

الوَسِيْطُ
فِي تَرْجِيْحِ الْقَانُوْنِ الْمَلِكِيِّ

الجزء التاسع

أَسْبَابُ كَسْبِ الْمَلِكِيَّةِ
مَعَ أَحْقَاقِ الْعَيْنِيَّةِ الْأَصْلِيَّةِ الْمُنْفَرَعَةِ عَنِ الْمَلِكِيَّةِ
(حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ وَحَقُّ الْإِرْتِفَاقِ)

وَلَدُ

أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْعَرَبِيِّ

تَبِعَتْ - بَيْتَان

الوسيط

في شرح القانون الملاك

(٩)

أسباب كسب المالك

مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

تأليف

عبد الرزاق محمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

ولر

لعمياء التراث العربي

بيروت - لبنان

القسم الأول

أسباب كسب الملكية

تمهيد (٥)

١ - التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية : يتم كسب الملكية بأسباب معينة . وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام . وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيميا علميا ، يقوم على أساس واحد .

(*) مراجع عامة في التقسيم معا : بودرى وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - بودرى وتيسيه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - أوبرى درو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ - جزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ - بيدان وفوران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ - بلانيول وريبيروبيكار جزء ٣ سنة ١٩٥٢ - دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ - جزء ٦ سنة ١٩٥٣ - بلايول وريبيروبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ - جوران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ - هنرى وليون وجان مازو دروس فى القانون المدنى جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ - مارتى ورينو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونييه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ - أنيكلوبيدى دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لنظ Accession وجزء ٣ سنة ١٩٥٣ Occupation ولفظ Possession وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Prescriptin civile ولفظ Servitudes وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage-Habitation

محمد كامل مرسى جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فى الحقوق المنفرعة عن حق الملكية وجزء ٣ سنة ١٩٤٩ فى الاستيلاء والالتصاق والشفعة وجزء ٤ سنة ١٩٤٩ فى الحيابة والتفادم وجزء ٥ سنة ١٩٥١ فى الميراث وتصفية التركة وجزء ٦ فى الوصية - فى الشفعة وحق استرداد الحصص الميعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ - شفيق شحاتة فى النظرية العامة للحق العيى سنة ١٩٥١ - محمد حل عرفة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ فى أسباب كسب الملكية - عبد الفتاح عبد الباقى دروس فى الأموال سنة ١٩٥٦ (ورسالته بالفرنسية فى دور الحيابة فى الشقوق باريس سنة ١٩٤٣) - عبد اسم السراوى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ - اسماعيل غانم مذكرات فى حقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨ - عبد اسم فرج الصدة فى حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ - حسن كبيرة فى مصادر الحقوق العينية الأصلية (مذكرات حل الآلة الكتابة) سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفي منصور فى حق الملكية سنة ١٩٦٥ - محمود جبال الدين زكى فى حسن النية فى كسب الحقوق رسالة بالفرنسية القاهرة سنة ١٩٥٢ .

ذلك أن جميع مصادِر الحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، بل جميع مصادر الروابط القانونيَّة ، ترجع إما إلى الواقعة المادية (fait matériel) ، أو إلى التصرف القانوني (acte juridique) . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلاً . عندما عرّفنا لتقسيم مصادر الالتزام تقسيماً علمياً في الجزء الأول من الوسيط (١)

وقد ذكر التقنيُّ المدني أسباباً سبعة لكسب الملكية : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاف والعقد والشفعة والحيازة . فإذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيماً علمياً : بارجاعها إلى التصرف القانوني والواقعة المادية ، دخل العقد والوصية في نطاق التصرف القانوني ، ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاف والشفعة والحيازة في نطاق الواقعة المادية .

أما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين ، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد .

والاستيلاء واقعة مختلطة (mixte) ، اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يتسلط في الحال وهي عنصر إرادي . ولكن لعنصر المادي هنا هو المتغلب ، ومن ثمَّ ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية

والميراث سبب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية

- وعند الإشارة إلى هذه المراجع قصدنا الإحالة إلى الطبعة المبينة أمام كل مرجع منها . ونذكر هنا ما يقع في يدينا من المؤلفات التي تبحث في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي ليرجع إليها من يشاء في هذا الشأن : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية في العراق (معهد الدراسات العربية العالية) سنة ١٩٦٤ - حسن علي الذنون في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ - شاكر ناصر حيدر في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ - صلاح الدين الناهي في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢ - فقرة ٣٤ .

والالتصاق ، سواء كان التصاقا بعقار أو التصاقا بمنقول ، ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحادا ماديا ، فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعى . فالاتحاد المادى إذن هو سبب كسب الملكية ، والاتحاد المادى ليس إلا واقعة مادية .

والشفعة واقعة مركبة (complexe) ، اقترن فيها الشروع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع . باعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الوقائع المادية .

والحيازة هى السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة فى نطاق الوقائع المادية^(١) .

٢ — التقسيم العملى لأسباب كسب الملكية : ولم يرد التقنين المدنى أن يأخذ بالتقسيم العلمى سالف الذكر ، إذ هو أقرب إلى النقمة منه إلى التشريع ، وسلك فى تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا أقرب إلى الأذهان .

فيؤيد بين كسب الملكية ابتداء فى شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originaire) ويتمثل ذلك فى الاستيلاء (occupation) ، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فتنقل الملكية من مالك إلى مالك آخر ، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى غير الاستيلاء . وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب انوفاة ويتمثل ذلك فى الميراث (succession) والوصية (testament) ، أو فيما بين

الأحياء ويتمثل ذلك في الالتصاق (accession) والعقد (contrat)
والشفعة (préemption) والحيازة (possession) (١) .

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق وحيازة سببان منشئان للملكية جديدة منبثة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق ، فهما من هذه الناحية يشاركان الاستيلاء من حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشئ ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - نرسون (Nerson) في أنسيكلويدي واللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ - مازو ٢ فقرة ١٥٣٩ : فيما يتعلق فقط بتسلك المنقول بالحيازة) . ويقول الأستاذ محمد حل عرفة في هذا المعنى : «وعلى هذا الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لانقلبين لها ، إذ أن المالك الجديد لا يكتسب ملكية الشيء بالالتصاق أو بالتقادم بإرادة المالك السابق ، بل استناداً إلى حكم القانون . كما أن الملكية التي يكتسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة ، لكونها مستقلة تماماً عن الملكية السابقة» (محمد حل عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢ - ص ٣) .

والالتصاق ، في أكثر صورته ، يواجه مالكا سابقاً كان يملك المواد والأدوات التي التصفت بالأرض أو مالكا سابقاً كان يملك المنقول الذي امتزج بمنقول آخر ، فينقل ملكية هذه المواد أو هذا المنقول - هي ذاتها - إلى صاحب الشيء الأصل ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتناوب في انتقالها . فإدام الشيء مملوكاً وكان باقياً لم يملك ، وإن تغيرت صورته ، فالملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها ويستوى في ذلك أن يبقى الشيء المملوك محتفظاً بشكله الأصل كما في الحيازة ، أو أن يتغير هذا الشكل كما في الالتصاق ، فما دم الشيء باقياً فإن الملكية تبقى دائماً ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية . ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذي ينشئ الملكية لا ينقلها ، وهذا السبب هو الاستيلاء . فانه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له ، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى مالك جديد ، ولم يعد بد من أن تكون الملكية التي كسبت بالاستيلاء هي ملكية مبتدأة ، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر .

ويخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية فما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعاً ، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد لتلك الملكية القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية ، فالعقد والشفعة ينقلان الملكية إلى خلف خاص ، والميراث ينقلها إلى خلف عام ، والوصية تنقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام . أما الالتصاق والحيازة ، فإنهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة إذن عن غيرها من الأسباب الثلاثة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاف .

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدني السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فنص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهي العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة للملحقات للملك . الشفعة ، مضي المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقي ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقداً ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبساً ما بين الاستيلاء والحيازة . وعندما عرض للحيازة سببها « مضي المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفي هذه التسمية شيء من الإغراب والإبهام . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيباً منطقياً دون أن يعددها ، وهذا

- وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ ص ٦٠٦ هامش ٣) .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على معرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منسنة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهى العقد والشفعة ، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما سببان ناقلان للملكية لا منسنان لها ، وإنما يتميزان بأنها ينقلان الملكية دون استخلاف كما قدمنا . وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة ، وحتى فى هذا المعنى لا تنحصر الوصية بسبب خلافة عامة ، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة فى الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هى العقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد على معرفة الأسباب إلى منسنة وهى الاستيلاء وحده ، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة ، وناقلة مع الاستخلاف وهى العقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل عن هذا تقسيم لأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة . وقد كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد أبرزه التقنين المدنى .

بمخلاف التقنين الحالي (السابق) (م ٤٣ / ٦٦) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيباً منطقياً . وقد ميز المشروع بين كسب الملكية ابتداءً ، أى دون أن يكون لما مالك سابق تنتقل منه . ويكون هذا بالاستيلاء ، وبين كسبها انتقالاً من مالك سابق . والكسب انتقالاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية ، أو يكون انتقالاً بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . ولم يعرض المشروع في هذا المكان للهيئة كما فعل التقنين الحالي (السابق) ، فهي كسب من أسباب انتقال الملكية تدرج في العقد ، ولا محل لإفرادها بالذكر . وهي كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع في مكانها بين العقود المسماة ، وهذا ما فعله المشروع « (١) .

وأساب كسب الملكية التي ذكرها التقنين المدني هي أسباب عامة شاملة . فهي عامة ، إذ هي لا تقتصر على الملكية وحدها ، بل تناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وقد كانت واردة في المشروع التمهيدى بعد الحقوق المنفرعة عن الملكية ، حتى تعم حق الملكية والحقوق العينية المنفرعة عنه . فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها في الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية ، لأنها متفقة جميعاً في حق الملكية ولا تتحقق جميعها في الحقوق المنفرعة عنه ، وما يتحقق منها في هذه الحقوق منصوص عليه في كل حق (٢) . وهذه الأسباب هي أيضاً شاملة ، فهي قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية . ويلاحظ في هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبراً على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة في الشفعة وهنا ، حتى تكون الأسباب شاملة حقاً ، يجب أن نلاحق بالشفعة ما يماثلها في نفس الظاهرة . ونذكر من ذلك استرداد حصة الشائعة البيعة قبل النسمة ، واسترداد الحق المتنازع فيه ، واشتراك الجار في الجزء المعلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ هامش ١

من الحائظ المشترك . والمزاد الجبري عند تنفيذ الدائن على أموال المدين أو عند قسمة النصفية . ونزع الملكية للمنفعة العامة . والتأميم . والمصادرة (١) . وهذه الأسباب كلها مذكورة في مواضعها . فلا نعود إليها هنا (٢) .

٣ — **نقطة البحث :** ونسأير التقنين المدني في تقسيمه العمل لأسباب كسب الملكية . فهو تقسيم واضح . ونبحث هذه الأسباب في أبواب ثلاثة : نفرء الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء ، ونجعل الباب الثاني لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبحث الميراث والوصية ، ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبحث الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٤١ - فقرة ٢٨٤٢ - وقد افترضوا أن تسمى هذه الطائفة من الأسباب « أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها »
modes dérivés d'acquisition non volontaire

(٢) أنظر أيضاً في كسب الصانع للملكية ما يصنعه كن يصنع طائرة أو باخرة فيملكها
بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٦

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ — التمييز بين المنقول والعقار : الاستيلاء ، كسب لكسب الملكية ، يفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء . وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له ، فهو شيء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء (١) .

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها في المجتمعات المتحضرة ، أما في المجتمعات البدائية التي لم تستغل مواردها الاقتصادية ، وفي المجتمعات الجديدة الناشئة ، وفي البلاد الصحراوية ، فكثير من أشياءها يكون لا مالك له ، ومن ثم يرد عليه الاستيلاء .

وإذا كان الشيء الذي لا مالك له نادرا في المجتمعات المتحضرة ، فهو في العقار أندر منه في المنقول . ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه ، فلا يكاد يبنى عقار لا مالك له . وإذا بقيت أراض غير مزروعة في الصحراء أو في الجبل لا مالك لها ، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكا للدولة ، كما فعل المشرع المصري عندما نص في المادة ٨٧٤ / ١ مدني على أن « الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة » (٢) . لذلك يجب التمييز ، في الاستيلاء ، بين المنقول والعقار .

(١) محمد حل مرفعة ٢ فقرة ٨ ص ١١ .

(٢) أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ٧١٣ مدني فرنسي على أن الأشياء التي ليس لها مالك تكون ملكا للدولة . ونص أيضاً في المادة ٥٣٩ مدني فرنسي على أن الأشياء السائبة التي لا مالك لها ، وأموال من يموت دون وارث أو من تخل الوارث عن تركته ، تدخل في الترمين العام . ولكن هذه النص صنف تفسر في فرنسا على أنها مقصورة على العقار .

المبحث الأول

الاستيلاء على المنقول

٥ - المنقول الذي لا مالك له - نص قانوني : يقع في بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك . إما بالأبداً يكون له مالك منذ البداية ، أو بأن يكون له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له .

مثل المنقول الذي لا يكون له مالك منذ البداية (*res nullius*) :
الأشياء المشتركة (*res communes*) ، والسلك في الماء ، والطير في الهواء ،
والحيوانات غير الأليفة .

وقد يكون للمنقول مالك ، ثم يتخلى هذا عنه ، وقد نصت المادة
٨٧١ / ١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « يصبح المنقول لا مالكاً

= دون المنقول ، فالمعار الذي لا مالك له هو وحده الذي يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه
بالاستيلاء (بلانيول وريبيرويكان ٣ فقرة ٦٣ وفقرة ٥٩٠) . أما المنقول فيجوز ألا
يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبيرويكان ٣ فقرة ٦٣ ص ٦٧) .
وقد كان مشروع التقنين المدني الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٤ يجمل كلا من المعار والمنقول
إذا لم يكن له مالك ، ملكاً للدولة ومن ثم كان هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب
الملكية ، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتي :

« لا تعترف القوانين المدنية بالحق في الاستيلاء ، والأشياء التي لم يكن لها مالك أصلاً ،
أو التي أصبحت لا مالك لها لتخلي أصحابها عنها ، تكون ملكاً للأمة . ولا يجوز لأحد أن يتملكها ،
إلا بجائزة كافية لتملك بالتقادم » (فنية ٢ ص ١٢٤) . ولكن هذا النص حذف من المشروع ،
بناء على ملاحظة قدمتها محكمة استئناف باريس ، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات
industrie des chiffonniers تقوم على التقاط الخلفات والمنقولات التي يتخلى عنها أصحابها ،
فتحولها إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات قيمة . وقد استبدل بعض المحررين نص المادة
٧١٣ مدني فرنسي سالف الذكر . وأصبح مسلماً في القانون الفرنسي أن هذه المادة
الأخيرة مقصورة على المعار دون المنقول كما سبق القول . وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين
المدني الفرنسي هذا المعنى ، عندما عدلت في مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدني فرنسي على
الوجه الآتي « المعارات التي ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » (لجنة تنقيح التقنين المدني
الفرنسي سنة ١٩٤٦ - سنة ١٩٤٧ ص ٨١٧ - ص ٨٢٠ و ص ٨٣٠) .

له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته « (١) . فإذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته ، فقد هذه الملكية وأصبح المنقول ليس له مالك ، ومن ثم يجوز لأي شخص أن يتملكه بالاستيلاء . مثل ذلك أن يلتقي شخص في الطريق ، أو في سلة المهملات لتلقى في الطريق ، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له ، قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها (٢) . ومثل ذلك أيضا أن يجوز شخص حيوانا غير أليف فيتملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقدتها ، ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء . ومثل ذلك أخيرا الطير والأتربة التي تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق ، كما إذا حفر شخص خندقا في أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا .

ويشترط في التخلي الذي يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين : (١) عنصر مادي ، هو ترك المنقول يخرج من حيازته . (٢) وعنصر معنوي ، هو نية النزول عن ملكية المنقول ، وقد تستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر في إلقاء الأشياء في الطريق أو في إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حرته . وعلى ذلك إذا ضاع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لامالك له» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١/٩٤٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لامالك له» بلفظ «سائبة» ، وذلك «دفعاً للشبهة التي تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة في الإسلام» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٨٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) . ولا مايل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص في تقنينات اندية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٨٢٩ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٥ (مطابق)

التقنين المدني العراقي م ١١٠٤ (موافق)

قانون الملكية المقاربية اللبنانية لا مقابل .

(٢) أنظر مايل فترة ١٠ .

منقول من مالكة ، فان المالك لا يعتبر متخلياً عن ملكيته ، فهو إذا كان قد فقد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية النزول عن الملكية (١) .

ويفهم من نص المادة ٨٧١ / ٢ مدني ، عن طريق التذليل العكسي ، أن العقار لا يجوز أن يتخلى مالكة عنه ، إذ النص مقصور على المنقول . فن تخلى عن عقار ، قاصداً النزول عن ملكيته ، تخلصاً من الضرائب مثلاً أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته ، فلا يفقد هذه الملكية ، ولا يؤول العقار للدولة .

٦ - كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذي لا مالك له - نص قانوني .

نص المادة ٨٧٠ مدني على ما يأتي :

« من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركاناً ثلاثة ، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سبباً لكسب الملكية :

أولاً - منقول لا مالك له : وقد رأينا فيما تقدم (٣) . أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك في أول

(١) وإذا توافر المنصران المادي والمعنوي في التخل ، أصبح المنقول لا مالك له ، وسقطت ملكية صاحبه . ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستول أحد على المنقول ، بل إن مجرد التخل مسقط للملكية (عبد المنعم البدر اوى ، فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٧ - ص ١٨٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٩/٥٦ : الأموال التي ليس لها مالك تعتبر منقلاً لأول واضع يده عليها . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٤ (مطابق)

التقنين المدني العراقي م ١٠٩٨ / ١ (موافق)

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥ .

الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته . ففي الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذي لا مالك له ، فيكون سبباً في كسب ملكيته لمن وضع يده عليه . ويجب أن يكون المنقول مادياً . فالمنقول المعنوي لا يرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعراً نظم شعراً ، ولم يرفض عنه فألقى الورقة التي كتب فيها هذا الشعر في الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوي في الشعر الذي نظمه ، فالتقط الورقة عابر في الطريق واستولى عليها ، فإنه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوي للشاعر في شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر ، وأن يستعمل في شأنه حتى المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوي ، وليس منقولاً مادياً حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء . وقد وقع مثل ذلك فعلاً في فرنسا . فزق مصور الصورة التي رسمها ولم يرض عنها ، وألقى بها في الطريق ، فالتقطها أحد المارة . ففرضي بالأحق له في جمع شتات أجزاء الصورة وإعادةها إلى أصلها وبيعها ، إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشر للصورة (١).

ثانياً - وضع اليد على هذا المنقول : وهذا هو العنصر المادى للحيازة . فيجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه ، فيصبح في قبضة يده ، ويستأثر به دون سائر الناس (٢) .

ثالثاً - نية التملك : وهذا هو العنصر المعنوي للحيازة . فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى

(١) محكمة السين المدنية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ واللوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩ - باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ٢ - ٨٨ - بلا نيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص ٦٠٣ هامش ٢ - وأنظر أيضاً محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٢ ص ١٥٥ - اسماعيل غانم ص ٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢ - حسن كيرة ص ٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ مدق عراقى على مايق : « ١ - كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ، ملكه . ٢ - والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على شئ ، كحصد الكلا والاحتطاب من أشجار الجبال . ويكون حكماً بقريئة سبب الإحراز كوضع إناء بلجم ماء المطر أو نصب شبكة للصيد . »

والمعنوى . فيصبح حائزا للمنقول ، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء . فلو التقط شخص منقولا ملقى في الطريق مدفوعا بعامل الفضول ، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية في الطريق ، فإنه لا يتملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولما كانت نية التملك واجبة ، فإن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يتملك منقولا بالاستيلاء ، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز .

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا ، غير مقترنة بأية واقعة أخرى ، تكفى للتملك . ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذي يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا . فتملكه لا يتضمن سلبا للملكية الغير ، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية . أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائز . فالحيازة وحدها لا تكفى . بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية . فإذا كان الشيء عقارا ومملوكا لشخص غير الحائز ، وجب لتملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية . كذلك في تملك الثمار بالحيازة ، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية .

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء ، ورد أكثرها في التقنين المدني ، ونميز فيها بين المنقول الذي ليس له مالك منذ البداية ، فنعرض للشيء المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة ، وبين المنقول الذي كان له مالك ثم أصبح لا مالك له ، فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللتركة التي لا وارث لها .

§ ١ - المنقول الزى له مالك منذ البرابرة

٧ - الشيء المشترك : هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس ، كالشمس والهواء والبحر . وهي غير قابلة للتعامل فيها ، لاستحالة هذا التعامل .

ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي ،
 فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك ، ويجوز تملكها بالاستيلاء . (١)
 فأشعة الشمس يمكن أن يحددها الفوتوغرافي ، والهواء يمكن أن يستعمله
 الكيميائي في أغراضه ، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون
 محلاً للملك (٢) ، فكل من الفوتوغرافي والكيميائي ومغترف الماء من
 البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه (٣) .

٨ - صير البر والبحر - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٣ مدني
 على ما يأتي :

(١) بلانيول ورييروبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٩ .

(٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقدراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه ، فإنه
 يملك هذا المقدار من ماء البحر (بعد المنم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٢٤٧) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٢٣٧ - وقد جاء في التقنين المدني المراقى نصوص لا مقابل لها
 في التقنين المدني المصري ، بعضها يتعلق بالماء والكلاً والنار (وهي أشياء ثلاثة تشترك فيها
 كل الناس ، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً) ، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة ، كإقتطاع
 الأشجار والأحطاب والأحجار من الجبال المباحة ، وكرضى المواشى في المراعى المباحة .
 ونورد فيما يلي هذه النصوص :

م ١٠٩٩ : ١ - الماء والكلاً والنار مباحة ، والناس في هذه الثلاثة شركاء .
 فيجوز لهم الانتفاع بها ، وإحراز الماء والكلاً بشرط عدم الضرر . ٢ - ويعتبر مباحاً
 الكلاً الثابت في ملك شخص بغير قصد ، ولكن لماك أن يمنع الغير من الدخول في ملكه .
 ٣ - ولإنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز ، وفي المساق والقنوات المملوكة
 لغير بشرط عدم الضرر .

م ١١٠٠ : ١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة ، إذا لم تكن من
 نخشب ونباتات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير
 ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته .
 ٢ - وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة من قديم بأهل القرى
 والقصبات ، فيجوز لأهل هذه القرية أن يزرعوا فيها مواشيهم ، وأن ينتفعوا بنباته ، من
 غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم . ويجوز لغير أهل القرية ، إن لم يكن مضرراً بأهلها ، أن
 يزرعوا مواشيهم في هذا المرعى ، وأن ينتفعوا بنباته ، وفق ما يبيحه القانون .

« الحق في صيد البحر والبر واللاقطه والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » (١) .

وندد جانبا القوانين واللوائح الكثيره التي تنظم الصيد ، فهي تعرض لمسائل تفصيلية تدخل في باحث القانون الإدارى (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٤ من مشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٨٣/٥٩ : يتبع في حقوق الصيد في البر والبحر منطوق اللوائح المخصوصة بها .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى

التقنين المدنى السورى م ٨٣١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٣ (مطابق).

م ١١٠٢ :

١ - الصيد مباح براً وبحراً ، ويجوز أتماده حرقه . ٢ - وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الإنسان بقدرته على الفرار ، ثم يحرقه الصائد بمله قاصداً صيده .
قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) مثل ذلك لائحة الصيد الصادرة في ٤ أغسطس سنة ١٩١٢ - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ والخاص بصيد الأسماك في البحيرات والمياه الداخلية والمياه البحرية وقناة السويس وبالملاحة في البحيرات الداخلة . وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، وبالقانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٣ (بشأن صيد الإسفنج) ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٧٠٣ لسنة ١٩٥٤ - ومثل ذلك القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه البحرية المصرية ، والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليمية البحرية ، والقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال صيد الأسماك والمحار والبط والأوز والسمان ببعض البحيرات بولاية مصر - ومثل ذلك المرسوم بقانون صدر في ١٠ مارس سنة ١٩٥٦ بتقرير بعض غظورات عن صيد الأسماك ، معدل بقانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٣ - ومثل ذلك المرسوم الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٤٨ بإنشاء مجلس استشارى للصيد - ومثل ذلك القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٣ بحظر صيد بعض الحيوانات البرية .

وحذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كهيئة . أما حق تملك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل التقنين المدنى ، وكذلك حق الصيد باعتبارها من متعلقات حق الملكية .

وتبقى الناحية المدنية ، فالطير في الهواء والسماك في الماء منقول لا مالك له منذ البداية ، فيجوز لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء . والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك ، فالصائد إذا صاد طيراً أو سمكاً وأصبح في قبضة يده ، فقد ملكه .

والأصل في صيد الطير أن حق الصيد في أرض يملكه صاحب هذه الأرض . فإذا كانت الأرض شائعة ، كان لكل مالك في الشيوع حق الصيد فيها ، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضاء جميع الملاك في الشيوع (١) . وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع ، فالمنتفع هو الذى يكون له حق الصيد (٢) . أما المستأجر للأرض فلا يكون له حق الصيد فيها ، إلا باتفاق خاص (٣) . فإذا كان الصيد في طريق عام ، فهو مباح للجميع ، بشرط مراعاة القوانين واللوائح التى تنظم هذا الحق . ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد ، فحق الارتفاق لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار (٤) . ولكن يجوز لإيجار حق الصيد ، وتسرى عليه أحكام عقد الإيجار (٥) . ويكون لإيجار حق الصيد تبعاً لإيجار الأرض ، أو مستقلاً عنها . وعلى ذلك يكون لمالك الأرض أن يؤجر حق الصيد فيها مستقلاً عن الأرض ذاتها ، فيستبقى لنفسه الانتفاع بالأرض ويؤجر حق الصيد فيها لآخر ، كما له أن يؤجر الأرض لشخص وحق الصيد

-
- (١) نقض فرنسى جنائى ١٩ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .
- (٢) أوبرى ورد ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٥ - وانظر مايل فقرة ٤٩١ فى الهامش .
- (٣) نقض فرنسى ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .
- (٤) نقض فرنسى جنائى ٩ يناير دالوز ٩١ - ١ - ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٦ .
- (٥) أنظر مايل فقرة ٥٧٤ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ - وحق الصيد يكاد يكون مثلاً فذا لحق يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٧ - أنظر مع ذلك نقيض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ١٠٠ فى النزول عن حق الإيجار لجمعية) . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الوقت هو أيضاً يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه .

لشخص آخر ، وله أخيراً أن يؤجر الأرض ويستيقن حق الصيد لنفسه .
 وإذا أجر صاحب الأرض حق الصيد ، لم يجز له أن يصطاد بنفسه أو أن
 يسمح لأحد آخر بالصيد ، لأن هذا الحق قد أجرد ونزل بذلك عن حق
 الانتفاع به . أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل ،
 فهذا السماح لا يعتبر إيجاراً بل عقداً غير مسمى تعهد به صاحب الأرض
 بالأب لا يمنع المتعاقد الآخر من الصيد في أرضه ، وهذا العقد غير المسمى
 لا يمنع صاحب الأرض من الصيد في أرضه ، ولا يمنعه أيضاً من السماح
 لأشخاص آخرين بالصيد (١) .

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووفوعه ميتاً ولو في أرض
 الغير وإحرازه . ولكن ليس من الضروري لتحقيق الاستيلاء الإحراز
 المادي للطير ، فالمسلم به أنه يكفي أن يقع الطير ميتاً أو مجروحاً جرحاً
 قاتلاً بحيث لا يستطيع توقي مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار
 منها ، فيكون إحرازه أمراً محققاً وشيك الوقوع (٢) . أما إذا كان الطير
 لم يجرح جرحاً قاتلاً وكان يستطيع الفرار ، فقبل إحرازه لا يتحقق
 تملكه بالاستيلاء ، ويجوز للغير أن يستولى عليه فيتملكه . وقد تقوم
 صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيراً واحداً في وقت واحد

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ ص ١٣٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ١٢١ - أوبري ورو
 ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار
 ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ - حتى لو وقع الطير في أرض الغير فإن الغير لا يملكه (عند اسم
 فوج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧ - منصور مصطلح منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٥) . وإذا
 استولى الغير على الطير وهو في هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً ، لأن الصائد أصبح مالكاً
 للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ سبريه ١٩١١ - ٢ - ٦٨ - محمد علي عرفة
 ٢ فقرة ١٣ ص ١٧ - عبد المظفر البدراني فقرة ٣٧٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - رذازن
 شفيق شحاتة فقرة ٢٠٢ ص ٢١٣) .

أبو على التعاقب (١) ، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك . وكل هذه من مسائل انواق بيت فيها قاضي الموضوع (٢) .
 والسماك في الماء ، وسائر الأحياء المائية (٣) ، هي أيضا منقول لا مالك له . ويجوز تملكه بصيده . فيكون سبب كسب المالكية هو الاستيلاء . وينظم الصيد في البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة . ولكن السمك الذي يوجد في مجارى المياه المملوكة ملكية فردية ، كالترع والمصارف الخاصة بالمستنقعات . لا يعتبر منقولا لا مالك له ، بل هو ملك للمالك مجرى الماء الذي يوجد فيه السمك . ولا يجوز صيد السمك في مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى ، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له (٤) . ويتحقق الاستيلاء على السمك الذي لا مالك له بصيده ووقوعه في شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها . فاذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت ، وعاد السمك إلى الماء ، فإنه يعود منقولا لا مالك له ، ويجوز لأي شخص آخر صيده .

٩ - الحيوانات غير الأليفة - نص قانوني : تنص المادة ٢/٨٧١

مدنى على ما يأتي :

« وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق . عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فورا أو إذا

(١) فاذا صاد الطير اثنان على التعاقب ، بأن أطلق الأول عياراً نارياً فأصاب الطير إصابة قاتنة ، ثم أطلق الثاني عياراً نارياً آخر فأجهز عليه ، فإنه يكون منكاً للصائد الأول دون الصائد الثاني ، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفواران ؛ ص ٧٨٥ في الهامش - بلانيول وريبير وبولا نجي ١ فقرة ٣٣٤٧).

(٢) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٩ سيريه ١٨٠-١-١٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٤٧٧ ص ٦٠٩ .

(٣) وكل ما يوجد في البحر من لؤلؤ وأسفاد وأحجار أخرى ثمينة وقواقع وشعاري

ونير ذلك .

(٤) نقض فرنسى جنائى ١٢ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٣٣٧ - أوبرى

ورر ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٩ - ص ٣٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٤ .

كف عن تتبعه . وماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له « (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة ، كالذواجن والمواشي والخيل والحمير والبغال والكلاب والتمطط والتمردة والنسائيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة ، لا تعتبر منقولا لا مالك له ، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء . فهي عادة يكون لها صاحب يملكها ، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية ، ولا يكون ذلك بالاستيلاء . وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت ، فإن صاحبها لا يفقد ملكيتها ، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة . وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها ، فتصبح عندئذ منقولا لا مالك له ، ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها ، وذلك كالكلاب والتمطط إذا تخلى عنها أصحابها .

أما الحيوانات غير الأليفة ، ويدخل في ذلك الحمام والنحل ، كما تدخل الحيوانات التي تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحرية الطبيعية كالغزلان والذئاب والنعالب والطيور ، بل تدخل الحيوانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لامالك له» بكلمة «سائبة» ، وعبارة «الحيوانات غير الأليفة» بعبارة «الحيوانات المترحشة» وذلك «مادام المقصود بالمتوحش هو غير الأليف ، لتلا يفهم منبأ أنها حيوان الغابات آكلة اللحوم» . ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٢ / ٨٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) .

والمقابل لنص في التقنين المدني السابق ، ولكن زُحِكَم كان معمولا بها دون نص ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٢/٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢ / ٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبنانية لا مقابل .

التي تعيش عادة في الغابات كالأسود والنمور والفيلة (١) ، فهذه جميعا لا مالك لها منذ البداية ، وتبقى كذلك ما دامت طليقة . ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء ، ويتم ذلك باعتقالها وترويضها واستئناسها . فإذا شيد شخص أبراجا يأوى إليها الحمام ، أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبسه في قفص ، أو أحرز أسودا ونمورا وفيلة لتعرض في ملعب من ملاعب « السيرك » ، فانه يتملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء ، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة .

فاذا أطلق هذه الحيوانات ، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه ، عادت حيوانات لا مالك لها ، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذي كان هو قد تملكها به . وذلك مادام لم يتبعها فوراً بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها ، أو تتبعها فوراً ولكنه كف عن تتبعها بأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة . أما إذا تتبعها فوراً ، ولم يكف عن تتبعها حتى أمسك بها وأعاد اعتقالها ، فان ملكيته لها التي كسبها بالاستيلاء في أول الأمر تبقى ولا تزول ، حتى في خلال الفترة التي كان يتبعها فيها فيها وهي طليقة . ولا يجوز لشخص آخر أن يستولى عليها في هذه الفترة وهو عالم بحالتها ، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولاً مملوكاً لغيره .

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها ، كالحمام في الأبراج ، فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، حتى في الفترة التي تغادر فيها الأبراج وتطير في الهواء ، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها . فاذا فقدت هذه العادة ، ولم تعد ترجع إلى الأبراج ، فإنها تعود طليقة ، وتصبح مرة أخرى منقولاً لا مالك له ، ومن ثم يجوز لأي شخص تسكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذي سبق بيانه .

(١) بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ١٥ - وقارن مدار من المناقشة في هذا الصدد

في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٥ هامش ١ .

§ ٢ - المنقول الزى لابه له مالك

١٠ - الأشياء المتروكة : ويقصد بها الأشياء المنقولة التي تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها ، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التي يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفات المنازل التي تلقى في صناديق القمامة وبقايا المأكولات التي يتركها الإنسان في قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه في قارعة الطريق . ويدخل في ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التي يلتقي بها على الجمهور ليلتقطها في الحفلات والأعراس^(١) . وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (*res derelictae*) ، لأن صاحبها يتركها بنية التخلي عنها (*derelicto, abandon*) . فالترك إذن ، كما سبق أن بينا^(٢) ، يتكون من عنصرين ، أحدهما مادي وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوي وهو نية التخلي عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه^(٣) . وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية . فالأولى كان لها مالك ، ثم تخلى عن ملكيتها . أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا ، كالطير في الهواء والسماك في الماء والحيوانات غير الأليفة على التنصیل الذي سبق بيانه . ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء ، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك ، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا . كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء الضائعة (اللقطة) . فالأشياء المتروكة تخلى عنها صاحبها طوعا وعن بيعة من أمره . فتتبد ملكيتها . أما الأشياء الضائعة فلم يتخل عنها صاحبها طوعا . بل هو قد فقدتها بغير إرادته ولم يستطع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ هامش ٦ .

العثور عليها . ولعله لا يدري أنه فقدتها . ولذلك نبقى ماركيتها له ولا نزول إلا بسبب قانوني (١) .

والأشياء المتروكة . على النحو الذي قدمناه . تصبح منقولاً لا مالك له (٢) ، ومن ثم يجوز لأي شخص أن يملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصلي نفسه . إذا بدا له ذلك . أن يعود فيستولي عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل ، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء .

١١ - الكنز - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت

ملكيتها له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » .

« ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً

للووقف ولورثته » (٣) .

(١) انظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) انظر م ١/٨٧١ مدني آنفاً فقرة ٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدي على

الوجه الآتي : « ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته . فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للوقف ولورثته » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ في المشروع النهائي ، بعد أن حذفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى : « فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

ويقابل النص في التفتين المدني السابق م ٨١/٥٨ : المال المدفون في الأرض الذي لا يعلم

له صاحب يمكنه ذلك تحت الأرض . وإذا لم يكن للأرض مالك ، كان المال المذكور لمن وجده . وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . (وحكم التفتين السابق لا يختلف عن حكم التفتين الجديد إلا في أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك . ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك في مصر ، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يملك ماركيتها حتى إذا تغل عنها - انظر آنفاً فقرة ٥ - وسنرى أن الأراضي الصحراوية والأراضي غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر في الكنز شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون مدفوناً أو مخبوءاً : فهو إذن مال منقول .
أما العقار المدفون فيكون عادة أثراً من الآثار القديمة (١) . تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التاريخية لا الأحكام المتعلقة بالكنز . وما دام مدفوناً أو مخبوءاً فإنه يكون متميزاً عن الأرض . فما يوجد من معادن ونشط وأحجار في باطن الأرض لا يكون كنزاً ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفوناً أو مخبوءاً فيها (٢) . وإذا لم يكن المنقول مدفوناً

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٠ :
الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، تكون ثلاثة أخماسه لملك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة ، مع مراعاة النصوص الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٦ تتكون من ثلاث فقرات ، الفقرتان الأوليان مطابقتان لفقرتَي المادة ٨٧٢ / مدني مصري ، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتي : « وإذا عُثر شخص بمجرد الصدفة على كنز في مال يملكه لغيره ، اقتسمه مع المالك مناصفة » . (والتقنين الليبي يقسم الكنز مناصفة بين صاحب العقار ومن كشف الكنز) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠١ : الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ، يكون لملك العقار إن كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ، وبلجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجعل الكنز الذي عُثر عليه في أرض موقوفة لجهة الوقف لا للواقف وورثته ، ويصرح هذا التقنين بأن الكنز للدولة إذا عُثر عليه في أرض أميرية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٧ : إن الكنز الذي يُمثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير للخزينة العامة ، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة . (وأحكام القانون اللبناني تطابق أحكام التقنين السوري) .

(١) وقد قضى في فرنسا أنه لا يعتبر كنزاً الموزاييك الموجود في باطن الأرض والذي يرجع إلى العهد الروماني (باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٩٧ - نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٥٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤) . ويعد ملكاً لصاحب العقار الذي يمد الموزاييك جزءاً منه (كولان وكابتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجه

أو مخبوءاً ، بل كان ملقى على سطح الأرض ، فهو ليس بكنز ، ويعتبر شيئاً ضائعاً تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة^(١) . وليس من الضروري أن يكون الكنز مدفوناً أو مخبوءاً في باطن الأرض أو في حائط لبناء قائم ، أى في عقار . بل يجوز أن يكون مخبوءاً في منقول آخر محتويه ، كما إذا عُثر على مجوهرات أو ذهب أو نقرود في درج سرى من أدراج المكتب ، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة طى صفحات كتاب أو سجل قديم^(٢) .

(والشرط الثانى) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول : فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأنه كان قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفاً عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقاءه محفوظاً ، فإنه لا يعتبر كنزاً ، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق^(٣) .

وبلاحظ أن الكنز - هذا التحديد - ليس من الدقة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذلك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصاً عليه عندما دفنه

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ - ص ٦١٤ - ص ٦١٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ هامش ٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وبيير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ - ولكن لا يعتبر كنزاً المجوهرات والأشياء الثمينة المدفونة مع جثة الميت لاعتبارات دينية أو أدبية ، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بورديو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٣ - مارتى ورينو فقرة ٢١٦ ص ٤٠٧ - ص ٤٠٨) .

(٣) ولا يشترط في الكنز أن يثر عليه بمحض الصدفة ، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كنز ويسمى للكشف عنه ، فإذا وجده سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز . كذلك لا يشترط في الكنز أن يكون قديماً وإن كان يفتقر إلى ذلك ، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبئ من عهد قريب جداً ، فإدام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته إياه فهو كنز (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ ص ١١٠٢) .

أو خبأه . لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء (١) ، كما يصح أن يكون محلاً للاستيلاء المنقول الذي لا مالك له . وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذي ليس له مالك في أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف (٢) . من أجل ذلك لم تسر على الكنز أحكام الاستيلاء كاماة في القانون الفرنسى ، ولم تسر أصلا في القانون المصرى .

أما القانون الفرنسى فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر على هذا الكنز ، فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكنز له كله (م ٧١٦ مدنى فرنسى) (٣) وفى الحالة الأولى ، إذا قسم الكنز مناصفة ، من عثر على الكنز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ، لأن الاستيلاء لا يرد على الكنز (٤) كما قدونا . وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكنز ، ومالكه غير معروف ، يتقاسمه الشخصان اللذان لهما شأن به ، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكنز . أما من عثر على الكنز ، فلأنه هو الذى كشف عنه وقد

(١) قرب كولان وكايتان ودى لاوراندير ١ فقرة ١١٢٢ - بلانيون وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٢٦٥ - رانظر أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ occupation فقرة ٢٢ وقرة ٣٠ .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ .

(٣) وقد يكون هذا الحكم ، من بعض الوجوه ، أعدل من الحكم الذى ورد فى التشريع المدنى المصرى . فهو يعطى لمن عثر على الكنز ، إذا لم يكن هو مالك العقار ، نصف الكنز ، إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا انكشف لكان محتملا أن يقع الكنز تحتياً لا يدرى به أحد . هذا إنى أن إعطاء نصف الكنز لمن عثر عليه يشحه على أن يعلن كشفه للكنز ، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فيغلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا ، ليستأثر به وحده ، وإن عد فى هذه الحالة سارقاً .

(٤) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص ٦١٦ .

كان قبل ذلك مدفوناً أو مخبوءاً (١) . وأما صاحب العقار ، فلأن هناك احتمالاً أن يكون مالك الكنز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة ، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يعثر على الكنز وهو موجود في عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكنز فعلاً . وفي الحالة الثانية ، إذا عثر على الكنز بمالك العقار نفسه فتسلكه كله . فهو يتسلكه لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته . ولا بحكم الاستيلاء فالكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء كما قدمنا ، ولكن بحكم القانون (٢) . فقد رأى المشرع الفرنسي أن صاحب الشئ في الكنز هو صاحب العقار وحده ، فهو الذي يملك العقار ، وهو الذي عثر على الكنز ، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكنز كله (٣) .

وأما القانون المصري فقد أغفل جانب من عثر على الكنز أصلاً ، فلم يجعل له أى نصيب في الكنز . وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكنز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة ، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث . فإن عثر عليه مصادفة ، فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئاً من أجل ذلك ، وهو لا يستطيع أن يتملك الكنز بالاستيلاء إذ الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء كما قدمنا . وإن عثر عليه بناء على تكليف

(١) ويكفى للثور على الكنز أن يكشف عنه الشخص ولولم يستحوذ عليه ، بل ولو كشف عن بعض الكنز لا عنه كله ، ولولم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذى كشف عنه هو كنز (ديمولوب ١٣ فقرة ٥٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - مارتى وريينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٩) . ولو أن طائفة من العمال كانوا يحفرون معاً ، وكشف أحدهم عن كنز وهو يحفر ، لا يعتبر أنه هو وحده الذى عثر على الكنز (ديمولوب ١٣ فقرة ٥٥ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) انظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ - بلانيون وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤

(٣) أوقل إن مالك العقار يملك نصف الكنز باعتبار أنه هو الذى عثر عليه ، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار ، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق

المالك إياه بالبحث ، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك ، ومن ثم لا يكون له حق في الكنز ، والمالك يجزيه طبقاً لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق ، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وما دام القانون المصري قد أغفل جانب من عشر على الكنز ، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذي وجد فيه الكنز . وعلى ذلك جعل القانون المصري الكنز كله لهذا المالك ، سواء كان هو الذي عشر على الكنز أو كان شخص آخر هو الذي عشر عليه . فإذا كان هو الذي عشر على الكنز فإنه يملكه ، لا لأنه هو الذي عشر عليه فقد قدمنا أن من عشر على الكنز لا حق له فيه ، ولا لأنه تملك الكنز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء . وإنما يملكه بحكم القانون وحده (٢) . فقد رأى المشرع المصري أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فأولى الناس بالكنز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكنز في عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقاً أقوى من حقه . وإذا كان غير المالك هو الذي عشر على الكنز ، فإن الكنز كله يكون مع ذلك للمالك وحده . فمن عشر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، لا يكون له حق في الكنز على الوجه الذي بسطناه . ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يملك الكنز

(١) أما في القانون الفرنسي حيث يكون لمن عشر هل الكنز نصفه كما قدمنا ، فيصح أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكنز وبذل جهوداً في ذلك . فإن كان ذلك بتكليف من المالك ، فإنه يكون قد عمل لحسابه ، وليس له حق في الكنز . وإن فعل ذلك بغير تكليف من المالك ، فإنه يكون متعمداً إذ بحث في أرض المالك دون إذنه ، فأولى ألا يكون له حق في الكنز . ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على وجه مشروع ، كأن يكون صاحب حق انتفاع في الأرض أو يكون مستأجراً لها . ويذهب بعض الفقهاء إلى إعطائه في هذه الحالة الحق في نصف الكنز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك ، وهو أولى بنصف الكنز من شخص عشر عليه مصادفة دون بحث حيث يكون له نصف الكنز (أنظر في هذا المعنى بلايورد ورسير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٨) .

وأما في مصر ، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، إذا عشر على كنز مصادفة أو بعد بحث ، فليس له أي حق فيه ، والكنز كله للمالك الرقبة ، وذلك بصريح النص (م ٨٧٢/١ مدني) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٤٨ - عبد السم فرج العدة فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٢ - منه ور

كله وحده ، ولا بأحد من عشر على الكنز شيئاً إلا ما يتبرع به له المالك ، أو ما يتفق معه عليه ، أو ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لها مستأجر ، وعثر شخص على كنز في العقار ، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا للمستأجر . لأن الكنز لا يعتبر ثماراً حتى يتملكها هؤلاء (٢) . ويكون الكنز كله للمالك الرقبة في حالة صاحب

(١) ومالك العقار الذي يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز . فلو أن

قاصراً باع أرضاً بثمن ليس فيه غبن ، وفي اليوم التالي للبيع عثر المشتري على كنز في الأرض ، فهو له لا للبائع القاصر . ولا يستطيع البائع القاصر أن يتمسك بأن هناك غبناً في البيع ، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكنز ، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٢ - Jacquez - ص ١٠٢ - ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Trésor فقرة ٣١ - أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ سرية ٦٨ - ٢ - ١٤١) .

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشتري على كنز فيها ، ثم أبطل البيع أو فسخ ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعي للإبطال أو للفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلاً عن ملكية البائع ، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز ، ومن ثم يكون الكنز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة - بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ١٦٤) . والأولى عدم إعمال الأثر الرجعي - وهو مجرد مجاز قانوني - إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك فعلاً وقت العثور على الكنز كان هو المشتري لا البائع ، فيكون له الكنز (أنظر في هذا المعنى Jacquez ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Trésor فقرة ٣٢ : يكون للمشتري في هذه الحالة ، طبقاً لأحكام القانون الفرنسي ، نصف الكنز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذي عثر على الكنز) .

(٢) فهو شيء مستقل عن العقار ، لا هو من ثماره ولا هو من منتجاته (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Trésor فقرة ٢٣) . وينبغي على ذلك أنه إذا كان العقار الذي عثر فيه على الكنز مرهوناً ، لم يمتد الرهن إلى الكنز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ - فقرة ٢٠٥ ويعتبر الكنز من ملحقات العقار - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٠٠ ص ٢٧ وقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٠٠ وص ٢٩ ويعتبر الكنز من توابع العقار وملحقاته - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢ ص ٤١٨ ويعتبر الكنز تابعاً للعقار - حسن كبيرة ص ٨٣) - وإذا باع شخص بناء على أن يهدم المشتري هذا البناء ويأخذه أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع ، ثم وجد كنز في البناء ، فالكنز للبائع صاحب الأرض لا للمشتري صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ - لوران ٨ فقرة ٤٤٨ - كولان وكابيتان ودى لا مراندير ١ فقرة ١١٣ ص ٩٢٤ - عكس ذلك بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦١) .

حق الانتفاع ، أو للمحكر في حالة صاحب حق المحكر ، أو للمالك في حالة المستاجر . ونص التقنين المدني صريح في هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٨٧٢ / ١ مدني سالفه الذكر : « الكنز ... يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو للمالك رقبته » . ويسرى هذا الحكم ، ويكون الكنز كله للمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك ، حتى لو كان من عشر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، هو صاحب حق الانتفاع أو المحكر أو المستاجر (١) ، فقد قدمنا أن العثور على الكنز لا يحول من عشر عليه ، في القانون المصري ، أي حق في الكنز .

وإذا كان العقار الذي عشر فيه على الكنز عيناً موقوفة (٢) لا مالك لها ، فالكنز يكون لمن كان مالكا للعقار عند وقفه ، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف ، وهو لا يمكن أن يكون قد وقف الكنز ، فبقى على ملكه . ومن ثم يكون الكنز كله للواقف إذا كان لا يزال حياً ، أو لورثته إذا كان قد مات (٣) .

وإذا كان العقار ملكاً للدولة ، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما في ذلك ملكية الأراضي غير المزروعة والأراضي الصحراوية ، فالكنز يكون هنا أيضاً للمالك ، ومن ثم يكون الكنز كله للدولة (٤) .

(١) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٥٧ ص ٤٥) .

(٢) والوقف هنا يكون وقفاً خيرياً بعد أن ألغى الوقف الأهل .

(٣) استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسية ١٥ رقم ٢٥ ص ٥٢ - مصر استئناف ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص ١١٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٢ مدني يجعل الكنز الذي يعثر عليه في أرض لا مالك لها ملكاً لمن عشر على الكنز ، فحذف هذا الحكم في لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص ٢٨ هامش ٣ - وانظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ هامش ١) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة ، فن عشر على كنز في مغارة أو كهف في الجبل أو في الصحراء البعيدة عن العمران ، فإنه يتملكه بالاستيلاء ، ولا يكون الكنز ملكاً للدولة (محمد حل عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٨) . ويلاحظ ، إلى جانب أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء ، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جميعاً شأن الأراضي غير المزروعة وسائر الأراضي الصحراوية ، مملوكة كلها للدولة ، فالكنز الذي يعثر عليه فيها يكون ملكاً للدولة .

وإذا عثر على الكنز في منقول ، كان الكنز لمالك هذا المنقول ، سواء كان مالكا للعقار الذي يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له (١) .

وقد فرضنا في كل ما تقدم أنه لا يوجد أ-ند يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز ، ولذلك أعطى الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه . فإذا وقع أن ظهر مالك الكنز بعد ذلك ، واستطاع أن يثبت ملكيته له (٢) ، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . ولا يسقط حق مالك الكنز بالتقادم المسقط ، فإن دعوى الاستحقاق ولو في المنقول لا تسقط بالتقادم . وهناك رأى يذهب إلى أن مالك العقار الذي وجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له ، ومن ثم تسرى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولكن الكنز يعتبر في حكم المفقود فيكون للمالكه حتى استرداده في خلال ثلاث سنوات من وقت فقدته أى من وقت حيازة مالك العقار للكنز (٣) . ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذي حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكنز مالكا من حقه أن

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق ، وتدخّل في ذلك البينة والقرائن (ديمولومب

١٣ فقرة ٣٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٣) . كما يجوز للورثة المتعاقبين لمالك الكنز أن يثبتوا أن الكنز كان ملكاً لمورثهم دفته أو خبأه منذ زمن طويل ، وقد ألت إليهم ملكيته بطريق التوارث على التعاقب . ولكن لا يكفي في فرنسا حيث لمن عثر على الكنز نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذي عثر فيه على الكنز قد ألت إليهم بطريق التوارث ، بل يجب أن يثبتوا ، ليستأثرو بكل الكنز ، أن الكنز نفسه كان مملوكاً لمورثهم وأنه هو أيضاً العقار الذي عثر عليه فيه آل إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١-١٤٤ - نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ . Sonm. ٢٧ - وقارن السين أول يوسه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٥٠ . وكن هذه الأحكام صدرت في قضية شهيرة هرفت بقضية كنز شارع Mouffetard : مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ١٢٦٠ - مارتى وريينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٧ - كاربونييه ص ٢٧٦ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ Trésor فقرة ١١) .

(٣) بلا نيول وريبير وبيجار ٣ فقرة ٦٠٦ .

يسترده ، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصري) .
ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار في أي وقت ،
لا في خلال ثلاث سنوات فقط ، هذا ما لم يملك مالك العقار الكنز
بالتقادم الطويل (١) . أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتري حسن النية
فإن المشتري يملكه بالحيازة ، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى
في خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا (٢) .

١٢ - اللفظ: (الأشياء الضائعة) : رأينا أن المادة ٨٧٣ مدني

تنص على أن « الحق في .. اللقطة .. تنظمه لوائح خاصة » (٣) . واللقطة
هي الشيء الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه ، فيعثر عليه شخص آخر
ويلتقطه . وقد قدمنا (٤) أنه يجب التمييز بين اللقطة والأشياء المتروكة ،
فاللقطة ضاعت من صاحبها ففقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها
فبقى مالكا لها ولا تكون عملا للاستيلاء ، أما الأشياء المتروكة فقد تخلى
صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد .
والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المتروكة . فإذا وجد شخص في قطار
بقايا طعام وزجاجات فارغة ، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء
متروكة تخلى عنها أصحابها ، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد
أن شربوا ما كانت الزجاجات الفارغة تخنويه ، فتسرى أحكام الأشياء
المتروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء . أما إذا وجد في القطار حقيبة تدل
الظواهر على أنها لمسافر نسيها ، فإن القرائن تدل في هذه الحالة على أن
الحقيبة ليست شيئا متروكا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها ، ومن ثم تسرى

(١) بودري وقال في المواريث ١ فقرة ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ - محمد
عل عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٧ - - وقرب أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤٤
مش ٢٩ .

(٢) بودري وقال في المواريث ١ فقرة ٤٤ ص ٢٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة
٨ ص ١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠ .

عليها أحكام الأشياء الضالعة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها في حكم السرقة (١) .

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز . فهما يضافان في أن كلا منهما لم يتخل صاحبه عن ملكيته ، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا للاستيلاء (٢) . ويضافان كذلك في أن كلا منهما ، ولو أن له مالكا ، إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف . ولكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس ، فهو إما ملقى على قارعة الطريق ، أو باد للعيان فوق رف أو على درج ، أو باق في مكانه الظاهر في قطار أو في سيارة للأجرة أو نحو ذلك . أما الكنز فقد قدمنا أنه منقول غير ظاهر للبر ، فهو إما مدفون أو مخبوء . ويغلب أن يكون الكنز شيئا ثميناً ، ولذلك دفن أو خبئ . أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ، ولكن يحتمل أيضا أن تكون ذات قيمة كبيرة كجواهرات أو مقدار كبير من النقود . ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقي للكنز أبداً ، إذ يكون قد دفن الكنز أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذويه مكانه . أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب ، إذ يكون غالباً قد فقدها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها .

ولا يتحقق ضياع الشيء من مالكة إلا إذا خرج من حوزته تماماً ، ولم تعد له سيطرة عليه . فمحافظة النقود التي ينساها صاحبها في منزله لا تكون لقطعة ، فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لمخدومه ولا حق له في المشر .

ويخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك (٣) ، ولذلك لا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء كما سبق القول ، وإنما عولجت هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، لأن اللقطة وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ ص ٢٣ .

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يعد يعرف أين توجد ، أما الكنز فإن صاحبه يعرف بعادة المكان الذي دفنه فيه أو خبأه .

(٣) قارن بلا نيول وريبير وبولا نجية ١ فقرة ٢٢٤٤ وقرة ٢٢٥١ .

غير معروف ، فهي تقرب من المضمول الذي ليس له مالك . وهذا هو نفس التبرير الذي قدمناه في معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء (١) .
ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكا ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء . فن عثر عليها وأحرزها بنية تملكها لا يملكها ، بل يعتبر في حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك (٢) .
وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدني تقضى بأن الحق في اللقطة تنظمه لوائح خاصة . وقد صيغت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التي تحفظ في خلالها الأشياء الضائعة ، وتنظم كيفية التصرف في هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة ، وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى توول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ .

(٢) وفي فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة في البحر (épaves maritimes) وفي الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres) . كما توجد قوانين ومراسيم تنظم حالات خاصة ، من ذلك الأشياء التي تودع أقلام كتاب المحاكم والبضائع التي تترك في الجمارك والمنقولات التي يمهدها إلى أثناء النقل والمبالغ التي تدفع لمصلحة البريد والأمتعة التي تترك في الفنادق وغير ذلك . وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة في معظم المدن الفرنسية . وتقضى هذه القوانين واللوائح بوجه عام ، في غير الأشياء الضائعة في البحر وفي الأنهار التي توول ملكيتها للدولة ، بأن من يعثر على شيء ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه ، وإلا عُد في حكم السارق (نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٤٤٢ - جارسون في التعليقات على التقنين الجنائي جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . فإذا لم يعرف صاحب الشيء الضائع في مدة معينة ، أعطى الشيء لمن عثر عليه . ولكن من عثر على الشيء الضائع لا يملكه بالاستيلاء ، لأن له مالكا وإن كان غير معروف ، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ وعنه لم يودعه ، بل حبسه عنده واستمر حائزاً له . فهو إذا كان في هذه الحالة يعد في حكم السارق ، فإن هذا لا يمنع من تمكنه الشيء الضائع إذ أن السارق يملك الشيء المسروق بالتقادم الطويل (بودري ونيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . أما إذا كان من عثر على الشيء الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة ، فإنه يكون في حكم الحائز للمنقول بحسن نية ، ولما كان المنقول ضائعا فإن المالك يستطيع أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) .

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، فهو أهمها وأكثرها شمولاً . ويقضى بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمدة فى القرى ، وأن يسلمه . فإذا لم يطالب به مالكه . بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه . أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى ، بواسطة الإدارة . ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع . إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن ، يملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشيء الضائع لا يكون محلاً للاستيلاء كما قدمنا ، بل بحكم القانون (١) . وتحتفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه . فإنه يؤول إلى الدولة . وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات ، فإنما يكون ذلك أيضاً بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء . ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشيء الضائع استرداده من الخائز حسن النية ، فإن الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شى غير مملوك للدولة ، فلا يسرى هذا الحكم عليها .

أما إذا احتفظ من عثر على الشيء الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر ، وبعقوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشيء الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه . سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو جدد بعد ذلك . فإنه يكون فى حكم السارق . وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى كولان وكابيتان ردى لا مورانديير ١ فقرة ١١٢٦ .

إليه ، فإن المادة الأولى منه تقضى بأن من عثر على الشيء أو الحيوان الضائع ، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوباً بنية امتلاكه بطريق الغش ، تمام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة (١) . وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شيء ضائع واحتفظ به بنية تملكه ، وظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فإنه يتماكك بالتقادم الطويل (٢) . فإذا لم تتكامل مدة التقادم ، جاز للمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يده من عثر عليه . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشيء (م ٩٧٧ مدني) . فذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المنقول حسن النية ولديه سبب صحيح . وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشيء يعلم أنه غير مملوك له (٣) ، وكذلك واقعة العثور على الشيء الضائع لا تعتبر سبباً صحيحاً . ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشيء الضائع بالمزاد العلني بعد سنة من تسليمه ،

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشيء . وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائي ١٠ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٢٠٤ ص ٣٩٥) . وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشيء الضائع تتحقق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت ، متى وضحت نية التملك (نقض جنائي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص ١١١) . وانظر دائرة النقض في محكمة الاستئناف ٢٦ يونيو سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ٩٩ .

(٢) وإذا كانت الحيابة عرضية ، كما إذا ترك التزليل بمحض أمتته في الفندق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشيء المودع إلى صاحبه ، فإن هذه الحيابة لا تصلح أساساً للتملك بالتقادم . ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتسلط بالتقادم المسقط ، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتعة برد أمتته ، فإن التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقدر كولان وكايت - ودي لامور انديير ١ ص ٨٨٥) . ولكن انذى يسقط هنا هي الدعوى الشخصية بالرد ، لا دعوى الاستحقاق فإن هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم .

(٣) بودري ونيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ - كولان وكابيتان ودي لاوير انديير ١ فقرة ١١٣٨ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقرب أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ هامش ٤٩ .

إن من رسا عليه المزداد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشيء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزداد ، ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذي أودع لحسابه بعد استئزال العشر الذي دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع (١).

١٣ - الأشياء الأثرية : وتنص المادة ٨٧٣ مدني أيضا ، كما رأينا (٢) ، على أن « الحق في . . . الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » . وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي . ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وهو القانون الذي ينظم الآثار الآن في مصر . وبموجب هذا القانون الأخير يعتبر أثرا كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها في عصر ما قبل التاريخ وفي العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل ، ويعتبر كذلك كل عقار أو منقول يكتشف في مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر في عصر من العصور المشار إليها . كما أنه يعتبر أثرا كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته ، حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل ، بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التي ينص عليها قانون الآثار . ويعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات

(١) وكذلك إذا باع المنقول من عثر عليه لمشتري حسن النية ، فإن حق المالك في استرداد المنقول يسقط بثلاث سنوات ، وإذا استرده في خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد في حالة من الحالات التي توجب ذلك .

ولا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامع ، فن يكبح جناح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة ، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر شيئاً ضائعاً اللواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها في فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تقليدية ليستولى عليها بعد في حكم للسارق (محمد على حرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٢٢) .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٨ .

أو بمقتضى قرار يصدره وزير التربية والتعليم بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ، وكذلك الأراضي المملوكة للأفراد التي تنزع الدولة ملكيتها لأهيتها الأثرية (١) .

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقارا أو منقولا ، فهي بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لا يكونان إلا منقولا . وتختلف عن اللقطة في أن الآثار تكون في أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة في باطن الأرض ، أما اللقطة فتكون كما قدمنا منقولا ظاهرا أمام الناس . وإذا كانت الآثار تشترك مع الكنز في أن كلا منهما مدفون أو مخبوء ، إلا أن الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكنز ، بل هي فوق ذلك شيء من طبيعة خاصة ، فهي نتاج الحضارات المتعاقبة التي توالى على مصر أو الحضارات الأجنبية التي كان لها اتصال بمصر وتقتضى المصلحة القومية حفظه وصيانته . ويرى من ذلك أن الأصل في الآثار أن تكون أموالا لا مالك لها ، فهي مخلفات العصور الحالية وقد تركها أصحابها إلى غير مالك . ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى ، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ والحضارة والمصلحة القومية ، فإنها لذلك لا تترك سائبة يأخذها أول

(١) وتنص المادة ٢ من قانون الآثار على أنه « يعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بمقتضى قرار يصدره وزير المعارف السومية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطنى » .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قرارا من هذا القبيل لا يمكن - في علاقة الحكومة بالجمهور - أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يمكن اعتبار الأرض أثرية غير يمكن اكتسابها بوضع اليد بمعنى المدة ، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ، ولا صرفها بأنها أثرية في قوائم المساحة والتحديد (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر رقم ٢٣١ ص ٦١١) . وقضت أيضاً بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار ليس منصوصاً على الأراضي التي تقرر الحكومة بصدوره أنها أثرية ، بل يتناول أيضاً - كما هو صريح نصها - الأراضي التي سبق أن قررت الحكومة ، أى مجلس الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من وزير الأشغال ، قبل صدور قانون الآثار ، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يمكن لينسب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم ٢٠٤ ص ٤٤٠) .

من يستولى عليها تطبيقا لقواعد الاستيلاء ، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق ، وقرر من القواعد ما يكفل حفظها وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة . وجعلها القانون في الأصل من الأملاك العامة للدولة ، إلا ما نص على أن يكون ماكما خاصا^(١) . وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالا لا مالك لها إلى أموال لها مالك ، وهذا المالك هو الدولة في الأصل تملك الآثار ملكية عامة لا ملكية خاصة ، ويجوز أن يتملك الأفراد بعض الآثار ملكية خاصة كما سيجىء . فالآثار إذن لا تكون محلا للاستيلاء ، كما لا يكون محلا للاستيلاء الكنز واللقطة فيما رأينا . وكل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها لا يجوز له الاستيلاء عليه ، ويجب أن يبلغ عنه فى الحال وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة ، وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص ، ووقعت عليه العقوبة المنصوص فى المادة ٣٠ من قانون الآثار . أما إذا كان العثور على الأثر قد وقع فى أرض لم يتقرر أنها أثرية ، ولو كانت هذه الأرض مملوكة لمن عثر على الأثر ، فإن الأثر يبنى من الأملاك العامة ، ولمن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختص مكانة تقدرها لجنة خاصة يكون قرارها نهائيا وغير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى .

وتنص المادة ٧ من قانون الآثار على أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية ، بعد أخذ رأى المصلحة . وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه له لدها من المنافع العامة ، ومنها ما تملكه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنفعة العامة مما يعتبر من الآثار غير مملوكة للحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

والآثار التي تعتبر من الأموال العامة ، وهذا هو الأصل فيها كما قلنا ، ترد عليها ، نظراً لصفحتها هذه ، القيود الآتية : (١) لا يجوز هدمها أو نقلها أو تجديدها أو ترميمها أو تغييرها على أي وجه كان بغير ترخيص سابق من وزير المعارف العمومية بعد موافقة لجنة تسجيل الآثار ، ويكون إجراء الأعمال المرخص بها تحت إشراف المصلحة المختصة التي يكون لها أن تباشر في أي وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازماً لصيانة الأثر . (٢) لا يجوز التصرف في الآثار (١) ، ولا الحجز عليها ، ولا ترتيب حقوق ارتفاق تعاقدية على العقار الذي به الأثر ، فلا يجوز فتح منافذ أو مطلات على مبان أو أسوار أو أرض أثرية ، بغير ترخيص من المصلحة المختصة ، وإلا كان لها حق الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالة ذلك على حساب المخالف ، كما لا يجوز المرور على هذه المباني أو الأسوار أو الأراضي . ويجوز أن تترتب حقوق ارتفاق قانونية (قيود قانونية) إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للأثر ذاته . (ثالثاً) لا يجوز كسب أي حق على الآثار بالتقادم . (رابعاً) لا يجوز أن تنزع للمنفعة العامة ملكية الأراضي أو العقارات التي بها الأثر أو المتاخمة له ، إلا بعد موافقة وزير المعارف العمومية ولجنة تسجيل الآثار (٢) .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار التي تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، وهذه هي : (١) الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات .

(١) ولا يجوز تملكها بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثري لا يجوز التبايع فيه ، بل يبعه وشرائه باطلان ، وللحكومة أن تقاضي من يوجد هذا التمثال في حيازته مهما كانت حسنيته لتسرده منه بغير تمريض تدفمه له أو تمن ترده إليه . وليس له أن يبيع بنفسه لمدة ٨٧ سنة (قديم) ، لأن المقرر قديماً أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥) .

(٢) ولا يجوز أخذ سباح أو أثرية أو غيرها من الأراضي أو الأماكن الأثرية ، إلا بترخيص من المصلحة المختصة وتحت إشرافها (م ١٢ من قانون الآثار) .

(٢) الآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة له طبقاً لأحكام القانون . (٣) الآثار التي تعطى للحكومة بطريق البدل أو تتصرف فيها بالبيع أو التنازل طبقاً للمادة ٥ من قانون الآثار التي تجيز تبادل الآثار المنقولة المكررة أو بيعها أو التنازل عنها ، وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على طلب وزير المعارف وبعد موافقة المصلحة المختصة . (٤) الآثار المستوردة من الخارج لحساب المستورد ، كالتحف واللوحات الفنية التي ابتدعها فنانون الغرب في العصور الحالية . (٥) آثار العصر المسيحي وماتلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ، ويكون قد تم تسجيلها وفقاً للأوضاع القانونية دون أن تنزع الدولة ملكيتها (١) . (٦) الآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه .

هذا وقد أورد قانون الآثار قيوداً متعددة على الملكية الخاصة للآثار تقررت للمصلحة العامة ؛ وقد سبق بيانها عند الكلام في قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة (٢) .

١٤ - المركز التي لا وارث لها : إذا مات إنسان ولم يترك وارثاً ، ففي الشريعة الإسلامية توول تركته إلى بيت المال . وقد قدمنا ، عند الكلام في الأشياء الخاصة للملوكة للدولة (٣) ، أن بيت المال تمثله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر العالي الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ بإنشاء لجنة حفظ الآثار القديمة العربية قد بين على سبيل الحصر أعمال هذه اللجنة فيما نص عليه في المادة الثانية منه ، والمفهوم من هذا النص أن هذه الأعمال مقصورة على الآثار العامة . وليس في هذا النص ولا في باقي مواد الأمر العالي المذكور ما يفيد أن أعمال تلك اللجنة تتناول الآثار غير المملوكة للحكومة . فإذا حصل أن قامت اللجنة بتسجيل أثر من الآثار غير المملوكة للحكومة ، فإن هذا التسجيل لا يمكن أن يترتب عليه أي حق للحكومة قبل صاحب الأثر . أما القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي ، فالمفهوم من نصوصه أنه يجب لتسجيل الأثر أن يصدر قرار بذلك من وزير المعارف ، وأن يملن هذا القرار لصاحب الأثر لكي يترتب عليه حق الارتفاق ، وليكون الإعلان مبدأ لمدة السنة المقررة لسقوط حق المطالبة بالتعويض . وإذا كان قرار التسجيل لم يملن لصاحب المقار ، فلا يبدأ سقوط الحق في المطالبة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٤٠٠ .

(٣) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩ .

الآن خزنة الدولة ، فتكون التركات التي لا وارث لها ملكا خاصا للدولة . وتؤول التركة إلى الدولة ، لا باعتبارها تركة مورثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له (١) .

وكان مقضى أن التركة التي لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد ، أن أموال هذه التركة يجوز تملكها بالاستيلاء ، شأنها في ذلك

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية ، وإن كالت تمثل بيت المال ، لا تعتبر شرعاً وارثة . لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتي في الدرجة الأخيرة (العاشرة) من المستحقين للتركة ، فإن معنى ذلك أن بيت المال يكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية . فإن لم يوجد أحد من الورثة ، تودع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين . وعلى كل حال فإن بيت المال لا يجوز هذه التركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١٢١ ص ٢٢٢) . وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذي حلت محله وزارة المالية ، وإن عد في المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً للتركات التي لا مستحق لها ، إلا أنه ليس معتبراً في نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً . ولما كان إنكار الوراثة الذي يستدعي استصدار حكم شرعي يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة (المواد ٣٥٥ - ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣١) ، ومتى ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وارثاً ، فإنه لا يصلح خصماً في دعوى الوراثة ، ولا يجوز لوزارة المالية بالتالي إنكار الوراثة على أحد من يدعي إنكاراً يستدعي استصدار حكم شرعي ، لأنها آية فقط على مال من لا وارث له . ويمكن لمن يدعى استحقاقه مال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفقه لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٥) . وانظر آنفاً في هذا المعنى نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٢ - وانظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨٠ (لا تعتبر التركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص مقيمين في الخارج) .

وانظر في النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩ - ومن بين النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق التركة التي لا وارث لها الموجودة في مصر ، حتى لو كان صاحب التركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦) . ذلك لأن مال أهل الذمة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو للدولة ، ولو كانت الدولة وارثاً لما ورتت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص ١٥٨) .

شأن الأموال التي تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل . ولكن
المشرع أخرج التركات التي لا وارث لها من نطاق الاستيلاء ، لأهميتها
وتطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وجعل ملكية هذه التركات للدولة .
فتملك الدولة ، بمجرد وفاة المالك دون وارث ، تركته ، وذلك قبل
أن تضع بعدها على التركة ، لأنها تتملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .
وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢
بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتي :
« توّول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية
المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ،
وذلك من تاريخ وفاتهم » (١) . وإذا ظهر وارث بعد ذلك ، أو أي
شخص آخر له حق في التركة كدائن للمتوفى ، فإن له أن يرجع بحقه .
ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم ، إذا انقضت خمس عشرة سنة
من تاريخ الوفاة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون
سالف الذكر على أن « ينقضي كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه
الميراث ، بمضي خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان
تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من
أسباب وقف التقادم أو انقطاعه » .

(١) ولا يوجد تشريع في شأن الأشخاص المعنوية التي تنحل دون أن يكون هناك مز
يرثها ويخلفها على أموالها . والواضح أن الشخص المعنوي إذا كان شركة تجارية أو مدنية ،
فأصحاب الأسهم أو الحصص فيها هم الذين توّول إليهم أموال الشخص المعنوي . وإذا كان
جمعية أو مؤسسة ، ولم يوجد في نظامها ما يبين لمن توّول أموالها ، حولت هذه الأموال ،
وفقاً للسادة ٢/٦٨ مدني المهدوفة ، إلى الجمعية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الأقرب
إلى غرض هذا الشخص المعنوي . أما في فرنسا فهناك نص عام يقضي بأن الأموال التي لا مالك
لها تكون ملكاً للدولة (م ٧١٣ مدني فرنسي) ، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوي ،
إذا لم يكن قد عين له خلف ، تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان وفي لامورانديير ١ فقرة
١١٣٠ ص ٩٢١) .

وتصنف جميع عناصر التركة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة (١) لحساب التركة ، حتى تنقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم . وفى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد. نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما يخصم سائر المعسوفات الفعلية الأخرى (٢) .

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥ - نص قانونى : كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى :

« ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

« ٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك ، باعتبار أنها هى بيت المال . وقد قضت محكمة النقض بأن البطريركية ليست جهة حكم ولا جهة لسيطرة مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطريركية بتسليم النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليس له لذى الخزانة فيه ، هو تصرف غير مشروع من شأنه ، ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سببها باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام ، وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الهامش .

ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعلم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك (١) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فنص في المادة ٨٦ منه على أن تُلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني ... ، وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبقى من النص قائماً إلا الفقرتان الأوليان .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٨٠/٥٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في المادة ٨٧٤ من التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة من ثلاث فقرات ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها والتي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، فقيل إن هذه الأراضي يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها ، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التي لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك في القانون المدني وهي محصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وبخلاف أملاك الدولة الثمينة فهي غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها . فالأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها هي الأراضي الموات . وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق ٨٠/٥٧ : أما الأراضي غير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبادية تطبيقاً للقوانين - إنما كل من زرع أرضاً من الأراضي المذكورة ، أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراساً ، يصير مالكا لتلك الأرض ملكاً تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعلم استعمالها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها .

(وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدني الجديد . أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص ، وهي التي حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجوه الخلاف ما بينها وبين ما يقابلها من نص التقنين المدني السابق فيما يأتي : (أ) أوجب المشروع أن يكون المستول مصرية ، حتى لا يملك أجنبي أرضاً مصرية بهذا الطريق السبل . (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ - ٢٣٦ (١).

المالك في الحال . وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً في الاستيلاء . وهاتان المسألتان مشار تخلاف في التقنين الحال (السابق) وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف ، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف في هذا السند باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة . (ج) ذكر المشروع أن الخمس السنين التي يفقد المستوى المثكية بعدم استعمال الأرض في أثناء ، يجب أن تكون سنين متواليات . فأصبح المستوى أقل تعرضاً لفقد ملكيته في المشروع منه في التقنين الحال (السابق) الذي لا يشترط التوالي . ويكون في المشروع أن يستعمل المستوى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٢ (مطابقة للفقرتين الأولين من المادة ٨٧٤ مصرى . وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى المحذوفة أنظر ما يقابلها في المواد ٨٣٣ - ٨٣٥ سوري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ (مطابقة لفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى) .
التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ : ١ - إذا ردم عراقى جزءاً من البحر بأذن الحكومة ، منك الجزء المردوم . لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات ، بطل الإذن . ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه . ٢ - وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة ، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة ، ويبيع للرادم ببدل المثل . فإن لم يقبل ، بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم ، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الأرض دون الأبنية ، وإذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقي للرادم .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ : إن الإشغال يخول المشغل الأول ، بموجب رخصة قانونية من الدولة ، الحق في أن يكون مفضلاً على سواه لاكتساب حق التصرف بالمقارات الحالية .

م ٢٣٥ : إن صاحب حق الأفضلية الذي يثبت ، بعد انقضاء ثلاث سنوات ، أنه فلع الأرض ، أو شيد فيها أبنية ، أو غرس فيها أغراساً ، أو قام باصلاحها ، وذلك ضمن شروط معينة في الأنظمة الخاصة بتمتع أموال الدولة . يكتب محاراً حق تسجيل التصرف في القسم الذي فله أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه . بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفي أثناء المشر السنين التالية ، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية . م ٢٣٦ : لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل في السجل العقاري أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة ، ولا على الغابات والمقارات المتروكة المرفقة أو المحمية . (وانغروق بين القانون اللبناني والتقنين المصري واضحة) .

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني سالفه الذكر . أصبح الاستيلاء على العقار غير جائز . وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤ . ومن قباة القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، طريقة تملك الأراضي الصحراوية .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة . (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٣) كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٤) تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني . (٥) حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٦ - تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تحديد هذه الأراضي ما يأتى : « يشمل المال المباح الأراضي غير المزروعة التي ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا ، وذلك كالصحارى والجبال والأراضي المتروكة . وتعتبر هذه الأراضي ملكا للدولة . ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها » . (١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيمها شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويحدد أقسامها المختلفة ، فيعرض لتحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدني . وقد سبق أن عرضنا لأهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - وانظر فى أن أراضي مربوط كانت تعتبر من الأراضي المباحة التي كان يمكن تملكها بتعيينها بنفس مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ بمجموعة المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزءه أول ص ٣٠٥ رقم ٢٨ - وفى أن الأراضي التي كانت مملوكة أصلاً لشركة أراضي المدن والضواحي وتداولتها الأيدي لا تعتبر من الأراضي المباحة نقص مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزءه أول ص ٣٠٥ رقم ٢٩ .

أحكام هذا القانون في صدد الكلام في الدوين الخاص للدولة (١) ،
ونعود هنا لأحكام هذا القانون التي تتصل بالمادة ٨٧٤ مدني محل البحث .

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة
أقساماً ثلاثة : الأراضي الزراعية ، والأراضي البور ، والأراضي الصحراوية
ويجب استبعاد الأراضي الزراعية والأراضي البور ، عند تحديد الأراضي
غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . أما استبعاد الأراضي
الزراعية فواضح . فهي أراض مزروعة بالفعل ونحن في صدد تحديد
أراض غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضي البور وإن كانت تشترك
في كثير من الأحكام مع الأراضي الصحراوية ، لأن المادة ٢ (حرف ب)
من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها « الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل
الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين » .
فهي إذن في معظمها أراض واقعة داخل الزمام ، ويبدو أن المادة ٨٧٤
مدني لا تعرض للأراضي الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق
عليها أنها « أراض لا مالك لها » قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ (٢) . فتبقى
إذن الأراضي الصحراوية . وتعرفها المادة ٢ (حرف ح) من قانون
سنة ١٩٦٤ بأنها « الأراضي الواقعة في المناطق المعبرة خارج الزمام
بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين » . ويبدو أنه ،
بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ ، تكون العبرة في تحديد الأراضي المشار
إليها في المادة ٨٧٤ مدني بما إذا كانت الأراضي واقعة داخل الزمام
أو خارجه (٣) . فالأراضي الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ - فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر العال الصادر بتاريخ
٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية من أخرج الأراضي الداخلة في زمام البلاد من
نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء . وحكم هذا النص لاشك أنه
يجري سواء كانت وسيلة التملك هي الترسيع أو التعمير ، وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء
على الأراضي الداخلة في الزمام أياً كانت وسيلة التملك (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩
مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١) .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : أنظر
نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١ السابق الإشارة إليه .

المشار إليها هي الأراضي التي تدخل في نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدني ، ويشمل ذلك الصحارى والجبال (١) .

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، بعد أخذ رأي وزير الأشغال ، المناطق التي يجوز أن تباع فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكانية انتفاعها بالري من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه » . فالمناطق التي تباع فيها الأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى في تحديدها إمكانية انتفاعها بالري من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، والأراضي الداخلة في هذه المناطق هي مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

١٧- عزم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : وبوخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤

لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء ، إذ الاستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها ، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضي الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة . وسنرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضي يأتي عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها .

(١) قارن محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٠ - وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢١ (ويذهب إلى أن المقصود بالأراضي غير المزروعة هي الأراضي الصحراوية والأراضي الرملية التي تحف ساحل البحر والجبال والأراضي البور غير المزروعة) - إسماعيل غانم ص ٥٠ (ويقول إن الرأي الراجح يذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة تشمل كافة الأراضي غير المزروعة التي تدخل في الدومين الخاص للدولة ، بما في ذلك الصحارى والجبال) - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٧ (ويذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٨٧٤ مدني يراد بها كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ، ولا تدخل في أموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهي الأراضي الموات ، كالأراضي متروكة والصحارى والجبال ، أي أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى . ولا يدخل في هذه الأراضي غير المزروعة طرح النهر ، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام معينة) . وانظر مادار من نقاش في لجنة مجلس الشيوخ في شأن الأراضي غير المزروعة التي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وأنها هي الأراضي الموات : أنفاً ص ٥٠ هامش ١ .

فلم يعد جائزاً . بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني على مامر . أن يعمد مصري بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضي ، وبزوعها أو يفرس فيها أو يبني عليها ، فيتملكها في الحال إذا هو لم ينقطع عن تعميها على وجه معين (١) . وإذا قيل إن الأراضي التي لا يجوز الاستيلاء عليها هي الأراضي الداخلة في المناطق التي يتحقق من إمكان ارتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه (٢) ، وإن الأراضي غير الداخلة في هذه المناطق تبتى محلاً للاستيلاء ، أوجب بأن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه الأراضي لا يمكن ارتفاعها بالرى فهي إذن لا تصلح للزراعة . وحتى لو قيل إنها تصلح للتعيمير عن طريق البناء ، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني لم يعد ممكناً تملك هذه الأراضي عن طريق التعيمير

(١) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ ص ٢٧٤ هامش ٢ - كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص للدولة ، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضي الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطنى ١٢ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٠ ص ٤٠ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨) ، وفي هذه الحالة لا حاجة إلى إذن مجلس الوزراء الذى تستلزمه أحكام الأمر المال الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٧ ص ٩٢ - وانظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨ - شفيق شحاته فقرة ٢٠٨) - وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضي المزروعة التى لا مالك لها (م ٥٧ من القانون المدنى القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالى) كانت كثيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى القائم واطاف حكماً جديد يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عيى عليها بالتقادم (نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) . وقارن فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٦ هامش ٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضي بالتقادم فى الحدود التى استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتسك الأراضي الصحراوية . ومهما يكن من أمر ، فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالاً للشك فى أن هذه الأراضي قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموالها الخاصة ، فترى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال ، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم) .

(٢) م ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالف الذكر : أنظر آفناً ص ٥٤ .

وحده . ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على العقار ، وإنما يرد على المنقول وحده .

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، فإنه كان يمكن القول ، قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، إن الأراضي الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها . فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدني تصرح بأنها أراض غير مزروعة « لا مالك لها » ، وإذا كانت نفس الفقرة تصرح في الوقت ذاته بأنها « ملك للدولة » ، فإن هذه الملكية كانت من الضعف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها في الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير . فلم تكن هذه الأراضي إذن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة ، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولى عليها عن طريق التعمير . وقبل أن يستولى عليها أحد ، كانت ملكيتها تسند إلى الدولة ، وهي ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية (١) . ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها ، لا فحسب عن طريق التعمير ، بل أيضا عن طريق الترخيص . ومن هنا جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وللاستيلاء على المال المباح طريقان : طريق الترخيص الذي يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير (٢) » .

(١) قرب عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ويلاحظ أنه عند صدور التقنين المدني

الجديد كان تملك الأراضي الصحراوية خاصاً لنظام الترخيص طبقاً للأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، الذي من العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ولما صدر التقنين المدني الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضروري فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضي الصحراوية لتسييرها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما يقضى صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدني ، أو أن الترخيص بقى ضرورياً طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد . وبقى الخلاف =

أما الآن . بعد أن صدرت التوانين التي تنظم تملك الأراضي الصحراوية وبخاصة قانون سنة ١٩٦٤ . لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضي الصحراوية ملكية ضعيفة ، بل هي قد أصبحت كما سبق

قائماً إلى أن صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥٨ . فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بقى ضرورياً بالرغم من صدور التفتين المدفئ الجديد . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فظم هذه المسألة تنظيمياً تشريعياً في المادة ٧٥ منه . وسنعود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر مايل فقرة ٢٠) .

هذا وقبل ذلك ، أي قبل صدور الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، كان قد صدر أمر عال في ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ يمنح للمعربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية ، بزراعتها في الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم في هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو النزول . من حق انتفاعهم لتغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضي بمقتضى حجاج رسمية (أنظر استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص ١١١ - استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٧ ص ٩٩٣ - الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيو سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص ٧٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص ١٠٢ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ - وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٩ - ص ٤٠) .

ثم صدر بعد ذلك أمر عال في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة . وقد أخرج هذا الأمر العالي من نطاق التملك بالطريقة التي رسمها أراضي الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد . وقسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات : (أ) الأراضي غير المزروعة التي لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة ، ولا يجوز أن يعطى للأفراد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المالحة والأراضي المستنقعة التي يقتضى إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة . (ج) الأراضي المعروفة بالبراري التي يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فضلاً عن التكاليف التي يقتضها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك . فأراضي الدرجة الأولى تعنى من الأموال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تعنى مدة لا تتجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تعنى مدة لا تتجاوز عشر سنوات . ويجرى تملك الأرض للطلاب باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم صاحب مكتوب إلى ريسة مجلس تطر ، مبيناً فيه اسم الخوض الكائن به الأرض لتطرية والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتعميره . وتمتعى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فإن قدم طلبان في آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطلان ، فإن تساوى في القرب يفرع بينهما . أما الأطلان المتوطن فيا عربان ، فتعطى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يعين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديدتها وتقديم تقرير بذلك المجلس النظار . (٣) يصدق

القول ملكية حقيقية كملكيتها لسائر أموالها الخاصة ، فللدولة أن توّجر هذه الأراضي وأن تبيعها وأن تتصرف فيها تصرفها في أي مال تملكه ملكية خاصة . وعلى ذلك أصبحت الأراضي الصحراوية لها مالك هو الدولة ، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء .

مجلس النظار على الطلب . (٤) تجوز حجة مشتملة على شروط التمليك . (٥) تسلّم الأرض للطالب بمعرفة مندوب المديرية - أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢ ص ٢٧ - ص ٣٩ . . والذي يستخلص مما تقدم أن الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنما ينظم تمليك الأراضي الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم في الاستيلاء عليها ، فيتملكونها ، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً في مقابل مسح الأرض وتحديداتها) ، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تعميم هذه الأراضي . ولذلك أعفيت الأراضي ، كما رأينا ، من الأموال الأميرية ، لمدد متفاوتة بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تمييزها في خلال هذه المدة فرضت عليها الأموال . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢ . ويتم تمليك الأرض أي الاستيلاء عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض للطالب ، ولو كان التمليك بطريق الشراء لكان يكتفى بتقابل الإيجاب والقبول ، أي تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . أنظر في أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذي هو عمل داخلي للحكومة يجوز العدول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يعقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض : استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ١٢٣ - الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص ٣٠٨ - المطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص ٣٨٠ - وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانوني يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية ، وفقاً للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٧٨ - إسماجيل غانم ص ٥٠ - عبد المنعم فرج اعنه فقرة ٢٤٧ ص ٣٥٩) .

وبق الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولاً به إلى أن صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه في صدر هذه الحاشية ، وقد مد العمل بهذا الأمر العسكري كما قدمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر .

١٨- كيفية ملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤

لسنة ١٩٥٨ تم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز تملك هذه الأراضي (الأراضي الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

وقد صدر فعلاً القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضي الصحراوية . وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون في صدد الكلام في القيود التي ترد على الحق في التملك (٢) . ونعرض له هنا في إيجاز باعتبار أنه كان قانوناً ينظم حق الأفراد في تملك الأراضي الصحراوية . وقد بدأ في مادته الأولى بأن يحظر على أي شخص أن يملك بأي طريق كان . عدا الميراث ، عقاراً كائناً باحلى المناطق المتعبة خارج الزمام ، وهذه هي بوجه عام الأراضي الصحراوية . ثم أتى بعد ذلك باستثناءين . أجاز في الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر ، فيجوز للأفراد أن يملكوا الأراضي الصحراوية الداخلة في هذه المناطق . ويبدو أنه كان يجوز للأفراد ، بالنسبة إلى هذه الأراضي التي استثنيت من الحظر ، أن يملكوها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني التي لم تكن قد ألغيت بعد (٣) . والاستثناء الثاني خاص بالمناطق التي لم تستثن من الحظر . فيجوز لوزير الحربية حتى في هذه المناطق الترخيص للأفراد في تملك الأراضي . وتقضى المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلاً كل تصرف يقع مخالفاً لهذه الأحكام . ولم يكن للقانون أثر رجعي . فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥ .

(٣) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥١ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصده فقرة

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق ، ويحل محله ، وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر . ويتقضى بأن تكون الأراضي الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة ، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء . وإنما يملكها الأفراد لاستصلاحها في المناطق التي يكون محتقًا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، بطريق الشراء ممارسة من الدولة . فقد نصت المادة ٢٣ من هذا القانون بأنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أن يرخص في التصرف في مساحات من الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة ، ببيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها ، في حدود عشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية بالنسبة إلى كل مشر ، وذلك بالشروط الآتية : (١) أن يكون المشتري متمتعًا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، بالغا سن الرشد ، من ذوى السمعة الحسنة ، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه إعتباره . (٢) أن يتعهد المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية ، وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة ، وتقدير الثمن ، وشروط أدائه ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى » . وإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض وزراعتها في خلال المدة المحددة ، اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي ، ويلزم المشتري الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ، ويستتزل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشتري قبل النسخ من ثمن وفوائد . كما يلزم المشتري الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها . وفي خلال المدة التي يستصلح فيها المشتري الأرض ، لا يجوز له التصرف فيها لأحد .

فاذا ما أتم استصلاحها في خلال الميعاد المقرر ، جاز له أن يتصرف فيها . ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسي . وبشرط ألا يكون مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد منهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية والبور والأراضي الصحراوية المستصلحة . كذلك يجوز الترخيص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة . بشرط أن تم استصلاح ما تشتره من الأراضي وزراعتها خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها ، وإلا انفسخ عقد البيع على النحو الذي يبناه فيما تقدم . ولا يجوز لهذه الأشخاص الاعتبارية التصرف في الأراضي التي تشترها إلا بعد أن تم استصلاحها وزراعتها ، ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع بالشروط المبينة فيما قدمناه .

ويجوز للدولة أن تعهد إلى أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة في استصلاح الأراضي الصحراوية وتعميرها وزراعتها ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها . فاذا ما تم استصلاح هذه الأراضي ، وزعت على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة فدان ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع . ويجب توافر شروط معينة فيمن توزع عليهم الأراضي الصحراوية المستصلحة ، وتكون الأولوية في توزيع هذه الأراضي وفقا لترتيب معين . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقرير ثمن الأراضي المستصلحة ، وشروط أداء هذا الثمن ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع .

ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأي وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها تملك الأراضي الصحراوية ، لأغراض عسكرية . ويجوز نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا ، إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجي أو الداخلي . وتحدد اللائحة التنفيذية

الإجراءات التي تتبع في نزع ملكية الأراضي الصحراوية والاستيلاء المزمع عليها ، ويتقاضى أصحاب هذه الأراضي تعويضاً عينياً أو نقدياً (١) .

وبعد أن بين قانون سنة ١٩٦٤ الأحكام التي تسرى في تملك الأراضي الصحراوية على النحو الذي قدمناه ، نص في المادة ١/٤٧ منه على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعي أو معنوي أن يجوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ، إلا وفقاً لهذه الأحكام » . فأصبح لا يجوز لأحد أن يضع يده على الأراضي الصحراوية بطريق الاستيلاء والتعمير ، على النحو المبين في الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، ومن ثم نص قانون سنة ١٩٦٤ على إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول .

١٩- تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لمظام الفقرة الثالثة المخرّوفة من

المادة ٧٨٤ مدني : وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني قد ألغيت بالمادة ٨٦ من قانون سنة ١٩٦٤ ، فإن إلغائها لم يكن بأثر رجعي ، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين المدني الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها . لذلك يحسن أن نورد في إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام .

وتنص هذه الفقرة ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال

(١) وتنص المادة ٥١ من قانون سنة ١٩٦٤ على أنه «يجوز لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يرخص في تأجير بعض العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكامه ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تنفيذ في تنمية الاقتصاد القومي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية » .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال في خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك الاستيلاء : (١) أن تكون الأرض المعتبرة ملكا للدولة أرضا غير مزروعة وقد سبق تمديد الأراضي غير المزروعة (١) ، فلا يجوز الاستيلاء أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام ، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا . فبقي إذن الأراضي الصحراوية خارج الزمام ، وهي التي يرد عليها الاستيلاء . (٢) أن يكون الشخص الذي يستولى على الأرض مصرى الجنسية . سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض . وهذا الشرط مستحدث في التقنين المدني الجديد ، ولم يكن مطلوبا في التقنين المدني السابق فكان يجوز للأجنبي أن يستولى على الأراضي الصحراوية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا ، حتى لا يملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل» (٢) . (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو الغرض الأساسي من إباحة الاستيلاء على الأراضي الصحراوية . حتى يكون هناك حافز يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات ، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات يجعلهم يملكون الأرض التي يحيونها . والتعمير يكون ، كما يقول النص ، بأن يزرع المستولى الأرض أو يفرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء . وليس من الضروري أن يصل في هذه الأمور إلى نهيتها . بل يكفي في زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفي البناء

(١) أنظر آتيا فقرة ١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

عليها أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة فالتسوير وحده لا يكفي (١) .
ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميراً جديداً من شأنه أن يحيي الأرض ،
وأن يدل على نية صاحبه من أنه آخذ في أسباب استغلالها والمضي في هذا
السييل (٢) . وعلى ذلك لا يكفي مجرد وضع اليد على الأرض ، وقبل
أن يعبر المستوى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية ،
لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصح طرده منها (٣) . ولا يازم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «والمطلوب من
يضم الأرض أن يزرع أو يبني وفقاً لما يمكن أن تعمله الأرض من أغراض ، فيكفى أن
يجعل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة» (مجموعة الأعمال التحضيرية
ص ٦١٩٧) . وقد وقع في المذكرة الإيضاحية خطأ مادي ، فحل لفظ «أو» محل «او» المطف ،
وتكون العبارة الصحيحة هي : «فيكفى . . . أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة» . وقد
جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفي ، وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا
كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلاً له ، فإن مجرد دخوله في ملكة
من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستوى متويماً الامتلاك ، ما لم يكن قد أجرى فيه
من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه . فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد
المرور به لا يكفي وحده في ثبوت جيازته أو وضع اليد عليه (نقض مدني ١١ يونية سنة
١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٣٠ -
عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٩ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨
ص ٣٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ولاتكفى زراعة متقطعة
تتمتع على الأمطار ، فالزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الري كشق ترعة أو حفر
بئر ارتوازي (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦) .
وعبء إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك ، ولو كان هو المدعى عليه في دعوى المنازعة
في الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٩ ص ١١٣) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤٠ -
ص ٤١ - وبطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هي من الأراضي غير المزروعة التي
لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣
ص ٤٤٠) . وقد قضت محكمة استئناف الحكومة مشهاً مثل الأفراد إذا كانت ملكية أرض
في يد المدعى عليه ، فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضي
المملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدني (قديم) ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب
بوضع اليد باتامة الدليل على ملكيته (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام
النقض ٢ رقم ٧٠ ص ٣٧٣) .

إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر . فلا يشترط أن يحصل المستوى على ترخيص من الدولة فى الاستيلاء ، وقد كان هناك تردد فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الأمر . فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط (١) ، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص (٢) . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص ، إذ يقول كما رأينا : « . . . تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة » . كذلك لا يشترط ، لملك الأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء ، أو أن تقيد فى المكافئة باسم المستصلح ، فقبل فرض الضريبة والتقيد فى المكافئة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها (٣) .

ونرى من ذلك أن نملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها ، ويتم التملك من وقت التعمير . ويقول النص فى هذا المعنى : « . . . تملك فى الحال . . . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . وتكليف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك فى الحال الأرض

(١) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص ١٥٢ - طنطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص ٨٠ - أسيوط الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص ١٧٠ - العاط ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص ٢٢٧ - الإسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ اخقوق ٢٣ ص ٢٢ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٤١ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص ٩٥ - استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ نخادة ١٦ رقم ٢٦٥ ص ٦٠٧ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤ - الإسكندرية المختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠ .

التي استصلحها ، ولكن ما كونه تكون معاقبة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير في خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك خمس سنوات متوالية (١) .

فهو أولاً يملك في الحال الأرض المستصلحة ، أي يملكها بمجرد استصلاحها (٢) . ولا يتوقف ذلك على قيد في المكافئة كما قدمنا ، ولا يتوقف على تسجيل إذاً التسجيل لا يكون إلا في التصرفات ، والتملك هنا قد تحقق لا بنصرف قانوني بل بواقعة مادية هي واقعة التعمير . وما دام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو ككل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات . ولا ينتظر انقضاء الخمس العشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قدمنا ، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه كما سيبيح . ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره مزارعة . ويجوز له أن يوصي بها ، وهي تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس العشرة سنة (٣) . وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة إلى خلف خاص كشر أو إلى خلف عام كوارث ، فإنها تنقل كما كانت وهي في ذمة المستصلح : أي تنقل معاقبة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميها خمس سنوات متوالات في خلال الخمس العشرة سنة التي تسرى من وقت تعمي السلف للأرض ، وتحسب المدة التي انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التي انقضت من الخمس العشرة سنة والأرض في ملك السلف .

ثم إن ملكية المستصلح تكون معلقة على شرط فاسخ . فهي لا تصبح ملكية باثة مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمي الأرض

(١) استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٢ ص ٥٢ .

(٢) ويملكها بالقدر المفيد في استعمالها ، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء الملائم اللازمة لتج سطات تكون متفصلاً للبناء (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١) .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١ .

خمس سنوات متواليات في خلال الخمس العشرة سنة التالية لتملك الأرض (١) فتحسب مدة الخمس العشرة سنة إذن من وقت تعميم الأرض ، لا من وقت وضع اليد . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد ، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول : « في ظرف الخمس العشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » . أما التقنين المدني الجديد فقد عدل بحق عن هذا الحكم ، وجعل المدة تسرى من وقت التعمير إذ يقول : « خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك » . ذلك أن الانقطاع عن التعمير يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعمير ، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضي مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعمير . وينبغي ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس العشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعمير كما هو صريح نص التقنين المدني الجديد . وفي خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض مدة خمس سنوات متواليات . وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط التوالى صراحة ، فكان يقول « مدة خمس سنوات » ، ومن ثم كان هناك خلاف ، فرأى يذهب إلى وجوب التوالى ، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه . وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف باشرطه التوالى صراحة ، إذ يقول « خمس سنوات متتابعة » (٢) . وانفرد كبير بين التوالى وعدم التوالى ، إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير . فكان يكفي أن ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض خمس سنوات

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٢ - عبد الفتاح عبد البرزق فقرة ٢٠٧ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ : ويذهب إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هي ملكية بائنة ، لا ملكية معلقة على شرط فاسخ ، ولكنها ملكية ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال . وانظر أيضاً من هذا الرأي الأخير عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢ .

(٢) والتوالى في الخمس السنوات التي ينقطع فيها المستصاح عن التعمير قرينة على نية ترك المستصاح للأرض المستصلحة ، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير عما تستخلص من خمس سنوات على فترات منقطعة (انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

ولو غير متوالية في خلال الخمس العشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ ،
فنتفسخ ملكية المستصلح . فاذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعمير ،
ثم استأنف التعمير خمس سنوات ، وانقطع بعد ذلك سنتين ، ثم استأنف
التعمير سنتين ، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك ، أى السنة الأخيرة لتمام
الخمس العشرة سنة ، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته ، مع
أنه يكون قد بقي يعمر الأرض عشر سنوات كاملة ، ولم ينقطع عن
تعميرها إلا خمس سنوات غير متوالية . أما في التقنين المدني الجديد فالأمر
أيسر من ذلك بكثير ، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قدمنا . فيكفى ،
حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة
ثم ينقطع أربع سنوات ، ويعود إلى تعميمها سنة واحدة وينقطع أربع
سنوات ، وهكذا حتى يتم الخمس العشرة سنة دون أن يكون قد قفى
في تعميم الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعميمها اثنتى
عشرة سنة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى المالكية بعدم استعمال
الأرض فى أثناءها يجب أن تكون سنين متوالات . فأصبح المستولى أقل
تعرفاً لنقد ملكيته فى المشروع عنه فى التقنين الحالى (السابق) الذى
لا يشترط التوالى . ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة
كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فاذا لم يبق
من الخمس العشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ،
أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات ، لاستحالة تحقق
الشرط الفاسخ » (١) . وانقطاع المستصلح عن التعمير معناه أنه إذا كان
قد زرع الأرض يكف عن زراعتها ، وإذا كان قد غرسها أشجاراً ينقطع
عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة ، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك
البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضاً للتخرب د

ويتحقق الشرط الفاسخ ، كما قدمنا ، بانقطاع المستصلح عن التعمير خمس سنوات متواليات في خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك (١) . فاذا ما تحقق ، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعي ، واعتبر أنه لم يكن ما لكا منذ البداية . وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته في الأرض المستصلحة تبعاً لزوال ملكيته بأثر رجعي (٢) . وتسرى القواعد العامة المقررة في تحقق الشرط الفاسخ (٣) ، وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة .

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن ملكية المستصلح تصبح ملكية بائنة ، وتثبت جميع تصرفات المستصلح في الأرض المستصلحة ، وتسرى القواعد العامة المقررة في تخلف الشرط الفاسخ . ويلاحظ أن تخلف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعميم الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعميمها خمس سنوات متوالية . ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقدم الطويل ،

(١) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعمير ، كأن أثبت أن الأرض مزروعة فعلاً ، فمل الحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعمير خمس سنوات متواليات (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخلصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلاً (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤) .

(٢) والذين لا يقولون بالشرط الناسخ انقسموا . فهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الناسخ بأثر رجعي ، بل لأن المستصلح الذي تصرف في الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك (شفيق شحاته فقرة ٢١٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) . ومنهم من سار في إنكار الشرط إلى نهايته ، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال ، لأن الملكية لا تزول في هذه الحالة بأثر رجعي (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

(٣) ولكن المستصلح يعتبر بائناً أو غارساً في الأرض بحسن نية ، تسرى عليه القواعد المقررة في الائتلاف لبنان أو لغرس في مسك غيره بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤ ص ٤٦) . ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعي ، فإن الأثر الرجعي إنما هو مجاز قانوني لا يتعدى إلى الأعمال المادية التي تكون قد تمت قبل تحققه ، ولا شك في أن المستصلح وقت أن يبني أو يغرس كان حسن النية إذ كان يبني أو يغرس في أرض يملكها (قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ ص ٢١٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) .

أى بانتضاء خمس عشرة سنة ، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميمها وقبل أن تبدأ الخمس عشرة سنة كما قدمنا ، وتملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم . وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس عشرة سنة مدة تقادم ، بل هي ميعاد حدده القانون لا يجوز في خلاله أن ينقطع المستصاح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية . ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس عشرة سنة ، فلا توقف هذه المدة ولا تنقطع (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تراخى إلى خمس عشرة سنة ، وإنما هى تكسب فى الحال معاقبة على هذا الشرط الفاسخ » (٢) .

٢٠- مفروض الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى ، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول ، لذلك تبقى حقوق النهر الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكام هذين القانونين . وتأكيدا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن « جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها » .

ويمكن القول ، استخلاصا مما تقدم ، وتطبيقا للقواعد العامة، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد) ، وعمرها بعد سنة ، فإنه يتسككها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠ ، وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت .

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨١ ص ٤٢٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس عشرة سنة هى مدة تقادم مسقط) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ ، هو عدم الانقطاع عن تعميرها على النحو الذى قدمناه . فاذا هو لم ينقطع عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى مدة الخمس العشرة سنة التالية للتملك ، أى إلى سنة ١٩٦٥ (١) فى الفرض الذى نحن بصدده ، فان ملكيته تصبح باثة لتخلف الشرط الفاسخ . ولا يمس ملكيته هذه ، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠ ، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيماً تشريعياً ، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى : « يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بمخوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، المستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد - ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الملكية العقارية المقررة قانوناً . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط . فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فان هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قلنا ، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصدده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد حلت ، والتى كانت سارية وقت تملك المستلح للأرض تحت شرط فاسخ فى سنة ١٩٥٠

الجديدة التي تنشئها الدولة . (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التي تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون ، (١) هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى ، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، ولم ينجز هذا الاستصلاح . فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور ، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم في خلالها استصلاح

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهي تشرح النص شرحاً مستفيضاً :

• ولما كانت النظم القانونية التي تحكم الملكية في الأراضي الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعض الأوامر العالية . . . التي كان بعضها يمنح العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية في تلك الجهات ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر في ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، والتي كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضي البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة من بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر بتاريخ ١٩ من ذى القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية) . وفي ظل القانون المدني المصري القديم ، اتجه الرأي في الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضي الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضي المتروكة التي يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو الفراس فيها أو البناء عليها ، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني المصري الأهل وبقى الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك المقارات في أقسام الحدود ، الذي مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بمد إلغاء الأحكام العرفية التي صدرت في ظلها . وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يملكوا بنير طريق الميراث المقارات الكائنة في أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أى حق عينى عليها ، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يملكونه بنير طريق الميراث من المقارات المشار إليها واخترق تعيينية الواردة عليها . . . ثم صدر القانون المدني الجديد . . . ونسخت المادة ٨٧٤ منه بأن وبعد ذلك صدر قانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن الجدول قد ثار حول ماورد في المادة ٨٧٤ مدن المشار إليها والتي تميز تملك الأراضي بطريق الاستيلاء الحر واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . . . وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم ذلك =

الأرض ، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن « يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة له وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول - فإذا لم يتم المشتري باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد : « ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدهم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق ممن تقاعسوا عن استصلاح وزراعة الأراضي البور والصحراوية

= الخلاف في الرأي . . . و أوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ ، واستدلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١ بمنح غير المصريين من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها ، وهو لاحق للقانون المدني الجديد ، قد أشار في ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يمتد ببقائه قائماً إلخ . وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني ، وإنكار الملكيات العقارية القائمة عليها في الأراضي الصحراوية . . . حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته . . . وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في حالات الملكية والحقوق العينية التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون ، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

«ومهما يكن من أمر وجهة النظر التي اتجه إليها القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تغليبها ، فإن تطبيقه في العمل قد أثار شعوراً بالقلق في نفوس المواطنين في بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بملكياتهم العقارية المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني الأهل القديم المتباينة لها والتي كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣ ، أي قبل أن يصدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٠٠ والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن . وبناء على ذلك فقد أهدى بحث جوانب القصور التي شابت القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، كما أهدى النظر في المبدأ الذي اعتنقه ذلك القانون في ضوء ما كشف عنه تطبيقه في العمل ، وفي ضوء الاعتبارات المتعلقة بالمعادلة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان =

المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي ، لذلك فقد روى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية مدتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، يلتزمون باتمام أعمال استصلاح وزراعة الأراضي المشار إليها خلالها . وروعى فى قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم

« وقد استقر رأى الأجهزة الفنية فى الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختلفة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المحققة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون ، ويكفل بفرلر ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها . »

« لذلك فقد أورد القانون المرافق فى المادة ٧٥ منه أحكاماً انتقالية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها . وقد روى فى صياغة هذه المادة تضمينها الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه فى مادته الخاصة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق المعنية السابقة على تاريخ العمل به ، كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق العينية المستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتى تم إقرارها وفقاً لأحكامه بعد العمل به ، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (المادة ٥٧ من القانون المدنى الأهل القديم من قبل) . وقصد من تعداد هذه الحالات فى تلك المادة أن يكون النص عليها جامعاً مانعاً بحيث يقتصر الاعتداد فى تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به . »

« وروعى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد ، اشتراط استمرار وضع اليد على الأراضي الواردة عليها تلك الملكية بطريق الغراس أو الزراعة لمدة سنة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور ، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أبى عليها تمك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولوبغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية لتمام . والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة سنة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأرض الصحراوية أو يستمر الغرس فيها لمدة سنة زراعية كاملة ، دون -

في استصلاح تلك الأراضي وزراعتها مستقبلاً ، حتى يتيسر تعويضهم في أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب ، وتعويض ما فوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم في إحياء الأرض الموات المبيعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي .

= الحالات التي تزرع فيها هذه الأراضي او تفرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط .»

« وحتيفاً لما استهدف القانون المرفق من إقرار الملكيات سابقة على نفاذه في الأراضي الصحراوية وتأمين استقرارها. وتوفير الحماية القانونية لها ، لذلك فقد روي تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتقالية التي تعالج المراحل التي يمر بها الإخضرار عن تلك الملكيات ، وتحقيقها ، والفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتراف بها ، ثم شهر هذه المحررات إلخ .»

الباب الثاني

كسب الملكية

بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

(Succession)

٢١ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني

على ما يأتي :

« تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٧٧/٥٤) يعرض لأحكام القانون الدولي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي : « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها ، مالم يرد فيها نص خاص » . ووافقت لجنة المراجعة حل النص تحت رقم ٩٤٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة الأخيرة « مالم يرد فيها نص خاص » . ووافق مجلس النواب حل النص تحت رقم ٩٤٤ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥ ، بعد الاستعانة بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » من عبارة « والتقنينات المستمدة منها » ، وذلك ولأن المراد هو التشريعات التي تصدر في شأن الميراث » . ووافق مجلس الشيوخ حل النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

الخاص في الميراث ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ وم ٨٢٦ (١) وم ٢٠١/٨٣٦ - وفي التقنين المدني

(١) التقنين المدني السابق م ٥٤ وطني : يكون الحكم في الميراث هل حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

م ٧٧ مختلط : يكون الحكم في الميراث هل حسب المقرر في قوانين الدولة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة أو في منفعة الأراضي الخراجية ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

وبتين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المختلط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التي يتبناها المتوفى بجنسيته ، فنكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : «يسرى حل الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف ، وقت موته» .

هذا وقد صدر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤ ، ١/٥٥ و ١٣٠ من التقنين المدني الأهل بما يجعل نصوص هذه المواد واضحة في المعنى المقصود . فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتي : «يكون الحكم في الميراث والوصايا هل حسب المقرر في قانون بلد المتوفى» . وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتي : «تتبع أيضاً في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صحتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الموصى» . وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتي : «الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون هل منصوص في قانون بلد العاقد» . وكذلك صدر في نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد نص فيه على أن «قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هي قانون أصل فيما يتعلق بالميراث والوصايا ، هل أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا هل أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى» - أنظر في هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت في إسباب الأسباب التي دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧ .

الليبي م ١/٨٧٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ وم ٢٢٨(أ) وم ٢٣٠-٢٣١ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التي يشتمل عليها الميراث ، وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم ، وذكر أن الشريعة الإسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هي التي تسرى على هذه المسائل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث . فقضى بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو انتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ماتهم . وجعل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ : كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكاً له قبل تسجيله ، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل . م ٨٢٦ (أ) : يكتب حق التسجيل في السجل العقاري بالأسباب الآتية : (أ) بالإرث .

م ١/٨٢٦ ، ٢ : ١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال . ٢ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث في العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك لسوريين . (وأحكام التقنين السوري تنفق إجمالاً مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ : ١ - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة . ٢ - وتعيين الورثة وتحديد انصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها . (وأحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ (موافق للمادة ٣/٨٢٥ سوري) .

م ٢٢٨ (أ) (مطابق للمادة ٨٢٦ (أ) سوري) .

م ٢٣٠ : تخضع التركات لأحكام القانون العام .

م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السورين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

(وأحكام القانون اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين السوري ، فيما عدا أن القانون اللبناني لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) .

هذه الشريعة هي التي تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضى بالا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهي قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإذا كانت تناير النظام اللاتينية ، فإنها تتمشى مع النظام الجرمانية . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات ، فان اغفال هذا النظام في التقنين المدنى الحالى (السابق) أوقع القضاء والفقه فى كثير من الارتباك . وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظمها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدثت (١) .

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تطبقه جماعة أن يحمى حقوق دائى التركة . ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا ، فنظم ، عند عدم اللجوء إلى التصفية اممماعية ، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية ، وذلك بشهر حقوقهم .

ثم إن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومن بعده قانون السجل العيىى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، عالج كل منهما نقضا خطيرا كان ملحوظا فى قانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف فى الحقوق التى آلت إليه بالميراث .

وبخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الميراث هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث . (٢) تنظيم حماية حقوق دائى التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة) . (٣) شهر حق الإرث .

البحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث

٢٢- الشريعة الإسلامية تطبق لجميع المصريين وفي جميع صائر الميراث :

قدمنا أن التقنين المدني الجديد قد حسم الخلاف في أمرين جوهرين :

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية ، في الميراث تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين (١) . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح في هذا الصدد ، إذ تقول : « الشريعة الإسلامية والتشيينات المستمدة منها هي التي تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين . ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذي يحدد الورثة مبدئيا ، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا ، بحلالة ماجرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر . فان لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا . وقد قضى المشروع على هذا الخلاف ، فان الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أى فرض من الفروض » (٢) .

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ .
 (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - وقد كانت الشريعة الإسلامية ، في عهد التقنين المدني السابق ، هي الواجبة التطبيق بوجه عام على موارث جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) ، وذلك مالم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثةهم على غير ذلك ، ماداموا يملكون التصرف في حقوقهم . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية في موارث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية : مالم يتفق الورثة

(٢) وقضى التقنين المدني الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق في جميع مسائل الميراث ، لا فحسب في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، بل أيضا في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث .

فنستعرض في إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، وهي التي يطبق فيها قانون الموارث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية . ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، ونبين في إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وهي الأحكام الواجب تطبيقها وفقا للمادة ٨٧٥ مدني سالفة الذكر (١) .

= الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا هل غير ذلك . والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت إلى مسألة الموارث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها : أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك ، فيعمل بانفائهم الذين هم أحرار فيه ، ماداموا يكونون أهلا لتصرف في حقتهم . مدني ٣٠ - ميري سنة ١٩٣٥ - مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٨ رقم ١) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١ - وانظر استئناف محتلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٨ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢١٣ .

(١) ونقل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث ، فهي التي تمين الورثة ، وتقسّمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام ، وتجري أحكام الحجب والعول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحديد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٦) .

وحتى لو وجب تطبيق قانون أجنبي على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد ، فإن محكمة النقض تستبعد من هذا القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام في الشريعة الإسلامية . وقد قضت في هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر . وإذا كان تطبيق -

١٩ - تعيين الورثة ومحرير انصباؤهم

٢٣- قانونه الوارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عرضته من المسائل :
 كانت المحاكم الشرعية تطبق ، في تعيين الورثة وتحديد
 انصباؤهم ، أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام
 غير مقننة . وقد رؤى ، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية في المحاكم
 الوطنية ، أن هناك حرجا في الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب
 أبى جنيفة . فهناك مسائل في المذهب الحنفي وقع فيها اختلاف في ترجيح
 الأقوال ، أو لم ينص على ترجيح ، فتضاربت الأحكام باختلاف نظر
 القضاة . وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح
 من أقوال المذهب الحنفي ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . فاستقر الرأي
 على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية وللأوقاف والموارث والوصية ،
 تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة ، ويراعى فيها ما يلائم حالة
 البلاد وما يساير رقيها الاجتماعي . فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
 بأحكام الموارث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف .
 والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

والذي يعيننا هنا هو قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد
 قسم أبوابا ثمانية : الباب الأول في أحكام عامة وموانع الإرث ، والباب
 الثاني في أسباب الإرث وأنواعه ، والباب الثالث في الحجب ، والباب

= القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ،
 بينما تعتبرها الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب
 الفروض والمصبات ، وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في
 الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر ، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني
 والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها
 وتغليب قانون أجنبي عليها ، مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في
 الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض مدني ٢٧ مايو
 سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص ٧٢٧) .

الرابع في الرد . والباب الخامس في إرث ذوى الأرحام ، والباب السادس في الإرث بالعصوبة السببية ، والباب السابع في استحقاق التركة بغير إرث . والباب الثامن في أحكام متنوعة .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام ، فهى من مباحث كتب الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام . من خلال هذه الأبواب الثمانية . ما ينطوى تحت عبارة « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم » من المسائل الرئيسية .

٢٤ - **المهام العامة في الإرث** : ففى الأحكام العامة ، يقرر قانون الموارث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى فى حالة المفقود ، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث . ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فإذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما فى حالة الغرقى والهدمى والحرقى فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر .

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة : (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته . (٢) ديون الميت . (٣) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويمنع من الإرث : (١) قتل الوارث للمورث تمدا ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، وبعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى . ويعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام ، مع تنفيذ هذا الحكم . (٢) اختلاف الدين والدار . فلا توارث بين مسلم وغير مسلم ، وبتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض . واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

٢٥ - المرات بالفرض (أصحاب الفروضه) : يبدأ في التوريث

بأصحاب الفروض ، وهم :

(١) الأب والجد الصحيح : ولكل منهما فرض السدس إذا وجد

للميت ولد أو ولداين وإن نزل .

(٢) أولاد الأم : وأولاد الأم فرض السدس ، والثلاث للابنتين

فالأكثر ، ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء^(١) . ويحجب أولاد الأم

كل من الأب والجد الصحيح وإن علا ، والولد وولد الابن وإن نزل .

(٣) الزوج والزوجة : وللزوج فرض النصف عند عدم الولد

وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة .

ولو كانت مطلقة رجعياً^(٢) إذا مات الزوج وهي في العدة ، أو الزوجات ،

فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والنثن مع الولد

أو ولد الابن وإن نزل .

(٤) البنات وبنات الابن : وللواحدة من البنات فرض النصف ،

وللابنتين فأكثر الثلثان . ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم

وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة : ولهن واحدة أو أكبر السدس

مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة . ويحجب كل من الابن وابن

الابن وإن نزل ، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة) ، ويحجبها

أيضاً بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصبها .

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب : وللواحدة من الأخوات

الشقيقات فرض النصف ، وللأبنتين فأكثر الثلثان . وللأخوات لأب

الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر

السدس مع الأخت الشقيقة ويحجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن

(١) وإذا استغرقت الفروض تركة ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة

الأشقاه بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء .

(٢) فإن كان الطلاق بائناً ، ولوبيوتة صغرى ، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض

مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ ص ١٠٤٥) .

الابن وإن نزل ، والأب - ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل . كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبية مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب

(٦) الأم والجدة الصحيحة : وللام فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات . وإذا التفت في غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط . كان لها ثلث ما تبقى بعد فرض الزوج . والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن مات . وللجدة الصحيحة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهم على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين . وتحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا . وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلا له .

هذا وإذا زادت أنصباة أصحاب الفروض على التركة ، قسمت بينهم بنسبة أنصباة في الإرث ، وهذا هو العول . ففي زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقتين الثلثان فرضا ، أفراد مجموع الأنصباة على الواحد الصحيح . فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصباة . ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبية من النسب ، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم . ففي بنت وزوجة للبنات النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا . ويرد باقي التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنات دون الزوجة . ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام . فإذا مات الزوج . ولم يترك من أصحاب الفروض إلا الزوجة . وليست له عصبية من النسب ولا أحد من ذوى الأرحام ، أخذت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا . ونرى من ذلك أن الرد، في أحواله المختلفة، هو نفيض العول

٢٦ - الإرث بالتعصيب (العصبات) : وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من الذمب . والعصبة من الذمب ثلاثة أنواع :

(١) العصبة بالنفس وهم جهات أربع . مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) الأخوة ، وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما . (٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب ، وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

وإذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة ، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت ، فيقدم الابن على ابن الابن فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة ، كان التقديم بالقوة . فن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة ، كان الإرث بينهم على السواء . فتتصرف التركة أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين الشقيقين . والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم فى الإرث بالتعصيب ، فلا يبنى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذى يرث وحده بالتعصيب باقى التركة بعد فرض الأب ، فيرث الأب السادس ويرث الابن خمسة الأسداس .

(ب) العصبة بالنفس وهن : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتين مطابقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك . (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء ، والأخوات لأب مع الإخوة لأب . ويكون الإرث بينهم ، فى جميع هذه الأحوال ، للذكر شل حظ الانثيين .

(ح) العصبية مع الذير وهن : الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبية إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وان نزل ، فيكون لمن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقي العصبيات في مقام الأخوة الأشقاء أو لأب . وبأخذن أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة (١) .

٢٧ - امرئ ذوى الأرحام : وإذا لم يوجد أحد من العصبية بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية ، كانت التركة ، أو الباقي منها في حالة وجود الزوج أو الزوجة ، لذوى الأرحام . وذوو الأرحام أربعة أصناف ، تقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

الصنف الأول - أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصنف الثاني - الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث - أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا ، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهم وإن نزلوا .

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق الأب السدس فرضاً ، واستحقت البنت أو بنت الابن النصف فرضاً ، ثم استحق الأب أو الجد باقي التركة أي الثلث بطريق التمصيب .

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب ، كانت له حائتان : الأولى أن يقسم كخ إن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً عصبين مع الفرع الوارث من الإناث . والثانية أن يأخذ الباقي بعد الفروض ، بطريق التمصيب ، إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . على أنه إذا كان الإرث بالتمصيب أو المقاسمة على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه من السدس ، اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر في المقاسمة من كان محبباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

الصف الرابع - ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا في الطائفة الأولى وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الثالثة) أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا في الطائفة الثالثة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الخامسة) أعمام أب أبي الميت لأم . وأعمام أب أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا في الطائفة الخامسة وأن نزلوا ، وبنات أعمام أب أبي الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهكذا (١) .

(١) والمواد ٣٢ - ٣٧ من قانون الميراث تبين ، في كل صنف من الأصناف الثلاثة الأولى من ذوى الأرحام ، وفي كل طائفة من الطوائف الست في الصف الرابع ، من يتقدم على غيره في الأثر من أفراد الصنف أو الطائفة . هذا ويوجد بعد إرث ذوى الأرحام إرث بالمصوبة السبية ، ثم استحقاق المقرنه بالنسب للتركة .

ويشتمل الباب الثامن والأخير من قانون الميراث على أحكام متنوعة ، تتناول توريث الحمل وإرث المفقود وإرث الخنثى المشكل وإرث ولد الزنا وولد اللعان والتخارج . ونجتمزى هذه الإشارة ، بعد أن قدمنا من المسائل التي اشتمل عليها قانون الميراث ما فيه الكفاية .

§ ٢ - انتقال التركة من المورث الى الوارث

٢٨ - المسائل التي يتناولها البحث : ولم يتناول قانون الموارث كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية . فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، تنتقل به الملكية التركة من المورث إلى الوارث . فهو يدخل إذن في الأحوال العينية (الأموال) لا في الأحوال الشخصية . ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هي التي تسرى في شأنه ، وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدني (١) كما رأينا .

(١) وقد احتدم الخلاف ، في وقت ما في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسرى في هذا الموضوع . وكان الرأي الراجح وجوب سريان هذه الأحكام ، فاذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة كان لدائني التركة أن يتبعوا هذه العين في يد المشتري وينفذوا عليها . وذهب رأي مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يكون لدائني التركة حق تتبع العين في يد المشتري ، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وعلى ما بقى في يده من أموال التركة ، مع الاحتفاظ بحق الطعن في تصرف الوارث بالدعوى البولعية إذا توافرت شروطها .

ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن المشرع في عهد التقنين المدني السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث في جميع مسائله ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورثه ولا يحل محل المورث في التزاماته ، فإن ديون المورث تتعلق بالتركة . وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد وفاته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته ، ولا يرث الوارث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فاذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائنين أن يتبعها في يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التي لهم ، لأن التركة مشقة بهذه ديون . ولكن الفقهاء أباحوا المورثة أن تصرف في أعيان التركة ، لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . هل أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباق منها في أيدي الورثة كافياً للوفاء بهذه الحقوق . أنظر في هذا الرأي -

فيعيننا إذن ، مادامنا نعرض للميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . فان هذه الأحكام هي الواجبة التطبيق فيما نحن بصدده .

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية : (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة . (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة . (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما هو مدى نطاق القاعدة التي تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين . (٤) حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائني التركة .

— عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها— وملاحظات عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠— وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١— ومن أصحاب هذا الرأي من يذهب إلى حد القول بحلول الديون الموجبة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكي العرابي في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣— وانظر مقالا له في المحاماة السنة الأولى العدد الخامس) . ويلاحظ على أصحاب هذا الرأي الأول أنهم يستنون في إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٥٤ / ٧٧ من التقنين المدني السابق ، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد في القانون الدولي الخاص لأن نصوص القانون الداخلي . وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض لها المشرع المصري بأي حكم موضوعي . وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السارية في الميراث ، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد مادام أنها لم تنسخ بأي نص من نصوص هذا القانون .

أما أصحاب الرأي الثاني فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، لا في كيفية انتقال المال من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل في أسباب كسب الملكية فتسرى في شأنه المبادئ العامة في القانون المدني . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويقدم المورث على دائني الوارث في اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذي كان لهم في حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت ، ولا يكون لادائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سيء النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يظن في تصرف الوارث بالدعوى البرلصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث —

٢٩ - انتقال حقوق التركة الى الورثة ؛ تنتقل جميع حقوق الوارث

المالية - وهذه هي حقوق التركة - إلى الورثة عن طريق الميراث بوفاء المورث ، إذ الوارث خلف المورث في الحقوق المالية . وقد قانا في هذا المعنى في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي : « وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث . فكرة الخلافة هذه تقضى بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق

- التزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه من التصرف إلا بالحجر . أنظر في هذا الرأي أحمد عبد اللطيف في المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - عبد الوهاب محمد في الشرائع السنة الأولى ص ٥٧ - وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ؛ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٦ هامش ١ .

وقد أخذت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالرأي الأول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عين لدائني المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية . وهي على ما سبق القول القانون في الموارث . وإذن فالحكم الذي ينشأ عن حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلا . مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص ٣٥٦) .

أنظر في كل ذلك : الوسيط ؛ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٦ هامش ١ - رسالة الدكتور علي إبراهيم الرجال في مدى تعلق حق التركة بالتركة - رسالة الدكتور حسن بغدادى في التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ص ٢٠١ و ص ٢٢٧ و ص ٢٣٦ - أحمد نجيب الحلال وحامد زكى في البيع فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٤ - حامد زكى في المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة - محمد علي هرقة ٢ فقرة ٣٦٧ - محمد كامل مرسى ٥ فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٦ .

أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه ، فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها . ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق ، فان نظرية الخلافة تنسج له كما اتسعت للوارث ، إذ أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لافى حق معين بالذات (١) . ويؤيد ذلك ما ذهب إليه الحنفية من أن حق التعلل مستقلا عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث ، ولا ينتقل بالبيع . وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون باعتباره حقا معيناً بالذات ، بل باعتباره عنصراً داخلاً فى مجموع المال الذى خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل إلا حقا معيناً بالذات ، ولا يكون حق التعلل حقا معيناً بالذات إلا إذا كان تابعا للبناء المستعلى (٢) .

والحقوق التى تنتقل إلى الوارث هى الحقوق المالية : فتنقل إليه ملكية أعيان التركة ، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التى للمورث إلا ما كان منها ينقضى بالموت كحق الانتفاع ، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٣) . أما ما كان من الحقوق ليس حقا مالياً ، وما كان حقا مالياً ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل بمشينة المورث لا بماله ، فان شيئاً من هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأتى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي وزواله بموته .

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ هامش ١ .

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق فى إبطال العقد ، إذ هو حق مال ينتقل بالميراث . وقد قضت محكمة النقض بأن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته نوارثة بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سفه فى كل ماله وماله ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فانه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يتمتع على الخلف العام مباشرته (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٦١) .

ومثل الحقوق غير المالية حق الحصانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال ، فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية .

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق في النفقة : سواء كان الدائن بها زوجة أو قريبا ، فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة ، وذلك ما لم يأذن القاضى للدائن بالاستئذنة ويستندن فعلا . كذلك حق الرجوع في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته . وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدنى ، حين جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفى العقد ، الواهب أو الموهوب له . وحق الأجل فى الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن . فهو يورث عن الدائن دون خلاف فى ذلك ، فاذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقى الأجل على حاله ولم يحل الدين ، وعلى ورثة الدائن أن يتربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل ، فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقى منه كما كان ينتفع المدين لو بقى حيا ، وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث ، فيحل الدين ولو لم يحل أجله . وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر فى القانون المصرى من أن الأجل فى الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف فى الدين ، فاذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض . وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط حق المدين فى الأجل ، وليس الموت من بينها ، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين . ولا شك فى أن هذا هو انقانون الوضعى فى مصر . فلا تجوز مخالفته . بى أن نتلمس قولاً فى الفقه الإسلامى يتفق مع هذا الحكم ، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامى مع أحكام القانون فى مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسرى فى شأنها . وفى مذهب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين ،

إذا اشترط المدين بقاء الدين مؤجلاً بعد موته إلى أن ينقضي الأجل (١) . ولكن هذا لا يكفي ، إذ يكون الأصل في الأجل عند مالك أن يسقط بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته . أما في القانون المصري فالأجل لا يسقط بموت المدين ، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته أو لم يشترط . والأقرب إلى القانون المصري في هذه المسألة هو رواية في المذهب الحنبلي (٢) ، ففي هذا المذهب روايتان في سقوط الأجل بموت المدين . إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة الدين (٣) . ومعنى توثيق الورثة للمدين أن يقدموا ضماناً للدائن يأمن به

(١) أنظر على الخفيف في بحثه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة المدين الخامس والسادس ص ٢٣ - وانظر أيضاً محمد أبو زهرة في أحكام التركات والمواريث ص ٣٨ - ص ٣٩ .

(٢) وغنى عن البيان أننا لا نلتزم ، في الملامة ما بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية ، أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، فهذا لا يشترط إلا في الأحوال الشخصية فيما لم يرد في شأنه نص تشريعي . وفي غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من الأقوال في المذهب الحنفي ، وإلى غير المذهب الحنفي من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة ، وإلى أية رواية من الروايات التي وردت في هذه المذاهب المختلفة .

(٣) وقد جاء في المغني (وهو من كتب الفقه الحنبلي) في هذا الصدد : «إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحمل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحمل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد ، وقال طائفة وأبو بكر بن محمود الزهري وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحمل بالموت ، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . لأنه لا يتخلو إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال . لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت . لخراجه وتعدر مطالبته بها . ولا في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين بذمتهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعلقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع تورثه فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه . وأما صاحبه ، فيتأخر حقه ، وقد يتلف العين فيسقط حقه . وأما الورثة ، فانهم لا ينتفمون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا . . أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالاً فلورثته . فعمل هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس -

على حقه . وهذا هو نفس ما تقضى به المادة ٢/٨٩٥ مدني في تصفية
 التركة تصفية جماعية ، إذ تقول : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني
 التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ بان كان له تأمين
 خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك . و او باضافة ضمان
 تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص . أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى .
 رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » . وإذا لم نصف التركة
 تصفية جماعية ، ففي تأشير الدائن بحقه . وفقا لأحكام المادة ٩١٤ مدني
 وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي ، ضمان كاف بطمئن معه الدائن إلى استيفاء
 حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائما بعد موت المدين . ويقوم هذا
 الضمان مقام توثيق الورثة للمدين .

ومثل الحقوق المالية التي تتصل بمشينة المورث لا بماله الخيارات ،
 وحق الأخذ بالشفعة (١) . وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار
 الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . ويذهب
 الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هي متصلة بشخص صاحب
 الخيار ، وليست إلا اتجاهها لإرادته ومظهرها من مظاهر مشيئته . وليس
 للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنهى به ولا تنتقل إلى الوارث .
 إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت
 للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوارثة والخلافة . لأن
 هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت في العين ذاتها . فخيار التعيين

= عند الحجر عليه. فان أحب الورثة أداء الدين (عند حلول أجله) والتزامه للغيرم ويتصرفون
 في المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغيرم أو يوثقوا الحق بضمين مله أو رهن ينق به
 لوفاء حقه ، فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغيرم ، فيؤدي ذلك إلى فوات الحق . . .
 وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقتنا المؤجل يحل بالموت .
 تساوا في التركة فانتسبوا على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بدوت ، لغرنا . فان وثق
 الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حر
 دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » (الفتاى ٤ ص ٤٨٥ -
 ص ٤٨٧)

(١) سمرض ، عند الكلام في الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث
 (أنظر مايل فقرة ١٦٣) .

يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف
يثبت لضياح بعض المال أو نقصه . وهذه العلة تبقى قائمة حتى بعد انتقال
العين إلى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لا لأن
الخيار انتقل إليه من وارثه . ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا
من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها
حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ، وإذا كان انتقال العين
نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار
المتعلق بها . وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو
حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافاً لأحمد فقد ذهب إلى
أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختار قبل
الموت فلا يورث الخيار (١) .

(١) أنظر في كل ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء د ص ٦٩ -
ص ٧٠ - وقد جاء في الفروق للفراقي وهو من كتب الفقه المالكي : «أعلم أنه يروى عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومه ،
بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل . فن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب
اللعان ، وأن ينء بعد الإيلاء ، وأن يعود بعمد الظهار . وأن يختار من نوسة أسلم عليهن وهن
أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما . وإذا جعل المتبايعان له الخيار ،
فن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما ونسخه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب ،
كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل
لوارث منها شيء . وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال ،
أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله
وصهوته لا ينتقل للوارث . والسرفى الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به
تماماً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يورث
لا يرثون ما يتعلق به : فاللعان يرجع إلى أمر يمتدده لا يشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات
ليست من باب المال ، والبيعة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنوسة أربه
وعيله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله
الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأمنه . وانتقل
لوارث خيار الشرط في الميقات ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد
ابن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه
عبداً من عبدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصى ، وخيار
الإقانة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد . . . وخيار البعوقه خلاف

٣٠ منى تنتقل منقول التركة الى الورثة : وإذ قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة ، فإنه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة . وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة .

فعند المالكية ، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، فإذا ما سدد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من وقت السداد .

وعند الحنفية ، يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة (١) ، فإذا ما صفت وسددت الديون لم يبق من التركة شيء ، لأن الدين مستغرق لها . وأما إن كان الدين غير مستغرق . فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ،

ومنع أبوحنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالميب وخيار تعدد العفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع . . . ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب لابن بالاعتصار . . . وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد ، فإن آثار العقد انتقلت للوارث . وعند أبي حنيفة صفة للعقد لأنها مشيئة واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته . . . ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجنابة عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث « (الفروق للقرافي جزء ٣ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٩) »

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يمكن أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر ، يمكن لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط ؛ فقرة ١٩٠ ص ٣٤٠)

ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة .

وعند الشافعية في المذهب الحنبلية والحنابلة في أشهر الروايتين ، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعاقب الدين بها ، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقاً لها (١) .

ولا شك في أن أموال التركة ، في القانون المصري ، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فوراً بمجرد موت المورث . سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة ، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقاً . وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا ، فتنقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها . والميراث يكون بموت المورث . ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث . وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون الميراث إذ نصت على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي » (٢) . وعلى ذلك يكون حكم القانون

(١) أنظر في عرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التي يحتج بها كل مذهب : على الحفيظ

في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ - ص ١٧٤ .

(٢) ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق على وقت حصوله ، وقد جاء في تقرير

لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون الميراث في هذا الصدد ما يأتي :

« بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق لاختلاف رأي اللجنة . فاتجه رأي فريق من أعضاء

اللجنة إلى عدم جواز الإسناد . واعتمد في تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة

أو حكماً . ففيما يتعلق بالموت الحقيقي ، للقاضي أن يحكم - كلما توافرت لديه الأدلة

المقننة - بأن الوفاة وقعت في تاريخ معين ، وله في ذلك مطلق الحرية في التقدير أسوة بكل

نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه . أما الموت الحكمي فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من

القاضي ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً . فحكم القاضي يقرر

الوفاة ويظهرها في الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها في الحالة الثانية . ويميزون رأيهم بأن هذا

ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الفراء ، وبالتالي فكل رأي يخالفه يعوزه السند الشرعي ، ولأنهم

بيد الرأي يتشون مع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود . ويضيفون

إذ ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط محكم يسترشد به القاضي عند إسناد الوفاة إلى

تاريخ دون آخر ، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه

فيه . فترك المسألة إلى القاضي يحكم فيها بما يملكه عليه تقديره قد يوقعه في الخرج . . . وقد

ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلاً ، وانتهت إلى ترجيح الرأي الأول أخذاً بالأضبط والأحوط .»

المصرى في هذه المسألة متفقاً مع الشريعة الإسلامية : وذلك في مذهبين من مذاهبها : الشافعية في المذهب الحديدي والحنابلة في أشهر الروايتين .
ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتماً أن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من ذلك الوقت ، فان ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها أفلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن هناك نتائج أخرى ترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث ، لا بوقت سداد الديون (١) .

٣١ - هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بمفوفتها - مرى

نظام القاعدة التى تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين : والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة ، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عاجلها التقنين المدنى الحديدي وقانون الشهر العقارى علاجاً عملياً .

فهناك قاعدة معروفة في الفقه الإسلامى تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة

(١) أنظر في هذه النتائج بحث الأستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٤ - ص ١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يأتي :

١ - نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة : كالثمره والسمن والولد والريع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكاً للميت ، فنقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه . وقد أخذت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فقضت بأن الدين ، وإن كان مستغرقاً للتركة ، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة وتحتها يكون حتماً خالصاً للورثة ، ولا يشترط حياضها بالأصل فقط . وقد قال بهذا الرأي فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاة الدين» ، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه في التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاة الدين» ، في وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه في التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في مدى ٢٥ عاداً جزء ٢ ص ٩٩٩ رقم ٨) .

كما تنتقل حقوقها ، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون ؟ هذا هو الرأي المشهور في الفقه الإسلامي ، فإذا مات المورث عن دين في ذمته ، بقي الدين في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة (١) . ويكون لدائني التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة ، حتى لو تصرف فيها الوارث كما سئرى . وليس لهم أن ينفذوا على زوال الوارث الشخصية ، فالتركة وحدها هي المسئولة عن ديونها ، ولا تختلط بأموال الوارث . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ، فان دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث ، ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، إلا إذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب أو الجرد (sous bénéfice d'inventaire) (٢) . والحقوق التي تترتب على التركة في الفقه الإسلامي

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه بمقدار ما ورثه معناه اختلاط مال المورث ومال الوارث ، وهو أمر غير معروف في القانون المصري مادامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها ، كما أن الشريعة الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية . ولا تعترف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث لوارثه ، فتي توفي المورث انتقلت جميع الالتزامات التي كانت بذمته إلى تركته لا إلى ورثته ، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولاً شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ، أبريل سنة ١٩٣٩ المحلماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص ١٢٦١) .

(٢) ومركز الوارث في الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنيب أو الجرد في القانون الفرنسي ، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث في الحالتين ، وفي الحالتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد في القانون الفرنسي ، كاثت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ، ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشترى إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير . وقد أخذ المشرع المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد ، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته . وعلى ذلك فتي تبين من وثائق الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠) :