الفصل القانوني لعناصر الأرض

(دراسة مقارنة)

(القسم الأول)

الدكتور محمد زهرة

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

١ - الفصل la dissociation، بالمعنى العام، يعني تفريق عناصر متحدة، أو كانت تشكل وحدة واحدة[١]. وبالرغم من أن التقنين المدني المصري[٢]، وكذلك الفقه[٣] لم يستعمل هذا الاصطلاح، فإن الفصل، بالمعنى الذي نقصده[٤]، «حقيقة» قانونية لا يمكن انكارها. لكن «فصل» عناصر حق الملكية، أم «فصل» عناصر الشيء الذي يرد عليه الحق؟ يبدو الاختيار، أحياناً، قليل الأهمية، وربما عديم الفائدة. فالفقه لا يميز، عادة، بين حق

---

(١) ويُقصد باصطلاح الفصل في اللغة الفرنسية Separer des elements quiétaient associés - راجع قاموس روبير الصغير، جزء ١، ص ٥٥٦.

(٢) وكذلك كلاً من التقنين المدني الكويتي والفرنسي:

(٣) على عكس الفقه الفرنسي، راجع:

- Savatier, la propriete de l'espace. D. 1965, p. 215.

- Ponsard J.C.P., 1957, 2, n° 9706

- J. Leaute, les eclipses et les renaissance d'institutions en droit civil fancais, Paris, 1946, p. 255.

(٤) راجع ما يلي، ص١٠ وما بعدها.

الملكية والمحل الذي يرد عليه. فالحق يندمج في الشيء، فلا داعي إذن للتفرقة بينهما[٥].

لكن هذا «الخلط» التقليدي بين الحق والشيء الذي يرد عليه غير صحيح، بالإضافة إلى أنه يؤدي الى نتائج لا تتفق مع نصوص التقنين المدني. فالمشرع حينما أجاز «توزيع» سلطات حق الملكية على أكثر من شخص، وسمح بنشأة حقوق عينية «متفرعة» عن حق الملكية، يكون قد فرق بين حق الملكية والشيء الذي يرد عليه. «فتوزيع» سلطات الحق، من استعمال واستغلال وتصرف، يفترض بقاء المحل موحداً دون «فصل». ولو كان الحق يندمج في الشيء، كما يرى الفقه التقليدي، لكان «توزيع» سلطات حق الملكية، هو في نفس الوقت «فصل» لعناصر المحل.

و«توزيع» demembrement سلطات حق الملكية بهذه الصورة ليس «فصلاً» بالمعنى الحقيقي. فتفرع الحقوق العينية الأصلية عن حق الملكية نتيجة «لتوزيع» سلطات الحق، لا يعني سوى «فصل» مزايا حق الملكية، لكنه لايُعدل في جوهر المحل الذي يرد عليه الحق. أما «الفصل» بالمعنى الذي نقصده، فهو يؤدي الى «تجزئة» عناصر المحل، وليس فقط «توزيع» مزايا الحق.

وقد وقع اختيارنا على عناصر الأرض كمحل لحق الملكية لدراسة ظاهرة «الفصل» التي بدأت في الانتشار في السنوات الأخيرة. وسنتناول البحث في ضوء قواعد القانون المدني المصري: مع مقارنتها بقواعد القانون المدني الكويتي والقانون الفرنسي وغيرها من القواعد.

---

(٥) راجع في الفقه الفرنسي:

- Martyet Raynaud,
- Mazeaud (H.L.Jean), Leçons de droit civil, Introduction, p. 288.
- Niboyet, Travaux de la Commission Plenieré du code civil, Sirey, 1945-1956, p. 673.

٢ ـ خطة البحث: نعتقد أنه يحسن، قبل أن نعرض لدراسة «ظاهرة» الفصل، أن نحدد في فصل تمهيدي عناصر الأرض كمحل لحق الملكية. فهذه العناصر هي المقصودة بالفصل. ثم نحدد خطوات الدراسة كما يلي:

الفصل الأول: تطبيقات الفصل.
الفصل الثاني: أحكام الفصل.
الفصل الثالث: النظام القانوني للفصل.

فصل تمهيدي

عناصر الأرض

٣ ـ يحتاج الانسان، مهما كان العصر الذي يعيش فيه، الى بعض «الضروريات» التي لاغنى عنها، حتى يستمر في البقاء، ويقي نفسه ويلات الجوع والعطش. فهناك من الأشياء ما يعتبر الحد الأدنى اللازم لمعيشة الانسان، ولا يمكن له العيش بدونها. وعندما يسعى الفرد للحصول على هذه «الحاجات» اللازمة لبقائه، والضرورية لحياته، فهو ـ في حقيقة الأمر ـ يختص بها، أي يتملكها. ومن هنا نشأت فكرة الملكية في أبسط معانيها. فلكي تعيش، يجب أن تحصل على الأشياء اللازمة للاستهلاك، ولأجل الاستهلاك، يجب أن تكون مالكاً مسبقاً[٦]. فالملكية إذن وسيلة لاستمرار الحياة، وباعث على الوجود وبقاء الحياة على الأرض. وكما لا توجد ملكية بدون حياة، لأنه حينئذ تفقد مبرر وجودها، فلا توجد حياة بدون ملكية[٧]. وقد عبر عن ذلك ديكارت بقوله «أنا موجود، إذن أنا مالك» Je suis, donc je suis propriétaire[٨].

---

(٦) M. Pagué, La propriété et les besoins, 1959, p.3

(٧) - Pagué op. cité, p.6

(٨) Pague, op. cite, p. 6

وقد حظيت الملكية الخاصة، منذ نشأتها، باهتمام المفكرين في العالم. فتناولها العلماء والفلاسفة والاقتصاديون بالمناقشة والتحليل من حيث نشأتها، وأساسها، ومشروعيتها، فاتفقوا قليلاً واختلفوا كثيراً[٩].

ولم يبق حق الملكية كما نشأ، بل تطور تطوراً هائلاً على مر العصور من حيث نطاقه، ومضمونه، ووظيفته بل وأساسه. فهو تارة حق فردي مطلق يستطيع المالك أن يتصرف فيه كما يشاء، وأنى شاء، وتارة أخرى وظيفة اجتماعية يقوم بها المالك لتحقيق المصلحة العامة[١٠]. وتوسط البعض فجعل من الملكية حقاً له وظيفة اجتماعية.

٤ ـ والدراسة التي نقدمها تحت عنوان «الفصل القانوني لعناصر الأرض»، دليل جديد على أن حق الملكية دائم التطور والتغير. ورغم أن فكرة الملكية ذاتها، من حيث كونها استئثاراً بمزايا شيء معين لم تتغير، إلا أن مضمون ونطاق هذا الاستئثار قد تغير كثيراً عما قبل[١١].

وقد عرفت المادة ٨٠٢ مدني حق الملكية بقولها أن «لمالك الشيء،

---

(٩) راجع في ذلك:
ـ أحمد جامع، الاقتصاد الاشتراكي، الجزء الأول، ١٩٦٩م.
ـ عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، ١٩٦١م.
ـ رفعت المحجوب، النظم الاقتصادية، ١٩٦٠.
ـ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية، جزء ١، ١٩٦٩م.
ـ علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، قصة الملكية في العالم، الطبعة الثانية ١٩٥٨.
ـ ثروت أنيس، نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين، ١٩٦٦م.

(١٠) راجع في هذا التطور:
ـ السنهوري، الوسيط، جزء ٨، حق الملكية، ١٩٦٧، ص ٤٨١ وما بعدها.
ـ مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول، حق الملكية، ص ٩ وما بعدها.
ـ محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، ١٩٧٤، ص ٢٦٧ وما بعدها.

(١١) محمد كامل مرسي، نظام الملكية في مصر، رسالة بالفرنسية، ديجون ١٩١٤م.

وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه[١٢]». وقد جرت عادة الفقه المصري على القول بأن المشرع قد حدد، في هذا النص، جميع عناصر حق الملكية. فمنهم[١٣] من يرى أن نص المادة ٨٠٢ سالفة الذكر يفضل النص القديم من حيث أنه «يستوعب كل عناصر حق الملكية» وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف. ومنهم من يرى أن المادة ٨٠٢ تجعل عناصر حق الملكية ثلاثة: الاستعمال والاستغلال والتصرف[١٤].

وهو قول ينطوي ـ في اعتقادنا ـ على كثير من التعميم يحتاج الى تحديد. فالقول بأن عناصر حق الملكية هي الاستغلال والاستعمال والتصرف يخلط بين عناصر الحق والسلطات أو المكنات التي يستطيع المالك أن يمارسها على الشيء الذي يتملكه. وعناصر الحق ليست هي بالتأكيد السلطات أو المزايا التي يخولها الحق لصاحبه. فعناصر الحق شيء ومزاياه أو سلطاته شيء آخر. والقول بأن الملكية حق جامع[١٥] يعني أنه يخول صاحبه مكنة الاستئثار بكافة المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء محل الملكية. وهذه السلطات ـ وليس العناصر ـ ترد الى ثلاثة: التصرف والاستعمال والاستغلال.

لكن إذا كان التصرف والاستعمال والاستغلال ليست عناصر حق

---

(١٢) راجع في نفس المعنى المادة ٨١٠ من التقنين المدني الكويتي والمادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(١٣) عبد المنعم فرج الصدة: ـ الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، ١٩٨٢، ص ١٥، فقرة ١٠
ـ حق الملكية، الطبعة الثانية، ١٩٦٤، ص ١٥، فقرة ٩.

(١٤) السنهوري، الوسيط، جزء ٨، حق الملكية، ١٩٦٧م، ص ٤٩٦، فقرة ٢٩٨ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٨م، ص ٣٢، فقرة ١٢.

(١٥) راجع:
ـ منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، ص ١٠، فقرة ٤.
ـ السنهوري، المرجع السابق، جزء ٨، ص ٥٢٩، فقرة ٣٢٥.
ـ جمال زكي، المرجع السابق، ص ٣٣، فقرة ١٤ =

الملكية، وإنما هي السلطات أو المكنات التي يخولها الحق لصاحبه، فما هي إذن عناصر حق الملكية؟

لاجدال أن حق الملكية هو حق عيني أصلي، بل هو أوسعها جميعاً، وعنه تفرعت كافة الحقوق العينية الأصلية الأخرى. ومن ثم فإن تحديد عناصر الحق العيني بوجه عام يساعد على تحديد عناصر حق الملكية لكونه أحد هذه الحقوق، بل أهمها.

تنقسم الأموال أو الحقوق المالية عموماً[١٦] الى حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق ذهنية ترد على أشياء لاتقع تحت الحس تكون ثمرة الفكر أو العمل[١٧] ويختلف الحق العيني عن الحق الشخصي اختلافاً جوهرياً، رغم تعدد المحاولات لهدم هذه التفرقة، أو على الأقل، التقريب بينهما[١٨]. فالحق العيني هو سلطة لشخص على شيء مادي معين بالذات تخوله الاستئثار بمزايا هذا الشيء. أما الحق الشخصي (أو الالتزام)، فهو رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما، وهو المدين، قبل الآخر، وهو الدائن، بأداء معين، قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل[١٩].

= ـ حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، أحكام حق الملكية، ١٩٦٥، فقرة ٥٠.

ـ الصده، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٧، فقرة ١٢.

ـ محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، ١٩٥٥، ١٩٥٦، ص ١٤، ١٥.

(١٦) فالمال في القانون هو الحق ذو القيمة المالية.

(١٧) جمال زكي، المرجع السابق، ص ١١، فقرة ١.

(١٨) راجع في هذه المحاولات:

ـ حسن كيره، المرجع السابق، ص ٣٥، فقرة ١٣.

ـ الصده، مصادر الالتزام، فقرة ٤ ـ ٧.

ـ جمال زكي، السابق، ص ١٣، فقرة ٣.

(١٩) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٣٣، فقرة ١٢ ـ وينتقد البعض هذا التعريف ويرى أن الحق الشخصي سلطة لشخص تجاه شخص آخر وليس رابطة أو علاقة، راجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي، **المجلد** الأول، نظرية الالتزام، ١٩٨٢، رقم ٢٥ ص٧١ وما بعدها.

٥ ـ من هذا التعريف للحق العيني يتضح أن لحق الملكية ـ باعتباره حقاً عينياً ـ ثلاثة عناصر: شخص الحق أو صاحبه، الاستئثار أو مضمون الحق، ومحل الحق أو الشي الذي يرد عليه الحق.

العنصر الأول: صاحب الحق:

يُقصد بشخص الحق أو صاحبه من يملك الاستئثار بالسلطات أو المكنات التي يمكن استخلاصها من الشيء محل الحق. وهو بذلك يعتبر الركن أو العنصر الأول للحق عموماً، وليس الحق العيني فقط. فما من حق إلا وله صاحب. وصاحب الحق بهذا المعنى قد يكون شخصاً طبيعياً، كما قد يكون أيضاً شخصاً معنوياً أو اعتبارياً[٢٠].

العنصر الثاني: الاستئثار (مضمون الحق):

يخول الحق لصاحبه مزايا وسلطات معينة يستأثر بها دون غيره من الأفراد. وتختلف هذه السلطات في مضمونها ومداها باختلاف نوع الحق. وحق الملكية ـ باعتباره أساس الحقوق العينية الأصلية ـ هو أوسع هذه الحقوق نطاقاً. وهو جماع هذه الحقوق العينية، وعنه تتفرع جميعاً. وهو بذلك يخول صاحبه سلطات جامعة على الشيء محل الحق ترد الى ثلاثة: استعمال، استغلال وتصرف.

وبذلك يستجمع المالك كافة السلطات أو المكنات التي يمنحها القانون للشخص على الشيء محل الحق. ولايكون الحق على الشيء حق ملكية إذا حُرم حاصبه من التصرف فيه أو استعماله أو استغلاله على وجه دائم[٢١]. وبالتالي

---

(٢٠) راجع في ذلك:
- لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨١، ص ٣ وما بعدها.
- منصور مصطفى منصور، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ٢، ١٩٦١، ١٩٦٢، ص ١٠٢ وما بعدها.
- حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، ١٩٧٥ ـ ١٩٧٦، ص ١٦٣ وما بعدها.
- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٧، ص ٩٠ وما بعدها.

(٢١) السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٩٦، فقرة ٢٩٨.

كان طبيعياً أن تقرر المادة ٨٠٢ مدني أن لمالك الشيء، وحده، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. وتتركز هذه السلطات الثلاث مجتمعة في «يد» المالك. وهي بذلك قوام حق الملكية وجوهره.

وإذا كان صاحب الحق يجمع في «يده» ـ من حيث المبدأ ـ كافة السلطات أو المكنات التي يخولها له الحق، فإن القانون قد أجاز للمالك صراحة أن يتنازل لشخص أو أكثر عن «بعض» هذه السلطات. وهكذا يمكن قانوناً «تركيز» هذه السلطات في «يد» شخص المالك، أو «توزيعها» بين المالك وشخص آخر أو أكثر. ومن هنا نشأت الحقوق العينية الأصلية الأخرى، الانتفاع، الارتفاق، الاستعمال والسكنى، والحكر[٢٢]. فالحقوق العينية الأصلية ليست في حقيقتها سوى توزيعاً Demembrement للسلطات التي يخولها الحق لصاحبه على أكثر من شخص، وتفرع الحقوق العينية عن حق الملكية يعني «فصل» سلطات ومكنات حق الملكية «وتوزيعها» بين المالك والغير مع بقاء محل الحق (الأرض في نطاق بحثنا) موحداً دون «تجزئة». كأن يتنازل المالك لشخص آخر عن سلطتي الاستعمال والاستغلال، فينشأ بذلك لهذا الشخص حق عيني أسماه القانون حق انتفاع، ويحتفظ المالك بسلطة التصرف (ملكية الرقبة) لكن «فصل» السلطات «وتوزيعها» بهذه الصورة يفترض قانوناً بقاء الشيء محل الحق موحداً دون أن يتأثر بعملية «الفصل والتوزيع». ولم يكتف المشرع بإجازة توزيع السلطات أو المكنات التي يخولها الحق لصاحبه بين المالك والغير، وإنما تناول الحقوق الناشئة عن «الفصل والتوزيع» بالتنظيم الشامل[٢٣].

العنصر الثالث: المحل L'objet

والمحل هو الشيء الذي يرد عليه الحق، أو الشيء الذي يمارس عليه

---

(٢٢) ويلاحظ أن حق الحكر لايعتبر حقاً عينياً في القانون الكويتي.

(٢٣) وقد نظم المشرع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في المواد من ٩٨٥ الى ١٠٢٩ من التقنين المدني، والمواد من ٩٤٤ الى ٩٧٠ من التقنين المدني الكويتي.

صاحب الحق سلطاته. والمحل هنا هو الأرض مادمنا نتكلم ـ من نطاق بحثنا ـ عن ملكية الأرض. والأرض ـ بداهة ـ عقار بطبيعته، بل هي عقار من الطراز الأول immeuble par excellence.

وقد نص المشرع في المادة ٨٠٣ / ٢ مدني على أن «ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً»[٢٤]. وطبقاً لهذا النص، فإن الأرض كمحل لحق الملكية لاتقتصر فقط على السطح، وإنما تشمل أيضاً ما فوقها وما تحتها الى الحد الذي يسمح به العقل والقانون. والأرض بهذا المعنى هي المحل أو الوعاء الذي ترد وتمارس عليه سلطات أو مكنات الحق بالمعنى السابق تحديده. وإذا كان عنصر الاستئثار يخول صاحب الحق سلطات ثلاث: تصرف واستعمال واستغلال، فإن عنصر المحل ـ أي الوعاء الذي ترد عليه هذه السلطات، يخول المالك الحق في التمتع بعناصر ثلاثة: الأرض Surface، وما فوقها Sursol، وما تحتها Tréfonds..

لكن إذا كان يجوز ـ كما رأينا ـ «فصل وتوزيع» سلطات أو مكنات الحق بين المالك والغير، فهل يجوز أيضاً «فصل» عناصر المحل (الأرض) «وتوزيعها» بين المالك والغير؟ بعبارة أخرى، إذا كان يجوز للمالك أن يتنازل للغير عن «بعض» سلطات ومزايا الحق ويحتفظ بالبعض الآخر، فهل يجوز أيضاً للمالك أن يتنازل للغير عن «بعض» عناصر المحل ويحتفظ بالبعض الآخر؟ كأن يتنازل مثلاً عن ما فوق الأرض ويحتفظ لنفسه بالأرض وما تحتها.

كان من آثار النزعة الفردية الصارخة التي شهدها مطلع القرن التاسع عشر في أعقاب الثورة الفرنسية[٢٥]، أن ساد الاعتقاد أن مالك الأرض «يجمع» في «يده» كافة سلطات الحق وعناصره ـ وأصبح المالك ـ حسب هذا الاعتقاد ـ

---

(٢٤) راجع في نفس المعنى المادة ٨١٢ من التقنين المدني الكويتي، والمادة ١٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانية.

(٢٥) V. engeneral:

- Gonnard, La propriété dans la doctrine et dans l'histoire, Paris 1943.

هو «السيد» الذي تتركز تحت يده جميع عناصر المحل. وهو اعتقاد كان قائما على الدعوة الى الايمان بالفرد كغاية في حد ذاته، وليس مجرد وسيلة من الوسائل، بل إن القانون لم يوجد إلا لخدمة الفرد وكفالة تمتعه بما تفرضه الإنسانية من حقوق، وأولها بطبيعة الحال حق الملكية الخاصة.

إلا أن هذا «التركيز» لجميع عناصر المحل في «يد» المالك وحده، وإن كان يمكن تصوره من الناحية النظرية، إلا أنه لايلائم متطلبات الواقع العملي. فالملاحظ في هذا القرن هو الاتجاه نحو استغلال الأرض، كثروة قومية، لأقصى درجة ممكنة حتى ولو بالاشتراك مع الغير، مادام أن الاستغلال بهذه الصورة يحقق منفعة أكبر للمالك. ولهذا «اصطدم» التصور النظري الذي يهدف الى تركيز جميع عناصر الأرض في «يد» المالك مع الواقع العملي الذي يهدف الى الحصول على أكبر قدر من المنفعة، حتى ولو أدى ذلك الى «اقتسام» عناصر المحل، مع الغير.

وهكذا وجد الفرد نفسه أمام احتمالين: إما «تركيز» كافة عناصر الأرض كمحل لحق الملكية في «يد» المالك والحصول على منفعة قليلة، وإما «فصل» هذه العناصر وتوزيعها بين المالك والغير والحصول على منفعة أكبر.

وبانتصار الاتجاه الأخير في الحياة العملية، نشأت فكرة «فصل» dissociation عناصر محل الحق (الأرض)، وتوزيعها بين المالك والغير. ولما كانت ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علواً، وما تحته عمقاً، فإنه يمكن أن يتنازل المالك عن عنصر أو أكثر من عناصر الأرض لشخص آخر. وهكذا يمكن أن توزع عناصر المحل على ثلاثة أشخاص: يحتفظ المالك بسطح الأرض، ويتنازل لآخر عما مافوق الأرض (الأبنية)، ولآخر عما تحت الأرض (المناجم مثلاً).

ولذلك فإن المشرع بعد أن قرر أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يُعتبر من عمل صاحب الأرض، اقامه

على نفقته» أو أن «مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها[٢٧]». ثم كان المشرع أكثر صراحة حينما أجاز أن تكون ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها[٢٨].

وفي هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى القانون[٢٩]». وكما يجوز ـ قانوناً ـ فصل ملكية السطح عن ملكية ما فوقه باتفاق، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية، أي بإرادة منفردة[٣٠]. فالفصل إذن يكون ـ في نظر المشرع ـ إما بقانون أو بتصرف قانوني سواء كان اتفاقاً أم وصية.

فملكية ما فوق السطح (العلو) وما تحت السطح (العمق) باعتبارهما من عناصر الأرض تخول المالك ما تخوله (له) ملكية السطح ذاته (العنصر الثالث من عناصر الأرض) من استعمال واستغلال وتصرف. وللمالك من ثم أن يستغل هذا العنصر أو ذاك بحيث يستأثر وحده بهذه السلطات وحرمان غيره من مشاركته فيها دون رضاه. كما أنه يملك التصرف في أحد هذه العناصر على حدة، بنقل ملكيته مثلاً الى شخص آخر، أو بتقرير حق عيني للآخر عليه[٣١].

٦ ـ الخلاصة إذن أن حق ملكية الأرض ـ كحق عيني أصلي ـ يتحلل إلى ثلاثة عناصر: شخص الحق، مضمون الحق (الاستئثار) ومحل الحق. ويتحلل

---

(٢٦) مادة ٩٢٢ / ١ مدني.

(٢٧) مادة ٩٢٢ / ٢ مدني.

(٢٨) مادة ٨٠٣ / ٣ مدني.

(٢٩) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٦، ص ١٨.

(٣٠) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٨، ص ٥٧١.

(٣١) حسن كيره، المرجع السابق، ص ١٨٦.

عنصر الاستئثار بدوره الى ثلاث سلطات أو مزايا: الاستعمال والاستغلال والتصرف. وقد أجاز القانون صراحة إمكانية تنازل المالك للغير عن بعض هذه المزايا، الأمر الذي أدى الى نشأة الحقوق العينية الأصلية المتفرعة Demembrement عن حق الملكية. ولم يكتف المشرع بإجازة مثل هذا التنازل، بل نظم الحقوق الناشئة عن هذا التنازل تنظيماً شاملاً. وإذا كان القانون قد أجاز أيضاً «فصل» dissociation عناصر الأرض والتنازل عن عنصر أو أكثر للغير، إلا أنه قد قنع بإجازة «الفصل» من حيث المبدأ، لكنه لم ينظم الحقوق الناشئة عن هذا الفصل سواء من حيث تحديد طبيعة هذه الحقوق وأسباب اكتسابها وطرق انقضائها، وحقوق وواجبات كل مالك، وتنظيم علاقات الملاك الجدد بعضهم بالبعض الآخر وغير ذلك من الموضوعات الهامة، التي تثار بمناسبة دراسة ظاهرة فصل عناصر الأرض والتنازل عن بعضها للغير. وهي موضوعات رغم أهميتها ـ نظراً لانتشار ظاهرة الفصل في السنوات الأخيرة ـ لانكاد نجد لها «صدى» في الفقه.

والبحث الذي نقدمه، محاولة ـ لدراسة ظاهرة «الفصل»، وإلقاء الضوء على أهميتها وانتشارها بسرعة حديثاً، وتحديد أبعاد المشاكل التي تثيرها، ومحاولة اقتراح الحلول التي تلائمها في ضوء القواعد العامة نظراً لغياب تنظيم تشريعي خاص بها.

وبعد أن حددنا في الفصل التمهيدي عناصر الأرض بوصفها «محل» الفصل، نعرض أولاً فيما يلي لتطبيقات الفصل، ثم أحكام الفصل، وأخيراً النظام القانوني للفصل.

الفصل الأول

تطبيقات الفصل

Applications de la dissociation

٧ ـ رأينا أن القانون المصري قد أجاز صراحة إمكانية فصل عناصر الأرض وتوزيعها بين المالك والغير بتنازل المالك عن عنصر أو أكثر لشخص آخر (م٨٠٣ / ٣ مدني). وإذا كان المشرع الكويتي، وكذلك نظيره الفرنسي، لم ينص على إمكانية هذا الفصل صراحة، إلا أن الفصل، في حد ذاته كمبدأ، لايتعارض مع القواعد العامة للقانون المدني[٣٢].

وبذلك يتضح أن مبدأ الفصل بين الأرض وما فوقها (العلو) وما تحتها (العمق) «حقيقة» قانونية لايمكن إنكارها. ولايكفي ـ بداهة ـ تقرير إمكانية تحقق الفصل من الناحية القانونية، بل يجب استخلاص النتائج التي تترتب

---

(٣٢) راجع نص المادة ٨١٢ مدني كويتي، والمادة ٥٥٣ مدني فرنسي.

على هذا الفصل من الناحية القانونية والعملية على حد سواء[٣٣].

ولاشك أن نقطة البداية لاستخلاص أحكام هذا الفصل ـ خصوصاً في غياب تنظيم تشريعي للحقوق الناشئة عن الفصل، هي دراسة التطبيقات التشريعية التي تؤدي الى فصل أو تفريق عناصر الأرض وتنازل المالك عن بعضها للغير. فالقاسم المشترك بين التطبيقات التي سنقوم بدراستها هي أنها تؤدي ـ في النهاية ـ الى فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها. كما أن دراسة هذه التطبيقات تؤكد ـ من ناحية أخرى ـ أن «ظاهرة» فصل عناصر الملكية قد انتشرت في السنوات الأخيرة بصورة ملحوظة بظهور المجمعات السكنية L'ensemble immobilier في مجالات مختلفة.

---

(٣٣) وقد تناولت بعض القوانين المقارنة ـ على عكس القانون المصري ـ تنظيم بعض الحقوق الناشئة عن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها كحق السطح أو السطحية أو المساطحة على خلاف في ذلك بين هذه القوانين. ومن هذه القوانين:

ـ القانون اللبناني، راجع في ذلك الصده، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٠٦٧ وما بعدها.

ـ زهدي يكن، العقارات وأقسامها في لبنان وفرنسا، الطبعة الأولى، ص ٣١١ وما بعدها.

ـ القانون العراقي: راجع حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ١٩٦٦، ص ٢٢٦، وما بعدها ـ عبد الرحمن خضر، الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، ١٩٥٣، ص ٢٢٣ وما بعدها.

ـ القانون الأردني: راجع المواد من ١٢٢٥ الى ١٢٣٢ من التقنين المدني.

ـ القانون البلجيكي: راجع القانون الصادر في ١٠ يناير ١٨٢٤م.

ـ القانون الألماني: راجع من ١٠١٢ الى ١٠١٧ من الـ .B.G.B

ـ القانون النمساوي: راجع القانون الصادر من ٢٦ ابريل ١٩١٢م.

ـ القانون السويسري: راجع المواد من ٦٧٥ الى ٦٧٩ من التقنين المدني، والقانون الفيدرالي الصادر من ١٩ مارس ١٩٦٥م.

ـ القانون الايطالي: راجع المواد من ٩٥٢ الى ٩٥٦ من التقنين المدني الصادر في ١٩٤٢م.

ـ القانون الاسباني: راجع القانون الذي نظم الرهن الصادر في ١٧ مارس ١٩٥٩م.

ـ قرب من ذلك بيع الهواء في الشريعة الاسلامية، راجع مايوت، المدخل للشريعة الاسلامية، سيرى، ١٩٧١م، ص ٥٦٩.

ولانهدف من وراء دراسة هذه التطبيقات الى تعدادها تعداداً حصرياً، بل هي مجرد أمثلة تحقق دراستها هدفين: فهي تؤكد ـ من ناحية ـ أن مبدأ فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها مبدأ عام له تطبيقات عديدة، وليس استثناء محصوراً في حالة أو حالتين، كما أنها تساعد ـ من ناحية أخرى ـ على استخلاص القواعد والأحكام المشتركة بين هذه الفروض المختلفة حتى يمكن تطبيقها على كل حالة تؤدي الى فصل أو تفريق عناصر الأرض.

وسنقتصر في دراسة هذه التطبيقات على الإيجار العيني (المبحث الأول) والملكية الدورية La propriété périodique (المبحث الثاني).

المبحث الأول*

الايجار العيني
Le bail réel

٨ ـ يرتب الايجار عموماً[٣٤] التزامات وحقوقاً في ذمة المستأجر. وحق المستأجر ما هو إلا مجموع الالتزامات التي يرتبها عقد الايجار في ذمة المؤجر. وهو حق شخصي يخوله مطالبة المؤجر بتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد. فالمستأجر إذن ليس له ـ حسب نص المادة ٥٥٨ مدني ـ إلا حق شخصي يستطيع بمقتضاه مطالبة المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة. إلا أن هناك نوعاً آخر من الايجار، أسميناه بالايجار العيني تمييزاً له عن الايجار العادي، يخول المستأجر حقاً عينياً على الأرض المؤجرة. فإذا كان الايجار العادي يخول المستأجر حقاً شخصياً قبل المؤجر، فالايجار العيني يخول المستأجر

(*) لانقصد بالايجار العيني العقد العيني Contrat réel الذي لايتم بمجرد التراضي، بل يجب لقيامه فوق ذلك تسليم الشيء الذي ترد عليه. وإنما نقصد ـ فقط ـ الايجار الذي يخول المستأجر حقاً عينياً على الأرض المؤجرة.

(٣٤) راجع المواد من ٥٥٨ الى ٦٠٩ من التقنين المدني المصري.

حقاً عينياً على الأرض المؤجرة. فسلطة المستأجر، في الإيجار العيني، تكون مباشرة يمارسها دون وساطة أحد على الأرض المؤجرة، أما صلة المستأجر، في الايجار العادي، بالأرض المؤجرة، فهي صلة غير مباشرة يمارسها عن طريق المؤجر.

٩ ـ والمثال الواضح على الايجار العيني، بهذا المعنى، في القانون المصري هو عقد الحكر. ويرتد الحكر «بجذوره» إلى النظام الإسلامي، ويستمد «وجوده» ومصدره من الشريعة الاسلامية. ورغم عدم النص عليه في التقنين المدني المصري السابق، إلا أن القضاء اعترف به[٣٥]، وطبق عليه قواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية[٣٦]. وقد اقتصر دور القانون الحالي على تقنين قواعد الشريعة الاسلامية كما طبقها القضاء القديم.

ويرجع سبب نشأة الحكر الى وجود أراضي وقف تحتاج الى اصلاح. لكن ريعها لايكفي لإصلاحها، ولايمكن استبدالها بأرض أخرى منتجة، ولايُمكن الانتفاع بها حتى يمكن تأجيرها. وهنا يجوز تحكير هذه الأرض الوقف.

وقد أصبح مجال الحكر في القانون المصري ضيقا ومحدوداً[٣٧]. فبعد أن كان من الجائز ـ في ظل القانون القديم ـ ترتيب حكر على أرض غير موقوفة، لم يعد يجوز ـ بعد صدور التقنين المدني الحالي ـ ترتيبه إلا على أرض موقوفة سواء كانت موقوفة وقفاً أهلياً أم وقفاً خيرياً. وبصدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغى الوقف الأهلي، انحصر نطاق ترتيب حكر جديد على الأراضي الموقوفة وقفاً خيرياً فقط.

---

(٣٥) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي، جزء ٦، ص ٥٦١.

(٣٦) ـ استئناف مختلط، ١٥ يناير ١٩٣٥، مجموعة التشريع والقضاء، السنة ٤٧، ص ١٠٤.
ـ استئناف مختلط، ١٤ نوفمبر ١٩٣٢، مجلة المحاماة، السنة ١٣، ص ١٢٦٩.
ـ استئناف مختلط، ٩ يناير ١٩٠٨، مجموعة التشريع والقضاء، السنة ٢٠، ص ٥٦.

(٣٧) ـ السنهوري، المرجع السابق، جزء ٩، فقرة ٧٩٧.
ـ جمال زكي، المرجع السابق، ص ٦١٨.
ـ الصده، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٠١٦.

لكن ذلك لا يمنع من القول بأن الأحكار القديمة مازالت باقية الى أن تنتهي بانتهاء مدتها، أو يصدر قرار بإنهائها ـ إذا كانت واردة على أعيان موقوفة ـ من وزير الأوقاف إذا اقتضت المصلحة ذلك[٣٨]، كما أنه ليس هناك ما يمنع من ترتيب أحكار جديدة على الأرض الموقوفة وقفاً خيرياً. فالحكر إذن مازال له وجود فعلي في الواقع المصري، وإن أصبح هذا الوجود ضيقاً إلى حد ما.

وإذا كانت الغالبية العظمى من القوانين المقارنة لم تأخذ بنظام الحكر كما هو معروف في الشريعة الاسلامية، إلا أنها قد أخذت بأنظمة أخرى تقترب كثيراً من نظام الحكر. ويبدو هذا التقارب بين الحكر وهذه الأنظمة واضحاً بالنظر إلى وظيفة كل منها.

فالحكر لم يوجد أساساً إلا «لإصلاح» الأراضي الموقوفة وجعلها صالحة للانتفاع بها بأي وجه من أوجه الانتفاع: البناء عليها، الغراس فيها.. الخ «فإذا ضعفت غلة الأرض الموقوفة، وتعطل انتفاع الموقوف عليهم بالكلية، ولم يوجد من يرغب في استئجارها لإصلاحها، أو من يأخذها مزارعة، جاز تحكيرها[٣٩]». فالحكر يفترض إذن وجود أرض خربة أو بور، ولا يكفي ريعها لإصلاحها، ويستحيل استبدال أخرى بها فيلجأ ناظر الوقف الى تحكيرها بهدف قيام المستحكر باصلاح الأرض المحكرة وتحسينها بالبناء عليها أو الغراس فيها. فوظيفة أو دور الحكر هو إذن إصلاح وتحسين الأرض المحكرة سواء بالبناء عليها أو الغراس فيها.

وبهذا المفهوم لوظيفة الحكر، فإن التشابه يبدو واضحاً بين الحكر

---

(٣٨) راجع المادة الأولى من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠م.

(٣٩) راجع المادة ٣٣٢ من قانون العدل والانصاف لقدري باشا، مشار إليه في جمال زكي، المرجع السابق، ص ٦١٦، هامش رقم (٥).

المصري والامفتيوز الفرنسي Bail emphytéotique[٤٠]، الذي يستمد وجوده من النظام العقاري المصري[٤١]. ويتميز هذا النظام، كما هو الحال في الحكر، بالتزام المستأجر بإصلاح الأرض المؤجرة وجعلها قابلة للاستغلال. ومن أجل هذا الهدف نشأ الامفتيوز أصلاً. فقد يكون على المستأجر ـ حسب الاتفاق ـ إصلاح الأرض وجعلها قابلة للزراعة، أو إصلاح المباني القائمة بهدمها وإعادة تشييدها، أو إقامة بناء جديد إلى غير ذلك من أوجه الإصلاح. وقد أخذ القانون اللبناني نظام الامفتيوز عن القانون الفرنسي وأطلق عليه «الإجارة العينية» تمييزاً لها عن الايجار العادي[٤٢].

إلا أن نظام الامفتيوز الفرنسي لم يستخدم كثيراً في العمل، نتيجة للاعتقاد الخاطىء بأن هذا النظام قاصر فقط على المجال الزراعي[٤٣]. هذا

---

(٤٠) وقد أطلق المشرع اللبناني، في البداية، على الامفتيوز الفرنسي، اسم المساقاة كما يبدو من الفقرة الأولى من المادة الأولى من القرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ فبراير ١٩٣٤. والحقيقة أن تسمية هذا النظام Bail emphyteotique بالمساقاة ترجمة غير دقيقة للاصطلاح الفرنسي. فالامفتيوز الفرنسي يختلف عن المساقاة كما هي معروفة في الشريعة الاسلامية. فالامفتيوز عبارة عن ايجار طويل المدة، لايرد إلا على العقارات ويخول المستأجر حقاً عينياً على العين المؤجرة، بينما المساقاة ـ حسب نص المادة ١٤٤ من المجلة ـ هي «شركة على أن يكون أشجار من طرف وتربية من طرف آخر ويُقسم مايحصل من الثمرة بينهما». وقد تنبه المشرع الى ذلك فيما بعد، فحذف اسم المساقاة وأطلق عليه الاجارة العينية في المادة الأولى من القانون الصادر سنة ١٩٤٨م، راجع الصده، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٠٥٧، فقرة ٦٥٤.

(٤١) - V.B. Jeulin, "La rôle du bail à Construction dans les opérations d'urbanisation", thèse clermont - ferrand, 1970, p.44.

وإن كان البعض يرى أن نظام الامفتيوز الفرنسي مأخوذ عن القانون الروماني بانتقاله الى القانون الفرنسي القديم، ثم صدر به قانون ٢٥ يونية ١٩٠٢، راجع الصده، الإشارة السابقة، ص ١٠٥٧.

(٤٢) راجع القانون الصادر في ٥ شباط (فبراير) سنة ١٩٤٨م الذي عدل أحكام الشفعة.

(٤٣) نظراً لأن المشرع الفرنسي قد نظم هذا النوع من الايجار من خلال نصوص القانون الزراعي في المواد من ٩٣٧ الى ٩٥٠.

- V.R. Saint - Alary, "Bailà Construction et opération d'urbanisation", J.C.P., 1966,1,1976, n'S.

بالاضافة الى «تواضع» المقابل الذي يحصل عليه المؤجر خلال مدة الايجار. ويؤدي ذلك ـ في النهاية ـ الى تنازل المؤجر عن منفعة حالة ومباشرة في مقابل منفعة أخرى مؤجلة وبعيدة على أمل أن يُصبح مالكاً للمنشآت التي يقيمها المستأجر في نهاية عقد الايجار. باختصار، فقد لاحظ البعض[٤٤] ـ بحق ـ أن نظام الامفتيوز «العجوز» يحتاج الى «حمام» يُعيد إليه «شبابه».

وبهدف «تحديث» هذا النظام القديم، أنشأ المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٦٤م نوعاً جديداً من العقود المدنية، أسماه: الايجار بقصد البناء Bail à Construction. ويلتزم المستأجر ـ طبقاً لهذا النوع الجديد من الايجار ـ بإقامة منشآت على الأرض المؤجرة والاحتفاظ بها في حالة جيدة طوال مدة الايجار. وبذلك يبدو التشابه بين الامفتيوز والايجار بقصد البناء كبيراً لدرجة أن البعض يعتبر النظام الجديد (الايجار بقصد البناء) مجرد تطبيق أو نوع من النظام القديم (الامفتيوز)[٤٥].

١٠ ـ وقد أخذ المشرع الكويتي بنظام يقترب كثيراً من الايجار بقصد البناء، هو إيجار القسائم الصناعية، فقرر أن الدولة، دعماً للصناعة الوطنية وتنميتها، باعتبارها صناعة نامية، وحماية للاقتصاد الوطني، أن تخصص بعضاً من أراضيها[٤٦] لتأجيرها لمن يريد إقامة منشآت صناعية عليها. ووفقاً لعقود تأجير هذه القسائم، يتم التأجير لمدة طويلة في مقابل ايجار رمزي، على أن يلتزم المستأجر بإقامة منشآت صناعية على الأرض المؤجرة بشرط أن يبدأ في الاستغلال الفعلي للقسيمة خلال سنة من تاريخ ابرام العقد.

---

(٤٤) - V.M. Depax, "Techniques Juridiques et modernes d'utilisation du sol, du sous - sol et de l'espace", Rev. écon dr. immob, 1967, p. 1519.

(٤٥) - V.G. liet - Veaux et J. Schmidt, "le bail à Construction", chron. x, D. 1965, p. 71.

(٤٦) كما هو الحال بالنسبة لمناطق الشويخ والشعيبة وصبحان والتي تكون بعيدة نوعاً عن المناطق الآهلة بالسكان وذلك حماية لهؤلاء السكان من التلوث والازعاج، راجع طعمة الشمري، الجوانب القانونية لتأجير القسائم الصناعية، مجلة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٢، ص ١٠٥.

١١ ـ وهكذا نجد خمسة أنواع أو بالأدق تطبيقات للايجار: الحكر المصري، الامفتيوز والايجار بقصد البناء الفرنسيان، وإيجار (تخصيص) القسائم الصناعية الكويتي، والإجارة العينية اللبنانية تتشابه جميعاً في الدور الذي تقوم به، أي وظيفة كل منها، في حدود القواعد القانونية. فالهدف من وراء هذه الأنظمة جميعاً هو إصلاح وتحسين الأرض المؤجرة وجعلها صالحة للاستغلال سواء بالبناء عليها أو الغراس فيها. فمالك الأرض المؤجرة لم يكن ليقبل «اثقال» أرضه بحق خطير يكاد يستغرق حقه كاملاً، في مقابل أجرة زهيدة، إلا لأن المستأجر قد التزم بجعل الأرض المؤجرة صالحة للاستغلال بالبناء عليها أو الغراس فيها. فهناك إذن، في كل نظام منها، نوع من «المشاركة» بين كل من مالك الأرض والمستأجر تقوم على اتحاد المصلحة بينهما. فالمالك لديه الأرض، لكنه لايستطيع، لسبب أو لآخر، استغلالها بالبناء عليها أو الغراس فيها، والمستأجر ليس لديه أرض، لكنه يستطيع ـ بما لديه من امكانيات ـ إصلاح أرض المؤجر والاستغلالها. وتتلاقى مصلحتهما عند هذه النقطة، ويتفقان على تأجير الأرض لمدة طويلة مقابل إيجار زهيد بشرط التزام المستأجر بجعل الأرض صالحة للاستغلال بالبناء عليها أو الغراس فيها. ويحصل المالك على أرضه في نهاية مدة الايجار صالحة للاستغلال، بعد أن كانت خربة، بما عليها من منشآت، ولهما أن يختارا أي نظام حسب اتفاقهما وحسب النظام المعمول به في البلد الذي يوجدان فيه. ولاشك أن هذا التشابه في وظيفة كل منها ينعكس ـ كما سنرى ـ على «ميكانيزم» كل نوع، والنظام القانوني لكل منها. ونعرض الآن لتحديد عناصر الايجار العيني (الفرع الأول) من خلال مقارنة هذه الأنظمة الخمسة، ثم لتحديد النظام القانوني للأبنية والمنشآت التي يقيمها المستأجر على الأرض المؤجرة خلال مدة الايجار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عناصر الايجار العيني

١٢ ـ ينشأ الايجار العيني ـ كعقد ـ بتوافر شروط انعقاده، أي أركانه، وشروط صحته. وهو من هذه الناحية، يخضع ـ كغيره من العقود ـ للنظرية العامة للعقد بوجه عام. ولكي يقوم العقد، أي عقد، من الناحية القانونية، يجب أن تتوافر له أسس وجوده، أي أركانه. وهي كقاعدة ـ الرضاء، المحل، السبب[٤٧].

ولانريد ـ بداهة ـ دراسة عناصر أو أركان الايجار العيني، التي يجب أن تتوافر لكي ينشأ الايجار ـ كعقد ـ صحيحاً. وإنما نريد فقط أن نعرض للعناصر التي يتميز بها الايجار العيني عن الايجار «العادي» والتي تشكل «الذاتية» الخاصة للايجار العيني. فما هي إذن هذه العناصر؟ بعبارة أخرى، ما هو معيار الايجار العيني والذي على أساسه يمكن القول باعتبار هذا الايجار أو ذاك عيني أو عادي؟ قد يبدو هذا التساؤل عديم الأهمية في نظر القائلين بأن الحقوق العينية، أصلية كانت أم تبعية، محددة في القانون على سبيل الحصر. وبالتالي فإن المشرع هو الذي يتولى تحديد الحقوق العينية مُسبقاً، وما يعتبره المشرع من الحقوق العينية يجب اعتباره كذلك، وما عداها يُعتبر حقاً شخصياً. فلا أهمية إذن للبحث عن معيار للتفرقة بين كل من الحق العيني والحق الشخصي، أو لتحديد العناصر التي يتميز بها الايجار العيني عن غيره من أنواع الايجار.

لكننا نعتقد أنه يبقى ـ مع ذلك ـ لتحديد عناصر الايجار العيني أهمية

---

(٤٧) راجع بوجه عام:

- السنهوري، الوسيط، جزء ١، مصادر الالتزام، ١٩٦٤م، ص ١٨٢، فقرة ٦٨.
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، ص ٨٦، فقرة ٣٩.
- عبد المنعم الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ١٩٧٤، ص ٩٠، فقرة ٢٥.
- عبد الحي حجازي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٥٥، ص ٤٦ ـ ٤٧.

كبرى حتى بالنسبة للقائلين بأن الحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر. فما هو المعيار الذي على أساسه يعتبر المشرع هذا الايجار «عينياً» وذاك «عادياً»؟ وهل هو مجرد تحكم من جانبه، أم أنه يراعى اعتبارات معينة عند إضفاء الطبيعة «العينية» على نوع معين من الايجارات؟ ولماذا اعتبر المشرع المصري الحكر مثلاً رغم أنه إيجار، من الحقوق العينية، واعتبر المشرع اللبناني الإجارة العينية من الحقوق العينية كذلك؟ فالايجار عموماً حق شخصي بإجماع الآراء، وإذا جاء المشرع المصري واستثنى الحكر واعتبره حقاً عينياً، وكذلك استثنى المشرع اللبناني الاجارة العينية، فيجب أن يكون ذلك ـ عقلاً ومنطقاً ـ لأسباب معينة تتوافر في الحكر وحده ولا تتوافر في غيره. قد يكون لأن للحكر خصائص «ذاتية» تُميزه عن الايجار بوجه عام جعلت المشرع يعتبره وحده دون غيره من الايجارات حقاً عينياً. لكن هل معنى ذلك أن توافر هذه الخصائص في نوع معين من الايجار يؤدي الى اضفاء الطبيعة العينية على هذا النوع حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة؟

أياً كانت الاجابة على هذا التساؤل، وإن كانت معروفة سلفاً في منطق القائلين بأن الحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر، فإن ذلك لايمنع من كون هذه الصور الخمس للايجار تُعتبر من تطبيقات مبدأ فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وملكية ما تحتها. وهو بالتأكيد ما يهمنا بالدرجة الأولى في مجال بحثنا.

ونستعرض فيما يلي الخصائص التي تُميز الحكر عن الايجار عموماً بالمقارنة ببقية الصور الأخرى التي ذكرناها لنرى مدى توافرها بالنسبة لها جميعاً. وإذا كان المشرع المصري قد اعتبر الحكر ايجاراً عينياً، فإن خصائصه تعتبر خصائص للايجار العيني. ولعل ما يؤكد ذلك هو ما سنلاحظه فيما يلي من التشابه الكبير بين الحكر المصري والامفتيوز الفرنسي والاجارة العينية اللبنانية وهي صور للايجارات اعتبرها المشرع صراحة، هنا وهناك، ذات طبيعة عينية.

أولاً: المـــدة

١٣ ـ تنص المادة ٩٩٩ مدني مصري على أنه: «لايجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة. فإذا عُينت مدة أطول أو أُغفل تعيين المدة، اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة». وقد كان الحد الأقصى لمدة الحكر في المشروع التمهيدي للتقنين المدني تسعاً وتسعين سنة. ولكن لجنة مجلس الشيوخ خفضت هذه المدة الى ستين سنة «توخياً لإبراز معنى توقيت الحكر، ولاسيما بعد أن أصبح تعمير العين المحكرة واستبدالها ميسورين في مدة أقصر من المدة التي كان يقتضيها تحقيق هذين الغرضين في الزمن الماضي[٤٨]».

وبذلك أصبح الحد الأقصى للحكر ستين سنة، بعد أن كان يجوز، في ظل القانون القديم، أن يُعقد الحكر لمدة غير معينة حتى ولو كان بصفة دائمة إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية، التي كانت واجبة التطبيق حينذاك. وقد أراد المشرع من وضع هذا الحد الأقصى أن يُضيق من نطاق الحكر لأنه قيد خطير على حق الملكية[٤٩] ولأن الحكر المؤبد يؤدي عملاً الى «تفريغ» حق الملكية من مضمونه، وجعله حقاً عقيماً تكاد تكون فائدته منعدمة.

وقد أجاز المشرع الفرنسي أن يُعقد الامفتيوز لمدة أطول نسبياً من المدة التي حددها المشرع المصري بالنسبة للحكر، حدها الأقصى تسع وتسعون سنة، بينما الحد الأقصى للمدة المحددة بالنسبة للايجار بغرض البناء هو سبعون سنة. لكنه، على عكس الحكر، لايجوز أن يُعقد أي منهما، الامفتيور والايجار بغرض البناء، لمدة أقل من ثمانية عشر عاماً. بينما لم يحدد المشرع المصري حداً أدنى لعقد الحكر.

وقد كان الحد الأقصى لتأجير القسائم الصناعية في القانون الكويتي خمسين سنة. إلا أن هذا الحد الأقصى قد عُدل بقرار مجلس الوزراء رقم

---

(٤٨) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٦، ص ٥٧٠.

(٤٩) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٦، ص ٥٦٥.

٣٩ / ٧٩، وأصبح الحد الأقصى بموجب العقود الجديدة خمساً وعشرين سنة. ويُبرم العقد لمدة خمس سنوات تجدد تلقائياً الى مدة مماثلة، على ألا تزيد المدة في مجموعها عن خمسة وعشرين عاماً[٥٠]. ونلاحظ أن المدة التي حددها القانون الكويتي، وإن كانت طويلة نسبياً بالمقارنة بمدة الايجار العادي، إلا أنها لاتحقق الاستقرار الكافي للمستأجر. فالمستأجر يلتزم ـ طبقاً للعقد ـ بإقامة منشآت صناعية على قدر كبير من الأهمية، ومن ثم وجب إعطاؤه الوقت الكافي لإقامة هذه المنشآت والاستفادة منها باستغلالها مدة كافية يتمكن خلالها من الحصول على مقابل ما أنفقه من جهد ومال في سبيل إقامة هذه المنشآت. كما أنه ليس هناك ما يبرر تحديد مدة العقد بخمس سنوات، تجدد بعد ذلك الى مدة مماثلة أو أكثر. والأفضل ـ في نظرنا ـ تحديد مدة العقد مرة واحدة حتى يشعر المستأجر بالأمان والاستقرار، وحتى لايكون مهدداً بعدم تجديد العقد.

وأخيراً قرر المشرع اللبناني، متأثراً الى حد كبير بالامفتيوز الفرنسي، أن عقد الاجارة العينية يجب أن يُعقد لمدة لاتزيد عن تسع وتسعين سنة، ولاتقل عن خمس عشرة سنة[٥١]. وهكذا يتشابه الامفتيوز والايجار بقصد البناء والاجارة العينية في تحديد حد أدنى لايجوز أن تقل عنه مدة العقد. بينما تتشابه الصور الخمس للايجار العيني في تحديد حد أقصى لمدة العقد، وإن كان هذا الحد الأقصى يختلف من صورة لأخرى.

وإن كنا نلاحظ أنه، حتى بالنسبة للقوانين التي لم تضع حداً أدنى للايجار العيني، كالقانون المصري والكويتي، يندر أن يوافق المستأجر على إبرام عقد لمدة قصيرة. فالتزامات المستأجر ـ حسب الايجار العيني ـ «جسيمة» تحتاج الى وقت وجهد كبيرين. ولهذا فإن مصلحته تقتضي أن تكون مدة الايجار طويلة نسبياً حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته من ناحية، والاستفادة من التحسينات التي

---

(٥٠) راجع المادة الرابعة من نموذج عقد تأجير القسائم الصناعية، حسب قرار مجلس الوزراء الصادر في ٧ يوليو ١٩٧٩م.

(٥١) المادة **الأولى** الفقرة الثانية من القرار رقم ١٢ لسنة ١٩٣٤م.

أدخلها من ناحية أخرى.

وهكذا نجد أن هذه الصور الخمس للايجار تتميز جميعاً بمدتها الطويلة، بالمقارنة بالايجار «العادي»، أقلها خمس وعشرون سنة بالنسبة لايجار القسائم الصناعية، وأطولها تسع وتسعون سنة بالنسبة للامفتيوز الفرنسي والاجارة العينية اللبنانية، ويأتي الحكر المصري (ستون سنة) والايجار بقصد البناء الفرنسي (سبعون سنة) وسطاً بين الاثنين.

ويرجع هذا التشابه بين هذه الصور من الايجار من حيث طول مدة العقد الى أن الهدف من وراء الايجار واحد في جميع الحالات. فوظيفة الايجار، هنا وهناك، هي إصلاح أو تعمير أو استثمار الأرض المؤجرة بالبناء عليها أو الغراس فيها، وهي أعمال تحتاج ـ عادة ـ الى جهد كبير ووقت طويل، الأمر الذي يستدعي أن تكون مدة الايجار طويلة.

ثانياً: الأجرة

١٤ ـ تتفق هذه الصور من الايجار جميعاً في أن الأجرة التي يلتزم المستأجر بدفعها هي ـ دائماً ـ أجرة زهيدة بالمقارنة بالأجرة في الايجار «العادي». فالمستأجر ـ بالنسبة للايجار العادي ـ يلتزم بدفع الأجرة مقابل الانتفاع بالشيء المؤجر[٥٢]. وهي تزيد أو تنقص حسب «قدر» الانتفاع الذي يحصل عليه المستأجر، ومن ثم كان طبيعياً أن تكون الأجرة مرتفعة لتتناسب مع الانتفاع بالعين المؤجرة. أما بالنسبة للايجار العيني، فالأمر مختلف تماماً. فالايجار ـ هنا ـ لم ينعقد بهدف انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة فقط كما هو الحال في الايجار «العادي»، وإنما ينعقد الايجار العيني ـ كما رأينا ـ لإصلاح وتعمير الأرض

---

(٥٢) ـ السنهوري، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، الايجار والعارية، ص ١٥٨، فقرة ١٢١.
ـ حمدي عبد الرحمن، عقد الايجار، ص ١٣٠، فقرة ٥٢.
ـ بدر اليعقوب، عقد الايجار، الكويت، ص ٦٥، فقرة ٥٩.
ـ سليمان مرقس، شرح قانون ايجار الأماكن، الجزء الأول، ١٩٧٧، ص ١١٧ وما بعدها.
ـ عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، الجزء الأول، الأحكام العامة، ص ٩٧، فقرة ٦٢.

المؤجرة وجعلها قابلة للاستغلال بالبناء عليها أو الغراس فيها. ويتحمل المستأجر في سبيل الوفاء بهذه الالتزامات نفقات كبيرة، وبالتالي كان طبيعياً ألا نثقل كاهله بأجرة مرتفعة.

كما أن المستأجر ـ من ناحية أخرى ـ لا يُقدم على الايجار العيني بهدف الانتفاع بالأرض المؤجرة بحالتها وقت ابرام العقد، وإنما على أمل إصلاحها وجعلها قابلة للاستغلال؛ وإلى أن يتحقق ذلك، وجب والحال هكذا أن تكون الأجرة التي يلتزم بدفعها «متواضعة».

وأخيراً فإن المؤجر، مالك الأرض أو من له حق إيجارها، لايُقدم على الإيجار العيني، وهو قيد خطير على ملكية يستمر مدة طويلة، انتظاراً لقيمة الأجرة التي يلتزم بدفعها المستأجر، وإنما بهدف إصلاح الأرض وتعميرها وجعلها قابلة للاستغلال، بعد أن عجز عن القيام بذلك بنفسه، لتعود إليه أرضه بعد انتهاء مدة الايجار بحالة جيدة صالحة تماماً للاستغلال بعد أن كانت خربة أو بوراً أو فضاء لا يكاد يكفي ريعها لاصلاحها. ومن ثم فإن مقابل الايجار الذي ينتظره المؤجر ليس هو «الأجرة»، وإنما اصلاح الأرض المؤجرة وتعميرها.

لكن إذا كانت هذه الصور للايجار تتفق جميعها ـ من حيث المبدأ ـ على أن الأجرة التي يلتزم المستأجر بدفعها تكون ـ دائماً ـ زهيدة، إلا أنها لم تتفق على كيفية تقدير هذه الأجرة والطريقة التي يتم بها هذا التقدير.

فمنها، كالحكر المصري، من حدد المقابل الذي يلتزم المستأجر بدفعه بأجرة المثل، وقت التحكير. ولذلك لايجوز، كما تقرر المادة ١٠٠٤ / ١ مدني، التحكير بأقل من أجرة المثل، لكن المشرع ـ خلافاً لما جرى عليه العمل ـ لم يحدد أجرة الحكر مرة واحدة ثابتة خلال مدة الحكر، وإنما جعلها قابلة للتغيير من وقت لآخر(٥٣). «فالخاصية الجوهرية في أجرة الحكر هي وجوب أن تكون

(٥٣) راجع نص المادة ١٠٠٤ / ٢ مدني.

أجرة المثل من مبدأ التعاقد، ويجب أن تبقى أجرة المثل طول المدة، فتزيد الأجرة المتفق عليها أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حداً كبيراً[٥٤][٥٥].

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمبدأ نفسه بالنسبة للايجار بقصد البناء، Bailà Construction فقرر أن الأجرة التي يلتزم بها المستأجر ليست ثابتة طوال مدة الايجار، ولا تحدد مرة واحدة لتسري من بداية العقد حتى نهايته، بل هي متغيرة، يمكن مراجعتها من وقت لآخر. وفي هذا النطاق يقترب الحكر المصري من الايجار بقصد البناء. فالمبدأ الذي أخذ به المشرع، المصري والفرنسي، هو عدم ثبات الأجرة، وقابليتها للمراجعة حسب الطريقة التي حددها القانون.

ويحدد المقابل الذي يلتزم به المستأجر في الايجار بقصد البناء على أساس معدل متغير، يمكن مراجعته كل ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء المستأجر من إقامة الأبنية والمنشآت التي التزم بإقامتها بمقتضى العقد. ويجب أن يكون هذا المعدل متناسباً مع ريع العقار[٥٦].

وهنا يختلف الايجار بقصد البناء عن الحكر. فالتصقيع في الحكر يجب أن يتم حسب حالة الأرض وقت التحكير دون اعتبار لما طرأ عليها من تغيير بفعل المستأجر، بينما مراجعة الأجرة في الايجار بقصد البناء يجب أن تتم بعد إقامة الأبنية والمنشآت التي التزم المستأجر بإقامتها مع الأخذ في الاعتبار ما حققته هذه المنشآت من ارتفاع في ثمن الأرض. ويجب في كل الأحوال أن تكون زيادة

---

(٥٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٦، ص ٥٨٥.

(٥٥) راجع في كيفية اجراء هذا التعديل أو التغيير: المواد ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦ مدني. راجع أيضاً:
- السنهوري، الوسيط، جزء ٦، المجلد الثاني، فقرة ٨٠٢.
- جمال زكي، المرجع السابق، ص ٦٢٥.
- نقض مدني، أول مارس ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض، السنة الثانية، رقم ٧٤، ص ٤٠٢، مشار إليه في جمال زكي، الإشارة السابقة، هامش رقم (٣٢).

(٥٦) - V.G. Lient - Veauxet J. Schmidt, art. préc. p. 73, n° 6

الأجرة بالقدر الذي يتناسب مع الزيادة التي طرأت على ثمن الأرض بعد إقامة المنشآت والأبنية المتفق عليها[٥٧].

وعلى العكس من الحكر المصري والايجار بقصد البناء الفرنسي اللذين أخذا بمبدأ قابلية الأجرة التي يلتزم بها المستأجر للمراجعة، فإن الامفتيوز الفرنسي، وإيجار القسائم الصناعية الكويتي والاجارة العينية اللبنانية قد أخذوا بمبدأ ثبات الأجرة وعدم تغيرها طوال مدة العقد. فالمادة الثالثة من قانون الصناعة قد حددت الأجرة المستحقة للدولة في حالة تأجير القسائم الصناعية بمبلغ رمزي يبلغ عادة ١٥ ديناراً في السنة. كما أن المادة ٩٤٠ من التقنين الزراعي الفرنسي قد جعلت الأجرة ـ بالنسبة للامفتيوز ـ التي يتفق عليها الطرفان ثابتة وغير قابلة للتغيير invariable. وإن كان ذلك لايمنع الطرفين من الاتفاق على جعل الأجرة متغيرة وتقبل المراجعة من وقت لآخر حسب المعيار الذي يتفقون عليه[٥٨]. وأخيراً جعل القانون اللبناني الأجرة ثابتة في الاجارة العينية. كما قرر أنه لايجوز الدفع مسبقاً لمبلغ يزيد عن بدل ايجار سنتين (م٣ / ٣ من القرار السابق الإشارة إليه).

ثالثاً: سلطات واسعة ومباشرة:

١٥ ـ يلاحظ أن القوانين الحديثة قد اتجهت ـ بهدف تشجيع الاستغلال وبث الثقة والاطمئنان في نفوس المستأجرين ـ إلى إعطاء المستأجر في الايجار «العادي»، بعض الحقوق والضمانات التي لم تكن موجودة من قبل. مثال ذلك التزام المؤجر بتجديد عقد الايجار وإبقاء المستأجر في العين المؤجرة طالما أنه يحترم التزاماته التعاقدية؛ وحق المستأجر، في بعض القوانين[٥٩]، في اكتساب العين المؤجرة بالشفعة في حالة بيعها. فهل «تغيرت» طبيعة حق المستأجر

---

(٥٧) - V.M. Despax, art. préc.p. 1521

(٥٨) - V.J. Viatte, "Baila Construction et bail emphytéotique", Rev. loy. 1966, p. 94.

(٥٩) كالقانون الفرنسي، راجع المادة ٧٩٠ وما بعدها من التقنين الزراعي الفرنسي.

نتيجة لازدياد سلطاته على العين المؤجرة؟ وهل أراد المشرع، في القوانين الحديثة، أن يقطع صلته بالقديم، ويخول المستأجر حقاً عينياً على الأرض المؤجرة؟

دون الدخول في تفاصيل لامجال لذكرها الآن[٦٠]، فإن الرأي الراجح في الفقه[٦١] يذهب إلى أن المستأجر عموماً ليس له إلا حق شخصي قبل المؤجر، وليس له أي سلطة مباشرة على العين المؤجرة. وطبقاً لنص المادة ٥٥٨

---

(٦٠) راجع في التفاصيل:

- منصور مصطفى منصور، عقد الايجار، ١٩٥٦م
- بدر اليعقوب، عقد الايجار، ١٩٨١م.
- عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، ١٩٥٢م.
- لبيب شنب، عقد الايجار، ١٩٦٢م.
- البدراوي، عقد الايجار، ١٩٥٦م.
- سليمان مرقص، عقد الايجار، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م.
- عبد المنعم الصده، عقد الايجار، ١٩٥٧م.

وفي الفقه الفرنسي:

- J.Derruppe, "La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de Créances". Paris, 1952.
- P. Ourliac et M. de juglart. "Les boux à long terme" J.C.P., 1942,1,2449.
- R.Savatier, "La nature juridique et les Caracteres nouveaux du droit a un bail rural", D. 1946, P.41.

(٦١) - السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، ص ٦٤١، فقرة ٤٤٠.

- المراجع المشار إليها في هامش رقم (٦٠).
- نقض مدني، ٣ فبراير ١٩٥٥م، مجموعة أحكام النقض، السنة السادسة، رقم ٧٧، ص ٥٩٩.
- محكمة ليون، ٣١ يناير ١٩٥٠، الأسبوع القانوني، ١٩٥٠، ٢، رقم ٢٩ - ٥٦.
- محكمة باريس، ٣ نوفمبر ١٩٤٩، دالوز، ١٩٤٩م، ص ٥٧٧.

وفي الفقه الفرنسي:

- H.L. et Jean Mazeaud, Leçons de droit Civil, T.3, 1963, p. 864 et s.

مدني[٦٢]، ليس للمستأجر في مواجهة المؤجر سوى حق شخصي يستطيع بمقتضاه أن يطالب هذا الأخير بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة. وهكذا لايستطيع المستأجر أن يقتضي حقوقه على العين المؤجرة إلا من خلال المؤجر.

وعلى العكس من الايجار «العادي»، الذي لايخول المستأجر أي اتصال مباشر بالعين المؤجرة، فإن الايجار العيني، ومن هنا كانت تسميته، يخول المستأجر ـ بالنسبة لجميع صوره ـ سلطات واسعة ومباشرة على الأرض المؤجرة وعلى المنشآت التي قد تكون موجود في العين المؤجرة وقت انعقاد العقد.

وهكذا يخول الحكر المستأجر (المستحكر) حقاً عينياً على الأرض المؤجرة (المحكرة). وحق الحكر بهذا المعنى يخول صاحبه الانتفاع بالأرض المحكرة بكافة وجوه الانتفاع على «أن تكون الأعمال التي يُجريها في الأرض من شأنها تحسينها[٦٣]». وللمحتكر أن يتصرف في حقه بجميع أنواع التصرفات تبرعاً أو معاوضة (م ١٠٠١ مدني). فله أن يبيعه أو يهبه، أو أن يؤجره، أو يرتب له أو عليه حق ارتفاق، أو يرتب عليه حق انتفاع، بل إن له أن يحكره، فيرتب حق حكر على الحق الذي له[٦٤]. كما يجوز ـ أيضاً ـ رهنه وحجزه حجزاً عقارياً.

وقد قرر المشرع اللبناني، بالنسبة للإجارة العينية، في المادة الأولى من القرار السابق الإشارة إليه أن «تُعطى مساقاة الأملاك غير المنقولة (الاجارة العينية) مستأجرها حقاً عينياً قابلاً للتأمين». وهو حق «يمكن بيعه أو حجزه على الصورة المقررة فيما يتعلق بحجز الأملاك غير المنقولة». وتضيف المادة ١١ من نفس القرار: «يحق لصاحب المساقاة (الاجارة العينية) أن يكتسب للعقار حقوق ارتفاق وأن يقيده بموجب مستندات بحقوق ارتفاق وذلك لمدة لاتتجاوز مدة الايجار...». ويُستخلص من ذلك أن للمستأجر، في الاجارة العينية، حقاً عينياً على الأرض المؤجرة، وهو حق يخوله ـ كما هو الحال في الحكر ـ

---

(٦٢) راجع كذلك المادة ٥٦١ من التقنين المدني الكويتي.

(٦٣) المادة ١٢٥٩ من المشروع التمهيدي.

(٦٤) الصده، السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٠٢٥، فقرة ٦٢٨.

سلطات أوسع من تلك التي يتمتع بها المستأجر في الايجار «العادي». فله أن يُحدث أي تغيير في العقار كأن يغير في نوع الزراعة وطريقتها، وأن يعدل في الأبنية الموجودة بهدمها وإعادة بنائها، وأن يقيم أبنية جديدة وله ـ فضلاً عن ذلك ـ أن يتصرف في حقه بجميع أنواع التصرفات.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمبدأ نفسه، وخول المستأجر حقاً عينياً على الأرض المؤجرة سواء بالنسبة للامفتيوز (م ١٩٣٧ / ١) زراعي) أو بالنسبة للايجار بقصد البناء (م ٣ / ١) من القانون الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٤م. وهو حق يمكن، كما هو الحال في الحكر والاجارة العينية، رهنه وحجزه حجزاً عقارياً[٦٥].

أما بالنسبة لايجار القسائم الصناعية، فقد نصت المادة ٥ / ٢ من عقود تأجير القسائم الصناعية على أنه «لايجوز للطرف الثاني (المستأجر) أن يستعمل القسيمة محل العقد في مباشرة عمليات البيع والشراء والايجار بوجه عام. . . إلا بموافقة مسبقة من وزارة التجارة والصناعة والبلدية». كما أعطت المادة ٧ / ٤ من عقود التأجير للطرف الأول (الدولة) الحق في فسخ عقد الايجار إذا قام الطرف الثاني (المستأجر) بتأجير القسيمة الصناعية من الباطن سواء كان الايجار يشمل كل ما استأجره أو بعضه، أو كل ما أقامه من منشآت أو بعضها[٦٦]. وبذلك لايجوز لمستأجر القسيمة الصناعية، على عكس الحكر والامفتيوز الاجارة العينية والايجار بقصد البناء، أن يتصرف في الأرض المؤجرة بالايجار أو بالبيع أو الاتجار عموماً. وهكذا تبدو السلطات التي يتمتع بها مستأجر

---

(٦٥) - Liet-Veauxy et Schomidt, art. préc, p. 72

(٦٦) وبذلك تكون عقود تأجير القسائم الصناعية قد أخذت بنفس الحكم الذي أخذ به قانون إيجار العقارات، راجع المادة ١٤ من هذا القانون، وأيضاً، بدر اليعقوب، السابق، ص ١٧٦، فقرة ١٦٧. وقد أخذ القانون المدني بمبدأ جواز الايجار من الباطن أو التنازل عنه مالم يكن هناك اتفاق على عكس ذلك، أو أن شخصية المستأجر كانت محل اعتبار، راجع المادة ٥٩٩ مدني كويتي، والمادة ٥٩٣ مدني مصري، راجع كذلك السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، ص ٦٦٦، فقرة ٤٥٤.

القسيمة الصناعية أقل من تلك التي يتمتع بها المستأجر في بقية صور الايجار الأخرى.

إلا أن هذا «التقييد» من سلطات مستأجر القسيمة يمكن تبريره من ناحية لأن المشرع الكويتي قد نظم ايجار القسائم الصناعية بهدف دعم وتشجيع الصناعة الوطنية باعتبارها صناعة نامية حماية للاقتصاد الوطني. وفي سبيل تحقيق هذا الهدف خصصت الدولة بعضاً من أراضيها لتأجيرها بمقابل رمزي لإقامة منشآت صناعية عليها. فالهدف من تنظيم هذا النوع من الايجار هو دعم الصناعة الوطنية بإقامة مشروعات صناعية جديدة. وفي ضوء هذا الهدف، ونتيجة له، كان طبيعياً إذن أن تقرر المادة الخامسة سابقة الذكر، عدم جواز استعمال القسيمة المؤجرة أو جزء منها لاي غرض آخر غير ممارسة الصناعة المتفق عليها، كأن يقوم المستأجر ببيع أو تأجير القسائم أو بناء منشآت ومنازل سكنية. فليس للمستأجر استعمال القسيمة إلا فيما أعدت له: إقامة منشأة صناعية. ويترتب على ذلك ـ منطقياً ـ أن عدم جواز تصرف المستأجر في حقه بأي طريقة من طرق التصرف سواء بالبيع أو التنازل أو الايجار من الباطن لا يعني أن سلطاته محدودة، وأن حقه على الأرض المؤجرة ليس حقاً مباشراً، بل لأن هذه التصرفات جميعاً تتعارض مع الهدف الذي من أجله خُصصت القسيمة للمستأجر.

ومن ناحية أخرى، فإن قانون الصناعة يشترط ـ طبقاً لنص المادة ١٥ / ١ للحصول على قسيمة صناعية أن يكون المستأجر مالكاً لمنشأة صناعية تخضع لأحكام قانون الصناعة. ويعني ذلك كله أن شخصية المتعاقد (المستأجر) تكون دائماً محل اعتبار عند التعاقد. فالدولة لا تسمح بتخصيص قسيمة صناعية للمستأجر إلا لأن هذا الأخير يتملك منشأة صناعية خاضعة لأحكام قانون الصناعة. وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد، فإنه لايجوز للمستأجر، في هذه الحالة، تطبيقاً للقواعد العامة، التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن. وفي هذا المعنى تقرر المادة ٥٩٩ مدني كويتي على أنه: «للمستأجر حق التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن في كل ما

استأجره أو بعضه، وذلك مالم يقض الاتفاق بغيره أو يتبين أن شخصية المستأجر كانت محل اعتبار عند التعاقد». ولهذا يمكننا القول بأنه إذا كان مستأجر القسيمة الصناعية لايستطيع التنازل عنها أو إيجارها من الباطن، فذلك لأن شخصيته كانت محل اعتبار وقت ابرام العقد، وليس لأن سلطاته على الأرض المؤجرة محدودة أو أنها ليست مباشرة.

وبذلك يتبين أن تقييد سلطات مستأجر القسيمة الصناعية بالمقارنة بالسلطات التي يتمتع بها المستأجر في بقية صور الايجار الأخرى مرجعه اعتبارات يفرضها أحياناً الهدف الذي من أجله أنشأ المشرع نظام تخصيص القسائم الصناعية، وأحياناً أخرى شخصية المستأجر وكونها محل اعتبار عند التعاقد، ولا ينفي أن سلطات مستأجر القسيمة الصناعية مازالت ـ رغم ذلك ـ واسعة ومباشرة إذا ما قورنت بالايجار العادي.

ومن هذا العرض الموجز، وبعد هذه المقارنة السريعة بين هذه الصور المختلفة للايجار، نستطيع أن نقرر أن للايجار العيني ثلاثة عناصر لايوجد بدونها، أو بعبارة أخرى، للايجار العيني خصائص ثلاث: طول مدة الايجار، مقابل زهيد، وأخيراً سلطات واسعة ومباشرة على العين المؤجرة. ونعتقد أن هذا التشابه في الخصائص بين هذه الصور المختلفة للايجار يرجع ـ في نظرنا ـ الى «وحدة» هدف أو دور أو وظيفة كل منها. فالمستأجر، في هذه الصورة أو تلك، لايهدف الى الانتفاع بالأرض المؤجرة بالحالة التي هي عليها عند إبرام العقد، وإنما يلتزم ـ حسب الاتفاق ـ باتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستغلال بالبناء عليها أو الغراس فيها، أي بإقامة منشآت صناعية أو أبنية سكنية أو استغلالها استغلالاً زراعياً. وأمام «ضخامة» الالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر «وجسامتها» كان لابد من إعطائه الوقت الكافي للوفاء بالتزاماته والاستفادة مما أقامه من منشآت، ومن هنا كان طول مدة الايجار. كما يجب إعطاء المستأجر كافة الوسائل اللازمة للتصرف بحرية تُمكنه من تنفيذ

ماالتزم به، ومن هنا كانت سلطاته الواسعة والمباشرة على الأرض المؤجرة. وأخيراً فإن إقامة هذه الأبنية والمنشآت، وجعل الأرض صالحة للاستغلال يحتاج الى نفقات كثيرة وجهد كبير، ومن هنا كان المقابل زهيداً.

هذه هي الخصائص التي تُميز الحكر عن الايجار بوجه عام: طول المدة، «تواضع» المقابل، سلطات واسعة ومباشرة على الأرض المؤجرة. وهي الخصائص التي من أجلها اعتبره المشرع المصري ـ دون غيره ـ ذا طبيعة عينية. ولكننا رأينا أن هذه الخصائص تتوافر أيضاً ـ بنفس القدر تقريباً ـ في صور أخرى للايجار: الامفتيوز الفرنسي، الايجار بقصد البناء، الاجارة العينية، إيجار القسائم الصناعية. فهل يعني ذلك أن هذه الصور من الايجار تعتبر هي الأخرى ذات طبيعة عينية؟ لايمكن القول بذلك في منطق القائلين بأن الحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر. فالمشرع وحده، دون غيره، هو الذي يتولى تحديد هذه الحقوق. ومن ثم فإن توافر هذه الخصائص لا تُضفي الصفة العينية على الايجار إلا إذا قرر المشرع ذلك صراحة كما فعل المشرع اللبناني بالنسبة للإجارة العينية، والمشرع الفرنسي بالنسبة للامفتيوز.

ونشير في النهاية الى أن الايجار العيني لايقوم ـ قانوناً ـ بدون هذه الخصائص. فإذا لم تتوافر هذه العناصر، فإن الايجار لايكون عينياً حتى ولو وصفه الطرفين «بالايجار العيني[٦٧]». فالقاضي يقوم بتكييف العقد حسب توافر عناصره الرئيسية وليس حسب وصف الأفراد له. وهذه العناصر مجتمعة، منظوراً إليها في جملتها وليس إلى كل عنصر على حدة، هي التي يستطيع القاضي في ضوئها أن يحدد طبيعة العقد[٦٨].

---

(٦٧) - Liet - Veaux et Schmidt op. préc. p. 72 n. 2

(٦٨) نقض فرنسي، الدائرة المدنية، ٨ اكتوبر ١٩٧٤، المجموعة المدنية، ٣، ص ١٩٣، رقم ٣٨٥.

الفرع الثاني
حكم البناء أو الغراس على الأرض المؤجرة

٢٠ ـ رأينا أن الايجار العيني على اختلاف صوره يخول المستأجر سلطات واسعة على الأرض المؤجرة حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته الناجمة عن عقد الايجار. وللمستأجر في سبيل جعل الأرض المؤجرة صالحة للاستغلال أن يتخذ من الوسائل التي تلزم لذلك، كأن يردمها إذا كانت منخفضة، أو يرممها إذا كانت في حاجة الى ترميم، أو يُعيد بناءها إذا كانت خربة. فالمستأجر قد يقيم ـ في سبيل الوفاء بالتزاماته ـ بعض المنشآت والأبنية، أو يغرس بعض الغراس. بل إن التزامه الأساسي الناجم عن عقد الايجار قد يكون إقامة منشآت صناعية أو أبنية بغرض السكنى أو الاستغلال الزراعي كما هو الحال في ايجار القسائم الصناعية والايجار بقصد البناء. فالمباني والمنشآت التي يقيمها المستأجر ـ في الايجار العيني ـ على الأرض المؤجرة، قد تكون هي الهدف من نشأة الايجار، وقد تكون مجرد وسيلة من وسائل تحسين الأرض المؤجرة وجعلها صالحة للاستغلال.

وإذا كان يجوز للمستأجر ـ أو يلتزم أحياناً ـ أن يقيم بعض المنشآت والأبنية على الأرض المؤجرة؛ فما حكم البناء في هذه الحالة؟ بعبارة أخرى، ماهي طبيعة حق المستأجر على هذه المنشآت والأبنية التي أقامها خلال مدة الايجار؟

أجاب المشرع المصري على هذا التساؤل صراحة بقوله في المادة ١٠٠٢ مدني أن المحتكر يتملك «ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر». وعلى ذلك، إذا بنى صاحب الحكر (المستأجر) أو غرس في الأرض المحكرة، كان البناء أو الغراس مملوكاً له. فحقه إذن على المنشآت والأبنية التي يقيمها هو حق ملكية؛ وهو حق يتميز عن حق الحكر ذاته، الذي هو حق عيني ناتج عن توزيع سلطات حق الملكية بين المالك والغير. ويجوز لصاحب الحكر (المستأجر) أن يتصرف في كل حق مستقلاً

عن الآخر، كما أنه له ـ بداهة ـ أن يتصرف فيهما معاً، وإن كان الغالب أن يتصرف المستحكر في حقيه مجتمعين لأن كلاً منهما مكمل للآخر[٦٩].

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمبدأ نفسه، وخول المستأجر ـ بالنسبة للامفتيوز ـ حق تملك المنشآت والأبنية التي يقيمها على الأرض المؤجرة طوال مدة الايجار (م ٩٤٦ زراعي). فالمستأجر ـ في الامفتيوز كما في الحكر ـ له إذن حقان متميزان: حق ملكية على المنشآت والأبنية، وحق عيني أصلي على الأرض المؤجرة. أما بالنسبة للإيجار بقصد البناء، فقد ترك المشرع للأطراف حرية تحديد طبيعة حق المستأجر على المنشآت والأبنية سواء تلك الموجودة وقت ابرام العقد أو تلك التي يقيمها المستأجر تنفيذاً لالتزامه الناتج عن العقد. (م ٣ / ١ من القانون المشار إليه). وقد يُفهم من هذا النص[٧٠] أنه يمكن للطرفين الاتفاق على أن تكون المنشآت والأبنية التي يقيمها المستأجر مملوكة للمؤجر منذ اقامتها. لكن البعض يرى أن هذا الاعتقاد المستمد من حرفية النص ليس صحيحاً[٧١]. فمن الخصائص «الذاتية» للايجار بقصد البناء أن يكتسب المستأجر ملكية المنشآت والأبنية التي يقيمها على الأرض المؤجرة. فهو عقد له «ذاتية» خاصة تميزه عن الايجار العادي، وله عناصره الجوهرية المستمدة من طبيعته لايقوم بدونها. والعقد الذي «يستجيب» لهذه العناصر الرئيسية والخصائص «الذاتية» يكون ايجاراً بقصد البناء، حتى ولو لم يطلق عليه الطرفان هذا الوصف كما أن العقد الذي لايستجمع هذه العناصر لايمكن ـ قانوناً اعتباره ايجاراً بقصد البناء حتى ولو أراد المتعاقدان ذلك.

وإذا كان المشرع الكويتي ـ على عكس نظيره المصري ـ لم يحدد صراحة طبيعة حق المستأجر على المنشآت الصناعية التي يقيمها على القسيمة محل

---

(٦٩) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٦، ص ٥٧٩. - J.Viatte, art.préc., p. 90

(٧٠) R. Saint Alary, art. préc., no. 15

(٧١) - G. Liet - Veaux et J. Schmidt, art. préc., p. 72.

الايجار، إلا أننا نعتقد أن المستأجر يكتسب ملكية هذه المنشآت والأبنية طوال مدة العقد. من ناحية لأن اكتساب المستأجر حق ملكية عقارية على المنشآت والأبنية التي يقيمها من خصائص العقد الجوهرية، لايقوم ـ قانوناً ـ بدونها، ولا يجوز من ثم سلب المستأجر هذا الحق. ومن ناحية أخرى، تنص المادة ١٢ من عقود تأجير القسائم الصناعية على حق الدولة في إنهاء التخصيص (العقد) إستناداً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وفي هذه الحالة، تلتزم الدولة ـ حسب تقدير الجهات المختصة ـ بأن تدفع للطرف الثاني (المستأجر) قيمة جميع المنشآت الثابتة الموجودة على القسيمة المؤجرة. ويستفاد من هذا النص ـ بوضوح ـ أن المستأجر يتملك الأبنية والمنشآت التي يقيمها طوال مدة الايجار، وإلا ما كان ليستحق «قيمة» هذه المنشآت الموجودة على الأرض المؤجرة ـ فإنهاء العقد في كل هذه الحالات والاستيلاء على المنشآت الموجودة هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة. والمالك ـ وحده ـ هو الذي يستحق التعويض عند إنهاء العقد والاستيلاء على الأبنية الموجودة. وطالما أن المشرع قرر أن المستأجر يستحق تعويضاً عن هذه المنشآت، وأن هذا التعويض لايُعطى ـ عموماً ـ إلا للمالك، فإن المشرع بذلك يكون قد افترض أن المستأجر هو مالك المنشآت التي أقامها.

٢١ ـ وأخيراً لم يحدد المشرع اللبناني هو الآخر ـ بالنسبة للاجارة العينية ـ طبيعة حق المستأجر على المنشآت التي يقيمها على الأرض المؤجرة، واكتفى بالنص على أنه إذا أجرى المستأجر تحسينات أو أقام منشآت تزيد من قيمة العقار، فلا يجوز له أن يهدمها ولا أن يطالب بالتعويض في نهاية مدة العقد (م ٩ / ٢ من القرار المشار إليه). ومع ذلك، فإننا نرى أن المستأجر يكتسب ملكية ما يقيمه من منشآت أو أبنية على الأرض المؤجرة، وتظل ملكيته قائمة حتى نهاية عقد الايجار. ولا يعني قول المشرع أن المستأجر لايجوز له أن يطالب بالتعويض عنها عند نهاية العقد، أنه، أي المستأجر، لم يكن مالكاً لهذه المنشآت، وإنما يعني ـ ببساطة ـ أن المستأجر قد استفاد من هذه المنشآت، واستغلها طوال مدة الايجار بتملكه لها، وعوض النفقات التي تكبدها في سبيل

إقامتها، وبالتالي يجب، عند نهاية عقد الايجار، أن يتنازل عنها لمالك الأرض، الذي لم يحصل إلا على إيجار زهيد، بدون مقابل.

٢٢ ـ وبذلك يُنشيء الايجار العيني، في كافة صوره، حقين متميزين: حقاً عينياً على الأرض المؤجرة يخول المستأجر الانتفاع بهذه الأرض بكافة وجوه الانتفاع التي يقتضيها حقه، على أن تكون الأعمال التي يجريها من شأنها أن تؤدي إلى تحسينها وجعلها صالحة للاستعمال بما يحقق الهدف الرئيسي للايجار؛ وحق ملكية على ما يُحدثه من منشآت وأبنية على الأرض المؤجرة. وهكذا «تُفصل» عناصر محل حق الملكية «الأرض» وتتوزع بين المؤجر (مالك الأرض) وبين المستأجر (مالك ما فوق الأرض) من منشآت وأبنية أو غراس. ويكون نص المشرع (م٨٠٣ / ٣) على جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكية ما تحتها، مقرراً لقاعدة عامة ذات تطبيقات متعددة منها الايجار العيني، وليس مجرد استثناء محصور في حالة أو حالتين.

المبحث الثاني

الملكية الدورية

La propriété périodique

٢٣ ـ الملكية الدورية[٧٢]، أو كما يسميها البعض الملكية المتعـددة La multiproprété[٧٣]، أو الملكية الزمنية La propriété dans le temps[٧٤]، تعني ـ أياً كان تسميتها ـ توزيع الانتفاع بعقار أو منقول بين عدة أشخاص، بحيث لا يكون لكل منهم الحق في شغل هذا العقار أو المنقول إلا لمدة قصيرة من الزمن

(٧٢) - Cof. J.P. Marty, "La dissociation juridique de l'immeuble", Paris 1949, L.G.D.J., p.192, note no. 2

(٧٣) - V.D. Clement, La multipropriété, theše Paris, 1974

(٧٤) - V. Hervieu, La multipropriété ou propriété dans le temps, J.J.P.I., 1973, p.6 et s.

سنوياً طوال فترة طويلة، أو بصفة دائمة[٧٥]. وهكذا يتحلل هذا النظام في تناوب الملاك ـ إذا جاز التعبير ـ في الانتفاع بالشيء محل الملكية بحيث يكون لكل منهم أن يستعمل هذا الشيء مدة مجددة تُحدد سنوياً طوال مدة التملك (مؤقتة أو بصفة دائمة)، كأن ينتفع كل واحد منهم، مثلاً، بالحق شهراً في السنة محدداً سلفاً لمدة مؤقته (خمسون أو مائة عام مثلاً) أو بصفة دائمة.

وقد ظهر هذا النظام ـ في بداية نشأته ـ بمناسبة تدبير مسكن لمن يريد قضاء أجازته سواء لممارسة رياضة معينة، كالتزحلق على الجليد مثلاً، أو للاستجمام بعيداً عن الضوضاء، كقضاء أشهر الصيف على أحد الشواطىء. ولم يكن أمام من يرغب في قضاء أجازته، حتى وقت قريب، سوى الاختيار بين استئجار مسكن (شقة أو ڤيلا) طوال مدة الأجازة فقط، أو شرائه حتى يستطيع الانتفاع به، كمالك، في أي وقت.

والحقيقة أن كلاً من الوسيلتين، الايجار والشراء، «يعترضهما» بعض الصعوبات العملية[٧٦]. فالايجار يُلزم من يريد قضاء أجازته في الصيف أو في الشتاء بالحجز مقدماً قبل موعد الأجازة بمدة طويلة وإلا تعرض لمخاطر عدم اللحاق «بقطار» الحجز. كما أن الايجار يتم غالباً لمدة سنة واحدة فقط؛ وإذا استطاع من يريد قضاء أجازته أن «يحجز» مسكناً لمدة سنة، فلا يضمن أن يجد مكاناً في سنة أخرى. وأخيراً فإن الايجار غالباً ما يكون مرتفعاً بدرجة كبيرة بحيث يعجز عن تدبيره الكثيرون. وعلى العكس من ذلك، فإن اتباع وسيلة الشراء، وإن كان يضمن وجود مكان لقضاء الأجازة بصفة دائمة، إلا أنه يحتاج ـ بداهة ـ إلى رأس مال كبير يتردد الكثيرون في دفعه، على فرض القدرة

---

(٧٥) - V.M.Dagot et p. Spiteri, à la recherche de la multipropriété, J.C.P., 1972, 2481, no. 4

- N.Doyon et A.Zurfluh, "La propriété a témps partagé et ses problèms", act. jur, prop. immob., 1976, p. 374 et s.

- R.Brun, "La multipropriété est, elle une reallite", ? même revue, 1973, p.6 et s.

- N. Doyon, "La propriété Spacio temporelle", J.C.P., 1974,1,2599.

(٧٦) - Dagot et Spiteri, art. préc., No.2

على ذلك، مقابل الانتفاع بالسكن مدة قصيرة طوال العام. هذا بالإضافة إلى أن المالك يجب عليه صيانة المسكن طوال العام، وحراسته، مما يكلف المالك نفقات إضافية، ومجهوداً كبيراً خصوصاً مع «بُعد» أماكن قضاء الأجازة عن المسكن الأصلي.

وأمام هذه الصعوبات العملية التي «تعوق» وسيلتي الايجار والشراء للحصول على «مكان» ملائم لقضاء الأجازة السنوية، اتجهت الأنظار الى البحث عن «وسيلة» ثالثة تجمع بين مزايا كل من الإيجار والشراء. وكانت هذه الوسيلة هي الملكية الدورية أو الزمنية. وهي وسيلة تأتي، كما يقول البعض بحق[٧٧] ـ في منتصف الطريق بين الايجار والشراء. فهي تتميز عن الايجار من حيث أنها تضع حلاً لمشكلة الصيانة وكذلك الحراسة. فهي أمور يتولى القيام بها المؤجر. كما أنها تُغني من يريد قضاء أجازته عن البحث سنوياً عن مكان لقضاء أجازته، حيث توفر له وسيلة الملكية الدورية فرصة الحصول على هذا المكان لمدة طويلة، وربما بصفة دائمة. وأخيراً، فإن تكلفتها وإن كانت تزيد عن الايجار، إلا أنها أقل من تكلفة الشراء رغم أنها تحقق تقريباً نفس مزاياه.

ولهذا كان طبيعياً أن تنتشر هذه الوسيلة في السنوات الأخيرة، وتعددت تطبيقاتها، وتزايد إقبال الأفراد عليها. وإذا كانت هذه الوسيلة في الانتفاع بالسكن لقضاء الأجازات السنوية قد ظهرت أول ما ظهرت في فرنسا وغيرها من الدول الأوربية، إلا أنها قد أخذت طريقها في الظهور حديثاً في مصر، وعلى وجه التحديد في قرية مراقية السياحية[٧٨]. وتحت عنوان «شراء الوقت»، أعلن المسئولون عن هذه القرية في الجرائد اليومية عن استعدادهم لقبول طلبات «حجز» شقة أو ڤيلا ـ حسب رغبة الحاجز ـ لمدة أسبوعين أو شهر في السنة طوال فترة طويلة (عشرون أو ثلاثون سنة) مقابل مبلغ من المال يُدفع مرة

---

(٧٧) - Dagot et Spiteri, art. préc..No.3

(٧٨) وهي قرية أنشأت في مصر حديثاً لقضاء الأجازة الصيفية على شاطىء البحر. وهي تقع على الكيلو ٥٢ من طريق اسكندرية ـ مرسى مطروح.

واحدة، ويكون لمن يتم التعاقد معه حق الانتفاع بالشقة أو القيلا التي وقع اختياره عليها طوال الفترة التي تم الاتفاق عليها لمدة شهر يُحدد مقدماً، في السنة. فحقه إذن في الانتفاع بالشقة هو حق مؤقت ودورياً.

٢٤ ـ فما هي طبيعة هذا النظام الجديد من الناحية القانونية؟ وهل هو شكل جديد من أشكال الملكية، أم هو شكل «جديد» لا علاقة له بالملكية خصوصاً ولا بالأموال عموماً؟ وما هي طبيعة حق المنتفع في هذا الفرض؟ وهل هو حق ملكية، أم أيجار، أم حق آخر «غير مسمى» إذا جاز التعبير؟

قبل أن نعرض للخلاف الفقهي الذي ثار في فرنسا حول هذا الموضوع، نوضح، في البداية، خصائص هذا الحق، الذي يُسميه البعض بحق الاستعمال والإقامة Droit d'usage et droit de séjour[٧٩].

فهو أولاً حق مؤقت témporaire ينتهي عادةً بانتهاء مدته. فحق الاستعمال والإقامة يخول عادة لمدة محدودة طويلة نسبياً.

وهو ثانياً حق لا يكون لصاحبه سوى استعماله على فترات، وليس بصفة دائمة ومستمرة. ولذا أطلق عليه البعض droit à eclipse[٨٠]. فصاحب الحق ليس له سوى استعمال الشقة والاقامة فيها خلال شهر واحد معين مثلاً من شهور السنة طوال المدة الكلية للعقد. ويترتب على ذلك ـ بداهة ـ أن صاحب الحق لا يستطيع استعمال حقه خلال المدة المتبقية من شهور السنة، لسبب بسيط هو أن هذه المدة توزع على آخرين لاستعمال الشقة والإقامة فيها. وبذلك يمكن ـ من الناحية العملية ـ تقسيم شهور السنة لمدد محددة قد تصل الى ٢٤ أو أكثر، وهي مدد قد لا تكون متساوية، ويمكن أن تكون من أسبوع لشهر مثلاً.

---

(٧٩) - Dagot et Spiteri, art. préc., No.3

(٨٠) - Dagot et Spiteri, art. préc.. No.6.

وبناء على ذلك، يمكننا ـ من البداية ـ أن نستبعد بعض الفروض التي تخرج عن نطاق تساؤلنا.

فحق الاقامة بالمعنى الذي حددناه لا يُعتبر من قبيل حقوق الاستعمال والسكنى التي نظمها المشرع كحقوق عينية أصلية متفرعة عن حق الملكية في المواد من ٩٩٦ إلى ٩٩٨ مدني[٨١]، ذلك أن حق الاقامة الذي نحن بصدده، يختلف عن كل من الاستعمال والسكنى من عدة نواح، فمن ناحية، ينقضي كل من حق الاستعمال وحق السكنى حتماً بوفاة صاحبه[٨٢]. وهو حل لا يلائم من الناحية العملية طبيعة حق الإقامة. فالقول بأن حق الإقامة ينقضي بوفاة صاحبه يعني أنه لن ينتقل الى الورثة مما يتعارض مع الهدف الذي يسعى صاحب الحق الى تحقيقه له ولأسرته. ومن ناحية أخرى، إذا كان لا يجوز ـ كقاعدة عامة ـ النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى[٨٣]، فإن هذا الحق لا يتفق أيضاً مع طبيعة الحق في الاقامة من حيث أنه يضع عقبة أمام انتقاله للغير[٨٤].

كما أن حق الاقامة لا يُعتبر انتفاعا كحق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية، الذي نظمه المشرع في المواد من ٩٨٥ إلى ٩٩٥[٨٥]. فبالاضافة الى أن حق الانتفاع ينتهي حتماً بوفاة صاحبه على عكس حق الإقامة، فإن مضمون حق الانتفاع يختلف عن مضمون حق الاقامة: فالانتفاع حق عيني يخول

---

(٨١) ويقابلها في القانون الكويتي المواد من ٩٥٥ إلى ٩٥٨ مدني.

(٨٢) وقد نصت المادة ٩٩٣ على أنه «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عُد مقرراً لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين». وقد قرر المشرع في المادة ٩٩٨ على أن الأحكام الخاصة بحق الانتفاع تسري على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين». وبذلك ينقضي حق الاستعمال وحق السكنى، كالانتفاع، بوفاة صاحبه.

(٨٣) ولا يجوز هذا التنازل إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي (م٩٩٧ مدني)، وقد قررت المادة ٩٥٦ مدني كويتي نفس الاستثناء.

(٨٤) - Dagot et Spitere, art. préc., Ni9.

(٨٥) ويقابلها المواد من ٩٤٤ إلى ٩٥٤ مدني كويتي.

صاحبه سلطة استعمال واستغلال شيء مملوك للغير[٨٦]، بينما لا يخول حق الاقامة صاحبه سوى سلطة الاستعمال فقط لشيء مملوك للغير.

وأخيراً فإن الاقامة ليس من قبيل حقوق الايجار: أولاً لأن مدة حق الإقامة تتجاوز بكثير مدة الايجار[٨٧]، وثانياً لأن المستأجر هو الذي يلتزم ـ بالنسبة للايجار ـ بصيانة العين المؤجرة وحراستها، بينما لا يلتزم صاحب حق الإقامة بالقيام بهذه الأمور، بل تتولاها عادة الشركة التي تشرف على تنظيم عملية الانتفاع الدوري بالسكن. وأخيراً فإن المستأجر يتعرض لفسخ عقد الايجار إذا ما تأخر في سداد الأجرة التي يلتزم بها، بينما لا يوقع على صاحب حق الإقامة نفس الجزاء إذا ما تأخر عن دفع المقابل المحدد في العقد.

بعد أن استبعدنا هذه الاحتمالات التي قد تُسبب بعض اللبس، اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول[٨٨] بأن حق الإقامة هو من قبيل حق الشريك. فالمنتفعون بالإقامة الدورية يكونون معاً شركة يساهم فيها كل منهم بحصة تعادل حقه في الإقامة. ويترتب على هذا التصور، أن الشركة، وليس الشركاء، هي مالك العقار الذي يتناوب الشركاء الانتفاع به. والملكية الدورية بهذا المعنى ليست إذن شكلاً جديداً من أشكال الملكية، بل إن تسميتها بالملكية أساساً ـ في نظر هذا الجانب من الفقه ـ هو من قبيل التجاوز. كما يترتب على هذا التصور أيضاً أن حق الشريك في الإقامة والاستعمال هو حق شخصي ومنقول. فهو حق شخصي بالمقابل للحق العيني من ناحية، وهو شخصي من حيث أن شخصية الشريك محل اعتبار من ناحية أخرى.

---

(٨٦) راجع، جمال زكي، المرجع السابق، ص٥٨٦، فقرة ٣١٦ ـ الصده، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص٨٦١.

(٨٧) وإذا كان المشرع لم يضع حداً أقصى لمدة الإيجار، الا أن الفقه يُجمع على أن الايجار يجب أن يكون مؤقتاً. وعلى ذلك فإن المتعاقدين يستطيعان الاتفاق على أي مدة للايجار مادامت هذه المدة لا تجعل الايجار مؤبداً أو في حكم المؤبد. ويرى الفقه المصري عموماً أن مدة الايجار يجب ألا تزيد في كل الأحوال عن ستين سنة قياساً على الحكر، راجع، السنهوري، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، ص١٤١، فقرة ١١٥.

(٨٨) - Dagot et Spiteri, art. préc., No5 et suv.

وفي مقابل هذه النظرة «الشخصية» لحق الاقامة، يمكن النظر إلى هذا الحق أيضاً نظرة «عينية»، واعتباره حقاً عينياً droit réel. لكنه يمكن ـ حتى داخل هذه النظرة العينية ـ أن تتفرق بنا السبل. فمن قائل أن الملكية الدورية أو الزمنية ما هي إلا ملكية شائعة بالنسبة لحقوق من يتناوبون الانتفاع بالحق (السكن) مجتمعة. فلكل منهم الحق في أن ينتفع وحده بالحق خلال المدة المحددة له. ويلتزم الآخرون بإحترام هذا الحق، كما أنه ليس لأحد منهم أي حق «خارج» المدة المحجوزة لهم. ويعني ذلك أن البناء الذي يتناوبون بالتتابع الانتفاع به مملوك لهم جميعاً ـ ويتكون البناء من أجزاء «خاصة» مفرزة، وأجزاء «عامة» شائعة شيوعاً إجبارياً. والأجزاء «الخاصة» privatives هنا ليست ملكية الشقة أو الطبقة ذاتها كما هو الحال في ملكية الطبقات والشقق عموماً، وإنما هي الفترة الزمنية التي يحق لصاحب الحق خلالها استعمال الشقة وحده[٨٩] أما الأجزاء الشائعة أو المشتركة Communes فهي البناء أو الشقة ذاتها التي يتناوب الملاك استعمالها. وهي تكون «مشتركة» بهذا المعنى لأنها مخصصة لاستعمال «جميع» الملاك. فالمدة الزمنية التي يكون لكل مالك خلالها استعمال الشقة هي إذن «الملكية الخاصة» لكل منهم، أما الشقة ذاتها، فهي مملوكة ملكية «شائعة» لجميع الملاك. وتحدد حصة كل واحد منهم في الأجزاء المشتركة بنسبة المدة التي يحق له فيها استعمال البناء أو الشقة[٩٠].

كما أنه يمكن القول، انطلاقاً من هذه النظرة «العينية» لحق الإقامة، أن هذا الحق هو حق ملكية يُشكل مع حقوق الآخرين الذين يتداولون الانتفاع بالبناء ملكية جماعية propiété Collective للشقة محل الانتفاع، واذا تعددت الوحدات السكنية للعقار الواحد، فإن كل وحدة سكنية تكون مملوكة ملكية جماعية لمن لهم حق الإقامة الدورية فيها، وتكون الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك مملوكة للجميع على الشيوع.

---

(٨٩) - Dagot et Spiteri, art. préc., p. 192 et 5.

(٩٠) - Dagot et Spiteri, art. préc., p. 193 et 5.

فالملكية إما أن تكون فردية individuelle أو جماعية، وإذا كان المالك في الملكية الفردية يكون فرداً، فالمالك في الملكية الجماعية يكون جماعة من الأفراد دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية الاعتبارية[٩١]. والملكية الجماعية بهذا المعنى تختلف عن الملكية الشائعة. فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال ولا تتركز في جزء منه بالذات، ويملك كل شريك حصة محددة فيه كالثلث أو الربع مثلاً، بينما الشيء المملوك في الملكية الجماعية أو المشتركة لا يكون لكل شريك حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين الشيء محل الملكية كله. فالملكية إذن إما أن تكون فردية أو جماعية، والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة[٩٢].

٢٥ ـ ويترتب على هذه النظرة «العينية» لحق الإقامة، إذا أمكن الأخذ بها، ثلاث نتائج:

١ ـ أن حق الإقامة هو حق عيني عقاري، وليس حقاً شخصياً منقولاً كما يرى أنصار النظرة «الشخصية».

٢ ـ أن هذا الحق، المملوك ملكية شائعة أو جماعية، حق مؤقت ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، والتي يتناوب الملاك خلالها الانتفاع بالشيء محل الملكية (الشقة مثلاً). وما تناوب الانتفاع بصفة دورية بين الملاك إلا وسيلة لتنظيم الانتفاع بالشيء المملوك ملكية جماعية أو شائعة. وقد أخذ المشرع بوسيلة مشابهة للانتفاع بالمال الشائع، وهي قسمة المهايأة. وفيها يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته (م٨٤٧ مدني)[٩٣].

٣ ـ أن هذا النوع من الملكية، هو تطبيق لمبدأ جواز فصل ملكية فصل

---

(٩١) السنهوري، الوسيط، جزء٨، ص٧٩٥، فقرة ٤٨٥.
ـ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص٤١ وما بعدها.
(٩٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء٨، الوسيط، ص٨٠٠.
(٩٣) في نفس المعنى، المادة ٨٤٤ مدني كويتي.

سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها. وهكذا تنفصل عناصر محل حق الملكية (الأرض) وتتوزع بين المالك والغير، وتكون الأرض مملوكة لشخص، وما عليها (البناء) مملوك لعدة أشخاص آخرين ملكية جماعية أو شائعة يتناوبون الإقامة والانتفاع بالبناء (شقة أو ڤيلا مثلاً) محل الملكية بصفة دورية.

الخلاصة إذن أن إجازة فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها مبدأ عام له تطبيقات متعددة ومتنوعة في القانون. فهو «حقيقة» قانونية اعترف بها المشرع، وله فضلا عن ذلك تطبيقات تشريعية كثيرة كالايجار العيني بصوره المختلفة، والملكية الدورية أو الزمنية. ولا شك أن التطبيقات التي ذكرناها ليست مذكورة على سبيل الحصر، بل هناك تطبيقات أخرى مختلفة[٩٤]، لا نريد الاستطراد في دراستها وشرحها. فالهدف من ذكر هذه التطبيقات ليس هو دراستها وشرحها بالتفصيل كأنظمة قانونية، وإنما للتدليل على أن مبدأ فصل عناصر الأرض هو حقيقة قانونية لها تطبيقات متعددة في الواقع العملي من ناحية، ولاستخلاص المبادىء والأحكام العامة التي تطبق على «ظاهرة» الفصل من ناحية أخرى.

ولا يكفي ـ بداهة ـ أن نقرر إمكانية فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها، وأن هذا الفصل، يقع كثيراً في الحياة العملية. فهذا الفصل ـ إذا ما تحقق ـ يؤدي الى نشأة حقوق جديدة لملاك جدد: مالك ما فوق الأرض، مالك ما تحت الأرض، بالإضافة إلى مالك الأرض الأصلي. وهذه الحقوق الجديدة تحتاج ـ دون شك ـ إلى تحديد خصائصها وطبيعتها القانونية وأسباب كسبها وأسباب انقضائها إلى غير ذلك من الموضوعات الهامة التي تحتاج إلى إلقاء الضوء عليها. واعتقد أنني لست في حاجة إلى القول بأن الفقه عموماً لم يلتفت بعد إلى دراسة هذه الموضوعات رغم أهميتها العملية.

هذا بالإضافة إلى أن هذه الحقوق الجديدة تحتاج ـ بعد نشأتها وتحديد

---

(٩٤) كما في حالة بيع الأبنية والمنشآت مع احتفاظ البائع بملكية الأرض، وتملك المستأجر للأبنية والمنشآت التي يقيمها على الأرض المؤجرة.

طبيعتها وأسباب كسبها ـ إلى تنظيم العلاقة الجديدة بينها وكذلك علاقات الملاك بعضهم بالبعض الآخر. فلا يكفي أن «تعيش» هذه الحقوق متجاورة، وإنما يجب أن تعيش معاً vivre-ensemble.

ولذلك فإننا سنتناول في الفصل الثاني أحكام فصل عناصر الأرض، وفي الفصل الثالث النظام القانوني للحقوق الناشئة عن الفصل.