

استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة من جائر حسن النية (دراسة في القانون الكويتي)

الدكتور / أنور أحمد الفزيع
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

تمهيد:

إن فكرة هذا البحث راودتنا منذ العدوان العراقي الغاشم على بلدنا العزيز الكويت نظراً لحالة الفوضى التي عاشتها البلاد وشيوع السرقات وضياع الأموال وهجرة الكثير من الناس. فأخذت أضع الخطوط الأولى لهذا البحث أثناء الإحتلال مؤمناً بأن الكويت لا محالة راجعة إلى أصحابها الشرعيين وأن الله سبحانه وتعالى لن يخيب آمال شعب الكويت وأنه سيتنصر لهم. وبالفعل تحررت الكويت، فأخذت أبحث عن المصادر العلمية اللازمة في مكتبة كلية الحقوق فإذا بها خربة قد مسّتها أيدي المجرمين بالسرقة والتخريب فلم أجد ضالتي إلا بالسفر إلى خارج الكويت حيث استطعت الحصول على بعض المراجع العامة في هذا الموضوع.

وإذا كانت أهمية هذه الدراسة تزداد في حالة الحرب والفوضى الداخلية، فلا يخفى على القارئ أهميتها في حالة السلم والاستقرار فسرقة المنقولات وفقدانها أصبحت تزداد بشكل كبير. فنظرة واحدة في معدلات السرقة خلال الأعوام السابقة تعطينا دفعة كافية لشحذ هممتنا لسبر أغوار موضوع الدراسة. كما أن السرقات ليست المطاف النهائي للسلار، فهي وسيلة للحصول على النقد الذي يحتاجه إثمًا لارتكاب جرائم أخرى (مخدرات وخمور) وإثمًا لسداد حاجة، وفي كلتا الحالتين سيقوم بالتصرف بالمنقول لشخص آخر.

وقد لاقينا خلال دراستنا هذه مصاعب كثيرة ترجع إلى ندرة الأبحاث المتعلقة بالموضوع في الفقهين الكويتي والعربي، وعدم الحصول على أحكام قضائية متعلقة باسترداد المنقولات المفقودة أو المسروقة من حائز حسن نية صادرة من القضاء الكويتي برغم الجهود الكبيرة التي وظيفناها لهذا الغرض.

المقدمة:

إن قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أو سند الملكية من القواعد الخالدة في القانون المدني ابتداء بمدونة نابوليون في العام ١٨٠٤^(١) مروراً بالقانون المصري وانتهاء بمدونة القانون المدني الكويتي^(٢). وهي تهدف إلى حماية الحائز حسن النية وهو كل من تلقى حقه من حائز أو مالك آخر دون علمه أو مع عدم إمكان علمه بانتفاء صفة المالك لهذا الأخير مع انتقال الحيازة إليه بطريق تصرف قانوني صحيح وناقل للملكية. فإذا ما توافر هذان الشرطان اعتُبر الحائز مالِكاً للمنقول منذ بداية حيازته ولا يستطيع أحد أن ينازعه هذا الحق وقد يبدو لأول وهلة أن هذه القاعدة تنطوي على ظلم كبير بالنسبة للمالك الأصلي وتشجيع للغصب. والحقيقة أن القانون قد وازن بين مصلحة المالك الحقيقي ومصلحة الحائز حسن النية حينما وضع الشرطين السابق ذكرهما، كما أنه يسعى إلى تحقيق الثقة والاستقرار في المعاملات التجارية والمدنية.

فمن جانب أول، إن التوازن يتحقق بين مصلحة المالك الحقيقي والحائز باشتراط أن تكون الحيازة صحيحة بركنيها المادي والمعنوي وأن تكون خالية من العيوب وخاصة عيبي الإكراه والخفاء وأن تنتقل الحيازة إلى الحائز بسبب صحيح، وقد أوضح القانون المقصود بالسبب الصحيح، إذ يجب أن يكون تصرفاً قانونياً ناقلاً

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧٩ من مدونة القانون المدني الفرنسي على:

(En fait de meubles, la possession vaut titre)

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ من مدونة القانون المدني الكويتي على:

« ١ - من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سنداً لحامله، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة ».

للملكية خالياً من أسباب البطلان، وأخيراً يتطلب القانون أن يكون الحائز حسن النية، أي لم يكن يعلم بعدم ملكية المتصرف للمنقول وقت إبرام التصرف. إذا توافرت مثل هذه الشروط ألا يحق لنا أن نتساءل لماذا لا يتم حماية مثل هذا الحائز؟

ومن جانب آخر، إذا تجاوزنا مسألة الموازنة بين حقوق المالك الحقيقي والحائز، نجد أن هذه القاعدة لها ما يبررها من ناحية منطقية وعلمية. إن عدم وجود مثل هذه القاعدة يخلق حالة فوضى وعدم استقرار وعدم ثقة في المعاملات التجارية والمدنية خاصة بعد ازدياد أهمية المنقولات في الحياة الاقتصادية، إذ يجب على كل شخص يريد الحصول على منقول أن يتأكد من ملكية صاحبه له. ولاشك أن هذا الأمر يخلق عنثاً كبيراً بالنسبة لجمهور التجار والمستهلكين ويشل الحركة التجارية.

يضاف إلى ذلك أن عدم تمليك المنقول للحائز حسن النية يؤثر سلباً على استثماره والانتفاع به، إذ بدون هذا التمليك لن يعنى به ولن يجعل الآخرين يستفيدون منه. علاوة على ماتقدم، يجب أن نؤكد أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ماهي إلا أحد تطبيقات نظرية الظاهر *La théorie de L'apparence* والتي تبلورت بشكل نهائي في دنيا القانون وأنبعت ثمارها وأصبحت راسخة رسوخ الجبال، فكل ضحية لمظهر خادع يمكنه أن يستظل بظلها.

وبرغم ذلك فإن القانون الكويتي^(١)، ومن قبله القانون الفرنسي^(٢)، أعطيا

(١) تنص المادة ٩٣٩ من القانون الكويتي علي:

«يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه، إذ فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة. فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه».

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي علي: (Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant 3 ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre duquel il la tient)

المالك حق استرداد المنقول في حالة خروجه من حيازته بغير إرادته نتيجة للسرقة أو الفقد على خلاف بعض التشريعات المقارنة التي لا تقر الاسترداد في مثل هاتين الحالتين ونذكر منها على سبيل المثال القانون السويدي والقانون الإيطالي والقانون النمساوي^(١).

إن حالة عدم الاستقرار التي مرت بها فرنسا خلال فترة ما بعد الثورة وخاصة في نهاية القرن التاسع عشر وازدياد معدلات السرقات وغصب أموال الغير كانت السبب الرئيسي لتعديل نص المادة ٢٢٧٩ بحيث يعطي المالك الأصلي حق استرداد المنقول المسروق أو المفقود^(٢). ويتفق هذا التعديل مع ما هو مستقر عليه في الأعراف الجرمانية من عدم إمكانية الاسترداد في جميع الأحوال^(٣). ولاشك أن لهذا الاستثناء ما يبرره من ناحية العدالة. فلا يجوز حماية الحائز حسن النية إذا كان المالك الأصلي ضحية سرقة أو ضياع ولم يكن مهملًا في الحفاظ على المنقول وإنما خرج من حيازته لظروف لا إرادة له فيها^(٤). وإذا كان حائز العقار يتمتع بحماية خاصة بموجب دعاوى الحيازة وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة؟ أفلا يحق لنا أن نتساءل عن سبب حرمان مالك المنقول من حقه في استرداد منقوله المسروق أو المفقود^(٥).

كل هذه الحثثيات أدت إلى إعطاء المالك في حال سرقة أو فقد منقوله حتى لو كان الحائز حسن النية. أما إذا كان هذا الأخير سيء النية، فمن البدهي أن المالك يستطيع أن يسترد منقوله دون حاجة إلى استخدام هذا الاستثناء، حيث إن

T. - J.DORHOUT Mees, la revendication des meubles perdus ou volés contre le (١)
possesseur de bonne foi, P. 265 et 266.

Jean CARBONNIER, Droit Civil, Les biens, 1973, p. 277. (٢)

Ibidem (٣)

H. DE PAGE ET R. DEKKERS, Traité élémentaire de droit civil belge, T. 5, (٤)
Première partie, 2ème édition, Bruxelles, BRUYLANT, 1975, N. 1072, p. 944.

CUILERON M., Revendication des meubles perdus ou volés et protection (٥)
possessoire, R.T.D Civil, 1986, N 3, p. 517.

الحائز لا يتمتع بحماية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وإذا كان المنقول في حيازة السارق أو واجد الشيء فيعتبران في جميع الأحوال سيئي النية، أما إذا كان موجودا في حيازة شخص آخر فلا يعتبر كذلك إلا إذا علم أنه يتلقى حقه من سارق أو من المالك أو يعلم بتعلق حق الغير بالمنقول. والحائز سيء النية، كما هو معلوم، لا يمكن حمايته إلا وفقاً لقاعدة التقادم المكسب أي بمرور خمس عشرة سنة على بدء الحيازة. عندها لا يستطيع المالك استرداد منقوله المسروق أو المفقود لو أثبت سوء نية الحائز.

وعليه فإن إطار هذه الدراسة يتحدد بالمادة ٩٣٩ من القانون المدني الكويتي والمادة ٢٢٧٩ فقرة ٢ من مدونة القانون المدني الفرنسي. حيث سنقتصر على دراسة حق الاسترداد المقرر للمالك بالنسبة لمنقوله المسروق أو المفقود الموجود في يد حائز حسن النية.

كما أننا لن نتعرض للقواعد الخاصة باسترداد السندات لحامله لأننا نعتقد أن مكانها الطبيعي هو القانون التجاري والذي لم ينظمها القانون الكويتي كما فعل نظيره الفرنسي^(١).

إن هذه الدراسة سوف تقتصر على الإجابة عن سؤالين اثنين:

أولاً: - ما الشروط الواجب توافرها لإمكان إعمال حق الاسترداد، وما الآثار المترتبة على ممارسة مثل هذا الحق؟ (الفصل الأول: - أحكام استرداد المنقولات المسروقة والمفقودة).

ثانياً: - ما الطبيعة القانونية لحق الاسترداد وحق الملكية خلال فترة

(١) إذا كان قانون التجارة الكويتي لم ينظم مسألة استرداد السندات لحامله، فإن التشريعات المقارنة اعتنت بهذا الأمر ونظمته منذ زمن بعيد. وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع فإننا نتركه للمتخصصين في مجال القانون التجاري حتى لا يطول بنا المقام ونخرج عن إطار دراسة القواعد العامة. وعلى العموم فإننا نعتقد بانطباق حكم المادة ٩٣٩ من القانون المدني على السندات لحامله طالما لم ينظم مسألة سرقها أو فقدها تشريع خاص.

فمما هو معلوم أن الحائز حسن النية يعتبر مالكا بقوة القانون منذ ابتداء حيازته، كما أن حق الاسترداد لا يعطى إلا للمالك، وهكذا نجد أنفسنا أمام مالكين لشيء واحد خلال فترة واحدة، في حين أن هذه الملكية ليست ملكية مشاعة. (الفصل الثاني: - الطبيعة القانونية لحق الاسترداد وحق الملكية خلال فترة الاسترداد).

الفصل الأول:

أحكام استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة

إذا توافرت شروط الاسترداد المقررة في المادة ٩٣٩ من القانون المدني (المبحث الأول: - الشروط)، فإن المالك الحقيقي يستطيع استرداد منقوله المسروق أو المفقود من يد الحائز حسن النية (المبحث الثاني - الآثار).

المبحث الأول: شروط الاسترداد

إن الحماية المقررة للمالك بمقتضى حكم المادة ٩٣٩ معلقة على تحقق مجموعة من الشروط، إذ أنها استثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لذا فإن الأمر يستوجب عدم التوسع فيه حتى لا يطفى هذا الاستثناء على القاعدة الأصلية وتفقد سبب وجودها. من هذا المنطلق فإن القانون حصر طلب الاسترداد في الأحوال التي تتوافر فيها شروط معينة بالنسبة للمنقول (مطلب أول) والحائز (مطلب ثان) والمالك (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمنقول

تجدر الإشارة إلى ضرورة التنبيه بأن المقصود بالمنقول من المادة ٩٣٩ هو المنقول المادي، ذلك أن المنقولات المعنوية مستبعدة من إطار قواعد الحيازة. فالحيازة بطبيعتها تقتضي السيطرة المادية الفعلية على شيء والظهور عليه بمظهر

المالك وهذا لا يتحقق إلا بالنسبة للمنقولات المادية. وعلى ذلك فإنه لا يمكن إعمال حكم المادة ٩٣٩ بالنسبة للحقوق الشخصية أو الحقوق الذهنية على اختلاف أنواعها، وكذلك بالنسبة للمحل التجاري. ويستثنى من ذلك السندات لحامله كالأسهم وأذونات الخزنة العامة وغيرها، إذ أجازت المادة ٩٣٩ لصاحبها الاستفادة من قاعدة الاسترداد أخذاً بعين الاعتبار بأن الديون المقررة في هذه السندات قد تجسدت في مستندات قانونية مما اقتضى شمولها بالحماية. كما يجوز الاسترداد لأي شخص تقرّر له حق عيني على المنقول كالدائن المرتهن أو المقرر له حق شفعه أو غيره. وكقاعدة عامة فإنه يجوز استرداد المنقول إذا خرج من حيازة المالك دون إهمال من جانبه وكان ذلك نتيجة ظروف خارجة عن إرادته (الفرع الأول)، في حين أنه يمتنع عليه ذلك إذا ثبت أن خروجه من حيازته عائد لإهماله (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جواز استرداد المنقول المفقودة حيازته بطريق غير إرادي

إن مقتضى المادة ٩٣٩ هو قصر الاسترداد على حالي السرقة والفقد (غصن أول)، إلا أن القضاء توسع في هذا الأمر، حيث مدّ مظلة الاسترداد لكل حالات فقدان الحيازة بسبب القوة القاهرة (غصن ثان).

الغصن الأول: الاسترداد في حالي السرقة والفقد

أولاً: الاسترداد في حالة السرقة:

إن المقصود بالسرقة هو اختلاس المنقول بنية تملكه *La soustraction Frauduleuse* كما هو مقرر في القانون الجنائي^(١)، وعليه فإنه يخرج عن إطار السرقة الجرائم الأخرى المتعلقة بالأموال والقرية من جريمة السرقة كالنصب وخيانة الأمانة وسنعود إلى تفصيل ذلك لاحقاً.

Planiol et Ripent, Traité Pratique de droit civil français, T III, L.G.D.J., 1952, N (١) 390, p389.

Aubry et Rau, Course de droit civil français, T II, 1935, N.183, p. 149;

د.حسام الدين كامل الأهواني، أسباب كسب الملكية، من القانون المدني الكويتي، رقم ٤٠٠، ص، ٤٩٠.

ولا يشترط في هذا الصدد معرفة السارق أو تحديد شخصيته^(١) ويجوز الاسترداد حتى في حالة إعفاء من ارتكب السرقة من العقوبة للأسباب المقررة في القانون الجنائي^(٢). إلا أن المنقول لا يعتبر مسروقاً إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة^(٣). في حين أنه يُعتبر كذلك إذا تمّ انتزاعه بالقوة بوساطة قوات غير شرعية تابعة لحكومة لم يتمّ الاعتراف بها دبلوماسياً كحكومة شرعية^(٤).

وفيما يتعلق بمسألة مدى إمكانية المطالبة باسترداد المنقول المسروق في حالة الحكم بالبراءة، فإنه لا يمكن القول بإطلاق على عدم جواز الاسترداد، إذ أن الحكم بالبراءة كثيراً ما يتم النطق به نتيجة لوجود شكّ نظراً لعدم كفاية الأدلة وفي هذه الحالة لا يمكن حرمان المالك من استرداد منقلبه^(٥). فالحكم الصادر بالبراءة لعدم كفاية الأدلة لا يقيد القاضي المدني لأن الأدلة التي لم تكف للإدانة الجنائية قد تكفي للحكم مدنياً^(٦).

ويقرر القانون المدني الألماني B.G.B. الأحكام السابقة في المادة رقم ٩٣٥^(٧)، والتي تنص على:

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أسباب كسب الملكية، مطبوعات كلية الحقوق في جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩١، رقم ٢٥٨، صفحة ٢١٩.

(٢) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، رقم ٤٥٤، صفحة ١١٥٩.

(٣) المرجع السابق. ويشير إلى حكم محكمة باريس في ١٩ يناير ١٩٣٣، جازت دي باليه، ١٩٣٣ - ١ - ٦٨٥.

(٤) محكمة السين ١٢ ديسمبر ١٩٢٣، دالوز الأسبوعي، ١٩٢٤ صفحة ١٥٥، مشار إليه في السنهوري - مرجع سابق -.

(٥) Bernard - Bouloc, revendication, Encyclopédie Dalloz, N.158.

(٦) إدوارد غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠، رقم ٢١٤، صفحة ٢٢١؛ عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجنائية الكويتية، جامعة الكويت، ١٩٧٧، صفحة ١٢٨.

(٧) Pierre ORTSCHIEDT, La Possession en droit civil français et allemand, Th. (V) Strasbourg, 1977, N.377, p. 474.

«La propriété n'est pas acquise en vertu des dispositions des 932 à 934, Lorsque la chose a été volée à son propriétaire, perdue ou adirée de quelqu'autre manière, II en est de meme lorsque le propriétaire n'en avait qui la possession médiate et que la chose n'était plus dans les mains du possesseur».

كما تقرر المادة ٩٣٤ فقرة ١ من مدونة القانون المدني السويسري ما يلي:

«Le Possesseur auquel une chose mobilière a été volée ou qu'il l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisi de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendre pendant 5 ans».

ويذهب الفقه السويسري إلى إعمال هذه المادة ليس فقط في حالة السرقة العادية وإنما أيضاً في حالة السرقة من قبل شخص في حالة ضرورة^(١).

ثانياً: الاسترداد في حالة الفقد:

ويقصد بالفقد هو ضياع المنقول دون أن تتوافر لدى مالكة نية التخلي عن ملكيته^(٢)، أو خروج المنقول من حيازة صاحبه دون إرادته^(٣). وليس لسبب الفقد أية أهمية في مسألة الاسترداد، فقد يكون بسبب خطأ مباشر أو غير مباشر أو حتى إهمال صاحب المال المفقود^(٤).

وتعتبر مفقودة الأموال التي تم تركها تحت ضغط الظروف القاهرة^(٥)، سواء لكوارث طبيعية كالفيضانات والزلازل أو غيرها أو سواء لأسباب سياسية كالحروب والثورات.

وفي المقابل، لا تعتبر أموالاً مفقودة الأموال التي يتم مصادرتها من قبل السلطات الرسمية في البلاد نتيجة أحكام قضائية أو غيرها أو التي أصبحت غنائم

(١) François Guisan, la protection de l'acquéreur de bon fois en matière mobilière, Th. Dr. Lausanne 1970, p.118.

(٢) الأهواني، مرجع سابق، رقم ٤٠٠، صفحة ٤٩١.

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق رقم، ٥٠٢، صفحة ٢١٩.

(٤) السنهوري، رقم ٤٥٤، صفحة ١١٥٩؛ ياسين غانم، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، صفحة ٣١٤.

De Page et R.Dekkers, op.cit., N.1072 a, p. 945.

Bouloc, op.cit., N.16.

(٥)

حرب حيث إن هذه الأموال تخضع لقواعد قانونية خاصة بها^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن هناك فارقاً كبيراً بين الأموال المفقودة والأموال المتروكة، فالأخيرة هي تلك التي خرجت من حيازة صاحبها بإرادته وبالتالي يجوز تملكها بالاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية ولا تنطبق عليها أحكام الاسترداد المقررة في المادة ٩٣٩ من القانون المدني الكويتي، في حين أن الأموال المفقودة لا يجوز تملكها بالاستيلاء وتنطبق عليها أحكام الاسترداد، ومن هذا المنطلق جرم القانون الجنائي الكويتي تملك الشيء المفقود، حيث نصت المادة ٢١٨ «من قانون الجزاء الكويتي» على: - «يُعد سارقاً من يلتقط شيئاً مفقوداً بنية تملكه، سواء توافرت النية وقت الالتقاط أو بعد ذلك»^(٢).

الفصل الثاني: الاسترداد في حالة القوة القاهرة

مما لا شك فيه أن هناك أحوالاً كثيرة تستحق الرعاية في الوقت الذي يصعب فيه اعتبارها سرقة أو فقد بالمعنى الضيق، لذا فقد توسع الفقه والقضاء في مفهوم الفقد، بحيث إنه لم يقتصر على حالات الضياع البسيط للمنقولات بسبب الخفاء المباشر أو غير المباشر إنما امتد إلى حالات القوة القاهرة، واعتبر أن مالك المنقول له الحق في استرداده طالما أنه خرج رغم إرادته.

ففي حكم شهير لمحكمة السين، حيث ترك أحد الأشخاص حرياً في الاتحاد السوفييتي إبان ثورة ١٩١٧ هرباً من حالة الفوضى والهلع، قامت السلطات الروسية بالاستيلاء على الحريز ومنحه لشخص آخر وفاء لدين عليها تجاهه، وقد قام الأخير بشحن الحريز إلى مدينة مارسيليا في فرنسا، عندها طالب المالك الأصلي باسترداده، وقد أجابته المحكمة الى طلبه:

«Attendu que L'impérieuse nécessité dans laquelle se sont trouvés les demna-

Ibidem, N.163.

(١)

(٢) عبدالمهيمن بكر سالم، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٢، رقم ١٢٩، صفحة ٢٦٧.

deurs d'évacuer leur domicile et d'abandonner les déchets de soie, par suite de l'invasion de l'armée rouge, exclut toute hypothèse de dessaisine volontaire au profit de celle-ci et constitue, bien qu'ils n'aient jamais ignoré le lieu où ils étaient entreposés, l'événement de force majeure, ayant eu pour résultat de les priver de la possession de ces marchandises et par suite caractéristique de la perte dont il est question au texte législatif susvisé (ant. 2279, al. 2)».^(١)

وقد صدر للمحكمة التجارية في مارسيليا حكم مشابه، حيث تركت شركة فرنسية كمية من مادة «كلوريد البوتاسيوم» في Catalogne في أسبانيا إبان الأهلية الإسبانية، استولت عليه الحكومة الإسبانية وأعطته لشخص آخر قام بشحنها إلى مارسيليا، عندها قامت الشركة بطلب استرداد المادة^(٢).

ولا يستطيع أن يقول قائل، بأن مالك المنقول قد تركه بملء إرادته، فلا شك أن الظروف القاهرة هي السبب الفاعل في ترك هذه المنقولات، ولم يكن لإرادته أي دور في ذلك، مما يقتضي تمكينه من استرداد منقولاته^(٣).

وقد نصت مدونة القانون المدني السويسري صراحة على إمكان الاسترداد في جميع الأحوال التي يفقد فيها المالك حيازته للمنقول بدون إرادته حيث تنص المادة ٩٣٤ فقرة ١ منه على:

«Le possesseur auquel une chose mobilière a été volée ou qui l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisie de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendre pendant cinq ans».

ويقرر القانون الألماني الشيء ذاته في نص المادة ٩٣٥:

Trib. Civ. Seine 12 Déc. 1923, D.H. 1924, P. 155.

(١)

Trib. Com. Marseille, 25 .Mai 1937, S. 1938, II, 105

(٢)

وانظر:

Cass. Civ. 14 Déc. 1949, Bull. Civ. 1949, 362

(٣) أبو الليل، مرجع سابق، رقم ٢٥٩، صفحة ٢١٩؛ الأهواني، مرجع سابق، رقم ٤٠٠، صفحة ٤٩١؛ السنهوري، مرجع سابق، رقم ٤٥٤، صفحة ١١٥٩؛

A. Weill, F. Temé et Ph. Simler, Droit Civil, les biens, Dalloz, 3ème éd. 1985, N.426, P.369.

Carbonnier, op. cit., N.76, p. 272; Planiol et Ripent., op. cit., N.390, p. 390;

Aubry et Rau, op. cit., N.183, p. 140

«Le propriété n'est pas acquise en vertu des dispositions des 932 à 934, Lorsque la chose a été volée à son propriétaire, Perdue ou adirée de quelqu'autre manière».

ويمكن أن نقرر أن أحداث العدوان العراقي على الكويت وما تسبب فيه من خروج الكثير من أبنائه والوافدين نتيجة لما رأوه من الإرهاب والطغيان وتركهم الكثير من أمتعتهم داخل البلد مما جعلها عرضة للسرقة، يعتبر قوة القاهرة، يمكن على أساسها استرداد المنقولات ولا يمكن بأي حال من الأحوال القول بأنها أموال متروكة من قبل أصحابها يجوز تملكها بالاستيلاء.

الفرع الثاني: عدم جواز استرداد المنقول المفقود أو حيازته بطريق إرادي

أولاً: المبدأ

نظراً للطبيعة الاستثنائية لقاعدة الاسترداد فإن القضاء يرفض التوسع في نطاقه ليشمل حالات أخرى مثل خيانة الأمانة أو النصب حيث ينسب التقصير إلى مالك المنقول.

أ - خيانة الأمانة:

ترفض محكمة النقض الفرنسية فكرة استرداد المنقولات التي تكون محلاً لجريمة خيانة الأمانة وتكاد تكون أحكامها متواترة في هذا الصدد^(١).

ويلتزم هذا القضاء بالنص القانوني الذي يقصر الاسترداد على الأموال المسروقة والمفقودة، في حين أن الأموال التي تكون محلاً لخيانة الأمانة لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبارها سرقة، وإذا كان القانون الفرنسي القديم لم يميز بين السرقة وخيانة الأمانة متأثراً بالقانون الروماني، فإن هذا الغموض لم يعد له محل بعد تجريم خيانة الأمانة بشكل مستقل^(٢).

Civ. Req. 16 Juillet 1884, S. 86, 1, 407;

(١) انظر:

D. 85, 1, 232;

Civ. 6 Juillet 1886, D 87, 1, 25;

Seine 10 Janvier 1941, D.A. 41, 93.

وانظر:

(٢) عبدالمهيمن بكر سالم، مرجع سابق، صفحة ٢٣١.

إن هذا التمييز مبني على أساس أن فقدان الحيازة بسبب جريمة خيانة الأمانة تم بطريق إرادي، فهذه الجريمة تقتضي أن يسلم المالك المنقول إلى الجاني بمقتضى عقد وديعة أو إعارة أو إيجار أو رهن أو وكالة أو غيرها، فيغير الجاني نيته ويقوم بالتصرف فيها. في حين أن السرقة تتضمن فقداناً للحيازة بدون إرادة المالك. ولاشك أن فقدان الحيازة في حال خيانة الأمانة يقتضي توافر تقصير من جانب المالك في حسن اختيار الشخص سواء أكان مودعاً لديه أم مستعيراً أم مستأجراً أم وكيلاً أم ماشابه.

ب - النصب:

وفي الاتجاه ذاته، تقتضي محكمة النقض الفرنسية باستبعاد الاسترداد في حالة الأموال التي تكون محلاً لجريمة النصب^(١)، تأسيساً على اختلاف النصب عن جريمة السرقة، فالأولى تقع نتيجة لمجموعة من الوسائل المادية الاحتمالية التي يقوم بها الجاني لإقناع المجني عليه بالقيام بعمل معين فيقوم الأخير بتسليم الأموال للجاني بطريق إرادي.

ثانياً: نقد المبدأ

مما لا ريب فيه أن الفقهاء الذين رفضوا استرداد المنقول من قبل مالكه في حالات فقد الحيازة إرادياً نتيجة نصب أو خيانة أمانة قد أسسوا موقفهم على حجج منطقية ووجيهة سنقوم بدراستها ثم تفنيدها.

أ - حجج مؤيدة لعدم الاسترداد:

فالحفاظ على قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» يقتضي عدم التوسع

Civ. 20 Mai 1835, S. 35, 1, 321.

(١)

Civ. 19 Juin 1928, D. 29, 1, 45.

Paris, 19 Janv. 1933, D.H., 1933, 125.

وانظر

في الاستثناء المقرر وفقاً للمادة ٩٣٩ مدني كويتي أو المادة ٢/٢٢٧٩ مدني فرنسي^(١). فكثرة الاستثناءات والتوسع فيها يذهب الأصل ويفقد أهميته.

وإذا كان المالك لا يستطيع الرجوع على السارق نتيجة لعدم معرفته له مما يستوجب إقرار حق الاسترداد في مواجهة الحائز الأخير، فإن هذا الأمر متنف بالنسبة لجريمتي النصب وخيانة الأمانة، إذ يستطيع المالك أن يرجع على الجاني في الحالين لأنه أحد أطراف العقد الذي بموجبه قام بتسليم المنقول.

كما أن رفض حق الاسترداد للمالك إذا وقع ضحية نصب أو خيانة أمانة مؤسس على أن هناك خطأ من جانب المالك، إذ لم يُحسن اختيار المتعاقد الآخر. في حين أن مثل هذا الأمر لا يمكن أن يثار في مواجهة المالك في حالة السرقة أو الفقد^(٢).

يضاف إلى ما سبق ذكره أن القانون المدني الفرنسي يقضي في مادته ١١٤١ بعدم قبول دعوى الاسترداد من المشتري الأول ضد المشتري الثاني بغرض قيام البائع بتسليم المبيع للمشتري الثاني. ولا شك أن تصرف البائع ينطوي على خيانة أمانة ومخالفة للوديعة، إذ بموجب عقد البيع تنتقل الملكية للمشتري، والمبيع يبقى عند البائع بصفة وديعة^(٣). وإذا أعملنا القياس على استرداد المنقولات المسروقة والمفقودة، فإن الأمر يقضي بعدم السماح للمالك باسترداد منقوله الذي فقد حيازته نتيجة خيانة أمانة أو نصب لاتحاد العلة بين حكم النصين.

ب — حجج مؤيدة للاسترداد:

إن الناظر في التطور التاريخي لحق الاسترداد يستطيع القول بالسماح لمن وقع ضحية خيانة نصب أو خيانة أمانة أن يسترد المنقول. ففي الفترة الواقعة بين القرن

(١) الأهواني، مرجع سابق، رقم ٤٠٠، صفحة ٤٩١.

(٢) Carbonnier, op. cit., N. 79, P. 281

(٣) Ibidem

الثالث عشر والرابع عشر الميلادي، تم إعطاء المالك حق الاسترداد في جميع الأحوال نتيجة للثورة الشعبية في تلك الفترة في فرنسا. ثم تمّ التضييق عن طريق إعطاء الحائز حق طلب المقابل في بعض الحالات كشرط للاسترداد، وقد تم ذلك في القرن الخامس عشر. وابتداء من القرن السابع عشر قصر حق الاسترداد على حالتَي السرقة والفقْدان^(١).

إن هذا التطور التاريخي يدل على تغيير مدى حق الاسترداد وفقاً للظروف التي تمر بها البلاد، فهو قد بدأ واسعاً ثم تمّ تضييقه وفقاً لحاجة التعامل التجاري واستقرار المعاملات. وبالتالي فإنه لا مانع ألبتة من إعادة التوسع في نطاق هذا الحق إذا دعت الظروف إلى ذلك.

ولا يفوتنا أن نذكر بازدياد معدلات جرائم خيانة الأمانة والنصب وغيرها، مما يقتضي تدخل المشرع لحماية ضحايا هذه الجرائم في مواجهة الحائزين حسني النية^(٢).

ولا يمكن التعويل على الحجة القائلة بأن المالك قد قام بتسليم منقوله بإرادته إلى الجاني، لأن إرادته لم تتجه ألبتة إلى نقل ملكية المنقول إلى هذا الشخص. كما لا يجوز الإدعاء بأن النصب ينطوي على إهمال من قبل المجني عليه والمتمثل في إساءة اختيار شخص الجاني^(٣)، فالجميع يمكن أن يكون ضحية نصب وإلا فما هو سبب تجريم هذا الفعل! يضاف إلى ما سبق ذكره أن التطور الهائل في الحياة الاقتصادية يصعب التأكد من شخصية كل تاجر أو حرفي يتم التعامل معه.

Muller Michèle, L'acquéreur de bonne foi d'un meuble, vers un nouvel équilibre (١) entre ses droits et ceux du propriétaire, injustement dépouillé, R.T.D. Civil, 1989, P. 698, N. 3.

Ibidem.

(٢)

Carbonnier, op. cit., N. 79, P. 281.

(٣)

Weil, op. cit., N. 426, p. 370;

ثم نتساءل ألا يجوز أن نقيس حق الاسترداد على حق الحبس^(١). فالمادة ٣٢٨ من القانون المدني الكويتي تنص على:

- ١ - ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد الحابس.
 - ٢ - ومع ذلك يجوز للحابس إذا خرج الشيء من يده دون علمه أو برغم معارضته، أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه.
- مما لا شك فيه أن الفقرة الثانية تؤكد على حق الحابس في استرداد الشيء المحبوس إلى يده إذا خرج دون إرادته دون تحديد للحالات كما هو الحال في استرداد المنقولات المسروقة والمفقودة.
- ولا يفوتنا أن نذكر بأن العديد من التشريعات المقارنة تجيز الاسترداد في حال خروج المنقول من حيازة صاحبه دون إرادته كما هو الحال بالنسبة للقانون السويسري والألماني.

من كل ما سبق نخلص إلى ما يلي:

- ١ - إن نص المادة ٩٣٩ استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، ولذا فإن المنطق القانوني السليم يقضي بالالتزام بما ورد فيه من قصر حق الاسترداد على حالتي السرقة والفقد، وهذا مما لا جدال فيه.
- ٢ - إن النص المشار إليه مُنتقد وفقاً للاعتبارات التي سبق عرضها، ولذا فإن الأمر يستوجب تعديله وهو طموح تهدف هذه الدراسة إلى تحقيقه، وبدون هذا التعديل لا يمكن إعطاء المالك حق استرداد المنقول من الحائز حسن النية إلا في حالتي السرقة أو الفقد واستثناءً في حالة القوة القاهرة كما حكم بذلك القضاء.

Bordeaux, 3 janv. 1859. S. 59, 2, 452

(١)

Muller, op. cit. N. 17. p. 707.

المطلب الثاني: شروط الحائز

لا يكتسب الحائز هذه الصفة إلا بتوافر شرطين هما:

الاستمرار في الحيازة (الفرع الأول) وحسن النية (الفرع الثاني).

وسيقصر هذان الفرعان على دراسة المشاكل العملية الناجمة عن استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة في بعض الحالات التي تثار فيها مشكلة مدى تحقق هذين الشرطين. ولا يخفى على المتخصصين في الدراسات القانونية أهمية هذا الأمر، إذ أن انتفاء أحد الشرطين يعني عدم الاستفادة من قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» وبالتالي فإن المالك الأصلي يستطيع استرداد منقوله دون الحاجة لاستعمال دعوى الاسترداد الخاصة بالمنقولات المسروقة أو المفقودة من حائز حسن النية.

الفرع الأول: أن تكون حيازته مستمرة:

إذا ما ترك الحائز حيازته أو تنازل عنها لشخص آخر، فإنه لا يستطيع أن يلجأ إلى قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية». ومن هذا المنطلق يثور سؤال عن حكم تسليم الحائز حسن النية للمنقول إلى السلطات الشرطية بناء على شكوى المالك الأصلي الذي يطالب باسترداد منقوله سواء تمّ التسليم طواعية أو بناء على أمر من المحقق؟ فهل يعتبر هذا التسليم تنازلاً عن الحيازة، بحيث لا يستطيع الحائز بعدها استرداد حيازته؟

لقد حاولنا البحث عن إجابة ناجعة لهذا التساؤل في أحكام القضاء الكويتي فلم نجد حكماً واحداً له علاقة بهذا الأمر، في حين وجدنا ضالّتنا بالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي والتي قد تساعدنا في تلمس الطريق الصحيح. وعلى العموم فإنها جاءت متضاربة، ففي بادئ الأمر اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تسليم المسروق إلى الشرطة من قبل الحائز حسن النية يعتبر تنازلاً من هذا الأخير عن حيازته مما يترتب عليه حرمانه من حقه في استرداد الحيازة^(١).

Civ., 5 oct. 1972, D. 73, I, J.C.P. 1973, II, 17485, note Bénabent.

(١) انظر

وأمام النقد الشديد الذي تعرض له موقف محكمة النقض الفرنسية، فإنها اضطرت إلى تعديله نحو قبول دعوى الحائز حسن النية باسترداد حيازته في حال تسليمه المنقول المسروق إلى الشرطة ولم تعتبر ذلك تنازلاً عن حيازته^(١).

والحقيقة أن التوجه الأخير للمحكمة الفرنسية العليا يجد لدينا قبولاً كبيراً لانسجامه مع المنطق القانوني السليم ولتحقيقه للعدالة للحثيات التالية:

أ - إنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار تسليم المنقول المسروق إلى الشرطة من قبل الحائز حسن النية تنازلاً من هذا الأخير عن حيازته، ذلك أن التنازل تصرف قانوني تبرّعي يقتضي حصول أمرين وهما:

١ - ترك الحيازة مادياً.

٢ - توافر نية التبرع أو التنازل لدى الحائز^(٢).

وإذا أمكن القول بتحقيق الشرط الأول وهو فقدان السيطرة المادية على المنقول، فإنه من الصعوبة بمكان القول بتحقيق الشرط الثاني. إذ أن القضاء والفقه يستلزمان أن تأتي نية التنازل صريحة لا يكتنفها أي غموض^(٣)، ولا يمكن افتراض وجودها^(٤)، وهو ما أكدته أحكام المحاكم^(٥).

Civ., 3 nov. 1981. Bull. Civ. N. 324.

(١) انظر

حيث إن الحائز طلب التحفظ على المنقول.

Civ., 16 Janv. 1980, Bull. Civ. N. 31;

وانظر

حيث ثبت للمحكمة أن المالك استولى على المنقول بالاحتيا.

André Breton, Théorie Générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit civil français, R.T.D. Civil, 1928, p. 300, N. 30. انظر (٢)

انظر د. بدر جاسم يعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،

١٩٨٦، صفحة ٧٠، رقم ٢١

Pierre Raynaud, La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil, R.T.D. Civil, 1936, p. 774, N. 12. انظر (٤)

Civ. 11 Avril 1921, S. 1922, 1, 83;

(٥) انظر

Civ. 17 Juillet 1931, S. 1931, 1, 365.

كما أن هذا التفسير يتفق مع روح المادة ٣٥ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على: «يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجيء صريحاً».

ولاريب أن التنازل عن حق عيني يقتضي أن يكون صريحاً.

ب - علاوة على ما سبق ذكره، فإذا فرضنا أن الحائز قام بالتصرف بحيازته، فإن هذا التصرف معيب بالغلط في القانون مما يعطيه الحق في طلب إبطال هذا التصرف. إذ كثيراً ما يتم تسليم المسروق ظناً من الحائز حسن النية أنه سيكون عرضة للمساءلة الجنائية وبالتحديد فإنه يمكن أن يتهم بجريمة إخفاء مسروقات^(١). هذا الاعتقاد الخطأ هو الذي دفع الحائز حسن النية إلى تسليم المنقول، ومحل الغلط هنا قاعدة قانونية. وعليه فإننا لانرى بأساً من إمكانية طلب إبطال هذا التصرف واسترداد الحائز حسن النية لحيازته، ولا يمكن الإدعاء بأن هذا الأخير ارتكب خطأ بتسليم المنقول مما لا يجوز معه استرداد الحيازة من المالك على أساس أنه لا يمكن استبعاد قاعدة قانونية^(٢). ففي حالتنا هذه، فإن الحائز لا يطلب سوى تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالحيازة والتي تقضي بحمايته باعتباره حسن النية، أما بالنسبة للمالك الأصلي فإنه لا يستطيع طلب الاسترداد وفقاً للشروط التي وضعها القانون، والقول بغير ذلك معناه تشجيع المالك على استرداد منقوله بطريقة غير تلك التي رسمها القانون. كما أنها تتضمن تقييلاً من حماية القانون للحائز حسن النية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن حيازة المالك الأصلي تعتبر مفقودة من لحظة قيام حيازة شخص آخر حسن النية متوافرة الأركان والشروط. في حين أن حيازة المالك الأصلي تعتبر قائمة إذا كان المنقول موجوداً في حيازة السارق ذاته^(٣). إن هذا الفرق يترتب عليه تأكيد مما أسلفنا قوله من أن الحائز الأخير حسن

Carbonnier, op. cit., p. 281, N. 79.

(١) انظر

Muller, op. Cit., p. 709, N.

(٢) انظر

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، صفحة ٢١٢، رقم ٢٠٣.

النية يستطيع أن يسترد حيازته من المالك الأصلي لانتهاء حيازة هذا الأخير بينما لا يستطيع ذلك لو كان الحائز الأخير سيء النية.

ج - كما أن تسليم الحائز حسن النية للمنقول المسروق إلى الشرطة يمكن تأويله على أساس انتقال الحيازة بصفة عرضية مع بقاء نيته بالاحتفاظ به. فكثيراً ما يتم تسليم المنقول من باب الاحتفاظ به أو التحفظ عليه من قبل الشرطة وهو في هذه الحالة يأخذ حكم الوديعة. ولاريب أن حيازة المودع لديه هي حيازة عرضية حيث إن المودع يتنازل عن السيطرة المادية على الشيء مع بقاء الاحتفاظ بملكه.

مما سبق يمكن القول بجواز اعتبار حيازة الشرطة للمنقول من قبل الحيازة العرضية والتي تتطلبها كثيراً إجراءات التحقيق الجنائي.

وعليه فإنه يجب على المحقق عند انتهاء التحقيق إرجاع المنقول إلى الحائز حسن النية، ولايجوز تسليم المنقول للمشتكي (المالك الأصلي)، وإلا فإنه يُعرض نفسه للمساءلة القانونية ولايكون عندها للحائز طريقة لاسترجاع حيازته إلا باللجوء إلى القضاء المدني^(١).

د - وقد يتبادر إلى الذهن إمكانية قياس حكم تسليم الحائز حسن النية للمنقول المسروق على حكم المادة ٣٢٢ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على:

- ١ - ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد الحابس.
- ٢ - ومع ذلك يجوز للحابس إذا خرج الشيء من يده دون علمه أو رغم معارضته، أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه.

فما هو مقرر في القانون الكويتي هو انقضاء الحق في الحبس بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس كقاعدة عامة، ويستثنى من ذلك حالة خروجه من حيازة الحابس بدون علمه أو برغم معارضته. وهو الحكم ذاته الذي تبناه القانوني

Muller, op. cit., p. 708, N. 19.

(١)

الفرنسي^(١)، ولو لم تتوافر نية التنازل عن هذا الحق^(٢).

والحقيقة أنه يصعب قبول قياس تسليم الحائز حسن النية للمنقول المسروق على حكم المادة ٣٢٢ من القانون الكويتي من عدة وجوه:

أولاً: إن الحيازة سبب من أسباب كسب الملكية وفي حالتنا التي نحن بصدد دراستها، تعتبر الحيازة دليلاً على الملكية أو سنداً لها، في حين أن الحق في الحبس ضماناً قررها القانون لتدعيم موقف الدائن في استيفاء حقه، وشتان بين الأمرين.

ثانياً: أن الحق في الحبس هو استثناء على القواعد المقررة في الضمان العام لحق الدائنين. لأنه تقنين لاقتضاء الدائن لحقه نفسه في الوقت الذي يتجه فيه المجتمع المتمدن إلى تحريم هذا الأمر، «Nul ne Peut se faire Justice á Soi-même» وعليه فإنه لا يجوز القياس على الأحكام المقررة بشأن الحق في الحبس.

ثالثاً: إن الحائز حسن النية الذي قام بتسليم المنقول المسروق إلى الشرطة تلقى حقه بناءً على تصرف قانوني صحيح يستوجب حمايته منطقاً وعدالةً في حين أن الحابس يمارس حقه نتيجة حالة واقعية أضفى القانون عليها صفة القانونية كوسيلة للضغط على المدين.

من كل ما سبق يمكننا التقرير بأن القياس الذي نحن بصده قياس باطل لا يمكن التعويل عليه.

هـ - يضاف إلى ما سبق ذكره، أن المحقق لا يملك إصدار أمر للحائز بتسليم المنقول المسروق إلى المجني عليه طالما كان الحائز حسن النية. وبالتالي

Com. 23 Juin 1964, Bull. Civ., N. 235.

(١) انظر

(٢) للمزيد من التفصيل في أحكام الحق في الحبس، انظر Christian SCAPEL, Le droit de rétention en droit positif. R.T.D. 1981, p. 540 et S.

فإنه يستطيع أن يرفض التسليم أو أن يلجأ إلى القضاء المدني لاقتضاء حقه إذا تم نزع حيازته بالقوة^(١). ولا يمكن تأويل هذا التصرف على أنه تنازل عن الحيازة، فلا يستطيع الحائز أن يعصي أوامر السلطة العامة.

نخلص مما سبق عرضه، أن الحائز لا يفقد حيازته للمنقول المسروق الذي قام بتسليمه للشرطة سواء بناء على أمر من السلطة العامة أو غلطا منه طالما لم تتوافر نية التنازل عن الحيازة. إلا أن إهمال الحائز في استرداد حيازته من المالك الأصلي يتيح للقاضي المدني أن يفسره على أنه تنازل عن الحيازة ما لم يثبت عكس ذلك.

الفرع الثاني: أن يكون حسن النية:

إن حسن نية الحائز أمر مفترض^(٢). وأحكام المحاكم مطردة في هذا الاتجاه^(٣). ويجوز للمالك أن يثبت سوء نية الحائز^(٤). فإذا استطاع ذلك، حرم الحائز من الحماية القانونية المقررة في قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» مما يعطي المالك الأصلي الحق في الاسترداد وفقاً للقواعد العامة ولا يتم التقييد بمدة الاسترداد المقررة في حكم المادة ٩٢٩ مدني كويتي وما شابهها.

ولا توجد حاجة لإثبات علم الحائز الدقيق بأنه يتعامل مع شخص غير المالك للمنقول، وإنما يكفي إثبات مجموعة من الظروف التي تقرر وجود شبه في امتلاك المتصرف للمنقول^(٥).

وتجدر الإشارة إلى أن حسن نية الحائز يتم تقديره لحظة دخول المنقول في حيازته، أما إذا علم بعدم تملك الشخص المتصرف بالمنقول بعد ذلك، فلا أثر لهذا

(١) Muller, op. cit., p. 708, N. 18.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، صفحة ٢١٩، رقم ٢٥٦

Carbonnier, op. cit., p. 280, N. 79

(٣) Req. 25 Mars 1901, D. 07, 1,342.

(٤) السنهوري، مرجع سابق، صفحة ١١٦٥، رقم ٤٥٨؛ الأهواني، مرجع سابق، صفحة ٤٩٦، رقم ٤٠٣.

(٥) Civ. 16 Juin 1971, D. 71, 566.

العلم على حسن نيته^(١).

فإذا ما تحقق شرط حسن النية في الحائز، فإنه لا يمكن استرداد المنقول المعنوي أو المسروق إلا وفقاً للشروط المقررة في المادة ٩٢٩ من القانون المدني الكويتي، حتى وإن تلقى الحائز حقه ممن سرقه مباشرة أو ممن عثر عليه^(٢).

المطلب الثالث: شروط المالك أو صاحب الحق العيني

نظراً لخطورة دعوى الاسترداد المقررة بموجب المادة ٩٣٩ مدني كويتي على استقرار المعاملات فإن القانون قيد ممارسة هذه الدعوى بشروطين إضافيين خاصين بمن له الحق في الاسترداد. إذ يجب عليه أولاً أن يثبت تمتعه بحق عيني على المنقول وثانياً أن يمارس الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ الفقد أو السرقة.

الفرع الأول: إثبات حقه السابق

من المقرر فقهاً^(٣) وقضاءً^(٤) أن المالك لا يستطيع أن يسترد منقوله المسروق أو المفقود إلا إذا أثبت حقه في الملكية في تاريخ سابق على ملكية الحائز الأخير. وله في ذلك أن يستعمل جميع طرق الإثبات من شهادة الشهود والقرائن وغيرها^(٥).

ويكفيه أن يثبت حيازته السابقة للمنقول، فإذا ما تبين تحقق شروط الحيازة في المنقول باعتبارها سبباً للملكية من حسن النية والسند الصحيح، وجب تمكنه من استرداد المنقول المسروق أو المفقود إذا تحققت الشروط الأخرى. إلا أن القضاء يتشدد في بعض الأحيان، إذ يشترط أن يصف المالك المنقول كما هو وإلا ترفض

Civ. 27 Oct. 1975, D. 1976, I.R.II.

(١)

(٢) السنهوري، مرجع سابق، صفحة ١١٦٤، رقم ٤٥٨.

(٣) Weill, op. cit., p. 371, N. 427; Aubry, op. cit., p. 151, N. 183; Bouloc, op. cit., N. 177; Cuillieron, op. cit., p. 515.

(٤) Civ 3e, 1er Juin 1977, R.T.D. Civil 1978, 161, obs. Giverdon; Civ. 21 Mai 1951, D. 1951, 507.

PARIS, 18 Aout 1851, S., 51, 2, 475.

(٥)

دعوى الاسترداد^(١) ولا شك أن مثل هذا الشرط يخلق عتاً شديداً بالنسبة للمالكين خاصة إذا ما تبين أن المنقول يتشابه مع أشياء أخرى ويصعب تمييزه كما هو الحال بالنسبة لأوراق النقد^(٢).

المهم أن تكون حيازته تستند إلى سند صحيح بالإضافة إلى حسن النية، فإذا ما تبين أن الحيازة تستند إلى سند معيب فإنه يصعب قبول الاسترداد^(٣). وكذا لو استندت الحيازة على الإكراه أو الغصب.

ويجب التنويه إلى أن إثبات حيازة المنقول بوساطة السندات ليس لها نفس القوة بالنسبة للعقارات. فيمكن الاستفادة منها كقرائن بسيطة يمكن إثبات عكسها. فقد حكم بأن حيازة شهادة لوحة فنية موسومة باسم المشتري لا تؤدي إلى اعتبار هذا الأخير حائزاً للوحة^(٤). كما حكم بأن حيازة شهادة ملكية سيارة لا يعتبر دليلاً على حيازتها أو ملكيتها^(٥).

ولا شك أن هذا القضاء يلقي قبولاً لتوجيه المنطق القانوني السليم إذ كثيراً ما يحتفظ الباعة بسندات المنقولات ولا يقومون بتسليمها للمشتري وتارة ماتكون ضائعة ويتم اكتشافها في وقت لاحق على التصرف القانوني وتبقى في حيازة البائع. يضاف إلى ما سبق أن القاعدة القانونية تقرر أن الحيازة في المنقول سند الملكية أي دليل على الملكية في حين أن سند المنقول لا يعتبر دليلاً على الحيازة. ولاشك أن الحيازة المادية للمنقول أقوى في الإثبات من تقديم الأوراق الخاصة بالمنقول والموسومة باسم معين.

Grenoble, 20 Juillet 1949, D. 1952, 551, note Gervésie.

(١)

Req. 25 Nov. 1929, D. H., 1930, 3;

(٢)

Tib. Civ. Besançon, 25 Avril 1955, D. 1956. Somm 60.

Civ., 13 Nov. 1962, Bull. Civ. 1, N. 748

(٣)

Lyon. 15 Avril 1975. J.C.D. 1975, IV, 279.

Civ., 1er, 14 déc. 1971, J.C.P. 1972. 17102, obs. Goubeaux.

(٤)

Montpellier, 16 Mars 1954, Gaz. Pal. 1954. 1,409;

(٥)

Civ. 1er, 11 Juillet 1960, D. 1960, 702, note Voirin.

ونغتني هذه الفرصة للتأكيد على أن حق الاسترداد ليس مقصوراً على المالك، إذ أن كل شخص مقرر له حق عيني على المنقول كالمرتهن رهناً حيازياً وصاحب حق الانتفاع لهم الحق في الاسترداد. وكذلك كل من يحوز المنقول حيازة عرضية كالمودع لديه أو المستأجر أو غيرهما^(١). وقد أكد القضاء هذا الأمر في الكثير من أحكامه^(٢).

الفرع الثالث: رفع دعوى الاسترداد قبل مرور ثلاث سنوات

أولاً: بداية المدة:

إمعاناً في ضرورات استقرار المعاملات فإن القانون قيد ممارسة دعوى الاسترداد بمدة معينة هي ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الفقد، وليس من تاريخ العلم بحصولها أو من تاريخ حيازة الغير للمنقول^(٣).

وعليه إذا أهمل المالك في ممارسة دعوى الاسترداد خلال هذه المدة، فإنه يسقط حقه في الاسترداد ولايجوز التعويل على أي سبب لزيادة هذه المدة ولا أهمية لمدة حيازة الحائز، فيجوز للحائز حسن النية الأخير أن يتمسك بسقوط دعوى الاسترداد ولو كانت مدة حيازته لم تتجاوز إلا عدة أيام. إذ أن المدة مقررّة

(١) السنهوري، مرجع سابق، صفحة ١١٦٠، رم ٤٥٤؛ الأهواني، صفحة ٢١٦.

(٢) Civ. 5 Janv. 1872, D.P. 72., 1, 161;

Civ. 28 Mars 1883, D.P. 88, 1, 253;

PARIS, 22 déc. 1911, D.P. 1913, 2, 221;

Chambéry, 19 Nov. 1924. D.H., 1925. 13.

Aix, 19 déc. 1950, J.C.P. 1951, II, 6491, note M. - J. Pierrard.

(٣) الأهواني، مرجع سابق، صفحة ٤٩٤، رقم ٤٠٣؛ أبو الليل، مرجع سابق، صفحة ٢٢٠، رقم ٢٦١؛ السنهوري، مرجع سابق، صفحة ١١٦٤، رقم ٤٥٧؛

Planiol et Ripert, op. cit., p. 392, N. 393;

Aubry et Rau, op. cit., p. 154, N.183;

H. De Page et R. Dekkers, op. Cit, p. 950, N. 1076

لممارسة دعوى الاسترداد وليس لاكتساب المنقول بالتقادم من قبل الحائز.

وقد حكم بأن تقديم شكوى سرقة خلال مدة ثلاث سنوات، لا يكفي لممارسة حق الاسترداد^(١).

ثانيا: طبيعة المدة:

ويثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لمدة ثلاث السنوات، هل هي مدة تقادم أم مدة سقوط؟ وإذا كانت مدة تقادم هل هو تقادم مسقط أم تقادم مكسب!

بادئ ذي بدء، يجب التأكيد على أنه يصعب القول بأن هذه المدة مدة تقادم مكسب، إذ أن الحائز حسن النية يصبح مالكا بتوافر شرطي السبب الصحيح وحسن النية فقط. ويفرض أنه يوجد شرط مدة فإنه يرد على ذلك بالقول بأن مدة ثلاث السنوات تبدأ من تاريخ الفقد أو السرقة وليس من تاريخ حيازة المنقول^(٢).

إذن هل يمكن اعتبارها مدة تقادم مسقط؟ بمعنى أن حق المالك في الاسترداد يتقادم بمرور ثلاث سنوات؟ والحقيقة أنه يصعب قبول هذه الفكرة، إذ أن التقادم ممكن أن يرد عليه مدد انقطاع أو وقف مما يزيد من مدة ثلاث السنوات وهو ما يتناقض مع فكرة تقييد حق المالك في الاسترداد بما يمثله من خروج على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبما يمثله من زعرة للاستقرار التجاري^(٣).

من هذا المنطلق فإن الفقه مجمع على أن المدة المقررة في هذا الأمر هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، بمعنى أن مرور ثلاث سنوات من تاريخ الفقد أو السرقة دون ممارسة لدعوى الاسترداد يكفي لسقوط حق المالك^(٤).

(١) Bordeaux, 22 Janv. 1974, D. 1974, 542, note Rodière.

(٢) السهوري، مرجع سابق، رقم ٤٥٨، صفحة ١١٦٤.

(٣) السهوري، مرجع سابق، رقم ٤٥٨، صفحة ١١٦٥.

(٤) Weill, op. cit., N. 427, p. 371.

ثالثاً: نقد المدة:

ما هي الحكمة من تقرير مدة ثلاث سنوات لممارسة حق الاسترداد؟ لا يوجد جواب شافٍ لهذا السؤال، إلا أنه بالرجوع للأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي نجد، أنه تقليد لما هو مقرر في مدونة جستنيان، حيث إن القانون الروماني يقرر المدة نفسها^(١).

ونعتقد أن هذه المدة قصيرة جداً ولا تعطي أي حماية للمالك الأصلي خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن الفقهاء كيفوها على أنها مدة سقوط وليست مدة تقادم مما يعني عدم سريان حالات الوقف أو الانقطاع، يضاف إلى ذلك أن المدة تسري من تاريخ الفقد أو السرقة وليس من تاريخ العلم بهما، كل هذه الاعتبارات تجعلنا نطالب بتعديل نص المادة ٩٣٩ من القانون المدني الكويتي بحيث تصبح خمس سنوات وهو ما أخذ به القانون السويسري في مادته ٩٣٤ (فقرة ١) من مدونة القانون المدني.

(١) Abdel-Fattah Abdel-Baki, Du rôle de la possession en matière mobilière, Th. PARIS, 1943, éd. Pédone, N.152, p. 407.

المبحث الثاني: آثار الاسترداد

لمعرفة آثار استرداد المنقول المسروق أو المفقود من حائز حسن النية، فإن الأمر يقتضي دراسة العلاقة بين كل من: المالك الأصلي والحائز الحالي والحائز الأصلي.

المطلب الأول:

العلاقة بين المالك الأصلي والحائز الحالي

الفرع الأول: القاعدة العامة

إذا ما تحققت الشروط المقررة في المادة ١/٩٣٩ مدني كويت فإنه يثبت للمالك الحق في ممارسة خيار الاسترداد المقرر لمصلحته^(١). وهو غير ملزم، كقاعدة عامة، بدفع أي مبلغ من المال نظير استرداده لمنقوله المسروق أو المفقود^(٢).

ولكن ماهو الحكم إذا هلك المنقول قبل استرداد المالك الأصلي له؟ يرى البعض أنه يجوز له أن يطالب الحائز الحالي بدفع تعويض^(٣). بيد أن الاتجاه الغالب في الفقه هو عدم إعطاء المالك الحقيقي الحق في الرجوع على الحائز الحالي بضمن المنقول الهالك، وهو ما يتفق مع المنطق السليم ومع قواعد العدالة، إذ أن الفرض الذي نحن بصدد دراسته هو كون الحائز الحالي «حسن النية»، وهو ما يتناقض مع مطالبته بضمن المنقول الذي بحيازته والذي تلقاه من حائز آخر مقابل مبلغ من المال مع عدم علمه بعدم ملكيته لهذا المنقول^(٤).

(١) ذهب بعض الفقه إلى القول بتعطيل أثر قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» بإبقاء ملكية المنقول للمالك الأصلي وعدم انتقالها للحائز حسن النية، انظر الأهواني، مرجع سابق، صفحة ٤٩٦؛ أبو الليل؛ مرجع سابق، رقم ٢٦٢، صفحة ٢٦١؛ ونحن لا نشاطر هذا الفقه رأيه معتقدين بأن الملكية تنتقل إلى الحائز حسن النية وأن الاسترداد المقرر لمصلحة المالك على خلاف الأصل هو خيار كسائر الخيارات المقررة لحماية مصالح معينة، انظر الفصل الثاني من هذه الدراسة.

Aubry et Rou, op. cit., N.183, p.151.

(٢)

(٣) ياسين، مرجع سابق، صفحة ٣٢٠.

Muller, op. cit., p. 710, N.21 bis.

(٤)

ولا يجوز في هذا الصدد التمييز بين هلاك المنقول بسبب الحائز الحالي أو بسبب أجنبي كما نادى بذلك بعض الفقهاء^(١)، حيث قرروا حق المالك الأصلي بالرجوع على الحائز الحالي في حال كون الهلاك تم بسببه.

ونعتقد أن مثل هذا التمييز لا يستند إلى أساس قانوني سليم، إذ أن حسن نية الحائز الحالي كافية لدرء أي مطالبة قانونية ناشئة عن هلاك المنقول. وإذا كان القانون لا يقرر مثل هذا الرجوع في فرض سوء حالة العقار بسبب إهمال الحائز الحالي حسن النية فكيف يمكن قبول مثل هذا الأمر في حالة هلاك المنقول.

ويبقى أخيراً، أن نقرر أن حق الاسترداد لا يقتصر على المالك الأصلي وإنما يتعداه إلى أشخاص آخرين. فأولاً يجوز للدائن المرتهن رهناً حيازياً أن يباشر الاسترداد. وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٠٤٣ من القانون المدني الكويتي والتي تنص: انه إذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداده وفقاً لأحكام الحيازة^(٢).

وقد كان القضاء الفرنسي يرفض إعطاء الدائن الحائز الحق في الاسترداد باعتبار أن المادة ٢٢٨٠ من القانون المدني الفرنسي تقصره على المالك^(٣). ولاشك أن هذا القضاء يعتبر منتقداً من حيث إن الحيازة في المنقولات تحكمها المادة ٢٢٧٩ فقرة ١ من القانون المدني. وحيث إن الدائن الحائز يتمتع بحمايتها فلا يعقل حرمانه من الحق في الاسترداد المقرر في المادة ٢٢٨٠. ذلك أن المادتين تكمل إحداها الأخرى^(٤).

(١) مرجع سابق.

(٢) الأهواني، مرجع سابق، صفحة ٤٩٦، رقم ٤٠٤.

PARIS, 2 Aout 1856, S. 57., 2, 177;

Paris, 10 Aout 1894, S. 1894, 1, 481;

Civ. 11 Mai 1898, S. 98, 1, 481, note Tissier.

Planiol et Ripent, op. cit., N.395, p. 394.

(٤)

وكقاعدة عامة فإن كل شخص يحوز المنقول نيابة عن المالك كالمودع لديه أو المستأجر أو الوكيل يجوز له أن يطلب استرداد المنقول المسروق أو المفقود من الحائز حسن النية. وإذا كان النص الفرنسي الحاكم لمسألة الاسترداد لا يعطي مثل هذا الحق، عند قراءته لأول وهلة، فإن نص المادة ١/٩٣٩ من القانون المدني الكويتي لا يترك أي لبس في هذا الأمر إذ لم تقصر هذه المادة حق الاسترداد على المالك المنقول وإنما أقرته «لصاحب الحق عليه».

وهذا يفيد أن أي شخص يتمتع بحق عيني على المنقول يستطيع استرداده. ومما لا شك فيه أن أول من يستطيع ممارسة حق الاسترداد بعد المالك هم الحائزون سواء أكانت حيازتهم أصلية أم عرضية.

فمن يحوز المنقول حيازة عرضية، فإنه يحوزها نيابة عن المالك. ولا ريب أن مصلحة الحائز العرضي ومصلحة المالك على حد سواء تقضي باعطاء الأول حق الاسترداد. فالحائز العرضي يريد استرداد المنقول المسروق أو المفقود لينتفع به دون تعرض الغير. والمالك الأصلي يجد أن منقوله في حماية أكبر إذا أعطى الحائز العرضي حق الاسترداد من حيث إنه قد تمر فترة طويلة من الزمن لا يتمكن من طلب الاسترداد أو من حيث إنه يركن إلى مسؤولية الحائز العرضي من رد المنقول إليه كالتزام المستأجر برد المنقول المؤجر أو التزام المودع لديه برد المنقول المودع^(١).

الفرع الثاني: الحصول على المنقول في مزاد علني أو سوق عام أو من شخص يتجر بمثله.

إذا كان القانون قد خضع لاعتبارات العدالة في مسألة إعطاء المالك حق استرداد منقوله المسروق والمفقود من حائز حسن نية خروجاً على قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية»، فإن حماية المعاملات التجارية ومقتضيات الأمن القانوني تقضيان بتقرير «استثناء على الاستثناء» والعودة إلى الحكم الأصلي القاضي بحماية

Abdel-Fattah Abdel Baki, Du rôle de la possession en matière mobilière, Th., (١) Paris, 1943, éd. Pedone, p. 149 et S.

الحائز حسن النية. فلا يجوز استرداد المنقول منه، في بعض الأحوال، إلا بدفع ثمن البيع. وهو ما نصت عليه المادة ٩٣٩/٢ - «إذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه».

ولاشك أن مثل هذا الأمر يعتبر قيداً على حق الاسترداد المقرر لمصلحة المالك الأصلي أو من ينوب عنه، وهذا القيد يمثل استثناءً يجب عدم التوسع في تفسيره أو القياس عليه حتى لا يفرغ حق الاسترداد من مضمونه وتتمتع سرقة المنقولات بحماية القانون المدني!

ويتوجب علينا في هذا المقام دراسة مسألتين:

- ١ - الأحكام القانونية الخاصة بالحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد إلا بدفع الثمن.
 - ٢ - الأحكام القانونية الخاصة بالثمن المطلوب دفعه.
- أولاً: الأحكام القانونية الخاصة بالحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد إلا بدفع ثمن المنقول.

كقاعدة عامة، فإن الحالات التي تستوجب دفع الثمن كشرط للاسترداد هي تلك التي لا توجد فيها أية شبهة على عدم ملكية البائع للمنقول^(١).

وتنحصر هذه الحالات وفقاً لتقدير واضعي القانون، في ثلاث فرضيات:

- أن يكون البائع ممن يتجر بمثل المنقول.
 - أن يتم الحصول على المنقول في مزاد علني.
 - أن يتم الحصول على المنقول في سوق عام.
- وعلى العموم فإن عبء إثبات حصول البيع في أحد هذه الظروف يقع على عاتق الحائز الحالي^(٢).

Weill, op. cit., N. 428, p. 371.

(١)

Hazebrouk, 15 Mars 1901, D.P. 1902, 2, 11.

(٢)

١ - أن يكون البائع ممن يتجر بمثل المنقول المسروق أو المفقود:

ويقصد «ممن يتجر بمثله» هو كل شخص يمتن التجارة في مثل نوع المنقول الذي اشتراه الحائز^(١). ولا يشترط في البائع أن يكون مرخصاً بالتجارة وإنما يكفي اشتغاره بالتجارة في مثل الشيء على أن يكون قد اعتاد على ممارسة ذلك في مكان مناسب وبشكل علني^(٢).

وفي المقابل فإنه لا يكفي أن يكون الحائز الحالي ممن يتجر بمثله، إذ أن القانون صرح بما لا يدع مجالاً بأن المقصود بذلك هو البائع^(٣). فالقاعدة لا تنطبق إذا كان المشتري تاجراً في منقولات مشابهة للمنقول المسروق أو المفقود. كما أنه لا يمكن الاستفادة من شرط دفع الثمن إذا تم الحصول على الشيء من خلال أحد الوسطاء التجاريين^(٤).

وقد حكم بأن البنك لا يعتبر «ممن يتجر بمثله» بالنسبة للسندات التي تصدرها البنوك^(٥). ويستثنى من ذلك سندات الخزنة العامة^(٦).

وقد تصدى القضاء لمسألة سرقة السيارات ثم بيعها للغير حسن النية.

فاعتبر أن شراء سيارة من شخص عادي في «مشرب» مع علمه بأنه لا يتجر بمثل ذلك، لا يمكن تكييفه قانوناً على أنه تم الشراء «ممن يتجر بمثله»^(٧). في حين أنه اعتبر الشخص الذي يتجر بالسيارات ثم شطب اسمه من السجل التجاري، ولكنه

(١) الأهواني، مرجع سابق، صفحة ٤٩٩، رقم ٤٠٥.

(٢) ياسين، مرجع سابق، صفحة ٣٢٥.

(٣) Trib. de Clermont-Ferrand, 16 nov. 1881, sous cass, 20 Juin 1882, Siney, 1884, I, 127.

(٤) Trib. de la Seine, 16 Juin 1931, Siney, 1932, 2, 128. Crim. 31 Mars 1978, R.T.D. Civil 1979, p. 627, obs. Girerdon.

(٥) PARIS, 15 Janv. 1885, D. 86, 2, 216.

(٦) PARIS, 8 Nov. 1946, J.C.P. 1946, 3358.

(٧) Lyon, 8 Juin 1989, D. 1990, Sommaires Commentés, p. 86.

يظل يمارس المهنة مع احتفاظه بختم دُون فيه «بيع وشراء سيارات مستعملة»، من الذين ينطبق عليهم وصف «من يتجر بمثله»^(١).

ويبدو أن القضاء قد عول في الحكم الأخير على «نظرية الظاهر» وعلى مبدأ «حسن النية». فالظروف التي تمت فيها الصفقة لاتوحي لا من قريب أو من بعيد بعدم حق البائع في ممارسة الاتجار بالسيارات.

يبقى لنا تساؤل خطير يتعلق بالأسواق الشعبية التي تعقد مرة في الأسبوع والتي تمارس في أماكن عامة والتي يمكن أن يعطي «سوق الجمعة في الكويت» كمثال لها، فرواد هذه الأسواق يشترون الكثير من المنقولات دون التأكد من ملكية البائع لها، إذ أن طبيعة السوق والإمكانيات الموجودة فيه لاتسمح بمثل ذلك، فهل يمكن استغلال مثل هذه الأسواق لبيع المنقولات المسروقة وترويجها للجمهور تحت غطاء أن البائع يعتبر «ممن يتجر بمثله»؟

نعتقد أنه يجب التشدد في اعتبار تجار هذه الأسواق «ممن يتجر بمثله»، وإلا سيكون هناك تشجيع غير مباشر لسرقة المنقولات تحت مظلة القانون المدني. فهذه الأسواق بطبيعتها لا يوجد فيها عامل الاستقرار لا من حيث التجار الذين يبيعون فيها ولا من حيث البضائع التي يتم بيعها. فالأمر يقتضي الحذر.

مما سبق نخلص بأن القضاء تشدد كثيرا في مسألة اعتبار البائع «ممن يتجر بمثله» وذلك حتى لا يتم التوسع في اشتراط دفع الثمن وبالتالي المصادرة على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

٢ - أن يتم الحصول على المنقول في مزاد علني:

إن مراجعة ملفات القضاء تخبرنا بندرة الأحوال التي يتم فيها استرداد منقول مسروق تم شراؤه في مزاد علني. وعادة ما تكون الأشياء المطلوب استردادها أشياء ضائعة يتم بيعها من قبل الجهة الحكومية المختصة^(٢)، ولا أهمية لنوع المزاد فيما

Civ. 1er, 22 nov. 1988, D. 1990, Sommaires Commentés, p. 86.

(١)

Civ. 23 Oct. 1957, 745

(٢)

إذا كان إجبارياً أو اختيارياً^(١). ويستوي أيضاً أن يكون قضائياً أو إدارياً^(٢).

٢ - أن يتم الحصول على المنقول في سوق عام:

ويقصد بالسوق المكان الذي يلتقي فيه مجموعة من البائعين مع المشترين بصفة دورية أو دائمة دون الحاجة إلى أن يكون البائعون تجاراً أو يمارسون صفتهم من خلال دكان^(٣). المهم أن يتم بيع السلع علناً.

ومن حيث المبدأ، كل من يشتري منقولاً من سوق عام يستحق ثمن المنقول عن استرداد المالك الأصلي للمنقول^(٤). أما من اشترى منقولاً في بيته^(٥) أو في مكتبه^(٦) فلا يعتبر أنه اشترى منقولاً من سوق عام.

ومن جهة أخرى فإن شراء منقولات من بنك أو من مكتب صرف عملات، يعتبر سوقاً عاماً لأنه مفتوح للجمهور^(٧)، ولا يقتضي الأمر أن يتم تسليم المبيع في السوق، وإنما يكفي إبرام العقد فيه.

وقد حكم بأن شراء منقول إثر نشر عرض عام للشراء في مجلة متخصصة لا يعتبر شراء من سوق عام^(٨).

ولاشك أن هذا النص منتقد، إذ أن القانون الروماني قرر حماية التجارة في أسواق تجارية منتظمة وثابتة، أما اليوم وبعد ازدهار ما يسمى «بالأسواق الشعبية»، فإن النص يقتضي

(١) ياسين، مرجع سابق، صفحة ٣٢٦.

(٢) السنهوري، مرجع سابق، صفحة ١١٦٨، رقم ٤٥٨.

(٣) الأهواني، مرجع سابق، صفحة ٤٩٨، رقم ٤٠٥.

(٤) Poitiers, 9 Mai 1944, D.A. 1944, 101;

Pau, 28 Janv. 1948, J.C.P. 1949, II, 4758.

Civ. 2 Fév. 1965, D.P. 1965, 371 (٥)

Req. 21 Avril 1877, S. 78, 1, 407 (٦)

PARIS. 19 Fév. 1875, S. 77, 2, 170 (٧)

PARIS, 26 Mai 1971, Revue des Assurances temestres, 1972, 413 (٨)

تعديل النص بما يتلاءم مع حماية المعاملات التجارية والملاك الأصليين على حد سواء.

والحقيقة أنه يصعب عدم تكييف «الأسواق الشعبية»، كسوق يوم الجمعة في الكويت، بأنها أسواق غير عامة فهي أسواق منتظمة ودورية حيث يلتقي فيها المستهلكون مع البائعين ويتم البيع علناً، المشكلة الوحيدة الموجودة في السوق هو أن البائعين لا يمارسون البيع في هذه الأسواق بشكل منتظم وربما يبيع أحدهم للمرة واحدة ولا يعود بعدها للسوق.

إن هذه المسألة تستوجب من المشتري أن يكون حذراً لطبيعة هذه الأسواق الخاصة وعلى العموم فإننا نؤكد من جديد، صعوبة عدم اعتبارها أسواقاً عامة.

ويذهب القانون الانكليزي في اتجاه معاكس. إذ يقرر عدم امكانية استرداد المنقولات المسروقة في جميع الأحوال طالما تم بيعها في سوق مفتوح "Market ouvert" بشرط أن يكون المشتري حسن النية، ولا يجوز الاسترداد إلا في حالة إدانة السارق جنائياً^(١).

ويقصد بالسوق المفتوح وفقاً للقانون الانكليزي المكان الذي يتم البيع فيه على مرأى الجمهور وأن يتم البيع خلال ساعات العمل المعتادة^(٢).

(١) ينص قانون البيع الانكليزي لعام ١٨٩٣ علي:

S. 22(1): (Whene goods are sold in market overt, according to the usage of the market, the bruyer acquiers a good title to the goods, provided he bruys then in good faith and without notice of any defect or want of title on the pant of the seller.)

S. 24(1): (Whene goods have been stolen and the offender is prosecuted to conviction, the property in the goods so stolen nevets in the person who was the owner of the goods, or his personal representative, not with standing any intermediate dealing with them, wether by sale in market or otherwise).

S. 24(2): (Notuithstanding any enactment to the contrary where goods have been obtained by fraud or other wyongful means not amounting to larceny, the property in such sentalive. by reason only of the conviction of the offender).

E.R. Hardy IVAMY, Casebook on Sale of Goods, London 1966, p.p. 68, 69. (٢)

ثانياً: الأحكام القانونية الخاصة بالثمن المطلوب دفعه

١ - مشتملات الثمن واستحقاقه:

ويقصد بالثمن هو المبلغ الذي دفعه الحائز الأخير لشراء المنقول^(١). يضاف إلى ذلك المصروفات الضرورية وفقاً للقواعد العامة. ولا أهمية للثمن الحقيقي للمنقول فيما إذا كان أكبر أو أصغر من ذلك.

ويتجه القضاء الفرنسي إلى عدم إمكان طلب الثمن إلا في حالة محافظة الحائز على المنقول في حياته وممارسته عليه حق الحبس. أما إذا سلم المنقول إلى المالك الأصلي دون ممارسة حق الحبس فلا يستطيع طلب رد الثمن^(٢).

ولاشك في أن هذا الاتجاه غير سليم من حيث إنه لا يتصور زوال الدين لمجرد زوال الضمانة. فإذا كان الحائز الأصلي يستطيع أن يحبس المنقول وفقاً للقواعد المقررة إلى حين الوفاء بالثمن من قبل المالك، فإن التخلي عن هذه الضمانة لا يمكن أن يفسر على أنه تنازل عن الدين، وإن كان يتضمن تنازلاً عن الحق في الحبس.

٢ - التكييف القانوني للوفاء بالثمن:

ومما يستوجب الدراسة بحث التكييف القانوني للثمن الواجب دفعه كشرط للاسترداد. وهذا الأمر يقتضي معرفة إذا ما كان المالك الأصلي مازال مالكا للمنقول أم فقد ملكيته نتيجة إعمال قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية.

(١) السهوري، مرجع سابق، صفحة ١١٦٩، رقم ٤٥٨.

(٢) PARIS, 7 Fév. 1950. 3 Janv. 1951, 456, note Lalou;

حيث تم تسليم المنقول بناءً على حكم جنائي.

Civ., 1er Sect., Civ., 22 Fév. 1956, D. 1956, 286

حيث تم تسليم المنقول بناءً على أمر سلطات الشرطة

PARIS, 27 Janv. 1981, D. 1981, I.R., 510, obs. A. Robert

ففي الاتجاه الذي يأخذ بأن المالك الأصلي مازال مالكا للمنقول فإن الثمن يعتبر وسيلة لتعويض الحائز الحالي الذي يتمتع بحق حبس المنقول. ومما لا شك فيه أن هذا الأمر يمثل وسيلة استثنائية لحماية الحائز الحالي.

أما في الاتجاه الذي يرى بأن المالك الأصلي فقد ملكيته للمنقول كأثر لتطبيق قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية»، فإن الثمن يعتبر التزاماً على المالك الأصلي في مواجهة الحائز الحالي الذي يملك المنقول في لحظة حيازته^(١).

ونعتقد أن الاتجاه الأخير في هذا الأمر هو الأقرب للصواب من حيث إن حائز المنقول يعتبر مالكا له من لحظة بدء الحيازة إذا كان حسن النية وبسبب سند صحيح. ولا يتصور أن الثمن مجرد التزام شخصي يقع على عاتق المالك تجاه الحائز الأصلي. إذ أن الأخير لا يستطيع أن يطالبه قضاءً بتنفيذ هذا الالتزام.

٣ - نقد اشتراط دفع الثمن لاسترداد المنقول المسروق أو المفقود:

إن إلزام المالك برد الثمن يقلل من أهمية حق الاسترداد. فواقع الحال سيضطره إلى عدم استعمال حقه في الاسترداد إلا في إحدى حالتين: - كون المنقول ذا أهمية تاريخية بالنسبة للعائلة مما يستحق تحمل مثل هذه التضحية أو كون ثمن المنقول الحقيقي أكبر من الثمن الذي دفعه الحائز الحالي^(٢).

إن احتمال استرجاع الثمن الذي دفعه المالك ضئيل جدا. حيث لا يجوز له الرجوع إلا على السارق أو الحائز سيء النية وهو ما يندر التوصل إليه. وإن تم ذلك، فعادة ما يكون غير ملىء. أما الحائزون حسنو النية فلا يمكن الرجوع عليهم بأي حال من الأحوال لتمتعهم بحماية القانون.

يضاف إلى ما سبق ذكره، أن حماية استقرار المعاملات قد لا يتحقق حتى مع فرض مثل هذا الالتزام. ذلك أن الحائز الأصلي الذي تلقى حقه في أحد الظروف

F. Guison, op. cit., p. 133.

(١)

Weill, op. cit., N. 428, p. 372

(٢)

التي يشترط فيها دفع الثمن لاسترداد المنقول، يمكن أن يطالب من قبل الحائز الحالي بثمان المنقول إذا لم تتوافر فيه إحدى حالات القانون وفقاً لضمان التعرض وضمان الاستحقاق. وهذا أمر بدهي، فحيث لا يستطيع الرجوع على المالك الأصلي فإنه سيرجع على الحائز الأصلي. وهذا بلا شك، يتناقض مع هدف المحافظة على استقرار المعاملات. مما يعني أنه لا يمكن تحقيق هذا الهدف في جميع الأحوال. وتجدر الإشارة إلى أن في مثل هذه الفرضية، فإن الحائز الأصلي لا يستطيع أن يرجع على المالك الأصلي إذ أن النص القانوني يقصر حق المطالبة بدفع ثمن المنقول على الحائز الأخير الذي يسترد منه المنقول.

إن سبب وجود مثل هذا الإلزام لم يبق كما كان عليه الحال في العصور الوسطى حيث إن الأفراد يشترون حوائجهم من أشخاص لا يعرفونهم. أما اليوم فإن أغلب المنقولات يتم شراؤها من تجار معروفين أو مراكز تجارية معروفة.

وعليه فإن من يشتري من باعة متجولين أو ما شابههم يجب أن يتحمل جميع المخاطر الناتجة عن عدم ملكيتهم للمنقولات.

وأخيراً نذكر بأن مثل هذا النظام يضع عبء تحمل ثمن المنقول بشكل نهائي على أحد شخصين: إما المالك الأصلي أو الحائز الأخير. في حين أن التاجر الذي قام ببيع المنقول لا يتحمل أية خسارة، وهذا مما لا يمكن تصوره. إن مقتضيات العدالة والمنطق السليم تقضي بأن يتحمل التجار سواء في أماكن عامة أو ممن ينطبق عليهم وصف «ممن يتجر بمثله» الخسارة الناجمة عن التصرفات القانونية التي يكون محلها منقولات مسروقة على أساس تقصيرهم في التأكد من ملكيتها ثم على أساس الغنم بالغرم، فمن يستفيد من هذه الأسواق وخدماتها ويجني الأرباح الطائلة من ورائها عليه أن يتحمل الأعباء الناتجة عنها.

المطلب الثاني: العلاقة بين المالك الأصلي والحائز الأصلي

إذا كان المالك لا يستطيع الرجوع على الحائز الحالي فهو يستطيع أن يرجع على السارق أو واجد المنقول أو أي حائز سيء النية سبق في الحيازة وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن المشكلة تتمثل في صعوبة الوصول إلى هؤلاء، وحتى عند إمكان الوصول إليهم فكثيراً ما يكونون غير قادرين على سداد ما قام المالك بدفعه من ثمن إلى الحائز الحالي^(١).

وهنا لا يبقى أمامنا إلا التساؤل عن إمكانية رجوع المالك على أحد الحائزين حسني النية أو جميعهم. فإذا كان الحائز الحالي تلقى حقه من حائز حسن النية في إحدى الحالات التي ذكرناها سابقاً والتي تستلزم دفع ثمن المنقول، فهل يستطيع المالك أن يرجع على الحائز السابق حسن النية؟

قد يبدو لأول وهلة أنه يمكن الاستعانة بنظرية الحلول القانوني. فبدفع ثمن المنقول يكون المالك قد حل محل الحائز الحالي في مواجهة الحائز السابق له وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الضمان وعلى رأسها ضمان الاستحقاق. إلا أن الدراسة الفاحصة، تبين لنا أن شروط الحلول الشخصي غير متوافرة.

فالحلول القانوني يفترض أن يكون أحد الأشخاص ملزماً مع المدين أو عنه بالوفاء بالدين وهو ما لا يتوافر في فرضنا. إذ أن المالك غير ملزم لا مع الحائز الحالي أو عنه في دفع ثمن المبيع^(٢).

يضاف إلى ذلك، أن المالك غير ملزم باسترداد المنقول المسروق أو المفقود وبالتالي غير ملزم بدفع ثمنه. إذ أن المسألة لا تتعدى كون القانون أعطى المالك هذا

(١) السنهوري، مرجع سابق، رقم ٤٥٧، صفحة ١١٦٦؛ الأهواني، مرجع سابق، رقم ٤٠٨، صفحة ٥٠٢.

(٢) Abdel-Fattah Abdel-Baki, op. cit., N) 173, p. 437.

الخيار. وعليه فإنه لا يمكن الحديث عن التزام قانوني.

والأهم من كل ما سبق، هو أن الحائز الحالي لا يملك أي حق ينقله للمالك. إذ أن هذا الأخير بدفعه ثمن المنقول يكون قد أسقط حق الحائز الحالي بالرجوع على الحائز الذي سبقه^(١).

إزاء ذلك، ذهب البعض إلى القول بأن المالك يستطيع الرجوع على الحائز الأصلي أو السابق والذي لم تتوفر فيه أحد الحالات المذكورة في نص المادة ٢٢٨٠ مدني فرنسي (٩٣٩ مدني كويتي) على أساس الإثراء بلا سبب^(٢). فهناك افتقار من جانب المالك حصل نتيجة دفع ثمن المنقول، وهناك إثراء حصل من جانب الحائز السابق نتيجة بيعه المنقول إلى الحائز الحالي. وحيث أن القانون أعطى المالك حق الاسترداد فهذا إقرار بعدم ملكية الحائز السابق للمنقول. إذ أن تصرفه أو بيعه للمنقول المسروق أو المفقود يعتبر من قبيل بيع ملك الغير^(٣). وعليه فإن الثمن المتحصل من هذا البيع لا يستند إلى سبب صحيح.

إن مثل هذا التصویر لا يمكن التعويل عليه. حيث ينطلق من فرضية خاطئة وهي عدم ملكية الحائز السابق للمنقول وهو ما لا يمكن قبوله. إذ أن أهم أثر لقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» هو إنتقال للملكية للحائز متى توافرت الشروط المقررة. ولذا فإنه من الصعوبة بمكان القول بأننا بصدد بيع ملك الغير.

إن الثمن الذي قبضه الحائز السابق من الحائز الحالي يجد سببه في عقد البيع الذي تم بينهما. ولذا فإن أحد أركان الإثراء بلا سبب غير موجود، مما لا يمكن معه قبول دعوى الرجوع المقامة من قبل المالك ضد الحائز السابق^(٤).

Boulloc, op. cit., N.184

(١)

Civ. 11 Juin 1877, S. 78, 1, 445.

Lyon 7 nov. 1885, D.P. 88.2.41.

Savatier P., note sous Civ. 11 fév. 1931, D.P. 1931, 1, 129.

(٢)

Abdel-Fattah Abdel-Baki, op. Cit., N.173, p. 440.

(٣)

Civ. 11 fév. 1931, précité.

(٤)

وفي المقابل فإن المالك يستطيع الرجوع على الحائز الأصلي تأسيساً على المسؤولية التقصيرية إذا وجد أي تقصير من قبله في التأكد من ملكية المنقول^(١). ومما لا يخفي على الجميع، فإن هذا الطريق محفوف بالكثير من الصعوبات، ابتداءً من إثبات خطأ الحائز الأصلي وانتهاءً بإثبات ملاءمته. وهذا يمثل طريقاً وعراً بالنسبة للمالك.

المطلب الثالث: العلاقة بين الحائز الحالي والحائز الأصلي

إذا مارس المالك حقه في استرداد المنقول المسروق أو المفقود في مواجهة الحائز الحالي حسن النية، فإن هذا الأخير يملك حق الرجوع على الحائز السابق له وفقاً لقواعد ضمان الاستحقاق وكذا قواعد المسؤولية التقصيرية، ولا أهمية لكون الحائز السابق حسن النية أو سيئ النية^(٢).

ويجوز له أن يطلب تعويضه عن جميع الأضرار التي لحقت به نتيجة فقدته للحيازة بالإضافة، طبعاً، إلى ثمن المنقول^(٣) وأهم ضرر يمكن أن يلحقه في هذا الصدد، زيادة قيمة المنقول في وقت استرداده عن ثمنه الأصلي^(٤).

ولا يفوتنا أن نذكر بأن دعوى الرجوع تشترط ألا يكون الحائز الحالي قد تم تعويضه من قبل المالك، وإلا فإنه يفقد حقه في الرجوع على الحائز السابق^(٥).

Trib. Civ. Seine 7 fév. 1951, D. 1951, 465

(١)

Civ. 26 nov. 1956, Gar, Pal. 1957. 1. 170.

(٢) الأهواني، مرجع سابق، رقم ٤٠٤، صفحة ٤٩٧.

(٣) أبو الليل، مرجع سابق، رقم ٢٦٣، صفحة ٢٦١.

Weill, op. cit., N.429, p. 373; Bouloc, op. cit., N.182.

(٤)

Civ. 26 nov. 1956, précité.

(٥)

الفصل الثاني:

الطبيعة القانونية لحق الاسترداد وحق ملكية المنقول المفقود أو المسروق خلال فترة الاسترداد

من دراستنا لأحكام استرداد المنقول المسروق أو المفقود في الفصل السابق تبين لنا أن الحائز حسن النية يملك المنقول من لحظة تحقق الشروط المتعلقة بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية»، وفي الوقت ذاته نجد أن القانون أعطى المالك الأصلي حق استرداد منقوله المسروق أو المفقود إذا تحققت شروط معينة خلال فترة محددة من الزمن. هذا يعني أن المنقول ذاته يعتبر مملوكاً من قبل شخصين خلال فترة زمنية واحدة، وهذا مما لا يمكن قبوله لا قانوناً ولا عقلاً حيث إننا لسنا بصدد ملكية شائعة وإنما بصدد ملكية مفرزة يدعى بموجبها كل منهما حقه في ملكية كامل المنقول. وقد حاول بعض الفقهاء تفسير ذلك وتكييفه قانونياً، إلا أن هذه المحاولات على وجاهتها لا يمكن الدفاع عنها في الوقت الحاضر. وسوف نتناولها بالعرض والنقد في [فصل أول] ثم نعرض لوجهة نظرنا وتحليلنا الخاص للمشكلة في [فصل ثانٍ].

المبحث الأول:

المحاولات الفقهية لتكييف حق ملكية المنقول خلال فترة الاسترداد

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية لحق الاسترداد.

المبحث الأول:

المحاولات الفقهية لتكييف حق

ملكية المنقول خلال فترة الاسترداد.

إذا استبعدنا الرأي القائل بأن مدة الاسترداد تعني أن الحائز لا يملك المنقول إلا بانقضائها باعتبارها مدة تقادم مكسب كما يدعي أصحابه لتناقضه الصريح مع قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» ولتناقضه مع النص القانوني من حيث إن مدة ثلاث السنوات تبدأ من تاريخ الفقد أو السرقة وليس من تاريخ حيازة المنقول، فإن المحاولات الفقهية الجادة لتفسير الوضع الذي نحن بصدد دراسته قامت على فكرتين أساسيتين:

- ١ - الملكية النسبية.
- ٢ - الملكية المعلقة على شرط.

المطلب الأول: الرأي القائل بالملكية النسبية

الفرع الأول: عرض للفكرة

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الاسترداد يقتضي بطبيعته الإقرار بوجود حق الملكية^(١). فلا يعقل أن يسترد الشخص شيئاً لا يملكه. ويمكننا أن نضيف أن «السين» و«التاء» في علم اللغة تفيد الطلب، فالاسترداد يعني طلب الرد.

Cuillieron, op. cit., p. 510.

(١)

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يمكن قياس حق ملكية المنقول المسروق أو المفقود خلال فترة الاسترداد على ملكية العقار المبيع والذي لم يتم تسجيله.

فمما هو معلوم بالضرورة، أن ملكية العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل، وكذلك ملكية المنقول المسروق أو المفقود لا تنتقل إلى الحائز حسن النية إلا بانقضاء فترة الاسترداد بمعنى أن انتقال الملكية حجة على الكافة إلا بالنسبة للمالك الأصلي^(١).

الفرع الثاني: نقد الفكرة

بادئ الأمر، نريد أن نؤكد على عدم صحة الفرضية القائلة بأن حق الاسترداد يقتضي الاعتراف بوجود واستمرار حق الملكية. حيث إن هذا الأمر يتعارض مع قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية»، إذ أن الأثر الفوري لهذه القاعدة هو اكتساب الملكية من قبل الحائز حسن النية عند تحقق شروطها وفقدانها بالنسبة للمالك الأصلي. وقد نصت المادة ١/٩٣٧ من القانون المدني الكويتي: «من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سنداً لحامله، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة». ويجمع الفقه المعاصر والتشريعات المعاصرة على هذه المسألة ولا يكاد يوجد أي رأي مخالف في هذا الموضوع.

ثم إن دعوى الاسترداد المقررة بموجب المادة ٩٣٩ من القانون المدني الكويتي لا تختلف كثيراً عن دعوى الاسترداد المقررة بموجب المادة ٥١٠ من القانون ذاته والتي تنص على:

١ - إذا بيع حق متنازع فيه، كان لمن ينازع البائع أن يسترده من مشتريه إذا رد ما دفعه من ثمن وتكبده من مصروفات.

(١) Abdel-Fattah Abdel-Baki, op. cit., N 153, p. 409, dit "nous pensons que l'acquéreur de bonne foi d'un meuble perdu ou volé devient, immédiatement et dès qu'il entre en possession, propriétaire à l'égard de tout le monde, sauf du propriétaire originaire et de ses ayants cause".

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي. وهو مشابه لنص المادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٩٩ من القانون المدني الفرنسي.

ويتضح من النص السابق أن القانون أعطى من ينازع البائع حق استرداد المبيع دون أن يشترط إثبات ملكية «المنازع». كل ما اشترطه القانون هو أن يكون هناك دعوى أو نزاع جدي يخص ملكية المبيع أو أصل الحق^(١).

ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الحق متنازعا فيه بمجرد رفع دعوى قضائية ولو لم تكن هناك منازعة في أصل الحق^(٢). يضاف إلى ذلك، أن تحديد إذا ما كان هناك نزاع جدي هو من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من دون رقابة محكمة التمييز^(٣).

إزاء ما سبق فإنه لا يمكن «التعويل» على كلمة «الاسترداد» لتقرير حق ملكية المبيع للمنازع. ونعتقد أن القانون أعطى المنازع هذا الحق خوفاً من صعوبة استرداده في المستقبل في حالة تثبيت ملكية المنقول للمنازع بحكم قضائي، علماً بأن القانون قد ضمن حق المشتري من عدة وجوه:

١ - يجب على المنازع أن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه للبائع ومصروفات البيع الأخرى.

٢ - «يسقط حق الاسترداد بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ علم المسترد بالبيع» [المادة ٥١١].

٣ - عدم جواز الاسترداد في الأحوال التي ذكرتها المادة ٥١٢ وهي:

أ - إذا كان الحق يدخل ضمن مجموعة أموال بيعت بثمن واحد.

ب - إذا كان الحق شائعاً وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر.

(١) د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، رقم ١١١، صفحة ٨٢.

(٢) د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، رقم ١١١، صفحة ٨٢.

(٣) د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، رقم ١١٤، صفحة ٨٣.

ج - إذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه وفاء لدين مستحق في ذمته لدائن.
د - إذا كان الحق مضمونا برهن يثقل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار.
لذا فإنه يمكن القول بأن كلمة «الاسترداد» الواردة في نص المادة ٩٣٩ لا تعني استمرار ملكية المالك الأصلي للمنقول. إذ أنه فقد ملكيته بتوافر شروط قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» لصالح الحائز حسن النية.

وإذا كان القانون قد أعطى «حق الاسترداد» للمالك السابق في دعوى استرداد المنقول المسروق أو المفقود، فهو من باب المحافظة على المنقول خاصة إذا تضمن ذكريات عائلية أو تاريخية إذ أن الاسترداد مناط بشروط صعبة بالإضافة إلى اشتراط دفع ثمن المنقول في حالة شراء الحائز له من قبل مزاد أو سوق عام أو من شخص يتجر بمثله.

ولايفوتنا أن نذكر بأن فكرة «الملكية النسبية» يصعب قبولها قانونا. لأن حق الملكية بطبيعته حق مطلق وهو حجة في مواجهة جميع الناس^(١).

وأخيراً فإن قياس مسألتنا على بيع العقار غير المسجل هو قياس مع الفارق ولايجوز التعويل عليه. ويمكن التماس الاختلاف من عدة وجوه:

أولاً: أن تأخير انتقال الملكية في التصرفات التي يكون محلها عقارات إلى حين تمام القيد في السجل العقاري هو إجراء قانوني قصد به حماية أصحاب العقارات لما تمثله من ثروة مهمة وحماية الائتمان العقاري.

وإذا كان القانون هو الذي فرض مثل هذا الاجراء، فإن المتعاقدين يجوز لهم أيضاً الاتفاق على تأجيل انتقال ملكية المنقول إلى حين تمام سداد كامل الثمن على سبيل المثال [شرط الاحتفاظ بالملكية].

في الحالتين السابقتين، نجد أن المتعاقدين على علم تام وسابق بتأجيل انتقال الملكية. أما الحائز حسن النية الذي تلقى حقه من حائز آخر، فهو تلقاه بشكل

Muller, op. cit., N 10, p. 702.

(١)

نهائي مع عدم وجود أي شرط اتفاقي أو قانوني على تأجيل الملكية.

ثانياً: إن المشتري لعقار يستطيع أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المبرم بينه وبين البائع. وعلى أثر هذا الحكم يستطيع تسجيل العقار باسمه في السجل العقاري. وهذا ما لا يستطيع أن يفعله الحائز حسن النية، فهو لا يعلم ابتداءً بأن المنقول مسروق أو مفقود، وإذا علم في وقت لاحق على البيع فإنه لا يعلم من هو المالك الأصلي.

ثالثاً: إن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهذا الأمر حجة في مواجهة المتعاقدين والغير. في حين القائلين «بالملكية النسبية» في حالة المنقول يؤكدون بأن الحائز يملك المنقول وتكون ملكيته حجة في مواجهة الجميع ماعدا المالك السابق.

رابعاً: إن تبني فكرة «الملكية النسبية»، من وجهة نظرنا خطيرة جداً. إذ أن مؤداها هو اعتبار أن كل من يتلقى منقولاً بحسن نية عليه أن يعلم بأن ملكيته غير مستقرة وأنه ربما سيطالب من قبل شخص آخر يدعي ملكية المنقول.

المطلب الثاني: الرأي القائل بالملكية المعلقة على شرط

الفرع الأول: عرض الفكرة

لفك الاشتباك بين ملكية الحائز وملكية المالك الأصلي، يذهب بعض الفقه إلى القول بأن ملكية الحائز هي ملكية معلقة على شرط فاسخ، أي يعتبر الحائز مالكاً إلى حين تحقق الشرط، عندها يفقد الملكية من تاريخ بدء الحيازة، أما المالك الأصلي فتعتبر ملكيته معلقة على شرط واقف، حيث لا يعتبر مالكاً ملكية منجزة إلا بتحقق الشرط^(١).

وقد اختلفوا في تحديد الحدث الذي تم عليه تعليق الملكية. فمن القائل إنه

Muller, op. Cit, N. 11, p.702

(١)

«قرار المالك الأصلي باستعمال حقه في الاسترداد»^(١). وقد نقد هذا الاتجاه من حيث إن دعوى الاسترداد لا تكفي وحدها، في جميع الأحوال، لاسترداد المنقول المسروق أو المفقود. حيث اشترط القانون دفع الثمن للحائز إذا تلقى حقه من مزاد أو سوق عام أو من يتجر بمثله. وعلى هذا الأساس تم تحديد الحدث بأنه «النجاح في استرداد المنقول»^(٢)، قياساً على دعاوى الإبطال، حيث من غير المؤكد أنه سيتم ممارستها خلال الفترة المقررة لها، وإذا تمت ممارستها فليس من المؤكد أنها سوف تنتهي بالحكم بالإبطال^(٣).

الفرع الثاني: نقد الفكرة:

إن فكرة الملكية المعلقة على شرط واقف بالنسبة للمالك الأصلي وعلى شرط فاسخ بالنسبة للحائز حسن النية تبدو، لأول وهلة، محكمة ومنطقية. إلا أن الدراسة الفاحصة تبين عدم صحة مثل هذا التصور.

إن الشرط باعتباره أحد أوصاف الالتزام لا ينشأ إلا من مصدر إرادي على خلاف الأجل حيث يتصور أن يكون مصدره إرادياً أو قانونياً^(٤)، وهو ما لا يختلف عليه أحد. فالالتزام يمكنه أن يضاف إلى أجل قانوني لكنه لا يمكن تعليقه على شرط قانوني. فالشرط بطبيعته يقتضي الاتفاق وهو وليد إرادتي المتعاقدين، وليس له مصدر إلا الإرادة^(٥).

وهنا تجدر الإشارة إلى أن هناك فرقاً جوهرياً بين الشرط باعتباره عنصراً من

Weill, Op, Cit, N. 336 et S. (١)

Goubeaux, note sous Crim, 30 oct, 1969, JC,P. 1970, 11, 1633. (٢)

Goubeaux, Ibid (٣)

Mazeaud et Chabas, Leçon de droit civil, T.II, Volume I, Obligation, théorie (٤)
Générale, 8ème éd, Montchrestein, 1991, N.1027, p. 1099.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٨، رقم ٢٤، صفحة ٣٤.

عناصر الحق ذاته، حيث لا يتصور وجود الحق مستقلاً دون تحقق الشرط، وبين الشرط باعتباره وصفاً لاحقاً للحق، حيث يتصور وجود الالتزام مستقلاً عن الشرط. إن الخلط بين الأمرين أدى إلى اتجاه بعض الفقهاء إلى القول بإمكانية وجود شرط مصدره القانون ويضربون لذلك أمثلة كثيرة ونذكر منها أن حق الشفيع في المشفوع فيه معلق على شرط واقف هو إعلان الشفيع إرادته بالأخذ بالشفعة. والصحيح أن الشرط المذكور في هذا المثال هو جزء من حق الشفعة وليس أمراً عارضاً يتصف به هذا الحق^(١).

وإذا ما أعملنا ما سبق ذكره على مسألة استرداد المنقول المسروق أو المفقود، لانرى أن هناك التزاماً يمكن وصفه بأنه معلق على شرط فاسخ أو واقف. فحيازة المنقول انتقلت إلى الحائز حسن النية بشكل نهائي وأصبح مالكا من لحظة حيازته. بيد أن المالك الأصلي فقد حيازته نتيجة السرقة أو الفقد، ولا يمكن تصور قيام اتفاق بينه وبين الحائز حسن النية على تعليق حق الملكية! كما أن انتقال الملكية من المالك الأصلي إلى الحائز الأخير لم تنتقل عبر الحائزين السابقين بطريقة طبيعية بحيث يمكن القول بانتقال حق الملكية مع توابعه إلى الخلف الخاص.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القضاء الفرنسي مد مظلة الحماية الواردة في المادة ١/٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي للحائز حسن النية حتى في حالة كون المنقول محملاً بشرط الاحتفاظ بالملكية^(٢). وهكذا يعني أن المالك الأصلي (البائع) الذي اشترط الاحتفاظ بملكية المنقول إلى حين سداد كامل الثمن لا يستطيع أن يسترد المنقول من الحائز الأخير حسن النية. وهذا يرجع إلى كون شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمكن اعتباره حجة على الغير من حيث إنه لا يشترط فيه إجراء معين كالتسجيل في سجل عام معين حتى يعتبر حجة على الغير^(٣).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق.

(٢) Civ. 1, 13 fév, 1980, D.80. 491, note A.Robert Com. 10ct. 1985, B.IV. N.224.

(٣) Ph. Malaurie et L.Aynés, Les biens, Cujas, 1990, N. 576, p. 157.

المبحث الثاني: تكييفنا الخاص لحق الاسترداد

إن حق الاسترداد المقرر لمصلحة المالك الأصلي وفقاً للمادة ١/٩٣٩ مدني كويتي والنصوص القانونية التي تأثر بها من القانونين المصري والفرنسي لا يمكن تفسيره إلا على أساس أنه خيار أو رخصة وفقاً لتعبير الفقه الإسلامي وحق خيار أو حق منشيء وفقاً لتعبير القانون الوضعي (المطلب الثاني). وقبل أن نفصل في وجهة نظرنا هذه والتي نحسب، بكل تواضع، أنه لم يسبقنا إليها أحد، يبدو مهماً أن نبين أن التفرقة التي أنشأها القانون بين المنقولات المسروقة أو المفقودة وبين المنقولات الأخرى تفرقة لاتقوم على أساس صحيح (المطلب الأول).

المطلب الأول: غموض الأساس القانوني لإعطاء المالك الأصلي حق استرداد المنقول المسروق أو المفقود.

إن أحكام القانون صريحة في أن الاسترداد لا يجوز إلا في حالتين: السرقة والفقد. ويعتبر هذا الأمر استثناء على قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» مما يستلزم عدم التوسع في تفسير هذا الاستثناء وعدم جواز القياس عليه. والسؤال الذي يبحث عن إجابة ناجعة هو: لماذا ميز القانون بين المنقول الذي أصبح موضوع سرقة أو فقد وبين المنقول الذي لم تتحقق فيه إحدى الحالتين؟ لماذا أجاز الاسترداد في الحالة الأولى ورفض الاسترداد في الحالة الثانية؟

وقد حاول الفقه إيجاد أساس قانوني لهذا التمييز، بيد أن الأطروحات التي تقدم بها لا تصمد أمام النقد العلمي. ويقتضي الأمر أن ندرس هذه الأطروحات وأن نبين وجه القصور فيها (الفرع الأول).

وإذا كان الأمر كذلك، فإن المسألة تستوجب المساواة بين المالك الذي فقد منقوله أو سرق منه وبين المالك الذي لم يتحقق فيه إحدى الحالتين.

والمساواة تعني إما إلغاء فكرة الاسترداد بشكل نهائي وعندها يتمتع الحائز حسن النية بحماية مطلقة أو فتح باب الاسترداد لكل مالك سابق يثبت حقه في الملكية. وبينهما يمكن المناداة بنظام يقيم الاسترداد على فكرة الخطأ، فبينما يكون هناك تقصير من المالك لايسمح بالاسترداد بينما يسمح به في حالة عدم وجود تقصير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم وجود أساس قانوني للتمييز بين المنقولات المسروقة أو المفقودة وغيرها من المنقولات.

إن التمييز بين المنقولات المسروقة أو المفقودة من جانب والمنقولات الأخرى من جانب آخر لايقوم على أساس قانوني سليم. وسنبين ذلك بدراسة الأطروحات التي تم تقديمها في هذه المسألة.

أولاً: التمييز على أساس فكرة الخطأ:

يذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة المسؤولية الشخصية هي التي يمكنها أن تفسر هذا التمييز. ذلك أن المالك الذي وقع ضحية للسرقة لايمكن أن ينسب إليه أي تقصير في حين أن الذي وقع ضحية نصب أو خيانة أمانة يمكن أن ينسب له تقصير من حيث سوء اختياره للشخص الذي تعاقد معه^(١).

والحقيقة أن هذا الاتجاه، والذي يلقي قبولاً كبيراً في الفقه الفرنسي، يبالغ كثيراً في فكرة الخطأ. إذ من الصعوبة بمكان أن ينسب خطأ إلى من وقع ضحية خيانة أمانة أو نصب. ففي مجتمعاتنا الاستهلاكية المعاصرة، يصعب مثلاً أن نطلب من شخص أن يتوخى الحذر في اختياره «لمصلح الساعة» أو «للخياط» أو «للصائغ» وغيرهم كثير.

(١) Marc Levis, L'opposabilité du droit réel, Economica, 1989, N.262, p.220, Louis Saunier, De L'application de l'art, 2279 dans les rapports entre auteur et ayant cause, PARIS, Pédone, 1907, p.79.

ثم إن هذه الأطروحة تقع في تناقض كبير، أليس من فقد منقوله يعتبر أكثر تقصيراً من المالك الذي فقد منقوله نتيجة خيانة أمانة مع افتراض وجود تقصير. بل نذهب إلى أبعد من ذلك لنقرر بأن السرقة كثيراً ما تقع نتيجة تقصير. فمن يترك سيارته مفتوحة الأبواب في طريق عام، لا يمكنه الإدعاء بأنه لم يقصر بالمحافظة على سيارته.

ثانياً: نظرية عيب الخفاء

وقد دافع عن هذه النظرية الفقيه الكبير Saleilles^(١) وتنطلق من أن السرقة أو الفقد تعيب المنقول بعيب موضوعي Vice objectif يؤدي إلى منع حيازته بحسن نية. فالسرقة أو الفقد يخلقان قرينة سوء النية.

وقد واجهت هذه النظرية نقداً شديداً من حيث إنها تعوق انتقال المنقولات وتشل الحركة الاقتصادية، كما أنها توظف القانون المدني لمكافحة جرائم السرقة في الوقت الذي يوجد فيه قانون جنائي مستقل هدفه حماية الأنفس والأموال. يضاف إلى ما سبق أن النظرية لم تبين لنا لماذا ساوى القانون بين السرقة والفقد؟ فهل من يجد منقولاً وينسى، بحسن نية، اتباع الإجراءات القانونية الخاص باللقطة يساوى مع السارق؟!

ثالثاً: نظرية الرجوع:

وتفترض هذه النظرية أن المالك الذي وقع ضحية لنصب أو لخيانة أمانة يستطيع الرجوع على الشخص الذي كان محل ثقته، بينما لا يستطيع المالك الرجوع على السارق^(٢).

والواقع أن هذه النظرية لا توفر حماية كافية للمالك الذي سرق منقوله، فكثيراً

(١) Saleilles, De la possession des meubles, Mélanges de droit comparé, T. II, PARIS, 1907, p, 147 et s.

F. Guison, opm cit, P, 239.

(٢)

ما تكون عملية استرداد المنقول من حائز حسن النية مرهونة بسداد ثمنه إلى هذا الحائز، ولا يكون، عندها، للمالك إلا الرجوع إلى السارق والذي غالبا ما يكون غير معروف. ويعيب هذه النظرية أيضا أنها تبحث بالنتائج العملية المترتبة على الاسترداد أكثر من البحث عن أساس قانوني للتمييز بين إمكانية استرداد المنقول المسروقة أو المفقودة وبين عدم إمكانية استرداد غيرها.

رابعا: نظرية الإخلال بالسلام القانوني

بموجب هذه النظرية، فإن السرقة تخل بالنظام القانوني والسلام الاجتماعي في حين أن خيانة الأمانة لا تخلق مثل هذا الإخلال^(١). ويعيب هذه النظرية أنها تتميز بعدم واقعيتها، إذ لا يتصور أن سرقة بسيطة يمكن أن تشكل خلافا في الأمن العام للبلاد، وإن حدث ذلك، فإن السلطات العامة لديها من الوسائل ما يكفل استتباب الأمن. ومن جهة أخرى، فإن هذه النظرية لم تضع تفسيراً لإمكانية استرداد المنقول المفقود.

خامسا: نظرية استقرار المعاملات

يعتقد أصحاب هذا الاتجاه بأن حماية الحائز حسن النية من خلال حصر الاسترداد بحالتين فقط تتماشى مع متطلبات استقرار المعاملات^(٢). والحقيقة أن هذه النظرية إذا كانت تصلح لتبرير حماية الحائز حسن النية فإنها لا تعطي أية إجابة ناجعة عن السؤال التالي: لماذا ميز القانون بين الحالتين؟ أليس حرمان المالك من استرداد المنقول المسروق أو المفقود فيه استقرار أكثر للمعاملات؟

سادسا: نظرية فقدان الحيازة

وقد نادى بها الفقيهان السويسريان Feger و Guller^(٣). فمن يعطي منقوله

F. Guisan, op, cit, N.237.

(١)

Colin et Capitant, Traité de droit civil français, Par Julliot de la Morandière, T.II, 1959, N.485, p.261.

F. Guison, op, cit, p,231.

(٣)

لشخص آخر على سبيل الإيجار أو الوديعة أو ما شابهها فإنه يعتبر متنازلاً عن حيازته في الوقت الذي لا يعتبر فيه كذلك إذا سرق المنقول.

والواقع أن هذه النظرية لا تميز بين الحيازة الدائمة والحيازة العرضية. فالحائز العرضي يسيطر على المنقول لحساب الحائز الحقيقي. ولذلك فإن الحائز العرضي لا يعتبر مالكا للمنقول.

الفرع الثاني: المساواة بين الملاك أمام مبدأ الاسترداد

مما سبق دراسته يتبين لنا أن إعطاء المالك حق استرداد منقوله في حالتي السرقة والفقْد فقط لا يقوم على أساس قانوني سليم، مما يستدعي تحقيق المساواة بين جميع الملاك إما بإعطائهم حق الاسترداد جميعاً (الفصل الأول) أو إغلاق باب الاسترداد في مواجهتهم جميعاً (الباب الثاني).

الفصل الأول: منح جميع الملاك حق الاسترداد

يذهب الفقيه السويسري Piotet إلى أنه من العدالة فتح باب الاسترداد لجميع الملاك دون تمييز بين منقولات مسروقة أو مفقودة وبين منقولات لا تتوافر فيها هاتان الحالتان^(١). وهي فكرة كانت موجودة في القانون الروماني وتحقق العديد من المزايا:

المساواة بين الملاك.

تعويض الحائز حسن النية في حالة وجود أي خطأ من قبل المالك. والحقيقة أن مثل هذه الفكرة يشوبها عيب جوهري وهو التضحية بمصلحة الحائز حسن النية وهو ما يتعارض مع المصلحة العليا للنظام الاقتصادي والاجتماعي المتمثلة في حماية حيازة المنقولات وما تمثله من خلق استقرار للمعاملات.

إزاء هذا النقد، قام البعض بقيّد حق الاسترداد بشرط عدم ارتكاب المالك لأي

F.Guison, op, cit, p.244.

(١)

خطأ. فإذا ثبت تقصير من جانبه في المحافظة على المنقول لا يستطيع استرداده وبالعكس^(١).

والواقع أن مسألة إثبات خطأ المالك ليست بالأمر الهين. ومن الصعب جداً تحديد ظروف السرقة^(٢). والأصعب من ذلك حالة ما إذا كان هناك خطأ من قبل الجانبين: المالك الأصلي والحائز حسن النية، فما هو الحكم في هذه المسألة؟ مما لا شك فيه أنها سوف توضع قاضي الموضوع أمام حيرة كبيرة من حيث الموازنة بين خطأ الطرفين والموازنة بين مصلحتيهما. وعلى هذا الأساس يمكننا القول إن هذه الفكرة صعبة التطبيق وتثير مشاكل عملية كثيرة.

الفصل الثاني: حرمان جميع المالك من حق الاسترداد

إن القاعدة المقررة في القانون الروماني هي حرمان المالك من استرداد منقوله من الحائز حسن النية في جميع الأحوال. وقد تبعه في ذلك القانون الإنجليزي القديم^(٣). فالغاصب يملك المنقول بوساطة الجريمة التي ارتكبها ولا يعتبر مجرد حائز سيء النية. إلا أن القانون الإنجليزي المعاصر وضع الكثير من الاستثناءات على هذه القاعدة (Sale of the goods Act, 1893).

ونعتقد أن ما ذهب إليه القانون الإنجليزي القديم بتوفير حماية للحائز سيء النية فيه تشجيع للغصب وهو ما لا يمكن إلا رفضه.

وبالعكس، إذا رجعنا إلى نطاق دراستنا، والخاصة باسترداد المنقولات المسروقة أو المفقودة من حائز حسن النية، نجد أن هذا الأخير جدير بالحماية المطلقة بحيث إنه من المفضل حذف الاستثناء المقرر لمصلحة المالك في حالة سرقة أو فقد منقوله.

F. Guison, op. cit, p.247.

(١)

Dorthout Mees, op, cit, p.269.

(٢)

Hector Mackay, La revendication des meubles en droit anglais, Paris, 1924, (٣) P.67.

وهذه المطالبة تنطلق من أساس متين ألا وهو حسن النية. فمتى ما تأكد قاضي الموضوع من حسن نية الحائز وفقاً للشروط المقررة قانوناً وقضاءً، فإن حسن نية الحائز كافية لحمايته ضد أي مطالبة خاصة إذا عرفنا أنه لا يوجد أي أساس منطقي سليم للاستثناء المقرر لمصلحة المالك الأصلي.

وقد يقول قائل بأن مثل هذا الاتجاه يتضمن تضحية بمصلحة المالك الأصلي في جميع الأحوال وهي مصلحة تستحق الحماية من حيث إنها لا تنقل أهمية عن مصلحة الحائز حسن النية.

وجوابنا عن ذلك يتمحور حول فكرتين أساسيتين:

أولاً: إن الغاء فكرة الاسترداد لا يعني بالضرورة التضحية بالمالك بشكل نهائي. فهو يستطيع أن يرجع على السارق أو على حائز سابق سيء النية ولا خلاف في ذلك.

ثانياً: إن المالك يقع عليه التزام بالمحافظة على منقولاته الثمينة. فالرجل المعتاد لا يترك اللوحات الفنية النادرة أو المجوهرات الفاخرة في المنزل دون اتخاذ إجراءات أمنية تتناسب وأهمية هذه المنقولات أو إيداعها في مصرف أو متحف عند غيابه عن المنزل.

أما ما عدا ذلك من المنقولات، فأصبحت لا تملك أهمية كبيرة في هذا العصر نظراً لزيادة الانتاج الاستهلاكي وتشابه المنقولات، فلا يوجد مبرر كافٍ لاستثناء المالك من قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية».

وقد يعترض البعض على سند من القول بأن مثل هذا الاقتراح فيه تشجيع للغصب الذي لا تقره الشريعة الإسلامية.

وجوابنا عن ذلك بأن قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» برمتها تتعارض مع فقه الشريعة الإسلامية وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بذلك: «وقد رؤي أن القواعد التي قال بها فقهاء الشريعة، وخاصة المالكية في شأن حيازة

المنقول لاتناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي حيث تكثر المعاملات وتتم بسرعة لاتحتمل التوقف للحصول على الدليل الذي يمكن الاستناد إليه إذا ما ثارت المنازعة حول صاحب الحق في المنقول، فلو طلبنا من كل من يتعامل في شأن المنقول، كمن يشتريه أو يرهقه، إن يتحقق أولاً من أن المتصرف هو المالك، لترتب على ذلك شل حركة التعامل. ولهذا أخذ المشروع بأحكام حيابة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة^(١).

وإذا كان الأمر يستلزم احترام أحكام فقه الشريعة الإسلامية، فإنه يجب الأخذ بنظام «حيابة» المنقولات في شريعتنا الغراء بأكمله وإلا سنكون سببا في تشويه جماله وتكامله.

وباختصار شديد، فإن الغصب في الشريعة الإسلامية هو «الاستيلاء على مال الغير بغير حق» وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع^(٢). ولا تنتقل الملكية من الغاصب إلى الحائز حسن النية، وتعتبر تصرفات الغاصب في مواجهته كتصرفات الفضولي، أو ما نسميه في القانون الوضعي «التصرف في ملك الغير»، حيث يذهب بعض الفقهاء إلى القول ببطلانها ويذهب البعض الآخر إلى القول بوقوفها على إجازة المالك^(٣). وعلى العموم فإن المالك يستطيع الرجوع على الغاصب إذا تعذر رد العين^(٤).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق الاسترداد:

تأكد لنا مما سبق دراسته أن الحائز حسن النية يعتبر مالكا للمنقول من لحظة بداية الحيابة وكون القانون أعطى المالك حق استرداده لا يغير من الأمر شيئا،

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، صفحة ٧١٥.

(٢) ابن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، ١٩٨٥، الجزء الخامس، صفحة ١٣٩.

(٣) مرجع سابق.

(٤) مرجع سابق.

فالملكية ليست نسبية بالنسبة للحائز حسن النية وليست معلقة على شرط. وإنما هي ملكية باتة ومنجزة وحجة في مواجهة الجميع.

ونذكر بأن القانون قد ضيق من نطاق الاسترداد حينما اشترط على المالك دفع ثمن المنقول عند حصول الحائز عليه من مزاد علني أو سوق عام أو ممن يتجر بمثله، إذ أن المالك لن يسترد منقوله المسروق أو المفقود إلا في حالتين:

١ - إذا كان المنقول يمثل أهمية تاريخية بالنسبة للمالك أو عائلته.

٢ - إذا زادت قيمته السوقية عن الثمن الذي اشترى به الحائز حسن النية.

ويمثل هذا التضييق لنطاق الاسترداد أكبر دليل على قصد واضعي القانون بحماية الحائز حسن النية إلى أقصى حد، إذ من النادر أن يشتري الإنسان منقولا خارج إطار الحالات المذكورة في القانون والتي تقتضي دفع الثمن كشرط للاسترداد.

فإذا ما تبين لنا ذلك إضافة الى تأكيد ملكية الحائز حسن النية الباتة للمنقول فما الطبيعة القانونية «لحق» الاسترداد؟

بالنظر الى التقسيم التقليدي الثنائي للمراكز القانونية الى حقوق وحریات، فإننا نستطيع التأكيد على أن الاسترداد الممنوح للمالك لا يعتبر لا حقاً ولا حرية «الفرع الأول»، وإنما ينتمي الى طائفة جديدة من المراكز القانونية أخذت تبرز في دنيا القانون الوضعي مؤخراً وتحتل مركزاً وسطاً بين طائفتي الحريات والحقوق ألا وهي طائفة الخيارات «الفرع الثاني»^(١).

(١) للتعلم في دراسة المراكز القانونية الثلاثة (حق - حرية - خيار) انظر البحث القيم للأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة - دراسة مقارنة مع التعلم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة الحقوق (الكويت)، السنة الثانية عشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٨، صفحة ١١ وما بعدها.

الفرع الأول: اختلاف الطبيعة القانونية للاسترداد عن الحريات والحقوق.

الفصل الأول: الاسترداد ليس حرية.

إن أول ما يتبادر إلى الذهن هو تكييف الاسترداد المقرر لمصلحة المالك من حائز حسن نية على أنه حرية من حيث إن له الخيار في استعمال هذه المكنة أو عدم استعمالها.

بيد أن هذا التصوير ينقصه التأصيل القانوني السليم، فالحرية إباحة عامة يمارسها جميع الناس في الوقت الذي يقتصر فيه الاسترداد على المالك الأصلي^(١). كما أن الأصل في الحرية أنها لا تسقط بمرور الزمن لأنها من المسائل اللصيقة بضرورات الإنسان في حين أن الاسترداد يجب أن يمارس خلال ثلاث سنوات من تاريخ الفقد والسرقة.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الحرية تمارس، بحسب الأصل، دون شروط واستثناء يمكن فرض بعض الشروط التنظيمية لحماية للنظام العام. وإذا ما نظرنا إلى الاسترداد المقرر لمصلحة المالك نجد أن الأصل فيه تحقق شروط معينة لإمكان ممارسته وقد ذكرنا هذه الشروط في صدر هذه الدراسة.

وهكذا نخلص إلى عدم امكانية تكييف استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة على أنها «حرية» وبالتالي يبقى التساؤل عن مدى اعتباره «حقاً»؟

الفصل الثاني: الاسترداد ليس حقاً.

إذا كان الاسترداد يبتعد عن «الحرية» من حيث إن الأخيرة إباحة عامة، فإن الاسترداد يقترب بدوره من «الحق» باعتبار الأخير إباحة خاصة مقررة لشخص أو أكثر تمكنهم من ممارسة سلطة واسعة للاستفادة منه^(٢). والحقيقة أن هذا التشابه هو نوع من السراب الخادع، فالاسترداد ليس حقاً لا شخصياً ولا عينياً.

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مرجع سابق، صفحة ٢٦ وما بعدها.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مرجع سابق، صفحة ٢٢ وما بعدها.

أولاً: الاسترداد ليس حقاً شخصياً.

فالحق الشخصي يتمثل في رابطة قانونية بين شخص يسمى الدائن في مواجهة شخص آخر يسمى المدين يستطيع الأول بموجب هذه الرابطة أن يلزم الثاني بأداء مالي معين أو قابل للتعيين.

وواقع الأمر أنه لا توجد أي رابطة قانونية بين المالك الأصلي والحائز الأخير حسن النية في مسألة استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة، كما أن السلطات الممنوحة لصاحب الحق الشخصي تختلف عن تلك الممنوحة لمن يريد أن يسترد منقوله من حيث إن الحق الشخصي يمنح صاحبه سلطات واسعة في مواجهة المدين على مستوى المطالبة بالحق أو الإعفاء منه أو تأجيل الوفاء به أو غيرها، بيد أن المالك لا يستطيع أن يمارس في مواجهة الحائز الأخير حسن النية سوى خيارين محددين إما الأخذ بالاسترداد أو عدم الأخذ به وهي سلطة مقيدة تتنافى مع طبيعة الحق الشخصي.

من هذا المنطلق فإنه يصعب تكييف الاسترداد على أنه حق شخصي. ويمكننا أن نؤكد هذه المسألة بأن الحق الشخصي، برغم السلطات الواسعة التي يمنحها لصاحبه، فإنه مقيد بعدم التعسف في استعمال الحق، وهو ما يتناقض مع الاسترداد الذي يخضع لمحض إرادة المالك دون خضوعه لنظرية التعسف في استعمال الحق.

ثانياً: الاسترداد ليس حقاً عينياً.

وإذا كان الاسترداد يبتعد كثيراً عن فكرة الحق الشخصي فإنه يبتعد أكثر عن فكرة الحق العيني. فالحق العيني يمنح صاحبه سلطة على الشيء محل الملكية، وتكون هذه السلطة في أغلب الأحيان مادية، تتفرع منها سلطات كثيرة كسلطة التصرف والاستغلال والاستعمال. وإذا كنا كيفنا ملكية المنقول فيما سبق بأنها ملكية بارة ومنجزة للحائز حسن النية، فإنه لا يصلح مع هذا القول بأن المالك يملك سلطة على المنقول خلال فترة الاسترداد، وهو ما يتصادم مع مبدأ «الحيازة في المنقول سند الملكية».

وهكذا فإننا نرفض اعتبار الاسترداد حقاً عينياً برغم ما يوجد من تشابه ظاهر فيما بينهما من حيث الاحتجاج على الغير في كلا الأمرين وتعلقهما بشيء معين وليس بشخص معين. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن الاحتجاج على الغير يوجد في غير الحقوق العينية كالشرط المانع من التصرف إذا تم تسجيله وكالوعد بالتفصيل المترتب على عقد التفضيل برغم أن هذين الأمرين يرتبان حقين شخصيين وليس عينيّين^(١).

الفرع الثاني: تشابه الطبيعة القانونية للاسترداد مع «حق الخيار».

إن فكرة استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة تقترب كثيراً من طائفة المراكز القانونية الجديدة وهي «حقوق الخيار» أو «الحقوق الإرادية المحضة» أو «الحقوق المنشئة» وفقاً لتعبير القانون الوضعي أو «الرخصة» وفقاً لتعبير فقهاء الشريعة الإسلامية.

ويمكننا أن نلاحظ هذا التشابه على مستويين: الأول مستوى الشروط الواجب توافرها لوجود ولممارسة حق الخيار (الفصل الأول) والثاني مستوى الآثار المترتبة على ممارسة حق الخيار (الفصل الثاني).

وقبل الخوض في ذلك، يمكن تعريف حق الخيار بأنه حق إرادي محض مصدره القانون أو الاتفاق مقرر لمصلحة شخص للخيار بين بدلين على أن يؤثر استعمال هذا الخيار في المركز القانوني للغير إما بتأكيده أو إلغائه أو تعديله^(٢).

والتعمق في دراسة حق الخيار تتجاوز كثيراً موضوع بحثنا، ولذا فإننا نحيل إلى أهم المصادر العربية والأجنبية التي أظهرت هذه الطائفة الجديدة من المراكز القانونية^(٣).

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مرجع سابق، صفحة ٧٢.

(٢) Michaelides - Nouaros, L'évolution recente de la notion du droit subjectif, R.T.D. Civil 1966, P.224.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، حق الشفعة مرجع سابق، Ibrahim NAJJAR, Le droit d'option contribution alétude du droit potestatif et de l'acte unilateral, L.G.D.J. 1967

- H. Lecomte, Essai sur la notion de faculté en droit civil. Th. PARIS, 1930.

- Corine Saint-Alary-Houin, Le droit de preemption, L.G.D.J. 1979.

الفصل الأول: تشابه الشروط المقررة في الاسترداد مع حق الخيار.

أولاً: التشابه في إطار الشروط المتعلقة بوجود حق الخيار.

إن حق استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة هو حق خيار مقرر بموجب القانون وهو مما لا يتنافى مع طبيعة الخيار الذي يمكن أن يكون سبب وجوده القانون أو الاتفاق.

إلا أن المسألة الحاسمة في تحديد فيما إذا كنا في صدد حق خيار هي معرفة ما إذا كان الحق المقرر يتعلق بإنهاء حالة غير مستقرة وإعطاء صاحب الحق في الخيار بين بدلين. وكذا معرفة ما هو محل حق الخيار.

أ - حالة غير مستقرة:

إذ أن حق الخيار يخلق حالة عدم استقرار في المراكز القانونية، وإنهاء هذه الحالة متوقف على محض إرادة صاحب الحق في الخيار. وهي حالة نواجهها في جميع حالات حق الخيار. فعلى سبيل المثال، يجوز للشفيع خلال فترة معينة أن يحل محل المشتري إذا قرر استعمال حقه في الشفعة، والمهم أنه خلال فترة الشفعة تبقى المراكز القانونية للمشتري والشفيع على حد سواء غير مستقرة.

وإذا ما رجعنا إلى موضوع دراستنا وجدنا أن حق الاسترداد يخلق حالة عدم استقرار في المركز القانوني للحائز حسن النية ولا يستقر المركز القانوني له بشكل نهائي إلا بانتهاء فترة الاسترداد وهي ثلاث سنوات من تاريخ الفقد أو السرقة.

ب - الخيار بين بدلين:

ولا تنتهي حالة الاستقرار السابق ذكرها إلا باستعمال أحد الخيارين اللذين منحهما القانون لصاحب الحق. فوجود هذين الخيارين شرط أساسي لوجود طائفة الخيارات أو الحقوق المنشئة. والخيارين ليسا بالضرورة القبول أو التنازل إذ يمكن أن تكون لهما صور أخرى^(١). وإذا انعدم وجود هذين الخيارين فلا يجوز التكلم عن حق في الخيار.

Ibrahim Najjar. op. cit, N. 37. p.37.

(١)

والحقيقة أن استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة يتضمن خيارين أساسيين ألا وهما: استعمال الحق في استرداد المنقولات خلال الفترة المقررة قانوناً أو عدم استعمال مثل هذا الحق. وهو مشابه إلى حد كبير في هذا الأمر خيار استرداد المنقول المتنازع فيه أو خيار الشفعة أو خيار المجلس بالإضافة الى الخيارات المقررة في تشريعات حماية المستهلك والتي تعطي الحق في التراجع عن العقد.

ج - محل حق الخيار:

إن ما يميز حق الخيار عن الحق الشخصي والحق العيني هو اختلاف محله. فمحل الحق في الخيار ليس عيناً أو شيئاً وبالتالي فإنه يتعد عن فكرة الحق العيني كما أن محله ليس رابطة قانونية في مواجهة شخص آخر وهو بهذا يتعد عن فكرة الحق الشخصي. إن الحق في الخيار يتضمن مكنة قانونية مقررة لصالح شخص مضمونها تعديل المركز القانوني لشخص آخر دون أن يكون مرتبطاً به ودون أن يكون مرتبطاً بشيء. وهو ما نلاحظه، على سبيل المثال، في حق الشفعة، إذ أن القانون أعطى الشفيع مكنة قانونية في أن تكون له الأولوية في ملكية المال المشفوع فيه على المشتري وهذه المكنة ليست سلطة مباشرة على المال المشفوع فيه كما أن الشفيع لا تربطه أية رابطة قانونية مع المشتري. وهذه المكنة ليست سلطة مباشرة على المال المشفوع فيه كما أن الشفيع لا تربطه أي رابطة قانونية مع المشتري. إلا أن استعمال الشفيع لحق الشفعة يؤثر كثيراً في المركز القانوني للمشتري.

والأمر ذاته نجده في فرض استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة، فالمالك حين يمارس هذا الحق المقرر قانوناً فإنه لا يملك أي سلطة مباشرة على المنقول إذ أن الملكية قررت بشكل نهائي لصالح الحائز حسن النية ومقتضى قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية هو تقرير حق الملكية للحائز وإسقاطها عن المالك». كما أن المالك، من جانب آخر، لا يملك أية سلطة في مواجهة الحائز حسن النية، إذ لا توجد بينهما أية رابطة قانونية. فالقانون أعطى المالك خياراً محدداً إما الاسترداد خلال الفترة المقررة أو عدم استعماله. وهذا الخيار مقرر على خلاف الأصل.

ثانياً: التشابه في إطار الشروط المتعلقة بممارسة حق الخيار.

ممارسة حق الخيار بالإرادة المنفردة

ومما يميز حق الخيار عن سواه من المراكز القانونية هو أن ممارسته تتم بالإرادة المنفردة لصاحب الحق في الخيار، وهو في هذا لا يخضع إلا لإرادته المحضة. فلا يشترط قبول أحد ليتنج حق الخيار آثاره القانونية. ونظراً لهذه الطبيعة الخاصة لحق الخيار فإنه لا يخضع لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق، فالمحاكم لا تملك النظر في معرفة أسباب استعمال الحق من عدم استعماله. فتقديره يخضع بشكل نهائي لإرادة صاحب الحق المحضة.

والحقيقة أن هذه الميزة مقننة على خلاف الأصل، إذ لا يجوز بحسب الأصل أن يملك شخص القدرة في تغيير المراكز القانونية للغير بإرادته المنفردة. إلا أن بعض الاعتبارات النفسية أو الاجتماعية جعلت واضعي القانون يأخذون بفكرة الحق في الخيار.

وإذا كانت هذه الصفة هي أحد شروط الحق في الخيار، فإننا نجد تحقيقها في استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة. إذ أن القانون، وفقاً للنص الفرنسي للمادة ٢٢٧٩ أو للنص الكويتي للمادة ١/٩٣٩، يقرر مثل هذا الحق للمالك أو لصاحب الحق العيني على أن يتم استعماله بالإرادة المنفردة من دون اشتراط موافقة الحائز حسن النية.

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط القانون دفع ثمن المنقول لإمكان استرداده في بعض الحالات، لا يؤثر على مسألة أن حق الاسترداد يمارس بالإرادة المنفردة للمالك أو لصاحب الحق العيني، إذ أن الشفيع ملزم بدوره بأن يدفع ثمن المبيع. وهذه شروط تنظيمية لا تؤثر في طبيعة حق الخيار، إذ المهم هو معرفة إذا ما كان استعمال حق الخيار يتوقف على الإرادة المنفردة لصاحب الحق أو أن الأمر يقتضي تدخل إرادات أخرى.

الفصل الثاني: تشابه الآثار الناتجة عن الاسترداد مع حق الخيار.

أولاً: التشابه في آثار الاسترداد في مواجهة المالك مع حق الخيار.

إن من أهم الآثار المترتبة على استعمال حق الخيار هو إحلال صاحب هذا الحق محل شخص آخر، ونكون أمام حالة حوالة عقد إجبارية^(١). إذ يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع في أغلب التزاماته وحقوقه وكذا الحال بالنسبة لمن يسترد حقاً متنازعا فيه.

والاسترداد للمنقولات المسروقة أو المفقودة يتضمن أحياناً للمالك الأصلي محل الحائز الأخير حسن النية في ملكية المنقول وتجب عليه في بعض الأحيان دفع ثمنه كشرط لممارسة حق الاسترداد.

ثانياً: التشابه في آثار الاسترداد في مواجهة الغير مع حق الخيار.

إذا كانت ممارسة حق الخيار يترتب عليها في غالب الأحيان إحلال لصاحب حق الخيار في المركز القانوني لشخص آخر، فإنها في الوقت ذاته تتضمن تعديلاً للمركز القانوني للشخص الذي يمارس حق الخيار في مواجهته. ويكون ذلك إما بتأكيد المركز القانوني السابق لهذا الغير أو إلغاءه أو تعديله. فالشفيع حينما لا يستعمل حقه في الشفعة فإنه يؤكد المركز القانوني للمشتري بينما يلغي هذا المركز في حالة استعماله لهذا الحق.

وكذا الأمر بالنسبة للمالك المقرر لمصلحته حق الاسترداد، فإن استعماله لحق الاسترداد يترتب عليه إلغاء المركز القانوني للحائز بينما يتأكد مركز الحائز القانوني في حالة عدم استعمال حق الاسترداد.

خلاصة القول إن الحق المقرر لمصلحة المالك لاسترداد منقوله المسروق أو المفقود هو حق خيار، وهو بذلك يتمتع بما يلي:

Ibrahim Najjar, op. cit. N. 148. p.157.

(١)

- ١ - أنه لا يخضع لنظرية التعسف لاستعمال الحق.
- ٢ - أنه غير قابل للرجوع فيه بأي حال من الأحوال.

خلاصة البحث:

من دراستنا السابقة نخلص الى أربعة أمور غاية في الأهمية:

أولاً: إن القانون الكويتي ومن قبله القانون الفرنسي ضيقاً كثيراً من سلطة المالك في استرداد منقوله المسروق أو المفقود من حائز حسن النية ويتبين ذلك من دراسة أحكام الاسترداد بما تتضمنه من دراسة لشروط الاسترداد وآثاره.

ثانياً: إنه لا يوجد سبب منطقي للتمييز بين المنقولات المسروقة أو المفقودة وما عداها من المنقولات، اللهم إلا أن دراسة التطور التاريخي لحق الاسترداد تبين عدم معرفة قوانين العصور الوسطى في أوروبا لجريمتي النصب وخيانة الأمانة مع انتشار ظاهرة البيع في الأسواق الشعبية غير الدائمة.

ثالثاً: تأكيد الأثر المسقط لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، وبالتالي تأكيد ملكية الحائز حسن النية وإثبات أنها ملكية منجزة وباتة غير معلقة على شرط وغير نسبية، وهذا الأمر يقتضي بطبيعة الحال تبيان أن حق الاسترداد المقرر وفق المادة ١/٩٣٩ مدني كويتي أو ٢٢٧٩ مدني فرنسي هو حق مقرر على خلاف الأصل ولا يمكن تكيفه إلا على أنه حق خيار.

رابعاً: ضرورة تعديل نص المادة ١/٩٣٩ من القانون المدني الكويتي، ونقترح أن يكون اتجاه التعديل هو:

- ١ - في حالة الإصرار على إبقاء فكرة الاسترداد، وهو ما لا نحبه، نقترح تعديل النص ليشمل الحالات الأخرى تطبيقاً لفكرة المساواة بين المالكين.
- ٢ - أما إذا لم يكن هناك أي إصرار على المحافظة على فكرة الاسترداد فإننا نفضل تأكيد رفض فكرة الاسترداد والاكتفاء بتأكيد حق المالك بالرجوع على السارق أو من شابهه أو على حائز سيء نية سابق على الحائز الأخير حسن النية.