

# العقار بحسب المآل

## دراسة مقارنة

### القسم الأول

الدكتور محمد زهره  
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الكويت

#### مقدمة :

١ - يهدف القانون بوجه عام إلى خدمة الإنسان . فالقانون لم يوضع إلا لتنظيم مصالح وعلاقات الأفراد في المجتمع بما يحقق النفع للفرد والمجتمع على السواء . ولهذا كان طبيعياً أن يبحث القانون دائماً عن الوسائل الملائمة لتنظيم هذه المصالح بطريقة تتفق مع واقع هذا المجتمع وظروفه ومتطلباته .

لكن المجتمع بظروفه وواقعه لا يظل جامداً؛ بل هو دائماً في حالة «حركة» يتطور ويتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية . والقانون باعتباره انعكاساً لواقع المجتمع الذي يطبق فيه، أو هو - بعبارة أخرى - المرأة التي تعكس واقع هذا المجتمع وظروفه يتحتم عليه - بنفس الدرجة - أن يتغير ويتطور ليلائم ما استجد من ظروف وما تغير من واقع ليظل - بحق - المرأة التي تعكس بصدق «واقع» هذا المجتمع . فتغير القانون وتطوره مرتبطان إذن بتغير وتطور المجتمع الذي يطبق فيه، يواكبه دائماً ويلاحقه باستمرار ليعمل على تأكيد «وترسيخ» هذه المتغيرات وإلا «انفصل» القانون عن واقعه، وأصبح كالكائن الذي يعيش في مجتمع غريب عنه، دخيل عليه .

فالقانون كالكائن الحي لا يحيا إلا في بيئة يتلاءم معها وينسجم مع ظروفها ويعكس واقعها. ولهذا فهو يتطور ويتغير باستمرار بتطور وتغير ظروف المجتمع الذي «يعيش» فيه ويتغذى منه. وإذا تغيرت ظروف وواقع المجتمع الذي «يعيش» فيه القانون دون أن يساير القانون هذه المتغيرات الجديدة ليتلاءم معها، أصبح «كالنبته» الغريبة التي يصعب عليها النمو والبقاء في مجتمع غريب عليها.

ولهذا نرى المشرع غالباً ما يتدخل لتعديل القانون بالدرجة التي تجعله متلائماً مع الظروف الجديدة للمجتمع، وقادراً على مسايرة هذا التطور ليكون دائماً وسيلة تساعد على هذا التطور والتغير، وإلا أصبح القانون «عقبة» في وجه أي تغيير.

وإذا تأخر المشرع في أخذ المبادرة لإجراء مثل هذا التعديل المطلوب؛ جاء دور الفقه والقضاء في محاولة «تطويع» القانون - في حدود النصوص - لكي يستطيع مسايرة التغير الجديد، أو «خلق» بعض الأنظمة والوسائل - حتى دون نص - التي تساعد على حل وتأصيل المشاكل العملية التي أفرزتها الحياة المتغيرة غالباً.

ولدينا الكثير من الأمثلة على الوسائل التي «ابتدعها» الفقه والقضاء ملأ الفراغ التشريعي الموجود، أو لمسايرة متطلبات الواقع العملي مثل دعوى الإثراء بلا سبب في فرنسا<sup>(١)</sup>، ودعوى صحة ونفاذ التعاقد في مصر قبل إقرارها من جانب المشرع<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الإثراء بلا سبب لأول مرة دون نص في حكمها الصادر في يونيو سنة ١٨٩٢، راجع دالوز، ١٨٩٢، ١، ص ٥٩٦.

(٢) راجع، نقض مصري، ٢٢ ديسمبر ١٩٣٢، مجموعة عمر، الجزء الأول، ص ٤٤ محكمة الاستئناف (الدوائر المجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧، المحاماة، ١٩٢٧، ١٩٢٨، ص ٢٩٩ راجع أيضاً بحثنا بعنوان «حجية الحكم الصادر في دعوى ونفاذ صحة التعاقد»، مجلة الحقوق، الكويت، السنة التاسعة، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٥، ص ١٨١ وما بعدها.

٢ - وأمام مثل هذه التغيرات المتلاحقة التي تحدث في المجتمعات في العصر الحديث، تبدو الأنظمة القانونية أحياناً غير قادرة على مواجهة هذه التغيرات ومسايرة تطور المجتمع<sup>(٣)</sup>. ومن هنا، وبمرور الأيام، يتسع الفارق شيئاً فشيئاً بين الواقع في ثوبه الجديد المتطور من ناحية، وبين النظام القانوني «الواقف» مكانه من ناحية أخرى.

وأمام هذه الحقيقة يصبح «تحديث» القانون ضرورة عملية يفرضها الواقع المتغير، وتبدو أهمية البحث عن وسائل قادرة على مواجهة التغيرات الجديدة، وحل المشاكل التي خلقتها حتى دون نص صريح مادام أن هذه الوسائل والأنظمة والأفكار لا تتعارض مع القواعد العامة للقانون.

وهذا البحث محاولة - في ضوء القواعد العامة - لبلورة فكرة «جديدة» وتحديد معالمها للمساهمة في إيجاد حل لبعض المشاكل العملية التي بدأت في الظهور حديثاً، والتي عجزت الأنظمة «التقليدية» عن تحليلها وتفسيرها تفسيراً مناسباً؛ ونقصد - كما يبدو من عنوان البحث - فكرة العقار بحسب المال.

٣ - وقد تبني المشرع معياراً مستمداً من الثبات والاستقرار لتقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول (م ٨٢ مدني)<sup>(٤)</sup>. فالعقار بطبيعته - في نظر القانون - هو إما الأرض أو شيء مندمج أو ملتصق بالأرض. ويترتب على ذلك، أن أي حل أو اقتراح يجب - حتى يمكن الأخذ به - أن يضع في اعتباره فكرة الالتصاق أو الاندماج كمعيار للعقار. وإذا كان القانون قد أوجد أنواعاً أخرى للعقارات غير المادية، أي المعنوية، كالحقوق والدعاوى العقارية، فإن تلك العقارات هي في حقيقتها تقسيم للحقوق وليس للأشياء. ولما كان العقار بحسب المال

---

V.R. Savatier «le droit et l'accélération de l'histoire», D. 1951, p. 21 ' G. Ripert, «Le bilan (٣) d'un demi-siècle de vie juridique», D. 1950, p.1.

(٤) ونلاحظ أن هذا التقسيم إلى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص هو تقسيم للأشياء المادية، أما الأموال، أي الحقوق المالية فتتقسم إلى حقوق عقارية وحقوق منقولة.

هو نوع جديد للعقار يضاف إلى الأنواع الأخرى كتقسيم للأشياء، فإن ما يهمننا في نطاق دراستنا، هو معيار العقار كتقسيم للأشياء<sup>(٥)</sup>.

٤ - خطة البحث: لما كانت فكرة العقار بحسب المآل من الأفكار الجديدة التي تُطرح للبحث والدراسة للمرة الأولى فيما نعلم، فإنه يبدو منطقياً - في اعتقادنا - أن نبحث أولاً تطبيقات هذه الفكرة من الناحية القانونية والعملية، حتى إذا ما انتهينا من ذلك وتأكد لنا أن هذه الفكرة لها وجود حقيقي، كان طبيعياً بعد ذلك أن نحاول استخلاص أحكامها وماهيتها.

ولذلك نرى تقسيم خطة البحث إلى فصلين :

الفصل الأول: تطبيقات العقار بحسب المآل.

الفصل الثاني: أحكام العقار بحسب المآل.

---

(٥) راجع في العقار والمنقول بوجه عام :

السنهوري، الوسيط، جزء ٨، حق الملكية، ص ١١ وما بعدها - محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، ١٩٥١، ص ٤٥ وما بعدها - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، أحكام حق الملكية، ١٩٦٥، ص ٦٨ وما بعدها .

- P. Gulphe, «l immobilisation par destination», thèse paris, 1943.

- Carbonnier, Droit civil, T.3, les Biens, 1973, p. 55 et s.

## الفصل الأول

### تطبيقات العقار بحسب المآل

٥ - باستقراء التنظيم التشريعي الذي اعتنقه المشرع المصري في تقسيمه للأشياء والأموال (مواد من ٨١ الى ٨٨ مدني)، يتضح لنا أن العقار - كتقسيم للأشياء - نوعان فقط: العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص. فالعقار بحسب المآل لا يُعتبر إذن - من الناحية التشريعية - نوع من أنواع العقار. ويترتب على ذلك - بداهة - عدم وجود تطبيقات تشريعية مباشرة لفكرة العقار بحسب المآل.

لكن تطور الحياة العملية، وتغير الظروف أوجد صوراً للتعامل لم تكن موجودة من قبل مما أدى إلى ظهور بعض المشكلات العملية التي يصعب أن نجد لها الحلول الملائمة في ظل المبادئ التقليدية. وقد ظهر واضحاً «عجز» النظم القانونية القائمة عن تفسير وتأصيل هذه المشاكل مما دفع الفقه إلى البحث عن «وسائل» تساعد على إيجاد حلول لهذه المشاكل، قد لا تجد لها سنداً مباشراً في نصوص القانون، لكنها أبداً لا تتعارض مع القواعد العامة.

من هذه الوسائل فكرة العقار بحسب المآل. والتطبيقات التي ندرسها الآن ليست - في غالبيتها - تطبيقات تشريعية مباشرة، وإنما هي حالات أفرزتها الحياة العملية المتطورة دائماً، وجدنا في فكرة العقار بحسب المآل تفسيراً لها يساعد على فهمها.

## «المبحث الأول» حق السطح *Droit de superficie*

٦ - تمهيد : الملكية حق عيني أصلي، وهو أقوى الحقوق العينية وأوسعها انتشاراً في الواقع العملي. وعنها تفرعت جميع الحقوق العينية الأصلية الأخرى. وقد حاول المشرع المصري تحديد مضمون حق الملكية من المادة ٨٠٢ من التقنين المدني بقوله «لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»<sup>(٦)</sup>.

وإذا كان هذا النص لا يقدم - في حقيقة الأمر - تعريفاً متكاملًا لحق الملكية، إلا أنه يمكن - مع ذلك - أن نستخلص منه أن الملكية حق يمنح صاحبه - في حدود القانون - سلطة الاستئثار بالتصرف واستعمال واستغلال الشيء محل الحق على وجه دائم<sup>(٧)</sup>.

والملكية بهذا المعنى تتضمن عنصرين : حق *droit* ومحل لهذا الحق *objet*. ومحل الحق قد يكون مادياً، أي شيئاً، وقد يكون معنوياً *incorporel* وإذا أخذنا ملكية الأرض - وهو ما يهمننا في هذا الصدد - كمثال لحق الملكية وجدناها بدورها تشمل عنصرين : حق ومحل الحق؛ والمحل هنا هو الأرض وهي عقار

---

(٦) راجع في نفس المعنى المادة ٨١٠ من التقنين المدني الكويتي.

(٧) راجع في مضمون حق الملكية : عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ص ٢٥ وما بعدها. وأيضاً لنفس المؤلف، الحقوق العينية الأصلية، ص ٣٢ وما بعدها. البدراوي، المرجع =

بطبيعة الحال. وقد شاع القول بأن الحق يختلط بالمحل، (الأرض)<sup>(٨)</sup> من الناحية العملية، لكن ذلك القول لا يمنع - في اعتقادنا - من الفصل - على الأقل من الناحية النظرية - بين عنصري الملكية على النحو الآتي :

### العنصر الأول: الحق (السلطة)

ويتحلل هذا العنصر - في النهاية - إلى سلطات ثلاث: تصرف *abusus*، استعمال *usus* واستغلال *fructus* فالملكية، وهي أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً، تمنح صاحبها حق استعمال الشيء محل الحق واستغلاله والتصرف فيه. وبذلك «يجمع» المالك كل السلطات التي يمنحها له حق الملكية

---

= السابق، ص ٢٨ وما بعدها. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٣، ص ٩٥ وما بعدها. محمد علي حنبوله، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ٤٧٣ وما بعدها - منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥ ص ٩ وما بعدها - أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، ١٩٧٠ ص ٦١ وما بعدها - لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧١، ص ٢١٥ وما بعدها - شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول. حق الملكية، ١٩٦٩، بغداد، ص ١٩٠ وما بعدها - زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، الطبعة الثانية، ص ٢٧ وما بعدها - محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، القاهرة ١٩٧٨، ص ٣١ وما بعدها.

راجع أيضاً في الفقه الفرنسي: S. L. Jansse, la propriété, le régime des biens dans les civilisations occidentales, Paris, 1952, p. 141 - S. Ginossar, Droit réel, propriété et Créance, Paris, 1960, p. 29 ets.

- H.L. et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, T.2, Obligations et Biens, 1966, p. 1114 et S. - De page et Dekkers, traité élémentaire de droit civil belge, 1975, p. 800 ets.

(٨) ونلاحظ أن البعض يميز ضمناً بين عنصري الملكية: السلطة والمحل. راجع حسن كبره، المرجع السابق ص ١٧٥، ص ١٨٤، حيث تعرض المؤلف أولاً لمضمون سلطات الملكية (الاستعمال، والاستغلال والتصرف)، ثم تعرض بعد ذلك لمحل سلطات الملكية أو الوعاء الذي ترد وتمارس عليه هذه السلطات، والمحل، كما يرى، هو الشيء المملوك، وهو دائماً شيء مادي عقاراً كان أم منقولاً.

في يده، أو- بعبارة أخرى- «يركز» القانون جميع سلطات الحق في «يد» المالك.

لكن القانون - سواء في مصر أو الكويت أو فرنسا - قد أجاز صراحة إمكانية توزيع السلطات التي يمنحها الحق لصاحبه على أكثر من شخص بدلاً من «تركيزها» جميعها في يد المالك وحده. ومن هنا نشأت الحقوق العينية الأصلية الأخرى: الانتفاع، الارتفاق، الاستعمال، السكنى والحكر<sup>(٩)</sup>. فجميع الحقوق العينية الأصلية متفرعة عن حق الملكية، وهي في حقيقتها ليست إلا توزيعاً للسلطات التي يمنحها الحق لصاحبه على أكثر من شخص. ولكن تفرع demembrement الحقوق العينية الأصلية عن حق الملكية يفترض بقاء محل الحق (الأرض في مجال بحثنا) واحداً دون تجزئة sans dissociation. فتفرع الحقوق العينية الأصلية عن حق الملكية لا يعني إذن سوى فصل وتوزيع سلطات الحق على أكثر من شخص مع بقاء الأرض محل حق الملكية موحدًا ومملوكًا لشخص واحد.

### العنصر الثاني : المحل (الأرض)

وإذا كان الحق يمنح صاحبه سلطات ثلاث: تصرف واستعمال واستغلال، فإن الأرض (المحل) تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً (م ٢/٨٠٣ مدني مصري، ٨١٢ مدني كويتي). وبذلك فإن محل الحق هنا، وهو الأرض، يشمل الأرض Sol وما فوقها dessus وما تحتها dessous. فكما أن الحق (العنصر الأول) يمنح صاحبه سلطات ثلاث، فإن المحل، (العنصر الثاني) يُعطي المالك الحق في التمتع بعناصر ثلاثة: الأرض Surface، ما تحتها Tréfonds، وما فوقها sursol.

---

(٩) لم ينظم القانون الكويتي حق الحكر، ومن ثم لا يعتبر من الحقوق العينية الأصلية في القانون الكويتي.

لكن إذا كان القانون قد أجاز صراحة توزيع سلطات الحق على أكثر من شخص، أي أجاز تنازل المالك عن بعض السلطات التي يمنحها له الحق (العنصر الأول) إلى شخص آخر أو أكثر، فهل يجوز أيضاً تجزئة عناصر المحل (العنصر الثاني) وتوزيعها على أكثر من شخص؟

تنص المادة ٩٢٢ مدني مصري على أنه :

« ١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يُعتبر من عمل صاحب الأرض، أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له. »  
« ٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد حول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها»<sup>(١٠)</sup>.

ويستخلص من هذا النص أن القانون يُجيز، أو على الأقل لا يُعارض - إمكانية تجزئة عناصر محل حق الملكية (الأرض) وتنازل المالك عن بعضها لشخص أو أكثر<sup>(١١)</sup>. فالمرجع أقام قرينة على أن عناصر المحل الثلاثة (ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس) مملوكة لصاحب الأرض. إلا أن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها<sup>(١٢)</sup> كأن يخول المالك مثلاً شخصاً آخر إقامة

---

(١٠) راجع في نفس المعنى المادة ٨٨٠ مدني كويتي.

(١١) ويمكن استخلاص نفس القاعدة من المادة - ٥٥٣ من القانون الفرنسي: V. en general -

R. Saint - Alary, encycl- Dalloz, Rep. dr. civil, 2è éd., T. VII 1976, Sous mot

«Superficie», no. 3 - A. Weill, les Biens, p. 591 - Dekkers, précis de droit civil belge,

1954, T.1, p.635 - De page, Traité élémentaire de droit civil belge, T.6, 1942, -. 67.

(١٢) نقض مصري، ٥ يونيو ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، العدد الثالث،

ص ١٠١٩، رقم ١٣٨ - نقض فرنسي، ١١ نوفمبر ١٩٧٧، المجموعة المدنية، العدد

الثالث، رقم ٣٨٨، ص ٢٩٦؛ الأسبوع القانوني، ١٩٧٨، ٤، ص ٢١ - نقض فرنسي،

٧ ديسمبر ١٩٧٧، المجموعة المدنية، العدد الأول، ص ٥٧٢، رقم ٤٦٩؛ الأسبوع

القانوني، ١٩٧٨، ٤، ص ٤٦ - نقض بلجيكي، ١٣ مايو ١٩٧٠، مجموعة باسيكري،

١٩٧٠، ص ١ - ٨.

بعض المنشآت وتملكها، أي تملك ما على الأرض وهو عنصر من عناصر المحل الثلاثة كما رأينا. وقد أقر المشرع صراحة إمكانية وقوع تجزئة عناصر المحل وتوزيعها على أكثر من شخص بقوله في المادة ٨٠٣ / ٣ مدني «يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن يكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها».

وهكذا يمكن أن يتصور محل حق الملكية (الأرض) مملوكاً لثلاثة أشخاص شخص يملك الأرض، وآخر يملك ما عليها (المنشآت مثلاً) وثالث يملك ما تحتها (المناجم مثلاً). ويسمى من يملك ما على الأرض بمالك السطح أو صاحب حق السطح Superficiaire<sup>(١٣)</sup>.

٧ - وبهذا المفهوم، فإن لحق السطح تطبيقات متعددة ومتنوعة<sup>(١٤)</sup> منها على سبيل المثال حق الحكر في القانون المصري، والقسائم الصناعية في القانون الكويتي، والإيجار بفرض البناء Baif à Construction في فرنسا. فما المقصود بهذا الحق وما هي طبيعته القانونية؟

### المطلب الأول

#### تعريف حق السطح

٨ - لم ينظم الشرع المصري، وكذلك نظيره الكويتي، حق السطح<sup>(١٥)</sup>، بل أن الاصطلاح ذاته ليس من عمل المشرع، وإنما هو ترجمة للاصطلاح الفرنسي droit de superficie، ويطلق عليه البعض «حق المساطحة»<sup>(١٦)</sup> أو حق «السطحية»<sup>(١٧)</sup>.

---

(١٣) Ibid, le droit de superficie en droit français, thèse Paris, 1931, P. 73.

ويطلق البعض على هذا الحق أحياناً «حق السطحية»، راجع: زهدي يكن، «العقارات وأقسامها في لبنان وفرنسا» الطبعة الأولى، بيروت، ص ٣١١.

(١٤) راجع بالتفصيل بحثنا في حق السطح، تحت الطبع.

(١٥) على عكس بعض القوانين العربية التي نظمت حق السطح تنظيمياً كاملاً مثل القانون العراقي والسوري واللبناني، راجع، حامد مصطفى «الملكية العقارية في العراق» مع مقارنة بالقانون =

وإذا كان صحيحاً أن نصوص التقنين المدني في مصر والكويت وفرنسا لا تتعارض مع فكرة الحق في السطح، إلا أن عدم تنظيم هذا الحق قد أثار جدلاً كبيراً في الفقه والقضاء الفرنسيين سواء من حيث تعريف هذا الحق أو تحديد طبيعته القانونية أو بيان أحكامه.

ونلاحظ منذ البداية أن كلمة «السطح» لا تعني - في هذا المجال - سطح الأرض surface بحسب تحديده الهندسي كما قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى، وإنما تعني - في نظرنا - الأشياء، أبنية أو غراساً، التي توجد على سطح الأرض، وهو ما عبر عنه المشرع في المادة ٨٠٣ / ٢ مدني بقوله «ما فوق الأرض».

ويتحقق هذا الفرض عندما يمتلك شخص أبنية أو منشآت أو غراس أقامها أو غرسها على أرض مملوكة للغير، أي لشخص آخر. وإذا كانت القاعدة - طبقاً للمادة ٩٢٢ مدني - أن كل ما علت الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون مملوكاً لصاحب الأرض الذي يجمع في يده -

---

= المدني العربي المصري والسوري، جزء ٢، حق التصرف والحقوق المنفرعة من الملكية، ١٩٦٦، ص ٢٢٦ وما بعدها - زهدي يكن، المرجع السابق، ص ٣١١ وما بعدها.

(١٦) حامد مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(١٧) كالقانون اللبناني، راجع زهدي يكن، المرجع السابق، ص ٣١١ - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، ١٩٨٢، ص ١٠٦٧.

(١٨) وفي الفقه الفرنسي en général:

Ibld, thèse prec., p. 73 ets. Saint-Alary, artic, prec., no.1 ets. - Marty et Raynaud,

Droit civil, les Biens par Raynaud, 2è éd. Sirey, 1980, -. 232 et s. - Renard, »la

rénonciation à l'accession», Rev. crit. Juris., belge, 1980, p. 22 - M. Despay

»Techniques Juridiques et modernes d' utilisation du sol, du sous-sol, et de l. espace»,

Rev econ. dr. immob, 1967, p. 1519 et s. - Cass. civ, 3e, 7 nov. 1978, Bull, civ., 3, no.

355, p. 258. Cass. belge, 13 mai 1970, pas. 1970, 1, p. 801, note Hansenne; Rev. not.

belge, 1972, p. 499.

نظرياً - جميع عناصر محل حق الملكية (الأرض)، فإن حق السطح يأتي استثناء على هذه القاعدة. فحق السطح يخالف هذه القاعدة حيث يؤدي إلى فصل ملكية «ما فوق الأرض» عن ملكية «الأرض ذاتها»، أو عن ملكية «ما تحت الأرض». والوسيلة العملية لهذا الفصل، أو هذه التجزئة هي الاتفاق. وبمقتضى هذا الاتفاق يخول مالك الأرض شخصاً آخر حق إقامة منشآت أو أبنية على أرضه وتملكها لمدة محددة. إلا أن الاتفاق ليس الوسيلة الوحيدة لنشأة الحق في السطح. فقد يمنح القانون - أحياناً - بعض الأشخاص الحق في إقامة منشآت على أرض مملوكة للغير وتملكها.

وعلى ذلك يمكننا تعريف حق السطح بأنه الحق في إقامة - بناء على اتفاق أو بمقتضى القانون - أبنية أو منشآت أخرى، أو في غرس غراس على أرض مملوكة للغير وتملكها.

وحق السطح بهذا المعنى ليس تملك أبنية أو منشآت مقامة على أرض الغير، وإنما هو الحق في إقامة هذه المنشآت والأبنية. فالحق يوجد - من الناحية القانونية - بمجرد الاتفاق على تحويل شخص حق إقامة منشآت أو أبنية أو غرس غراس على أرض مملوكة للغير. ومنذ لحظة الاتفاق يقال أن هذا الشخص صاحب حق في السطح. وتملك صاحب حق السطح للأبنية والمنشآت التي يقيمها على أرض الغير هو في اعتقادنا - نتيجة لهذا الحق وليس الحق ذاته.

ويتربط على ذلك أنه ليس صحيحاً القول بأن حق السطح هو تملك أبنية ومنشآت مقامة على أرض الغير<sup>(١٩)</sup>، وإنما هو - في نظرنا - الحق في إقامة

(١٩) من القائلين بأن حق السطح عبارة عن ملكية الأبنية والمنشآت، زهدي يكن، المرجع السابق، ص ٣١١ - وفي الفقه الفرنسي:

- J.P. Marty, la dissociation juridique de l'immeuble, these Toulouse, 1976, p. 152 et

= s. - Ibid, thèse préc. p. 73 - Chambelland et Maloche, «les ensembles immobiliers

منشآت وأبنية على أرض مملوكة للغير. وليس أدل على ذلك من أن الحق في السطح «يولد» منذ لحظة الاتفاق على إقامة مثل هذه المنشآت والأبنية، ولا نتظر - لكي يمكن القول بوجود الحق - حتى إقامة المنشآت بالفعل.

## المطلب الثاني طبيعة حق السطح

٩ - إذا كان حق السطح يعني - كما رأينا - بأنه الحق الذي يخول صاحبه - بناء على اتفاق أو بمقتضى القانون - أن يقيم أبنية أو منشآت أو أن يغرس غراساً على أرض الغير وتملكها، فما هي طبيعة هذا الحق؟ وهل هو حق شخصي أم عيني؟ وإذا كان حق عيني، فهل هو حق ملكية أم حق عيني آخر كالارتفاق والانتفاع مثلاً؟

يتجه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي<sup>(٢٠)</sup> إلى القول بأن حق السطح هو حق ملكية عقاري *propriété immobilière*. وهذا التكييف - كما يرى البعض<sup>(٢١)</sup> - وإن كان لا يتفق وحرفيه نصوص التقنين المدني، إلا أنه يتفق مع منطق هذه النصوص: فإذا كانت المادة ٥٥٣ من التقنين المدني الفرنسي قد أجازت حق السطح بأن يملك شخص منشآت أقامها على أرض مملوكة للغير، كاستثناء على مبدأ الالتصاق الذي يقتضي بأن يكون صاحب الأرض هو مالك المنشآت، فإن سياق هذا النص يستلزم التشابه من حيث الطبيعة بين حق السطح والحق الذي عنه انفصل. وإذا كان حق السطح ما هو إلا تجزئة

---

complexes», Rep. not. déf., 1975, p. 1214, artic. no. 30993 - Planiol et Ripert par = picard, T. IV, 1982, p. 324 - Aubry et Rau Par Esmein, T. II, 1961, -, 590 - C. Renard, art. préc., p.22.

- V. M. Wille, «Des Biens et des différentes modification de la propriété», T. 3, 1941, p. (٢٠) 120 - C. Renard, art préc. no. 3 - Mazeaud par Juglart, T. 2, Vol. 2, p. 95, no 1361 Saint - Alary, art. préc, no. 5.

Saint - Alary, art. préc, no. 5.

(٢١)

لعناصر محل حق الملكية، وانفصال أحد هذه العناصر، فإنه يأخذ نفس طبيعة الحق قبل التجزئة. ولما كان الحق الذي تجزأت عناصره هو حق ملكية عقاري، فإن حق السطح يكون هو الآخر حق ملكية عقاري.

إلا أن هذا الرأي - رغم وجاهته - ينطوي، في رأينا، على كثير من التعميم يحتاج إلى تحليل. فالحقيقة - في اعتقادنا - أنه يجب التفرقة بين فرضين :

#### الفرض الأول: بعد إقامة المنشآت بالفعل

١٠ - الفرض هنا أن صاحب الحق في السطح قد أقام بالفعل المنشآت والأبنية أو غرس المزروعات حسب الاتفاق بينه وبين مالك الأرض. ويثار التساؤل عن طبيعة حق صاحب السطح على هذه الأبنية والمنشآت أو الغراس. ودون الدخول في تفاصيل لا محل لذكرها الآن<sup>(٢٢)</sup>، نعتقد أن الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي يمكن الأخذ به في ظل القانونين المصري والكويتي، واعتبار حق من أقام المنشآت والأبنية أو غرس غراساً حق ملكية عقاري.

فالمشرع المصري رغم أنه لم ينظم الحق في السطح، إلا أنه قد عبر عن موقفه بالنسبة لتحديد طبيعة حق صاحب السطح. فبعد أن قرر المشرع أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس يكون مملوكاً لصاحب الأرض، استطرد وأجاز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً الحق في إقامة منشآت وتملكها (م ٩٢٢ مدني) وبذلك يكون القانون المصري قد اعتبر حق صاحب السطح على المنشآت والأبنية التي يقيمها حق ملكية عقاري لأن محلها عقار (منشآت أو غراس).

---

(٢٢) راجع في التفاصيل: الصدة، السابق، ص ١٠٦٧ وما بعدها - حامد مصطفى، السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها - زهدي يكن، السابق، ص ٣١١ وما بعدها - عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، بغداد، ١٩٥٣، الطبعة الأولى، ص ٢٢٣ وما بعدها.

هذا بالإضافة إلى أن الملكية العقارية تتضمن - كما سبق أن رأينا<sup>(٢٣)</sup> - عنصرين: حق أو سلطة ومحل. ورأينا أن عنصر الحق أو السلطة يتحلل إلى سلطات يستأثر بها - كقاعدة - مالك الأرض. إلا أن المالك يستطيع - إذا أراد - أن يتنازل عن بعض هذه السلطات لشخص آخر؛ وهنا ينشأ لهذا الشخص حق عيني متفرع عن حق الملكية يختلف في طبيعته حسب مضمون السلطة أو السلطات التي تنازل عنها المالك. كما رأينا أيضاً أن عنصر المحل، وهو في مجال بحثنا الأرض، يشمل الأرض وما عليها وما تحتها. وإذا كان من الجائز قانوناً فصل عنصر من عناصر المحل، والتنازل عنه لشخص آخر، فإن حق المتنازل إليه يكون - بداهة - من نفس طبيعة حق المالك، أي حق ملكية محلها المنشآت التي أقامها صاحب السطح.

#### الفرض الثاني: قبل إقامة المنشآت والأبنية

١١ - إذا كان من السهل نسبياً تحديد طبيعة حق صاحب السطح على الأبنية والمنشآت بعد إقامتها أو على المزروعات بعد غرسها، فإن المسألة ليست بهذه السهولة عند تحديد طبيعة حق صاحب السطح قبل إقامة الأبنية والمنشآت أو غرس المغروسات. وإذا كنا قد انتهينا إلى القول - في الفرض الأول - بأن حق صاحب السطح هو حق ملكية، فذلك لأن المنشآت والأبنية قد أقيمت بالفعل، وهي بذلك تصلح لأن تكون محلاً لحق الملكية. أما في الفرض الثاني، فالمنشآت والأبنية لم تقم بعد، وكل ما لصاحب السطح هو الحق في إقامة منشآت وأبنية أو غرس مزروعات حسب الاتفاق مع صاحب الأرض. فهل يمكن القول هنا أيضاً أن حق صاحب السطح هو حق ملكية عقاري؟ وإذا أمكننا القول بذلك، فما هو محل الملكية في هذه الحالة؟ وهل يمكن لنا أن نتكلم عن وجود حق ملكية، أو أي حق عيني أصلي آخر قبل أن يوجد «الشيء» محل هذا الحق؟ فصاحب السطح له الحق في إقامة المنشآت والأبنية المتفق عليها، لكن يبدو أنه من الصعب أن نتكلم عن ملكية هذه المنشآت قبل أن توجد.

---

(٢٣) راجع ما سبق ص ١٣٨ وما بعدها.

أمام استحالة تصور وجود حق ملكية أو أي حق عيني أصلي آخر دون أن يكون له محل objet، أو قبل أن يوجد هذا المحل، رأي البعض<sup>(٢٤)</sup> أن حق صاحب السطح قبل إقامة المنشآت والأبنية، أو قبل غرس المزروعات، هو حق شخصي يمكن أن يتحول إلى حق عيني. فحينما نريد تحديد طبيعة حق صاحب السطح على الأبنية والمنشآت قبل إقامتها، فإنه يبدو - هكذا يعتقد أصحاب هذا الرأي - من غير الممكن أن ندعى أن هذا الحق قد «وُلد» قبل أن توجد الأبنية والمنشآت. ومادام أن المنشآت والأبنية لم توجد بعد، فإن حقه يظل دون «محل»، ومن ثم فهو حق ناقص، أو بالأصح لم «يولد» بعد.

ولن يكتسب حق صاحب السطح - في هذا الفرض - «الطبيعة العينية»، أي لن يصبح حقاً عينياً، إلا منذ لحظة إقامة الأبنية والمنشآت، لكن حتى هذه اللحظة، فإن حقه يبقى ذو طبيعة «شخصية».

ويمكن طبقاً لهذا التحليل لطبيعة الحق في السطح أن نميز بين مرحلتين: طبيعة حق صاحب السطح على الأبنية والمنشآت قبل إقامتها، أي على الفراغ Volume Vide الذي ستشغله بعد إقامتها، وهو حق شخصي؛ وطبيعة حق صاحب السطح على المنشآت والأبنية بعد إقامتها، وهنا يتحول حق صاحب السطح من حق شخصي إلى حق عيني ويُصبح حق ملكية عقاري.

ونعتقد أن هذه «الازدواجية» في تحديد طبيعة حق السطح غير صحيحة فقد سبق أن رأينا أن الأرض باعتبارها محلاً لحق الملكية تشمل أو تتضمن عناصر ثلاثة:

السطح surface، ما على الأرض sursol وما تحتها Tréfonds، وقد أجاز

---

B. Singla, «droit de superficie et construction en volumes», étude présentée au 73<sup>e</sup> (٢٤) Congrès des notaires à Strasbourg mai 1976, p. 610 et S. - Chambelland, Singras et Haloche, «les ensembles immobiliers complexes», Rep. not. def. art. 30993, p. 1224 et s.

المشرع صراحة إمكانية فصل بعض هذه العناصر والتنازل عنها للغير (م ٨٠٣ مدني مصري). فحق السطح إذن طبقاً لهذا التحليل ما هو إلا «جزء» أو «طبقة» أو «عنصر» من عناصر المحل، ولا شك أن «الجزء» يأخذ نفس طبيعة الكل. وإذا كان «الكل» هنا، وهو الأرض، ذو طبيعة عينية (حق ملكية عقاري)، فإن «الجزء» يعتبر هو الآخر حق ملكية عقاري. فحق السطح - في نظرنا - ماهو إلا حق ملكية انفصل عن الأرض فهو إذن ذو طبيعة «عينية» حتى قبل إقامة المنشآت والأبنية أو غرس المغروسات.

وإذا كانت هذه «الازدواجية» في تحديد طبيعة حق السطح تتفق مع نظرة بعض القوانين الأجنبية لحق السطح على أنه حق ذو طبيعة خاصة<sup>(٢٥)</sup> *suigeneris* وليس حقاً عينياً، فإنها غير مقبولة في القانون المصري الذي ينظر إلى الحق في السطح - دون أن يستخدم هذا الاصطلاح - على أنه حق ملكية عقاري (م ٨٠٣/٣).

وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن طبيعة الحق في السطح «واحدة»، وأن حق صاحب السطح على الأبنية والمنشآت هو حق عيني (ملكية عقاري) سواء قبل إقامة المنشآت أو بعد إقامتها. وهكذا يحافظ أنصار هذا الاتجاه على الطبيعة «الواحدة» للحق في السطح، ويرفضون بالتالي فكرة «الازدواجية» في الطبيعة. ولكن كيف يمكن القول بأن حق صاحب السطح هو حق ملكية عقاري حتى قبل إقامة المنشآت والأبنية دون أن يكون لهذا الحق «محل» مادي ملموس؟ فالحق العيني الأصلي عموماً، وحق الملكية خصوصاً لا

---

(٢٥) من القانون الإيطالي، راجع المواد من ٩٥٢ إلى ٩٥٦ من التقنين المدني الصادر سنة ١٩٤٢، والقانون الإسباني، راجع القانون الصادر في ٢٦ إبريل ١٩١٢.

يرد إلا على شيء مادي ملموس<sup>(٢٦)</sup>؛<sup>(٢٧)</sup> فما هو إذن محل حق الملكية قبل إقامة المنشآت والأبنية؟

وقد حاول العميد Savatier أن يُجيب على هذا التساؤل من خلال تصوره لمعيار جديد للعقار بطبيعته<sup>(٢٨)</sup>.

ونقطة البداية عند أنصار هذا الرأي أن القانون المدني بوجه عام يمر بمرحلة انتقال من «المحسوس» أو «الملموس» Concret إلى مرحلة «المجرد» abstrait<sup>(٢٩)</sup>. وإذا كان صحيحاً أن العقار بطبيعته يبقى في نظر واضعي التقنين المدني شيء ملموس ومحسوس، أي ذو كيان مادي، فإن هذه النظرة إلى العقار يجب - في رأيهم - أن تزول لتحل محلها نظرة «مجردة»، أي غير مادية dématérielle.

وعلى ذلك فإن العقار ليس - كما يرى واضعي التقنين المدني - كل شيء مستقر وثابت بحيزه لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، وإنما هو - في نظرهم - حجم من الهواء volume d' espace مبنيٌ كان أو غير مبني حتى ولو لم يكن متصلاً بالأرض. فالفضاء في ذاته - في رأي أنصار هذا الاتجاه - يُعتبر عقاراً سواء كان مشغولاً بالبناء أو لا.

ومن ثم فإن الأرض وإن كانت تعتبر عقاراً حسب هذا المفهوم، إلا أن

---

(٢٦) باستثناء الملكية الأدبية أو الذهنية.

(٢٧) راجع السنيهوري، الوسيط، جزء ٨. ص ١٩٨٢ وما بعدها.

- J. Carbonnier, Flexible droit, L.G.D.J., 1977, p. 179 ets

حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٢، ٥٣ - جمال زكي، المرجع السابق، ص ١٧،  
فقرة ٥ - كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٢٤٢، ٢٤٣.

(٢٨) - «Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des Biens Corporels», Rev. trim. dr. Civ., 1958, p.1 et s.

- «les metamorphoses economiques et Sociates du droit civil d'aujourd' hui», 1er serie, 3 è éd., 1964.

- «Proprieté de l'espace», D. 1965, p. 213 et s.

- Savatier, art. perc. Rev. trim. dr. civ., p.3

(٢٩)

العقار هنا ليس هو الأرض في ذاتها كسطح هندسي، كشيء ملموس له كيان مادي، وإنما هو الفضاء الذي يعلو سطح الأرض. وبالتالي يمكن تجزئة هذا الفضاء والتصرف في كل حجم من هذا الفراغ على حدة باعتباره عقاراً بطبيعته. فكل حجم من هذا الفراغ يعتبر عقاراً مستقلاً حتى ولو كان مشغولاً بالبناء. فالفراغ في هذا الفرض هو «الأصل» والبناء هو «الفرع»<sup>(٣٠)</sup>. وإذا أمكن تقسيم الفضاء أو الفراغ الذي يعلو الأرض إلى أحجام محددة بالمتر المكعب، فإن كل حجم من هذا الفراغ يكون عقاراً بطبيعته، أما سطح الأرض «قاعدة» هذا التقسيم فهي مجرد شيء «ثانوي» تابع لحجم الفراغ.

ويترتب على هذا التصور لفكرة العقار بطبيعته، أن كل حجم من الفراغ يصلح - باعتباره عقاراً بطبيعته - أن يكون محلاً للملكية العقارية. ولذلك فإنه من السهل القول - حسب هذا التصور - أن حق صاحب السطح حق عيني، (ملكية عقاري) سواء قبل إقامة الأبنية والمنشآت أو بعد إقامتها. ولا صعوبة في القول بذلك قبل إقامة المنشآت والأبنية، فمحل حق الملكية ليس هو المنشآت والأبنية ذاتها، فالفرض أنها لم تقم بعد، ولكن المحل هو حجم الفراغ الذي ستشغله هذه المنشآت بعد إقامتها. بل إن محل حق الملكية - حسب هذا التصور - حتى بعد إقامة المنشآت والأبنية ليس هو هذه المنشآت والأبنية، بل هو الفراغ المجرد الذي تشغله هذه المنشآت. فمحل الملكية العقارية هو حجم من الفراغ المجرد في ذاته سواء كان مشغولاً بالبناء أم لا videou construit. وحتى بعد تدمير الأبنية والمنشآت لسبب أو لآخر، فإن حق صاحب السطح يبقى كحق ملكية عقاري محله حجم الفراغ الذي كان يشغله الأبنية والمنشآت، وزوال المنشآت بالهدم لا يمنع وهي «شيء ثانوي» من بقاء الفراغ كما هو كمحل للملكية وهو «الأصل».

والحقيقة أن هذا التصور «المعنوي» أو «المجرد» للعقار بطبيعته يغري بالانتصار له. فهو - من ناحية - يتفق مع كيفية نشأة الحق في السطح باعتباره

«منفصلاً» عن الأرض محل حق الملكية، وهو لذلك يعتبره حق ملكية عقاري، أي من نفس طبيعة الحق الذي عنه انفصل. وهو - من ناحية أخرى - يحافظ على الطبيعة «الواحدة» للحق في السطح وينظر إليه على أنه حق ملكية عقاري سواء قبل إقامة المنشآت والأبنية أو بعد إقامتها.

لكن هذا التصور يصعب - مع ذلك - الأخذ به في ظل الوضع الحالي لنصوص التقنين المدني سواء في مصر أو الكويت أو فرنسا وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن العقار بطبيعته مازال حتى الآن - في نظر واضعي القانون - هو كل شيء مستقر وثابت بحيزه لا يمكن نقله دون تلف. فالشيء يجب - لكي يكون عقاراً - أن يكون ملتصقاً بالأرض. وصفة الالتصاق incorporation - كما رأينا - صفة جوهرية، أساسية لا غني عنها - حسب نصوص القانون - لكي يكون الشيء عقاراً بطبيعته. فلا يكفي أن يكون الشيء مادياً حتى يُعتبر - في نظر القانون - عقاراً، وإنما يجب - ويكفي أيضاً - أن يكون هذا الشيء متصلاً بالأرض اتصال قرار. صحيح أن الشيء يستحيل أن يتصل بالأرض إلا إذا كان مادياً، لكن ليست كل الأشياء المادية ملتصقة بالأرض. فصفة الالتصاق تجب إذن صفة «المادية» وتستغرقها. ولاشك أن حجم الفراغ المجرد يستحيل بحكم طبيعة الأشياء أن يتصل بالأرض اتصال قرار ومن ثم لا يمكن - في ضوء النصوص الحالية - اعتباره عقاراً بطبيعته. فالعقار بطبيعته - حسب نصوص القانون - هو حجم ملتصق بالأرض incorporé وليس حجماً مجرداً volume abstrait.

٢ - أن القول بأن محل الملكية العقارية هو حجم الفراغ الذي يعلو الأرض وأن السطح surface ما هو إلا شيء ثانوي accessoire هو قول غير دقيق. فإذا أمكن تصور تقسيم الفضاء الذي يعلو الأرض على شكل أحجام أفقية en tranche واعتبار كل حجم عقار بطبيعته، وهو بذلك يصلح أن يكون محلاً للملكية العقارية، فإن هذا التصور يستحيل تحقيقه عملاً إلا إذا كان لهذا

التقسيم «قاعدة» يستند إليها. وقاعدة هذا التقسيم أو «ركيزته» هي بالضرورة سطح الأرض التي يعلوها الفضاء الذي تم تقسيمه، فهل سطح الأرض. بهذا المعنى شيء ثانوي، أو هو «فرع» تابع للأصل (حجم الفراغ المقسم)؟ الأصل le principal هو الشيء الذي يمكن تصور وجوده وبقاءه بمفرده، أما الفرع l'accessoire فهو الذي يحتاج إلى «ركيزة» لبقائه، وبدونها لا يتصور وجوده<sup>(٣١)</sup>. وبهذا المفهوم لفكرة الأصل، والفرع بوجه عام، فإن «سطح» الأرض ليس مجرد شيء ثانوي تابع لتقسيم حجم الفراغ كما يرى العميد savatier، بل هو - على العكس - «الأصل» الذي لا يمكن تصور تحقق تقسيم الفضاء الذي يعلو الأرض بدونه. فسطح الأرض هو ركيزة هذا التقسيم وقاعدته، ولا يتصور - عملاً - وجود هذا التقسيم بدون قاعدته أو ركيزته. فتقسيم حجم الفراغ هو الذي يُعتبر - طبقاً لهذا التحليل - شيئاً ثانوياً لا يتصور وجوده وبقاءه بمفرده.

٣ - وأخيراً، فإن القول بأن العقار هو حجم من الفراغ المجرد وأنه بهذا المعنى يصلح لأن يكون محلاً للملكية العقارية، هو قول يتعارض مع بعض الأنظمة والحلول القانونية المعمول بها حالياً. والمثال الأكثر وضوحاً للتدليل على ذلك هو فكرة الحيابة والتقادم المكسب<sup>(٣٢)</sup>. فالحيابة، وهي وضع مادي به يسيطر الشخص، بنفسه أو بالواسطة، على شيء مادي<sup>(٣٣)</sup>، لا يمكن تصورها إلا على الأشياء، لا بالنسبة لحجم مجرد من الفراغ. فالذي يضع يده على شيء لمدة خمس عشرة سنة يكتسب ملكيته<sup>(٣٤)</sup>: ملكية الشيء وليس ملكية السطح

(٣١) - G. Goubeaux, «la regle de l'accessoire en droit privé», L.G.D.J., 1969, p.

(٣٢) - G. Goubeaux, «Abstraction et réalisme dans la determination de l'objet de la propriété immobiliere», etudes dédiées - a Alex weill, Paris 1983, p. 291, No. 21.

(٣٣) راجع المادة ٩٠٥ من التقنين المدني الكويتي، والمادة ١١٤٥ من التقنين المدني العراقي، ولم يضع القانون المصري والقانون السوري تعريفاً للحيابة.

(٣٤) وتكون المدة خمس سنوات فقط إذا اقترنت الحيابة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، راجع المواد ٩٦٨، ٩٦٩ مدني مصري، ٩٣٥ مدني كويتي.

وهو حجم من الفراغ. وإذا كان محل الملكية العقارية هو حجم من الفراغ، فإن ما يكتسبه الحائز بالتقادم، إذا تصورنا إمكانية حيازة الفراغ، يجب أن يقتصر على الحجم الذي وضع يده عليه لمدة خمس عشرة سنة. ولكن كيف يتم تحديد ذلك؟ حسب طول الفرد، أو عند حافة قبعته، أو حسب معيار مختلف؟ فإذا ما فرضنا جدلاً تخطي هذه العقبة، فكيف تحديد العلاقة بين الحائز (المالك الجديد) والمالك القديم؟ فلمن تكون ملكية حجم الفراغ الذي يعلو الحجم الذي اكتسبه الحائز؟ لاشك أنه للمالك القديم، لأن الحائز لم يضع يده إلا على الحجم الذي اكتسبه فقط. لكن هذه الملكية ستكون - دون شك - عقيمة، أي عديمة الفائدة من الناحية العملية.

١٢ - الخلاصة إذن أن هذا التصور لمحل الملكية العقارية. إما أن يظل «هامشياً» لصعوبة الأخذ به في ظل الوضع الحالي لنصوص التقنين المدني، أو يصبح «القانون العام» للملكية العقارية إذا اعتنقه المشرع.

ونعتقد من جانبنا أن حق السطح هو حق ملكية عقاري سواء بعد إقامة الأبنية والمنشآت أم قبل إقامتها. وفي هذا النطاق نتفق تماماً مع أنصار فكرة العقار كحجم مجرد من الفراغ، لكننا نختلف معهم في تأصيل هذا الحل.

ففي الفرض الأول، أي بعد إقامة الأبنية والمنشآت، ليس هناك صعوبة تذكر في القول بأن حق صاحب السطح هو حق ملكية عقاري. فالفرض أن الأبنية والمنشآت قد أقيمت بالفعل، وهي بذلك تصلح - كعقار بطبيعته - أن تكون محلاً لحق الملكية. فالمحل في هذا الفرض ليس - كما يذهب أنصار فكرة العقار «المجرد» - الفراغ أو الحيز الذي تشغله المنشآت والأبنية، وإنما هو هذه الأبنية والمنشآت ذاتها.

أما في الفرض الثاني، أي قبل إقامة الأبنية والمنشآت، فنعتقد - وقد رأينا أن فكرة العقار كحجم مجرد من الفراغ لا يمكن الأخذ بها في ظل الوضع الحالي

لنصوص القانون - إن فكرة العقار بحسب المآل يمكن الأخذ بها لتأصيل الحل الذي نراه صحيحاً والقول بأن الحق في السطح هو حق ملكية عقاري حتى قبل إقامة الأبنية والمنشآت. ومحل الملكية هنا عقار، لكنه عقار بحسب المآل. فالمحل ليس هو الفراغ أو الحيز ذاته، وإنما هو عقار ذو كيان مادي ملموس. حقاً أنه لم يوجد بعد، لكن مآله الحتمي حسب المجرى العادي للأمر، ومصيره المحقق القريب هو الوجود. وإذا كان مصير الأبنية والمنشآت هو الوجود في المستقبل القريب، فما الذي يمنع من معاملتها معاملة الأبنية الموجودة بالفعل منذ اللحظة التي ينشأ فيها حق صاحب السطح. وإعطاؤها من ثم حكم العقار بطبيعته لتصلح بذلك أن تكون محلاً لحق الملكية الذي يكتسبه صاحب السطح؟ فالأبنية والمنشآت هي محل حق صاحب السطح في كلتا الحالتين: قبل إقامتها وبعد إقامتها. كل ما في الأمر أن الأبنية والمنشآت قبل إقامتها تكون محلاً لحق صاحب السطح باعتبارها عقاراً بحسب المآل؛ أي بحسب مآله الحتمي ومصيرها المحقق القريب.

وبهذا المفهوم، فإن العقار بحسب المآل هو في حقيقته منقولات لم تتصل بعد بالأرض اتصال قَرَار، لكن مآله المحقق بحسب المجرى العادي للأمر ومصيرها القريب هو اندماجها والتصاقها بالأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته، ومن ثم ليس هناك ما يحول - في نظرنا - من معاملتها - منذ البداية - معاملة العقار بطبيعته، وتكون عقاراً بحسب المآل.

وفكرة العقار بحسب المآل بهذا المعنى ليست «بدعة». صحيح أنها من قبيل المجاز أو الافتراض القانوني، ولكن المشرع<sup>(٣٥)</sup>، وكذلك الفقه، كثيراً ما يلجأ لوسيلة المجاز القانوني لحل بعض المشاكل القانونية، أو تأصيل بعض الحلول.

والحقيقة - في اعتقادنا - أن فكرة العقار بحسب المآل التي نقترحها لتحديد طبيعة حق صاحب السطح مثل إقامة الأبنية والمنشآت المتفق عليها،

(٣٥) مثل العقار بالتخصيص والنقول بحسب المآل وقسمة المال الشائع

تفضل فكرة العقار كحجم مجرد من الفراغ التي اقترحها العميد سافتييه من عدة نواحي :

- ١ - أنها تتفق تماماً مع تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول.
- ٢ - يمكن الأخذ بها في ظل الوضع الحالي لنصوص التقنين المدني.
- ٣ - أن العقار بطبيعته مازال اليوم كما كان بالأمس كل شيء مستقر وثابت بحيزه لا يمكن نقله دون تلف . وهو بذلك إما أن يكون الأرض ذاتها أو شيئاً متصلاً أو ملتصقاً بالأرض . والعقار بحسب المال لا يخرج عن هذا المعنى . فهو، أي العقار بحسب المال، مُتصل بالأرض اتصال قرار تماماً كالعقار بطبيعته، كل ما في الأمر أن هذا الالتصاق أو الاندماج لم يتحقق بعد . فالاستقبال وارد على صفة الاندماج incorporation أو الالتصاق وليس على طبيعة الشيء ذاتها.

خلاصة القول أن صاحب السطح هو حق ملكية عقاري محله الأبنية والمنشآت المتفق عليها مع مالك الأرض . فإذا كانت هذه المنشآت والأبنية قد أقيمت بالفعل، فهي محل حق الملكية باعتبارها عقاراً بطبيعته، أما قبل إقامتها، فهي أيضاً محل حق الملكية لكن باعتبارها عقاراً بحسب المال .

### «المبحث الثاني»

#### بيع الشقق تحت الإنشاء

- ١٣ - يعتبر عقد البيع من أهم العقود من الناحية العملية، إن لم يكن أهمها على الإطلاق . فهو وسيلة تساعد على تسيير دفعة الحياة بين الأفراد . وعن طريق عقد البيع يستطيع كل فرد في المجتمع أن يحصل على ما يحتاجه من مأكل ومشرب ومسكن وغير ذلك من لوازم الحياة العملية .

ولاشك في أن السكن يأتي في المرتبة الثانية - بعد المأكل والملبس - من حيث أهميته بالنسبة للفرد: فالإنسان لا يستطيع أن يعيش دون مسكن «ياويه»، كما أنه لا يمكن أن يكون مواطناً صالحاً ومنتجاً إلا إذا وجد المسكن

الملائم الذي يمكن أن يأوى إليه بعد يوم عمل شاق وطويل<sup>(٣٦)</sup>.

ومن هنا يأخذ موضوع بيع الشقق السكنية أهمية كبرى لأنه «يمس» حياة الفرد من قريب. وتزداد هذه الأهمية - بداهة - حينما يمر البلد الذي يحيا فيه الفرد بأزمة اقتصادية تؤدي إلى أن يُصبح المعروض من الشقق السكنية أقل بكثير من الطلب عليها. ويترتب على ذلك - منطقياً - أن يتزاحم راغبو السكن، وهم كثير، على المعروض منه، وهو قليل، فتكثر المشاكل وتتفاقم مثل مشكلة المقدم والخلو، وبيع الشقة لأكثر من مشترٍ... وغير ذلك من المشاكل التي يعيشها المجتمع المصري منذ أكثر من عشرين عاماً.

وكان من نتائج هذه الأزمة، ونتيجة لتزايد الطلب على الشقق السكنية، أن حاول كل من يرغب في السكن أن «يؤمن» نفسه من مزاحمة الآخرين الراغبين مثله في السكن، وأن يحصل على «أولوية» على غيره من المتزاحمين، فنشأت ظاهرة بيع السكن وهو ما زال في مرحلة البناء، أو حتى قبل ذلك، أي وهو ما زال في مرحلة «المشروع» وقيد البحث والتفكير. وبمرور الوقت، ومع تفاقم مشكلة الإسكان، إزداد إقبال الأفراد، تحت وطأة الظروف وضغط الحاجة، على شراء الشقق قبل بنائها لدرجة أنها تحولت إلى ظاهرة عامة، وأصبح من المألوف في السنوات الأخيرة، بعد أن كان من قبيل الاستثناء، شراء شقة قبل أن يكتمل بناؤها أو حتى قبل البدء في البناء.

وبالرغم من انتشار ظاهرة بيع الشقق تحت الانشاء لدرجة أصبحت معها هي الوسيلة المألوفة في الحصول على مسكن، فإنها لم تلق حتى الآن الاهتمام الكافي سواء من الناحية التشريعية أو الفقهية.

---

(٣٦) وقديماً قال إميل زولا الأديب الفرنسي المشهور:

«La puanteur de la rue, l'escalier sordide, l'étroitesse de la chambre ou dormant pêle - mele les pères et les filles. les frères et les soeurs sont la grande cause de la dépravation des faubourgs..» J. Tartanson, «La vente d'immeuble à Construire Jusqu' à la délivrance», p.3.

فمن الناحية التشريعية، وبالرغم من كثرة التشريعات التي صدرت بخصوص قطاع الإسكان بوجه عام، فلم يصدر حتى الآن - رغم الحاجة الملحة - تشريع ينظم هذا الموضوع الحيوي ويحدد حقوق والتزامات كل من البائع والمشتري، وضمانات المشتري (الطرف الضعيف في العقد) وكيفية انتقال الملكية ولحظة انتقالها إلى المشتري وغير ذلك من الموضوعات الهامة التي تثيرها دراسة هذه الظاهرة. هذا بالرغم من أن المشرع الفرنسي قد أولى هذا الموضوع رعاية خاصة من جميع جوانبه ونظمه تنظيمياً تشريعياً متكاملًا<sup>(٣٧)</sup>.

ومن الناحية الفقهية، لم يلتفت الفقه المصري - حتى الآن - لهذا الموضوع رغم أهميته، ورغم كثرة المشاكل العملية التي تثيرها، والتي تحتاج إلى تفسير وتأصيل في ضوء القواعد العامة. وباستثناء بعض الإشارات التي ألفت الضوء على أهمية الموضوع بوجه عام<sup>(٣٨)</sup>، لا نكاد نجد في الفقه المصري أو الكويتي أي دراسة شاملة لهذا الموضوع الهام.

ولا نريد - في هذا النطاق - أن نتناول هذا الموضوع بالدراسة بوجه عام<sup>(٣٩)</sup>، وإنما نريد فقط إلقاء الضوء على مشكلة انتقال الملكية في بيع الشقق تحت الإنشاء من حيث كيفية انتقالها وتحديد لحظة الانتقال.

١٤ - ويبدو من الملائم - في اعتقادنا - أن نحدد أولاً بإيجاز المقصود ببيع الشقق تحت الإنشاء (المطلب الأول)، ثم نعرض للوضع في القانون الفرنسي (المطلب الثاني)، وأخيراً الوضع في كل من القانون المصري والكويتي (المطلب الثالث).

---

(٣٧) وقد نظم المشرع الفرنسي هذا الموضوع تنظيمًا متكاملًا لأول مرة بالقانون رقم ٣ - ٦٧ الصادر في ٣ يناير ١٩٦٧ م. وقد تعرض هذا القانون للتعديل الجزئي أكثر من مرة: راجع القانون رقم ٥٧٩ - ٧١ الصادر في ١٦ يوليو ١٩٧١ م، والقانون رقم ٦٤٥ - ٧٢ الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٢ م، والقانون رقم ١٢ - ٧٨ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ م.

(٣٨) راجع حسام الأهواي، «عقد البيع في القانون المدني الكويتي»، ١٩٨٤، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٣٩) راجع بالتفصيل بحثنا في بيع الشقق تحت الإنشاء، تحت الطبع.

## المطلب الأول

### عناصر عقد بيع الشقق تحت الإنشاء

١٥ - يتم الاتفاق على بيع شقة تحت الإنشاء قبل الانتهاء من بناء الشقة محل التعاقد، بل وغالباً ما يكون الاتفاق قبل البدء في أعمال البناء. وعادة ما يتم التعاقد عن طريق إعلان يُنشر في الصحف عن مشروع لبناء عمارة أو أكثر مع تحديد أوصاف كل شقة وثمانها الإجمالي وكيفية دفع الثمن، وعدد الأقساط، والقيمة النقدية لكل قسط، وتاريخ الانتهاء من البناء، وتاريخ التسليم. وغالباً لا يحرر البائع للمشتري أي عقد، ويكتفى بإعطائه إيصالات بالمبالغ التي يدفعها عن طريق أحد البنوك. وبعد الانتهاء من بناء الشقة محل التعاقد، يتم تحرير عقد البيع الابتدائي.

ويجب على المشتري تسجيل هذا العقد حتى تنتقل إليه الملكية، لأن الملكية العقارية لا تنتقل في القانون المصري، وكذلك في القانون الكويتي، إلا بالتسجيل ومن تاريخ إجراء التسجيل<sup>(٤٠)</sup>.

هذه هي الصورة التي تحدث يومياً تقريباً. ورغم ما فيها من مغامرة قد تعرض حقوق المشتري للضياع، يقبلها هذا الأخير تحت ضغط الحاجة إلى أبسط حقوق الإنسان في الحصول على مسكن بسيط ولا نقول ملائماً.

---

(٤٠) راجع بوجه عام: توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ١٩٧٩، ص ١٩٩ وما بعدها - لبيب شنب ومجدي خليل، شرح أحكام عقد البيع، ١٩٦٨، ص ١٢١ وما بعدها - أنور سلطان وجلال العدوي، عقد البيع، ١٩٦٦، ص ٢٠٩ وما بعدها - اسماعيل غانم مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، ١٩٥٨، ص ١٢٩ وما بعدها - سمر تناغو، عقد البيع، ١٩٧٣، ص ١٦٤ وما بعدها - سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة ١٩٨٠، ص ٢٧٢ وما بعدها - خميس خضر، عقد البيع، ١٩٧٢، ص ١٢٠ وما بعدها - زهدي يكن عقد البيع، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٢٢٢ وما بعدها.

وإذا ما تم التعاقد بهذه الطريقة، فهل يُعتبر العقد عقد بيع شقة تحت الإنشاء، أم عقد آخر؟ بعبارة أخرى، ما هي عناصر عقد بيع شقة تحت الإنشاء؟

تنص المادة ١٦٠١ في فقرتها الأولى على أن «عقد بيع عقار تحت الإنشاء هو الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها العقد». من سياق نص هذه المادة، التي حاول فيها المشرع الفرنسي تعريف بيع العقارات تحت الإنشاء، نستطيع أن نستنتج أن هذا العقد يقوم على عنصرين رئيسيين هما: الالتزام ببناء عقار، وانتهاء هذا البناء خلال مدة محددة يضاف إليها عنصر ثالث، لم يظهر في تعريف العقد، وهو التزام المشتري بدفع «جزء» من الثمن قبل استكمال البناء.

#### العنصر الأول: الالتزام بالبناء

١٦ - لعل أول ما يميز هذا النوع من البيع هو عدم وجود الشيء المبيع وقت إبرام العقد. ولهذا كان طبيعياً أن يلتزم البائع ببناء العقار محل العقد وتسليمه بعد الانتهاء من أعمال البناء.

وهو عنصر أساسي في عقد بيع الشقق تحت الإنشاء، بل إنه معيار التفرقة بين هذا العقد وعقد بيع شقق موجودة، أي تم بناؤها بالفعل، وطالما أن الشقة مازالت في مرحلة البناء، أي ما زالت تحت الإنشاء، وجب أن تخضع العقد لأحكام تتفق مع هذه الطبيعة الخاصة. أما بيع شقة بعد استكمال بنائها فهو عقد بيع عادي «بيع شيء موجود» يخضع للقواعد العامة لعقد البيع.

ونلاحظ أن وجود الشيء محل التعاقد (العقار) ليس شرطاً لانعقاد العقد. فالعقد قد انعقد صحيحاً منذ اللحظة التي توافرت فيها شروط الانعقاد. أما قيام البائع ببناء العقار المتفق عليه فهو من قبيل تنفيذ العقد الذي انعقد صحيحاً. فعقد بيع عقار تحت الإنشاء هو عقد وارد على شيء مستقبل لم يوجد بعد وقت إبرام العقد. ومحل التزام البائع الناتج عن العقد هو بناء العقار المتفق عليه.

وبهذا المعنى فإن مضمون التزام البائع هو التزام بعمل ؛ أي القيام ببناء العقار محل التعاقد . لكن ذلك لا يعني أن الالتزام بإعطاء ليس له وجود في هذا النوع من العقود . فالحقيقة هي أن الالتزام بإعطاء يوجد جنباً إلى جنب مع الالتزام بعمل . فالبائع قد التزم بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه ، ولكي يستطيع تنفيذ هذا الالتزام ، يجب أن ينتهي أولاً من بناء العقار محل العقد<sup>(٤١)</sup> .

ومن ناحية أخرى فإن الالتزام بعمل في مثل هذا النوع من البيع ليس شيئاً آخر سوى التزام البائع بالتسليم . فالالتزام بالتسليم ليس دائماً<sup>(٤٢)</sup> التزاماً سلبياً ، وإنما قد يستلزم أحياناً القيام ببعض الأعمال الإيجابية من ناحية البائع ، مثل تصنيع شيء مستقبل .

ومحل التزام البائع هو بناء عقار immeuble . ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استخدم اصطلاح عقار ولم يستخدم كلمة مبنى Batiment . وبذلك فإن العقد يرد على أي عقارات مبنية حتى ولو كانت تحت الأرض<sup>(٤٣)</sup> مثل الجراجات وحمامات السباحة .

ولا أهمية بعد ذلك للغرض المخصص من أجله العقار . فقد يكون مخصصاً للسكنى أو لممارسة حرفه بين الحرف أو لإقامة مستشفى أو ممارسة الرياضة أو غير ذلك من الأغراض . كما أنه لا أهمية لكون العقد وارداً على عقار أو جزء منه فقط مادام أن له ذاتيته الخاصة .

---

- V. F. Steinmetz, «les ventes d' immeubles à Construire», thèse Montpellier, 1970, (٤١) p.24.

- H.L. et J. Mazeaud, leçons de droit civil, T. 3, No. 933.

(٤٢)

-Saint - Alary, art. préc., J.C.P., 1968, No. 9.

(٤٣)

## العنصر الثاني: المدة

١٧ - لا يكتفي البائع بالالتزام ببناء عقار كما هو متفق عليه من العقد، لكنه يتلزم بالانتهاء من أعمال البناء خلال مدة محددة في العقد. وقد ورد هذا العنصر صراحة في المادة ١٦٠١ / ١ من التقنين المدني الفرنسي.

وعلى ذلك يجب تحديد المدة التي سيقوم البائع خلالها بتسليم الشقة محل البيع. فشراء شقة تحت الإنشاء يبدو أقرب إلى «الحلم» منه إلى «الحقيقة». وحتى لا يطول أمر هذا «الحلم»، وحتى لا يعيش المشتري على هذا الأمل إلى مالا نهاية، يجب أن يتم تحديد المدة التي سيتم خلالها تسليم الشيء المبيع.

ولا شك أن تحديد مدة لتسليم الشقة محل البيع له أهمية كبرى بالنسبة للطرفين: فالمشتري يهتم بالدرجة الأولى أن يعرف متى سيصبح مالكا، أي متى سيتحول «الحلم» إلى «حقيقة»، والبائع يهتم أيضاً - إذا حسنت النوايا - الانتهاء من البناء بسرعة حتى يحصل على بقية الثمن المتفق عليه. لكن ما هو جزاء عدم تحديد مدة للتسليم في العقد؟

وقد قيل<sup>(٤٤)</sup> أن عنصر المدة هو عنصر جوهري ورئيسي من عناصر عقد بيع العقارات تحت الإنشاء. فهو، أي عنصر المدة، يمثل بالنسبة للمشتري ضمان جوهري بالنسبة لجدية البائع. فإذا ما أغفل الطرفان تحديد المدة التي يجب أن يتم البناء خلالها. فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، أي قابلاً للإبطال لتخلف عنصر رئيسي من عناصر العقد. وهو بطلان مقرر لمصلحة المشتري لأن المشرع لم يستلزم تحديد مدة البناء إلا لحماية هذا الأخير، فكان طبعياً أن يكون هذا البطلان مقررراً لمصلحة.

وإذا كان صحيحاً أن المشرع الفرنسي قد اشترط تحديد المدة التي يجب

---

(٤٤) - Saint - Alary, art. préc., J.C.P. 1968, No. 11 - Gireton, «La Commercialisation de L'immeuble par la voie des Contrats de Vente» Gaz. Pal., 1969, p.22, No. 21.

أن يتم خلالها البناء حماية للمشتري وضماناً لجدية البائع، إلا أننا نعتقد أن عدم تحديد مدة البناء في العقد لا يترتب عليه بطلان العقد. فشرط المدة ليس ضرورياً لانعقاد العقد وإن كان ضرورياً لتنفيذه. ويترتب على ذلك أن إغفال تحديد المدة في العقد لا يؤدي إلى إبطاله. وإذا اختلف الطرفان على تحديد المدة فيما بعد، فإنه يمكن تحديدها بالمدة اللازمة والضرورية لانتهاء من أعمال البناء. لكن إذا اتفق الطرفان على المدة التي يجب خلالها الانتهاء من أعمال البناء وجب على البائع احترامها والالتزام بها.

وعلى ذلك فإن الفارق بين تحديد المدة اللازمة لانتهاء من أعمال البناء في العقد وعدم تحديدها ينحصر في مسألة الإثبات. فإذا اتفق الطرفان عليها يجب على البائع تنفيذ التزامه خلالها وإلا اعتبر متأخراً في تنفيذ التزامه إلا إذا أثبت أن هذا التأخير يرجع إلى عوامل خارجة عن إرادته. أما إذا لم يتم تحديد المدة في العقد، فيجب على المشتري، حتى يُعتبر البائع متأخراً في تنفيذ التزامه، أن يثبت أن البائع لم يُنفذ التزامه بالانتهاء من البناء خلال المدة الضرورية - في الظروف العادية - للبناء.

لكن البائع المتأخر في تنفيذ التزامه سواء لأنه تجاوز المدة المتفق عليها أو لأن المشتري أثبت أنه تجاوز المدة الضرورية للبناء، لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة<sup>(٤٥)</sup>. فالالتزام بالانتهاء من الأعمال خلال مدة معينة هو التزام بنتيجة كالالتزام بالبناء ذاته<sup>(٤٦)</sup>.

العنصر الثالث: التزام المشتري بدفع «جزء» من الثمن قبل استكمال البناء: وهذا الالتزام هو السبب الرئيسي في التفكير في حماية المشتري. والمشتري ليس في حاجة إلى الحماية إلا إذا التزم بدفع «جزء» من الثمن قبل أن

---

- F. Steinmetz, thèse préc., p.30

(٤٥)

- Saint - Alary, art. préc., J.C. p.1968, No. 12.

(٤٦)

يرى الشيء المبيع . ومن يقبل أن يتخلى عن أمواله في مقابل شيء لم يوجد بعد ولم يره يستحق أن نفكر في حمايته .

وإذا ما تحقق هذا الشرط يستوى بعد ذلك أن يقوم المشتري بالدفع للبائع نفسه أو لدى شخص آخر «البنك مثلاً» ، وذلك لكي نمنع التحايل على القانون باشتراط البائع أن يتم الدفع لصديق له مثلاً .

ويمكن هنا أن نواجه صعوبة في حالة إبرام العقد قبل أن يتم بناء العقار دون أي التزام على عاتق المشتري بدفع جزء من الثمن مع النص على أن الدفع متروك لاختيار المشتري . فهل العبرة بالتزام المشتري بدفع جزء من الثمن أم أن العبرة بالدفع «الفعلي» حتى ولو لم يتضمن العقد التزاماً على عاتق المشتري بهذا المضمون .

من ناحية أخرى ، يجب الاتفاق على «الثمن» الاجمالي للشيء المبيع . فالثمن عنصر أساسي في عقد البيع لا وجود له بدونه . وبدون الاتفاق على الثمن سيكون التزام المشتري بدون «محل» والتزام البائع بدون «سبب» . ويجب - بداهة - تحديد الثمن من حيث مقداره وطرق دفعه وتاريخ هذا الدفع .

لكن ماذا لو أن الثمن المتفق عليه وقت إبرام العقد أصبح بعد مدة ، أي وقت التسليم ، أقل بكثير من القيمة الحقيقية للشيء المبيع ؟ هل يستطيع البائع أن يطالب بتكملة الثمن بحيث يصبح ثمناً عادلاً ؟

١ - قد يقال أن البائع يستطيع أن يطالب بتطبيق نظرية الغبن لكي يحصل على الثمن العادل . والغبن هو عدم التعادل في لاقيمة القائم وقت العقد بين ما يقدمه كل متعاقد وبين ما يأخذه . لكن نظرية الغبن كما هي موجودة في التقنين المدني لا تسعف البائع في طلبه .

أولاً: لأن الغبن له تطبيقات محددة على سبيل الحصر في القانون المصري.

ثانياً: لأن الغبن يحدد وقت إبرام العقد وليس وقت تنفيذه وإن كنا نلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد قررت بالنسبة للوعد بالبيع أن تحديد قيمة الغبن يتم وقت إبداء الموعود له رغبته في الشراء وليس وقت الوعد ذاته. فهل يمكن اعتبار البائع لشقة تحت الإنشاء كالواعد في عقد البيع؟.

٢ - وقد يقال أن البائع يستطيع أن يطلب تكملة الثمن على أساس نظرية الظروف الطارئة. وعلى فرض توافر شروط نظرية الظروف الطارئة من حيث كونها ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، فنحن نعرف أن هذه النظرية لا تطبق إلا على العقود الزمنية، فهل عقد بيع شقة تحت الإنشاء عقد زمني؟.

يبدو أن عقد بيع شقة تحت الإنشاء هو عقد فوري وليس عقد زمني أو ممتد، ذلك أن التسليم أي تنفيذ التزام البائع يتم في لحظة محددة ولا يستغرق وقتاً طويلاً أو قصيراً. كما أن الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه، أي لا يقاس به مقدار أداء أي من المتعاقدين، حتى ولو تم الاتفاق على تأجيل أو تقسيط الثمن فليس للزمن دور في تحديد هذا الثمن وإنما يتدخل فقط لتحديد موعد الاستحقاق.

وإن كنا نلاحظ الآن أن الزمن أصبح له دوراً في تحديد الثمن باشتراك تخفيض الثمن بنسبة معينة إذا تم الدفع فوراً. فهل يعني ذلك أن العقد أصبح من العقود الزمنية؟.

## المطلب الثاني الوضع في القانون الفرنسي

١٨ - رأينا أن المشرع الفرنسي قد أعطى موضوع بيع الشقق تحت الإنشاء أهمية خاصة ونظمه تنظيمياً تشريعياً متكاملاً؛ ولم يشأ - بحق - أن يتركه يخضع للقواعد العامة في العقود بوجه عام وفي البيع بوجه خاص. فهي قواعد قاصرة عن حماية المشتري - الطرف الضعيف - ولا تحقق له الطمأنينة الكافية. وإذا كانت الملكية العقارية تنتقل في القانون الفرنسي<sup>(١٧)</sup> بين الطرفين بمجرد إبرام العقد، ولا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فإن انتقال الملكية في بيع الشقق تحت الإنشاء لا تخضع لهذا المبدأ. فالملكية في البيع الوارد على أشياء مستقبله لا تنتقل إلا بعد وجود الشيء محل التعاقد وجوداً فعلياً. ويترتب على ذلك أن انتقال الملكية في بيع الشقق تحت الإنشاء، باعتباره بيعاً وارداً على شيء مستقبل، لا يتم بمجرد انعقاد العقد، وإنما تتأخر لحظة انتقال الملكية لحين الانتهاء من أعمال البناء واكتمال وجود الشقة محل التعاقد<sup>(١٨)</sup>. فانتقال الملكية يتعاصر إذن مع اكتمال بناء الشقة محل العقد.

إلا أنه ليس هناك ما يمنع - قانوناً - من الفصل بني لحظة انتقال الملكية ولحظة الانتهاء من أعمال البناء. فهذا التعاصر بين انتقال الملكية والانتهاء من أعمال البناء طبقاً للقواعد العامة ليس من النظام العام، ويمكن من ثم اتفاق الطرفين على تقديم «لحظة» انتقال الملكية قبل الانتهاء - تماماً من عملية البناء. فتأخير انتقال الملكية في البيع الوارد على شيء مستقبل حتى يوجد الشيء محل التعاقد يرجع إلى أن حق الملكية، وهو حق عيني أصلي، لا يمكن أن يوجد - قانوناً - دون محل، يستند عليه. ومن اللحظة التي يوجد فيها «شيء» مادي

---

- V. Marty et Raynaud, Droit Civil, T.3, 1er Vol, «Les sûretés et la publicité foncière», (١٧)  
Sirey, 1971, p.35 et s. - H.L. et J. Mazeaud, leçons de droit civil, T.3, 1er Vol., 1968, p.  
537 et s.

- Cass. civ, 1er aout 1950, S. 1951, 1, p.100 - Carbonnier, Rev. trim. dr. civ., 1951, p. (١٨)  
388.

يمكن أن يكون محلاً لحق الملكية، فليس هناك ما يمنع من اتفاق الطرفين على انتقال الملكية في هذه «اللحظة» حتى ولو كان الشيء محل العقد لم يكتمل وجوده كلية.

تلك هي القواعد العامة لانتقال الملكية في البيع الوارد على أشياء مستقبله ومنها عقد بيع شقة تحت الإنشاء. إلا أن المشرع الفرنسي لم يترك تحديد «لحظة انتقال الملكية في بيع الشقق تحت الإنشاء وكيفية انتقالها خاضعاً لهذه القواعد العامة، وإنما نظم طريقتين لانتقال الملكية أحدهما، وهي البيع لأجل، ليست إلا تطبيقاً - على الأقل للوهلة الأولى - للقواعد العامة من حيث «تعاصر» لحظة انتقال الملكية مع إتمام عملية البناء، والأخرى، وهي البيع حسب الحالة المستقبلية، وفيها خرج المشرع على القواعد العامة صراحة.

## الفرع الأول

### البيع لأجل

#### La vente a terme

١٩ - عرف المشرع الفرنسي البيع لأجل في المادة ١٦٠١/٢ بقوله «بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه، ويتعهد المشتري باستلامه ودفع الثمن عند الاستلام. ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء. وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد».

ويبدو - للوهلة الأولى - أن المشرع لم يخرج في هذا التعريف على القواعد العامة لبيع الأشياء المستقبلية. فالملكية تنتقل، هنا وهناك، «لحظة» الانتهاء من أعمال البناء. فهناك تعاصر - كما هو الحال في القواعد العامة - بين «لحظة» انتقال الملكية وإتمام أعمال البناء. ومع ذلك فإن هذا التشابه بين كيفية انتقال الملكية في البيع لأجل وكيفية انتقالها حسب القواعد العامة في بيع الأشياء المستقبلية هو - كما سنرى - تشابهاً ظاهرياً.

لكن متى يعتبر البناء قد اكتمل ومن ثم تنتقل الملكية؟ بعبارة أخرى، ما المقصود بفكرة «انتهاء» البناء L'achèvement؟

## أولاً : فكرة الانتهاء من أعمال البناء La notion del' achèvement

٢٠ - نلاحظ في البداية أن فكرة الانتهاء من أعمال البناء طبقاً للقواعد العامة في بيع الأشياء المستقبلية هي أساساً فكرة تعاقدية. بمعنى أنها تحدد حسب شروط التعاقد بين الطرفين<sup>(٤٩)</sup>. ويكفي للتحقق من انتهاء البناء أن نقارن بين ما تم الاتفاق عليه عند التعاقد وحالة أو وضع البناء لحظة إجراء المقارنة. لكن المشرع الفرنسي لم يترك - في البيع لأجل - تحديد انتهاء أعمال البناء لاتفاق الطرفين، وإنما حدد متى يُعتبر البائع قد انتهى من أعمال البناء، أي متى يُعتبر البناء قد اكتمل .

ولذلك فإن المشرع الفرنسي قد نص في المادة ٢٦١-١ R . الفقرة الأولى من تقنين البناء والسكن على أن المبنى محل العقد يُعتبر قد اكتمل وأن البائع قد انتهى من أعمال البناء عندما يتم تنفيذ الاعمال وإقامة العناصر الرئيسية اللازمة للاستعمال بحسب الغرض المخصص له العقار المبيع. فالمهم إذن طبقاً لهذا النص أن يكون البائع قد انتهى بالفعل، من إقامة العناصر الجوهرية اللازمة للاستعمال - وتختلف هذه العناصر بحسب الغرض المخصص له العقار محل التعاقد. فالعناصر اللازمة لاستعمال شقة مخصصة للسكنى تختلف عن العناصر اللازمة لإقامة مصنع أو فندق مثلاً. ويترتب على ذلك أن عدم انتهاء البائع من إقامة بعض العناصر الثانوية مثل تشطيب الواجهة أو دهان الزيت أو لصق ورق الحائط مثلاً لا يمنع من كون المبنى قد اكتمل وأن البائع قد انتهى من أعمال البناء حسب نص المادة ٢٦١ سالفه الذكر<sup>(٥٠)</sup> .

ويلاحظ أن المشرع قد أراد فقط بتعريفه لمعنى انتهاء البناء أن يحدد «لحظة» انتقال الملكية إلى المشتري، أو بمعنى أدق كونها صالحة للانتقال. لكن

- V. ph. malinvaud et ph. Jestaz, «droit de la promotion immobiliers», Dalloz, 1976, (٤٩) -226.

- M. Meyssan, «Vente de' immeuble à construire», Jur, Class, Construction, Fasc, 80, n. 54.

- Trib. gran. instde Marseille, 10 nov. 1945, ann, de loyers, 1976, p.1157.

(٥٠)

انتهاء البناء بهذا المعنى لا يعني إطلاقاً أن المبنى المتفق عليه مطابق للمواصفات المحددة في العقد، أو أن المشتري قد تنازل عن حقوقه التي قررها له المشرع في المادة ١٦٤٢/١ من التقنين المدني والخاصة بعيوب البناء - ولا يترتب على إثبات انتهاء البناء سوى انتقال الملكية إلى المشتري<sup>(٥١)</sup>. وإذا أراد البائع أن يحصل من المشتري على إقرار بمطابقة المبنى للمواصفات المتفق عليها فيجب أن يكون ذلك الإقرار صريحاً. ولهذا فإن تقديم «لحظة» انتقال الملكية لا يضر بالمشتري في شيء مادام أنه يحتفظ بحقوقه كاملة<sup>(٥٢)</sup>.

لكن ما المقصود بالعناصر ذات الصفة الجوهرية *Caractère substantiel* التي اشترط المشرع ضرورة إقامتها حتى يمكن القول بانتهاء البناء؟ يمكن القول أن الصفة الجوهرية أو العنصر الجوهرية يعني الصفة الرئيسية أو الهامة. ولكن ذلك لا يفيد كثيراً في تحديد المقصود بالصفة الجوهرية. ونعتقد أن القضاء يجب أن يحدد المقصود بالعناصر الرئيسية أو الجوهرية في كل حالة على حدة *in concreto* لأن ما يُعتبر من العناصر الجوهرية في حالة معينة قد لا يُعتبر كذلك في حالة أخرى. والقضاء في تحديده لمعنى العناصر الجوهرية إنما يتصدى لمسألة واقع لا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض. وعليه أن يأخذ في الاعتبار عند تحديد العناصر الجوهرية الغرض المخصص له العقار المبيع.

وإذا لم يستطع البائع الانتهاء من أعمال البناء بالمعنى الذي حددناه خلال المدة المتفق عليها فإن الجزاء هنا هو فسخ العقد لعدم التنفيذ. ولا يمكن - في اعتقادنا - القول بالبطلان في هذه الحالة<sup>(٥٣)</sup> لأن العقد كان قد انعقد صحيحاً ولم يستطع البائع تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد، والقول بغير ذلك يعني الخلط بين انعقاد العقد وتنفيذه. فالبطلان جرثومة تلازم العقد منذ

---

(٥١) B. Boubli, «Les problèmes de Constation d'achèvement dans la loi du 3 janvier 1976», J-des notaires, 5 Juillet 1968, p. 732.

(٥٢) راجع عكس ذلك: F. Steinmetz, th. préc., p. 201  
حيث يعتقد أن تحديد انتهاء البناء بهذا المعنى في صالح البائع.

(٥٣) عكس ذلك: Boubli, op. cit., p. 737.

نشأته، والفرض هنا أن العقد قد نشأ صحيحاً مستوفياً جميع أركانه وشروطه .

### ثانياً : إثبات انتهاء البناء في ورقة رسمية

٢١ - رأينا أن المشرع الفرنسي قد حدد «لحظة» انتهاء البائع من أعمال البناء واكتمال وجود العقار المبيع كتاريخ لانتقال الملكية الى المشتري . لكن الملكية لا تنتقل الى المشتري بمجرد الانتهاء من أعمال البناء، وإنما من تاريخ «إثبات» انتهاء البناء . ولكن كيف يتم هذا الإثبات؟

أول ما يلاحظ هنا أن «إثبات» الانتهاء من أعمال البناء هو - كقاعدة - اتفاق بين الطرفين، البائع والمشتري، وليس عمل فردي . فالبائع وحده لا يستطيع أن يتولى القيام بهذه المهمة . ولكن يجب أن يتم «الإثبات» بالاتفاق بين كل من البائع والمشتري .

ويلاحظ - من ناحية أخرى - أن إثبات الانتهاء من أعمال البناء La constatation del' achievement لا يكفي فيه مجرد اتفاق إرادتي الطرفين، وإنما يجب أن يكون هذا الاتفاق مثبتاً في ورقة رسمية . فالاتفاق الشفوي، أو بورقة عرفية لا يكفي - قانوناً - لإثبات انتهاء البائع من البناء وبالتالي نقل الملكية إلى المشتري .

ويعتقد البعض<sup>(٥٤)</sup> أن الهدف من الرسمية هنا ليس حماية المشتري . فهو، أي المشتري؛ ليس في حاجة ماسة الى هذه الحماية لأن موافقته على إثبات انتهاء البناء لا يترتب عليها آثار خطيرة أو ضارة به . ونرى أن هذا القول محل نظر، فإذا كان صحيحاً أن إثبات الانتهاء من أعمال البناء لا يعني إقرار المشتري أن المبنى مطابق للمواصفات المتفق عليها، أو أنه قد تنازل عن حقوقه الخاصة بعيوب البناء، إلا أن هذا «الإثبات» يترتب عليه التزام المشتري بدفع الثمن، وهو التزام جوهرى ومن ثم وجب اعطاء المشتري مهلة كافية للتحقق من اكتمال المبنى المبيع وهو ما يحققه له الإجراءات الرسمية الواجبة التي تستغرق - عادة - وقتاً طويلاً .

— V. Thibierge, Rep. not. défren., 1964, p. 322- F. Steinmetz, th. prec., p. 209. (٥٤)

لكن الطرفين قد لا يتفقا على «انتهاء» المبنى محل التعاقد؛ إذ قد يرى المشتري أن البناء لم يكتمل بعد ويرفض بالتالي إثبات انتهاء البائع من أعمال البناء. في هذا الفرض قرر المشرع في المادة الثانية من القرار الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠م أن «إثبات» انتهاء البناء يجب أن يتم بواسطة شخص مؤهل *une personne qualifiée* تعينه المحكمة الكلية الكائن بدائرتها العقار محل النزاع. ويجب - بداهة - أن يكون هذا الشخص ذو خبرة في مجال البناء.

ولا شك في أن البائع له مصلحة أكيدة في الإسراع بإثبات الانتهاء من البناء لأنه لن يحصل على الثمن إلا بعد اكتمال المبنى محل الاتفاق وإثبات ذلك إما بالاتفاق مع المشتري أو بواسطة شخص مؤهل تقوم المحكمة بتعيينه. وترتب على ذلك أن البائع - يلجأ<sup>(٥٥)</sup> - غالباً - إلى المحكمة ومطالبتها بتعيين شخص آخر يقوم بمهمة إثبات الانتهاء من البناء بدلاً من تضييع الوقت مع المشتري الذي قد يرفض الموافقة على إثبات انتهاء البائع من أعمال البناء.

وإن كنا نتساءل - بهذه المناسبة - هل يحق للبائع أن يطلب مباشرة من المحكمة تعيين شخص يتولى إثبات الانتهاء من البناء قبل أن يحاول الاتفاق مع المشتري أولاً؟ بعبارة أخرى هل لإثبات الانتهاء من أعمال البناء طريقتان (الاتفاق مع المشتري أو بواسطة شخص ثالث) يحق للبائع أن يسلك أحدهما كما يشاء، أم أنه يجب أن يحاول أولاً الاتفاق مع المشتري، فإذا رفض هذا الأخير إثبات الانتهاء من البناء لجأ البائع إلى المحكمة لتعيين شخص مؤهل للقيام بهذه المهمة؟

ونشير أخيراً إلى أن القرار الذي يصدر من الشخص الذي تعينه المحكمة لإثبات الانتهاء من أعمال البناء ليس قراراً قضائياً<sup>(٥٦)</sup>. وبذلك لا

— J. Tartanson, th. préc., p. 176.

(٥٥)

— F. Steinmetz, th. préc., p. 206, 204

(٥٦) عكس ذلك

حيث يرى أن القرار الصادر من الشخص المعين من قبل المحكمة ذو صفة قضائية

Caractère juridictionnel

يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن . وقد أراد المشرع بذلك أن يضع حداً لتحديد تاريخ انتقال الملكية ودفع الثمن للبائع . لكن ذلك لا يمنع - من ناحية أخرى - من أن الحبير المعين من قبل المحكمة يمكن أن تنعقد على رأسه المسؤولية بسبب التدليس أو الخطأ الجسيم<sup>(٥٧)</sup> .

### ثالثاً: انتقال الملكية بأثر رجعي

٢٢ - رأينا أن الملكية تنتقل إلى المشتري بعد «إثبات» انتهاء البناء بورقة رسمية سواء باتفاق الطرفين أو عن طريق شخص آخر تعيينه المحكمة الكائن بدائرتها المبنى محل التعاقد . وقد نص المشرع صراحة في المادة ١٦٠١/٢ مدني على أن الملكية تنتقل إلى المشتري بقوة القانون بمجرد إثبات انتهاء البناء دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر .

وقد خشي المشرع أن تصدر من البائع خلال الفترة التي يستغرقها البناء تصرفات قد تؤثر على حقوق المشتري وتعرضها للضياع كأن يقوم برهن المبنى المبيع أو يبيعه مرة أخرى، فقرر درءاً لهذه المخاطر، أن الملكية تنتقل إلى المشتري بأثر رجعي *Rétroactivement* من تاريخ إبرام عقد البيع .

وهكذا، وبمقتضى الأثر الرجعي، فإن ملكية البائع للمبنى محل التعاقد طوال الفترة التي استغرقتها أعمال البناء تزول بأثر رجعي، ويفترض أنه، أي البائع، لم يكن يوماً ما مالكاً لهذا المبنى . ويترتب على ذلك زوال كل ما رتبته من حقوق للغير على هذا المبنى، ومن ثَمَّ فإن الملكية تنتقل إلى المشتري خالية من أي حقوق أو أعباء تُثقلها . فالبائع وإن كان يمتلك المنشآت محل عقد البيع حتى «لحظة» انتقالها إلى المشتري، أي حتى إثبات انتهاء أعمال البناء في ورقة رسمية، إلا أنها ملكية مؤقتة، وجدت لتزول، أي لكي تنتقل إلى المشتري . ويفترض - بالمقابل - أن هذا الأخير كان هو المالك الوحيد لهذه المنشآت من تاريخ انعقاد البيع .

وقد ألفت هذه الرجعية التي نص عليها المشرع ظلالاً من الشك حول

— V. Boubli, j. not., 1968, op. cité, p. 738.

طبيعة البيع المضاف لأجل vente à terme وهل هو بيع وارد على شيء مستقبل، أم بيع شرطي، أي معلق على شرط vente conditionnelle. فالبيع المعلق على شرط يُنتج آثاره هو الآخر بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد إذا ما تحقق الشرط، كما أن آثاره تزول كلية ويفترض أنه لم ينعقد إذا ما تخلف الشرط المعلق عليه البيع<sup>(٥٨)</sup>.

إلا أن الفقه الفرنسي يكاد يُجمع - بحق - على أن البيع المضاف لأجل (كصورة من صور بيع الشقق تحت الإنشاء) هو بيع لشيء مستقبل وليس بيعاً معلقاً على شرط<sup>(٥٩)</sup>. فالرجعية هنا ليست ناتجة عن شرط فاسخ ضمني، وإنما قررها المشرع لحماية المشتري ضد خطر تصرف البائع في المبنى خلال مرحلة البناء أو ترتيب حق عيني عليه. وهي رجعية يمكن مقارنتها - كما يرى البعض<sup>(٦٠)</sup> - مع الأثر الكاشف أو المقرر للقسم.

٢٣ - ونتساءل أخيراً عن الذي يتحمل تبعة المخاطر التي يمكن أن تحدث خلال الفترة ما بين إبرام العقد وانتقال الملكية إلى المشتري؛ أي خلال الفترة

---

(٥٨) راجع في الشرط والأجل بوجه عام: السنهوري، الوسيط، جزء ٣، الأوصاف، الحوالة والانقضاء، ١٩٥٨، ص ٦ وما بعدها - محمد شتا أبو السعد، الشرط كوصف للتراضي، في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، ١٩٨١، خصوصاً ص ٦١ وما بعدها - طلبه وهبه خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، الطبقة الأولى، ص ١٤٠ وما بعدها - أنور سلطان، أحكام الالتزام، ١٩٧٤، ص ٢٠١ وما بعدها، ص ٢٣٣ وما بعدها - سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ١٩٥٧، ص ٣٣٤ وما بعدها وفي الفقه الفرنسي :

— J. Deprez, «La rétroactivité dans les actes juridiques», thèse Rennes, 1953.

— Martyet Raynaud, Les obligations, T. 2, 1er vol., 1962, p. 743 ets., p. 754 ets.

— H.L. et J. Mazeaud, leçons de droit civil, T. 2, 1er vol., les obligations, 6e ed-par chabas, p. 1047 ets., 1051 ets.

— Stark, Droit civil, obligations, 1972, p. 544 ets.

— Thibierge, Rep. not. déf. 1968, p. 165 - Giverdon, art. préc., p. 14 - Saint - Alary, (٥٩) art. préc., No 28 - Tartanson, th. préc., p. 178 - Steinmetz, th. préc., p. 213.

Saint - Alary, ibid. - Thibierge, ibid.

(٦٠)

التي يستغرقها عمليات البناء . وقد يُقال أنه إذا كان انتقال الملكية إلى المشتري يرتد بأثر رجعي حتى تاريخ انعقاد البيع ، ويفترض بالتالي أنه هو المالك الوحيد منذ لحظة إبرام العقد ، فإن المشتري هو الذي يتحمل - بصفته مالكاً - عبء المخاطر التي قد تحدث خلال مرحلة البناء .

إلا ان هذا القول غير صحيح . أولاً لأن المشرع عندما قرر انتقال الملكية إلى المشتري بقوة القانون وبأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد كان يهدف فقط الى حماية المشتري من تصرفات البائع وليس الى تنظيم مسألة تحمل المخاطر . ثانياً أن فكرة الرجعية ما هي الا حيلة Fiction قانونية أو افتراض يخالف الواقع ومن ثم يجب تضيق نطاق تطبيقها والحد من آثارها كلما أمكن ذلك وعدم تطبيقها خارج نطاق الهدف الذي تقرر من أجله . ثالثاً وأخيراً فليس هناك ارتباط حتمي بين الملكية وتحمل نتيجة المخاطر التي تحدث . فالذي يتحمل عبء هذه المخاطر ليس دائماً المالك ، بل يتحملها من له السيطرة الفعلية على الشيء . صحيح أن المالك يكون له - عادة - السيطرة الفعلية ؛ لكنه يتحمل المخاطر في هذه الحالة ليس باعتباره مالكاً وإنما بوصفه يجمع بين يديه السلطة والسيطرة الفعلية على الشيء . فإذا كان المالك ليس له السلطة والسيطرة الفعلية على الشيء ، فإن من يتحمل تبعه المخاطر في هذا الفرض هو من له السلطة والسيطرة الفعلية على الشيء . ويتربط على ذلك أن البائع هو الذي يتحمل - في البيع لأجل - عبء المخاطر التي تحدث في الفترة ما بين إبرام العقد وانتقال الملكية إلى المشتري ، ليس لأنه هو المالك ، وإنما لأنه لديه السلطة والسيطرة الفعلية على العقار المبيع في هذه الفترة<sup>(٦١)</sup> .

---

(٦١) وقد ألقى القضاء الفرنسي - في مجال عقد المقاولة - عبء تحمل المخاطر على عاتق من له السلطة والسيطرة الفعلية على الشيء سواء كان مالكاً أم لا . راجع في هذا المعنى : cass. civ., 3e, 23 avail 1974, Bull. civ., 3, No 164, p. 122; J.C.P. 1975, 11, 1870, note Thullier; D. 1975, p. 257, note Mazeuad; Rev. Trim. dr. civ., 1976, P. 164, note Giverden - cass. civ., 3c, 19 mai 1972, Bull. civ., 3, no 293, p. 211 - cass. Com., 24 oct. 1960, Bull. civ., 3, no 332, P. 302.

## الفرع الثاني البيع حسب الحالة المستقبلية لوضع البناء La vente en l'etat Futur d'achevement

٢٤ - البيع لأجل ليس هو الصورة الوحيدة لشراء عقار تحت الإنشاء . فقد أتاح المشرع الفرنسي لراغبي السكن والباحثين عنه ، طريق آخر لشراء شقة أو عقار مستقبل ، أسماه «البيع حسب الحالة المستقبلية» . وبذلك يكون أمام الطرفين ، البائع والمشتري ، طريقين ، كلاهما يوصل لنفس الغرض وهو الحصول على سكن مناسب وملائم . وللطرفين - حسب اتفاقهما - أن يختارا الطريق الأكثر ملاءمة لظروفهما .

وإذا كانت الملكية تنتقل - في البيع لأجل - إلى المشتري بمجرد إثبات انتهاء البناء بورقة رسمية وبقوة القانون وبأثر رجعي ، فكيف ومتى تنتقل الملكية في البيع حسب الحالة المستقبلية ، الصورة الأخرى لبيع العقارات تحت الإنشاء في فرنسا؟

وقد عرفت المادة ١٦٠١/٣ مدني البيع حسب الحالة المستقبلية بقولها «بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل إلى المشتري حقوقه على الأرض وكذلك ملكية المباني القائمة على الأرض والموجودة وقت إبرام العقد . وتنتقل ملكية المنشآت التي تقام في المستقبل إلى المشتري أولاً بأول بمجرد الانتهاء منها» .

وعلى العكس تماماً من البيع لأجل الذي تتأخر فيه انتقال الملكية إلى

---

== ونلاحظ أن القضاء البلجيكي قد ربط - على عكس القضاء الفرنسي - بين الملكية وتحمل المخاطر وألقى عبء هذه المخاطر على عاتق المالك سواء كان له السيطر الفعلي على الشيء أم لا . راجع في هذا المعنى :

Cass. civ., 22 fev. 1902, pasic. felge, 1902, 3, P. 201 — civ. Louvain, 2 dec. 1916, pasic. belge, 1914, 3, P.35 - Bruxelles, 30 Juin. 1914, pasic. belge, 1918, P. 188-Brux. 4 mars 1931, même réc., 1931, 2, P. 198.

المشتري إلى حين الانتهاء من أعمال البناء وإثبات ذلك في ورقة رسمية، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري في البيع حسب الحالة المستقبلية أولاً بأول *au fur et à mesure* وبطريقة تدريجية *progrégssivement* حسب تاريخ الإنتهاء من إقامتها .

وهكذا يكون المشرع قد «مزج» في هذه الصورة لنقل الملكية بين ثلاثة أنظمة قانونية معروفة. فقد استخدم أولاً نظام عقد البيع بالنسبة للمباني الموجودة وقت إبرام العقد، ونص على انتقال ملكيتها إلى المشتري بمجرد إبرام العقد واتفاق وإرادة الطرفين *Solo Consensu* .

واستخدم المشرع ثانياً نظام الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية<sup>(٦٢)</sup>. فقرر انتقال حقوق البائع على الأرض التي ستقام عليها المنشآت إلى المشتري ومن ثم اكتساب هذا الأخير ملكية المنشآت التي ستقام أولاً بأول باعتباره مالك الأرض المقام عليها المنشآت<sup>(٦٣)</sup> أو عى الأقل صاحب حق عليها بنحوله اكتساب هذه المنشآت كما لو كان مالكا للأرض<sup>(٦٤)</sup>.

واستخدم المشرع أخيراً نظام عقد المقاوله فقرر أن البائع يحتفظ خلال

---

(٦٢) راجع رسالتنا بالفرنسية في البناء على أرض الغير، محاولة لصياغة نظرية عامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، باريس ١٩٨٢ .

(٦٣) راجع نص المادة ٩٢٢ مدني مصري، والمادة ٨٨٠ مدني كويتي .

(٦٤) مثل حق المستأجر في الايجار. بغرض البناء *Bail à construction* أو *amfiteoz Bail* *emphyteotique* وهذا النوع الأخير يعادل عندنا في مصر - مع بعض الفروق - حق الحكر. وقد نظم المشرع الفرنسي الايجار بغرض البناء بالقانون رقم ٦٤ - ١٢٤٧ الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٦٤م. راجع في ذلك :

— Saint - Alary, «Bail à construction et operation d' Urbanisation», J.C.P., 1966, 1, 1976-p.

— B. jeulin, «Le role du Bail à Construction dans les operations d' Urbanisation», thèse Clermont- Ferrand, 1970.

— C. Liet- Veaux et J. Schmidt, «Le bail à Construction», D 1965, chren. X.

الفترة التي تستغرقها أعمال البناء بسلطات رب العمل حتى قيامه بتسليم المبنى محل التعاقد إلى المشتري أو من يُنيبه في ذلك .

ولكن ذلك لا يعني في رأينا - كما يعتقد البعض<sup>(٦٥)</sup> - أن عقد البيع حسب الحالة المستقبلية يكون بذلك عقداً مختلطاً Contrat mixte : بيع في أوله بالنسبة للأرض والمباني الموجودة وقت إبرام العقد، ومقاوله في آخره بالنسبة للمنشآت التي ستقام في المستقبل . فانتقال ملكية المنشآت المستقبلية إلى المشتري أولاً بأول وبطريقة تدريجية لا يُغير من طبيعة عقد البيع حسب الحالة المستقبلية . فهو عقد يكون «وحده» واحدة غير قابلة للتجزئة indivisible في نظر القانون وبالنسبة للطرفين . وليس صحيحاً القول بأن المتعاقد مع البائع يشتري أولاً المباني والمنشآت الموجودة وقت انعقاد العقد، ثم يُبرم عقد مقاوله بالنسبة للمنشآت المستقبلية . فالبيع حسب الحالة المستقبلية هو إذن عقد بيع في مجموعة، في أوله كما في آخره كالبيع لأجل سواء بسواء . ولا يختلف البيع حسب الحالة المستقبلية عن البيع لأجل إلا بالنسبة لكيفية انتقال الملكية فقط : فملكية العقارات تحت الانشاء المتفق عليها تنتقل الى المشتري تدريجياً وأولاً بأول حسب تاريخ الانتهاء من البناء في البيع حسب الحالة المستقبلية، بينما لا تنتقل الملكية في البيع لأجل، إلا بعد إثبات الانتهاء من البناء في ورقة رسمية .

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خرج - في البيع حسب الحالة المستقبلية - على القواعد العامة لنقل الملكية في البيوع الواردة على أشياء مستقبلية . فالملكية لا تنتقل في البيع الوارد على شيء مستقبل إلا بعد وجود هذا الشيء وجوداً فعلياً، بينما تنتقل الملكية في البيع حسب الحالة المستقبلية بطريقة تدريجية وأولاً بأول حسب تاريخ التقدم في أعمال البناء . فانتقال الملكية - هنا يتم بطريقة فورية . فكلما انتهى البائع من بناء جزء انتقلت ملكية هذا الجزء فوراً إلى المشتري<sup>(٦٦)</sup> .

Boubli, art préc., P. 105- Lourent, note sous Aix, 27 nov. 1956, J.C.P., 1956, 10046. (٦٥)

(٦٦) ولا نقصد بكلمة «جزء» هنا بالجزء ذات الكيان المستقل والمتميز، وإنما نقصد أي تقدم في أعمال البناء أيّاً كان حجم هذا التقدم .

ولما كانت القاعدة في انتقال الملكية في البيوع الواردة على أشياء مستقبله هي نفسها استثناء من القاعدة العامة في انتقال الملكية عموماً والتي تنتقل فور اتفاق إرادة الطرفين وبمجرد إبرام العقد Solo Consensu<sup>(٦٧)</sup>، فإن انتقال الملكية في البيع حسب الحالة المستقبله يُعتبر استثناء، أي رجوع إلى القاعدة العامة لانتقال الملكية بمجرد التعاقد.

٢٥ - لكن من الذي يتحمل تبعة المخاطر التي قد تُصيب المنشآت في الفترة من إبرام العقد حتى تاريخ تسليمها للمشتري؟ قد يقال أن المشتري، وقد أصبح مالكا للمنشآت أولاً بأول، هو الذي يتحمل عبء هذه المخاطر. ويبدو أن المشرع قد خشي بالفعل مغبة مثل هذا الاعتقاد فنص صراحة على أن البائع يحتفظ - رغم انتقال الملكية إلى المشتري - بسلطات رب العمل حتى تاريخ تسليم المنشآت إلى المشتري. ويترتب على ذلك أن البائع باعتباره رب العمل هو الذي يتحمل - دون المشتري - تبعة المخاطر التي قد تحدث خلال الفترة التي تستغرقها عمليات البناء. وإن كنا نعتقد أنه كان من الممكن التوصل إلى نفس النتيجة حتى دون نص. فقد سبق أن رأينا<sup>(٦٨)</sup> أنه ليس هناك ارتباط حتمي بين الملكية وعبء تحمل المخاطر. فالمالك لا يتحمل - بوصفه مالكا - عبء هذه المخاطر، وإنما يتحملها من له السيطرة الفعلية على الشيء سواء كان مالكا أم لا. ولا شك أن البائع يحتفظ - خلال عمليات البناء - بالسلطة والسيطرة على المنشآت المتفق عليها، ولذلك فهو الذي يتحمل - على هذا الأساس - تبعة المخاطر التي تحدث خلال مرحلة البناء. ويبدو أن المشرع قد أراد بالنص على ذلك أن يقطع الطريق أمام أي خلاف محتمل حماية للمشتري الطرف الضعيف - اقتصادياً - في العقد.

---

(٦٧) مع ملاحظة أن الملكية العقارية لا تنتقل في فرنسا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. راجع في ذلك:

Marty et Raynaud, droit civil, T. 3, 1 er vol. les sûretés et la publicité foncière, 1971, P.

357 ets.

(٦٨) راجع ما سبق ص ١٧٤.

٢٦ - خلاصة القول إذن، بالنسبة للوضع في القانون الفرنسي، أن كيفية انتقال الملكية العقارية يختلف من حالة إلى أخرى .

١ - إذا كان محل العقد موجوداً وجوداً فعلياً وقت إتفاق الطرفين، فإن الملكية تنتقل بين الطرفين بمجرد إبرام العقد، أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

٢ - إذا كان محل العقد شيئاً مستقبلاً، فإن الملكية لا تنتقل الا بعد أن يوجد الشيء محل العقد وجوداً فعلياً .

٣ - إذا كان محل العقد عقاراً تحت الإنشاء، فإن الملكية تنتقل حسب نصوص القانون الصادر في ٣ يناير ١٩٦٧م بإحدى طريقتين : إما بعد الانتهاء من أعمال البناء وإثبات ذلك بورقة رسمية، اذا كان البيع لأجل، وإما أولاً بأول وبطريقة تدريجية حسب تقدم أعمال البناء إذا كان البيع حسب الحالة المستقبلية .

### المطلب الثالث

## الوضع في كل من القانون المصري والقانون الكويتي

٢٧ - بعد هذا العرض الموجز لكيفية انتقال الملكية في بيع الشقق تحت الانشاء في القانون الفرنسي، نستطيع القول أن الوضع في القانونين المصري والكويتي يختلف اختلافاً جذرياً عنه في القانون الفرنسي .

من ناحية أولى، تنتقل الملكية العقارية - في القانون الفرنسي - بين الطرفين بمجرد اتفاق إرادتهما وإبرام العقد، بينما لا تنتقل الملكية العقارية في كل من القانون المصري والكويتي إلا بالتسجيل حتى بين الطرفين أنفسهم<sup>(٦٩)</sup> .

---

(٦٩) راجع في ذلك: السنبوري، المرجع السابق، جزء ٤، ص ٥٠٩، فقره ٢٧٩ - حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ١٩٨٤م، ص ١٢٣ وما بعدها - سليمان مرقس، العقود المسماة، الجزء ٣، المجلد الأول، عقد البيع، ١٩٨٠، ص ٢٨٢ وما بعدها - =

ومن ناحية ثانية، لم ينظم المشرع المصري، وكذلك نظيره الكويتي - بيع الشقق تحت الانشاء بنصوص خاصة تحقق الحماية الكافية للمشتري رغم الحاجة الملحة لذلك. ومن ثمّ يستحيل الأخذ بأحد الحلول التي قررها المشرع الفرنسي لكونها ليست مجرد تطبيق للقواعد العامة. فانتقال الملكية في البيع لأجل بعد الانتهاء من أعمال البناء واكتمال وجود العقار المبيع وإن كان يتفق مع القاعدة العامة في بيع الأشياء المستقبلية بوجه عام، إلا أن القول بانتقال الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام عقد البيع يحتاج - دون شك - إلى نص لإقراره. كما أن انتقال الملكية في البيع حسب الحالة المستقبلية أولاً بأول وبطريقة تدريجية لا يمكن الأخذ بها في القانون المصري دون نص. هذا بالإضافة إلى أن انتقال الملكية العقارية - في القانون الفرنسي - بين الطرفين بمجرد إبرام العقد يسمح بالأخذ بطريقة انتقال الملكية تدريجياً، بينما لا يسمح نظام انتقال الملكية العقارية في مصر بالأخذ بهذه الطريقة حيث يشترط التسجيل لانتقال الملكية إلى المشتري.

ومن ناحية ثالثة وأخيرة، لا تنتقل الملكية في البيوع الواردة على أشياء مستقبلية إلا بعد وجود الشيء محل التعاقد وجوداً فعلياً. ويمكن - دون شك - الأخذ بتلك القاعدة في القانونين المصري والكويتي. ومن ثمّ فإن ملكية العقار تحت الإنشاء لا تنتقل إلى المشتري، باعتبارها شيئاً مستقبلاً، إلا بعد انتهاء البائع من أعمال البناء واكتمال وجود العقار المبيع. فحق المشتري - في بيع الشقق تحت الانشاء - كحق عيني أصلي (حق الملكية) لا يمكن - قانوناً - أن يوجد دون محل (الشقة المتفق عليها)، ومن ثمّ فإن وجود هذا الحق يتأخر حتى «لحظة» وجود المحل وجوداً مادياً. ففي هذه اللحظة فقط «يُولد» حق المشتري ويمكن بالتالي القول بانتقاله. أما قبل ذلك، أي قبل وجود محل الحق، فلا يمكن الكلام عن انتقال حق لم يوجد بعد. فالحق لا يوجد إلا باكتمال عناصره، ومنها المحل الذي يرد عليه.

---

= جمال زكي، قانون عقد البيع، ١٩٧٥م، ص ٢٠٠ وما بعدها - عباس الصراف، شرح عقد البيع، ص ٣٨٩ وما بعدها.

٢٨ - لكن هل يجوز تسجيل عقد بيع شقة تحت الانشاء؟ وهل يجوز تسجيل عقد بيع عقار مستقبل بوجه عام؟ تبدو أهمية هذا التساؤل إذا ما عرفنا أن الملكية لا تنتقل في القانون المصري - بالنسبة لبيع العقار - إلا بالتسجيل . ففي عقد البيع الوارد على شقة تحت الانشاء، فإن ملكية هذه الشقة لا تنتقل الى المشتري حتى بعد الانتهاء من أعمال البناء إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل ومن تاريخ التسجيل فقط . فهل يستطيع المشتري تسجيل عقد البيع الوارد على شقة تحت الانشاء قبل انتهاء البائع من البناء، حتى إذا ما تمت أعمال البناء ووجدت الشقة بالفعل، انتقلت الملكية الى المشتري ليس فقط من تاريخ «الإنهاء» من أعمال البناء، بل من تاريخ التسجيل .

لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل لها أهمية كبرى في القانونين المصري والكويتي . فالقول بجواز تسجيل عقد البيع الوارد على شقة تحت الإنشاء يجعلنا نقرب من الوضع في القانون الفرنسي في الصورة الخاصة بالبيع لأجل، مما يؤدي - في النهاية - الى توفير قدر معقولا من الحماية للمشتري إلى أن يتدخل المشرع وينظم هذا النوع من البيع تنظيمًا شاملاً لما له من أهمية في العصر الحديث .

فالملكية لا تنتقل - في البيع لأجل والقانون المصري - إلا بعد الانتهاء من أعمال البناء واكتمال وجود العقار وجوداً فعلياً . ولا شك أن المشتري سيعمل على إنهاء إجراءات التسجيل بأسرع وقت ممكن حتى يستطيع المحافظة على حقوقه، و سيعاود إتمام هذه الاجراءات بعد إبرام العقد مباشرة . وبذلك تنتقل الملكية إلى المشتري بعد الانتهاء من أعمال البناء، أي بعد وجود العقار وجوداً فعلياً، ويرتد انتقالها بأثر رجعي ليس من تاريخ إبرام العقد كما هو الحال بالنسبة للبيع لأجل في القانون الفرنسي، وإنما من تاريخ تسجيل عقد البيع، وهو تاريخ وإن كان «يقرب» من تاريخ إبرام العقد، إلا أنه يأتي متأخراً عنه بمقدار الوقت الذي تستغرقه إجراءات التسجيل . وبذلك تقرب من الوضع في القانون الفرنسي بالنسبة للبيع لأجل، ونحقق قدراً معقولاً من الحماية للمشتري بالاستعانة بالقواعد العامة .

ولكن كيف يمكن تسجيل عقد بيع مستقبل بفرض جواز مثل هذا التسجيل؟ قد يقال إنه لا يوجد ما يمنع من أن ينقل التسجيل ملكية مستقبله. فليس من الضروري أن ينقل التسجيل أو يُنشئ حقاً عينياً عقارياً في الحال. فالتسجيل يرد على عقد وينقل الملكية بالشروط والأوصاف الواردة في العقد. وإذا تعلق البيع بشيء مستقبل، فإنه لا ينقل ملكية حالة وإنما ملكية مستقبله. وليس أدل على ذلك - هكذا يمكن أن يقال - من جواز تسجيل عقد البيع المعلق على شرط واقف بالرغم من أنه لا ينقل ملكية حاله.

إلا أن هذا القول - في اعتقادنا - غير صحيح. أولاً لأن قياس البيع المعلق على شرط واقف على بيع الشقق تحت الإنشاء هو قياس مع الفارق. فمحل العقد في البيع المعلق على شرط موجود وحاضر وقت إبرام العقد، بينما المحل في بيع الشقق تحت الإنشاء شيء مستقبل لم يوجد بعد. وثانياً لأن بيع الشقق تحت الإنشاء ليس بيعاً معلقاً على شرط واقف حتى بالنسبة للبيع لأجل في القانون الفرنسي<sup>(٧٠)</sup>. فالعقد المعلق على شرط هو عقد «استجمع» كل عناصر وجوده، ويمكن - إذا أراد الطرفان - أن يكون «باتاً» لكن أضيف إليه «شرط» خارج عن جوهر العقد<sup>(٧١)</sup>. فالشرط مثل الأجل عنصر «خارجي» يضاف إلى العناصر الداخلية التي يتكون منها العقد عادة<sup>(٧٢)</sup>. وقد يكون بيع الشيء المستقبلي بيعاً معلقاً على شرط إذا جعل الطرفان من وجود الشيء محل العقد شرطاً لوجود البيع ذاته. وإذا تخلف الشرط في هذا الفرض لا يوجد البيع أصلاً. لكن الوضع في بيع الشقق تحت الإنشاء يختلف عن ذلك تماماً. فوجود الشقة وبنائها ليس شرطاً لوجود عقد البيع. فالعقد قد انعقد صحيحاً، باتاً، بالرغم من عدم وجود المحل وقت انعقاده<sup>(٧٣)</sup>. وبناء الشقة في هذه الحالة أثراً من آثار العقد وليس شرطاً لإبرامه. فالقول بأن وجود الشقة

(٧٠) راجع ما سبق ص ١٦٧

— Marty et Raynaud, Droit civil, 1, no 165

(٧١)

— J. Bonnecase, droit maritime, no 257

(٧٢)

Malaurie, ency. Dalloz, vente, no 845.

(٧٣)

شرط لوجود البيع، يعني أن العقد لا يوجد إلا بعد تنفيذه. فوجود العقد شيء وتنفيذه شيء آخر. ثالثاً وأخيراً فإن مشكلة جواز أو عدم جواز تسجيل عقد بيع عقار مستقبل لا تكمن في كونه عقداً معلقاً على شرط أو عقداً باتاً، وإنما تكمن - في رأينا - في «محل» حق المشتري. فالملكية العقارية لا تنتقل الا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل. فالمشتري يهدف إذا من وراء تسجيل العقد إلى نقل ملكية الحق إليه واكتساب ملكية الشقة محل عقد البيع. مما يتطلب - بالضرورة - أن يكون هذا الحق موجوداً وقت إجراء التسجيل حتى يمكن القول بانتقاله.

وإذا كان يجوز طبقاً للمادة ١/١٣١ مدني مصري<sup>(٧٤)</sup> أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، فهل يجوز أيضاً أن يكون محل الحق شيئاً مستقبلاً؟ يلاحظ أن المقصود هنا ليس الحقوق عموماً. وإنما فقط الحقوق العينية الأصلية وعلى وجه الخصوص حق الملكية. فهل يمكن - قانوناً - أن يكون محل حق المشتري شقة تحت الإنشاء، أي عقاراً مستقبلاً؟ يكاد يجمع الفقه - بحق<sup>(٧٥)</sup> - على أن المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين كما هو الحال في الحق الشخصي، بل هو تعيين الشيء محل الحق، إذ لا يمكن أن يترتب الحق العيني إلا على شيء معين بالذات. ولا يكفي لنشأة الحق العيني أن يكون محله معيناً بالذات، وإنما يجب أيضاً أن يكون موجوداً وجوداً فعلياً وقت إبرام العقد. فكما لا يمكن أن نتصور قيام حق عيني دون أن يكون له محلاً، لا يمكن أن نتصور مالكاً لشيء مستقبل. فالحق العيني، باعتباره سلطة لشخص على شيء مادي معين بالذات، لا يمكن أن يوجد من الناحية القانونية قبل وجود هذا الشيء، أي قبل وجود المحل الذي يرد عليه.

ويترتب على ذلك، أن القول بجواز تسجيل عقد بيع شقة تحت الإنشاء

---

(٧٤) في نفس المعنى، المادة ١٦٨ مدني كويتي.

(٧٥) السنيهوري، الوسيط، جزء ٨، السابق الإشارة إليه، ص ٢١٠ - حسن كيره، المرجع

السابق، ص ٥٤ وما بعدها - عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٥٦،

ص ٧.

قبل الانتهاء من أعمال البناء يعني السماح للمشتري باتخاذ إجراءات نقل ملكية حق لم يوجد بعد لعدم اكتمال عناصره. وقد انتبه إلى هذه العقبة جانب من الفقه الفرنسي وحاول تذليلها من وجهتها الصحيحة؛ من ناحية محل الملكية العقارية<sup>(٧٦)</sup>.

٢٩ - ونقطة البداية لدى هذا الجانب من الفقه هي انتقاد المعيار الذي اعتمدته المشرع الفرنسي، ومن ورائه المشرع المصري، للفرقة بين العقار والمنقول. فالعقار في نظرهم ليس هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت لا يمكن نقله دون تلف، وإنما هو حجم الفراغ الذي يشغله هذا الشيء فالعقار ليس هو الشيء ذاته، بل هو «الحيز» الذي يملأها هذا الشيء. وهذا الفراغ يُعتبر عقاراً في ذاته سواء كان مشغولاً بالبناء أم لا. بل إنه بعد إقامة المنشآت، فالعقار ليس هذه المنشآت بل ما تشغله من فراغ أو حيز. ويترتب على ذلك - منطقياً - أنه ما دام أن العقار هو الفراغ ذاته أو الحيز الذي تشغله المنشآت، فإن هذا الفراغ أو الحيز يصلح - باعتباره عقاراً - أن يكون «محللاً» لحق المشتري قبل انتهاء البائع من أعمال البناء. ومن ثمَّ ليس هناك ما يمنع من تسجيل عقد بيع عقار مستقبل لأن حق المشتري قد «وُلد» واكتملت عناصره من تاريخ إبرام العقد، وبالتالي يمكن الكلام عن اتخاذ إجراءات نقل ملكيته. فحق المشتري قد «وُلد». بوجود محله، والمحل هنا هو الفراغ الذي ستشغله المنشآت بعد إقامتها.

وقد سبق أن رأينا<sup>(٧٧)</sup> أن هذه الوجهة من النظر وإن كانت تغري علي قبولها Séduisante، إلا أنه يصعب الأخذ بها في ظل الوضع الحالي لنصوص التقنين المدني في فرنسا ومصر والكويت، وبذلك تتقلص فائدتها وتنحصر في توجيه نظر المشرع إليها لإعادة تقييم المعيار الحالي للفرقة بين العقار والمنقول.

ومع إقرارنا بأن محل حق المشتري، في البيع الوارد على عقار مستقبل، غير موجود وقت إبرام العقد ولن يوجد إلا بعد الانتهاء من أعمال البناء، إلا

(٧٦) سافاتييه، المراجع المشار إليها سابقاً ص ١٥٠ وما بعدها.

(٧٧) راجع ما سبق ص ١٥٠ وما بعدها.

أننا نعتقد أنه يمكن - دون الإخلال بنصوص التقنين المدني الحالية - أن «نتعامل» معه منذ لحظة إبرام العقد على أنه موجود بالفعل. فمن الممكن في اعتقادنا أن يجري التعامل ليس على أساس حقيقة العقار في الحال، وإنما على أساس ما يصير إليه في المآل. أولاً لأن الطرفين (البائع والمشتري) قد تم تعاملهما على هذا الأساس. فمحل العقد - حسب اتفاق البائع والمشتري - ليس عقاراً موجوداً بالفعل، بل عقار سيوجد في المستقبل. ثانياً لأن المصير المحقق والقريب ومحل العقد هو أن يُصبح عقاراً بطبيعته. فالبائع قد التزم ببناء الشقة محل العقد خلال مدة محدودة صراحة في العقد أو يمكن تحديدها بالمدة اللازمة لانتهاء من أعمال البناء. ومادام أن مآل العقار المستقبل محل العقد ومصيره المؤكد هو الوجود، فلماذا لا نعامله من تاريخ إبرام العقد على أنه موجود بالفعل. وبذلك يوجد حق المشتري منذ لحظة إبرام العقد ومحله «عقار بحسب المآل»، وهو، أي المحل، وإن كان غير موجود وقت انعقاد العقد، إلا أن مصيره الحتمي، ومآله المحقق هو الوجود، ومن ثمّ يمكن معاملته - منذ نشأة العقد - على أنه موجود بالفعل.

وإذا صح هذا التصور، وهو ما نعتقد، فإنه يجوز تسجيل عقد بيع عقار مستقبل (شقة تحت الإنشاء)، لأن حق المشتري قد «وُلد» بالفعل منذ إبرام العقد ومحله عقار بحسب المآل. ومادام أن حق المشتري قد «وُجد» باكتمال عناصره، فليس هناك إذن ما يمنع من تسجيل العقد في هذه الحالة ونقل الملكية إلى المشتري. إذ ما الذي يمنع من اتخاذ إجراءات نقل ملكية حق موجود بالفعل؟ حتى ولو كان محله «عقار بحسب المآل»؟

وهكذا نستطيع - دون إخلال بالنصوص - أن نوفر للمشتري قدراً معقولاً من الحماية: فالملكية لا تنتقل - باعتبار محل العقد شيئاً مستقبلاً - إلا بعد وجود هذا الشيء بالفعل، أي بعد الانتهاء من أعمال البناء. وبعد أن يوجد الشيء، محل العقد، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري بأثر رجعي من تاريخ التسجيل. وبذلك نقرب كثيراً من الوضع في القانون الفرنسي خصوصاً بالنسبة للبيع لأجل، - فالملكية في هذه الصورة لا تنتقل إلا بعد الانتهاء من

أعمال البناء وإثبات ذلك بورقة رسمية . إلا أنه بعد الانتهاء من البناء ، فإن الملكية تنتقل بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد . ويُصبح الأمر في القانون المصري ، وكذلك القانون الكويتي ، قريباً من ذلك : تنتقل الملكية في البيع الوارد على عقار مستقبل (شقة تحت الانشاء) بعد الانتهاء من أعمال البناء . ويتم الانتقال بأثر رجعي أيضاً ، ولكن ليس من تاريخ إبرام العقد - لعدم وجود نص - وإنما من تاريخ التسجيل الشرط الضروري لنقل الملكية العقارية .

### المبحث الثالث رهن العقارات المستقبلية

٣٠ - الائتمان بصفة عامة هو عصب الحياة المدنية والتجارية على حد سواء ؛ وبدونه أو بدون تنظيم الوسائل التي تكفل حماية ، يخل التعامل وتتوقف عجلة الحياة . فالدائن الذي يضع ثقته في مدينه يجب أن «يؤمن» ضد مخاطر ضياع حقه ، كما يجب على المدين أن يحافظ على هذه الثقة التي أولاها له المدين . ولهذا ، حماية لهذه الثقة ودعماً للائتمان ، نص المشرع في المادة ٢٣٤ من التقنين المدني على أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون»<sup>(٧٨)</sup> . وهو ما اصطلح على تسميته بالضمان العام *gage generale ou commun* .

وبذلك يستطيع الدائن الحصول على حقه بالتنفيذ - إذا رفض المدين الوفاء باختياره - على أي مال من أموال المدين . فكل أموال المدين ، الحالية والمستقبلية ، تضمن الوفاء بديونه . ومقتضى هذه القاعدة - طبقاً للنص السابق - المساواة بين جميع الدائنين لا فرق في ذلك بين دائن وآخر . وتبدو أهمية هذه القاعدة حيث لا تكفي أموال المدين للوفاء بكل ديونه ، فلا يُفضل - حينئذ - دائن على آخر ، بل تقسم أموال المدين قسمة غرماء ؛ أي توزع على الدائنين كل بحسب مقدار حقه .

---

(٧٨) راجع في نفس المعنى المادة ٣٠٧ مدني كويتي .

إلا أن بعض الدائنين لا يقنعون عادة بالضمان العام، حيث قد يتعرضون - رغم ذلك - لخطر مزاحمة دائنين آخرين، مما قد يؤدي في النهاية إلى ضياع جزء من حقوقهم بالرغم من تنظيم المشرع لبعض الوسائل التي تساعد على تقوية فرصته<sup>(٧٨)</sup>. ولهذا يبحث الدائن الحريص على وسيلة إضافية أخرى تساعد على تقوية فرصته في استيفاء حقه بطريقة لا تحققها له فكرة الضمان العام، وهو ما يسمى بالتأمينات المدنية<sup>(٧٩)</sup> أو التأمينات العينية<sup>(٨٠)</sup>. ومن هذه الوسائل الخاصة الرهن .

وفي سبيل تعريف الرهن الرسمي، تنص المادة ١٠٣٠ مدني مصري على أنه «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون»<sup>(٨١)</sup>.

وينشأ الرهن - بداهة - إذا توافرت شروطه سواء الموضوعية منها أو الشكلية. وهي شروط بعضها خاص بالراهن، وبعضها خاص بالدين المضمون بالرهن، والبعض الآخر خاص بالعقار محل الرهن<sup>(٨٢)</sup>، وبالنسبة

---

(٧٩) مثال ذلك: الدعوى البوليصية (المواد ٢٣٧ - ٢٤٣)، الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥) ودعوى الفورية (المادتان ٢٤٤ - ٢٤٥) من التقنين المدني المصري .

١٠٤ - راجع أحمد سلامة «التأمينات المدنية»، الرهن الرسمي، ١٩٦٦ م .

(٨٠) راجع حسام الأهواني «التأمينات العينية» في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، ١٩٨٥ -

١٩٨٦ م. ونلاحظ أن اصطلاح «التأمينات المدنية» أوسع من حيث المضمون من اصطلاح

التأمينات العينية حيث تشمل التأمينات المدنية التأمينات العينية والشخصية معاً .

(٨١) راجع في نفس المعنى المادة ٩٧١ مدني كويتي. والرهن الرسمي اصطلاح يُقصد به إما العقد

الذي ينشئ الرهن وإما الحق الذي ينشأ عن العقد وإما المال الذي يرهن، وبذلك فإن المادة

١٠٣٠ حين عرفت الرهن الرسمي تكون قد عرفت العقد الذي يُنشئ الرهن. راجع أحمد

سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨ - منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ١٩٦٣،

ص ١٧٠ - عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية، ١٩٥٤،

ص ٢٨٤ .

(٨٢) راجع في هذه الشروط: أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها - حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٧ وما بعدها - شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة =

للعقار المرهون يشترط أن يكون هذا العقار موجوداً وقت إبرام العقد وإلا كان الرهن باطلاً. ولذلك تنص المادة ٢/١٠٣٣ على أن رهن المال المستقبل يقع باطلاً<sup>(٨٣)</sup>.

٣١ - وينظره عامه وسريعة على القوانين المقارنة يتضح أن نظرتها تتباين بالنسبة لجواز أو عدم جواز رهن الأموال المستقبلة *Biens à Venir*. فمنها - كالقانون المصري - يحرم رهن الأموال المستقبلة تحريماً مطلقاً، ويقع مثل هذا الرهن باطلاً في جميع صورته وأشكاله. ومنها - كالقانون الفرنسي، من منع - من حيث المبدأ - رهن الأموال المستقبلة (م ١٢٣٠ مدني)<sup>(٨٤)</sup>. إلا أنه لم يجعل - كما فعل القانون المصري - من هذا المنع قاعدة مطلقة، وإنما أجاز - على سبيل الاستثناء - رهن الأموال المستقبلة في حالات ثلاث : أ - رهن المباني القائمة على أرض الغير حيث تنص المادة ٢/٢١٣٣ مدني فرنسي على أنه «عندما يكتسب شخص حقاً يسمح له بالبناء لحسابه على أرض مملوكة للغير، فإن هذا الشخص يستطيع أن يرهن المنشآت قبل الانتهاء من بنائها أو حتى قبل البدء في البناء».

= الثانية، ١٩٥٣، ص ٤٨ وما بعدها - منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ١٩٦٣، ص ١٩ وما بعدها. . عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، ١٩٥٤، ص ٢٨ وما بعدها - محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، ص ٢٣٢ وما بعدها - شمس الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٥٦، ص ٧٩ وما بعدها - عادل سيد فهم، نظرية التأمين العيني في القانون العراقي، ١٩٦٩، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٨٣) لا مقابل لهذا النص في القانون الكويتي - ويرى أستاذنا الدكتور حسام الاهواني أن القول بأن محل الرهن هو العقار وأن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار، واستعمال عبارة العقار المرهون أو الشيء المرهون ينطوي على خلط بين الحق والشيء محل الحق. والأصح في نظر سيادته هو أن الرهن يرد مباشرة على الحق وليس على الشيء. ولكن الشيء هو محل الحق المرهون، فالرهن يرد على شيء وبهذا فقط فإن الرهن يُثقل الشيء بطريقة غير مباشرة. فالرهن يرد أصلاً على حق ملكية العقار ولا يرد على العقار مباشرة، وإنما يُثقل العقار بطريقة غير مباشرة عندما يرد على الحق الذي يكون محله العقار، المرجع السابق، ص ٩٩، فقرة = ٥٢.

ب - رهن الأموال المستقبلية في حالة عدم كفاية الأموال الحاضرة (م ٢/٢١٣٠). وهنا أجاز القانون للمدين رهن أمواله المستقبلية التي سيكتسبها بعد نشأة الرهن إذا كانت أمواله الحالية لا تكفي لضمان حق الدائن. وقد استقر القضاء<sup>(٨٥)</sup> على أن هذا الاستثناء يفترض، حتى يكون الرهن صحيحاً، أن يكون الراهن لديه بعض الأموال الحاضرة وقت نشأة الرهن لكنها لا تكفي لضمان حق الدائن، فيقوم المدين برهن أمواله المستقبلية مع أمواله الحاضرة لتكفي - في مجموعها - ضمان حق الدائن. ويترتب على هذا التفسير<sup>(٨٦)</sup> الضيق الذي اعتنقه القضاء، أنه لا يجوز للمدين أن يرهن أمواله المستقبلية إذا لم تكن لديه أموال حاضرة على الإطلاق.

ج - رهن الأموال المستقبلية في حالة فقد أو تلف العقار المرهون (م ١٢٣١). ففي حالة فقد أو تلف العقار المرهون بدرجة يُصبح معها غير كافٍ للوفاء بحق الدائن، فإن هذا الأخير له أن يختار: أما مطالبة المدين بسداد حقه فوراً دون انتظار أجل الوفاء، أو طلب تأمين إضافي. وفي هذا الاحتمال الأخير، أجاز القانون أن يكون هذا الرهن الإضافي وارداً على أموال مستقبلية.

---

= وإذا كان صحيحاً القول بأن الرهن الرسمي يرد على العقار ينطوي على خلط بين الحق والشيء محل الحق، وأن الرهن يرد مباشرة على الحق وليس على الشيء، إلا أنه ليس معنى ذلك أن الرهن يُثقل الشيء محل الحق بطريقة غير مباشرة. فالرهن يرد على الحق بعنصريه: السلطة والمحل. ولذلك فإن الرهن يرد على الحق ويُثقل الشيء مباشرة باعتباره عنصراً من عناصر هذا الحق. فالشيء إذن هو عنصر في الحق وليس الحق ذاته، ولذلك فإن الرهن لا يرد على العقار (الشيء) لأن الرهن لا يرد على عنصر واحد فقط من عناصر الحق، بل يرد على الحق بعنصريه. فالرهن يرد على الحق ولا يرد على الشيء وحده، لكنه يُثقل هذا الشيء مباشرة باعتباره عنصراً في الحق المرهون.

(٨٤) — Marty et Raynaud, op. Cite, P. 105- S. Tanagho,

«L'hypothèque des biens à venir», Rev. trim- dr. civ., 1970, P.441 ets.

Lyon, 6 fev. 1913, D. 1915, 2, P.14.

(٨٥)

(٨٦) ويبدو أن القضاء قد قرر أن نص المادة ٢/٢١٣٠ قد ورد على سبيل الاستثناء، ولا يجوز القياس على الاستثناء أو تفسيره تفسيراً واسعاً.

٣٢ - وأخيراً التزم القانون الكويتي الصمت إزاء رهن الأموال المستقبل، فلا هو أجازته، ولا هو حرمه. فقد كان القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ في شأن التأمينات العينية ينص في الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة على أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل. ثم جاء التقنين المدني حالياً من هذا النص ولم يتعرض صراحة لحكم الرهن الموارد على حال مستقبل.

وأمام هذا الفراغ التشريعي Lacune législatif<sup>(٨٧)</sup> الناتج عن صمت المشرع الكويتي عن تبيان حكم رهن الأموال المستقبل، يحق لنا أن نتساءل عن مدى جواز رهن مال مستقبل في القانون الكويتي. ونعتقد أنه يجب - كما تقول المذكرة الإيضاحية<sup>(٨٨)</sup> - الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد موقف القانون الكويتي من حكم الرهن الوارد على مال مستقبل.

١ - القواعد العامة للعقود: وهنا ينص المشرع صراحة في المادة ١٦٨ من التقنين المدني على أنه «يجوز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل، ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة». وهكذا أجاز القانون صراحة العقود الواردة على أشياء مستقبلية، ومنها - عقد الرهن. فالعقد عموماً، والرهن خصوصاً، لا يكون باطلاً لمجرد كونه وارداً على شيء مستقبل. إذن لا تمنع القواعد العامة في العقود من رهن الأموال المستقبل.

٢ - القواعد العامة للرهن: تنص المادة ٢/٩٧٦ مدني على أنه «يجب أن

---

(٨٧) راجع في الفارق بين الفراغ lacune والاستبعاد exclusion، رسالتنا السابق الإشارة إليها، ص ٣٨٥ وما بعدها. راجع أيضاً في القانون المقارن:

— P. Foriers, «les lacunes du droit», etude publiée sous le titre «Problemes des lacunes en droit», par ch. Perelman, Bruxeller, 1968

— C. W- Canaris, «Dela maniere de constater et de combler les lacunes de la loi, 1er vol., 1966, P.19 ets.

— C.E. Wolf., «les lacunes du droit et de leur solution en droit suisse», ze. vol., 1964, P. 7 sets.

(٨٨) ص ٧٣٩.

يكون العقار المرهون مما يصح بيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً. فالمشرع يشترط - حسب النص السالف الذكر - أن يكون العقار المرهون من ناحية معيناً تعييناً دقيقاً، ومن ناحية أخرى أن يكون معيناً بالذات وإلا كان الرهن باطلاً. فهل يتعارض هذا الشرط بشقيه مع كون محل الرهن عقاراً مستقبلاً؟

لا شك في أن العقار المستقبلي يمكن تعيينه تعييناً دقيقاً من حيث بيان موقعه والعقارات المجاورة ومواصفات البناء وعدد الأدوار والمساحة الكلية، ومساحة كل شقه، وغير ذلك من الأوصاف على تساعد على تعيينه بدقة<sup>(٨٩)</sup>. كما أن اشتراط أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات لا يُقصد به سوى مجرد عدم جواز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات أو لجميع عقاراته الموجودة بجهة ما<sup>(٩٠)</sup>. فالقواعد العامة للرهن لا تمنع هي الأخرى من رهن الأموال المستقبلة بشرط أن يكون هذا المال معيناً بذاته تعييناً دقيقاً.

٣ - الضرورات العملية: إذا كانت القواعد العامة لا تمنع - كما رأينا - من أن يرد الرهن على مال مستقبلي، فإن الضرورات العملية «تشجع» بدورها على إجازة رهن المال المستقبلي. فالتصرفات الواردة على أشياء مستقبلية عموماً أصبحت تشكل جانباً هاماً من جوانب الحياة في المجتمعات الحديثة. فالمجتمع يمر - حالياً - بمرحلة تطور، وهو، خلال تطوره هذا، أكثر ما يكون حاجة إلى التصرفات الواردة على أشياء مستقبلية لكونها أكثر ملاءمة للظروف التي يمر بها. وهكذا نجد القانون المصري يمنع رهن الأموال المستقبلية منعاً مطلقاً،

---

(٨٩) حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٩٠) السهنوري، الوسيط، جزء ١، ص ٣٥٤ - ويرى أستاذنا الدكتور العميد منصور مصطفى منصور أن المال المستقبلي، وهو المال غير الموجود أصلاً، لا تكون له ذاتية خاصة حتى يمكن أن يقال أنه تعين بذاته. ومعنى ذلك في رأي سيادته أن المال يجب أن يكون موجوداً حتى يمكن تعيينه بذاته، راجع في التفاصيل، حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥٥.

ويُجيزه القانون الكويتي إعمالاً لأحكام القواعد العامة، بينما يتوسط القانون الفرنسي، فيحرم - كقاعدة - الرهن الوارد على مال مستقبلي، إلا أنه يُجيزه على سبيل الاستثناء في حالات خاصة محددة على سبيل الحصر .

وبجعلنا هذا التباين في موقف القوانين المختلفة أن نتساءل - في البداية - عن المقصود بالمال المستقبلي (المطلب الأول) ثم عن الحكمة من إبطال الرهن الوارد على مال مستقبلي (المطلب الثاني) وأخيراً عن مدى إمكانية قيد الرهن الوارد على عقار مستقبلي في الحالات التي يجوز فيها ذلك (المطلب الثالث) .

## المطلب الأول المقصود بالمال المستقبلي

٣٣ - إذا كان المشرع المصري، وكذلك نظيره الفرنسي، قد قرر في المادة ٢/١٠٣٣ مدني بطلان رهن الأموال المستقبلي، فإنه لم يحدد المقصود بالمال المستقبلي الذي يقع رهنه باطلاً .

لا جدال في أن المال المستقبلي هو غير الموجود وقت إبرام العقد . لكن عدم وجود المال قد يُقصد به عدم الوجود من الناحية القانونية، وقد يُقصد به عدم الوجود من الناحية المادية . فإذا قلنا أن المقصود هو عدم الوجود من الناحية القانونية لكان معنى ذلك أن المال محل الرهن موجود بالفعل وقت انعقاد العقد لكنه مملوك لشخص آخر، ويأمل الراهن أن يصبح مالكاً له فيما بعد . وبذلك يتحدد «الاستقبال» بالنسبة للراهن وليس بالنسبة للمال ذاته فالمال موجود وجوداً مادياً، لكنه غير موجود في ذمة الراهن، أي مازال بالنسبة له مستقبلاً ويسعى لاكتساب ملكيته . ويبدو أن هذا الاعتقاد هو ما ذهبت إليه بالفعل، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني<sup>(٩١)</sup>، وأيدها في ذلك جانب كبير من

---

(٩١) الجزء السابع، ص ١٤ ، ١٥ .

الفقه المصري<sup>(٩٢)</sup> .

والحقيقة أن هذا الاعتقاد غير صحيح : أولاً أن «الاستقبال» يجب أن يتحدد بالنسبة للمال ذاته وليس بالنسبة للراهن . ثانياً . أن المال المستقبل يعني - من الناحية اللغوية - المال غير الموجود وليس المال غير المملوك . ثالثاً وأخيراً أن القول بأن المال المستقبل هو المال غير المملوك للراهن وقت إبرام العقد يؤدي إلى «وصم» المشرع بالتناقض والتزيد، وهو ما يجب أن ننزهه عنه . فإذا كان المال المرهون غير مملوك للراهن وقت انعقاد الرهن، فإنه يخضع لحكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ الخاصة برهن ملك الغير وليس لحكم رهن المال المستقبل<sup>(٩٣)</sup> .

وبذلك فإن الاستقبال يجب أن يتحدد بالنسبة إلى المال المرهون ذاته وليس بالنسبة إلى الراهن، فهو، أن أي الاستقبال، يرد على المال في حد ذاته وليس على التملك<sup>(٩٤)</sup> . وبناء على هذه الملاحظات، يمكننا تعريف المال المستقبل بأنه المال الذي ليس له وجود مادي وقت نشأة الرهن . فعدم الوجود يعني عدم وجود المال من الناحية المادية وليس من الناحية القانونية .

### المطلب الثاني الحكمة من تحريم رهن الأموال المستقبلية

٣٤ - بعد أن حددنا المقصود بالمال المستقبل الذي يقع رهنه باطلاً، نعرض الآن للحكمة التي من أجلها منعت بعض القوانين الرهن الوارد على شيء مستقبل .

---

(٩٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٢١ - كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٥٧، ص ٨٢ - سليمان مرقس، التأمينات العينية، ١٩٥٩، ص ٤٣ - شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ١٥٩ .

(٩٣) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٠ .

(٩٤) محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٥٧، ص ٨٢ - منصور مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٢ .

لعل أول ما يلاحظ في هذا الصدد أن هذا التحريم أو المنع جاء خلافاً للقواعد العامة. ذلك أن العقد، أي عقد، يقع صحيحاً من الوجهة القانونية إذا توافرت له أركان انعقاده وأسس وجوده. ولا يشذ على ذلك العقد الوارد على شيء مستقبل. فالعقد لا يكون باطلاً لمجرد كونه وارداً على شيء مستقبل. ولهذا تنص المادة ١٣١ مدني على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً<sup>(٩٥)</sup>. بل إن جواز التصرفات الواردة على أشياء مستقبلية أصبحت تشكل في الحياة الحديثة مبدأ اقتصادي وتعاقدية ذو أهمية كبيرة<sup>(٩٦)</sup>. ثم جاء القانون وقرر - بالرغم من ذلك - بطلان الرهن الوارد على مال مستقبل.

وقد حاول الفقه أن يُبرر موقف المشرع من تحريم رهن الأموال المستقبلية، وتعددت - في ذلك - الاتجاهات: فمن قائل أن علة بطلان رهن المال المستقبل ترجع إلى عدم تخصيصه بدقة، إذ ما دام المال غير موجود فكيف يتم تخصيصه<sup>(٩٧)</sup>، ومن قائل أن العلة من البطلان ترجع إلى أن رهن المال المستقبل يضر بالمدين ضرراً بالغاً حيث لا يستطيع تقدير أهمية المال المرهون قبل وجوده<sup>(٩٨)</sup>، أو لأن رهن المال المستقبل رهن «خيالي» لا وجود له في الواقع<sup>(٩٩)</sup>.

والحقيقة - في اعتقادنا - أن هذه المبررات في مجملها ليست مقنعة. فالقول بأن رهن المال المستقبل باطل لعدم التخصيص هو قول غير صحيح. فبطلان الرهن لعدم تخصيصه يرجع للمادة ٢/١٠٣٥ التي تشترط أن يكون

---

(٩٥) ويقابلها في نفس المعنى المادة ١/١١٣٠ في القانون الفرنسي، والمادة ١٦٨ في القانون الكويتي

S. Tanagho, art. prec., P. 460, no 19.

(٩٦)

(٩٧) شمس الوكيل، المرجع السابق ص ١٤٠.

(٩٨) ليبب شنب، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ص ٥١.

(٩٩) — Colin et Capitan, «Cours élémentaire de droit civil français», T. 2, ze. ed., P. 10 88

— H. Depage et R. Dekkers, «Traité élémentaire de droit civil belge», T. 6, Brux.

1953, P. 379.

العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، والقول بغير ذلك يعني أن المادة ٢/١٠٣٣ التي تقرر بطلان رهن المال المستقبلي مجرد ترديد للمادة ٢/١٠٣٥ ولكانت من ثم لغواً<sup>(١٠٠)</sup>. كما أن القول بأن بطلان رهن المال المستقبلي يحقق مصلحة المدين لحمايته من الأضرار التي قد تعيبه، هو قول وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يُبرر موقف المشرع. فجواز رهن المال المستقبلي يساعد على تشجيع الائتمان وتنشيط حركة سوق العقار، مما يحقق - في النهاية - الصالح العام. ولا شك أنه إذا تعارضت مقتضيات الصالح العام التي تتحقق بإجازة رهن الأموال المستقبلي، مع مقتضيات الصالح الخاص (مصلحة المدين) التي تتحقق بإبطال رهن المال المستقبلي، وجب تغليب مقتضيات الصالح العام. وأخيراً فإنه من المتصور عملاً رهن مال مستقبلي كمن يريد بناء عماره مثلاً ويقترض بضمان العماره بعد الانتهاء من بنائها. وبهذا يتضح أن موقف المشرع في كل من مصر وفرنسا من تحريم رهن المال المستقبلي ليس له ما يُبرره، بل على العكس يؤدي إلى نتائج ضاره.

وتبدو خطورة هذا المنع في أنه يؤدي إلى بطلان رهن شيء مستقبلي حتى وهو في مرحلة البناء *en voie de construction*. فبدون تدخل المشرع يقع مثل هذا الرهن باطلاً، رغم ضرورة هذا النوع من الرهن للمجتمع في مراحل تطوره. فالائتمان البنكي شرط ضروري لكل بناء، وبدونه تتعطل حركة البناء في المجتمع. ولعل هذا هو ما دفع المشرع الفرنسي إلى إجازة رهن السفينة<sup>(١٠١)</sup> والطائرة<sup>(١٠٢)</sup> وهما في مرحلة البناء.

٣٥ - ويبدو أن المشرع قد تصور أن رهن الشيء المستقبلي «عديم» الفائدة بالنسبة للدائن فقرر النص على بطلانه. ذلك أن رهن الشيء المستقبلي -

---

(١٠٠) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(١٠١) راجع المادة ٤٥ من القانون رقم ٦٧ - الصادر في ٣ يناير ١٩٦٧، دالوز، ١٩٦٧، ص ٥٣.

(١٠٢) راجع القرار رقم ٦٧ - ٣٣٣ الصادر في ٣٠ مارس ١٩٦٧، دالوز، ١٩٦٧، ص ١٨٤.

يعني - كبيع الشيء المستقبل - أن حق الدائن المرتهن لن «يوجد» إلا بعد وجود الشيء المرهون وجوداً فعلياً، ومن ثمَّ فلن يستطيع الدائن إجراء القيد الذي يمنحه أولوية على غيره من الدائنين إلا بعد أن يوجد الشيء المرهون. ورهناً كهذا لا يحقق للدائن أي فائدة من الناحية العملية، لا داعي إذن لإباحته. فالأولوية التي يمنحها القيد للرهن هي التي تعطي للرهن أهميته العملية بالنسبة للدائن المرتهن، وبدون هذه الأولوية يتساوى الدائن المرتهن - غير المقيد حقه - مع الدائن العادي. وقد بلغت أهمية القيد بالنسبة للرهن أن اعتقد البعض أن الرهن ينشأ عن القيد ذاته وليس عن عقد الرهن<sup>(١٠٣)</sup>. وإذا كان الرهن الوارد على شيء مستقبل لا يمكن قيده قبل أن يوجد الشيء المرهون وجوداً فعلياً، فليست له إذن فائدة عملية بالنسبة للراهن، ومن ثمَّ لا داعي لإباحته والانتظار حتى يكتمل وجود الشيء المرهون. ولعل هذا هو السبب الذي جعل البعض<sup>(١٠٤)</sup> يقرر أن رهن المال المستقبل ما هو إلا وعدٌ بالرهن، أي التزام الراهن - فقط - بإنشاء الرهن فيما بعد. ومادام أن رهن المال المستقبل ما هو إلا وعدٌ بالرهن، فلم ير المشرع ضرورة لإجازته، خصوصاً أن نظام الوعد بالتعاقد بوجه عام يحقق نفس الغرض<sup>(١٠٥)</sup>.

الخلاصة إذن، أن الفقه قد حاول البحث عن مبرر لموقف المشرع من إبطال رهن المال المستقبل، لكنها مبررات - كما رينا - ليست مقنعة. ويبدو أن المشرع قد تأثر ببعض التقاليد المأخوذة عن القانون الروماني، لكنها تقاليد لم يعد لها ما يُبررها الآن. لكن بالرغم من صعوبة تبرير موقف المشرع في مصر فرنسا، فإن ذلك لا يعني أن رهن المال المستقبل أصبح جائزاً. فموقف المشرع صريح في إبطال رهن المال المستقبل سواء في مصر أو في فرنسا. وهو موقف - كما نعتقد - منتقد نرجو أن يُعيد المشرع التفكير فيه.

(١٠٣) شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ١٩٧، فقرة ٢٢١.

(١٠٤) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ١٩٥٣، ص ١٠٧ فقرة ١٢٤ - دباح

وديكروز، المرجع السابق، ص ٣٨١.

(١٠٥) راجع المادة ١٠١ مدني مصري، والمادة ٧٢ مدني كويتي.

## المطلب الثالث

### قيد الرهن الوارد على مال مستقبلي

٣٦- رأينا أن القانون المصري يمنع رهن الأموال المستقبلية، ويقع الرهن الوارد على شيء ستقبل باطلاً بطلاناً مطلقاً في كل الأحوال وفي جميع الظروف. كما أن القانون الفرنسي وإن كان يُحرم - هو الآخر - رهن الأموال المستقبلية، إلا أنه - على عكس القانون المصري - أجاز الرهن الوارد على أموال مستقبلية في حالات استثنائية محددة على سبيل الحصر. أما القانون الكويتي وإن كان قد التزم الصمت إزاء الرهن الوارد على أموال مستقبلية، إلا أن القواعد العامة لا تمنع مثل هذا الرهن وبالتالي يقع هذا الرهن صحيحاً في القانون الكويتي.

فإذا فرضنا الآن أن مستأجراً قد اتفق مع مالك الأرض المؤجرة على أن يُقيم منشآت على هذه الأرض، وقام بالفعل، بوضع الرسم التفصيلي لهذه المنشآت ورهنها؛ فإن هذا الرهن يُعتبر باطلاً في القانون المصري تطبيقاً لحكم المادة ٢/١٠٣٣، وصحيح في القانون الكويتي طبقاً للقواعد العامة، وصحيح أيضاً في القانون الفرنسي إعمالاً للاستثناء الوارد في المادة ٢/٢١٣٣ مدني والتي تُجيز رهن المنشآت المقامة على أرض الغير حتى قبل إقامتها. فهل يجوز قيد الرهن الوارد على عقار مستقبل في حالة وقوعه صحيحاً كما في المثال السابق.

أجاب الفقه الفرنسي على هذا التساؤل بالإيجاب<sup>(١٠٦)</sup>. من ناحية لأن إجازة المشرع لرهن العقار المقام على أرض الغير قبل إقامته يعني أنه قد أجاز ضمناً قيده. ومن ناحية أخرى أن عدم السماح بقيد الرهن الوارد على عقار مستقبل يؤدي إلى «تفريغ» الرهن من جميع فوائده. فالرهن غير المقيد يستوى عملاً وعدم الرهن. ذلك أن قيد الرهن تبدو أهميته بالنسبة إلى الغير وإعطاء الدائن أولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة. وبدون القيد يُحرم الدائن من سلطتي التقدم والتبعية جوهر التأمينات العينية

— V. H.L. et Jean Mazeaud, op. cite, 3e. ed, parde Juglart, P. 337.

(١٠٦)

بوجه عام<sup>(١٠٧)</sup>. وهو قول حق إلا أنه ليس كافياً.

فالقول بجواز قيد الرهن الوارد على عقار مستقبل يصطدم بعقبة فنية لها أهميتها. فالتصرفات الواردة على أشياء مستقبلية بوجه عام لا تؤدي إلى «نشأة» حق المتصرف إليه إلا بعد أن يوجد الشيء محل التصرف وجوداً فعلياً. وتطبيقاً لهذه القاعدة، فإن حق الدائن المرتهن الوارد على عقار مستقبل لا «يوجد» إلا بعد وجود العقار المرهون. فالحق العيني عموماً لا «يولد» إلا باكتمال عناصره، ومن عناصر الحق العيني المحل الذي يرد عليه. وإذا كان الرهن حقاً عينياً تبعياً<sup>(١٠٨)</sup>، فإنه لا «يولد» إلا من لحظة وجود محله، وهو في فرضنا العقار المستقبل.

فحق الدائن المرتهن لا يوجد إذن إلا بعد اكتمال عناصره، وهي لن تكتمل إلا بعد وجود المحل، والفرض أن المحل لم يوجد بعد لأنه عقار مستقبل، فكيف يمكن القول بجواز قيد حق قبل أن يوجد؟ والنتيجة الحتمية لهذا التحليل الصحيح في نظرنا هي عدم جواز قيد الرهن الوارد على عقار مستقبل. ورغم اتساق هذه النتيجة مع القواعد العامة للحق العيني، فإنها تؤدي إلى حرمان الدائن المرتهن من مزايا الرهن وتجعل موقفه لا يختلف كثيراً

---

(١٠٧) راجع بوجه عام: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ١٧٠.

- منصور مصطفى، المرجع السابق، ص ١١٦ وما بعدها، ١٢٤ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها، ١٧٣ وما بعدها - محمد علي إمام، المرجع السابق، ص ٣٣٥ وما بعدها، ٣٤٣ وما بعدها - شمس الوكيل، المرجع السابق، ٢٣٨ وما بعدها، ٢٧٩ وما بعدها.

(١٠٨) ويرى البعض أن «عينية» الرهن الرسمي تصطدم بعقبة فنية مضمونها أن الحق العيني يرد على شيء مادي، وفي الرهن الرسمي لا يترتب الرهن على شيء؛ إذ الراهن لا يرهن الشيء في ذاته، بل الحق الذي يملكه على هذا الشيء. فالرهن يرد على حق الملكية أو ملكية الرقبه أو على حق الانتفاع متى كان مملوكاً للراهن أكثر من وروده على الشيء الذي يرد عليه واحد من هذه الحقوق. راجع في ذلك أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٥٠ - سليمان مرقس، التأمينات العينية، ١٩٥٩، ص ٨، هامش رقم (٢). إلا أننا نلاحظ أن الحق العيني يتكون من عنصرين: سلطة ومحل، ويتوافر هذين العنصرين بوجود الحق العيني، وبدونها أو بدون أحدهما لا ينشأ الحق العيني. والواقع أن الراهن حينما يرهن حقه فإنه يرهنه بعنصره.

عن موقف الدائن العادي. وهكذا يُصبح نص المشرع بجواز رهن العقار المستقبل لغواً لا فائدة منه.

والحقيقة - في اعتقادنا - أن فكرة العقار بحسب المآل يمكن أن تجد لها تطبيقاً تشريعياً في رهن المنشآت القائمة على أرض الغير قبل إقامتها. فالصعوبة الرئيسية في قيد الرهن الوارد على عقار مستقبل تكمن - كما رأينا - في أن حق الدائن المرتهن لم «يوجد» بعد لعدم وجود محل «يرتكز» عليه، ولا يمكن - والحال هكذا - قبول قيد حق قبل أن يولد. ولكن يبدو أن المشرع الفرنسي قد أراد - نبهه على جواز رهن الاعتقال المستقبل - أن يتغلب على هذه الصعوبة عن طريق معاملة محل الرهن في هذه الحالة (العقار المستقبل) معاملة العقار الموجود بالفعل، وقت نشأة الرهن. وما دام أن العقار المستقبل محل الرهن مصيره القريب ومآله المحقق هو الوجود الفعلي خلال مدة معينه، فليس هناك ما يمنع من معاملته منذ لحظة إبرام العقد على أنه موجود بالفعل، ومن ثمَّ يصلح - بهذا التصور - أن يكون محلاً لحق الدائن المرتهن. وإذا كان العقار بحسب المآل يصلح - هكذا - محلاً لحق الدائن المرتهن، فإن قيد الرهن يُصبح - في هذه الحالة - أمراً ممكنًا. فحق الدائن المرتهن «يولد» إذن من لحظة انعقاد الرهن بوجود محله واكتمال عناصره؛ ومحل الحق في هذا الفرض عقار بحسب المآل.

وهكذا نستطيع - عن طريق فكرة العقار بحسب المآل - أن نُعيد إلى حق الدائن المرتهن «فعاليته» بقيده، وأن نجعل لنص المشرع بجواز رهن العقار المستقبل فائدة عملية كبرى من حيث تشجيع الائتمان ومنح الدائن أولوية تبعث في نفسه الاطمئنان على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة. فنص المشرع بجواز رهن المنشآت القائمة على أرض الغير قبل إقامتها ليس لغواً، وهولن يكون كذلك إلا بإمكانية قيد مثل هذا الرهن، وهذا القيد لا يمكن قبوله إلا بعد وجود حق الدائن المرتهن، وحق الدائن المرتهن لا يوجد إلا بوجود محل «يرتكز» عليه، ومحل الحق عقار بحسب المآل.

وتبدو أهمية هذا التطبيق لفكرة العقار بحسب المآل في أنه تطبيق تشريعي صريح، مما يدل على أن المشرع، وإن كان لم ينص على فكرة العقار بحسب المآل صراحة، إلا أنه أوجد لها بعض التطبيقات الهامة التي تساعد على بلورة هذه الفكرة وتحديد معالمها. وهي فكرة لا شك في أن لها فائدة عملية كبيرة من حيث أنها تساعد على تفسير وتأصيل بعض الظواهر القانونية التي استجدت حديثاً .



وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة تطبيقات العقار بحسب المآل في الفصل الأول، أما بالنسبة للفصل الثاني والمتعلق بأحكام العقار بحسب المآل فسينشر في العدد القادم انشاء الله .