

مدني



اعداد الطلبة

محمد محزم الحيني - جاسم طلال الزامل

2019/2018

Instagram: Kuwait.law

Website: lawkuwait.com



الفصل الأول – حق الملكية

- **تعريف حق الملكية** – هو حق مالك الشيء في ان يستعمله وان يستغله وان يتصرف فيه، في حدود القانون. كما نصت عليه المادة (٨١٠) من القانون المدني الكويتي.

عناصر حق الملكية (السلطات) – ص ١٣

عناصر حق الملكية - السلطات		
سلطة التصرف	سلطة الاستغلال	سلطة الاستعمال

▪ سلطة الاستعمال: -

مظاهر سلطة الاستعمال	
1. الإيجابي:	يكون المظهر الإيجابي لسلطة الاستعمال عند قيام المالك بالأعمال المادية التي تمكنه من الحصول على <u>منافع الشيء</u> دون <u>ثماره</u> وذلك حسب طبيعته. (مثال – استعمال الكتاب بالقراءة والسيارة بقيادتها).
2. السلبي:	يكون المظهر السلبي لسلطة الاستعمال في حالة عدم استعمال المالك للشيء الذي يملكه. فللمالك الحق بعدم استعمال المنزل للسكن، مالم تقيد ذلك السلطة للمصلحة العامة. (مثال لتقييد السلطة للاستعمال السلبي – اجبار أصحاب الحيازات الزراعية على زراعتها وعدم اهمالها).

من له حق الاستعمال	
1. المالك	يستطيع المالك ان يستعمل الشيء حتى ولو أدى ذلك إلى <u>هلاكه</u> . ولا تنقيد سلطته باستعمال الشيء الذي يملكه إلا بما يفرضه القانون من قيود.
2. غير المالك	يجب على غير المالك عند استعمال ما لا يملكه ان لا يؤدي ذلك الاستعمال إلى هلاك الشيء، وإلا كان مسؤولاً عن هلاكه او عن التلف الذي لحق به بسبب استعماله.
– يعد من قبيل استعمال الشيء الاعمال المادية التي يكون الهدف منها حفظ الشيء وصيانتها.	

▪ سلطة الاستغلال: -

- **تعريفها** – هي قدرة المالك على القيام بالأعمال المادية والتصرفات القانونية التي تمكنه من الحصول على ثمار الشيء.
- **تعريف ثمار الشيء** – هو ما ينتجه الشيء بشكل دوري دون ان يترتب على جنيته المساس بأصله او الانتقاص منه. (المحصولات الزراعية).

• أنواع سلطة الاستغلال:

1. استغلال مباشر – يتحقق إذا قام مالك المزرعة بتحصيل مزروعاتها وبيعها.

2. استغلال غير مباشر – يتحقق عندما يتفق المالك مع الغير على ان يحصل الغير على منفعة الشيء الذي يملكه المالك بمقابل. (كأن يؤجر سيارته على الغير – حيث يصبح المستأجر هو المستغل المباشر بالاستعمال، والمالك المستغل غير المباشر بالحصول على الأجرة).

● مظاهر سلطة الاستغلال:

1. الإيجابي – يكون المظهر الإيجابي لسلطة الاستغلال من خلال استثمار المالك ملكه او استغلاله.
2. السلبي – يكون المظهر السلبي لسلطة الاستغلال بعدم اجبار المالك على استثمار ملكه او استغلاله، إلا إذا ترتب على هذا الامتناع إحداث ضرر بالاقتصاد الوطني.

● الفرق بين سلطة الاستعمال والاستغلال:

1. الاستعمال – تهدف سلطة الاستعمال إلى الحصول على منافع الشيء دون ثماره (زراعة المزرعة واستخدام هذا المحصول للاستهلاك الشخصي).
2. الاستغلال – هذه السلطة تمكن المالك من الحصول على ثمار الشيء (زراعة المزرعة وبيع ثمارها).

● أوجه الاختلاف بين ثمار الشيء ومنتجاته:

1. الوجه الاول – صفة الدورية – حيث ان الثمار تكون ناتجة عن الشيء بشكل دوري كأجرة المباني – اما المنتجات فإنها لا تنتج بشكل دوري، كاستخراج الوقود من البترول.
2. الوجه الثاني – المساس بأصل الشيء – الحصول على الثمار لا يؤدي إلى إنقاص أصل العين المؤجرة والفائدة لا تنقص من أصل المال – اما المنتجات فإن الحصول عليها يؤدي حتما وبشكل تدريجي إلى إنقاص بل وربما فناء الشيء وانقضاؤه كاستخراج المعادن من المناجم.

● أهمية التفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته:

↔ عندما يكون حق الانتفاع لشخص وحق الملكية لشخص اخر – كما لو أنشأ احمد حق انتفاع على المزرعة التي يملكها لمصلحة اخية فيصل. ففي هذه الحالة يكون لفیصل باعتباره صاحب حق الانتفاع ان يمارس سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال، وان يستعمل المزرعة وان يحصل على ثمارها. اما المالك احمد فيكون له حق الحصول على منتجاتها باعتبارها من أجزاء ملكه.

● أنواع الثمار:

1. الثمار الطبيعية – هي الثمار التي تنتج بشكل تلقائي وبفعل الطبيعة.
2. الثمار المستحدثة – هي الثمار التي لا تنتج إلا بتدخل الانسان، كمحصول المزارع من الفواكه والخضروات الذي يقوم الانسان بزراعتها.
3. الثمار المدنية – وهي ما يحصل عليه المالك من مال بسبب تمكين الغير من الانتفاع بالشيء الذي يملكه، كأجرة المباني، وارباح الأسهم والسندات.

● أهمية التفرقة بين الثمار:

لا يوجد فرق بين الثمار الطبيعية والثمار المستحدثة، ولكن هناك فرق هام بين هذين النوعين من جهة، والثمار المدنية من جهة أخرى – خصوصا في تحديد الوقت الذي يحق فيه للحائز ان يقبض ثمار الشيء محل الحيازة.

نصت المادة ٩٢٩ من القانون المدني على – لحائز الشيء الحق فيما يقبضه من ثمار وما يحصل عليه من منفعة مادام حسن النية. وتعتبر الثمار الطبيعية او المستحدثة مقبوضة يوم فصلها، اما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما، والحصول على المنفعة كقبض الثمار المدنية.

■ سلطة التصرف: -

- تعريفها – هي حق المالك في التصرف فيما يملك. سواء كان هذا التصرف مادي او قانوني.

● انواع سلطة التصرف:

1. التصرف المادي – هي حق المالك في ان يقوم بممارسة الاعمال المادية التي تؤدي إلى انقضاء حقه، كهدم المنزل او قتل الحيوان الذي يملكه. وهذا ما يميز سلطة التصرف عن باقي السلطات الذي توجب على من يملك سلطة الاستعمال او الاستغلال من إعادة الشيء لمالكة بالحالة التي كان عليها، وإلا أصبح مسؤولا.
 2. التصرف القانوني – هي حق المالك بأن يأتي أي عمل قانوني يؤدي إلى زوال حقه كليها او جزئيا. فللمالك ان يتصرف في ملكه بأن ينقل ملكيته للغير بمقابل، كما هو الحال في البيع، او من دون مقابل، كما هو الحال في الهبة. وللمالك أيضا ان ينشئ على ملكه حقا عينا للغير، كما لو أنشأ المالك حق انتفاع او حق استعمال للغير على ملكه. كما للمالك ان يقيد حقه من خلال انشاء رهنا حيازيا للغير على ما يملك. وأكثر من ذلك للمالك ان يترك ملكه فيتحول إلى مال مباح يملكه من يحوزه بنية تملك وفقا لأحكام الاستيلاء.
- لا ان خاصية التصرف القانوني لا ينفرد بها حق الملكية فقط، بل يحق لصاحب حق الانتفاع ان يتصرف فيه. ولكن مع ذلك فإن سلطة المالك دائما أوسع، بحيث تثبت له سلطة كاملة تشمل الانتفاع والرقبة في آن واحد.
- لا سلطة التصرف المادي هي التي تميز حق الملكية عن أي حق اخر.

— ملاحظتان على جميع أنواع السلطات:

1. هذه السلطات ليست مطلقة – حيث ينص القانون في المادة ٨١٠ – لمالك الشيء ان يستعمله وان يستغله وان يتصرف فيه في حدود القانون. (انظر الأمثلة بالكتاب ص ٢١).
2. اندماج سلطة التصرف مع سلطة الاستعمال – يتحقق ذلك عندما يكون محل الحق أشياء قابلة للاستهلاك (الفناء) فورا. أي من قبيل الأشياء التي لا يتحقق الانتفاع بها إلا باستهلاكها او انفاؤها. مثال ذلك الطعام والشراب – حيث إذا قام المالك بأكل طعامه فيكون عندئذ قد استعمله وتصرف فيه في ان واحد.

خصائص حق الملكية – ص ٢٣

خصائص حق الملكية		
مطلق	دائم	استثنائي

■ استثنائي: -

- بمقتضى حق الملكية يكون للمالك وحده دون سواه ان يستأثر بمزايا حقه، فله ان يستعمله، وأن يحصل على ثماره، وان يتصرف فيه. فلا يجوز لغيره ان يحصل على منافع الشيء او ان يتصرف فيه إلا بإذن من المالك.
- وهذه الخاصية هي ما تجعل حق الملكية حقا جامعا، حيث يجمع بها المالك جميع السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، كسلطة الاستعمال، وسلطة الاستغلال، وسلطة التصرف. دون غيره.
- ولكن هذه الخاصية لا تؤثر على ما يمنحه المشرع لبعض الأشخاص باستعمال ملك الغير، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الارتفاق، اذ يمنح المشرع مالك العقار غير المتصل بالطريق العام بحق مرور عبر عقار مملوك لشخص اخر لتمكينه من الوصول إلى الطريق العام.

↔ النتائج المترتبة على اعتباره – استثنائي: -

1. ان حق الملكية خالي من أي تكليف – مثال – من يدعي ان له حق ارتفاق على بيت شخص اخر ان يثبت ذلك، حيث ان خاصية الاستئثار تجعل الأصل ان البيت ليس عليه حق ارتفاق.
2. ان لا يكون للشيء أكثر من مالك في وقت واحد – ولكن هناك ما يسمى بالملكية الشائعة والتي يملك فيها أكثر من شخص جزءا من شيئا واحدا في وقت واحد، وفيها يكون كل شخص يملك جزء من الشيء وليس الشيء كاملا، ويكون لكل شريك الحق في ان يتصرف في نصيبه كيفما شاء.

↔ ملاحظة – يرى بعض الفقهاء ان صفة الاستئثار لا ينفرد بها حق الملكية فقط، اذ ان جميع الحقوق عينية كانت ام شخصية تمنح صاحبها حق الاستئثار بمزاياها – (مثال – الحق الشخصي الناتج عن عقد الايجار يمنح صاحبه – المستأجر – دون غيره الاستفادة من منافع العين المؤجرة ومن ثم فلا يجوز للمالك – المؤجر – ان ينتفع بالعين المؤجرة طول مدة عقد الايجار).

● دائم: -

- ان فكرة الحق دائم هي ان الملكية تدوم ما دام الشيء باقيا او موجودا. وأنها لا تسقط بعدم الاستعمال، ولا يمكن تأقيتها.
- وصفة الدوام المقصود بها متصلة بالحق وليس بصاحبه (المالك)، حيث ان حق الملكية يبقى ثابتا على الشيء وانما يتم تغيير من يملك هذا الحق فقط.
- وحق الملكية الدائم يختلف عن جميع الحقوق الأخرى والتي تكون بطبيعتها مؤقتة، كحق الاستغلال وحق الاستعمال وغيرها من الحقوق الأخرى.
- يرى الفقهاء ان قاعدة دوام الملكية بدوام الشيء التي ترد عليه بوجوب التفرقة بين وجود الشيء وجودا ماديا ووجوده وجودا قانونيا. ويكون للشيء وجودا ماديا إذا كان سائبا بلا مالك، فإذا ثبتت ملكيته لأحد أصبح وجوده وجودا قانونيا، فلا تزول الملكية عنه إلا إذا هلك الشيء، (اذ لا يصح ان يعود الشيء سائبا مباحا بعد ان دخل الحياة القانونية).

– صفة الدوام واكتساب الملكية بالتقادم لا يتعارضان – حيث ان الملكية لا تسقط بمرور الزمن، ولكن حالة اكتساب الملكية بالتقادم تتمثل في ان المالك القديم يفقد حقه ليس لعدم الاستعمال، وانما لسيطرة شخص اخر عليه فيملكه بالتقادم، اذ لا يجوز ان يكون الشيء مملوكا لأكثر من شخص ملكية تامة.

● مطلق :-

– يرى الفقه ان للمالك ان يستعمل ملكه ويستغله ويتصرف فيه بشكل مطلق. (مثال – يهدم بيته او يحرق مزرعته).
 – ولكن هناك من الفقهاء الذين تأثروا بالفكر الاشتراكي والاجتماعي – يرون تغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية في بعض جوانب الحياة، لذلك أصبح للحق وظيفة اجتماعية يجب احترامها.
 – لذي لم يعد المالك حر فيما يملك بل ليس له ان يتصرف او يستعمل حقه إذا ترتب على هذا التصرف او الاستعمال ضرر يلحق بالغير والمجتمع. (نظرية عدم التعسف في استعمال الحق – المادة ٣٠ مدني – نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة – المادة ١٨ مدني). وفي هذه الحالات يكون تقييد سلطات المالك للمصلحة الجماعية، وهناك حالات يقرها المشرع تقييد سلطات المالك لتحقيق مصلحة فردية (الغير) مثال تقرير حق الارتفاق.

– لحق الملكية وظيفه اجتماعية :-

1. ليس للمالك ان يتصرف او يستعمل الحق إذا ترتب على ذلك ضرر بالغير او المجتمع.
2. عدم التعسف في استعمال الحق.
3. حق الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة.
4. تقرير حق الارتفاق على الملك.

نطاق حق الملكية – ص ٢٩

نطاق حق الملكية

العلو والسفل	منتجات الشيء	ثمار الشيء	ملحقات الشيء	الشيء ذاته وأجزائه
--------------	--------------	------------	--------------	--------------------

1. الشيء ذاته واجزائه:

أ. الشيء ذاته – من يملك سيارة تثبت له السلطات الثلاث (استعمال – استغلال – تصرف)، ويعتبر هذا حق ملكية على الشيء المادي الذي يرد عليه (السيارة – البيت).
 ب. اجزائه – هي مكوناته او عناصره – مثال من يملك السيارة يملك المحرك والمقاعد التي بداخلها، وكذلك من يملك منزلا فإنه يملك الاسمنت والحديد والحصى الذي يتكون منه الجدران والحوائط والاسقف. وذلك وفقا لقاعدة (من يملك الكل يملك الجزء من باب أولى). وتخضع أجزاء الشيء لتقدير قاضي الموضوع في تحديدها وذلك من خلال الرجوع إلى الغرض منه ومستعينا أيضا بالظروف المحيطة ورأي اهل الخبرة والعرف الجاري.

2. ملحقات الشيء – هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، وفقا للعرف والغرض الذي اعد له، شريطة إلا

يكون ناتج عن الشيء او متولد منه. وبناء على ذلك فتعتبر العقارات بالتخصيص من قبيل ملحقات العقار.
 – امثله – ايطار السيارة الاحتياطي يعتبر من ملحقات الشيء حيث انه معد وبصفه دائمة لاستعمال الشيء.

○ الاختلاف بين ملحقات الشيء وأجزاء الشيء:

– **ملحقات الشيء** – هي أشياء ملحقة بالشيء المادي الذي يرد عليه حق الملكية.

– **أجزاء الشيء** – هي من مكوناته وعناصره.

○ **الحالات التي بين فيها المشرع ملحقات الشيء بنص القانون بالنسبة لملحقات الشيء المرهون:**

أ. يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا (عقار بالتخصيص).

ب. يشمل بوجه خاص الأبنية والأشجار التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون او تستحدث بعده، وحقوق الارتفاق، والعقارات بالتخصيص، وجميع التحسينات والانشاءات التي تجري في العقار المرهون، وذلك كله ما لم يتفق على غيره.

3. **ثمار الشيء** – هي ما يخله او يدره الشيء بصفة دورية دون ان يترتب عليه إنقاص جوهري في أصله.

↔ **أنواع الثمار:**

أ. **طبيعية** – هي تلك الثمار التي تنتج من الشيء دون تدخل من الانسان كالنباتات الموجودة بالغابات، وصوف الأغنام.

فهذه الثمار لا يتدخل الانسان في انتاجها، وانما تنتج بفعل الطبيعة.

ب. **الصناعية او مستحدثه** – هي التي لا تنتج إلا بتدخل من الانسان، كزراعة البساتين لجني الفواكه منها، وزراعة

الأشجار لتقطيعها وبيعها اخشابا.

ت. **مدنية** – هي الربيع (العائد) الذي يحصل عليه مالك الشيء عندما يستثمر الشيء الذي يملكه. وقد يتحقق ذلك عندما

يسمح للغير باستعمال او استغلال الشيء الذي يملكه، كأجرة الشقة. ويعتبر من قبيل الثمار المدنية ما يحصل عليه المالك من فائدة نظير ايداعه مبلغا من المال في البنك.

4. **منتجات الشيء** – هو ما يمكن استخلاصه من الشيء بحيث يؤدي في نهاية الامر إلى انقضائه. مثال ذلك استخراج

المواد الأولية من البترول، واستخراج المعادن من المناجم.

↔ **أهمية التفرقة بين منتجات الشيء وثمار الشيء:**

– تبرز أهمية التفرقة بينهم في معرفة مدى إلزام الحائز برد الثمار ومنتجات الشيء الذي يحوزه – نصت المادة ٩٢٩

مدني – لحائز الشيء الحق فيما يقبضه من ثماره وما يحصل عليه من منفعة ما دام حسن النية. هذا النص يلزم حائز الشيء (عقار او منقول) بالتالي:

أ. يلتزم الحائز برد منتجات الشيء سواء اكان حسن النية ام سيء النية.

ب. لا يلتزم الحائز برد ثمار الشيء إلا إذا كان سيء النية فقط.

– للمنتفع الحق في الحصول على ثمار الشيء دون منتجاته. حيث نصت المادة ٩٤٦ مدني على انه – تكون ثمار الشيء المنتفع به للمنتفع، بنسبة مدة انتفاعه.

5. **العلو والسفل** – جاء نص المادة ٨١٢ مدني لتتضم العلو والسفل على الوجه التالي (ان ملكية الأرض تشمل ما

تحتها وما فوقها إلى الحد المقيد في التمتع بها وفقا للمألوف، ما لم يوجد نص او تصرف قانوني يخالف ذلك). وهذا يعني ان من يمتلك قطعة ارض فإن ملكيته تمتد لتشمل بالإضافة إلى سطحها كل ما يعلوها وما يقع تحتها وذلك يعني

ان سلطات المالك تمتد كالتالي:

- أ. تمتد لسطح الأرض فله ان يستغله كيفما شاء، كأن يبني منزلا او غيره.
- ب. تمتد سلطته إلى أسفل الأرض التي يملكها، فله منفردا حق الاستئثار بها، كأن يبني فيها سردابا او ان يمدد شبكه المجاري وأسلاك الكهرباء.
- ت. تمتد سلطته إلى ما يعلو ارضه من فضاء، بحيث له ان يمنع الغير من المرور فوق ارضه، او ان يطلب من الجار قطع الأشجار التي تعلو فوق حدود ارضه.
- ملاحظة – نص المادة السابق يبين نطاق حق الملكية وهي ان استعمال المالك او استغلاله لسطح الأرض التي يملكها او ما يعلوها من فضاء او يقع اسفلها من طبقات ليس مطلقا، حيث قيدت تلك المادة هذه السلطات بالحد المفيد في التمتع بالأرض. وذلك يعني ان المشرع الكويتي يعترف بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية. بل وقدمها على مصلحة المالك. وذلك على الشكل التالي:

- أ. لا يجوز في الكويت ان يحفر المواطن ارضه من اجل استخراج المياه الجوفية حماية لمخزون الدولة.
- ب. ليس للمواطن ان يمنع مرور الطائرات من الفضاء الذي يعلو ارضه او تمديد شبكة الكهرباء إذا لا يصيبه ضرر من ذلك.
- وضع المشرع قرينة بسيطة ان من يملك الأرض يملك ما عليها ما تحتها، وهي قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها، فمن يدعي ان الأشجار او البناء التي على سطح الأرض ملك له وليست لمالك الأرض اثبات ذلك، فإن عجز عن اثبات ذلك كانت ملك لمالك الأرض.

الباب الأول – الفصل الثالث – القيود التي ترد على حق الملكية – ص ٣٧

لقد تبنى المشرع الدستوري الكويتي فكرة الوظيفة الاجتماعية للملكية في نص المادة ١٦ من الدستور والتي تقضي بأن (الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعا حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون).

وجاء القانون المدني في نص المادة ٨١٠ ليرجم ذلك من خلال نصه على (لمالك الشيء ان يستعمله، وان يستغله وان يتصرف فيه في حدود القانون).

● أنواع القيود التي ترد على حق الملكية:

1. القيود التي تمنع الشخص من حقه في التملك – وهي التي تمنع الشخص من حرية اكتساب الملكية.
2. القيود التي ترد على الملكية بعد اكتسابها.

أنواع القيود التي ترد على حق الملكية

القيود الواردة على حرية التملك	القيود الواردة على حق الملكية بعد اكتسابها
--------------------------------	--

المبحث الأول – القيود الواردة على حرية التملك – ص ٣٨

كقاعدة عامة حظر المشرع الكويتي على الأجانب امتلاك العقارات في الكويت، ولكنه في حالات استثنائية أجاز لهم امتلاكها ضمن قيود معينة.

○ الاستثناءات التي سمح المشرع الكويتي للأجانب بتملك العقارات:

1. السفارات (العربية والأجنبية):

– ويكون هنا التملك للسفارة ذاتها او القنصلية ذاتها او المفوضية ذاتها، وكذلك لرئيس البعثة الدبلوماسية (السفير) ان يملك – وذلك كله **وفقا للشروط التالية:**

أ. شرط المعاملة بالمثل – ويعني ذلك ان الدولة الأجنبية تسمح لسفارة الكويتي بالتملك في اقليمها.

ب. ان يكون تملك السفير لغرض السكن.

ت. ان لا تتجاوز المساحة ٤٠٠٠ متر مربع – وهذا الشرط وضع لاحقا لوجود بعض السفارات، وطبق بأثر فوري ولا يسري على من كان يملك أكثر من هذه المساحة قبل القانون.

2. الخليجين (اشخاص طبيعية او اعتبارية):

● شخص طبيعي:

– يحق للخليجي ان يملك عقارا في الكويت ويعامل كمعاملة الكويتي في هذا الشأن، وقد فرق المشرع بين التملك عن طريق التصرف او عن طريق الورث وذلك وفق الشروط التالية:

○ التملك عن طريق التصرف (الشراء)، شروطها:

أ. شرط المعاملة بالمثل – أي ان دولة الشخص الخليجي الذي يرغب بالتملك تسمح للكويتي بالتملك وتعامل الكويتي كمواطنيها في هذا الشأن.

ب. ان يكون تملك الخليجي لغرض السكني.

ت. ان لا تتجاوز المساحة ٣٠٠٠ متر مربع.

○ التملك عن طريق الارث، شروطها:

– لم يضع المشرع الكويتي اية قيود على تملك الخليجي عن طريق الإرث.

● شخص اعتباري:

– اشترط المشرع على الأشخاص الاعتبارية الخليجية ان يكون الملاك جميعهم خليجين لكي تستطيع التملك.

– وفي حال دخول أي مالك جديد غير خليجي للشخص الاعتباري (الشركة)، وجب على الشركة بيع العقارات التي تملكها في الكويت، لانتفاء الشروط التي تمنحها حق التملك.

3. العربي:

○ التملك عن طريق التصرف (الشراء)، شروطها:

أ. ان يملك عقارا واحدا فقط.	ب. ان لا تزيد مساحته عن 1000 متر مربع.
ت. ان يكون العقار في المناطق السكنية.	ث. ان يكون بغرض السكني.
ج. ان تكون إقامة العربي مشروعة ودائمة.	ح. ان لا يكون صدر في حقه حكم مغل بالشرف والأمانة.
خ. ان يكون دخله يسمح بشراء عقار.	د. ان لا تكون الملكية شائعة مع كويتي.
ذ. ان يصدر مرسوم بالموافقة على التملك.	ر. إذا باع العقار لا يحق له التملك مرة أخرى إلا بعد 5 سنوات.

○ الاستثناءات على هذه الشروط:

أ. إذا كان بيعة بحصة بمال شائع لتملك العقار بأكمله. (متصوره بالميراث).

ب. في حالة نزاع الملكية.

ت. إذا تم شراء عقار وخالف هذه الشروط بعد التملك، يحرم من التملك مرة أخرى.

○ التملك عن طريق الارث، شروطها:

– في حالة الورث، يتملك العربي بحكم القانون، ولا يحتاج إلى مرسوم بالموافقة على التملك. **ويجب التفرقة بين حالتين:**

أ. **العربي يملك عقار قبل ان يرث العقار الاخر** – يخيره القانون بالتصرف بأحد العقارين خلال سنة، وإلا سيتم بيع العقار الذي ورثه جبراً.

ب. **العربي لا يملك عقار قبل ان يرث العقار الاخر** – يجبر على بيع العقار وفقاً للقانون خلال سنة – او يصدر له عفواً من مجلس الوزراء.

4. غير العربي:

● **شخص طبيعي:**

– لا يجوز له التملك بالتصرف (شراء).

– يتملك الغير العربي بالإرث بحكم القانون، ولكن عليه ان يتصرف بالعقار خلال سنة او يباع جبراً، وإلا إذا كانت زوجة ولديها أولاد يحق له طلب العفو من مجلس الوزراء.

● **شخص اعتباري:**

– لا يجوز للشخص الاعتباري الغير عربي تملك العقارات بالتصرف، وإذا كانت الشركة تمتلك عقارات قبل تطبيق القانون الذي يمنع تملك الغير عربي، فإنها ملزمة ببيع العقارات خلال سنة او تباع جبراً. حيث ان القانون طبق بأثر رجعي.

● **الاستثناءات:**

– الشركات المساهمة الغير كويتية يحق لها التملك في حال كان العقار لمقر الشركة.

المبحث الثاني – القيود التي ترد على حق الملكية بعد اكتسابها – ص ٤٧

المطلب الأول – القيود القانونية التي ترد على حق الملكية ص ٤٧:

ان القيود القانونية التي ترد على حق الملكية كثيرة. ويختلف نطاقها من بلد إلى اخر، فمنها ما هو متعلق بحق الجوار كعدم التعسف في استعمال الحق، ومنها ما هو متعلق بحق المرور في ارض الجار، ومنها ما يتعلق بحق الحصول على المياه لسقيا الأرض الزراعية البعيدة عن مورد المياه وغيرها من القيود.

● **صور القيود القانونية في القانون الكويتي:**

1. وفقاً للمادة ٨١٣ من القانون المدني – لكل مالك ان يجبر جاره على وضع حدود لألاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما. ويعتبر هذا الاجبار تعدي على حق الملكية ولكنه للمصلحة العامة.

2. القوانين واللوائح المنظمة لعملية البناء في الكويت:

أ. التزام المالك ببناء نسبة محددة منصوص عليها في القرار الوزاري رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٢.

- ب. التزام المالك بارتدادات الأبنية وعدم التصاقها بالجار وفقا لما ورد في ذات القرار الوزاري.
3. نص المادة ٣٠ من القانون المدني الكويتي – والتي تفعل دور الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية وتفيد من حرية المالك بعدم استعماله لحقه استعمالا غير مشروع (نظرية عدم التعسف في استعمال الحق) وتنص المادة على – يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية وبوجه خاص:
- أ. إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.
- ب. إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.
- ت. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضررا فاحشا غير مألوف.
- ث. إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب مطلقا مع الضرر الذي يلحق بالغير.
- وتجمع هذه الصور ضابط مشترك هو نية الأضرار سواء على نحو إيجابي بتعمد السعي إلى مضارة الغير ودون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك، أو نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير بضرر فادح من استعمال صاحب الحق استعمالا لا يتناسب مع ضالة المصالح التي تعود عليه ويكاد يبلغ الأضرار العمدي.
- ان مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق يعتبر تعديا على السلطات المقررة للمالك بحسب الأصل في القانون، وهذا مبررا لاعتبارات المصلحة العامة.

المطلب الثاني – القيود الاتفاقية التي ترد على حق الملكية ص ٥١:

- يعد الشرط المانع من التصرف من اهم تطبيقات القيود الاتفاقية التي ترد على حق الملكية.
- ماهية الشرط المانع من التصرف ومشروعيته:
- قد يرد في العقد أو الوصية بندا يقضي بحرمان من انتقلت إليه الملكية بالتصرف في الشيء محل العقد، مثال:
- اتفاق أطراف عقد البيع على حرمان المشتري من التصرف في المبيع بمقابل أو من دون مقابل خلال سنة من تاريخ البيع.
- ان يشترط الموصي في وصيته بان لا يتصرف الموصي له بالشيء محل الوصية خلال فترة زمنية محددة.
- ان يرد في العقد بندا يقيد سلطة من انتقلت إليه الملكية، كأن يتضمن الشرط منع نقل الملكية فقط، فيكون من حق من انتقلت إليه الملكية ان ينشئ عليها حق سكنى أو حق انتفاع.
- ان يشترط البائع على المشتري بعدم بيع الشيء محل الشرط إلا بعد عرضه على شخص محدد (الحق في التفضيل).
- ان يتضمن الشرط إلزام المشتري عليه إذا رغب في التصرف في الشيء محل الشرط ان يقدم شيئا ليحل محله، وهو ما يعرف بشرط الاستبدال.
- ↔ الشرط المانع في القانون المدني الكويتي جاء في المادة ٨١٥ حيث نصت على (إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوي ومقصورا على مدة معقولة).
- ↔ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني جاء بها (ونظرا إلى ان الشرط المانع أو المقيد للتصرف يحقق مصالح معتبرة، فقد رأى المشروع النص على صحته بشروط تحول دون ان يستخدم هذا الشرط لتحقيق أغراض تنافي مبادئ الشريعة الإسلامية، وتجعله غير مناف لمقتضى العقد أو الوصية).

• شروط صحة الشرط المانع من التصرف:

شروط صحة الشرط المانع من التصرف

ان يكون مؤقتا بمدة معقولة	وجود الباعث القوي	ان يرد الشرط في التصرف القانوني الناقل للملكية
---------------------------	-------------------	--

1. ان يرد الشرط في التصرف القانوني الناقل للملكية:

- لا يتصور هذا الشرط إلا في التصرفات القانونية التي تنشأ بتلاقي إرادتين، سواء كان بمقابل او بدون مقابل. ذلك يعني انه لا يجوز للمالك ان يقرر بإرادته المنفردة عدم جواز التصرف في مال من أمواله، لان ذلك يعتبر التفاف على الضمان العام للدائنين. حيث انه من اثار الشرط المانع ان يجعل المال محل الشرط غير قابل للحجز عليه. فإذا سمح للمالك بتقرير الشرط المانع بإرادته المنفردة لاستطاع ان يخرج أمواله من الضمان العام للدائنين.
- إذا كان الأصل ان ليس للمالك بإدارة المنفردة ان يقرر عدم جواز التصرف في مال من أمواله، إلا انه يستثنى من ذلك الوصية، وهي تصرف قانوني بإرادة منفردة. والسبب في ذلك يرجع إلى ان ورود هذا الشرط في الوصية لا يترتب عليه خروج المال من الضمان العام للدائنين، حيث ان الوصية لا تنتج أثرها إلا بعد تحقق وفاة الموصي.
- قد يرد الشرط المانع من التصرف او المقيد له في التصرفات الناقلة للملكية سواء كان محلها عقارا او منقولا، إلا انه في المنقولات قد تنعدم فائدته، وذلك عندما يحوز الغير المنقول وبحسن نية فيملكه بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.
- لا يكون الشرط المانع من التصرف صحيحا إلا إذا ورد في التصرف القانوني ذاته التي انتقلت بمقتضاه الملكية إلى المتصرف إليه (يجب ان يرد في ذات الورقة التي تم فيها التصرف الناقل للملكية).

2. وجود الباعث القوي:

- يقصد بوجود الباعث القوي هو وجود مصلحة جدية دفعت المشتري لإدراج هذا الشرط في العقد الناقل للملكية. ووفقا للقضاء الفرنسي لا فرق بكون المصلحة الجدية كانت مادية او أدبية.
- يقع عبء اثبات وجود الباعث القوي على من يتمسك بالشرط. وإذا ما أراد المشتري (المدعي) ان يبطل هذا الشرط فعليه ان يرفع دعوى بطلان هذا الشرط المانع، وفي هذه الحالة يتوجب على البائع (المدعى عليه) اثبات وجود الباعث القوي والمشروع لمنع بطلان هذا الشرط. هنا نلاحظ ان عبء الاثبات انتقل من المدعي إلى المدعى عليه خلافا للأصل الذي يلزم المدعي بإثبات دعواه.
- قد تكون المصلحة الجدية التي تبرر شرعية الشرط المانع من التصرف مقررة لمصلحة المتصرف او المتصرف إليه او الغير - امثلة ص ٦١:

- أ. مصلحة المشتري - عندما يهب مزرعة للغير ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع على هذه المزرعة مدة حياته.
- ب. مصلحة المشتري عليه - ان يهب عبد الله منزلا لسعد، ويشترط عليه بالا يتصرف في هذا المنزل طوال مدة حياة سعد - لكي يحمي سعد من طيشه المشتري به.
- ت. مصلحة الغير - عندما يهب احمد منزلا لفهد ثم يشترط عليه بأن يدفع ايرادا شهريا لحسين طوال مدة حياته، فحتى يضمن دفع هذا الايراد يشترط عليه بالا يتصرف في المنزل طوال مدة حياة حسين.

– ما أثر زوال المصلحة الجدية – المشرع الفرنسي منح القاضي سلطة تقديرية في زوال المصلحة الجدية او انها أضحت غير مهمة. فإن قرر القاضي زوال المصلحة الجدية له ان يأذن للمشتري عليه بأن يتصرف في المال محل الشرط.

← لم يتضمن القانون المدني الكويتي نصا يجيز للقاضي السماح للمشتري عليه بالتصرف في المال محل الشرط إذا زالت المصلحة الجدية من وضع الشرط. لذلك هناك رأيين أحدهما يقر للقاضي والأخر يمنع القاضي.

3. ان يكون الشرط المانع من التصرف مؤقتا بمدة معقولة:

– لا يكون هذا الشرط مؤبدا (إذا كانت المدة غير معقولة ترتب على ذلك بطلان الشرط المانع من التصرف).
– اشترطت المادة ٨١٥ من القانون المدني الكويتي – لصحة الشرط المانع او المقيد للتصرف ان ينعقد لمدة معقولة. وتكون معقولة المدة وفقا لسلطة القاضي التقديرية ولا رقابة عليه من محكمة التمييز.
– يمكن للقاضي ان يحدد معقولة المدة من خلال الوقوف على الهدف او الباعث لهذا الشرط، فإن تجاوزت مدة الشرط الهدف منه، فإن المدة تكون عندئذ غير معقولة، ومن ثم يبطل الشرط.

← مثال – كما لو كان من الباعث على الشرط هو تحقيق ضمان للبائع لاستيفاء الثمن من المشتري في البيع بالتقسيط، يكون عندئذ اشتراط المنع من التصرف في المبيع حتى سداد الثمن شرطا صحيحا، اما إذا امتدت مدة المنع إلى ما بعد دفع كامل الثمن فتكون المدة غير معقولة، ومن ثم يبطل الشرط.

– يجوز ان تكون المدة طوال حياة المتصرف او المتصرف إليه او المشتري له، حيث ان حماية المصلحة المرجوة من المنع من التصرف قد لا تتحقق على وجه كامل إلا باستمرار المنع طيلة حياة صاحبها. أمثلة ص ٦٦.

• يجب ان تتوافر هذه الشروط الثلاثة مجتمعة في الشرط المانع، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن الشرط المانع من التصرف يبطل ولا يمتد هذا البطلان للتصرف القانوني ذاته (نقل الملكية بالبيع). إلا إذا كان الشرط المانع هو الدافع الباعث إلى التعاقد فعندئذ يبطل التصرف برمته.

• الآثار القانونية للشرط المانع من التصرف:

الآثار القانونية للشرط المانع من التصرف

منع سلطة التصرف او تقييدها	عدم جواز الحجز على المال محل الشرط	ابطال التصرف المخالف للشرط
----------------------------	------------------------------------	----------------------------

1. منع سلطة التصرف او تقييدها:

– نطاق المنع او التقييد – مختلف عليه وفقا للألفاظ التي ترد في ذلك الشرط على الشكل التالي:
أ. خاص – إذا ورد الشرط بلفظ خاص فلا يثير ثمة صعوبة، لأنه يتمتع عندئذ على المشتري عليه القيام به، كما لو اشترط عليه ألا يبيع المال محل الشرط، فله ان يهب هذا المال او ان يقدمه كحصة في شركة.
ب. عام – إذا ورد الشرط بألفاظ عامة، كأن يذكر في الشرط العبارة (لا يجوز التصرف في المال الموهوب طوال مدة حياة الواهب) انقسم الفقهاء إلى فريقين:

○ الفريق الأول – يرى أنصار هذا الفريق ان التفسير السليم لهذا الشرط ان تطبق عليه القاعدة التي بمقتضاها ان اللفظ العام لا يخصص إلا بدليل. ويكون المنع بهذه الحالة على:

1. التصرفات القانونية التي من شأنها ان تخرج المال محل الشرط من الذمة المالية للمشتراط عليه سواء كان ذلك بمقابل او من دون مقابل، ومن ثم فلا يجوز لهذا الأخير ان ينشئ أي حق عيني أصلي يترتب عليه نقل الملكية للغير، كأن يبيع او يهب او ان يقدم هذا المال كحصة في شركة.

2. يتمتع على المشتراط عليه ان ينشئ حقا عينيا تبعا على المال محل الشرط، كإنشاء رهن رسمي او حيازي، وإلا أمكن الالتفاف على الشرط المانع من التصرف، اذ سيعمد المشتراط عليه إلى انشاء رهنا ثم يقصر في تنفيذ التزاماته من اجل الحجز على المال محل الشرط تمهيدا لبيعه في المزاد العلني وفقا لأحكام الرهن، وبذلك يستطيع التخلص من الشرط.

3. يتمتع على المشتراط عليه ان ينشئ أي حق من الحقوق العينية الأخرى التي لا يترتب عليها نقل الملكية للغير. لذلك فوفقا لوجهة نظرهم فإنه يتمتع على المشتراط عليه ان ينشئ حق الانتفاع او حق الاستعمال او حق السكنى. والسبب في ذلك انها تعد من قبيل التصرفات الجزئية في الملكية، وان مقتضى الشرط ان تبقى الملكية كاملة للمتصرف إليه.

○ الفريق الثاني – يرى أنصاره انه إذا استخدمت الفاظ عامة في الشرط المقيد او المانع من التصرف، فإنه لا يجوز للمشتراط عليه ان يقوم بالتصرفات التي من شأنها ان تنقل المال محل الشرط للغير (كالبيع والهبة)، او يمكن ان يؤدي إلى ذلك (كالرهن) فقط. اما انشاء الحقوق العينية الأخرى التي لا يترتب عليها اخراج المال من الذمة المالية للمشتراط إليه فيجوز له القيام بها، والسبب في ذلك ان التقييد والمنع استثناء، والاستثناء وفقا لقواعد التفسير لا يجوز التوسع فيه، بحيث يجب تطبيقه بأضيق الحدود. ووفقا لهذا التفسير من الفريق الثاني ان الشرط المانع يكون على التصرفات القانونية، وان هناك طرق أخرى تنتقل بها الملكية ولا يمتد لها هذا الشرط المانع كالتالي:

1. اكتساب الملكية عن طريق التقادم.

2. نزع الملكية للمنفعة العامة.

3. انتقال الملكية عن طريق الميراث.

4. تصرف لا ينقل الملكية – الصلح والقسمة لانهما من الاعمال الكاشفة وليست ناقلة للملكية.

5. تصرف لا ينقل الملكية – تأجير المال محل الشرط.

6. ان يوصي المشتراط عليه به للغير، لان الوصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة، وبالوفاة سينتقل المال حتما إلى الغير (الورثة).

– يرى بعض الفقهاء ان الشرط المانع يقع على التصرفات القانونية، فيجوز للمشتراط عليه القيام بالأفعال المادية كهدم البناء، مادام انه لا يترتب على ذلك الالتفاف على الغرض من المنع. فإذا كان المال محل الشرط منزلا وكان الهدف من الشرط انشاء حق السكنى لشخص اخر فلا يجوز للمشتراط عليه ان يهدمه.

↔ **ملاحظة** – الشرط المانع من التصرف المادي لا يعتبر شرط مانع، وانما التزام بعدم القيام بعمل، ولا تنطبق عليه الاحكام الخاصة في الشرط المانع من التصرف.

2. عدم جواز الحجز على المال محل الشرط:

– حتى يتحقق الهدف من الشرط لا بد من تقرير عدم جواز الحجز على المال محل الشرط، حيث انه لو سمح بالحجز عليه لاستطاع المشتراط عليه التخلص منه بسهولة، حيث يكفي ان يتفق مع الغير على الدخول في علاقات قانونية ما

ثم يتظاهر بالتقصير في تنفيذ التزاماته من اجل ان يقوم الدائن بتقديم طلب الحجز على المال محل الشرط باعتباره الضمان العام للدائنين، وبذلك يفقد الشرط المانع من التصرف أي قيمة قانونية.

- ان عدم جواز الحجز والتنفيذ على المال محل الشرط مرتبط بالعرض من وجوده. فإن كان الغرض من الشرط لا يتطلب منع التنفيذ على المال يجوز عندئذ للدائنين ان يحجزوا عليه، كما لو اشترط البائع في عقد بيع العقار على المشتري بعدم التصرف في المبيع حتى سداد كامل الثمن، اذ الهدف من الشرط هنا حصول البائع على الثمن، وهذا الهدف يتحقق من خلال بيع العقار بالمزاد العلني.
- وفقا لنظرية الحلول العيني - فإذا حل مال محل المال محل الشرط، كما لو نزعت الدولة ملكية العقار الذي يرد عليه الشرط ومنحت المالك عقارا اخر بدلا عنه. فإن العقار البديل يحمل بالشرط المانع من التصرف، ومن ثم فلا يجوز التصرف فيه ولا الحجز علي.

3. ابطال التصرف المخالف للشرط:

○ نصت المادة ٨١٦ من القانون المدني الكويتي على التالي:

1. إذا كان الشرط المانع او المقيد للتصرف صحيحا، وتصرف المشتري عليه (المشتري) بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشتري (البائع) ومن تقرر الشرط لمصلحته ابطال التصرف.
2. ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا اقره المشتري وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير.
- مثال - ممكن ان يشترط البائع (أ) على المشتري (ب) عدم بيع المبيع (السيارة) للغير خلال مدة ٣ سنوات، ورغم ذلك الشرط يبيع المشتري هذه السيارة للغير بعد سنة من إبرام العقد.

↔ **أثر التصرف** - في هذا المثال يكون التصرف **صحيحا ولكنه قابل للإبطال** وفقا لنص المادة ٨١٦ مدني.

↔ **من له حق التمسك بالبطان** - يحق لكل من المشتري (البائع) والمستفيد (ممكن الورثة في حال كان الشرط المانع هو عدم بيع المبيع طوال حياة المشتري عليه) من الشرط حق التمسك بإبطال التصرف المخالف للشرط.

↔ **موقف المشتري عليه** - لا يتصور منحه حق الابطال، كي لا يكون له المجال مفتوح للغش على الاخرين، بالتصرف لهم رغم علمه بالشرط المانع، وبعد ذلك يتمسك بالإبطال استنادا للشرط المانع.

↔ **طبيعة البطان المقرر وفقا للشرط المانع** - يعتبر بطان من نوع خاص، حيث انه ليس بطان مطلقا حيث لا يمكن للمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها. ولا يعتبر بطان نسبي حيث انه مقرر للمشتري والمستفيد من ذلك الشرط حيث انهما ليسا طرفا في التصرف المخالف للشرط.

↔ **إقرار التصرف المخالف للشرط** - منحت المادة ٨١٦ مدني المشتري او ورثته ان يقر صحة التصرف المخالف للشرط (تصحيح التصرف). وإذا كان الشرط المانع وضع لمصلحة المشتري والغير في آن واحد، وجب ان يقر جميعهم التصرف المخالف للشرط، بمعنى موافقة المشتري مع موافقة الغير. ولا تكفي إجازة أحدهما فقط.

↔ **أثر القضاء بإبطال التصرف المخالف للشرط المانع وفقا لنص المادة ٨١٧ مدني:**

1. لا يحتج بالشرط المانع او المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف او كان في مقدوره ان يعلم به.
2. فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط، فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت شهره.

– في هذه الحالة يجب التفرقة بين نوعين من الغير، حسن النية وسيء النية، وكذلك ما إذا كان المتصرف فيه عقارا او منقولا على الشكل التالي:

○ عقارا:

- تم اشهار التصرف الذي ورد عليه – ان الاشهار يفترض معه علم الغير به من وقت الشهر، حيث يعتبر الاشهار قرينة قاطعة على علم الكافة بالتصرف، ومن ثم يحتج بالشرط عليه، فيلتزم برد العقار إلى المالك إثر ابطال تصرفه.
- لم يتم اشهار التصرف الذي ورد على العقار – إذا لم يشهر فلا يحتج به على الغير، اذ لا يمكن ان ينسب إليه ثمة تقصير، ومن ثم فلا يحتج بالشرط عليه، وله الحق في ان يتجاهل حكم الابطال، وان يقوم بتسجيل تصرفه فتنقل الملكية إليه وهي خاليه من أي تكاليف.

○ منقولا:

- الغير حسن النية – لا يحتج بالشرط المانع بمواجهته، وذلك استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.
- الغير سيء النية – إذا كان يعلم او كان بمقدوره ان يعلم بالشرط المانع بالتصرف فيحتج بالشرط عليه، ومن ثم يلتزم برد الشيء المنقول الذي تسلمه بمقتضى العقد الذي تم ابطاله.

– الأساس القانوني للشرط المانع من التصرف:

1. صورة خاصة من صور نقص الاهلية.
2. التزام بالامتناع عن القيام بعمل خلال مدة الشرط.
3. تكليف عيني.
4. استثناء وخروج على ما يخوله حق الملكية للمالك من سلطات، حيث يعتبر تعديل اتفاقي للنظام العادي للملكية بتصريح من المشرع الذي يعطي لإرادة سلطة تقرير هذا التعديل لمدة مؤقتة تحقيقا لمصلحة مشروعة (وهو الراجح).

الباب الأول – الفصل الرابع – بعض صور الملكية – ص ٨١

المبحث الأول – الملكية الشائعة – ص ٨٢

المطلب الأول – ماهية الملكية الشائعة مع بيان طبيعتها القانونية – ص ٨٥:

الفرع الأول – ماهية الملكية الشائعة:

- تعريف الملكية الشائعة – نص المادة ٨١٨ مدني – هي إذا تعدد أصحاب الحق العيني على الشيء، غير مفرزة حصة كل منهم، فهم شركاء على الشيوع، وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك.
- او هي – تعدد أصحاب الحق العيني على الشيء دون ان تكون حصصهم مفرزة.

* عدم الخلط بين الملكية الشائعة وبعض صور الملكية القريبية منها:

1. الملكية الشائعة والملكية الجماعية – في الملكية الجماعية تثبت الملكية للجماعة (القبيلة او العشيرة) وليس للأفراد الذين تتكون منها هذه الجماعة، ومن ثم يكون لرئيس القبيلة او العشيرة حق تنظيم استثمار واستغلال الملكية الجماعية نيابة عن افراد الجماعة. اما في الملكية الشائعة فيكون كل شريك مالك لحصته ملكية تامة فبمقتضى الشيوع يتم تقسيم الملكية الشائعة الواردة على المال إلى حصص دون تقسيم الملكية ذاتها.

2. الملكية الشائعة وملكية الأشخاص المعنوية كالنوادي وجمعيات النفع العام – ففي الملكية الشائعة يملك الشريك حصته ملكية تامة، في حين ان الأعضاء في الشخص المعنوي لا تثبت لهم أية ملكية، وانما تثبت الملكية للنادي او المؤسسة باعتبارها شخصا معنويا يتمتع بذمة مالية مستقلة عن الأعضاء المكونين له.

3. الملكية الشائعة وملكية أسهم في شركات – ان الشريك في الشركة يملك الأسهم ملكية مفرزة لا شائعة، وان ملكية أصول الشركة وحقوقها تثبت للشركة باعتبارها شخصا معنويا يتمتع بذمة مالية مستقلة عن الشركاء، فهي تكون مملوكة ملكية مفرزة للشركة. في حين ان الشريك على الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة.

* مصادر الشيوع – هي ذاتها مصادر اكتساب الملكية – وتنقسم إلى قسمين:

1. ارادي – ان الملكية الشائعة تكتسب بمقتضى الإرادة، ويتحقق ذلك عندما يشتري أكثر من شخص سيارة او منزلا، او ان يوصي او يهب أحد الأشخاص لأخويه سيارة او مزرعة.

2. غير ارادي – ويكون عندما يتوفى الانسان فتنقل جميع أمواله إلى وراثته وفقا للأنصبة الشرعية.

* تحديد نصيب كل شخص في الملكية الشائعة:

– القاعدة – ان يتم تحديد انصبة الشركاء على الشيوع في المصدر المنشئ لحالة الشيوع، فعلى سبيل المثال إذا وهب احمد سيارة إلى فواد ومنيرة، فهم شركاء على الشيوع، وكل منهما يملك حصة شائعة تعادل النصف.

– اختلاف الأنصبة – يكون إذا اشترى محمد وحمد سيارة بألف وخمسمائة دينار، دفع منها حمد ١٠٠٠ دينار بينما دفع محمد ٥٠٠ دينار، فيملك حمد حصة تقدر بثلاثي المال الشائع، بينما يملك محمد حصة تقدر بثالث المال الشائع.

– في حالة الوراثة – فإن انصبة الأبناء تتحدد بمقتضى احكام الميراث وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، أي للذكر مثل حظ الانثيين.

– في حالة وجود عقد بيع دون ذكر كم دفع كلا من المشتريين – وضع المشرع قرينة قانونية مفادها ان حصص الشركاء تكون متساوية – هذا ما نصت عليه المادة ٨١٨ من القانون المدني.

● الفرع الثاني – الطبيعة القانونية للملكية الشائعة:

↔ ملكية فردية من نوع خاص – حيث ان الشريك في الشيوع لا ينفرد بمزايا كل الشيء محل الملكية الشائعة، وانما تقتصر سلطاته على نصيبا منه يتناسب مع حصته في المال الشائع.

– نص المشرع الكويتي في المادة ٨١٩ مدني على:

1. لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه.

2. وله ان يتصرف في حصته الشائعة.

↔ وبناء على هذا النص فإن الشريك على الشيوع يملك حصته ملكية تامة فله ان يستعملها او ان يستغلها او ان يتصرف فيها وفقا لأحكام القانون.

■ **المطلب الأول – السلطات التي تخولها الملكية الشائعة للشركاء على الشيوع – ص ٨٧:**

● **الفرع الأول – استعمال المال الشائع واستغلاله – ص ٨٨:**

– القيود على استعمال او استثمار المال الشائع (بقدر حصته – عدم الاضرار بالملاك الاخرين):

1. يجب على الشريك ان يستعمل او يستثمر المال الشائع بما يتناسب مع حصته فيه. (مثال – ورث اخ واخته شاليها من والدهم، وكانت هناك قسمة مهياة زمانية، فإن الأخ يستعمل الشاليه فترة ضعف فترة الأخت).
2. يجب ان لا يترتب على استعمال الشريك للمال الشائع او استغلاله إلحاق الضرر بباقي الشركاء في نفس الوقت، وان يكون استعمال المال الشائع بما اعد له. (مثال – ورثة لهم مزرعة على الشيوع، وفيها شارع يخدمها، فلا يحق لاحد من الملاك على الشيوع ان يبني فوق هذا الشارع لما سيسببه من ضرر لباقي الملاك).

○ **الفصل الأول – اتفاق الشركاء على استعمال المال الشائع والانتفاع به – ص ٩٠:**

اتفاق الشركاء على استعمال المال الشائع والانتفاع به			
قسمة المهياة الزمانية		قسمة المهياة المكانية	
المدة	الاتفاق	المدة (محددة وغير محددة)	الاتفاق بين الشركاء
يجب ان تحدد	اجماع او قضائية	في حدود خمس سنوات	اجماع او قضائية

– قسمة المهياة المكانية والزمانية هي قسمة انتفاع وليست قسمة ملك حيث يظل المال مملوكا على الشيوع لكل الشركاء.

– القسمة لا تفترض ولو بالحيازة، وانما يجب ان يتم اثباتها.

– مهما طال زمن القسمة فإن قسمة المهياة لا تؤدي إلى القسمة النهائية.

أولا – قسمة المهياة المكانية – نص المادة ٨٤٣ مدني – ص ٩١:

– وفقا لقسمة المهياة المكانية يتم الاتفاق بين الشركاء على تقسيم المال الشائع إلى اقسام تتناسب مع حصص الشركاء، بحيث يكون لكل منهم الحق في ان يستعمل او يستثمر في حدود الجزء المفروض المقرر له دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء.

– يترتب على قسمة المهياة المكانية افرار الانتفاع من المال الشائع، اما الملكية فتظل شائعة بين الشركاء.

– **الشيء محل الملكية** – لا يتصور وجود المهياة المكانية إلا إذا كان الشيء محل الشيوع قابلا للقسمة العينية (عمارة كل شخص يستغل دور مثلا)، اما إذا كان المال غير قابل للقسمة العينية فليس امام الشركاء إلا اللجوء إلى قسمة المهياة الزمانية.

↔ القاعدة انه لا يتصور وجود المهياة إلا باتفاق جميع الشركاء – نص المادة ٨٤٣ مدني (للشركاء جميعا ان يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهياة بأن ينتفع كل منهم بجزء مفروض مدة لا يصح ان تزيد على خمس سنوات) – قد يكون هذا الاتفاق صريحا او ضمنيا، ويعتبر استخلاص الاتفاق من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع.

↔ استثناء من ضرورة اتفاق جميع الشركاء – وفقا لنص المادة ٨٤٥ من القانون المدني – انه يجوز عند عدم وجود اتفاق قسمة المهياة في اثناء نظر دعوى القسمة النهائية ان تأمر المحكمة ببناء على طلب من أحد الخصوم بالقيام بقسمة المهياة – ويتضح ان هذه الحالة لا يمكن اعمالها إلا إذا كان هناك دعوى للقسمة النهائية.

← مدة قسمة المهايأة – خمس سنوات وفقا للنص. فإذا زادت عن خمس سنوات تكون صحيحة في حدود الخمس سنوات. وتنتهي المدة بانتهاء الخمس سنوات دون حاجة إلى التنبيه – متعلقة بالنظام العام.

← استثناء على المدة – إذا كانت هناك دعوى القسمة النهائية، حيث يمكن ان تستمر مدة القسمة إلى حين الانتهاء من إجراءات دعوى القسمة النهائية.

← إذا لم ينص اتفاق الشركاء على المدة – فتكون مدة سنة وتمتد سنة فسنة، وتنتهي مدته إذا نبه أحد الشركاء الآخرين برغبته في انهاء المهايأة المكانية قبل انقضاء السنة الجارية **بستين يوم** – ويطبق هذا الحكم في حالة التجديد الضمني للمهايأة المكانية، كما إذا انتهت المدة المتفق عليها في المهايأة المكانية ويستمر الشركاء بانتفاعهم بالجزء المفرد المقرر لهم بمقتضى الاتفاق دون اعتراض من أحدهم.

* ثانيا – قسمة المهايأة الزمانية – ص ٩٦ :

– نظمت المادة ٨٤٤ مدني المهايأة الزمانية حيث نصت على (لشركاء جميعا ان يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته).

– **مثال** – إذا كانت السيارة مملوكة لشخصين بالتساوي بينهما، بحيث يكون لكل منها النصف، فيجوز عندئذ لهما ان يتفقا على ان ينفرد في استعمالها كل منهما لمدة سنة.

– **مثال** - إذا توفي شخص وترك بنتا او ابنا واحدا، فيجوز ان يتناوبان على المنزل الذي ورثاه من ابيهما لمدة تتناسب مع حصة كل منهما، بحيث تسكن فيه البنت سنة ثم يسكن الابن السنتين التاليتين.

← مدة قسمة المهايأة الزمانية – لا يجوز ان تتجاوز خمس سنوات وفقا للنص. فإذا زادت عن خمس سنوات يكون اتفاق المهايأة باطلا – وذلك بخلاف المهايأة المكانية التي تعتبر الاتفاق صحيحا في حدود الخمس سنوات.

– **مثال بطلان الاتفاق كونه زائدا على خمس سنوات** – كما لو ورث سبعة أبناء شاليها من ابيهم واتفقوا على ان ينفرد بالانتفاع به كل واحد منهم لمدة سنة. فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا لان مدته ستكون سبعة سنوات، والمهايأة الزمانية لا يجوز ان تزيد مدتها على خمس سنوات.

← **تختلف المهايأة الزمانية عن المهايأة المكانية بضرورة تحديد المدة** – حيث ان المدة في المهايأة الزمانية تعد من الأمور الجوهرية التي لا يصح الاتفاق من دونها.

← **تكييف قسمة المهايأة المكانية والزمانية على انها عقد ايجار** – ونص المشرع الكويتي في المادة ٨٤٦ مدني على (تخضع قسمة المهايأة من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام عقد الايجار ما لم تتعارض هذه الاحكام مع طبيعة القسمة).

← **يجب ان يتمتع أطراف المهايأة بنوعيتها بالأهلية اللازمة لأبرام عقد الايجار** – وهي أهلية الإدارة (أهلية ابرام عقد الايجار) لكونها من قبيل اعمال الإدارة، ويلتزم كل طرف في المهايأة بالمحافظة على الجزء الذي ينفرد في استعماله او استغلاله، كما هو الحال بالنسبة للمستأجر الذي يحافظ على العين المؤجرة.

← **بعض احكام الايجار لا تتناسب مع قسمة المهايأة الزمانية** – مثل الامتداد في عقد الايجار لما فيه مخالفة لمنع المهايأة لأكثر من 5 سنوات.

○ الغصن الثاني – اختلاف الشركاء على استعمال المال الشائع والانتفاع به – ص ٩٨ :

– لا تثور ثمة مشكلة إذا اتفق الشركاء على إدارة المال الشائع على نحو معين، ولكن قد يصعب من الناحية العملية وجود اتفاق بين الشركاء على إدارة المال الشائع، لذلك وضع المشرع نظاماً قانونياً خاصاً لإدارة المال الشائع عند وجود اختلاف بين الملاك، حيث اكتفى بوجود أغلبية معينة لإدارة المال الشائع، ولكنه فرق بين نوعين من الإدارة على الشكل التالي:

* أولاً – سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة – ص ٩٩ :

– نصت المادة ٨٢١ مدني على:

1. لأغلبية الشركاء، على أساس قيمة الحصص (51٪)، ان تقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ولها ان تعين من الشركاء او من غيرهم مديراً يقوم بهذه الاعمال، ولها ان تضع نظاماً للإدارة.

2. ويسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاماً او خاصاً.

– تعريف اعمال الإدارة المعتادة – هي التي لا تؤدي إلى تغييرات أساسية في المال الشائع ولا التعديل في الغرض الذي اعد له. او هي تلك الاعمال اللازمة لاستغلال المال الشائع او استثماره دون ان تتضمن تغييراً أساسياً فيه او تعديلاً في الغرض الذي اعد من اجله. (تأجير المنزل)

– لا تقتصر سلطة الأغلبية في مباشرة التصرفات القانونية – وانما يمكن لها ان تجري بعض الأفعال المادية طالما انها لازمة لاستغلال المال الشائع ولا تتضمن المساس بأصل الشيء او تغيير في الغرض الذي اعد من اجله، كهدم بعض حوائط الدار للتوسعة مثلاً.

– الأغلبية المطلوبة هي لمن يملك أكثر من ٥٠٪ من قيمة حصص المال الشائع ولو كان شخصاً واحداً – ولا تملك الأقلية حق الاعتراض على قرار الأغلبية إلا إذا تضمن ذلك تعسفاً في استعمال الحق وفقاً للقواعد العامة.

– حقوق الأقلية – ليس من حق الأقلية الاعتراض على اعمال الإدارة المعتادة الصادرة من قبل الأغلبية إلا اذا كان ذلك يشكل تعسفاً من الأغلبية، ولهم طلب القسمة النهائية في أي وقت ما لم يكن هناك اتفاق على البقاء في على الشروع.

– يحق للأغلبية تعيين مديراً من غير الشركاء – وفي هذه الحالة يكون المدير نائباً قانونياً عن جميع الشركاء وليس فقط الأغلبية، ولا يحق للأقلية الاعتراض على قرارات المدير.

– في حالة عدم توافر الأغلبية (شخصين كل منهم يملك ٥٠٪) – في هذه الحالة نصت المادة ٨٢٢ مدني على – إذا لم

تتوافر الأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٢١، فللمحكمة بناء على طلب أي شريك ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة او المصلحة، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع سواء كان هذا المدير من الشركاء او غيرهم.

– قيام أحد الشركاء بعمل من اعمال الإدارة المعتادة دون ان يملك الأغلبية – نصت المادة ٨٢٣ على (إذا تولى أحد الشركاء عملاً من اعمال الإدارة المعتادة ولم تعترض عليه اغلبية الشركاء في وقت مناسب، اعتبر فيما قام به نائباً

عن الجميع، فإذا اعترضت الأغلبية لا ينفذ تصرف الشريك في حق باقي الشركاء) هذا النص يجعلنا امام **حالتين**:

1. **الحالة الأولى** – عدم اعتراض الأغلبية في وقت مناسب – يكون التصرف نافذاً في مواجهة الجميع ويكون هذا الشريك نائباً عن الجميع في هذا التصرف فقط. ولا يؤثر على نفاذ التصرف اعتراض الأقلية.

2. **الحالة الثانية** – اعتراض الأغلبية في وقت مناسب – يكون التصرف نافذا بين اطرافه ولكن لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء من اعترض منهم ومن لم يعترض.

– **ملاحظة** – ان اعتبار أحد الشركاء نائبا عن الباقي عند عدم اعتراض الأغلبية في وقت مناسب مقصور على القيام بأعمال الإدارة المعتادة فقط. فلا يشمل اعمال الإدارة غير المعتادة.

– القاضي هو من يحدد ما إذا كان الاعتراض في الوقت المناسب ام لا.

– يجوز إدارة المال من قبل هيئة شؤون القصر ما لم يعترض باقي الشركاء البالغين.

* ثانيا – سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة (75% + تعدد) – ص ١٠٤ :

– نصت المادة ٨٢٤ مدني على:

1. للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يجاوز الإدارة المعتادة، على ان يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار كتابة قبل احداث التغيير او التعديل، ولمن خالف من هؤلاء ان يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوم من وقت الاخطار.

2. وللمحكمة إذا اعتمدت قرار الأغلبية، ان تقرر ما تراه مناسبا من التدابير.

– **تعريف اعمال الإدارة غير المعتادة** – هي التي قد تتضمن اما تغييرا أساسيا في المال الشائع او تعديلا في الغرض الذي اعد له، كهدم المنزل وإعادة بنائه او تحويل الأرض الزراعية إلى ارض سكنية، او تحويل الأرض السكنية إلى مقهى ونحوه. وللقضاء سلطة في تحديد ما إذا كان هذ العمل من اعمال الإدارة المعتادة او غير المعتادة.

– **الأغلبية المطلوبة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة** – تتحقق الأغلبية إذا كنا امام أكثر من شريك يملكون ثلاث ارباع حصص المال الشائع او أكثر. هي ثلاثة ارباع حصص المال الشائع ٧٥% (نص المادة ٨٢٤ مدني)، بالإضافة إلى ان يكون هناك تعدد للشركاء (المادة ٨٢٨ مدني). لا يحق لشخص واحد يملك ٧٥% ان يقوم بهذه الاعمال مالم يكون معه شريك اخر.

– يجب على من يملك الأغلبية المطلوبة اخطار الأقلية كتابيا قبل ٣٠ يوما من البدء في هذه الاعمال الغير متعاده.

– ويجب على الأغلبية ان تثبت انها اخطرت الأقلية قبل الشروع بالعمل غير المعتاد.

– فإذا اقامت الأقلية دعواها خلال ٣٠ يوم من تاريخ الاخطار، فيكون للمحكمة بعد ان تقدر مبررات كل فريق، ان تمنع الأغلبية من القيام بتلك الاعمال.

– استثناء المادة ٨٢٥ نصت على – لكل شريك الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع، وذلك دون حاجة لموافقة باقي الشركاء سواء كان التصرف مادي او قانوني.

– تحمل كافة الشركاء لنفقات حفظ المال الشائع وفقا لنص المادة ٨٢٦ مدني – نفقات حفظ المال الشائع وادارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته، ما لم يتفق الشركاء جميعا على غيره او ينص القانون بخلافه.

– **تشدد المشرف في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة وذلك من خلال:**

1. تطلب اغلبية تمثل 75% من الحصص.

2. تطلب تعدد الشركاء المشكلين لنسبة 75% من الحصص.
 3. تطلب ان تقوم الأغلبية بإخطار الأقلية قبل القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة قبل القيام بها ب 30 يوما وان يكون الاخطار كتابة.
 4. اعطى حق الاعتراض للأقلية خلال 30 يوم من اخطارها.
- لأي شريك الحق في القيام بأي عمل (قانوني – مادي) لازم لحماية المال ودون الرجوع لباقي الشركاء، وتقسم نفقات هذه الاعمال على الشركاء كلن بحسب حصته.

● الفرع الثاني – التصرف في المال الشائع:

○ الغصن الاول – التصرف في المال الشائع الصادر بالأجماع او بالأغلبية القانونية – ص ١٠٨ :

↔ بالأجماع – لا تثور ثمة مشكلة إذا اتفق جميع الشركاء على التصرف في المال الشائع، كأن يتفق الشركاء على بيع او هبة المال الشائع، او ان يتفقوا على انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية (حق انتفاع او سكني) او التبعية (رهن رسمي او حيازي)

↔ الأغلبية القانونية – نصت عليها المادة ٨٢٧ مدني (لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وعليهم ان يخطرأ باقي الشركاء بقرارهم كتابه، ولمن خالف من هؤلاء ان يتقدم باعتراضه إلى المحكمة خلال ٦٠ يوم من وقت الاخطار، وللمحكمة تبعا للظروف التصريح بالتصرف او رفضه). **شروط الأغلبية:**

1. تحقق الأغلبية – ثلاث ارباع على الأقل 75%، بالإضافة إلى تعدد الشركاء. (لا يحق لشريك واحد التصرف بالمال ولو كان يملك أكثر من ثلاثة ارباع الحصص لعدم توافر شرط تعدد الشركاء).
2. وجود أسباب قوية – يجب ان يكون السبب ذو طبيعة اقتصادية بحتة، كأن يكون بيع العقار في هذا الوقت فرصة ثمينة قد لا تعوض بسبب ارتفاع الأسعار. او انه يصعب استثمار المال لأنه متهاك ولا فائدة من إصلاحه، او ان إصلاحه سيكلف أموالا طائلة لا يمكن تعويضها من خلال استثماره، او ان الثمار التي تنتج عنه قليلة جدا إذا ما قورنت بالثمار التي يمكن ان ينتجها ثمنه، او ان المال الشائع عباره عن ارض استثمارية ولا يملك الورثة أموالا لبنائها. وغيرها من الأسباب.

3. ان تكون القسمة ضارة بمصلحة جميع الشركاء – مثال ذلك ان يكون المال المشاع عبارة عن ارض تجارية في منطقة اقتصادية هامة في الدولة وقررت الأغلبية بيعها وكان المشتري يرغب بإنشاء مجمعا تجاريا ضخما عليها، فتعترض الأقلية على ذلك. وهنا يكون قبول طلب قسمة الأرض من قبل الأقلية سيؤدي إلى تفتيتها، ومن ثم قلة سعرها. وبذلك يلحق الضرر لجميع الشركاء، وبالتالي فلا مناص من الاعتراف للأغلبية بالتصرف فيها رغم معارضة الأقلية، فالمصلحة الجماعية تقتضي حرمان طلب القسمة وتبرره. وتكون عندئذ الأغلبية نائبة قانونية عن الأقلية في الصرف في المال الشائع.

4. اخطار الأقلية بالتصرف – يجب ان يكون الاخطار كتابيا – للمعترض حق الاعتراض خلال ٦٠ يوما من الاخطار – ويقع اثبات الاخطار وتاريخه للأقلية على الأغلبية. **وهنا نكون امام فرضيتين:**

أ. اعتراض الأقلية أو أحد الشركاء خلال ٦٠ يوم – للقاضي سلطة مطلقة في التصريح للأغلبية بمباشرة التصرف أو منعهم، وفي حال قرر القاضي منع الأغلبية من التصرف، سيكون لديهم طلب قسمة المال الشائع. (إذا قرر القاضي السماح للأغلبية بالتصرف فليس للأقلية طلب القسمة لأنها ستكون ضاره بهم جميعا).

ب. عدم اعتراض الأقلية أو أحد الشركاء خلال ٦٠ يوم – ينفذ تصرف الأغلبية على جميع الشركاء.

○ **الفصل الثاني – التصرف في المال الشائع الصادر من أحد الشركاء – ص ١١٥ :**

* **أولا – تصرف الشريك بحصة شائعة من المال الشائع – ص ١١٥ :**

– نصت المادة ٨١٦ مدني على:

1. لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة شركائه.

2. وله ان يتصرف في حصته الشائعة.

– بناء على هذا النص يحق للشريك على الشيوع ان يتصرف في حصته الشائعة بمقابل او من دون مقابل، كأن يبيعها او يهبها.

– فإذا قرر الشريك التصرف في حصته الشائعة فلا يحتاج إلى الحصول على موافقة أحد او ان يخطر باقي الشركاء قبل القيام بالتصرف.

– إذا تصرف الشريك في حصته الشائعة لشخص اخر، فإن المشتري يحل محله في المال الشائع فيثبت للمشتري حقوق الشريك والتزاماته (البائع).

↔ **استثناء على حرية الشريك في التصرف في حصته في المال الشائع –** منع المشرع الكويتي بيع الحصص المشاعة في الأراضي التي لم يصدر بها قرار بالتقسيم، إلا بعد الحصول على اذن مسبق من بلدية الكويت.

– يثبت لمالك الرقبة (الشريك) كل السلطات التي تثبت للملاك كحق التصرف وحق القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة وطلب القسمة النهائية – وتثبت للمنتفع السلطات التي تثبت لصاحب حق الانتفاع من استعمال واستغلال والحصول

على الثمار والقيام بأعمال الإدارة المعتادة والاتفاق مع باقي الشركاء على قسمة المهابة الزمانية والمكانية والتأجير.

– يحق للشريك ان ينشئ حقا عينيا أصليا آخر غير حق الملكية على حصته الشائعة طالما انه يتماشى مع طبيعة المال الشائع كحق الانتفاع. وتثبت للمنتفع السلطات التي تثبت لصاحب حق الانتفاع، ومنها استعمال تلك الحصة واستغلالها والحصول على ثمارها.

– يحق للشريك ان ينشئ حقا عينيا تبعا على الحصة التي يمتلكها في المال الشائع، كأن يرهنها رهنا رسميا. وإذا انتقضت حالة الشيوع بالقسمة قبل حلول اجل الدين فإن الرهن ينتقل إلى الجزء المفروض من حصة الشريك الراهن –

مثال – كان المال الشائع يتكون من عدة أراضي. ارض في السالمية وأخرى في الفحيحيل. وقام الشريك برهن حصته في الأرض الموجودة في السالمية، ثم بمقتضى القسمة آلت إليه حصة من الأرض الموجودة في الفحيحيل، هنا ينتقل

الرهن إلى هذه الأرض (ارض الفحيحيل) بما يعادل الحصة المرهونة وفقا لأحكام الحلول العيني.

● القاعدة انه للشريك على الشيوع حق التصرف في حصته ويكون هذا التصرف صحيحا وناظرا في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى اخذ موافقتهم. وهذا الحكم يفترض ان الشريك قد يتصرف في حدود حصته، اما إذا تجاوز

تصرفه حدود حصته فيكون هذا التصرف صحيحا وناظا في مواجه باقي الشركاء في حدود حصته، اما ما زاد على ذلك فلا ينفذ في مواجه باقي الشركاء لأنه تصرف في ملك الغير، ومن ثم يكون للشركاء عدم الالتفات إليه.

* ثانيا - تصرف الشريك في جزء مفرز او في المال الشائع كله - ص ١١٩ :

1. **تصرف الشريك في جزء مفرز في المال الشائع** - كأن يقوم أحد الشركاء ببيع جزء مفرزا من المال الشائع للغير، كأن يبيع جزءا من المزرعة التي ورثها مع أخيه. فما هو الأثر الذي يترتب على هذا العقد بالنسبة لأطرافه (البائع والمشتري) - أ - و باقي الشركاء - ب :

أ. أثر تصرف الشريك في الجزء المفرز في العلاقة بين المتعاقدين:

- نصت المادة ٨٢٩ مدني على - إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر، فيما يتعلق بنقل الملكية او انشاء الحقوق العينية الأخرى، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة من نصيب الشريك المتصرف (البائع). **نكون امام اثار شخصية واثار عينية:**

⬅ **الاثار الشخصية** - فإنها تترتب بمجرد ابرام العقد - وهي التزام المتصرف (البائع) بتسليم المبيع، وضمان العيوب الخفية، وضمان عدم التعرض والاستحقاق - وبالمقابل التزام المشتري بدفع الثمن - وهنا تطبق القواعد المتعلقة ببيع ملك الغير.

⬅ **الاثار العينية** - فإنها لا تترتب مادامت حالة الشروع قائمة - كنقل الملكية او انشاء حق عيني اخر غير الملكية، كحق الانتفاع. وان تصرف الشريك في جزء مفرز لا ينتج اثاره العينية قبل القسمة. وان انتاج هذه الاثار يتوقف على نتيجة القسمة، **وفقا لاحتمالين وهما:**

A. ان يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف (البائع) فيزول المانع، وينتج التصرف آثاره العينية فورا.

B. ان لا يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف (البائع) ويقع في نصيب شريك اخر، وهنا يستحيل على المتصرف (البائع) ان ينفذ التزاماته العينية كنقل الملكية، او انشاء حق انتفاع.

● **حقوق المشتري** في حالة عدم وقوع المال المتصرف فيه بنصيب البائع - يحق له طلب فسخ التصرف مع التعويض إذا كان له مقتضى.

ب. أثر تصرف الشريك في الجزء المفرز بالنسبة لباقي الشركاء:

- ان تصرف الشريك يعتبر تصرف في ملك الغير وصحيحا، ولكنه لا يكون نافذا هذا التصرف بمواجهة الشركاء إلا إذا اجازوه.

2. **تصرف الشريك في كل المال الشائع** - قد يتصرف أحد الشركاء بالمال الشائع كله، كأن يبيع المال الشائع (سيارة) لأجنبي دون ان يحصل على موافقة باقي الشركاء.

- هذا التصرف يكون صحيحا وناظا في مواجهة باقي الشركاء في حدود حصة الشريك (البائع) وينتج جميع اثاره الشخصية والعينية بحدود نصيبه. ويكون للمشتري هنا جميع الحقوق كاعتباره شريكا بالشروع، وتثبت عليه ما على البائع من التزامات.

- يعتبر تصرفا غير نافذ في مواجهة الشركاء ولهم الحق في ان يتجاهلونه ويعتبرونه كأن لم يكن.

■ **المطلب الثالث – انتهاء الملكية الشائعة – ص ١٢٥ :**

كما تبين مما سبق ان الملكية الشائعة تضع قيودا على الشريك، بحيث لا يستطيع ان يتصرف او ان يستعمل او ان يستثمر المال الشائع إلا وفقا لأحكام القانون بسبب تعدد الملاك على شيئا واحد. مما قد يتسبب معه خلافات بين الشركاء، ونجد ان المشرع وضع حلا لهذه الخلافات من خلال طلب قسمة المال الشائع، مما يؤدي معها انتهاء حالة الشيوغ.

● **الفرع الاول – حق التمسك بالقسمة:**

– نصت المادة ٨٣٠ مدني على – لكل شريك ان يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوغ بمقتضى القانون او التصرف، ولا يجوز الاجبار على البقاء في الشيوغ بمقتضى التصرف القانوني إلى اجل يجاوز خمس سنين. فإذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة سرى الاجبار في حق الشريك ومن يخلفه.

○ **الفصل الاول – حق الشريك في طلب القسمة – ص ١٢٦ :**

– القاعدة – للشريك على الشيوغ حق طلب قسمة المال الشائع اما رضاء، وذلك باتفاق مع باقي الشركاء على انتهاء حالة الشيوغ، واما قضاء، وذلك من خلال إقامة دعوى قضائية يطلب فيها من القاضي قسمة المال الشائع.
– الهدف من القسمة – هو إفراز نصيب الشريك عن غيره من الشركاء، بحيث تثبت للشريك ملكية الجزء المفرز الذي آل إليه بمقتضى القسمة – ان الملكية على الشيوغ تعتبر استثناء ومؤقتة ونهايتها حتما إلى الزوال من خلال القسمة.
– يثبت الحق في طلب القسمة لكل شريك وخلفه العام بعد تحقق وفاة الشريك المورث أيا كانت حصته من المال الشائع – يثبت هذا الحق أيضا لكل من تثبت له وصف الشريك سواء كان شريكا أصليا او شريكا عارضا اشترى نصيب أحد الشراء الأصليين (الخلف الخاص).
– والقاعدة ان الحق في طلب القسمة لا يسقط بمرور الزمان ما دامت حالة الشيوغ قائمة.

○ **الفصل الثاني – اجبار الشريك على الشيوغ – ص ١٢٨ :**

القاعدة هي ان للشريك حق طلب قسمة المال الشائع اما رضاء او قضاء. لكن هناك حالات يكون فيها الشريك مجبرا على البقاء في الشيوغ، أي انه يمنع من المطالبة بقسمة المال الشائع. وهي كالتالي:

* **أولا – الاجبار على الشيوغ بمقتضى الإرادة – ص ١٢٩ :**

قد يتفق الشركاء لاعتبارات معينة على منع أي شريك من طلب قسمة المال الشائع، وذلك في حال قرر الشركاء ان القسمة قد تضر بالمال الشائع وتقلل من قيمته. لذلك هناك احكام خاصة يجب ان تراعى في هذا الاتفاق الذي يمنع أيا من الشركاء من طلب القسمة وهي:

– يجب ان لا يتجاوز هذا الاتفاق خمس سنوات. ويحق للشركاء تجديد هذا الاتفاق عند نهاية كل خمس سنوات. وإذا كانت مدة الاتفاق أكثر من خمس سنوات فإن الاتفاق يصح بحدود الخمس سنوات فقط.
– إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوغ لمدة خمس سنين ثم بعد مرور سنة اتفقوا على البقاء في الشيوغ لمدة خمس سنوات أخرى، فإن المدة تحسب من تاريخ اتفقهم الثاني.
– وقد يكون حظر طلب القسمة، صادر بالإرادة المنفردة، في حال قرر الموصي لعدد من الموصى لهم، بالوصية انه يشترط عليهم عدم جواز طلب قسمة المال الشائع لمدة محددة. (في هذه الحالة يجوز ان تمتد لأكثر من 5 سنوات).

– ان اتفاق الشركاء على الإبقاء على الشبوع من قبيل اعمال الإدارة، فيكفي ان تتوافر في الشريك أهلية الإدارة ولا يشترط ان تتوافر فيه أهلية التصرف لأبرام هذا الاتفاق. إذا يستطيع الصغير المأذون له بإدارة أمواله يثبت له الحق في الاتفاق على الإبقاء على الشبوع.

وإذا توافرت هذه الشروط والاحكام صح الاتفاق ويكون ملزما لكل شريك كما يلزم من يخلفه سواء كان خلفا عاما او خاصا. ويستوي ان يكون الخلف الخاص يعلم وقت تعاقدته مع سلفه او لا يعلم بالاتفاق على عدم جواز طلب القسمة، وذلك حماية لباقي الشركاء.

– يحق للمحكمة إذا طلب منها أحد الشركاء ان تلزم باقي الشركاء في الشبوع بالرغم من عدم وجود اتفاق بينهم ما دام ان القسمة العاجلة تضر بمصالحهم.

– يحق للمحكمة ان تأمر بإجراء القسمة بالرغم من وجود اتفاق على الاجبار في الشبوع لم تنتهي مدته بعد إذا ثبت للمحكمة ان ثمة أسباب قوية تبرر ذلك.

* ثانيا – الاجبار على الشبوع بمقتضى القانون – ص ١٣٢ :

– نصت المادة ٨٤٧ مدني على – إذا تبين من الغرض الذي اعد له المال الشائع انه يجب ان يبقى شائعا، فليس للشريك ان يطلب قسمته ولا ان يتصرف في حصته تصرفا يتعارض مع الغرض الذي اعد له.

– نصت المادة ٨٥٢ مدني على – الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك ان يتصرف في حصة مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، والتصرف في الجزء يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة. مثال ان يملك الشخص الشقة في العمارة ملكية مفرزة، بينما يملك الأجزاء المشتركة في ذات العمارة (السلام، الأرض المقام عليها البناء) ملكية شائعة. فمن الطبيعي ان يمنع هذا المالك من طلب قسمة الأجزاء المشتركة لما في ذلك من إعاقة استعمال المال الشائع من قبل بقية الملاك.

• الفرع الثاني – أنواع القسمة:

○ الغصن الاول – القسمة الاتفاقية – ص ١٣٥ :

– نصت المادة ٨٣١ مدني على – للشركاء جميعا ان يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها ما لم يقض نص بغيره.

* أولا – شروط صحة الاتفاق على القسمة النهائية – ص ١٣٥ :

شروط صحة الاتفاق على القسمة النهائية

اتفاق الشركاء جميعا | ان لا يكون من بين الشركاء غائبا او مفقودا او غير كامل الاهلية

1. اتفاق الشركاء جميعا على القسمة.

– لكن إذا كان هناك اتفاق صادر من بعض الشركاء بإجراء القسمة، فإنه يكون ملزما لمن اتفق عليه، وإذا اقره لاحقا باقي الشركاء فإنه ينفذ بمواجهة الجميع.

– يحق للشركاء ان يتفقوا على اجراء قسمة نهائية لكل المال الشائع، او بعضه. كأن يتفقوا على تقسيم العمارة وبيقون على الشاليه بملكية الشبوع.

- للشركاء تحديد طريقة القسمة، سواء عينيه كأن يأخذ أحدهم البيت والأخر المزرعة، او عن طريق التصفية كأن يتم بيع المال الشائع ويتم تقسيم قيمة البيع لكل حسب نصيبه.
- قد تتم القسمة صراحة او ضمنا (مثال الضمني - ان يتوفى شخص ويترك منزلين لوأرثين ويبيع الأول البيت الأول ويبيع الثاني البيت الثاني دون اعتراض). ويخضع وجود اتفاق ضمني لقاضي الموضوع عند اثاره النزاع عن وجوده من عدمه.

2. ان لا يكون من بين الشركاء غائبا او مفقودا او غير كامل الاهلية:

- نصت المادة ٨٣١ مدني على - ولا يجوز اجراء القسمة بالاتفاق إذا كان أحد الشركاء غير كامل الاهلية ما لم يكن له ولي، وكذلك إذا كان أحدهم غائبا او مفقودا وثبتت غيبته او فقده.
- المشرع الكويتي قد منع ابرام القسمة الاتفاقية إذا كان من بين الشركاء مفقودا او غائبا ثبت غيبته او فقده، بحيث لا يتمكن من ينيب عنه قانونا، كالوصي او القيم او وكيل الغائب او المفقود من اجراء مطلقا ولو بإذن من القضاء - إذا لا يكون امام ممثل الغائب او المفقود إلا اللجوء إلى القسمة القضائية.
- اما غير كامل الاهلية فقد منح المشرع الكويتي الولي حق الاتفاق على قسمة المال الشائع نيابة عن غير كامل الاهلية.

* ثانيا - ابطال القسمة للغبن - ص ١٤٠:

نصت المادة ٨٣٢ مدني على:

1. للمتقاسم الحق في طلب ابطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه غبن يزيد على الخمس، ويكون التقدير حسب قيمة الأشياء وقت القسمة - ٢. وتسقط دعوى الابطال بمرور سنة من وقت القسمة.
٣. وللمدعى عليه ان يمنع الابطال إذا أكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من نصيبه.
- **ملاحظة** - ان النص الخاص بالغبن في طلب ابطال القسمة، يختلف عن القاعدة العامة للغبن في القانون المدني والتي تستوجب ان يكون الغبن بناء على غلط او تدليس او اكراه او استغلال. وانما نص المشرع على ان يكون الغبن زائدا على الخمس دون اية اعتبار لوجود عيب من عيوب الارادة ام لا.
- **شروط طلب ابطال القسمة للغبن:**

1. يجب ان يكون الغبن الذي وقع فيه المتقاسم فاحشا 5% - حدد المشرع الفحش في حال زاد عن الخمس 5%، وتقدر قيمته في تاريخ ابرام عقد القسمة (وعلى من يدعي وقوعه في الغبن اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات).
2. ان ترفع دعوى ابطال القسمة للغبن خلال سنة من تاريخ اجراء القسمة (اذا طلب الشريك الابطال للغبن فليس للقاضي أي سلطة في عدم اجابته لطلبه ما لم يتفادى الشريك الاخر هذا الامر بدفع الغبن).
- يجوز للمدعى عليه في دعوى ابطال القسمة للغبن ان يتفادى ابطال القسمة ان أكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من نصيبه. ولا يتحقق ذلك بمجرد إزالة الفحش في الغبن، وانما يجب ان يحصل المتقاسم على أجزاء مفرزة تساوي قيمتها قيمة حصته الشائعة في ظل الشيوخ. ولكن في جميع الأحوال يجب ان يتم اكمال النقص في نصيب الشريك قبل صدور حكم نهائي في دعوى الابطال.

– **مثال** – إذا كانت قيمة الحصة الشائعة للشريك تقدر ب ١٠٠ دينار، ثم بعد القسمة تقدر قيمة الجزء المفرز الذي حصل عليه بمقتضى القسمة ب ٧٠ ديناراً، فنكون عندئذ امام غبن فاحش يزيد عن الخمس. اما إذا كانت قيمة الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة تقدر ٨٠ او ٨٥ ديناراً فلا نكون امام غبن فاحش، ومن ثم فلا يتمكن الشريك من إقامة دعوى الابطال للقسمة.

○ الغصن الثاني – القسمة القضائية – ص ١٤٣ :

– نصت المادة ٨٣٣ مدني على – ترفع دعوى القسمة امام المحكمة الكلية وللمحكمة ان تندب خبيراً او أكثر لإفراز الانصبة ان كان المال يقبل القسمة عينا دون نقص كبير في قيمته.

– يستطيع أي شريك يرغب في انهاء حالة الشيوخ ان يلجأ إلى المحكمة الكلية أيا كان قيمة المال الشائع – ويجب إقامة الدعوى على جميع الشركاء حتى تكون حجة عليهم جميعاً، وإذا أقامها على بعضهم يحق للبعض الآخر ان يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، ويجوز للمحكمة التي تنظر النزاع ادخال باقي الشركاء.

– **دائني الشريك** – كذلك يثبت حق اللجوء للمحكمة لطلب القسمة دائني الشريك (مدينهم) وتكون باسم مدينهم من خلال الدعوى غير المباشرة (يجب إقامة الدعوى على جميع الشركاء ليكون الحكم الصادر حجة في مواجهتهم جميعاً).

* أولاً – طرق اجراء القسمة القضائية – ص ١٤٤ :

1. قسمة المال الشائع عينا إذا كان ذلك ممكناً:

– نصت المادة ٨٣٤ مدني على:

1. تكون الانصبة على أساس أصغر حصة ولو كانت القسمة جزئية.
2. ويجب ان يجنب لكل شريك نصيبه إذا اتفق الشركاء على ذلك، او تعذرت القسمة على أساس أصغر حصة.
3. ويجوز ان يكمل ما نقص من قيمة النصيب العيني بمعدل يدفعه من يحصل على نصيب أكبر من قيمة حصته.

– **حصص متساوية** – مثال كما لو كان المال الشائع عبارة عن مزرعة كبيرة ورثها أربعة أبناء (ذكور) من ابيهم، فيقوم القاضي بتجزئتها إلى أربعة أجزاء متساوية ثم يمنح كل منهم جزء يعادل حصته، وهي ربع المال الشائع.

– **حصص غير متساوية** – يتم قسمتها عينا على أساس أصغر حصة – مثال ان يكون المال الشائع مملوك لثلاثة شركاء حصة الأول منه النصف، بينما حصة كل من الثاني والثالث الربع، فيقوم القاضي – مستعيناً بالخبرة – بتقسيم المال الشائع إلى أصغر حصة وهي الربع، أي ان يقطع المال إلى أربعة ارباع متساوية، ثم يقوم القاضي بتوزيع هذه الحصص على الشركاء عن طريق القرعة ويثبت ذلك في المحضر ويصدر حكمة في إعطاء كل شريك نصيبه المفرز – ان هذه الطريقة تحقق المساواة بين المتقاسمين.

– **التجنيب (طريق احتياطي)** – في حالة تعذر اعمال القسمة العينية على أساس أصغر الحصص يجب عندئذ على القاضي ان يلجأ إلى تقسيم المال الشائع على أساس التجنيب – وهو ان يجنب القاضي لكل شريك جزء مفرز يعادل حصته الشائعة.

– سلطة القاضي – في الحالات التي قد لا يحصل فيها الشريك على كامل نصيبه عند اجراء القسمة عينا سواء على أساس أصغر الحصص او على أساس التجنيب، يجوز للقاضي ان يأمر الشريك الذي حصل على نصيب أكبر من

قيمة حصته بأن يدفع له ويكمل النقص الذي لحق بالشريك. (ولكل من له مصلحة المنازعة في القسمة بأن يدعي انه حصل على نسبة اقل من حصته).

2. قسمة المال الشائع عن طريق التصفية (بيع المال الشائع بالمزاد):

– نصت المادة ٨٣٦ مدني على:

1. إذا كانت قسمة المال عينا غير ممكنه او كان من شأنها احداث نقص كبير في قيمته، حكمت المحكمة ببيعه بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون المرافعات.
2. ويجوز للمحكمة ان تأمر بقصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع ما لم يكن بينهم غير كامل الاهلية وليس له ولي او كان بينهم من ثبتت غيبته او فقده.

– الحاليتين التي سمح المشرع للقاضي اللجوء بهما إلى قسمة المال الشائع عن طريق التصفية:

1. الحالة الأولى – عندما يتعذر على القاضي اجراء القسمة العينية. (مثال – ان يكون المال الشائع سيارة او حيوان – فلا يتصور تقطيع السيارة بين الشركاء).
 2. الحالة الثانية – إذا كان سيترتب على القسمة العينية نقص كبير في قيمة المال الشائع. (مثال – ان يكون المال الشائع قطعة ارض كبيرة في موقع تجاري مهم، بحيث إذا تم تقطيعها قل سعر اجرائها).
- **ملاحظة** – القاعدة ان يكون المزاد مفتوحا للجميع – ولكن إذا طلب الشركاء بالإجماع على قصر هذا المزاد عليهم لاعتبارات خاصة مثل كون المنزل يعتبر تاريخي للعائلة.
- **ولكن** – إذا كان بين الشركاء غير كامل الاهلية يجب ان يمثله في هذا الاتفاق وليه.
- **لا يجوز** – مطلقا قصر المزا على الشركاء إذا كان بينهم غائبا او مفقودا ثبت غيبته او فقده.
- **للمحكمة** – إذا تدخل دائني الشركاء واعترضوا على قصر المزاد على الشركاء ان تأمر بأن يكون المزاد مفتوحا.

* ثانيا – حماية دائني الشركاء المتقاسمين – ص ١٤٨ :

– نصت المادة ٨٣٧ مدني على:

1. يجب على الشركاء، سواء كانت القسمة قضائية او اتفافية، ان يدخلوا الدائنين المشهرة حقوقهم قبل رفع الدعوى او قبل ابرام القسمة الاتفافية، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.
2. ولدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة القضائية في غيبتهم، وتكون المعارضة بإنذار رسمي يوجه إلى جميع الشركاء. ويجب على الشركاء ادخال من عارض من الدائنين في الدعوى وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.

● الفرع الثالث – آثار القسمة:

○ الغصن الأول – الافراز – ص ١٥١ :

- الافراز – هو ان يحصل كل شريك بعد القسمة على جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته الشائعة.
- لا يتصور الافراز في القسمة التي تتم عن طريق التصفية.

○ الغصن الثاني – الضمان بعدم التعرض والاستحقاق – ص ١٥٢ :

- الزم المشرع الشريك المتقاسم بنوعين من الضمان، حيث انه يلتزم بضمان عدم التعرض وعدم الاستحقاق لسبب سابق، ولسبب لاحق على القسمة:
- أولاً – الضمان بعدم التعرض والاستحقاق لسبب سابق على القسمة:
- بينت المادة 838 مدني على – ان الشريك المتقاسم يمتلك الجزء المفرز الذي آل إليه بمقتضى القسمة خالياً من أي تكليف يرتبه الشركاء دون اتفاق او من لا يملك الأغلبية القانونية.
- نصت المادة ٨٤٠ مدني على – يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة – سواء كانت القسمة اتفاقيه او قضائية.
- ويلتزم المتقاسم بضمان التعرض والاستحقاق لسبب سابق على القسمة سواء كانت القسمة اتفاقيه او القضائية، وسواء كانت القسمة تناول المال الشائع كله او انها قسمة جزئية تنصب على جزء من المال الشائع.
- ويتحقق التعرض وفقاً لهذا النص إذا ادعى شخص من الغير ملكية بعض او كل الجزء المفرز الذي آل إلى المتقاسم لسبب سابق على القسمة، او ادعى حقا عينيا اخر عليه. وفي هذه الحالة يجب على المتقاسم ان يدفعوا هذا الادعاء، فإن أخفقوا في ذلك استحق هذا الجزء للغير، قامت مسؤوليتهم تجاه المتقاسم الذي استحق نصيبه للغير لإخلالهم بالالتزام بعدم التعرض والاستحقاق لسبب سابق على القسمة.
- مثال – إذا ادعى شخص من الغير بأنه اشترى قبل القسم الجزء الذي آل إلى احد المتقاسمين بعد القسمة. وقضت المحكمة له بذلك. فمجرد استحقاق هذا الجزء للغير يعتبر الشركاء قد قصروا في تنفيذ التزامهم بعدم الاستحقاق لأنه التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية.
- ان المتقاسم يضمن فقط التعرض القانوني الصادر من الغير، اما التعرض المادي الذي يصدر من الغير فلا يضمنه، وانما يكون الغير مسؤولاً مسئولية شخصية عنه، ومن ثم يكون للمتقاسم ان يلجأ للسلطات العامة لمنع هذا التعرض، كما لو سكن أحد الأشخاص الدار التي آلت ملكيتها للمتقاسم بعد القسمة. فلا يضمن بقية الشركاء هذا التعرض، وللمتقاسم الذي حصل التعرض في نصيبه ان يلجأ للسلطات العامة لإخراج المغتصب.
- لكي يتحقق ضمان المتقاسم عن التعرض اصار من الغير يجب ان يكون التعرض لسبب سابق على القسمة، اما اذا استحق الجزء الذي آل إلى المتقاسم للغير بعد القسمة لسبب لاحق علي القسمة فلا مجال للرجوع على المتقاسمين.
- ان ضمان التعرض والاستحقاق لا يقوم إذا استحق الجزء المفرز الذي آل إلى المتقاسم للغير بخطئه.
- ان ضمان التعرض والاستحقاق من قبيل القواعد الأمرة في القانون المدني التي لا يجوز للمتقاسمين ان يستبعدوا احكامها.
- إذا استحق بعض او كل الجزء الذي آل إلى المتقاسم للغير لسبب سابق على القسمة فإن المتقاسم له الخيار بين امرين:
- 1. طلب فسخ القسمة واجراء قسمة جديدة – للمتقاسم ان يطلب فسخ القسمة واجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكناً دون ضرر باقي المتقاسمين او الغير. وإذا اختار المتقاسم هذا الخيار فإن القسمة التي سبق اجراؤها تعتبر كأن لم تكن ويتم إعادة تقسيم المال الشائع على المتقاسمين بعد استبعاد الجزء الذي استحق للغير، بحيث يحصل كل متقاسم على جزء مفرز يعادل نصيبه من المال الشائع.

- ان المشرع قيد حق المتقاسم بطلب فسخ القسمة بعدم الاضرار ببقية الشركاء او الغير. فإن من شأن فسخ القسمة واجراء قسمة جديدة إلحاق الضرر بباقي الشركاء، كما لو شيد المتقاسم الاخر بناء على الأرض التي آلت إليه بمقتضى القسمة، او ان يترتب على فسخ القسمة ضرر يلحق بالغير، كما لو كان المال الشائع لم يقدّم بشهره قبل شهر دعوى الفسخ. فالحل يكون باللجوء إلى الخيار الثاني ألا وهو التعويض.
- 2. **ان يطلب التعويض** - إذا لم يطلب الفسخ او تعذر اجراء قسمة جديدة كأن لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الاخرين بمقدار نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق. ويكون كل متقاسم ملزما بنسبة حصته، فإذا كان أحدهم معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.
- فيكون من حق المتقاسم ان يرجع على باقي المتقاسمين من اجل تعويضه عما لحقه من ضرر بسبب استحقاق ما وقع في نصيبه للغير. فيلتزمون بتعويضه كل بحسب حصته. ويتحمل ذلك أيضا معهم المتقاسم الذي استحق نصيبه. وتقدر قيمة الانصبة وقت الاستحقاق وليس وقت القسمة، بحيث يتحمل في النهاية جميع المتقاسمين الخسارة وبنسب متساوية.
- **ثانيا - الضمان بعدم التعرض والاستحقاق لسبب لاحق على القسمة:**
- **نصت المادة ٨٤١ مدني على** - يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض او استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعلة، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدرا وقت الاستحقاق، ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك.
- اذا استحق نصيب المتقاسم يكون له الحق في الرجوع على الشريك الذي تسبب بقيام الضمان، حيث يلتزم هذا الأخير بتعويض ما نقص من نصيب الشريك الذي استحق نصيبه للغير. ويقدر التعويض بقيمة النصيب وقت الاستحقاق وليس بوقت القسمة.
- المشرع جعل هذا النص نفا أمرا، بحيث لا يجوز الاتفاق على اسقاط هذا الضمان او إنقاصه.

الباب الثاني - الفصل الثالث - الشفعة - ص ٢٤٣

المبحث الأول - ماهية الشفعة والحكمة منها وتكييفها القانوني - ص ٢٤٥

- نصت المادة ٨٩١ مدني على - ان الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار او المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها.
- **تعريف الشفعة** - هي حق الشفيع في ان يحل محل المشتري عندما يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة او جزء من المال الشائع لشخص من غير الشركاء.
- يتبين من نص المادة ٨٩١ ان الشفعة لا تتصور إلا في حالة وجود مال مملوك على الشيوع، وقيام أحد الشركاء ببيع حصته او جزء منها لغير الشركاء.
- وإذا تمسك أحد الشركاء بحقه في الشفعة فإنه يحل محل المشتري رغما عن إرادة كل من البائع (الشريك) والمشتري.
- يترتب على هذه الاحكام ان الشفعة وسيلة اجبارية لكسب الملكية وذلك من وجهين:
- 1. لا يحتاج الشريك فيها إلى قبول البائع لنقل ملكية الحصة المبيع إلى الشفيع.
- 2. لا يحتاج الشريك قبول المشتري لتخليه عن ملكية الحصة الشائعة التي اشتراها من الشريك.

– الحق في الشفعة يمثل اعتداء على:

1. **سلطان الإرادة** – يجبر الشخص على التخلي عن ملكة (المشتري) ومن حق أطراف العقد وحدهم تحديد مضمون العقد.

2. **حق الملكية** – حيث يمنع المالك من التصرف لمن أراد عند اختيار المشتري.

○ الحكمة من الشفعة:

1. هي حماية الشركاء من دخول أجنبي شريكا معهم في الملكية إلا برضاهم، حيث ان طبيعة ملكية الشيوخ تحتاج إلى تعاون واجماع بين الشركاء في أدارته والتصرف فيها، وفي حالة عدم الاجماع يتطلب الامر اغلبيه خاصة نص عليها المشرع.

2. الرغبة في لم شتات الملكية بعد تفرقها، حيث ان استملاك حصة الشريك من قبل الشريك الاخر قد ينهي وجود حالة الشيوخ. وقد يقلل عدد الشركاء مما يسهل عليهم ادارته واستثماره.

3. ان الشريك الذي يبيع حصته للأجنبي لا يتضرر من طول الشفيع محل المشتري الأجنبي.

4. لا يتضرر المشتري لأنه سوف يسترد الثمن الذي دفعه من الشفيع.

○ التكييف القانوني للشفعة – ملغي

1. حق عيني.

2. حق شخصي.

3. رخصه قانونية.

4. سبب لكسب الملكية.

5. حق اختياري (الراجح) وهي منزلة وسطى بين الحق في الملك والرخصة في الملك.

المبحث الثاني – شروط التمسك بالشفعة – ص ٢٤٩

■ **المطلب الاول – الشروط المتعلقة بالشفيع – ص ٢٤٩:**

● **الفرع الاول – القاعدة العامة في ثبوت الشفعة للشريك على الشيوخ – ص ٢٥٠:**

– نصت المادة ٨٩٢ مدني على – يثبت الحق في الشفعة للشريك على الشيوخ. (شريك طبيعي او اعتباري).

– يتضح من النص ان الشفعة تثبت فقط لاحد الشركاء في المال الشائع، ولا تثبت للجار بحق جاره وذلك خلافا للتشريعات الأخرى في بعض الدول التي تقرر حق الشفعة للجيران.

– لا يثبت حق الشفعة للشريك على الشيوخ في الملك (حق الملكية) فقط، وانما يثبت كذلك للشريك في الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع، حيث ان حماية الشركاء في حق الانتفاع من دخول شريك أجنبي معهم لا تقل أهمية عن حماية الشركاء في حق الملكية من دخول أجنبي عليهم في المالك الشائع.

– فيكون للشريك في حق الانتفاع حق التمسك بالشفعة في الحصة اذا بيعت لأجنبي.

– شروط الشفيع:

1. ان يكون شريك على الشيوخ في ذات المال وان تكون طبيعة الحق نفسها (ملكية – انتفاع – سكنى ... إلخ).

2. ألا يكون الشريك ممنوعاً من الشفعة.

- لا يجوز للشريك في حق (انتفاع) الاخذ بالشفعة في حال (البيع).
- لا يجوز للشريك في حق (الملكية) الاخذ بالشفعة في حال بيع (حق انتفاع).
- يجب ان يكون الشريك قد أصبح شريكا في مال على الشيوع بعقد صحيح.

من تثبت له الشفعة	
لا يجوز له التمسك بالشفعة، حيث انه لم يصبح مالكا بعد بسبب عدم التسجيل.	سند الملكية ولم يسجل (عقار)
لا يجوز له التمسك بالشفعة، حيث ان العقد الباطل لا ينتج اثاره.	سند الملكية عقد باطل بطلان مطلق
لا يجوز له التمسك بالشفعة، حتى وان تم تسجيل العقار، لأنه لا يعتبر شريكا على الشيوع قبل تحقق الشرط الواقف.	سند الملكية عقد معلق على شرط واقف
يجوز له التمسك بالشفعة، حيث انه يعتبر مالكا في المال ما لم يتحقق الشرط الفاسخ.	سند الملكية عقد معلق على شرط فاسخ
يجوز له التمسك بالشفعة، حيث انه يعتبر مالكا ما لم يحكم بإبطال سند ملكيته قبل الانتهاء من إجراءات الشفعة.	سند الملكية عقد قابل للإبطال

- لا يجوز لمشتري عقار بمقتضى عقد بيع غير مسجل ان يتمسك بالشفعة لأنه لا يعتبر مالكا قبل تسجيل العقار.
- لا يجوز لمن يشتري جزء مفرز من أحد الشركاء ان يتمسك بالشفعة، لأننا نكون امام بيع ملك الغير ويعتبر غير نافذ في مواجهة الشركاء ما لم يقروه، قبل ذلك لا يحتج به بمواجهتهم.
- لا يجوز لمن اكتسب ملكيته بالتقادم ان يتمسك بالشفعة إلا إذا اكتملت مدة التقادم قبل او على اقل تقدير عند بيع الحصة للأجنبي.

● الفرع الثاني - الاستثناء - حرمان بعض الملاك من التمسك بالشفعة - ص ٢٥٥:

○ الغصن الأول - حرمان الوقف من التمسك بالشفعة - ص ٢٥٥:

- نصت المادة 893 الفقرة الثانية مدني على - ولا يجوز للوقف ان يأخذ بالشفعة.
- وتبرير ذلك وفقا للفقهاء الإسلامي ان أموال الوقف مملوكة لله تعالى.

○ الغصن الثاني - حظر الشفعة على كل من يمتنع عليه شراء الحصة المباعة - ص ٢٥٨:

1. نصت المادة ٥١٣ مدني على - لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا لمأموري التنفيذ ان يشتروا، ولو باسم مستعار، حقا متنازعا فيه، وإلا كان العقد باطلا.
2. نصت المادة ٥١٤ مدني على - ١- لا يجوز للسماسة ولا للخبراء ان يشتروا - ولو باسم مستعار - الأموال المعهود إليهم بيعها او في تقدير قيمتها او مباشرة الخبرة في شأنها. ٢- ويصح في هذه الأحوال إذا اقره من تم البيع لحسابه.
- 3- النائب المكلف ببيع حصة في الأحوال التي لا يسمح فيها الموكل (المالك) للوكيل بالتعاقد مع نفسه.

■ المطلب الثاني - الشروط المتعلقة بالتصرف المشفوع فيه - ص ٢٦٠:

الشروط المتعلقة بالتصرف المشفوع فيه

- | | | | |
|------------------------|--------------------------------|---|--------------------------------------|
| 1. ان يكون التصرف بيعا | 2. ان ينصب البيع على حصة شائعة | 3. الا يكون من البيوع التي تمنع الشفعة. | 4. الا يترتب على الشفعة تجزئة البيع. |
|------------------------|--------------------------------|---|--------------------------------------|

● الفرع الاول – ان يكون التصرف بيعا – ص ٢٦٠ :

- نصت المادة ٨٩٢ الفقرة الأولى مدني على – يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع دون غيرها من التصرفات القانونية.
- لا شفعة في أي تصرف قانوني غير البيع، كالوصية، أو الهبة، أو الصلح، أو القسمة أو المقايضة، وغيرها من التصرفات الأخرى.
- عدم جواز الشفعة عند انتقال الملكية للأجنبي بمقتضى واقعة مادية، كالميراث والتقدم والالتصاق.
- تجوز الشفعة في البيع الابتدائي والقابل للأبطال والعقاري غير المسجل.
- حالات البيع الصوري:

1. الحالة الأولى – يكون العقد الظاهر هبه والعقد الحقيقي بيع – فيجوز في هذه الحالة للشريك التمسك بالشفعة في البيع الحقيقي إذا تمكن الشفيع من اثبات صورية عقد الهبة على اعتبار ان الأصل هو الاعتداد بالتصرف الحقيقي سواء بين المتعاقدين أو غيرهم.

2. الحالة الثانية – يكون العقد الظاهر بيع والعقد الحقيقي هبه. فيها خلاف بين الفقهاء. انظر ص ٢٦٣.

– نصت المادة ٨٩٤ مدني على – إذا اشترى شخص مال تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل ان يعلن الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة أو قبل ان يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا لنص المادة ٨٩٧ فلا تجوز الشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها.

– توالي البيوع – يختلف الحكم بالنظر إلى وقت البيع الثاني:

1. إذا كان البيع الثاني تم قبل ان يعلن الشفيع عن حقه في الشفعة أو تم البيع بعد الإعلان ولكن قبل ان يكون الإعلان حجة على المشتري الثاني (ينفذ البيع الثاني في مواجهة الشفيع وله ان يشفع في البيع الثاني وفقا لشروطه).
2. إذا كان البيع الثاني تم بعد إعلان رغبة الشفيع بالتمسك بالشفعة وصيرورة هذا الإعلان حجة على المشتري الثاني (فلا ينفذ البيع الثاني في مواجهته وله التمسك بالشفعة في البيع الأول وهو شرط مقرر لمصلحته فله التنازل عنه والتمسك بالشفعة في البيع الثاني)

– متى يصبح إعلان الشفيع الاخذ بالشفعة حجة على الغير (المشتري الثاني):

1. المنقول – الإعلان.
2. العقار – تسجيل إعلان الرغبة.

– إذا باع شخص ملك الغير فإن للشركاء على الشيوع في هذا المال الاخذ بالشفعة، ويتوقف الأمر على المالك:

1. إذا اقر المالك البيع استمرت إجراءات الشفعة ولهم الاخذ بها.
2. إذا لم يقر المالك البيع فلا نكون امام بيع ولا شفعة.

● الفرع الثاني – ان ينصب البيع على حصة شائعة – ص ٢٦٧ :

- نصت المادة ٨٩٢ مدني على – ان يثبت الحق في الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء.
- إذا واستنادا للنص، لا شفعة في البيع الذي يكون محله جزءا مفرزا من المال الشائع للأجنبي.

• الفرع الثالث – البيوع التي يحظر فيها الشفعة – ص ٢٦٨ :

البيوع التي يحظر فيها الشفعة		
البيع للمزاد العلني	البيع للأقارب	البيع لأجنبي بعد رفض الشفيع التمسك بالشفعة

– القاعدة انه إذا باع الشريك حصته الشائعة لأجنبي، فيكون للشريك الآخر الحق في اكتساب ملكية هذه الحصة بالشفعة، ما لم يكن هذا البيع قد تم بالمزاد العلني او تم بين الأقارب، او تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة.

○ الغصن الأول – البيع بالمزاد العلني – ص ٢٦٨ :

– نصت المادة ٨٩٣ مدني على – انه لا شفعة: ١- إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.
– مبررات ذلك:

1. من حق الشفيع ان يشارك بالمزاد العلني إذا أراد امتلاك الحصة المبيعة، ولا حاجة للطريق الاستثنائي للتمسك وهو التمسك بالشفعة.

2. ان السماح للشفيع بالتمسك بالشفعة في الحصة المبيعة بالمزاد العلني من شأنه ان يلحق الضرر بالبائع، حيث سيرفض الجمهور الدخول بالمزاد خشية ان يقوم الشفيع بعد رسو المزاد بالتمسك بالشفعة.

○ الغصن الثاني – البيع للأقارب – ص ٢٧٠ :

– نصت المادة ٨٩٣ مدني على – انه لا شفعة: ب- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، او بين الزوجين، او بين الأقارب للدرجة الثانية.

– مبررات ذلك – ان هذا النوع عادة ما يكون مستندا لاعتبارات عائلية تهدف إلى تقوية وتعزيز الروابط بين الاسرة الواحدة – والمنع يكون بغض النظر عن درجة قرابة الشريك الذي يطالب بالشفعة.

○ الغصن الثالث – البيع لأجنبي بعد رفض الشفيع التمسك بالشفعة – ص ٢٧١ :

– نصت المادة ٨٩٣ مدني على – انه لا شفعة: ج- إذا أظهر الشفيع ارادته صراحة او ضمنا، وقت البيع او قبله في انه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع.

– مبررات ذلك –

1. حيث ان الشفيع كان باستطاعته ان يشتري الحصة من البائع وقت عرض الحصة عليه.

2. ان البائع قد احترم أولوية الشريك في المال الشائع عندما عرض عليه حصته.

3. ان عدم رغبة الشفيع بالتمسك بالشفعة اوجد الثقة لدى البائع والمشتري، بحيث لولا موقفه هذا لما تقدم المشتري لشراء الحصة المبيعة.

– ان النزول عن التمسك بالشفعة يعد تصرفا قانونيا، ومن ثم فيجب ان يتمتع الشفيع بالأهلية القانونية اللازمة لإجرائه. وحيث ان النزول عن الشفع يعتبر ضرر محض يلحق بالشفيع المتنازل فإنه لا يصح التنازل منه إذا كان عديم او ناقص الاهلية.

– والقاعدة ان من يدعى تنازل الشريك عن حقه في التمسك بالشفعة يقع عليه اثبات ما يدعيه.

– إذا اختلفت شروط البيع عن العرض:

1. إذا كانت قيمة الحصة المبيعة أقل من القيمة التي تم عرضها على الشركاء فإن من حق الشركاء الاخذ بالشفعة (مثال – تم عرض الحصة عليهم بألف دينار وتمت البيعة للغير ب 500 دينار).
2. إذا كانت قيمة الحصة المبيعة أكثر من القيمة التي تم عرضها على الشركاء فإنه ليس من حق الشركاء التمسك بالشفعة (مثال – تم عرض الحصة عليهم بألف دينار وتمت البيعة للغير ب 1500 دينار).
- لا يجوز التنازل عن الحق إلا بعد ثبوته، وهذه الحالة خروج عن الأصل (تنازل قبل البيع لأجنبي).
- التنازل الضمني (مثال – ان يكون الشريك هو الوسيط بين المالك والمشتري).
- **قد يكون التنازل عن الشفعة:**
- أ. عام – يضع الشركاء شرطاً يمنع تمسكهم بالشفعة في بيع أي حصة لأجنبي، ولا يسري هذا الاتفاق على الخلف الخاص.
- ب. خاص – هو الاتفاق الذي ينصب على بيع محدد فقط.
- **الفصل الرابع – الا يترتب على التمسك بالشفعة تجزئة البيعة – ص ٢٧٥:**
- نصت المادة ٨٩٥ مدني على – انه ليس للشفيع ان يأخذ بعض المبيع إلا إذا تعدد المشترون فله ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.
- مبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة – لا يجوز للشفيع ان يتمسك بحقة بالشفعة بجزء من الشفعة (البيع) على نحو يضر بمصلحة البائع. ومن ثم فلا ينبغي ان يترتب على التمسك بها ضرر يلحق البائع.
- مثال – إذا كان المال الشائع يمثل بيتاً ومزرعة، فيحق للشفيع ان يتمسك بالشفعة في البيت فقط. ولكن لو كان المال الشائع عمارة، فلا يحق للشفيع ان يتمسك بالشفعة في عدد من الأدوار في هذه العمارة.
- إذا كانت الصفقة – حصة واحدة تم بيعها لمشتري واحد فلا تجزئه.
- إذا كانت الصفقة – حصة واحدة أو أكثر تم بيعها لعدد من المشتريين فالأصل انه يجوز التجزئة في هذه الحالة.
- إذا كانت عدة صفقات – يجوز للشريك التمسك بالشفعة لأي واحدة من هذه الصفقات لان مبدأ عدم جواز التجزئة لا يكون إلا في مال كانت صفقته واحدة.
- **تراحم الشركاء: -**
- إذا بيعت حصة من مال شائع إلى غير الشركاء فيثبت للشركاء الآخرين حق تملكها عن طريق الشفعة اذا توافرت الشروط المتعلقة بالشفعة. ولما كان الشفعاء من درجة واحدة في القانون الكويتي فلا يتقدم بعضهم على بعض.
- وبالتالي فيكون لكل منهم حق التمسك بالشفعة بقدر نصيبه وفقاً لنص المادة (استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه).
- مثال (لو كانوا ثلاثة شركاء أحدهم أ يملك نصف المال الشائع و(ب – ج) يملكان النصف الآخر – فإذا باع (ب) حصته لأجنبي، وتمسك كل من (أ) و (ب) بحقهما بالشفعة، تقسم حصة (ب) عليهما بحيث يملك (أ) ثلثي الحصة المبيعة و (ج) ثلث الحصة المتبقية)
- ولكن اذا تمسك بالشفعة احدهما فقط فيجب ان يتمسك بكل الشفعة، ولا يقب منه ان يشفع بحدود نصيبه، لما يترتب على ذلك ضرر يلحق البائع ويخالف مبدأ عدم جواز تجزئة الصفقة.

المبحث الثالث – إجراءات الشفعة – ص ٢٧٨

قد يحصل من الناحية العملية ان يعبر الشفيع عن التمسك بحقه في الشفعة بعد ان يقوم الشريك ببيع حصته الشائعة لأجنبي، وفي هذه الحالة نكون امام فرضيتين:

1. شفعة اختيارية – عندما يرى كل من المشتري والبائع بأحقية الشفيع بامتلاك الحصة المباعة بالشفعة.
2. الشفعة عن طريق القضاء – عندما يرى البائع او المشتري او كلاهما ان ليس للشفيع الحق في التمسك بالشفعة – ويجب توافر ثلاثة شروط لقبول دعوى الشفعة وهي (اعلان الرغبة – ايداع الثمن – إقامة الدعوى).

إجراءات الشفعة (شروط قبول دعوى الشفعة)

1. اعلان الرغبة بالشفعة	2. ايداع الثمن	3. إقامة الدعوى
-------------------------	----------------	-----------------

المطلب الأول – اعلان الشفيع عن رغبته في التمسك بالشفعة – ص ٢٧٩

موعد اعلان الرغبة		شكل اعلان الرغبة
إذا كان الشفيع لا يعلم بالبائع	إذا كان الشفيع يعلم بالبائع	
– في كل الأحوال يجب ان يعلن رغبته خلال ٣ أشهر من تاريخ التسجيل في حالة العقار.	– ١٥ يوم من علمه.	– يجب ان يكون الإعلان رسمياً
– بعد مرور الثلاثة أشهر من التسجيل يفترض المشرع العلم اليقيني للكافة بالبائع.	– لو لم يعلم بالمبيع الا بعد سنة من البيع، فيبقى له ١٥ يوم من تاريخ العلم.	– بإذار رسمي بواسطة مندوب الإعلان او صحيفة دعوى تعلن للبائع والمشتري.

- نصت المادة ٨٩٧ مدني – على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها رسمياً الى كل من البائع والمشتري.
- هذا يعني ان الشفيع يجب ان يعلن رغبته بالتمسك بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري وإلا سقط حقه بالشفعة. وإذا كنا بصدد أكثر من بائع او أكثر من مشتري وجب ان يتم اعلانهم جميعاً وإلا سقط حقه بالشفعة.

■ شكل الإعلان:

- شكل الإعلان – يجب ان يكون اعلاناً رسمياً، كأن يكون بإذار رسمي بواسطة مندوب الإعلان او بأي وسيلة أخرى تقوم مقامه، مثل ادراج تلك الرغبة بعريضة دعوى الشفعة شريطة اعلان كل من البائع والمشتري فيها.
- لا يصح الإعلان بأي وسيلة أخرى غير رسمية – كإبداء الشفيع رغبته في التمسك بالشفعة عن طريق البريد ولو كان مصحوباً بعلم الوصول.

■ مواعيد الإعلان:

1. إذا كان يعلم الشفيع – يكون امامه ١٥ عشر يوماً من تاريخ علمه بالبائع – وفي حالة لم يعلم إلا بعد مرور سنة على سبيل المثال، فإن حقه في اعلان الرغبة يبقى موجوداً خلال ١٥ يوم من هذا العلم.
2. إذا لم يكن يعلم الشفيع بالبائع – في هذه الحالة إذا كان المبيع عقاراً فيجب على الشفيع ان يعلن رغبته خلال ٣ أشهر من تاريخ التسجيل – لان التسجيل يفترض العلم اليقيني للكافة.

– نصت المادة ٨٩٧ مدني على انه:

1. على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها رسميا إلى كل من البائع والمشتري خلال ١٥ يوم من تاريخ علمه بالبيع وإلا سقط حقه. ويعتبر الإنذار الرسمي قرينة قاطعة على العلم.
2. ولا يكون اعلان الرغبة حجة على الغير إلا إذا علم به. فإذا كان المبيع عقارا، فيكون تسجيل اعلان الرغبة قرينة قاطعة على علم الغير.
- نصت المادة ٩٠٣ مدني على ان - يسقط الحق في الاخذ بالشفعة... ب- إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع ان كان المبيع عقارا.
- المقصود بعلم الشفيع - هو علمه الفعلي بطرفي البيع وبالشروط الجوهرية للعقد، بحيث يمكن ان نقول بأنه على علم كامل بالصفحة وبالتالي يكون قادرا على بيان موقفه من التمسك بالشفعة من عدمه. ولقاضي الموضوع الفصل في مدى علم الشفيع ام لا.
- الإعلان الصادر من البائع والمشتري - يمكن للبائع والمشتري ان يعلنوا الشفيع بعملية البيع حتى تستقر حالة البيع. واجازت ذلك المادة ٨٩٦ مدني بالقول - يمكن للبائع والمشتري ان يبادرا في اعلان الشفيع عن حصول البيع ويجب ان يكون هذا الإعلان بإنذار رسمي يخطرانه فيه بوقوع البيع، ولا يكون هذا الإعلان صحيحا إلا إذا اشتمل على ١- اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وموطنه. ٢- بيان المبيع بياننا كافيا. ٣- بيان الثمن وشروط البيع.
- إذا تم اعلان الشفيع رغبته في التمسك بالشفعة - وكان ذلك في المواعيد القانونية فعندئذ اما ان يقبل البائع والمشتري بحق الشفيع فيحل الشفيع محل البائع رضاء، واما ان يرفض أحد المتبايعين او كليهما، فلا يكون امام الشفيع سوى اللجوء إلى القضاء للحكم له بالشفعة.
- التقادم الطويل وفقا للقواعد العامة (١٥ سنة) - يرى جانب من الفقه انه إذا لم يعلم الشفيع بالبيع ولم ينذر من قبل البائع والمشتري ولم يكن المبيع عقارا تم تسجيله، فإن حقه في الشفعة يسقط. حيث انه لا تسمع عند الانكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة.
- رأي المؤلف - لا يمكن التسليم بسقوط هذا الحق بالتقادم الطويل على اعتبار ان حق الشفعة لا يمكن تكييفه على انه حق شخصي.

المطلب الثاني - إيداع الثمن - ص ٢٨٤

- نص المادة ٨٩٨ من القانون المدني - يجب على الشفيع ان يرفع الدعوى بالشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان رغبته، وذلك بعد ان يودع خزانة إدارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وإلا سقط حقه.
- السبب في اشتراط إيداع الثمن قبل إقامة الدعوى - هو الوقوف على جدية الشفيع في التمسك بالشفعة، ولا سيما وان المدة التي يجب إيداع الثمن خلالها قصيرة جدا وهي ٣٠ يوما من تاريخ اعلان الرغبة. وإذا اختلف تاريخ اعلان المشتري عن تاريخ اعلان البائع فتنتهي مدة الثلاثين يوما من تاريخ اخر اعلان.
- وفقا لنص المادة ٨٩٨ - يجب على الشفيع أولا إيداع الثمن ومن ثم إقامة الدعوى، واستقرت محكمة التمييز على تعاقب هذين الإجرائيين. بمعنى الإيداع أولا ثم يقيم دعواه.

- **الثلث الحقيقي** - وفقا للمادة ٨٩٨ من القانون المدني فإن الثمن الذي يجب على الشفيع ايداعه هو الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في عقد البيع - لذلك فلا يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن، كالمصروفات الرسمية وغيرها. ولا يكون الشفيع ملزم بالديون التي في ذمته للمشتري نتيجة البناء والغرس الذي استحدثه بعد البيع.
- **الثلث السوري** - إذا اثبت الشفيع ان الثمن الوارد في عقد البيع هو ثمن صوري فإنه يكون ملزما في ايداع الثمن الحقيقي دون السوري.
- **عدم ايداع الثمن الحقيقي وتعلقه بالنظام العام** - يترتب على عدم ايداع الثمن الحقيقي بالموعود القانوني سقوط حق الشفعة، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام - كما للمشتري والبائع ان يتمسكا بسقوط الشفعة لعدم ايداع الثمن بالمواعيد المقررة قانونا في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مره امام محكمة التمييز.

المطلب الثالث - إقامة الدعوى - ص ٢٨٩

- **المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها** - اوجبت المادة ٨٩٨ من القانون المدني إقامة دعوى الشفعة من الشفيع خلال ٣٠ يوما من تاريخ اعلان رغبته بالتمسك بالشفعة.
- **على من ترفع دعوى الشفعة** - يجب على الشفيع ان يقيم الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ٣٠ يوم من اعلان الرغبة، وإذا تعدد البائعون او المشترون وجب إقامة الدعوى عليهم جميعا.
- إذا توفي أحدهم (البائع والمشتري) او كلاهما فلا بد من اختصام جميع الورثة.
- **يحتفظ الشفيع في حقة في إقامة دعوى الشفعة** - ان يقيم دعواه خلال ٣٠ يوم حتى ولو كانت امام محكمة غير مختصة - وذلك وفقا لقانون المرافعات المادة ٥٤ التي تنص - تعتبر الدعوى مرفوعة ومنتجة لآثار رفعها من تاريخ ايداع صحيفةا بإدارة الكتاب، ولو كانت المحكمة غير مختصة.
- **الحكم بعدم الاختصاص** - إذا قضي بعدم الاختصاص وجب، وفقا لقضاء النقض المصري إقامة دعوى الشفعة خلال ٣٠ يوما من تاريخ الحكم بعدم الاختصاص وإلا سقط حقة بالشفعة.
- **أهلية الشفيع** - دعوى الشفعة تعتبر من قبيل اعمال التصرف، لذلك فإن المدعي (الشفيع) يجب ان تتوافر فيه أهلية التصرف. لذلك فإذا كان الشفيع ناقص او عديم الاهلية يجب ان تقام دعوى الشفعة من قبل وليه او وصيه.

المطلب الرابع - آثار الشفعة - ص ٢٩٠

- إذا أقيمت دعوى الشفعة وفقا للقيود والشروط التي سبق بيانها، فسيحكم بأحقية الشفيع بالأخذ بالشفعة. وذلك يعني ان الشفيع يحل محل المشتري في عقد البيع، وبالتالي سيلتزم بالالتزامات التي كان يجب ان يلتزم بها المشتري من جهة، وتنبت له الحقوق التي ستنبت للمشتري من جهة ثانية. بيد انه قبل صدور الحكم بالشفعة يكون المشتري مالكا، ومن ثم فقد يجري اعمال بناء او غراس، او ان يجري بعض التصرفات القانونية على الحصة التي اشتراها. فما مدى نفاذ تلك التصرفات في مواجهة الشفيع؟ ماهي النتائج المترتبة على حلول الشفيع مكان المشتري؟

آثار الشفعة	
نفاذ التصرفات التي يجريها المشتري بمواجهته	في علاقة الشفيع بالمشتري والبائع
<p>■ عقار:</p> <p>1. قبل تسجيل اعلان الرغبة – ينفذ الرهن بمواجهة الشفيع.</p> <p>2. بعد تسجيل اعلان الرغبة – لا ينفذ الرهن بمواجهة الشفيع</p> <p>■ منقول:</p> <p>1. قبل اعلان الرغبة من الشفيع – ينفذ بمواجهته.</p> <p>2. بعد اعلان الرغبة من الشفيع – لا ينفذ بمواجهته</p>	<p>1. حق الشفيع في اكتساب الملكية.</p> <p>2. حق الشفيع في تسلّم المبيع.</p> <p>3. الحق في الحصول على ثمار المبيع.</p> <p>4. الحق في الضمان.</p>

الفرع الأول – آثار الشفعة في علاقة الشفيع بالمشتري والبائع (حلول الشفيع محل المشتري) – ص ٢٩١

– ان الحكم الصادر في الشفعة او التراضي عليها لا يؤدي إلى انقضاء او انفساخ عقد البيع، وانما يتم تحويل حقوق والتزامات المشتري إلى الشفيع. وبذلك يكون الشفيع في محل المشتري من تاريخ ابرام عقد البيع. فيكتسب الشفيع حقوق المشتري ويتحمل التزاماته.

– **التزامات الشفيع** – هو التزام وحيد وهو دفع الثمن الذي كان ينبغي على المشتري ان يدفعه للبائع. ولا تثار المشكلة إذا كنا امام شفعة قضائية، حيث لا يمكن للشفيع ان يقيم دعواه مالم يودع الثمن الحقيقي كامل لدى خزانة التنفيذ. اما إذا كانت الشفعة رضائية فيجب على الشفيع دفع الثمن كاملا إلى البائع، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن وجب على الشفيع دفع الثمن للمشتري.

■ حقوق الشفيع بسبب حله مكان المشتري:

الغصن الأول – حق الشفيع في اكتساب الملكية:

– يترتب على حلول الشفيع محل المشتري بمقتضى الشفعة ان يكتسب الشفيع ملكية الحصة الشائعة بدلا من المشتري. وذلك وفقا لنص المادة ٨٩٩ مدني والتي تنص على (الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوق الشفيع والتزاماته، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل).

– **المبيع عقارا** – يكون وقت تسجيل الحكم او تسجيل إقرار المشتري بقبول الشفعة هو الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار الى الشفيع.

– **المبيع منقولا** – وفقا لأغلب الفقهاء – ان ملكية المنقول المشفوع فيه تثبت للشفيع منذ تاريخ صدور الحكم النهائي في الشفعة او منذ تاريخ صدور الحكم بثبوت الشفعة بالتراضي.

الغصن الثاني – حق الشفيع في تسلّم المبيع:

– يجب على البائع تسليم المبيع للشفيع وفقا للقواعد العامة في عقد البيع.

– إذا سلم البائع المشفوع فيه إلى المشتري فيجب على المشتري تسليم المشفوع فيه إلى الشفيع وإلا قامت مسؤوليته المدنية.

– يجب ان يسلم البائع المشفوع فيه بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

– وحيث ان الشفعة ترد على حصة شائعة، فإن تسليمها إلى الشفيع قد لا يكون تسليما ماديا، وانما يتحقق بمجرد تغيير المركز القانوني للشفيع في علاقته مع الشركاء الاخرين، بحيث تزيد حصته في المال الشائع بمقدار الحصة المشفوع فيها.

- **تبعة الهلاك** - إذا كان هلاك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي يتحمل البائع الهلاك ما لم يكن قد اعذر الشفيع بتسلم الشيء المشفوع فيه - وإذا كان الهلاك بعد تسلّم الشفيع للمشفوع فيه فإن الشفيع هو من يتحمل تبعة الهلاك.
- **قيام المشتري ببناء أو غرس وفقاً لنص المادة ٩٠١ مدني:**
- 1. إذا زاد المشتري في المشفوع فيه شيئاً، من بناء أو غرس أو نحوه، قبل ان يعلنه الشفيع برغبته في الاخذ بالشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري ان يدفع ما أنفقه او ما زاد من قيمة المشفوع فيه بسبب ما احدثه.
- 2. فإذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد ان أعلنه الشفيع بالرغبة، كان للشفيع اما ان يطلب الازالة، او يستبقي الزيادة مقابل دفع ما أنفقه المشتري او ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسببها.

تبعة قيام المشتري ببناء أو غرس	
بعد اعلان الرغبة	قبل اعلان الرغبة
<ul style="list-style-type: none"> - الشفيع يحدد بين: 1. يطلب الإزالة من المشتري. أو 2. يدفع الشفيع ما أنفقه المشتري. أو 3. يدفع الشفيع ما زاد من قيمة المشفوع فيه للمشتري. 	<ul style="list-style-type: none"> - المشتري يحدد بين: 1. يدفع الشفيع ما أنفقه المشتري. او 2. يدفع الشفيع ما زاد من قيمة المشفوع فيه للمشتري.

الغصن الثالث - الحق في الحصول على ثمار المبيع:

- تكون ثمار المشفوع فيه للشفيع من تاريخ الحكم النهائي بثبوت الشفعة سواء أكان المشفوع فيه عقاراً ام منقولاً.
- تكون ثمار المشفوع فيه للمشتري قبل الحكم النهائي بثبوت الشفعة سواء كان المشفوع فيه عقاراً ام منقولاً.

الغصن الرابع - الحق في الضمان:

- يلتزم البائع بضمان التعرض وضمان عدم الاستحقاق - وذلك وفقاً لنص المادة ٩٠٠ فقرة ٢ (وإذا استحق المبيع للغير بعد اخذه بالشفعة، فليس للشفيع ان يرجع إلا على البائع).
- لا يتصور إلزام المشتري بضمان الاستحقاق وعدم التعرض للشفيع لأنه لا وجود له في عقد البيع بعد الاخذ بالشفعة.
- **ضمان العيوب الخفية** - لا يضمن البائع للشفيع العيوب الخفية لما في ذلك خروج على نص المادة 900 مدني والتي قصرت التزام البائع تجاه الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق فقط.
- **ملاحظة** - لا يستفيد الشفيع من التسهيلات التي يقدمها البائع للمشتري (مثل تأجيل الثمن او تقسيطة).

الفرع الثاني - نفاذ التصرفات التي يجريها المشتري في حق الشفيع - ص ٣٠١

- نصت المادة ٩٠٢ على انه:

1. لا يسري في حق الشفيع أي تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية او ترتيب حق عيني اخر، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه اعلان الرغبة حجة على الغير، فقال للمادة ٨٩٧ من القانون المدني.
2. ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من أولوية فيما آل إلي المشتري من ثمن.

- **إذا كان المشفوع فيه منقولاً:**

- أ. **قبل اعلان الرغبة** - إذا باع المشتري حصته المشاعة في الشيء المشفوع فيه قبل ان يكون اعلان الرغبة حجة على الغير، أي قبل ان يعلم به الغير، فإن البيع ينفذ في مواجهة الشفيع، ومن ثم فلا يجوز له الاخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالثمن التي اشترى بها.

ب. بعد اعلان الرغبة – إذا وقع البيع بعد ان أصبح الإعلان عن الرغبة حجة على الغير، فلا ينفذ البيع في مواجهة الشفيع وله بالتالي ان يشفع بالبيع الأول ويتجاهل البيع الثاني.

– إذا كان المشفوع فيه عقارا:

أ. قبل تسجيل اعلان الرغبة – إذا أنشأ المشتري رهنا على الحصة المشفوع فيها، وتم قيد الرهن قبل تسجيل اعلان رغبة الشفيع في التمسك بالشفعة، نفذ الرهن في حق الشفيع، أي تنتقل إليه ملكية العقار وهي محملة بالرهن الرسمي.
ب. بعد تسجيل اعلان الرغبة – إذا لم يقيد الرهن او تم قيده بعد تسجيل اعلان الرغبة فلا ينفذ الرهن في مواجهة الشفيع.

نفاذ التصرفات في مواجهة الشفيع

المشفوع فيه عقارا	المشفوع فيه منقولا
3. قبل تسجيل اعلان الرغبة – ينفذ الرهن بمواجهة الشفيع.	1. قبل اعلان الرغبة من الشفيع – ينفذ بمواجهته.
4. بعد تسجيل اعلان الرغبة – لا ينفذ الرهن بمواجهة الشفيع.	2. بعد اعلان الرغبة من الشفيع – لا ينفذ بمواجهته.

الباب الثاني - الفصل الرابع - الحيازة - ص ٣٠٤

المبحث الأول - الاحكام العامة للحيازة - ص ٣٠٥

المطلب الاول - مفهوم الحيازة ومبرراتها ونطاقها - ص ٣٠٥

مفهوم الحيازة ومبرراتها ونطاقها

نطاقها	مبرراتها	مفهومها
وفقا لنص المادة ٩٠٥ - لا ترد الحيازة إلا على الأشياء المادية، ولا يتصور ان ترد على الأشياء غير المادية. الأشياء الداخلة دائرة التعامل فقط.	1. حماية المجتمع. 2. حماية المالك. 3. المصلحة الاقتصادية. 4. الامن القانوني.	نص المادة ٩٠٥ مدني - هي سيطرة شخص، بنفسه او بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهر عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر، بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق.

الفرع الاول - مفهوم الحيازة - ص ٣٠٥

– تعريف الحيازة وفقا لنص المادة ٩٠٥ مدني – هي سيطرة شخص، بنفسه او بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهر عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر، بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق (عقارا او منقولا).

– الأشياء المعنوية – وفقا لهذا التعريف نجد ان المشرع الكويتي اخرج من نطاق الحيازة الأشياء المعنوية. على اعتبار ان قوام الحيازة هي السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة، وهو ما لا يتحقق بالنسبة للأشياء غير المادية (مثل – الديون + المصنفات الفنية).

– الحيازة واقعة مادية ترتب اثرا قانوني.

– غلب المشرع المركز الواقعي (الحيازة) على المركز القانوني (الملكية).

– الغاية من الحيازة هو كسب الحق سواء كان ملكية او استغلال او استعمال او سكني.

الفرع الثاني – مبررات الحيابة (اراء فقهية) – ص ٣٠٧

الغصن الاول – حماية المجتمع – ان تحقيق النظام العام في المجتمع يتطلب حماية الحائز الذي يتمتع بمركز واقعي من أي اعتداء محتمل عليه سواء من حائز اخر او من مالك الشيء نفسه – ويجب على المالك إذا أراد استعادة ماله من الحائز اللجوء إلى المحكمة لاقتضاء حقه.

الغصن الثاني – حماية المالك – ان حماية المالك لا يمكن ان تتحقق إلا إذا استطاع المالك اثبات حقه على ما يملك، ومن المعلوم ان إقامة الدليل على الملك ليس بالأمر الهين. لذلك نجد ان المشرع الكويتي نص المادة ٩٢٣ مدني – بأن من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر، اعتبر هو المالك او صاحب الحق ما لم يثبت عكس ذلك.

الغصن الثالث – المصلحة الاقتصادية – هذه المصلحة تدفعنا إلى تغليب الحائز النشط على الحائز المهمل، حيث ان ترك الأموال (كالأراضي) بلا زراعة فيه ضرر على الاقتصاد الوطني – وان الحائز النشط احق بالحماية من الحائز المهمل لأنه يكون مفيداً للحالة الاقتصادية على عكس الأخير المهمل.

الغصن الرابع – الامن القانوني – ان المالك الذي لا يستعمل حقه، يمكن الحائز من استعماله، بحيث يبدو في نظر الجميع بأنه هو صاحب الحق او السلطة، ويكون بذلك قد أسهم في إيجاد مظهر خداع ومشروع يبرر حماية الغير الذي يتعامل مع الحائز باعتباره المالك الحقيقي. ان حماية الغير حسن النية تقتضي الاعتراف بالأوضاع الظاهرة، أي الاعتراف بالحيابة وحمايتها.

الفرع الثالث – نطاق الحيابة – ص ٣١١

– وفقاً لنص المادة ٩٠٥ – بينت ان الحيابة لا ترد إلا على الأشياء المادية التي تقبل السيطرة المادية عليها سواء اكانت عقارات او منقولات، كالمنزل والأرض والبناء والسيارات وغيرها.

– الأشياء غير المادية – لا يتصور ان ترد الحيابة على الأشياء غير المادية في القانون الكويتي.

– بعض الفقهاء يرون استثناء – ان المشرع الكويتي يقبل استثناء حيابة الدين (يعتبر غير مادي) وذلك عن طريق حيابة السند المثبت لهذا الدين – المؤلف – يرى ان هذا ليس استثناء حيث ان الحيابة عندئذ سترد على الصك المثبت للدين، وهو شيء مادي يدخل ضمن نطاق الحيابة بحسب الأصل.

– الأشياء المادية التي تصلح ان تكون محلاً للحيابة – هي الأشياء المادية الداخلة في دائرة التعامل.

– الأشياء المادية التي لا تصلح ان تكون محلاً للحيابة – هي الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها (البحار – الهواء) او بحكم القانون (كالمخدرات – الخمر) – وكذلك الأموال العامة للدولة والاقواف وفقاً لنص المادة ٩٠٦ مدني.

– نص المادة ٩٠٦ مدني – (لا يعتد بحيابة الغير لأموال الدولة او غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة او أموال الوقف) – ترد الحيابة على الحقوق العينية الاصلية (الملكية – الانتفاع – الارتفاق) والحقوق العينية التبعية (الرهن الحيابي).

المطلب الثاني – اركان الحيابة – ص ٣١٤

اركان الحيابة	
الركن المعنوي	الركن المادي
هو ان يكون لدى الحائز نية التملك او الظهور بمظهر صاحب الحق على الشيء محل الحيابة.	هو السيطرة المادية على الشيء محل الحيابة، ومباشرة الاعمال المادية التي يباشرها عادة المالك او صاحب الحق.

- النظرية الشخصية – (العنصر الارادي) – ان يكون لدى الحائز نية التملك.
- النظرية الموضوعية – (العنصر المادي فقط) – ان يسيطر الحائز على الشيء محل الحيابة، حيث تعتبر هذه النظرية ان النية تدخل ضمناً في مكونات السلطة التي يباشرها الحائز على الشيء محل الحيابة.
- موقف المشرع الكويتي من النظريتين – وفقاً لنص المادة ٩٠٥ ان المشرع الكويتي قد تأثر بالنظرية الشخصية مع الميل إلى النظرية الموضوعية، وذلك يعني انه وفقاً للقانون الكويتي فإن للحيابة ركنان الأول مادي والثاني معنوي.

الفرع الاول – الركن المادي للحيابة – ص ٣١٦

- اوضح المشرع الكويتي الركن المادي للحيابة بنص المادة ٩٠٥ من القانون المدني التي نصت على ان الحيابة (هي سيطرة الشخص بنفسه او بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهر عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني آخر، بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق).
- يجب ان تكون الاعمال المادية ظاهرة – يجب ان تكون الاعمال على قدر من الأهمية.
- لا يشترط ان تكون الاعمال على سبيل الدوام بل يكفي ان تكون حسب المألوف (السكن في البيت – الشاليه موسمي).
- مباشرة التصرفات القانونية لا تكفي لقيام الركن المادي لان بإمكان الشخص القيام بها ولو لم يكن حائزاً.
- تختلف الاعمال المادية باختلاف طبيعة الحق محل الحيابة (ملكية – يقوم بالأعمال التي يقوم بها المالك) – (انتفاع – كالزراعة والبيع) – (ارتفاق – ان يمر على الأرض ويفتح مطلاً خلافاً للقانون).
- لا يشترط في جميع الأحوال ان يكون المال تحت يد الحائز مثل حق الارتفاق.
- قد يقون بالحيابة شخص اخر (مباشرة الاعمال المادية بالوساطة) مثل حائز يؤجر لشخص، هذا الشخص يعد حائزاً لمصلحة الأول ويقوم بالأعمال المادية بالوساطة لمصلحة الأول.
- المباحات والمتسامح به لا يكون الركن المادي للحيابة.
- اثبات العنصر المادي يقع على عاتق من يدعيه بكافة طرق الاثبات.

الفرع الثاني – الركن المعنوي للحيابة – ص ٣١٩

- يجب ان يكون لدى الحائز – اثناء ممارسته للأفعال المادية المكونة للركن المادي – نية التملك او على اقل تقدير نية الظهور بمظهر المالك.
- ويكون ذلك عندما يقوم الحائز بشغل العقار ويقوم بالأعمال المادية والسلطات القانونية كما يمارسها المالك، كأن يقوم بترميمه ثم بتأجيرها على الغير، او ان يزرع المزرعة ويبيع غلتها باعتباره صاحب حق انتفاع، او يسكن العقار فحسب فيظهر امام الغير بأنه صاحب حق السكنى.

- لا تلازم بين الحيابة والحق حيث يمكن ان تكون الحيابة مستندة الى حق ويمكن ان لا تكون مستندة الى أي حق ومع ذلك يحميها القانون، كحيابة السارق والمغتصب.
- الركن المعنوي (نية التملك) لا يمكن تحققه إلا إذا كانت نية التملك او الظهور بمظهر المالك متوفرة لدى الحائز نفسه. وذلك على خلاف الركن المادي الذي يمكن ان يتحقق بالوساطة (الخادم). مثال - إذا حاز الخادم شيئاً دون علم المخدم فلا يعتبر المخدم حائزاً بالمعنى القانوني، وانما يكون الخادم هو الحائز القانوني للشيء طالما انه يظهر عليه بمظهر المالك او كانت لديه نية لتملكه.
- ولكن إذا كان المخدم قد سلم المال محل الحيابة ولكنه استبقى على نية التملك او الظهور بمظهر المالك وفي نفس الوقت لم يكن للخادم تلك النية، فإن الخادم عندئذ يكون قد حاز الشيء لحساب مخدمه. وهنا يكون المخدم هو الحائز القانوني على الشيء.
- استثناء على قاعدة عدم جواز توفر الركن المعنوي بالوساطة، نصت المادة ٩٠٩ مدني على ان (يجوز لعدم الاهلية او ناقصها ان يكسب الحيابة عن طريق من ينوب عنه قانوناً) - وتعتبر هذه المادة حماية لعدم الاهلية وناقصها وذلك من خلال اكتسابهم الحقوق عن طريق الحيابة من خلال من يمثلهم قانوناً.
- الاعمال على سبيل التسامح - نصت عليها المادة ٩٠٧ مدني على انه (لا تقوم الحيابة بعمل يأتيه الشخص على انه من المباحات او بعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح) - مثال - ان يسمح المالك (صاحب الحق) للحائز (صديق) باستعمال حقه من باب المجاملة والحفاظ على العلاقات الودية التي بينهما. هنا لا تعتبر حيابة ولعدم وجود الركن المعنوي لدى الحائز (قاضي الموضوع هو المختص بتقدير ما اذا كان العمل الذي يقوم به الحائز على سبيل التسامح ام لا).
- الحيابة ليست غاية بحد ذاتها وانما وسيلة لكسب الحق.
- لا يتشترط ان يكون لدى الحائز نية خاصة للتملك بمعنى ان تتجه نيته لتملك شيء محدد، وانما يكفي ان تكون النية عامه للتملك، فتمتد هذه النية لكل الأشياء الموجودة في محل الحيابة ولو لم يكن يعلم الحائز بها (مثال - من حاز مكتبة بنية تملكها، فإنه يكون حائزاً لجميع المؤلفات التي بها).
- يعد توافر الركن المادي قرينة على توافر الركن المعنوي وعلى من يدعي عكس ذلك اثباته.

المطلب الثالث - المقصود بالحيابة العرضية وخصائصها وكيفية تحولها إلى حيابة قانونية - ص ٣٢٣

٣٢٣

الحيابة العرضية	
المقصود بها وخصائصها	تحول الحيابة العرضية إلى قانونية
1. المقصود بالحيابة العرضية.	1. تحولها إلى قانونية بفعل الغير.
2. خصائص الحيابة العرضية.	2. تحولها إلى قانونية بفعل الحائز.

الفرع الاول - المقصود بالحيابة العرضية مع بيان خصائصها - ص ٣٢٣

- تعريف الحيابة العرضية - هي ان يسيطر شخص على شيء مادي سيطرة مادية دون ان تكون لديه النية بامتلاكه او الظهور عليه بمظهر المالك. (هي الحيابة التي يتوفر فيها الركن المادي فقط دون المعنوي للحيابة). **امثله:**

1. حيازة الشخص لشيء ما (قلم – سيارة) ثم تركه دون ان تكون له نية تملكه او الظهور عليه بمظهر المالك.
 2. إذا كان الحائز يحوز الشيء لحساب غيره سواء اكان يخضع في ذلك إلى رقابته وتوجيهاته ام لا.
 3. المستأجر والوكيل والخادم والتابع. (الحائز القانوني هو المؤجر والموكل والمخدوم والمتبوع).
- اجتماع الحيازة القانونية والحيازة العرضية في شخص واحد:
 - ويكون بأن تثبت لشخص واحد حيازتين مختلفتين على الشيء نفسه – مثال في حال المنتفع او صاحب حق الاستعمال، حيث يعد المنتفع صاحب حق الاستعمال حائزا قانونيا بالنسبة لحق الانتفاع وحق الاستعمال لانهما ينتفعان ويستعملان الشيء لمصلحتهما، وفي الوقت نفسه، يعد كل منهما حائزا عرضيا بالنسبة لحق الرقبة الذي يثبت للمالك، حيث انهما يحوزان حق الرقبة لمصلحة المالك.
 - الخلافات الجوهرية بين الحيازة العرضية والحيازة القانونية (خصائص الحيازة العرضية):
 - 1. الحيازة القانونية مكتملة الأركان (المادي والمعنوي)، بينما العرضية يوجد بها الركن المادي فقط.
 - 2. ان الحيازة العرضية حيازة ناقصة كقاعدة عامة، ولا تنتج اثارا قانونية كقاعدة عامة، فعلى سبيل المثال نجد ان حيازة المستأجر والمستعير لا تكسبهما ملكية الشيء محل الحيازة ولو استمرت لمدة طويلة. وذلك بخلاف الحيازة القانونية التي تنتج الاثار المنصوص عليها في القانون ومن أهمها اكتساب ملكية الشيء محل الحيازة.
 - 3. تتصف الحيازة العرضية بالطابع المطلق، أي انها عاجزة عن انتاج الاثار القانونية ليس في مواجهة المالك، وانما في مواجهة الكافة. فمن يحوز الشيء لحساب غيره كالمستأجر لا يجوز له ان يدعيه لنفسه ويتمسك بالتقادم، لان خلال مدة حيازته كان يستند فيها إلى عقد الايجار. ويستوي في ذلك ان يتم التمسك بالتقادم في مواجهة المالك او حائز قانوني اخر.
 - 4. يذهب الفقه إلى القول بأن الحيازة العرضية تتميز بأنها تتفق مع احكام القانون، أي ان الحائز العرضي يستند في حيازته إلى سند من القانون، وان هذا السند قد يكون مصدره اتفاق كحيازة المستأجر للعين المؤجرة. وقد يكون مصدر الحيازة الحكم القضائي، كحيازة الحارس القضائي للأموال الموجودة تحت حراسته. وقد يكون مصدر الحيازة النص القانوني كحيازة القيم والوصي لأموال القاصر.
 - يرى المؤلف – انه ليس دائما يجب ان تستند الحيازة العرضية الى حق، حيث يمكن تصور وجود حيازة عرضية لا تستند إلى حق، كما هو الحال عندما يلتقط شخص شيئا بحكم الفضول ثم يتركه دون ان تكون لديه النية بتملكه.

الخلافات الجوهرية بين الحيازة القانونية والعرضية

الحيازة العرضية	الحيازة القانونية
1. الركن المادي فقط دون المعنوي.	1. مكتملة الأركان (المادي والمعنوي).
2. حيازة ناقصة – لا تنتج اثارها القانونية كقاعدة عامة (المستأجر لا يكسب الملكية مهما طال مدة انتفاعه).	2. حيازة كاملة – تنتج الاثار القانونية المنصوص عليها بالقانون (اكتساب ملكية الشيء).

- **استثناء** – الحيازة العرضية تنتج اثرا واحد لها وهو حق الحائز العرضي بدعوى استرداد حيازة والسبب في ذلك هو رغبة المشرع في تحقيق الامن والنظام في المجتمع. نص المادة ٩٢٤ (ويجوز أيضا لمن كان حائزا لحساب غيره ان يطلب استرداد الحيازة).

الفرع الثاني – تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية – ص ٣٢٦

تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية	
بفعل الحائز	بفعل الغير
1. القيام بأعمال مادية من قبل الحائز العرضي. 2. القيام بأعمال مادية تتضمن معارضة لحق المالك.	1. بناء على سند او تصرف قانوني. 2. ان يكون الحائز العرضي حسن النية.

- قد تتحول الحيازة العرضية لحيازة قانونية، ويتحقق ذلك عندما يغير الحائز نية حيازته، كأن يحوز المستأجر العين المؤجرة بنية تملكها او يكون لدى الخادم نية بأنه يحوز الشيء لحساب نفسه وليس لحساب مخدمه. ففي المثالين يتحقق وجود الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي، ومن ثم نكون امام حيازة قانونية مكتملة الأركان.
- ولكن القول بتحول الحيازة العرضية إلى قانونية بمجرد تغيير نية الحائز امر يصعب اثباته، على اعتبار ان النية امر نفسي لا يمكن التحقق منه إلا إذا تم التعيين عنه بأفعال ملموسة. لذلك نجد ان المشرع الكويتي نظم هذه المسألة كالتالي:
- نص المادة ٩١٠ مدني على - (ليس لمن يحوز باسم غيره ان يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته، ولكن تتغير هذه الصفة اما بفعل الغير واما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه، ولا تبدأ الحيازة بصفقتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير).
- المذكرة الايضاحية للقانون المدني بينت كيفية تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية بقولها (إذا كان من يحوز باسمه لحساب غيره، كالتابع والمستأجر لا يعتبر حائزاً بالمعنى القانوني، فيمكن ان تتغير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية. ولكن لا يكفي لأحداث هذا التغيير ان تتغير نية الحائز العرضي، بل يجب ان يتخذ التعبير مظهراً خارجياً كافياً لإزالة الصفة السابقة، وهي كونه حائزاً عرضياً، واحلال الصفة الجديدة كحائز قانوني).

الفصل الاول – تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية بفعل الغير:

1. استنادا إلى سند او تصرف قانوني – يتم تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية بفعل الغير عندما يستند الحائز العرضي في حيازته على سند صادر من الغير (ليس المالك) من شأنه ان ينقل له الملكية لو انه صدر من المالك او صاحب الحق عليه (حق الانتفاع مثلا) – (لا يشترط علم المالك او صاحب الحق بتغيير نوع الحيازة).
- مثال – إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة من غير المالك. ان عقد البيع في هذه الحالة يعد سندا جديدا يغير من طبيعة حيازة المستأجر، بحيث يجعله يحوز الشيء محل البيع (العين المستأجرة) لحساب نفسه وليس لحساب غيره. لذلك ينبغي ان يأتي افعالا لا تدل على هذا المعنى، كأن يمتنع عن دفع الأجرة للمؤجر.
2. ان يكون الحائز العرضي حسن النية – يرى جانب من الفقه (الراجح) ضرورة اشتراطها في ان يكون الحائز العرضي حسن النية، أي انه كان يعتقد بأنه حصل على السند من المالك او صاحب الحق العيني.

الفصل الثاني – تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية بفعل الحائز:

- استثناء من نص المادة ٩١٠ – التي تنص على عدم الجواز للحائز الذي يحوز لحساب غيره ان يغير طبيعة حيازته بنفسه لنفسه، فإن المشرع سمح بذلك على سبيل الاستثناء بشروط وهي:
 1. ان يقوم الحائز العرضي بأفعال مادية من شأنها ان تكشف عن نيته بتغيير طبيعة حيازته، أي ان يقوم بالأعمال التي يقوم بها عادة المالك او صاحب الحق العيني كأن يبني او يسكن او يستعمل او يستثمر الشيء محل الحيازة.
 - اما مجرد وجود النية الكامنة بالنفس وغير المدعومة بأفعال مادية ذات مظهر خارجي فلا تكفي لتحول حيازة الحائز العرضي إلى حيازة قانونية. مثال – عدم دف المستأجر الأجرة للمالك المؤجر. (قاضي الموضوع هو من يحدد دلالة الأفعال المادية اذا كانت تغير نية الحائز ام لا).
 2. ان يقوم الحائز العرضي بالأعمال المادية التي تتضمن معارضة لحق المالك او صاحب الحق وفي مواجهته.
 - اشكال المعارضة – ان يقوم الحائز العرضي بإقامة دعوى قضائية ينكر فيها حق المالك ويدعي الشيء لنفسه – او عن طريق انذار رسمي يعارض فيه الحائز حق المالك او غيرها من الأفعال التي لا تثير الشك في انه ينكر حق الغير ويدعيه لنفسه.
- وفقا للقواعد العامة في الاثبات ان من يدعي تغيير طبيعة حيازته ان يقيم الدليل على صدق دعواه.
- ان الأثر المترتب على تغير طبيعة الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية ينتج من تاريخ تحقق الفعل المادي الذي أحدث التغيير.

المطلب الرابع – اكتساب الحيازة وانتقالها وزوالها – ص ٣٣٢

اكتساب الحيازة وانتقالها وزوالها		
اكتساب الحيازة	انتقال الحيازة	زوال الحيازة
القيام بالأعمال المادية التي يقوم بها عادة المالك او صاحب الحق.	1. انتقال الحيازة للخلف العام. 2. انتقال الحيازة للخلف الخاص.	1. زوال الحيازة بزوال ركنها. 2. زوال الحيازة لفقد أحد ركنها: أ. لفقد الركن المادي. ب. لفقد الركن المعنوي.

الفرع الاول – اكتساب الحيازة – ص ٣٣٢

- يتم اكتساب الحيازة من خلال القيام بالأعمال المادية التي يقوم بها عدة المالك او صاحب الحق، أي الظهور بمظهر المالك مع وجود نية التملك او نية الظهور بمظهر صاحب الحق. او بمعنى اخر عند تحقق ركني الحيازة (المادي والمعنوي).
- اكتساب الحائز حيازة جديدة ابتداءً – بحيث لم يكن الشيء محل الحيازة مملوكا لاحد من قبل، كما هو الحال بالنسبة للاستيلاء، حيث يكون المنقول مالا مباحا غير مملوك لاحد، ومن ثم يتملكه الحائز وفقا لأحكام الاستيلاء بمجرد حيازته إذا كان لديه نية تملكه.
- حيازة الغاصب والسارق يلغي الحيازة السابقة – لا يمكن التسليم بذلك لأنه يخالف موقف المشرع مخالفة صريحة، حيث ان الشيء المسروق يبقى على حيازة صاحبه وذلك وفقا لنص المادة ٩٣٩ مدني (يجوز لمالك المنقول او السند لحامله او لصاحب الحق العيني عليه، إذا فقده او سرق منه، ان يسترده ممكن يكون حائزا له بسبب صحيح وحسن

نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد او السرقة). وكذلك المادة ٢١٨ جزء (يعد سارقا من يلتقط شيئا مفقودا بنية امتلاكه، سواء توافرت لديه النية وقت الالتقاط او بعده).

- اكتساب الحائز حيازته بواسطة تدخل من الغير – ان تنتقل الحيازة للحائز من حائز سابق، كما هو الحال بالنسبة للخلف العام، حيث تنتقل حيازة السلف إلى الخلف بقوة القانون ومن تاريخ وفاة السلف.
- انتقال الحيازة بمقتضى اتفاق – كما هو الحال بالنسبة للخلف الخاص، ومثاله المشتري الذي يخلف البائع في حيازته.
- انتقال الحيازة للحائز بمقتضى تصرف قانوني بالإرادة المنفردة – كما هو الحال بالنسبة لانتقال حيازة الموصي إلى الموصى له. (الموصى له بحصة = خلف عام) (الموصى له بعين = خلف خاص).

الفرع الثاني – انتقال الحيازة – ص ٣٣٣

الغصن الأول – انتقال الحيازة إلى الخلف العام (الورثة + الموصى له بحصة):

- نصت المادة ٩١٧ مدني على انه (تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على انه إذا كان السلف سيء النية واثبت الخلف انه كان في حيازته حسن النية جاز له ان يتمسك بحسن نيته).
- تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف العام (الوارث او الموصى له) بقوة القانون دون حاجة إلى تسليم الشيء محل الحيازة، وذلك من تاريخ وفات السلف بقوة القانون.
- نتائج انتقال الحيازة بقوة القانون – فإن القاعدة انه إذا كانت حيازة السلف قانونية وخالية من العيوب فإنها تنتقل إلى الخلف بذات الصفات، أي ان تكون حيازة الخلف قانونية وخالية من العيوب.
- اما إذا كانت حيازة السلف حيازة عرضية، او مشوبة بعيب من عيوب الحيازة (الخفاء او الاكراه) فإنها تنتقل إلى الخلف بذات الصفات، أي ان تكون حيازته معيبة او عرضية ما لم يقيم الدليل على تغيير طبيعة حيازته إلى حيازة قانونية إما بفعل الغير او بفعل نفسه.
- سوء نية السلف – وتطبيقا لقاعدة انتقال حيازة السلف إلى الخلف بذات الصفات انه إذا كانت حيازة السلف بسوء نية فينبغي ان تنتقل إلى خلفه بذات الصفات، واعتبار الخلف حائزا بسوء نية – استثناءا المشرع أجاز للخلف ان يتمسك بحسن نيته وذلك بنص المادة ٩١٧ مدني.
- مثال – إذا كان الاحب سيء النية في حيازته لأنه يعلم بأنه يحوز مالا مملوكا للغير ثم توفي فتنتقل عندئذ حيازته إلى ابنه، فإن كان هذا الأخير حسن النية، أي لا يعلم بأن والده كان يعتدي في حيازته على أموال الغير، جاز له ان يتمسك بحسن نيته، ومن ثم تعتبر حيازته قد تمت بحسن نية منذ ان انتقلت إليه الحيازة من مورثة.
- استقلال نية الخلف عن نية السلف – حيث سمح للخلف ان يتمسك وان يثبت حسن نيته على الرغم من ثبوت سوء نية السلف – ويعتبر هذا خروجا عن القواعد العامة والتي بمقتضاها ان حسن النية مفترض ومن يدعي خلافه يقع عليه عبء الإثبات.

الغصن الثاني – انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص:

- نصت المادة ٩١٨ مدني على انه (تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير ان يسيطر على الشيء ولو لم يتسلمه تسليمًا ماديا).

• **شروط إمكانية انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص:**

1. ان يكون هناك اتفاق بين الحائز القديم والحائز الجديد على انتقال الحيازة.

– قد يكون ذلك بمقتضى عقد بيع او هبة او نحوه، حيث في مثل هذه العقود يلتزم البائع والواهب بتسليم المبيع او الموهوب إلى المشتري او الموهوب له.

2. ان يتضمن الاتفاق انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف.

– يقصد بنقل الحيازة نقل ركني الحيازة المادي والمعنوي من السلف إلى الخلف الخاص. إن انتقال الركن المعنوي لا يثير في الواقع ثمة صعوبة لأنه يمكن الاستدلال عليه من الاتفاق.

– **صور انتقال الركن المادي من السلف إلى الخلف:**

أ. عند التسليم المادي الفعلي للشيء – كما هو الحال عندما يسلم البائع المشتري الشيء (قلم – سيارة).

ب. عند التسليم الرمزي للشيء – عندما يسلم السلف أداة تمكن الخلف من التسليم المادي للشيء دون عائق كتسليم مفتاح السيارة او المنزل.

– **تناقض الحيازة الفعلية مع الحيازة الرمزي - مثال** ان يسلم السلف مفاتيح السيارة للخلف (تسليم رمزي)، وتكون السيارة في حيازة شخص اخر فعليا، فإن المشرع **قدم في هذه الحالة من كانت لدية الحيازة الفعلية وكان حسن النية**

– وذلك من خلال نص المادة ٩٢٠ مدني (وبوجه خاص، يقوم تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى امين النقل او المودوعة في المخازن مقام تسليم البضاعة ذاتها. على انه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم الآخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة)

ت. **التسليم الحكمي للشيء** – تحول المستأجر لمالك للعين المستأجرة من خلال عقد بيع.

– نص المادة ٩١٩ مدني (يجوز ان يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة او استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه) – **حالات التسليم الحكمي:**

I. **تحول المالك لمستأجر** – ان يستمر الحائز بالسيطرة المادية على الشيء ولكن لحساب غيره، كما هو الحال عندما

يبيع المالك شفته على الغير ويشترط عليه ان يبقى فيها لمدة سنة بمقابل. لا توجد نقل للحيازة المادية او الرمزية.

II. **تحول المستأجر لمالك** – تتحقق عندما يقوم مستأجر الشقة بشرائها من المالك المؤجر. ففي هذه الحالة أصبح المشتري

(المستأجر) – بعد البيع – يحوز الشقة لحسابه الخاص وليس لحساب شخص اخر.

– القاعدة انه إذا انتقلت الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص فإنها تعتبر حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، ومن

ثم فإن كانت حيازة السلف مشوبة بعيب من عيوب الحيازة فإن حيازة الخلف الخاص لا تكون بالضرورة مشوبة

بذات العيب، وإذا كانت حيازة السلف بسوء نية فلا يوجد ما يحول دون اعتبار حيازة الخلف قد تمت بحسن نية، على

اعتبار ان حيازة الخلف ليست امتدادا واستمرارا لحيازة السلف.

– **استفادة الخلف الخاص من حيازة السلف** – على الرغم من ان حيازة الخلف الخاص مختلفة ومستقلة عن حيازة سلفة

فإن المشرع سمح للخلف الخاص بأن يضم مدة سلفة، وفي هذه الحالة تنتقل حيازة سلفه إليه بذات الصفات التي كانت

عليها بشرط ان تكون حيازة سلفه كانت حيازة قانونية وخالية من العيوب.

– **إذا كان الحائز (السلف) سيء النية:**

1. الخلف العام – يجب ان يثبت انه حسن النية.
2. الخلف الخاص – يكون حسن النية ومن يدعي عكس ذلك الاثبات (اما اذا اراد الاستفادة من حيازة السلف فإن الحيازة تنتقل له بعيوبها فيكون سيء النية)

الفرع الثالث – زوال الحيازة – ص ٣٤١

الفصل الاول – زوال الحيازة بزوال ركنيها:

- إذا فقد الحائز السيطرة المادية على الشيء من جهة، ولم يعد يظهر على الشيء بمظهر المالك من جهة أخرى زالت حيازته. ويتحقق فقد ركني الحيازة عندما يقوم الحائز القانوني ببيع المنزل محل الحيازة ويقوم بتسليمه للمشتري. وقد يتحقق كذلك من خلال التخلي عن ملكية المنقول بتركه – من خلال نص المادة ٨٧٦ مدني التي نصت على انه (١) - يصبح المنقول مباحا إذا تخلى عنه مالكة بنية النزول عن ملكيته).

الفصل الثاني – زوال الحيازة لفقد أحد أركانها:

○ أولاً – زوال الحيازة لفقد الركن المادي:

- يتحقق فقد الركن المادي عندما يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة من دون رضاه، ومن ثم فنزول حيازته على حد تعبير الفقه. ومع ذلك فإن احكام فقد الركن المادي في حيازة المنقول تختلف عن احكام فقد الركن المادي في حيازة العقار.

يرى بعض الفقهاء انه يتحقق فقد الركن المادي في حيازة المنقول بسرقة او بفقده، بحيث لم يعد الحائز يمارس عليه الأفعال المادية التي يمارسها عادة المالك او أصحاب الحق عليه. وهذا الرأي يتناقض مع النصوص القانونية التالية:

- نصت المادة ٩٣٩ مدني على انه (يجوز لمالك المنقول او السند لحامله او لصاحب الحق العيني عليه، إذا فقده او سرق منه، ان يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد او السرقة).

- نصت المادة ٨٧٦ مدني على انه (١) - يصبح المنقول مباحا إذا تخلى عنه مالكة بنية النزول عن ملكيته. ٢- وتعتبر الحيوانات غير الاليفة مباحة ما دامت طليقة، ومع ذلك فإذا أحرز حيوان منها ثم عاد طليقا فلا يعتبر مباحا إلا إذا لم يتبعه المالك فوراً او إذا كف عن تتبعه. ٣- وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له، قم فقد هذه العادة، أصبح مباحا ما دام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه). (إذا السرقة والفقد يعتبران مانعا من الحيازة وليس سبب من أسباب الفقد).

- **المنقول** – إذا فقد او سرق يبقى على حيازة مالكة او الحائز القانوني خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة او الفقد.
- **العقار** – يتحقق فقد الركن المادي بالعقار وفقاً للرأي السائد في الفقه إذا حاز شخص عقاراً مملوكاً للغير وقام بالأعمال المادية التي يباشرها عليه عادة المالك او صاحب الحق العيني. ففي هذه الحالة يفقد المالك سيطرته على العقار فيفقد الركن المادي – ان مجرد امتناع المالك عن القيام بالأفعال المادية التي يقوم بها عادة المالك لا يؤدي بشكل تلقائي إلى زوال الركن المادي للحيازة مهما طال مدتة، ما لم تكون هناك حيازة من قبل شخص آخر على هذا العقار.
- إذا اقام الحائز السابق دعوى استرداد خلال 3 سنوات من حيازة الغير فإن المدة التي حاز فيها الغير ترجع له.

– لا تزول الحيازة بسبب عدم ممارسة الاعمال المكونة للركن المادي بسبب القوة القاهرة (فيضات – زلازل – حرب) حيث يعتبر ذلك مانعا وقتيا.

○ ثانياً – زوال الحيازة لفقد الركن المعنوي:

– يرى الفقهاء انه قد تزول الحيازة لزوال الركن المعنوي فقط، كما لو امتنع المالك من الظهور على الشيء بمظهر المالك، أي عندما يتخلى عن نيته في التملك حتى ولو بقي الشيء تحت سيطرته، لأنه عندئذ يمارس الأفعال المادية (الركن المادي) لحساب شخص اخر، كما إذا باع المالك شقته او مزرعته الى الغير وظل فيها باعتباره مستأجرا او مستعيرا.

– وفي هذه الحالة يكون البائع مستأجرا او مستعيرا وهو بذلك يتخلى عن الظهور بمظهر المالك ويحوز الشقة لحساب المشتري.

– وفي الحقيقة لا تزول الحيازة في هذه الفرضية لزوال الركن المعنوي، وانما نكون امام تحول للحيازة من حيازة قانونية إلى حيازة عرضية، حيث يظل الحائز حائزا عرضيا بالرغم من زوال الركن المعنوي.

المطلب الخامس – عيوب الحيازة – ص ٣٤٤

– نصت المادة ٩١١ مدني على ان هناك عيوب قد تصيب الحيازة ويترتب عليها اثار (إذا اقترنت الحيازة بإكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه او اخفيت عنه الحيازة او التبس أمرها عليه، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب).

عيوب الحيازة	
أنواع عيوب الحيازة	أثر تحقق عيوب الحيازة
1. عيب الاكراه. 2. عيب الخفاء. 3. عيب الغموض.	لا تنتج الحيازة أثرها القانوني في حال كنا امام حيازة بناء على عيب من عيوب الحيازة.

الفرع الاول – أنواع عيوب الحيازة – ص ٣٤٥

الغصن الاول – عيب الاكراه – هو استعمال القوة او التهديد بها عند ممارسة الأفعال المادية المكونة للركن المادي للحيازة (بمعنى ان يحصل الحائز على حيازة الشيء عن طريق استعماله للقوة او التهديد بها).

– عند بدء الحيازة – عيب الاكراه الذي يؤثر على الحيازة يجب ان يتحقق عند بدء الحيازة. اما إذا بدأت الحيازة هادئة ثم لجأ إلى استعمال العنف من اجل المحافظة عليها فلا تكون حيازته عندئذ معيبة بعيب الاكراه.

– اكراه مادي او معنوي – يجب ان يكون استخدام الحائز لوسائل الاكراه المادي او المعنوي عند بدء الحيازة لتكون امام عيب الإكراه في الحيازة، وبناء عليه يتوقف انتاج اثار الحيازة القانونية. (لا يشترط ان يقوم الحائز بالإكراه بنفسه، فمن الممكن ان يقوم به شخص اخر لحسابه).

– سلطة قاضي الموضوع – تكون له سلطة تقديرية فيما إذا كان هناك استعمال للإكراه ام لا وذلك وفقا للمعيار الشخصي الذي يختلف من شخص لشخص اخر.

الغصن الثاني – عيب الخفاء – هو العيب الذي يصيب الركن المادي، حيث يقوم الحائز بمباشرة الاعمال المادية المكونة للركن المادي بشكل خفي عن الشخص الذي يرغب في التمسك بالحيازة في مواجهته (الحائز السابق او المالك).
- إذا باشر الحائز الاعمال المادية خلسة او بالخفاء فتكون حيازته معيبة بعيب الخفاء.

- شكل العلانية – هو إمكانية العلم بها، او ان يباشر الحائز الحيازة في علنية على مشهد من الناس.
- العلم الفعلي للمالك – لا يشترط العلم الفعلي للمالك بالأفعال المادية لاعتبارها اعمالا علنية ما دام انه باستطاعته العلم بها.

- العقار والمنقول – ان عيب الخفاء ينذر وجوده في حيازة العقارات، وذلك على خلاف المنقولات اذ يسهل في واقع الامر اخفائها، كالسارق عندما يخفي المنقولات المسروقة او الوارث الذي يخفي بعض المنقولات عن اعين باقي الورثة.

- بداية الحيازة علنية – قد تبدأ الحيازة علنية ثم يباشر الحائز بعد ذلك الاعمال المادية خفية فعندئذ تكون معيبة بعيب الخفاء منذ اللحظة التي باشر فيها الحائز هذه الاعمال الخفية.

- بداية الحيازة خفاء – قد تبدأ الحيازة خفية، أي معيبة بعيب الخفاء، ثم يباشر الحائز الاعمال المادية بشكل علني فعند إذ يزول العيب منذ اللحظة التي مارس فيها الحائز الأفعال بشكل علني. (يشترط ان تكون الحيازة علنية بالنسبة للمالك او الحائز السابق وليس للكافة) (اذا كانت علنية للكافة وخفية بالنسبة لهم كانت معيبة بعيب الخفاء والعكس صحيح).

الغصن الثالث – عيب الغموض – تكون الحيازة معيبة بعيب الغموض إذا كان هناك شك في ان الحائز يحوز الشيء لمصلحته او لمصلحة غيره.

- رابطة قانونية بين الحائز والمالك – عيب الغموض لا يتحقق إلا إذا كانت هناك رابطة قانونية بين الحائز والمالك او صاحب الحق، بحيث يظن هذا الأخير ظنا مشروعاً بأن الحائز ما زال يحوز الشيء لحسابه (حساب المالك).

- زوال عيب الغموض – يزول هذا العيب او اللبس عندما يعبر الحائز بشكل واضح عن نيته بأنه يحوز الشيء لحساب نفسه ولم يعد يحوزه لحساب مالكة او لصاحب الحق عليه.

- امثلة على عيب الغموض – حيازة الخادم لأموال مملوكة لمخدومه، او حيازة الزوج لأشياء مملوكة لزوجته والعكس.
- يرى البعض ان الغموض يؤدي إلى انعدام الركن المعنوي للحيازة. ولكن رأي المؤلف – ان أنصار الرأي القائل

بانعدام الركن المعنوي للحيازة في عيب الغموض انهم قد خلطوا بين الركن المعنوي في الحيازة والذي يجب ان يتوفر لدى الحائز، وعيب الخفاء وهو التباس امر الحيادة على من له مصلحة (المالك او صاحب الحق).

- فعيب اللبس مرتبط بالمالك او صاحب الحق. اما الحائز فيتوفر لديه الركن المعنوي بمجرد قيامه بالأفعال المادية التي يقوم بها عادة المالك او أصحاب الحق، حيث يفترض القانون ان لديه النية في الظهور عليها بمظهر المالك.

الفرع الثاني – أثر تحقق عيوب الحيازة – ص ٣٤٩

إذا كانت الحيازة قد تمت بإكراه او بالخفاء او فيها غموض فإنها تكون معيبة، أي انها لا تنتج اثارها القانونية. وهناك خصائص تشترك فيها هذه العيب على الشكل التالي:

1. **أولا – نسبية العيوب –** ان أثر العيب والمتمثل بعدم إنتاجية الحيازة لأثرها يكون مقصور على من استعمل القوة في مواجهته او التهديد بها او من التمس امرها عليه، او من اخفيت عنه الحيازة. اما ما عداهم فإن الحيازة بالنسبة لهم تكون سليمة وخالية من العيوب، ومن ثم تكون مستمرة في إنتاجية اثارها في مواجهتهم.
- **المالك و عيب الاكراه –** لا يحق للمالك التمسك بعيب الاكراه بعد زوال الاكراه – مثال إذا انتزع الحائز الحيازة من الحائز السابق بالقوة واستمر في استخدام القوة لمدة خمس سنوات ثم هدأت حيازته لمدة ١٥ سنة، فليس للمالك ان يتمسك بعيب الاكراه لأنه لم تمارس ضده القوة، وانما للحائز السابق حق التمسك بعيب الاكراه لان القوة مورست في مواجهته.
- **المالك و عيب الخفاء –** لا يحق للمالك ان يتمسك بعيب الخفاء إذا كانت الحيازة ظاهرة بالنسبة له ولكننا خفية على الآخرين.
- **المالك و عيب الغموض –** لا يحق للمالك ان يتمسك بعيب الغموض إذا كانت نية الحائز واضحة ظاهرة بالنسبة له بأنه يحوز لحساب نفسه، حتى ولو ثار شك بالنسبة للآخرين فيما إذا كان الحائز يحوز لنفسه او لمصلحة المالك.
2. **ثانيا – تأقيت العيوب –** هو ان كلا من عيوب الاكراه والخفاء والغموض مؤقته تزول بزوال سببها، أي ان توقفها عن انتاجه اثارها يكون مؤقتا، بحيث إذا زال سبب العيب عادت الحيازة إلى انتاج اثارها منذ اللحظة التي زال فيها سبب العيب.
- **الحيازة المعيبة تختلف عن الحيازة العرضية –** حيث ان الحيازة العرضية لا يتوفر فيها إلا ركنا واحدا وهو الركن المادي، اما الحيازة المعيبة فيتوفر فيها الركنين معا (المادي والمعنوي) كل ما هنالك انها لا تنتج اثارها لوجود عيب من عيوب الحيازة، بحيث إذا زال العيب انتجت الحيازة اثارها القانونية.

الاختلاف بين الحيازة العرضية والحيازة المعيبة

الحيازة العرضية	الحيازة المعيبة
– يتوفر فيها ركنا واحدا فقط وهو الركن المادي	– يتوفر فيها الركنين معا (المادي والمعنوي)
– لا تنتج اثارها لوجود عيب من عيوب الحيازة، بحيث إذا زال العيب انتجت الحيازة اثارها.	– الحيازة المعيبة – لا تنتج اثارها لوجود عيب من عيوب الحيازة، بحيث إذا زال العيب انتجت الحيازة اثارها.

المبحث الثاني – الاحكام الخاصة بكل نوع من انواع للحيازة – ص ٣٥١

المطلب الاول – الحيازة كسب لكسب الملكية – ص ٣٥١

الحيازة كسب لكسب الملكية

الاحكام الخاصة بالحيازة الفورية	الاحكام الخاصة بالحيازة الممتدة (التقادم)
<ul style="list-style-type: none"> ■ شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز: 1. حيازة المنقول. 2. حسن النية. 3. السند الصحيح. ■ الاثار القانونية لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز: 1. الأثر المكسب. 2. الأثر المسقط. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ شروط الحيازة الممتدة: 1. شرط الحيازة. 2. شرط المدة. 3. شرط انكار حق الغير وادعائه لنفسه. 4. شرط التمسك بالتقادم. ■ أثر تحقق شروط الحيازة الممتدة:

الفرع الاول – الاحكام الخاصة بالحيازة الفورية (قاعدة الحيازة بالمنقول سند الحائز) – ص ٣٥١

- اهتم المشرع الكويتي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وذلك بنص المادة ٩٣٧ مدني والتي نصت على انه (١) - من حاز بسبب صحيح منقولاً او سنداً لحامله، ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة. ٢- فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرت لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها).

الفصل الاول – شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز:

شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز		
حيازة المنقول	حسن النية	السبب الصحيح

مثال		
المالك (أ)	الحائز (ب)	المشتري (ج)
		يتم عقد بيع بين الحائز المشتري

○ أولاً – حيازة المنقول:

يشترط المشرع وجود حيازة قانونية، أي ان يتوافر فيها ركني الحيازة (المادي والمعنوي). اما الحيازة العرضية فإنها تخرج من نطاق هذه القاعدة على اعتبار انه لا يتحقق فيها سوى الركن المادي فقط. كما ينبغي ان تكون هذه الحيازة القانونية خالية من عيوب الحيازة (الاکراه – الخفاء – الغموض).

انطباق القاعدة	صور الحيازة
تنطبق القاعدة	١. الحيازة الفعلية ان يتم عقد بيع بين الحائز (ليس المالك) ويتم تسليم المشتري المبيع محل عقد البيع.
تنطبق القاعدة	٢. الحيازة الحكمية الفرض الأول يستأجر ج ساعة من ب، ثم يشتريها ج من ب معتقداً انه المالك. هنا نجد ان الساعة بالأصل كانت بحيازة ج فنكون امام حيازة حكمية. الفرض الثاني يشتري ج ساعة من ب، ثم يتفق على ان تبقى الساعة في حيازة ب على سبيل الايجار – لم يتسلم المشتري المبيع ولم تدخل حيازته.
تنطبق القاعدة	٣. الحيازة الرمزية ان يتم عقد بيع سيارة بين الحائز ب (ليس المالك) ويتم تسليم مفاتيح السيارة للمشتري ج دون ان يكون تسلم السيارة.

- ان هذه الصور من الحيازات (الفعلية – الحكمية – الرمزية) لا يمكن ان تتحقق إلا إذا كنا بصدد منقولاً مادياً، اما المنقولات المعنوية فلا تدخل أصلاً ضمن نطاق الحيازة لاستحالة السيطرة عليها.
- يجب ان تكون هذه المنقولات داخلية ضمن دائرة التعامل، لذلك لا يجوز تطبيق هذه القاعدة على المنقولات الخارجة عن دائرة التعامل، كالمنقولات المملوكة للدولة، والمخدرات ونحوها.
- منقولات مادية لا تنطبق عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز:
١. هي المنقولات التي يتطلب المشرع قيدها في سجل معد لذلك كالسفينة والطائرة، حيث يشترط المشرع قيد أي تصرف يرد عليهما في سجلات خاصة.

2. هي المنقولات التابعة للعقار، كالعقار بالتخصيص. فإذا باع شخص مزرعة غيره بما فيها من منقولا دون ان يقر المالك الحقيقي بهذا البيع، فلا يكون للمشتري حق التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز لامتلاك المنقولات الموجودة في المزرعة.

– لكن إذا تم بيع المنقولات التابعة للعقار (العقار بالتخصيص) بشكل مستقل عن العقارات التي تتبعها فإنها تدخل ضمن نطاق قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز.

– **التسجيل الإداري لبعض المنقول (تسجيل السيارة لدى إدارة المرور) –** لا يمنع هذا التسجيل من انطباق قاعدة الحيابة بالمنقول سند الحائز لان الهدف من هذا التسجيل ليس شهر التصرفات القانونية، وانما تحديد المسئول جنائيا عن استخدام السيارة.

○ ثانياً – حسن النية:

– يقصد بحسن نية الحائز انه يعتقد بأنه يتعامل مع المالك، أي بمعنى اخر انه يجهل بأنه يعتدي على ملك الغير.
– **حسن النية مفترض من قبل المشرع –** نصت المادة ٩٣٨ على ان (الحيابة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).

– **يجب توافر حسن النية ابتداءً –** أي انه يجب ان يكون الحائز حسن النية عند بدء الحيابة وليس في وقت اخر – مثال لو كان الحائز عند شراء الساعة يعتقد ان البائع هو المالك فيعتبر عندئذ حسن النية حتى ولو علم بعد ذلك بأن البائع ليس مالكا.

– حالات سوء النية:

أ. **الإكراه –** نصت عليها المادة ٩١٥ مدني (ويعتبر سيء النية من اغتصب الحيابة بالإكراه من غيره) – يترتب على ذلك ان الحائز إذا بدأ حيازته للمنقول بإكراه فإنه يعتبر حائزا بسوء نية حتى ولو هدأت حيازته بعد ذلك.

ب. **الخطأ الجسيم –** نصت عليها المادة ٩١٤ مدني بقولها (يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل انه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم) وتقدير وجود الخطأ الجسيم يكون لقاضي الموضوع. مثال – شراء السيارة دون الاطلاع على اوراقها – شراء منقولات عليها علامة شركة معينة بخلاف الشركة البائعة.

○ ثالثاً – السبب الصحيح:

– السبب الصحيح المنصوص عليه في المادة ٩٣٧ من القانون المدني هو الذي من شأنه ان ينقل الملكية او الحق العيني لو انه كان صادرا من المالك، على الشكل التالي:

1. تصرف قانوني بإرادتين (البيع او الهبة) او بإرادة واحدة (الوصية).

2. حكما قضائيا – كحكم رسو المزداد.

– لا يعد الميراث من قبيل السبب الصحيح لأنه واقعة مادية، ومن ثم فإذا حاز الوارث منقولا ولو بنية تملكه فلا يجوز له ان يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سنة الحائز لانتفاء السبب الصحيح.

– لا يعد كل من الصلح والقسمة والحكم الصادر باستحقاق المنقول لصالح أحد اطراف الدعوى سبب صحيح لأنها كاشفة للملكية وليست منشئة لها.

– لا يمكن التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز إذا كنا بصدد عقد ايجار او عارية.

– شروط ان يكون السبب صحيحا:

1. ان يكون تصرفا قانونيا.
 2. ان يكون صحيحا وموجودا (يجب الا يكون باطلا).
 3. ان لا يكون التصرف معلقا على شرط واقف قبل تحقق الشرط وذلك لعدم وجود التصرف.
 4. ان يكون التصرف صادرا من غير المالك.
- التصرف القابل للإبطال يصح كسبب صحيح قبل تقرير ابطاله.

الغصن الثاني – الاثار القانونية لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز:

○ أولا – الأثر المكسب:

- لقد جعل المشرع من الحيازة مصدرا مستقلا لكسب الملكية او أي حق عيني اخر، وذلك عندما تتحقق الشروط (حيازة المنقول – حسن النية – سبب صحيح).
- ان الحائز يكتسب ملكية المنقول من تاريخ بدء الحيازة، ويتم ذلك بقوة القانون دون حاجة إلى اتخاذ أي اجراء اخر.
- من يحوز منقولا اشتراه او قايض عليه من غير مالكة وهو حسن النية، يمتلكه فورا بمقتضى الحيازة الفورية. ويمكن له ان يتمسك بملكيته للمنقول في دعوى الاستحقاق الذي يقيمها المالك القديم في مواجهته. وبما انه امتلك المنقول بمقتضى الحيازة الفورية فله أيضا ان يدافع عن ملكيته للمنقول من أي مغتصب بدعوى الاستحقاق.
- ان قاعدة الحيازة الفورية (الحيازة في المنقول سند الحائز) تمتد لتشمل اكتساب الحقوق العينية الأخرى التي يتحقق فيها الحيازة، كحق الانتفاع او حق الاستعمال. ومثال ذلك – من يتقرر له حق انتفاع، او حق استعمال او رهن حيازي على منقول من غير مالكة وهو حسن النية أصبح صاحب حق للانتفاع او الرهن الحيازي.

● لا يكون للحائز أثر مكسب في حال وجود هذه الشروط – تحقق الحماية للمالك الحقيقي بمواجهة الحائز (يحق للمالك التمسك بحقه بمواجهة الحائز وذلك خلافا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز):

1. ان يكون المنقول مسروقا او مفقودا.
 - حيث انه في هذه الحالة كان خروج المنقول من حيازة مالكة لأسباب خارجة عن إرادته.
 - يقع على المالك عبء اثبات ان المنقول قد سرق منه او فقد منه.
2. حسن نية حائز المنقول المسروق او المفقود.
 - إذا كان الحائز سيء النية فإنه لا يمتلك المنقول المفقود او المسروق، ومن ثم يكون للمالك إقامة دعوى الاستحقاق في مواجهته.
 - المقصود بحسن النية هو ان الحائز لا يعلم وليس في مقدوره ان يعلم بأن المنقول مسروق او مفقود وفقا لمعيار الشخص العادي متوسط اليقظة والحرز.
3. إقامة دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة او الفقد.
 - هذه المدة لا تعتبر مدة تقادم مكسب، لان سريانها يبدأ من تاريخ الفقد والسرقة، وليس من تاريخ بدء الحيازة.
 - لا تعتبر هذه المدة مدة تقادم مسقط اذ انها لا تقبل الوقف او الانقطاع، لذلك فهي مدة سقوط.

- **ملاحظة** – القاعدة ان مالك المنقول المسروق او المفقود يسترده من الحائز حسن النية دون ان يدفع شيئاً لهذا الأخير. ولكن المشرع ألزم مالك المنقول او المسروق الذي يرغب في استرداده **بأن يدفع الثمن الذي دفعه الحائز**، إذا كان الحائز قد اشترى المنقول المفقود او المسروق **من السوق او من مزاد علني او ممن يتجر في مثله**.
- حيث نصت المادة ٩٣٩ من القانون المدني على انه (فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق او مزاد علني او ممن يتجر في مثله، فله ان يطلب ممن استرده ان يعجل له الثمن الذي دفعه).
- وبناء على هذا النص يحق للحائز إذا اثبت انه اشترى المنقول المسروق او المفقود من السوق او ممن يتجر في مثله او من مزاد علني ان يحبس المنقول ويطلب من المالك ان يعجل له بدفع الثمن الذي دفعه.
- والقاعدة انه اذا دفع المالك الثمن للحائز حسن النية فله الحق في الرجوع على السارق او على البائع الذي يعلن بأن المنقول مسروق او مفقود وفقاً للقواعد العامة.

○ ثانياً – الأثر المسقط:

- نصت المادة ٢/٩٣٧ من القانون المدني على انه (فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها).
- يقصد بالأثر المسقط للحيازة الفورية هو تخليص المنقول من كافة القيود والتكاليف الواردة عليه. فإذا حاز الحائز منقولا بحسن نية وبسند صحيح انتقلت اليه ملكيته وهي خالية من أي تكاليف او قيود.
- لا تلازم بين الأثر المسقط والاثر المكسب لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، حيث قد تنتج هذه القاعدة الاثران في الوقت نفسه. وقد تنتج فقط الأثر المسقط دون الأثر المكسب.
- **انتاج الاثرين معا المكسب والمسقط** – عندما يشتري شخص حسن النية ساعة من غير مالكةا دون ان يكون هناك ما يشير إلى وجود رهن حيازي يثقلها عند البيع. في هذه الحالة سيكتسب الحائز حسن النية ملكية الساعة بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وهي خالية من الرهن. وبذلك ينفضي الرهن ويكون للمرتهن والمالك الحق في الرجوع على من تصرف في الساعة للغير.
- **انتاج الأثر المسقط فقط** – عندما يشتري الحائز حسن النية المنقول من مالكة، حيث انه في هذه الحالة سيمتلك المنقول بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما. وسوف تنتقل اليه الملكية وهي خالية من أي تكليف طالما لم يتم الإشارة إليه في اثناء التعاقد.

الفرع الثاني – الاحكام الخاصة بالحيازة الممتدة (التقادم) – ص 369

الغصن الاول – شروط الحيازة الممتدة:

شروط قاعدة الحيازة الممتدة			
الحيازة	المدة	انكار حق الغير وادعائه لنفسه	التمسك بالتقادم

○ أولاً – شرط الحيازة:

- يجب ان تكون الحيازة حيازة قانونية مكتملة الأركان حتى يستفيد الحائز من الحيازة الممتدة.
- الحيازة العرضية لا يمكن ان يستفيد صاحبها من الحيازة الممتدة.
- يجب ان تكون الحيازة القانونية خالية من العيوب المتعلقة بالحيازة وهي (عيب الخفاء – اللبس – الغموض).

- الحيازة الممتدة قد تكون على العقارات والمنقولات على حد سواء على خلاف قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) والتي تتعلق بالمنقولات فقط دون العقارات.
- حتى تنطبق احكام الحيازة الممتدة يجب ان تكون الحيازة على عقار او منقول داخل ضمن دائرة التعامل، لذلك فإن أموال الدولة العقارية والمنقولة و اموال الوقف والمخدرات تخرج عن نطاق الحيازة الممتدة.
- اعترف القضاء للدولة بحق التماسك بالتقادم كما هو الحال بالنسبة للأفراد، وعليه فإن الحيازة التي استوفت شروطها القانونية واستمرت مدة 15 سنة تعتبر قرينة شرعية وقانونية على الملك لصالح الحائز سواء كان فردا او شخصا اعتباريا خاصا او عاما وتغني بذاتها عن بيان سبب تملكه.
- عبء اثبات الحيازة يقع على الحائز وهي واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة وسائل الاثبات.
- تعتبر المصورات الجوية التي أجرتها او تجريها الدولة حجة على الكافة فيما تدل عليه، ولا يجوز قبول دليل اخر يناقض هذه الحجة، وتقضي المحكمة بهذه الحجة من تلقاء نفسها – نص المادة 114 لسنة 1986 من المرسوم بقانون.
- حجية المصورات الجوية لا تمس سلطة محكمة الموضوع في تحصيل وفهم حقيقة ما تحتويه هذه المصورات من علامات ومظاهر وتقدير دلالتها. وان استخلاص وضع اليد على العقار وتقدير الأدلة التي تؤدي إلى توافر الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي او انتفائها هو من مسائل الواقع التي تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى اقامت قضاءها على أسبابا سائغة.

○ ثانيا – شرط المدة:

1. **كيفية حساب مدة التقادم –** المشرع وضع قرينة لمصلحة الحائز، حيث نصت المادة 912 مدني على انه (إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين وفي وقت سابق معين اعتبرت قائمه بين الوقتين ما لم يثبت العكس).
- إذا أراد الحائز ان يثبت حيازته لأرض او منقل يكفي ان يثبت بأنه كان يحوزه بتاريخ معين وانه يحوزه بتاريخ معين لاحق عليه.
- **مثال –** إذا أراد الحائز ان يثبت بأنه حائزا للعقار بتاريخ 2000/1/1 وانه حائزا للعقار ذاته بتاريخ 2015/1/2 عندئذ يعتبر حائزا لهذا العقار خلال تلك المدة كلها إلا اذا استطاع الطرف الاخر ان يثبت عكس ذلك.
- **حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى –** مدة التقادم تحسب بالتقويم الميلادي **وبالأيام وليس بالساعات –** ولا يدخل ضمن حساب المدة اليوم الأول لبدء الحيازة، حيث سيكون حتما ناقصا.
- وتكتمل المدة بانقضاء اخر يوم منها. وإذا كان اليوم الأخير الذي تكتمل فيه المدة إجازة رسمية فتمتد المدة إلى اليوم الذي يعقب الإجازة. حيث يعتب ذلك بمثابة مانع يحول دون مطالبة المالك بحقة.
- **مدة التقادم تعتبر من النظام العام.**
2. **استفادة الخلف من مدة السلف –** ان المشرع اعترف للخلف الخاص والخلف العام بضم مدة حيازتهم لمدة حيازة سلفهم لاستكمال مدة التقادم.
- **يمكن للخلف العام** ان يستكمل المدة المطلوبة من خلال ضم حيازة سلفه إلى حيازته، بحيث اذا استمرت حيازتهما معا لمدة 15 سنة يمكن للخلف العام ان يتمسك بالتقادم.

- **مثال** – لو حاز احمد عقارا او منقولا لمدة 10 سنوات، ثم توفاه الله فانتقلت حيازة هذا العقار او المنقول إلى ابنه واستمر في حيازته له لمدة 5 سنوات، فله عندئذ ان يتمسك بالتقادم لكسب ملكيتهما.
- **يمكن للخلف الخاص** ان يضم حيازته لمدة حيازة سلفه، بشرط ان تكون هناك علاقة قانونية بين الخلف الخاص والسلف، كالمشتري يمكن ان يضم حيازة سلفه البائع، وكذلك بالنسبة للموهوب له او الموصى له بعين معينة من التركة.
- **مثال** – كما لو حاز فهد عقارا لمدة 10 سنوات ثم باعه إلى حمد واستمر حمد في حيازة العقار لمدة 5 سنوات، فيكون عندئذ لحمد (الخلف الخاص) ان يضم مدة فهد (السلف) إلى مدته من اجل ان يتمسك بالتقادم لكسب ملكية العقار محل الحيازة.
- **المغتصب** – لا يستفيد من حيازة من سبقه لعدم وجود علاقة قانونية تربطه بمن سلب الحيازة منه، ومن ثم فتكون حيازة المغتصب حيازة جديدة.
- 3. **انقطاع مدة التقادم** – قد تنقطع مدة التقادم، بحيث تعتبر المدة السابقة على وجود سبب الانقطاع كأن لم تكن، ومن ثم فإذا اكتسب الحائز الشيء مرة أخرى بعد زوال سبب الانقطاع فإنه يبدأ حيازة جديدة. والانقطاع قد يكون انقطاعا طبيعيا او حكما.
- **الانقطاع الطبيعي** – هو خروج الشيء محل الحيازة من سيطرة الحائز، او بمعنى اخر، زوال حيازته، ولا يهم بعد ذلك فيما إذا كان فقدان السيطرة على الشيء محل الحيازة ناتجا عن إرادة الحائز او من دون ارادته، كما اذا انتزع الغير الشيء من يد الحائز وسيطر عليه لحسابه الخاص.
- ولما كان الانقطاع الطبيعي ناتجا عن زوال الحيازة فإن أثره يكون مطلقا، أي ان عدم سرمان المدة يكون في مواجهة الكافة. لذلك لكل من له مصلحة في عدم سرمان التقادم في مواجهته ان يتمسك بالانقطاع الطبيعي.
- **الانقطاع الحكمي** – لا يفقد فيه الحائز السيطرة الفعلية على الشيء محل الحيازة، وانما يتحقق من خلال مطالبة صاحب الحق بحقه امام القضاء، او ان يقر الحائز بحق الغير على الشيء الذي يحوزه. (مثال المطالبة القضائية).
- نصت المادة 448 من القانون المدني على انه (تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة) – وقد تتخذ المطالبة القضائية شكل دعوى مبتدأه او على شكل دفع عارض يتمسك به المدعي او المدعى عليه اثناء نظر الدعوى الاصلية، او عن طريق التدخل كخصم ثالث في الدعوى.
- **لا تعتبر مطالبة قضائية ولا تقطع التقادم كل من** – مجرد الإنذار ولو كان رسميا، او المطالبة الشفوية، او اللجوء إلى الجهات الإدارية او اتخاذ اجراء تحفظي او وقتي لا يتعلق بالحق فلا يكفي لانقطاع مدة التقادم.
- **يبدأ الانقطاع** – منذ ايداع صحيفة الدعوى وحتى قبل اعلان صحيفتها إلى المدعى عليه. فإن حكم القاضي لمصلحة المالك انقطع التقادم بشكل نهائي، اما اذا حكم القاضي لمصلحة الحائز فإن الانقطاع يعتبر كأن لم يكن، ومن ثم فتحسب مدة حيازته من تاريخ بدء الحيازة.
- **قطع مدة التقادم بإقرار الحائز** – قد تنقطع مدة التقادم بسبب إقرار الحائز بأنه يحوز شيئا مملوكا للغير. وان الإقرار بهذا المعنى يفيد اعتراف الحائز بحق الغير على الشيء الذي يحوزه. وقد يكون الإقرار صريحا او ضمنيا، كما اذا دفع الحائز الأجرة للمالك.

– **الإقرار تصرف قانونيا** – ان الإقرار تصرف قانوني يتم بإرادة الحائز المنفردة، فإنه ينتج اثره دون الحاجة إلى قبول من المالك. بل ولا يشترط ان يكون الإقرار امام القضاء. ويرى البعض انه يشترط في المقر ان يكون اهلا للتصرف في الحق محل الحيازة على اعتبار ان الإقرار هنا يقوم مقام النزول عن الحق – (الكاتب) يرى انه لا يمكن التسليم بهذا الرأي، حيث انه لا يثبت أي حق للحائز قبل اكتمال المدة للقول بالنزول عن الحق.

– **الأثر النسبي للانقطاع الحكمي** – حيث لا يستفيد من هذا الانقطاع إلا صاحب الحق الذي اقر الحائز بحقه، او صالبا بحقه قضائيا. لذلك فإذا اقر الحائز بحق أحد الملاك على الشيوع فلا يستفيد من هذا الإقرار باقي الشركاء. كما انه إذا اقام أحد الشركاء دعوى قضائية على الحائز فلا يستفيد من انقطاع مدة الحيازة سوى الشريك الذي اقام الدعوى دون غيره من الشركاء الاخرين.

4. **وقف مدة التقادم** – ان المشرع لم يحدد الحالات التي يتحقق فيها وقف سريان المدة، وانما وضع قاعدة عامة والتي بمقتضاها انه كلما وجد مانع يحول دون مطالبة المالك بحقه وقف سريان مدة التقادم سواء أكان المانع مانعا ماديا ام ادبيا ام قانونيا.

– **المانع المادي** – هو وجود ظرف مادي يمنع المالك من المطالبة بحقه، كإغلاق المحاكم بسبب الحرب او الفيضان ونحوه. وان تقدير وجود المانع المادي من عدمه يرجع لقاضي الموضوع. (اعتبرت محكمة التمييز ان الغزو العراقي سبب من أسباب وقف مدة سريان التقادم) – (لا يعتبر مجرد وجود الأجنبي صاحب الحق في دولته مانعا ماديا يوقف مدة التقادم) – (لا يعتبر جهل المالك بالاعتداء على ملكه من قبيل الأسباب المادية لوقف مدة التقادم وفقا لمحكمة التمييز الكويتية).

– **المانع الادبي** – ويكون ذلك اذا كانت هناك رابطة معينة بين صاحب الحق والحائز تحول دون مطالبة صاحب الحق بحقه من الحائز كوجود صلة القرابة، كالأبوة والبنوة والعلاقة بين الأزواج. ويجب ان تكون هذه العلاقة قوية بحيث يتخرج صاحب الحق او يتعذر عليه ان يطالب بحقه. (مثال – اذا كانت علاقة الابن بأبيه سيئة، كما لو كان بينهما قضايا متبادلة فلا يمكن لأي منهما التمسك بوقف التقادم لوجود صلة القرابة).

– **المانع القانوني** – هو نقص أهلية صاحب الحق او غيبته او الحكم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائبا قانونيا يمثله ويعتبر كل ذلك مانعا قانونيا يحول دون مطالبته بحقه. وهناك من قاس على هذا الحكم وقوع صاحب الحق في الاسر.

– اذا تحققت حالة من حالات الوقف (مانع مادي – ادبي – قانوني) فإن مدة سريان التقادم تقف خلال المدة التي وجد فيها المانع فقط، بحيث اذا زال سبب الوقف استأنفت المدة سريانها، أي بمعنى ان المدة السابقة لوجود المانع واللاحقة عليه تدخل في احتساب مدة التقادم، وذلك على خلاف حالات الانقطاع التي تسقط فيها المدة السابقة للانقطاع، ومن ثم فيتم احتساب مدة جديدة بعد زوال سبب الانقطاع.

– **الأثر النسبي لحالات الوقف** – حيث انه لا يستفيد منه إلا من تحقق فيه حالة من حالاته. وبناء على ذلك فإذا كان العقار مملوكا على الشيوع وكانت هناك صلة قرابة بين أحدهم وبين الحائز، او كان بين الشركاء ناقص الأهلية او غائب او مسجون لعقوبة جنائية وليس له من يمثله قانونا، فإن الشريك (قريب الحائز او ناقص الأهلية) هو الذي يحق له ان يتمسك بوقف سريان مدة التقادم دون بقية الشركاء الاخرين.

– الأثر المطلق استثناء – اذا كان الشيء محل الحيازة غير قابل لانقسام، كما هو الحال بالنسبة لحيازة حق الارفاق، فإن الأثر المترتب على وقف التقادم في هذه الحالة يكون مطلقاً، بحيث يستفيد جميع الشركاء من وجود وقف التقادم بالنسبة لاحدهم.

○ ثالثاً – شرط انكار حق الغير وادعائه لنفسه:

– اشترطت المادة 935 من القانون المدني ان ينكر الحائز حق الغير على الشيء محل الحيازة وان يدعيه لنفسه دون حاجه إلى بيان سبب امتلاكه، حيث نصت المادة على انه (اذا انكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه، ولو لم يبين سبب كسبه).

– ان المشرع أراد ان يقترب من النظام الإسلامي الذي لا يعتبر ان مجرد مرور الوقت كاف، بحد ذاته لكسب الملكية. لذلك فإنه اعتبر استمرار الحيازة لمدة 15 سنة دليل على الملك وليس سبباً للملك.

– اوجب المشرع الحائز ان يدعي الشيء لنفسه دون ان يلزمه بإثبات سبب ملكيته. اذا اقر الحائز بحق المالك او صاحب الحق او اتخذ موقفاً سلبياً ولكنه لم ينكر حق الغير فلا يستفيد من حيازته وان استمرت لأكثر من 15 سنة.

– يرى بعض الفقهاء انه لا يتشترط ان يتم انكار الحائز لحق الغير وادعائه لنفسه امام القضاء بل يكفي بالنسبة لهم إقامة الدليل عليه ولو لم يحصل امام القضاء، ويرى البعض الاخر انه يجب ان يتم الانكار امام القضاء سواء اكان ذلك عن طريق إقامة دعوى مبتدأه ام عن طريق دفع او في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مره امام محكمة الاستئناف. ولكن لا يجوز ان يتم الانكار لأول مرة امام محكمة التمييز.

– لن يشترط المشرع شكلاً معيناً للإنكار او صيغة محددة، وانما يجب ان يكون واضح الدلالة بمعنى انكار حق الغير من قبل الحائز وادعائه الحق لنفسه. وحيث ان الانكار يتعلق بضمير الشخص (الحائز) لذلك يجب ان يصدر منه ولا قبل ان يصدر الانكار من شخص اخر غيره.

○ رابعاً – شرط التمسك بالتقادم:

– لم يشر نص المادة 935 من القانون المدني صراحة على ضرورة تمسك الحائز بالتقادم. ولكن يستمد هذا الشرط من كون ان التقادم المثبت خيار يمنحه المشرع للحائز، لذلك فلا ينتج اثره بمجرد تحقق شروطه. بل لا بد من ان يتمسك به الحائز.

– فقد يفرض الحائز امتلاك أموالاً مملوكة للغير. لذلك قيل بأن التقادم المثبت شأنه في ذلك شأن التقادم المكسب وعدم سماع الدعوى لا ينتج اثره بمجرد اكتمال المدة المنصوص عليها في القانون، وانما يتوقف انتاج اثره على إرادة الحائز.

– المحكمة لا تملك الحكم بتثبيت الملكية للحائز من تلقاء نفسها.

الغصن الثاني – أثر تحقق شروط الحيازة الممتدة:

– إذا توافرت شروط الحيازة الممتدة، أي عندما يحوز شخص ما عقاراً او منقولاً حيازة قانونية خالية من العيوب لمدة 15 سنة، وادعى الحق لنفسه، وأنكر حق الغير عليه، وتمسك بالتقادم امام القضاء اعتبر صاحب الحق الذي يحوزه، واعتبر المشرع ان الحيازة دليل على الحق محل الحيازة، فهي تؤيد الوضع الظاهر الذي يدعيه الحائز.

- **تقادم مثبت وليس مكسب** – ان الفقه والقضاء في الكويت مستقر على ان التقادم المنصوص عليه في نص المادة 935 من القانون المدني تقادم مثبت يختلف عن التقادم المكسب المنصوص عليه في بعض القوانين، كالقانون المصري او الفرنسي. حيث ان الحيازة في القانون الكويتي تكون مجرد قرينة على الملك وليست سببا لكسب الملكية.
- **التقادم المثبت والتقادم المكسب من حيث الإقرار** – يختلف التقادم المثبت بالقانون المدني عن التقادم المكسب من حيث الإقرار، حيث ان الإقرار بحق الغير في التقادم المثبت ينتفي معه وجود قرينة الملك، وذلك بخلاف التقادم المكسب الذي لا يؤثر عليه وجود إقرار الحائز بأنه يحوز ملك الغير.
- **دور المحكمة عند توافر شروط حيازة التقادم المثبت** – ان المشرع من اجل تحقيق الاستقرار والامن القانوني ألزم المحكمة بأن تحكم للحائز بتملكه للشيء محل الحيازة عند توافر الشروط السابقة دون ان يمنحها أي سلطة تقديرية، حيث نصت المادة 935 من القانون المدني (ويحكم له به). وبذلك يكون المشرع قد غل يد القاضي، بحيث اجبره على الحكم للحائز بمجرد استمرار حيازته لمدة 15 سنة وادعاء الحق لنفسه وانكار حق الغير عليه حتى لو لم يبين سبب ملكه، بل حتى ولو اتضح للقاضي كذب الحائز وبهتانه فإنه ملزم بالحكم لصالحه.
- **يترتب على تحقق شروط المادة 935 من القانون المدني اعتبار ان الحائز مالكا منذ بدء الحيازة، أي ما يعرف الأثر الرجعي للتقادم ويترتب على ذلك ما يلي:**
1. لما كانت القاعدة ان ثمار الشيء تكون لمالكه، فتكون الثمار اذن للحائز باعتباره مالكا منذ بدء حيازته سواء اكان حسن او سيء النية.
 2. إذا أنشأ الحائز قبل اكمال مدة الحيازة حقا عينيا أصليا او تبعا للغير، كحق الانتفاع او كالرهن، ثم قضي له بالملكية، نفذ في مواجهته وفي مواجهة الغير لأنه تصرف فيما يملك.
 3. اما إذا أنشأ المالك حقا عينيا تبعا للغير فعندئذ ينبغي التفرقة:
- أ. **الفرض الأول** – وفيه يتم انشاء هذا الحق قبل بدء الحيازة، في هذه الحالة يكون المالك قد أنشأ حقا عينيا على ملكه فينفذ هذا الحق في مواجهة الكافة بمن فيهم الحائز ولو اكتملت مدة حيازته، والسبب في ذلك يرجع إلى ان الملكية تنتقل إلى الحائز بالحالة التي كانت عليها وقت بدء الحيازة.
- ب. **الفرض الثاني** – وفيه يتم انشاء الرهن من قبل المالك بعد بدء الحيازة فإنه يعد رهنا صادرا من الغير، ومن ثم فلا يحتج به على الحائز الذي أصبح المالك بمقتضى الحيازة منذ بدء سريانها.

نهاية كتاب الملكية