

حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة

للدكتور على محمد البارودي

مقدمة

١ - كلما رسخت المفكرة القانونية رسوخاً يصل بها الى مصاف البدهيات التي تعلق على الجدل والنقاش ، كلما اشتد خطرهما على الأذهان ، فأصبحت مزلقاً من شأنه أن يوقع في الخطأ والضلالة . فعلم القانون ، باعتباره من العلوم الاجتماعية لا العلوم الرياضية أو الطبيعية ، علم يجب أن يشتد فيه الحذر بالذات من تلك الحقائق الراسخة الخالدة التي تبدو غير قابلة للانكار ولا للتطور ، بحيث نفكر وهي قابلة في أعماق أذهاننا لا نستطيع منها فراراً . لذا فانه لا بأس ، من وقت لآخر ، أن نحاول النظر في أمثال تلك الحقائق بذهن خال وعين جديدة ، وأن نقدم على هذه المغامرة - مغامرة التعرض للحقائق الثابتة-دون أن نخشى انتقاد المحافظين من رجال القانون ، بل ودون أن نخشى الوقوع في أخطاء جسيمة تنسب اليها مدى العمر ، اذ من المعصوم ؟ ثم إن هذا التعرض لا يهدف الى الهدم ولا يطلبه ، وإنما هو يهدف الى مزيد من الضوء والوضوح . ونكاد نجزم أننا سنحقق هذا الهدف سواء قلنا خطأ أو صواباً . فنحن في ميدان لا يمكن أن يعدفيه رأى ما ، حقيقة مطلقة ، ولا يمكن أن تنزل فيه قيمة الرأى الخاطيء الى الصفر . وإنما يكون تقليب وجوه الرأى فيه كتقليب الأرض بضربات الفأس : كلاهما يؤدي الى مزيد من الحصوبة .

٢ - والحقيقة الثابتة التي نتعرض لها في هذا البحث ، هي التقسيم القانوني للأموال - أو للأشياء ، إن شئنا التعبير الأدق - الى عقارات ومنقولات . فهذا التقسيم يحتل مكاناً بارزاً وتمتد آثاره في كل فروع القانون على وجه التقريب .

وأهم آثاره نجدها في القانون المدني حيث نرى هذا التقسيم يقف وراء تحديد نظام الملكية وكيفية انتقالها وكيفية اكتسابها بالتقادم ، وقيمة الحيازة وحماية هذه الحيازة ، والحقوق التي لا ترد الا على العقار كالرهن الرسمي والاختصاص والارتفاق ، وحق الشفعة . ولكن آثار هذا التقسيم تمتد وتتفرع :

ففي القانون التجاري يحدد هذا التقسيم الأساسي نطاقه الخارجي فيحصره في أحد القسمين دون الآخر . ولهذا التقسيم ذاته أهمية كبرى في قانون المرافعات من حيث التنفيذ الذي تختلف اجراءاته في المنقول عنها في العقار ، ومن حيث الاختصاص المحلي . وفي القانون الدولي الخاص يختلف القانون الواجب التطبيق بحسب ما اذا كان النزاع قائماً بشأن العقار أو بشأن المنقول . بل إن أهمية هذا التقسيم تصل إلى نطاق القانون الجنائي حيث يحدد أركان بعض الجرائم ، فلا تقع جرائم معينة كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة الا على المنقولات .

٣ - وقد امتد هذا التقسيم في الزمن امتداداً طويلاً ، على اختلاف النظم الاقتصادية والسياسية التي عبرها سلماً حتى عصرنا هذا . بدأ في أول نشأة القانون الروماني تقسماً طبيعياً محكماً ، ثم انتقل الى عصور الاقطاع تقسماً اجتماعياً وسياسياً يفرق بين السادة والعبيد ، ثم عاد بعد الثورة الفرنسية تقسماً قانونياً يحمل بين تفاصيله آثار الطبيعة وآثار الاقطاع في نفس الوقت . ورغم اختلاف المضمون الداخلي لهذا التقسيم في خلال هذه العصور الطويلة ، فقد استمر شكله الخارجي راسخاً خالداً . ولا شك أن مصدر هذا الرسوخ الشديد ، هو أن هذا التقسيم يستند الى أساس طبيعي سليم قبل أن يدخل نطاق القانون . فهو تقسيم محكم لا يفلت منه شيء . لأن الأشياء على اختلافها لا يمكن إلا أن تكون داخلة في نطاق قسميه الكبيرين .

٤ - الا أن هذا التقسيم قد بدأ يعاني من ظهور نوع جديد من المنقولات الهامة التي أخذت تحتل مكاناً جوهرياً في حياتنا . وسر المعاناة ،

أن هذه المنقولات ، وان كانت تدخل في نطاق التقسيم – إذ لامراء في أنها تنتقل من مكان الى آخر دون تلف – الا أنها لا تخضع لأهم آثاره جميعا وأكثرها التصاقا بجوهر التقسيم ذاته ، وهي الآثار المتعلقة بنظام الملكية وأثر الحيازة . فهذه المنقولات الخاصة ، لسبب ما ، تأتي الخضوع للقاعدة التي خضعت لها سائر المنقولات منذ القانون الروماني دون شك أو قلق : وهي قاعدة اعتبار الحيازة في المنقول ، بحسن نية وسبب صحيح سنداً للملكية . فهي تتخذ ، فيما يتعلق بحق الملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى ، نظاماً شديداً الشبه بنظام الحقوق العينية على العقار ، لأنه يعتمد على مصدر الحق لا على واقع الحيازة .

كانت حيرة الفقه في شأن هذه المنقولات كبيرة ، وانتهت الى ذلك الحل الشهير الذي يسعف الفقه حيث لا يجد الحل : ألا وهو اعتبار هذه المنقولات "ذات طبيعة خاصة" .

ولكن أزمة التقسيم لم تنته الى هذا الحد ، فقد أخذت المنقولات "ذات الطبيعة الخاصة" تزداد عدداً وأهمية ، وأخذ المشرع – المشرع الفرنسي على الأخص – يعترف بوضعها الخاص فيما يتعلق بترتيب الحقوق العينية دون نظر الى الحيازة . وكان من سوء حظ هذا التقسيم أن امتد نطاقه خارج الأشياء المادية إلى الأشياء المعنوية – أو الحقوق – فاذا بالمنقولات المعنوية هي الأخرى تنضم الى المنقولات ذات الطبيعة الخاصة في تأيها على قاعدة الحيازة في المنقول . وزاد الأمر اضطراباً حين أخذ المشرع الفرنسي – تحت ضغط الظروف التجارية والسياسية في آن معا – يرتب بعض الحقوق العينية كالرهن ، دون نقل الحيازة ، حتى على المنقولات العادية ، حتى على هذه المثليات المتشابهة التي لا مميز لها ولا طابع . واتخذ – للاستغناء عن قاعدة الحيازة – بعض الاجراءات الكفيلة بحماية الحق العيني على هذه المنقولات .

٥ - عند ذلك يحق لنا أن نعيد النظر في هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لتبين ماهية تلك "الطبيعة الخاصة" ، ونتساءل عما أعجز هذا التقسيم الخالد عن ابتلاعها ، رغم أن الأصل فيه أنه يتتبع كل شيء ؟ وإذا كانت هذه "الطبيعة الخاصة" قد امتدت وتمتد الى المنقولات العادية التي أمكن للمشرع الفرنسي أن يقرر عليها الرهن دون نقل الحيازة ، فلا بد أن نضع التقسيم ذاته موضع النظر لتبين كيف بدأ يعجز عن مجاراة التطور في عصرنا الحديث . وأخيراً فإنه يجوز لنا بعد كل ذلك أن نحاول الكشف عن تقسيم قانوني يضع هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة موضعها الصحيح ، دون نبو أو شذوذ .

٦ - هذا هو - في إيجاز - موضوع بحثنا . وبه تتحدد الخطة التي سنسير عليها في معالجته . فنتكلم في الفصل الأول عن الطبيعة الخاصة للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، متخذين مثلاً من السفينة والمحل التجاري . وفي الفصل الثاني ننظر على ضوء هذه الطبيعة الخاصة في التقسيم الى عقار ومنقول . ونصل بعد ذلك الى الفصل الثالث فنتكلم عن أساس التقسيم المقترح ونتأمله الحاسمة في تفسير امكان ترتيب الحقوق العينية على المنقول دون نقل الحيازة .

الفصل الأول

الطبيعة الخاصة للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة

٧ - هذه المنقولات يجمعها أنها لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وهي القاعدة التي تنطبق على سائر المنقولات . وقد كان المشرع الفرنسي أسبق من المشرع المصري في الاستفادة من هذه الطبيعة الخاصة ، إذ سارع بتنظيم الرهن عليها دون نقل حيازة ، فبدأ بالسفينة في ١٩ ديسمبر ١٨٧٤ ثم المحال التجارية في أول مارس ١٨٩٨ ، ثم المراكب النهرية في ٥ يوليو ١٩١٧ ، فالطائرات في ٣١ مايو ١٩٢٤ ، والسيارات في ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ ، والأفلام السينمائية في قانون ١٢ يونيو ١٩٤٤ .

أما في القانون المصري فان هناك مثلين رئيسيين للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، هما السفينة التي لا تخضع لقاعدة الحيازة ، والتي نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها على غرار الرهن الرسمي على العقار ، والمحل التجاري ، وهو بدوره لا يخضع لقاعدة الحيازة ، وقد نظم المشرع المصري بيعه ورهنه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ .

(أولا) السفينة

٨ - لا جدال ، عند الرجوع الى النصوص التشريعية ، سواء في فرنسا أو في مصر ، في أن السفينة تعتبر بين المنقولات . فهي كذلك أولا لأنه ينطبق عليها التعريف العام الوارد في القانون المدني ، م ٨٢ (وتقابلها المادة ٥٣١ مدني فرنسي) فهي تنتقل من مكان لآخر دون تلف ، بل ان ذلك الانتقال هو الهدف من وجودها . كذلك تؤكد المادة ٤ من القانون البحري المصري التي تتكلم عن حق التمتع على السفينة ، طبيعة السفينة كمال منقول ، فهي تنص على أن " السفن التجارية وغيرها من المراكب البحرية وان كانت

من المنقولات ، الا أنه يبقى حق الدائن عليها مثل العقارات اذا انتقلت الى يد غير مالكيها ..“ كذلك تنص المادة ١٩٠ تجارى فرنسى (المعدلة بالقانون الصادر فى ١٩ فبراير ١٩٤٩) فى فقرتها الأولى على أن ”السفينة والمنشآت البحرية الأخرى تعتبر منقولات ..“

لذلك يكاد ينعقد الاجماع بين فقهاء القانون البحرى على نقطة البدء فى طبيعة السفينة ، وهى أنها منقول (١)، ويرتب الفقهاء على ذلك أنها تخضع للأحكام العامة للمنقولات ، فيقولون أنه اذا أوصى أحدهم لشخص آخر بمنقولاته دون تخصيص ، تدخل السفينة التى يملكها فى هذه الوصية باعتبارها من المنقولات . ثم هى تدخل فى الأموال المشتركة بين الزوجين *la Communauté légale* والتى تشمل المنقولات دون العقارات ، ثم ان أحكام الغبن فى العقار لا تنطبق على الغبن فى السفينة لانها منقول ، ثم أن أهلية التصرف فى السفينة هى أهلية التصرف فى المنقول لا فى العقار .

وواضح أن هذا الجمع انما يشمل أحكاما عامة لا صلة لها بطبيعة المنقول فى اختلافه عن العقار . بل إن أغلبها آثار فكرة منتقدة — سنعرض لها —

(١) ومع ذلك ، فان هذا الاجماع ليس تاماً ، فان من بين الفقهاء من وجد الجرأة — مدفوعاً بذلك الشبه الشديد بين نظام الملكية فى السفينة وفى العقار — على القول بأن السفينة عقار وليست منقولا ، وحاول بالفعل تبرير ذلك . فالفقيه اميل أوبرتان فى مقال له عن الطبيعة القانونية للسفينة. *Emile Aubertin, Revue Générale de Droit, de Legislation et de Jurisprudence 1893* p. 107 et s. يقول ، بعد أن استعرض الصفات الخاصة للسفينة : ” ان المنطق يقتضى أن نعامل السفينة باعتبارها عقاراً ... ذلك أن لها وعاء ثابتاً ”*assiette fixe*“ تستريح فيه ان كانت حاضرة ، وتربطها به ، عند غيابها فى أعماق البحار ، سلسلة غير منظورة تصل من طولها أنها تمتد مع السفينة الى أقاصى المحيط ، ومن المتانة بحيث لا تنفصم احدى حلقاتها أبداً ! . هذا الوعاء الثابت هو ميناء التسجيل . فهو ليس فقط موطن السفينة ، وانما هو كيانها القانونى ومحل وجودها الحقيقى “ .

ويبدو أن فكرة اعتبار السفينة عقاراً كانت معروفة فى القرون الوسطى ، فقد ذكر كليرك فى كتابه : عادات وعرف البحر (*Cleirac «Les Us et Coutumes de la mer» III^e partie art. 5 et 12*) حكماً لبرلمان بور دو صدر فى ٢٦ يونيو ١٦١٢ يعلن فيه ”أن السفينة عقار“ وأشار ديجاردان الى هذا الحكم :

Desjardins «Traité de Droit Commercial Mairtime» t. I no. 56 p. 120.

هى اعتبار المنقول شيئاً تافه القيمة . وهو أمر لا يمكن أن يصدق على السفينة بحال . ولا شك أن الشخص الذى يمتلك سفينة ثم يضع وصية سيعنى بمصر هذه السفينة فى نص خاص ، فلن يتركها تدخل تأتمه ضمن وصية عامة تشمل كل منقولاته ، وكذلك الشأن فى الأحكام الأخرى .

٩ - ثم تبدأ الصعوبة عند بيان القواعد التى تتشابه فيها السفينة مع العقار . فهذه القواعد تتركز فى جوهر واحد هو الذى يكمن فى أساس التقسيم كله . فالسفينة ، كالعقار ، وعلى خلاف سائر المنقولات ، تتجرد عن واقع الحيازة ، ولا تستند اليه فى تقرير الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية .

وعلى ذلك فإن الحيازة ، ولو استوفت سائر شروطها ، واقرنت بالسبب الصحيح وحسن النية ، لا تكسب ملكية السفينة ، بل لا بد من سبب قانونى من أسباب كسب الملكية ، كالشراء بسند رسمى من المالك ، أو البناء ، أو التقادم - على رأى - . كذلك فإن السفينة ترهن رهناً رسمياً شديداً الشبه بالرهن الرسمى على العقار ، إذ يشهر هذا الرهن بالقيود فى سجل السفن بمكتب ميناء تسجيل السفينة ، وتظل السفينة ذاتها فى حيازة المدين الراهن دون أن يؤثر ذلك فى حق الدائن المرتهن ، ولا فى سريانه على الغير . ولصاحب الامتياز على السفينة حق تتبع لا يعرقله انتقال حيازتها من يد إلى يد ، كما هو الحال فى المنقولات .

لذلك فانه - مع اختلاف فى طريقة الصياغة والتعبير - يكاد فقهاء القانون البحرى فى فرنسا ومصر يجمعون على أن السفينة إذا لم تكن عقاراً ، فهى ليست منقولا عادياً ، وإنما هى منقول ذو طبيعة خاصة (١) ولا يقتصر

(١) يمكن أن نذكر على سبيل المثال لا الحصر ، بين الفقهاء الفرنسيين : ديجاردان جزء ١ بند ٥٦ ؛ وفيرموند ١٩٢٠ ص ٢٢ ؛ وبونكاس ١٩٢٣ ص ٢٢٧ ؛ وقال ١٩٢٤ بند ٢١ ص ١٩ ؛ ودانجون ١٩٢٦ جزء ١ ص ٦١ ؛ وبيرسيرو ١٩٣٦ ص ٦ ؛ ودافيد ١٩٤٤ ص ٣٩ ؛ واسكارا ١٩٥٢ ص ٣٧ ... الخ .

وبين الفقهاء المصريين : الدكتور على جمال الدين عوض ، القانون البحرى ١٩٦١ بند ٥٠ و ٥١ ؛ والدكتور مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون البحرى ١٩٦١ بند ٢٩ و ٣٠ ؛ والدكتور على يونس ، القانون البحرى - الطبعة الأولى ١٩٥٤ بند ٥٨ ؛ والأستاذ أحمد عبد الهادى ، القانون البحرى - الجزء الأول ١٩٤٦ بند ٨٧ و ٨٨ .

الأمر على الشبه بين السفينة والعقار ، بل ان الفقهاء يقررون وجود أوجه شبه بينها وبين الأشخاص ، فهي ، مثلهم ، ذات اسم وموطن وجنسية . ويصل الأمر بالفقيه الفرنسي الكبير ريبير الى حد أن يصفها بلغة هي أقرب الى لغة الشعراء : ” فهي - (السفينة) - كيان لا يتجزأ ، يجد في داخله أو في الطبيعة قوة الاندفاع . وميلادها يفتح لها أبواب الحياة . بل لها ، قبل أن تولد بالفعل في الحياة الواقعية ، تكون قد وُلدت في الحياة القانونية . فهي في المصنع الذي تبنى فيه ، كالطفل في حالة الحمل ، ذات شخصية قانونية ، فليست أعضاؤها المتناثرة في المهل هي التي تعتبر من أشخاص القانون ، وانما ذلك الشخص الحي الذي سيخرج منه الى البحر» (١) .

١٠- والواقع أن هذا التشابه الذي يؤكد الفقهاء بين السفينة والأشخاص الطبيعيين ، ليس الا إشارة الى مجموعة من الصفات المميزة ، التي تشترك كلها في تحديد ذاتية السفينة .

هذه الصفات ليس من شأنها ، بطبيعة الحال ، أن توجد في ذهن رجل القانون العادي (أي رجل القانون الذي لا تعبت بذهنه خيالات الشعر) ، أي أوجه شبه أو أي تقارب ما بين السفينة والشخص الطبيعي . كل ما في الأمر أننا في حاجة ، في ميدان القانون ، الى تحديد هذه وذاك بوسائل نصل بها إليهما ، فكان أن تشابهت تلك الوسائل المميزة تشابها عرضياً لا يغير من جوهر الأمر شيئاً . وجوهر الأمر هو أننا اذا حددنا السفينة حددناها كمال يصلح لأن يكون محلاً للحقوق (objet) ، واذا حددنا الشخص الطبيعي حددناه كصاحب الحق والمقصود بالقواعد القانونية (sujet de droit) . أما هذه الصفات المميزة للسفينة فهي تتركز فيما يأتي :

(١) Ripert «Traité de Droit Commercial Maritime» 4^e ed. 1950, t. I p. 274.

ويذكر الأستاذ أحمد عبد الهادي المرجع السابق (بند ٩١) نقلاً عن ريبير في إحدى الطبقات السابقة ، أن السفينة ذات مركز اجتماعي كالمركز الاجتماعي الذي يحمله كل فرد في هذا الوجود... فالسفينة قد تكون سفينة حربية أو تجارية ، وهذا يقابل الحالة العسكرية أو المدنية بالنسبة للأفراد . وهي قد تقوم بخدمة الآخرين كما هو أمر سفينة القطار أو السفينة المخصصة لخدمة المساعدة أو الإنقاذ البحريين أو سفينة المرشد . والسفينة عائلة ، فالقوارب المعلقة بها وهي مجردة عن كل شخصية قانونية تعتمد كلية عليها . وتعتبر السفينة بالنسبة لها كارب الأسرة Paterfamilias في النظام القانوني العتيق ، الذي تنسحب شخصيته على بقية أفراد الأسرة .

١ - الجنسية : وبها تتحدد تبعية السفينة لدولة معينة . ولا شك أن صفة الجنسية هي أول وأهم الصفات التي من شأنها أن تميز السفن بعضها عن البعض . واسنا هنا في مجال دراسة شروط اكتساب الجنسية أو آثار اكتسابها . وإنما يكفينا - ونحن بصدد الكلام عن طبيعة السفينة - أن نقرر أنه لا يتصور أن توجد سفينة - في ذلك العصر الذي نعيش فيه - إلا وهي ترفع علماً يدل على انتمائها الى جنسية معينة . إنتهى عهد قراصنة البحر الخارجين على كل القوانين . وانتهاء السفينة الى جنسية معينة ، ليس مجرد التزام على عاتق صاحبها ، وإنما هو حماية له ولها ، لان تبعية السفينة لدولة معينة ، تعنى على وجه الخصوص تمتعها بحماية قانون تلك الدولة وسلطاتها وممثليها ، سواء في البحر العام أو في المياه الإقليمية لدولة أخرى . بينما تكون السفينة المحررة من أية جنسية ، عرضة للاستيلاء عليها حيثما تكون .

ومن هذا العنصر الأول لتحديد السفينة ، تنفرع عناصر التحديد الأخرى ، إذ تتولى كل دولة تنظيم هذه العناصر بالنسبة للسفن التي ترفع علمها .

٢ - ميناء التسجيل : وأهمية هذا الميناء لا تقتصر في الواقع على مجرد اعتباره موطناً للسفينة ، بحيث توجه اليه الاعلانات المتعلقة بها ، وإنما تبدو أهمية ميناء التسجيل في أنه يوجد به سجل السفينة الذي تظهر فيه سائر التصرفات الواردة عليها ، كما تشهر بالقيود فيه ، التصرفات التي يتعين شهرها لتنفيذ على الغير . وإذا كان يجب أن يكون لكل سفينة ميناء تسجيل ، فإنه لا يجوز من ناحية أخرى أن يكون لاية سفينة أكثر من ميناء تسجيل واحد . فإذا كانت السفينة المطلوب تسجيلها في ميناء مصرى قد سبق تسجيلها في ميناء أجنبي ، فإنه يجب شطب هذا التسجيل ليقبل تسجيلها في مصر . وتوجب المادة ٤١ محرى مصرى أن تكون شهادة التسجيل المصرية التي تسلمها مصلحة الموانئ والمناظر للمالك السفينة ، بين الأوراق اللازم وجودها على ظهر السفينة .

٣ - بيانات الحمولة والدرجة : صفات أخرى تميز السفينة عن غيرها ، وهي بيانات تذكر في العادة في شهادة تسجيلها التي يجب أن تكون على ظهرها ؛ كما تذكر في الصفحة الخاصة بها في ميناء التسجيل .

٤ - وللسفينة اسم معين : وأهمية الاسم في التمييز أنه لا يتكرر مرتين في دولة واحدة ، إذ يشترط أن يختار المالك لسفينة اسماً لم تحمله من قبل سفينة أخرى تمارس الملاحة البحرية . ولذا تنص المادة ٥ من قانون تسجيل السفن على وجوب أن يحصل المالك ، قبل تسجيل السفينة ، على موافقة مصلحة النقل على الاسم الذي اختاره لها . وتعتمد هذه المصلحة قبل اعطاء موافقتها إلى التأكد من عدم وجود ذات الاسم لسفينة أخرى ، وهذه الموافقة لازمة ، ولذات السبب ، في حالة ما إذا أراد المالك تغيير اسم السفينة (م ١٣ من قانون تسجيل السفن) .

١١ - ومن الواضح أن مجموع هذه الصفات لا يمكن أن يتكرر . فمن المستحيل أن يوجد ، في العالم كله ، سفينتان تنتميان إلى نفس الجنسية ونفس ميناء التسجيل وتكون لهما نفس الحمولة والدرجة وذات الاسم .

ذلك أنه إذا كان لنا أن نتصور أن تتحد سفن كثيرة في ذات الحمولة وذات الدرجة ، فإن من المستحيل أن تتحد سفينتان في ذات الجنسية وذات الاسم في وقت واحد . لأنهما إذا اتحدتا في الجنسية ، كان من المحتم أن يكون لكل منهما اسماً مختلفاً . وإذا حملتا اسماً واحداً ، فعنى ذلك أن من المحتم أن لكل منهما جنسية مختلفة . ثم أن هاتين الصفتين الهامتين : الاسم والجنسية ، يمكن معرفتهما من مجرد النظر إلى السفينة ، حيث نجد الاسم منقوشاً بخطوط عريضة واضحة على جدارها ، وعلم البلد الذي تنتمي إليه مرفوعاً في أعلى ساريها ، أما بقية الصفات المميزة كلها فهي مبينة في أوراق السفينة التي تحملها فوق ظهرها والتي يسميها الفقهاء - جريا مع عادة تشبيه السفينة بالأشخاص - بأوراق الحالة المدنية للسفينة . ومن هذه الأوراق نستطيع أن نجد بيان ميناء التسجيل (١) . وفي ميناء التسجيل نستطيع أن نعرف كل شيء عن التصرفات التي وردت ، وعن الحقوق التي ترتبت ، وعن القيود التي أجريت بشأن هذه السفينة .

(١) في فرنسا ينص ديكريه ١٧ أبريل ١٩٢٨ مادة ١ على ضرورة كتابة ميناء التسجيل على جدار السفينة الخارجى .

لذلك كله يبدو استبعاد قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية وما يتفرع عنها من قواعد ، أمراً بديهياً ، اذ ما قيمة الحيازة بالنسبة الى مال تعين الى هذا الحد اليقيني تعيناً لا دخل فيه لحيازة الانسان ؟

(ثانيا) المحل التجارى

١٦- يكاد يجمع الفقه في الوقت الحاضر على أن المحل التجارى منقول معنوى^(١) وعلى هذا الأساس ، فانه لا توجد صعوبة قانونية تعترض لإخراج المحل التجارى من نطاق قاعدة ”الحيازة سند الملكية“ وما يتفرع عنها من قواعد . فالمتفق عليه أن تطبيق هذه القاعدة قاصر على المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية .

إلا أن طبيعة المحل التجارى لم تكن دائماً بهذا الاستقرار ولا بهذا الوضوح ، بل ونحن لا نميل الى الاعتقاد الى أن هذا الاستقرار الحالى هو نهاية المطاف في فكرة المحل التجارى^(٢) .

(١) راجع في الكتابات الحديثة ، على سبيل المثال لا الحصر : كوهين في المحل التجارى الجزء الأول ١٩٤٨ بند ٢١ ص ١٧ وما بعدها ؛ اسكارا في محاضراته ١٩٥٢ بند ٢٥٢ ص ١٧٦ ؛ وريبير القانون التجارى ١٩٥٤ بند ٤٥٣ و ٤٥٦ ص ٢٠٢ و ٢٠٣ ؛ ودى لامورانديير وروديير وهوان ١٩٥٨ جزء ١ بند ١٩٨ و ١٩٩ ص ١٥٣ . وفي مصر الدكتور محسن شفيق - المطول جزء ١ ص ٧٥٣ ؛ والدكتور مصطفى كمال طه بند ٧٨٣ ص ٧٧١ وما بعدها .

(٢) تطورت فكرة المحل التجارى تطوراً أساسياً خلال القرن الحالى ، فيما يتعلق بالعناصر المعنوية الداخلية فيه . ويكفى لملاحظة ذلك أن نقارن بين ما كان ينادى به بيير بايار في عام ١٩٠٦ من ضرورة استبعاد الحق في العملاء *la clientèle* من عناصر المحل التجارى (*Pierre Bayart* «Etudes de la nation du fonds de commerce» thèse Paris 1906 no. 15 et s.p. 14 et s.) وبين ما أصبح سائداً في الوقت الحالى بين الفقه والقضاء من أن العناصر المعنوية ، وفي قمتها الحق في العملاء ، هي العناصر الجوهرية الأولى في المحل التجارى وفي تحديده ذاتيته (راجع اسكارا في محاضراته ١٩٥٢ بند ٢٤٨ ص ١٧١ والأحكام القضائية التي أشار اليها وكذلك لاجارد وهمار) بل لقد ذهب الفقيه ريبيير الى حد القول بأن المحل التجارى ليس الا الحق في العملاء . «Le fonds n'est pas autre chose que le droit à une clientèle». راجع مؤلفه في القانون

التجارى ١٩٥٤ الطبعة الثالثة بند ٤٥٠ ص ٢٠٠

فقد يما لم يكن تعبير المحل التجارى ينصرف الا الى البضائع الموجودة فيه ، وهى منقولات مادية لا تتميز بطبيعة خاصة ، بل تخضع لسائر ما تخضع له المنقولات المادية من أحكام ، وتقوم الحيازة فيها بذلك الدور الجوهرى الذى لا غنى عنه فى تدعيم الحقوق العينية على سائر المنقولات . أما العناصر الأخرى ، فلم يكن يجمع بينها أى رباط . وانما كانت متفرقة منفصلة ؛ كل عنصر فيها بطبيعته ونظامه . ثم اتسعت فكرة المحل التجارى حديثاً - فقد بدأت فى نهاية القرن الثامن عشر وأخذت تتطور ببطء شديد خلال القرن التاسع عشر - عندما لوحظ أن هذه المنقولات المادية والحقوق المعنوية المختلفة ، ليست أشياء مستقلة متنافرة ، وانما هى عناصر متكاملة تجمعها وحدة الهدف الواحد ، وهو الاستغلال التجارى الذى يقوم عليه وينظمه صاحب هذا المجموع المتكامل . ولوحظ أيضاً أن البضاعة الموجودة بالمحل التجارى ليست أهم العناصر ولا أكثرها قيمة ، وانما تكمن القيمة الحقيقية لهذا المجموع المتكامل فى عناصر معنوية أخرى ليس لها وجود مادى منظور تراه العين ، ولكن أثر وجودها الحقيقى فى ناتج الاستغلال لاشك فيه ، كالاتصال بالعملاء والسمة التجارية (١) . ولوحظ أيضاً - ولعل ذلك هو أهم ما لوحظ - أن بقاء العناصر المختلفة فى مجموع واحد يزيد من قيمة هذا المجموع زيادة كبيرة عما يمكن أن تساويه هذه العناصر لو قومت وهى متفرقة . فمجرد الجمع بين هذه العناصر فى تخصيص واحد يرفع قيمتها على وجه التأكيد . ولذا فقد أصبح هذا المجموع - الذى اتسع تعبير "المحل التجارى" ليشمله كله - شكلاً حديثاً من أشكال الثروة يجب أن يعتد به . والاعتداد به يكون برسم حدود خارجية لحيز عام تتفاعل فى داخله هذه العناصر كما تتفاعل جزئيات الشئ الواحد داخل الشئ نفسه ، بحيث يخضع هذا المجموع الموحد للتصرفات المختلفة كما يخضع الشئ الواحد ، فيباع

(١) راجع ، فى التاريخ القديم لفكرة المحل التجارى ، ثم فى عناصره الحديثة المعنوية (الاتصال بالعملاء والسمة - الحق فى الاجارة - الاسم التجارى والعنوان التجارى - العلامات التجارية - حقوق الملكية الأدبية والفنية) والمادية (المهمات - السلع) ؛ بحث الدكتور محسن شفيق بمجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة - العدد ٣ و ٤ - ص ٦٧ بعنوان «المحل التجارى» .

بيعاً واحداً ، ويرهن ، ويوهب ، ويوصى به ، وتنصب سائر التصرفات من خلال المجموع الواحد على عناصره المتكاملة . كذلك يكون الاعتداد به بتحديد ذاتية هذا المجموع بحيث لا تتغير أو تختلف بتغير أو اختلاف العناصر الداخلة فيه ، لاسيما وأن طبيعة بعض هذه العناصر تقتضي استمرار التغير . فالبضائع الموجودة بالمحل التجارى تباع وتشترى بلا انقطاع ، والأثاث يتجدد من آن لآن ، والآلات تستهلك وتستبدل ، وقد ينقل هذا المجموع من مكان لآخر ويتغير لذلك الحق فى الاجارة ، وقد يزيد حجم العملاء أو يقل ، وقد يتسع نطاق ما يتضمنه المحل التجارى من حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية والفنية ، أو يضيق هذا النطاق . كل ذلك والمحل التجارى الذى يشمل هذه العناصر المتحركة هو هو لا يتغير ، بذاتيته الواحدة . صحيح أنه قد يكون من شأن التغير الداخلى أن ترتفع قيمة المحل التجارى أو تنخفض ، ولكنه هو نفسه لا يتغير .

١٣- ولم يكن هناك مفر من اعتبار المحل التجارى منقولاً ، ليس فقط لأنه لا يتضمن بين عناصره المختلفة عنصراً عقارياً ، وانما لأن المحل التجارى كمجموع ، يعتبر شيئاً آخر غير هذه العناصر أيا كانت طبيعتها . وهو ، كمجموع ، يعتبر منقولاً معنوياً ليس له كيان مادى ملموس أو منظور . فنحن نستطيع أن نرى البضائع ، أو المهمات ، ويمكننا أن نقرأ العنوان المكتوب على الواجهة . ويمكننا أن نرى العملاء أنفسهم يدخلون ويشترون . ويمكننا أن ندخل بدورنا فنشهد كيفية استغلال هذه العناصر فى تحقيق الربح . ورغم ذلك كله فاننا لا نكون قد رأينا المحل التجارى ، لأننا لا يمكن أن نرى الا العناصر الداخلة فيه ، أما المحل التجارى ذاته ، كمجموع ، فهو - على الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - منقول معنوى ، ينطبق عليه ما ينطبق على سائر المنقولات المعنوية من أحكام .

١٤- وسوف نعرض فيما يلى رأينا فى هذه " المنقولات المعنوية " بصفة عامة . أما الذى يهمنى الآن ، فهو أن نلاحظ الفارق الجوهرى بين السفينة وبين المحل التجارى . فالسفينة منقول مادى . وقد كان يجب على

هذا الأساس أن تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول ، وأن تستند الحقوق العينية عليها الى واقع الحيازة ، شأنها في ذلك شأن غيرها من المنقولات المادية . ومن ثم فإن خروجها عن هذه القاعدة ، وأستغنائها عن حيازة الانسان في تقرير الحقوق العينية عليها ، كان له صفة الخروج والأستثناء . وكان طبيعياً أن يكون هذا الاستثناء مثار جدل ونقاش ، وأن يبعث الشك الذي رأيناه في طبيعة السفينة كمنقول ، فيقال أنها عقار ، أو أنها شخص ، أو أنها منقول ذو طبيعة خاصة ، أو غير ذلك مما قيل وما زال يقال .

أما المحل التجارى فهو منقول معنوى ، والمنقولات المعنوية كلها لا تخضع لقاعدة الحيازة أو ما يتفرع عن هذه القاعدة من أحكام ؛ والأمر لا خلاف فيه . ومن ثم فإن عدم خضوع المحل التجارى لقاعدة الحيازة لا يتضمن في ذاته خروجاً ولا استثناء ، وإنما هو تطبيق هادىء سليم للقاعدة العامة في المنقولات المعنوية . وهو أمر طبيعى لم يكن من شأنه أن يثير أى جدل أو نقاش .

وبالرغم من ذلك ، فإن من الغريب أن يفشل القضاء الفرنسى — قبل تدخل المشرع — في محاولته ترتيب الرهن على المحل التجارى دون نقل حيازة (١) ، فيضطر الى انتظار تدخل المشرع الفرنسى . وعندما تدخل المشرع الفرنسى كان تدخله متسماً بالحذر والتردد ، كأنما يخشى الفشل ويتوقعه . فاقصر في عام ١٨٩٨ على مجرد الازام بقيد الرهن في سجل عام . ثم انتظر الى عام ١٩٠٩ لينظم بيع المحل التجارى ورهنه تنظماً لا يستند الى قاعدة الحيازة . وبلغ من تردد المشرع الفرنسى في هذا الشأن أنه سمى رهن المحل التجارى ، "Nantissement" ، وهو تعبير يطلق على الرهن الحيازى على المنقول المادى ، ولم يسمه بتسميته الحقيقية "Hypothèque" باعتبار ه رهنأ متجرداً عن الحيازة .

(١) كانت الحاجة العملية الى رهن المحال التجارية قد نشأت في فرنسا على اثر تضخم شديد في انتاج النبيذ ، مما حدا بكبار المنتجين الى دعوة صغار التجار الى انشاء محلات تجارية لبيع النبيذ مع رهن هذه المحال لصالحهم . وحاولوا فيما بينهم التحايل على ضرورة نقل الحيازة الى الدائن المرتهن بالاكتفاء بنقل الحيازة نقلاً رمزياً ، وذلك بتسليم سند ملكية المحل . وقد حاولت محاكم الاستئناف الفرنسية أن تستكمل هذا النظام على النحو الذى سنفصله فيما يلى . راجع اسكارا محاضرات ١٩٥٢ بند ٢٧٨ ص ١٩٢

أما المشرع المصرى فقد انتظر حتى عام ١٩٤٠ ليقتبس نظام بيع المحل التجارى ورهنه بلا نقل حيازة (١) أكثر من ذلك ، فان طبيعة المحل التجارى التى ليس من شأنها أن تثير أى جدل قد أثار من الجدل مثلما أثار طبيعة السفينة . فقد قيل أيضاً أن المحل التجارى شخص له ذمة مستقلة من حقوق وديون (٢) ، بل وقيل أيضاً أنه يجب أن يعتبر عقاراً ويأخذ سائر أحكام العقارات ، ففى رسالة قدمت لجامعة باريس (٣) عام ١٩١٣ يقول لافاليت سيمون ، بعد أن لاحظ كل أوجه الشبه بين السفينة والعقار ثم بين المحل التجارى والعقار (٤) ” أننا لا يجب أن نتقيد بالثبات لكى نضفى صفة العقار ، وإنما يجب أن نضفى هذه الصفة على كل مال كبير القيمة ، يستحق أن يحظى بالحماية التى يحظى بها العقار “ ويخلص من ذلك الى أن المحل التجارى يجب أن يعتبر عقاراً وأن تنطبق عليه كل أحكام العقار .

(١) نحن لا نوافق الدكتور مصطفى كمال طه على قوله فى بند ٨١٤ من المرجع السابق الإشارة اليه أنه ” لما كان المحل التجارى من الأموال المنقولة ، فان التاجر لا يستطيع أن يحصل على الائتمان بضمانه الا عن طريق رهنه رهنأ حيازياً وانتقال حيازته الى يد الدائن المرتهن “ . ذلك أن ضرورة انتقال الحيازة لا تكون الا فى شأن المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية . راجع فى تأكيد ذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى (فى رسالته باللغة الفرنسية عن دور الحيازة فى المنقولات - باريس ١٩٤٣ بند ٩٥ ص ٣١١) اذ يقول :

Certes, le fonds de commerce comprend non seulement des objets matériels et des marchandises, mais aussi l'enseigne, la clientèle ou achalandage et un droit au bail dans un immeuble plus au moins favorablement situé. Donc, il est un meuble incorporel pour lequel une possession réelle est inconcevable, et par conséquent la règle de l'art. 2279 doit être écartée.

(٢) فى هذا الاتجاه على وجه الخصوص ، وهو الاتجاه الذى أخذ به القانون الألمانى ، أنظر :

Gazin (Henri) «Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique» thèse Dijon 1910; Gary (Robert) «Essai sur les notions d'universalités de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel»; Chauveau (Paul) «Le fonds de commerce, patrimoine d'affectation ?» D.H. 1939. p. 37 et s.

M. Lavallette - Simon « L'immobilisation des fonds de commerce et (٣) la loi de 1909 » thèse Paris 1913.

(٤) ص ١١٧ من رسالته .

١٥ - الا أنه يجدر بنا ألا نقف طويلا عند هذه الخيالات حتى لا نضل

طريقنا المستقيم الى واقع الأشياء . ونقطة البدء الصحيحة في هذا الطريق هي أن نبحث سر الصعوبات التي لقيها القضاء الفرنسي عند محاولته حماية الدائن المرتهن على المحل التجارى دون نقل حيازة رغم أنه منقول معنوى باتفاق الآراء . ثم سر نجاح المشرع الفرنسي في ذلك عندما تدخل في عام ١٩٠٩ ، فبمقارنة فئيل القضاء بنجاح المشرع الفرنسي لا بد أن يتضح كل غموض .

وقد كانت محاولة القضاء الفرنسي - محاكم الاستئناف على وجه الخصوص (١) - مدفوعة بحكم الضرورات العملية قبل أن تكون استجابة لطبيعة المحل التجارى كمنقول معنوى . ذلك أنه إذا اضطر المدين الراهن للمحل التجارى أن يتخلى عن حيازة هذا المحل للدائن المرتهن ، فانه سيصاب ولاشك بضرر شديد ؛ ليس فقط لأنه أقدر على استغلال محله من الدائن المرتهن وأكثر منه عناية به وحرصا عليه ، وإنما أيضا لأن عنصرا هاما من عناصر المحل التجارى المعنوية ، وهو عنصر الثقة واجتذاب العملاء ، يتوقف على بقاء المدين الراهن في محله التجارى ، بحيث يودى انتقال حيازته الى الدائن المرتهن الى انخفاض قيمته لانصراف جانب من العملاء عنه .

ولذا فان القضاء الفرنسي استند الى طبيعة المحل التجارى كمنقول معنوى . تكفى لسريان الرهن عليه إذن شروط المادة ٢٠٧٥ مدنى فرنسى . وخلص من ذلك الى أنه ، لكى يسرى هذا الرهن على الغير ، يكفى أن يتسلم الدائن المرتهن مستندات ملكية المحل التجارى ، وأن يعلن هذا الرهن الى مؤجر المكان الذى يجرى فيه استغلال المحل التجارى ، فاذا تم ذلك كله فان الرهن يسرى على الغير مع بقاء المدين الراهن حائزا للمحل التجارى المرهون .

(١) أنظر على وجه الخصوص حكم محكمة استئناف باريس ٢١ يوليو ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ٢ - ١٠٨ ، محكمة استئناف باريس ٦ يونيو ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦ - ٢ - ٤٧١

ويبدو من هذه المحاولة واضحاً أن القضاء الفرنسي قد سعى الى تحديد المحل التجارى تحديداً مجرداً عن الحيابة ، بنفس الطريقة التى تتحدد بها سائر المنقولات المعنوية العادية . فهذه المنقولات المعنوية فى صورتها الغالبة حق شخصى لدائن على مدين معين . ومن ثم فإن العنصر الجوهرى فى تحديد هذه المنقولات المعنوية يكون فى تحديد المدين بها . كما أن هذا المدين هو بغير شك أول وأهم الأشخاص الذين يلزم نفاذ التصرف عليهم - سواء أكان التصرف نقلاً للملكية الحق أو رهناً له - ليكون للتصرف فاعليته وأثره . ولا مجال هنا للقول بحيازة المنقول المعنوى أو بانتقال هذه الحيابة . وإنما يجب ، ويكفى ، لسريان الرهن على هذا المنقول المعنوى ، أن يتسلم المرتهن سند الدين ، وأن يعلن المدين بالرهن الذى أنصب على الدين الذى فى ذمته .

ومن الواضح أن المحل التجارى ، رغم ما يقال من أنه أيضاً منقول معنوى ، إلا أنه ليس فى بساطة هذه المنقولات المعنوية العادية ولا يمكن أن يتم تحديده بهذه السهولة . فهو على شىء من التعقيد الناجم عن كونه مجموع عناصر تختلف طبيعتها وإن اتحدت فى الهدف . ومؤجر العقار ليس هو المدين الوحيد فى هذا المنقول المعنوى المركب . ولذا فإن تحديده لا يمكن أن يكفى لتمييز المحل التجارى بعناصره كلها ، عن غيره . وليس المؤجر بأهم الأشخاص الذين يلزم نفاذ التصرف فى المحل التجارى بصفة عامة - والرهن بصفة خاصة - عليهم . ومن ثم فإن تحديد المحل التجارى - بعناصره الكثيرة الداخلة فيه - لا يمكن أن يتم إلا بتحديد شامل لكل هذه العناصر الكثيرة الداخلة فيه . بذلك فقط يتميز المحل التجارى عن غيره من المحال الأخرى جميعها ، ويتوفر له ذلك التعيين الذاتى الذى يغنيه عن الحيابة . ثم على أساس هذا التحديد ، يمكن بعد ذلك تنظيم وسيلة مناسبة يعلم الغير عن طريقها ، ما يبرم بشأنه من تصرفات ، وما يقع عليه من حقوق عينية ، أصلية كانت أو تبعية .

١٦ - لذلك فشلت محاولة محاكم الاستئناف الفرنسية رهن المحل التجارى بلا نقل حيازة مجرد اعتباره منقولاً معنوياً كسائر المنقولات المعنوية التى

تفقت من قاعدة الحيازة في المقولات ؛ إذ تبين أن الاستغناء عن الاستناد إلى الحيازة لا يرتبط بمجرد اعتبار المحل التجاري منقولاً معنوياً ، وإنما يتوقف - في الجوهر - على صفتين أساسيتين إحداهما تركز على الأخرى :

الأولى هي الأساس ؛ وهي أن تتوافر للمحل التجاري كل العلامات التي تميزه عن المحال الأخرى في هذا العالم كله ، والثانية ، وهي تركز على هذا الأساس فلا تقوم إلا به وتستحيل بدونه ، وتتلخص في تنظيم وسيلة معينة لشهر ما يمكن أن يرد على هذا المحل التجاري المتعين بذاته من تصرفات يجب أن يعلم بها الغير . ويكون ذلك بتنظيم سجل تذكر فيه العناصر المميزة للمحل التجاري ، ثم ما يرد عليه من تصرفات .

ومن الواضح أن تحقيق هاتين الصفتين اللازمتين - وعلى الأخص الثانية منهما - هو مما يعجز عنه القضاء ويقضى تدخل المشرع . صحيح أن محاكم الاستئناف الفرنسية قد استطاعت أن تظمن الدائن المرتهن إلى نوع ناقص من الحيازة الرمزية لمجرد أنها ضمنت له كفايته ، وأكدت له أنه سوف يحتج بحقه في الرهن على من تنتقل إليه الحيازة الحقيقية للمحل التجاري بعد ذلك ، سواء أكان مشترياً أو دائئاً مرتهناً . إلا أن عدم كفاية عناصر التعيين التي استندت إليها هذه المحاكم من ناحية ، وعدم شهر حق الدائن المرتهن في سجل من ناحية أخرى ، كل ذلك كان من شأنه أن يضر بالغير أبلغ الضرر .

المذكور تدخل المشرع الفرنسي كما رأينا لأول مرة بقانون أول مارس سنة ١٨٩٨ الذي لم يتضمن إلا مادة واحدة هذا نصها « تعدل المادة ٢٠٧٥ على الوجه الآتي : ” كل رهن للمحل التجاري يجب أن يقيد في سجل يحفظ بقلم كتاب المحكمة التجارية التي يقع بدائرتها مكان استغلال المحل التجاري وإلا كان هذا الرهن باطلاً في مواجهة الغير ” والفرض أن القيد في السجل سيتضمن بطبيعة الحال سائر البيانات المتعلقة بعناصر المحل التجاري موضوع الرهن ، والبيانات المتعلقة بالدين المضمون به . إلا أن نص قانون مارس ١٨٩٨

كما نرى ناقص ومقتضب ، فهو لا يتضمن تحديداً واضحاً لكل البيانات الواجب قيدها . ولم يبين أثر هذا الشهر في نفاذ الرهن على الغير دون حاجة الى نقل الحيازة . حتى جاء قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ فأكمل النقص وفصل المقتضب . ونظم عمليات القيد وشطب القيد . ووضع للحائز نظاماً لتطهير المتجر من رهون المتعلقة به . واقتبس كل ذلك من القواعد المتعلقة بالعقار .

(ثالثاً) التعيين الذاتي : جوهر هذه الطبيعة الخاصة

١٧- لا شك أنه اذا لم يكن هناك مقر ، عند بحث طبيعة السفينة والمحل التجارى ، من أن نقرر أنهما من المنقولات ، فان الاكتفاء بالقول أنهما ، وما شابههما ، ”منقولات ذات طبيعة خاصة“ ليس إلا نوع من الفرار من التكييف القانونى الصحيح . وهو فرار يلجأ اليه الفقهاء عامة . بل أن بعض هؤلاء الفقهاء ، كما سبق أن رأينا ، يمعن في الفرار ، لا من التكييف وحده ، وإنما من دنيا الواقع بأسرها ، حين يقرر أن شيئاً متحركاً كالسفينة يعتبر مع ذلك عقاراً ، أو أنها شخص حى . كذلك يعتبر فراراً أن يحاول بعض الفقهاء وصف هذه الطبيعة الخاصة فيقرر أن هذه المنقولات هي من « أشباه العقارات : « les quasi—immeubles » (١) مثل هذه الأوصاف لا تعد تكييفاً ولا تؤدي وظيفة التكييف ، فهي لا تزيل الغموض ، ولا تبين لنا الرابطة المنطقية بين « الخاص » في طبيعة هذه المنقولات ، و« الخاص » في الآثار التي تنفرد بها عن سائر المنقولات الأخرى .

وايضاح كنه هذه الطبيعة الخاصة ليس ترفاً فقيهاً ، وإنما هو ضرورة عملية لازمة لتجنب الوقوع في أخطاء فادحة . ذلك أننا لا يمكن بداهة أن نعلم على وجه اليقين - قبل وضوح هذه الطبيعة الخاصة - القواعد التي يجب أن تنطبق على هذه المنقولات . هل هي ذات القواعد التي تنطبق على العقار

Julliot De La Morandière, Rodière, et Houin : «Droit Commercial (١)
Et Droit Fiscal Des Affaires» t. II, 1959, no. 227 p. 197.

أو تلك التي تنطبق على المنقول ؟ وإذا كان لا بد من الجمع بين بعض هذه القواعد وبعض تلك القواعد ، فإلى أي مدى ؟ وعلى أي أساس ؟ (١) .

ولأن الفقهاء لم يعرفوا كنه تلك الطبيعة ، فقد وقع الكثير منهم في أخطاء منطقية جعلتهم يصلون إلى نتائج أشد امعانا في الخطأ . ونحن نكتفي هنا بأن نورد مثلين لهذه الأخطاء ، أحدهما يتعلق بالسفينة ، والآخر يتعلق بالمحل التجاري :

١٨ - (١) ففيما يتعلق بالسفينة ، يقدم لنا الفقيه الفرنسي فيرموند (٢) مثالا جميلا لكيفية الوقوع في تلك الأخطاء . فهو يقول ، إذ يتكلم عن الامتيازات على السفينة : إن وجود قاعدة " لا تتبع في رهن المنقولات " في نظامنا القانوني ، تمنع أي دائن ، مهما كانت أوجه تفضيله ، من أن يكون له حق تتبع على منقول . فالامتياز على المنقول لا يمكن أن يرتب الا أثراً واحداً ، هو تحويل الدائن حق التقدم أو الأفضلية . وهذا هو أيضا ما يجب أن نؤكده بالنسبة للامتياز على السفينة . ومن ثم فإنه يمكن تلخيص مركز الدائن الممتاز على السفينة في القاعدتين الآتيتين :

١ - أن الامتياز ليس من شأنه أن يغير من حق التتبع المعترف به لكل دائن على السفينة .

٢ - أن الامتياز في ذاته لا يخول الدائن الممتاز الا حق أفضلية " .

(١) لعل الخيرة تبدو واضحة في أسلوب الفقيهين ليون كان ورينو ، إذ يقولان بشأن السفينة (Traité de Droit Commercial t. V no. 87 p. 88)

«A moins que la contraire ne résulte du texte ou des motifs de la loi, comme cela a lieu pour la règle "en matière de meubles, possession vaut titre" il faut appliquer aux navires, par cela même qu'ils sont rangés parmi les meubles, les règles qui régissent d'ordinaire les biens mobiliers corporels».

فقد أضافا إلى الاستثناء بالنص الصريح ، الاستثناء بناء على « بواعث القانون » ، دون أن يوضحا ما يقصدان من هذه البواعث .

Vermond «Manuel de Droit Maritime» 5^e éd. 1920, no. 37 p. 68.

(٢)

فكأن الفقيه الفرنسي فيرموند ينكر على الدائن الممتاز حق التتبع لمجرد أن السفينة منقول وأنه لا تتبع في المقولات . ولكنه ، من ناحية أخرى يعترف ويؤكد حق الدائن العادي على السفينة في التتبع ، وهو حق مستمد من الطبيعة الخاصة بالسفينة ، ثم يستنتج من هاتين المقدمتين أن الدائن الممتاز ليس له على السفينة الا حق أفضلية ، وأن حقه في التتبع مستمد من صفته كدائن عادي ، ومن ثم فانه لا يباشر حقه في التتبع الا بصفته دائناً عادياً .

والاستنتاج خطأ واضح ، لأنه ارتكز على مقدمتين غير متناسقتين : ففي الأولى اعتبر السفينة منقولاً كسائر المقولات ، وفي الثانية اعتبرها منقولاً شاذاً . فلم يكن مناص من أن يكون الاستنتاج في جملة خاطئاً .

والنتيجة التي وصل اليها الفقيه فيرموند في هذا الاستنتاج ، شديدة البعد عن القاعدة الصحيحة . فالامتياز على السفينة ينحول صاحبه حتى التقدم والتتبع كالامتياز على العقار . وبينما يضمحل حق التتبع للدائن العادي للسفينة وتهجره سائر التشريعات ، يتأكد حق التتبع للدائن الممتاز على النحو الذي وضعته المعاهدة الدولية في بروكسل ١٩٢٦ ، في سائر التشريعات .

ولا يخفى أنه إلى ذلك يبدووا غريباً حقاً أن يرضى الفقيه فيرموند عن هذه النتيجة رغم شذوذاها الواضح . إذ أنه إذا كان حق التتبع ممكناً حتى للدائن العادي على السفينة ، ذلك المنقول ذو الطبيعة الخاصة ، فكيف لا يكون ممكناً للدائن الممتاز عليها ؟

١٩- (ب) - أما بالنسبة للمحل التجاري ، فان هناك خلطاً شائعاً بالنسبة لتكييف طبيعة الرهن الذي يقع عليه . وهو يبدو واضحاً بصفة خاصة في القانون الفرنسي حيث يختلف التعبير القانوني بالنسبة للرهن الذي ينفذ على الغير بالشهر عن طريق التقييد في سجل معين ودون حاجة الى نقل حيازة ، وهو الرهن الذي كان الى وقت قريب قاصراً على العقارات وحدها ، هذا الرهن يسمى (Hypothèque) وهو تعبير يقابل تعبير الرهن الرسمي في اللغة العربية) ، أما الرهن الذي يجب لنفاذه على الغير أن تنتقل حيازة

الشيء المرهون ، وهو الرهن الذي كان الى وقت قريب ، شاملاً لسائر المنقولات فيسمى (gage أو nantissement) - وهو يقابل تعبير الرهن الحيازي في لغتنا العربية) . ذلك أن معيار التفرقة الذي كان سائداً في الفقه قبل ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بين الـ Hypothèque وبين الـ gage هو موضوع كل منهما . فالأول هو كل رهن يقع على عقار ، والثاني كل رهن يقع على منقول . (١)

ثم ظهرت هذه المنقولات الخاصة ، وأصبح من الممكن ترتيب الرهن عليها دون نقل حيازة ، كما أصبح شهر الرهن عاياً يتم عن طريق القيد في سجل معين ، شأنه شأن الرهن الرسمي على العقار . لذلك أخذ الفقه يتنبه الى الخطأ الذي كان واقعاً فيه حين جعل من موضوع الرهن معياراً للتفرقة ، فبدأ يميل إلى الاستناد الى المعيار الحقيقي المستمد من طبيعة الرهن ذاته ، فالـ Hypothèque لا يتضمن انتقال الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن ، بينما يعتبر انتقال الحيازة هو جوهر الرهن الحيازي (gage أو nantissement) (١) وقد سبق أن رأينا أن المشرع الفرنسي لم يتنبه الى ذلك المعيار الحقيقي عندما تكلم عن رهن المحل التجاري ، فسامه nantissement ، رغم أنه رهن يتم شهره بالقيد لا بنقل الحيازة . وقد استمر المشرع الفرنسي في استعمال هذا التعبير بالنسبة لسائر الرهون التي نظمها بعد ذلك استناداً الى القيد في سجل معين ، لمجرد أنها واقعة على منقولات . واضطر الفقه الفرنسي ، تمشياً مع الاصطلاح التشريعي الذي أخذ يتكرر ويستقر ، إلى أن يخلق تسمية جديدة لهذه الرهون هي في حد ذاتها لغو : Le gage sans dépossession وترجمتها العربية ”الرهن الحيازي بلا نقل حيازة“ .

ولو أن أمر الخلط اقتصر على الصياغة والتعبير وحدهما ، لكان . ولكنّه أدى الى الخلط في فهم طبيعة القواعد التي تنطبق على رهن المحل التجاري .

(١) راجع تفصيل ذلك في مؤلف الأستاذ كاريك :

Cabrillac (Michel) «La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession» 1954 no. 158 p. 211.

(١) كاريك المرجع السابق بند ٣٢ ص ٦٢ ثم بند ١٥٩ ص ٢١٢

فقد ثار التساؤل بين الفقهاء عن الأصل الذى يرجع اليه فى استقاء الأحكام عند نقص النصوص الخاصة المتعلقة برهن المحل التجارى ، هل نجد هذا الأصل فى أحكام الرهن الرسمى على العقار (وهو الرهن الذى ينفذ بالقيود لا بنقل الحيازة) أم نجده فى أحكام الرهن الحيازى على المنقول ؟ ورغم أن المشرع الفرنسى ، والمشرع المصرى من بعده ، قد اقتبسا نظام رهن المحل التجارى كله من الرهن الرسمى ، فإن كثيراً من الفقهاء يقرر مع ذلك أنه طالما أن المحل التجارى منقول ، فإن كل نظام القيد الذى جاء به المشرع وطبقه على رهن المحل التجارى ليس الا ضرب من نقل الحيازة نقلاً رمزياً ، وأنه عند نقص النصوص فان الرجوع يكون الى الأحكام العامة فى رهن المنقول رهناً حيازياً . (١)

وتلك النتيجة التى لا يخفى فسادها هى بغير شك وليدة الوقوع فى نفس الخلط الذى وقع فيه الفقيه فيرموند من قبل بالنسبة للسفينة : فالرهن دون نقل حيازة نظام يرتبط بوصف المحل التجارى كمنقول ذى طبيعة خاصة ، بينما الرجوع الى الاصل فى أحكام الرهن الحيازى يستند إلى اعتباره ، هذه المرة ، منقولاً عادياً لا يختلف عن سائر المنقولات . والأمر بداهة لا يمكن أن ينجلى الا بايضاح كنه هذه الطبيعة الخاصة التى تتميز بها السفينة والمحل التجارى وما شاهما من المنقولات .

٢٠ - وكنه الطبيعة الخاصة التى يجب فى نظرنا أن تركز عليها كل الأضواء حتى نتجنب مثل ذلك الخلط ، هى تلك الصفة التى لاحظناها عند الكلام عن السفينة ، ثم عند الكلام عن المحل التجارى : التعيين الذاتى . فهذه المنقولات الخاصة تتميز بأنها تحمل فى داخلها ، فى كيانها ذاته ، دون حاجة الى أى عنصر خارجى ، وسائل التعيين التى تكفى لتمييزها عن غيرها

(١) كولان وكابيتان جزء ٢ - ١٩٤٨ بند ١٤٦٤ ص ٩٢٣ ؛ وكوهين السابق الجزء ٢ بند ٩٠٤ ص ٥١٠ ؛ وقال فى تعليق بسيرى ١٩١٦-٢-٣٥ تحت حكم محكمة استئناف ريوم (Riom) فى ٢٣ يوليو ١٩١٣ . وقد كانت هذه النظرة هى السبب فى فشل المشرع الفرنسى فى تنظيم بيع السيارات بالتقسيم بقانون ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ على النحو الذى سنتناوله بالبيان فى الفصل الثالث من هذا البحث .

من المنقولات . ويرتب على تلك الصفة الأساسية تغير جوهرى فى نظام الملكية (والحقوق العينية عامة) الذى ينطبق على هذه المنقولات الخاصة . ذلك أن الحق العينى ، باعتباره سلطة مباشرة لشخص على شىء معين ، لا يمكن أن يتقرر ، بل أن ينشأ ، إلا بتعيين الشىء موضوع الحق . فتعيين الشىء موضوع الحق العينى هو أساس وجود هذا الحق نفسه ، بل هو فى نظرنا ، الفيصل الجوهرى بين الحق العينى والحق الشخصى . لذلك فان نظام الملكية على المنقولات المشابهة لابد أن يكون مختلفاً عن نظام الملكية على العقار ، لأن المنقولات العادية ليست متعينة تعييناً ذاتياً ، وهذا ما اقتضى أن تباشر الحقوق العينية على المنقولات المشابهة من خلال حيازة الإنسان ، لأن فى هذه الحيازة عنصر التعيين . الحيازة فى المنقول سند الملكية ، لأن الحيازة هى وسيلة التعيين الوحيدة التى تجعل المنقول العادى يخضع للحق العينى . كذلك لا ينفذ حق الدائن المرتهن على المنقول إلا اذا انتقلت حيازة هذا المنقول اليه ، لأن انتقال الحيازة هى الوسيلة الوحيدة لتعيين المنقول موضوع حق الرهن .

واستناد الحق العينى على المنقول العادى إلى واقع الحيازة ، سواء أكان هذا الحق ملكية أو رهن ، هذا الاستناد هو فى حد ذاته نقص . ولكنه نقص اقتضته طبيعة المنقول العادى . إذ هو لا يتضمن فى كيانه الداخلى وسائل التعيين التى تسمح بترتيب الحق العينى عليه بغض النظر عن الحيازة .

ولكن هذه المنقولات الجديدة استطاعت أن تتخلص من أسباب النقص ، وأن تلحق بالعقار فى نظام الحق العينى عليه . ذلك النظام الذى يعد بغير شك ، أرقى من الناحية القانونية ، وأكثر مدعاة للثقة ، لتجرده عن الاستناد الى واقع الحيازة . فقد رأينا كيف لا يمكن أن توجد فى العالم كله سفينتان متماثلتان تماماً فى كل عناصر التعيين الذاتية . كذلك لا يوجد فى العالم كله محلان تجاريان متماثلان فى كل العناصر الداخلة فى كل منهما (إذ سيختلفان حتماً ، على الأقل بالنسبة للعنصر الخاص بحق الاجارة) . وهذا التعيين الذاتى أيضاً تتمتع به منقولات أخرى كالأفلام السينمائية والمراكب النهرية والطائرات والسيارات .

٢١ - إلا أنه يجدر بنا أن نلاحظ ، أن عناصر التعيين الذاتية التي تتميز بها هذه المقولات الخاصة ، ليست كلها طبيعية ، بل إن أغلبها عناصر صناعية يضيفها المشرع على المقول أو تضيفها عليه جهات الادارة بما تضعه من لوائح وقرارات تنظيمية . وفي نظرنا أن وسائل التعيين الصناعية هذه على درجة كبيرة من الأهمية ، لأنها تفتح آفاقاً واسعة لمستقبل المقولات المعينة تعييناً ذاتياً ، وتمهد لإدخال عدد أكبر من هذه المقولات الهامة إلى نظام للحقوق العينية لا يعتمد على واقع الحياة .

والعناصر الطبيعية للتعين الذاتي لا نكاد نجدها الا في المجموعات ، أي في المقولات التي يتضمن كل منها عناصر مختلفة داخلية فيه ، بحيث يتضمن اجتماعها تحديداً مانعاً . فالحلل التجارى مثلا ، لا يحتاج الى تدخل تشريعى خاص لإضافة وسيلة تعيين ذاتية صناعية ، لأن عناصره المعنوية والمادية الداخلة فيه تكفى لهذا التعيين . كذلك لا يحتاج الفيلم السينمائي الى وسيلة تعيين صناعية لأن عناصره الطبيعية كافية أيضاً ، بل وعلى وجه أكثر كمالاً . ذلك أن الفيلم السينمائي ، كعمل فني مشترك ، يتصافر عادة على اخراجه الى عالم الوجود بمجموعة من ذوى المواهب كل فيما يخصه . فهناك المؤلف ، و كاتب السيناريو ، وواضع الحوار ، والمصور ، والمونتير ، ومؤلف الموسيقى التصويرية ، والخرج ، ونجوم التمثيل والغناء والرقص ... الخ

ونحن اذا كنا نتعجل ، عندما نشاهد أحد الأفلام ، الانتهاء من تلك المقدمة القصيرة التي يبدأ بها الفيلم عادة عارضاً أسماء الذين اشتركوا فيه ، فانه يجب ألا ننسى أن كل اسم يذكر ، بل كل كلمة نقرأها على الشاشة البيضاء ، هي وسيلة تعيين ذاتية طبيعية ، تميزه بشكل مطلق عن أى فيلم آخر قبله وأى فيلم آخر بعده . وتميزه بنفس الشكل المطلق عن أى فيلم آخر فى أى مكان آخر من هذا العالم . ويكاد إسم الفيلم أو عنوانه - رغم أنه وسيلة تعيين فعالة - يتخلف فى الأهمية وراء هذه الوسائل الكثيرة . إذ أنه حتى اذا تكرر إخراج نفس القصة تحت نفس الاسم أو العنوان ، فلن يثير ذلك - على الأقل عند العارفين من أهل المهنة وعند

الذين يتعاملون في الأفلام السينمائية – أية شبهة أو أية صعوبة في تمييز كل فيلم بوسائل التعيين الطبيعية الأخرى .

فالمجموعات لا تحتاج إذن الى وسائل تعيين ذاتية صناعية ، إذ تتحدد كل مجموعة بعناصرها . أما المنقولات المادية البسيطة – أى غير المركبة – فلا يكاد أى منها يستغنى عن وسيلة أو وسائل صناعية تكون هى العنصر الفعال فى التعيين الذاتى . فنحن اذا نظرنا الى السفن مثلا ، وجدنا أنه من الممكن أن تتشابه – بل أن تماثل – عشرات السفن فى الحمولة وفى الهيكل الخارجى وفى التقسيم الداخلى للعنابر والقمرات والآلات الخ... بحيث يعجز عن التمييز بينها أدق الخبراء ، فالعناصر الطبيعية وحدها ليست كافية . ولذا فان العناصر الصناعية هى الحاسمة بغير شك فى التعيين الذاتى : الاسم – الذى رأينا كيف تحرص السلطة المختصة على تفرد السفينة به – والجنسية ، وميناء التسجيل ، وكل ذلك يقتضى تنظيماً تشريعياً وادارياً يعد هو الأساس الذى يستند اليه التعيين الذاتى للسفينة .

وما يقال عن السفينة ، يقال من باب أولى عن المراكب النهرية والطائرات والسيارات . فهذه المنقولات ، عند خروجها من المصنع ، لا تكون لأى منها علامة تميزها عن مثيلاتها . فصانع السيارات مثلا تنتج كميات هائلة من السيارات على نمط واحد (serie) لا تفرق الواحدة منها عن الأخرى قيد شعره . بل اننى إذا تعاقدت مع مصنع فيات على شراء مائة سيارة فيات ١١٠٠ مثلا ، فاننى أكون قد اشتريت مثليات من نوع واحد ، يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء ، ولا تنتقل ملكيتها إلى إلا بالتسليم أو الافراز . ولكن هذه المثليات لا تلبث أن تفرق بينها وسائل التعيين الذاتية الصناعية تفريقاً مانعاً من الخلط بين أية سيارة منها وسائر سيارات العالم أجمع ، اذ يكتب ، فى كل سيارة ، على لوحتين ثابتتين خلفية وأمامية ، بحروف ظاهرة ، نوع هذه السيارة (ملاكى أو أجرة ، حكومة ، جيش ، هيئة سياسية الخ ..) ، والمكان الذى قيدت فيه . والرقم الخاص بها . هذا بالإضافة الى عناصر التنظيم التشريعية الأخرى المتعلقة بالرقابة على الرخص .

هذا التعيين الذاتي هو نفسه الوسيلة الفعالة لاحترام قواعد المرور ، لأنه هو الذى يسمح لجندى المرور ، حين تمرق السيارة المخالفة أمامه بسرعة ، أن يكتفى بالنظر الى رقمها ونوعها ويكتب شيئاً فى دفتره يصيب سائق السيارة فى مكانه أينما كان .

٢٢- ولكن ماهى آثار التعيين الذاتى ، وكيف تترتب هذه الآثار ؟

١ - أول هذه الآثار هو خروج المنقول المعين تعييناً ذاتياً من نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى (المقابلة للمادة ٢٢٧٩ فرنسى) ، والمتعلقة باعتبار الحيازة بسبب صحيح وحسن نية مكسبة للملكية المنقول . هذا الأثر مباشر لا يتوقف على نص تشريعى خاص . وهو يترتب حتى ولو جاء التعيين الذاتى للمنقول لحدث لا علاقة له بمسألة تنظيم الملكية عليه ، كما اذا أراد المشرع من التعيين مجرد إخضاع استعمال هذا المنقول لاشراف ادارى خاص .

ذلك أن المادة ٩٧٦ مدنى لا تنطبق الا بشروط ، تعتبر فى جملتها تعبيراً يبدأ عن حرص المشرع على ألا يكون واقع الحيازة مصدراً قانونياً للحق إلا فى حدود الضرورات العملية التى لا سبيل الى التغاضى عنها (١) . ومن بين هذه الشروط : حسن نية الحائز وقت حيازته . إذ يجب أن يعتقد الحائز أنه يتلقى المنقول عن مالكة حتى يمكن أن يستفيد من الحيازة كسند للملكية . أما اذا كان يعلم أن يتلقى المنقول عن غير المالك ، فهو سىء النية ، وبالتالي لا يكتسب ملكية المنقول .

وحسن نية الحائز مفترض ، فلا حاجة به الى إثباته . فالوضع العادى للأمور هو أن يكون المنقول فى حيازة من يملكه . وعلى ذلك فإن المشتري من الحائز محق إذا هو اعتقد أنه يشتري من المالك . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان هذا المشتري ، لو أنه حاول أن يتحرى أمر ملكية المنقول ، فإنه لن يستطيع أبداً أن يصل الى درجة اليقين فى إثبات حق أى شخص

(١) راجع ما يقوله هذا الصدد الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته الفرنسية السابق الإشارة اليها ، بند ٨٩ وما يليه ، ص ٢٩٦ وما بعدها .

آخر غير هذا الحائز نفسه . ثم إن مثل هذا التحرى يعد ضرباً من العبث ، لأن المشتري المنقول يعلم أن المشرع يحميه في اعتقاده وفي استناده الى الظاهر المتعارف عليه ، فيكسبه ملكية المنقول بناء على هذا الاعتقاد .

ومن ثم فإن مشتري المنقول يشتره عادة ممن يستطيع أن يسلمه اياه في ظروف طبيعية عادية ، دون أن يعنى أو يضطر الى البحث عما وراء ذلك .

ولكن المنقول الذى أصبحت له وسائل تعيين ذاتية يختلف عن سائر المنقولات في أنه من الميسور التحرى عن حقيقة من يملكه بغض النظر عن الحيازة . هذا الاختلاف الجوهرى هو نقطة البداية في طريق خروج هذا المنقول من نطاق م ٩٧٦ مدنى خروجاً تلقائياً . ذلك أن الوضع العادى للأمور فيما يتعلق بملكية المنقول المعين تعييناً ذاتياً أصبح منفصلاً عن الحيازة . فلم يعد من حق مشتري هذا المنقول أن يعتقد أنه يشتري من المالك حين يكفى بالشراء من الحائز ، بل عليه أن يتحرى المالك - وهو ميسور - فيشتري منه لا من الحائز . ولذا فإن المشتري للمنقول المعين بالذات من غير مالكة لا يخرج عن أحد فرضين : فهو إما أن يكون سيء النية يعلم أنه يشتري من غير المالك ، أو يكون قد أهمل في التحرى عن المالك الحقيقى بالطريقة المناسبة ، فيكون قد ارتكب بذلك خطأ جسيماً يستوى وسوء النية . ولا يكون من حقه في الحالين أن يستند الى المادة ٩٧٦ مدنى ، لأنه يعتبر غير مستوف لشروط من شروط تطبيقها ، هو شرط حسن النية (١)

(١) من الممكن أن نتصور احتمالاً ثالثاً وان كان نادر الوقوع ، هو احتمال أن يتحرى المشتري أمر الملكية بالطريق المناسب ، ولكنه لا يصل الى المالك الحقيقى لأمر خارج عن ارادته ، كما اذا أخطأت الجهة المختصة مثلاً فأعطته اسم شخص آخر . حينئذ لا مفر من اعتباره حائزاً حسن النية ، وبالتالي من استفادته من المادة ٩٧٦ مدنى لتوافر شروطها رغم أن المنقول معين تعييناً ذاتياً . الا أننا مع ذلك لانكاد نتصور احتمال أن يكون الاسم الخاطىء الذى قدمته الجهة المختصة هو ذاته اسم الحائز مدعى الملكية ، الا اذا كان ثمة تواطؤ جنائى . ولذلك فإن هذا الاحتمال الثالث غير جدير بالالتفات .

هذه القاعدة يطبقها القضاء على وجه مستقر (١) .

٢ - وإلى جانب الخروج التامنى المباشر عن نطاق قاعدة الحيازة ، فإن صفة التعيين الذاتى تمهد للمشرع سبيل تنظيم شهر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن واقع الحيازة . والحقوق العينية التى نقصدها هنا لا تقتصر على حق الملكية ، وإنما تمتد إلى الحقوق الأخرى أصلية أو تبعية ، كالانتفاع أو الرهن ، (وشهر الرهن بصفة خاصة بالغ الأهمية فى العمل) إذ يستطيع المشرع أن يوجب قيد هذه الحقوق فى سجل تبين فيه عناصر التعيين التى تميز المنقول ، حتى تسرى على الغير . ويستطيع الغير أن يعلم بوجود هذه الحقوق بالالتجاء الى السجل . ويشند الشبه حينذاك بين نظام الشهر فى العقار ونظامه فى المنقولات المعينة تعييننا ذاتيا . وهو ما فعله المشرع المصرى

(١) أنظر الشرح المستفيض لشرط حسن نية الخائز فى رسالة الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى السابق الاشارة اليها من ص ٢٢٤ الى ص ٢٥٣ (بند ٧٤ وما بعده) .

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية (عرائض ٧ مايو ١٩٣٤ سبرى ١٩٣٤-١-٣٧٢) حكماً طبقت فيه قاعدة الحيازة بالنسبة للسيارة تطبيقاً غير سليم . وتتلخص وقائع القضية فى أن شخصاً يدعى جيبور أعطى سيارة جديدة على سبيل الايجار الى السيدة فرانكوفسكا (التى زعمت له أنها الأميرة كادجار !) ولكونها بدلا من أن ترد السيارة اليه عند نهاية مدة الايجار ، باعها الى شخص ثالث ، فباعها الى شخص رابع ، الذى باعها بدوره الى الخامس . ولم يعن أى من هؤلاء المشترين بالتحقق من شخصية المالك رغم أن ذلك لا يقتضى منه أكثر من طلب الاطلاع على البطاقة الرمادية (la carte grise) التى تعطىها جهة الادارة باسم مالك السيارة وعلاماتها المميزة . وقد رفع جيبور ضد السيدة فرانكوفسكا وبقية المشترين اللاحقين دعوى مزدوجة باسترداد السيارة لأن حيازتها كانت بسوء نية ، وبالتعويض عما لحقه من أضرار . فقضت محكمة استئناف باريس ، وأيدتها فى ذلك محكمة النقض ، بالفصل بين الدعويين رغم تلازمهما الطبيعى ، فقررت عدم جواز الاسترداد لأن الخائزين اللاحقين كانوا حسنى النية ، ثم حكمت عليهم مع ذلك بالتعويض لأنهم أخطأوا بعدم محاولتهم التحرى عن المالك الحقيقى .

وقد بين الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى بوضوح ما فى هذا الحكم من ضعف وتناقض (ص ٢٤٣ وبعدها) وأكد بحق أنه لا يكفى لاعتبار الخائز حسن النية ، استناده الى جهله بأنه يتلقى الحق من غير مالك ، وإنما يجب ألا يكون هذا الجهل راجعاً الى اهمال جسيم من جانبه .

والواقع أن مجرد وجود وسيلة ناجعة لمعرفة المالك الحقيقى ، يسقط على الفور حسن نية الخائز الذى لا يلجأ الى هذه الوسيلة .

بالنسبة للسفينة وبالنسبة للمحل التجارى . وما فعله المشرع الفرنسى بالنسبة
لمنقولات أخرى كثيرة سوف نعرض لها بالتفصيل فيما بعد .

هذا الأثر لا يترتب بداهة الا بتدخل المشرع ، لأن الشهر يقتضى
تنظيم سجل تتولاه جهة رسمية تكون موضع ثقة المتعاملين ، وذلك لا يكون
الا بتشريع خاص .

الفصل الثاني

تقدير تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول

٣٢- رأينا كيف يمكن أن تكون بعض المنقولات معينة تعييناً ذاتياً وكيف أن هذا التعيين الذاتي يؤدي إلى أثرين هامين متعلقين بنظام الحقوق العينية على هذه المنقولات . الأول : هو خروجها من نطاق قاعدة الحيازة خروجاً يقينياً تلقائياً ، والثاني هو إمكان تنظيم وسيلة شهر خاصة ترتب أثر نفاذ الحقوق على الغير دون أن تركز على الحيازة . ورأينا الرابطة المنطقية الواضحة بين التعيين الذاتي وبين الأثرين المترتبين عليه .

ولكن آثار التفرقة بين المنقول والعقار أعم وأشمل من هذين الأثرين ، وهي كما ذكرنا في مقدمة هذا البحث ، تمتد إلى سائر فروع القانون ، فما مدى انطباق تلك الآثار على المنقول المعين بذاته ؟ وما مدى دخول ذلك المنقول في نطاق التقسيم ؟ وهل يصبح هذا التقسيم ثلاثياً ، بحيث يضم هذا النوع الجديد ؟

لا يمكن أن نجد لهذه الأسئلة جواباً مقنعاً إلا إذا أمعنا النظر في التقسيم ، وبحثنا تاريخه وكيفية تطوره والأسس التي يقوم عليها ، حتى يتيسر لنا بعد ذلك أن نبين أوجه النقد التي يمكن توجيهها إليه في عصرنا الحديث .

(أولاً) تطور هذا التقسيم والأسس التي يستند إليها :

٢٤- نشأ هذا التقسيم في القانون الروماني مستنداً الى أساسه الطبيعي الذي يركز على ثبات العقار وحركة المنقول . فالعقار هو ذلك الشيء الثابت الذي لا ينتقل من مكان الى آخر كالأرض والمباني . والمنقول هو الشيء الذي يقبل ذلك الانتقال . وقد استمد الأساس الطبيعي من بدايته وسلامته قوة بحيث أنشأ التقسيم في أذهان فقهاء الرومان دون أن يكون له

في القانون الروماني الاقيمة ضئيلة . ذلك أنهم لم يكونوا يعرفون في تلك المرحلة الأولى من مراحل التطور نظاماً خاصاً للملكية العقارات يستند الى القيد في سجل أو الى أية وسيلة أخرى من وسائل الشهر . ولم يكونوا يعرفون بالحيازة كسبب من أسباب كسب ملكية المنقول ، وانما كان تملك العقار يخضع لنفس القواعد التي تنظم ملكية المنقول . وبالتالي لا نكاد نجد لهذا التقسيم أثراً في القانون الروماني إلا فيما يتعلق بالسرقة أو الاختلاس (Furtum) التي تقع بداهة على المنقول دون العقار ؛ والا فيما يتعلق بكسب الملكية بالتقادم (usucapio) ، التي كانت وفقاً لقانون الألواح الاثني عشر ، سنة في المنقول ، وستين في العقار ، ورفع جستنيان هذه المدة الى ٣ سنوات في المنقول و ١٠ سنوات في العقار .

ولم يكن في أذهان الرومان ، ولا في قانونهم ، ما يدل على شدة اعتدادهم بأساس اختلاف القيمة الذي ظهر من بعد في القوانين الجرمانية ، والقانون الفرنسي القديم . ذلك أنهم لم يكونوا يعتبرون الأرض مصدراً للسيادة والتمتع بالامتيازات الاجتماعية ، وانما كانت هذه السيادة مرتكزة على نظامهم العائلي إذ كانوا يعطونها لرب الأسرة (Pater Familias) . ومن ناحية أخرى كانت لديهم طائفة من المنقولات تعد في نظرهم عظيمة القيمة ، ومظهراً من مظاهر السيادة والثراء . هؤلاء هم « العبيد » ، الذين كانوا يعتبرون عنصراً هاماً من عناصر الثروة (١) . وعلى ذلك فلا شك أن فكرة احتقار المنقول واعتباره ضئيل القيمة بالنسبة الى العقار ، هذه الفكرة لم تظهر لا في أساس التقسيم ولا في آثاره .

ولأن هذا التقسيم ، في القانون الروماني ، لم يكن يستند الا الى الأساس الطبيعي وحده ، فقد ظل محصوراً في نطاق الأشياء المادية وحدها (Res Corporales) دون أن يمتد الى الحقوق عينية كانت أو شخصية .

(١) أنظر : Charles Lefebvre «Les Fortunes Anciennes au point de vue juridique», Cours de Doctorat Paris 1912 p. 4.

٢٥- ولكن هذا التقسيم تغيرت أبعاده وآثاره تغيراً شديداً في ظل القوانين الجرمانية والقانون الفرنسي القديم .

(١) فقد ظهر ، الى جانب الأساس الطبيعي للتقسيم ، أساس آخر اقتصادي يرتكز على قيمة العقار وأهميته من ناحية ، وتفاهة المنقول وحقارته من ناحية أخرى (Res mobilis, res vilis) ، وبرز الأساس الجديد إلى المرتبة الأولى بحيث جعل الأساس الطبيعي نفسه - رغم أنه الأصل - يتوارى ويهت (١) .

وكان الأساس الاقتصادي الطارئ انعكاساً للحالة السياسية والاجتماعية والعائلية التي كانت سائدة في القرون الوسطى . فقد كانت القرون الوسطى هي العصر الذهبي لنظام الاقطاع الذي ارتبط بالارض سياسياً واجتماعياً وعائلياً ، اذ كانت ملكية الأرض تعطى لصاحبها جانباً من السلطة العامة فيصبح حاكماً سياسياً في اقطاعية (Seigneurie) . كما يصبح بذلك منتبهاً الى أرقى طبقات المجتمع ، طبقة النبلاء . وبلغت الأرض لذلك من الأهمية الى الحد الذي جعلها - وحدها - موضوعاً لتقسيمات قانونية لا نكاد نسمع عنها الآن ؛ فقسمت الى أرض حرة وأرض تابعة (Terres libres et terres dépendants) والى أرض نبيلة وغير نبيلة (Fief et vilenage; Terre noble et terre' roturière.) وهي تقسيمات كانت تتعلق بمدى سلطة المالك على الأرض التي يملكها ، ومدى خضوع هذه الأرض للضرائب الاقطاعية .

(١) أنظر شارل ليفشر - المرجع السابق ص ٨ ؛ وكذلك :

Saint - Germès «De l'influence de la valeur des meubles sur le code civil français, les lois qui l'ont complété, et la jurisprudence française» thèse Alger, 1926.

والمراجع العامة ، ومن بينها : بلانيول ج ١ - ١٩٥٠ ص ٨٨٤ وبعدها ؛ كولان وكابيتان ج ١ - ١٩٥٣ ص ٨٢٢ ؛ وأوبري ورو الطبعة ٦ لامليل برتان ١٩٣٨ ج ٢ ص ١٠ وبعدها ؛ والدكتور حسن كيره «الحقوق العينية الأصلية - ج ١ - حق الملكية» ١٩٥٨ بند ٢٢ ص ٦٧ ؛ والدكتور محمد علي عرفه «في حق الملكية» ج ١ - ١٩٥٤ بند ٣٨ ص ٦٤

وكان من نتائج ذلك أن العائلات التي تمتلك الأرض كانت تحرص أشد الحرص على الاحتفاظ بملكيتها داخل العائلة وعلى توارثها . فلا تقدم على بيعها مهما كانت ظروف الفقر والفاقة التي تتعرض لها . وعن ناحية أخرى لم تكن العائلات التي تقتصر ثروتها على المنقولات لتبخل بهذه المنقولات مهما غلت ، ثمناً لقطعة أرض تتوسطها قلعة ولو كانت الأرض جرداء ، والقلعة خربة مهالوية ، حتى تتوارث بعد ذلك مركزاً اجتماعياً أعلى .

ومن البديهي أن تلك الأهمية البالغة للأرض ، كعقار ، من شأنها وحدها أن ترخص من قيمة المنقولات مهما غلت وكثرت ، إذ كان يكفي أن تقاس الى قيمة الأرض وأهميتها . الا أنه مما زاد من حدة الفارق في القيمة بين العقار والمنقول ، أن المنقولات في ذاتها لم تكن في ذلك الوقت غالية ولا كثيرة ، إذ كانت الصناعات في ذلك الوقت بدائية ضئيلة . وكانت التجارة تدور في حدود متوسطة لا تسمح لممارستها بالثراء ومطالبة ملاك الأرض ، وكانت المعادن الثمينة نادرة (١) .

لذلك لا عجب أن انطلق ذلك التعبير المذائع الذي رسخ في أعماق المجتمع الى الحد الذي أعجز الثورة الفرنسية — وقد اقتلعت الاقطاع من جذوره — عن أن تتخلص من آثاره : (Res mobilis, res vilis) ولا عجب كذلك أن تركزت كل وسائل الحماية والضمان على ملكية العقار والحفاظة عليه من الاعتداء أو من الخروج عن نطاق الأسرة ، سواء عن طريق الارث أو الزواج أو التداول العادي .

وكان أن امتد التقسيم بين العقار والمنقول ذلك الامتداد المائل في الآثار المتشعبة في شتى فروع القانون ، وهو امتداد يستند من ناحية الى أهمية العقار وتفوقه البالغ على المنقولات ، وبالتالي الى ضرورة حمايته في أكمل وأوفى صورة ، ويستند من ناحية أخرى الى استقراره لآجال طويلة في يد

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة ٥ - ١٩٥٠ - ج ١ ص ٨٨٤

مالكة وورثته من بعده ، دون أن يتعرض الا نادراً للتداول ، وكان أن اكتسب هذا التقسيم تلك الأهمية البالغة التي جعلته في مكان الصدارة بين تقسيمات الأموال ، وفي مكان الجذر الأصيل من النظام القانوني ، بحيث لا يخطر على الأذهان مناقشته أو التعرض له .

ويجدر بنا ألا ننسى ملاحظة هامة في هذه المرحلة من مراحل تطور التقسيم : تلك أن الأساس الاقتصادي الطارئ الذي أضفى عليه كل هذه الأهمية وكل هذه الآثار ، لم ينضم - مجرد انضمام - الى الأساس الطبيعي الأول الذي كان الباعث الأصلي لنشأته ، بحيث يرتكز التقسيم في وضعه الجديد الى الأساسين معاً على قدم المساواة ، وانما طغى الأساس الاقتصادي على الأساس الطبيعي فازاحه عن الطريق . لم يعد العقار - في تلك المرحلة - هو أى شئ ثابت لا يمكن نقله الا بتلف ، وانما أصبح العقار شاملاً لكل مال هام يستحق أن يحظى بتلك الحماية الخاصة التي تحظى بها الأرض ، بغض النظر عن ثباته أو حركته . ومن ناحية أخرى أخرجت بعض الأشياء الثابتة من نطاق العقارات لمجرد أنها قليلة الأهمية . فتمشياً مع منطق الأساس الاقتصادي للتقسيم ، أصبحت الوظائف (Offices) والايراد المرتب (Rente Constituée) ، تعتبر من قبيل العقارات لأهميتها ولارتفاع قيمتها . كما أن عرف القانون الفرنسي القديم كان يعتبر بعض الاشجار ، وبعض المنشآت المبنية ، من قبيل المنقولات .

وكان منطقياً أن يضع الفقيه الفرنسي القديم بومانوار (Beaumanoir) تعريفاً للعقار يختلف تمام الاختلاف عن التعريف الذي نتداوله اليوم ، وان كان يصور ماهية العقار في تلك المرحلة . فهو يقرر أن العقار هو « ذلك الشئ الذي لا يموت ، والذي يثمر كل عام لسيدته » (١) .

“C'est chose qui ne meurt pas, et qui produit chaque année pour son seigneur . ويبدو واضحاً أن بومانوار لايعني بثبات الشئ من الناحية المادية

(١) بومانوار فصل ٢٣ بند ٣ ، أشار اليه شارل ليفيغر - المرجع السابق ص ٥٨

ليكون عقاراً ، وإنما يعنى بخلوده من الناحية الزمنية (chose qui ne meurt pas) ونلاحظ في هذا التعريف أنه يذكر كلمة سيد الشيء (Seigneur) بدلا من مالكة (propriétaire) اشارة الى المركز الاجتماعى والسياسى الخاص ، الذى تخوله ملكية العقار فى ذلك الوقت . كما أننا نرى من ثنانيا التعريف كيف أن أهمية العقار فى ذلك النظام الاقطاعى كانت تطبع العقار بطابع الاستقرار القانونى . هذا الاستقرار لا صلة له بالثابت المادى . وإنما صلته المباشرة هى بالمبالغة فى الحرص عليه فى نطاق العائلة ، وعلى توارثه ، وعلى عدم التصرف فيه بأى تصرف يخرججه عن هذا النطاق . فهو "الشيء الذى لا يموت" ، لأنه الشيء الذى يبقى على ملك سيده لا يفرط فيه ، ولا يلقيه فى التداول . ذلك أن مركزه فى المجتمع رهين بملكيته لهذا العقار .

وأيا ما كان الرأى فى تقدير التقسيم الى عقار ومنقول على الوضع الذى كان سائداً فى القانون الفرنسى القديم ، فإننا نستطيع أن نستخلص حقيقتين واضحتين لا شك فيهما :

الحقيقة الأولى هى أن هذا التقسيم يختلف فى جوهره ، رغم احتفاظه بنفس التسمية ، عن تقسيم العقار والمنقول فى القانون الرومانى ، وكذلك عن هذا التقسيم نفسه فى القوانين الحديثة . والحقيقة الثانية هى أن الأهمية الخاصة التى حظى بها التقسيم فى تلك المرحلة ، أهمية لها ما يبررها تماماً ؛ فقد كانت هناك رابطة منطقية محكمة بين تعريف العقار والمنقول فى ذلك العهد ، وبين الآثار الكثيرة المتشعبة التى رتبت على التفرقة بينهما . تلك الرابطة المنطقية تتمثل فى نظام الاقطاع السائد وقتذاك ، والذى كان من شأنه أن يرفع العقارات الى أعلى قسم السمو والامتياز ، والذى كان من شأنه كذلك أن ينأى بهذه العقارات عن المعاملات الجارية ، ويخرجها عن التداول من الناحية العملية الا فى القليل النادر .

٢٦- (ب) ولكن ماهو أصل قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ؟

وكيف نشأت؟ لامراء فى أن هذه القاعدة تعتبر فى عصرنا الحديث من أهم نتائج التفرقة بين المنقول والعقار . بل ولقد رأينا كيف أن مصدر البلبلة التى أثارها المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كان خروجها بالذات عن هذه القاعدة التى يتعين أن يخضع لها كل منقول . ومع ذلك ، فلا شك فى أن هذه القاعدة - قاعدة الحيازة سند الملكية - لم تكن موجودة عند نشأة التقسيم فى القانون الرومانى ولا فى أية مرحلة من مراحلها ، اذ ظل يسمح للمالك المنقول باسترداده من الحائز حسن النية اذا لم يكن هذا الأخير قد اكتسبه بالتقادم . بل ان قاعدة الحيازة لم تنشأ ، فى ظل القانون الفرنسى القديم ، الا فى القرن الثامن عشر ، بفضل كتابات بوتييه (Pothier) وبورجون (Bourjon) الذى كان أول من صاغ القاعدة وجعلها نظرية متكاملة ، وقضاء الشاتليه . ذلك أن أحكام الملكية فى المنقول كانت قبل ذلك غامضة غير مستقرة ولا موحدة ، اذ كانت محل نزاع بين بلاد العرف ، التى كانت تطبق العادات الجرمانية القديمة ، وبين بلاد القانون المكتوب ، التى كانت تطبق القانون الرومانى (١) . وقد انتهى الأمر فى هذا النزاع بانتصار القانون الرومانى فى نهاية القرن السادس عشر وبداية القرن السابع عشر . فأصبح المستقر عليه أن يكون للمالك المنقول استرداده من الحائز طالما أن هذا الأخير لم يكتسبه بالتقادم . الا أن انتصار القانون الرومانى لم يستمر الا قليلا ، اذ أخذت عيوب النظام تزايد ويستفحل أمرها خلال بقية القرن السابع عشر ، وذلك كلما زادت حركة التداول فى المنقولات وكلما نمت التجارة . إذ كان يجب على المشتري آنذاك أن يثبت فى مواجهة المسترد ، ليس فقط سند البائع الذى باعه المنقول ، وانما يثبت أيضا أن سائر السابقين كانوا هم أيضا مالكين على التناوب لهذا المنقول . مثل هذا الاثبات كان فى المنقولات

(١) أنظر ، فى تفاصيل مراحل تطور القانون الفرنسى القديم فى هذا الشأن حتى نشأت القاعدة ، رسالة الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى باللغة الفرنسية السابق الاشارة اليها ، فى الصفحات بين ٣٥ و ١١٠ وكذلك المراجع التى ذكرها .

أقرب الى المستحيل . وزاد الطين بلة أن مدة التقادم لم تكن موحدة في مناطق العرف ، ووصلت مدة التقادم في المنقول في بعضها الى ٣٠ سنة ، يجوز خلالها للمالك أن يسترد المنقول من الحائز ، بينما لا يكتسب حائز المنقول المسروق ملكيته بالتقادم أبدا ولو كان حسن النية .

وازاء تلك الأضرار البالغة التي كان من شأنها أن تعرقل حركة التداول في المنقولات إلى حد بعيد (وقد رأينا أن تداول العقارات كان في حد ذاته نادراً) ، وأن تضرب التجارة النامية في ذلك الوقت في الصميم ، أخذ كتاب القانون الفرنسي القديم وقضاء برلمان باريس يتقدمون بحلول مختلفة في ظل احترام القاعدة الرومانية ، فرأى بعض الكتاب (جودفروي Godefroy) ضرورة تحديد التقادم بثلاث سنوات فقط ، بل بسنة واحدة . وأصدر برلمان باريس حكماً يقضى بضرورة أن يحصل الحائز للمنقول على تعويض من المالك الذي نجح في استرداد المنقول إذا كان الحائز حسن النية . ولم تكف هذه الحلول . فلم يكن مناص من مهاجمة القاعدة من أساسها ، حماية للتجارة وللاستقرار المعاملات . فبدأ القضاء يفترض أن الحائز للمنقول قد قدم بالفعل الدليل على ملكيته ، أى أنه أقام من واقعة حيازة المنقول قرينة على الملكية . ثم مالبت القاعدة الجديدة التي تعتبر الحيازة ، الى جانب وظيفتها في الاثبات ، سبباً لكسب ملكية المنقول ، أن تبلورت في كتابات Bourjon (١) ثم مالبت أن استقرت وتأكدت ، على الأخص بعد أن أيدها الفقيه الكبير فالان (Valin) (٢) . وبلغ من استقرارها بعد ذلك وتأكيدها في العمل ، أنها دخلت في التقنين الفرنسي دون أدنى مناقشة . فقد بدت ، رغم حداثة العهد بها ، ضرورة ، لاحتياج الى تبرير . بل أنها قد أصبحت بعد ذلك أهم نتائج - وأهم مبررات - تقسيم الأموال الى عقار منقول .

(١) Bourjon «Le Droit Commun de la France», liv. II, t. I, Ch VI, sect. I.

أشار اليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته ص ٩٢ و ٩٣

(٢) Valin «Commentaire de la Coutume de La Rochelle», note sur l'art. 60 p. 240

٢٧- وقد وصل التقسيم الى مرحلة الثورة الفرنسية وهو أقوى ما يكون بأسسه الثلاثة التي تجمعت له على مر العصور منذ نشأته في القانون الروماني . فقد كان يستند أوله الى ذلك الأساس الطبيعي الذي أكسبه قوة وبداهة وعلاوا عن مستوى الشكوك . (وقد عرفنا أن هذه البداهة الطبيعية ذاتها هي التي كانت سببا في إدخاله بين تقسيمات القانون الروماني رغم عدم الحاجة اليه) . وكان يستند ثانيا الى الأساس الاقتصادي والاجتماعي الضخم الذي اكتسبه طوال قرون الاقطاع في ظل القانون الفرنسي القديم ، والذي جعل منه جذرا من جذور النظام القانوني . وأخيراً فإنه كان يستند الى الأساس العملي الهام الذي تمثله صعوبة تحديد الملكية وإثباتها في المنقول لسرعة تداوله بين الناس ، مما اقتضى ظهور تلك القاعدة الخاصة بالمنقول دون العقار ، قاعدة اكتساب ملكيته بمجرد الحيازة بحسن نية وسند صحيح .

ورغم أن الثورة الفرنسية قد جاءت لتهدم الاقطاع من أساسه ، وتنشئ مجتمعاً جديداً بلا طائفية ولا طبقات ، ولا سيادة مستندة الى الارض ، ورغم أنها كانت في تحقيقها لأهدافها هذه لا تدخر قوة ولا عنفاً ، فقد استطاع التقسيم عبور الثورة بكل ما أثارته من عواصف إعاتية ، محتفظاً مع ذلك بالقدر الأعظم من أهميته الخاصة التي لم يستمدها في الواقع إلا من نظام الاقطاع . وكان أن ظهر التقسيم في القانون المدني الفرنسي راسخاً عتيداً كأن شيئاً لم يكن . ولا شك أن الفضل في ذلك انما يرجع الى تعدد الأسس التي يستند اليها ، والتي أكسبته مرونة وليونة هي أشبه بليونه المنافق ذي الوجهين . بل أن هذا التقسيم كان له ثلاثة أسس ، أي ثلاثة وجوه . ولو أن مشرع الثورة الفرنسية أو واضع التقنين المدني الفرنسي ، لم يجد أمامه الا تعريف بومانوار للعقار « الشيء الذي لا يموت والذي يثمر كل عام لسيده Seigneur » ، لبطش كلاهما بالتقسيم كله بطشا شديداً ، ولقضى كلاهما على آثاره المنبثقة بين شتى فروع القانون ، ولحصره ، إن كان ثمة ضرورة من وجوده ، في أضيق نطاق . ولكن التقسيم استطاع أن يقدم ، في تلك اللحظات الحرجة من حياته ، أساسه الطبيعي الأول ، الذي لا يمكن أن يمارى أحد في سلامته . فالعقار هو الثابت الذي لا ينتقل إلا بتلف ، والمنقول هو المتحرك الذي ينتقل بغير تلف . ولا يخرج أي مال عن أن يكون هذا أو ذاك ، عقاراً أو منقولاً . لذلك جاءت المادة

٥١٦ مدني فرنسي وكأنها تلقي إلينا بحقيقة من الحقائق الطبيعية الخالدة التي لا شأن لها بما يتوارثه الناس من نظم اجتماعية وما يتقبلون فيه من ثورات؛ فنصت على أن: « كل الاموال منقولات أو عقارات » Tous les biens « sont meubles ou immeubles. وتلك ولا شك حقيقة ، اذ يستحيل على أى شىء أن يفلت من نطاق هذا التقسيم الشامل لكل ما نعرف من أموال (١) .

ووراء الواجهة الطبيعية البحتة التي خدعت الثورة الفرنسية وواضع التقنين المدني الفرنسي ، وسائر التقنينات التي أخذت عنه ، تسلمت مختلف الآثار التي لم تترتب على التقسيم الا في ظل نظام الاقطاع ، تلك الآثار المستندة إلى أهمية العقار وسمو قيمته ، وحقارة المنقول وتفاهته ، والى استقرار العقار زنيا في داخل العائلة الواحدة وبعده عن التداول من ناحية ، والى سرعة تداول المنقولات بين الناس من ناحية أخرى وكونها لذلك أساس التجارة ونطاقها العام . بل واحتفظ التقسيم ، فوق ذلك كله ، بتلك الأهمية الشاملة التي جعلته يتقدم على سائر التقسيمات الأخرى للأموال ، وجعلته يتسرب - دونها - الى سائر فروع القانون . بل وجعلته يقف

(١) ومع ذلك ، فما أسرع ما خرج المشرع الفرنسي عن الأساس الطبيعي للتقسيم .. ! فن الطريف أن يصدر ، في ١٦ يناير ١٨٠٨ ، القرار الامبراطوري (Décret Impérial) ، الذي يقرر في المادة ٧ منه وسيلة سهلة لخلق عقارات ليس لها من صفة الثبات الطبيعي شىء . فقد نصت هذه المادة على أن حملة أسهم بنك فرنسا يمكنهم أن يضيفوا على أسهمهم هذه صفة العقار ، وذلك بمجرد اعلان رغبتهم في ذلك الى بنك فرنسا . وكان الهدف من ذلك يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين . وقد ظل هذا القرار سارياً لأكثر من قرن من الزمان ، الى أن صدر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٦ قرار آخر يمنع اضافة صفة العقار على أسهم بنك فرنسا بعد هذا التاريخ . أما بالنسبة للأسهم التي جعلها أصحابها عقارات بالفعل ، فإنها يمكن ، وفقاً للقرار الجديد ، أن تعود مرة أخرى منقولات بناء على طلب أصحابها .

ويطلق على هذا النوع الغريب من العقارات « العقارات بالاعلان » (Immeubles par declaration) أنظر الأستاذ فرانسوا تيرى في رسالته عن « أثر الارادة الفردية على التكييف القانوني » :

François Terré «L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications». thèse Paris 1957, no. 69 p. 70.

وأنظر كذلك كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ، جزء ١ ، ١٩٥٧ ، بند ٦٦٤ ص ٣٩٧

سدا منيعاً أمام كل توسع للقانون التجاري ؛ إذ حصره داخل أحد قسميه ، داخل المنقولات وحدها ، ومنعه من أن يمتد الى أية مضاربة تتصل بالعقار من قريب أو بعيد .

وكان لا بد في هذه المرحلة الأخيرة من تطور التقسيم ، أن يتضح الحلل المنطقي بين أساس التقسيم وبين الآثار المترتبة عليه . فقد كان التقسيم منطقياً في القانون الروماني ، وكان منطقياً أيضاً في القانون الفرنسي القديم . ولكنه فقد منطقه عندما أخذ المشرع الفرنسي بأساسه الطبيعي الذي عرفه الرومان ، ثم رتب عليه الآثار التي لم تترتب إلا في ظل نظام الاقطاع . وقد تنبه أغلب الفقهاء الفرنسيين إلى ذلك الحلل المنطقي ، وسجلوه بين ما سجلوا من عيوب التقسيم ومانأخذه . (١)

كذلك تنبه أغلب الفقهاء الى ما أضافه القانون المدني الفرنسي الى التقسيم من اتساع في المدى يزيد عما كان عليه في مراحلها السابقة ، إذ جعله شاملاً للحقوق عينية وشخصية ، رغم أن نطاقه الطبيعي كان يجب أن يقتصر على الأشياء المادية وحدها . كذلك أدخل القانون المدني الفرنسي عنصراً

(١) من بين الفقهاء الفرنسيين على الأخص ، أنظر شارل لفيشر ، المرجع السابق ص ٤ و ص ٥٧ وما بعدها ؛ وسان جرمس السابق ص ٧ من المقدمة ؛ وشارل بودان ، المرجع العام في القانون المدني ١٩٣٨ الجزء الرابع رقم ٨٩ ص ٨٥ ؛ وكذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ١٩٥٠ بند ٢٦٢٠ ص ٨٨٦

وما تجدر ملاحظته أنه ، رغم أن القانون المدني الفرنسي رتب كثيراً من الآثار المستندة الى تهاة قيمة المنقول بالنسبة الى العقار ، الا أن بورتاليس (*Portalis*) ، حرص ، في الأعمال التحضيرية ، على أن يتجنب ذكر ما يشير الى عبارة (*Res mobilis, res vilis*) . فقد قال مثلاً في تقرير قاعدة البطلان للغبن في العقار دون المنقول ” ان طبيعة المنقول تتعارض مع تطبيق البطلان للغبن عليه ، لأن قيمة المنقولات تتعرض للتغير من وقت لآخر ؛ فن الصعب تحديدها ، فلا مجال للقول بالغبن . أما العقار ، فان التغير الذي يطراً على قيمته أبطأ “ . وبيبر تريلهارد (*Treilhard*) قاعدة الاعتداد في يسار الكفيل بأمواله العقارية وحدها (م ٢٠١٩ مدني فرنسي) ” بان اليسار يجب أن يكون يساراً مستقراً (*Solvabilité constante*) لا يساراً عارضاً (*fugitive*) “ . وهكذا تجنب مقرررو القانون المدني الفرنسي كل ما يشير الى احتقار المنقول وتهاة بالنسبة الى العقار .

إراديا في اعتبار المال منقولاً أو عقاراً . فالمباني تعد منقولات بحسب المآل إذا انصرفت الإرادة الى هدمها في مستقبل قريب ، والمنقولات تعتبر عقارات بالتخصيص فتأخذ حكمها ، إذا خصصها مالكةا لخدمة عقار يملكه أيضا . وهكذا خرج التقسيم في صورته الجديدة عن حدوده الطبيعية الجامة وأصبح للافراض القانوني من ناحية ، وللارادة من ناحية أخرى ، دور هام في اكتساب المال صفة المنقول أو صفة العقار .

(ثانيا) نقد التقسيم الى عقار ومنقول

٢٨ - رأينا ، ونحن نستعرض التطور الذي مر به التقسيم ، أنه يستند الى ثلاثة أسس كبيرة ارتكز عليها في المراحل الثلاثة التي مر بها على التوالي : الأساس الطبيعي ، ثم الأساس الاقتصادي ، وأخيرا الأساس العملي الذي خلق القاعدة الخاصة بالمنقول والمتعلقة باكتساب ملكيته بمجرد الحياة . بقي أن نتناول هذه الأسس الثلاثة بالبحث والتقدير المحردين عن التأثير بما جرت أفلام الفقهاء على كتابته عادة ؛ لتبين أولا ما اذا كانت هذه الأسس في جوهرها سليمة صالحة بحيث تبرر وجود التقسيم ، ثم لتبين ثانيا ما اذا كانت هذه الأسس ، على فرض سلامتها ، من القوة بحيث ترفع التقسيم الى المركز الممتاز الذي يحتله بين تقسيمات الاموال .

١ - الأساس الطبيعي للتقسيم :

٢٩ - نصت المادة ١/٨٢ مدني على أن « كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » . وواضح أن هذه المادة تركز على طبيعة الاشياء وحدها كمييار للفرقة ، فانها تضم كل ما يحويه العالم من أشياء . ذلك أنها لم تضع تعريفا للعقار وآخر للمنقول ، خوفا ولا شك من مجرد احتمال أن تخلق لنا الطبيعة شيئا لا يدخل في أي من التعريفين . ولذا فقد اكتفت بوضع تعريف للعقار ، واعتبرت أن المنقول هو كل مالا يدخل في هذا التعريف . والمادة في ذلك حريصة على أن يظل التقسيم ، من الناحية الطبيعية ، صادقا محكما أبد الدهر .

وتقدير سلامة هذا الأساس الطبيعي البحث للتقسيم يقتضى الاجابة
على سؤالين هامين :

(أولاً) هل هذا التقسيم ، من الناحية الطبيعية البحث ، وبغض النظر
عن أى من الآثار القانونية المترتبة عليه ، تقسيم صحيح ؟ .

(ثانياً) على فرض سلامة هذا التقسيم من الناحية الطبيعية ، هل تكفى
هذه السلامة لبناء تقسيم قانونى وترتيب آثار قانونية عليه ؟ .

٣٠ - (١) التقسيم من الناحية الطبيعية البحث :

لو أننا ذهبنا بهذا التقسيم الى أحد علماء الطبيعة ، وسألناه عما اذا كان
من الممكن أن يوجد فى هذا العالم الذى نعيش فيه « شىء مستقر بحيزة ثابت
فيه لا يمكن نقله دون تلف » ، لأجابنا بالنفى المطلق ، ولأكد لنا أن الأرض
وسائر الأجرام السماوية تسبح فى الفضاء الكونى اللانهائى . وأن الارض
التي نعيش فيها بالذات ، بكل ما عليها من أشخاص وأموال وكائنات حية
وغير حية ، تدور حول نفسها كل يوم ، وتدور فى نفس الوقت حول
الشمس كل عام ، فلا شك أنها تعتبر المقول النموذجى الذى يتحرك بنظام
دقيق ، ودون أى تلف (لحسن حظ البشرية) ، ودون أى توقف ، خلال
ملايين السنين التى عاشتها الارض منذ بدء الخلق ، والتي سوف تعيشها
باذن الله الى يوم يبعثون .

إلا أننا لا ننوى أن نتخذ من قول عالم الطبيعة ذاك سلاحاً نحاول أن
نطعن به سلامة التقسيم من الناحية الطبيعية . ولو أننا فعلنا لكان ذلك
منا مبالغة وتطرفاً لا يمكن أن يستسيغه رجال القانون . فلا شك أن
رجال القانون - على خلاف علماء الطبيعة - تنحصر اهتماماتهم فى تنظيم
المجتمع الذى يعيشون فيه . فلا تمتد الى الفضاء الكونى الواسع وما يحتويه
من « منقولات » هائلة . ولا بأس برجال القانون ، حين يقتضيه الأمر
ملاحظة الطبيعة التى تحيط بهم ، فى أن يعتمدوا بصدده هذه الملاحظة على

الحواس البشرية المباشرة ، دون أن يكون في ذلك ما بغض من قيمة الملاحظة الطبيعية وسلامتها ، طالما أنهم لا يدخلون بملاحظتهم تلك في جدل مع علماء الطبيعة .

ومن ثم فإن المادة ١/٨٢ مدني ، حين تضع تعريفا للعقار ، إنما تقصد « كل شيء نراه تحت أعيننا مستقرا بحيرة ثابتا فيه لا يمكن نقله منه دون تلف » ، ولا جدال بعدئذ في أن سلامة هذه الملاحظة الطبيعية وبدهيها تقفزان أمام الأعين في جلاء لا يجوز انكاره . ونحن من جانبنا لا نفكر على الاطلاق ، في أن نغمض أعيننا عمدا حتى لا نرى ملاحظته أجيال البشرية المتعاقبة منذ نشأة التقسيم في القانون الروماني حتى الآن ، من أن بعض الاشياء يتحرك من حولنا أو نحركه دون تلف ، في سرعات متفاوتة وبوسائل مختلفة . وأن بعض الأشياء الأخرى يظل في مكانه ثابتا لا يريم ، فتتقضى عليه السنون الطوال وهو باق مستقر في حيزه . ولا يمكن أن نتجاهل أن أديم الارض التي نعيش فيها هو العقار الأول ، اذ هو بحمد الله ثابت تحت أقدامنا لأجيال طوال ، نبنى فوقه ونغرس فيه ونخطط عليه آمالنا في اطمئنان لا يعكر صفوه ما يحكيه لنا علماء التاريخ عن حركات الأرض في أزمنة سحيقة ، أو عن زلازل وبراكين أغرقت قارات العالم القديم وأظهرت أخرى .

بل ونحن لا ننكر أن هذه الملاحظة الطبيعية هي من بين أسهل وأسرع ما نلاحظه فيما نراه حولنا من عناصر الطبيعة . فهي ملاحظة لا تحتاج الى طول تأمل ولا الى دقة نظر . ولعلها أول ما لاحظه الانسان عندما بدأ سلسلة تأملاته الطويلة في الطبيعة ومحاولاته الدائبة لاستغلالها . اذ لا ريب أن الانسان الأول قد اطمأن منذ القدم الى أنه يستطيع أن يغيب عن كهفه ماشاء ثم يعود فيجد الكهف حيث كان . ولكنه عرف منذ القدم أيضا أنه اذا ترك في داخل هذا الكهف أثناءه أو طعامه فقد يعود ويجد الكهف خاليا منهما ، لأن الاثني تستطيع أن تنتقل وحدها من مكان الى آخر « دون تلف » ، ولأنها تستطيع أن تنقل معها طعامه دون تلف أيضا . ولا بد أن الانسان الأول قد أدرك

بحكمته الفطرية أن من الانسب ، قبل أن يذهب الى عمله في الغابة ، أن يربط
أنتاه ربطا محكما في صخرة من صخور كهفه حتى يحولها الى « عقار » ،
ومن ثم يطمئن الى أنه سيجدها حين يعود . وأن من الخير له أن يخفي
ما تبقى من طعامه في مكان لا يعرفه غيره حتى يأمن السرقة . ولعل هذه
كانت الآثار الأولى التي رتبها الانسان على التفرقة بين المنقول والعقار .

وقد أعقبت هذه الملاحظة الطبيعية للاشياء الثابتة والمتحركة ، ملاحظات
أخرى كثيرة أقام الانسان على أساسها حضارات متلاحقة ، أغنته في النهاية
عن ربط أنتاه في باطن الكهف وعن اخفاء طعامه في مكان أمين . الا أن
ذلك لم يؤثر على بقاء تلك الملاحظة الأولى بكل قيمتها الأساسية في عقله
ووجدانه ومشاعره ، ولا على استمرار هذه القيمة في كل العصور حتى
العصر الذي نعيش فيه . ذلك أن الأرض ، بثباتها واستقرار المعالم التي
تحيط بها ، أقدر على الاستئثار بحنين الانسان وعلى التأثير فيه . ومن قبل ،
كان شعراء الجاهلية يذهبون بحنينهم ووجدهم الى ديار الذكريات ، فلا
يجدون من آثار الربوع الدارسة شيئا من « المنقولات » التي أخذها ولا شك
أصحاب الديار معهم حين غادروها . ولكنهم يجدون البقعة التي كانت فيها
تلك الديار ، فيقفون خشعا أمام الأرض الجرداء ، أمام « العقار » الباقي ،
ينشدون الشعر ويدبجون القصائد الطوال . وهذا هو ما يكاد يفعله سائر
الناس - حتى رجال القانون منهم - بمكان أو أكثر في هذه الأرض ؛
وان كان الامر لا يصل في خطورته في غالب الاحوال إلى حد انشاد الاشعار .

ومن ثم فن المؤكد أننا لا يمكن أن نقلل بحال من أهمية تقسيم الأشياء
التي حولنا بصفة عامة الى أشياء ثابتة باقية ، وأخرى متحركة لا استقرار
لها . بل اننا نرى أن هذا التقسيم يحتل ولا شك مكانا خاصا في التكوين
العقلي والوجداني لسائر الناس . وكذلك لا يمكن أن نشك في سلامة التقسيم
من الناحية الطبيعية ، ولا في قيامه بالفعل مهيمنا على الانطباعات الذهنية
في عقل الانسان ، وتصوره ، وعلى الأحاسيس الوجدانية في فؤاده ، وذلك
بصفة عامة وفي غير ما تحديد .

ولكن أسبابا كثيرة للشك والتردد لا بد أن تعتور سلامة التقسيم إذا تجاوزنا هذه الانطباعات العامة الى محاولة وضع تعريفات جامعة مانعة تحدد ما هو العقار وما هو المنقول ، وترسم حدا فاصلا بين القسمين . فهنا يقع التقسيم الطبيعي في مزايق كثيرة تجعله يتعد عن صدق الطبيعة بعدا شديداً .

٣١- وبعض هذه المزايق واضح جلي ، يراه الفقهاء خروجاً على الحدود الطبيعية للتقسيم لسبب أو لآخر يجدونه مقنعا . ولكن البعض الآخر لا يكاد يثير انتباه الفقهاء ، على خطورته ، ورغم غرابة النتائج التي يؤدي إليها .

(اولا) - فمن الخروج الواضح على الأساس الطبيعي للتقسيم ، أن يمتد الى الحقوق والدعاوى رغم أن نطاقه الطبيعي ينحصر في الأشياء المادية وحدها . وهو امتداد صريح تقررته المادة ٨٣ مدني إذ تنص على أنه :

١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

هذا الامتداد كان موجوداً أيضاً في ظل القانون الفرنسي القديم . فقد رأينا أنه كان يعتبر الوظائف ، والايراد المرتب ، من قبيل العقارات ، بالرغم من أنها ليست أشياء مادية . الا أن هذا الامتداد كان في القانون الفرنسي القديم محصور النطاق فلم يوضع في شكل قاعدة عامة . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان القانون الفرنسي القديم لم يكن يعتد بالاساس الطبيعي للتقسيم وانما بالاساس الاقتصادي ، على النحو الذي سبق لنا أن فصلناه في موضعه (بند ٢٥) .

والواقع أن المسألة لم تبلور إلا حديثا ، فقد كان يجب على التشريعات الحديثة أن تعتمد بأن « المال » بمعناه الواسع لم يعد يقتصر على الأشياء المادية

وحدها ، وانما أصبح يمتد الى قيم اقتصادية مختلفة منها الأشياء المادية (التي تنقسم من الناحية الطبيعية الى عقارات ومنقولات) ومنها حقوق معنوية ليس لها أى كيان ، وهى مع ذلك عنصر من عناصر الثروة ، عنصر يباع ويشترى ويوهب ويجرى استغلاله والانتفاع به (١) .

وقد كان يجب أن يؤدى الاتساع فى معنى المال على هذا النحو ، الى ضيق مقابل فى نطاق التقسيم الى عقار ومنقول ، إذ يقتصر حينئذ على جزء فقط من الأموال (هى الأموال المادية ، أو الأشياء بتعبير أدق) ، دون الأموال المعنوية ، أى الحقوق بأنواعها المختلفة . وكان من شأن هذا الضيق أن يحدد أهمية التقسيم ويحصر آثاره . ولكن شيئاً ما فى العقارات ، له جاذبية مجهولة — لعل مصدرها يكمن فى الجانب الوجدانى الذى أشرنا اليه — يأبى إلا أن يتسبب التقسيم ويمتد ويتسع ليظل شاملاً لكل الأموال فى نطاقها الواسع الجديد ، مادية ومعنوية ، ويأبى ذلك الشيء ذو الجاذبية المجهولة ، الا أن يجرى داخل الحقوق ذاتها ، تفرقة بين حقوق عقارية وأخرى منقولة ، وأن يجرى داخل الدعاوى التى ترفع الى القضاء ، تفرقة بين دعاوى عقارية وأخرى منقولة (٢) .

ويجدر بنا أن نتحفظ ، فنقرر أنه لا شأن لنا بالآثار القانونية التى يمكن يرتبها المشرع على التفرقة بين الحقوق العقارية والمنقولة ، أو بين الدعاوى العقارية والمنقولة . ونحن لا نتعرض هنا لهذه الآثار وليس لنا فى هذا المجال أن نتعرض لها . وإنما لنا أن نساءل عن أساس هذه التفرقة المادية التى يجرىها

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الدكتور محمد على عرفه « فى حق الملكية » ج ١ - ١٩٥٤ بند ٢٦ ص ٥٠ وهو يعرف المال بأنه « كل منفعة متقومة يمكن أن يحصلها الانسان من مباشرة حقوقه على الأشياء أو فى مواجهة الأشخاص » .

(٢) كان يمكن أن يكون الأمر أقرب الى المنطق لو أن المشرع اعتبر الحقوق والدعاوى كلها من قبيل المنقولات ، اذ تدخل حينئذ فى عموم نص المادة ٨٢ التى تعتبر منقولا كل ما ليس عقاراً . ولكنه أجرى تقسيماً داخل الحقوق وداخل الدعاوى ذاتها ، فجعل بعضها عقاراً ، والآخر منقولا .

المشرع بين أموال تشرك كلها في أنه ليس لها أى كيان مادى . و إذا كنا نستطيع أن نفهم أن الحقوق تنقسم الى حق عيى ينصب مباشرة على شىء معين ، وحق شخصى يتمثل فى رابطة قانونية بين دائن ومدين ، و إذا كنا نستطيع أن نقدر القيمة الاقتصادية لحق الملكية الأدبية والفنية والعلمية ، ونفهم جواز التصرف فيه واستغلاله كعنصر من عناصر الذمة ، فاننا لا نستطيع أن نفهم أن يكون الحق عقاراً أو منقولاً ، ولسنا نجد فى كتابات الفقهاء مايسهل علينا هذا الفهم (١) ، فهذه الحقوق – أيا كانت – لا يتصور أنها تنتقل من مكان الى آخر ، لأنها لا توجد فى أى مكان . ولا يمكن بدهاءة أن يكون المشرع قد قصد الانتقال المعنوى من يد الى يد ، لأن الحقوق كلها يمكن أن تنتقل على هذا النحو من يد الى يد . ومن المؤكد أن الانتقال الذى يكمن فيه أساس التفرقة الطبيعية بين العقار والمنقول هو الانتقال المادى الذى يتضمن تغيير المكان . وهو انتقال يعد مستحيلاً فى مجال الحقوق ، فلا مناص من القول بأن المشرع ، حين أخضع الحقوق والدعاوى لهذا التقسيم ، قد خرج به تماماً عن أساسه الطبيعى الى مجال الافتراض البحت .

٣٢- (ثانياً) وفى حالات أخرى ، يتوقف اكتساب الشىء صفة العقار أو المنقول لا على طبيعته ، وإنما على إرادة الانسان . ونحن لا نقصد الكلام هنا عن الحالات التى يتدخل فيها الانسان بتحويل طبيعة الشىء ذاته من منقول إلى عقار أو بالعكس . كما إذا أقام بالمواد المنقولة بناء ثابتاً

(١) يقرر بعض الفقهاء أن الأمر كله افتراض ؛ وأن الحقوق ليست فى الواقع لا من العقارات ولا من المنقولات (الدكتور شفيق شحاته - «شرح القانون المدنى الجديد - فى الأموال - القسم الأول - النظرية العامة للحق» ١٩٥١ بند ٤٢ ص ٥٥) . ولكن البعض الآخر يحاول أن يضع تبريراً ، كالدكتور عبد المنعم البدر اوى ، اذ يقول فى تبرير أن الحق الشخصى المتعلق بعقار يعتبر منقولاً : « ذلك أن موضوع الحق الشخصى هو عمل أو امتناع . وهذا شىء معنوى لا حيز له . ولذلك لا يتصور أن يكون محل الحق الشخصى عقاراً » . (المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧ ص ٣٦٠) . وهو تبرير لا يستقيم الا اذا تصورنا أن الحق العيى ، على خلاف الحق الشخصى ، له حيز وله كيان مادى ، وهو ما لا يمكن أن يقول به أحد ، اللهم الا اذا وقع الخلط بين الحق ذاته وبين الشىء الذى يباشر عليه الحق .

لا ينتقل إلا بتلف ، أو اذا هدم البناء القائم فحواله الى منقولات . ففي مثل هذه الحالات لا يبعد التقسيم بداهة عن أساسه الطبيعي ، لأن ارادة الانسان قد انصبت - حين تدخلت - على تغيير هذه الطبيعة ذاتها .

وإنما نقصد هنا تلك الحالات التي تتدخل فيها إرادة الانسان لتكسب الشيء صفة تعارض تماماً مع طبيعته القائمة بالفعل ، ومع استمرار قيام هذه الطبيعة المناقضة . من ذلك المنقول بطبيعته الذي يعد عقاراً بالتخصيص ، اذ تنص المادة ٨٢ / ٢ على أنه " ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله " . وفي ذلك الحكم خروج واضح ، ليس فقط على الأساس الطبيعي للتقسيم ، وإنما أيضاً على كون التفرقة بين العقار والمنقول متعلقة بالنظام العام . إذ أن ذلك يقتضى ألا يكون للارادة حرية اكساب المنقول صفة العقار على هذا النحو (١) . ولا يهم أهداف هذا البحث أن نعرض لتفاصيل الشروط التي يجب توافرها لاعتبار المنقول

(١) ومن ذلك أيضاً العقار بطبيعته الذي يعد منقولاً بحسب المال اذا اتجهت الارادة الى فصله عن الأرض وتحويله الى منقول ، وكان من المحقق وقوع هذا الفصل في وقت قريب . الا أن الأمر هنا مختلف ، لأن المشرع لم يضع قاعدة عامة مقتضاها أن يصبح مثل هذا العقار منقولاً في كل أحكامه ، وإنما اقتصر على إخضاعه لأحكام المنقول في بعض النصوص الخاصة ، كالمادة ٤٩٩ مرافعات ، والمادة ١/١١٤٢ و ١/١١٤٣ مدني .

ولكن الفقه هو الذي يحاول أن يستخلص نظرية للمنقول بحسب المال تقابل النظرية العامة للعقار بالتخصيص ، ويستحث القضاء على التوسع في تطبيقها حتى خارج النصوص التشريعية . أنظر في ذلك على وجه الخصوص : الدكتور حسن كيريه « أصول القانون » ١٩٥٩-١٩٦٠ بند ٣٨٤ ص ١٠٢٦ ؛ والدكتور اسماعيل غانم « محاضرات في النظرية العامة للحق » ١٩٥٨ ص ٩٥ ؛ والدكتور عبد المنعم البدر اوى المرجع السابق ص ٣٥٥ وما بعدها .

هذا بينما لا يرى الدكتور محمد على عرفه في المنقول بحسب المال نظرية عامة (المرجع السابق بند ٩٤ ص ١١٣) : « لأن اعتبارها كذلك (أي اعتبار العقارات منقولات بحسب المال) رهن بظروف خاصة . ولما كان كل تقسيم علمي يجب أن يبني على قواعد عامة لا على ظروف خاصة ، فانا لن نتعرض هنا الا لنوعى المنقولات السالفين (أي الطبيعية والمعنوية) لما لهما من صفة العموم ... » .

عقاراً بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٢/٨٢ ، وإنما يهمننا أن ننوه ، على أساس هذه الشروط ، بدقة الخيط الواهي الذي يفصل بين المنقول الذي يظل منقولاً وبين المنقول الذي يعتبر عقاراً ، ولا سيما فيما يتعلق بشرط ضرورة التخصيص لخدمة العقار ، لخدمة مالك هذا العقار . لأنه يصعب على التصور فصل الأمرين ، إذ أن العقار والمنقول كلاهما يخدمان المالك . وكتابات فقهاء القانون المدني زاخرة بالأمثلة السائرة التي يمكن أن نستمتع بجانبها الفكاهة إذا استطعنا أن نتجرد من سيطرة فكرة العقار بالتخصيص على أذهاننا . من ذلك مثلاً أن الأثاث الذي يضعه المالك في منزله يعتبر منقولاً إذا استعمله بنفسه ، ولكنه يعد عقاراً إذا قام المالك بتأجير المنزل لشخص آخر . والدابة منقول إذا ركبها صاحبها ، فإذا حرث بها أرضه فهي عقار . والسيارة التي تنقل صاحبها منقول ، فإذا نقلت منتجات مصنعة فهي عقار . فإذا استخدمت الدابة أو السيارة لخدمة المالك ولخدمة العقار في نفس الوقت ، تغلبت على الدابة أو السيارة صفة العقار بالتخصيص . ولا يشترط لاكتساب صفة العقار بالتخصيص زمناً معيناً ، فالدابة أو السيارة تعود منقولاً أو ترجع عقاراً وفقاً لما يريده صاحبها وصاحب العقار (١) . ولا نريد أن نستورد لأمثلة أخرى تختلط فيها خدمة العقار لخدمة المالك ، إذ أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن فكرة العقار بالتخصيص افتراض قانوني نحت لا يستند إلى الأساس الطبيعي . والأمر واضح لإخفاء فيه . بل إن اكتساب صفة العقار بالتخصيص – على خلاف الطبيعة – لا يمكن أن يستتبع تطبيق كل أحكام العقار ، لأن منها ما لا يجوز أن تمتد إليه حيل المحاز ، فلا يمكن بداهة أن نتصور أن تقع جريمة السرقة على العقار بالتخصيص فيقال بأن ركناً من أركان الجريمة لم يتوافر لأن السرقة لم تقع على منقول . ولذا فإن آثار هذه الصفة المفتعلة تقتصر على معاملة المنقول معاملة العقار حماية له

(١) ويجدر بنا ملاحظة أن اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ليس من النظام العام ، بمعنى أنه يجوز للمالك أن ينزل عن هذه الحماية ما دام هذا النزول لا يضر بالغير – الدكتور عبد المنعم البدرأوى – المرجع السابق ص ٣٥٣ ؛ والدكتور شفيق شحاته – المرجع السابق بند ٥١

وتأكيداً للتخصيص ، ” فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي رصد على خدمته واستغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص “ (١).

والمبررات التي يذكرها الفقهاء لتبرير نظرية العقار بالتخصيص ترتكز بصفة عامة على فكرة التبعية . فهم يعتبرون هذه النظرية ضرورية لكفالة استمرار قيام المنقول على خدمة العقار الطبيعي واستغلاله . بل إن بعض الفقهاء ذهب الى حد القول بأن نظرية العقار بالتخصيص ليست سوى تطبيق خاص لفكرة التبعية (٢) .

ولاشك أن أساس التبعية في حد ذاته سليم لاغبار عليه في سائر تطبيقاتها . وتطبيقها بين الأشياء على وجه الخصوص يخرج لنا فكرة « الملحقات » التي نعرفها بالنسبة للشيء المتصرف فيه بالبيع أو بالإيجار أو بغيره ؛ تلك الفكرة التي تقتضي أن ينصب التصرف على الشيء وملحقاته معاً ما لم يتفق على غير ذلك ، وأن يشمل الالتزام بتسليم الشيء ، الالتزام بتسليم ملحقاته أيضاً ، ما لم يتفق على غير ذلك . وفكرة الملحقات تستند في أحكامها الى الاتجاه الطبيعي لنية الطرفين ومقاصدهما في الوضع العادي للأمر .

فهل يمكن أن نعتبر نظرية العقار بالتخصيص تطبيقاً للتبعية بين الأشياء ، مماثلاً لفكرة الملحقات ؟

(١) الدكتور حسن كيره « أصول القانون » - ١٩٥٩-١٩٦٠ بند ٣٨١ ص ١٠٢٤

(٢) الدكتور شفيق شحاته ، مؤلفه السابق الاشارة اليه ، بند ٥٢ ص ٧٢ . هذا ويتقد الدكتور حسن كيره فكرة التبعية كأساس لنظرية العقارات بالتخصيص (مؤلفه في الحقوق العينية الأصلية ج ١ « حق الملكية » ١٩٥٨ بند ٢٦ ص ٧٧) لأن فكرة التبعية في نظره « لا تجد مجالاً لاعمالها حيث يكون العقار هو الفرع والمنقول هو الأصل . لذلك لا يعتبر العقار منقولاً بالتبعية للمحل التجاري الذي يشغله . فيكون غير منطبق اذا رفض اعمال فكرة التبعية في هذا الفرض وقبوله في الفرض العكسي ، حيث يكون العقار هو الأصل والمنقول هو الفرع .»
وبدیهی أن هذا النقل لا ينصرف الى فكرة التبعية وحدها ، وإنما ينصرف الى أي أساس آخر يمكن أن تستند اليه نظرية العقار بالتخصيص ، بما في ذلك بطبيعة الحال ، الأساس الذي استند اليه الدكتور حسن كيره نفسه - تبريرها .

الواقع أنه من اليسير أن نتبين بجلاء أن نطاق نظرية العقار بالتخصيص أوسع وأكثر شمولاً من نطاق فكرة الملحقات ، وأنها تخرج بيقين عن الحدود الطبيعية لأساس التبعية الضرورية بين الأشياء ، وذلك سواء بالنسبة لقوة الرابطة التي يجب أن تربط الشيء التابع بالشيء الأصيل ، أو بالنسبة للآثار التي تترتب على ثبوت رابطة التبعية بين الشئين .

ففيما يتعلق برابطة التبعية ، نجد أنها ، فيما يتعلق بالملحقات ، رابطة لزوم دائم وضرورة تفرضها طبيعة الأشياء . ويتضح ذلك من المادة ٤٣٢ مدني التي تعتبر من ملحقات الشيء المبيع " كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " . فليس يكفي إذن لاعتبار الشيء من الملحقات أن يكون قد هياه صاحبه لاستغلال الشيء الأصيل أو استعماله لوقت ما طال أو قصر ، وإنما يجب أن تفرض هذا الاستعمال طبيعة الشيء الأصيل نفسه ، وأن تفرضه فرضاً دائماً (١) .

وشتان بين هذه الرابطة المحكمة ، وبين تلك التي تكفي لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ، فتلك الرابطة الأخيرة واهية ، لا تتركز على ضرورة طبيعية ولا على لزوم دائم ، وإنما على تحض إرادة الانسان الذي يضع هذا في خدمة ذلك لأي وقت يشاء ، ولأي نوع من أنواع الاستغلال يترأى له أيا كان . بل يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص ولولم يكن لازماً للاستغلال ،

(١) كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يورد في المادة ٥٧٢/٢ منه (وهي المقابلة للمادة ٤٣٢ مدني) أمثلة على ما يعتبر من قبيل الملحقات ، يتضح منها قوة رابطة التبعية التي يجب أن تصل بينها وبين الشيء الأصيل . ولكن عندما تليت هذه المادة في لجنة المراجعة ، اقترح (معالي السهوري باشا) حذف الأمثلة « لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها » . ومع ذلك ، فإنه يستوقفنا المثال الأول للملحقات في هذه المادة : « ١ - بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف » . فن هذا المثال يتضح التباعد بين فكرتي الملحقات والعقارات بالتخصيص . فالملحقات التي يذكرها هذا المثال هي غير شك عقارات طبيعية وفقاً لنص المادة ٨٢ مدني . ويخرج عن فكرة الملحقات كل منقول يمكن فصله بدون تلف . وهذه المنقولات هي الاطار الخارجي الذي قد يتضمن العقارات بالتخصيص فيما يتضمنه . فكأن الملحقات تنتهي بيقين قبل أن تبدأ العقارات بالتخصيص . (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٤ ص ٥٤) .

وإنما لأنه ألحق ، كما تقول المادة ٨٢ / ٢ وكما يقول الفقهاء ، « بخدمة العقار » ، كالتأثيل التي توضع في العقار لتجمله (١) . ومجرد مقارنة صياغة المادتين ٨٢ / ٢ و ٤٣٢ مدني ظاهرة الدلالة على مدى اختلاف الرابطتين هنا وهناك في القوة والاحكام ، ومن ثم فنحن لانعتقد أن خروج نظرية العقار بالتخصيص عن حدود التبعية بين الأشياء يمكن أن يكون محل شك أو خلاف .

على أن خروجها فيما يتعلق بالآثار ، خروج أشد وأظهر . ذلك أن آثار ثبوت رابطة التبعية بين الملحقات والشيء الأصيل آثار محدودة النطاق ، تتصل كلها بتفسير مايعبر به المتعاملون عن ارادتهم عند التعامل في الأشياء . وهو تفسير يستهدى بما جرى عليه العرف بين الناس ، ويتمشى مع منطق الأمور وطبيعة الأشياء . اذ من البديهي أنني ، حين أقول « سفينة » ، إنما أقصد أن ينصرف التعبير الى السفينة والى ما يلحق بها من سلاسل وأهلاب ورافعات وقوارب نجاة ، وأنتى حينما اشترى « منزلا » فأننى أقصد أن أشتريه بأبوابه ونوافذه ومزاليجه وميازيبه ؛ فلا أحتاج إذن في هذا وذاك الى إيضاح تغنيى عنه طبيعة الأشياء .

أما الآثار التي ترتب على ثبوت صفة العقار بالتخصيص لمنقول معين ، فهي أعم وأعمق من مجرد تفسير يرد على التعبير عن الارادة . وأغلب هذه الآثار لا صلة له بالبدهاة ولا بالمنطق . بل إن بعض هذه الآثار يتعارض

(١) الدكتور شفيق شحاته - المرجع السابق بند ٤٩ ص ٦٧ ، ويضيف الدكتور حسن كيره (أصول القانون - بند ٣٨١ ص ١٠٢٢) ... « وما يوجد في المحال التجارية من رفوف وخزائن ومقاعد وما يتبعها من عربات نقل البضائع » . الا أنه يلاحظ أن هذه المنقولات المادية - كما سبق أن ذكرنا - تمد عناصر داخلية في المجموع العام الذي يتكون منه المحل التجارى كمنقول معنوى . ومن ثم فان ما يقوله الدكتور كيره لا يستقيم الا على أحد وضعين : الأول هو أن تنفصل هذه العناصر عن المحل التجارى خصيصاً لكي تتحد في المصير والحكم مع العقار الذى يوجد به المحل . والثانى أن يعتبر المحل التجارى ذاته بكل ما يشمله من عناصر مادية ومعنوية عقاراً بالتخصيص ، باعتبار أن الهدف من استغلال المحل التجارى هو مجرد خدمة العقار الذى يقع فيه . وواضح أن كلا الوضعين لا يمكن أن يكون مقبولاً بحال .

ترتيبه مع طبيعة الأشياء . ولنبدأ بالتسمية ذاتها ؛ فقد رفع المشرع من ذكر هذا المنقول الخادم الى مستوى التقسيم ذاته ، فسماه « عقارا » وذكره في الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى التى تضع فقرتها الأولى المعيار العام لأساس التقسيم المادى وجوهر التفرقة كلها . ولا يجوز أن يقال فى هذا الصدد ، أن التسمية فى حد ذاتها ليست ذات خطر ، وأن وضع « العقار بالتخصيص » فى واجهة التقسيم هو مجرد شكل . ففى نظرنا أن فى هذه التسمية وهذا الشكل كل الخطورة ؛ لأن الأمر قد تعدى بهما مجرد تطبيق فكرة التبعية فى منطقتها المفهوم ، الى تشويه الأساس الطبيعى للتقسيم ، وإدخال الحيلة والمجاز فى جوهره الداخلى . فقد انقسم العقار بهذا الشكل الى نوعين ، عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، بحيث لم تعد تستقيم دراسة العقار الا بالغوص فى تفصيلات طويلة عن المنقول الخادم وعن شروط اكتسابه صفة العقار . ثم إنه لاجدال فى أن هذه التسمية وهذا الشكل قد انعكسا بفاعلية كبيرة على تصور الفقه والقضاء ، فيما يتعلق ببقية أحكام العقار بالتخصيص . إذ أتجه هذا التصور الى التعميم والشمول لا إلى الحصر والتحديد . فأصبح من المتفق عليه أن كل أحكام العقار بطبيعته يجب أن تنطبق على العقار بالتخصيص ، فى نظرية عامة شاملة ، لا يكاد يخرج منها الا الاستثناءات التى يقرها نص تشريعى صريح ، أو التى يعجز المجاز والافتراض عجزاً كاملاً عن ادخالها فى نطاق النظرية . بل لقد ذهب البعض الى حد القول بأن هذه العقارات بالتخصيص ، رغم طبيعتها المنقولة ، تخرج عن قاعدة « الحيازة سند الملكية » حتى بعد تمام انفصالها عن العقار الطبيعى ، وذلك بالنسبة الى الحائز الأول لها ، لأنه كان يجب عليه أن يتحقق من ملكية البائع للعقار ، قبل أن يشتري منه المنقول (١) .

ونخلص من كل ذلك الى أن نظرية العقار بالتخصيص ليست تطبيقاً خاصاً لفكرة التبعية ، ولا يمكن أن تستند الى ما تستند اليه فكرة التبعية من أساس أو مبررات . وإنما هى مجرد مجاز وافتراض يتناقض تناقضاً مباشراً مع الأساس الطبيعى للتقسيم .

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، فى رسالته السابق الاشارة اليها ص ٣١٧

ولا يدخل في أهداف بحثنا هذا أن نتناول بالتفصيل ، المبررات التي يمكن أن يستند إليها هذا المحجاز بعيدا عن فكرة التبعية ، أو أن نرد على ما قيل من أنه تتحقق به "وحدة لازمة بينهما في المصير والحكم ، استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص" . الا أنه يحق لنا أن نسأل هؤلاء الفقهاء عن وجه « اللزوم » في الوحدة « اللازمة » في المصير والحكم بين شيئين ، لمجرد تخصيصهما لهدف واحد ، ثم عن رأيهم في « المنقول بالتخصيص » أسوة « بالعقار بالتخصيص » ، واستناداً الى ذات الأساس الذي قدموه بكل هذه الثقة ؟ (١)

لماذا لا ينادون بأن يأخذ العقار الطبيعي حكم المنقول ، واذا رصده صاحبه لخدمة هذا المنقول أو استغلاله حتى تتم لهما الوحدة « اللازمة » في المصير والحكم ؟ ولا يمكن أن تعوزنا الأمثلة في هذا الصدد . بل هي أمثلة أقل ما يقال فيها أنها أكثر جدية من نماذج « العقارات بالتخصيص » التي عرضنا لها من قبل . فهذه شركة للنقل بالسيارات تشتري قطعة أرض لتقيم عليها ورشة لاصلاح وصيانة هذه السيارات ، أو محطة للبنزين ، أو حظيرة ... وهذا محل تجارى كبير يقيمه صاحبه في بناء خاص به على أرض يملكها (٢) ، وهذا صاحب سفينة أو عدة سفن يشتري أرضاً ساحلية

(١) من الطريف أن نتبين أن فكرة المقارات بالتخصيص ليس لها وجود على الاطلاق في القانون الألماني والسويسرى والايطالى ، على الرغم من أن بعض هذه القوانين يعرف تجزئة الذمة ، اذ يضع فكرة « ذمة التخصيص » في مكان الصدارة بين الأسس التي يستند إليها .

(٢) كثيراً ما نجد في كتابات فقهاء القانون المدنى والتجارى ما يدل ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، على أنهم يعتبرون المحل التجارى عقاراً بالتخصيص اذا كان ملوكاً لصاحب العقار الذى يجرى استغلاله فيه . ومع ذلك فانه يبدو واضحاً أن الأمر على العكس في أغلب الأحوال ، اذ يكون المحل التجارى هو الأصل ، والعقار هو التابع الذى يرصده صاحبه لخدمة الاستغلال التجارى . وحتى اذا افترضنا ان كان المحل التجارى يحتل جزءاً ضئيلاً من العقار الضخم الذى يؤجره صاحبه لغيره من الناس ، فانه لا توجد بين العقار وبين المحل التجارى علاقة تخصيص . وأول ما يجوز أن يقال في هذه الحالة هو أننا بازاء مابين مستقلين تماماً ، اذ من المؤكد أن للمحل التجارى هدفاً مستقلاً ، وأنه ليس مرصوداً لخدمة العقار أو استغلاله .

ليجعلها مرساة لسفينته أو لسفنه . ولو أننا توسعنا في فكرة « وحدة المصير والحكم » على هذا النحو لأمكن اعتبار سائر العقارات التي توجد بها مراكز ادارة وفروع شركات المساهمة التجارية بأنواعها ، ومؤسسات البنوك والتأمين من قبيل المنقولات بالتخصيص .. أى مصير مظلم ينتظر « الأساس الطبيعي » للتقسيم اذا نحن اتبعنا منطق الوحدة اللازمة في المصير والحكم ، فأضفنا المنقولات بالتخصيص الى العقارات بالتخصيص وأصبح الأمر كله فوضى بينها وبين العقارات والمنقولات الطبيعية ؟ (١) .

٣٣- على أن أمر الحقوق العقارية والمنقولات المعنية من جهة . والعقارات بالتخصيص والمنقولات حسب المآل من جهة أخرى ، أمر ليس فيه خفاء . فالخروج فيه على الأساس الطبيعي للتقسيم ، واستناده الى المحاز والافتراض ، كل ذلك ليس محل شبهة لا في الفقه ولا في القضاء ، بل ولا يتصور أن يكون محل شبهة (٢) .

(١) يعرض الأستاذ فرانسوا تيرى في رسالته السابق الاشارة اليها (بند ٦٧ ص ٦٩) أمثلة من القضاء الفرنسى يعترف فيها صراحة بإمكان أن يضمن مالك العقار عليه صفة المنقول اذا خصصه لخدمة المنقول . من ذلك قول محكمة مونبلييه (حكم ٢٩ نوفمبر ١٨٩٧ ، منشور مع حكم نقض ١٥ مايو ١٨٩٩ في دالوز الدورى ١٨٩٩-١-٣٥٣) :

«Les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties lorsque'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière».

وقول محكمة النقض الفرنسية (عرائض ١٤ فبراير ١٨٩٩ سبرى ١٩٠٠-١-٣٩٨) :

«Le caractère mobilier au immobilier des biens se détermine avant tout par le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes et par la destination qu'elles leur ont attribuée».

والفقه الفرنسى ينتقد هذا القضاء ويعتبره مبالغاً في تعبيراته ، وهى أمثلة قليلة على أى حال . ومع ذلك ، فانها تستعمل نفس منطق فكرة العقارات بالتخصيص التي لا يعترض عليها أحد !

(٢) على أن هذا الافتراض يكاد يهدر قيمة الأساس الطبيعي الذى تجمع كتابات الفقهاء على القول بأنه الأساس الوحيد للتقسيم . ذلك أن هذا الافتراض لا يبدو ثانوياً ، فهو يقع في صدر التقسيم نفسه ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٢ ذاتها التي تتكلم عن « العقارات بالتخصيص » ثم في المادة ٨٣ التي تقسم الحقوق والدعاوى الى عقار ومنقول . وغريب أن تمر المادة ٨٢ مدنى مر الكرام ، رغم ما بين فقرتها الأولى والثانية من هوة واسعة . فهى في فقرتها الأولى تضع الأساس الطبيعي في تعريف العقار والمنقول ، ثم تسرع فقرتها الثانية الى هدمه بلا توان .

أما الأمر الذى يثير فى نفوسنا شبهات عديدة لا نجد لها صدق فى سائر ما أمكننا الاطلاع عليه من كتابات الفقهاء ، فهو أمر الأساس الطبيعى ذاته كما حددته المادة ١ / ٨٢ مدنى ، سواء فى التطبيق ، أو فى التقدير .

المادة ١/٨٢ تعرف العقار بأنه ” كل شىء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف “ . ومع ذلك فان كتب الفقه حافلة بذكر أنواع من العقارات نرى أنه يمكن نقلها على وجه اليقين دون أدنى تلف ، بل وفى سهولة لاشك فيها . والفقهاء ، حين يسبغون عليها صفة العقار ، لا يقولون أنها عقارات بالتخصيص ، وهو ما كان يمكن فهمه على ضوء المادة ٢ / ٨٢ ، بل يؤكدون أنها عقارات طبيعية ، تستند مباشرة الى الأساس الطبيعى الوارد فى المادة ١ / ٨٢ . من ذلك مثلا قولهم أن الأبواب والشبابيك والمصاعد والميازيب وأنايب المياه والغاز والكهرباء من الأشياء الثابتة بطبيعتها (١) ، وأن النباتات تعد عقارات طبيعية مهما صغر شأنها ومهما كانت قيمتها ، وحتى ولو كانت قد زرعت مؤقتا ، كما فى المشاتل حيث تزرع النباتات ثم تنقل منها الى أرض من يشتريها (٢) ولا نملك ازاء هذا التأكيد الا أن نتساءل على غرار بيدبا الفيلسوف « وكيف كان ذلك ؟ » لسنا فى حاجة الى تخصص فى فن التجارة لكي ندرك مدى السهولة التى ينفصل بها الباب أو النافذة عن البناء بدون تلف أو حتى شبهة فى تلف . فنحن نعلم — فى غير زهو — أن الأبواب والنوافذ لاتتصل بالبناء الا عن طريق « مفاصل » تدور حولها هذه الأبواب والنوافذ فى حركتها بين الفتح والاعلاق ، وينخلع عنها جسم الباب أو النافذة اذ ارفعنا هذا الجسم قليلا الى أعلى . وليس إلا أن

(١) أنظر على سبيل المثال : كولان وكايتان ودى لامورانديير ج ١ - ١٩٥٧ بند ٦٤٨ ؛ والدكتور شفيق شحاته - المرجع السابق بند ٤٤ ص ٥٨ ؛ والدكتور حسن كيره « فى حق الملكية » ١٩٥٨ بند ٢٥ ص ٧٥ ؛ والدكتور توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية - نظريه الحق » ١٩٦٠ ص ٢٩٧ ؛ والدكتور محمد على عرفه « حق الملكية » ج ١ ١٩٥٤ بند ٤٧ ص ٧٤ ؛ والدكتور عبد المنعم البدر اوى « المدخل للقانون الخاص » ١٩٥٧ بند ٢٤٦ ص ٣٤١

(٢) على الأخص الدكتور شفيق شحاته - المرجع السابق بند ٤٤ ص ٥٧

تشحذ هذه « المفاصل » بقليل من الزيت ، حتى تضمن للباب أو النافذة خروجاً يقينياً عن نطاق تعريف المادة ٨٢ / ١ للعقار . أما النباتات ، فهي تنقل بالفعل بغير تلف . ولا تقتصر هذه الصفة على نباتات المشاتل الصغيرة بل ان غالبية الأشجار ، حتى الضخم منها ، لا تموت اذا اقتلعت عن الأرض لفترة معينة بحيث يمكن غرسها في مكان آخر بدون تلف أو حتى شبهة في تلف . كيف يمكن أن يقال إذن أنها عقارات وفقاً لتعريف المادة ٨٢ / ١ ؟ .

ومن حسن الطالع أن الفقهاء يتحفظون فيقررون أن هذه النباتات والأبواب والشبابيك والنوافذ والميازيب تظل كلها عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض أو بالبناء ، فاذا انفصلت عن أصلها اعتبرت منقولات . هذا التحفظ ضروري الى أبعد حد . لولاه لأمكن أن نرى في الطريق نجاراً أو مزارعاً يحمل تحت إبطه أو بين كفيه عقاراً بالطبيعة فلا ينوء بما يحمل . صحيح أن تلك صورة ليس فيها ما يسترعى انتباه الرجل العادي ، إلا أنها ولا شك تكون مذهلة بالنسبة لواحد من دعاة الأساس الطبيعي للتقسيم الذي نحن بصددده . ولكن هذا التحفظ الضروري الذي يلجأ اليه الفقه يحمل في ثناياه معولاً آخر يشترك في هدم الأساس الطبيعي كما حددته المادة ٨٢ / ١ بقولها « ولا يمكن نقله منه دون تلف » . إذ أن تلك التطبيقات من ناحية ، وهذا التحفظ من ناحية أخرى ، يشتركان في بناء معيار جديد للتقسيم يعتمد على الاتصال الفعلي بالأرض والبناء ، أو الانفصال الفعلي عنهما ، بغض النظر عن امكان النقل بتلف أو بغير تلف . فرق هائل بين منطلق هذا التحفظ وبين ما قصدت اليه المادة ٨٢ / ١ في تعريف العقار . ولو أننا تمسكنا مع هذا المنطق الجديد لما أمكن أن تستقر لأي شيء من الأشياء صفة عقار أو منقول ، فأى منقول يتصل بالأرض يصبح عقاراً ، وينفصل عنها فيعود منقولاً . ولن يقتصر الأمر على الأبواب والشبابيك وغيرها ، بل يمتد بداهة الى سائر ما يرتكز على الأرض بفعل قانون الجاذبية الأرضية . ولن نجد في هذا المعيار الجديد من منقول ، اللهم الا الطائرات والصواريخ وما يمكن أن يطلقه ائعلماء من سفن الفضاء . وحتى هذه سوف تتحول الى عقارات بمجرد أن تتركز على أرض المطار .

٣٤- هذا شيء ، والشئ الآخر أن فكرة عدم امكان النقل بدون تلف كعيار للتقسيم ، لا تجد في الفقه الاحتفال الجدير بها كفيصل بين نوعين كبيرين من الأموال بينهما كل هذه الفوارق القانونية . لا أحد يعتقد أنها في حاجة الى شرح أو ايضاح . ربما لأن الرجوع الى المعيار لمعرفة ما اذا كان المال منقولاً أو عقاراً رجوع نادر ، والحاجة اليه قليلة . هنا ندخل منطقة من مناطق الحقائق المسلم بها بغير نقاش ، ونكاد نقول بغير تفكير . من الذي يحتاج الى الرجوع الى المادة ٨٢ / ١ لكى يقرر - ويبين - أن هذا المال منقول وذاك عقار ؟ مسألة مقضى فيها منذ قرون طويلة ومستقرة في نفوس الأجيال المتعاقبة من رجال الفقه ؛ ومن ثم فان معيار « عدم امكان النقل بدون تلف » يبدو في أنظارهم واضحاً لأنه لا يثير أى إشكال . وهو في الواقع لا يثير أى إشكال لأنه عاطل لا يعمل ، أو هو ، أن شئنا الدقة ، يفصل بين نوعين من الأموال مفصول بينها بالفعل من قبل .

فلنجرب الآن أن ندفع بهذا المعيار الحامل الى العمل ، فنلقى عليه بالعبء الذى كان يجب عليه أن يحمله ، ولنرى مدى ما هو عليه من وضوح .

إنه يستند الى فكرتين ، كل منهما تضارع الأخرى في الشك والتقلق : فكرة الاستحالة ، وفكره التلف .

العقار لا يمكن نقله بدون تلف ، أى استحيل نقله إلا بتلف . مامدى هذه الاستحالة ؟ ان الذهن ينصرف ، عند ذكر الاستحالة ، الى المادة ١٣٢مدنى التى تعرض لمحل الالتزام فتتص على أنه ” اذا كان محل الالتزام مستحيلًا فى ذاته كان العقد باطلاً “ والى المادة ٢٦٥ مدنى التى تعرض للشرط كأمر مستقبل غير محقق الوقوع ، بحيث ينتفى اذا كان أمراً مستحيل الوقوع . فى هذين الموضوعين حظيت فكرة الاستحالة بشئ من الدراسة وبعض التفصيل ، نعرف منهما أنها ليست فكرة واحدة ، وأن بعض أنواعها يتعين اخراجه من حسابنا بيقين عند الكلام عن استحالة النقل بدون تلف . فالاستحالة النسبية ، وهى لا تكفى لبطلان العقد طالما أن هناك من يستطيع

القيام بالالتزام بغض النظر عن عجز المدين نفسه ، ولا تعيب الشرط حين تقترن به ؛ لا تصلح ، من باب أولى ، لأن تكسب المال صفة العقار ، وهي صفة لا ينظر إليها من زاوية شخص معين ، وإنما تركز على طبيعة المال ذاته . كذلك يجب استبعاد الاستحالة القانونية ، لأن المعيار يستند الى الطبيعة فلا يكفي لاعتبار المال عقاراً أن يصدر قانون يحرم نقله مهما كان الجزاء صارماً . وتبقى الاستحالة المطلقة الذاتية ، وهي استحالة الالتزام في ذاته ، أى بالنسبة الى جميع الناس ، وبالنسبة للوسائل المعروفة للانسان حتى اليوم (١) . هذه الاستحالة نسميها مطلقة لأنها أوسع أنواع الاستحالة شمولاً ، ولكنها بالضرورة أيضاً استحالة نسبية ، وهي بالضرورة متطورة ، على الأخص فيما يتعلق بالزمان ، لاستمرار تقدم امكانيات الانسان ووسائله . ومن ثم فإن ربط معيار الثبات والحركة ، باستحالة النقل ، يجعل معيار الثبات في حد ذاته غير ثابت . يجب إذن أن تتطور صفة العقار والمنقول على وجه يتماشى خطوة خطوة مع تقدم الانسان بوسائله يغزو بها منطقة المستحيل . فعقار الأمس سيكون ولا شك منقول الغد . ولا ننسى هنا أن الاستحالة المطلقة تنتفى ، وبالتالي تنهار صفة العقار ، بمجرد أن يكون النقل ممكناً ولو بتكاليف باهظة وامكانيات ضخمة ، ولو بالنسبة لنفر محدود من الفنين المتخصصين . وليس ثمة مثال أفضل في هذا المجال من المثال الواقعي القريب الذي نعيش فيه هذه الأيام : معبد أبى سنبل . فقد تعددت المشروعات الهندسية تهدف الى انقاذه من الغرق عند تمام بناء السد العالى . أرجحها - ويقال أيضاً أقلها تكلفة - ذلك المشروع الذى عرضته بعض شركات الانشاءات الهندسية الايطالية ، بنقل المعبد بأسره وبالأرض من تحته الى قمة جبل قريب . لا جدال في أن هذه الشركات قد درست مشروعها في جدية ، وتيقنت

(١) الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط ج ١ « مصادر الالتزام » ١٩٥٢ بند ٢١٩ ص ٣٨٤ وهامش ؛ وج ٢ « الاثبات - آثار الالتزام » ١٩٥٦ بند ١١ ص ١٦ ؛ والدكتور أنور سلطان ج ١ « مصادر الالتزام » ١٩٦٢ بند ١٧٤ ص ٢١٦ ؛ ج ٢ « أحكام الالتزام » ١٩٥٧ بند ٢٣٦ ص ٢٤١

من أن وسائلها الفنية كفيّلة بأن تمكّنها من نقل العقار الأثرى الخالد بدون تلف . ومن المؤكّد أنه إذا تمّ الاتفاق على تنفيذ هذا المشروع الضخم فلن نجد القاضى الذى يحكم ببطّان التزم هذه الشركة الهندسية زاعماً أن محلّ التزمها مستحيل . وإذا كان الأمر كذلك فإننا نستطيع أن نؤكّد منذ الآن أن معبد أبى سنبل منقول وفقاً لمعيار المادة ١ / ٨٢ ، مادام نقله بدون تلف قد خرج من نطاق الاستحالة المطلقة . وإذا قلنا ذلك بالنسبة للمعبد فلا شىء يمنع أن نقوله بالنسبة لكلّ بناء ، مهما انغرست أساساته فى أعماق الأرض وارتفعت هامته فى الفضاء ، وذلك على الأقلّ قبل أن يجرى تعديل تشريعى يوضح معنى الاستحالة فى المادة ١ / ٨٢ وحدودها ومداهها . وهو ما يذكّرنا هنا بأن فكرة الاستحالة التى يستند إليها المعيار محفوفة بالظنون والاحتمالات ، غير محدودة المعالم ، لا نكاد نهتمّ جدياً بأعمالها كمعيار للتقسيم حتى تتجمع حولها سحبات كثيفة من الشكّ والغموض .

وفكرة « التلف » - وهى الشطر الثانى من معيار المادة ١ / ٨٢ - لا تنقل نغموضاً فى هذا الصدد عن فكرة الاستحالة ، فهى تثير عدداً لا بأس به من علامات الاستفهام . ما هو التلف المقصود؟ من المؤكّد أنه التلف المادى الذى يصيب جسم الشىء وليس مجرد نقص القيمة . ولكن التلف المادى مسألة واقع قبل كل شىء ، منها ما يرجع الى طبيعة الشىء نفسه ، أو الى ظرف خاص يعتبرى ذلك الشىء بوجه عرضى . وللتلف صور مختلفة ، منها ما تفسد به طبيعة الشىء ، ومنها ما ينقص من مقداره دون أن يفسده . أى نوع من أنواع التلف تقصده المادة ١ / ٨٢ ؟ ولا بأس ببعض الأمثلة : قطعة أثرية كانت منقولاً عادياً عندما صنعها صانعها منذ آلاف السنين ، ولكن مادتها أصبحت هشّة بفعل القدم بحيث يعرضها الانتقال للتلف المؤكّد . كشكّ من أكشاك الاستحمام - التى تعدّ أصلاً من المنقولات - أرضيته الخشبية مثبتة فى الأرض بحيث لا يمكن للكشكّ أن ينتقل الا اذا نقص منه هذا الجزء . هل هذه عقارات ؟

ومن ناحية أخرى ، أين هي فكرة التلف فيما يتعلق بنقل الاحجار من الحجر أو المعادن من المنجم؟ والحجر والمنجم كلاهما يعد عقارا ، أى أنه وفقا للمادة ٨٢ / ١ ، لا يمكن نقله الا بتلف . ولكن ، هاهى كل أحجار الحجر قد استخرجت ولم يبق الا جوف الارض الفارغ . الحجر ذاته لم يعد له وجود . ولكن الاحجار التى استخرجت منه موجودة وقيمتها مصنونه؛ فأين التلف؟ ومايقال عن الحجر يقال عن المنجم ، بل ويقال عن الارض بصفة عامة (١) . فالواقع أن كل ما تحتويه الأرض الجرداء على سطحها أو فى داخلها من أشياء قيمة أو نافهة يمكن أن يؤخذ منها وأن ينقل الى أى مكان آخر دون أن يكون هناك ثمة « تلف » بمعناه الحقيقى ، لا بالنسبة لهذه الأشياء ذاتها ، ولا بالنسبة للأرض التى أخذت منها ، ومن عجب أن الأرض ، وهى العقار النموذجى الاول ، ليست إلا مجموعة من المنقولات المتراكمة إلى ماشاء الله من أعماق ، يمكن استخراجها بيقين دون هذا التلف الذى تتكلم عنه المادة ٨٢ / ١ . ولا يبقى ثابتا من صفات الأرض إلا موقعها ، الا البقعة التى هى فيها ، إلا خطوط الطول والعرض الوهمية التى تحدد مكانها بين سائر البقاع الاخرى .

وإذا كان معيار المادة ٨٢ / ١ حين نحاول أعماله كعيار جدى للتقسيم ، يوصلنا بشطريه (الاستحالة والتلف) الى هذا الحد ، فليس ثمة شك فى أن من الخير أن نعيده مرة أخرى إلى حيث هو فى نظر سائر الفقهاء : معياراً

(١) يقرر بعض الفقهاء أن الاعتداد بالمعيار الطبيعى من شأنه أن يؤدى الى اعتبار الأرض هى العقار الوحيد دون سائر الأموال الأخرى : راجع لافاليت سيمون فى رسالته السابق الاشارة إليها ص ١١٧ ، كذلك يؤكد الأستاذ فريجايل أن الأرض هى العقار الوحيد وأن صفة العقار لا يكتسبها أى مال آخر الا لتبعيته للأرض ، وأن أثر الارادة فى العقار يمتد الى كل ما عدا الأرض من عقارات .

Fréjaville «Des meubles par anticipation» Paris 1926.

كذلك يقرر الأستاذ فرانسوا تيرى فى رسالته السابق الاشارة إليها (بند ٦٥ ص ٦٧) أن الارادة الفردية قادرة على تغيير صفة أى عقار الى منقول ، وذلك بفضله عن الأرض . ولكنها عاجزة عن ذلك بالنسبة للأرض ذاتها .

طبيعياً عاطلاً نزين به صدر التقسيم التقليدي القديم ، مهمته أن يكون مجرد واجهة تنسب إليها التفرقة بين أشياء عرفت منذ القدم بأنها عقارات ، وأخرى عرفت منذ القدم بأنها منقولات . واستقر لهما الأمر فلم يبق إلا الحصول على ترف المعيار الطبيعي العام .

٣٥- ثم ، على فرض صحة هذا التقسيم الطبيعي للأشياء في هذا العالم ، لماذا يتعين أن تكون له آثار قانونية لها كل هذه الأهمية وهذا الشمول ؟ نحن لا نزعم أنه ينبغي للقانون أن ينفصل عن الطبيعة ، إذ لا شك أنه منوط به أن ينظم استغلالها في خدمة المجتمع . وإنما ينبغي أن نرى الجسر المنطقي الذي يصل بين الظاهرة الطبيعية ، وبين آثارها القانونية ، رؤية واضحة . فوق هذا الجسر المنطقي وحده يكون تحديد الآثار القانونية ، وتفسيرها ، وتقديرها ، والقياس عليها أو الاستثناء منها ، وتطويرها كلما تطورت الظاهرة الطبيعية . ولو اننا استعرضنا سائر التقسيمات الأخرى للأموال ، لرأينا تلك الرابطة المنطقية بين الطبيعة وآثارها القانونية ناطقة في عنوان التقسيم ذاته في جلاء لا مزيد عليه . ولذا فلا أمل لأى من هذه التقسيمات في أن تتجاوز آثاره حدودها أو تتعدى نطاقها المرسوم . فإذا قسمت الأشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك ، اتضح وتحددت بيقين سائر الآثار القانونية لهذا التقسيم دون تجاوز أو طغيان . كذلك بالنسبة للأشياء المثلية والقيمية ، والأشياء العامة والخاصة ، والأشياء الداخلة في التعامل والخارجة عنه . أما التقسيم الى عقار ومنقول ، فان الجسر الذي يربط بينه وبين تلك الآثار المختلفة الكثيرة التي نجدها أينما أجهنا في فروع القانون ، هذا الجسر يكتنفه غموض شديد . وهو الغموض الذي كان سبباً في كل تلك الحيرة التي أحاطت بمركز المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، والمشاكل التي أثارها . وهو الذي سمح للتقسيم أن يغير أساسه في المراحل التاريخية المختلفة مع احتفاظه بذات التسمية ، وهو الذي جعله يمتد في غير حد وبغير رقيب ، مستمداً قوته الحاسمة من أنه تقسيم بديهي يستند الى أساس طبيعي لا شك فيه .

بيد أن من البديهي أيضاً أن الأساس الطبيعي وحده ، في حد ذاته ، ولجهد صحته وصدقه ، لا يكفي مبرراً لترتيب آثار قانونية . والا فان هناك

تقسيمات طبيعية أخرى للأشياء لا تقل عنه صحة وصدقا ، منها أن الأشياء غازية وسائلة وصلبة ؛ وأنها من حيث كثافتها تطفو أولا تطفو فوق سطح الماء ؛ وانها جماد أو نبات أو حيوان ؛ وأنها عناصر أو مركبات . وهي تقسيمات لا تحظى باهتمام القانون بصفة عامة ، فلماذا يختص دونها تقسيم العقار والمنقول بكل هذا الاهتمام ؟

لو توصل البحث الى تحديد الجسر المنطقي الذى يصل بين الأساس الطبيعى وبين الآثار القانونية للتقسيم إلى عقار ومنقول ، لأمكن تحديد هذه الآثار ذاتها ، ولأمكن تنقية التقسيم نفسه من الشوائب المترتبة على نقص الحلقة الجوهرية المفقودة بين الطبيعة والقانون . وقد رأينا كيف أنها شوائب تضيفى عليه أحيانا ، طابعا هزليا حادا .

ومن حسن الطالع أن ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، كان بمثابة دعوة عاجلة إلى البحث عن تلك الحلقة المفقودة . وسوف نرى فيما يلى ما يمكن أن يؤدي اليه هذا البحث من اعتبار ثبات العقار مجرد سطح خارجى مجرد وسيلة ، لغاية قانونية هامة هي التعيين الذاتى .

٢ - الأساس الاقتصادى للتقسيم :

٣٦- لن نحتاج فى نقد الأساس الاقتصادى للتقسيم إلى مثل الاسباب الذى لجأنا اليه عند نقد الأساس الطبيعى . لاداعى لتكرار ما يؤكده سائر الفقهاء من انهيار اعتبار القيمة الضخمة للعقار بالقياس الى حقارة المنقول ، وهو اعتبار رأينا أنه كان يرجع الى الظروف السياسية والاجتماعية فى عصور القرون الوسطى تحت ظل القانون الفرنسى القديم وغيره من النظم القانونية التى عاصرته . ظروف تغيرت كلها وإن كانت قد تركت شيئا من آثارها فى النفوس وفى بعض قواعد القانون . ثم إن أغلب التشريعات الحديثة ، ومن بينها التشريع المدنى المصرى عام ١٩٤٨ ، تحاول أن تتخلص من هذا الأساس الاقتصادى المنتقد عندما تضع معايير التقسيم الى العقار والمنقول وتستند الى الأساس الطبيعى وحده . وإن كان هذا لم يمنع من أن تنسرب بعض نتائج الاساس الاقتصادى الى أحكام العقارات والمنقولات .

كل ما نحتاج الى الاشارة اليه هنا هو مركز العقارات فى مصر بالذات ،
والتطور الخطير الذى مرت به بعد ثورة يوليو ١٩٥٢ ، والذى ستمر به
بعد تحقيق المشروعات الانتاجية التى بدىء فى تنفيذها ، وعلى الأخص ،
بعد تمام بناء السد العالى فى القريب إن شاء الله ؛ وأثر ذلك كله على نتائج
التقسيم .

ويجدر بنا ، قبل أن نبدأ هذا الكلام ، أن نورد ملاحظة هامة نخشى
أن تغيب عن الأذهان . وهى أن الاعتداد بالقيمة الاقتصادية الكبيرة
للعقار بالقياس الى المنقول ، لم يكن يقصد ، حتى فى ظل القانون الفرنسى
القديم حيث ساد الاقطاع ، إلا عقار واحدا بعينه دون غيره من العقارات .
هو الأرض ، وما يمكن أن يلحق بها من بناء . أما سائر الأموال الأخرى
التي تنسب الى العقارات ، كالنباتات المختلفة والأشجار وغيرها .. ، فليس
لها فى ذلك الأساس الاقتصادى أى اعتبار . وقد كانت الأرض ، وما يلحق
بها من بناء ، هى المقصودة وحدها عندما أنشئت نظم شهر الحقوق العينية
على العقارات ، سواء لنقل الملكية ، أو للاحتجاج بالحقوق العينية الأخرى
على الغير . ومن ثم فإن الأساس الاقتصادى - حتى فى عصره الذهبى -
لم يكن فى حقيقته أساسا للتقسيم فى عمومه ، وإنما كان لتقدير الارض بالذات
بالنسبة الى سائر ما عداها من الاموال .

٣٧- وللأرض فى مصر تاريخ بينه وبين تاريخها فى فرنسا بصفة
خاصة ، وأوروبا بصفة عامة ، تشابه فى الجوهر ، واختلاف فى المدى والنطاق
الزمنى .

ففى مصر ، كما فى فرنسا وأوروبا خلال عصور الاقطاع ، عرفت
الأرض عهدا تسيدت فيه قيمتها قيمة سائر الاموال الأخرى ، واستطاعت
أن تخلق من ملاكها الكبار طبقة اجتماعية فوق سائر الطبقات ، لا يزعم
أعضاؤها لانفسهم أى سبب للتفوق الاجتماعى عدا ملكية الأرض . وكان
الاجتماع كله يقر ويعترف بهذا التفوق الذى لا يستند لا الى علم أو كفاءة ؛

بل كان مالك الأرض يعد في نظر الناس أرقى اجتماعياً من غيره ولو كان هذا الأخير أشد منه ثراء . هذا التشابه في الجوهر مع نظام الأقطاع جعل الأساس الاقتصادي للتقسيم ، رغم وضوح أوجه النقد فيه ، يتسلل الى مصر في آثار كثيرة بمثل ماتسلل الى فرنسا بعد الثورة الفرنسية . ووجد هذا التسلل هنا نفس الصدى المرحب الذي وجده هناك .

أما الاختلاف ، فهو أولاً في المدى . وهو اختلاف يتضح في نظرنا لأول وهله . فمهما يكن من أمر طبقة الملاك في مصر ، فهي لم تصل في أى وقت ، الى قوة نبلاء الأقطاع الفرنسيين والأوربيين الذين كانوا يتوارثون الأرض بألقابها النبيلة ، ويحكمون على من فيها بما شاءوا ، ويطبّقون فيها قانونهم ، ويزعمون أنها قد أجرت في عروقهم دماً أزرق يختلف عن دماء سائر الناس . وما كان لملاك الأرض في مصر أن يزعموا نقاء العنصر الذي زعمه نبلاء الأقطاع ، ولو أنهم زعموه لما صدقهم أحد ، بل ولما صدقوا أنفسهم . ثم ان الاعتراف بقوتهم وطبقتهم في مصر لم يتعد نطاق الحياة الاجتماعية الى التنظيم السياسى والقانونى الذى ظل مؤسساً على مبدأ المساواة أمام القانون بين مراكز الأفراد ، ولا الى نظام الزواج والعائلة الذى أقامته الشريعة الاسلامية على أساس من انفصال الأموال بين الزوجين . وكانت قوتهم الاقتصادية مستمدة من الواقع الفعلى الذى نشأ من سوء توزيع الملكية الزراعية ، وكانت إذ ذاك عماد الدخل القومى كله (١) .

(١) كان سوء توزيع الملكية الزراعية قبل عام ١٩٥٢ صارخاً ، فقد كان ٦١ فرداً يملك كل منهم أكثر من ٢٠٠٠ فدان ، ومجموع ملكياتهم ٢٧٧,٢٥٨ فدان ، و٢٨ مالِكاً يملك كل منهم بين ١٥٠٠ فدان الى ٢٠٠٠ ، ومجموع ملكياتهم ٩٧,٤٥٤ فدان ، و٩٩ مالِكاً يملك كل منهم أكثر من ١٠٠٠ الى ١٥٠٠ فدان ، ومجموع ملكياتهم ١٢٢,٢١٦ فدان و٩٢ مالِكاً يملك كل منهم أكثر من ٨٠٠ الى ١٠٠٠ فدان ومجموع ملكياتهم ٨٦,٤٨٣ فدان . ومعنى ذلك أن ٢٨٠ فرداً فقط كانوا يملكون ٥٨٣,٤٠٠ فدان من الأرض الزراعية في مصر ! - راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاصلاح الزراعى ٩ سبتمبر ١٩٥٢ ، وكتاب « مقدمات ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ » للأستاذ عبد الرحمن الرافعى ص ١٦٨ وما بعدها .

هذا كله الى جانب أن مصر كانت الى وقت قريب بلداً زراعياً لا يعتمد على الانتاج الصناعى . وهو ما حدا بالذكور اسماعيل غانم (« محاضرات في النظرية العامة للحق » ١٩٥٨ ص ٨٦) الى القول بأن الأساس الاقتصادى للتقسيم لازال له قيمة كبيرة في مصر « التى لازالت ، بصفة رئيسية ، بلداً زراعياً » . ولكن لا شك أن هذا الوضع في سبيل التغيير السريع .

والاختلاف الثاني هو في النطاق الزمني ، فالاقطاع المصري - إن صححت التسمية - وقع في فترة زمنية أحدث بكثير من الاقطاع الأوربي . والثورة التي قضت عليه عام ١٩٥٢ أحدثت من الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ . لذلك لقي الاقطاع المصري صعوبات كثيرة مصدرها أنه عاش في زمن أكثر استنارة ، أفكار المساواة فيه أكثر ذيوعا ؛ فلم يلق مالمقيه الاقطاع الفرنسي من احترام عميق ، ولم يتغلغل الى الأعماق التي تغلغل ذلك اليها (١) . لم يصل احترام الأرض في مصر قط الى درجة التقديس . ومن ثم لم يصل الحرص على تملك الأرض الى درجة اللهفة والتضحية بالنفيس كما كان الأمر في ظل القانون الفرنسي القديم . هذا الى أن الاقطاع المصري المستند الى ملكية الأرض الزراعية قد عاش في زمن يعرف المنقولات الهائلة القيمة ، والمنتجات الصناعية الضخمة . ومن ثم فقد ظل الأساس الاقتصادي لاحترام الأرض واحتقار المنقول أساسا محليا سطحيا مؤقتا ، ينتظر التطور الذي يؤدي اليه ادخال الصناعة بمنقولاتها الهائلة ، ومنتجاتها الضخمة ، كمصدر هام للثروة الى جانب الزراعة التي لم تعد وحدها كافية .

٣٨- بدأ هذا التطور بالفعل منذ عام ١٩٥٢ بسرعة ، وبتوفيق كبير . وفي الحق أن مهمة ثورة ١٩٥٢ في تحطيم الاقطاع المحلي القائم ، كانت أسهل بكثير من مهمة الثورة الفرنسية . لذلك فقد حققت بنجاح ، في فترة قصيرة ، نتائج اجتماعية واقتصادية ونفسية ضخمة ، كان من بين مظاهرها أن زعزعت قيمة الأرض بالنسبة الى سائر الأموال الأخرى ، ولفتت الأنظار الى القيمة الكبيرة ، والدور الهائل الذي تقوم به بعض المنقولات المنتجة في الصناعة والخدمات .

(١) من الطريف أن نذكر أن كثيراً من الأسر الفرنسية المتوسطة مازالت حتى الآن تتمسك بأذيال النبالة . فهي تحاول أن ترفع شجرة العائلة الى أي حد كان يحمل لقباً نبيلاً أياً كان . وهم يكتبون هذه الألقاب في بطاقاتهم . ومنهم من يحرص حتى الآن على حيازة أطلال مهجورة يزعم أنه ورثها عن جده الدوق أو الكونت . ومن لم يستطع أن يصل الى هذا أو ذلك فانه يدرس كلمة De قبل اسم أسرته حتى يشيع فيها الإيحاء بأنها كانت من الأسر النبيلة . ومن الغريب أنه رغم ذبوع مبادئ المساواة والاخاء على الألسنة ، فإن المجتمع الفرنسي مازال مجتمعاً طبقياً يؤمن بالفوارق الاجتماعية .

والتطور الذى بدأ ، مازال يسير . وليس من الصعب التنبؤ بأنه سيؤدى فى مستقبل قريب الى تواضع القيمة الاقتصادية للأرض عما كانت عليه — بل وعما هى عليه الآن — بالنسبة الى سائر عناصر الانتاج الأخرى . هذا التنبؤ يستند فى الواقع الى علامات ثلاثة : الأولى : هى أن الاتجاه الاشتراكي من شأنه أن يؤدى الى الاقلال من أهمية الأرض ومن درجة الحرص عليها وبالتالي من قيمتها الاقتصادية . ولا يقتصر الأمر على مجرد وضع حد أقصى للملكية الزراعية أيا كان هذا الحد الأقصى . وانما هناك مؤثرات كثيرة أخرى ، حاسمة وان كانت غير مباشرة : منها مثلا أن الاشتراكية ، فى حمايتها المتزايدة ، وبشئى الوسائل ، للعامل الزراعى وللمستأجر الصغير ، ستنقص ولا شك من قيمة الأرض فى نظر المالك المستغل لها ، هذا الى أنه لاجدال فى أن القيمة الاجتماعية للملكية الأرض قد انهارت ، ولسنا نعتقد أن أحداً سوف يحرص ، بغض النظر عن الحد الأقصى القانونى ، على تملك مساحات كبيرة من الأرض بعد أن أصبح مثل هذا الحرص فى حد ذاته دليلاً على التطلعات الطبقيّة التى لا يستسيغها المجتمع الاشتراكي الجديد . ومن الناحية النفسية ، كان الاقبال على تملك الأرض مظهراً من مظاهر الخوف من المستقبل ، لما تمثله ملكية الأرض من استقرار فى القيمة ، وأمن من الضياع . ومن شأن الاشتراكية أن تحقق من أسباب الاطمئنان الى المستقبل ما ينقص من هذا الدافع النفسى الى حد كبير .

والعلامة الثانية هى الاهتمام بالانتاج الصناعى ، الذى يكاد يكون المنفذ الوحيد لمضاعفة الدخل . ذلك أن طاقة الانتاج الصناعى على التزايد أكبر بكثير من طاقة الانتاج الزراعى المحدودة بطبيعتها . ومن شأن هذا الاهتمام أن يؤدى الى كثرة « المقولات ذات الطبيعة الخاصة » . وهذه تبلغ قيمتها فى العادة درجة تبرر أن يحرص المشرع على أن يهيء لها وسائل التعيين الذاتية التى تمكنه من شهر الحقوق العينية عليها بغض النظر عن الحيازة ، كالسفن والمراكب والطائرات والسيارات والآلات الضخمة ، بحيث تصبح هى الأكثرية فى هذا الشأن على أقلية تتألف من عقارين اثنين هما الأرض والبناء.

كما أن من شأن تزايد الانتاج الصناعى أن تندفق البضائع . ورغم أن هذه البضائع بطبيعتها « منقولات عادية » ، بل هى مثليات متشابهة لا يميز بينها أى شىء ، الا أن قيمتها الضخمة قد تحفز المشرع الى أن يجد وسيلة للاستفادة من ائتمانها بالرهن مع عدم التخلّى عن الحيّزة كما فعل المشرع الفرنسى فى حالات كثيرة .

والعلامة الأخيرة تتعلق بما نأمل أن يحققه تمام بناء السد العالى فى القريب ان شاء الله من فتح آفاق جديدة واسعة فى الميدانين الزراعى والصناعى على السواء ، وبصورة متوازنة ، سوف تقضى على كل ما يمكن أن يكون قد تبقى فى قرارات النفوس من آثار اعتبار العقار أكبر من المنقول قيمة . وبالنسبة للأرض الزراعية على وجه خاص ، سوف يتسع نطاق عرض الأراضى التى كانت من قبل بوراً ثم أصبحت قابلة للزراعة اذا تم استصلاحها . وسوف يكون هذا الاستصلاح فى ذاته موضوع عمليات ذات طبيعة تجارية (بغض النظر عن عدم دخولها فى نطاق المادة ٢ تجارى بصورتها الحالية لورودها على عقار) ، اذ سوف يقبل الكثيرون على شراء الأرض البور بسعر ضئيل لاستصلاحها ثم بيعها بسعر أعلى . وسوف يتم تقسيم جزء كبير منها الى ملكيات صغيرة هينة القيمة يقدر على شرائها أصحاب الدخل المتوسط . ولن يكون لهذه الأراضى طابع الاستقرار فى القيمة ، لأن مقدرتها الانتاجية وحصيلتها الاقتصادية ستظل زمناً عرضة للتأثر بعناصر مختلفة ، منها الطبيعة المجهولة للأرض الجديدة ، ومنها حالة السوق بالنسبة لزيادة المحاصيل والمنتجات الزراعية . ومن ثم فإن شراءها سيكون أكثر مقامرة من شراء الكثير من المنقولات . وأخيراً لا شك أن حركة تداول الأرض من بيع وشراء سوف تنشط الى درجة لم يسبق لها فى مصر مثيل . وسوف يقتضى ذلك بطبيعة الحال أن يعاد النظر فى اجراءات بيع العقار وتسجيله بحيث تصبح أسهل وأسرع . وليس ثمة شك فى أن كثيراً من القواعد القائمة والتى تهدف الى مجرد حماية ملكية العقار حماية خاصة ، والاهتمام به ليس الا لأنه عقار ، هذه القواعد ستبدو فى وقت قريب ، مجرد فضول تاريخى ليس لوجوده مبرر .

٣ - الأساس العمل :

٣٩ - الأساس العملى هو أقوى الأسس التى يمكن أن يستند إليها هذا التقسيم . ولعله أقواها لأنه أحدثها ، وبالتالي أكثرها ارتباطا بالاعتبارات القائمة بالفعل . وهو يتميز بأنه مازال محتفظ بجانب من الصدق والصحة لم يمتأ مثله للأساس الطبيعى ولا للأساس الاقتصادى .

مضمونه أن هناك فارقا عمليا هاما بين العقار والمنقول فيما يتعلق بسرعة التداول . وللتداول معنيان لا معنى واحد . فهو إما أن يقصد به التصرف القانونى الذى ينصب على الشئ ، والذى ينقله من ملكية شخص الى ملكية آخر . وأما أن يقصد به الانتقال المادى من حيازة شخص الى حيازة آخر . والفارق العملى بين العقار والمنقول لا يقتصر على أحد المعينين فقط ، وإنما يمتد إليهما معا . فن الظواهر العملية التى لا يمكن انكارها حتى فى عصرنا الحديث ، أن التصرفات التى ترد على المنقولات أكثر فى العموم من تلك التى ترد على العقارات ، وأنها أسهل وأسرع . وهى لا تحتاج - فى الأعم الأغلب - الى تلك الاجراءات المعقدة الطويلة التى تحيط بعملية التسجيل . وقد لا نستطيع أن نجزم بيقين فيما اذا كانت ندرة التصرفات على العقار هى التى أتاحت للاجراءات أن تطول وتتعد ، أو أن طول الاجراءات وتعقيدها هو الذى أدى الى ندرة التصرفات . وإنما المتيقن ، على أى حال ، أن ظاهرة البطء الشديد فى التصرف فى العقار كانت هى العامل الأول فى حصر نطاق القانون التجارى فى دائرة المنقولات وحدها ، اعتدادا بالتنافر بين هذا البطء وبين ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة .

أما المعنى المادى للتداول ، فقد كان هو أصل نشأة قاعدة الحيازة فى المنقول على النحو الذى سبق أن بيناه (ماسبق بند ٢٦) . ذلك أن قابلية المنقول للانتقال المادى من حيازة شخص الى حيازة شخص آخر ، لا تسمح بأن تكون هناك ثمة علامة على الملكية أكثر يقينا من الحيازة ، ولا تسمح بأن يتم تعيين المنقول الا على أساس وجوده فى حيازة شخص ما .

والأمر يحتاج الى قليل من التفصيل :

٤٠ - ففما يتعلق بالتداول بمعناه الأول ، يقتضى الأمر أن نبحث

الأسباب الجوهرية لظاهرة ببطء التصرفات الواردة على العقار وقلتها . وهى الظاهرة العملية التى لا ننكر عليها صدقها . ثم نبحث بعد ذلك أثر هذا البطء فى اخراج العقارات من نطاق القانون التجارى .

وفى رأينا أن السبب الجوهرى لهذه الظاهرة له عنصران :

العنصر الأول : إقتصادى ، يرتبط بقيمة العقار فى نظر المتعاملين فيه . فن الملاحظ أنه كلما زادت قيمة الشيء ، كلما قلت سرعة انتقاله من بائع الى مشتر الى آخر .. ، وكلما نقصت قيمته ، زادت سرعته فى التداول . ولا جدال فى أن التصرف فى الشيء التافه أو الضئيل القيمة لا يقتضى التردد أو التفكير الذى يقتضيه التصرف فى شيء قيم . هذا الى جانب أن الاعتماد على الأشياء القيمة كعنصر من عناصر الثروة تحفز الشخص الى عدم التصرف فيها الا لضرورة ملجئة . نفس هذه الملاحظة تحتفظ بكل صدقها اذا طبقناها على المنقولات . فن الواضح أنه اذا كانت المنقولات الصغيرة يتم تداولها بين البائعين والمشتريين فى سرعة لا يعوقها عائق ، فان بعض المنقولات الكبيرة القيمة لا يكاد يحصل بيعها الا نادرا جدا ، بل يكاد تداولها أن يكون أبطأ من تداول سائر العقارات . أهون على صاحب المحل التجارى - فى الظروف العادية - أن يبيع كل ما يملك من عقار أو أن يرهنه ، من أن يبيع أو يرهن المحل التجارى . وكذلك الأمر بالنسبة للمالك السفينة أو المركب . ويزيد عن ذلك الحد تداول السيارات لأن قيمتها أقل . وهكذا .

والعنصر الثانى : عنصر نفسى ، فالعقار - الأرض على وجه الخصوص - يمثل فى نظر صاحبه ايرادا ثابتا خالدا له ثم لأولاده من بعده . ومن ثم فهو يهيب له له أمنا للمستقبل لا يهيبه له أى شيء آخر قابل للبلى أو الضياع . فهو نحشى اذ يضارب فيه أن لا يجد خيرا منه ، فيندم بعد ذلك مدى العمر على ما ضاع من أمن وطمأنينة . واذا اضطرته حاجة الى بيع بعض أمواله كان العقار هو آخر ما يبيع .

ويتضح من هذين العنصرين أن بطء تداول العقار ليس راجعا الى ثباته المادى فى حد ذاته ، وانما يرجع فى الحقيقة الى نظرة الناس الى هذا

الثبات وتقديرهم له ، وهى نظرة قابلة للتغير تبعا لمؤثرات بعيدة كل البعد عن طبيعة كل من العقار والمنقول . وقد تطورت هذه النظرة بالفعل ومازالت تتطور فى اتجاه التقارب الواضح بين درجة تداول العقارات والمنقولات بصفة عامة ، والكبيرة القيمة منها على وجه الخصوص .

أما عن أثر هذا الاختلاف العملى المتعلق بدرجة التداول وسرعته ، فانه يبدو لنا أضحخم بكثير جدا مما كان يجب أن يكون عليه . انه أهم آثار التقسيم بين العقار والمنقول وأخطرها على الاطلاق . أى أثر أخطر من حبس القانون التجارى كله داخل سور محكم الاغلاق لا تنفذ منه قواعده على العقار ، أيا كانت الطبيعة التجارية للعمل الذى يرد عليه ؟ اذا كان شراء المنقول لأجل بيعه أو تأجيريه بقصد تحقيق الربح هو العمل التجارى النموذجى الأول ، فان شراء العقار لأجل بيعه أو تأجيريه بقصد تحقيق الربح يعتبر مع ذلك عملا مدنيا بطبيعته ، لا لشيء الا لأن تداول العقار بطيء ، يتنافى مع السرعة اللازمة للمعاملات التجارية (١) .

(١) ينتقد الفقيه ريبير اقصاء العقارات على هذا النحو فى العصور الحديثة ، ويرى ضرورة اعتبار المضاربين على العقارات تجاراً (بند ١٤١ ص ٦٧) وكذلك الفقهاء هامل ولاجارد (ج ١ - بند ١٨٠) .

أما فى مصر ، فزال رأى السائد مستقراً على استبعاد العقارات استبعاداً كاملاً . ويرى الدكتور محسن شفيق (المطول ج ١ بند ٩٩ ص ١٦٧) أن ادخال العقارات فى نطاق القانون التجارى « رأى غير مقبول ، لأنه يؤدى الى اتساع نطاق القانون التجارى الى أكثر مما يحتتمل ، والتضييق من مجال القانون المدنى الى حد لا يقبله المنطق السليم » . أنظر كذلك الدكتور مصطفى طه ج ١-١٩٥٦ بند ٦٢ ص ٨٨ ؛ والدكتور على يونس « الأعمال التجارية والتجار » ١٩٥٩ بند ٦٢ ص ٧٣

ولكن يبدو أن الدكتور أكثم الخولى يميل الى العكس من ذلك ، اذ انتهى ، بعد عرض المسألة بأسانيد كل من الرايين ، الى القول « بأن استبعاد العقارات من النطاق التجارى لا يستند الى أسس قوية ، بل هو قاعدة تقليدية مستقرة » (الوسيط فى القانون التجارى ج ١-١٩٥٦ بند ٦٨ ص ٧٣) .

واستبعاد العقارات من نطاق القانون التجارى قاعدة عرفية مستقرة .
الا أنها فقدت كل مبررات بقائها فى عصرنا الحاضر . واستناد بعض الفقهاء
فى تبريرها الى بقاء التصرفات العقارية يتضمن خلطا واضحا بين طبيعة العمل
التجارى nature وبين وسيلة العمل التجارى technique .

ذلك أننا اذا قلنا أن الأعمال التجارية تتطلب السرعة والحرية واليسر ،
فاننا لا نزيد بذلك عن أن نعرض وسائل العمل التى يقتضيها الجو التجارى
الخاص للحرقة التجارية . ولكن معيار العمل التجارى ، ومعرفة ما اذا كان
تصرف معين عملا تجاريا أولا ، ذلك كله لا يتحدد الا على أساس طبيعة العمل
ذاته ، ومدى انبثاقه عن الأفكار التجارية الأصيلة ، كفكرة المضاربة
وفكرة تداول الثروات .

فن الخلط بين اذن أن نجعل من وسائل العمل فى النطاق التجارى
معيارا للطبيعة التجارية ، فنعتبر العمل ، أيا كان ، مدنيا لمجرد أنه يتم ببطء ،
أو تجاريا لأنه يتم بسرعة . ولو أننا تمشينا مع هذا المنطق لأمكنا أن نقول
بأن الجرى عمل تجارى والنوم عمل مدنى . والحق أن منطق هذا القول
لا يزيد اختلالا عن منطق القول بأن شراء العقار لأجل بيعه عمل مدنى
لأنه يتم ببطء تنفر منه المعاملات التجارية .

ومصدر الخلط يرجع فى حقيقة الأمر الى ارتباط القاعدة بواقع
معين استندت اليه منذ زمن قديم . ثم مالبث أن تغير تماما وبقيت القاعدة
وحدها قيذا صفيقا على القانون التجارى .

فقد سبق أن أشرنا الى مركز العقار فى عهد الاقطاع تحت ظل القانون
الفرنسى القديم ، وكيف أن الحرص عليه داخل الاسرة الواحدة (اذ تستمد
منه مركزها الاجتماعى لأجيال متعاقبة) ، هذا الحرص كاد أن يخرج العقار
عن التداول ، فقد جعل الارث هو الوسيلة الوحيدة على وجه التقريب
لانقال ملكية العقار . وكان يمكن أن نتصور أن يقع بيع العقار فى الحالات
الشاذة التى يقتضيها تدهور الحالة المالية لأسرة من الأسر ، أما عملية شراء العقار

لأجل بيعه بقصد الربح ، فقد كانت صورة هذه المضاربة ، متقدمة تماما . وعلى ذلك كان أمرا طبيعيا أن تخرج عقارات ذلك الزمان عن نطاق القانون التجارى ، وأن يعتبر القانون التجارى حينذاك هو قانون المنقولات . أما الأمر غير الطبيعى ، فهو أن تخرج لذلك من نطاق القانون التجارى عقارات كل زمان وأوان ، خاصة بعد أن تغير هذا الواقع تغيرا شاملا ، فأصبح العقار موضوع مضاربات تجارية كالمنقول سواء بسواء . ولا جدال فى أننا نلمس الأمثلة الكثيرة على قيام هذه المضاربات العقارية . فليسوا قليلين أولئك الذين يتشممون رائحة العمران الوشيك فى أماكن مازالت غير مأهولة ، فيشترون فيها مساحات واسعة من أراضي البناء بأسعار بخسة ثم يعيدون بيعها ، بعد شهر أو حتى بعد سنوات ، بأضعاف ثمن الشراء . وهناك أمثلة كثيرة لعمليات شراء الأرض لبنائها ثم إعادة بيعها بربح بمجرد تمام البناء . بل ان هناك من يحترف عمليات شراء العقارات المبنية لأجل بيعها الى جانب عمليات السمسرة العقارية . وهناك الشركات التى تقوم بتقسيم الأراضى لاعادة بيعها لمتوسطى الدخل بالقسط على مدى سنوات . هذا الى جانب الأمثلة غير المحصورة لعمليات شراء العقار لاعادة تأجيرها لالسكناء . هؤلاء المضاربون على اختلافهم فى حاجة الى أحكام القانون التجارى ، لأنه الأنسب لطبيعة أعمالهم ، ولأنهم فى الحقيقة تجار اذا هم احترفوا هذه الأعمال . والذين يتعاملون مع هؤلاء المضاربين أشد منهم حاجة الى ضمانات هذا القانون ، التى من بينها الزام تجار العقارات بواجبات التجار ، وإمكان إظهار إفلاسهم اذا هم توقفوا عن الدفع . والقانون التجارى ذاته فى حاجة ملحة الى أن يسترد هذا النطاق السليب بغير سند ، وعلى الأخص بعد أن أصبحت العقارات قسما كبيرا لا يستهان به داخل القطاع الخاص ، لأن من شأن هذا الاسترداد ، أن يمد القانون التجارى بدم جديد يزيده حيوية وقدره ، ويرد اليه بعض شبابه ، ويجعله آخر الأمر ، أكثر لياقة واستعدادا لأداء ما يتطلبه منه مجتمع يتجدد هو الآخر ويسترد شبابه ، ويحمل من بين أعلامه الكبرى هدف مضاعفة الدخل .

٤١ - بقى النوع الثانى من التداول ، التداول المادى ، أى انتقال

الحيازة المادية للشيء من يد الى يد . هنا نجد فارقاً عملياً غاية فى الأهمية . ويتميز هذا الفارق العملى الهام بأنه يستند بوضوح الى ثبات العقار وحركة المنقول . فلأن المنقول ينتقل مادياً من مكان الى آخر ، ومن يد الى يد ، دون أن يحمل فى ذاته علامة تعينه تعييناً ذاتياً ، فإن الحقوق العينية عليه لا يمكن مباشرتها الا من خلال الحيازة . « فكان حتماً أن ينزل القانون عند حكم الواقع ويجعل من حيازة حائز المنقول سنداً للملكية » (١).

نشأت القاعدة الشهيرة اذن من صميم الضرورات العملية المترتبة على هذا الانتقال المادى . وما أن نشأت حتى اكتسبت أهمية كبرى ، واحتلت مكان الصدارة بين آثار التقسيم الى العقار والمنقول ، ولقيت تأييداً اجماعياً .

أما العقار ، فلأنه ثابت مستقر فى حيزه ، فان تعيينه بموقعه وحدوده تعييناً ذاتياً مجرداً عن حيازة الانسان ، أتاح للحقوق العينية أن ترتب عليه مباشرة ، وجعل من الممكن اخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليه ، لاجراءات الشهر ، ومن ثم لا يكون للحيازة المادية اعتبار فى تقرير الحق العينى على العقار ولا يكون لها أن تمنع صاحب الحق العينى من أن يتتبع العقار فى أى يد يكون .

والصلة المنطقية بين طبيعة العقار والمنقول ، وبين هذا الأثر العملى الهام الذى يستند اليه ، صلة قوية مفهومة . قاعدة « الحيازة فى المنقول سنداً للملكية » هى بلا ريب الأثر المنطقى الوحيد الذى يستند الى التفرقة بين حركة الشيء وثباته . وقد كان يمكن لذلك أن ننادى ببقاء التقسيم الى عقار ومنقول ، على أن تقتصر آثاره على هذا الأثر وحده دون الآثار الأخرى التى تستند إما الى ظروف تاريخية اندثرت ، أو الى واقع تغير ، لولا ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة وهى تلك التى رأينا أنها تخرج بيقين عن قاعدة الحيازة التى تخضع لها سائر

(١) الدكتور محمد على عرفه - ج ٢ «أسباب كسب الملكية» ١٩٥٥ بند ١٠٩ ص ٢٠٣

المقولات . وتشبه بالعقار في امكان اخضاع التصرفات القانونية عليها لاجراءات الشهر ، وفي ممارسة صاحب الحق العيني عليها للتتبع في أى يد تكون .

كان لزاما اذن أن نتمتع النظر في الرابطة المنطقية التي تربط الحركة والثبت كسبب ، بقاعدة الحيازة في المنقول دون العقار ، كأثر أو نتيجة . وذلك عن طريق امعان النظر في الطبيعة الخاصة لتلك المقولات الجديدة . فاذا هي لا تتميز عن المقولات العادية ، ولا تشبه الى هذا الحد بالعقار ، **الابخاصية واحدة هي التعيين الذاتي** . وبوضوح الرابطة المنطقية المباشرة بين التعيين الذاتي لهذه المقولات من ناحية ، وبين الخروج عن قاعدة الحيازة وامكان شهر الحقوق العينية عليها من ناحية أخرى ، بهذا الوضوح يتضح كل شيء : يتضح أولا أن الرابطة المنطقية بين الحركة والثبت ، وبين تلك الآثار المتعلقة بالحقوق العينية على المنقول والعقار ، ليست رابطة مباشرة مستقيمة ، وانما هي رابطة تمر من خلال التعيين الذاتي ، السبب الحقيقي المنتج لهذه الآثار . ويتضح ثانيا أن ثبات العقار واستقراره في حيزه ، ليس الا الوسيلة التي يترتب عليها تعيين العقار تعيينا ذاتيا ، وأن التعيين الذاتي هو وحده الذي يؤدي بعد ذلك الى خروج العقار عن قاعدة الحيازة ، وامكان شهر الحقوق العينية عليه . ويتضح أخيرا أن الثبات ليس هو الوسيلة الوحيدة ، أو على الأصح لم يعد هو الوسيلة الوحيدة في العصر الحديث ، للتعين الذاتي . ولا أدل على ذلك من أن بعض المقولات الهامة ، قد توصلت بوسائل أخرى الى التعيين الذاتي ، فترتبت في شأنها آثاره كما ترتبت في شأن العقار .

وبرد هذه الآثار الأخيرة المتعلقة بالحيازة الى سببها الأصلي ، وليس الى سببها الظاهر الذي يتمثل في الثبات أو الحركة ، ينهار آخر معادل التقسيم الى عقار ومنقول ، ولا يكون هناك مناص من أن ننادى بأنه مهما كان من خلود هذا التقسيم على مر الأجيال ، أو من تأثيره الضخم على تفكيرنا واحساساتنا ، أو من بلدهيته الطبيعية القاطعة ، فانه لم يعد كافيا ولا ملائما لقانون العصر الذي نعيش فيه ، بعد أن فقد كل مبرراته وأسسها واحدا بعد الآخر .

آن الأوان لأن يعزل التقسيم الشيخ خدمة القانون الوضعي الحالي ، ويتخذ مكانه في دراسات التاريخ .

الفصل الثالث

التقسيم المقترح : أساسه التعيين الذاتى

٤٢ - من خلال عرضنا للصفات المميزة للمنقولات « ذات الطبيعة الخاصة » ، ثم من خلال أوجه النقد التى وجهناها الى التقسيم الطبيعى للأموال الى عقار ومنقول ، لم نأل جهداً فى ايضاح الأساس الحقيقى الذى يجدر الاعتداد به من الناحية القانونية ، وهو أساس التعيين الذاتى . لا حاجة بنا الآن الى مزيد من الشرح أو البرهان لكى نقرر أن الأموال تنقسم الى قسمين كبيرين :

(أ) أموال تحتفظ لنفسها ، فى كيانها ، بعناصر التعيين الذاتية التى تكفل تمييزها عن غيرها من الأموال الأخرى ، وذلك دون حاجة الى اللجوء الى عنصر خارجى .

(ب) أموال لا تحتفظ بعناصر تعيين كافية لتمييزها ، فحتاج فى سبيل ذلك الى اللجوء الى عنصر خارجى عنها ، وهو بصفة عامة ، حيازة الانسان .

هذا التقسيم القانونى للأموال على أساس التعيين الذاتى له مزاياه التى يتمثل أغلبها فى تفادى ماأخذ التقسيم الى عقار ومنقول ، وحل المشاكل التى يثيرها . سنستعرض هذه المزايا إذن فى غير تفصيل . ثم نشير بعد ذلك الى ما يجب أن تتطور اليه نظم الشهر على ضوء هذا التقسيم الجديد . وأخيراً نعرض لمحاولات المشرع الفرنسى المتكررة أن يصفى صفات التعيين الذاتية على بعض الأموال حتى يصل من ذلك الى التخلص من قاعدة الحيازة فى تقرير الحقوق العينية عليها ، وعلى الأخص حق الرهن .

(أولاً) مزايا التقسيم المستند الى التعيين الذاتي :

٤٣ - (١) أول هذه المزايا أنه يتضمن حلاً حاسماً سلباً لمشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ». هذه المنقولات تدخل بيقين في القسم الأول من التقسيم المقترح ، فهى أموال معينة تعييناً ذاتياً ، يسرى عليها سائر ما يسرى على تلك الأموال من أحكام .

والأموال الثابتة (أى العقارات) تعد أيضاً من بين الأموال المعينة تعييناً ذاتياً ، وهى لا تختلف عن غيرها من الأموال الداخلة في القسم الأول إلا فى أنها تتخذ من ثباتها الطبيعي وسيلة الى التعيين الذاتي . وسيلة ناجعة أكيدة ، ولكنها ليست بيقين الوسيلة الوحيدة .

ففى ضوء ما قمنا به من دراسة ، نستطيع أن نبين حتى الآن أربعة وسائل تؤدي الى أن يكتسب المال صفة التعيين الذاتي :

(أولاً) الثبات الطبيعي ، وهو وسيلة العقارات الى التعيين الذاتي .

(ثانياً) كون المال مجموعة واقعية لا يتصور أن تتكرر عناصرها بغير اختلاف . وبهذه الوسيلة تدخل المحال التجارية والأفلام السينمائية وغيرها من المجموعات فى نطاق الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

(ثالثاً) كون المال حقاً ثابتاً فى ذمة شخص معين ، إذ يتعين الحق بتعيين شخص المدين ، وتلك وسيلة الحقوق - أو الأموال المعنوية ، الى المدخول فى نطاق الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

(رابعاً) اكتساب المال صفة التعيين الذاتي بوسائل صناعية تستند أساساً الى حماية المشرع وتنظيمه . كالسفن والمراكب التى ينظم المشرع حالتها المدنية من اسم وجنسية وميناء تسجيل ... الخ ، وكالسيارات التى يحدد المشرع بنوعها ورقمها . وفى هذه الوسيلة الرابعة للتعين الذاتي ، أى تلك الوسيلة الصناعية التى تستند الى حماية المشرع وتنظيمه ، نجد مفتاح الحركة فى هذا التقسيم الجديد ، وقابليته المستمرة للتطور ، واستعداده الدائم لأن

يتلقى بين قسميه الكبيرين أى مال جديد ، وأن ينقل من أحد قسميه إلى القسم الآخر ، فى غير جمود ، الأموال التى تفقد صفة التعيين الذاتى لسبب أو لآخر ، أو الأموال التى تكتسب بوسيلة صناعية مستحدثة ، صفة التعيين الذاتى التى لم تكن لها من قبل . ولا شك أن هذه القابلية الدائمة للتطور ، هى أهم علامات صحة التقسيم ، وأهم ضمانات احتفاظه بهذه الصحة فى المستقبل . ذلك أن التعيين الذاتى نتيجة محدودة واضحة ، أما وسائل وصول المال الى هذا التعيين الذاتى ، فهى وسائل مختلفة كثيرة تركها بغير حصر أو تحديد . هى وسائل يصنعها التطور فى كل زمان . وايس لنا أن نقيّد إمكانيات الأزمنة المقبلة فى خالق وسائل جديدة أو ترك وسائل موجودة . بهذا نخلص التقسيم الجديد من الجمود الذى وقع فيه التقسيم الى عقار ومنقول ، حين ارتكز على وسيلة « الثبات » وحدها ، لا يعرف غيرها ولا يعترف بغيرها . وحمد على « الثبات » وحده جمود العمق . فكان هذا العجز الواضح الذى أصابه حين أظهر التطور وسائل أخرى للتعين الذاتى . وهو عجز أثار ومازال يثير مشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » . تلك المشكلة التى نرجو مخلصين أن يضع بحثنا هذا حلها الأخير .

٤٤ - (٢) وإذا كان هذا التقسيم الجديد ، يقوم على أنقاض التقسيم السابق الى العقار والمنقول ، فليس معنى ذلك أنه يلغى فكرة العقار ، بل على العكس ، فإن من بين مزايا التقسيم الجديد أنه يضع للعقار تعريفاً جديداً سليماً .

فقد رأينا كيف تعرفه المادة ٨٢ / ١ مدنى بأنه " كل شىء مستقر بحزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، ورأينا مدى فساد هذا التعريف (ماتسقب بند ٣٣) " . ها نحن نضع له الآن تعريفاً قانونياً سليماً فى ظل التقسيم القانونى السليم الذى يرتكز على أساس التعيين الذاتى . فالعقار هو " كل شىء مستقر بحزه ثابت فيه ، بحيث يكون استقراره وثباته وسيلة كافية لتعيينه تعييناً ذاتياً " .

وميزة هذا التعريف واضحة . فهو أولاً يربط بين الثبات كوسيلة ، وبين الغاية القانونية التى يؤدى اليها ، وبالتالى فإنه يظل دائماً فى منطقة الأمان ،

لا يتعرض لأخطار الانزلاق الى المهوى التي انزلت اليها المادة ٨٢ / ١ مدني حين ربطت الثبات بفكرتي الاستحالة والتلف ، فوقعت في شر ما يمكن أن يقع فيه تعريف .

وتعريفنا للعقار له الى ذلك ميزة أخرى ، هي أنه لا يستند الى الطبيعة الا في حدود المهمة القانونية التي تؤديها هذه الطبيعة ، وبالتالي فهو يمحصر أهمية العقار من ناحية ، اذ يمحو عنه صفة البداهة والخلود والجمود الدائم الذي يضيفه عليه الاستناد الى الطبيعة وحدها . وهو من ناحية أخرى تعريف مرن لا يمكن أن يقف عقبة في سبيل التطور . إذ أن « الثبات الذي يكفي للتعين الذاتي » مسألة واقع ، تستند أساساً الى نظرة المجتمع في زمن معين الى مدى ضآله احتمال انتقال العقار وصعوبته ، بغض النظر عن استحالة ذلك الانتقال أو امكانه . هذه النظرة قد تتغير وتتطور ما شاء لها التغير والتطور ؛ سيظل مع ذلك تعريفنا للعقار صحيحاً .

٤٥ - (٣) ومن أهم مزايا التقسيم المقترح أنه تقسيم قانوني للأموال ، لا تقسيم طبيعي . ومن ثم فإن الرابطة المنطقية بين الأساس الذي يستند اليه والآثار القانونية التي تترتب عليه ، هذه الرابطة واضحة في جلاء ليس عليه من مزيد . ولا شك أن هذا الوضوح يعد أكبر ضمان لأن يظل التقسيم الجديد محصوراً في حدود أهميته الحقيقية دون ما يتجاوز أو طغيان . فقد رأينا كيف أدى غموض هذه الرابطة المنطقية في التقسيم الطبيعي لعقار ومنقول الى امتداد هائل في آثار التقسيم تناول شتى فروع القانون ، وطغيان لا مبرر له على النظام القانوني كله ، إذ اكتسب التقسيم باستناده الى الطبيعة وحدها بداهة وصحة مطلقة أوسعت له المجال حينما حل بحق وبغير حق .

لا يمكن أن نتعرض لمثل هذا التجاوز في تطبيق التقسيم المقترح ، لأن السلسلة المنطقية محكمة الحلقات ، لا يشوبها أقل اختلال : فهذا التقسيم للأموال سيظل نطاقه ، بفضل أساس التعيين الذاتي الذي يركز عليه ،

قاصراً على كيفية مباشرة الحق العيني على هذه الأموال ، فالحق العيني يجب أن يباشر على شيء معين . بل إنه لا يكون إلا إذا كان الشيء محل الحق معيناً .

هذا التعيين ركن جوهرى هام من أركان الحق العيني لا يوجد إلا به (١) ومن ثم فإن التعيين الذاتى للمال يسمح بمباشرة سائر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن أى عنصر خارجى ، وبالذات بغض النظر عن شخص الحائز لهذا المال . ذلك أن كون المال معيناً تعييناً ذاتياً تابعاً من كيانه الداخلى وحده ، يسمح للحق العيني سواء أكان حق ملكية أو انتفاع أو رهن ، بأن يجد طريقة المباشرة الحاسم الى المال موضوع الحق ، بغير وسيط . ويمكن للناس كافة أن يروا هذا الحق العيني ينصب على المال المعين تعييناً ذاتياً كما ينصب شعاع الضوء القوى . فلا يحدعهم بعد ذلك أن يكون هذا المال فى حيازة شخص آخر غير صاحب الحق . ولا يكون المتعامل مع هذا الحائز دون صاحب الحق العيني إلا شخصاً سىء النية ، أو شخصاً يصل تقصيره الجسم الى مرتبة سوء النية .

(١) ليس هنا مجال الافاضة فى شرح ضرورة تعيين محل الحق العيني لوجود هذا الحق العيني ذاته ، فعل ذلك ينعقد اجماع فقهاء القانون المدنى فى فرنسا ومصر . ولكننا نخص بالذكر مقالا لأحد فقهاء القانون العام فى فرنسا هو الأستاذ رينيه كايبتان ، يبحث فيه طبيعة الحق العيني من زاوية القانون العام ، باعتباره أنه يدخل فى طائفة « الحريات العامة » ، ولا يتميز عن سائر الحريات الا بأنه حرية فى التصرف محصورة فى نطاق شيء معين (des libertés localisées)

“... C'est cette localisation qui, dans ce cas, constitue la “réalité” de la liberté.

... C'est pourquoi la liberté du commerce, pour prendre encore un exemple, n'est pas un droit réel : elle comporte, en effet, le droit de vendre ou d'acheter des objets indéterminés. Mais le droit qui appartient au propriétaire ou au créancier gagiste ou hypothécaire de vendre un objet déterminé, constitue, au contraire, un droit réel”

(René Capitant «Sur la nature des droits réels», Etudes Sugiyama, 1940, p. 29—37.)

أنظر كذلك فى تأكيد هذا التعيين كجوهر للحق العيني لا وجود له الا به :

Louis Rigaud «Le droit réel, histoire et théories» thèse Toulouse 1912, p. 295 et s.

أما الأموال التي لا تحتفظ في كيانها بعناصر تعيينها تعييناً ذاتياً ، فإن الحق العيني لا يمكن أن يصل إليها إلا عن طريق تعيينها بعنصر خارجي ، هو في الأغلب حيازة صاحب الحق نفسه . ان حق الملكية الذي أباشره على الكتاب الذي أمامى الآن ينصب مباشرة على شيء معين . هذا الشيء المعين هو « الكتاب الذي في حيازتي » . فاذا خرج عن حيازتي فان حقي في الملكية يصل طريقة الى هذا الشيء الذي أصبح مجرد « كتاب ما » بين سائر الكتب . وهكذا يرتبط الحق العيني على مثل هذه الأموال بالحيازة ، ذلك الارتباط الذي تعبر عنه قاعدة الحيازة الواردة في المادة ٩٧٦ مدني .

تلك إذن هي أهمية التقسيم في جوهرها الأول . يتفرع عنها نتيجتان سبق أن أشرنا إليهما في الفصل الأول من هذا البحث (بند ٢٢) . ولا بأس من التكرار : النتيجة الأولى أنه لا مجال لتطبيق قاعدة التملك بالحيازة بالنسبة للأموال المعينة تعييناً ذاتياً ، والثانية أن من اليسير على المشرع أن يجمع عناصر التعيين الذاتية لهذه الأموال في سجلات خاصة منظمة ، ويتوصل بذلك الى شهر سائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تنصب على هذه الأموال .

٤٦ - (٤) وأخيراً فإن من مزايا التقسيم المقترح أنه يتفادى عيبين خطيرين أشرنا إليهما خلال انتقادنا لتقسيم العقار والمنقول :

فبينما تقسيم العقار والمنقول تقسيم مادي لا يمكن بطبيعته أن ينصرف إلا الى الأشياء المادية وحدها . ومن ثم فإن امتداده الى الحقوق وسائر الأموال المعنوية لا يمكن أن يستند إلا الى الافتراض والمجاز (وهو مجاز رأينا أنه في حد ذاته منتقد) ، فإن التقسيم الذي يستند الى التبعين الذاتي عام شامل للأموال المادية والمعنوية على السواء . وشموله ذلك شمول أصيل لا افتعال فيه .

وبينما يقيم تقسيم العقار والمنقول سداً في وجه القانون التجاري ، يحول بينه وبين أن يأخذ نطاقه الطبيعي ، بدعوى أنه لا يمتد الى العقارات ، فان

هذا السد ينهار في ظل التقسيم المقترح ، وذلك بفضل ماسبق أن أشرنا اليه من وضوح الرابطة المنطقية بين أساسه وآثاره . وهي محصورة في مباشرة الحق العيني . فلا تمتد بداهة الى تحديد نطاق القانون التجارى .

(ثانيا) شهر الحقوق العينية في ظل التقسيم المقترح

٤٧- إن تقسيما يستند الى أساس التعيين الذاتى بصفة عامة (لا إلى مجرد الثبات الخاص بالعقار دون المنقول) يقتضى ببطبيعة الحال أن تدوب العقارات في نطاق الأموال الأخرى المعينة تعييناً ذاتياً كالسفينه أو المحل التجارى أو غيرهما ؛ أو على الأقل أن تتقارب ما يفصل بينها جميعا من الفوارق قدر الامكان . مثل هذا التوحيد أو التقارب لا يتم في رأينا الا اذا توحدت أو تقاربت نظم شهر الحقوق العينية على سائر الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

ولا يعيننا هنا أن ندرس كيفية القيد أو التسجيل . ولا أن نقترح طرائق أخرى للقيد أو التسجيل . وانما يعيننا بصفة خاصة أن نشير الى ماتميز به العقارات ، سواء فيما يتعلق بطول وتعقيد اجراءات شهر الحقوق العينية عليها ، أو بتكاليف هذا الشهر ، أو بصعوبة وسائل الاستعلام العام عن تلك الحقوق من واقع السجل .

وطول اجراءات الشهر العقارية وتكاليفها تصل الى حد لا نشك معه في أنها تكمن بيقين بين أسباب ندرة تداول العقارات اذا قيست الى سائر الأموال الأخرى . وهي تخفف بعض المتعاملين في العقارات الى الاكتفاء بكتابة عقد البيع ونقل لحيازة ، وانتظار اكتساب الملكية بالتقادم ، مما يثير الكثير من المشاكل . لهذا الى أن طول الاجراءات وتعقيدها هي احدى الحجج الرئيسية التي يستند اليها دعاة استبعاد العقارات من نطاق القانون التجارى (١) .

(١) أنظر عرضاً لهذه الحجج والرد عليها في الوسيط للدكتور أكرم الخولى السابق الاشارة اليه بند ٦٨ ص ٧١ وما بعدها .

وقد آن الأوان لأن يحاول المشرع أن يحرز في هذا المجال تقدماً لا شك أنه أصبح ضرورياً ، لاسيما وقد نظم شهر الحقوق العينية على منقولات كالسفينة تنظيماً لاشك أنه أفضل وأكثر فاعلية (١) .

ويتعين أن يكون الهدف الأساسي من هذا التنظيم الجديد : هو ألا يكون لضرورة شهر الحقوق العينية على العقار أى أثر خاص على سرعة تداوله أو على سهولة هذا التداول . وهو هدف لا نعتقد أنه مستحيل التحقيق ، وإن يكن يحتاج الى قدر من الدراسة العميقة المقارنة .

٤٨ - والواقع أنه لا بد أن تتجه سائر نظم الشهر بصفة عامة ، ونظام الشهر العقاري بصفة خاصة ، في اتجاهين رئيسيين : الأول تسهيل القيام بشهر سائر التصرفات على سائر المتعاملين ، والثاني : تسهيل استعمال ذوى الشأن عن البيانات المتعلقة بهذه التصرفات ؛ بحيث ينبى على ذلك أن يصبح نظام التسجيل والتقييد من بين النظم الذائعة السهولة التى لا يدق فهمها على أبسط الناس ، والتى تبعث الثقة والاطمئنان في ميدان المعاملات ، وبالتالي لا يمكن أن تكون عائقاً يعوق سرعتها ، بل على العكس ، يكون ضماناً يحمى المتعاملين من أخطار هذه السرعة (٢) .

(١) من المقرر أن نظام شهر الحقوق العينية على السفينة يعتبر متفوقاً على نظام الشهر في العقار ، لأنه من قبيل نظام الشهر العيني ، اذ تختص كل سفينة بصفحة خاصة في السجل ، ويتم قيد كل تصرف يرد عليها في الصفحة الخاصة بها مما يجعل الاستعمال عن هذه التصرفات سهلاً . بينما نظام الشهر في العقار نظام شخصى يعتمد على اسم المالك ، مما يجعل من الضروري لمن يريد الاستعمال عن ملكية عقار معين أن يعرف اسم المالك أولاً .

ونظام السجلات العينية (livres fonciers) معمول به بالنسبة للعقارات في بعض الدول كألمانيا وسويسرا والأزراس والورين . ولكل عقار معين صفحة خاصة تذكر فيها سائر التصرفات التى تجرى عليه منذ بنائه أو الاستيلاء عليه . ولكى يكون لهذه السجلات قيمتها القانونية القاطمة ، فان الذى يشرف عليها قاض . ولا يقوم بقيد التصرف المراد شهره في السجل الا بعد بحث صحته .

(٢) تعرض الفقيه الفرنسى رينيه روبلو الى عيوب الشهر الأساسية في فرنسا ، فقرر أنهما عيبان رئيسيان :

==

والتطور الذي نرجو أن يمر به نظام الشهر هو ذات التطور الذي مرت به « الكتابة » من قبل . فقدما كانت الكتابة عائقاً يعرقل سير المعاملات ، حين كان الذين يعرفون القراءة والكتابة قلة نادرة ، وكان الذين يحسنون التعبير القانوني بالكتابة أقل . وكانت الكتابة - إذا اختلفت لغات المتعاملين الذين كانوا يجتمعون من بلاد مختلفة في أسواق المدن الإيطالية في القرون الوسطى - تقتضى تحمل تكاليف الترجمة المتخصصين في مثل هذه الأمور . هذا الى جانب ما كانت تتكلفه وسائل الكتابة وقتذاك من

== الأول : هو تناثر واختلاف اجراءات الشهر الواجبة (éparpillement des formalités prescrites) بالنسبة للأموال المختلفة التي يجب فيها الشهر ، وتناثر واختلاف الجهات الادارية التي يجب أن يلجأ اليها الأفراد سواء للقيام بالشهر اللازم أو للاستعلام عن البيانات الواردة بالسجل .

والعيب الثاني يكمن في رداءة قواعد الشهر ذاتها ، ففي بعض التشريعات لا يشترط المشرع حداً زمنياً أقصى لأداء واجب الشهر مما يوقع المتعاملين في الحيرة . ثم ان المشرع لا يعطى ذات القيمة للقيّد بالنسبة للأموال المختلفة ، وذلك حتى بالنسبة للتأمينات ذات الطبيعة الواحدة .

ولاصلاح هذين العيبين الأساسيين ، يقترح الفقيه رينيه روبلو علاجين :

الأول : توحيد قواعد الشهر بالنسبة لسائر الأموال التي يجب فيها الشهر توحيداً فعلياً وليس مجرد تجميع وتنسيق القواعد المتناثرة في قانون واحد ، بحيث يستطيع الأفراد بسهولة أن يقوموا بخطوات الشهر الواحدة بالنسبة لهذه الأموال جميعها . كذلك يجب أن تتحد الجهة التي يلجأ اليها الأفراد سواء للقيام بالشهر أو للاستعلام . وقد اقترح الفقيه روبلو أن تتركز كل مكاتب التسجيل في قلم كتاب المحكمة التجارية .

والثاني : اقترح الفقيه روبلو أن يتخذ المشرع من نظام الشهر في السفينة ، أمودجاً . فهو مع أنه مقتبس من نظام الشهر العقاري ، الا أنه يفضل له لطابعه العيني ، الذي يجعل من السهل على الكافة الاستعلام عن التصرفات التي تمت على السفينة . ويرى الأستاذ روبلو أن من المؤسف أن المشرع لم يحد هذا النموذج بالنسبة للمحال التجارية في ١٧ مارس ١٩٠٩

أنظر : René Roblot «Les sûretés mobilières sans déplacement» Etudes Ripert

t. II, 1950, P. 362 no. 16 et 17 p. 376.

ونحن نميل الى تأييد الفقيه روبلو فيما يقترح من علاج . مع ملاحظة أنه يتكلم عن الشهر بالنسبة للمنقولات وحدها ، بينما نحن نفضل أن يكون علاج نظام الشهر أعم من هذا النطاق الضيق ، بحيث يشمل سائر الأموال المعنية تعينياً ذاتياً ، الثابتة منها والمتحركة .

مصرفيات تشق على المتعاملين . في مثل هذه الظروف لم يكن ثمة شك في أن تعد الكتابة عائقاً يعرقل المعاملات ، وأن تعفى من ضرورة الكتابة سائر المعاملات التجارية التي تقتضى السهولة والسرعة (١) . أما الآن ، فقد أصبحت الكتابة سهلة ، قادرة على التجاوب مع سرعة المعاملات . هذا الى جانب ما تضيفه من ضمان مستمد من قوتها كدليل اثبات حاسم يفوق البيينة والقرائن . فقد انتشرت معرفتها بين سائر الناس . وسهلت التعبيرات القانونية فاصبحت في متناول الجميع . وحلت الطباعة مشكلة اقتضاء المجهود اليدوى عند تكرار العقود ، بل ومشكلة الجهول بالأحكام التي ينطبق عليها . لاشك أنه لا يشق الآن مثلاً على أى مؤجر أو مستأجر ، أن يشترى نموذجاً مطبوعاً لعقد الإيجار يتضمن كل قواعد هذا العقد . ولا يشق على الدائن أن يجد نموذجاً للإيصال ، ولا على المدين أن يجد نموذجاً للسند الاذنى المطبوع مستوفياً لسائر بياناته الشكلية - مع اضافات لا بأس بها من قبيل التزويد - ولا شك أيضاً أن كل من يتوجه متعاقداً مع تاجر على قدر من الاستقرار والأهمية لابد أن يواجه عقوده المطبوعة على الورق اللامع المصقول لا ينقصها الا التوقيع . وهكذا أصبحت الكتابة هي العون الأكبر على سرعة المعاملات التجارية ، والضمان الأقوى لاستقرارها . كل ذلك بغض النظر عن استمرار قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية ، بل واستمرار استنادها الى حكمتها القديمة وهي أن الكتابة تعوق سرعة التجارة .

والتطور الذى مرت الكتابة به ممكن أن عمر به نظام الشهر ، لأنه ينبغى لنا أن نحث خطوات هذا التطور حتى يتم بصورة أسرع . فما أحوجنا الى أن يأتي اليوم الذى يستطيع فيه المشتري العادى أن يستعلم عن مالك العقار في الصباح ، ثم يكتب عقد الشراء ظهراً ، ثم لا ينقضى يومه إلا وقد سجل

(١) " ولذا كانت البيينة قديماً في المرتبة الأولى بين الأدلة . غير أن الثقة بها أخذت تنزع منذ القرن السابع عشر لأكثر من سبب : منها فساد الذم الذى يغرى بشهادة الزور ، وتقادم العهد على التصرف بما قد يندر معه وجود الشهود . هذا الى ما قد يعترى ذاكرة الشهود وقدرتهم على الملاحظة من ضعف يقصر بهم عن استيعاب تفاصيل الواقعة وادراك الأمور على حقيقتها . ومن ثم فقد أصبحت الكتابة هي الأصل في اثبات التصرفات القانونية في عصرنا الحاضر " .
أنظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة « الاثبات في المواد المدنية » ١٩٥٤ بند ٦٥ ص ٧٢

العقد وأصبح المالك الجديد أمام الناس كافة . ونحن لا نعلم بهذا اليوم لمجرد المصلحة النظرية التي نحققها فيه إذ يتأكد رسوخ تقسيم الأموال على أساس التعيين الذاتي ، و يذوب فيه العقار بين سائر الأموال المعينة تعييناً ذاتياً ، بل ولا لمجرد الوصول الى توسيع نطاق القانون التجارى بحيث يشمل العقارات دون أن يثور اعتراض المتذرعين ببطء اجراءات الشهر ، وإنما أيضاً للمصلحة العملية التي نحققها من سهولة تداول سائر الثروات ثابتة ومنقولة دون تفریق ، مع الاطمئنان الكامل الى مصدر الحق العيني على هذه الثروات دون الاستناد الى واقع الحياة . هذه السهولة لازمة على الأخص لتحقيق الرخاء الاقتصادي لمجتمعنا الاشتراكي في المستقبل القريب ، في الظروف التي يمر بها والتي سبق لنا أن أشرنا اليها .

ثالثاً محاولات المشرع الفرنسي اضافة التعيين الذاتي على بعض المنقولات :

٤٩- على الرغم من أن المشرع الفرنسي لم يخرج بعد عن اطار تقسيم الأموال الى منقول وعقار ، فإنه قد قام بمحاولات مختلفة للاستفادة من قابلية بعض الأموال للتعين الذاتي ، بل وحاول أن يضيف صفة التعيين الذاتي بشئ السبل ، حتى على الأموال التي تتنافر طبيعتها مع هذا التعيين كالمثلثات (١) .

(١) مدفوعاً بضرورات ائتمانية خاصة ، اضطر المشرع الفرنسي الى خلق نوع جديد من الرهن على أنواع مختلفة من المثلثات التي تتجمع لدى المدين في كيات ضخمة (stocks) ، وبذلك دون أن تنتقل حيازتها من المدين الراهن الى الدائن المرتهن . على أن تظل هذه الحيازة باقية في محل المدين الذي يلتزم بالألا ينقل الأشياء المرهونة الى حيازة شخص آخر . وترتكز حماية حق الدائن المرتهن أساساً على تنفيذ المدين الراهن لهذا الالتزام . ويطلق على هذا النوع من الرهن : « الرهن في محل المدين » (Warrantage à domicile) وقد تعددت في فرنسا أمثلة هذا النوع من الرهن التي تقرقر بقوانين خاصة نذكر من بينها :

١ - رهن المحاصيل الزراعية (le Warrant Agricole) : أنشئ بقانون ١٨ يوليو سنة ١٨٩٨ المعدل بقانون ٣٠ أبريل ١٩٠٦ ، والمرسوم بقانون ٢٨ أبريل ١٩٣٥ . ويقيد صك الرهن في قلم كتاب المحكمة الجزئية التي تقع في دائرتها المحاصيل المرهونة حتى يستطيع الغير أن يعلم بحق الدائن المرتهن . ولكن هذه العلانية لا تعطى للدائن المرتهن حق تتبع في مواجهة الحائز حسن النية . ولذا فان المدين الراهن يلتزم بعدم نقل حيازة المحاصيل المرهونة والا تعرض لجزاء جنائي .

هذه المحاولات لاشك هامة ، ولكنها لم تبلغ كلها ذات الدرجة من النجاح . ودراسة نصيب هذه المحاولات من النجاح أو الفشل ، من شأنها أن تبين الى أى حد يقف تقسيم العقار والمنقول حجر عثرة في سبيل اطلاق الحق العيني على الأشياء من أسر الحيازة .

= ٢ - رهن منقولات الفنادق (le Warrant Hôtelier) : أنشئ بقانون ٨ أغسطس سنة ١٩١٣ ، المعدل بقانون ١٧ مارس ١٩١٥ . ويمتنع على المدين الراهن أن ينقل حيازة المنقولات المرهونة . ويجب قيد الرهن في سجل المحكمة التجارية الواقع في دائرتها الفندق .

٣ - رهن البترول (le Warrant pétrolier) : أنشئ بقانون ٢١ أبريل ١٩٣٢ . والواقع أن البترول يخضع في فرنسا ، منذ الحرب العالمية الأولى ، لمجموعة من التشريعات ، تهدف الى اخضاع مستوردي البترول لاشراف ادارى خاص ، والى التزامهم بالاحتفاظ برصيد معين . ولذا فان الرهن هنا يقع على كمية قابلة للتجديد على أن تظل مساوية للحد الأدنى المشترك في الرهن .

٤ - رهن الذخائر الحربية (le Warrant des stocks de guerre) : أنشئ بالمرسوم بقانون ٢٤ يونيو ١٩٣٩ ، ويهدف الى تقديم وسيلة مناسبة لرجال الصناعة ، تمكنهم من فتح الاعتمادات اللازمة . الا أن الرهن هنا طابعاً خاصاً . فهو يستلزم ترخيصاً سابقاً من الوزير المختص . والعلائية فيه مقيدة حرصاً على سرية الدفاع الوطنى ، ولذا فلايد أيضاً من الحصول على ترخيص من القائد الحربى للمنطقة قبل الاطلاع على القيد . ويخضع هذا الرهن في مجموعه الى رقابة ادارية محكمة ومستمرة .

٥ - رهن المصنوعات (le Warrant Industriel) : أنشئ بقانون ١٢ سبتمبر سنة ١٩٤٠ على أثر هزيمة فرنسا في الحرب العالمية الثانية ، وعدل بقانون ١٢ يونيو ١٩٤٤ وقانون ٢٦ مايو ١٩٤٧

٦ - رهن الآلات والأدوات الحرفية : (le Nantissement de l'Outillage et du Matériel d'équipement professionnel) : أنشئ بقانون ١٨ يناير ١٩٥١ المعدل بالمرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ . وهو خاص بامتياز بائع هذه الأدوات والآلات . ولايد من تسجيله خلال ١٥ يوماً والا كان باطلا . ويلتزم المشتري المدين بعدم نقل ملكية الأشياء . وحتى يعلم الغير بحق البائع ، الزم قانون ١٩٥١ المشتري بوضع لوحة على الآلات يبين فيها حق البائع ، ويتعرض للجزاء الجنائى اذا نزعها . ويترتب على ذلك أن ينتفى حسن نية الحائر الذى يمكن أن يشترىها ، فلا يستطيع أن يستند الى الحيازة في مواجهة البائع .

والواقع أن الرهون التى ترتبها هذه التشريعات تختلف عن الرهون التى ترتب على السفن والمحال التجارية وغيرها من الأموال المعينة تعييناً ذاتياً . كما أنها ولا شك أقل أهمية الى حد كبير .

والذي يميز هذه المحاولات بصفة خاصة ، هي أنها محاولات متفرقة لم تصدر كلها عن فكرة واحدة أو نظرية أصيلة ، وإنما جاءت بصدد تشريعات خاصة متلاحقة صدرت للاستجابة لحاجات عملية معينة ، أغلبها يتعلق بالائتمان . ومن ثم فقد اقتصر الكثير من هذه التشريعات على تنظيم كيفية

= (أ) فكل هذه الرهون تدور في فلك قاعدة الحيابة (م ٢٢٧٩ مدني فرنسي) . فهي أولا تنصب على منقولات عادية ليس لها أية وسيلة للتعين الذاتي . فإذا انتقلت الى حيابة حائر حسن النية فان من الطبيعي أن يحتج بجيازته على الدائن المرتهن . وليس لهذا الدائن المرتهن أن يستند الى حق تتبع كاللداين المرتهن على السفينة مثلا . والعلانية التي تهيئها هذه التشريعات عن طريق القيد إنما هي منحة يقدمها المشرع للدائنين العاديين للمدين الراهن ، الذين قد تحذهم وفرة البضائع الموجودة في حيابة المدين دون أن يعلموا بأن عليها حقاً للدائن المرتهن نافذاً في مواجهتهم عند التنفيذ على أموال المدين . وهي علانية ناقصة غير محددة لأنها لاتستند الى تعين ذاتي ، وإنما الى وصف عام لمنقولات يمكن أن تتشابه ، ولا تعين الا بأنها موجودة بالفعل في حيابة المدين . ومن ثم فهي لا تكفي لاعتبار الحائر الحديد الذي يتجاهلها حائراً سرياً النية . ولذا فان الحماية التي توفرها هذه الرهون للدائن المرتهن حماية ناقصة ، فهي تستند أساساً لا الى الحق العيني التبعي ، وإنما الى الثقة في أمانة المدين الراهن ، أو الى الاشراف الاداري وما يمكن أن تقوم به جهة الادارة من تفتيش متكرر ، أو الى رهبة الجزاء الجنائي .

(ب) ثم ان هذه الرهون أقل أهمية بكثير من الرهون التي تقع على المنقولات المعنية تعينياً ذاتياً : وذلك أولاً لأنها محصورة في نطاق حق عيني تبعي واحد هو حق الرهن ، بينما الأمر في المنقولات المعنية ذاتياً يتعلق بتنظيم سائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية تنظيمياً مجرداً عن الحيابة . ثم ان هذه الرهون لا يمكن أن تعطى الدائن حماية كافية . ولذا فقد ظلت التشريعات التي تنظمها ، رغم الضجة الفقهية التي أثيرت حولها ، قليلة الأهمية من الناحية العملية . وأخيراً فان هذه التشريعات الخاصة تستند الى ظروف أزمت ائتمانية حادة مرت بها فرنسا . ولا نعتقد أن هناك ضرورة لأن يقتبس المشرع المصري منها .

والذي يلفت النظر بصفة خاصة في هذه التشريعات ، هو قانون ١٨ يناير ١٩٥١ الذي يحاول أن يضفي صفة التعين الذاتي على الآلات والأدوات ، عن طريق لصق لوحة (plaque) تبين حق البائع ويمتنع على المدين نزعها . وقد رأينا من قبل أن بعض وسائل التعين الذاتي للأموال ووسائل صناعة تعتمد على تنظيم المشرع وحمايته . على أن هذه الوسيلة بالذات لم يقدر لها النجاح المنشود . والأسباب واضحة : إذ أن التعيين الذي تصفيه تلك اللوحة تعين نسبي متعلق بحق =

رهن بعض المنقولات دون نقل حيازتها ، دون أن يعنى بتنظيم كيفية ترتيب الحقوق العينية الأخرى . وانحصرت محاولته استغلال صفة التعيين الذاتي لهذه الأموال ، فى شهر حق الرهن على هذه الأموال حتى يعلم به الغير ، ومن ثم حتى يتيسر للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى التبع دون اضرار بأحد (١) .

٥٠ - وقد صادف المشرع الفرنسى نجاحاً سهلاً فيما يتعلق بالمرابك النهريّة والطائرات والأفلام السينمائية ، اذ استفاد من قابلية هذه الأموال للتعين الذاتى فى غير صعوبة ، كما استرشد بالتجربة السابقة التى استقرت وتأكّدت . استرشد بتجربة السفينة وذلك بالنسبة للمرابك النهريّة والطائرات ، كما استرشد بتجربة المحال التجارية بالنسبة للأفلام السينمائية .

وقد كانت الحاجة الى رهن المرابك النهريّة بلا نقل حيازة ، هى الحافز الأول للمشرع الفرنسى على اصدار قانون ٥ يوليو ١٩١٧ ، المعدل بقانون ١٩ يوليو ١٩٣٤ لينظم ملكية المرابك النهريّة على غرار ملكية السفينة (٢) ،

== البائع وحده، وليس تعييناً ذاتياً لآلة نفسها . ولذا فهو بالضرورة مؤقت . وهو بالضرورة أيضاً تعيين مكره من مشترى هذه الآلات الذى يعتبر اللوحة فضيحة علنية تخل بائنه وسمته ، اذ تنصب دلالتها على بيان عجزه عن وفاء ثمنها .

ومع ذلك ، فعلى الرغم من قصور هذا التعيين ، فانه يؤدى الى تقديم حماية أكبر من الحماية التى توفرها الرهون الأخرى . لأنه لا شك فى أن وجود هذه اللوحة يجعل من الصعب على الحائز أن يدعى حسن نيته فى مواجهة البائع الممتاز .

ومهما يكن من أمر ، فالواقع أن خير نظام يمكن الأخذ به مصر لرهن الأموال غير المعينة تعييناً ذاتياً دون حرمان المدين من استغلالها تجارياً ، ودون الاخلال بالحماية اللازمة للدائن المرتهن ولا بحماية الغير الذين يسرى عليهم هذا الرهن ، هو الرهن عن طريق الايداع فى المخازن العامة التى تصدر صك الايداع والرهن المزدوج . وهو النظام الذى نرجو أن يدخله المشرع المصرى قريباً - (راجع فى تفاصيل الرهن عن طريق الايداع فى المخازن العامة ، مؤلفنا فى القانون التجارى ١٩٦١ بند ١٠٠ ص ١٥٤ وما بعدها) .

J. Hame «Le gage sans dépossession» D. Chron. 1945 p. 37 et s. (١)

(٢) هذا بينما كان الحافز الأول على تنظيم ملكية السفينة فى الأصل هو الاشراف على جنسيتها . ويرجع ذلك بداهة الى أن بلنسية السفينة ، باعتبارها أداة للملاحة البحرية التى تتخذ طابعاً دولياً فى العادة ، أهمية كبيرة من الناحية القانونية .

بحيث يصبح شهر حق الرهن على المركب النهري هو شرط سريانه على الغير ، بدلا من ضرورة انتقال الحيازة . فأوجب تسجيل المركب في سجل عام registre public بمكتب التسجيل التابع لوزارة الأشغال العامة . وأوجب ألا يسير المركب النهري الا اذا كان على ظهره شهادة بالتسجيل Certificat d'immatriculation حتى يمكن القيام بالاشراف الادارى . كما أوجب قيد سائر الحقوق العينية عليه في سجل المحكمة التجارية التي يقع في دائرتها مكتب التسجيل التابع له . ومن ثم أصبح للدائن المرتهن على المركب حق تتبع لا تقيده الحيازة ، تماماً كحق التتبع للدائن المرتهن على السفينة .

كذلك استفاد المشرع الفرنسى من تجربة السفينة عندما أصدر في ٣١ مايو ١٩٢٤ قانوناً يقضى بضرورة تسجيل الطائرات الفرنسية ، وذلك في سجل عام موحد في وزارة الجو . تفيد في هذا السجل سائر الحقوق العينية التي تنشأ أو تنتقل على الطائرات ، ويكون القيد حجة على الكافة . وقد أحال قانون ١٩٢٤ بالنسبة لقواعد رهن الطائرات على سائر أحكام قانون ١٩١٧ الخاص بالمراكب النهرية .

كذلك كانت الحاجة الى الائتمان بلا نقل حيازة هي الحافز الأساسى على اصدار قانون ٢٢ فبراير ١٩٤٤ الفرنسى الخاص بالأفلام السينمائية . إلا أن الفيلم يتميز بأنه ليس شيئاً واحداً كالسفينة أو المركب أو الطائرة ، وإنما هو مجموعة واقعية من عناصر مختلفة بعضها مادية وبعضها معنوى ، وهو في ذلك يشبه المحل التجارى . وقد عرضت مشكلة كيفية نقل حيازة هذه المجموعة الى الدائن المرتهن - قبل صدور هذا القانون - أمام القضاء الفرنسى ، على نحو يشبه الى حد كبير ذات المشكلة التي عرضت من قبل بالنسبة لنقل حيازة المحل التجارى . بل لقد لجأ المتعاملون الى حيل مشابهة تهدف الى نقل حيازة رمزية مع بقاء استغلال الفيلم السينمائي لصالح المدين الراهن . الا أنها - كما هو الأمر أيضاً بالنسبة للمحل التجارى - لم تكن كافية لحماية الغير ، بل ولا لحماية الدائن المرتهن نفسه من غش المدين الراهن . لذلك تدخل قانون ١٩٤٤ لكى ينظم سجلاً عاماً محله المركز القومى للسينما

بباريس (Centre National de la Cinematographie) وأوجب لسريان التصرفات والأحكام المتعلقة بالأفلام السينمائية أن تقيد في هذا السجل ، وأن تبدأ هذه القيود بإيداع السند المؤقت أو النهائي الدال على وجود الفيلم و المتضمن لسائر عناصره التي تكفل تعيينه تعييناً ذاتياً مانعاً . وقد نظم هذا القانون بعد ذلك أحكام رهن الفيلم بما يتفق مع طبيعته الخاصة ومع حاجات استغلاله .

٥١- ولكن المشرع الفرنسي لم يصادف مثل هذا النجاح عندما أصدر قانون ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ الخاص بالسيارات . هذا على الرغم من أن السيارات كانت قبل هذا القانون (ولا زالت بعد صدوره) موضوع اشراف ادارى مستمر ، من شأنه أن يجعل مهمة تنظيم ملكية السيارة أمراً ليس بالصعب . فقد سبقت جهات الادارة مشروع قانون ١٩٣٤ ، في القيام بمهمة تعيين السيارة تعييناً ذاتياً لا يقل ثبوتاً وجلاءً عن تعيين السفينة أو المركب أو الطائرة . إذ من البديهي أن التعيين الذاتي للسيارة أمر ضروري لاغنى عنه لجهة الادارة في مباشرتها للاشراف الادارى . لذلك أوجب قرار ٢١ ديسمبر ١٩٢٢ على صاحب السيارة أن يعلن عنها بمجرد اطلاقها كوسيلة للمواصلات وذلك في محافظة محل اقامته . وتعطيه الجهة المختصة بذلك ايصالاً يسمى في العمل « البطاقة الرمادية » يجب عليه حمله في السيارة دائماً ليقدمه عند أى تفتيش إدارى . هذا الى جانب الرقم الذى يعين السيارة تعييناً ذاتياً . وقد بلغ من نجاح هذا التعيين الادارى حداً شجع المتعاملين على إضفاء الصفة القانونية عليه ، وذلك باعتبار البطاقة الرمادية (la carte grise) التى تقدمها جهة الادارة لمالك السيارة ، سنداً قانونياً للملكيتها ، بل وبالاكتماء بتسليم هذه البطاقة للدائن المرتهن تعبيراً عن نقل حيازة السيارة اليه . واضطرت المحاكم التى عرض عليها الأمر أن تضع حداً لذلك ، مما عرقل الاستفادة من ائتمان السيارة دون التخلي عن حيازتها ، وعرقل من ضمان حق البائع بالتقسيط على السيارة المبعة بعد تسليمها الى المشتري .

لذلك فإن تدخل قانون ١٩٣٤ يستند هو الآخر الى تلبية حاجات الائتمان . وقد امتد نطاقه بقوانين لاحقة ، ليفيد منه بائعو الجرارات الزراعية

بالنسبة للثمن المؤجل ، وبائعو القاطرات الى تخضع لضرورة التسجيل ،
ثم جمعت هذه القوانين المختلفة في القرار الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣

ورغم أن كل أسباب النجاح كانت مهياة أمام مشرع ١٩٣٤ ، اذ كانت
أمامه من ناحية ، النماذج الناجحة في القوانين السابقة التي نظمت ملكية
السفينة والمركب النهري والطائرة ، ومن ناحية أخرى وسائل التعيين الذاتي
التي هيأتها جهة الادارة ، فقد فشل فشلا ذريعا عرضه لنقد شديد من
جانب الفقهاء الفرنسيين . حتى لقد قيل بأنه ندر أن تعرض نص تشريعي
لنقد لاذع كذلك الذي تعرض له تشريع ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ (١) . وقيل بأنه
جدير بأن يكون أنموذجا في المرتبة الأولى للتشريعات سيئة الصنع (٢) .
ونظرة عابرة الى نصوص هذا التشريع تكشف بوضوح عن سر الفشل
الذريع ، فلسبب ما ، لم يشأ مشرع ١٩٣٤ أن يضع أمام ناظره النماذج
الناجحة السابقة وأن يسترشد بها ، فكان أن وقع ضحية سهلة لذلك التقسيم
العتيذ : العقار والمنقول . فقد استند الى هذا الأساس الخاطيء الذي أشاع
في نصوصه كل خلط : ان السيارة منقول ، ومن ثم فالأصل أنها تخضع
لقاعدة التملك بالحيازة الواردة بالمادة ٢٢٧٩ فرنسي ، وأنه لا بد لنتاذر رهن
السيارة على الغير ، من انتقال حيازتها الى الدائن المرتهن . ومن ثم فإنه
بدلا من أن يبدأ بنفى تطبيق المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي ، وبتنظيم حق التبعية
للدائن المرتهن على غرار السفينة أو المركب أو الطائرة ، أي عن طريق القيد
في سجل عام لا عن طريق نقل الحيازة ، فقد وضع كل نصوصه في نطاق
المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي ، على أساس انطباقها على السيارة : الرهن الذي
ينظمه على السيارة رهن حيازي (gage) . والقيد في نظر مشرع
١٩٣٤ هو بمثابة نقل الحيازة . والدائن إنما يحتج بحقه على الغير باعتباره

(١) مؤلف الفقيه كاريك السابق الاشارة اليه بند ٢٣ ص ٤٩

Henri Capitant «La vente à tempérament de vehicules automobile» D.H. (٢)
1935, p.9.

وانظر كذلك بحثا مفصلا في ظروف إصدار هذا القانون والانتقادات التي وجهت إليه وكيفية
تطبيقه في العمل ، بمقال شارل لاپ تحت عنوان (la loi Malingre) ص ٢١٢ من مجموعة الدراسات
عن الرهن التجاري (le gage commercial) التي صدرت تحت إشراف العميد هامل في ١٩٥٣

حائزاً للسيارة بهذا القيد . وحيازته الصورية هذه تسرى على الحائز الفعلي أو الحائز العرضي . وقد ظن مشرع ١٩٣٤ أنه بذلك قد حل مشكلة انتقال الحيازة الفعلية كشرط لسريان الرهن . على أن ظنه لو صح فما أبهظ الثمن : ذلك أنه وضع السيارة تحت ظل المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي وكان الفرض أن يقصمها عن نطاقها ، فخلق بدلاً من المشكلة الواحدة ، عدداً من المشاكل الناجمة عن كيفية انطباق هذه المادة على السيارة : حسن نية الحائز الفعلي أو سوء نيته : أيهما يفترض ؟ سبق الحيازة الفعلية على الحيازة الصورية بالقيد . أيهما يقدم ؟ ثم ان من الواضح أن قانون ١٩٣٤ بهذا الشكل لا يتعارض مع استمرار جواز تملك السيارة بالحيازة اذا توافرت شروط المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي ، وليس منها القيد في السجل . وهو لا يتعارض أيضاً مع استمرار رهن السيارة رهناً حيازياً كأى منقول عادي ، بانتقال حيازة السيارة فعلاً الى الدائن المرتهن بغض النظر عن القيد في السجل . كيف يتم حل النزاع الذي يمكن أن يثور بين هؤلاء ، وبين ذلك الدائن الذي اكتفى بالقيد في السجل ؟

ولسنا هنا في مجال بحث هذه المشكلات أو محاولة إيجاد الحلول العملية لها ، فان ذلك شأن الفقهاء الفرنسيين والقضاء الفرنسي في المحل الاول (١) . انما يعيننا هنا أن نقدم تشريع ١٩٣٤ كأنموذج آخر للأضرار العملية التي يمكن أن تنجم عن النظر الى الاموال من خلال تقسيم فاسد . هذا التشريع يعد في الواقع برهاناً حاسماً على أن اقدامنا على انتقاد تقسيم العقار والمنقول ، ثم على اقتراح تقسيم الأموال على أساس التعيين الذاتي ، كل ذلك ليس من قبيل البحث الفلسفي المجرد ، وانما هو بحث تقتضيه الضرورات العملية قبل أي شيء آخر . واذا كنا نتوقع أن يحدو المشرع المصري في المستقبل القريب حدو المشرع الفرنسي في تنظيم ملكية بعض المنقولات الهامة وتخليصها من واقع الحيازة ، فان أساس التعيين الذاتي يجب ألا يغيب عن الازهان عند وضع قواعد هذا التنظيم ، حتى لا يقع المشرع المصري في ذات الخلط الذي وقع فيه المشرع الفرنسي من قبل .

(١) أنظر الأحكام القضائية التي أشار إليها شارل لاپ ، في المقال السابق الإشارة إليه .

ولا يؤثر في أهمية هذا الاعتبار الجوهرى استمرار بقاء تقسيم العقار والمنقول في صدر القانون المدنى المصرى . فأغلب الظن أنه سيبقى أمدا طويلا . على أنه اذا لم يكن لنا في هذا البقاء الطويل حيلة ، فلا أقل من أن نتجنب التخطيط في حياته على نحو ما فعل مشرع ١٩٣٤

٥٢- وقد تنبه الفقيه الفرنسى كابريك، في دراسته الشاملة لهذه التشريعات ، الى ضرورة التعيين . وتكرر ، في مؤلفه القيم ، تعبير Individualisation كشرط لازم لامكان القيام بشهر الحقوق العينية ، والاستغناء بهذا الشهر عن الحيازة (١) . وقد حاول كابريك أن يستخلص من التشريعات الفرنسية المتفرقة نظرات عامة لاشك أنها في غالبيتها العظمى سليمة .

ففيما يتعلق بالتسميات التي أطلقها المشرع على الرهون التي نظمها تشريعاته ، وهي بين لفظ: Warrant و nantissement و gage و privilège انتقد الفقيه كابريك - مستنداً الى دلالة الاعمال التحضيرية - أنها تنسب في ذهن المشرع الى فكرة الرهن الحيازى على المنقول ، وهي فكرة خاطئة (٢) .

وأوضح أن هذا التقريب من شأنه أن يوقع المشرع في ألوان من الصورية fiction تؤدي به الى الانزلاق الى وضع أحكام غير سليمة . وبين ، بالأمثلة القضائية ، مختلف المشكلات التي تثيرها هذه الصورية عند تعارضها مع الحيازة الفعلية (٣) . وأكد أن طبيعة هذه الرهون هي من طبيعة الرهن الرسمى nature hypothécaire لا الرهن الحيازى ، رغم

(١) مؤلفه «La protection du créancier dans les sûretés mobilières...» السابق الاشارة اليه .

(٢) المرجع السابق بند ١٦٧ ص ٢١٨

(٣) مؤلف الفقيه كابريك السابق بند ١٦٨ و ١٦٩ ص ٢١٩ وما بعدها وبند ١٧١ ص ٢٢٢ وبعدها .

أنها تقع على منقولات (١) . وأن الصورية تعجز تمام العجز عن أن تغير من هذه الطبيعة (٢) .

أما فيما يتعلق بحق الدائن المرتهن في التتبع ، فقد حاول الفقيه كابريك أن يستخلص من التشريعات الفرنسية قواعد عامة محددة لتطبيق حق التتبع على تلك المنقولات . فأوضح أهمية تنظيم العلانية التي تكفل حماية الغير اذ تجعلهم يعلمون بحق الدائن المرتهن أو يتمكنون من العلم به . وأكد أنه بغير علانية مستقرة واضحة ، فإن حق التتبع من شأنه أن يهدر كل استقرار في التعامل بهذه المنقولات ، بل ويهدد نظام الملكية فيها (٣) . ثم أوضح أن العلانية لا يمكن أن تتم على هذا النحو في المنقول الا اذا كان المنقول معيناً ، وأن هذا التعيين هو الشرط الاساسى الأول ، ليس فقط للعلانية ، بل لكي يكون محلاً للحق العيني (٤) .

ثم ذكر أن هذا التعيين ، اذا لم يكن من طبيعة المنقول ، فانه لا بد لاتمامه من تنظيم ادارى يحدد علامات مميزة للمنقول . ولا يشترط بعد ذلك أن يكون لهذا المنقول وعاء ثابتا *assiette fixe* ولا أن يكون متصلاً

(١) ص ٢١١

(٢) وقد أسهب كابريك في شرح ذلك تحت عنوان :

L'impuissance de la fiction de possession à modifier la nature hypothécaire
«des suretés sans dessaisissements».

بند ١٦٥ وبعده ص ٢١٥ وما بعدها .

(٣) بند ٢ ص ٢٣

«Il faut admettre en tout premier lieu que le meuble doit être *individua-* (٤)
lisé. C'est là un caractère indispensable, le droit réel supposant un objet *déterminé*; si l'on écarte l'apprehension matérielle qui permet toujours cette détermination, il faut bien que la chose soit individualisée pour faire l'objet d'un droit réel. D'ailleurs, si elle ne l'était pas, il serait impossible d'organiser autour d'elle la publicité nécessaire».

بند ٤ ص ٢٦

بالأرض ، وانما يكفي أن يكون استعمال المنقول استعمالا علنيا (١) . ثم نادى فى النهاية بضرورة تعميم وسائل العلانية ، وتنظيم وسائل الاشراف عليها حتى تكون محلا لثقة المتعاملين ، ولكنه نبه الى الأخطار الائتمانية التى تنجم عن ارتباط هذه العلانية بالرهن وحده دون سائر الحقوق العينية الأخرى (وقد رأينا كيف أن الغالبية العظمى لهذه التشريعات انما تنصب بالذات على تنظيم الرهن دون نقل حيازة) كما حذر من مغبة تشجيع الدائنين على التوسع فى الحصول على رهون يتساهل المدين فى تقديمها لانها لا تجرده من حيازة الشئ المرهون أو استعماله . وذكر أن تعدد أسباب التفضيل التى يستند اليها الدائنون تشكل خطرا يثير القلق على الضمان العام للدائنين العاديين ، فقد ضاق بالفعل نطاق تطبيق قاعدة قسمة الغرماء خلال الثلاثين سنة الأخيرة (٢) .

٥٣- هذه النظرات العامة من جانب الفقيه الفرنسى كابرياك سليمة فى مجموعها . بل لعل مؤلفه القيم (الذى تضمن أكثر من ٤٠٠ صفحة من القطع الكبير) هو أعمق محاولات الصعود من جزئيات المشرع الفرنسى المتناثرة فى غير تنسيق ، الى كليات الاسس العامة (٣) ، فى سبيل استنباط أحكام ايجابية محددة . ولاشك عندنا أن أهم هذه الاحكام الايجابية هو تأكيده لضرورة التعيين ، Individualisation لامكان تنظيم الحقوق العينية على المنقول ، على النحو الذى بيناه .

الأنه مما يعاب على الاستاذ كابرياك - فى محاولته الصعود الى الكليات العامة - أنه تخلف فى موضعين رئيسيين ، قصر فيهما النظر على آفاق أضيق بكثير مما كان ينبغى له :

(١) بنده ص ٢٧

(٢) فى الخاتمة ، ص ٣٧١ وبعدها .

(٣) من بين هذه المحاولات مقال الأستاذ ريتيه روبلو ومقال الأستاذ هامل السابق الاشارة

اليها .

فهو أولاً لم يصعد الى حد دراسة الحقوق العينية بصفة عامة على هذه المنقولات المعينة تعييناً ذاتياً ، سواء كانت تلك الحقوق أصلية أو تبعية . وإنما حصر دراسته في نطاق حق عيني تبعي واحد هو حق الرهن . بل هو لم ينظر الى الرهن الا من خلال زاوية معينة ، هي بيان كيفية حماية الدائن المرتهن على المنقول استناداً الى حق التتبع ، إلى انتقال الحيازة .

وعذر الفقيه الفرنسي في ذلك واضح : هو أن التشريعات الفرنسية المتلاحقة التي عني بدراستها كانت في مجموعها خاصة بحق الرهن وحده . ومن ثم فانه لم يشأ أن يتعد عن هذا المدى صعوداً وراء الكليات العامة ، خاصة وأن هذه التشريعات التي تمثل جانبا من القانون الوضعي الفرنسي ، كانت ولا زالت في حاجة الى تفسير ما غمض فيها ، وحل ما تثيره من مشكلات في العمل . فلعله خشي ان هو واصل الصعود أن يفقد مؤلفه بعض قيمته العملية في نظر المشتغلين بالقانون .

أما الموضوع الثاني الذي انحصر الأستاذ كابريراك في داخله عن طواعية واختيار ، فهو تقسيمنا الخالد العتيق : العقار والمنقول . وهو هنا لا عذر له ، إذ أن دراسته قد تناولت « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » في أخص ما تتميز به ، فكان الأجدر أن ينتهي به التأمل في شذوذها الى الكشف عن فساد التقسيم .

والحق أنه كان من ذلك الكشف على قاب قوسين أو أدنى . فقد أبرز صفة التعيين من ناحية ، وأكد من ناحية أخرى ، أن طبيعة الرهن على هذه المنقولات هي من طبيعة الرهن الرسمي على العقار ، لا الرهن الحيازي على المنقول . فلم يكن باقياً بعد أن وصل في دراسته الى هاتين النتيجةين الهامتين ، إلا أن ينظر الى التقسيم ، مجرد أن ينظر اليه .

وسواء خطر ذلك بذهن الفقيه الفرنسي فهاله أن يتصدى لتقسيم له كل ذلك الرصيد التاريخي الضخم ، أو أن صحة التقسيم كانت مترسبة في احساسه الداخلي ، فلم يخطر بذهنه أن يتصدى له على الإطلاق ؛ فقد انتهى الأستاذ كابريراك الى وضع كل تأملاته العامة في اطار خاطيء .

ذلك أنه فضل أن يستبعد العقارات كلية من نطاق بحثه، واكتفى - في نطاق احترام التقسيم العام - أن يقسم المنقولات داخليا ، على أساس حماية الدائن المرتهن ، الى مجموعات ثلاثة :

الأولى - تتضمن المنقولات التي تخرج عن نطاق م ٢٢٧٩ مدني فرنسي . وهذه تم فيها حماية الدائن عن طريق الحق العيني وحده .

والثانية - تتضمن المنقولات القيمة التي تخضع للمادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي . وتم فيها حماية الدائن عن طريق الجمع بين الحق العيني وبين ترتيب التزام شخصي على عاتق المدين .

والثالثة - تتضمن المثليات ، وترتكز فيها حماية الدائن على حق عيني معلق على شرط واقف مع اضافة التزام شخصي على المدين (١) .

ولكى يؤكد الأستاذ كابريراك احترام التقسيم العام الى عقارات ومنقولات ، حاول أن يجد فارقا بين مباشرة الحق العيني على العقار ، ومباشرة على المنقولات الخارجة على المادة ٢٢٧٩ (أى المعينة تعيينا ذاتيا) فقرر أن حق التبع الذى يباشره صاحب الحق العيني يهيء للدائن ضمانا أقوى فى العقار ، منه فى هذه المنقولات . واستند الى السببين الآتيين :

(أولا) أن المنقولات معرضة لأخطار الائتلاف والتدمير المادى (٢) .

(ثانياً) أن المنقولات معرضة لأخطار الانتقال من مكانها الى مكان آخر . واذا لم يكن فى ذلك ما يمس وجود حق الدائن المرتهن ، فإن من شأنه على أى حال أن يعرقل من سريانه على الغير ، اذ الفرض أن اجراءات الشهر قد تمت فى المكان الأول (٣) .

(١) فى الخاتمة ص ٣٦٩ وما بعدها .

(٢) بند ٥٨ ص ٩٩ وبند ١٧٥ ص ٢٣٠

(٣) بند ٨٨ ص ١٣٣ وبند ١٧٩ ص ٢٣٣

والواقع أن الرد على هذين الاعتراضين الضعيفين ليس بالأمر العسير ، على الاخص بعد الانتقادات المفصلة التي سبق لنا أن أوردناها على أسس التفرقة بين العقار والمنقول ، في الفصل الثاني من هذا البحث .

وأول ما يتبادر الى الذهن في مجال الرد هو أن ما يهينه رهن مال معين للدائن المرتهن من ضمان ، يعتبر من قبيل الواقع المختلف المتغير الذي لا يجوز أن نقطع فيه بحكم عام يفصل بين جميع العقارات من ناحية ، وجميع المنقولات من ناحية أخرى ، فلا يمكن القول بصفة عامة أن الضمان الذي يوفره العقار أيا كان ، أقوى من الضمان الذي يوفره المنقول أيا كان . ثم انه حتى لو افترضنا امكان استخلاص مثل هذه النتيجة ، فانه ليس من شأنها أن يكون لها أى انعكاس على النظام القانوني للملكية الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

على أنه اذا تناولنا السبب الاول على وجه الخصوص ، وهو القول بتعرض المنقولات للإتلاف والتدمير المادى ، لوجدنا في هذا الاعتراض بعض آثار الاعتماد بضالة القيمة الاقتصادية للمنقول ، استنادا الى أنه أكثر قابلية للفناء السريع ، بينما العقار خالد يستعصى على الفناء ، وهو ذلك الاعتماد الذي كان راسخا دائما في ظل القانون الفرنسى القديم . ومن ثم فان الرد عليه لا يقتضى في الواقع أكثر من الاحالة الى ماسبق أن قلناه في انتقاد الأساس الاقتصادى للتقسيم .

الا أننا نود أن نضيف هنا أن من البديهي أن يكون المال على درجة معينة من الأهمية الاقتصادية حتى يهتم المشرع بتنظيم الملكية والحقوق العينية عليه تنظما يعتمد على الشهر في سجل عام . لا يعقل بطبيعة الحال أن يكلف المشرع نفسه ، ومعه سائر المتعاملين ، عناء تنظيم الحقوق العينية وتحمل اجراءات وتكاليف الشهر بالنسبة لمال تافه القيمة ، حتى على فرض أن كان هذا المال معينا تعيينا ذاتيا يسمح بهذا التنظيم . لاشك اذن أن هناك أساسا اقتصاديا واضحا لتنظيم الشهر في سجل عام (1) .

(1) أشار الأستاذ كابرناك الى هذا الأساس الاقتصادى بالنسبة للمنقول الذى يخضع للشهر

الا أن هذا الأساس الاقتصادي ليس من شأنه على الإطلاق أن يفرق بين العقار والمنقول ، بل انهما يستويان أمامه ويتماثلان . فكما أن هناك منقولات تافهة القيمة لا يجدر بالمشرع أن يهتم بتنظيم ملكيتها حتى لو افترضنا جدلاً أنها كانت معينة تعييناً ذاتياً ؛ فإن هناك من العقارات أيضاً ما هو تافه القيمة ، لا يتصور أن تنصرف إليه قواعد الشهر العقارية . فهذه القواعد لا تخضع لها في الواقع الا البناء والأرض (لا الأشجار أو النباتات ... الخ ..) ، بل أنه لا يتصور أن تخضع لها الابنية البدائية التي قد يقيمها بعض العمال أو البدو في الأراضي الحالية ليتخذوا منها سكناً ، مع أنها لا يمكن نقلها بدهاءة الا بتلف شديد . بل أن الارض ذاتها لا بد وأن تكون ذات قيمة اقتصادية معينة حتى تكون جديرة باهتمام مكاتب التوثيق . فن العث مثلاً أن تخصص السجلات لتنظيم الحقوق العينية على الأرض الصحراوية المهجورة التي لا تزرع ولا تسكن ، حتى ولو كان من الممكن أن يصاد فيها القليل من الحيوان أو الطير ، أو أن ترعى فيها بعض الغنم . أما اذا استصلحت هذه الأرض فأنبئت الزرع ، أو امتد اليها العمران ، فأمكن أن تقام فيها مباني السكنى ؛ فقد آن الأوان لمكاتب التوثيق حينئذ أن تنشر لها صحائف السجلات العامة ، وأن تعنى بشهر مايرد عليها من تصرفات .

فالقيمة الاقتصادية للمال هي ولاشك أساس اهتمام المشرع بتنظيم ملكيته عن طريق الشهر . ولكن لا صلة بين القيمة الاقتصادية للمال وبين ثباته وتحركه (١) .

أما عن السبب الثاني الذي تدرع به الأستاذ كابريراك ليدلل على ضعف الحق العيني على المنقول المعين تعييناً ذاتياً ، وهو قوله أنه عرضة لخطر الانتقال ،

(١) نحن نستبعد أن يكون الأستاذ كابريراك قد قصد « بالقابلية للاتلاف والتدمير » الاتلاف العمدي الذي يصدر من المدين عن قصد بغية حرمان الدائن من التأمين . ففضلاً عن أن مثل هذا الاتلاف العمدي يمكن أن يقع على العقار كما يقع على المنقول ، فإنه لا يتصور أن تبني الأنظمة القانونية على أساس افتراض وقوع الجرائم ، فيقال مثلاً أن حق الرهن أضعف في المنقول لأن المدين الراهن أقدر على اتلاف المنقول أو تدميره . ويحشى أننا لو سرننا على هذا القياس لأدخلنا على كل قاعدة قانونية تحفظاً مستمداً من قانون العقوبات .

مما يفقد الشهر الذى تم فى المكان الأول أثره ، فاننا لا نعتقد — بعد قراءة مؤلف الأستاذ كابر ياك نفسه — أنه يعتبره اعتراضا جديا ، اذ حرص على أن يبين كيفية مواجهته وتأمين حق الدائن المرتهن . ثم إنه فضلا عن أن مسألة انتقال المنقول المعين تعييناً ذاتياً من مكانه مسألة لا بد أن يتوقعها وينظمها المشرع الذى يضع أحكام القيد والتسجيل بالنسبة لهذا المنقول ، فانه لا يمكن لأحد أن ينكر أن نظام الشهر فى كثير من هذه المنقولات أفضل وأكثر فاعلية من نظام الشهر على العقار . والأسباب متعددة ، منها مثلا أن الموطن أو المحل الأول لاستغلال المنقول المعين تعييناً ذاتياً يكون عادة عنصرا هاما من عناصر التعيين الداخلية فيه (١) ، كما هو الامر بالنسبة لميناء التسجيل فى المركب أو السفينة ، بحيث لا يمكن أن مجهل أحد ، أيا ما كان المكان الذى تنتقل اليه السفينة بالفعل ، الموطن الأول الذى يتعين عليه الرجوع اليه ليعلم بأمر الحقوق العينية التى يمكن أن تثقل السفينة أو المركب . ومنها أن هذه المنقولات تكاد تتميز بأنها علنية الاستعمال *usage notoire* بحيث تستعصى عادة على الاخفاء أو التهريب الا فى حالات شاذة لا تصلح أصلا للتأثير فى سلامة القاعدة (٢) ومنها أخيرا أن نظام الشهر فى هذه المنقولات هو نظام التسجيل العيني الذى يكفى فيه معرفة عناصر تعيين المال ذاته بما فيها المكان الأول لاستغلاله حتى يستطيع الغير أن يستعلم فى سهولة عن سائر التصرفات التى أبرمت بشأن هذا المال ، وسائر الحقوق العينية التى رتبت عليه منذ نشأته حتى تاريخ الاستعلام ، أما بالنسبة للعقارات ، فلا زال نظام التسجيل الشخصى يقف عقبة كأداء فى سبيل الوصول الى الاستعلام الكامل السهل .

ونكتفى بهذا القدر من الايضاح فى الرد على ما يعتبره الفقيه الفرنسى أسبابا لضعف (*fragilité*) الحق العيني على المنقول المعين تعييناً ذاتياً . والحق أنه لا يجدر بنا أن ننسى أنه لم يعقد مقارنة واضحة بهذا الصدد بين

(١) وهو ما لم يغفل عن ذكره الأستاذ كابر ياك — بند ١٧٨ ص ٢٣٢

(٢) وقد أشار الأستاذ كابر ياك الى حالة تهريب المال الى خارج فرنسا فيفقد الدائن حقه

فى حياية القانون الفرنسى ، بند ٨٨ ص ١٣٣

المنقول والعقار ، لأنه حصر اهتمامه ، كما سبق أن ذكرنا ، في حدود المنقولات وحدها . ثم هو لا يؤكد ضعف الحق العيني على المنقول ، الا لكي يبين بعد ذلك ما يراه ملائماً من وسائل حماية الدائن في مواجهة هذا الضعف . وقد رأينا كيف بذل جهداً ناجحاً في سبيل كشف ما تتميز به « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » . لا جدال في أنه كان يمكن أن يحقق نجاحاً أكبر لولا أن كل تأملاته قد بدأت من احترام مفروغ منه ، ثابت لا شك فيه ، لتقسيم الأموال الى عقار ومنقول .

مثال نموذجي للسدود العالية التي تقيمها الأفكار الثابتة في وجه تقدم الفكر الحر ؛ فيفضل طريقه المستقيم الى الهدف .

الخاتمة

٥٤- ان مشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » كانت ولا زالت مشكلة تكييف حارت بين الفقهاء وحاووا معها . ولم يستطع المشرع الفرنسي - تحت ضغط الحاجات العملية - أن ينتظر انتهاء هذه الحيرة ، فأخذ ينظم هذه المنقولات بتشريعات مستقلة ، ضيقة الأفق والنطاق ، على قدر الحاجة العملية دون زيادة ، فأصاب في بعضها وأخطأ في البعض ، كل ذلك وحيرة الفقهاء ما زالت مستمرة .

والمشرع المصري في بداية الطريق . الحاجات العملية لم ترغمه بعد على التلهف والاسراع في التنظيم . الا أن المستقبل المشرق الذي ننتظره ونتمناه جميعاً لبلدنا الحبيب لن يلبث أن يجعل من هذا التنظيم ضرورة عاجلة . ومن حسن الطالع أن الحاجات العملية التي تنتظرنا ليست من نوع الحاجات العملية التي دفعت يد المشرع الفرنسي الى العمل . فقد واجه المشرع الفرنسي أزمات اقتصادية متلاحقة ، جعلته يحاول أن يعترض كل شيء ، ليستخلص منه الاثمان دون أن يضطر الى اخراج هذه الأشياء من نطاق الاستغلال العادي . كان نضاله ضد المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي نضال المعوز المحتاج . فلم يكن له من هدف إلا تنظيم حق عيني واحد من الحقوق العينية التبعية ، هو حق الرهن ، حتى يصل من ذلك الى تقريره دون نقل حيازة .

أما الضرورات العملية التي نتوقعها في مصر ، فإنها تتصل أساسا بتنظيم الملكية ، ثم بسائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية المنفردة عنها . ان زيادة الانتاج بأنواعه بعد قيام السد العالى ، واتساع رقعة الأرض المزروعة ، وضرورة توزيعها توزيعا عادلا ، وازدياد مقدرة الافراد على تملك الأموال ثابتة أو متحركة ؛ كل ذلك سوف يقتضى من المشرع المصرى أمرين لازمين لزوم الضرورة الملجئة : الأول : ألا يترك أمر المنقولات كلها مما غلت قيمتها تحت رحمة واقع الحيازة دون استناد الى أصل الحق . الثانى : أن يبعث بعض الحرية فى تداول العقارات ، وأن ينفذ عنها غبار الأفكار القديمة التي تعزلها عن التداول بحجة أنها مصدر الأمن الوحيد للأسرة جيلا بعد جيل .

ومن ثم فانه اذا كان المشرع المصرى قد اعتاد أن يسير فى اذيال المشرع الفرنسى حيث يسير ، فيصيب حيث يصيب ، ويخطئ حيث يخطئ ، واذا كان قد سار بالفعل فى اذياله بالنسبة للسفن والمحال التجارية ؛ فما أجدره أن يتنبه الآن وهو مازال فى بداية الطريق .

٥٥- هذا البحث محاولة مغلصة متواضعة ، لوضع نقطة البداية السليمة فى خدمة المشرع المصرى .

نقطة البداية السليمة تبدأ حيث تنتهى الحرية فى أمر تكييف المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . ها نحن قد رأينا كيف أن كل ما تتميز به عن غيرها من المنقولات إنما يكمن فى صفة التعيين الذاتى . وعرفنا أن التعيين الذاتى ليس دائما صفة تابعة من صميم الشئ تخلق فيه حين يخلق ، وإنما هى غاية قد نصل الى تحقيقها بوسائل صناعية ، للمشرع فيها يد . ثم عرفنا آثار التعيين الذاتى فيما يتعلق بتنظيم الحقوق العينية على الشئ تنظيما لا يستند الى واقع الحيازة . ورأينا كيف أن هذا التنظيم يقتضى تدخلا إيجابيا من المشرع الذى بيده وحده أن يهيئ وسائل الشهر التي يثق بها الجميع ، فيطمئن بها صاحب الحق العينية الى حماية حقه بغض النظر عن الحيازة ، ويعلم منها سائر الناس بأمر صاحب الحق العينية فلا تخدعهم الحيازة .

بقدر نجاح المشرع في تهيئة أفضل وسائل الشهر من حيث الثقة والسرعة والفاعلية ، سيكون نجاحه في الاستفادة من صفة التعيين الذاتي . الحال هنا فسيح لاحراز سبق ، بعد دهر طويل من التبعية المنصاعة للمشرع الفرنسي . ينبغي لذلك أن يكون تنظيم الشهر تنظيمًا علميًا دقيقًا شاملاً ، لا يقتصر على مجرد شهر حق الدائن المرتهن وحده دون غيره من أصحاب الحقوق العينية .

لقد ساد الاعتقاد وما زال يسود بأن قاعدة الحيازة هي مناط استقرار التعامل في المنقولات ، وأن المناولة اليدوية هي مناط سرعة هذا التعامل . ومع ذلك ، فإن الحيازة واقع قد ينفصل عن أصل الحق . والمشرع ، عندما يجعل من هذا الواقع مصدرًا للحق نفسه ، يتخلى - في سبيل استقرار المعاملات وسرعتها - عن جانب من واجبه في اقامة النظام القانوني في المجتمع . هذا التخلي ضرورة يتعين دائماً أن يقاس بها . والميزان الدقيق الذي يحمل في احدى كفتيه ضرورة استقرار المعاملات في المنقول وسرعتها ، وفي الكفة الأخرى واجب القانون في حماية صاحب الحق ، هذا الميزان يتعين أن يكون شديد الحساسية ، فلا يجرد جموداً متصلًا في ظل قاعدة تظل مطلقة لا تتغير ، بغض النظر عما يحدث من تطور في كلتا الكفتين ، وإلا فإن توازن الميزان لأبد وأن يختل .

وقد تطور بالفعل ما في كفتي الميزان تطوراً كبيراً من ناحيتين : الأولى : أن بعض المنقولات قد اكتسب في العصور الحديثة أهمية اقتصادية كبيرة ، واكتسب في ذات الوقت تعييناً ذاتياً كافياً ، بحيث أصبح من الميسور التوصل الى حماية صاحب الحق فيه دون استناد الى واقع الحيازة . ومن ناحية أخرى فإن الكتابة في العصور الحديثة لم تعد اجراءً يخشى منه على سرعة المعاملات واستقرارها . بل أصبحت على العكس ، مصدر أمن وثقة هما ولا شك خير ضمان لسرعة المعاملات واستقرارها .

إن ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة قد أوضح اختلال الميزان الذي جمد دهرًا على أساس المنقول والعقار . فلم يكن ثمة بد من تغيير هذا الأساس حتى يعود التوازن من جديد . والأساس الجديد هو التعيين الذاتي .

٥٦- وقد حفزنا ذلك الى امعان النظر في تقسيم العقار والمنقول ،
وفي الأسس المختلفة التي استند اليها في تاريخه الطويل . فبيننا فساد الأساس
الطبيعي الذي نبغ منه . ثم وجدنا أن الأساس الاقتصادي قد فات أوانه ،
وأن ما يمكن أن يكون قد تبقى له من آثار مصيره الى زوال قريب . فلم يبق
للعقار ميزة على المنقول الا أن ثباته يهيء له وسيلة طبيعية للتعين الذاتي ،
وتلك ميزة لم تعد مقصورة عليه وحده ، بعد أن شاركته في صفة التعيين
الذاتي ، تلك « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » .

لذلك رأينا منطقياً أن ننادى بهدم هذا التقسيم الجامد القديم ، ورد سائر
الأموال الى التقسيم الذي يستند الى التعيين الذاتي .

والتقسيم الجديد تقسيم قانوني يضع الأمور في نصابها . فهو
عام يشمل الأشياء المادية والمعنوية دون حاجة الى حيلة أو مجاز . ويشمل
كذلك المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، ومن ثم ينهى حيرة الفقهاء في أمر
تكييفها . وهو قابل للتطور والحركة في كل آن . وهو أنسب ما يكون
للتطور الذي نحن مقبلون عليه . ثم هو يسمح بأن تنحسر قاعدة الحيازة
كلما كان ذلك لا يضر باستقرار المعاملات ولا بسرعتها ، وبالتالي بأن يتسع
في ذات الوقت نطاق الحماية التي يضيفها النظام القانوني على صاحب الحق .
وتلك من أشرف غايات القانون .

لاشك أن فيما ننادى به جرأة قد لا تستند الى ما يكفي من الخبرة والتجربة ،
واكن انتظار الخبرة والتجربة قد يطول ، خلال عمر قد يقصر .

لعل تلك التأملات العابرة تستثير عند ذوى الخبرة ، تأملات أخرى
أكثر منها عمقاً وصدقاً . فالباحث عن الحقيقة لا يخشى أن يقال له
أخطأت . ولو قدر لأخطائنا في هذا البحث أن تسهم في إيضاح طريق
الصواب لمن هم أقدر على السير فيه ، لكان ذلك خير جزاء على ما بدلنا
فيه من جهد .