

العقار بحسب المآل

دراسة مقارنة

القسم الثاني

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

تناولنا في الفصل الأول* التطبيقات التشريعية والفقهية لفكرة العقار بحسب المآل،
ونتناول الآن في الفصل الثاني أحكام العقار بحسب المآل من حيث شروط تطبيقه وأهميته
من الناحية العلمية وغير ذلك من الموضوعات.

الفصل الثاني أحكام العقار بحسب المآل

٣٧ - رأينا أن وسيلة المجاز أو الافتراض القانوني من الوسائل الفنية
الشائعة والمستقرة في علم القانون، والتي كثيراً ما يلجأ إليها المشرع والفقه على
حد سواء. وهكذا أخذ المشرع بهذه الوسيلة بالنسبة للأثر الرجعي للقسمة،
وكذلك فكرة العقار بالتخصيص. كما أن الفقه هو الآخر قد أخذ بوسيلة المجاز
المخالفة للحقيقة بالنسبة لفكرة المنقول بحسب المآل حيث لا يوجد نص عام
يضع نظرية عامة للمنقول بحسب المآل. وقد حاول الفقه البحث عن
تطبيقات خاصة لهذه الفكرة، واستخلص قاعدة عامة منها واعتبار هذه
النصوص مجرد تطبيق لها.

* راجع مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، يونيو ١٩٨٦م

إبرام العقد ، أو على الأقل قابلاً للوجود^(١٠٩) أي شيئاً مستقبلاً . وقد أقر
المشرع ذلك صراحة بقوله أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً .

لكن إذا ورد التعامل على شيء مستقبل ، يجب أن يكون الطرفان
يقصدان ذلك ، أي أن يكون اتفاقهم قد تم على أساس أن محل الاتفاق غير
موجود وقت إبرام العقد أي شيء مستقبل . ويترتب على ذلك أنه إذا قصد
المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود بالفعل ، وقت إبرام العقد لا على
شيء ممكن الوجود في المستقبل ، فإن الالتزام لا يقوم ، أي يقع العقد باطلاً ،
إذا اتضح أن الشيء محل الاتفاق لم يكن موجوداً وقت إبرام العقد حتى لو
أمكن وجوده في المستقبل . وبذلك إذا ورد التعامل على عقار مستقبل ، فإنه
يجب - كما ذكرنا - أن يكون هذا التعامل قد جرى لا على أساس أن العقار
موجود وقت إبرام العقد ، وإلا كان العقد باطلاً ، وإنما على أساس أنه سيوجد
في المستقبل . فالعقار بحسب المآل هو عقار لم يوجد بعد ، ويجب أن يكون
التعامل قد تم على هذا الأساس .

إلا أنه لا يكفي - من ناحية أخرى - أن يكون التعامل قد جرى على
أساس أن العقار سيوجد في المستقبل ، وإنما يجب - بالإضافة إلى ذلك - إن
يكون هذا الوجود ممكناً ، فإذا كان وجود العقار في المستقبل مستحيلاً ، فإن

— V. Marty et Raynaud, droit civil, T. 2, 1er vol., l'esobligations, 1962, p. 150 et s.,- (١٠٩)

— H. L. et J. Mageaud, T. 2., 1er vol., obligations, 6è-éd. par F. Chabas, P 221 et s.

— H. Mayer, "l'objet du Contrat", thèse Bordeaux, 1968, p. 110 et s.

— De visscher, "la vente de choses futures et la théorie de risque Contractuel,"
étude de droit romain, 1914.

— De page, "traité élémentaire de droit civil belge," principes-Doctrine — Jurispru-
dence-, T. 4, les principaux Contrats, 3è. éd., Bruxelles, 1973, P. 111.

— J. Ghestin, Traité de droit civil, les obligations, le Contrat, 1980, P. 414 ets.

— B. Stark, op. citi, p. 433 ets.

الالتزام لا ينشأ أصلاً ويقع العقد باطلاً لأنه لا التزام بمستحيل^(١١٠) حتى ولو كان التعامل قد تم بين الطرفين على أساس حقيقة العقار في المستقبل . والمقصود بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام ، هي الاستحالة الموضوعية ، أي استحالة محل الالتزام في ذاته ، وليس الاستحالة الشخصية أو الذاتية التي ترجع إلى المدين نفسه .

وإذا كان بعض الفقهاء يرون أن شرط الوجود أو القابلية للوجود يُعني عن شرط الإمكان إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني^(١١١) ، ذلك أن الالتزام إذا كان محله نقل حق عيني فإن المحل يجب أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ، وإذا كان محله عمل أو امتناع عن عمل فإن المحل يجب أن يكون ممكناً ، فإننا يجب أن نلاحظ أن محل الالتزام في بعض تطبيقات العقار بحسب المال ، كما هو الحال في محل الالتزام البائع في بيع الشقة تحت الإنشاء ، هو نقل حق عيني وعمل في نفس الوقت .

فالبائع يلتزم - في بيع الشقة تحت الإنشاء - ببناء عقار (شقة مثلاً) ، وهو بذلك يكون قد التزم بالقيام بعمل ، لكن الالتزام بإعطاء (نقل حق عيني) ليس غائباً تماماً . فالالتزام بعمل من جانب البائع لا يستبعد التزامه بنقل حق عيني في نفس الوقت . وليس من الضروري أن يكون محل التزام البائع إما عمل أو إعطاء ، وليس هناك ما يمنع من أن يكون محل التزامه عمل *faire* وإعطاء *donner* معاً . فالبائع قد التزم بنقل ملكية الشقة محل التعاقد (إعطاء ، ولكي يستطيع تنفيذ هذا الالتزام ، يجب عليه بناء تلك الشقة المتفق عليها (عمل)^(١١٢) .

Martinet Raynaud, op. cite, P. 151, no 167

(١١٠)

١١١ - السهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، جزء ١ ، ١٩٦٤ ، ص ٤١٦ ، رقم ٢١٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي ، جزء ١ ، نظرية العقد والإرادة المفردة ، ١٩٨٣ ، ص ٣٩٩ وما بعدها - عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٣١٨ وما بعدها .

F. Stimetz, th. prec., p. 24 - H. L. et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, T. 2, No. 20. ١١٢

البيع في الواقع على الأمل في وجود المبيع أو على الحظ مثل بيع الصياد ضربة شبكته ؛ ويعتبر بيعاً احتمالياً . النوع الثاني : وفيه يجازف المشتري في مقدار المبيع وكميته فقط لا في وجوده ذاته ، كبيع المحصول الناتج من أرض معينة في موسم محدد ، ويعتبر في القانون المصري بيع معلق شرط واقف^(١١٥) .

وبهذا المعنى للعقود الاحتمالية ، فإن العقار محل التصرف يتوقف وجوده - في هذا النوع من التصرفات - على عوامل مستقبلية للصدفة فيها أثر كبير . وهو بذلك قد يوجد وقد لا يوجد . ولا شك أن عقاراً مستقبلاً كهذا يتوقف وجوده إلى حد كبير على الصدفة لا يمكن أضفاء صفة العقار بحسب المآل عليه لتخلف عنصر من عناصره وهو العنصر الموضوعي .

فالعقار المستقبل يجب - حسب مفهوم العنصر الموضوعي - لاعتباره عقاراً بحسب المآل أن يكون مصيره القريب ومآله المحقق هو الوجود . ووجود العقار بهذا المعنى ليس متروكاً لعوامل الصدفة أو الحظ ، وإنما تحكمه عوامل مستمدة من طبيعة الأشياء حسب المجرى العادى للأمر .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان وجود العقار محل شك ، وأن وجوده متروك لعوامل مستقبلية قد تتحقق وقد لا تتحقق ، فلا يمكن اعتبار العقار في هذا الفرض عقاراً بحسب المآل لتخلف شرط جوهري من شروطه وهو كونه محقق الوجود في المستقبل القريب .

فكل عقار مستقبل لا يصلح أن يكون عقاراً بحسب المآل ؛ وإنما يجب لاعتبار العقار المستقبل عقاراً بحسب المآل أن يستجيب للشروط التي حددناها .

ثانياً : التصرفات المعلقة على شرط :

٤٢ - الأصل في الالتزام أن يكون بسيطاً منجزاً ، كما أن الأصل في

(١١٥) محكمة إستئناف مصر ، ١٨ يناير ١٩٤٨ ، المجموعة الرسمية ، ٥٠ ، رقم ٨١ ؛ المحاماة ، ٣٢ ، ١٣٢٢ ، ص ٥٣٤ .

العقود أن تكون بآته ونافذه . فالعقد ينعقد بمجرد توافق إرادة الطرفين ، ويصبح بمجرد انعقاده ملزماً لطرفيه ، واجب النفاذ . ولكي ينشأ العقد صحيحاً من الناحية القانونية ، يجب أن تتوافر له أسس وجوده ، أي أركانه . فإذا ما توافرت هذه الأركان : نشأ العقد صحيحاً ، ملزماً ، نافذاً .

لكن إذا كان هذا هو الأصل في العقود ، فإن هناك بعض الحالات التي يكون وجود العقد فيها أوزواله متوقفاً على أمر مستقبل بالرغم من اكتمال جميع عناصره وأسس وجوده ، وهي العقود المعلقة على شرط^(١١٦) . وهي عقود لا تكون نافذة في الحال رغم انعقادها انعقاداً صحيحاً ، وإنما يتوقف نفاذها أو عدمه على أمر مستقبل خارجي عن العقد .

ويُقصد بالشرط ، طبقاً لنص المادة ٢٦٥ مدني كل أمر مستقبل غير محقق الوقوع^(١١٧) . فالشرط إذن أمر مستقبل événement futur . أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط حتى ولو كان الطرفان يجهلان وقت إبرام العقد ذلك . ويكون العقد في هذه الحالة باتاً ومنجزاً^(١١٨) . وبذلك يكون الشرط كالأجل تماماً من حيث أن كلاً منهما أمر مستقبل^(١١٩) . فالأجل بوصفه ميعاد يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه لا يكون إلا أمراً مستقبلاً .

والشرط من ناحية أخرى أمر غير محقق الوقوع incertain . وهنا يختلف الشرط عن الأجل - فالأجل وإن كان أمراً مستقبلاً ، إلا أنه محقق الوقوع .

(١١٦) راجع في الشرط والأجل ، السنهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام ، جزء ٣ ، الأوصاف والحوالة والانقضاء ، ١٩٥٨ ، ص ٨ وما بعدها . والمراجع المشار إليها سابقاً ص ١٧٣ هامش رقم ٥٨ - وراجع في الأجل بوجه خاص ، عبد الناصر توفيق العطار ، الأجل في الالتزام ، ١٩٦٤ ، ١٩٦٥ ، خصوصاً ٥١ وما بعدها في ماهية الأجل .

— R. Dekkers, precis de droit civil belge, T. 2, 1955, p. 261 ets et p. 269 ets.

(١١٧) في نفس المعنى المادة ٣٢٣ مدني كويتي .

(١١٨) السنهوري ، المرجع السابق ، جزء ٣ ، ص ١٣ - أنور سلطان أحكام الالتزام ، ص ٢٠٥ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(١١٩) راجع المادة ٢٧١ مدني مصري ، والمادة ٣٢٩ مدني كويتي .

وعلى ذلك إذا كان الأمر مستقبلاً ، لكنه محقق الوقوع ، فإنه لا يكون شرطاً ، بل يكون أجلاً . فالجوهرى في الشرط هو كونه أمر غير محقق الوقوع ، قد يقع وقد لا يقع . فإذا كان الحادث أو الأمر مستحيل الوقوع في المستقبل استحالة مطلقة^(١٢٠) ، فلا يعتبر شرطاً ، بل إن الالتزام لا يوجد أصلاً . فالشرط إذن أمر غير محقق الوقوع قد يقع وقد لا يقع . فإذا كان هذا الأمر مؤكداً الوقوع فهو أجل ، وإذا كان مستحيل الوقوع فلا يوجد أصلاً .

والشرط بهذا المعنى قد يكون واقفاً ، وهو الذي يتوقف على تحققه تنفيذ العقد ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون العقد قابلاً للتنفيذ وقد يكون الشرط فاسخاً ، وهو الذي يتوقف على تحققه زوال العقد بعد وجوده . فالعقد المعلق على شرط فاسخ - على عكس الشرط الواقف - هو عقد موجود ونافذ ، لكن زواله معلق على شرط ، فإذا تحقق الشرط زال العقد واعتبر كأن لم يكن ، وإذا تخلف أصبح الالتزام بائناً^(١٢١) .

وبهذا المفهوم للشرط بنوعيه ، الواقف والفاسخ ، فإنه من المتصور عملاً أن يرد عقد معلق على شرط على عقار مستقبل كالبيع المعلق على شرط وجود الشقة محل العقد في المستقبل - فالشرط هنا هو وجود الشيء محل التعاقد في المستقبل بحيث إذا تحقق الشرط بوجود الشيء بالفعل خرج العقد الى الوجود ، أما إذا تخلف الشرط ولم يوجد الشيء فلا ينعقد العقد^(١٢٢) .

١٢٠- أما الاستحالة النسبية فلا تمنع من وجود الشرط .

١٢١- راجع : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ وما بعدها - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ٣٤٦ وما بعدها .

١٢٢- ويرى البعض أن الشرط في هذا الفرض ليس شرطاً بالمعنى الصحيح في القانون لأن الشرط أمر عارض يلحق بالعقد بعد تكامل عناصره ، السنهورى ، المرجع السابق جزء ٣ ، ص ٢٤ ، وإذا تخلف عنصر من عناصر العقد ، فإن العقد لا يكون مشروطاً وإنما احتمالياً . إلا أن البعض يرى على العكس ، أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من الحقوق الاحتمالية وليس هناك فارق في الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمالي . V. J. M. Vondier, des droits eventuels, paris, 1955, P. 245.

وفي هذا الفرض وغيره من الفروض المشابهه ، لا يمكن - حسب المعنى الذي حددناه - أضفاء صفة العقار بحسب المآل على عقار مستقبل محل عقد معلق على شرط . فمصير العقار في هذه الحالة غير معروف ، فقد يوجد إذا تحقق الشرط ، وقد لا يوجد إذا تخلف الشرط ، بينما يشترط - حسب العنصر الموضوعي - لاعتبار العقار المستقبل عقاراً بحسب المآل أن يكون مصيره القريب ومآله المحقق هو الوجود .

٤٣ - هذه هي عناصر أو شروط العقار بحسب المآل التي يجب توافرها حتى يمكن إعطاء العقار المستقبل حكم العقار بطبيعته الموجود بالفعل وقت إبرام العقد ، واعتباره من ثم عقاراً بحسب المآل . أما إذا تخلف أحد هذه الشروط ، استحال - بطبيعة الحال - أضفاء صفة العقار بحسب المآل على «شيء» مستقبل لم يوجد بعد .

ويتولى قاضي الموضوع تقدير توافر عناصر العقار بحسب المآل . وهو يقوم بذلك على ضوء الواقع وملابساته وظروف التعاقد ونية الطرفين وغير ذلك من الوقائع التي تساعد على تقدير توافر الشروط الضرورية للعقار بحسب المآل من عدمه . ولا رقابة على قاضي الموضوع - خلال قيامه بهذا التقدير - من محكمة النقض لتعلق ذلك بمسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع .

٤٤ - لكن ما الحل إذا قدرت المحكمة إعطاء العقار المستقبل حكم العقار بطبيعته واعتباره عقاراً بحسب المآل نظراً لتوافر العناصر الضرورية ، ومع ذلك لم يتم بناء العقار المتفق عليه لسبب أو لآخر ؟

لا يمكن القول - في رأينا - بأن العقد لا يوجد في هذه الحالة . فالعقد قد انعقد صحيحاً ، نافذاً وملزماً لطرفيه ، ووجود العقد ذاته لم يمكن معلقاً على وجود العقار . فوجود العقار ليس شرطاً لانعقاد العقد حتى يمكن القول بزوال العقد إذا لم يتحقق الشرط . كما أنه ليس صحيحاً أيضاً - من ناحية أخرى - القول ببطلان العقد . فالفرض أن العقد قد انعقد صحيحاً بتوافر أسس وجوده ، أي أركانه ، والبطلان «جرثومة» تلازم العقد منذ نشأته ، ولا تلحق

به بعد انعقاده صحيحاً . فالعقد منذ نشأته إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون باطلاً ، فإذا نشأ العقد صحيحاً فلا يجوز القول بالبطلان بعد ذلك والصحيح أن نقول بفسخ العقد - في هذا الفرض - نتيجة لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته . فلكل من طرفي العقد ، إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه ، أن يطلب حل الرابطة العقدية حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد ، وذلك مع عدم حرمانه من حقه الأصيل في التمسك بالعقد والإصرار عليه ، والمطالبة بالتنفيذ العيني (م ١٥٧ مدني مصري ، م ٢٠٩٢ مدني كويتي)^(١٢٣) .

فالفسخ أمر جوازي للمتعاقد إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته ، إن شاء تمسك به ، وإن شاء أصر على طلب التنفيذ العيني^(١٢٤) . وهو بهذا المعنى رخصة للدائن تضاف إلى حقه في التمسك بالعقد والإصرار على تنفيذه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ، وإلا اكتفى القاضي بالحكم بالتعويض النقدي .

(١٢٣) راجع في الفسخ عموماً : السنهوري ، المرجع السابق ، جزء ١ ، ص ٧٨٢ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص ٥٨٣ وما بعدها - نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ٢١٩٨٤ ، ص ٦١١ وما بعدها . - حسن عامر ، إلغاء العقد ، القاهرة ١٩٥٣ - الصده ، المرجع السابق ، نظرية العقد ، ص ٥٧٨ وما بعدها - عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٣٨٦ . (١٢٤) عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ الفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ١٩٥٩ ، ص ١٣٩ ، السنة الثانية ١٩٦٠ ، ص ٢٠٥ - وفي الفقه الفرنسي :

— B. Stark, op, cite, P. 602 ets.

— H. L. et Jean Mazeaud, op, cite par F. Chalas, p. 1100 ets.

(المبحث الثاني) أهمية العقار بحسب المآل

٤٥ - تكاد تجمع القوانين على إجازة التصرفات الواردة على أموال مستقبلية كقواعد عامة^(١٢٥) . وإذا كانت هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات مثل بطلان التصرف في التركات المستقبلية^(١٢٦) ورهن الأموال المستقبلية^(١٢٧) ، فإن الاستثناءات واردة على سبيل الحصر وبنص صريح ، وهي بعد تؤكد القاعدة ولا تنفيها .

وقد اكتفى المشرع في مصر والكويت بالنص على جواز التصرفات الواردة على أموال مستقبلية ، لكنه لم ينظم هذه التصرفات من حيث تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين ، وتاريخ انتقال الملكية وكيفية انتقالها وغير ذلك من الموضوعات التي تثار بصدد دراسة مثل هذا النوع من التصرفات^(١٢٨) ، وترك حكم هذه المسائل خاضعاً للقواعد العامة .

وإذا كان يجوز - تطبيقاً للقاعدة العامة في جواز التصرفات الواردة على أموال مستقبلية - بيع عقار مستقبل ، فإن المشرع لم يحدد تاريخ انتقال الملكية

(١٢٥) راجع المادة ١٣١ في القانون المصري ، والمادة ١٦٨ في القانون الكويتي ، والمادة ١/١١٣٠ في القانون الفرنسي . راجع أيضاً في القانون الانجليزي ، رينيه دافيد ، العقود في القانون الانجليزي ، باريس ١٩٧٣ ، ص ٢٤٥ وما بعدها ، وفي القانون البلجيكي ، هنري دى باج ، شرح القانون المدني البلجيكي ، جزء ٤ ، العقود الرئيسية ، بروكسل ١٩٧٢ ص ١١١ - ويلاحظ أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو عدم جواز التعامل في المال المستقبل ، راجع المادة ٣٠٤ من مرشد الحيران التي تنص على أنه «لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلاً لعقد المعاوضة إلا في السلم بشرائطه» .

(١٢٦) راجع المادة ٢١١٣١ مدنى مصرى ، والمادة ١٦٩ مدنى كويتي .

(١٢٧) راجع ما سبق ص ١٨٦ .

(١٢٨) وقد نظم المشرع الفرنسي ؛ البيع الوارد على عقارات مستقبلية (تحت الانشاء) ، راجع ما سبق ص .

الى المشتري وكيفية انتقالها . ومع ذلك يُجمع الفقه^(١٢٩) على أن ملكية العقار المستقبل لا تنتقل إلى المشتري فور التعاقد كما هو الحال في البيع الوارد على أشياء حاضره . وكل ما يترتب على البيع الوارد على شيء مستقبل هو التزام البائع بنقل الملكية بعد تحقق وجود المال المستقبل . ومن ثمّ فلا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد الوجود الفعلي للعقار محل التعاقد . وليس للمشتري قبل ذلك ، أي قبل وجود العقار ، سوى حق في تملك هذا العقار عند وجوده .

وهنا يحق لنا أن نتساءل عن السبب في عدم انتقال الملكية في عقد البيع الوارد على شيء مستقبل إلى المشتري إلا بعد تحقق وجود هذا الشيء . يرى البعض^(١٣٠) أن ملكية المال المستقبل لا تنتقل إلى المشتري فور التعاقد لأن «العقد لا يخوله (المشتري) ملكية ذلك المال قبل وجوده ، بل هو لا يخوله حقاً شخصياً بإلزام البائع بنقل هذه الملكية إليه ، وإنما يخوله فقط أن يتربص بالمال المبيع حتى إذا ما تحقق وجوده ملكه بقوة القانون ودون حاجة لأي عمل من جانب البائع» . ونعتقد أن هذا التحليل غير دقيق . فالالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ليس من طبيعة البيع فحسب ، بل هو من مستلزماته ، وقد بلغ من أهمية هذا الالتزام أن المشرع قد ضمنه تعريف عقد البيع بقوله في المادة ٤١٨ منى بأن البيع «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر . . .» . وبالتالي فكل عقد لا يترتب عليه نقل ملكية شيء أو أى حق مالي آخر لا يُعتبر بيعاً . وهو قول يصدق على كافة أنواع والبيوع سواء الواردة منها على أموال حاضرة ، أو تلك الواردة على أموال مستقبله . فعقد البيع ينشئ بالضرورة التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المال المبيع إلى المشتري . وتنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد إبرام العقد في بعض البيوع ، ولا تنتقل في البعض الآخر إلا بعد قيام البائع بالأعمال اللازمة لنقل الملكية^(١٣١) . ولا تشذ

١٢٩- السنهاوري ، المرجع السابق ، ص الجزء الرابع ، ص ١٩٢ - سليمان مرقس ، المرجع

السابق ، ص ١٤٣ دي باج ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

١٣٠- مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

١٣١- السنهاوري ، المرجع السابق ، جزء ٤ ، ص ٤١١ وما بعدها .

البيع الوارده على أموال مستقبله على ذلك . فالبيع يترتب عليه التزام على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري أياً كان محله ، مال حاضر أو مستقبل .

إلا أنه لا يكفي - بطبيعة الحال - أن تقرر أن البيع الوارد على عقار مستقبل ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري - بل يجب أن نحدد كيفية تنفيذ هذا الالتزام ، وكيفية تحقق انتقال الملكية إلى المشتري . فكيف ومتى تنتقل الملكية في البيع الواردة على عقارات مستقبله ؟

لا شك أن العقد كما يُنشئ التزامات على عاتق طرفيه ، فإنه يُنشئ أيضاً حقوقاً لمصلحة طرفيه . وإذا كان يجوز أن يكون محل الالتزام - حسب نص المادة ١٣١ - شيئاً مستقبلاً ، فهل يجوز أيضاً أن يكون محل الحق شيئاً مستقبلاً ؟ لم يُجب المشرع - بأجازته أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً - على هذا التساؤل .

وقد يُقال أن الالتزام بوصفه الوجه الآخر للحق ، فإن المشرع بقوله أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً يكون قد أجاز أيضاً أن يكون محل الحق شيئاً مستقبلاً . فالالتزام رابطة أو علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين . هذه العلاقة أو الرابطة تكون «التزاماً» إذا نُظر إليها من جانب المدين ، وتكون «حقاً» إذا نُظر إليها من جانب الدائن - ومن ثمَّ يغدو صحيحاً القول بأن محل الالتزام ، أو الحق ، يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً .

وهو قول حق لا اعتراض لنا عليه ، لكنه لا يشمل سوى نوع واحد فقط من الحقوق ، وهي الحقوق الشخصية - فالالتزام أو الحق الشخصي يجوز أن يكون محله شيئاً مستقبلاً . لكن هل يجوز أن يكون محل الحق العيني أيضاً شيئاً مستقبلاً ؟ فالمشتري والدائن المرتهن يهدف كل منهما إلى اكتساب حق عيني : حق ملكية للمشتري : وحق رهن للدائن المرتهن .

رغم المحاولات العديدة التي بذلها بعض الفقهاء^(١٣٢) لهدم التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني أو محاولة التقريب بينهما، فإن التمييز بينهما ما زال قائماً ومحتفظاً بأهميته . وإذا كان جوهر الحق الشخصي رابطة أو علاقة بين شخصين، فإن جوهر الحق العيني سلطة لشخص على شيء وعلى ذلك فإن المهم في الحق العيني هو تعيين الشيء محل الحق، إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء موجود ومعين بالذات .

والحق العيني يشمل - حسب هذا التصور - عنصرين أساسيين : مضمون الحق (سلطة) ومحل الحق (شيء مادي) ، ولا قيام للحق العيني دونها أو بدون أحدهما . فالحق العيني لا يكتمل ولا «يولد» إلا بإجماع عنصريه معاً، أما قبل ذلك فهو لم يوجد بعد ، أي ليس حقاً .

والنتيجة المنطقية واللازمة لهذا التحليل الصحيح هو أن الحق العيني لا يمكن - قانوناً - أن يكون محله شيئاً مستقبلاً ، فلكي يوجد الحق العيني يجب أن يتوافر له عنصران : السلطة والمحل . وإذا وجدت السلطة دون المحل ، لكونه شيئاً مستقبلاً ، فلا يمكن القول بميلاد الحق العيني قبل أن يوجد المحل ، أي قبل تحقق وجود الشيء المستقبل . ولذلك لا مفر من الانتظار حتى يوجد الشيء المستقبل وجوداً كاملاً حتى يمكن القول باكتمال عناصر الحق العيني ومن ثم وجوده من الناحية القانونية .

ولعل هذا هو السبب الصحيح للقول بأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري في العقود الواردة على أشياء مستقبلية إلا بعد تحقق وجود الشيء محل العقد وجوداً كاملاً . ذلك أنه لكي يمكن القول بانتقال الحق إلى المشتري ، يجب أن

(١٣٢) راجع في التفاصيل ، السنهوري ، المرجع السابق ، جزء ١ ، ص ١١٥ وما بعدها .

— L. Rigaud, Le droit reel, these Toulouse, 1912.

جمال زكي ، المرجع السابق ، ص ١٣ وما بعدها - مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول، حق الملكية، بيروت، ص ١٩ وما بعدها - الصده، مصادر الالتزام، ص ٧ وما بعدها .

يكون هذا الحق قد «لُد» بالفعل حتى يمكن القول بانتقاله ، أما قبل هذه اللحظة ، فلا يمكننا أن نتكلم عن تاريخ انتقال حق لم يولد بعد . وبتحقق وجود الشيء المستقبلي ، تكتمل عناصر الحق العيني بوجود محله ، ومن ثمَّ يكون صحيحاً القول بأن الحق ينتقل إلى المشتري في هذا التاريخ «تاريخ ميلاد الحق» . ومع اكتمال عناصر الحق ، ومن ثم وجوده ، يمكننا إذن أن نتكلم عن تاريخ انتقال الحق إلى الطرف الآخر . ولم تكن من قبيل الصدفة القول بأن الملكية تنتقل ، في البيع الوارد على شيء مستقبلي ، إلى المشتري «لحظة» تحقق وجود الشيء محل عقد البيع ، ففي هذه اللحظة فقط ، وليس قبلها ، «يولد» حق المشتري باكتمال عناصره (السلطة والمحل) ويمكن بالتالي تحديد تاريخ انتقاله . أما قبل هذه اللحظة ، أي لحظة وجود محل الحق ، فالحق لم يوجد بعد ، ويُعتبر من قبيل العبث أن نتكلم عن انتقال ملكية حق قبل «وجوده» .

ويترتب على هذا التحليل الصحيح في نظرنا ، أن «ميكانيزم» التصرف الوارد على شيء مستقبلي يكون كالآتي : ينشأ العقد صحيحاً ، نافذاً ، ملزماً لطرفيه إذا توافرت أسس وجود ، أي أركانه . ولا يمنع من ذلك كون العقد وارداً على شيء مستقبلي ، فمحل الالتزام يجوز ، بصريح نص المادة ١٣١ مدني ، أن يكون شيئاً مستقبلاً . لكن الحق المترتب على العقد لا ينتقل إلى المتعاقد إلا بعد تحقق وجود الشيء محل العقد وجوداً فعلياً . فالملكية مثلاً في عقد البيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد وجود الشيء المبيع (محل الحق) وجوداً كاملاً .

ولنا أن نتساءل عن الأهمية العملية لعقد بيع وارد على عقار مستقبلي ، وما هي الفوائد التي يجنيها المشتري من وراء مثل هذا العقد ؟ فالبائع يلتزم ببناء العقار المتفق عليه وينقل الملكية إلى المشتري ، وهذا الأخير يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه ، لكن الملكية لن تنتقل إلى المشتري إلا بعد الإنتهاء من أعمال البناء ، ووجود العقار وجوداً فعلياً ، لماذا إذاً تعاقد المشتري على شراء عقار مستقبلي إذا كانت الملكية لا تنتقل إلا بعد الانتهاء من البناء ؟ ألا يصبح

التعاقد بهذه الصورة أقرب إلى الوعد بالبيع منه إلى عقد بيع بات ونهائي ؟ أو هو - إذا جاز التعبير - عقد مع وقف التنفيذ ؟ .

وهكذا نجد أنفسنا في موقف «غريب» : عقد البيع الوارد على عقار مستقبل عقد صحيح ، بات ومُنجز ، إلا أن الملكية لن تنتقل إلى المشتري إلا بعد أن «يوجد» الحق ، وهو لن يوجد إلا باكتمال عناصره ، وهي لن تكتمل إلا بوجود محل الحق ، والمحل لن يوجد إلا بعد تحقق وجود العقار المبيع والانتهاء من البناء : فما الفائدة التي تعود على المشتري إذن في هذا الفرض ؟

تبدو أهمية هذه الملاحظات ، بل وخطورتها ، إذا عرفنا أن المجتمع عموماً يمر بمرحلة تطور ، وهو خلال تطوره هذا يكون دائماً في حالة «حركة» . ولا شك أن مرحلة التطور والبناء التي يمر بها المجتمع تؤدي إلى كثرة لجوء الأفراد إلى التصرفات الواردة على أشياء مستقبله لكونها تتلاءم مع الحالة التي يعيشها المجتمع اليوم . وليس من المقبول أن تظل فائدة التصرفات الواردة على أشياء مستقبله ضئيلة إن لم تكن معدومة ، رغم أهمية هذه التصرفات للمرحلة التي يمر بها المجتمع .

ولذلك أصبح من الضروري أن نبحث - في ضوء القواعد العامة - عن وسائل تساعد على «بعث» الروح في هذه التصرفات لكي تحقق الفائدة المرجوة منها وتساير تطور المجتمع ، بل وتساعد على هذا التطور بوصفها «أداة» من أدواته ووسيلة من وسائله .

ولعل في فكرة العقار بحسب المآل ما يساعد على إعادة «الحياة» و «الفاعلية» للتصرفات الواردة على أشياء مستقبله إذ ليس من المقبول أن تظل «عديمة» الفائدة من الناحية العملية في الوقت الذي تزايد فيه أهميتها ، ويزيد إقبال الأفراد على الأخذ بها . والوسيلة الوحيدة المتاحة في ضوء القواعد العامة ، وفي ظل غياب تنظيم تشريعي متكامل لمثل هذا النوع من التصرفات الهامة أو على الأقل لبعض صورها الهامة ، هي القول بأن الحق المترتب على العقد

«يولد» بمجرد إبرام العقد دون ضرورة للانتظار حتى يتحقق وجود الشيء موجوداً كاملاً . وهكذا «يوجد» حق مشترى عقار مستقبل من تاريخ انعقاد العقد .

لكن كيف والحق العيني لا يوجد إلا باكتمال عناصره : السلطة والمحل ، وهذا العنصر الأخير لم يوجد بعد . يمكن القول بأن محل الحق في هذه الحالة هو عقار ، لكنه عقار بحسب المآل . فإذا كان المصير القريب ، والمآل المحقق للعقار هو الوجود بحسب المجرى العادى للأمر ، فلماذا لا نعامله منذ لحظة إبرام العقد على أنه موجود بالفعل ويأخذ بالتالي أحكام العقار بوجه عام ، ومنها كونه صالحاً لأن يكون محلاً لحق المشتري ؟ لماذا إذن نؤخر «ميلاد» حق المشتري إلى حين تحقق وجود العقار وجوداً فعلياً ؟ وما المانع من التعجيل بهذه «اللحظة» ما دام أن الوجود الفعلي سيتحقق في القريب حسب الظروف والملايسات الواقعية ؟ نعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية من معاملة العقار محل الاتفاق على أنه موجود بالفعل وإعطاؤه حكم العقار بطبيعته ، لأنه حيث ينظر المتعاقدان (حق السطح ، بيع الشقق تحت الانشاء) أو القانون (رهن الأموال المستقبلية) . إلى عقار مستقبل على أن مصيره المحقق والقريب هو الوجود الفعلي ، فإنه يأخذ حينئذ حكم العقار الموجود بالفعل ويُعامل - قانوناً - على هذا الأساس ، ولا داعى لتأخير النتائج التي تترتب على ذلك إلى حين تحقق وجود العقار وجوداً فعلياً .

وهكذا نستطيع - باطمئنان - القول أن حق مشترى العقار المستقبل «يوجد» منذ لحظة انعقاد العقد لأن العقبة التي كانت تمنع «ولادته» قد زالت ، فقد اكتملت بهذه الصورة عناصر حق المشتري : السلطة والمحل وهو عقار بحسب المآل .

وبهذه الصورة نستطيع أن نُعيد «الفاعلية» للتصرفات الواردة على أشياء مستقبلية ، ولم تعد عقود مع «وقف» التنفيذ ، بل أصبحت عقود مُنتجة لكافة آثارها منذ لحظة إبرام العقد ، وبهذه الصورة أيضاً تستطيع التصرفات الواردة

على أشياء مستقبلية أن تقوم بدورها في تطور وتقدم المجتمع ، وتصبح وسيلة فعالة تلائم ظروف المجتمعات التي تمر بمرحلة «البناء» .

(المبحث الثالث) ماهية العقار بحسب المال

٤٦ - بعد أن استعرضنا تطبيقات العقار بحسب المال ، ورأينا أن الفكر القانوني لا يجهلها كفكرة أو مبدأ عام يجب إعماله كلما توافرت الشروط أو العناصر الضرورية التي حددها . ثم رأينا أيضاً كيف أن لهذه الفكرة أهمية عملية كبيرة كوسيلة تساعد على تأصيل الحلول القانونية لبعض الظواهر القانونية التي أفرزتها السنوات الأخيرة .

والعقار بحسب المال كنوع جديد من أنواع العقارات يُضاف إلى العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص يحتاج - بعد بيان شروطه وأهميته - إلى تحديد من حيث تمييزه عن غيره من الأفكار التي قد تختلط أو تتشابه معه من بعض الوجوه .

(المطلب الأول) العقار بحسب المال والشيء المستقبل

٤٧ - الشيء المستقبل هو الشيء الذي ليس وجود وقت نشأة الرابطة التعاقدية ، وعدم الوجود هنا يؤخذ بمعناه المادي وليس القانوني . فالشيء المستقبل ليس له وجود من الناحية المادية ، ووجوده لم يتحقق بعد وقت إبرام العقد . ومن ثَمَّ فليس المقصود هو أن الشيء موجود لكنه غير مملوك للمتصرف ، أي لم يدخل ذمته بعد .

وقد سبق أن رأينا^(١٣٣) أن العقار بحسب المال هو أيضاً شيء مستقبل لم

(١٣٣) راجع ما سبق ص ١٣٧ وما بعدها من القسم الأول.

يتحقق بعد ، لكن وجوده محقق في المستقبل القريب حسب المجرى العادي للأمر . وفي هذا النطاق يبدو التشابه تاماً - لأول وهله - بين العقار بحسب المآل والشيء المستقبل . فالعقار بحسب المآل ما هو إلا شيء مستقبل ، والشيء المستقبل هو الذي ليس له وجود مادي . لكن هذا التشابه الظاهري بين الفكرتين ، العقار بحسب المآل والشيء المستقبل ، ليس صحيحاً عند التعمق في النظر .

اعتدنا منذ بداية البحث على القول بأن العقار بحسب المآل هو عقار أو شيء مستقبل لم يتحقق من الناحية المادية ، لكن مآله المحقق ومصيره القريب هو الوجود الفعلي في المستقبل القريب ، وعندئذ يصبح عقاراً بطبيعته ، فما هي طبيعة هذا الشيء المستقبل الذي هو عقار حسب المآل قبل وجوده وجوداً فعلياً ؟

لا جدال في أن هذا الشيء المستقبل منقول بطبيعته . ورأينا أنه ما دام أن المصير المحقق لهذا المنقول ومآله القريب هو أن يصبح بالفعل عقاراً بطبيعته ، فليس هناك ما يمنع - في نظرنا - من إعطاء المنقول في هذا الفرض حكم العقار بطبيعته ومعاملته على هذا الأساس من البداية . فالعقار بحسب المآل هو في حقيقته منقول في الحال وعقار في الاستقبال .

٤٨ - لكن ما هو هذا المنقول الذي هو عقار بحسب المآل ؟ لا شك في أن المنقول هو مواد البناء اللازمة لعمليات البناء من طوب وإسمنت ورمل وحديد وغير ذلك من المواد التي تستخدم عادة في عمليات التشييد . وهذه المواد قد تكون موجودة بالفعل ، وقت إبرام العقد الوارد على عقار مستقبل ، فيكون العقار بحسب المآل في هذا الفرض منقولاً موجوداً بالفعل ومصيره المحقق القريب هو تحوله بالبناء إلى عقار بطبيعته ؛ وقد تكون هذه المواد غير موجودة ، إذا كان الملتزم بالبناء لم يحصل عليها بعد ، فيكون العقار بحسب المآل في هذا الفرض شيئاً مستقبلاً مصيره معروف ووجوده مؤكد حسب المجرى العادي للأمر . لكن لا أهمية - في رأينا - لوجود هذه المواد اللازمة

لعمليات البناء وقت نشأة الالتزام بالبناء . فقد توجد وقد لا توجد ، ولا يمنع ذلك - حسب المعنى الذى حددناه - من إضفاء صفة العقار بحسب المآل على الشيء المستقبل محل التعاقد . فالمهم - حسب الشروط التى حددناه للعقار بحسب المآل - ليس هو وجود المواد اللازمة لعمليات البناء ، وإنما هو كون الشيء المستقبل محل التعاقد محقق الوجود ، وأن يكون تحوله إلى عقار بطبيعته مؤكداً الوقوع حسب المجرى العادى للأمور وطبقاً لظروف الواقع وملابساته .

وبهذا المعنى للشيء المستقبل الذى هو عقار بحسب المآل ، يمكننا أن نستنتج الفروق الآتية بين كل من الشيء المستقبل من ناحية والعقار بحسب المآل من ناحية أخرى .

أولاً : كل شيء مستقبل ليس بالضرورة عقاراً بحسب المآل .

٤٩ - رأينا أن العقار بحسب المآل - بالمعنى الذى حددناه - هو عقار مستقبل لم يوجد بعد ، لكن مصيره - حسب المجرى العادى للأمور - محقق في المستقبل القريب . وهو بهذا المعنى قد يكون شيئاً مستقبلاً لم يوجد وجوداً مادياً . لكن ليست كل الأشياء المستقبلية تصلح لأن تكون عقاراً بحسب المآل . فالشيء المستقبل الذى تتوافر له الشروط أو العناصر التى سبق تحديدها هو وحده الذى يمكن اعتباره - قانوناً - عقاراً بحسب المآل ، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فلا يمكن اعتبار الشيء رغم كونه مستقبلاً عقاراً بحسب المآل .

فالشيء المستقبل يجب ، حتى يمكن أضفاء صفة العقار بحسب المآل عليه ، أن يكون مصيره القريب وماله الحتمى هو الوجود الفعلى طبقاً لظروف الواقع وملابساته . أما إذا كان مصير الشيء المستقبل ووجوده الفعلى غير مؤكداً وغير معروف على وجه التحديد ، أي وجوده يحتمل الشك ، فقد يوجد وقد لا يوجد ، أو أن وجوده متروك لعوامل مستقبله قد تتحقق وقد لا تتحقق ، فلا يمكن اعتباره فى هذه الفروض ، وغيرها من الفروض المشابهة ، عقاراً بحسب المآل .

ثانياً : كل عقار بحسب المآل ليس بالضرورة شيئاً مستقبلاً

٥٠ - إذا كان العقار بحسب المآل قد يكون شيئاً مستقبلاً في بعض الفروض، إلا أنه ليس دائماً بالضرورة شيئاً مستقبلاً . فقد يكون منقولاً بطبيعته إذا كانت المواد اللازمة للبناء موجودة بالفعل وقت نشأة الرابطة التعاقدية، ويكون الأمر المستقبل في العقار بحسب المآل ليس وجوده، بل هو صفته كعقار. فالعقار بحسب المآل هو في حقيقته - في هذا الفرض - منقول في الحال وعقار بحسب المآل (في الاستقبال)، إلا أنه قد يكون - أحياناً - شيئاً مستقبلاً إذا كانت المواد اللازمة لعمليات البناء غير موجودة وقت التعاقد ، ويكون الأمر المستقبل هو وجود ذاته ، ولس فقط صفته كعقار ، وهو في حقيقته - في هذه الحالة - شيء مستقبل لم يتحقق وجوده الفعلي بعد ، لكن ذلك لا يمنع من إضفاء صفة العقار بحسب المآل عليه ما دام أن وجوده وتحوله إلى عقار بطبيعته محقق الوجود في المستقبل القريب حسب المجرى العادي للأمور .

ثالثاً : الشيء المستقبل محل للالتزام والعقار بحسب المآل محل للحق العيني .

٥١ - جرت عادة الفقه عامة^(١٣٤) على القول بأن العقد لا ينشأ ولا يقوم قانوناً إلا إذا توافرت له أسس وجوده ، أي أركانه . ويقوم العقد ، كقاعدة

(١٣٤) راجع السنهاوري ، المرجع السابق - الجزء الأول ، ص ١٨٢ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٦٩ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، نظرية العقد والإرادة المقررة ، ص ٨٦ ، ٨٧ عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، المصادر الإرادية ، المجلد الأول ، ١٩٨٢ ، ص ٢٨٦ وما بعدها - الصده ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ م ، ٧٨ وما بعدها - أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، ١٩٦٥ ، ص ٥٠ ، فقرة ٣٧ - ربنه دافيد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ وما بعدها .

عامه ، على ثلاثة أركان لا يقوم بغيرها وهي : الرضا والمحل والسبب^(١٣٥) ، وذلك إلى جانب الشكل في بعض العقود القليلة التي تسمى بالعقود الشكلية .

وإذا كان الفقه في غالبية يعتبر المحل ركناً في العقد ، إلا أنه يفرق بين محل العقد *object du Contrat* ومحل الالتزام *object de l'obligation*^(١٣٦) . ويقصد بمحل العقد العملية القانونية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من وراء العقد أو - بعبارة أخرى - مجموع الالتزامات الناتجة عن العقد ، أما محل الالتزام فهو الأداء *la prestation* الذي يلتزم به المتعاقد بمقتضى العقد .

وبذلك فإن القول - كما هو الحال في المادة ١٣١ من التقنين المدني المصري - أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً ، هو قول غير دقيق . فمحل الالتزام ليس شيئاً ، وإنما هو أداء خدمة معينة قد تكون إعطاءً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل^(١٣٧) . أما الشيء فهو محل الأداء وليس محل الالتزام^(١٣٨) .

وبهذا المفهوم لمحل الالتزام ، وبهذه التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام ومحل الأداء يجب فهم قول المشرع المصري بجواز أن يكون محل الالتزام شيئاً

(١٣٥) وإن كان البعض يرى أن العقد يقوم في العقود الرضائية - على ركنين فقط : التراضي أو الرضا والسبب ، أما المحل فهو - في رأيهم - ركن في الالتزام لا في العقد ، راجع السنهاوري ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ ، فقره ٦٨ .

(١٣٦) — N. L. et Jean Mazeaud, op. cit. par Chalas, P. 221, No 231.

— Martyet Raynaud, op. cit. T. 2, 1er. vol 962, P. 150, No 224.

— Stark, op. cit. P. 434.

— Carbonnier, op. cit. p. 84.

— J. Ghestin, op. cit. p. 414.

— P. Simter, La nullité partielle des acts Juridiques, 1969, Paris, L. G. D. J., P. 25 ets.

(١٣٧) ويرى البعض أن الالتزام بإعطاء شيء معين ، مثل نقل ملكية هذا الشيء أو ترتيب حق عيني آخر عليه ليس في حقيقته سوى التزام بعمل ، راجع ، عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٥ وما بعدها .

(١٣٨) — Martyet Raynaud, op. cit. p. 150, No 164.

مستقبلاً ، وقول المشرع الكويتي بجواز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل (م ١٦٨ مدنى) .

وهذا المعنى أيضاً لمحل الالتزام ، يبدو أن الأهمية العملية لمبدأ جواز أن يكون محلاً للالتزام شيئاً مستقبلاً الذي حرص كل من المشرع المصري والكويتي النص عليه ، تكاد تكون محدودة .

فالالتزام ، أو بمعنى أدق الأداء ، قد يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل ، كما قد يكون إعطاء شيء معين . فمن ناحية ، نجد أن الالتزامات بعمل أو امتناع عن عمل ، يكون محلها دائماً بالضرورة شيئاً مستقبلاً . وبالتالي فإن جواز التعامل في الأشياء المستقبلة لا يرجع في كل هذه الالتزامات (عمل وامتناع عن عمل) إلى نص المشرع ، بل إلى طبيعة هذه الالتزامات ذاتها^(١٣٩) . فالمحل في هذه الالتزامات لا يمكن - بحكم طبيعة الأشياء - إلا أن يكون شيئاً مستقبلاً . وفي هذا النطاق يبدو قول المشرع بجواز أن يكون محلاً للالتزام شيئاً مستقبلاً تزيد لا فائدة منه . ولا شك أن هذه الالتزامات تشكل جزءاً كبيراً من الالتزامات الواردة على أشياء مستقبلة بوجه عام .

وبذلك تنحصر فائدة مبدأ جواز التعامل في أشياء مستقبلة بالنسبة للالتزامات التي يكون محلها إعطاء شيء معين . وفي هذا النطاق تبدو أهمية النص على جواز أن يرد الالتزام على شيء مستقبل . فهذا النوع من الالتزام يمكن أن يكون محله شيئاً موجوداً بالفعل وقت إبرام العقد ، أو شيئاً مستقبلاً لم يوجد بعد .

ومن ناحية أخرى ، فإنه حتى في هذا النطاق الذي تبدو فيه أهمية النص على جواز التعامل في أشياء مستقبلة ، وهي الالتزامات التي يكون محلها إعطاء شيء معين فإن الفائدة العملية لها تبدو ضئيلة .

فقد سبق أن رأينا^(١٤٠) أن الملكية في العقود الواردة على أشياء مستقبلة لا

— Planiol et Ripet, Traite platiue, T. 4 par Esmein, 1952, p. 273.

(١٣٩)

(١٤٠) راجع ما سبق ص ١٨٠ وما بعدها من القسم الأول.

تنتقل إلى المشتري إلا بعد وجود الشيء محل التعاقد وجوداً فعلياً . أما قبل هذه اللحظة ، أي لحظة إكتمال وجود الشيء ، فهو ، أي المشتري ، دائن وليس مالكا . ولا شك أن عقداً كهذا يكاد يقترب ، بالنسبة للمشتري ، إلى الوعد بالبيع منه إلى عقد بات ونهائي . ومن أجل هذا رأينا ضرورة البحث عن وسيلة «تبعث الحياة في العقود الواردة على عقارات مستقبله وتعيد لها «فعاليتها» لكي تستطيع أن تقوم بدورها المتزايد من حيث الأهمية في المجتمعات المعاصرة .

٥٢ - وقد وجدنا هذه الوسيلة في فكرة العقار بحسب المآل . وجوهر هذه الفكرة هو أنه ما دام أن العقار المستقبل محل العقد مصيره القريب ومآله المؤكد حسب المجرى العادي للأمر هو الوجود الفعلي ، فلماذا لا يأخذ منذ لحظة إبرام العقد حكم العقار بطبيعته ونعامله على هذا الأساس ؟ وبهذه الطريقة نستطيع أن نقول أن حق المشتري «يولد» منذ لحظة إبرام العقد ومحلّه هو العقار بحسب المآل . وهكذا يمكن تصور انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد العقد أو بعد اتخاذ الاجراءات الواجبة في بعض الحالات .

ومن هذا التحليل نستطيع - دون عناء - القول بأنه إذا كان الشيء المستقبل هو محل الالتزام ، فإن العقار بحسب المآل هو محل الحق . فالمشرع ، سواء في مصر أو في الكويت أو في فرنسا ، حينما أجاز التعامل في شأن الأشياء المستقبلية نظر إليها ، أي إلى الأشياء المستقبلية ، على أنها تصلح محلاً للالتزام فقط ، لكنها لا تصلح ، بهذه الصفة ، أن تكون محلاً للحق . وليس أدل على ذلك من إجماع الفقه على أنه بالرغم من أن العقد الوارد على شيء مستقبل عقد صحيح ، ملزم ، نافذ ، إلا أن حق المشتري لا ينتقل إليه إلا بعد وجود الشيء محل العقد وجوداً مادياً - والسبب في ذلك يرجع إلى أن الحق لا ينتقل إلا بعد أن «يولد» ، وهو لن «يولد» إلا باكتمال عناصره ، وهي لن تكتمل إلا بعد وجود المحل ، وهذا الأخير لن يُوجد إلا بعد وجود الشيء محل التعاقد .

فالشيء المستقبل إذن رغم كونه يصلح أن يكون محلاً للالتزام بدليل أن

العقد الوارد عليه يقع صحيحاً ملزماً لطرفيه ، إلا أنه لا يصلح أن يكون محلاً للحق بدليل أن الحق لا ينتقل إلى المشتري إلا بعد وجود العقار محل التعاقد وجوداً مادياً ، رغم أن العقد قد انعقد صحيحاً منتجاً لآثاره ومنها ، بل أهمها ، انتقال الملكية إلى المشتري .

أما محل الحق في التصرفات الواردة على عقارات مستقبلية ، فهو العقار بحسب المآل وليس الشيء المستقبل الذي لا يصلح أن يكون محلاً للحق ، وطالما أن للحق محل ، وهو العقار بحسب المآل ، فليس هناك إذن ما يمنع من القول بوجود الحق منذ لحظة إبرام العقد ، ومن انتقاله إلى المشتري بعد اتخاذ الاجراءات الواجبة لنقل الملكية العقارية .

(المطلب الثاني)

العقار بحسب المآل والمنقول بحسب المآل

٥٣ - رأينا أن العقار بحسب المآل يقوم على فكرة جوهرية مقتضاها أنه حيث ينظر القانون (رهن العقار المستقبل) أو المتعاقدان (حق السطح وبيع الشقق تحت الانشاء) إلى عقار مستقبل على أن مصيره القريب ومآله المحقق حسب المجرى العادى للأمور هو «الوجود» خلال مدة محدودة ، وأن التعامل قد جرى بين الطرفين على أساس ذلك ، فإن العقار المستقبل يأخذ عندئذ حكم العقار الموجود بالفعل ، منذ لحظة إبرام العقد ، ويُعامل على هذا الأساس .

وبهذا المفهوم لفكرة العقار بحسب المآل ، فإنه يُعتبر وسيلة من وسائل الافتراض القانوني المخالف للواقع . فالعقار بحسب المآل هو في حقيقته عقار مستقبل لم يوجد بعد ، ومع ذلك تتم معاملته على أنه موجود بالفعل لأن مصيره القريب محقق ومآله مؤكد من حيث وجوده بحسب المجرى العادى للأمور .

وبهذا المعنى لفكرة العقار بحسب المآل ، فإنها تتشابه تماماً - من هذه الناحية - مع فكرة المنقول بحسب المآل . فهذه الفكرة الأخيرة ، كوسيلة من وسائل الافتراض القانوني ، تقوم على أساس أنه إذا وجد عقار بطبيعته على وشك أن يؤول منقولاً بحصده أو هدمه أو قطعه ، فإن العقار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول^(١٤١) .

وفي هذا النطاق يبدو التشابه كاملاً بين الفكرتين : العقار بحسب المآل والمنقول بحسب المآل . فكلاهما وسيلة من وسائل الافتراض القانوني . ففي العقار بحسب المآل نرى منقولاً يُعتبر عقاراً ، وفي المنقول بحسب المآل نرى عقاراً يُعتبر منقولاً .

إلا أنه ليس معنى ذلك أن فكرة العقار بحسب المآل تتشابه تشابهاً تاماً من جميع النواحي مع فكرة المنقول بحسب المآل - فرغم هذا التشابه بينهما من بعض النواحي ، إلا أن هناك - مع ذلك - بينهما بعض الفروق فصلها فيما يلي :

أولاً : من حيث المحل :

٥٤ - تقوم فكرة المنقول بحسب المآل على قاعدة مؤداها أنه حيث يوجد عقار على وشك أن يتحول إلى منقول بحصده أو هدمه أو قطعه ، ويجرى التعامل بين الأفراد على أساس أيلولة العقار منقولاً ، فإن العقار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول وتطبق عليه أحكام المنقول رغم أنه ما زال عقاراً^(١٤٢) .

ولا شك أن العقار محل المنقول بحسب المآل ليس شيئاً مستقبلاً لم يوجد بعد ، بل هو شيء حاضر وموجود بالفعل . والأمر المستقبل فيه ليس هو وجوده ، بل هو صفة كمنقول . ومحل المنقول بحسب المآل هو في حقيقته عقار في الحال ومنقول في الاستقبال^(١٤٣) .

(١٤١) راجع ما سبق ص ١٨٠ من القسم الأول.

(١٤٢) راجع ما سبق ص ١٨٠ من القسم الأول.

(١٤٣) انظر حسن كيره، المرجع السابق، ص ١٠٥ - دي باج وديكرز، الجزء ٥، ١٩٥٢، فقره

أما المحل في العقار بحسب المآل فهو ليس دائماً حاضراً وموجوداً فعلاً ، وإنما قد يكون شيئاً مستقبلاً . بعبارة أخرى ، إذا كان محل المنقول بحسب المآل هو شيء (عقار) حاضر وموجود دائماً وفي جميع الظروف ، فإن محل العقار بحسب المآل يكون أحياناً موجوداً وحاضراً ، وأحياناً أخرى شيئاً مستقبلاً . فقد تكون مواد البناء اللازمة لعمليات البناء من طوب وإسمنت ورمل وحديد وغير ذلك موجوده بالفعل وقت إبرام العقد الوارد على عقار مستقبل ، فيكون محل العقار بحسب المآل منقولاً موجوداً وحاضراً بالفعل (مواد البناء) ، ويكون الأمر المستقبل في العقار بحسب المآل ليس هو وجوده ، بل هو صفته كعقار . وفي هذا النطاق يبدو التشابه كاملاً بين فكري المنقول بحسب المآل والعقار بحسب المآل .

ألا أنه قد لا توجد مواد البناء وقت إبرام العقد الوارد على عقار مستقبل ، كأن يكون البائع لم يتمكن من الحصول عليها بعد وقت إبرام العقد ، فيكون محل العقار بحسب المآل في هذا الفرض شيئاً مستقبلاً ؛ منقولاً (مواد البناء) لم يوجد بعد . وهنا يبدو الاختلاف واضحاً بين الفكرتين . فعدم وجود محل العقار بحسب المآل وقت إبرام العقد لا يمنع من اعتبار العقار المستقبل عقاراً بحسب المآل ما دام أن مصيره القريب وماله المؤكد هو الوجود حسب المجرى العادى للأموال ولا أهمية - في اعتقادنا - لوجود مواد البناء وأدواته وقت إبرام العقد لدى البائع أو عدم وجودها إذا كان لم يتمكن من الحصول عليها لحظة انعقاد العقد . فالمباني والمنشآت تكون - دون أدنى شك - قبل تشييدها مجموعة من مواد البناء وأدواته ، فكانت بذلك منقولاً . فهي كميات من الطوب والأسمنت والرمل والحديد والخشب والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء . وهي لا تصبُح عقاراً إلا إذا اندمجت في الأرض وأصبحت ثابتة ومستقرة ، لا يمكن نقلها إلا إذا هدمت . فالعقار بحسب المآل يكون إذن قبل تشييده جملة من مواد البناء وأدواته ، أي منقولاً . يستوى بعد ذلك أن يكون هذا المنقول ، الذي هو محل العقار بحسب المآل ، موجوداً بالفعل وقت إبرام العقد أم لا . فلا أهمية لما إذا كان البائع في بيع الشقق تحت

الإشياء مثلاً قد استطاع بالفعل الحصول على المواد اللازمة للبناء وتشوينها ، استعداداً للبدء في البناء ، أو أنه لم يكن قد حصل على هذه المواد بعد . فالعقار بحسب المال هو بالضرورة - قبل أن يُصبح عقاراً بطبيعته - منقولاً يتمثل في مواد البناء ، يستوى بعد ذلك أن تكون هذه المواد موجودة وقت نشأة الرابطة التعاقدية أم لا . واندماج هذه المنقولات بالأرض هو الذي يُضفي عليها وصف العقار بطبيعته ، فقبل الاندماج تكون منقولاً ، وبعد الاندماج تكون عقاراً . وما دام أن هذا الاندماج L'incorporation سيحقق في المستقبل القريب حسب المجرى العادي للأمور ، فليس هناك ما يمنع - في نظرنا - من إعطاء هذه المنقولات حكم العقار قبل الاندماج . فالاستقبال في العقار بحسب المال يرد إذن على الاندماج الذي به تتحقق الصفة العقارية لمواد البناء .

وفكرة العقار بحسب المال بهذا المعنى ، أي باعتبار أن الاستقبال يرد فقط على عنصر الاندماج - الشرط الضروري والكافي في نفس الوقت لإضفاء صفة العقار على مواد البناء - لا تتعارض مع المعيار المادي corporel للعقار ، ذلك المعيار الذي اعتمدته المشرع في كل من مصر والكويت وفرنسا^(١٤٤) . فالعقار - حسب هذا المعيار - هو كل حجم volume مُلتصق أو مندمج incorpore وليس حجماً مجرداً أو مفرعاً^(١٤٥) . والعقار بحسب المال لا يخرج أو يشذ عن هذا المعيار . فهو ، أي العقار بحسب المال - حجم مندمج ، أو بالأدق قابل للاندماج ، كل ما في الأمر أن هذا الاندماج سيحقق في المستقبل القريب حسب ظروف الواقع وملايساته .

ومن ناحية أخرى ، تتفق فكرة العقار بحسب المال مع التقسيم

(١٤٤) راجع المواد : ٨٢ مدنى مصرى ، ٢٤ مدنى كويتي ، ٥١٨ مدنى فرنسى ، وقد أخذت القوانين العربية هذا المعيار ، راجع المواد : ٨٤ مدنى سورى ، ٨٢ مدنى ليبي - ٦٢ مدنى عراقي

(١٤٥) راجع المعيار الذي اقترحه البعض لتقسيم جديد للأموال بدلاً من المعيار المعمول به الآن ، ما سبق ص ١٥٠ وما بعدها .

الأساسي للأشياء إلى عقار ومنقول . فهذا التقسيم ما زال - رغم كثرة ما تعرض له من نقد -^(١٤٦) تقسيماً أساسياً لا يمكن - في ظل الوضع الحالي لنصوص القانون - الاستغناء عنه . ويترتب على ذلك أن هذه الفكرة يمكن الأخذ بها في ضوء القواعد العامة نظراً لاتفاقها مع القواعد والتقسيمات الرئيسية المعمول بها حالياً .

ثانياً : من حيث الهدف :

٥٦ - رأينا أن المشرع المصري^(١٤٧) ، وكذلك المشرع الكويتي والفرنسي ، قد أخذ بتقسيم الأشياء والحقوق التي ترد عليها^(١٤٨) إلى عقار ومنقول . ويترتب على هذا التقسيم نتائج كثيرة ترجع في مجملها إلى طبيعة الأشياء . فالعقار له مقر ثابت معروف ومحدد ، بينما المنقول متنقل - كما يبدو من اسمه - من مكان لآخر لا يكاد يستقر في مكان واحد .

وقد أحاط المشرع التعامل في العقار بإجراءات متعددة تهدف - بالدرجة الأولى - إلى عدم التسرع والتريث وتحديد وضع وحالة العقار بدقة من حيث مالكة والحقوق التي ترد عليه حتى إذا ما أقدم الغير على التعامل بشأنه كان على علم كافٍ بالوضع الحقيقي للعقار ولذا تنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦^(١٤٩) تنص على أن «جميع التصرفات التي من

(١٤٦) سافاتييه ، مقاله السابقة ، ص ١ وما بعدها - البارودي ، المقالة السابقة ، ص ٥٠ وما بعدها .

(١٤٧) انظر ما سبق ص ١٣٥ وما بعدها .

(١٤٨) ويلاحظ أن للأشياء المادية تقسيمات أخرى مختلفة كالأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك ، الأشياء المثلثة والقيمية ، راجع المواد ٨٤ ، ٨٥ مدني مصري ، ٢٨ ، ٢٩ مدني كويتي . كما أن الأموال ، أي الحقوق التي ترد على الأشياء المادية تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، راجع السهوري ، المرجع السابق ، جزء ٨ ، ص ١٨٠ وما بعدها .

(١٤٩) وقد وضع هذا القانون موضع التنفيذ ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ م . ويقابل هذا النص المادة ٩ من المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ م الخاص بالتسجيل العقاري في الكويت .

شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصليه أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل . . . » .

ولم يطبق المشرع هذه الاجراءات على المنقول نظراً لما يجب أن يتميز به التعامل في المنقول بالبساطة التي تتفق مع سرعة تنقله من يدٍ إلى أخرى^(١٥٠) ، واستعاض عنها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز^(١٥١) .

والعقار الذي أوشك أن يصبح منقولاً يجب إخضاعه لأحكام وإجراءات التعامل في العقار ، لأنه ما زال عقاراً ولم يتحول بعد إلى منقول . ولكن نظراً لما تتميز به إجراءات التعامل في العقار من بطء وتعقيد يستغرق وقتاً ومالاً ، فقد رأى الفقه^(١٥٢) إخضاع العقار لحكم المنقول إذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول ونُظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار ويسمى حينئذٍ منقولاً بحسب المال . وبذلك يمكننا القول بأن فكرة المنقول بحسب المال تهدف أساساً إلى تطبيق أحكام المنقول التي تتميز بالسهولة واليسر على العقار الذي بات تحوله إلى منقول وشيكاً . فإذا كان العقار موشك أن يؤول إلى منقول فلا داعى لتطبيق أحكام إجراءات العقار نظراً لما تتميز به من بطء وتعقيد ، بل تطبق أحكام المنقول لما تتميز به من سهولة ويسر .

أما فكرة العقار بحسب المال فالهدف منها يختلف عن ذلك تماماً ، بل أكاد أقول أنها تهدف إلى عكس ما تهدف إليه فكرة المنقول بحسب المال . فهذه الأخيرة تؤدي إلى اعتبار العقار الذي أوشك على الانفصال عن أصله في

(١٥٠) باستثناء بعض المنقولات التي تخضع لنفس إجراءات التعامل في العقار . مقال ذلك السفن التي نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها رهنأ رسمياً ، والمحل التجاري الذي نظم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ إجراءات بيعه ورهنه .

(١٥١) راجع المادة ٩٧٦ من التقين المدنى المصرى ، والمادة ٩٣٧ من التقين المدنى الكويتي .

(١٥٢) وقد نص المشرع الكويتي على عكس المشرع المصرى ، على المنقول بحسب المال صراحة ، راجع المادة ٢/٢٤ تمدنى .

حكم المنقول ، بينما تؤدي فكرة العقار بحسب المآل إلى اعتبار المنقول (مواد البناء) في حكم العقار قبل اندماجها بالأرض . ففكرة العقار بحسب المآل لا تهدف إذن، كما هو الحال بالنسبة لفكرة المنقول بحسب المآل، إلى تبسيط إجراءات التعامل في العقار ، بل تهدف إلى هدف آخر مغاير تماماً .

فقد سبق أن رأينا^(١٥٣) أن الملكية لا تنتقل في التصرفات الواردة على أشياء مستقبله ، إلا بعد وجود الشيء محل التعاقد موجوداً فعلياً ، وإذا كان هذا الشيء المستقبل ، عقاراً ، فالملكية لا تنتقل بمجرد وجود الشيء ، وإنما يجب - بالإضافة إلى ذلك ، اتخاذ إجراءات التسجيل اللازمة . وقد لاحظنا أن «ميكانيزم» التصرفات الواردة على عقارات مستقبله بهذه الصورة يؤدي إلى تقليل الفائدة العملية لمثل هذه التصرفات في الوقت الذي تزايد فيه أهميتها ويتزايد إقبال الأفراد عليها .

وقد اقترحنا فكرة العقار بحسب المآل «لبعث» الروح في هذه التصرفات لتصبح أداة فعالة في المجتمع ، تساعد على تطوره في مرحلة البناء التي يمر بها الآن . ذلك أنه عن طريق فكرة العقار بحسب المآل ، نستطيع القول بأن حق المشتري مثلاً أو الدائن المرتهن «يوجد» منذ لحظة إبرام العقد لاكتمال عناصره ، السلطه والمحل (عقار بحسب المآل) ويمكن بالتالي القول بانتقاله إذا ما تمت الاجراءات الضرورية لذلك . وبهذه الصورة يمكن للتصرفات الواردة على أشياء مستقلة أن تؤدي دورها في بناء وتطور المجتمع ، وتعود لها أهميتها من الناحية العملية ، بعد أن انعدمت أو كادت أهميتها .

(١٥٣) انظر ما سبق ص ٩٦ وما بعدها من القسم الأول.

(الخلاصة)

٥٧- يتطور القانون ويتغير بتطور وتغير المجتمع الذي يُطبق فيه . والقانون لا «يعيش» بمعزل عن المجتمع الذي يُطبق فيه ، بل يتفاعل مع ظروف هذا المجتمع ، يؤثر ويتأثر بها ، ويرتبط بتقاليد المجتمع ومعتقداته . والقانون حينما يصدر يضع - دائماً - نصب عينيه ظروف المجتمع الذي يطبق فيه ، ودرجة تطوره ، ونوعية المشاكل والأزمات التي يعيشها ، لكي يأتي متلائماً مع هذه الظروف ، ويكون عاملاً من عوامل حل هذه المشاكل ، أو بالأقل عدم تفاقمها .

لكن ظروف المجتمع قد تتغير ، وواقعه قد يتطور ، وتتغير نوعية الأزمات والمشاكل التي كانت موجودة وقت صدور القانون ، أو تطراً مشاكل لم تكن موجودة على الإطلاق وقت صدور القانون ولم يضع بالتالي حلاً لها . وهنا نجد صعوبة كبيرة في كيفية حل وتأصيل هذه المشاكل التي لم ينظمها القانون ولم يضع من ثم حلاً لها .

ولا شك أن الحل الأمثل لمواجهة هذه الصعوبات «الجديدة» هو تدخل المشرع لتعديل القانون لكي يأخذ في الاعتبار هذه المشاكل وينظمها تنظيمياً شاملاً . لكن إلى أن يأخذ المشرع المبادرة لتعديل القانون ، ويستجيب لنداء الواقع ، وهي استجابة غالباً ما تكون متأخرة ، يجب على الفكر القانوني أن يبحث عن حل لهذه الصعوبات في ضوء القواعد القانونية العامة التي وإن كانت لا تجيز مثل هذا الحل صراحة ، إلا أنها لا تمنع - على الأقل - من الأخذ به .

ولا شك في أن التصرفات الواردة على أشياء مستقبله ليست حديثه ، بل عرفها المجتمع منذ القدم . ولم تكن هذه التصرفات - رغم إجازتها - منتشرة ،

ولم يلجأ إليها الأفراد إلا نادراً ، باعتبارها وسيلة استثنائية من وسائل التعامل ، لا يجب من ثم اللجوء إليها إلا للضرورة .

لكن هذه التصرفات بدأت في السنوات الأخيرة في الانتشار ، وازداد لجوء الأفراد إليها ، وتغيرت بالتالي هذه النظرة «الاستثنائية» إليها ، وأصبحت - بحق - وسيلة مألوفة في التعامل التي تتناسب مع الظروف الحالية للمجتمع . ذلك أن المجتمع يمر الآن بمرحلة من مراحل التطور ، إي هو الآن في مرحلة «البناء» . ولا شك في أن هذه المرحلة من مراحل «البناء» بما تتميز به من سرعة في التعامل تتلاءم معها التصرفات الواردة على أشياء مستقبله أكثر من غيرها .

ولم يواكب هذا التطور الواقعي تطوراً تشريعياً مماثلاً ، واكتفى المشرع بالنص على جواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، لكنه لم ينظم هذه التصرفات وتركها لحكم القواعد العامة في العقود ، وهي قواعد وضعت أصلاً للعقود الواردة على أشياء موجودة ولا تتناسب - بداهة - مع التصرفات الواردة على أشياء غير موجودة وقت إبرام العقد .

وقد أدى تطبيق القواعد العامة على التصرفات الواردة على أشياء مستقبلية إلى «انعدام» الفائدة العملية تقريباً لمثل هذه التصرفات . فالعقود عموماً ترتب - بداهة - التزامات وحقوق ؛ وإذا كان يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، فلا يجوز أن يكون محل الحق شيئاً مستقبلاً ، وإنما يجب أن يكون «موجوداً» وقت إبرام العقد . ولهذا فإن التصرف الوارد على شيء مستقبل وإن كان يقع صحيحاً وناظراً ، إلا أن الحقوق الناتجة عنه لا «توجد» وبالتالي لا تنتقل إلى المتعاقد إلا بعد وجود الشيء محل التعاقد وجوداً فعلياً . وعقد هذا شأنه لا يكاد يحقق لمشتري عقاراً مستقبلاً مثلاً ، أو لمرتهن عقاراً لم يوجد بعد أي فائدة . فما هي الفائدة التي تعود على مشتري شقة مستقبلية ، إذا كانت الملكية لا تنتقل إليه إلا بعد وجود الشقة والانتفاء من بنائها .

ولهذا وجدنا من الضروري البحث عن وسيلة تُعيد «الحياة» إلى التصرفات الواردة على عقارات مستقبلية ، حتى لا تظل «عقيمة» أو عديمة

الجدوى بهذه الصورة ، وحتى يمكن لها أن تقوم بدورها الفعال في المجتمعات باعتبارها أداة من أدوات تطور هذه المجتمعات ، وعاملاً من عوامل بنائها .

وقد وجدنا هذه الوسيلة في فكرة العقار بحسب المال . وهي فكرة تقوم في جوهرها على أساس إعطاء العقار المستقبل حكم العقار بطبيعته منذ لحظة انعقاد العقد ومعاملته على هذا الأساس بشرط أن يكون وجود هذا العقار هو في المستقبل القريب مؤكداً حسب المجرى العادي للأمر .

وبهذا يمكننا التغلب على العقبة الفنية التي تمنع من انتقال حق الملكية مثلاً إلى المشتري إلا بعد وجود العقار محل التعاقد وجوداً فعلياً . فحق الملكية لا يمكن - بداهة - أن ينتقل إلى المشتري إلا بعد وجوده ، وهو لن يوجد إلا بعد اكتمال عناصره ، وهذه العناصر لن تكتمل إلا بوجود العقار وجوداً فعلياً باعتباره محل حق الملكية . فالحق العيني لا يوجد قبل وجود محله ، وبعبارة أخرى لا «يولد» إلا باكتمال عناصره : السلطة والمحل .

وإذا أمكننا إضفاء صفة العقار بطبيعته على العقار المستقبل (مواد البناء) ، فإنه يصلح - في هذه الحالة - أن يكون محلاً للحق . وبذلك يمكن القول أن حق المشتري «يولد» منذ لحظة إبرام العقد لأنه في هذه اللحظة تكتمل عناصره : السلطة والمحل (العقار بحسب المال) وأمكن بالتالي القول بانتقال الحق إليه بعد إتخاذ الاجراءات الضرورية لنقل حق الملكية .

وبهذه الصورة تعود إلى التصرفات الواردة على عقارات مستقبله «فاعليتها» ، وتحقق الهدف منها لتساهم - ولو بنصيب ضئيل - في بناء المجتمع الحديث بدعمها وتشجيعها للائتمان الذي أصبح لا غنى عنه في أي مجتمع .

وفكرة العقار بحسب المال ليست «بدعة» . فهي - بالصورة التي حددناها - من قبيل المجاز أو الافتراض القانوني Fiction juridique . وتقوم في جوهرها على إعطاء العقار المستقبل حكم العقار بطبيعته الموجود وجوداً فعلياً . والافتراض القانوني - كوسيلة فنية - ليس غريباً على الفكر القانوني بوجه عام .

فقد يلجأ الشرع إلى الافتراض أو المجاز القانوني لتحقيق غاية أو هدف معين كما فعل بالنسبة للمنقول بحسب المال^(١٥٤) .

وبعد أن أوضحنا أن فكرة العقار بحسب المال لها أهميتها من الناحية العملية، وأنها ليست - من حيث أساسها - بدعة ، وأن لها تطبيقات متعددة ، ففقهية وتشريعية ، حددنا الشرط التي يجب توافرها حتى يمكن إضفاء صفة العقار بطبيعته على «مواد بناء» قبل اندماجها في الأرض . ثم رأينا أن هذه الفكرة، العقار بحسب المال، وإن كانت تقترب من بعض الأفكار الأخرى المعروفة للفكر القانوني ، إلا أنها تحمل بين طياتها ما يميزها بوضوح عن غيرها من هذه الأفكار .

وفكرة كهذه ، لها أهميتها العملية ، ولها تطبيقاتها المتعددة ، ولها ما يميزها عن غيرها سواء من حيث شروط تطبيقها أو من حيث كيانها المستقل ، ليس هناك ما يمنع - في اعتقادنا - من الأخذ بها خصوصاً أن أساسها ، كوسيلة من وسائل الافتراض أو المجاز القانوني ، ليس غريباً على الفكر القانوني سواء من الناحية التشريعية أو الفقهية .

وبعد . . . فتلك فكرة نطرحها للمناقشة ، قد تصيب وقد تخطيء ، فهذه هي سنة الحياة ، لكنها - أيا ما كان الأمر - جديرة بالتأمل والتفكير .

والله ولي التوفيق

(١٥٤) ويلاحظ أن القانون الكويتي قد نص عليها صراحة في المادة ٢٤ / ٢ مدني على عكس الحال في القانون المصري والقانون الفرنسي .

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

تصدر عن جامعة الكويت
نصف سنوية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات
الإسلامية

رئيس مجلس الإدارة

الأستاذ الدكتور: حسن الشافعي

رئيس التحرير: الدكتور جميل جاسم النشيمي

تشتمل على :

- بحوث في مختلف العلوم الإسلامية .
- دراسات قضائية إسلامية معاصرة .
- مراجعات كتب شرعية معاصرة .
- فتاوى شرعية .
- تقارير وتعليقات على قضايا علمية .

الاشتراكات :-

- للأفراد ٩ ديناران داخل الكويت ، ٧ دولارات أمريكية خارج الكويت .
للمؤسسات والشركات ١٠ دنانير داخل الكويت .
٣٥ دولاراً أمريكياً خارج الكويت .

جميع المراسلات توجهه باسم رئيس التحرير

ص . ب : ١٧٤٢٣ الخالدية
الكويت - كيفان - ت : ٨٤٧٢٦٩