

## الفصل القانوني لعناصر الأرض

### (دراسة مقارنة)

الدكتور محمد زهرة

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة الكويت

تناولنا في القسم الأول تحديد عناصر الأرض كمحل للحق العيني في الفصل التمهيدي، ثم بينا في الفصل الأول تطبيقات لفكرة فصل عناصر الأرض. ونتناول في هذا القسم أحكام فصل عناصر الأرض في الفصل الثاني، وأخيرا النظام القانوني للحقوق الناشئة عن الفصل (الفصل الثالث).

## الفصل الثاني

### أحكام فصل عناصر الأرض

٢٦ - رأينا أنه يجوز - قانوناً - أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها، ويتحقق هذا الفصل من الناحية العملية بتوزيع عناصر الأرض كمحل لحق الملكية بين المالك والغير، كأن يتنازل المالك لشخص آخر عن عنصر أو أكثر من هذه العناصر ويحتفظ بالبعض الآخر. ويختلف الفصل بهذا المعنى Dissociation عن توزيع Demembrement السلطات، التي يمنحها الحق لصاحبه، على أكثر من شخص. فتوزيع سلطات الحق بين المالك والغير - وهو ما يؤدي إلى نشأة الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية - يفترض بقاء محل الحق (الأرض) موحداً دون تجزئة (فصل) لعناصره؛ أي تبقى عناصره مجتمعة في «يد» شخص واحد.

أما الفصل بالمعنى الذي نقصده، فهو يؤدي إلى تجزئة<sup>(٩٥)</sup> حقيقية للملكية بعنصرها (مضمون ومحل)، مما يعني إمكانية أن يتواجد - في التحليل النهائي - «تعدد» في حقوق الملكية، بعد أن كانت - قبل الفصل - حقاً واحداً.

وهكذا ينشأ عن الفصل «تعدد» في الحقوق، مما يؤدي إلى وجود نوع من الجوار، أو بالأدق التداخل Superposition، بين هذه الحقوق: مالك الأرض، مالك ما فوق الأرض، مالك ما تحت الأرض، وهو ما يمكن أن نسميه بالفصل البسيط Dissociation simple. لكن ليس هناك ما يمنع من تعدد ملاك ما فوق الأرض، أي تعدد في الحقوق، بدلاً من أن يكون حقاً واحداً، وهنا يمكن أن نطلق على الفصل هنا «الفصل المركب» Dissociation Complexe.

(٩٥) لا يقصد «بالتجزئة» هنا فصل بعض عناصر الأرض وإعطائها صفة المنقول، وإنما يُقصد بها فصل وتوزيع عناصر الأرض بين المالك والغير.

ونعرض فيما يلي لخصائص الجوار أو التداخل الناشئ عن فصل عناصر الأرض (المبحث الأول)، ثم نحدد الطبيعة القانونية للحقوق الجديدة (المبحث الثاني)، وأسباب كسبها (المبحث الثالث)، وأخيراً أسباب انقضاءها (المبحث الرابع).

## المبحث الأول خصائص الجوار أو «التداخل»

٢٧ - يؤدي الفصل، بسيطاً كان أم مركباً، إلى وجود نوع من الجوار بين الحقوق الجديدة الناشئة عن تنازل المالك عن عنصر أو أكثر من عناصر الأرض إلى الغير. فالفصل إذن يؤدي إلى «تعدد» في الحقوق بقدر «تعدد» الملاك. والتعدد يؤدي بالضرورة إلى وجود «جوار» بين الحقوق الجديدة، لكن هذا الجوار أو «التداخل» يختلف عن الجوار العادي، أي التلاصق، ويتميز بخصائص عديدة:

أولاً: الجوار ليس من قبيل الشيوع

٢٨ - إذا كان الفصل يؤدي إلى «تعدد» في الحقوق الجديدة بقدر تعدد الملاك، إلا أنه لا يؤدي إلى نشأة حالة من حالات التملك على الشيوع بين أصحاب الحقوق الجديدة: مالك الأرض، مالك ما فوقها، مالك ما تحتها. فالحقوق الجديدة المتجاورة ليست مملوكة على الشيوع.

فالملكية الشائعة تتحقق - طبقاً لنص المادة ٨٢٥ مدني<sup>(٩٦)</sup> - إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصّة كل منهم فيه. وثبتت الملكية - في الشيوع - لعدة

---

(٩٦) في نفس المعنى المادة ٨١٨ مدني كويتي.

أشخاص على الشيء نفسه، كل منهم بحصة حسابية معينة تنسب إلى الشيء في مجموعه<sup>(٩٧)</sup>. والسائد في الفقه<sup>(٩٨)</sup>، أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى المعروف، كل ما في الأمر أن حق الملكية ليس له صاحب واحد كما هو الحال في الملكية المفروزة، وإنما له أصحاب متعددون. فالتعدد إذن يكون بالنسبة لصاحب الحق وحده، إذ يوجد أكثر من مالك للشيء نفسه في الوقت نفسه، مع بقاء المحل واحداً دون أن يلحقه التعدد. فالمحل لا يتجزأ بحسب عدد الملاك.

وإذا كان فصل عناصر الأرض يؤدي - كما رأينا - إلى «تعدد» في الحقوق المتجاورة، فإن هذه الحقوق ليست مملوكة على سبيل الشيوع. فكل حق من هذه الحقوق «المتجاورة» ليس حصة - كما هو الحال في الشيوع - أو نسبة من مجموع هذه الحقوق، وإنما يتملك كل «جار» حقه مفزراً غير شائع. وكل حق من هذه الحقوق يرد على محل مستقل ومتميز عن محل الحقوق الأخرى. آية ذلك أن محل حق الملكية (الأرض) يكون - قبل الفصل - موحداً تتجمع عناصره في «يد» شخص واحد. أما بعد تحقق الفصل، قانوناً أو اتفاقاً، توزع عناصر المحل (الأرض، ما فوقها، ما تحتها) بين المالك والغير، ليكون كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة محلاً مستقلاً ومتميزاً للحق الذي يرد عليه، فكل شخص يملك حقه على سبيل الاستثثار والانفراد على شيء مفزّر محدد.

ويترتب على ذلك - بداهة - أن كل صاحب حق، مادام يملك حقه على سبيل الانفراد والاستثثار، أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه كما يشاء في

---

(٩٧) الصده، المرجع السابق، حق الملكية، ص ١٨١.

(٩٨) السهوري، المرجع السابق، الوسيط، جزء ٨، ص ٧٩٦ - الصده، السابق، حق الملكية، ص ١٨٦ - حسن كيره، المرجع السابق، ص ٣٤١ - جمال زكي، المرجع السابق، ص ١١٤. وقد كان موقف المشرع المصري صريحاً في هذا الصدد بقوله «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفزرة حصة كل منهم فيه ٠٠٠٠٠» (٨٢٥ مدي). فهي تصف أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع، أي أن حقهم حق ملكية.

الحدود المسموح بها قانوناً. فإدارة الشيء محل الحق والتصرف فيه من سلطة صاحب الحق وحده.

ومن ناحية أخرى، فإن الجوار في الشيوخ - إذا جاز التعبير - هو جوار «أفقي»، بينما الجوار الناشئ عن فصل عناصر الأرض هو جوار «رأسي». فالحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق متجاورة رأسيًا، حيث توزع عناصر الأرض رأسيًا *en tranche*، لينشأ كل حق «فوق» الآخر، بينما حقوق الشركاء في الشيوخ تتجاوز أفقيًا، بحيث يكون حق كل شريك «بجانب» حقوق بقية الشركاء، وليس فوقها أو تحتها.

### ثانيًا - الجوار ذو طبيعة مؤقتة:

٢٩ - الجوار العادي، بمعنى التلاصق، هو جوار دائم لأن الحقوق المتجاورة هي حقوق دائمة بطبيعتها. أما الجوار الناشئ عن فصل عناصر الأرض، فهو جوار، بطبيعته، مؤقت. ويرجع ذلك إلى أن الحقوق المتجاورة - هنا - هي حقوق بطبيعتها مؤقتة. فالحقوق الجديدة الناشئة عن فصل عناصر الأرض حقوق مؤقتة<sup>(٩٩)</sup>، تنتهي حتمًا - في نظر القانون - بانتهاء مدتها. ومتى انتهت المدة المحددة لكل منها، ارتدت مرة أخرى إلى الحق الذي عنه انفصلت، لتتجمع من جديد تحت «يد» المالك كل عناصر محل الحق (الأرض).

وهي قاعدة عامة تنطبق على جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، سواء كانت متفرعة عن عنصر الاستثارة، أو متفرعة عن عنصر المحل. فقد رأينا أن حق الملكية يتكون من عناصر ثلاثة: الاستثارة (مضمون الحق)،

---

(٩٩) باستثناء المناجم والمحاجر التي تعتبر مملوكة للدولة بصفة دائمة وليس بصفة مؤقتة، بالرغم من أنه حق ناشئ عن فصل عناصر الأرض. وهذه المواد المعنية، سواء المناجم أو خامات المحاجر، التي توجد في باطن الأرض تعتبر ملكاً لصاحبها. ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر جزءاً من الثروة القومية للبلاد، فقد صدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ م الذي يقضي باعتبار هذه المواد ملكاً للدولة.

والمحل، وصاحب أو شخص الحق. ويتحلل عنصر الاستئثار إلى سلطات ثلاث: استعمال واستغلال وتصرف. وتنشأ كافة الحقوق العينية الأصلية نتيجة لتوزيع هذه السلطات بين المالك والغير. وتتميز هذه الحقوق جميعاً، باستثناء الارتفاق<sup>(١٠٠)</sup>، بأنها حقوق مؤقتة تنتهي بانتهاء مدتها<sup>(١٠١)</sup>، أو بوفاة صاحبها إذا توفي قبل انتهاء المدة المتفق عليها<sup>(١٠٢)</sup>.

ويتحلل عنصر المحل (الأرض) أيضاً إلى ثلاثة عناصر: الأرض، ما فوقها، ما تحتها. ويؤدي فصل هذه العناصر وتنازل المالك عن بعضها للغير واحتفاظه بالباقي إلى نشأة حقوق جديدة تعتبر - في نظر القانون - هي الأخرى مؤقتة لتوافر نفس العلة التي من أجلها جعل القانون الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية - كقاعدة عامة - مؤقتة. فالحقوق المتفرعة عن الملكية، سواء الناشئة نتيجة لتوزيع سلطات الحق، أو نتيجة لفصل عناصر المحل، تُحمل الملكية بعبء ثقيل يحسن ألا يكون مؤبداً. بل إن هذه العلة تتوافر بدرجة أكبر بالنسبة للحقوق الناشئة عن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها. فهذه الحقوق أشبه ما تكون بملكية تقوم على الملكية الأصلية. فوجود حق صاحب السطح مثلاً، أي ملكية ما فوق الأرض،

---

(١٠٠) فهو الحق الوحيد بين الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية الذي له صفة الدوام. ويُقصد بدوام حق الارتفاق أنه يبقى ما بقي العقاران الخادم Servaut والمخدوم Dominant. ويُبرر ذلك عادة بأن حق الارتفاق تابع لملكية العقار، فيدوم بدوامه. راجع، الصده، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ٩٤٩، ٩٥٠. يضاف إلى ذلك أن وجود حق الارتفاق لا يمنع من استغلال العقار الخادم، أي المرتفق به، فنشأة حق الارتفاق، وإن كانت تقلل من قيمة العقار الخادم لمصلحة العقار المخدوم، إلا أن وجوده، مهما طالت مدته، لا يُعطل استغلال العقار الذي ينشأ عليه حق الارتفاق. هذا مع ملاحظة أن دوام حق الارتفاق يختلف في معناه عن دوام حق الملكية، كما أن صفة الدوام بالنسبة لحق الارتفاق ليست من جوهره، ومن ثم يجوز الاتفاق على تأقيته بمدة معينة، ينقضي بانقضائها.

(١٠١) كحق الحكر، (المادتان ٩٩٩، ١٠٠٢ مدني).

(١٠٢) كالانتفاع والاستعمال والسكنى، فهي حقوق تنقضي حتماً إما بانتهاء مدتها وإما بوفاة صاحبها أيها أقرب، ومن ثم فهي لا تورث.

يُعرقل - لا شك - استغلال واستعمال الأرض. وباستثناء سلطة التصرف التي يستطيع مالك الأرض التمتع بها، فإن هذا الأخير لا يستطيع ممارسة بقية السلطات التي يخولها له الحق كالأستغلال والاستعمال. فالقول بدوام الحقوق الناشئة عن الفصل يؤدي إلى سلب المالك «جوهراً» الملكية، ولا يكون له من هذا الحق سوى الاسم، فضلاً عن أنه يتعارض مع «إرادة» المشرع.

ولذلك فإن القانون ينظر إلى هذه الحقوق على أنها حقوق مؤقتة، ولا يجوز من ثم أن تكون مؤبدة أو في حكم المؤبدة. لكن متى يمكن القول - طبقاً للقانون - أن هذه الحقوق مؤبدة أو في حكم المؤبدة وبالتالي لا تجوز؟. بعبارة أخرى، ما هو الحد الأقصى للمدة المسموح بها للحقوق الناشئة عن الفصل؟

اكتفى المشرع بالنص على جواز فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها، لكنه لم يحدد مدة هذا الفصل، بل إنه لم ينظم كلية الحقوق الناشئة عن هذا الفصل<sup>(١٠٣)</sup>. ومع ذلك يبدو أن المشرع يتجه إلى وضع حد أقصى للحقوق المتفرعة عن الملكية عموماً بحيث تنقضي هذه الحقوق بانتهاء مدتها. فقد قرر المشرع - بالنسبة للحكر - في المادة ٩٩٩ مدني أنه «لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة، فإذا عينت مدة أطول، أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة». والحكر، كتطبيق من تطبيقات مبدأ جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها، لا نقصد به كونه حقاً عينياً أصلياً يخول صاحبه سلطات واسعة، وإنما نقصد أنه يؤدي إلى تملك المستحكر (المستأجر) للمنشآت والأبنية التي يقيمها على الأرض الحكرة. وهكذا يملك المستحكر المنشآت والأبنية لمدة مؤقتة لا تزيد عن ستين عاماً، بينما تبقى الأرض مملوكة للمؤجر. ويمكن القول - قياساً على الحكر - أن الحقوق الناشئة عن

---

(١٠٣) على عكس بعض القوانين الأجنبية التي نظمت بعض الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض، كحق السطح مثلاً، أي تملك ما فوق الأرض، وقررت أن مدته يجب ألا تزيد عن ثلاثين سنة كالقانون البلجيكي، أو خمسين سنة كالقانون العراقي، راجع حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، الجزء الثاني، ١٩٦٦، ص ٢٣١، فقرة ٢١٩، كذلك حدد القانون الأردني الحد الأقصى بخمسين سنة، م ١٢٢٨ / ١ مدني.

الفصل عموماً يجب ألا تزيد مدتها عن ستين عاماً. «إرادة» المشرع تتجه إلى اعتبار الحقوق المتفرعة عن الملكية بوجه عام حقوقاً مؤقتة. وقد أفصح عن إرادته هذه صراحة بالنسبة للحكر، ومن ثم يجوز تعميم هذا الحكم ليشمل بقية صور فصل عناصر الأرض.

ويلاحظ أن الاتفاق على مدة أطول من ستين سنة، أو عدم الاتفاق على المدة أصلاً، لا يُبطل الاتفاق المنشئ لفصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها، وإنما يُعتبر الاتفاق معقوداً لمدة ستين سنة. ونعتقد أن القاضي ليس له - في هذا الخصوص - سلطة تقديرية<sup>(١٠٤)</sup>. فالاتفاق الذي يخول الغير تملك ما فوق السطح مؤقت، وبالتالي صحيح، إذا كانت مدته لا تتجاوز ستين عاماً، أما إذا كانت المدة أطول من ذلك، فإن حق تملك ما فوق السطح يكون في هذه الحالة مؤبداً، ومن ثم يجب إنقاص مدته إلى الحد المسموح به. ولا يجوز للقاضي - بناء على ذلك - أن يعتبر حق تملك ما فوق سطح الأرض مؤبداً أو في حكم المؤبد إذا كانت مدته لا تزيد على ستين عاماً.

### ثالثاً - الحقوق المتجاوزة هي حقوق غير مسماة:

٣٠ - نظم المشرع بعض العقود نظراً إلى كثرة تداولها، وما لها من أهمية عملية كبيرة بالنسبة للأفراد. وهي طائفة من العقود يُطلق عليها العقود المسماة<sup>(١٠٥)</sup>، أي التي أسماها المشرع ونظم أحكامها، لكن المشرع لم يقصد من تنظيمه لبعض العقود عدم الاعتراف بغيرها، وإنما ترك الحرية للأفراد في أن يُبرموا ما يشاؤون من عقود أخرى، وهو ما يُسمى بالعقود غير المسماة. وترجع

---

(١٠٤) عكس ذلك، السنهوري، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، ص ١٤٣، ١٤٤، حيث يرى بالنسبة للحد الأقصى لمدة عقد الإيجار «ترك تحديد المدة الطويلة التي تجعل الإيجار في حكم المؤبد لتقدير القاضي، فينظر في كل عقد إلى ظروفه وملابساته. فقد تكون مدة ثلاثين أو أربعين سنة مدة طويلة تجعل الإيجار في حكم المؤبد... وقد تكون مدة خمسين سنة لا تجعل الإيجار في حكم المؤبد...».

(١٠٥) راجع، السنهوري، الوسيط، جزء ٤، المجلد الأول، ص ١ وما بعدها - سليمان مرقس، الجزء ٣، العقود المسماة، عقد البيع، ١٩٨٠، ص ١ وما بعدها.

أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة إلى أنه إذا عرض على القاضي نزاع متعلق بعقد مسمى، تعين عليه أن يبحث عن حل هذا النزاع في الأحكام الخاصة بالعقد المطروح أمامه؛ أما إذا كان النزاع يتعلق بعقد غير مسمى، وجب البحث عن حكمه في القواعد العامة للعقود.

فهل يمكن الأخذ بالتفرقة نفسها بالنسبة للحقوق أيضاً؟ وهل يمكن تقسيم الحقوق، هي الأخرى، إلى حقوق مسماة وحقوق غير مسماة؟

لا جدال في انطباق هذه التفرقة على الحقوق الشخصية. فالالتزامات أو الحقوق الشخصية لا حصر لها من الناحية العملية، ويجوز من ثم للأفراد أن يُنشئوا ما يشاؤون من حقوق شخصية (التزامات). والمشرع في تنظيمه لهذه الحقوق، لم يتناولها بالتنظيم حقاً، وإنما اكتفى بتحديد وتنظيم مصادرها وحصرها في خمسة: العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب (والفضالة) وأخيراً القانون<sup>(١٠٦)</sup>.

أما بالنسبة للحقوق العينية، فالأمر يبدو محل شك. فالفقه المصري مُجمع<sup>(١٠٧)</sup> على أن الحقوق العينية المذكورة في القانون على سبيل الحصر. فالمشرع عندما نظم الحقوق العينية «إنما نظمها حقاً حقاً، وأحصاها إحصاء استقصاء لا إحصاء تمثيل. فهو قد اقتطع أولاً من حق الملكية سائر الحقوق الأصلية المتفرعة عنه، وقدها على القالب الذي أراده ورآه متفقاً مع المصلحة العامة»<sup>(١٠٨)</sup>. ويتربط على هذا الرأي السائد أن إرادة الأفراد قاصرة عن ابتداع

---

(١٠٦) راجع المواد من ٨٩ إلى ١٩٨ مدني، ويقابلها المواد من ٣١ إلى ٢٧٩ مدني كويتي.  
(١٠٧) باستثناء رأي ظل وحيداً في الفقه المصري، هو رأي الأستاذ عبد المعطي خيال حيث يذهب إلى أن الحقوق العينية كالحقوق الشخصية غير محددة على سبيل الحصر، مشار إليه في السنهوري، جزء ٨، ص ٢١٦، هامش رقم (٢).

(١٠٨) السنهوري، الوسيط، جزء ٨، ص ٢١٩ - في هذا المعنى: جمال زكي، المرجع السابق، ص ٢٠ - الصده، السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ٩، فقرة ٤ - محمد علي عرفه، حق الملكية، الطبعة الثالثة، ١٩٥٤، فقرة ١٦ - البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، ١٩٥٦، فقرة ٤ - حسن كيره، السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

حقوق عينية جديدة غير تلك التي نظمها القانون وحدد أحكامها. ومعنى ذلك - في منطق هذا الرأي - أن جميع الحقوق العينية هي حقوق مسماة، وليس هناك حقوق غير مسماة.

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري ينص في المواد من ١٢٧٩ إلى ١٢٨٥ على حق القرار *droit de superficie* حيث جعل منه حقاً عينياً يخول صاحبه أن يقيم بناء أو غرساً على أرض الغير لمدة طويلة فيكفل له قدراً كافياً من الاستقرار. ولكن هذه المواد حذفت في النهاية ولم تظهر في نصوص التقنين. وبهذا الحذف لا يمكن للأفراد، طبقاً للرأي السائد، أن ينشئوا بإرادتهم حقاً عينياً على هذا النحو.

لكن هذه النتيجة اللازمة طبقاً للرأي السائد في الفقه المصري غير مسلم بها. فالمشروع قد أجاز صراحة، بمقتضى القانون أو الاتفاق، أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها (م ٨٠٣/٣). فيجوز - طبقاً لهذا النص - اتفاق مالك الأرض مع أجنبي على تحويل هذا الأخير حق إقامة أبنية ومنشآت على أرضه وتملكها. فما هي طبيعة هذا الحق الناشئ عن مثل هذا الاتفاق، إذا لم يكن هو نفسه حق القرار الذي كان المشروع التمهيدي ينص عليه وينظمه؟ خصوصاً أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي قد قررت تعليقاً على المادة ٨٠٣ أنه «... يجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه... وما حق القرار وحق الحكر وحق التعلي إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح»<sup>(١٠٩)</sup>. وإذا كان يجوز بالاتفاق فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوق السطح، وإذا كان حق القرار، وهو حق عيني أصلي يُطلق عليه في القانون الفرنسي *droit de superficie*، ما هو الا نوع من ملكية ما فوق السطح مستقلاً عن ملكية الأرض ذاتها، ألا يعني ذلك أنه يجوز للأفراد أن ينشئوا باتفاقاتهم حقوقاً عينية جديدة غير تلك التي نظمها القانون؟

---

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

فإذا صح هذا التحليل، فإن الحقوق العينية لا تكون مذكورة في القانون على سبيل الحصر، ويجوز من ثم إنشاء حقوق أخرى جديدة «غير مسماة» لم ينظمها القانون، ويصح بالتالي تقسيم الحقوق العينية إلى حقوق مسماة، وهي تلك التي أسماها المشرع ونظمها وحدد أحكامها، وحقوق غير مسماة يُنشئها الأفراد باتفاقاتهم.

وبذلك يُمكننا القول بأن الحقوق الناتجة عن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها هي حقوق غير مسماة لم ينظمها المشرع ولم يحدد أحكامها. فقد اكتفى المشرع بالنص على جواز فصل عناصر الأرض وتنازل المالك عن بعضها للغير، لكنه لم يحدد طبيعة الحقوق الناشئة عن الفصل ولم يُبين أحكامها، مما يعني - في التحليل النهائي - أنها حقوق غير مسماة تحتاج إلى تكييف حتى يمكن - في ضوء القواعد العامة - تحديد طبيعتها.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للحقوق الناشئة عن الفصل

٣١ - لم تكتف بعض القوانين، كما فعل القانون المصري، بإجازة فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها، بل نظمت الحقوق الناشئة عن هذا الفصل وحددت أحكامها وطبيعتها. من هذه الحقوق على سبيل المثال حق السطحية أو المساطحة، أي تملك ما فوق سطح الأرض. وقد اتخذت بعض هذه القوانين موقفاً صريحاً من تحديد طبيعة هذا الحق الناشئ عن فصل عناصر الأرض.

فبعض هذه القوانين، مثل القانون العراقي والأردني واللبناني، قد اعتبرت هذا الحق من قبيل الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية كالانتفاع والارتفاق والاستعمال والسكنى؛ وبعضها، كالقانون الألماني والنمساوي والايطالي<sup>(١١٠)</sup> والسوري قد اعتبر حق المساطحة أو السطحية حقاً ذا

- V. R. Ruedin, le droit de superficie, Neuchatel, 1969, p. 68 et s.

(١١٠)

طبيعة خاصة Sui-generis ، وأخيراً فقد اعتبره القانون السويسري<sup>(١١)</sup> من قبيل حقوق الارتفاق.

وإذا كان القانون المصري لم يحدد الطبيعة القانونية لمثل هذا الحق، ولغيره من الحقوق الناشئة عن الفصل، إلا أنه يمكن - مع ذلك - تحديد العناصر التي تساعد على تكييف الحقوق الناشئة عن الفصل تكييفاً صحيحاً.

٣٢ - وقبل محاولة تحديد الطبيعة القانونية للحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض، يهمننا أن نبدي ملحوظتين هامتين:

الأولى: أن القوانين التي اعتبرت الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض، كحق السطحية مثلاً، من قبيل الحقوق المتفرعة عن حق الملكية تماماً كالانتفاع والارتفاق لم تحسم المشكلة، ولم تقدم إجابة على التساؤل الخاص بطبيعة حق صاحب السطح على المنشآت والأبنية التي يقيمها على أرض الغير. فالقول بأن حق السطحية هو حق عيني متفرع عن حق الملكية هو تحديد لطبيعة الحق في ذاته وليس لطبيعة حق صاحب السطح Superficiaire على ما يقيمه من منشآت وأبنية. بعبارة أخرى، فإن حق المساطحة - في نظر هذه القوانين - هو حق يخول صاحبه الانتفاع بالأرض بالبناء عليها أو الغراس فيها، لكنه يبقى أن نحدد طبيعة حق صاحب السطح على هذه المنشآت التي يقيمها أو الغراس التي يغرسها.

الثانية: ليس صحيحاً - بداءة - ما يُقال أن حق صاحب السطح، وهو حق ناشئ عن فصل الأرض، على الأبنية والمنشآت التي يقيمها على أرض

---

(١١) راجع المواد من ٧٧٥ إلى ٧٧٩ من التقنين المدني السويسري والمعدلة بالقانون الصادر في ١٩ مايو ١٩٦٥م، وراجع أيضاً

- Montchal et pielet, droit de superficie en Droit suisse, Genève, 1968.

الغير هو حق انتفاع<sup>(١١٢)</sup> أو حق متفرع عن الملكية عموماً<sup>(١١٣)</sup>. فقد سبق أن رأينا أن للحق العيني عموماً عناصر جوهرية لا قيام له قانوناً بدونها. فهناك مضمون الحق أو الاستئثار الذي يتحلل - في الواقع - إلى سلطات ثلاث: استعمال واستغلال وتصرف. وقد أجاز القانون صراحة تنازل المالك عن بعض هذه السلطات للغير، وهذا التنازل تنشأ الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية. فهذه الحقوق تنشأ نتيجة لفصل هذه السلطات وتوزيعها بين المالك والغير مع بقاء محل الحق واحداً دون تجزئة. وهناك أيضاً المحل. والأرض كمحل لحق الملكية تتكون من عناصر ثلاثة: سطح الأرض، ما فوقه، وما تحته. وقد أجاز القانون أيضاً فصل هذه العناصر بتنازل المالك للغير عن عنصر أو أكثر منها. وما حق السطح إلا نتيجة لفصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها. ونعتقد أن طبيعة الحقوق الناشئة عن فصل وتوزيع سلطات الحق (استعمال، استغلال، تصرف) بين المالك والغير تختلف عن طبيعة الحقوق الناشئة عن فصل وتوزيع عناصر الأرض بتنازل المالك عن عنصر أو أكثر لشخص آخر واحتفاظه بالعناصر الأخرى. فالحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض (المحل) تحوّل صاحبها التمتع بجميع سلطات الحق من استعمال واستغلال وتصرف على عنصر من عناصر المحل، بينما لا تحوّل الحقوق الناشئة عن فصل وتوزيع سلطات الحق صاحبها سوى التمتع بهذه المزايا فقط، كالاستعمال والاستغلال أو أحدهما فقط، على المحل في مجموعه، أي بكافة عناصره. وتختلف هذه الحقوق في طبيعتها حسب مضمون السلطة أو السلطات التي تنازل عنها المالك.

---

(١١٢) حامد مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(١١٣) الصده، المرجع السابق، ص ١٠٦٩، فقرة ٦٦٢. وقد اكتفى الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده بالقول بأن حق السطحية في القانون اللبناني هو حق متفرع عن الملكية دون أن يوضح طبيعته وهل هو انتفاع أو ارتفاق مثلاً. ولم يأخذ بما يقول به الفقه اللبناني والسوري من أن حق صاحب السطح على الأبنية والمنشآت هو حق ملكية مستقل عن ملكية الأرض، راجع، زهدي يكن، فقرة ٢١٥ - البير فرحات، ص ٢٦٩، مأمون الكزبري، فقرة ٤٨٧، مشار إليهم في الصده، السابق، ص ١٠٦٩، هامش رقم ٣.

في ضوء هذه التفرقة الهامة، نرى، اتفاقاً مع الرأي السائد<sup>(١١٤)</sup> في الفقه الفرنسي والبلجيكي، أن حق صاحب السطح على الأبنية والمنشآت التي يقيمها على أرض الغير هو حق ملكية عقاري. وإذا كان حق السطح لم ينشأ إلا نتيجة لفصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها، فإن هذا التحليل يصدق على جميع الحقوق، أيا كان نوعها، الناشئة عن فصل عناصر الأرض. من ناحية، لأن الحقوق الناشئة عن الفصل يجب أن تأخذ نفس طبيعة الحق الذي انفصلت عنه. وإذا كانت هذه الحقوق ما هي إلا نتيجة لفصل عناصر الأرض كمحل لحق الملكية فصلاً قانونياً، فإنها تأخذ نفس طبيعة الحق (ملكية) قبل تحقق الفصل. ولما كان الحق الذي «تجزأت» عناصر محله هو حق ملكية عقاري، فإن الحقوق الناشئة عن الفصل تكون هي الأخرى - ذات طبيعة عقارية. بعبارة أخرى، إذا كان يجوز قانوناً فصل عناصر محل الحق (الأرض) والتنازل عن أحدها لشخص آخر، فإن حق التنازل إليه يكون - منطقياً - من نفس طبيعة حق المالك (التنازل). فحق صاحب السطح إذن هو حق ملكية مستقل عن ملكية الأرض، محله الأبنية والمنشآت التي أقامها.

ومن ناحية ثانية، إذا كان المشرع المصري قد اكتفى بالنص على جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها، ولم ينظم الحقوق الناشئة عن الفصل، إلا أنه يمكن أن نستخلص ضمناً موقفه من تحديد طبيعة هذه الحقوق. فبعد أن قرر المشرع أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس يكون مملوكاً لصاحب الأرض، أضاف «ويجوز أن قيام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق

- V. en general.

(١١٤)

- M. Wille, "Des biens et des différentes modifications de la propriété", T.3, 1941, p. 120.

- C. Renard, "La rénéonciation à l'accession", Rev. Crit., Juris. belge, 1980, No3.

- H.L. et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, T.2, vol.2, No 1361.

- Saint - Alary, ency. Dalloz, Rep. dr. civ., 2e ed, T.4, 1976, sous mot "supficie", n° 5

في إقامة هذه المنشآت وتملكها» (م ٩٢٢ / ٢ مدني). وإذا كان حق السطحية ما هو إلا فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقه، فإن المشرع المصري يكون قد اعتبر حق صاحب السطح على المنشآت والأبنية (ما فوق الأرض) حق ملكية عقاري.

وإذا كنا قد انتهينا إلى القول بأن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق ملكية عقارية، فإن هذا التكليف يحتاج - في رأينا - إلى تحديد من ناحيتين:

من ناحية، أن القول بأن حق صاحب السطح هو حق ملكية عقاري يفترض أن صاحب السطح قد أقام بالفعل المنشآت والأبنية أو أنه قد اكتسبها قائمة بالفعل. لكن حق السطح ليس فقط هو تملك منشآت مقامة على أرض الغير، وإنما أيضاً الحق في إقامة منشآت وتملكها؛ فما هي طبيعة حق المساطحة قبل إقامة الأبنية والمنشآت؟ وهل يمكن القول أن حق السطح هو حق ملكية عقاري سواء قبل إقامة المنشآت أو بعد إقامتها؟ وإذا أمكن القول بذلك فما هو محل حق الملكية؟ وهل يمكن أن نتكلم عن وجود حق ملكية عقارية قبل أن يوجد محله؟ نعتقد أنه يمكننا القول - حفاظاً على «وحدة» الحق في السطح، والحقوق الناشئة عن الفصل عموماً، أن الحق في السطح هو حق ملكية عقاري سواء قبل إقامة الأبنية والمنشآت أم بعد إقامتها؛ ومحل حق الملكية بعد إقامة المنشآت والأبنية هو هذه المنشآت ذاتها، أما قبل إقامتها فمحل الحق عقار بحسب المال<sup>(١١٥)</sup>.

ومن ناحية ثانية: ان القول بأن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق ملكية عقارية يعني أن صاحب الحق يتمتع - كمالك - بكافة مزايا حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف. ويُقصد بسلطة التصرف تحكم المالك في مصير الشيء محل الحق سواء بالهدم (تصرف مادي) أو بالبيع مثلاً (تصرف قانوني). ومع ذلك فقد يحدث أحياناً في بعض حالات فصل عناصر الأرض

---

(١١٥) راجع في التفاصيل بحثنا بعنوان «العقار بحسب المال»، المنشور في مجلة الحقوق، السنة العاشرة، ١٩٨٦، العدد الثاني والثالث.

وحسب اتفاق الطرفين بأن يلتزم صاحب السطح بإقامة منشآت وأبنية والحفاظ عليها وإبقائها في حالة جيدة حتى نهاية مدة الاتفاق<sup>(١١٦)</sup>، فكيف يمكن القول إذن أن حق السطح هو حق ملكية عقاري في الوقت الذي يُحرم فيه من بعض مزايا الملكية مثل التصرف بمعناه المادي (الهدم)؟

إذا كان البعض يرى أن حق الهدم يُحول بالضرورة للمالك، أي أن من يتمتع بهذه الميزة يُفترض أنه المالك، وأن من يُحرم منها لا يكون - بالتالي - مالكا<sup>(١١٧)</sup>، إلا أننا نعتقد - اتفاقاً مع البعض الآخر<sup>(١١٨)</sup> - أن هذه «الميزة» ليست شرطاً لوجود حق الملكية؛ فهذا الحق قد يوجد مع حرمان المالك من التمتع بميزة الهدم. فإذا كان حق الهدم «مظهر» طبيعي من مظاهر حق الملكية، إلا أنه ليس «عنصراً» جوهرياً من عناصره بحيث لا تقوم الملكية بدونه، أو هو - بعبارة أخرى - ليس «معيّار» الملكية توجد بوجوده وتنتفي بانتفائه، وإنما قد يوجد حق الملكية من الناحية القانونية مع الاتفاق على «سلب» المالك حق هدم المنشآت التي يملكها.

---

(١١٦) كما هو الحال في التزام المستأجر في الاجارة العينية في القانون اللبناني (م ٩ / ٢ من القرار المشار اليه).

(١١٧) بلانيول، تعليق على حكم محكمة باريس، الصادر في ٨ فبراير ١٨٩٢، دالوز، ١٨٩٢، ٢، ص ٤٠٩.

- G. Goubeaux, thèse préc., p. 294 et 5.

(١١٨)

## المبحث الثالث أسباب كسب الحقوق الناشئة عن الفصل (مصادر الفصل)

٣٣ - القاعدة أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يُعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له. لكن يجوز - على خلاف هذه القاعدة - أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها. ومن ثم يجوز أن يكتسب شخص ملكية منشآت وأبنية على أرض الغير سواء كانت المنشآت مقامة من قبل أو أنه هو الذي أقامها، وما اكتسب هذا الحق إلا نتيجة لفصل عناصر الأرض، أي فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها.

لكن كيف يتحقق الفصل من الناحية العملية؟ بعبارة أخرى ما هي مصادر فصل عناصر الأرض؟ أجاب المشرع صراحة أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها (م ٨٠٣ / ٣). وفي هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق»<sup>(١١٩)</sup>. ويضيف الأستاذ الدكتور المرحوم السهوري «وكما يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية، أي بإرادة منفردة. فالفصل يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني، سواء كان التصرف اتفاقاً أو وصية»<sup>(١٢٠)</sup>.

وإذا كان هذا التحديد لمصادر فصل عناصر الأرض فصلاً قانونياً

---

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

(١٢٠) الوسيط، جزء ٨، ص ٥٧١. في هذا المعنى أيضاً، جمال زكي، المرجع السابق،

فقره ٢٣، ٢٤.

صحيحاً في مجمله، إلا أنه - في نظرنا - ليس كافياً. فقد انتهينا إلى أن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق ملكية عقارية؛ وأسباب كسب الملكية بوجه عام هي: الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، الشفعة، الحيازة وأخيراً العقد. ولما كان المقصود بمصادر الفصل، التي حصرها المشرع في الاتفاق والقانون، هو أسباب كسب الحقوق الناشئة عن الفصل، ولما كانت هذه الحقوق هي حقوق ملكية عقارية، فهل يجوز اكتسابها بنفس أسباب حق الملكية بوجه عام؟

قد يُقال أن المشرع حينما حصر أسباب أو مصادر فصل عناصر الأرض في القانون والاتفاق، فإنه يقصد القانون - هنا - بمعناه العام، أي القواعد والأحكام العامة التي وردت في القانون. ولما كان القانون هو الذي حدد أسباب كسب الملكية عموماً، فإن القول بأن الفصل يتحقق بالقانون أو الاتفاق، يعني جواز تحقق الفصل واكتساب الحقوق الناشئة عنه بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، طالما أنها تقررت بحكم القانون<sup>(١٢١)</sup>.

وهو قول - في نظرنا - غير صحيح. فالمشرع حينما قرر أن الفصل يتحقق عملاً بالاتفاق أو القانون، فإنما يقصد «القانون» بمعنى النصوص والتشريعات الخاصة التي لا يمكن ردها إلى الأحكام والقواعد العامة. وفي هذا الخصوص تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها «يكون بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق. ومثل التشريعات الخاصة قانون المناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض»<sup>(١٢٢)</sup>. وبالتالي فإنه إذا تحقق الفصل بناء على نص أو تشريع خاص،

---

(١٢١) راجع في القول بأن أسباب كسب الملكية تقررت بحكم القانون، ولا تكفي إرادة الأفراد وحدها لكسب الملكية، فالإرادة يجب أن تتجه إلى إحداث أثر يرتبه القانون، كولان وكابيتان ودلامور اندير، مطول القانون المدني، جزء ٢، رقم ٣٦٤، ص ٢٠٢، مشار إليه في حسام الأهواني، أسباب كسب الملكية في القانون المدني الكويتي، ١٩٨٦ م ص ٢.

(١٢٢) الجزء السادس، ص ١٨.

فيقال - حينئذ - أن الفصل قد تحقق بمقتضى «القانون»<sup>(١٢٣)</sup>. ولو كان المشرع يقصد القانون عموماً، أي الأحكام والقواعد العامة الواردة في القانون، لما نص على الاتفاق «التصرف القانوني» كمصدر يتحقق به الفصل عملاً، ولاكتفى بالنص على القانون فقط على أساس أن القانون بالمعنى العام يشمل أيضاً التصرف القانوني.

وبناء على ذلك، يبدو أن هناك نوعاً من التعارض بين قول المشرع أن الفصل لا يتحقق عملاً إلا بمقتضى القانون أو الاتفاق، وبين القول أن الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض هي حقوق ملكية عقارية يجوز - من ثم - اكتسابها بأي سبب من أسباب كسب الملكية عموماً. ولكي نُبين مدى هذا التعارض، يتعين علينا أن نستعرض هذه الأسباب جميعاً لنرى مدى إمكانية تحقق الفصل بسبب آخر غير تلك التي ذكرها المشرع وحددها في القانون والاتفاق.

ويحسن - في نظرنا - أن نلاحظ، قبل أن نعرض لأسباب تحقق فصل عناصر الأرض، ما يلي:

أ - يجب - بداءة - استبعاد الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الحقوق الناشئة عن الفصل. فالحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق عينية عقارية، والاستيلاء لا يرد - بحكم - طبيعته إلا على المنقولات. فالاستيلاء يفترض أن الشيء المستولى عليه لا مالك له وقت الاستيلاء، والمنقولات وحدها هي التي قد لا يكون لها مالك، أما العقارات، فلم يعد يجوز اكتسابها، بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤م، عن طريق الاستيلاء، لأن العقار غير

---

(١٢٣) من أمثلة النصوص الخاصة التي لا يمكن ردها إلى حكم القواعد العامة، نص المادة ٩٢٨ مدني التي تُجيز للقاضي أن يُجبر صاحب الأرض التي حدث الاعتداء عليها بالتنازل لجاره «الباني» عن ملكية الجزء المشغول بالبناء. ويقال حينئذ أن الباني قد اكتسب ملكية الأرض بحكم القانون وليس بالاتفاق، راجع في هذا المعنى، حسام الاهواني، المرجع السابق، ص ٣ - السنهوري، السابق، الوسيط، جزء ٩، ص ٢٩١.

المملوك لأحد يكون، وفقاً للقانون المشار إليه، مملوكاً للدولة ملكية خاصة<sup>(١٢٤)</sup>. كما أن التركات، منقولات وعقارات، التي لا وارث لها تكون من أموال الدولة الخاصة<sup>(١٢٥)</sup>.

ب - أن المشرع حينما قرر أن الفصل يتحقق بمقتضى الاتفاق، فإنه يقصد التصرف القانوني، أي العقد والارادة المنفردة (الوصية). فإذا ما أضفنا إليهما الميراث لكونه يُعتبر سبباً عاماً لكسب الملكية بسبب الوفاة<sup>(١٢٦)</sup>، فإنه يمكن القول أن الفصل يتحقق بالعقد والوصية والميراث.

ج - إذا ما استبعدنا هذه الأسباب الثلاثة التي لا شك في كسب الحقوق الناشئة عن الفصل بها<sup>(١٢٧)</sup>، فلا يتبقى لدينا من أسباب كسب الملكية عموماً سوى الالتصاق والحيازة والشفعة التي مازالت - حتى الآن - محل شك في صلاحيتها لكسب الحقوق الناشئة عن الفصل.

بناء على هذه الملاحظات يتضح لنا أن هناك أسباب ليس ثمة شك في صلاحيتها لكسب الحقوق الناشئة عن الفصل، وأخرى تحتاج إلى تحليل حتى يمكن القطع في صلاحيتها أو عدم صلاحيتها لكسب الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض. ونعرض في البداية للنوع الأول من الأسباب.

---

(١٢٤) وقد كان يمكن - قبل صدور القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤م - اكتساب العقارات بالاستيلاء طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني. إلا أن هذه الفقرة قد ألغيت بمقتضى نص المادة ٨٦ من القانون المشار إليه. وقد نصت المادة ٨٧٨ من التقنين المدني الكويتي على أن العقار الذي لا مالك له يكون ملكاً للدولة. وعلى ذلك فإن الاستيلاء يعتبر في الكويت أيضاً سبباً من أسباب كسب ملكية المنقول فقط دون العقار، راجع، حسام الأهواني، السابق، ص ٤٧٤.

(١٢٥) راجع المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٢م بشأن التركات الشاغرة.

(١٢٦) فالميراث يفترض الوجود المسبق للحق الناشئ عن الفصل، أي اكتسابه بأي سبب من أسباب كسب الملكية، ثم انتقاله بعد ذلك إلى ورثة المتوفي (المالك).

(١٢٧) بالإضافة إلى الاستيلاء لكونه لا يرد إلى عن المنقولات.

## أولاً : القانون

٣٤ - وقد نص المشرع على هذا السبب صراحة في المادة ٨٠٣ / ٣ . وبناء على ذلك يجوز بمقتضى القانون فصل عناصر الأرض كمحل لحق الملكية وتوزيعها بين المالك والغير . وقد رأينا أن المقصود بالقانون هنا هو النصوص والتشريعات الخاصة التي تؤدي إلى فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها دون أن ترد إلى الأسباب العامة . ومن أمثلة الفصل الناشئ بمقتضى نص في القانون ملكية مواد المناجم والمحاجر . فإذا كانت القاعدة أن مالك الأرض يمتلك ما فوقها وما تحتها (في باطنها) بما في ذلك المناجم والمحاجر ، فقد استثنى المشرع من هذه القاعدة المواد المعدنية التي توجد في المناجم ، والخامات التي توجد في المحاجر ، واعتبرها مملوكة للدولة<sup>(١٢٨)</sup> . وهكذا تنفصل بمقتضى القانون ملكية سطح الأرض ، وتبقى للمالك الأرض ، عن ملكية ما تحتها (المناجم والمحاجر) وتُصبح ملكاً للدولة .

وإذا كانت ملكية المناجم والمحاجر تُعتبر مثلاً صريحاً على فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما تحتها (العمق) بمقتضى تشريع خاص ، فإن الحكر هو الآخر يقوم مثلاً صريحاً أيضاً على فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها (العلو) بمقتضى نص خاص في القانون المدني . وقد قرر المشرع في المادة ١٠٠٢ مدني أن المحتكر (صاحب حق السطح) يملك ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً . وهكذا لو أبرم عقد حكر ، ولم يتعرض المتعاقدان لحكم ملكية المنشآت والأبنية التي يقيمها المستأجر (المحتكر) ، فإنها تكون مملوكة لمن أقامها بحكم القانون . وبذلك تكون ملكية سطح الأرض مملوكة لشخص ، والمنشآت والأبنية مملوكة لشخص آخر (المستحكر أو صاحب حق السطحية) .

---

(١٢٨) راجع نصوص القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦م المنظم لملكية المناجم والمحاجر .

## ثانياً: التصرف القانوني L'acte Juridique

٣٥- التصرف القانوني إما أن يكون صادراً عن شخصين، فيكون عقداً، وإما أن يكون صادراً من شخص واحد، فيكون تصرفاً انفرادياً. وبذلك يكون ما أسماه المشرع «اتفاقاً» كمصدر من مصادر تحقق فصل عناصر الأرض، ما هو إلا تصرف قانوني قد يكون عقداً وقد يكون وصية<sup>(١٢٩)</sup>.

والعقد هنا كسبب من أسباب اكتساب الحقوق الناشئة عن الفصل هو عقد رضائي يتم الاتفاق فيه بين مالك الأرض والغير على أن يكون لهذا الأخير الحق في إقامة أبنية ومنشآت على الأرض أو غرس غراس فيها وتملكها طوال مدة معينة في نظير مقابل معين حسب شروط الاتفاق.

أما الوصية، وهي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت<sup>(١٣٠)</sup>، فيترتب عليها انتقال ملكية الموصي به الى الموصي له، ولهذا اعتبرت سبباً لكسب الملكية<sup>(١٣١)</sup>. ويمكن أن نتصور أن يوصي مالك الأرض بملكية بعض الأبنية والمنشآت المقامة على الأرض لمدة معينة، وبذلك تفصل عناصر الأرض وتبقى ملكية سطح الأرض لورثة الموصي، وتنتقل ملكية ما فوق الأرض من أبنية ومنشآت حسب شروط الوصية للموصي له.

وبذلك يتضح لنا أن فصل عناصر الأرض يتحقق بأحد الأسباب

---

(١٢٩) وهذا السبب مجرد تطبيق للقواعد العامة. فالفصل يؤدي الى نشأة حقوق عينية عقارية، وهذه الحقوق، بوصفها حقوق ملكية، يمكن اكتسابها - بداهة - بالعقد، وعلى ذلك تنص المادة ٩٣٢ مدني على أن: «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى ورد على محل مملوك للتصرف...».

(١٣٠) راجع المادة الأولى من قانون الوصية.

(١٣١) راجع في الوصية كسبب من أسباب كسب الملكية:

- السنيهوري، الوسيط، جزء ٩، أسباب كسب الملكية، ١٩٦٨، ص ٢٠٦ وما بعدها.

- جمال زكي، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

- الصده، السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ٨٠٥ وما بعدها.

الأربعة الآتية: القانون، بمعنى النصوص والتشريعات الخاصة، والعقد، الوصية، وأخيراً الميراث على أساس أنه يفترض الوجود المسبق، بأحد أسباب كسب الملكية، للحق الناشئ عن الفصل حتى يمكن القول بانتقاله الى الورثة. ويبقى لنا الآن أن نتحقق من صلاحية بقية أسباب كسب الملكية (الالتصاق، الحيازة، الشفعة) لكسب الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض.

### ثالثاً : الالتصاق الصناعي *L'accession artificielle*

٣٦ - والالتصاق عموماً يُقصد به اندماج شيئين اندماجاً مادياً، سواء بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان، يؤدي إلى اكتساب مالك الشيء الأصلي *principale* ملكية الشيء الذي التصق به *l'accessoire* اذا استحال فصلهما. فالالتصاق إذاً قد يكون طبيعياً، أي بفعل الطبيعة، وقد يكون صناعياً، أي بفعل الانسان. ومثال الالتصاق الصناعي أن يبني شخص على أرض الغير. وفي هذه الحالة يمتلك صاحب الأرض بحكم الالتصاق<sup>(١٣٢)</sup> كل ما يقام عليها بمواد مملوكة للغير وذلك إذا لم تتم إزالة الأبنية والمنشآت المقامة وفقاً لأحكام القانون<sup>(١٣٣)</sup>.

فهل يعتبر الالتصاق بمعناه الصناعي سبباً لفصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها؟ يبدو للوهلة الأولى أن الالتصاق لا يُعتبر سبباً من أسباب فصل عناصر الأرض، بل على العكس يؤدي إلى «تجميع» أو «تركيز» كافة عناصر الأرض في «يد» شخص واحد. فالمشرع يواجه - في حالة البناء على أرض الغير - فرضين<sup>(١٣٤)</sup>. إما أن يمتلك صاحب الأرض المنشآت والأبنية المقامة على أرضه بفعل الغير، وإما إزالة هذه المنشآت - بشروط - إذا كان نزاعها لا يلحق بالأرض ضرراً جسيماً، ولم يمنح المشرع - في أية حالة - من أقام الأبنية والمنشآت حق تملكها. وبذلك تظل الأرض وما عليها أي بكافة

(١٣٢) م ٩٢٣ مدني.

(١٣٣) راجع المواد ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦ مدني.

(١٣٤) راجع في البناء على أرض الغير عموماً، رسالتنا بالفرنسية، باريس، ١٩٨٢ م.

عناصرها، مملوكة لشخص واحد دون فصل.

إلا أن الأمور لا تسير في الواقع دائماً بهذه الدرجة من السهولة واليسر. فقد يحدث أن يقوم مستأجر الأرض بإقامة بعض الأبنية والمنشآت على الأرض المؤجرة؛ فيثور التساؤل - حينئذ - عن مالك هذه الأبنية والمنشآت: هل هو المستأجر الذي أقامها، أم مالك الأرض «المؤجر» التي أقيمت عليها؟ قبل أن نجيب على هذا التساؤل نشير من ناحية إلى أنه لا مجال هنا لمناقشة حق المستأجر في إقامة هذه المنشآت من عدمه<sup>(١٣٥)</sup>، ومن ناحية أخرى، فإننا نستبعد من نطاق التساؤل السابق وضع الأبنية والمنشآت في نهاية عقد الإيجار، ومن ثمّ يتحدد نطاق التساؤل المطروح بوضع هذه الأبنية والمنشآت طوال مدة الإيجار.

ليست هناك صعوبة تذكر - في هذا المجال - إذا تعرض عقد الإيجار لتحديد ملكية الأبنية والمنشآت التي يقيمها المستأجر على الأرض المؤجرة. فمثل هذا الاتفاق يُعتبر - في هذا الفرض - قانون الأطراف<sup>(١٣٦)</sup>. وقد يشترط الاتفاق ملكية المستأجر للمنشآت، وقد يجعل - على العكس - المؤجر مالكا لها. لكنه، أياً ما كان الوضع، يجب احترام اتفاق الطرفين. فقواعد الالتصاق

---

(١٣٥) راجع المادة ٥٨٠ مدني مصري، والمادتان ١٧٢٧، ١٧٢٩ مدني فرنسي، والمادة ٥٩٨ مدني كويتي.

راجع في هذا الموضوع بوجه عام:

- L. Rosés, "les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué", L.G.D.J., Paris 1976.  
- Guenot, "Des construction élevées par un locataire sur les lieux loués", thèse Paris, 1892.  
- Chevassus, "L'obligation de conservation et de restitution du preneur dans le louage d'immeuble", thèse Dijon, Dy, 1969.  
- Borde, "Des constructions élevées par un preneur sur les lieux loués", thèse Toulouse, 1900.

(١٣٦) المادة ١٤٧ / ١ مدني.

ليست من النظام العام، ويمكن بالتالي استبعادها بناء على اتفاق الطرفين<sup>(١٣٧)</sup>.

لكن، فيما عدا هذا الفرض، فإن الإجابة على التساؤل السابق تبدو دقيقة. حيث يجب التوفيق بين حق «ملكية» المؤجر للأرض المؤجرة، وحق المستأجر في «الانتفاع» بالأرض المؤجرة. وموطن الصعوبة يكمن - في اعتقادنا - في البحث عن «نقطة» التوازن بين كل حق من المؤجر والمستأجر. فلا شك أن الالتصاق يجب - حسب نصوص القانون - إعماله لصالح المؤجر «مالك الأرض». ويترتب على ذلك أن المؤجر يكتسب - بوصفه مالك الأرض - المنشآت التي يقيمها المستأجر أولاً بأول *au furet à mesure* منذ لحظة البدء في البناء. إلا أن المستأجر يتمتع هو الآخر بحق الانتفاع بالأرض المؤجرة بالطريقة التي يريدها دون عائق حسب نصوص المواد ٥٥٨، ٥٦٥، ٥٦٧، ٥٧١، من التقنين المدني. فهناك إذن حقان، الملكية والايجار، يوجد بينهما نوع من «التنافس» إذا جاز التعبير. وإعمال أحكام أحدهما يؤثر بالضرورة على الآخر. فالقول باكتساب المؤجر، مالك الأرض، للمنشآت التي يقيمها المستأجر بالالتصاق من لحظة إقامتها، يُعرقل - دون شك - انتفاع المستأجر بالأرض المؤجرة بالطريقة التي يريدها؛ وممارسة المستأجر لحقه في الانتفاع بالأرض المؤجرة بالطريقة التي يريدها يُعرقل، أو بالأدق يؤخر إعمال حق المؤجر في اكتساب ملكية المنشآت بالالتصاق. وإذا كان إعمال الحقين معاً يبدو مستحيلاً، فإنه لا مناص - كما رأى البعض<sup>(١٣٨)</sup> - والحال هكذا من التضحية بأحد الحقين لمصلحة الحق الآخر.

قد يبدو أنه لا مناص من «تأخير» إعمال حق المؤجر في اكتساب المنشآت المقامة على أرضه بالالتصاق، واعتبار المستأجر مالكاً لها ما بقي عقد الايجار قائماً. أي أن المؤجر لن يكتسب ملكية الأبنية التي يقيمها المستأجر إلا في نهاية

---

(١٣٧) نقض مصري، ١٩ يناير ١٩٥٠م، مجموعة أحكام النقض، العدد الأول، ص ١٨٩، رقم

٥٤ - نقض فرنسي، ٢٣ أبريل ١٩٧٤، الأسبوع القانوني، ١٩٧٥، ٢، ١٨٧٠.

(١٣٨) هنري وليون وجان مازو «التأمينات والتسجيل العيني والعقود الرئيسية»، جزء ٣، الطبعة

الثانية، ١٩٦٣، ص ٩٢١، رقم ١١٢٨.

عقد الايجار. إلا أن هذا الحل الذي يستجيب للضرورات العملية، لم يستطع أن يستجمع حوله كافة الآراء. فهناك من يرى من الفقه<sup>(١٣٩)</sup>، أن الأثر الفوري للالتصاق effet immédiat يجب إعماله دائماً لصالح المؤجر بصفة عامة ومطلقة سواء كان الباني مستأجراً للأرض أم لا. كما أن القضاء هو الآخر غير محدد: فتارة نجد القضاء، وعلى رأسه محكمة النقض، يأخذ بالأثر الفوري للالتصاق<sup>(١٤٠)</sup>، وتارة أخرى بالالتصاق المؤجل différée<sup>(١٤١)</sup> مقررراً أن المنشآت التي يقيمها المستأجر على نفقته الخاصة دون إذن صريح أو ضمني من المؤجر، لا تكون ملكاً للمالك الأرض بمقتضى الالتصاق، ولا تُلحق بملكية الأرض، وإنما تظل متميزة ومملوكة لمن أقامها.

وهكذا يؤدي الرأي القائل بتأجيل إعمال أحكام الالتصاق لمصلحة المؤجر حتى نهاية عقد الايجار، إلى اعتبار المستأجر مالكاً للأبنية والمنشآت التي أقامها على الأرض المؤجرة، وتظل ملكيته قائمة طوال مدة الايجار، وبذلك تنفصل ملكية ما فوق الأرض من منشآت وأبنية التي يمتلكها المستأجر، عن ملكية الأرض، وتبقى مملوكة للمؤجر. وتتساءل - حينئذ - ألا يمكن اعتبار الالتصاق مصدراً - في هذا الفرض - من مصادر فصل عناصر الأرض، وسبباً لكسب الحقوق الناشئة عن الفصل؟

٣٧ - وتتساءل أخيراً عن حكم الأبنية والمنشآت التي يقيمها المستأجر من الباطن. والفرض هنا أن المستأجر، أو صاحب الحكر، الذي أبرم عقد إيجار لمدة عشرين سنة مثلاً، تنازل<sup>(١٤٢)</sup> عن هذا الايجار لشخص آخر لمدة عشر سنوات على أن تعود إليه الأرض المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار من الباطن،

---

(١٣٩) السنهوري، الوسيط، جزء ٩، ص ٣٠٨ وما بعدها.

(١٤٠) نقض مدني، ٢٦ مايو ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، ٣، ص ١٢٥١، رقم ١٧٢.

(١٤١) نقض مدني، ٢٤ يونيو ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، ص ١٣٧٣، رقم ١٨٩.

(١٤٢) على فرض توافر شروط التنازل عن الايجار.

ليستكمل مدة العقد الخاصة به . فإذا ما قام المستأجر من الباطن ببناء بعض المنشآت على الأرض المؤجرة خلال مدة الايجار من الباطن، فإن هذا الفرض يُثير التساؤل من ناحيتين: من ناحية عن حكم مالك الأبنية والمنشآت التي يقيمها المستأجر من الباطن، ومن ناحية أخرى، إلى من تؤول ملكية هذه المنشآت إلى المستأجر الأصلي أم إلى المؤجر مالك الأرض.

نلاحظ - بداية - أن النصوص التي تنظم أحكام الالتصاق تؤدي - إذا طُبقت تطبيقاً حرفياً - إلى إعمال الالتصاق لصالح مالك الأرض. فالالتصاق لا يعمل - في نظر القانون - إلا في اتجاه واحد: مالك الأرض التي أقيمت عليها المنشآت هو الذي يستطيع، وحده دون غيره، اكتساب ملكية المنشآت والأبنية التي أقامها الغير على أرضه. والالتصاق بهذا المعنى لا يُعتبر - في نظر القانون - سبباً من أسباب كسب الملكية فقط، ولكن أيضاً نتيجة لها. وبسبب الملكية، يستطيع المالك أن يكتسب ملكية المنشآت والأبنية التي أقامها الغير على أرضه بالالتصاق. ويترتب على ذلك - بداهة - أن المالك إذا تصرف، بالبيع مثلاً، في ملكية الأرض، فلا يستطيع - من لحظة التصرف - أن يكتسب بالالتصاق - لكنه إذا احتفظ بهذه الملكية، فإنه يُصبح بالالتصاق مالِكاً لما يقام على أرضه من منشآت بفعل الغير، حتى ولو كان قد تنازل لآخر عن سلطة الانتفاع بها كالايجار مثلاً. فالمهم، طبقاً لنصوص القانون، أن يحتفظ المالك بملكية الأرض سواء كانت تحت حيازته وبين يديه أم لا.

لكن هذا الحل الذي يتفق وحرفية نصوص القانون يؤدي عملاً إلى «تجميد» حق المستأجر في الانتفاع بالأرض المؤجرة وجعله «عقياً». ولأجل هذا اعترف القضاء، نزولاً على الضرورات العملية، للمستأجر بملكية ما يقيمها من أبنية ومنشآت على الأرض المؤجرة، ومن ثم تأخير إعمال أحكام الالتصاق لمصلحة مالك الأرض حتى انتهاء عقد الايجار. وهو قول ينطبق على «الباني» على أرض مؤجرة سواء كان مستأجراً أصلياً أو مستأجراً من الباطن.

ويبدو أن المبررات العملية التي دفعت بالقضاء إلى الاعتراف

للمستأجر، الأصلي أو من الباطن، بملكية ما يقيمه من منشآت وأبنية على الأرض المؤجرة، تؤدي - أيضاً - إلى إعطاء المستأجر حق اكتساب ملكية الأبنية والمنشآت التي يقيمها «الغير» على الأرض المؤجرة، سواء كان الباني صاحب حق كالمستأجر من الباطن، أو أقامها دون وجه حق.

هذا الحل الذي تفرضه الاعتبارات العملية لا يبدو متفقاً مع نصوص القانون: فمالك الأرض هو وحده دون غيره الذي يستطيع أن يكتسب ملكية المنشآت والأبنية التي يقيمها «الغير» على أرضه، سواء كان هذا الغير مستأجراً أم لا. لكن هذا القول يؤدي إلى طريق مسدود: فمالك الأرض لن يستطيع إعمال حقه في الالتصاق واكتساب المنشآت القائمة على الأرض المؤجرة إلا في نهاية عقد الإيجار. ولا يتصور أن «تترك» هذه المنشآت دون مالك حتى يأتي «دور» المؤجر في اكتسابها عند انتهاء مدة الإيجار. ولا يبقى إذن، والحال هكذا، سوى المستأجر الذي يجب أن يملك ما أقامه الغير (المستأجر من الباطن) من منشآت وأبنية على الأرض المؤجرة. لكن هذا القول يعني أن الالتصاق أصبح اليوم نتيجة للانتفاع، وليس - كما كان بالأمس - نتيجة للملكية: فصاحب حق الانتفاع بالأرض هو الذي يستطيع اكتساب المنشآت والأبنية التي يقيمها «الغير» على الأرض سواء كان مالكا للأرض أم لا.

#### رابعاً : الحيازة La possession

٣٨ - تعتبر الحيازة سبباً من أسباب كسب الملكية<sup>(١٤٣)</sup>. والحيازة - كسب لكسب الملكية - هي حالة واقعية أو وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، بقصد الظهور بمظهر المالك سواء كانت هذه السيطرة مستندة إلى حق أم لا<sup>(١٤٤)</sup>.

---

(١٤٣) راجع المواد من ٩٤٩ إلى ٩٨٤ من الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الثاني من التقنين المدني.

(١٤٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٦، ص ٤٤٧، ويلاحظ أن القانون المصري لم يعرف الحيازة وكذلك القانون السوري، على العكس من القانون الكويتي والقانون العراقي الذي عرف كلا منها الحيازة: مادة ٩٠٥ كويتي، ١١٤٥ عراقي.

والحيازة بهذا المعنى لا ترد إلا على الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية<sup>(١٤٥)</sup>. فهل يمكن، والوضع كذلك، اكتساب الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض بالحيازة؟ يمكن الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب: فقد انتهينا إلى أن الحقوق الناشئة عن الفصل، كحق العلو (السطح)، هي حقوق ملكية عقارية. وطالما أنها حقوق عينية أصلية (ملكية) وأن الحيازة لا ترد إلا على الحقوق العينية، فإنه يمكن القول بجواز اكتساب الحقوق الناشئة عن الفصل بالحيازة. إلا أننا نلاحظ - من ناحية أخرى - أن المشرع حينما أجاز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها، فإنه حدد على سبيل الحصر أسباب الفصل في القانون والاتفاق فقط. ويعني ذلك، على الأقل للوهلة الأولى، أن الحيازة تستبعد كسبب من أسباب فصل عناصر الأرض. فالمشرع حسم الأمر صراحة بإجازته أن يكون الفصل بمقتضى القانون أو الاتفاق. لكن هذا التحليل الذي يتفق مع «حرفية» النصوص، يبدو - في نظرنا - غير متفق مع طبيعة الحقوق الناشئة عن الفصل من ناحية، ومع أحكام الحيازة ذاتها من ناحية أخرى.

فقد سبق أن انتهينا<sup>(١٤٦)</sup> إلى أن الحقوق الناشئة عن «فصل» عناصر الأرض كمحل لحق الملكية هي حقوق ملكية عقارية. ومن ثم لا يوجد من هذه الناحية ما يمنع من اكتسابها بالحيازة وغيرها من أسباب كسب الملكية بوجه عام. كما أن أحكام الحيازة لا تمنع - هي الأخرى - من تصور فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها بالتقادم. فالحيازة لا تقوم - قانوناً - إلا بتوافر ركنين أو عنصرين<sup>(١٤٧)</sup>: ركن مادي

---

(١٤٥) حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٥٣، فقرة ٢٦٩.

(١٤٦) راجع ما سبق ص ٥٨ وما بعدها.

(١٤٧) راجع السنيوري، الوسيط، جزء ٩، ص ٧٩١، فقرة ٢٥٧ وما بعدها -

- حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

- محمد المنجي، الحيازة، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص ١٧ وما بعدها.

- P. Ortscheidt, "La possession en droit civil, français et allemand", 1977, p. 94 et suiv.

Corpus، ويُقصد به السيطرة الفعلية على الشيء وإحرازه إحرازاً مادياً عن طريق مباشرة الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق، وعنصر معنوي Animus، وهو يُعرف بالنية أو القصد؛ أي نية استعمال حق من الحقوق<sup>(١٤٨)</sup>. وكلا العنصرين، المادي والمعنوي، لا يحول دون اكتساب حق السطح (ما فوق الأرض) أو العمق (ما تحت الأرض) بالحيازة.

فالعنصر المادي، بالمعنى السابق، يمكن أن يرد على ما فوق الأرض فقط، أو ما تحتها فقط دون أن يرد على سطح الأرض ذاتها. فحيازة «جزء»<sup>(١٤٩)</sup> من الشيء محل الحيازة لا يعني بالضرورة حيازة الشيء كله حيازة مادية. فقد يمارس الحائز سيطرة فعلية، ويُبأشر الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق عادة، إلا أن هذه السيطرة لا تشمل سوى «جزء» محدد من الشيء محل الحيازة؛ فهل تمتد الحيازة - في هذه الحالة - لتشمل الشيء كله، أم تقتصر على «الجزء» الذي يمارس عليه الحائز سيطرة حقيقية بالفعل؟ يجب - في هذا الصدد - التفرقة بين فرضين : إذا كان الشيء محل الحيازة لا يقبل التجزئة Indivisible، وهنا تكون حيازة «جزء»، تعني بالضرورة حيازة الشيء كله، أما إذا كان الشيء محل الحيازة يمكن تجزئته Divisible، فإن حيازة «جزء» لا تسري إلا على هذا الجزء فقط<sup>(١٥٠)</sup>.

وأخيراً فإنه ليس هناك ما يمنع - في نظرنا - من أن يرد عنصر القصد هو الآخر على ما فوق الأرض أو تحتها فقط دون أن يرد على جميع عناصر الأرض بشرط ألا يشوب الحيازة عيب اللبس أو الغموض équivoque. فاللبس أو الغموض عيب يشوب الركن المعنوي للحيازة، لكنه لا يهدمه<sup>(١٥١)</sup>. وهو عيب

---

(١٤٨) السنهاوري، السابق، ص ٨١٥.

(١٤٩) وهذا «الجزء» قد يكون أفقياً كما قد يكون رأسياً.

(١٥٠) - V. Rodière, Ency. Dal. droit civil, la possession, N° 35 - P. Hebraud, "L'action possessoire" ency. Dal., droit civil, N° 205 et s.

- cass. civ., 14 mai 1962, Bull. civ., P. 220, N° 243

(١٥١) السنهاوري، الوسيط، جزء ٩، ص ٨٥٦، فقره ٢٨٥ - الأهواني، السابق، ص ٣٢٣.

يكون بالنسبة للغير الذي لا يتضح لهم قصد الحائز من ممارسة الأعمال المادية المكونة للعنصر المادي، ولا علاقة له بنية الحائز التي يجب أن تكون متجهة الى التملك. وبالرغم من وجود هذه النية لدى الحائز، فإن الغير الذي يتم التمسك في مواجهته بآثار الحيازة لا يعرف ما إذا كانت نية الحائز تتجه إلى اكتساب الشيء كله (الأرض وما عليها وما تحتها) أو جزء منه فقط (ما فوق الأرض أو ما تحتها). المهم ألا يؤثر عدم وضوح نية الحائز على العنصر المعنوي للحيازة حتى لا يعيبه بعبء اللبس أو الغموض. فالحيازة تكون معيبة بعبء اللبس أو الغموض إذا كانت الأعمال التي يباشرها الحائز تحمل معنيين أو يمكن تفسيرها بطريقتين<sup>(١٥٢)</sup>. فالعمل الواحد من أعمال السيطرة قد تكون له أكثر من معنى. فقد يُفسر على أن نية الحائز تتجه إلى اكتساب حق انتفاع أو ارتفاع أو سطح (ما فوق الأرض) . . . الخ. وقاضى الموضوع هو وحده الذي يستطيع، دون رقابة عليه من محكمة النقض<sup>(١٥٣)</sup>، أن يقدر وجود اللبس أو الغموض، أو اتجاه نية الحائز إلى اكتساب عنصر واحد فقط من عناصر الأرض محل الحيازة.

وهكذا يكون من الممكن من الناحية العملية فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها عن طريق الحيازة. ويتحقق ذلك بحيازة عنصر واحد فقط من عناصر الأرض بنية التملك. ويترتب على ذلك أن يكتسب الحائز ملكية هذا العنصر بالتقادم (ما فوق الأرض مثلاً) مع بقاء بقية العناصر (الأرض وما تحتها) مملوكة للمالك الأصلي.

#### خامساً : الشفعة La préemption

٣٩ - أما بالنسبة للشفعة فالمادة ٩٣٦ مدني تنص على أنه : «يثبت الحق في الشفعة : . . . هـ - للجار المالك في الأحوال الآتية : -  
١ - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء، سواء كانت في

- V. Aubryet Rau, les Biens, T., 2, par Esmein, 2e.ed., 1961, P. 103 et S.

(١٥٢)

- Planiol et Ripert par Picard, les Biens, P. 16 2 ets.

- V. Rodière,art.préc. N° 38.

(١٥٣)

المدن أم في القرى». ويكفي طبقاً للفقرة هـ من المادة ٩٣٦ للأخذ بالشفعة في حالة الجوار بين المباني والأراضي المعدة للبناء أن يكون العقاران، المشفوع به والمشفوع فيه، متجاورين، أي متلاصقين من جهة واحدة<sup>(١٥٤)</sup>. والتلاصق وحده يكفي - في هذا الفرض - للأخذ بالشفعة، ولا يتطلب توافر شروط أخرى كما هو الحال في الجوار بين العقارات غير المعدة للبناء<sup>(١٥٥)</sup>.

وعلى ذلك، إذا فرضنا أن هناك بناء مجاور لأرض معدة للبناء، ثم قام مالك البناء ببيعه وحده دون الأرض المقام عليها، فإنه يجوز - حينئذ - لمالك الأرض المعدة للبناء أن يأخذ المبنى المبيع بالشفعة بمقتضى نص المادة ٩٣٦ فقره هـ رقم (١). فالتلاصق، وهو الشرط الوحيد الذي يتطلب القانون توافره، بين مبان أو أراض معدة للبناء قد تحقق. هذا الفرض، وغيره من الفروض المشابهة، يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن الشفعة أيضاً يمكن أن تكون سبباً من أسباب فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها. حقاً أن هذا الفرض قليل الوقوع في العمل، لكن ذلك لا يمنع من القول بأن الشفعة بهذه الصورة يمكن أن تكون مصدراً لاكتساب الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض. هذا مع ملاحظة أن الشفعة عموماً، في جميع حالاتها، نادرة الحدوث في الواقع العلمي. بل إن المشرع قد عمل على تضيق نطاق تطبيق الشفعة بوجه عام، وشاعت في نصوص القانون المدني روح التضيق من هذا الحق<sup>(١٥٦)</sup>.

وهكذا يتضح لنا بعد هذا العرض، أن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها لا يتحقق فقط، كما رأى المشرع، بنص القانون أو بالاتفاق، وإنما يمكن أن يتحقق عملاً بأي سبب من أسباب كسب الملكية بوجه عام، ويرجع ذلك - في نظرنا - إلى أن الحقوق الناشئة عن فصل عناصر

---

(١٥٤) السهوري، السابق، الوسيط، جزء ٩، ص ٥٦٤، فقره ١٨٥.

(١٥٥) راجع نص المادة ٩٣٦ فقره رقم ٣، ٢.

(١٥٦) السهوري، الوسيط، جزء ٩، ص ٤٧٧. وقد كان هناك - وقت وضع التقنين المدني - اتجاه بإلغاء الشفعة كلية كسب لاكتساب حق الملكية، لكن رؤى في النهاية الإبقاء عليها مع تضيق نطاق العمل بها.

الأرض هي - كما رأينا - حقوق عينية عقارية. وطالما أن الحق المراد اكتسابه هو حق ملكية، فلا عجب إذن إذا انتهينا - على خلاف قول المشرع - إلى القول بأن الحقوق الناشئة عن الفصل تُكسب بجميع أسباب كسب الملكية عموماً.

وقد يُقال - في النهاية - أنه إذا كان المشرع قد أقر صراحة مبدأ فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكية ما تحتها، وأنه قد اعترف<sup>(١٥٧)</sup> «ضمناً» بأن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق ملكية؛ فلماذا إذن حدد أسباب الفصل وقصرها على الاتفاق ونص القانون فقط؟ فالمشرع قد حدد أسباب كسب الملكية بوجه عام، وقد كان يجب - والحقوق الناشئة عن الفصل حقوق ملكية، ترك اكتسابها لهذه الأسباب العامة؟ أما وقد قصر المشرع هذه الأسباب على الاتفاق ونص القانون فقط، فهو أمر يحتاج إلى تفسير.

يبدو أن الذي دفع المشرع إلى حصر أسباب فصل ملكية الأرض عن ما فوقها وما تحتها في الاتفاق ونص القانون فقط هو عدم السماح بفصل عناصر الأرض فصلاً مؤبداً. فالمشرع حينما أجاز مبدأ الفصل، أجاز بصفة استثنائية وبشرط أن يكون مؤقتاً. أما الفصل المؤبد أو الدائم فهو يتعارض مع حسن استغلال الملكية العقارية. فالقانون، كسبب من أسباب الفصل، لا يسمح فصل عناصر الأرض إلا إذا كان هذا الفصل مؤقتاً. كما أن الاتفاق الذي يتحقق به الفصل لا يكون صحيحاً إلا إذا كان لمدة مؤقتة. فإذا كان مؤبداً أو في حكم المؤبد، وجب إنقاص مدته إلى الحد الذي يجعله مؤقتاً. أما الحيازه، وغيرها من الأسباب كالشفعة مثلاً، فإنها تؤدي إلى فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها فصلاً دائماً؛ وهو الفصل الذي يعمل المشرع على تحاشيه، رغم أن بعض أحكام القانون تؤدي حتماً إليه. وهكذا نجد رغبة المشرع بعدم السماح بفصل عناصر الأرض إلا إذا كان بصفة مؤقتة تتعارض مع أحكام حق الملكية المتعلقة بأسباب اكتساب هذا الحق. فهذه الأحكام

---

(١٥٧) حيث قرر المشرع في المادة ٢/١٩٢٢ أنه يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد حول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل، أو حوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها.

تؤدي، كما رأينا، إلى فصل عناصر الأرض في بعض الأحيان فصلاً مؤبداً إلا أن هذه النتيجة لا يمكن التسليم بها. فالفصل - قانوناً - لا يمكن أن يكون إلا مؤقتاً. فالفصل الدائم أو المؤبد يتعارض مع أحكام الملكية لأنه يؤدي - عملاً - إلى إلغاء ملكية الأرض ذاتها. ولذا فإن الحائز يكتسب حق السطح بخصائصه الذاتية ومنها أنه حق مؤقت. (راجع ص ٢٧).

## المبحث الرابع إنقضاء الفصل

٤٠ - رأينا أن فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها هو - في نظر القانون - فصل مؤقت ينتهي حتماً خلال مدة معينة من الزمن. وهي «رغبة» عمل المشرع على تحقيقها بعدم السماح بالفصل إلا بالاتفاق أو بنص القانون - فالفصل إذن - حسب نصوص القانون - وضع أو حالة مؤقتة تنقضي بانتهاء المدة المتفق عليها إذا عُينت له مده. لكن الفصل قد ينتهي قبل انقضاء الأجل المحدد له بسبب أو لآخر نستعرضها فيما يلي:

### أولاً : اتحاد الذمة

٤١ - يؤدي الفصل إلى «توزيع» عناصر الأرض كمحل لحق الملكية على أكثر من شخص؛ فيكون لدينا ثلاثة أشخاص: مالك الأرض، مالك السطح، مالك العمق، ولا شك أن الفصل بهذا المعنى ينقضي إذا «تجمعت» هذه العناصر مرة أخرى في «يد» شخص واحد. أو، بعبارة أخرى، إذا اتحدت في ذمة شخص واحد أو اجتمعت له ملكية هذه العناصر الثلاثة للأرض. كأن يشتري مالك أحد هذه العناصر العنصرين الآخرين أو يرثهما أو يكتسبهما بالشفعة أو الحيازة في هذه الفروض ينقضي الفصل «وتتركز» مرة أخرى عناصر الأرض في «يد» شخص واحد<sup>(١٥)</sup>.

---

(١٥٨) راجع، زهدي يكن، المرجع السابق، ص ٣١٦ وأيضاً:

- Larcher, "Traité théorique et pratique des Constructions élevées sur le terrain d'autrui", thèse paris, 1894, P. 195.

## ثانياً : عدم الاستعمال

٤٢ - رأينا أن فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها يؤدي إلى نشأة حقوق مختلفة لصاحب السطح وصاحب العمق. فهل تزول هذه الحقوق بعدم الاستعمال فينقضى بذلك الفصل وتتجمع العناصر مرة أخرى في «يد» شخص واحد؟ لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل بالسلب أو الإيجاب تتوقف على تحديد طبيعة الحقوق الناشئة عن الفصل. فإذا كانت هذه الحقوق هي حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية كالانتفاع والارتفاق مثلاً، فإنها تسقط، شأنها في ذلك شأن الحقوق المتفرعة عن الملكية، بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة<sup>(١٥٩)</sup>. أما إذا كانت هذه الحقوق هي حقوق ملكية عقارية، فإن القول بسقوطها بعدم الاستعمال يبدو غير صحيح. فالمرشح قد حرص على النص على سقوط الحقوق المتفرعة عن الملكية بعدم الاستعمال، بينما التزم الصمت بالنسبة إلى حق الملكية. ومؤدى ذلك أنه مهما طالت المدة التي لم يستعمل فيها المالك حقه، فلا تزول عنه الملكية، أي أنها لا تسقط بالتقادم المسقط بخلاف الحقوق العينية الأخرى<sup>(١٦٠)</sup>،<sup>(١٦١)</sup>.

وإذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى أن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق عينية عقارية (حق الملكية)، فإن الفصل بذلك لا ينقضى - في نظرنا -

---

(١٥٩) راجع المادة ٩٩٥ مدني التي تقرر سقوط حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة. وقد أخذ القانون الكويتي بنظام عدم سماع الدعوى إذا لم يستعمل حق الانتفاع لمدة خمس عشرة سنة (م ٩٥٤ مدني). راجع في القول بسقوط حق السطحية، وهو حق ناشئ عن فصل عناصر الأرض، بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، الصده، السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٠٧٤.

(١٦٠) راجع في هذا الموضوع بوجه عام: دوام حق الملكية، دراسة مقارنة، عبد الرازق حسن فرج، القاهرة، ١٩٨١ م.

(١٦١) على أنه إذا كان حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فإنه ينقضى إذا اقترن عدم الاستعمال بحيازة الشيء محل الملكية من جانب الغير. فهو، أي حق الملكية، لا يسقط بالتقادم، لكنه يكتسب بالتقادم، راجع الصده، السابق، ص ٢١.

بعدم الاستعمال. فحقوق السطح وحقوق العمق هي حقوق ملكية عقارية لا تسقط بعدم الاستعمال.

### ثالثاً : هدم الأبنية والمنشآت القائمة على سطح الأرض:

٤٣ - إذا كان كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر مملوكاً لصاحب الأرض، إلا أنه يجوز - كما رأينا أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً الحق في إقامة أبنية ومنشآت وتملكها. وأقيمت هذه المنشآت بالفعل وانفصلت بذلك ملكية الأرض (للمالك الأصلي) عن ملكية ما فوقها (المنشآت لمالك السطح)؛ فهل ينقض الفصل في هذه الحالة بتهدم المنشآت والأبنية التي أقامها مالك السطح «وتتجمع» عناصر الأرض مرة أخرى في «يد» المالك الأصلي؟

يرى البعض<sup>(١٦٢)</sup> أن حق صاحب السطح ينقض بتهدم المنشآت والأبنية محل الحق وينتهي بذلك الفصل بين عناصر الأرض - فحق الملكية ينقض حتماً بهلاك الشيء محل الحق، وإذا ما تهدمت الأبنية والمنشآت التي يرد عليها حق السطح، فإن صاحب السطح سيفقد بالضرورة حقه . . . تلك هي طبيعة الأشياء<sup>(١٦٣)</sup>.

لكننا يجب أن نلاحظ أن صاحب حق السطح (ما على الأرض) Superficiaire وصاحب حق العمق (ما تحت الأرض) Tréfoncier لهما الحق في هدم الأبنية والمنشآت التي أقامها أو نزع المغروسات التي قاما بغرسها وإعادة بنائها أو غرسها من جديد، سواء كان الهدم اختيارياً أم بسبب قوة قاهرة كحريق أو زلزال أو فيضان<sup>(١٦٤)</sup> فصاحب السطح له الحق، كمالك، أن يستعمل حقه كما يشاء، ومن أوجه هذا الاستعمال هدم المنشآت والأبنية

---

(١٦٢) الصده السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٠٧٣، فقره ٦٦٩. زهدي يكن، السابق، ص ٣١٧.

(١٦٣) - Larcher, th préc., P. 294-Marty et Raynaud, les Biens, N° 178.

(١٦٤) - Barreau, étude Surle droit de superfi cie en droit romain et en droit français, thèse (١٦٤) Rennes 1889, P. 187.

وإعادة بنائها. ولذلك ظهر اتجاه في الفقه الفرنسي<sup>(١٦٥)</sup> يذهب إلى أن هدم المنشآت والأبنية، سواء كان هدماً اختيارياً أو اجبارياً، لا يترتب عليه انقضاء الحق في السطح ولا يؤدي، بالتالي، إلى انتهاء حالة الفصل بين ملكية الأرض وملكيتها ما فوقها، طالما أن صاحب السطح له الحق في إعادة بناء هذه المنشآت مرة أخرى، اللهم إلا إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين ينظم الموضوع بطريقة مغايرة.

ونعتقد أن السبب في هذا الخلاف يرجع إلى الاعتقاد بأن حق السطح هو تملك منشآت وأبنية مقامه على أرض الغير. وبناء على هذا الاعتقاد كان طبيعياً القول بأن هذا الحق ينقضى بتهدم المنشآت والأبنية التي يرد عليها. وقد رأينا أن هذا التعريف لحق السطح ليس دقيقاً، وأن حق السطح هو الحق في إقامة منشآت وأبنية على أرض الغير وتملكها. فالتملك ليس هو الحق وإنما نتيجة لهذا الحق وأثر له. فالحق ينشأ بمجرد تحويل الغير سلطة أو مكنة إقامة منشآت وأبنية دون انتظار إقامة هذه المنشآت بالفعل - ويترتب على هذا التحليل، الصحيح في نظرنا، أن الحق في السطح يظل قائماً سواء تهدمت المنشآت والأبنية أم بقيت، طالما أن لصاحب السطح الحق في إقامتها من جديد. ولا يقال - هنا - أن الحق الجديد ليس هو الحق القديم - فالحق في السطح ليس هو تملك الأبنية والمنشآت حتى يمكن أن يقال أن الأبنية والمنشآت الجديدة ليست هي المنشآت القديمة، وإنما هو الحق في إقامة هذه المنشآت والأبنية، وهو حق موجود منذ نشأته لم يتغير ولم ينقض بهدم المنشآت والأبنية محل حق السطح بعد إقامتها. أما محل الحق قبل إقامة المنشآت والأبنية فهو، كما رأينا، عقار بحسب المآل<sup>(١٦٦)</sup>.

---

- Barreau, op.cite, P. 187.

(١٦٥)

- J. P. Marty, La dissociation juridique del, immeuble , L.G.D.S., 1979, P. 196, N° 300.

(١٦٦) راجع ما سبق وبوجه عام بحث لنا في العقار بحسب المآل، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثاني والثالث.

#### رابعاً : التقادم

٤٤ - لا شك في أن التقادم يؤدي إلى انقضاء الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض، ويؤدي، من ثم، إلى إنهاء حالة الفصل كلية. فإذا حاز مالك الأرض المنشآت والأبنية التي أقامها الغير على سطح الأرض بالشروط التي حددها القانون<sup>(١٦٧)</sup> اكتسبها بالتقادم وتجمعت لديه عناصر الأرض وأصبح مالكا «للكل» بعد أن كانت عناصر الأرض موزعة على أكثر من شخص.

### الفصل الثالث

#### النظام القانوني للفصل

#### Le Régime juridique de la dissociation

٤٥ - رأينا أن فكرة «فصل» ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها ليست - من حيث المبدأ - فكرة «نظرية»، بل ان لها تطبيقات متعددة في الواقع العملي. ثم رأينا أيضاً أن هذا الفصل يؤدي إلى نشأة حقوق متعددة ومتداخلة Superposés درسنا خصائصها وأسباب اكتسابها وطرق انقضائها.

ولكن لا يكفي أن نلاحظ أن «الفصل» أصبح الآن «حقيقة» قانونية وعملية، وأنه ينتج عنه تعدد في الملكيات «المتداخلة»، بل يجب - بالإضافة إلى ذلك - تحديد النظام القانوني لهذا «التداخل» وتنظيم العلاقات الناشئة عنه. فالمرجع لم ينظم سوى «التجاور» بين الملكيات المتعددة بما يسمى «بالقيود الواردة على حق الملكية»<sup>(١٦٨)</sup>. كما نظم المشرع صوراً خاصة للملكية الفردية وهي الشيوخ<sup>(١٦٩)</sup> ومكليات الطبقات والشقق<sup>(١٧٠)</sup>. لكنه، أي المشرع، لم يتناول

---

(١٦٧) راجع نصوص المواد من ٩٤٩ إلى ٩٨٤ مدني مصري، ومن ٩٠٥ إلى ٩٣٩ مدني كويتي.  
(١٦٨) راجع السنهوري، الوسيط، جزء ٨، ص ٦٨٢. وهي قيود ترجع بوجه عام إلى الجوار بين الملاك، راجع المواد من ٨٠٦ إلى ٨٢٤ مدني.

(١٦٩) راجع المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٥ مدني، والمواد من ٨١٨ إلى ٨٤٧ مدني كويتي.  
(١٧٠) راجع المواد من ٨٥٦ إلى ٨٦٩ مدني، والمواد من ٨٤٨ إلى ٨٧٤ مدني كويتي.

ظاهرة «تداخل» الملكيات المتعددة بالتنظيم بالرغم من إجازته لمبدأ الفصل صراحة (م ٣/٨٠٣، م ٢/٩٢٢ مدني).

لكن عدم تناول المشرع لهذه الظاهرة بالتنظيم، لا يمنع من كونها أصبحت حقيقة قانونية لا يمكن إنكارها أو تجاهلها، مما يجعلنا نتساءل عن النظام القانوني للحقوق الناشئة عن الفصل، وكيفية تحديد علاقات الملاك بعضهم البعض الآخر. فلا يكفي أن «يعيش» كل حق بجوار الآخر، وإنما يحسن أن «يعيش» الكل معاً. فكل مالك يجب أن يعيش مع غيره من الملاك في ظل حدود واضحة، محددة وثابتة؛ كما يجب على كل منهم ألا يستعمل ملكيته بطريقة تضر بجاره ضرراً غير مألوف. ومن ناحية أخرى، فإن الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض قد لا تتكيف بسهولة مع الأحكام العامة لحق الملكية من حيث التسجيل والرهن والحيازة وغير ذلك.

ولهذا فالفصل يحتاج إلى تنظيم العلاقات الناشئة عنه (المبحث الأول) وتنظيم الحقوق الناتجة منه (المبحث الثاني).

## المبحث الأول تنظيم علاقات الفصل

٤٦ - رأينا أن الفصل يؤدي إلى تجزئة عناصر الأرض كمحل لحق الملكية وتوزيعها على أكثر من شخص: صاحب السطح، صاحب العمق، صاحب الأرض. والفصل بهذا المعنى يؤدي بالضرورة إلى نشأة علاقات جديدة بين هؤلاء الملاك الجدد، هي أقرب إلى علاقات الجوار التي نظمها المشرع في القانون المدني - لكن أحكام علاقات الجوار قد لا تصلح، كما هي، لتنظيم العلاقات الناتجة عن الفصل، فهذه العلاقات الأخيرة ليست فقط علاقات جوار، وإنما أيضاً، بالدرجة الأولى، علاقات «تداخل». فالحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق «متداخلة» ومتشابكة وليست فقط حقوقاً متجاورة.

وإذا كان المشرع قد أجاز - من حيث المبدأ - فصل عناصر الأرض وبالتالي «اعترف» بوجود حقوق ملكية «متداخلة»، فكيف إذن تنظم العلاقات بين ملاك هذه الحقوق المتداخلة؟.

#### أولاً : الحدود Les Bornes

٤٧ - لكي تكون هناك علاقات «عادية» وطبيعية بين الملاك، يجب أن تكون هناك حدود واضحة، مؤكدة تفصل بين حقوقهم. فكيف توضع الحدود بين أصحاب الملكيات الناشئة عن الفصل؟ قد يتناول الأطراف هذه المسألة بالتنظيم الاتفاقي فيما بينهم عند «نشأة» الفصل. وهو فرض يمكن تصوره من الناحية العملية إذا كان الفصل قد تحقق بمقتضى الاتفاق: العقد أو الوصية. أما إذا كان الفصل قد نشأ بسبب آخر كالالتصاق والحيازة مثلاً، فإن التنظيم الاتفاقي يستحيل تحقيقه عملاً إلا إذا تم الاتفاق على التنظيم بعد تحقق الفصل بالفعل.

فإذا نشأ الفصل بالالتصاق أو الحيازة مثلاً، أو بالاتفاق ولم يصاحبه تنظيم للعلاقات بين الملاك؛ فهل نطبق حينئذ أحكام الحدود كما نظمها المشرع في التقنين المدني؟<sup>(١٧١)</sup>. يفترض هذا التنظيم أن هناك أرضين متلاصقتين وغير مبنيتين<sup>(١٧٢)</sup> مملوكتان ملكية خاصه للمالكين مختلفين، ويريد أحدهما أو كلاهما وضع حدود فاصلة بين أرضيهما حتى تتميز كل أرض عن الأخرى. وقد يتم الاتفاق على وضع الحدود ودياً أو قضائياً.

لعل أول ما يلاحظ على هذا التنظيم هو أنه يفترض ملكيات متجاورة Contigues، بينما الفصل يؤدي إلى «نشأة» حقوق أو ملكيات متداخلة. حقاً أن مالك السطح ومالك العمق ومالك الأرض ملاك مختلفون للملكيات خاصة، كما يفترض وضع الحدود. إلا أن وضع الحدود، كما نظمه المشرع، لا يُطبق إلا على أرض زراعية أو غير مبنية، فإذا كانت الحقوق الناشئة عن الفصل ترد على

(١٧١) راجع المادة ٨١٣ مدني مصري، والمادة ٨١٣ مدني كويتي.

(١٧٢) راجع السهوري، المرجع السابق، جزء ١، ص ٧٤١.

أبنية فلا محل لوضع حدود بين الملاك.

والفرض الوحيد الذي يمكن تصور وضع حدود بالنسبة له، هو حالة تعدد أصحاب السطح، ملكية ما فوق الأرض، على أرض غير مبنية. هنا يمكن وضع حدود بين ملاك السطح حتى يتميز حق كل منهم عن الآخر. ولعل السبب في إمكانية تصور مثل هذا الفرض هو تحقق التجاور بين الملكيات الشرط الرئيسي لوضع الحدود. أما فيما عدا هذا الفرض، فإن وضع الحدود كما نظمته المشرع، يصعب الأخذ به لتنظيم العلاقات الناشئة عن الفصل. فوضع الحدود يفترض ملكيات متجاوزة، بينما الملكيات الناشئة عن الفصل ملكيات «متداخلة».

#### ثانيا : الحائط المشترك Le mur mitoyen

٤٨ - الحائط المشترك، حسب نصوص القانون المدني<sup>(١٧٣)</sup>، وسيلة عملية لحل مشكلة الحوائط أو الجدران التي توجد على حدود أراضي متجاوزة<sup>(١٧٤)</sup> وإذا كان المشرع حينما وضع النظام القانوني للحائط المشترك كان يهدف إلى تطبيقه على العقارات المتجاوزة، لكنه لم يستبعد صراحة إمكانية تطبيقه على العقارات «المتداخلة».

وإذا كان واضعو النصوص القانونية لم يفكروا إلا في العقارات المتجاوزة، فإن هذه النصوص يجب أن تُفسر بطريقة تتفق مع وقت تطبيقها، وليس وقت وضعها<sup>(١٧٥)</sup>. وبناء على ذلك، فإن تطبيق أحكام الحائط المشترك على الحقوق الناشئة عن الفصل يمكن تصوره من الناحية العملية. فقد سبق أن بينا أن الفصل نوعان<sup>(١٧٦)</sup>. فصل بسيط Simple وفصل مركب Complexe. وإذا كان لا يمكن تصور وجود حائط مشترك في حالة الفصل البسيط، حيث

(١٧٣) م ٨١٤ مدني مصري.

- Saint-Alary, Ency. Dalloz, mot mitoyenneté, N° 185.

(١٧٤)

- V. H. Capitant, "La mitoyenneté et les nouveaux Constructions D. 1929, P. 81. (١٧٥)

(١٧٦) راجع ما سبق، ص ٩ وما بعدها.

يكون الجوار أفقياً، فإنه يتصور وجوده في حالة الفصل المركب وفي هذه الحالة الأخيرة، يتعدد ملاك حق السطح (ما فوق الأرض) ويقوم كل مالك بالبناء «بجوار» الآخر. وهنا يمكن تصور نشأة حائط مشترك بينهم. وفي هذا الفرض تطبق أحكام الحائط المشترك كما نظمها المشرع من حيث النظام القانوني للحائط المشترك وتعليته وكيفية توزيع أعباء صيانتته وغير ذلك من الموضوعات<sup>(١٧٧)</sup>. ولا شك أن تحديد كون الحائط مشتركاً بهذا المعنى، أو مملوكاً على الشيوع «كجزء مشترك» في بناء متعدد الطبقات له أهمية عملية كبيرة. فإذا كان الحائط مملوكاً ملكية مشتركة في بناء متعدد الطبقات، فلا يحق للمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف (م ٢/٨٥٨ مدني). أما إذا كان الحائط «مشتركاً»، أي فاصلاً بين بنائين ومملوكاً ملكية مشتركة، فإن الشريك يستطيع التخلص من نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة في الحائط<sup>(١٧٨)</sup>.

### ثالثاً: الشيوع الاجباري *L'indivision Forcée*

٤٩ - رأينا فيما سبق أن فصل عناصر الأرض لا يؤدي إلى نشأة حقوق مملوكة على الشيوع - فصاحب السطح، ما فوق الأرض، *Superficiaire*، وصاحب العمق، ما تحت الأرض، *Tréfoncier*، ومالك الأرض ليسوا ملاكاً على الشيوع، وإنما يملك كل منهم حقه مفزراً محددًا. ولهذا لا يبدو من الضروري اللجوء إلى نظام الشيوع الاجباري في حالة فصل عناصر الملكية<sup>(١٧٩)</sup>.

ومع ذلك، فإن الشيوع الاجباري قد يُطبق على «الفصل» كوسيلة من وسائل تنظيم علاقات الملاك الناشئة عن الفصل خصوصاً إذا كان «الفصل» مركباً. و«يولد» الشيوع الاجباري في كل مرة يوجد فيها بين ملكيتين مملوكتين

(١٧٧) راجع السنهوري، الوسيط، جزء ٨، ص ٩٩٣ وما بعدها.

(١٧٨) السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٩٦.

(١٧٩) - V. Goubeaux (Gonzalre), "étude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français", thèse Nancy, 1910, P. 203 et s.

لشخصين مختلفين شيئاً فرعياً *Objet accessoire*، لا غنى عنه لاستعمال واستغلال الشيء الأصلي، بحيث يُصبح هذا الاستغلال أو الاستعمال غير ممكن دون الانتفاع بالشيء الفرعي انتفاعاً مشتركاً<sup>(١٨٠)</sup>. فالمهم إذاً، حتى يوجد الشيوع الاجباري، أن يكون الشيء الفرعي «ضرورياً» لاستعمال واستغلال الشيء الأصلي *accessoire doit etre nécessaire*<sup>(١٨١)</sup>. وقد طبق المشرع المصري هذه الفكرة في حالة ملكية الطبقات والشقق حيث اعتبر الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك مملوكة ملكية شائعة شيوعاً إجبارياً بين ملاك الطبقات أو الشقق<sup>(١٨٢)</sup>.

ولهذا من المتصور تطبيق الشيوع الاجباري على الفصل في حالة تملك مجموعة من الملاك لبناء يتكون من طبقات وشقق لكل طبقة أو شقة مالك مستقل مع بقاء الأرض مملوكة لشخص آخر. في هذه الحالة يطبق نظام الشيوع الاجباري كما حدده المشرع من حيث تحديد الأجزاء المفروزة والأجزاء المشتركة «الشائعة» وحقوق الملاك وواجباتهم وتكاليف وإدارة الأجزاء الشائعة.

## المبحث الثاني تنظيم الحقوق الناشئة عن الفصل

٥٠ - تحتاج الحقوق الناشئة عن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وما تحتها إلى تنظيم من حيث التصرف فيها بنقل ملكيتها إلى الغير أو ترتيب حقوق عليها كالرهن مثلاً أو غير ذلك من صور التعامل فيها. وإذا كنا قد انتهينا إلى القول بأن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق ملكية عقارية، فإنها يجب - بهذا الوصف - أن تخضع لأحكام الملكية بوجه عام. لكن تطبيق هذه الأحكام قد يصادفه بعض الصعوبات في بعض الأحيان. وسنعرض فيما

(١٨٠) نقض فرنسي، ١٠ ديسمبر ١٨٢٣ سيري، ١٨٢٤، ١، ص ٢٣٩.

(١٨١) - V. Goubeaux (Gilles), thèse préc., P. 193 et s.

(١٨١)

(١٨٢) راجع نص المادة ٨٥٦ مدني.

يلي لبعض هذه الصعوبات لنرى كيف «تتمرد» الحقوق الناشئة عن الفصل على الأحكام التقليدية للملكية، ومدى حاجتها من هذه الناحية لتنظيم تشريعي يتفق مع «خصوصيتها».

## المطلب الأول

### التسجيل *La publicité foncière*

٥١ - لا تنتقل الملكية العقارية عموماً إلا بالتسجيل. فإبرام العقد وحده ليس كافياً لانتقال الحق محل التصرف، وإنما يجب - بالإضافة إلى ذلك - تسجيل هذا التصرف<sup>(١٨٣)</sup>. فأي تصرف يتعلق بحق ملكية عقاري، أو أي حق عيني آخر متفرع عنه يجب تسجيله حتى ينتقل الحق موضوع التصرف إلى المتصرف إليه، وحتى يحتاج بهذا الانتقال في مواجهة الغير<sup>(١٨٤)</sup>.

ولا شك في أن الحقوق الناشئة عن الفصل، تخضع هي الأخرى، بوصفها حقوق ملكية عقارية، لنظام التسجيل، فأي تصرف يتعلق بحق من هذه الحقوق من شأنه إنشاؤها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها يجب تسجيله. لكنه يلاحظ أنه يشترط لاتمام إجراءات التسجيل أن يكون سند المتصرف (البائع مثلاً) مسجلاً<sup>(١٨٥)</sup>.

وعلى ذلك إذا افترضنا أن صاحب الحق في السطح، ما فوق الأرض، قد تصرف في حقه بالبيع، وأراد المشتري أن يُسجل عقد البيع حتى تنتقل إليه

---

(١٨٣) راجع المادة ٩ من قانون الشهر العقاري، والمادة ٧ من قانون التسجيل العقاري في الكويت، والمادة ٢٨ من قانون ٤ يناير ١٩٥٥ م في فرنسا.

(١٨٤) يلاحظ أن التسجيل ضروري في فرنسا فقط للاحتجاج بنقل الملكية في مواجهة للغير، أما بين الطرفين فتنتقل الملكية بمجرد إبرام العقد، على عكس الحال في مصر والكويت حيث يشترط التسجيل لنقل الملكية أيضاً بين الطرفين.

(١٨٥) راجع المادة ٣ من قانون ٤ يناير في فرنسا، والمادة ١٤ «أولاً» من قانون التسجيل العقاري في الكويت. أما في مصر فقد استقر القضاء - دون نص - على ذلك، راجع: السنهوري، الوسيط، جزء ٤، المجلد الأول، السابق، ص ٤٨١ وما بعدها.

الملكية ويستطيع الاحتجاج بها في مواجهة الغير، فإنه يجب، حتى يمكن إتمام إجراءات التسجيل، أن يكون السند الذي بمقتضاه نشأ حق البائع (صاحب السطح) مسجلاً.

لا يُثير تطبيق هذا الشرط صعوبة تذكر إذا كان السبب المنشئ لحق المتصرف سنداً يمكن تسجيله Publiable كالاتفاق مثلاً، أو إذا كان السبب المنشئ لحق المتصرف واقعة مادية كالالتصاق أو الحيازة مثلاً، حيث لا يشترط - في هذه الحالة - أن يكون سند المتصرف مسجلاً<sup>(١٨٧)</sup>. لكن الصعوبة الحقيقية تكمن في حالة ما إذا كان السبب المنشئ للحق المتصرف فيه ليس بواقعة مادية، وإنما هو سند لا يمكن تسجيله كالايجار الذي تقل مدته عن تسع سنوات<sup>(١٨٨)</sup>. فإذا كان سند صاحب السطح (مالك ما فوق الأرض) هو عقد إيجار يخوله الحق في إقامة بعض الأبنية والمنشآت - والايجار بهذا الوصف ليس من بين السندات التي اشترط المشرع تسجيلها - فإن مشتري حق السطح لن يستطيع تسجيل العقد طالما أن سند ملكية «المستأجر - البائع» غير مسجل (عقد إيجار مدته أقل من تسع سنوات).

إلا أننا نلاحظ، من ناحية، أنه يندر - من الناحية العملية - أن تكون مدة الايجار الذي خول المستأجر الحق في إقامة أبنية ومنشآت أقل من تسع سنوات. فالمستأجر يحتاج إلى وقت ليس بالقصير للانتهاء من إقامة الأبنية والمنشآت المتفق عليها. ثم يحتاج أيضاً لفترة أخرى للاستفادة من الأبنية والمنشآت التي أقامها حتى يستطيع تعويض ما أنفقه على إقامتها. ومن ناحية أخرى، فإنه حتى في الفرض الذي تكون فيه مدة عقد الايجار أقل من تسع سنوات، فقد جرى العمل في فرنسا على ضرورة تسجيل العقد في هذه الحالة<sup>(١٨٩)</sup>. فإذا كان المشرع قد اشترط ضرورة تسجيل سند الملكية في بعض

---

(١٨٦) المادة ٣ من قانون ٤ يناير في فرنسا.

(١٨٧) أو عشر سنوات في القانون الكويتي (م ١/١١)، واثنان عشرة سنة في القانون الفرنسي.

- V. J. P. Marty, op. citée, p. 338, N° 362.

(١٨٨)

الحالات التي حددها على سبيل الحصر، فليس هناك ما يمنع - في نظرنا - من تسجيل سند لم يتطلب القانون تسجيله مثل الايجار الذي تقل مدته عن تسع سنوات مثلاً.

## المطلب الثاني

### L'hypothèque الرهن

٥٢- ليس هناك ما يمنع - من الناحية القانونية - من رهن الحقوق الناشئة عن الفصل. فهي، كما رأينا، حقوق عقارية يمكن، بهذا الوصف، رهنها<sup>(١٨٩)</sup>. فيجوز إذن رهن الأبنية والمنشآت التي أقامها صاحب السطح، وبيعها لصالح الدائنين إذا اقتضى الأمر.

لكن إذا كان سند صاحب السطح في إقامة هذه الأبنية والمنشآت عقد إيجار، فهل يرد الرهن على الأبنية والمنشآت فقط أم يشمل أيضاً حق الايجار المقرر لصاحب السطح على الأرض. فالرهن، صاحب السطح، له حقان: ملكية على الأبنية والمنشآت، وإيجار على الأرض المقامة عليها المنشآت. ولذلك يثار التساؤل عن نطاق الرهن في هذه الحالة، وهل يشمل الحقين معاً، أم لا يشمل سوى ملكية الأبنية والمنشآت فقط.

تطبيقاً لقاعدة «الفرع يتبع الأصل»، اتجهت محكمة النقض الفرنسية في البداية إلى اعتبار حق الايجار المقرر لصاحب السطح على الأرض «فرعاً ضرورياً» *accessoire necessaire* يلحق بالضرورة بالأصل «الأبنية والمنشآت». وبالتالي فإن الحجز على المنشآت والأبنية يشمل حتماً الحق في الايجار المقرر لصاحب السطح على الأرض<sup>(١٩٠)</sup>. ونلاحظ على هذا القضاء أنه ليس هناك ارتباط «حتمي» بين الرهن والايجار. فقد ينتهي الايجار قبل انتهاء

- Becque, note sous paris, 23 déc., 1940, J.C.P., 1941, 2, 1629

(١٨٩)

- Goubeaux et Tendler, J.C. civ., art. 2133, N° 36.

- Civ., 23 fer., 1872, D. 1874, 2, P. 21.

(١٩٠)

- Grenoble, 3 mars, 1903, D. 1905, 2, P. 240

مدته الأصلية بالفسخ القضائي أو الاتفاقي، ومع ذلك يبقى الرهن قائماً دون أن ينقضى حتى نهاية مدة عقد الإيجار المحددة مبدئياً<sup>(١٩١)</sup>. وفي هذا الفرض، فإن الرهن لا يشمل - بداهة - سوى المنشآت والأبنية التي أقامها صاحب السطح دون الحق في الإيجار الذي انقضى من قبل بالفسخ.

٥٣ - ومن ناحية أخرى، إذا رتب مالك الأرض رهناً عليها، ثم قام بعد ذلك بالتصرف في عنصر من عناصر الأرض المرهونة (ما فوقها أو ما تحتها مثلاً)؛ فهل يشمل الرهن جميع عناصر الأرض بما فيها العنصر الذي تم التصرف فيه، أم أن العنصر المتصرف فيه يخرج من نطاق الرهن؟ تتوقف الإجابة على التساؤل على «لحظة» نشأة أو تحقق الفصل. فإذا كان الرهن قد ترتب على الأرض قبل تحقق الفصل، فإنه، أي الرهن، يشمل الأرض وما عليها وما تحتها حتى لو تحقق الفصل فيما بعد. . . فإذا تصرف مالك الأرض المرهونة في عنصر من عناصر الأرض (ما عليها مثلاً)، فإن هذا العنصر ينتقل إلى المتصرف إليه مُثَقَلًا بحق الرهن وبذلك ينشأ حق السطح محملاً - من البداية - بالرهن. لكن يشترط بطبيعة الحال أن يكون الرهن مقيداً حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير (صاحب السطح). لكن هذا الحل لا يستقيم إلا إذا كان سبب الفصل تصرفاً قانونياً. أما إذا كان سبب الفصل واقعة مادية كالحيازة مثلاً، فإنه يصعب القول بأن الرهن يشمل جميع عناصر الأرض حتى ولو كان الرهن قد نشأ وقيد قبل تحقق الفصل بالحيازة. ولذلك يجب - في رأينا - التفرقة، إذا كان سبب الفصل واقعة مادية، بين فرضين: إذا كان الرهن قد ترتب بعد بدء الحيازة بالفعل، فإن الرهن لا يسري في حق الحائز وذلك إعمالاً للأثر الرجعي للتقادم المكسب<sup>(١٩٢)</sup>. فالأرض لم تكن - وقت بدء الحيازة - مثقلة

---

(١٩١) وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على بقاء الرهن قائماً حتى نهاية مدة الإيجار الأصلية، إذا انقضى الإيجار قبل ذلك بالفسخ، راجع مادة ٦ من القانون المنظمة للإيجار بقصد البناء.  
Bailà Construction.

(١٩٢) السهوري، الوسيط، جزء ٩، ص ١٠٧٤. ويكون الرهن - في هذه الحالة - صادراً من غير مالك، فلا يسري في حق الحائز بعد اكتسابه الملكية بالتقادم.

بالرهن. أما إذا كان الرهن قد نشأ قبل سريان مدة التقادم وتم قيده، فإنه يسرى في حق صاحب السطح بعد أن تملكه بالتقادم<sup>(١٩٣)</sup>. ذلك أن الأرض كانت مرهونة بالفعل وقت بدء الحيازة، تاريخ اكتساب الملكية بالتقادم.

٥٤ - وأخيراً، فقد يقوم مالك الأرض المرهونة بإيجارها للغير، ثم يقوم المستأجر بإقامة بعض الأبنية والمنشآت على الأرض المؤجرة ويرتب عليها، بوصفه مالكا، رهناً؛ فهل يسرى الرهن الذي يقرره المستأجر على ما أقامه من منشآت وأبنية في حق الدائن المرتهن للأرض التي أقيمت عليها المنشآت ويحتج به في مواجهته، أم يشمل الرهن الصادر من مالك الأرض المنشآت والأبنية التي أقامها المستأجر؟ يلاحظ، بداءة، أن المستأجر لم يرهن حقه في الإيجار على الأرض حتى يمكن أن يقال بالاحتجاج بحق الدائن المرتهن للأرض في مواجهته، وإنما قام برهن الأبنية والمنشآت التي أقامها على الأرض المؤجرة، وحقه عليها حق ملكية مستقل تماماً عن حق ملكية صاحب الأرض.

نص المشرع - بهذا الخصوص - صراحة في المادة ١٠٣٦ على أنه: «يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك . . .»<sup>(١٩٤)</sup>. وبذلك فإن الرهن لا يشمل العقار المرهون فقط، وإنما يمتد ليشمل أيضاً الزيادات والاضافات والتعديلات المادية التي تلحق بالعقار وتتصل به<sup>(١٩٥)</sup>. وهذه الاضافات من منشآت وأبنية وغير ذلك تُلحق بالعقار المرهون، ويثقلها الرهن الذي يثقل العقار المرهون بطريق التبعية رغم ما لها من «ذاتية» مستقلة ومتميزة، في بعض الحالات، عن العقار المرهون.

---

(١٩٣) منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، ص ٤٣٣، فقرة ١٨٣ - محمد علي عرفه، موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، ١٩٥٥ - ١٩٥٦، ص ٤٥٨.

(١٩٤) في هذا المعنى المادة ٢/٩٩٧ مدني كويتي.

(١٩٥) السنهوري، الوسيط، جزء ١٠، ص ٥٨ - الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٨٥ - ١٩٨٦ م، الجزء الأول، ص ١٣٩.

لكن المشرع حينها قرر أن الرهن يشمل الأبنية والمنشآت التي تقام بعد ترتيب الرهن، لم يحدد ما إذا كان المقصود المنشآت والأبنية والتحسينات التي تتم بفعل الراهن فقط، أم تلك التي تتم بفعل الغير أيضاً. فإذا كانت المنشآت والأبنية قد أقيمت بفعل الراهن، فإنها تكون مملوكة له إعمالاً لحكم المادة ٩٢٢ مدني، ومن ثم يشملها الرهن. أما إذا أقيمت المنشآت بفعل الغير، فإن الرهن يشملها أيضاً لأن مالك الأرض يكتسب ملكيتها إعمالاً لأحكام الالتصاق<sup>(١٩٦)</sup>.

يتضح من هذا العرض، أن المشرع حينها قرر امتداد الرهن ليشمل ما يقام على الأرض المرهونة من منشآت وأبنية بعد ترتيب الرهن، فإنه قرر ذلك لأن هذه الأبنية والمنشآت تصبح مملوكة للراهن سواء أقامها بنفسه، أو أقيمت بفعل الغير. وإذا كان الراهن يملك ما يقام على الأرض المرهونة من منشآت وأبنية، فإنه يكون طبيعياً امتداد الرهن ليشملها. لكن ما الحكم إذا أقيمت الأبنية والمنشآت على العقار المرهون بعد نشأة الرهن وقيده، لكن المالك لم يكتسب ملكيتها، بل تملكها من أقامها سواء بالاتفاق أو بحكم القانون؟ يصعب القول بامتداد الرهن - في هذا الفرض - ليشمل المنشآت والأبنية التي وإن كانت مقامة على الأرض المرهونة، إلا أنها ليست مملوكة للراهن. وقد رأينا أن المشرع كان يفترض، حينها قرر امتداد الرهن ليشمل المنشآت التي تقام بعد نشأة الرهن، أن الراهن يملك هذه المنشآت. ويترب على ذلك أن الرهن لا يشمل<sup>(١٩٧)</sup> الأبنية والمنشآت المقامة على أرض مرهونة، لكونها مملوكة للغير، وبالتالي فإن الغير مالك المنشآت والأبنية المقامة على الأرض المرهونة يحق له أن يرهنها أو يتصرف فيها كما يشاء، ويكون رهنه نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن

---

(١٩٦) راجع المواد - ١٩٢٤، ٩٢٦ مدني. ولما كانت ملكية المنشآت لا تؤول إلى مالك الأرض إلا بمقابل، فإن للباي الرجوع على المالك الراهن بالتعويض المحدد في القانون، راجع، الأهواني، السابق، ص ١٤٣، فقرة ٩٠.

(١٩٧) منصور مصطفى، السابق، ص ٣٤ - الأهواني، السابق، ص ١٤٣ - عبد الفتاح عبد الباقي، السابق، ص ٦٩.

للأرض المقام عليها المنشآت.

قد يُقال أن القول بعدم امتداد الرهن ليشمل الأبنية والمنشآت المقامة على الأرض المرهونة إذا كانت مملوكة للغير سيؤدي إلى إضعاف التأمينات المخولة للدائن المرتهن وحرمانه من المزايا التي يقررها الرهن. فالرهن يجب عليه أن يمتنع عن أي عمل سلبي أو إيجابي يُنقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن. وتحويل الغير الحق في إقامة منشآت وأبنية على الأرض المرهونة يؤثر سلباً على قيمة العقار المرهون. وقيمة الأرض وهي خالية «فضاء» يختلف اختلافاً كبيراً عن قيمتها وهي «محملة» بالمنشآت والأبنية. فالأرض تقل قيمتها كثيراً إذا كانت «مشغولة» بأبنية مملوكة لشخص آخر. وهو قول حق يستتبع توقيع الجزاء الذي قرره المشرع في حالة المساس بسلامة الرهن. إلا أنه لا يمنع من القول بأن الرهن الوارد على عقار لا يشمل الأبنية والمنشآت المقامة عليه إذا كانت مملوكة للغير.

### المطلب الثالث

#### مضار الجوار غير المألوفة

#### Troubles excessifs de voisinage

٥٥- لا شك أن الجوار ضرورة اجتماعية تستلزم التضامن بين الجيران<sup>(١٩٨)</sup>. ويقتضى هذا التضامن أن تقوم العلاقة بين الملاك المتجاورين على أساس التسامح. لكن هذا التسامح يجب أن يقف عند الحد المعقول. وقد حدد المشرع هذا «الحد المعقول» بمضار الجوار المألوفة<sup>(١٩٩)</sup>. فما كان مألوفاً من المضار، يجب على الجار أن يتحملة، أي يتسامح فيه، لكن الجار له - إذا تجاوز الضرر الحد المألوف - أن يطلب إزالة هذا الضرر. ويلتزم الجار الذي أحدث

---

(١٩٨) عرفه السابق، ص ٥٣.

(١٩٩) راجع نص المادة ٨٠٧ مدني، ولا مقابل لهذا النص في القانون الكويتي أو الفرنسي أو اللبناني، بينما أخذ بنفس الحكم القانون السوري (٧٧٦٢ مدني) والليبي (٨١٦ مدني).

الضرر غير المألوف بإزالته وبتعويض الجار المضروب عما أصابه من ضرر حدث قبل الإزالة. فهي إذاً مسئولية تفترض وجود «جوار» بين الملاك. بدليل قول المشرع في المادة ٨٠٧/١ أن: «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار» - فلا يكفي - في نظر المشرع - التملك وحده، وإنما يجب أن يكون المالك «جاراً».

وإذا كان الفصل يؤدي إلى نشأة حقوق «متداخلة» وليست «متجاورة» بالمعنى المعروف للجوار، إلا أنه ليس هناك ما يمنع - في اعتقادنا - من تطبيق المسئولية عن المضار غير المألوفة على أصحاب الحقوق الناشئة عن الفصل. فالجوار المذكور في نص المادة ٨٠٧ مدني لا يعني «التلاصق»، الأفقي أو الرأسي. وليس أدل على ذلك من أن القضاء قد طبق المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة على الأضرار التي تنشأ من «مجاورة» المصانع، كالروائح الكريهة التي تنبعث منها، وما تشهده من دخان، وما تحدثه من ضوضاء، وكذلك على المضار التي تنشأ عن «مجاورة» المسارح ودور البغاء والمستشفيات والمدارس والمسارح والكازينوهات<sup>(٢٠٠)</sup>. وتطبيقاً لذلك، رأى البعض حديثاً<sup>(٢٠١)</sup> بضرورة إلزام سكان برج «مونبرناس» بوضع إيريال تلفزيون «لاسترجاج» وتثبيت الصورة التي حُرِم منها «جزء» من الحي الذي يقع فيه البرج<sup>(٢٠٢)</sup>.

وبهذا المفهوم لفكرة «الجوار»، فإن المسئولية عن أضرار الجوار غير المألوفة يمكن أن تتحقق في حالة «تعدد» الملكيات الناشئة عن الفصل. وإن

---

(٢٠٠) راجع الأحكام المشار إليها في السهوري، السابق، جزء ١، ص ٦٩٥ هامش رقم (٢).

(٢٠١) H.P. Martin, "Aspects Juridiques de l'urbanisme vertical", memoire D.E.S., (٢٠١) Rennes 1973, P. 124.

(٢٠٢) وقد طبقها القضاء الفرنسي في حالات مختلفة:

- مسئولية الجار عن «تشوه» صورة التلفزيون: Agen, 2 fei., 1971, G.P., 71, P. 28

- مسئولية الجار عن سوء «سحب» المدخنة للدخان: cass. civ., 1<sup>re</sup> fév., 1966, Bull. civ., 2, P. 468, N° 660-Cass. civ., 3 dec., J.C.P., 1965, 2, 14289-civ., 22 jan 1973, J.C.P., 1975, 18014.

- ومسئولية الجار عن خفض القيمة التجارية للملكية: civ, 3 mai 1965, Bull. civ., p. 214

كان ذلك لا يمنع - بداهة - المضرور من اللجوء إلى المسؤولية على أساس الخطأ، أو المسؤولية عن الأشياء أو التعسف في استعمال الحق. فالمستول إما المالك أو الحارس أو الجار. لكن تطبيق المسؤولية عن الأضرار غير المألوفة للجوار على الحقوق الناشئة عن الفصل لا يخلو، مع ذلك، من بعض الصعوبات بالنسبة للمضرور.

فإذا كان ارتفاع العقار هو الذي تسبب مثلاً في «حجب» أو «تشويش» صورة جهاز التلفزيون لدى سكان العقارات الأخرى المجاورة؛ فهل يطالب المضرور جميع ساكني العقار الذي تسبب في الضرر بالتعويض، أم يتوجه بالمطالبة إلى صاحب «الجزء» Tranche الذي تسبب في الضرر فقط. فتشويه صورة التلفزيون لم يتسبب فيها سوى «الجزء الأعلى» من العقار، أما أصحاب الأجزاء السفلى فلم يساهموا في إحداث الضرر. إلا أنه يلاحظ من ناحية أخرى، أن الأجزاء العليا ما كانت لتوجد لولا وجود الأجزاء السفلى، مما قد يعني القول بمسؤولية «الكل» عن تعويض الأضرار التي أصابت الجيران. وإذا «سقط» جزء من واجهة عقار مثلاً، وأحدث بسقوطه أضراراً للغير، فمن هو المسئول في هذه الحالة: هل هو مالك «الجزء» الذي «سقطت» واجهته، أم جميع ملاك، أو ساكني العقار؟

لا تكفي فكرة تسهيل رجوع المضرور لتبرير الحل الصحيح من الناحية القانونية، فالعمل على ضمان حق المضرور وتسهيل رجوعه على المسئول لا يكفي وحده للقول برجوعه على جميع ملاك العقار. فقد يقال أن المضرور يحق له الرجوع على جميع ملاك أو سكان العقار بالتضامن فيما بينهم لضمان حصول المضرور على حقه، ثم يرجع بقية الملاك أو السكان بعد ذلك على المسئول. لكن يرد على ذلك أن التضامن لا يفترض، وهو لا ينشأ إلا بالاتفاق أو بحكم القانون. وإذا كان التضامن ثابتاً بنص القانون في المسؤولية التقصيرية، فإنه يفترض «الاشتراك» في الخطأ؛ فهل يوجد «اشتراك» في الخطأ في الفرض الذي نحن بصده؟ لكي يوجد «اشتراك» في الخطأ، يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين خطأ كل مسئول والضرر. فإذا انتفت السببية، انتفت معها فكرة

## «الاشتراك» في الخطأ.

وقد يُقال أن العقار المقسم إلى «أجزاء» والموزعة عناصره على أكثر من شخص، هو «شيء» واحد في نظر القانون وليس «أشياء» متعددة. وبذلك يمكن القول بمسئولية «الكل» باعتبارهم «حراساً» لشيء واحد. فالمشرع المصرى حينما نظم المسئولية عن الأشياء، الحيوان والبناء، فإنه عقد المسئولية على رأس الحارس<sup>(٢٠٣)</sup> ولو لم يكن مالكاً. فالعقار إذن رغم فصل عناصره وتوزيعها على أكثر من شخص، يُعتبر في حكم القانون «شيئاً» واحداً تعدد حراسه. وبالتالي فإن تهدم «جزء» من هذا العقار، يؤدي إلى مساءلة «جميع» الحراس. وهو ما يطلق عليه في الفقه الحراسة المشتركة La garde en Commun<sup>(٢٠٤)</sup>. ولكن يجب - من هذه الحالة - أن يكون لكل حارس سلطة وسيطرة فعلية على الشيء متساوية أو متعادلة مع سلطة وسيطرة بقية الحراس. أياً كان الحل الذي يتفق مع القواعد العامة للمسئولية، فمن المؤكد أن فصل عناصر الأرض يؤدي إلى نشأة حقوق تحتاج الى تنظيم تشريعي متكامل. فالقواعد العامة التي وضعها المشرع للمسئولية أو الملكية أو غيرها قد تبدو غير ملائمة أحياناً «للذاتية» الخاصة لظاهرة الفصل.

٥٦- وأخيراً، إذا توافرت شروط المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وتوافرت في نفس الوقت شروط المسئولية العقدية بأن تسبب الاخلال بالتزام عقدي في إحداث أضرار غير مألوفة لجار؛ فهل يجوز للمضرور أن يختار بين أي من المسؤولين، أم أنه لا يحق للمضرور سوى أن يسلك طريق المسئولية العقدية فقط دون الرجوع بدعوى المسئولية عن المضار غير المألوفة للجوار؟

---

(٢٠٣) على عكس المشرع الفرنسي الذي عقد المسئولية، في حالة تهدم البناء، على رأس المالك لا الحارس، راجع نص المادة ١٣٨٦ مدني. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد طبق قاعدة الارتباط بين الحق droit والشيء chose.

(٢٠٤) - Conf-Mme. D. Mayer, "La garde en Commun", Rev. trim. dr. civ., 1975, p. 197 et s.

٥٧- وضع المسألة : تقوم مسألة الخيرة - من الناحية العلمية - بين المسؤولية على أساس الجوار من ناحية، والمسئولية العقدية أو التقصيرية من ناحية أخرى في حالة ما إذا كان الفصل، بين عناصر الأرض قد نشأ بالاتفاق بين الأطراف: مالك السطح (ما فوق الأرض)، مالك العمق (ما تحت الأرض) ومالك الأرض. ولم يكتف الاتفاق بتنظيم كيفية الفصل. وإنما امتد لتنظيم العلاقة بينهم وتحديد حقوق والتزامات كل منهم. فإذا أخل أحدهم بهذه الالتزامات التي حددها الاتفاق وارتضوها سلفاً، انعقدت على رأسه المسؤولية. ومسئوليته - هنا - مسئولية عقدية قوامها الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد. لكن هذا الإخلال بالتزام عقدي قد يصاحبه إحداث أضرار غير مألوفة Troubles excessifs؛ للمضرور فهل يجوز - حينئذ - لهذا الأخير أن يختار بين المسؤولية العقدية والمسئولية على أساس مضار الجوار غير المألوفة؟ وإذا كان الخطأ الذي ارتكب ليس إخلالاً بالتزام عقدي، وإنما كان إخلالاً بالتزام قانوني، فإن مسؤولية المخطيء هنا تكون مسئولية تقصيرية قوامها الإخلال بالتزام مصدره القانون. فإذا صاحب هذا الخطأ إحداث أضرار غير مألوفة للمضرور، فهل يجوز له أن يختار بين طريق المسؤولية التقصيرية وطريق المسؤولية على أساس الجوار؟ أم أن قيام أحدهما يُغلق طريق الأخرى؟ هكذا يمكن أن تطرح المشكلة في الواقع العملي، فما هو التحليل الصحيح لها؟

يختلف الوضع في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي في أن القانون المصري قد نص على مسئولية الجار عن أضرار الجوار غير المألوفة صراحة. وفي ذلك تقرر المادة ٨٠٧ من التقنين المدني أن «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف . . .». وبذلك أوجد النص على الجار التزاماً قانونياً هو عدم الاضرار بجاره ضرراً غير مألوف، فإذا ما أخل الجار بهذا الالتزام كان للجار المتضرر - حسب نص المادة ٨٠٧ - أن يطلب إزالة هذا المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.

٥٨- وقد اختلف الفقه الفرنسي، نظراً لغياب النص التشريعي، اختلافاً شديداً عندما حاول تحديد الأساس القانوني للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. فمنهم من حاول إسناد هذه المسئولية إلى وجود «شبه عقد للجوار» quasi-contrat de voisinage<sup>(٢٠٥)</sup> يجد أساسه في نصوص القانون المدني<sup>(٢٠٦)</sup>. ومنهم من يعتقد<sup>(٢٠٧)</sup> أن الأساس القانوني لهذه المسئولية هو الخطأ Faute بمعناه التقليدي الذي حدده القضاء بمناسبة تطبيق المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني. «فمن يفرض على الجيران، لكي يمارس نشاطه، أن يتحملوا أكثر مما يمكن تحمله، يرتكب خطأ»<sup>(٢٠٨)</sup>. إلا أن هناك اتجاهاً فقهاً قوياً ظهر أخيراً يفصل بين المسئولية على أساس الجوار والمسئولية المدنية على أساس الخطأ<sup>(٢٠٩)</sup>. وهكذا تجد من يرى وجود التزام «عرفي»، مصدره العرف، Coutumiere بين الجيران يفرض عليهم عدم تجاوز «الحد المعقول» لأضرار الجوار<sup>(٢١٠)</sup>؛ ومن يرى أن مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة. فالمالك قد ألحق، وهو يستعمل حقه، ضرراً غير مألوف بالجار - وإذا كان لم يرتكب خطأ، فيبقى إذن أنه هو الذي يتحمل تبعة نشاطه في استعماله لحقه<sup>(٢١١)</sup>؛ ومنهم من يرى في مبدأ «المساواة بين الملكيات المتجاورة» أساساً للمسئولية عن أضرار الجوار. فالتعويض يُستحق - في هذه المسئولية - نتيجة للاخلال بالتعادل أو التوازن أو التساوي بين حقوق الملكية. فهذا التعادل يجب ألا يختل بفعل أحد الجيران، وإلا حق للآخرين أن يوجهوا إليه اللوم، ليس بالضرورة

(٢٠٥) كابتين مشار إليه في J.P. Theron, "Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé", J.C.P., 1976, 2802, N° 70.

(٢٠٦) راجع المادتان ٦٥١ و ١٣٧٠.

(٢٠٧) مازو وتانك ص ٦٩٧، T. 1, P. 697, 6 e. ed., Traité de la responsabilité civile.

(٢٠٨) مازو وتانك الإشارة السابقة.

(٢٠٩) بليز مشار إليه في تيرون، مقاله السابقة، رقم ٧٢.

(٢١٠) Jossierand, note D. 1923, 2, P. 53.

(٢١١) Ripert, la responsabilité dans les rapports de voisinage, 1902, note, D. 1907, 2, p. 385.

- Comas, les troubles de voisinage, L.G.D.J., 1966, P. 125 ets.

(٢١١)

لارتكابه خطأ Faute في السلوك، وإنما لإخلاله بالمساواة التي يجب أن توجد بين الحقوق المتجاورة<sup>(٢١٢)</sup>. ومنهم أخيراً من يرى قيام المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفه على أساس المساس بحق الانسان في الهدوء<sup>(٢١٣)</sup>.

ونعتقد أن السبب في هذا الخلاف الشديد يرجع من ناحية إلى غياب نص تشريعي ينظم المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفه. فهي إذن مسئولية من عمل القضاء دون سند تشريعي تقوم عليه. ومن ناحية أخرى أن القضاء الفرنسي قد سلك - في هذا الصدد - مسلكاً «عملياً» وكان - بحق - قضاء «برجماتياً»، فتارة تجد فكرة الخطأ، وتارة تجد فكرة تحمل التبعة، وتارة ثالثة تجد مبدأ المساواة بين الملكيات المتجاورة هي «المحرك» للقضاء لإدانة محدث الاضرار غير المألوفه، دون أن تستطيع تحديد «مبدأ» واحد يلتف حوله قضاء المحاكم. وليس أدل على ذلك من أن غالبية أحكام القضاء<sup>(٢١٤)</sup> وأيدها في ذلك معظم الشراح<sup>(٢١٥)</sup>، قد استقرت على استقلال المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفه استقلالاً كاملاً في مواجهة المسؤولية على أساس الخطأ بنوعيهما: الخطأ العقدي والخطأ التقصيري. فهي إذن مسئولية «قائمة بذاتها» أيأ كان الاساس القانوني الذي تستند إليه، ولم يلتفت القضاء كثيراً إلى مسألة الأساس النظري لهذه المسؤولية، بقدر اهتمامه على تأكيد «إستقلالية» هذه المسؤولية سواء بالنسبة للمسئولية عن «فعل» الانسان أو المسؤولية عن الأشياء.

٥٩ - وقد اختلف الفقه في مصر أيضاً - رغم وجود نص - في تأصيل مسئولية الجار عن الضرر غير المألوف التي نص عليها المشرع في المادة ٨٠٧

---

- Agostiniet lamarque, note, D. 1975, p. 222. (٢١٢)

- Carbonnier, les Biens, T. 3, p. 195 et 196. (٢١٣)

- civ. 3e. ch., 25 oct. 1972, J.C.P., 1973, 2, 17491; D. 1973, p. 756; Rev. T. C., 1974, (٢١٤)  
p. 609.

- J.P. Theron, "Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et (٢١٥)  
en droit privé J.C.P., 1976, 2, 8025.

- J.P. Blaise, "Responsabilité et obligations Coutumiers dans les rapports de  
voisinage, Rev. trim. dr. civ., 1965, p. 261 et s.

السالفة الذكر، فيرى بعض الشراح أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلفه ليست الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق<sup>(٢١٦)</sup>. بينما يذهب أغلب الفقه إلى إخراج مسؤولية الجار عن الضرر غير المؤلف من نطاق فكرة التعسف في استعمال الحق، ويعتبرون أن المادة ٨٠٧ قد قيدت حق الملكية بحدود يعتبر الخروج عليها خروجاً على حدود هذا الحق كما رسمته هذه المادة، فيعتبر هذا الخروج خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض عنه<sup>(٢١٧)</sup>.

ودون الدخول في تفاصيل لا مجال لذكرها الآن، نكتفي بإبداء بعض

الملاحظات:

١ - أن القول بأن الغلو، أي الإضرار بالجار ضرراً غير مؤلف، يعتبر خروجاً عن حدود حق الملكية، تلك الحدود التي رسمها القانون بفرضه التزاماً على المالك، ألا يغلو في استعمال حقه، وبالتالي فإن هذا الخروج يعتبر خطأ تقصيرياً، هذا القول يربط ما بين المسؤولية عن أضرار الجوار غير المؤلف وحق الملكية، وبين المسئول والمالك بحيث يُعتبر هذا الأخير هو دائماً المسئول عن تعويض الضرر الناتج عن الغلو. وهذا الربط، على وجه التحديد، غير دقيق. فالمستأجر يمكن أن يكون مضروراً كالمالك تماماً. كما أن من يحدث الضرر غير المؤلف ليس بالضرورة هو المالك، فالمستأجر<sup>(٢١٨)</sup>، وكذلك المقاول<sup>(٢١٩)</sup>، يمكن أن يكون مسئولاً عن الأضرار غير المؤلفه للجوار.

---

(٢١٦) منصور مصطفى، حق الملكية في القانون المدى المصرى، ١٩٦٥، ص ٦٣، فقره ٢٥ -

محمد على عرفه، موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، ١٩٥٥، ١٩٥٦، ص ٥٢، ٥٣ -

حسن كبره) حق الملكية، الطبعة الثانية، ١٩٦٥، فقره ٩٨.

(٢١٧) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جزء ٨، حق الملكية، ٢١٩٦٧، فقره ٤٣٧ - البدر اوي،

الحقوق العينية الأصلية، الطبقة الثانية، ١٩٥٦، فقره ٨٣، ٨٤ - اسماعيل غانم، الحقوق

العينية الأصلية، الطبقة الثانية، جزء ١، ١٩٦١، ص ٩١.

- civ. ler ch., 7 fev. 1967, Bull., N° 49, p. 38.

(٢١٨)

- civ. 8 fer., 1972, J.C.P., 1972, 2, 17176, NOTE R.D.

- civ. 32., 6 juin 1978, Bull. 3, p. 270, N° 392

- civ. 10 janvier, 1968, prec.

- civ. 10 Janvier, 1968, prec.

(٢١٩)

٢ - كما أن القول بأن الغلو في استعمال حق الملكية يعتبر تطبيقاً لفكرة التعسف في استعمال الحق هو قول محل جدل. فالتعسف يعني إساءة الاستعمال، والفرض أن الجار حينما يستعمل حقه لم يسيء استعماله، وإنما استعمله استعمالاً «عادياً». كل ما في الأمر أنه ترتب على هذا الاستعمال إحداث أضرار غير مألوفة للجار. فمن يفتح مثلاً مصنعاً للسجاد ويستعمله استعمالاً عادياً حسب الأصول المرعية، لكن نتج عن ذلك روائح كريهة تؤدي إلى مساءلته، لم يتعسف في استعمال حقه، بل استعمله كما يُستعمل عادة. ولعل السبب في هذا اللبس هو عدم دقة صياغة المادة ٨٠٧/١ التي تنص على أنه «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . . .»، في حين أن من يصيب الجار بضرر غير مألوف لا يغلو بالضرورة في استعمال حقه، بل قد يستعمله استعمالاً عادياً ومع ذلك يُسأل عن الضرر غير المألوف الذي يصيب الجار<sup>(٢٢٠)</sup>.

٣ - أننا لا نرى فائدة من ضرورة ربط المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفة بأحد الأنظمة المعروفة كالتعسف في استعمال الحق أو المسؤولية على أساس الخطأ مثلاً. فقد رأينا أن القضاء الفرنسي، يؤيده جمهور الشراح، يؤكد على «استقلال» هذا النوع من المسؤولية في مواجهة الأنواع الأخرى للمسؤولية. وهو تحليل يصدق أيضاً في مصر.

فالمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة لا تقوم على فكرة الخطأ بمعناه التقليدي بدليل أن الجار يسأل عن تعويض هذه الأضرار حتى ولو لم يرتكب خطأ. كما أنها ليست تطبيقاً لفكرة التعسف في استعمال الحق بدليل أن الجار يُسأل عن الأضرار المألوفة التي تصيب الجيران الآخرين حتى ولو لم يُسيء استعمال حقه، أي حتى ولو استعمل حقه كما يُستعمل عادة، طالما أن هذا

---

(٢٢٠) كما أن نص المادة ٨٠٧ معيب من ناحية أخرى لكونه قد ربط بين المسؤولية عن أضرار الجوار والمالك، وافترض أن محدث الضرر مالكا، كما افترض أيضاً أن المضرور مالكا، في حين أن المستأجر، كما رأينا، يمكن أن يكون مضروراً ويمكن أن يكون مسئولاً عن الضرر.

الاستعمال نتج عنه ضرر غير مألوف. هذا بالإضافة إلى أن من يتعسف في استعمال حقه يلتزم بتعويض الضرر الناتج عن التعسف حتى ولو كان يسيراً، بينما لا يُسأل الجار إلا عن الأضرار غير المألوفة التي تصيب غيره من الجيران. وأخيراً فإن أسباب الإعفاء من المسؤولية عموماً كالقوة القاهرة وفعل الغير وغير ذلك لا تطبق على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

ولهذا فإننا نعتقد أن المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفة لها «ذاتيتها الخاصة» التي تميزها عن غيرها من الأنواع الأخرى للمسؤولية. فهي إذن مسؤولية «مستقلة» استقلالاً كاملاً، في مصر كما هو الحال في فرنسا، في مواجهة الأنظمة الأخرى للمسؤولية. فهل يجوز للمضرور أن يختار بينها وبين نوع آخر من المسؤولية على فرض أن شروط كل منها قد توافرت لديه؟

نلاحظ أن المشرع حينما نص على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في المادة ٨٠٧ فإنه يكون قد أنشأ بذلك التزاماً قانونياً على عاتق الجار مقتضاه عدم الإضرار بالجار ضرراً غير مألوف. فإن هو تسبب - رغم ذلك - في الأضرار بالجار ضرراً غير مألوف، فإنه يكون قد خالف القانون، أي أخل بالتزام مصدره القانون. فتكون مسئوليته مسئوليته تقصيرية. فالمسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني سواء كان هذا الالتزام هو الالتزام العام بالحيلة والحذر أو كان التزاماً فرضه القانون في حالة خاصة كما هو الحال في المسؤولية على أساس الجوار. وهنا يبدو الفارق واضحاً بين القانون الفرنسي والقانون المصري. فهذا الأخير قد نص على الالتزام بعدم الأضرار بالجار ضرراً غير مألوف، وبالتالي فإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي، على عكس الحال في القانون الفرنسي، إلى مساءلة من أحدث الضرر مسؤولية تقصيرية لكونه قد أخل بالتزام قانوني. ويترتب على ذلك أن التساؤل عن حق المضرور في الخيرة بين المسؤولية عن أضرار الجوار وغيرها من أنواع المسؤولية، يعني في حقيقة الأمر، الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية. ونكتفى هنا بالتذكير أن محكمة النقض المصرية لا تميز للمضرور أن يختار بين نوعي المسؤولية -

فالمسئولية العقدية تغلق طريق المسئولية التقصيرية<sup>(٢٢١)</sup>.

لكنه يبقى صحيحاً - في اعتقادنا - أن للمضرور أن يختار بين الأنواع المختلفة للمسئولية التقصيرية . كالخيرة بين المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة والمسئولية عن الأشياء مثلاً أو المسئولية عن تهدم البناء.

---

(٢٢١) نقض مدني، ١٩ إبريل ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٩، ص ٧٦٢.  
- نقض مدني، ٢٥ فبراير ١٩٦٥ م، المجموعة السابقة، السنة ١٦، ص ٢٢٠. ويميل  
الفقه المصري، في مجموعة، إلى تأييد موقف محكمة النقض سواء كقاعدة مطلقة، راجع :  
ليبب شنب، المسئولية عن الأشياء، رسالة، القاهرة ١٩٥٧، فقرة ١٧٧، السهوري،  
الوجيز في نظرية الالتزام بوجه عام، ١٩٦٦ م، فقرة ٣٢٠، أو كقاعدة يرد عليها بعض  
الاستثناءات «إذا كون الاخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية، أو كان راجعاً إلى غسن  
المدين». سليمان مرقس، المسئولية المدنية، ١٩٦٠، ١٩٦١، فقرة ٣٨.

## الخلاصة

٦٠ - تساءل الفيلسوف اليوناني المشهور أرسطو - ذات مرة - عن الطريق الذي يجب اتباعه، وهل يبدأ من «قواعد عامة» أم ينتهي إلى «قواعد عامة». وقد أجاب الفيلسوف على هذا التساؤل بقوله أنه يجب - أياً كان الأمر - أن نبدأ من الحقائق<sup>(٢٢٢)</sup>.

وهكذا بدأنا البحث الذي أماننا ولم يكن بين أيدينا سوى حقيقة واحدة مقتضاها أن المشرع المصري، وكذلك نظيره الكويتي، قد أجاز - صراحة - فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وملكيتها ما تحتها. لكنه لا يكفي - دون شك - النص على جواز فصل عناصر الأرض، وإنما يجب تنظيم هذا الفصل تنظيمًا شاملاً.

وقد أصبح هذا التنظيم اليوم أكثر من الأمس، ضرورة «منطقية» و «عملية» في آن واحد. فهو من ناحية ضرورة «منطقية» لأن الملكية، كحق عيني أصلي، تتكون من عناصر ثلاثة: استئثار، محل، وصاحب أو شخص الحق. وإذا كان المشرع قد أجاز «توزيع» سلطات الحق (عنصر الاستئثار) كأن يتنازل المالك عن سلطة أو أكثر من هذه السلطات للغير، ونظم الحقوق الناشئة عن هذا التنازل (الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية)، فقد كان يجب أيضاً - وقد أجاز «فصل» عناصر الأرض (عنصر المحل) وتوزيعها بين المالك والغير - أن ينظم الحقوق الناشئة عن هذا الفصل كما فعل بالنسبة للحقوق الناشئة عن «توزيع» سلطات الحق. وهو، من ناحية أخرى، ضرورة «عملية» لأن انتشار

---

(٢٢٢) "La marche à suivre doit-elle aller aux principes ou partir des principes?" à cette question le philosophe répond: "ce qu'il y a de sur, est qu, il faut partir du Connu".

مشار إليه في مجدي صبحي خليل

Le dirigisme économique et les contrats", these paris, 1967, L.G.D.J., P. 9.

«ظاهرة» الفصل في السنوات الأخيرة - لأسباب اقتصادية بالدرجة الأولى - قد أدى إلى ظهور بعض الصعوبات والمشاكل التي تحتاج - عملاً - إلى حلول قانونية. فالتزام المشرع الصمت أمام «ظاهرة» هامة مثل ظاهرة الفصل، واكتفاؤه بإجازتها من حيث المبدأ لا يكفي - بداهة - لحل المشاكل التي تثار في الحياة العملية بمناسبة تحقق فصل ملكية الأرض عما فوقها أو ما تحتها.

وقد أصبح ضرورياً - والحال هكذا - أن يتدخل المشرع لوضع تنظيم متكامل للحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض كمحل لحق الملكية . فالفصل - كما أجازته المشرع من حيث المبدأ - أصبح «ظاهرة» لها أهميتها في الحياة العملية بما لها من تطبيقات متعددة في مجالات مختلفة تُثير - في العمل مشاكل كثيرة تحتاج إلى تأصيل . وليس بمستغرب أن يتدخل المشرع لتنظيم الحقوق الناشئة عن فصل عناصر الأرض رغم كونها حقوق ملكية عقارية. فقد سبق وأن وضع المشرع تنظيماً للملكية الشائعة وملكية الطبقات والشقق رغم كونها من صور الملكية العقارية. وليس لهذا «التنظيم الخاص» ما يبرره سوى الطبيعة «الخاصة» لظاهرة الشيوخ وظاهرة ملكية الطبقات والشقق. وهو ما يتوافر - وبنفس الدرجة - بالنسبة للحقوق الناشئة عن «ظاهرة» الفصل . فالفصل يقف إذن مع الشيوخ وملكية الطبقات والشقق من حيث أن لكل منهما طبيعة خاصة و متميزة تبرر وضع تنظيم خاص لكل منهما. وإذا كان المشرع قد تدخل بالفعل ووضع تنظيماً خاصاً لكل من الملكية الشائعة وملكية الطبقات والشقق، فترجو أن يتدخل قريباً لوضع تنظيم خاص للحقوق الناشئة عن الفصل - فهي جميعاً - الشيوخ وملكية الطبقات والشقق والحقوق الناشئة عن الفصل - تحتاج، رغم كونها حقوق ملكية عقارية، لوضع نظام خاص بها يتفق مع «ذاتيتها» المتميزة.

وإلى أن يأخذ المشرع المبادرة لوضع تنظيم خاص للحقوق الناشئة عن الفصل، حاولنا - في حدود القواعد العامة - وضع تنظيم لهذه الحقوق يساعد على حل بعض الصعوبات والمشاكل التي تثار بصدد فصل عناصر الأرض من الناحية العملية.

٦١ - وقد راعينا في هذا التنظيم عدة مسائل على قدر كبير من الأهمية .  
فقد راعينا أولاً أنه لا يكفي أن يؤدي هذا التنظيم إلى أن «يعيش» كل حق من  
الحقوق الناشئة عن الفصل «بجانب» الحقوق الأخرى، وإنما يجب أن «يعيش»  
الكل معاً *Vivre ensemble* . فتنظيم بهذه الصورة يؤدي - دون شك - إلى  
حسن استغلال جميع عناصر الأرض، مما يؤدي - في النهاية - إلى إثراء الاقتصاد  
القومي . ولهذا رأينا مثلاً الاستعانة بالقواعد الخاصة بالحدود لكي تكون هناك  
«حدود» واضحة ، مؤكدة تفصل بين الحقوق الناشئة عن الفصل بما يحقق  
علاقات «عادية» وطبيعية بين الملاك .

وقد راعينا في هذا التنظيم ثانياً أن فصل عناصر الأرض لا يؤدي إلى  
نشأة حقوق متجاوزة *Juxtaposés* بالمعنى العادي للجوار، وإنما يؤدي إلى نشأة  
حقوق متداخلة *Superposés* مما يؤدي إلى صعوبة تطبيق علاقات الجوار، كما  
نظمها المشرع ، عليها .

وقد راعينا في هذا التنظيم ثالثاً وأخيراً الطبيعة «الخاصة» للحقوق  
الناشئة عن فصل عناصر الأرض . فليس صحيحاً أن يقال - ببساطة - أن  
الحقوق الناشئة عن الفصل يجب أن تخضع - بصفتها حقوق ملكية عقارية -  
لنظام الملكية بوجه عام سواء من حيث أسباب كسبها أو طرق انقضائها أو  
تحديد علاقات الملاك بعضهم البعض الآخر . فهذا القول - رغم بساطته -  
يتجاهل كلية «الذاتية» الخاصة للحقوق الناشئة عن الفصل . وإذا كنا قد  
انتهينا إلى القول بأن الحقوق الناشئة عن الفصل هي حقوق ملكية عقارية ،  
فهو قول لا يكفي وحده لاختضاعها لنظام الملكية عموماً، لما في ذلك من تغاض  
عن الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق وما لها من «ذاتية» تميزها عن غيرها من  
الحقوق . فهي حقوق «انفصلت» عن حق واحد، وهي بذلك تنتمي إلى  
«أصل» واحد، وربما تعود بعد فترة، طالت أم قصرت، إلى هذا الأصل الذي  
عنه انفصلت . ولهذا فقد يُنظر إليها - أحياناً - كمجموع عقاري واحد  
*ensemble immobilier* وليس كحقوق متفرقة ذات ملاك متعددين . وقد ظهر  
ذلك واضحاً عندما تعرضنا لمناقشة المسؤولية الناجمة عن «تهدم» جزء من البناء

المقسم إلى «أجزاء» والموزعة عناصره على أكثر من شخص. فقد قيل - في هذه الحالة - أنه يجب النظر إلى البناء على أنه «شيء» واحد وليس «أشياء» متعددة . وبذلك يمكن القول بمسئولية «الكل» باعتبارهم «حراساً» لشيء واحد استناداً إلى فكرة الحراسة المشتركة La garde en Commun . فالعقار إذن رغم فصل عناصره وتوزيعها على أكثر من شخص يُعتبر في حكم القانون «شيئاً» واحداً . ولهذا رأينا أن الحقوق الناشئة عن الفصل «تتمرد» رغم كونها حقوق ملكية عقارية على الأحكام التقليدية للملكية سواء من حيث تنظيم علاقات الجوار بين الملاك الجدد، أو كيفية تسجيل التصرف في هذه الحقوق أو رهنها أو المسئولية عن أضرار الجوار غير المألوفة .

وبعد . . . فتلك دراسة قدمناها «لظاهرة» بدأت أخيراً في الانتشار، اكتفى المشرع بإجازتها من حيث المبدأ، ولم يلتفت إليها الفقه بعد . . . وكل ما نرجوه أن تكون قد ساهمت في إلقاء الضوء على أهميتها المتزايدة . . . وتحديد أبعادها من الناحية النظرية . . . ورسم خطوط تنظيمها من الناحية العملية .

تم بحمد الله وعونه