافة معينة، ولكن يجب أن يكون مفهوما ضرورة اقتصارها على تحقيق الغرض المقصود منها بأن يكون موضع فتحها مرتفعاً لا يبلغه الإنسان للنظر منه، وقد قضت بذلك المادة ٨٢١ من التقنين المدني بقولها " لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور (حسن كيرة ص ١١٨) ونخلص مما تقدم أن المنور لا يشترط في فتحه أية مسافة كما تشترط مسافات معينة بالنسبة إلى فتح المطل سبق بيانها، وكل ما يشترط في المنور هو أن يكون على ارتفاع معين وألا يستعمل إلا لنفاذ النور ومرور الهواء، فلا يجوز الإطلال منه على العقار المجاور، وللمنور الذي استوفى هذه الشرائط حكم في القانون يختلف عن حكم المنور الذي لم يستوفها " (السنهوري ص ٧٤١).

• القيد فى المناور فى الإرتفاع لا فى المسافة : لا يقيد القانون المصرى

المناور بمسافات معينة كما قيد المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة . حيث نصت المادة (٨٢١) على أنه " لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ... إلخ " فيجوز إذن فتح المناور فى الحيطان على أية مسافة، بل يجوز أن يقيم المالك حائطاً على الخط الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور ويفتح فيه ما يشاء من المناور، والقيد الوحيد للمنور، فى القانون المصرى هو أن يكون ارتفاعه فوق قمة الإنسان المعتادة حتى لا يستطيع الإطلال منه، فيمكن أن يكون على ارتفاع مترين مثلاً أو على ارتفاع ١.٩ متراً كما هو الأمر فى القانون الفرنسى، ولكن لا يجوز أن يكون على ارتفاع ١.٧٥ متراً فقط إذ أن قمة الإنسان المعتادة تصل إلى هذا الطول (السنهورى ص ٧٤٢) ومتى استوفى المنور هذا القيد فإنه لا يجوز للجار طلب سده، فالمنور يعتبر رخصة من المباحات فتجيز لصاحبها الإستمرار فى انتفاعه بالمنور ولا تحول دون الجار واقامة بناء على الخط الفاصل ما بين ملكه وملك الجار صاحب المنور ولو أدى ذلك لسد المنور دون أن يكون للأخير أن يعترض على ذلك مهما طالّت المدة على وجود المنور، إذ أن اتيان الرخص لا يصلح أساساً للحيازة ولا لتملك بالتقادم المكسب م ٩٤٩، ولذلك يحسن ترك مسافة حتى تبقى المناور تؤدى وظيفتها إذا أقام الجار بناء، ولكن إذا أساء صاحب المنور هذه الرخصة بأن اعتلى شيئاً للإطلال على الجار أو القى قاذورات عليه، فإنه يكون بذلك قد تجاوز الغرض من إقامة المنور وتعين سده (أنور طلبه ص ٣١٤).

وقد قضت محكمة الإستئناف مصر بأنه : " إذا كان ارتفاع الفتحة عن

سطح الغرفة بمقدار يعلو عن قمة الرجل العادى بحيث لا يتسنى الإطلال

منها على الجار، فإنه يعتبر بمثابة منور لا مطل " (إستئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماه ٢١ رقم ٢٢٧ س ٧٤٢).

وإذا فتحت المناور على ارتفاع أقل من قامة الإنسان المعتادة، فيجوز للجار الاعتراض عليها أو المطالبة بسند الجزء السفلى منها بما يمنع الإطلال من خلاها، ولكن إذا استمرت المناور مفتوحة على هذا الوضع المخالف للقانون المدة القانونية، ولم توجد مظنة عفو أو تسامح من جانب الجار في شأنها اعتبرت من قبيل المطلات واكتسب بالتقادم ارتفاق بها على ملك الجار (حسن كيرة ص ١١٩).

من أحكام القضاء:

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 الأولى ليست إلا مناور لا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها علي العقار المجاور، فهي بهذا الوصف تتدرج 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 النعى علياً بالقصور في هذا الخصوص علي غير أساس.
(نقض- جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٠- مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاما)- الجزء ١- ص ٥٦٣)

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 اذ قضي بإلزام الطاعن برفع قاعدة الفتحات- موضوع الدعوي- إلي العلو المشار إليه استناداً الي ما جاء بقرار الخبير، فانه 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 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 سائلة الذكر، وإنما يفصله عنها من الناحية القبلية أرض فضاء وشارع بعرض عشرة أمتار- فانه 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)

* * *

قيود إنشاء المصانع والآبار والمحال المقلقة للراحة

النص التشريعي (مادة ٨٢٢) :

المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب ان 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 :

وقد ورد هذا النص فى المادة ١١٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٣ فى المشروع النهائى ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٩١ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٢ - ص ٧٣).

رأى الفقه :

١- نص المادة ٨٢٢ مدني تطبيق مباشر لما سبق أن قرره 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، اذ هي تدخل في مباحث القانون الإداري.

فيتقيد 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 تتحتم 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 والمراجل البخارية)^(١).

• المسافات التي يجب مراعاتها في إنشاء المصانع والأبار والآلات التجارية

وجميع المجال المضرة بالجيران؛ لقد أوجبت المادة ٨٢٢ من القانون المدني إنشاء المصانع والأبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران على المسافات البينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها ونلاحظ أن نص

(١) تراجع هذه القوانين وأمثالها في كتابنا (التشريعات الجنائية الخاصة) - طبعة ٣ - ١٩٨٠، والوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٦٤٣ وما بعدها.

المادة ٨٢٢ تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة ٨٠٦ مدنى فيما رأينا من وجوب أن يراعى المالك فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمواسم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة المتعلقة بالمصلحة العامة، وقد خص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران، ويمكن إجمالها فيما يسمى بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . وهناك قيود أخرى كثيرة ترد على حق الملكية للمصلحة العامة، قررتها القوانين والمراسيم واللوائح، وليس هنا مقام حصر هذه القيود، إذ هى تدخل فى مباحث القانون الإدارى . وقد مر بنا بعض من هذه القيود فى مواطن متفرقة، منها حقوق الارتفاق الإدارية ونزع الملكية للمنفعة العامة، والإستيلاء المؤقت والحراسة والتأمين . ونقتصر هنا على استعراض بعض القيود الأخرى المقررة للمصلحة العام فى إيجاز تام فنتناول أولا ما عرضت له المادة ٨٢٢ مدنى سالف الذكر من القيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة وتركيب الآلات البخارية . فبالنسبة للحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة : يتقيد ملاك المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة فى إنشاء محل من هذه المحال أو تشغيله، بوجوب الحصول على رخصة من جهة الإدارة تعطى للمالك مقدما، وتجب الرخصة أيضا فيما إذا نقل المحل من مكان إلى مكان آخر، أو أحدث فى المحل تغيير من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلا كلياً يتعلق بالراحة والصحة وبالأمن العام (السنهورى ص ٦٠١) وتتص المادة الأولى من القانون رقم ٤٥٣ سنة ١٩٥٤ بشأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، على أن تسرى أحكام هذا القانون على

المحال المنصوص عليها في الجداول الملحق بهذا القانون سواء كانت منشأة من البناء أو الخشب أو الألواح المعدنية أو أية مادة بناء أخرى أو في أرض فضاء أو في العائمات أو على أية وسيلة من وسائل النقل البرى أو النهري أو البحرى ولوزير الشؤون الاجتماعية بقرار يصدر منه أن تعين الأحياء أو المناطق التى يحظر فيها إقامة هذه المحال أو نوع منها . ونصت المادة الثانية منه على أنه لا يجوز إقامة أى محل تسرى عليه أحكام هذا القانون أو إدارته إلا بترخيص بذلك، وكل محل يقام أو يدار بدون ترخيص يغلق بالطريق الإدارى أو بضبط إذا كان الاغلاق متعذراً . ونصت المادة الرابعة منه على أن يعلن الطالب بالموافقة على موقع المحل أو رفضه فى ميعاد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ دفع رسوم المعاينة، وفى حالة الموافقة يعلن الطالب بالاشتراطات الواجب توافرها فى المحل . وقد وضع المشروع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها فى إنشاء هذه المحال، وهدف منها إلى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته، وقد قضت محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة فى هذا الصدد بأن الأهداف التى يهدف إليها المشروع فى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة (ألغى بالقانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن المحال الصناعية والتجارية م ٢٦) وفى اللائحة الموافقة لهذا القانون، وفى الاشتراطات والمواصفات التى تتحتم مراعاتها فى إنشاء هذه المحلات، إنما تنحصر فى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته ويترتب على ذلك أن استعمال الحق المخول بمقتضى المادة الأول من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ لجهة الإدارة فى قبول أو رفض الترخيص فى إنشاء هذه المحلات تبعا لما تراه

من ملاعمة أو عدم ملاعمة واقعها يجب أن يكون منوطا بتوخى الأغراض التى منحت من أجلها هذا الحق، فإذا ما انحرفت جهة الإدارة فى استعمال عن هذه الأغراض، وكان رائدها فى تصرفها تحقيق غاية أخرى لا تمت هذه الأغراض بسبب، فإن قرارها فى هذا الشأن يكون مخالفا للقانون مشوبا بإساءة استعمال السلطة وبالتالي يكون واجب الإلغاء . وإلى جانب الرخصة سالفة الذكر يجب على كل مالك لأحد هذه المحال أن يتبع أوامر جهة الإدارة وللجهة المذكورة الحق فى أى وقت أن تقرر ما تراه ضروريا من الأحكام والإجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحل الداخلية والآلات المستعملة فيها، وكيفية التشغيل، والساعات التى يمكن العمل فيها، حرصا على الذين يترددون إليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها، وبالنسبة للآلات التجارية : وفقا للأمر العالى المؤرخ ١٩٠٠/١١/٥ المعدل بالقانون ٨٩ لسنة ١٩٣٧ فإنه يجب لتركيب آلة بخارية أو مرجل "قران" أو نقلها أو تعديل كيفية تشغيلها الحصول على ترخيص بذلك، وكذلك الشأن فى الآلات البخارية المستعملة فى الرى وفقا للقانون ٦٨ لسنة ١٩٥٣ . يدل ذلك على التزام الجهة الإدارية المختصة بإصدار تراخيص المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران، سواء تعق الضرر بالصحة العامة أو إقلاق لراحة ، أن تلتزم المسافات التى تفصل بين تلك المحا والأماكن السكنية وأن تراعى فيها الإشتراطات التى نص عليها القانون . ومتى صدر الترخيص، فلا يجوز الغاؤه إلا وفقا للمادة ١٥ من القانون سالف البيان، فإن لم يصدر الترخيص، جاز غلق المحل بالطريق الإدارى، ويتوافر الخطأ التقصيرى

بالإضرار بالجيران، سواء كان المحل مرخصاً به أو غير مرخص، وينعقد الاختصاص بدعوى التعويض القضاء العادي (أنور طلبه ص ٣١٨)

من أحكام القضاء:

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 / ١٠ / 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 ملابس 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 ٤ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٠٢/٠٣)

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"، وتنص 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 ٢٠٠١ / ٠٢ / ٠٧)

* * *

الشرط المانع من التصرف

النص التشريعي (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 للغير.

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 :

وقد ورد هذا النص في المادة ١١٩١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال أو بمنع الإيضاء به، 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 أو المتصرف إليه أو للغير، ٣- وقد تكون المدة المعقولة مدي حياة المتصرف، أو المتصرف، أو المتصرف إليه أو للغير، وفي لجنة المراجعة عدل النص، فأصبح مطابقاً لما أستقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٨٩٤ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨١٢ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٣، ص ٧٥).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدي أنه: " عرض المشروع

لشروط المانع من التصرف في نصين لا نظير لهما في التقنين الحالي، وقد قنن المشروع أحكام القضاء المصري في هذا الموضوع، فالشروط 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 طوال 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 طيشه بالشروط المانع من التصرف، ويجب أيضاً لصحة الشرط المانع، أن يكون لمدة معقولة، قد تكون مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، ولكن لا يصح تأييد هذا الشرط، ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت إليه فإذا لم يتوافر هذان الشرطان، كان الشرط المانع من التصرف باطلاً، ويكون التصرف الذي إشتل على هذا الشرط باطلاً أيضاً إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلى هذا التصرف، أما إذا كان التصرف تبرعاً، ولم يكن الشرط المانع هو الدافع صح التبرع ولغا الشرط (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٧٦).

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 إلا 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 ٢/٨٢٣ 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 باعاً 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 الي 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 التأييد 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 التأييد، من شأنه أن يؤدي الي

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٠٥ وما بعدها.

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 للآداب أو النظام العام...". ولما كان شرط المنع من التصرف المؤبد مخالفاً للنظام العام، فانه يمنع من قيام التصرف الذي يقتدر به.

فمن الخطأ إذن الحكم ببطلان الشرط ونفاذ التصرف، لأن هذا الشرط يعد من قبيل الشروط الدافعة للالتزام، فبطلانه يستتبع دائماً بطلان التصرف المقترن به، سواء أكان هذا التصرف معاوضة أم تبرعاً^(١).

٣- متي كان شرط مانع من التصرف صحيحاً، كان الشيء 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 الي احتمال إخراجة من ذمته كالرهن مثلاً. أما الحقوق العينية الأخرى التي لا تؤدي إلي هذه النتيجة، ويرى الدكتور عبد المنعم البدر اوي أن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تقريرها، ذلك أن المنع وارد علي 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 علي المال حق ارتفاق أو حق انتفاع ما لم يكن المنع قد امتد إلي هذه الحقوق بصريح العقد أو الوصية. فالشرط تحكم كونه استثناء يجب التضييق في تفسيره.

ويترتب أيضاً علي شرط المنع من التصرف عدم جواز الحجز علي المال، فهو يخرج بحكم المنع عن سلطان الدائنين، ذلك أن الحجز يؤدي

(١) حق الملكية - ١- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٣٥٧ وما بعدها.

الي التصرف في العين. فإذا كان الحجز ممكناً استطاع المتصرف إليه أن يجعل الشرط لغوا بأن يستدين ثم يترك الدائن ينفذ علي الشيء وينزع ملكيته. فالمنع من التصرف يستتبع بالضرورة عدم جواز الحجز وان كان العكس غير صحيح.

ولكن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تملك الشيء بالتقادم لأن التقادم يتم رغم ارادة مالك الشيء^(١).

٤- إذا افترضنا قيام شرط المنع من التصرف صحيحاً فمن اللازم أن نبدأ في تحديد آثاره ببيان مضمون هذا الشرط، أي تحديد نطاق المنع الذي يترتب عليه قبل محاولة تحديد طبيعة هذا المنع أو الجزاء الذي يترتب علي مخالفته.

والشرط بما يقتضيه من منع التصرف يعني حرمان المالك من نقل ملكية الشيء أو نقل ملكية جزء منه الي الغير بعوض أو بغير عوض، كما يعني حرمانه من التصرفات التي، وان لم تكن ناقلة للملكية، فهي تؤدي الي 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 علي الشيء الممنوع الصرف فيه، علي أساس أن ترتيب هذه الحقوق تصرف جزئي، وأن اطلاق 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، وعلي ذلك لا يشمل المنع من التصرف.

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص ٨٧ وما بعدها.

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 ليخصه 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 الإرادي، بل يتحقق انتقالها بالوفاة، وهي واقعة طبيعية لا تدخل في معنى التصرف الذي يشمل المنع، ولكن البعض الآخر يذهب إلى أن الغاية من اشتراط الامتناع عن التصرف على 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، إلى حالات انتقال الملكية بأسباب غير إرادية كالميراث الذي يترتب على 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 إلى الغير، من مقتضي هذا الالتزام أن يتمتع أيضاً عن التصرف مادياً في الشيء المملوك تحت شرط المنع، فلا يجوز له هدمه إن

كان منزلاً، كما لا يجوز له تغييره أو تغيير استعماله بصورة تؤثر تأثيراً بيناً على قيمته كتحويل أرض الحديقة إلى مقبرة للسيارات أو مكان لجمع القمامة. لوكن مخالفة المالك في هذه الصورة لالتزامه بعدم التصرف المادي، لا تثير تطبيق الجزاء الذي يترتب على مخالفة شرط المنع بتصرف قانوني ناقل للملكية^(١).

٥- إذا كان شرط المنع من التصرف صحيحاً قُيِّرَت عليه أن يتمتع على المالك طوال المدة المحددة في الشرط، نقل ملكية الشيء إلى غيره، بعوض أو بغير عوض. كما يتمتع عليه أن يرهن الشيء لأن الرهن يفقد كل قيمته إذا لم يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ على الشيء المرهون ليستوفي على دينه من ثمنه بالأولوية. والمنع من التصرف يقتضي عدم جواز التنفيذ على الشيء الممنوع التصرف فيه. كما يتمتع على المالك أن ينشئ على 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. أما أعمال الإدارة كتأجير الشيء، فلا أثر لشرط المنع عليها فيجوز للمالك أن يباشرها وتعتبر صحيحة.

وواضح مما سبق أن الذي يتمتع 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 بدهاء دون نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة. ويرى بعض الشراح أن شرط المنع لا يحول دون نقل الملكية بالوصية رغم أن الوصية عمل

(١) حق الملكية- للدكتور جميل الشرفاوي- المرجع السابق- ص ٤٩ وما بعدها

اداري من جانب المالك الممنوع من التصرف وذلك علي أساس أن انتقال الملكية بمقتضي الوصية لا يتحقق إلا بموت المالك مما يفترض خروج الشئ 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^(١) إلي أن شرط المنع لا يحرم المالك الا من نقل الملكية أو انشاء 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. ويرى الدكتور منصور مصطفى منصور^(٢) أن الغرض الذي يراد تحقيقه من شرط المنع قد يقتضي منع الوصية، كما لو وهب شخص لآخر مالاً وحتى يحتفظ به مدي حياته لينتقل بعد وفاته الي أولاده اشترط عليه عدم التصرف في هذا المال مدي الحياة، أي حياة المشتري عليه، فتصحح الوصية في مثل هذه الحالة قد يؤدي الي تفويت 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

(١) الحقوق العينية الأصلية- للدكتور عبد المنعم البدر اوي- ٧٣- ص ٩٢.

(٢) حق الملكية- للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٩٧ وما بعدها.

تطبيقاً نظرية الحلول العيني. وحتى إذا ورد شرط المنع من التصرف مطلقاً، أي لم يذكر فيه شيء عن الاستبدال واقتضت الضرورة أو المصلحة التصرف في الشيء، 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^(١).

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 مشروطاً ومشروطاً عليه في الوقت ذاته، في حين أن القانون في تنظيمه للشرط المانع يفترض وجود شخصين أحدهما المشروط وقد سماه القانون المتصرف، والآخر المشروط 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 الشيء 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) 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 مثالاً 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 مالكاً من قبل، ثم يبرم عقد يتضمن منعه من التصرف، كأن يبرم عقد وعد بالبيع، ويشترط الموعود له علي الواعد ألا يتصرف في الشئ الموعود ببيعه طول المدة المحددة للوعد، وذلك ضماناً لبقاء هذا الشئ في ملك الواعد عندما يظهر الموعود

(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.

له رغبته في الشراء، فهنا الشئ 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 الشئ 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. وإذا أنشأت حقاً للغير حيث يكون هذا الغير صاحب المصلحة من الشرط فان الملزم لن يكون هو صاحب هذه الارادة بل هو شخص آخر.

(ب) وإذا 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.

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 فغالباً 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 مثلاً للتصرف الانفرادي وأ،ها ليست صورته الوحيدة التي يجوز أن تتضمن شرطاً مانعاً، ولذلك يعتقد يصحة الوعد بجائزة الموجه للجمهور، 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، فاذا 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 بوجود أن يكون العقد المتضمن المنع هو الذي نقل الملكية الي الشخص الممنوع، وذلك لأن القانون قد عبر عن المشتراط 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 دائنه 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 يتمتع بمقتضاه علي الراهن أن يتصرف في المال المرهون، فعقد الرهن ليس ناقلاً للملكية بل هو منشئ فقط لحق عيني تبعي 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 لتنبيه 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 مرتتهن حماية له. وأخيراً فان مصلحة الدائن المرتتهن 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 الأجدر بالحماية.

فلكل هذه الأسباب يري الدكتور محمد عمران أن إيراد الشرط المانع من التصرف ضمن عقد رهن يقع غير صحيح.

• **الشرط المانع من التصرف:** المقصود بالشرط المانع من التصرف هو شرط في عقد أو وصية فيمنع المالك من التصرف في مال معين من أمواله وإذا كان الشرط المانع من التصرف واراد في عقد، فيستوى أن يكون هذا العقد من عقود التبرعات أو من عقود المعاوضات، ولكن الغالب أن يرد مثل هذا الشرط في عقد من عقود التبرعات، فظراً لأن مجرد

الشخص عن ماله دون مقابل يجعله سلطة فرض هذا الشرط وحمل المتبرع له على قبوله مادام قد ملكه الشئ المتبرع به دون عوض، ومع ذلك، قد يتصور الشرط المانع من التصرف و اراد فى عقد من عقود المعاوضات إذا وجد ما يبرر ايراده فيه كالشروط البائع على المشتري امتناعه عن التصرف فى الشئ المبيع الى حين الوفاء بكامل الثمن زيادة فيما له من ضمان استيفاء باقى الثمن أو اشتراط البائع الذى احتفظ لنفسه بحق الإنتفاع على الشئ المبيع امتناع المشتري عن التصرف فيه طوال بقاء الانتفاع تجنباً لاحتكاك بمالك رقبة آخر غريب، أو اشتراط الدائن المرتهن على المدين الراهن امتناع التصرف فى العقار المرهون حتى حلول أجل الدين، زيادة فى ضمانه وتقاديا للإجراءات الطويلة التى يستلزمها التنفيذ على العقار فى حالة التصرف فيه وتداوله بين أيد متعددة واجتناباً للمخاطر التى قد تصحب استعمال حق التتبع أو تنجم عن تطهير الحائز للعقار، أو اشتراط الموعود له بالبيع على الواعد الامتناع عن التصرف فى الشئ الموعود ضماناً لبقاء هذا الشئ على ملك الواعد إذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء (حسن كيرة ص ١٢٢).

• **شروط صحة المنع من التصرف :** لقد نصت المادة ٨٢٣/١ مدنى على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. يتضح من نص المادة أن هناك شرطان لصحة المنع من التصرف هما:

الشرط الأول : أن يكون الشرط المانع من التصرف مبنياً على باعث مشروع

: إذا كان الأصل هو اعتبار الشرط المانع من التصرف باطلاً وأن تصحيحه هو مجرد خروج على الأصل، فيكون من الطبيعى أن يوجد لمثل

هذا الخروج ما يبرره من باعث مشروع يدفع إلى اشتراط المنع، ومشروعية الباعث - كما هو ظاهر - معيار مرن في يد القاضى يعطيه سلطة واسعة في التقدير تمكنه من الاحاطة والاستجابة لظروف والملابسات العملية المختلفة، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ مدنى سألقة الذكر " ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير " فالمفروض إذن، حتى يكون الباعث مشروعاً، والشرط المانع صحيحاً، أن يكون المتصرف قد قصد بالشرط المانع الذى ضمنه العقد أو الوصية حماية مصلحة مشروعة له هو " أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له، أو مصلحة مشروعة لأجنبى أى للغير .

وقد قضت محكمة النقض بأن: " المادة ٨٢٣ من القانون المدنى لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبناء على باعث المشروع وهى الحدود التى أباح المشرع فى نطاقها الخروج على مبدأ حرية تداول الأموال " (جلسة ١٩٧٧/١/١٩ الطعن رقم ٧ سنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ٢٧٦) وبأنه " شرط المنع من التصرف يصح إذا بنى على مشروع واقتصر على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد المانع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير، وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايته ومدة معقولة المدة المحددة لسريانه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض قد بنى رأية على أسباب سائغة " (جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٢٢٣).

• **مصلحة مشروعة للمتصرف:** قد تكون هناك مصلحة مشروعة للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع، مثل ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلاً لأحد من ذويه، واشترط لنفسه حق الانتفاع أو حق السكنى طول حياته، ولا يريد أن تكون له علاقة في شأن حقه هذا إلا مع من تصرف له، فيعتمد إلى تضمين هبته شرطاً مانعاً من التصرف في المنزل، حتى يطمئن إلى أنه في استعمال حق انتفاعه بالمنزل أو حقه في سكناه لن تكون له علاقة إلا بالموهوب له، إذ يصبح غير جائز هذا أن يتصرف في المنزل طول حياة الواهب (السنهوري ص ٤٧٦).

• **مصلحة مشروعة للمتصرف له:** وكثيراً ما تتحقق هذه المصلحة للمتصرف له فيما إذا وهب شخص أو أوصى لآخر بعقار، ولما كان يعرف أن المتبرع له سئ التدبير ويخشى عليه أن يضيع سفها العقار المتبرع له به، فيعتمد إلى تضمين تبرعه شرطاً بعدم جواز التصرف في هذا العقار . وقد يهب المتصرف العقار لقاصر له ولكنه يخشى من إشرافه فيشترط عدم جواز التصرف في العقار حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيتسلم العقار، ويعهد في الوقت ذاته إلى أمين يتولى إدارة العقار وصرف ريعه على تعليم القاصر حتى يبلغ سن الرشد، وقد أي منع المتصرف المتصرف له من التصرف، ولكن يشترط عليه الإستبدال، فإذا باع المتصرف له العقار الموهوب وجب عليه أن يشتري بثمنه عقاراً آخر، ويبقى هذا العقار الآخر على هذا الشرط إذا باعه الموهوب له اشتري بثمنه عقاراً آخر، وهكذا، والاشتراط على هذا النحو يجمع إلى مزية النظر لمصلحة الموهوب له حتى لا يضيع العين الموهوبة مزية إطلاق يده في التصرف فقد يرى عقاراً أفضل فيبيع العقار الموهوب ليشتريه (السنهوري مرجع سابق).

• **أما المصلحة المشروعة للغير :** فكان يشترط الواهب أو الموصى على الموهوب له أو الموصى له عدم التصرف فى الشئ الموهوب أو الموصى به، ضمانا لوفاته بما الزمه به من إجراء مرتب دورى لصالح شخص آخر معين (حسن كيرة ص ١٢٤).

• **حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا ليس له باعث مشروع :** 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 باطلا، فإذا وهب شخص عقارا لآخر واشترط عليه عدم التصرف فيه، ليمنعه بذلك من القيام بمشروع علمى أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب فى سبيل ذلك، كان الباعث هنا غير مشروع، فهو لا يحقق مصلحة مشروعة لا للواهب ولا للموهوب له ولا للغير، ومن ثم يكون الشرط باطلا، والمفروض أن للشرط المانع باعثاً مشروعاً، إلى أن يثبت المتصرف له أن الباعث غير مشروع ثم ينظر بعد ذلك فى مصير التبرع نفسه فإن كان هذا الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع، كان التبرع باطلا هو أيضا بطلان الشرط المانع، أما إذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع، فإن التبرع يبقى قائما مع بطلان الشرط المانع، ومن ثم يجوز للموهوب له مخالفة الشرط المانع والتصرف فى العقار الموهوب، وليس فى هذا الأحكام إلا تطبيق للقواعد العامة، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : " ويكون التصرف الذى اشتمل على هذا الشرط (الباطل) باطلا أيضاً إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلى هذا التصرف، أما إذا كان التصرف تبرعاً ولم يكن الشرط المانع هو الدافع صح التبرع

ولغا الشرط. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٩٩ - إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧١) ومن الفقهاء من يذهب إلى بطلان التصرف المتضمن للشرط المانع غير المشروع في جميع الأحوال (محمد على عرفة فقرة ٢٧٧) مستنداً في ذلك أن الشرط المانع غير مشروع وقد علق عليه انتصرف (م ٢٦ مدنى) وواضح أن الشرط المانع فيما نحن بصدده ليس شرطاً وإنما هو تكليف يدخل في بنية التصرف ذاته، فيلغى وحده إذا لم يكن هو الدافع إلى التبرع (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ هامش ١)

الشرط الثانى : المدة المعقولة : لا يكفى أن يبنى الشرط المانع على باعث مشروع بل يجب أيضاً أن يكون المنع لمدة معقولة، فالمنع المؤبد أو المدة غير معقولة يكون باطلاً، حتى لا تخرج العين من دائرة التعامل وهو ما يتعلق بالنظام العام، ويبقى التصرف حينئذ صحيحاً ما لم يكن الشرط هو الدافع للتصرف فيبطل التصرف والشرط معاً، ولذلك يجب أن يكون الشرط المانع مؤقتاً ولمدة معقولة، فإن كان مؤقتاً ولمدة غير معقولة بطل الشرط وهذه مسألة تختلف من واقعة إلى أخرى وتتصل بالواقع فيفصل فيها قاضى الموضوع، وقد يكون التوقيت لمدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير ويصح الشرط في هذه الحالة إلا إذا اعتبرت المدة غير معقولة كما إذا كان المنع مدة حياة المتصرف إليه وكان التصرف بيعاً مقسطاً إذا تكون المدة المعقولة هنا هى اللازمة للوفاء بالإقسط ومن ثم يبطل هذا الشرط، وإذا حددت المدة لمدى حياة أى ممن سف وتوفى قبله

الطرف الآخر فى التصرف، ظل للشرط أثره، فإن كان لمدى حياة المتصرف وتوفى المتصرف له انتقلت العين لورثته مثقلة بالشرط المانع، فإن كان لمدى حياة المتصرف له ومات المتصرف فلورثته استعمال حقه فى ابطال التصرف إذا خولف الشرط، وإذا كان لمدى حياة الغير ومات المتصرف له، انتقلت العين لورثته مثقلة بالشرط المانع، ومتى اعتبرت المدة معقولة صح الشرط ولو تجاوزت خمس عشرة سنة (أنور طلبه ص ٣٢٠).

• **الأثر المترتب على قيام الشرط المانع من التصرف :** إذا قام الشرط المانع صحيحاً، أى كان باعثاً لباعث مشروع ولمدة معقولة على النحو الذى بسطناه ترتب على ذلك أن يتمتع التصرف فى العين المتبرع بها طول المدة التى حددت فى الشرط المانع . فلا يجوز للمتصرف له أن يتصرف فى العين بأى نوع من أنواع التصرفات، لا يجوز له أن يبيع العين أو أن يهبها، أو أن يقدمها حصة فى شركة أو ان يقرر عليها حق انتفاع أو حق ارتفاق، أو أن يرهنها رهناً رسمياً أو رهن حيازة، وإذا أخذ دائن للمتصرف له عليها حق اختصاص أو ترتب له حق امتياز، فلا يجوز لهذا الدائن أن يحجز على العين فى أثناء المدة التى يبقى فيها الشرط المانع قائماً (السنهورى) لأن العين غير القابلة للتصرف تكون غير قابلة لحجز عليها وإلا وقع الحجز باطلا ولكن يجوز الإيصاء بها ما لم يتعارض ذلك مع الغرض من الشرط كرجبة المتصرف من انتقال العين إلى ورثة المتصرف إليه من بعده لا لسواء كما يجوز تأجير العين ما لم يمنع الشرط ذلك . وقد يكون الشرط المانع مقصوراً على وجوب استبدال عين أخرى بالعين المتصرف فيها، وفى هذه الحالة يجوز التصرف فى العين، ولكن يلتزم المتصرف له بأن يشتري بثمنها عيناً أخرى، وقد سبقت الإشارة إلى

ذلك كما قد يكون الشرط المانع مقصوراً على وجوب عرض العين، عند الرغبة في التصرف فيها، على شخص معين بالأفضلية على غيره، فيجب قبل التصرف في العين لشخص آخر أن تعرض العين على هذا الشخص المعين حتى إذا رغب في شرائها كانت له الأفضلية على غيره، وقد تقدم بيان ذلك . وحتى يكون الشرط المانع في العقار نافذاً في حق الغير، أى في حق شخص تصرفه من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط، يجب تسجيل الشرط المانع . بالنسبة للعقار ويحدث عملاً تسجي التصرف ذاته ويتضمن الشرط فيحتج به على الغير ولكن يجوز تملك العين بالتقادم الطويل أو الميراث فهاتين واقعتين ماديتين والمحظور هو التصرفات، فلا تكتسب بالتقادم الخمسى أن كانت عقاراً فذلك يتطلب السبب الصحيح وهو التصرف الناقل للملكية، ولا تكتسب بالحيازة أن كانت منقولة فذلك أيضاً يتطلب السبب الصحيح وهو لتصرف الناقل للملكية ومثل هذا التصرف يكون باطلاً مع قيام الشرط المانع. فإن لم يتم تسجيل البيع، ظلت الملكية للمتصرف ولا تنتقل إلى المتصرف إليه، وبالتالي لا يستطيع الأخير نقلها إلى الغير، والعبرة في التصرفات العقارية بما تضمنه العقد المسجل بإعتباره العقد النهائى، فإن جاء الشرط المانع في العقد الابتدائى، ولكن لم يتضمنه العقد النهائى، فإن التصرف يكون خلواً من الشرط المانع، وأن جاء العقد الابتدائى خلواً من الشرط، ولكن إشتل عليه العقد النهائى، فإن الحظر من التصرف يكون قائماً.

• التكييف القانونى للمنع من التصرف وجزاء مخالفته : اختلف الفقه

فى شأن التكييف القانونى لمنع من التصرف اختلافاً كبيراً فذهب بعض الفقهاء إلى أن الشرط المانع من التصرف هو اخراج للشئ الممنوع التصرف فيه من دائرة التعامل (محمد على عرفة ج ١ فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩) يذهب بعض

الفقهاء إلى أن الشرط المانع من التصرف إنما هو حد أو انتقاص من أهلية الشخص الممنوع من التصرف (جوسران فقرة ١٨٥) ويذهب فرق آخر من الفقهاء إلى النظر إلى الممنوع من التصرف بإعتباره التزاما سلبيا واقعا على عاتق الممنوع من التصرف ، بمقتضاه يلتزم المالك بالامتناع عن عمل معين هو التصرف فى الشئ المملوك له طوال مدة معينة (أو يرى ورد ج ١ فقرة ٦٢٨ كولان وكابيتان ولاموراندير ج ١ فقرة ١٠٣٠) وهذه الآراء كلها محل نظر لأن الرأى الأول قد خلط بين أمرين مختلفين تمام الاختلاف فإخراج الشئ عن دائرة التعامل يجعه غير صالح أن يكون محلا للحقوق المالية ، والثابت أن الشئ الممنوع. التصرف فيه ظل رغم المنع محلا لحق ملكية المالك الممنوع من التصرف هذا فضلا عن أن تحديد الأشياء الخارجة عن التعامل - إذا لم تكن كذلك بحسب طبيعتها - لا يكون إلا بحكم القانون ، والثابت أن القانون لم يخرج الأشياء الممنوع التصرف فيها عن دائرة التعامل بدليل أنه ما يزال يعتبرها رغم المنع محلا للحقوق المالية ، وإذا كان قد أعطى الإدارة سلطانا فى تقرير منع التصرف فى هذه الأشياء طوال مدة معينة ، فهذا السلطان محدود بحدود هذا الغرض لا يجاوزه بحال إلى إخراج هذه الأشياء عن طبيعتها بانكار صلاحيتها أن تكون محلا للحقوق المالية. ومثل هذا التكييف يقود إلى اعتبار التصرف الذى يقوم به المالك مخالفا شرط المنع، باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل بخروجه عن دائرة التعامل، ولكن مثل هذا الجزاء لا يتفق مع الغرض المقصود من شرط منع التصرف، إذ البطلان المطلق إنما يجعل لكل ذى مصلحة حق التمسك به، ويفرض على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، ويستعصى - فضلا عن ذلك - على التصحيح بالإجازة، بينما المفروض أن المنع من التصرف إنما يشترط تحقيقا أو حماية لمصلحة

مشروعة لشخص معين مما يستلزم بدهة اعطاء هذا الشخص الحق فى التمسك بهذه الحماية أو النزول عنها واجازة التصرف المبرم مخالفة لشرط المنع إذا شاء. والرأى الثانى القائل بأن شرط المنع من التصرف هو حد أو انتقاص من أهلية اشخص الممنوع من التصرف أيضاً محل نظر لأن المنع من التصرف يختلف اختلافاً كبيراً من الحد من أهلية الأداء لدى الشخص، إذ فى الحالة الثانية أن كان يمتنع على الشخص ناقص الأهلية القيام بتصرف معين ، فإن المنع من ذلك يتصرف إليه وحده دون المنع من التصرف ذاته اطلاقاً فيبقى هذا التصرف ممكناً مباشرته قانوناً ولكن عن طريق شخص آخر غيره هو الولى أو الوصى بنفسه أو بإذن من المحكمة ، بينما فى حالة المنع من التصرف، يكون المنع منصبا على ذات التصرف لا على شخص من يقوم به، ولذلك لا يحتاج الأمر إلى وجود نائب قانونى يقوم بالتصرف نيابة عن المالك الممنوع من التصرف كما هى الحال بالنسبة إلى ناقص الأهلية (غانم ص ٨٢) وعلى أى حال، فمثل هذا التكييف ينتهى بأصحابه إلى اعتبار الذى يجريه المالك الممنوع - بالمخالفة للشرط المانع منه - باطلاً بطلاناً نسبياً ، وقد يكون هذا النوع من الجزاء قريباً من الجزاء المناسب كما سنرى ، ولكن اقامته على أساس من نقص أهلية المالك الممنوع من التصرف هو الذى يستهدف للنقد، ذلك أن الذى تكون له المطالبة بالإبطال فى حالة نقص الأهلية هو ناقص الأهلية أى المالك الممنوع من التصرف فى منطق هذا التكييف، رغم أن من المسلم فى الفقه والقضاء أن حق ابطال التصرف الذى أجرى على خلاف شرط المنع يثبت للمشتراط أو الغير حسب من تقرر الشرط مصلحته منهما (شفيق شحاته ص ١٢٣، حسن كيرة ص ١٢٩) أما الرأى الثالث فهو وإن كان وجيهاً فى مظهره إلا انه غير سليم فى جوهره أو نتائجه على السواء

أما من ناحية جوهر هذا التكليف، فثم تناقض منطقي بين اعتبار المنع من التصرف التزاما بالمعنى الدقيق وبين ما هو مبرر من أن المنع من التصرف قد يكون مشروطاً لمصلحة نفس الممنوع من التصرف في بعض الحالات ، إذ كيف يتأتى منطقاً أن يكون نفس الشخص - وهو المالك الممنوع من التصرف - دائناً ومديناً بنفس الالتزام في آن واحد . وأما من ناحية نتائج هذا التكليف، فهي غير مقبولة لمجاورتها حدود الغرض المقصود من اشتراط منع التصرف، ذلك أن الاخلال من جانب المالك بما عليه من التزام سلبي بالامتناع عن التصرف في ملكه ، يجب أن يستتبع فسخ التصرف الأصلي المتضمن لمثل هذا الالتزام أو الرجوع فيه فإن كان هذا التصرف ناقلاً لملكية الشيء المشترك امتناع التصرف فيه ، يعود الشيء إلى ملك المتصرف المشترك، وإن كان هذا التصرف منشئاً لرهن مثلاً على الشيء المشترك امتناع التصرف فيه لصالح الدائن المرتهن ، يفسخ الرهن ويفقد الدائن المرتهن ضمانه، وواضح أن كل هذه النتائج تنافي الغرض من اشتراط المنع من التصرف الذي يهدف إلى إبقاء الشيء الممنوع التصرف فيه على ملك صاحبه، إذ ليس يقصد بهذا الاشتراط عقلاً إهدار التصرف الأصلي المتضمن للمنع، وإنما المقصود به هو مجرد إهدار كل تصرف يصدر مخالفاً للمنع (حسن كيرة ص ١٢٩، وفي هذا المعنى محمد على عرفة ج ١ فقرة ٢٨١ ص ٣٦٨، شفيق شحاته ص ١٢٩، إسماعيل غانم ص ٨٤) لذلك يذهب جانب كبير من الفقه والقضاء إلى تكليف الشرط المانع من التصرف بأنه عبء أو تكليف عيني ينقل به الشيء الممنوع التصرف فيه تحقيق المصلحة المقصودة بالمنع (منصور مصطفى منصور الرساله السالفة، ص ١٩٠ وحق الملكية ص ١١٢، ١١٣ ومحمد على عرفة ص ٣٦٩) ولكن تعترض هذا التكليف صعوبة منطقية لا يمكن

تجاوزها، ذلك أن فكرة العبء أو التكاليف العينية تفيد اقتطاعاً من سلطات الملكية لصالح شخص آخر غير المالك، بينما قد يكون المنع من التصرف مشروطاً لمصلحة المالك الممنوع، فكيف يستقيم القول إذن بأن الشخص يتقرر له حق أو عبء عيني على ذات ملكه؟ ولو أمكن التسليم جداً باستقامة ذلك ألا يكون من حق المالك حينئذ - وهو في نفس الوقت صاحب العبء أو الحق العيني المقرر على الشيء الذي يملكه - تحرير ملكه من هذا العبء الذي يثقله بالتنازل عنه. كل ذلك يدعو إلى النظر إلى شرط المنع من التصرف على حقيقته من كونه مجرد استثناء أو خروج على ما تخوله الملكية أصلاً للمالك من سلطة التصرف في الشيء، فهو إذن تعديل للنظام العادي الملكية، يعطى القانون للإدارة سلطان تقريره لمدة مؤقتة تحقيقاً لمصلحة مشروعة. ومادام شرط المنع من التصرف مجرد تعديل ارادى استثنائى لنظام الملكية كما يحدده القانون، فيجب أن يكون محكوماً في وجوده وآثاره والجزاء على مخالفته بالأغراض التي حتمت على القانون إعطاء الإرادة مثل هذا السلطان في تعديل نظام قانوني أساسي كنظام الملكية والخروج بذلك على حكم القواعد العامة في هذا الشأن. والقانون لم يترخص في تحويل الإرادة مثل هذا السلطان الاستثنائى في تعديل نظام الملكية وحرمان المالك من سلطته في التصرف مدة مؤقتة معقولة، إلا كفالة لتحقيق المصالح الخاصة المشروعة المقصودة من وراء مثل هذا التعديل أو الحرمان، لذلك يجب أن يلتصق الجزاء على مخالفة هذا التعديل أو الحرمان الإرادى - بوقوع التصرف رغم المنع منه - في حدود هذه الغاية وحدها وبالقدر الذى يتضمن تحقيقها (حسن كبيرة ص ١٣٠ وما بعدها).

استخلاص الشرط المانع من التصرف : يجب على المحكمة أن تنزل

بشرط العقد وصفه الصحيح الذى يتفق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهى بصدد استخلاص طبيعة الشرط، فليس كل شرط يتضمن منعا من التصرف يعتبر شرطاً مانعاً من التصرف، فقد لا يقصد المتعاقدان بالشرط المنع وإنما تحقيق غرض آخر فيكون هذا الغرض هو الغاية من المنع، بحيث إذا تمت مخالفة المنع دون أن يتحقق الغرض منه، فإن التصرف المخالف يكون صحيحاً، ويخضع العقد الذى تضمن الحظر للقواعد العامة فى الفسخ والتعويض، فقد يتفق الشريكان على منع أحدهما من التصرف إلا بعد عرض حصته على شريكه، وحينئذ تكون بصدد وعد بالتفضيل وليس بصدد شرط مانع من التصرف (أنور طلبه ص ٣٢٥)

امتناع التنفيذ على الشئ الممنوع التصرف فيه : إذا كان شرط المنع من

التصرف يمتنع به على المالك التصرف تصرفاً إدارياً فى ملكه طول المدة المشترط فيها المنع فإن ذلك يجب ان يستتبع فى الأصل امتناع التنفيذ على الشئ الممنوع التصرف فيه إذ التنفيذ يؤدى إلى التصرف فى الشئ بطريق غير مباشر ببيعته فى المزاد، فيكون من العبث منع المالك من التصرف المباشر بإرادته من ناحية، وأباحة التصرف بطريق غير مباشر فى نفس الوقت بتمكين الدائنين من التنفيذ على الشئ من ناحية أخرى، فضلاً عن أنه لو أبيع التنفيذ مع امتناع التصرف على المالك لكان من اليسير عليه التحايل على شرط المنع، عن طريق الارتباط قبل الغير بالتزامات جدية أو صورية يمتنع عن الوفاء به، مما يستتبع التنفيذ على الشئ الممنوع التصرف فيه وإخراجه من ذمته. وما دام القصد من اشتراط امتناع التصرف فى الشئ بما يستتبعه من امتناع التنفيذ عليه هو إبقاء هذا الشئ على ملك صاحبه طوال مدة معينة هى المدة المشترط فيها المنع كفالة

لتحقيق مصلحة مشروعة لشخص معين، فلا عبء أذن بتاريخ نشوء الديون التي ينفذ بمقتضاها على الشيء فامتناع التنفيذ تبعاً لامتناع التصرف امتناع مطلق طوال مدة المنع من التصرف، يسرى على الدائنين جميعاً من نشأت حقوقهم قبل اشتراط المنع ومن نشأت حقوقهم بعد على السواء. وإذا كان اشتراط المنع من التصرف يستتبع امتناع التنفيذ على الشيء الممنوع التصرف فيه، فمؤدى ذلك أكان التنفيذ عليه بعد انقضاء المدة المشترط منع التصرف فيها، وبذلك يكون لجميع الدائنين حق التنفيذ على الشيء الذى كان ممنوعاً التصرف فيه بانقضاء المنع، دون تفرقة بين ما إذا كانت حقوقهم قد نشأت وقت مدة المنع أو بعدها (راجع فيما تقدم حسن كيرة ص ١٣٤).

من أحكام القضاء:

- ١- ان شرط المنع من التصرف يصح إذا بني على باعث مشروع واقتصر على 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 على أسباب سائغة.
- ٢- ان المشرع اذ أجاز شرط المنع من التصرف في المادة ٨٣٢ مدني لبيى- ويقبلها تماماً في القانون المصري المادة ٨٢٣ مدني- في مال، وأوجب أن يكون وارداً في عقد أو وصية... فان هذا يدل على أن المشرع لا يحتم على مالك المال، ان يجعل شرط المنع مصحوباً بتصرف ناقل لحق الملكية أو لحق عيني آخر- بل أجاز له الاتفاق على هذا الشرط في عقد يرتب التزامات شخصية.

الملكية وظيفية 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)

* * *

بطلان التصرف المخالف للشرط المانع

النص التشريعي (مادة ٨٢٤) :

إذا كان شرط المانع 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 لبيي 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 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 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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٧٦ و ٧٧

النسبي. أما لو جعل الشرط المانع يقتصر على 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 تلقي 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 تقررته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي صراحة^(١).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٢٤ وما بعدها.

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.

وبناء علي 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 بطلبه 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 تضيع 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 يمتنع 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 علي النص علي 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 والفقه 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

(١) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد علي عرفة - المرجع السابقة - ص ٣٦٦ وما بعدها.

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 لیتقادي 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 البدراوي 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 المشتراط 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 الى 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 للمشتراط نفسه إذ أن له مصلحة أدبية في تنفيذ الشروط، هذا فضلاً عن أنه إذا باع المتصرف إليه

المال فهو لا يستطيع 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 الشراع 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 يبقي 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

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ٩٨ وما بعدها.

بمقتضى الشرط (البدراوي- 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 تقيد 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^(١).

٥- الظاهر من ألفاظ نص المادة ٨٢٤ مدني أن بطلان التصرف المخالف هو بطلان مطلق، وهو ما يتضح من مقارنة عبارة النص: " فكل

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ٦٤ وما بعدها، ورسالته المطبوعة عام ١٩٥٦ - نظرية البطلان في التصرف القانوني - فقرة ٤٠ ص ١١٣ وما بعدها.

تصرف مخالف له يقع باطلاً " 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، اذ 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 فكذلك 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 مقررراً 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.

ويشترط هذا الفقه قائلاً انه 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

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٥٥ وما بعدها.

للغير. والثانية- أنه حين يتقرر الشرط حماية للمتصرف إليه من رعونته وتبذيره- فانه 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 يجرد الشرط من قيمته، لأنه يجعل مصيره بيد من أريد به حمايته، ومن هنا لزم أن يعترف للمشتري- 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،

فانه 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 فان إرادة المشرع واضحة وقاطعة في اعتبار الجزاء 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 اعتبار يصح ليحدد الجزاء حيث يسكت المشرع لا حيث يتكلم. أما القول بان 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، فان الأمر ينتهي عند هذا الحد، اذ لا توجد لأحد آخر مصلحة في طلب البطلان. أما لو توافرت لشخص آخر مصلحة من الشرط، أدبية كانت أو مادية، فانه يستطيع أن يطلب البطلان بالرغم من الإجازة لأن كل ذي مصلحة يستطيع أن يتمسك بالبطلان المطلق.

وترتيباً علي اعتبار جزاء مخالفة الشرط هو البطلان المطلق (السنهوري- ص ٥٢٨، وعرفه- ص ٣٧٠، وكامل مرسي- 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) فانه يكون للمشتراط أن يطلبه في كل الأحوال، اذ 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 قررته 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.

(١) الملكية الخاصة - للدكتور أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٢٩ وما بعدها.

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 للمشتري في هذا الفرض طلب البطلان لما له من مصلحة أدبية.

وإذا كان الشرط مقرراً 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 مقرراً 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.

والراجح 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 باطلاً سواء كانت عدم قابلية المال للتصرف مصدرها القانون مباشرة كالأموال العامة، وحقوق الاستعمال والسكني أو كانت عدم القابلية للتصرف مصدرها الإرادة كما هو الحال بالنسبة للمال موضوع الشرط المانع من التصرف^(١).

(١) الحقوق العينية الأصلية (الموجز) - للدكتور محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٦٦ وما بعدها.

٨- فالتصرف المخالف للشرط المانع - متي 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 يمتنع عليه بمقتضاه أن يبرم تصرفاً مخالفاً للشرط المانع^(١).

• الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف : قد اختلف

الفقهاء بشأن التصرف المخالف شرط المانع من التصرف. فذهب فريق من الفقهاء إلى أن بطلان التصرف المخالف لشرط المانع هو بطلان مطلق استناداً إلى أنه بإستقراء نصوص القانون المدني يتضح أن المشرع يقصد البطلان المطلق عندما ينص على أن يكون التصرف "باطل" وإلى البطلان النسبي عندما ينص على أن يكون التصرف "قابل للإبطال" كما أفصحت المذكرة الإيضاحية عن قصد المشرع ويترتب على ذلك بطلان كل تصرف يصدر مخالفاً للشرط المانع سواء تقرر الشرط مصلحة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير ويكون لكل ذى مصلحة التمسك بهذا البطلان

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٦٦ وما بعدها.

ولمن تلقى التصرف المخالف للشرط أن يتمسك بالبطلان وأنه لا يجوز الالتجاء للشرط الجزائي بسبب مخالفة الشرط المانع فلا يجوز الاتفاق على فسخ التصرف الأصلي أو التعويض وذلك لأن التصرف المخالف للشرط المانع يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً فكأنه لم يقع أصلاً وبالتالي فالضرر منتف عن المتصرف الأصلي فما عليه إلا التمسك بالبطلان، ويظل التصرف الأصلي نافذاً وصحيحاً بينما ذهب البعض الآخر إلى أن بطلان التصرف المخالف هو بطلان بشئ لا يجوز التمسك به إلا لمن تقرر مصلحته، وإذا اقترن العقد المتضمن أعمال هذا الجراء.

• اتجاه محكمة النقض : لقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى القائل

بأن بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو بطلان نسبي وقد قررت ذلك فى أحكامها فقد قضت بأن استقر الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر فى ظل القانون المدنى القديم - الذى لم يتناول الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته - على أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا أقت وكان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة وإذا خولف بعد استيفاء شروط صحته حكم بفسخ الأصلى أو إبطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته، لما كان ذلك، وكان النص فى القانون المدنى الجديد فى المادة ٨٢٣ على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة ". ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " يفيد أن المشرع - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - قد قنن ما أستقر 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 فآثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه وهو ليس بطلاناً مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها " أن الذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة فى ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما " ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ولا محل بعد ذلك للتحدى بما ورد بصدد المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه " بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف " لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذى اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان دون نوعه الذى يتحدد بمذلوله أخذاً بالغاية التى تغياها المشرع منه وهي حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة (نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ طعن ٧٥٠ س ١٤٩) وبأن " النص فى المادتين ١٦ من قانون الإصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ٥٢ والرابعة من القانون ٣ لسنة ١٩٨٦ بشأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعى يدل على أن المجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى أن يعتد بآثار التصرف الحاصل بالمخالفة لنص المادة ١٦ من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ مما لازمه أن البطلان لمخالفة شرط المنع من التصرف ليس مطلقاً بل هو بطلان يتفق والغاية من تقرير المنع وهو حماية المصلحة التى أنشئت الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لرعايتها

ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة لهذه الحماية أو التنازل عنها على الهيئة وحدها، ويمتنع على المنتفع أو ورثته متى باع بالمخالفة لهذا النص أن يتمسك بالبطلان (نقض ١٩٩٣/١٠/٢٦ طعن ٩٥٠ س ٦٢ق) وبأنه "البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني لمخالفة شرط المنع من التصرف - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليس بطلاناً مطلقاً بلا هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها (نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن ١١٨٠ س ٤٩ق)

• الفسخ لمخالفة الشرط المانع من التصرف : إذا كانت المادة ٨٢٤

مدني قد نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف دون أن تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط، فإن هذا لا يمتنع التعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١/١٥٧ مدني، ولما كان إخلال الممنوع من التصرف بشرط العقد الذي منعه من التصرف فإنه يكون قد أخل بالتزام حرص المتصرف أن يتضمنه العقد، وبذلك يكون جوهرياً، يجوز له معه أن يتحلل من التزامه بإسترداد العقار بعدما تأكد عدم تحقق الغاية من التصرف، وقد ساد الخلف قضاء النقض في هذه المسألة، فقضت دوائر بأحقية المتصرف في طلب الفسخ وفقاً للقواعد العامة، بينما ذهب دائرة إلى عدم جواز طلب الفسخ . فقضت بأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة ٨٢٤ من القانون المدني على أنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " يدل - وعلى ما أفصحت عنه

المذكورة الإيضاحية - أن المشرع قد حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ العقد الأصلي عند مخالفة الشرط المانع من التصرف وأثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين في الطعن الثاني - المشتريين في عقد البيع المسجل رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ السوييس - قد خالفا الشرط المانع من التصرف الوارد بالبند الثاني عشر من العقد بيع أرض النزاع إلى الشركة الطاعنة في الطعن الأول بموجب العقد المؤرخ ١٩٨٦/٩/١٧ خلال مدة المنع من التصرف فيها، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو بطلان التصرف اللاحق الصادر للشركة دون فسخ العقد الأصلي طبقاً لنص المادة ٨٢٤ من القانون المدني سالفه الذكر، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بفسخ عقد البيع الأول فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (نقض ١٩٩٥/١٢/١٢ طعن ٩٩٤٢، ٧٣٦٢ س ٦٤ق) كما قضت بأن المقرر " في قضاء هذه المحكمة - أن المادة ٨٢٤ من القانون المدني وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا من طلب فسخ ذلك العقد إستناداً إلى الأحكام العادية المقررة لفسخ في العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة اخلافاً منه باحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني التي تعتبر من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر

العقد متضمنا له ولو خلال من اشتراطه . ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق و الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح" (نقض ١٩٨٩/١١/١٦ طعن ٢٩٠٣ س٥٧ق) وبأنه " المادة ٨٢٤ من القانون المدنى وأن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف لم تتعرض للعقد الأصلى الوارد فيه هذا الشرط، إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذى اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استناداً إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ فى العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم مخالفة المتعاقد الآخر له فى هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١/١٥٧ من القانون المدنى " (نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ طعن ٢٩٩ س٣٤ق، نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن ١١٨٠ س٤٩ق) وقضت فى ظل التقنين القديم بأنه إذا كانت الورقة الصادرة إلى الأم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد فى تاريخ لاحق لتلك الورقة، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا ألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها، كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش، فإعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف ما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشترين فى الحقيقية، بل المشترى هى الأم، وأنها قصدت بإخفاء إسمها أن تختصر الطريق ولإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر، بل يتم الأمران بعقد واحد، فهذا الذى حصلته المحكمة يسوغه ما ورد فى الإقرار والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت فى صورة بيع من البائع إلى الموهوب لهم وبفسخ الهبة

لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً، وما يقال من أن شرط عدم التصرف شرط باطل، أو أن الفسخ لم ينص عليه جزاء بمخالفته، مردود بأن إشتراط عدم التصرف قد أفت بحياة الواهبة، فهو لا ينافي ترتيب حق الملكية لمن وهبت له، ومن ثم صح الشرط ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلى نص صريح على حق الفسخ (نقض ١٩٤٩/١/٢٠ طعن ٨٢ س ١٧ق)

من أحكام القضاء:

١- شرط المنع من التصرف - مادة ٨٢٤ مدني - ليس مطلقاً بل هو بطلان نسبي يقتصر على صاحب المصلحة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها - علة ذلك.

(الطعن رقم ٤١٤٩ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٣/١٠)

٢- 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 جدية مشروعة إذا خولف بعد استيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصلي أو بإبطال 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 الغابة 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 اذ له دائماً مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير اذ 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 نائب رئيس المحكمة
 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 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 ٤٩٩ق - وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف طنطا وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام المطعون ضده المصاريف والأتعاب.

وفي 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 القراز - 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 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 وتوقيماً وإعادة الدعوى للمرافعة وبتاريخ 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 إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعى 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 بجلسة ٢٠٠٤/٣/٣ أورد بأسبابه أن المحكمة تطمئن إلى تقرير الخبير ونقضى 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 وتوقيماً، مخالفاً بذلك نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات التى 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 النعى 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 وبتغريم الطاعن خمسمائة جنيه وصحة هذا الشق صلباً وتوقيعاً " فإنه يكون قد

أخفاً 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 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 التى إنتهى فيها إلى رد وبطلان تاريخي تحرير وإستحقاق الكمبيالة مع المنطوق الذى 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 الإستئناف 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 لثبوت صحة جزء من طعنه، إلا أنه قضى في المنطوق " وفى 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 التى إنتهى فيها إلى رد وبطلان تاريخ تحرير وإستحقاق الكمبيالة مع المنطوق الذى قضى فيه برفض الطعن بالتزوير صلباً وتوقيعاً. ومن ثم يترتب على ذلك نقض 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 أتعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

—

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان نائب رئيس المحكمة
 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 الطعن المقيم في جدول المحكمة برقم ٦٧٦ لسنة ٧٢ ق.

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 بصفتها. في يوم ٢٠٠٢/١/٣١ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٢٦ في الإستئناف رقمي ٤٩٤٧ لسنة ١ق، ٦٨٥١ لسنة ٣ق - وذلك بصحيفة طلبت فيها الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف القاهرة وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام الشركة المطعون ضدها بصفتها المصاريف والأتعاب.

وفي اليوم نفسه أودع الطاعن مذكرة شارحة. وفي ٢٠٠٢/٢/١٨ أعلن المطعون ضده بصفته بصحيفة الطعن. وفي 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 الإنتقاع 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 وأعدت الدعوى للمرافعة - بحكم إستأنفه المطعون الطعون ضده (الشركة) بالإستئناف ٤٩٤٧ لسنة ١٩٩٧/١٠/٢٧ - أقام الطاعن دعوى فرعية بطلب الحكم بإلزام 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 وبرفض الإدعاء بالتزوير، وفى موضوع الإستئناف الثانى 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 ينعاه 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 إستقلاً. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه فيما قضى به في الإستئناف ٤٩٤٧ لسنة ١٩٨٦/٨/١٢ 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 ١٩٨٦/٨/١٢ 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 ومائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في الاستئناف رقم ٤٩٤٧ لسنة ١٩ القاهرة بعدم جواز الاستئناف وألزمت المستأنف المصاريف الاستئنافية ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة وأحالت القضية إلى محكمة استئناف القاهرة للفصل في موضوع الاستئناف ٦٨٥١ لسنة ٣٣ القاهرة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

—

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان نائب رئيس المحكمة
 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 الطعنين المقيدين في جدول المحكمة برقمي ٥٩٦١، ٦١٠٣ لسنة
 ٧٣ق.

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 الزهيرى 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 ١٤ - السيدة / همت عبد الحميد عباس
- ١٥ - السيد / محمد حمدى مقلد ١٦ - السيد/ عزت جمعه قطب
- ١٧ - السيدة / منال السيد العشرى ١٨ - السيد طارق فرغلى
- ١٩ - السيد / تادرس إلياس ٢٠ - السيدة / ناتلى نجيب دياب
- ٢١ - السيد/ مصطفى أحمد أبو الخير ٢٢ - السيد / زكى أحمد شحاته
- ٢٣ - السيد /محمد أحمد شحاته ٢٤ - محمد بسيونى محمد عبد الله
- ٢٥ - السيد / خالد الدسوقي ٢٦ - السيدة / نفين وهبة ماهر رسمى

٢٧ - السيدة / نهى ماهر رسمى ٢٨ - السيدة / هدى محمد علي

٢٩ - السيدة / إنتصار محمود إسماعيل

٣٠ - السيدة / إنشراح محمد يوسف

٣١ - السيد / أحمد محمد عبد الرحيم

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 بصفاتهم بصحيفة الطعن.

ثم أودعت النيابة مذكرتها طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفى الموضوع برفض الطعن.

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 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 فهمي
 - ٣ - السيدة محمد حمدى أبو اليزيد ٤ - السيدة/ عزة مصطفى
 - ٥ - السيد/ محمد جمعه محمد عيد ٦ - السيدة نانلى نجيب حبيب
 - ٧ - السيدة/ منال محمد السيد العشرى
- 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 طبية 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 المحامى عن المطعون ضده الأول.

الوقائع

في يوم ٣٠/١٠/٢٠٠٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف
الإسكندرية الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣ 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 بصفتهم 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 ق ليصدر 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.

المحكمة

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 في أن المطعون ضده الأول في الطعنين أقام على الطاعن في الطعن الأول - المطعون ضده الخامس في الطعن الثاني - الدعوى ١٧٧٤ لسنة ١٩٩٦ مدني محكمة الإسكندرية الابتدائية بطلب الحكم بإزالة المباني التي 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 المنتزعه فأقام الدعوى، ندبت المحكمة خبيراً فيها وبعد أن أودع تقريره، قام المطعون ضده الأول في الطعنين بإدخال باقي المطعون ضدهم في الطعن الأول عدا المطعون ضدهم من الثاني حتى الرابع بصفاتهم والطاعنين في الطعن الثاني خصوماً في الدعوى بصفتهم شاغلي وحدات العقار محل النزاع، ثم تدخلت الطاعة الثانية في الطعن الثاني هجوماً في الدعوى بطلب الحكم برفضها، وجه الطاعن في الطعن الأول دعوى فرعية بطلب تثبيت ملكيته لأرض النزاع، قضت المحكمة أولاً: بقبول الطلب العارض شكلاً وفي الموضوع برفضه - ثانياً - بقبول تدخل الخصمة المتدخلة هجوماً في الدعوى وفي موضوع التدخل برفضه - ثالثاً: بقبول إدخال الخصوم المدخلين خصوماً في الدعوى - رابعاً: بإزالة المنشآت المقامة على أرض المطعون ضده الأول. بحكم إستأنفه الطاعن في الطعن الأول بالإستئناف ٣٥٣٣ لسنة ٥٧ق، والطاعنون من الأول حتى الثالثة والمطعون ضده الأخير في الطعن الثاني بالإستئنافات ٣٥٣٤ لسنة ٥٧ق و٣٦١٦ لسنة ٥٧ق، ٦٣٣٥ لسنة ٥٨ق، ٣٥٣٥ لسنة ٥٧ق وبعد أن ضمت المحكمة تلك الإستئنافات، قضت بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣

برفضها وتأيد 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 الرأى 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 رأيها.

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 بصفاتهم 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 مسلحة 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 ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والفساد في الإستدلال والإخلال بحق الدفاع - ذلك أنه تمسك أمام محكم الموضوع بدرجتها بدفاع حاصلة سقوط حق المطعون ضده في طلب إزالة المبانى 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 لمحافظ الإسكندرية التى إستعرض فيها الشكاوى والبرقيات المرسلة منه والتي تقيد أن بداية إقامة المبانى هو ١٩٩٤/١١/١٩ وأن الطاعن هو الذى أقامها على أرضه التى 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 يواجه هذا الدفاع الجوهرى ولا يصلح رداً عليه مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى شديد. 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 الذى 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 حقهم 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 بدرجتها 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 لمحافظ الإسكندرية بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢١ مستعرضاً فيها العديد من الشكاوى والبرقيات التي سبق أن قدمها له والتي تفيد أن بداية إقامة المبانى هو ١٩٩٤/١١/١٩ وبشخص من أقامها وهو الطاعن فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب 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



فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة.....
	حق الملكية بوجه عام
	١ - نطاقه ووسائل حمايته
٧	عناصر حق الملكية
٧	النص التشريعي (مادة ٨٠٢).....
	النصوص العربية المقابلة.....
٧	الأعمال التحضيرية.....
٧	رأي الفقه.....
٢٠	التعريف بحق الملكية.....
٢١	عناصر حق الملكية.....
٢٢	١ - المقصود بالاستعمال.....
٢٣	٢ - أما الاستغلال.....
٢٤	٣ - التصرف.....
٢٦	خصائص حق الملكية.....
٢٦	(١) الملكية حق جامع مانع.....
٢٩	(٢) الملكية حق دائم.....
٣٠	النتائج المترتبة علي أن حق الملكية حق دائم.....
٣٠	(١) عدم تأقيت الملكية.....
٣١	(٢) عدم جواز إسقاط الملكية.....
٣٢	(٣) عدم سقوط الملكية بالتقادم.....
٣٣	(٤) حق الملكية ليس حقا مطلقا.....

الصفحة	الموضوع
٣٩	أحكام القضاء.....
٤٢	نطاق حق الملكية
٤٢	النص التشريعي (مادة ٨٠٣).....
٤٢	النصوص العربية المقابلة.....
٤٢	الأعمال التحضيرية.....
٤٣	رأي الفقه.....
٥٥	نطاق حق الملكية.....
٥٥	شمول ملكية الأرض للعلو والعمق.....
٦٢	الترخيص باستغلال المناجم والمحاجر.....
	صدور القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ وحضره تراخيص
٦٣	استغلال المناجم والمحاجر علي شركات القطاع العام.....
	قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٧٣ لسنة
	١٩٦٣ بإنهاء تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وعقود
	استغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة لأفراد أو شركات
	القطاع الخاص وبتأميم الأصول المستخدمة في استغلالها
٦٤	وأيلولة ملكيتها للدولة.....
٦٧	أحكام القضاء.....
٦٩	حق المالك في الثمار والمنتجات والملحقات
٦٩	النص التشريعي (مادة ٨٠٤).....
٦٩	النصوص العربية المقابلة.....
٦٩	الأعمال التحضيرية.....

الصفحة	الموضوع
٧٠	رأي الفقه.....
٧٤	امتداد الملكية إلي ثمار الشئ ومنتجاته وملحقاته.....
٧٤	(١) الثمار.....
٧٤	(٢) المنتجات.....
٧٤	(٣) الملحقات.....
٧٥	أحكام القضاء.....
٧٧	حماية الملكية
٧٧	النص التشريعي (مادة ٨٠٥).....
٧٧	النصوص العربية المقابلة.....
٧٧	الأعمال التحضيرية.....
٧٩	رأي الفقه.....
	عدم جواز نزع الملكية جيدا علي صاحبها إلا في الأحوال
٨٤	التي يقررها القانون وبالشروط التي يقررها.....
٨٥	مساس الإدارة بحق الملكية.....
٨٨	نزع الملكية للمنفعة العامة.....
	قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة
٨٨	العامة.....
١٠٣	تقرير المنفعة العامة.....
	استيلاء الحكومة علي عقار مملوك لأحد الأفراد جبرا عن
	صاحبه دون اتخاذ إجراء أن نزع الملكية المنصوص عليها
١٠٥	في القانون يعد عصبا.....

الصفحة	الموضوع
١١٣	قصر نزع الملكية للمنفعة العامة علي العقارات دون المنقولات
١١٤	قصر سلطة نزع الملكية علي الأشخاص العامة.....
١١٤	طرق نزع الملكية.....
١١٥	الضمانات التي تكفل حماية الملكية الخاصة في القانون نزع الملكية للمنفعة العامة.....
١١٥	الضمان الأول: عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا في الأحوال التي يقررها قانون نزع الملكية
١١٦	سلطة الإدارة في اختيار العقارات للمنفعة العامة.....
١١٦	الضمان الثاني: وجوب إتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية
١١٦	أولاً: بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة.....
١١٧	ثانياً: حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة.....
١٢٢	ثالثاً: انتقال ملكية العقار للمنفعة العامة.....
١٢٣	الضمان الثالث: وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته.....
١٣٠	وهناك بعض القواعد التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض
١٣١	نزع الملكية في البيع العرفي.....
١٣٣	الاستيلاء المؤقت علي العقارات.....
١٣٣	وهناك حالتان للاستيلاء المؤقت

الصفحة	الموضوع
١٣٤	الاستيلاء المؤقت مشروط بتحقيق المنفعة العامة وبتعويض عادل
١٣٧	ولم يشترط للاستيلاء المؤقت أن يكون العقار خاليا عند صدور قرار الاستيلاء عليه
١٣٩	الإجراءات الواجبة للإتباع للاستيلاء المؤقت
١٤٠	وسائل حماية الملكية
١٤٠	دعوى الاستحقاق أو الاسترداد
١٤١	دعوى الاستحقاق في المنقولات
١٤٢	دعوى الاستحقاق المرفوعة من وارث المشتري الذي لم تسجل عقده لا تقبل
١٤٢	دعوى الاستحقاق لا يشترط فيها اختصام أشخاص معينين وهي دعوى قابلة للتجربة. إذ لم يشترط القانون فيها اختصام الملاك علي الشيوع
١٤٢	دعوى الملكية ودعوى الحيازة
١٤٥	إثبات الملكية
١٤٥	طرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق
١٤٥	(١) طرق إثبات دلالتها يقينية
١٤٧	(٢) طريق إثبات دلالتها ظنية
١٤٧	سند التملك (titre)
١٤٨	المكلفة
١٤٨	خرائط المساحة

الصفحة	الموضوع
١٤٩	تعارض طرق إثبات الملكية.....
١٥٠	(١) وجود سند ملكية عند كل من الخصمين.....
١٥١	(٢) عدم وجود سند ملكية عند أي من الخصمين.....
١٥١	(٣) وجود سند ملكية عند أحد الخصمين دون الآخر.....
١٥١	قضاء محكمة النقض في إثبات الملكية.....
١٥٥	عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم.....
١٥٧	أحكام القضاء.....
	٢ - القيود التي ترد على حق الملكية
	الملكية وظيفة اجتماعية وليست حقا مطلقا
١٦٧	النص التشريعي (مادة ٨٠٦).....
١٦٧	النصوص العربية المقابلة.....
١٦٧	الأعمال التحضيرية.....
١٦٧	رأي الفقه.....
١٧١	التزام المالك في استعمال حقه بما تقضي به اللوائح والقوانين...
١٧٢	(١) التشريعات التي تحظر علي المالك بعض أوجه الاستعمال.....
	(٢) التشريعات التي تنظم بعض صور الاستعمال وتتطلب
١٧٣	الحصول علي ترخيص إداري قبل القيام به.....
	(٣) التشريعات التي ترد علي حق التملك ذاته حماية
١٧٥	للمصلحة العامة.....
	تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي
١٧٨	القضاء.....

الصفحة	الموضوع
١٧٩	القيود الواردة علي تملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضي الفضاء
١٨١	العقارات والأراضي الفضاء التي يسرى عليها تنظيم ملكية غير المصريين
١٨٢	شروط تملك غير المصريين العقارات المبنية والأراضي الفضاء
١٨٣	الحالات التي تستثني من الشروط السابقة
١٨٣	بطلان التصرفات العقارية الصادرة لغير المصريين
١٨٤	عدم خضوع العقارات والأراضي الفضاء الخاضعة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ لقواعد تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء المنصوص عليها في القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦
١٨٤	بداية سريان أحكام القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦
١٨٥	شهر التصرفات الصادرة لغير المصريين
١٨٩	إجراءات تسجيل ملكية غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء
١٩٠	أحكام القضاء
١٩٣	مضار الجوار غير المألوفة
١٩٣	النص التشريعي (مادة ٨٠٧)
١٩٣	النصوص العربية المقابلة
١٩٣	الأعمال التحضيرية

الصفحة	الموضوع
١٩٣	رأي الفقه.....
٢١١	مضار الجوار غير المألوفة.....
٢١٢	معيار الضرر غير المألوف.....
٢١٤	اعتراض الجار المستجد علي الأضرار غير المألوفة.....
٢١٦	أحكام القضاء.....
٢١٨	حق الشرب وحق المسيل
٢١٨	النص التشريعي (مادة ٨٠٨)
٢١٨	النصوص العربية المقابلة.....
٢١٨	الأعمال التحضيرية
٢١٩	رأي الفقه.....
٢٢٥	الحقوق المقررة لملاك المساقى والمصارف الخاصة.....
	الإجراءات الواجب إتباعها لتقرير حق الانتفاع بالمسقى
٢٢٩	الخاصة أو المصرف الخاص عند عدم الاتفاق مع الملاك
٢٣٠	التظلم من التعويض.....
٢٣١	اكتساب حق الشرب والمسيل بالتقادم.....
٢٣١	أحكام القضاء.....
٢٣٤	مناطق مرور المجرى والمسيل بأرض الجار
٢٣٤	النص التشريعي (مادة ٨٠٩)
٢٣٤	النصوص العربية المقابلة.....
٢٣٤	الأعمال التحضيرية
٢٣٥	رأي الفقه.....

الصفحة	الموضوع
٢٤٥	حق المجرى وحق الصرف (المسيل).....
٢٤٥	ونلاحظ أن المسيل قد يقابل المجرى وقد يقابل الشرب.....
	وهناك شروط يجب توافرها لثبوت حق المجرى وحق
٢٤٦	الصرف (المسيل)
	مياه الأمطار والمياه المتخلفة عن الإستعمال لا تدخل فى
٢٤٨	نطاق حق الصرف
٢٤٩	إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل
٢٥١	الإختصاص بتقرير حق المجرى وحق المسيل
٢٥٥	تعدد المنتفعين بالمصرف
٢٥٦	أحكام القضاء.....
٢٦٠	تعويض مالك الأرض عن أضرار المجرى والمسيل
٢٦٠	النص التشريعي (مادة ٨١٠)
٢٦٠	النصوص العربية المقابلة.....
٢٦٠	الأعمال التحضيرية
٢٦١	رأي الفقه.....
	تعويض مالك الأرض عن الأضرار التى تصيبها نتيجة
٢٦٣	مرور مسقاة أو مصرف بها.....
٢٦٤	الإلتزام بأعمال الصيانة.....
	حق مالك الأرض أو حائزها أو مستأجرها فى تقديم شكوى
٢٦٥	للإدارة العامة
٢٦٦	أحكام القضاء.....

الصفحة	الموضوع
٢٦٧	إصلاح المسقاة أو المصرف المشترك
٢٦٧	النص التشريعي (مادة ٨١١)
٢٦٧	النصوص العربية المقابلة
٢٦٧	الأعمال التحضيرية
٢٧٠	رأي الفقه
٢٧٢	الإصلاحات الضرورية للمسقاة أو المصرف
٢٧٥	أحكام القضاء
٢٧٧	حق المرور لصاحب الأرض المحبوسة
٢٧٧	النص التشريعي (مادة ٨١٢)
٢٧٧	النصوص العربية المقابلة
٢٧٧	الأعمال التحضيرية
٢٨٠	رأي الفقه
٢٩٨	حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام
٢٩٩	صاحب الحق القانوني في المرور
٢٩٩	ويشترط لثبوت حق المرور ما يلي
٣٠٢	زوال الإنحباس
٣٠٣	تعيين الممر
٣٠٧	مقابل المرور
٣٠٨	سقوط دعوى المطالبة بالتعويض بالتقادم
٣٠٨	أحكام القضاء

الصفحة	الموضوع
٣١٠	وضع الحدود الفاصلة
٣١٠	النص التشريعي (مادة ٨١٣)
٣١٠	النصوص العربية المقابلة
٣١٠	الأعمال التحضيرية
٣١٠	رأي الفقه
٣١٧	وضع الحدود للأموال المتلاصقة
٣١٧	دعوى وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة
	الفرق بين دعوى وضع الحدود وكل من دعوى الإستحقاق
٣١٧	ودعوى الحيازة
٣١٩	محل دعوى تعيين الحدود وطرفاها
٣٢١	الأهلية اللازمة لرفع دعوى تعيين الحدود
٣٢١	المحكمة المختصة بدعوى وضع الحدود
٣٢٢	الإجراءات التي تتم في دعوى وضع الحدود
٣٢٤	نفقات التحديد
٣٢٥	الحائط المشترك
٣٢٥	النص التشريعي (مادة ٨١٤)
٣٢٥	النصوص العربية المقابلة
٣٢٥	الأعمال التحضيرية
٣٢٦	رأي الفقه
	حق المالك في استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذي
٣٣١	أعد له

الصفحة	الموضوع
٣٣٣	نفقات إصلاح وتجديد الحائط المشترك.....
٣٣٨	الحائط المشترك
٣٣٨	النص التشريعي (مادة ٨١٥)
٣٣٨	النصوص العربية المقابلة.....
٣٣٨	الأعمال التحضيرية.....
٣٣٩	رأي الفقه.....
٣٤٤	تعليق الحائط المشترك.....
٣٤٦	مناطق حق الجار من الاستفادة من التعليق
٣٤٦	النص التشريعي (مادة ٨١٦)
٣٤٦	النصوص العربية المقابلة.....
٣٤٦	الأعمال التحضيرية.....
٣٤٧	رأي الفقه.....
٣٥٢	جواز اشتراك الجار في الجزء المعلى.....
٣٥٢	تسجيل الإشتراك في الجزء المعلى.....
٣٥٣	عدم سقوط حق المشاركة بالتقادم.....
٣٥٣	تحمل نفقات الصيانة والإصلاح بعد المشاركة.....
٣٥٣	أحكام القضاء.....
٣٥٥	قرينة ملكية الحائط الفاصل بين العقارين
٣٥٥	النص التشريعي (مادة ٨١٧)
٣٥٥	النصوص العربية المقابلة.....
٣٥٥	الأعمال التحضيرية.....

الصفحة	الموضوع
٣٥٦	رأي الفقه.....
٣٥٩	إثبات الإشتراك فى الحائط الفاصل بين البائين
٣٦١	أحكام القضاء.....
٣٦٢	إقامة الحائط الفاصل وهدم الحائط الفاصل
٣٦٢	النص التشريعي (مادة ٨١٨)
٣٦٢	النصوص العربية المقابلة.....
٣٦٢	الأعمال التحضيرية
٣٦٥	رأي الفقه.....
	لا يجوز للجار إجبار على تحويط ملكه أو النزول عن جزء
٣٧٣	من الحائط
	ليس لمالك الحائط الذى يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر
٣٧٤	قوى
٣٧٤	حق الجار على الحائط الفاصل
٣٧٥	أحكام القضاء.....
٣٧٧	المطلات المواجهة
٣٧٧	النص التشريعي (مادة ٨١٩)
٣٧٧	النصوص العربية المقابلة.....
٣٧٧	الأعمال التحضيرية
٣٧٨	رأي الفقه.....
٣٩٠	حق المطل

الصفحة	الموضوع
٣٩١	قيد المسافة فى المطلات المواجهة.....
٣٩٤	قيد المسافة مقرر لكل مالك على حدة.....
٣٩٥	اتفاق الجاران على ترك مسافة معينة.....
	وجود أرض مملوكة على الشيوع بين العقار الذى تفتح فيه
٣٩٦	المطلات وبين عقار الجار.....
٣٩٦	التنازل عن حق المطل.....
٣٩٧	اكتساب حق المطل بالتقادم.....
٤٠٠	دعوى سد المطلات.....
٤٠١	النزاع حول سد المطلات غير قابل للتجزئة.....
٤٠١	ومن أحكام النقص الخاصة بحق المطل مواجهه.....
٤٠٧	أحكام القضاء.....
٤٠٩	المطلات المنحرفة
٤٠٩	النص التشريعي (مادة ٨٢٠).....
٤٠٩	النصوص العربية المقابلة.....
٤٠٩	الأعمال التحضيرية.....
٤٠٩	رأي الفقه.....
٤١٤	المطل المنحرف.....
٤١٤	قيد المسافة فى المطل المنحرف.....
٤١٥	الأحكام التى تسرى على المطلات المنحرفة.....
٤١٦	أحكام القضاء.....

الصفحة	الموضوع
٤١٨	المناور
٤١٨	النص التشريعي (مادة ٨٢١)
٤١٨	النصوص العربية المقابلة
٤١٨	الأعمال التحضيرية
٤١٨	رأي الفقه
٤٢٧	المناور
٤٢٨	القيد فى المناور فى الإرتفاع لا فى المسافة
٤٢٩	أحكام القضاء
٤٣١	قيود إنشاء المصانع والآبار والمحال المقلقة للراحة
٤٣١	النص التشريعي (مادة ٨٢٢)
٤٣١	النصوص العربية المقابلة
٤٣١	الأعمال التحضيرية
٤٣١	رأي الفقه
	المسافات التى يجب مراعاتها فى إنشاء المصانع والآبار
٤٣٢	والآلات التجارية وجميع المجال المضرة بالجيران
٤٣٦	أحكام القضاء الحديثة
٤٣٩	الشرط المانع من التصرف
٤٣٩	النص التشريعي (مادة ٨٢٣)
٤٣٩	النصوص العربية المقابلة
٤٣٩	الأعمال التحضيرية

الصفحة	الموضوع
٤٤٠	رأي الفقه.....
٤٥٢	الشرط المانع من التصرف.....
٤٥٣	شروط صحة المنع من التصرف.....
	الشرط الأول: أن يكون الشرط المانع من التصرف مبنياً على
٤٥٣	باعث مشروع.....
٤٥٥	مصلحة مشروعة للمتصرف.....
٤٥٥	مصلحة مشروعة للمتصرف له.....
٤٥٦	أما المصلحة المشروعة للغير.....
	حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعـث
٤٥٦	مشروع.....
٤٥٧	الشرط الثانى: المدة المعقولة.....
٤٥٨	الأثر المترتب على قيام الشرط المانع من التصرف.....
٤٥٩	التكييف القانونى للمنـع من التصرف وجزاء مخالفته.....
٤٦٤	استخلاص الشرط المانع من التصرف.....
٤٦٤	امتناع التنفيذ على الشئ الممنوع التصرف فيه.....
٤٦٥	أحكام القضاء.....
٤٦٧	بطلان التصرف المخالف للشرط المانع
٤٦٧	النص التشريعي (مادة ٨٢٤).....
٤٦٧	النصوص العربية المقابلة.....
٤٦٧	الأعمال التحضيرية.....

الصفحة	الموضوع
٤٦٨	رأي الفقه.....
٤٨٢	الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف
٤٨٣	اتجاه محكمة النقض
٤٨٥	الفسخ لمخالفة الشرط المانع من التصرف
٤٨٨	أحكام القضاء.....
٥١١	فهرس الكتاب

تم بحمد الله