

دراسة تأصيلية لمعيار فض التزام بين المشتري لذات العقار

د. مروة محمد عبد الغني

مدرس بقسم القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

تمهيد:

يتناول هذا البحث إشكالية إعادة بيع العقار بواسطة مالكه بعد سبق بيعه وما ينشأ عن هذا الوضع من تزامم للمشتريين يكون ثانيهما قد سجل تصرف البائع له بينما أغفله الأول. وتقتضي المفاضلة بينهم وتحديد من تؤول إليه ملكية العقار، عرض المبادئ الحاكمة للمسألة. كما يقتضي البحث بيان المصالح المتعارضة التي يتعين تحقيق التوازن بينها قدر الإمكان-. وكذا بحث وتحليل القواعد التي تنظم أسبقية التسجيل، سواء تلك المنصوص عليها في قانون تنظيم الشهر العقاري، أو في نظام السجل العيني، في ضوء ما أرسته أحكام محكمة النقض في هذا الشأن.

وقد جاء مجمل النصوص المنظمة لهذه المسألة غير متفق مع الكثير من القواعد العامة التي أرساها القانون المدني. لذا، نسعى من خلال هذا العمل إلى التوصل للجوانب المختلفة لهذه المسألة، ووجه خصوصيتها، ومدى ما أثارته من مشكلات في العمل، ومحاولات القضاء لفض هذه المشكلات.

إن من أكثر مبادئ القانون المدني التي تمس بالموضوع محل البحث تلك المتعلقة بتأثير حسن أو سوء النية في إبرام الاتفاقات، بل في المعاملات القانونية بشكل عام. وكذلك أثر الغش أو التواطؤ على التعاقدات كأصل عام، وتطبيق هذا الأصل على الحالة محل النظر. ولا شك في ارتباط الموضوع ارتباطاً وثيقاً بنظرية الأوضاع الظاهرة.

كما أن القواعد المنظمة لانتقال ملكية العقار عن طريق التسجيل قد مرت بتطور تاريخي طويل. لذا فإن عرضه هنا أمراً ضرورياً للعمل على توضيح الصورة، والمساهمة في التوصل للطرف الأولى بترجيح مصالحه. ومن ضمن القواعد القانونية الهامة المتعلقة بالموضوع تلك المنظمة للضمانات القانونية المقررة للمشتري في عقد البيع كضمان الاستحقاق والتعرض.

لا شك أنه من الضروري هنا العرض لتطبيقات مشابهة للحالة محل البحث من حيث انفصال ولاية التصرف فيها عن الملكية. ومع ذلك فقد عالجتها نصوص القانون بشكل مختلف، مما يدفعنا لمحاولة الوقوف على الحكمة من ذلك التمييز. ومن أبرز هذه التطبيقات حالة المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث، وحالة الشرط المانع من التصرف، وحالة خروج النائب عن حدود سلطته. كما يتعين الأخذ في الاعتبار لدى مواجهة هذه الإشكالية دلالات ما ورد في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن إيجار الأماكن، وذلك فيما يتعلق بالجزاء المقرر فيهما للتصرف الثاني على ذات العقار. كما أن حالة تزاحم مستأجري العقار وثيقة الشبه بالحالة محل البحث، وعليه فإن النصوص المنظمة لها هي مما لا بد من القياس عليه كذلك.

بناءً على ما سبق، ينقسم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: الجانب التأصيلي لأسس فض النزاح.

الفصل الثاني: الجانب التطبيقي: حالات انفصال ولاية التصرف عن الملكية،

والقياس عليها.

الفصل الأول

الجانب التأصيلي لأسس فض التزامم

تقديم:

يتناول هذا الفصل عرض المبادئ والنظريات العامة، وكذلك النصوص القانونية ذات الصلة بمسألة التزامم مشتري العقار. كما يتناول تطبيق تلك المبادئ والنصوص على إشكالية التزامم. وينبغي بدايةً توضيح الفرض محل البحث ذاته.

إن ما يتناوله هذا البحث هو الوضع الذي يقوم فيه مالك العقار ببيعه إلى مشتري لا يقوم بالتسجيل الذي استلزمه القانون لإتمام نقل الملكية، أو يتأخر في القيام به بسبب إغفاله أو إهماله، أو امتناع البائع عن التعاون معه، أو غير ذلك. وبذلك تظل الملكية قانوناً للبائع، فيقوم ذلك الأخير ببيع ذات العقار مرة ثانية إلى مشتري آخر (سواءً كان حسن أو سيء النية)، والذي يقوم بدوره بتسجيل التصرف الناقل للملكية بالشهر العقاري كما استوجب القانون المنظم له. وهنا ينشأ الصراع بين مصلحة كل من المشتري الأول والثاني لنفس العقار، ويثور التساؤل حول أيهما أولى بملكية العقار؟ للإجابة عن هذا التساؤل نعرض في المبحثين التاليين لكل من المبادئ والقواعد التي تحكم المسألة في القانون المصري.

وبذلك يتم تقسيم هذا الفصل كالآتي:

المبحث الأول: المبادئ والنظريات المتعلقة بإشكالية التزامم مشتري العقار.

المبحث الثاني: القواعد القانونية المنظمة لإشكالية التزامم مشتري العقار.

المبحث الأول

المبادئ والنظريات المتعلقة بإشكالية التزامم مشتري العقار

تمهيد:

نعرض في هذا المبحث لعدد من أهم المبادئ والنظريات العامة في القانون المدني والتي لها صلة وثيقة بالإشكالية محل البحث. فتطبيق تلك المبادئ والنظريات على هذه الإشكالية مما يساعد بشكل كبير في التوصل إلى الوضع الأقرب للمنطق القانوني والأكثر اتفاقاً معه.

لعل أكثر تلك المبادئ والنظريات ارتباطاً بالموضوع الجاري بحثه هي مبدأ حسن النية، ومبدأ الغش يُفسد كل أمر، ونظرية الأوضاع الظاهرة. على ذلك نفصل هذا المبحث في ثلاثة مطالب كالآتي:

المطلب الأول: مبدأ حسن النية.

المطلب الثاني: مبدأ الغش يفسد كل أمر.

المطلب الثالث: نظرية الأوضاع الظاهرة.

المطلب الأول

مبدأ حسن النية:

إن تحديد المقصود بحسن النية في المجال القانوني عموماً أمر غاية في الصعوبة، ذلك أن لحسن النية أدوار متعددة ومتباينة من ناحية. ومن الناحية الأخرى فإن هذا المفهوم تختلط فيه الأخلاق بالقانون^١.

على الرغم من ذلك فقد اجتهد الفقه للوصول إلى وجهات تقرب فكرة حسن النية قدر المستطاع^٢. ومن ذلك: "لو أردنا البحث عن محددات للحسن لوجدناها في الأمانة والإخلاص والاستقامة والعدالة وعدم الجور. فيكون الشخص حسن النية إن هو اختار الطريق الذي تفرضه الأمانة والاستقامة وأداء الواجب على أفضل ما يكون وبالصورة التي يتمنى أن تؤدي له لو كان هو صاحب الحق. ويكون بالتالي سوء النية هو قصد الإضرار بالغير أو قصد خيانة الأمانة والجور على حقوق الغير"^٣.

وفي محاولة لوضع مفهوم قانوني لحسن النية لا يتداخل مع مفهومه الأخلاقي عرفه الدكتور نعمان جمعة على أنه: "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون"^٤. ويستطرد سيادته قائلاً أن: "التزام حدود القانون لا يتعارض مع استغلال الشخص لكل الرخص التي يمنحها القانون. بل وأكثر من ذلك لا يتعارض مع استغلال الشخص للثغرات الموجودة في

^١ د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٧، ص ١٣٠.

^٢ أنظر: د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول، ١٩٨٦، ص ١٤٣-٢٠٢.

^٣ د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

^٤ د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

القانون والتي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره أو تضييع من غيره بسبب حصوله هو عليها. وكل ذلك نتيجة لانفصال حسن النية في القانون عن حسن النية في الأخلاق. فالأخلاق لا تسمح باقتناص فرصة أو شكت أن تتحقق للغير. بينما القانون يسمح بها طالما أن ذلك يتم في حدود أحكامه".

أما عن حسن النية في نصوص القانون المدني فإن المادة ١٤٨ تنص على أنه:

١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من

مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

بناءً على ما سبق نجد أن حسن النية هو أحد ضوابط العملية التعاقدية التي تفرض

التزامات إيجابية، وأخرى سلبية على المتعاقد. لا شك أنه ضابط ذو أساس أخلاقي، لكنه من

الأخلاقيات التي رفعها المشرع إلى مستوى الواجب القانوني. لذا، لا بد من الاجتهاد للتعرف على

الملاحق القانونية لفكرة حسن النية، وعدم تركها لمطلق الأخلاق.

لا شك أن من أهم ما يُحتكم إليه لتحديد مفهوم حسن النية ومقتضاه، الذي جعله

القانون التزاماً قانونياً ذو صبغة أخلاقية؛ هو العرف. ويشمل ذلك ما صار وفقاً لهذا

العرف من أخلاقيات التعامل وشرفه الذي يرقى إلى مستوى الواجب القانوني. ومما يُعد

من مترادفات حسن النية؛ ما تقتضيه نزاهة التعامل في ضوء العرف الجاري في

المعاملات. وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٥٠ مدني: "أما إذا كان هناك محل لتفسير

العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي

للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين

المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

نأتي الآن لتطبيق مبدأ حسن النية في ضوء المفهوم السابق ذكره ونص المادة

١٤٨ على الإشكالية محل البحث.

إن مفاد نص المادة ١٤٨ أنه يستلزم توافر حسن النية لدى تنفيذ العقد، وهو ما

يستتبع استلزامها عند إبرامه كذلك. وهو لم يقصر الالتزام بحسن النية على أحد

المتعاقدين دون الآخر، مما يقتضي منطوقاً اعتباره التزاماً على طرفي العقد على السواء.

إلا أنه في حالة التزام نصد حسن النية مُتفق بالضرورة لدى البائع. بينما لا يتوفر لدى المشتري الثاني إن كان يعلم وقت التعاقد بسبق التعامل في العقار المعقود عليه لمشتري أول. على الرغم من ذلك فإن نصوص القوانين المتعاقبة المنظمة لهذه المسألة - كما سنرى تفصيلاً في الفقرات التالية - لم تتناول سوى حسن نية المشتري الثاني، ولم تأتِ على ذكر أي تأثير لحسن أو سوء نية البائع. وهو ما نراه أمراً غريباً، إذ البائع هو من ينشئ هذه الأزيمة في الأساس ومع ذلك لا يتقرر عليه أي جزاء خاص لسوء نيته.

على أي حال، إن التساؤل الذي يثور هنا في حالة ثبوت الأفضلية للمشتري الثاني للعقار بسبب أسبقيته في التسجيل: هل يُشترط لتفضيله أن يكون حسن النية وقت تعاقد مع البائع؛ أي لا يعلم أنه سبق أن باعه لمشتري آخر؟

تطبيقاً للمادة ١٤٨ مدني، الواردة أعلاه، فإنه يجب أن يكون المشتري الثاني، بل والبائع كذلك حسن النية. فيما يتعلق بالبائع، فإن مخالفته لهذا الالتزام بحسن النية عن طريق إعادة بيع العقار يثير التزامه بضمان الاستحقاق والتعرض تجاه المشتري الأول - والذي سنعرض له لاحقاً - . أما بالنسبة للمشتري الثاني، فهل تُعد العبرة فقط بأسبقيته في التسجيل، أم هناك اعتبار لحسن نيته بحيث إن ثبتت سوء نيته، لا ينتج التسجيل أثره وبالتالي يُفضّل عليه المشتري الأول؟

إنه مما يُستعان به في تحديد مفهوم حسن النية الواجب الالتزام به بصدد هذه التعاقدات ما جاءت به المادة ٨٢ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والتي تقر عقوبة جنائية على كل من باع مكاناً على خلاف مقتضى عقد سابق ولو غير مشهر. فمن غير المستساغ اعتبار التصرف الثاني صحيحاً، ومنتجاً لآثاره في ذات الوقت الذي أسبغ عليه المشرع وصف وعقوبة الجريمة الجنائية. ويدعم ذلك نص المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، والتي تدرج هذا الفعل ضمن الأفعال المكونة لجريمة النصب، وتقضي صراحةً ببطان أي تصرف لاحق للبيع الأول يرد على ذات الوحدة ولو كان مسجلاً.

° وسوف نعالج كل من هذين النصبين تفصيلاً في الفصل الثاني من البحث، إلا أنه كان يتحتم الإشارة لهما هنا للمعاونة على الوصول إلى مفهوم أوضح لحسن النية بصدد الحالة محل البحث.

إن تأثير سوء النية في مسألة تراحم مشتري العقار على وجه الخصوص لم يكن دائماً مطابقاً للالتزام الذي فرضه القانون المدني في المادة ١٤٨ ولا للدلالات التي أشارت إليها مواد قانوني إيجار الأماكن. وقد اختلف الوضع باختلاف المراحل التي مرت بها القواعد المنظمة لنقل ملكية العقار - والتي سوف نتناولها تفصيلاً في موضع لاحق - ونشير لها هنا بإيجاز:

١- في ظل القانون المدني القديم:

كانت الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل بين المتعاقدين بمجرد التعاقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر باعتبار البيع من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين^٦. وقد نصت المادة ٦٠٦/٧٣٢ منه على أنه: " في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً".

وبناءً على هذا التنظيم، كان الرأي المستقر آنذاك هو اشتراط حسن نية المشتري الثاني وتقديمها على التسجيل. فإن لم يتوافر حسن النية لدى المشتري الثاني، لا يُعتد بالبيع حتى وإن تم تسجيله أولاً، ويُفضّل عليه المشتري الأول^٧. وقد رجح هذا الاتجاه العلامة السنهوري استناداً إلى صريح نص المادة ٢٧٠/٣٤١ من التقنين المدني السابق والتي قضت بأنه: " لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوي الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها"^٨. وتشير تلك العبارة الأخيرة " وكانوا لا يعلمون ما يضر بها" إلى حسن النية^٩.

٢- في ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣:

قد كان أحد أهم أهداف إصدار هذا القانون هو تعزيز مكانة ودور التسجيل في نقل ملكية العقار^{١٠}. لذا فقد اعتبر مضمون إجمالي نصوصه أن العبرة في نقل الملكية

^٦ أنظر: الطعن رقم ٦٠ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٣٢/١١/١٧.
وانظر أيضاً: د. السنهوري، الوسيط الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، فقرة ٢٥٥.

^٧ أنظر: د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٨٨ والوسيط، ٩، فقرة ١٣٥.

^٨ أنظر: نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٣٥،

^٩ أنظر: د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٦٩، ص ٤٠٨.

^{١٠} راجع: د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٨٩.

تقتصر على التسجيل دون غيره. فالمشتري الذي سجل عقده أو لا تنتقل إليه ملكية العقار حتى وإن ثبتت سوء نيته وعلمه بسبق بيع العقار لغيره. فالمادة الثانية من هذا القانون والتي تنظم الحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية اشترطت ألا يداخل تسجيلها تدليس: "...فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات، فلا تكون حجة على الغير، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس". ويستدل من هذه المادة أن ما يمكن أن يكون له تأثير على صحة التسجيل هو التدليس فقط، فإن كان المراد أن يحظى سوء النية كذلك بذات أثر التدليس فما منع المشرع من إيرادها في ذات النص؟

وفقاً لما سبق، لم يكن هناك ثمة خلاف بعد إصدار قانون التسجيل المذكور على عدم اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ١١. وقد اتخذت أحكام محكمة النقض هذا المسلك بمنتهى الجلاء ١٢. ومن أوضح ما عبرت به عن اتجاهها ذلك الحكم ١٣ الذي يقضي بأنه: " لا يجوز التحدي بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدني، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدني الذي كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول. وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاءً نهائياً، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه. وإذا فُتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً...".

٣- في ظل قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (الوضع الحالي):

لم يأت هذا القانون مدعماً للخطوة التي اتخذها سابقه لتعزيز وتقوية نظام التسجيل وهي عدم اعتبار حسن النية شرطاً لصحة التسجيل. وإنما، عوضاً عن ذلك، جاءت نصوصه في اتجاه مغاير لما استقرت عليه أحكام محكمة النقض، وهو ما ترك الأمر محلاً للخلاف الفقهي والاضطراب.

أنظر كذلك: الطعن رقم ٤٨ لسنة ٢ جلسة ١٩٣٣/١/٥: " إن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ لم يغير طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين، وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد، بل أرجاه إلى حين حصول التسجيل، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره ".
١١ وإنما الخلاف الذي ثار آنذاك كان بشأن مدى تأثير التواطؤ والغش على صحة التسجيل. وهو ما سنتناوله في المطلب التالي.

١٢ أنظر مثلاً: الطعن رقم ١١٢ لسنة ١٤ جلسة ١٩٤٦/١٠٣/١٧ س ع ٥ ص ١١٣ ق ٤٣: " يعتبر من الغير في حكم المادة الثانية من قانون التسجيل صاحب التصرف المسجل حسنت نيته أم ساءت".

١٣ نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٣٥، مجموعة عمر ١، رقم ٣٠٨، ص ٩٧٥.

ويرجع ذلك إلى أن نص المادتين ١٥ و ١٧ (خاصةً الفقرة الثانية من المادة ١٧) يحمل ما يفيد اعتبار حسن النية شرطاً لصحة التسجيل^{١٤}. بينما أصرت محكمة النقض على ذات الموقف الذي اتخذته في المرحلة السابقة؛ متمثلاً في أن سوء النية لا يؤثر على صحة التسجيل، كما لا يفسده التواطؤ^{١٥}.

وقد ثار بالفعل الخلاف المتوقع بشأن القانون المذكور أعلاه، فانقسمت آراء الفقه إلى فريقين: الفريق الأول يذهب إلى أن سوء النية وحده يفسد التسجيل^{١٦}. ويستند هذا الرأي إلى قانون تنظيم الشهر العقاري في مادتيه الخامسة عشر والسابعة عشر. ذلك على اعتبار أن الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه قد اشترطت حسن النية الغير للاحتجاج بالحقوق التي قد سجلها على العقار والواردة في المادة ١٥، وأنه لا مجال لإعمال الرأي مع صريح النص. أما الفريق الثاني فيذهب إلى أنه لا أثر لحسن أو سوء النية على صحة التسجيل^{١٧}. وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه بقوة^{١٨}. واعتمد أنصار هذا الفريق على عدة حجج لتدعيم مذهبهم تتلخص فيما يلي:

١- لا يمكن -في نظر هذا الفريق- أن يكون واضع قانون الشهر العقاري قد قصدوا اشتراط حسن النية لصحة التسجيل، وإنما كل ما قصدوه هو ترك المسألة للقواعد العامة. ذلك أنه ليس من المنطقي أن يرجع هذا القانون في الخطوة التي

^{١٤} م. ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى. ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة."

وتنص المادة ١٧ منه على أن: " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول."

^{١٥} أنظر مثلاً: الطعن رقم ٣٢٦٧ لسنة ٥٩ جلسة ٢٨/٠٤/١٩٩١ س ٤٢ ع ١ ص ٩٧٣ ق ١٥٥.

^{١٦} د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٤٧٠.

^{١٧} المرجع السابق، ص ٤٧٥-٤٧٨.

^{١٨} أنظر: د. براهيم محمد عطا الله، منازل الملكية العقارية: تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، ٢٠١٠، ص ١٦٩-١٧٠.

قد خطاها قانون التسجيل السابق عليه والذي ألغى اعتبار حسن النية من أجل تعزيز نظام التسجيل وعدم تركه لعامل نفسي داخلي يصعب التوصل إليه، مما يسبب اضطراب في عملية تداول الثروة العقارية^{١٩}.

٢- ذهبت محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أن: "الغير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك وأن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه. أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية، فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة، ولو كان يعلم وقت التعاقد معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده..."^{٢٠}.

٣- المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري ذاته والتي نصت على أنه: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية.

وترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن". فمن يتعامل مع بائع على أساس هذه المادة لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المذكور^{٢١}.

٤- أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري كانت تنص في فقرة ثالثة على: "ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى". وقد

^{١٩} أنظر: د. السنهوري، الوسيط ج ٤، فقرة ٢٩٠.

^{٢٠} نقض مدني جلسة ١٣ مايو ١٩٥٤، مجموعة المكتب الفني، ص ٨٥٦.

^{٢١} نفس الحكم السابق.

تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادي، لذا صدر مرسوم في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها تصحيحاً للنص ٢٢.

من جانبنا، نرى وجاهة الحجج التي يستند إليها الفريق الثاني بصدد عدم اشتراط حسن النية لصحة التسجيل. فاعتبارات استقرار التعامل على العقارات تحتم عدم الاعتداد بالعلم الفعلي للمشتري الثاني بسبق بيع العقار، وقصر العبرة على أسبقية التسجيل. فالعلم الفعلي وما يستتبعه من مدى حسن النية إنما هي أمور نفسية، داخلية ليس من اليسير التوصل إليها. وتعليق الأمر عليها يؤدي إلى إطالة أمد النزاعات الواقعة على العقارات، وبالتالي زعزعة التعاملات العقارية ٢٣.

على الرغم من أن الاتجاه الذي يتبناه الفريق الثاني قد يبدو ظاهرياً متعارضاً مع نص المادة ١٤٨ مدني، إلا أنه بالنظر إلى المفهوم القانوني لحسن النية الذي سبق أن تعرضنا له في بداية هذا المطلب يتبين عدم التعارض. فذلك المفهوم قد عمد إلى الفصل بين حسن النية من الناحية الأخلاقية والقانونية. وعلى ذلك قرر هذا المفهوم أن حسن النية القانوني هو: " قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". وأن هذا القصد " لا يتعارض مع استغلال الشخص لكل الرخص التي يمنحها القانون، بل وأكثر من ذلك لا يتعارض مع استغلال الشخص للثغرات الموجودة في القانون والتي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره أو تضييع من غيره بسبب حصوله هو عليها...". ٢٤. إن تعليق انتقال الملكية العقارية على التسجيل وحده إنما هي من الرخص التي منحها القانون للمتعاملين على العقارات، فإن استغلها أحد المشتريين دون الآخر وقام بالتسجيل مما حقق له ميزة ضاعت من المشتري الآخر بسبب حصوله هو عليها فلا يُعد ذلك من قبيل سوء النية المقصود في المادة ١٤٨.

٢٢ د. السنهوري، الوسيط ج ٤، فقرة ٢٦٢، ص ٣٩٨، هامش ١.

٢٣ انظر في ذات المعنى: د. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزاحم المشتريين: محاولة لوضع نظرية عامة في الغش، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر)، العدد ٢، ١٩٥٩، ص ٨٤: " كما أن المشرع اعتبر التسجيل مناط العلانية. فتسجيل العقد يفترض علم الكافة به، وعدم تسجيله يفترض أنه غير معلوم لأحد. فإذا قيل بكفاية العلم لنفي حسن النية أصبح نظام التسجيل عديم الجدوى، إذ يصبح مدار العلانية هو علم العاقد لا تسجيل العقد وهو ما يخالف غرض المشرع. وبغض عن ذلك فإن الأخذ بنظرية العلم المجرد يفتح الباب للمنازعات ويرهق القضاء. لأن مسألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنية يصعب التحقق منها".

٢٤ د. نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ١٣٧.

ومما يؤيد الاتجاه السابق إصرار محكمة النقض المصرية عليه في أحكامها منذ صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

على الرغم من ذلك، نرى أنه من الممكن أخذ سوء نية المشتري الثاني في الاعتبار عند المفاضلة بينه وبين المشتري الأول في بعض الحالات. فإذا تأملنا المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري عن كثب، نجد أن المشرع يعتبر المشتري الأول بعقد غير مسجل أولى بالرعاية والتفضيل على المشتري الثاني بعقد مسجل في حالة إظهار حرصه على حماية نفسه مما قد يصدر من البائع من تصرفات لاحقة على ذات العقار عن طريق الإسراع في تسجيل عقده. وكذلك حرصه في الوقت ذاته على إعلام الغير بوسيلة قطعية الدلالة بما له من حق على العقار المعقود عليه من خلال مبادرته فور إبرام العقد الصادر إليه برفع دعوى صحة ونفاذ على البائع مع تسجيل صحيفتها، ثم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش الصحيفة المسجلة. وفي هذه الحالة، لا يمكن اعتبار سوء نية المشتري الثاني عنصر نفسي داخلي محتمل، وإنما هو أمر ثابت بقرينة تشريعية قاطعة.

في المقابل، فإن المشتري الأول الذي لم يُظهر حرصاً على مصلحته على النحو السالف، ولم يسع إلى إعلام الغير بحقه على المعقود عليه، أو تأخر في ذلك، يُحتج تجاهه بالبائع الثاني المسجل الذي اكتسب به المشتري الثاني حقه على العقار بحسن نية قبل تسجيل الصحيفة (مادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري).

يمكننا أن نستخلص مما سبق أن الأفضلية في حالة التزاحم، طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري، تكون للمشتري الذي يُبدي حرصاً جدياً للحفاظ على مصلحته على النحو السابق. ولكن يبرز بهذا الصدد التساؤل: هل يُمكن استناداً إلى تفسير المادة ٢/١٧ بمفهوم المخالفة الانتهاء إلى أنه في حالة ثبوت سوء نية المشتري الثاني مع عدم رفع الأول دعوى صحة ونفاذ، وعدم تسجيلها أو التأخر فيه، ينتفي حق المشتري الثاني رغم تسجيله في الاحتجاج بهذا التسجيل في مواجهة الأول؟ وهذه هي المسألة التي انقسم الفقه بشأنها على النحو السابق عرضه.

أما التساؤل الذي يلفت نظرنا هنا هو: لِمَ لا يؤخذ في الاعتبار سوء نية البائع الذي يعلم أنه استنفذ ولاية التصرف في العقار عندما باع العقار للمشتري الأول؟ فتطبيق

القواعد العامة في القانون المدني يقتضي اعتبار العقد المسجل الناقل للملكية هو العقد الصحيح الصادر من مالك تثبت له ولاية التصرف. على ذلك نرى أن إسقاط ولاية التصرف عن البائع عند إبرامه للبيع الأول يُبطل التعاقد الثاني وإن كان مُسجلاً. فالنظر إلى الأمر من ناحية البائع بشكل أساسي - في نظرنا - يمكن أن يقدم حلاً أكثر موضوعية، يخرج بنا من دائرة التركيز على حسن أو سوء نية المشتري الثاني، والصعوبات التي تحيط بذلك. كما يقدم بديلاً عن الاعتماد على التسجيل بشكل صرف دون الاعتداد بأي أمر آخر، وهو ما يعارضه جانب من الفقه. ويمكن ذلك الحل في فصل الملكية عن ولاية التصرف. فقيام البائع بإبرام عقد بيع على العقار، ولو كان غير مسجل، يُسقط عنه ولاية التصرف فيه بالرغم من أن ملكيته ما زالت ثابتة له. وبالتالي إن قام البائع بإعادة بيع العقار لمشتري آخر، يعتبر هذا البيع غير نافذ في مواجهة الأول ولو كان مسجلاً، وسواء كان المشتري الثاني حسن أو سيء النية. وعندئذ يمكن للمشتري الأول إلغاء أثر تسجيل المشتري الثاني توطئة لتسجيل عقده. ولا يعني ذلك أن حسن أو سوء نية المشتري الثاني لن يكون له أي تأثير في هذا الفرض. فيحق له في حال كونه حسن النية الرجوع على البائع بالضمان نظراً لإلغاء عقده المسجل. إن مثل هذه الآلية يمكن أن تؤدي إلى القضاء على ظاهرة تزامم مشتري العقار من جذورها. إذ إسقاط ولاية التصرف عن البائع بمجرد إبرامه عقد بيع على العقار، وعدم الاعتداد بتصرفاته اللاحقة، إنما يردع البائع عن إتيان مثل هذا السلوك.

المطلب الثاني

مبدأ الغش يفسد كل أمر:

من أكثر المبادئ ارتباطاً بالإشكالية محل البحث هو ما يتعلق بالغش أو التدليس. والمقصود بالغش في هذا الصدد هو التواطؤ الذي يتم بين البائع وأحد المشتريين بهدف حرمان المشتري الآخر من ملكية العقار. هنا يختلف الأمر عن سوء النية كما تناولناه في المطلب السابق. فالغش والتواطؤ يتجاوز مجرد النية السيئة الكامنة داخل نفس المتعاقد لتقترن بأعمال خارجية ملموسة. وأي تصرف يحدوه غش أو تواطؤ يحكمه المبدأ القانوني العام: "الغش يفسد كل أمر".

هذا المبدأ برغم استقراره في الفقه القانوني منذ قديم الأزل إلا أنه ليس له سند من نصوص التشريع^{٢٥}. إلا أن الحاجات العملية قد فرضته ليكون الأساس الذي يُستند إليه للقول بعدم مشروعية الغش. كما أن محكمة النقض قد قضت بشأنه بأن: "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن قاعدة (الغش يبطل التصرفات) هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانةً لمصلحة الأفراد والجماعات..."^{٢٦}.

بالإضافة لأحكام النقض المتواترة الداعمة لهذا المبدأ، فقد سعى الفقه كذلك لدعم احترامه ووضعه في إطار نظرية متكاملة تحكم عناصر تكوينه^{٢٧}. ووفقاً لما يراه الفقه بشأن هذا المبدأ فإن الغش المقصود فيه هو التحايل على القانون عن طريق استخدام وسيلة ظاهرها مشروع لتجنب الخضوع لقاعدة قانونية أمره^{٢٨}. ويتوفر الغش بناءً على هذه النظرية بتوفر ثلاثة عناصر. العنصر الأول هو اتجاه الإرادة إلى تفادي تطبيق قاعدة أمره. والعنصر الثاني هو توافر نية الغش. أما العنصر الثالث فإنه يتمثل في استخدام وسيلة مادية تساعده على الإفلات من تطبيق القانون^{٢٩}.

تطبيقاً لما سبق، فإن بائع العقار قد يرغب في الإفلات من الخضوع لما تلزمه به قواعد القانون من وجوب تنفيذ التزامه تجاه المشتري الأول عيناً وبما يتفق مع حسن النية. وفي سبيل ذلك يقوم بإعادة بيع العقار، وتيسير تسجيل البيع للمشتري الثاني وتعجيله ليسبق في ذلك المشتري الأول. وهذا التصرف في ذاته يمثل عنصر استخدام وسيلة مادية أعانت البائع على تحقيق غرضه. وعن سوء النية فهو يتوافر لدى البائع بلا شك، أما بالنسبة للمشتري الثاني فالراجح أنه لا يتوافر لديه لمجرد علمه أن العقار سبق بيعه، وإنما إذا تم بينه وبين البائع

^{٢٥} أنظر: د. هادي أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، ص ٣٤ وما بعدها.

^{٢٦} الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٦٠ قضائية، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٥.

^{٢٧} أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٨، ص ١٥٥.

^{٢٨} د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١١١.

^{٢٩} د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١١ و ١١٢.

تواطؤ من أجل حرمان المشتري الأول من ملكية العقار. في هذا الفرض تتوفر عناصر الغش في حالة تراحم مشتري العقار.

فيما يتعلق بالجزاء المترتب على تحقق الغش، فقد كان مثار خلاف. ذهب فريق إلى اعتباره مجرد تطبيق للعمل غير المشروع. وبالتالي يلتزم من وقع منه الغش أو التواطؤ إضراراً بالغير تعويضه عن الضرر الذي أصابه^{٣٠}. بينما يذهب فريق آخر إلى أن القول بأن الغش يفسد كل شيء إنما يستلزم رد قصد الطرف الذي صدر منه الغش عليه، وتفويت غرضه من وراء هذا الغش باعتبار التصرف الذي يشوبه الغش غير نافذ في مواجهة الطرف المضرور^{٣١}. وعليه يعتبر الفريق الأول البيع الثاني المسجل للعقار والقائم على تواطؤ، نافذ وصحيح مع وجوب تعويض الضرر الذي أصاب المشتري الأول من جراء فوات الصفقة عليه. بينما يعد الفريق الثاني ذات البيع غير نافذ في مواجهة المشتري الأول، ولا يؤيد حصر الأمر في الدائرة المحدودة للمسئولية التصديرية.

لقد عرضنا - بإيجاز شديد^{٣٢} - للمقصود بالغش، وعناصره، وجزائه. وبذلك يبقى السؤال الأهم في هذا الصدد: ما هو تأثير الغش أو التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني على صحة تسجيل عقد بيع العقار المبرم بينهما؟

تتفاوت الإجابة عن هذا التساؤل كذلك - كما هو شأن تأثير حسن النية الذي تناولناه في المطلب السابق - بحسب التنظيمات المختلفة التي مر بها انتقال الملكية العقارية في مصر. وعلى ذلك نتناول فيما يلي تطور أثر الغش على أسبقية التسجيل في كل من تلك المراحل:

١- في ظل القانون المدني القديم:

سبق أن بينا في المطلب السابق بشأن اشتراط حسن النية أن الرأي الأرجح في ظل التقنين المدني القديم هو اعتبار سوء نية المشتري الثاني مبطلاً لأسبقية التسجيل. يترتب على ذلك أن التواطؤ والغش يهدم أثر الأسبقية في التسجيل من باب أولى في ظل ذلك القانون. فإن كان - في ذلك الوقت - مجرد علم المشتري الثاني الذي بادر

^{٣٠} د. عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود المسماة، ص ١٧٢.

^{٣١} راجع: د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١٠٢ و ١٠٣.

^{٣٢} سبق تناول الفقه لهذا الموضوع بالدراسة والتحليل المفصل في العديد من المؤلفات.

إلى تسجيل العقار، بسبق بيعه يعدم أثر هذا التسجيل، فلا شك في أن تواطؤ هذا المشتري مع البائع يفسد التسجيل كذلك بطبيعة الحال.

٢- في ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣:

لقد قضى هذا القانون على الخلاف السائد قبله بشأن تأثير سوء النية على صحة التسجيل، فجاء قاطعاً بعدم تأثر أسبقية المشتري الثاني في التسجيل لمجرد علمه بسبق بيع العقار ٣٣. إلا أن المادة الثانية من هذا القانون قد أثارت خلافاً أقوى بشأن مدى تأثير الغش أو التواطؤ أو التدليس على سبق التسجيل. فقد نصت تلك المادة بشأن العقود والسندات الكاشفة على أنه: "...فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات، فلا تكون حجة على الغير، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس".

قد تبدو المادة السابقة قاطعة الوضوح والدلالة على أن تورط المشتري الثاني مع البائع في التدليس أو التواطؤ ليسبق المشتري الأول في التسجيل إنما يؤدي إلى حرمانه من الأفضلية على ذلك الأخير. إلا أن الأمر كان محل خلاف انقسمت على أثره الآراء إلى فريقين كالتالي:

الفريق الأول: يرى أن وقوع التدليس والغش كفيل بتفضيل المشتري الأول وحرمان المشتري الثاني من ملكية العقار حتى وإن سبقه إلى التسجيل. يبني هذا الفريق رأيه في الأساس على مبدأ "الغش يفسد كل أمر"، ويرى أن المادة الثانية من قانون التسجيل سالف الذكر إنما تدعم هذا المبدأ. وإن كانت تلك المادة قد وردت بشأن التصرفات الكاشفة دون المنشئة منها، فلا يُعقل أن تكون إرادة المشرع التفرقة بينهما في شأن التدليس بحيث يعتبره مباحاً في بعض التصرفات. كما يستند هذا الفريق إلى أن التسجيل الذي يتطلبه القانون ١٨ لسنة ١٩٢٣ شخصي، لا يصحح الأخطاء الواردة في التعاقد، لذا لا يمكن اعتبار التواطؤ أو التدليس غير مؤثر فيه ٣٤.

وقد صدرت بعض أحكام الاستئناف مؤيدة لهذا الاتجاه. من أبرزها ما ورد في حكم محكمة استئناف مصر: "إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس،

^{٣٣} أنظر أنفاً، المطلب السابق، بند ٢.

^{٣٤} لمزيد من التفصيل بشأن حجج الفريق الأول، راجع: د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٨٥، ٨٦.

وكان المشتري الثاني على علم بذلك واشترك في التدليس بطل البيع الثاني، وغير معقول القول بأن التسجيل أبطل مفعول م ٢٧٠ مبدئي قديم. إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصومه أن يهدم مبدأ أساسياً في التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية، وهذا ما لا يمكن التسليم به^{٣٥}.

الفريق الثاني: يرى أن الغش أو التواطؤ، كما سوء النية، لا يؤثر على أسبقية التسجيل. وأن انتقال الملكية يعتمد فقط على التسجيل بغض النظر عن أي اعتبار آخر، حتى وإن صدر من المتعاقد الذي سجل أولاً تدليس في سبيل الوصول إلى غايته. ويذهب هذا الفريق إلى أن مبدأ "الغش يفسد كل أمر" لا سند له من نصوص القانون ولا يمكن الاستناد إليه في هذا الموقف حيث النصوص صريحة. كما يستدل من النص في المادة الثانية من قانون التسجيل على إفساد التدليس لأسبقية التسجيل بشأن العقود الكاشفة مع عدم النص على ذلك في المادة الأولى منه بشأن العقود المنشئة، يعني أن ذلك هو الاستثناء وليس القاعدة. كما يذهب هذا الفريق إلى أن السماح بتأثير التواطؤ على أسبقية التسجيل يؤدي إلى إهدار القيمة التي أراد المشرع منحها للتسجيل عند إصدار هذا القانون، وبالتالي يؤثر سلباً على استقرار المعاملات العقارية^{٣٦}.

انتهجت محكمة النقض اتجاه هذا الفريق وأيدته بقوة في أحكامها المتعلقة بهذه المسألة. لعل أوضح هذه الأحكام حكمها الشهير في ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ والذي ورد فيه أنه: "إذا لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها. وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً، فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول، ولو حتى كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيئي النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة".

^{٣٥} استئناف مصر ١٧ يونيو سنة ١٩٣٤، المحاماه ١٥ رقم ٢/٢٧١، ص ٥٦٩.

د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٨٦، هامش ١.

^{٣٦} د. السنهوري، الوسيط ٤، فقرة ٢٨٩.

٣- في ظل قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (الوضع الحالي):

لقد كان المأمول من إصدار هذا القانون أن يضع حداً للخلاف الذي ثار في ظل سابقه بشأن مدى تأثير التواطؤ على صحة التسجيل. وقد كان السبب الأساسي وراء هذا الخلاف هو النص الصريح الذي ورد في المادة الثانية من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ معتبراً التدليس مبطلاً للتسجيل في العقود الكاشفة، والذي لم يرد نظيراً له في المادة الأولى من ذات القانون بشأن التصرفات المنشئة. وهو ما فتح الباب لاتخاذ أنصار كلٍ من طرفي الخلاف هذا النص ذريعة لتأييد اتجاهه كما سبق أن وضحنا في البند السابق.

إلا أن اللجنة التي قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقاري، وفي ضوء الأحكام المتواترة لمحكمة النقض التي أيدت اعتبار التدليس غير مؤثر في صحة التسجيل، قامت عمداً^{٣٧} بإغفال النص على التدليس عموماً^{٣٨}. وذلك سواءً بالنسبة للتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية في المادة التاسعة من القانون المذكور، أو التصرفات المقررة لها في المادة العاشرة منه. وبذلك تكون اللجنة قد انتزعت أقوى الحجج التي كانت تستند إليها محكمة النقض لاستخلاص عدم اعتبار التدليس مفسداً للتسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية من نص المادة الثانية من القانون السابق. وعليه تكون قد ساوت بين مركز كل من التصرفات المنشئة والكاشفة فلم تنص على أثر التدليس على تسجيل أي منهما تاركاً الأمر للمبادئ العامة^{٣٩}.

ويفسر الفقه مسلك اللجنة في تعمدتها عدم التعرض للغش وأثره على التسجيل تفسيرات متباينة. من تلك التفسيرات ما يذهب إليه العلامة السنهوري من أن ذلك يُعد ترجيحاً لاعتبار التواطؤ مفسداً للتسجيل على خلاف الرأي الذي تبنته محكمة النقض^{٤٠}. ومنها أيضاً ما يذهب إليه د. شمس الدين الوكيل من أن عدم تعرض اللجنة للغش في نصوص القانون

^{٣٧} وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري: " وفي صدد التدليس لم ير محل للنص عليه، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق، اكتفاءً بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن".

^{٣٨} د. محمود شوقي، الشهر العقاري علماً وعملاً، القاهرة ١٩٩٠، ص ٣١٢، ٣١٣.

^{٣٩} د. السنهوري، الوسيط، ٤، فقرة ٢٩٠.

^{٤٠} نفس المرجع السابق.

المذكور في حين كان في استطاعتها ذلك إنما يُعرب عن رغبتها في الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة، وترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء ٤١.

أما محكمة النقض فقد أصرت على ذات النهج الذي اتبعته في الفترة السابقة على إصدار هذا القانون فيما يتعلق بأثر الغش والتواطؤ على التسجيل ٤٢. فقد جاءت أحكامها في هذا الصدد مؤكدةً على عدم تأثر الأسبقية في التسجيل بالتواطؤ الذي قد يحدث بين البائع والمشتري الثاني الذي سبق الأول إلى تسجيل عقده. وهي تستند في ذلك إلى نص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري ٤٣. وتعبّر المحكمة عن ذلك بقولها: "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ويترتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير مما مفاده إجراء المفاضلة عند تزاحم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التديليس أو التواطؤ، طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله..." ٤٤.

^{٤١} د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٩١.

^{٤٢} وقد أطلق على هذا النهج "النظرية المادية".

انظر: د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لأكثر من واحد في مجال الإسكان، منشأة المعارف، الطبعة الأولى ١٩٨٣، ص ٤١٩.

^{٤٣} وتنص المادة ٩ على أنه: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية.

وترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن..."

^{٤٤} انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧، جلسة ١٩٩٥/٥/٢١، س ٤٦ ع ١ ص ٧٩١ ق ١٥٦،

والطعن رقم ١٨٥١ لسنة ٥٧ جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ س ٤٤ ع ٣ ص ٢٧١ ق ٣٣٨،

والطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٥٤ جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ع ١ ص ٨٣٥ ق ١٤٦،

والطعن رقم ٥٣١٤ لسنة ٧٠ جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٧ س ٥٣ ع ٢ ص ١١٠٦ ق ٢١٣: "على ما جرى به قضاء هذه

المحكمة هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر، ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التديليس أو التواطؤ مع البائع..."

والطعن رقم ١٠٣٢ لسنة ٧١ جلسة ٢٠٠٣/٢/١٨ س ٥٤ ع ١ ص ٣٣٤ ق ٥٩،

والطعن رقم ١٣٥٤٤ لسنة ٨١ جلسة ٢٠١٣/١٢/٢٦.

*تعقيب:

نود التنويه هنا إلى أن القول بعدم وجود أساس تشريعي لمبدأ "الغش يفسد كل أمر"، وخاصة فيما يتعلق بالمفاضلة بين أكثر من دائن، إنما يغفل نص واضح في القانون المدني. ذلك هو نص المادة ٢٤٢:

" (١) إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة. (٢) وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه."

جاءت الفقرة الأولى من هذا النص عامة لتسري على أي موقف يتعدد فيه دائني ذات المدين، ويقوم هذا الأخير بتصرف يتضمن تفضيل أحد هؤلاء الدائنين عن طريق الغش، دون وجه حق. لا شك لدينا في انطباق هذه الفقرة على حالة تزاحم مشتري العقار، عندما يقوم البائع بإعادة بيع العقار لمشتري ثانٍ يتعمد الإسراع في عملية تسجيله للبيع تفضيلاً لهذا المشتري. وقد قررت الفقرة المذكورة جزاء مثل هذا الغش وهو حرمان الدائن الذي تم تفضيله دون وجه حق من الميزة التي حصل عليها. وتطبيق هذا الجزاء على البائع يقتضي حرمان المشتري الثاني من الأفضلية التي يمنحها له التسجيل في انتقال ملكية العقار. بعبارة أخرى، يرى المشرع في هذا الموقف رد القصد السيء على صاحبه بحرمانه من الوصول إلى النتيجة التي أراد الوصول إليها بطريق الغش والتحايل على القانون.

أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه فإنها تتناول المدين المعسر بشكل خاص. وهي تبين جزاء وفائه لأحد دائنيه نتيجة وقوع تواطؤ بينهما، حتى ولو تم هذا الوفاء بعد حلول الأجل؛ وهو عدم نفاذ هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. ونرى انطباق هذه الفقرة - كسابقها - على حالة تزاحم مشتري العقار. ذلك أن البائع يُعد في هذا الصدد مدين بنقل ملكية العقار المبيع إلى كل من المشتريين (مادة ٤٢٨ مدني). فإن نقلها إلى أحدهم، اعتُبر معسراً بالنسبة إلى الآخر من ناحية نقل الملكية ولو لم يكن معسراً من

ناحية التعويض. وعليه، فإن قام البائع بالوفاء بالتزامه بنقل الملكية للمشتري الثاني بناءً على توافق بينهما، فإن جزاء هذا التوافق طبقاً للفقرة المذكورة هو عدم نفاذ نقل الملكية ذاك في حق المشتري الأول. ويقوم هذا الجزاء على ذات العلة التي تقرر عليها الجزاء المذكور في الفقرة الأولى؛ وهو رد القصد السيء على صاحبه.

أما فيما يتعلق بمسلك محكمة النقض بشأن مدى تأثير الغش والتواطؤ على أسبقية التسجيل، فلا شك لدينا في المغالاة والشطط اللذان يحملهما هذا الموقف. فهو يأتي مخالفاً بشكل صارخ لمبادئ قانونية راسخة تتعلق بالنظام العام والآداب. فعدم الاعتداد بالتواطؤ يُعد إياحة من المحكمة - بمفهوم المخالفة - للغش والتدليس في إبرام المعاملات خلافاً للمبدأ القائل بأن الغش يفسد كل أمر. فإن كان من المقبول - على مضمض - تغليب الأسبقية في التسجيل على مبدأ حسن النية حينما يصعب تحديد أي الاتفاقين تم أولاً، إلا أنه من غير المقبول بأية حال إياحة التواطؤ والغش والتشجيع عليهما.

كما أن هذا المسلك المُنتقد يأتي في ظل فراغ تشريعي في تنظيم مثل هذا الموقف. فقانون الشهر العقاري قد عمدَ عدم إيراد نص صريح بخصوص هذه المسألة وهو ما يعني أن المسألة متروكة للقواعد العامة في القانون المدني. بينما يأتي مسلك محكمة النقض مناقضاً لتلك القواعد وللعدالة، وهو ما لا يمكن التغاضي عنه.

المطلب الثالث:

نظرية الأوضاع الظاهرة:

الفرع الأول

نبذة عن النظرية بوجه عام:

تعكس هذه النظرية المستحدثة؛ التنازع بين القانون بتطبيقه المجرد، والواقع بما ينشأ عنه من آثار لا يمكن التغاضي عنها، وتمس بشكل واضح بالمصالح العامة واستقرار المعاملات. إن الأطراف الأساسيين المكونين لهذه النظرية هم: صاحب الحق القانوني

^{٥٠} والتي كان أبرز من أثارها، ودافع عن وجودها، ووضع أسسها رسالة الدكتوراه القيمة للأستاذ الدكتور عبد الباسط جمبوع: "نظرية الأوضاع الظاهرة- المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثر"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥.

سواء كان عيني أو شخصي، وصاحب الوضع الظاهر على ذات الحق، وشخص من الغير أنشأ له صاحب الوضع الظاهر مصلحة على الحق.

إن كان النزاع بين صاحب الحق القانوني وصاحب الوضع الظاهر، فلا شك في رجحان كفة صاحب الحق القانوني في معظم الفروض، ما لم يكن صاحب الظاهر قد استوفى شروطاً قانونية تحقق له مركز قانوني كما هو الحال في اكتساب الملكية بالتقادم المكسب.

ولكن النزاع المثير للجدل يظهر حينما تتعدى المفاضلة صاحب الحق وصاحب الظاهر لينتقل الحق من هذا الأخير إلى شخص من الغير. إن تطبيق قواعد القانون بشكل مجرد تقتضي كذلك الميل لتحقيق مصلحة صاحب الحق القانوني بحيث يُعتبر التصرف باطل أو غير نافذ في حقه. أما الغير فلا يبقى له سوى الرجوع على من تصرف إليه لمطالبته بالتعويض. إلا أن الواقع العملي من التنوع بحيث لا يمكن الالتزام دائماً بتلك القواعد الجامدة^{٤٦}، وإنما لا بد في بعض الأحوال من ترجيح كافة الغير خاصة إن كان حسن النية. ومن هنا ظهرت نظرية الأوضاع الظاهرة، ودافع عنها فريق حديث نسبياً من الفقه أمام مقاومة من التيار الكلاسيكي.

يضع التيار الفقهي العناصر لنظرية الوضع الظاهر ركنين أساسيين تقوم عليهما هذه النظرية وهما^{٤٧}:

١- ركن مادي، يتمثل في الشواهد المادية الخارجية المحيطة بالوضع توحى بما يخالف الحقيقة.

٢- ركن معنوي، يتمثل في حسن نية الغير بالإضافة إلى الغلط الشائع.

ويُقصد بالظاهر في سياق هذه النظرية؛ أمر واقع محسوس مخالف للحقيقة، يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون^{٤٨}. ويذهب الدكتور نعمان جمعة إلى التفرقة بين نوعين من المحسوس هما:

" النوع الأول هو المحسوس الذي يعبر عن مركز قانوني هو نتيجة واقعة قانونية توافرت بها شروط تطبيق قاعدة قانونية تمنح لصاحب هذا المركز حقاً أو سلطة أو ولاية. هذا الشخص له

^{٤٦} أنظر: د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، ١٩٧٧، ص ٨ و ٩.

^{٤٧} أنظر: د. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.

^{٤٨} د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٤٤.

صفة تسمح له بمباشرة وممارسة السلطات والمكنات والمزايا التي يقرها القانون لهذا المركز: أو بتعبير آخر، هذا الشخص له صفة في حيازة هذا المركز. والحيازة التي تشير إليها ليست الحيازة التقليدية التي هي عبارة عن السيطرة على شيء مادي، وإنما تشير إلى حيازة الحق أي مباشرة المزايا والمكنات التي يمنحها هذا الحق.

النوع الثاني هو المحسوس الذي هو عبارة عن مباشرة شخص لمكنات ومزايا مركز ليس له، أي أنه ليس ذا صفة في حيازة هذا المركز. فحيازة المركز لا تستند إلى القانون وإنما إلى الواقع. وانعدام الصفة يرجع إلى أنه بتطبيق القانون على وجهه السليم على الواقعة كما حدثت بالفعل، لا ينشئ هذا المركز القانوني الذي يغتصب شخصاً معيناً مزاياه ومكناته. فالأمر إذاً يتعلق باغتصاب صفة، أي حيازة مزايا ومكنات مركز قانوني لم ينشأ. وعدم وجود المركز القانوني قد يكون لأن القانون على وجهه السليم لا ينشئه، أو لأن الواقعة كما حدثت لا تتوافر بها شروط تطبيق القاعدة القانونية التي تنشئه. وبمعنى آخر فإن صاحب المركز الفعلي الذي يغتصب حيازة صفة معينة يستند عادةً إلى تفسير غير سليم للقانون أو إلى تصوير غير صحيح للواقعة التي حدثت.^{٤٩}

في أي من الحالتين السابقتين، يظل الوضع الظاهر مما يرتب عليه القانون أثراً ويكفل له حماية في الكثير من الأحوال. وذلك لحماية استقرار المعاملات، ولعدم الإضرار بالغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر معتقداً أن حقه يتفق مع صحيح القانون.

الفرع الثاني: ارتباط النظرية بحالة تراحم مشتري العقار:

بتطبيق تلك النظرية على الحالة محل البحث، نجد أن أطراف المعاملة الذين تنطبق عليهم النظرية هم؛ بائع العقار، والمشتري الأول الذي لم يسجل العقد، والمشتري الثاني الذي بادر إلى التسجيل. أما عن تحديد أيهم هو صاحب الحق القانوني وأيهم صاحب الحق الظاهر وأيهم الغير، فإنه أمر نسبي يختلف بحسب كيفية النظر إلى الموقف.

^{٤٩} د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٤، ٥.

ونرى بهذا الصدد أنه بانعقاد البيع الأول سليماً، وإن كانت ملكيته لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد تسجيله طبقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري، إلا أنه ينشئ كافة الالتزامات الشخصية التي ينشئها أي بيع صحيح على عاتق طرفيه. وعلى ذلك، يلتزم البائع بالقيام بكافة ما يلزم لمعاونة المشتري على نقل الملكية، كما يلتزم بضمان استحقاق العقار بحيث يتمتع عليه ببيعته إلى غير المشتري الأول طبقاً لما يقتضيه تنفيذ العقود من حسن النية. وبناءً على ذلك نرى أن البائع هنا يُعد هو صاحب الوضع الظاهر فيما يبرمه من بيع ثانٍ للعقار. إلا أنه ينتمي إلى "النوع الأول" المشار إليه آنفاً، أي أن البائع هنا له مركز قانوني فيما ينشئه من وضع ظاهر، حيث أنه "له صفة تسمح له بمباشرة وممارسة السلطات والمكناات والمزايا التي يقرها القانون لهذا المركز...". ذلك أن العقار ما زال في ملكه قانوناً.

وعلى ذلك فإن المشتري الثاني هو الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر في هذه المعادلة. فسبب إبرامه لهذا التعاقد هو الوضع الظاهر الذي صور له أن كافة السلطات الواردة على العقار المبيع هي في يد البائع، وأنه لا يتعلق به أية حقوق للغير، ولم يسبق بيعه. وهو يؤسس هذا التصور على ما يجريه من تحري عن العقار محل التصرف في سجلات الشهر العقاري، أو عن البائع في السجل العيني، حيث أن تلك هي المكناات التي أنشأها القانون لتيسير التوصل إلى التصرفات الواردة على العقارات. ذلك بالطبع على فرض حسن نية هذا الغير. أما إن كان سيء النية لا تتحقق النظرية من الأساس إذ أن أحد أركانها - كما سبق أن ذكرنا - هو حسن نية الغير ٥٠.

يدعم التطبيق السابق لنظرية الوضع الظاهر نص المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦. وتتص هذه المادة على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ٥١١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر

٥٠ " وحسن النية الوارد في النص كشرط لحماية الغير يقصد به المعنى الذاتي والمعنى الموضوعي، بمعنى أنه يشترط ليس فقط علم الغير بحقيقة وضع المتصرف وإنما كذلك عدم إمكان العلم...". د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٩٥.

٥١ م ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى.

به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة...".

بناءً على النص السابق، فإن التأشير في هامش سجل العقار بصحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد من شأنها هدم الوضع الظاهر الذي يتحصن به البائع، ويُفترض معه سوء نية المتصرف إليه الثاني. وفي المقابل فإن المشتري الثاني الذي اكتسب حقاً قبل تسجيل الصحيفة أو التأشير بها، إنما يستند إلى الوضع الظاهر للبائع، والمؤيد بمظاهر قانونية ومادية تنشئ اعتقاد عام بأنه صاحب الحق، مما يفرض احترام حق المشتري الثاني وتفضيله على الأول. إلا أن ذلك مشروط بأن يدعم المشتري الثاني هذا الوضع الظاهر المستفاد من انتقال الحق إليه قبل تسجيل الصحيفة أو التأشير بها، بإقامة الدليل على حسن نيته - خروجاً على الأصل العام وهو افتراض حسن النية - لتكتمل أركان الوضع الظاهر.

المبحث الثاني

القواعد القانونية المنظمة لإشكالية تراحم مشتري العقار

تقديم:

لابد من أجل اكتمال الصورة بشأن الإشكالية محل البحث من أن نتعرض لمجموعات من القواعد القانونية المتصلة بها بشكل مباشر. لا شك أن مجموعة القواعد المنظمة للتسجيل هي أبرز ما يجب أن نتناوله هنا. كما نتصل بالمسألة المنصوص المقررة لمجموعة من الالتزامات على عاتق البائع لحماية حقوق المشتري وأبرزها ضمانتي التعرض والاستحقاق.

على ذلك، ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة."

المطلب الأول: القواعد المنظمة للتسجيل كشرط ناقل للملكية.
المطلب الثاني: القواعد المنظمة لضماناني التعرض والاستحقاق.

المطلب الأول

القواعد المنظمة للتسجيل كشرط ناقل للملكية:

لعقد بيع العقار وضع خاص بين العقود المدنية. فهو قد يبدو للوهلة الأولى ضمن العقود الشكلية. إلا أن الشكلية تجعل من الشكل ركناً إضافياً لازماً لانعقاد العقد، لا وجود له بدونها. أما إجراءات الشهر والعلانية التي يتطلبها القانون المصري لنقل ملكية العقار لا شأن لها بانعقاد العقد أو وجوده، وإنما عدم الالتزام بها يؤدي إلى عدم ترتيب بعض آثار العقد (الذي نشأ بالفعل)، أو عدم الاحتجاج ببعض آثاره على الغير^{٥٢}. وتعتبر عن ذلك المادة ٢٠٤ مدني: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

بناءً على ما سبق، ينعقد عقد بيع العقار بمجرد التراضي بين طرفيه ولو لم يتم تسجيله، ويرتب كافة آثاره فيما عدا نقل الملكية. فبمجرد إبرامه ينشئ على عاتق المشتري التزام شخصي بدفع الثمن، وعلى البائع عدة التزامات شخصية منها التزامه بنقل الملكية للمشتري عن طريق معاونته في إتمام إجراءات التسجيل المطلوبة، والتزامه بتسليم العقار، ذلك بالإضافة إلى التزامه بضمان الاستحقاق، وضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية^{٥٣}. فإن امتنع البائع عن القيام بدوره الذي يمكن المشتري من التسجيل بأن يحضر بنفسه في مكتب التوثيق ويُصدّق على المحرر المستخدم للتسجيل، يُمكن المشرع المشتري من القيام بذلك جبراً على البائع عن طريق رفع دعوى صحة و نفاذ العقد. فإن صدر حكم نهائي في تلك الدعوى لصالح المشتري، جاز له تسجيله ليحل محل تسجيل العقد ذاته.

^{٥٢} انظر: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٧٠.
^{٥٣} انظر: د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٧، ص ٥٨.

وقد نوّه القانون المدني إلى ضرورة مراعاة أحكام الشهر في المادة ٩٣٤ منه والتي تنص على أنه:

" ١- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

٢- ويبيّن قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شؤها، سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر." لكن انتقال ملكية العقار في مصر لم يسر دوماً على منوال ثابت، وإنما قد مر بعدة تطورات. لذا فإنه من الضروري هنا أن نتعرض بإيجاز لتلك التطورات. ثم نتعرض للقواعد التي تحكم الأسبقية في التسجيل طبقاً للقانون الحالي. كما يقتضي الأمر كذلك التعرض لنظام السجل العيني ودوره بشأن الإشكالية محل الدراسة. وذلك فيما يلي:

الفرع الأول

التطور التاريخي لانتقال ملكية العقار في مصر:

لقد مرت القواعد المنظمة لنقل ملكية العقار في مصر بثلاث مراحل، نعرض لها باختصار فيما يلي:

المرحلة الأولى: في ظل القانون المدني القديم؛^{٥٤}

استحدث القانون المدني القديم نظاماً لشهر الحقوق العينية اقتبس منه من نظيره الفرنسي. وكان أهم ما يقضي به هذا النظام بخصوص انتقال ملكية العقار هو تفرقة بين حالتين؛ فيما بين المتعاقدين تنتقل الملكية بمجرد انعقاد العقد ودون حاجة إلى تسجيله، بينما بالنسبة للغير لا تنتقل إلا إذا تم تسجيل العقد.

وقد كان هذا النظام شخصياً؛ يتم الشهر به بأسماء الأشخاص. ومهمة القيام بالشهر كانت موزعة بين جهات ثلاث: المحاكم المختلطة، والمحاكم الشرعية، والمحاكم

^{٥٤} قبل صدور القانون المدني القديم لم يوجد نظام لشهر انتقال ملكية العقار وكانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك الوقت، وإنما كان يوجد آنذاك ما يسمى بنظام المكلفات الإدارية. أنظر في تفصيل ذلك: د. السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، ٢٥٢ و ٢٥٣.

لا تزال نصوص هذا القانون تسري بالنسبة للمحركات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير ١٩٢٤.

الوطنية. وكانت أبرز مآخذ هذا النظام أنه لم تكن له حجية كاملة إذ لا تتعدى وظيفته مجرد تسجيل التعاقد كما هو، ولو كان هذا التعاقد يحمل عيوباً. كما كان يُخرج من نطاق الشهر بعض التصرفات الهامة كالميراث والوصية والقسمة^{٥٥}.

المرحلة الثانية: صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣م:

إن أبرز ما جاء به هذا القانون أنه اشترط التسجيل من أجل نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين والغير على حد سواء حيث تنص المادة الأولى منه على أن: " جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض و التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله و كذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك يجب إظهارها بواسطة تسجيلها ... و يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ و لا تنتقل و لا تتغير و لا تزول لا بين المتعاقدين و لا بالنسبة لغيرهم و لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين...". كما أنه قد ضم إلى نطاق الإلزام بالتسجيل الكثير من التصرفات والأحكام التي كانت غير خاضعة لواجب التسجيل قبل صدور هذا القانون مثل القسمة والصلح.

إلا أن هذه التطورات لا تعني أن القانون المذكور قد عالج كافة مشكلات نقل الملكية التي سادت قبل ظهوره. فمن ناحية، هو لم يقدم حلاً لعيوب كانت سابقة على صدوره، مثل شخصية نظام التسجيل، فهو يظل نظاماً شخصياً كسابقه. وكذلك الحال بالنسبة لعدم تمتع العقود المسجلة وفقاً له بحجية كاملة نظراً لعدم تحري صحتها، وأيضاً تعدد جهات الشهر، واقتصار الإلزام بالتسجيل على العقود بين الأحياء^{٥٧}.

ومن ناحية أخرى، فقد أدت بعض نصوص القانون سالف الذكر إلى ظهور إشكالية جديدة في التطبيق. فقد نصت المادة ٦ من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ على أنه: " يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقعين على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين...".

^{٥٥} د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، فقرة ١٢٨.

^{٥٦} وقد بدأ تطبيقه في أول يناير ١٩٢٤.

^{٥٧} أنظر: د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، فقرة ١٢٨، ص ٣٢٦.

ويقتضي هذا النص ضرورة حضور كل من طرفي التعاقد أمام الموظف المختص ليقوم كل منهم بالتوقيع تحت نظره حتى يتمكن من التصديق على توقيعاتهم كخطوة سابقة على تقديم المحرر للتسجيل. وهو أمر يتيح الفرصة للبائع سيء النية في التعنت والامتناع عن الحضور أمام الموظف المختص للتوقيع، مما يضع المشتري في مأزق إذ هو لا يستطيع إتمام التسجيل دون البائع ولا تنتقل له الملكية دون إتمام التسجيل^{٥٨}.

إلا أن العمل قد أوجد سبيلاً للمشتري في هذه الحالة يمكنه من تنفيذ التزام التسجيل جبراً عن البائع الممتنع. فيحق للمشتري تحقيقاً لذلك أن يرفع دعوى مبتدأة لإثبات وقوع البيع وصحة العقد ونفاذه، فإن صدر فيها حكم لصالحه، يجوز له تسجيله لنقل الملكية عوضاً عن تسجيل العقد. ولا يخفى أن هذا الحل يلقي عبئاً ثقيلاً على المشتري في رفع الدعوى وإثبات وقوع البيع وصحته.

المرحلة الثالثة: قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م:

وقد جاء هذا القانون محاولاً تلافي المشكلات التي أظهرها الوضع السابق على

صدوره. ويمكن إجمال أبرز الإصلاحات التي قدمها فيما يلي:

- توحيد جهات الشهر. نص على توحيدها في مكاتب الشهر العقاري ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم تحت إشراف مكتب رئيسي عام^{٥٩}.
- وسع القانون من نطاق التصرفات الواجبة الشهر لتشمل كافة التصرفات التي تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الملكية والحقوق العينية الأخرى سواء كانت بين الأحياء أو تلك الكاشفة عن الحقوق العينية بع الوفاة كالقسمة والصلح والميراث.
- جعل من التسجيل شرطاً لنقل الملكية في حق الغير وفيما بين المتعاقدين على حد سواء شأن قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

^{٥٨} د. برهام عطا الله، منازعات الملكية العقارية، القسم الأول، تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، ٢٠١٠، ص ١٠٥.

^{٥٩} وهو القانون المعمول به حتى وقتنا هذا.

^{٦٠} د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، ص ٣٢٧. ويرى سيادته أن هذا التوحيد هو أهم إصلاح قدمه القانون الجديد، خاصة أنه يمثل خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العيني.

على الرغم من تلك الإصلاحات فقد ظل تنظيم نقل الملكية العقارية يعاني من عيبين أساسيين: أنه نظام شخصي؛ يتم التسجيل فيه بحسب أسماء الأشخاص وليس العقار نفسه. ويترتب على ذلك، عدم تمتع الشهر بحجية كاملة^{٦١}. ولا حل لهاتين النقيصتين إلا باللجوء إلى نظام السجل العيني. ولذا قرر المشرع إدخال نظام السجل العيني في مصر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على البيع غير المسجل للعقار:

تنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري في هذا الصدد على أنه:

"ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

ومقتضى النص السابق - وبما أننا نعالج هنا نقل الملكية فقط - أن البيع العقاري غير المسجل لا ينقل الملكية بين المتعاقدين - ولا بالنسبة للغير بطبيعة الحال - ويظل العقار على ملكية البائع. وبالتالي فإنه يضع المشتري في موقف ضعيف من حيث:

- أنه يمتنع عليه مطالبة البائع بتثبيت ملكيته على العقار عن طريق دعوى الاستحقاق.
- يستطيع دائن البائع التنفيذ على العقار المبيع إذ أنه لا يزال مملوكاً لمدينه. كما يحق له أن يحصل على حق اختصاص على العقار.

ولكن هذا العقد لا يخلو من أية قيمة، وإنما هو - طبقاً للنص - ينشئ التزامات شخصية بين البائع والمشتري. وتتلخص هذه الالتزامات فيما يلي:

(١) التزامات البائع:

- يلتزم بتسليم العقار للمشتري ويحق للمشتري إجباره على التسليم. وإن كان قد سلمه للمشتري فلا يحق له استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له^{٦٢}.
- يضمن للمشتري التعرض الصادر منه أو من الغير، كما يضمن الاستحقاق. وبمقتضى هذا الالتزام يمتنع على البائع بيع ذات العقار مرة ثانية لمشتري آخر.

^{٦١} د. السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، فقرة ٢٦٥.

^{٦٢} أنظر: د. السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، فقرة ١٣٣.

وإن فعل وقام المشتري الثاني بتسجيل البيع قبل الأول، على البائع أن يضمن للأول استحقاق المشتري الثاني للعقار المبيع (مادة ٤٣٩ و ٤٤٣ مدني).

- يضمن البائع للمشتري العيوب الخفية في العقار المبيع. وعليه، يحق للمشتري الرجوع عليه بدعوى العيب الخفي رغم عدم تسجيله للبيع (مادة ٤٤٧/٢ مدني).
- يلتزم بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري عن طريق القيام بكافة ما يقتضيه تسجيل العقد من أعمال. وذلك طبقاً للمادة ٤٢٨ مدني: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلًا أو عسيرًا".

٢) التزامات المشتري:

- يلتزم بدفع الثمن للبائع، وكذلك المصروفات. ويحق للبائع مطالبته بأيهما ولو قبل تسجيل البيع.
- يلتزم بتسلم العقار المبيع ولا يجوز له الامتناع عن ذلك.

المطلب الثاني

القواعد الحاكمة لأسبقية التسجيل:

تحديد: إن الحديث عن القواعد المحددة لكيفية المفاضلة بين أكثر من مشتري بحسب سبق التسجيل هنا، إنما يقتصر على حالة صدور البيوع المتعددة من نفس المالك^{٦٣}. أما إذا وقع البيع من أكثر من بائع، فالعبرة في المفاضلة بين المشتريين تكون بتحديد المالك الحقيقي للعقار وليس سبق تسجيله، إذ أي تصرف يصدر من غير مالك لا يعتد به ولو تم تسجيله.

الفرع الأول

التسجيل في الشهر العقاري:

بما أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، فمن المنطقي عند تراحم المشتريين لذات العقار، من ذات البائع، أن تكون العبرة في تحديد من انتقلت إليه الملكية بحسب من كان له السبق في تسجيل انتقالها تسجيلاً صحيحاً.

^{٦٣} الطعن رقم ٣٢٦٧ لسنة ٥٩، جلسة ٢٨ أبريل ١٩٩١، ص ٤٢ ع ١ ص ٩٧٣ ق ١٥٥.
"المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العبرة في المفاضلة بأسبقية التسجيل هي أن يكون المتصرف واحداً..."

وهذا التسجيل قد يكون تسجيلاً طبيعياً للعقد يقوم به البائع طواعيةً مع أحد المشتريين منه. كما قد يكون تسجيل أحد المشتريين لصحيفة دعوى صحة التعاقد التي رفعها على البائع باعتبارها تنفيذاً جبرياً على البائع. أولاً: تسجيل البيع بشكل طبيعي:

المقصود هنا قيام البائع بأحد الالتزامات التي يلقيها على عاتقه عقد البيع المبرم بينه وبين أحد المشتريين للعقار طواعيةً؛ وهو نقل ملكية العقار للمشتري. وتنفيذ هذا الالتزام من جانب البائع يقتضي منه معاونة المشتري في أداء كافة الإجراءات التي يتطلبها القانون لتسجيل نقل الملكية.

في الفرض الذي نعالجه هنا، يتعهد البائع بنقل ملكية ذات العقار لأكثر من مشتري بموجب عقدي بيع متتاليين. فقد يقوم أحد هؤلاء المشتريين بتسجيل عقده بينما يغفل الآخر ذلك وهنا تنتقل الملكية لمن قام بالتسجيل. كما قد يقوم كل منهما بالتسجيل، وفي تلك الحالة تتم المفاضلة بينهما بحسب تاريخ التسجيل. وقد نصت على ذلك المادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري: "إذا قُدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها في الدفتر المعد لذلك...".

ويلاحظ أن وجود عيب أو نقص في البيانات أو الأوراق التي يقدمها طالب التسجيل قد يؤدي إلى سقوط أسبقيته إن لم يبادر بتلافيه خلال أجل محدد ٦٤. ثانياً: تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد:

إن امتنع البائع عن أداء التزامه بنقل الملكية عن طريق رفض التعاون مع المشتري في إتمام الإجراءات اللازمة، يحق للمشتري تنفيذ هذا الالتزام جبراً بالجوء إلى دعوى صحة التعاقد.

إن معيار الأسبقية في التسجيل في هذه الحالة، هو أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد. وقد أكدت ذلك محكمة النقض في العديد من أحكامها. ومن ذلك قضاءها

^{٦٤} المادة ٣٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري: "إذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق أخطر صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول لتلافي هذا النقص أو العيب، خلال أجل لا يجاوز خمسة عشر يوماً فإذا لم يفعل رفع الأمر إلى أمين مكتب الشهر وللأمين أن يصدر قراراً مسبباً بسقوط أسبقية هذا الطلب أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية علي حسب الأحوال...".

بأن: " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن تسجيل صحيفة الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع لإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشتري حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار ابتداءً من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. كما أن تسجيل الحكم يحدث نفس الأثر من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار فيرتد هذا التسجيل إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد." ٦٥.

إن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد قي ذاته لا يكفي وحده لنقل الملكية، بل يلزم تسجيل الحكم الصادر فيها لنقل هذه الملكية. فإذا ما تم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، لا يُحتج على من حصل على الحكم بصحة التعاقد بأي حق ترتب على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى ٦٦. ويتضح من ذلك أن تسجيل المشتري لصحيفة دعوى صحة التعاقد يحصنه من أي تصرف يتم على العقار في الفترة بين هذا التسجيل وبين صدور الحكم في الدعوى وتسجيله، إذ يرتد أثر تسجيل الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ٦٧.

يُستخلص مما سبق، ومن نصوص المواد ١٥، ١٦، و ٦٨١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري أن المشرع يُفرّق بين فرضين:

^{٦٥} الطعن رقم ٣١٦٥ لسنة ٧٥، جلسة ٨ إبريل ٢٠٠٦، ص ٥٧ من ٣٢٠ ق ٦٦.

راجع كذلك المواد ١٥ و ١٦ و ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري.

^{٦٦} أنظر: د. برهام محمد عطا الله، المرجع السابق، ص ١٦١.

^{٦٧} انظر: الطعن رقم ٨٤٩٣ لسنة ٨٣، جلسة ٨ فبراير ٢٠١٥.

^{٦٨} مادة ١٥ شهر عقاري: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون

الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحةً أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو

الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى

صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول

المحكمة "

مادة ١٦: " يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها. ويتم

التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام. "

مادة ١٧: " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً

لل قانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

الفرض الأول: الحقوق التي يكتسبها الغير على العقار في الفترة بين تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، وتسجيل الحكم الصادر فيها، ومن باب أولى تلك المكتسبة بعد تسجيل الحكم. وهذه لا يُحتج بها قبل المتصرف إليه الأول سواءً كان التصرف الثاني قد أشهر أو لم يُشهر. ذلك أن تسجيل الصحيفة أو التأشير على هامشها يفترض افتراض لا يقبل إثبات العكس سوء نية المتصرف إليه الثاني، مما يجعله غير أهل للحماية. ويستفاد ذلك على وجه الخصوص، وبمفهوم المخالفة من الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري والتي تنص على أنه: "ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل...".

الفرض الثاني: الحقوق التي يكتسبها المتصرف إليه الثاني بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير على هامشها بواسطة المتصرف إليه الأول. وهذه تنفذ ويُحتج بها قبل المتصرف إليه الأول مراعاةً لحسن النية واحترام الوضع الظاهر. ونرى أن النص في المادة ٢/١٧ شهر عقاري قد اعتبر اكتساب المتصرف إليه الثاني للحق قبل تسجيل الصحيفة أو التأشير على هامشها قرينة على حسن نيته.

مما تنبغي ملاحظته أنه يجب على المشتري أن يتم إجراءات تسجيل صحيفة الدعوى بالفعل ولا يجوز أن يتوقف عند تقديم الصحيفة للحصول على خاتم الصلاحية للشهر. فهذا الأخير هو مجرد إجراء تمهيدي للشهر، وبالتالي فإنه لا يثبت للمشتري أي حق أو أولوية إلا عندما يستكمل إجراءات الشهر ٦٩.

وقد استقرت محكمة النقض على أنه من ضوابط أعمال الأسبقية في التسجيل ألا يكون أحد العقدين المراد تسجيلهما صورياً صورية مطلقاً ٧٠. فإن ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقاً فإنه يكون في حكم العدم ولا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع ولو

=ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول."

^{٦٩} د. برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ١٦١.

^{٧٠} انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦، جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٧، س ٤٨ ع ١ ص ٢٥٢ ق ٤٨ والطعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٦، جلسة ٢١ مايو ١٩٧٠، س ٢١ ع ٢ ص ٨٨٦ ق ١٤٢.

كان مسجلاً إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً^{٧١}، أو يحصن عقداً صورياً من الطعن عليه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر^{٧٢}.

الفرع الثاني

القيد في السجل العيني:

لقد شهدت مصر طفرة قانونية فيما يتعلق بتسجيل الحقوق العينية العقارية وذلك عندما تبنى المشرع المصري نظام السجل العيني بالقرار بقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤^{٧٣}. وقد عرف هذا القانون السجل العيني في مادته الأولى بأنه: "مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار، وتبين حالته القانونية، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به".

في حين يتم التسجيل في الشهر العقاري وفقاً لنظام تسجيل شخصي؛ أي يتم التسجيل فيه طبقاً لأسماء الأشخاص الذين يصدر منهم التصرف. بينما نظام السجل العيني - كما هو واضح من مسماه - يعتمد على التسجيل وفقاً للعقار ذاته إذ يخصص لكل عقار صحيفة مستقلة في السجل تبين كافة التصرفات التي ترد عليه^{٧٤}.

لقد أبرزت المذكرة الإيضاحية للقانون أهم مميزات نظام السجل العيني والذي من المفترض إن تم تطبيقه بشكل صحيح أن يحقق "الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل"^{٧٥}. كما أن الميزة الأساسية التي تعتبر حجر الأساس في هذا النظام هي ما يتمتع به القيد في السجل العيني من حجية مطلقة في إثبات الحق العيني العقاري تجعل المالك في مأمن من أي اعتداء يرد على ملكيته. ويحرص القانون على تطبيق مبدأ المشروعية بحيث لا يتم قيد الحق إلا بعد التثبت من مشروعيته^{٧٦}. ويتم هذا

^{٧١} الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣٠، جلسة ٢٧ مايو ١٩٦٥، س ١٦ ع ٢ ص ٦٥٥ ق ١٠٥.

^{٧٢} مادة ١/٢٤٤ مني.

^{٧٣} والذي لم تصدر لائحته التنفيذية إلا في يونيو ١٩٧٥ أي بعد إصدار القانون بما يزيد عن عشر سنوات.

^{٧٤} المذكرة الإيضاحية للقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

^{٧٥} انظر د. برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ١١٠-١١١.

^{٧٦} وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون بهذا الخصوص على أنه: "سوف يُراعى قبل إجراء القيد الأول في السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ومناقشة أصحاب الحقوق وإجراء النشر اللازم في الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام وتمكين ذوي الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية، وبذلك لا يقيد في السجل إلا صاحب الحق".

التثبت من خلال الفحص القضائي لصحة المطلوب شهره على خلاف نظام الشهر الشخصي الذي يقوم عليه موظف إداري دون بحث لصحة التصرف.

كما يعمل النظام على تبسيط إجراءات القيد وسرعتها مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها، ويقضى على المساوي المترتبة على تشابه الأسماء، وييسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سلمية وعادلة^{٧٧}. فضلاً عن ذلك، يحظر القانون التملك بالتقادم كقاعدة عامة في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل.

بسبب هذه المميزات اعتبر الفقه نظام السجل العيني ثورة في نظام الشهر^{٧٨}. وقد بدأ تطبيق نظام السجل العيني تدريجياً منذ تاريخ صدور لائحته التنفيذية، لأنه لا يمكن تطبيقه على كافة أنحاء الجمهورية دفعة واحدة كما أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون. ويرجع ذلك إلى أن تطبيقه يتطلب مسح جغرافي دقيق لكافة المناطق وإعداد سجل لكل قسم مساحي بما يتضمنه من وحدات عقارية، وهو أمر عسير يتطلب الكثير من الوقت والجهد والنفقات.

على الرغم من كافة المميزات السابق ذكرها لهذا النظام إلا أن تطبيقه لم يكن على المستوى المرجو إذ تضمن الكثير من الأخطاء^{٧٩}. إلا أن أكثر ما زلزل قوة هذا النظام كان الإطاحة بإحدى أهم ميزاته وهي حظر تملك أي عقار مقيد بالسجل العيني بالتقادم. ذلك أن المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكماً بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني؛ وهو حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل. كما قضت بسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون^{٨٠}.

^{٧٧} انظر: موقع الهيئة المصرية العامة للمساحة esa.gov.eg

^{٧٨} انظر: مندي حمزة محمد، الوجيز في شرح نصوص قانون السجل العيني، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

^{٧٩} د. برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ١١١.

^{٨٠} جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨، القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).

المطلب الثاني

القواعد المنظمة لضمان التعرض والاستحقاق:

يُعد التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق من أبرز الالتزامات التي قررها القانون على عاتق البائع لكفالة حق المشتري في عقود البيع بشكل عام. وقد ورد هذا الالتزام في المادة ٤٣٩ مدني والتي تقضي بأن: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".

يتضح من النص السابق أن القانون يحمي المشتري، بناءً على هذا الضمان، من التعرض الصادر من البائع ذاته أو من الغير، وسواء صدر هذا التعرض في شكل أعمال مادية أو تصرفات قانونية تحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بملكية المبيع. وتطبيقاً لهذا الضمان على حالة بيع العقار لأكثر من مشتري، نعرض له فيما يلي من عدة نواح، في حالتنا صدور التعرض من البائع أو من الغير، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول

شروط تحقق الضمان:

ينبغي لقيام الالتزام بالضمان في ذمة البائع أن يقع تعرض إما من البائع أو من الغير من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بملكية المبيع^{٨١}. وعليه، يُشترط لقيام الضمان شرطان:

أ- وقوع التعرض بالفعل: فلا يكفي لتحقيق التزام البائع أن يكون التعرض محتملاً^{٨٢}. تطبيقاً لذلك، إذا قام البائع ببيع العقار لمشتري ثانٍ، وبادر هذا الأخير إلى تسجيل العقد فانتقلت إليه الملكية، يتحقق بذلك وقوع التعرض القانوني الفعلي. ذلك أنه بتسجيل العقد

^{٨١} د. السنهوري، الوسيط، ج ٤، فقرة ٣٣٠.

^{٨٢} الطعن رقم ٣٠٥٠ لسنة ٦٠، جلسة ٢١ يناير ١٩٩٢، س ٤٣ ع ١ ص ٢٠٩ ق ٤٥. وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها: " إن حق الضمان لا ينشأ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به، أما مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع فلا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان ما دام لم يحصل له تعرض فعلي...".

الثاني تنتقل الملكية بسلطاتها جميعاً للمشتري الثاني على خلاف مقتضى العقد الأول. وهو ما يؤدي إلى حرمان المشتري من أية سلطة على العقار، وبالتالي يخوله الاحتجاج على البائع بضمان التعرض.

ب- أن يكون من شأن التعرض الواقع أن يمنع المشتري من الانتفاع بملكية المبيع كلياً أو جزئياً؛ ولكي يؤدي التعرض إلى هذه النتيجة فإنه قد يكون مبنياً على أعمال مادية صادرة من البائع أو الغير، كما قد يكون ناتجاً عن تصرفات قانونية. وفي الحالة محل البحث، فإنه يأتي في شكل تعرض قانوني وهو عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري الثاني. ففيه يقوم البائع بنقل ملكية العقار للمرة الثانية ليسبق المشتري الثاني نظيره إلى القيام بواجب التسجيل فتنتقل له الملكية وينتزع العقار من الأول. وهنا، يعتبر ذلك تعرض صادر من الغير وهو في ذات الوقت تعرض صادر من البائع كذلك لأن المشتري الثاني لم يكن ليتمكن منه دون معاونة البائع.

الفرع الثاني

أي بيع ينشئ ضمان التعرض؟

لم يحدد المشرع شروطاً خاصة في البيع الذي ينشأ نتيجة له التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق. وبالتالي فإن أي بيع صحيح مستوفٍ لشروطه وأركانه يقوم بناءً عليه هذا الضمان سواء كان مسجلاً أو غير مسجل. وعدم اشتراط تسجيل بيع العقار هو ما يهمننا في هذا الموضوع. يترتب على ذلك أنه عندما يقوم شخص ببيع ذات العقار لشخصين، فلا يسجل الأول عقده بينما يبادر الثاني إلى التسجيل، فإن ذلك لا يمنع من قيام ضمان التعرض في ذمة البائع نحو المشتري الأول بالرغم من أن عقده غير مسجل.

بناءً على ما سبق فإن كل ما يشترط في البيع الذي ينشئ الضمان هو ألا يكون باطلاً. وهو ما عبرت عنه محكمة النقض بأن: "مناط التزام البائع بضمان التعرض المنصوص عليه في المادة ٤٣٩ من القانون المدني ألا يكون عقد البيع ذاته باطلاً، فإذا كان كذلك كان لكل من المتعاقدين عملاً بنص المادة ١٤١ من القانون المذكور أن يتمسك بهذا البطلان سواء عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى" ٨٣. وهنا يثور التساؤل هل

^{٨٣} الطعن رقم ١٤٠٥ لسنة ٥٣، جلسة ٣١-٣-١٩٨٧، س ٣٨ ع ١ ص ٥١٦ ق ١١١.

يندرج تحت البيع الباطل طبقاً لهذا الحكم، التصرف الصادر من غير ذي ولاية؟ وهل يكون هذا التصرف على الأقل غير نافذ بحيث ينطبق عليه حكم المادة ٤٦٦ مدني ٨٤.

الفرع الثالث

النتيجة المترتبة على قيام ضمان التعرض:

إذا أخل البائع بالتزامه بضمان عدم التعرض والاستحقاق تجاه المشتري، ينشأ في ذمته التزام جزائي بتعويضه. وتطبيقاً لذلك، فإنه في حال تعرض بائع العقار لملكية المشتري الأول عن طريق إبرام عقد بيع ثانٍ - بالمخالفة لالتزامه - يقوم فيه المشتري الثاني بالتسجيل قبل الأول، فلا مفر من استحقاق المشتري الثاني لملكية العقار. وهنا لا يبقى للمشتري الأول سوى الرجوع على البائع بالتعويض بموجب استحقاق الغير للمبيع، أو بناء على ضمان البائع للتعرض الصادر منه ٨٥. وقد حدد المشرع تفصيلاً عناصر التعويض الواجب أدائه عند استحقاق كل المبيع بناءً على دعوى الضمان وذلك في المادة ٤٤٣ مدني.

الفصل الثاني

الجانب التطبيقي: حالات انفصال ولاية التصرف عن الملكية، والقياس عليها

قد عرضنا في الفصل الأول للإشكالية محل البحث، وتناولنا المبادئ والنظريات الفقهية المتعلقة بها، وكذلك القواعد القانونية المنظمة لها. وكان هذا العرض تمهيداً لتناول عدة تطبيقات تحملها نصوص متفرقة في القانون تتشابه كثيراً مع حالة تزامم مشتري العقار. ولعل أهم أوجه الشبه بينها التي تدعو إلى القياس عليها؛ هو انفصال ولاية التصرف في كل من هذه التطبيقات عن سلطة الملكية. إلا أن هذه التطبيقات قد نظمها التشريع، وتناولها الفقه، وطبقها القضاء من حيث الجزاء بطريقة مغايرة للحالة محل البحث رغم التشابه.

^{٨٤} والتي تنص على أنه: "١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل.

٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد."
^{٨٥} د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٣٣٥.

لذا فإننا نعرض في هذا الفصل لكل من هذه التطبيقات، وبشكل خاص لأوجه الشبه والاختلاف بين كل منها والحالة محل البحث. وذلك من أجل تسليط الضوء على التمييز الواضح بينهما في التنظيم القانوني وكذلك التطبيق القضائي.

على ذلك ينقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث.
المبحث الثاني: الشرط المانع من التصرف.

المبحث الثالث: قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ورقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.
المبحث الرابع: النصوص المنظمة لتزاحم مستأجري العقار.
المبحث الخامس: إبرام النائب تصرف خارج حدود سلطاته.

المبحث الأول

المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث

المطلب الأول

عرض الفرضية وأحكامها:

في هذا الفرض يقوم المورث بنقل ملكية العقار لشخص ما قبل وفاته (قد يقوم بالتسجيل وقد يغفله). وبعد وفاة المورث تنتقل تركته بما فيها العقار المبيع (غير المسجل) إلى الوارث أو الورثة. وهنا تفرض المادة ٩٠١ مدني على الوارث تقديم إعلام شرعي بالوراثة حتى يتم تعيين ما آل إليه من أموال التركة^{٨٦}.

وقد يقوم الوارث ببيع نفس العقار الذي سبق أن باعه مورثه لمشتري آخر، فينشأ التزاحم بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. وقد نظم القانون المدني هذا النوع من التزاحم في المادة ٩١٤ والتي تنص على أنه: "إذا لم تكن التركة قد صُفيت ... جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون". وقد تكفل قانون الشهر العقاري بتنظيم عملية تأشير

^{٨٦} تنص المادة ٩٠١ مدني على أنه: "تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاناً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلان، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة".

دائني المورث بحقوقهم، وشهر حق الإرث في المواد ١٣ و ١٤ منه. وتحدد المادة ١٤ مدة لذلك التأشير وهي سنة من تاريخ شهر حق الإرث.

بناءً على ما سبق، فإن حكم أفضلية المشتري من المورث على المشتري من الوارث يقتضي التفرة بين حالتين كالتالي:

الحالة الأولى: قبل أن يشهر الوارث حق الإرث:

في هذه المرحلة، لا يحق للوارث أن ينقل ملكية العقار. وبالتالي فإن حق المشتري من المورث على العقار لا يهدده شيء حتى وإن لم يكن قد سجل عقده. وله أن يطالب الورثة بمعاونته على إتمام إجراءات التسجيل، وإن امتنعوا عن ذلك لجأ إلى دعوى صحة التعاقد. وأي تصرف يبرمه الورثة في هذه الفترة بشأن العقار، لا ينتج أثراً بالنسبة للمشتري من المورث^{٨٧}.

الحالة الثانية: بعد شهر حق الإرث:

بمجرد أن يقوم الوارث بشهر حق الإرث، يحق له إبرام أي تصرف على التركة ومن ضمنها نقل ملكية العقارات التي تتضمنها التركة. كما له أن يقوم بشهر أي من هذه التصرفات حتى وإن كانت صادرة منه قبل شهر حق الإرث.

وهنا يتيح القانون لدائني المورث سنة كاملة من تاريخ شهر حق الإرث، ليقيم كل منهم بالتأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث حتى لا تنفذ في حقه تصرفات الوارث (مادة ١٤ شهر عقاري).

فإن بادر المشتري من المورث بالتأشير على النحو السابق قبل فوات الميعاد، تكون له الأفضلية على المشتري من الوارث حتى وإن قام الأخير بتسجيل عقده قبل التأشير أو بعده. وعلى ذلك فإن الجزاء المقرر لفض التزاحم في هذه الحالة، عند قيام المشتري من المورث بالتأشير في الميعاد المذكور، اعتبار التصرفات اللاحقة التي أبرمها الوارث على ذات العقار غير نافذة في مواجهة المشتري من المورث، ولو كانت مسجلة.

^{٨٧} مادة ١٣ شهر عقاري: " جميع التصرفات المنشأة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير...".

أما إن فوت المشتري من المورث الموعد المحدد للتأشير بحقه، تتم المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بحسب أسبقية الشهر. فمن يسجل أو يؤشر بحقه أولاً منهما يستحق العقار.

المطلب الثاني

قياس الفرض القائم على حالة تزامم مشتري العقار:

تعد حالة تزامم المشتري من المورث والمشتري من الوارث من أقرب الفروض للحالة محل البحث، والتشابه بينهما كبير لا شك.

الصورة المشار إليها في هذا الفرض وجود مشتري من مورث لم يسجل العقد الصادر إليه قبل وفاة المورث المتصرف. ثم صدر عن الوارث تصرفاً ناقلاً للملكية في ذات العين فبادر المشتري من الوارث إلى تسجيل التصرف. وعلى الرغم من ذلك، يُفضل المشتري من المورث (المشتري الأول) بعقد غير مسجل على المشتري من الوارث (المشتري الثاني) بعقد مسجل، إن قام الأول بالتأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث وخلال سنة من ذلك التسجيل. سواء تم ذلك التأشير قبل التصرف الصادر من الوارث أو بعده، بل حتى وإن قام المشتري الثاني بتسجيل حقه قبل التأشير. إذ ليس ممتعاً على الوارث التصرف في عناصر التركة المحددة بشهادة التوريث، لكن تتأخر إمكانية تسجيل هذه التصرفات إلى حين شهر حقه في الإرث.

خلاصة ما سبق أن المادة ٢/١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري من شأنها تقرير أفضلية للمشتري من المورث بعقد غير مسجل على المشتري من الوارث بعقد لاحق مسجل أو غير مسجل، وذلك قبل تأشير الأول بحقه على هامش إشهار حق الإرث، أو بعده متى تم التأشير خلال سنة من شهر حق الإرث.

إننا إن بحثنا عن تفسير لتلك الأفضلية فإنه قد يتمثل في اعتبار المشرع أن التصرف اللاحق الصادر من الوارث هو تصرف صادر من غير ذي ولاية. وذلك على اعتبار التزام الخلف بالتزامات السلف سواء كانت مترتبة على عقد مسجل أو غير مسجل (مادة ١٤٥ مدني). ومن مقتضيات عقد البيع - غير المسجل - الصادر عن المورث، التزامه والتزام خلفه بما تقرره المادة ٤٢٨ مدني من التزامات إيجابية وأخرى سلبية.

وبموجب عقد البيع الصادر عن المورث تسقط عنه وعن خلفه ولاية التصرف مرة ثانية في ذات المعقود عليه.

كما يُمكن تفسيره باستحقاق المشتري الأول من المورث للحماية من خلال عدم الاحتجاج عليه بمن اكتسب لاحقاً حقاً على ذات العقار قام بشهره، متى كان قد أشر بحقه على هامش إشهار حق الإرث خلال سنة من تاريخه. واستحقاق المشتري الأول للحماية بناءً على هذا التفسير يرجع إلى أن سوء نية البائع (الوارث) هنا مقطوع بها مما يستدعي عدم استحقاق المشتري منه للحماية أو للتفضيل برغم شهر حقه، طالما قام المشتري من المورث بالتأشير بحقه خلال سنة من تاريخ إشهار حق الإرث.

إلا إننا نرجح أن التفسير الأول، والذي يقضي بأن الأفضلية الممنوحة للمشتري من المورث على النحو السابق ترجع إلى سقوط ولاية التصرف عن الوارث، هو الأقرب إلى الصواب. ودليل ذلك أنه لا يمكن القطع بسوء نية الوارث البائع، إن صدر البيع عنه قبل تأشير المشتري من المورث بحقه. وبالرغم من ذلك، يُعد التصرف الصادر من الوارث - ولو كان مسجلاً -، غير نافذ في مواجهة المشتري من المورث - ولو لم يسجل - طالما قام الأخير بالتأشير بحقه خلال مدة السنة. ويُستخلص من تقرير هذا الجزاء أن أساسه هو انقضاء ولاية التصرف عن الوارث بمجرد صدور التصرف عن مورثه، سواءً علم به الوارث أو لم يعلم.

أما عن اشتراط التأشير خلال سنة من الإشهار، فهو من قبيل اشتراط حد أدنى من بذل الجهد وإظهار الحرص من قِبَل المشتري الأول في الحفاظ على حقه. وهو مما يدعم استحقاقه للأفضلية. في المقابل، فإن المشتري الذي لا يبدي اهتماماً لبذل مثل هذا الجهد الضئيل للحفاظ على حقه، لا يستحق الأولوية في نظر المشرع، وبالتالي يُفضل عليه المشتري من الوارث.

إن التفسير السابق إنما يقودنا إلى استنتاج هام: أن توفر ولاية التصرف لدى المتصرف - حتى وإن كان مالكاً للمعقود عليه - يعتبر شرطاً أساسياً لاعتبار التصرف الصادر عنه صحيحاً، مرتباً لآثاره. بعبارة أخرى، إن افتقاد المتصرف لولاية التصرف في الشيء رغم ملكيته له يترتب عليها اعتبار تصرفه غير نافذ في مواجهة الغير. ودلالة

ذلك أن المشتري من الوارث (مالك غير ذي ولاية) بعقد مسجل لا يمكنه الاحتجاج به تجاه المشتري من المورث بعقد غير مسجل، متى قام هذا الأخير بالتأشير بحقه على هامش إشهار حق الإرث خلال سنة من تاريخ هذا الإشهار. ولا يشفع لنفاذ حق المشتري من الوارث أن يكون كل من الوارث البائع والمشتري الثاني حسني النية، كما لا يشفع له أن يتم تسجيل التصرف الصادر من الوارث قبل قيام المشتري من المورث بالتأشير بحقه على هامش شهر حق الإرث خلال سنة من صدوره.

خلاصة القول إنه وإن كان الأصل هو اجتماع ولاية التصرف مع الملكية، فإنه لدى انفصالهما، لا يكون للتصرف ممن لا ولاية له فيه من أثر قانوني. فالتصرف الناقل للملكية هو التصرف الصحيح وليس الباطل، والتسجيل هو إجراء إداري لا يصحح ما شاب التصرف من بطلان.

إن الشبه الواضح بين التزام المبيع في هذه الصورة، وبين التزام المشتري العقار يُمكننا من قياس تلك الأخيرة على الأولى. وعليه يستحق المشتري الأول في حالة التزام مشتري العقار لذات الحماية والأفضلية تأسيساً على افتقار البائع لولاية التصرف في العقار بعد إبرامه لعقد البيع الأول. ويمكن أن يستحدث المشرع آلية مشابهة للتأكد من حرص المشتري الأول على حماية حقه. ولا يعني ذلك ضياع حق المشتري الثاني، وإنما يتقرر له - طبقاً للقواعد العامة - الحق في الرجوع بالضمان على البائع سيء النية، أو المطالبة بالبطلان مع التعويض إن توافرت أركانه.

وقد يُحتج على هذا القياس بعدم صحته نظراً لوحدة البائع في حالة التزام مشتري العقار، بينما يتعدد البائعون في حالة المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. ويمكن الرد على هذا الاحتجاج بأن العقارات الموجودة في ذمة المورث وقت الوفاة إنما هي من الحقوق المالية، والتي تنتقل إلى الورثة عن طريق الميراث عند وفاة المورث. فالوارث يخلف المورث ويقوم مقامه في جميع حقوقه المالية^{٨٨}. ويعبر د. السنهوري عن فكرة الخلافة في هذا السياق قائلاً: "وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث، فذلك بفضل خلافة الوارث

^{٨٨} وقد قرر المشرع ترك تنظيم أمور الميراث إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتنص على ذلك المادة ٨٧٥ مدني: "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها...".

للمورث. فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه، فيجب إذاً أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق. بل لعل الأدق أن يقال إن الوارث هو الذي ينتقل ليحل محل مورثه في مجموع حقوقه فيقوم مقامه في هذه الحقوق ويخلفه عليها...^{٨٩}.

ويتضح لنا من القياس السابق تشابه الحالتين محل القياس مع التفاوت الشاسع في الحكم الذي أقره المشرع لكل منهما. فهو في حالة تزامم المشتري من المورث مع المشتري من الوارث يفضل الأول ويكفل له الحماية وإن لم يكن له أسبقية في تسجيل حقه. بينما في حالة تزامم مشتري العقار يجعل المشرع الأسبقية في التسجيل هي المعيار الأوحد للأفضلية بين المشتريين بغض النظر عن سوء النية، أو عن عدم توفر ولاية التصرف لدى البائع، بل دون اعتداد كذلك بوقوع غش أو تواطؤ.

المبحث الثاني

الشرط المانع من التصرف

يُعد الشرط المانع من التصرف من أكثر التطبيقات الواردة في القانون المدني التي تصلح لقياس الحالة محل البحث عليها. ذلك أن بيع ذات العقار للمرة الثانية من قبل مالكة يشترك مع الشرط المانع من التصرف في نقطة انفصال ولاية التصرف عن الملكية وما يرتبه القانون على ذلك في كل من الحالتين.

وسوف نتعرض في هذا المبحث لماهية الشرط المانع من التصرف وأحكامه وشروط صحته طبقاً للقانون المدني المصري، لنخلص من ذلك إلى أوجه الشبه بينه وبين الحالة محل البحث والوقوف على اختلاف تطبيقهما، ومدى منطوقية هذا الاختلاف.

المطلب الأول: ماهية الشرط المانع من التصرف وشروط صحته وأحكامه:

تنص المادة ٨٢٣ مدني على ماهية هذا الشرط وشروط صحته كما يلي:

" ١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح

هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

^{٨٩} د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، جزء ٤ و ٥ و ٦، ص ٥٢.

٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعاً للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير.

٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير.

ثم توضح المادة ٨٢٤ الجزء المترتب على مخالفته:

" إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً."

يتضح من النصوص السابقة أن الشرط المانع من التصرف يتضمن سماح المشرع بالتقييد الإرادي لسلطة التصرف الممنوحة للمالك بمقتضى شرط يرد في عقد أو وصية. وذلك خروجاً على القواعد العامة في الملكية - كأحد الحقوق المالية -، إذ من أبرز مقتضيات حق الملكية سلطة التصرف في الشيء دون قيد أو شرط. وهو أمر يمثل في ذات الوقت ضماناً تكفل حرية تداول الأموال، بما لها من صدى واسع على النشاط الاقتصادي يحقق الصالح العام ٩٠.

إلا أن المشرع لم يُجزِ أعمال هذا الشرط بشكل مطلق، وإنما قيده بشروط صحة تمثل مبررات مقبولة لإقرار حالة استثنائية تؤدي إلى حبس المال عن التداول، وتقييد أحد أهم سلطات المالك وهي سلطة التصرف بما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة. وفي الفقرة التالية نعرض اختصاراً لتلك الشروط.

* شروط صحة الشرط المانع من التصرف:

لقد علقنا المادة ١/٨٢٣ صحة الشرط المانع من التصرف على شرطين

أساسيين هما: مشروعية الباعث الذي يُبنى عليه الشرط، ومعقولية مدة المنع. ثم وضحت ذات المادة ضوابط كلٍ من هذين الشرطين في الفقرتين ٢ و ٣.

فالباعث على تقرير شرط يمنع المالك من التصرف ينبغي أن يكون مشروعاً؛

وهذه المشروعية بدورها تتحقق متى كان المراد بالمنع من التصرف هو حماية مصلحة مشروعاً للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير.

^{١٠} انظر: د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ حق الملكية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٠، فقرة ١٠٠.

فيما يتعلق بمدة المنع فإن اشتراط معقوليتها يتضمن ألا يكون المنع مؤبداً، وهو أمر بديهي إذ ينطوي منع المالك مؤبداً من التصرف في ملكه مخالفة صارخة للنظام العام للتعدي على إحدى السلطات الأصلية للمالك. وكذلك لحبس المال من التداول الذي يُعد أحد أهم سمات الحقوق المالية.

أما عن معقولية تلك المدة، فإن المشرع لم يحدد لها معيار ثابت وإنما ترك تقرير توافر المعقولية من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي في كل حالة بحسب ظروفها وملابساتها. على الرغم من ذلك فقد نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ على جواز اعتبار المدة معقولة وإن استغرقت مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. وقد انتقد هذا المسلك من الفقه على اعتبار أن المنع على هذا النحو - وخاصةً إذا كان يستغرق حياة المتصرف إليه - يكون له نفس أثر المنع المطلق، وهو ما يخرج به بالطبع من نطاق المعقولية ٩١. وذهب بعض الفقه في تفسير وتبرير نص تلك الفقرة إلى أن المشرع قصد الحالة التي تكون فيها المدة عند تجديدها مستوفية لشرط المعقولية بحسب الباعث عليها ولكن حياة المتصرف إليه انتهت أثناء سريانها، فإن ذلك لا يؤثر على توافر المعقولية فيها ٩٢. إلا أن فريق آخر من الفقه قد عارض هذا النظر واعتبر التفسير المذكور واهياً أمام صراحة النص التي تجيز ربط المدة ابتداءً بمدى حياة المتصرف إليه أو الغير ٩٣.

* حكم مخالفة الشرط المانع من التصرف - جزاء التصرف المخالف:

إذا استوفى الشرط المانع من التصرف الشرطين السابقين يُعد صحيحاً ولا تجوز مخالفته. وقد أورد المشرع صراحةً الجزاء المترتب على مخالفة شرط المنع من التصرف في المادة ٨٢٤ والتي اعتبرت كل تصرف مخالف له باطلاً. وقد اختلف الفقه حول تحديد نوع البطلان المقصود في هذه المادة.

^{٩١} راجع: د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، ١٩٨٥، ص ٣٧٧، بند ٢٦٣.

^{٩٢} انظر: د. عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، ١٩٩٤، ص ٩٤، بند ٦٥.

راجع كذلك: د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، ١٩٩٥، بند ٥٧، ص ١٢٤.

^{٩٣} راجع: السنهاوري، الوسيط، الجزء الثامن، حق الملكية، ص ٤٥٠.

وإن كانت المذكرة الإيضاحية قد أوردت أن المقصود به هو البطلان المطلق^{٩٤}، إلا أن غالبية الفقه قد عارضت وبحق هذا النحو^{٩٥}. ذلك أن من أهم مقتضيات البطلان المطلق أن يكون لكل ذي مصلحة التمسك به، وجواز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وهو ما يتعارض مع الغرض من منع التصرف إلا وهو تحقيق مصلحة مشروعة خاصة للمشتري أو المتصرف إليه أو الغير. ويقتضي ذلك منطقياً أن يتقرر لمن وُضع الشرط لمصلحته، ما لم يكن المالك إذ لا يجوز تعليق الشرط على إرادته لأن هذا مما يجرد الشرط من قيمته.

كما لا يستقيم مع طبيعة الشرط المانع من التصرف أن يكون جزاء مخالفته هو البطلان النسبي كذلك. والسبب وراء ذلك أن البطلان النسبي يتمسك به من شرع لمصلحته من طرفي العقد دون الغير، وهو من يجوز له أيضاً التنازل عنه. أما شرط المنع من التصرف فقد سمح القانون تقريره لمصلحة شخص من الغير. ومن ناحية أخرى، فإن الشرط قد يكون مقرراً لمصلحة المتصرف إليه، الممنوع من التصرف نفسه، وهنا لا يجوز منحه سلطة التمسك ببطلان الشرط أو التنازل عنه، وإلا كان وجود الشرط وعدمه سواء. لذا ذهب غالب الفقه إلى رفض اعتبار البطلان نسبياً في هذه الحالة^{٩٦}.

بناءً على ما سبق اتجه الفقه^{٩٧} إلى اعتبار البطلان المقصود في المادة ٨٢٤ هو بطلان من نوع خاص يتلاءم مع طبيعة شرط المنع من التصرف، بحيث تستجيب أحكامه للغاية من المنع.

وتتلخص أحكام هذا البطلان في فرضين: إن كان المنع من التصرف مقرراً لمصلحة المشتري أو الغير يكون لأي منهما - حسب الأحوال - الحق في المطالبة ببطلان التصرف المخالف للشرط أو إجازته. أما إن كان مقرراً لصالح الممنوع من التصرف، يُحتفظ بالحق في طلب الإبطال والتنازل عنه للمشتري حفاظاً على مصلحته الأدبية في حماية مصلحة المتصرف إليه.

^{٩٤} مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٦، ص ٧٧.

^{٩٥} د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

وكذلك: د. اسماعيل غانم، حقوق العينية الأصلية، ج ٢، ص ٩٠.

^{٩٦} د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٤٦-١٤٧.

^{٩٧} أنظر نفس المراجع المشار إليها في الحاشيتين السابقتين.

المطلب الثاني

وجه الشبه والتعارض بين حالة الشرط المانع من التصرف والبيع الثاني للعقار:

أولاً: وجه التشابه:

إن المنطقة المشتركة بين الحالة محل البحث وحالة التصرف المتضمن لشرط مانع من التصرف، والتي حدث بنا إلى إجراء القياس على تلك الأخيرة هي انفصال سلطة التصرف في كلٍ منهما عن الملكية.

الحالة الأولى: في إشكالية تراحم المشتريين لذات العقار، يقوم البائع ببيع العقار إلى مشتري أول - على فرض صحة البيع واستيفائه لكافة أركان وشروط العقد -، ثم يعيد بيعه إلى مشتري ثانٍ، ومن ثم يبدأ الصراع بينهما حول أسبقية التسجيل للمفاضلة بينهما وتحديد الأولى بالملكية.

وفي مثل هذا الموقف نجد أن تصرف البائع على هذا النحو قد سلخ ولاية التصرف عن حق الملكية. وسقوط ولاية التصرف عن البائع هو نتيجة مباشرة للتصرف الأول الصادر عنه لأن التصرف الثاني الذي يبرمه البائع يأتي على خلاف الالتزام الوارد في المادة ٤٢٨، والتي تلزم البائع بأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً. وهذا الالتزام الأخير هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فإن ولاية التصرف تسقط عن المتصرف بموجب القانون.

فالعقد الأول يفترض أنه قد نقل ملكية العقار إلى المشتري الأول بكل ما تتضمنه هذه الملكية من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. ولكن البائع، على الرغم من ذلك، يتعامل وكأنه قد احتفظ لنفسه بولاية التصرف دون وجه حق، ويعيد بيع ذات العقار إلى مشتري ثانٍ. وهنا تكون العبرة في تحديد من انتقلت إليه الملكية - طبقاً لقانون الشهر العقاري - بحسب من كان له السبق في تسجيل انتقالها تسجيلاً صحيحاً. وذلك بغض النظر عما إذا كان المشتري الثاني حسن أو سيء النية، بل وبغض النظر عما إذا كان متواطئاً مع البائع أو مع موظف الشهر العقاري.

الحالة الثانية: فيما يتعلق بشرط المنع من التصرف، يضع المتصرف (إذا كان التصرف عقداً) أو الموصي (إن كان التصرف وصية) في تصرف ناقل للملكية شرطاً

يمنع عن طريقه المتصرف إليه من التصرف في الشيء محل التصرف. مثل هذا الشرط يأتي على خلاف القواعد العامة في الملكية، إذ يمنح حق الملكية للمالك أوسع سلطات متاحة قانوناً على الشيء، وأهمها سلطة التصرف فيه. ولهذا، استغرق المشرع وقتاً حتى يعترف بمثل هذا الشرط الذي فرضه الواقع، ثم نظمه وحدد شروطاً لصحته وهي أن يكون له باعث مشروع، ومدة معقولة - كما سبق أن فصلنا

بناءً على ذلك، في حالة وجود شرط مانع من التصرف كذلك تتسلخ ولاية التصرف عن الملكية. فعلى الرغم من أن ملكية الشيء تنتقل إلى المتصرف إليه، إلا أنها تكون ملكية مبدئية تفتقد أحد أهم مكوناتها وهي؛ سلطة التصرف. بعبارة أخرى، تكون الملكية هنا مقيدة سلطة التصرف فيها خلال المدة المقررة بموجب الشرط المانع. وطالما وُجد المانع تحقق الممنوع. ثانياً: وجه التعارض:

إن وجه الاختلاف الذي يخصنا في هذا الموضوع والذي يخدم الهدف المرجو من هذا القياس هو مدى ثبوت سلطة التصرف لكل من البائع في حالة تزامم مشتري العقار، وللممنوع من التصرف في حالة وجود شرط مانع من التصرف.

بهذا الصدد نجد أنه في حالة قيام البائع بإعادة بيع العقار إلى مشتري ثانٍ فإنه قانوناً تنتفي عنه سلطة التصرف في العقار أصلاً إذ سبق له أن نقلها إلى المشتري الأول، مما لا يحق له معه التصرف فيه مرة ثانية. فعقد البيع الذي يبرمه البائع مع المشتري الأول من آثاره أنه يُسقط ولاية التصرف عن المتصرف بحكم القانون، ولو لم يتم تسجيل التصرف إلى المتصرف إليه.

أما بالنسبة للمتصرف إليه في عقد ينطوي على شرط مانع من التصرف، فإنه يحرم نفسه بالاتفاق مع المتصرف من ولاية التصرف في العين التي تملكها بموجب العقد خلال فترة المنع من التصرف المتفق عليها. وبالتالي فإن ولاية التصرف لديه ليست منقبة تماماً، وإنما هي مقيدة فقط طوال مدة سريان الشرط. فبمجرد أن تنتهي مدة المنع، أو تنتفي العلة (الباعث المشروع) من وراء تقرير الشرط، تعود للمالك ولاية التصرف.

على الرغم من الاختلاف السابق توضيحه، فإن المُشرِّع والقضاء يعاملان الحالتين السابقتين بشكل متباين فيما يتعلق بالجزاء. فالمالك الذي قد قيِّدت سلبته في التصرف - ولم تتعدم مطلقاً - إن هو أبرم تصرفاً مُخالفاً للشرط المانع من التصرف، تقرر المادة ٨٢٤ مدني بطلان تصرفه - على النحو الذي سبق أن عرضنا له -.

بينما بائع العقار الذي نقل سلطة التصرف فيه إلى المشتري الأول، وبالتالي انعدمت قانوناً سلطته في التصرف فيه، إن هو أعاد بيعه إلى مشتري ثانٍ قد يعتبر القانون تصرفه ذلك صحيحاً منتجاً لآثاره إن ظهر أن المشتري الثاني قد سبق الأول في تاريخ التسجيل حتى ولو تم ذلك بناءً على تواطؤ أو غش ٩٨.

لا يخفى أن الحالة الثانية أشد وطأةً من الأولى وهي الأولى بجزاء البطلان.

إن ما نخلص إليه من قياس حالة تزامم مشتري العقار وكيفية تنظيم المشرع والقضاء لها على حالة المنع من التصرف؛ هو عدم منطوقية أو قانونية القواعد الحاكمة للحالة الأولى. فالاعتماد بشكل مجرد على أسبقية التسجيل وهو إجراء مادي، دون وضع اعتبار لمدى تجاوز تصرف البائع للقانون، والاعتراف بالبيع الثاني طالما كان الأسبق في تاريخ التسجيل إنما يشجع على تلك الممارسات اللاقانونية.

المبحث الثالث

قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ورقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١

في هذا المبحث نتناول ما ورد في كل من قانوني إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ورقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من نصوص تتعلق بإعادة بيع ذات العقار لأكثر من مشتري، ولدلالات هذه النصوص. ثم نقوم بقياس الحالة محل البحث على ما ورد في هذه النصوص.

^{٩٨} الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧ جلسة ٢١ مايو ١٩٩٥، س ٤٦ ع ١، ص ٧٩١ ق ١٥٦: "إجراء المفاضلة عند تزامم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله..."

المطلب الأول

المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧:

تنص المادة ٨٢ من قانون إيجار الأماكن ٧٧/٤٩ على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أجر مكاناً أو جزء منه أو باعه ولو بعقد غير مشهر أو مكن آخر منه وكان ذلك التاجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق ولو غير مشهر صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم. ويعاقب بالعقوبة السابقة من يسبق الى وضع يده أو يشرع في ذلك على خلاف مقتضى العقد السابق عليه قبل استصدار حكم بأفضليته من القضاء المختص ويفترض علم هذا المعترض بالتعاقد السابق إذا كان زوجاً لمن تعاقده أو من مكنه أو كان من أصوله أو فروعه أو من اقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة."

ورد في النص السابق صراحةً أن إعادة بيع عقار على خلاف مقتضى عقد سابق تُعتبر جريمة جنائية حتى وإن كان هذا العقد السابق غير مشهر. ويُستفاد اعتبار هذا الفعل جريمة من العقوبة التي قررها النص ألا وهي الحبس والغرامة أو إحداهما. وعلى الرغم من أن النص لم يقرر صراحةً أن إعادة بيع العقار على هذا النحو تُعد تصرفاً باطلاً إلا أن ذلك يُستفاد من اعتبارها جريمة جنائية. إذ كيف يكون الفعل في نظر القانون جريمة جنائية، بينما يُعد ذات الفعل من الناحية المدنية مشروعاً صحيحاً ومرتباً لآثاره؟! وعلى ذلك فإن بطلان التصرف الثاني الصادر من مالك أسقط عن نفسه ولاية التصرف أمر لازم لاعتبار المشرع هذا التصرف جريمة جنائية.

فإن كل جريمة تعد بالضرورة عمل غير مشروع مدنياً، مما لا يصح اعتباره تصرفاً قانونياً صحيحاً. إلا أن العكس غير صحيح؛ بمعنى أنه ليس كل تصرف باطل يعتبر جريمة. ومن المعلوم أن القياس غير مقبول في إطار التجريم والعقوبات، ولكنه مقبول في إطار المعاملات المدنية في حال الاتحاد في العلة.

من الجدير بالملاحظة هنا، أن نص المادة ٨٢ يعتد بسوء نية البائع في حالة إعادة بيع العقار، بل أنه قد افترضها صراحةً على خلاف القواعد العامة إذ يقضي بأنه: "... ويُفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم."

المطلب الثاني

المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١٩٩:

تنص هذه المادة في الفقرة الأولى منها على أن: " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعها لغير من تعاقده معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً."

تُعد هذه المادة إعادة صياغة من المشرع للحكم الوارد في نصوص المواد ٨٢ و ٢٤ من القانون ٧٧/٤٩. وهو ما يعني أنها تتسخ ضمناً أحكام النصوص السابقة لها في خصوص واقعتي البيع والتأجير على خلاف مقتضى عقد سابق ١٠٠.

لم تقتصر هذه المادة كسابقتها على تجريم إعادة بيع العقار وتحديد عقوبة لمثل هذا الفعل، ولكنها بالإضافة إلى ذلك قامت بإدراجه ضمن الأفعال المكونة للركن المادي لجريمة النصب على وجه التحديد. بل وقررت صراحةً بطلان هذا التصرف ولو كان مسجلاً.

واقتران إبطال هذا التصرف مدنياً بتجريمه جنائياً في هذا النص، إنما يؤيد نظرنا بشأن النص السابق (م ٨٢ من القانون ١٩٧٧/٤٩). فالفعل الذي يمثل جريمة جنائية من وجهة نظر المشرع، لا يصح بدهمةً اعتباره عملاً مشروعاً من الناحية المدنية، وبالتالي لا يرتب آثاره، وأهمها نقل الملكية. هذا وإن كان ذلك التصرف مسجلاً، إذ أن العقد الناقل للملكية ينبغي أن يصدر ممن له ولاية التصرف وإلا كان باطلاً، وإجراء التسجيل ليس من شأنه تصحيح البطلان.

^{١١} صدر القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ببيعض أحكام خاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، استُكملت بها نصوص القانون السابق له ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وعولجت فيها بعض ثغراته. انظر في تفصيل تسلسل التشريعات المتعلقة بأزمة المساكن وعلاجها: د. سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ١٩٩٠، ص ١ وما بعدها.

^{١٢} انظر: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣١.

ومن أهم دلالات هذا النص - كسابقه - اعتباره إعادة بيع الوحدة لغير من تعاقده عليها مع البائع دلالة قاطعة على سوء نية هذا الأخير. وكذلك اعتباره سوء نيته ذلك كافياً لتبرير عدم إنتاج التصرف الثاني لآثاره، ولو كان المشتري الثاني حسن النية.

إننا إن رجعنا إلى نصوص قانون العقوبات في الباب العاشر منه، والذي يتناول جرائم النصب وخيانة الأمانة، نجدتها تشير إلى تجريم التصرف في مال ثابت لا يملكه الشخص ولا له حق التصرف فيه. وتلك الإشارة هي ما استند إليه نص المادة ٢٣ من القانون ١٩٨١/١٣٦. فالمادة رقم ٣٣٦ عقوبات تنص على أنه: "يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول وكان ذلك بالاحتتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما باستعمال طرق احتيالية... وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه...".

وقد أكدت أحكام النقض على انطباق العقوبة الواردة في المادة ٣٣٦ عقوبات على الأفعال الواردة في المادة ٢٣ من القانون ١٩٨١/١٣٦ ١٠١.

إن أحد الأركان المكونة لجريمة النصب أو الاحتيال هو الركن المادي والذي يتمثل هنا في وسيلة الاحتيال. ويُقصد بهذه الأخيرة؛ الوسيلة التي يلجأ إليها الجاني في سبيل تحقيق الغرض الذي يرمي إليه. وأحد الوسائل الاحتيالية التي نصت عليها المادة السابقة؛ هي التصرف في عفار أو منقول غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه. وهذه الوسيلة تقوم مستقلة بذاتها ١٠٢. ويكفي مجرد توفرها لقيام الركن المادي في جريمة الاحتيال دون اشتراط تأييدها بأشياء أخرى خارجية. ويشترط لتوفر هذه الوسيلة

^{١٠١} انظر مثلاً: الطعن رقم ١٦١٨٤ لسنة ٥٩، جلسة ٨ أكتوبر ١٩٩٠، س ٤١ ع ١ ص ٨٨٧ ق ١٥٥: "لما كانت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ م في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأمان وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تنصان على أن "يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعه لغير من تعاقده معه على شرائها ويبتطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً ويعاقب بذات العقوبة المالك الذي يتخلف دون مقتضى عن تسليم الوحدة في الموعد المحدد....."، وإذ كانت العقوبة المقررة لجريمة النصب طبقاً للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات هي الحبس الجوبي...".

^{١٠٢} الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٤٧، مجموعة عمر ٢، ص ٢٢٥، بتاريخ ٠٢-٠٥-١٩٣١. وقد ورد فيه: "ن الشارع إذ جعل تصرف المتصرف في غير ملكه نوعاً من الاحتيال قائماً بذاته ومستقلاً عما يقع بالطرق الاحتيالية الأخرى...".

من وسائل الاحتيال أمران: الأول: التصرف في عقار أو منقول. والثاني: أن يكون هذا المال غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه.

والشرط الأول يقصد به أي تصرف ناقل للملكية، ولكن ما يعيننا منها هنا التصرف بالبيع.

أما الشرط الثاني فقد أثار تفسيره خلافاً. البعض يرى أن المادة ٣٣٦ واضحة وصريحة في الجمع بين كون المال غير مملوك للجاني، وليس له حق التصرف فيه، بحيث أن أحدهما فقط لا يكفي لتوفر الركن المادي لجريمة النصب ١٠٣. وهو الرأي الذي أيدته محكمة النقض، ١٠٤.

بينما يرى البعض الآخر أن أحدهما فقط يكفي لقيام النصب بطريق الاحتيال. أي يذهب إلى أن حرف الواو الوارد في النص " ولا له حق التصرف فيه"، قد جاء على سبيل التتويج، لا العطف ١٠٥. وهو يستند في ذلك إلى أن استلزام اجتماع الشرطين معاً يضعف من قيمة النص، ويؤدي إلى إفلات العديد من صور الاحتيال من تطبيق أحكامه ١٠٦. فضلا عن اعتبار البعض أن هذه العبارة قد وضعت خصيصاً لمعاقبة المالك الذي استنفذ ولاية التصرف في ماله، ومع ذلك يحتال على الغير باستعمال ذلك الحق الذي سلب منه ١٠٧.

ونرى بصدد الشرط الثاني الوارد في المادة ٣٣٦ عقوبات (أن يكون المال غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه) أن النص قد يكون اعتمد الحالة الغالبة في الواقع؛ وهي انتفاء صفة المالك مع ولاية التصرف واعتبرها الأساس اللازم للتجريم.

^{١٠٣} انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص ٢٢٥.

وانظر أيضا: د. محمد خلف عيد، الركن المادي في جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٣، ص ١٠٨.

^{١٠٤} الطعن رقم ١١٤٢٤ لسنة ٦٧، جلسة ١٦ يناير ٢٠٠٧، ص ٥٨ ق ٥٧ و ١٠. والذي يقضي بأنه: " من المقرر أن جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا للمتصرف وليس له حق التصرف فيه لا تتحقق إلا باجتماع شرطين الأول أن يكون العقار أو المنقول المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف، والثاني ألا يكون للمتصرف حق التصرف في ذلك العقار أو المنقول، ومن ثم فإنه يجب أن يعني حكم الإدانة في هذه الحالة ببيان ملكية المتهم للعقار أو المنقول الذي تصرف فيه، وما إذا كان له حق التصرف فيه من عدمه".

^{١٠٥} د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

^{١٠٦} انظر: د. عوض محمد عوض، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

^{١٠٧} انظر: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

وأن اتجاه محكمة النقض إلى إقرار هذا الرأي قد جاء استناداً لما هو مقرر من أن النصوص الجنائية تُفسر في شأن ما تنص عليه من تجريم وعقاب تفسيراً ضيقاً. ومع ذلك يُمكن أن نتصور تجريم التصرف الثاني للمالك الذي تنتفي عنه ولاية التصرف باعتبار الاحتيال ظهر في هذه الحالة من خلال تسر البائع وراء ملكيته للتحايل على انتفاء ولاية التصرف لديه. ويمكن إدراج هذا التسر ضمن ما أورده نص المادة ٣٣٦ عقوبات من "اتخاذ صفة غير صحيحة" كأحد الأفعال المكونة لجريمة النصب.

على الرغم مما سبق، حتى وإن لم يستوف فعل إعادة بيع العقار الشروط المنصوص عليها في المادة ٣٣٦ عقوبات، فإن المادة ٢٣ من القانون ٨١/١٣٦ قد نصت صراحةً على أنه يُعاقب عليه بعقوبة جريمة النصب. كما أن التصرف يُعد باطل مدنياً لكونه صادراً من غير ذي ولاية في التصرف رغم كونه مازال مالكاً من الناحية الإدارية لعدم انتقال الملك منه إلى المتصرف إليه الأول لتأخر التسجيل. وبالتالي فإن تصرفه ولو لم ينطبق عليه وصف الجريمة فإنه يفتقر لمتطلبات صحة التصرف.

من الجدير بالملاحظة هنا أن نص المادة ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ صريح في عدم الاعتراف بتسجيل التصرف الثاني من عدمه. إذ يقرر استحقاق إعادة بيع العقار لغير من تعاقد معه على شرائه لعقوبة جريمة النصب، ولجزاء البطلان بصرف النظر عما إذا كان المشتري الثاني قد سبق الأول إلى التسجيل. ويتضح ذلك في الجزء الأخير من الفقرة الأولى من المادة المذكورة: "... ولو كان مسجلاً".

وعلى الرغم من ذلك، تصر محكمة النقض في أحكامها على تجاهل دلالة هذا النص، والتأكيد على مسلكها المتطرف الذي سبق أن عرضنا له من اعتبار أسبقية التسجيل هي المعيار الأوحد في المفاضلة بين مشتري العقار. وقد قضت في هذا الصدد بأنه: " لأجل أن يكون البيع الثاني مكوناً لجريمة النصب يجب أن يثبت أن هناك تسجيلاً مانعاً من التصرف مرة أخرى، إذ بهذا التسجيل وحده، الحاصل طبق أحكام قانون التسجيل، تزول أو تنقيد حقوق البائع بحسب طبيعة التصرف موضوع التسجيل...".^{١٠٨}

^{١٠٨} الطعن رقم ٢٠٦٣ لسنة ٠٠٣، مجموعة عمر ٤٣، ص ٢٠٩، بتاريخ ٢٠/١١/١٩٣٣.

وفي حكم آخر: " إنه بعد صدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل أصبح عقد البيع لا ينقل ملك المبيع إلى المشتري إلا بالتسجيل. فإذا كان المشتري الأول لم يسجل عقده وباع البائع العقار مرة أخرى إلى شخص آخر وسجل هذا الشخص عقده فإن الملكية تنتقل إليه هو بالتسجيل ولا عقاب على البائع في هذه الحالة. ولا دخل لحسن النية وسوئها فيما يتعلق بعلاقة البائع بالمشتريين الأول والثاني كما لا دخل لحسن نية المشتري الثاني ولا لسوئها وقت شرائه لأن انتقال الملكية أصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطاً بالتسجيل وحده ولأن الأسبقية بين المتراحمين أصبحت لمن انتقلت إليه الملكية فعلاً بالتسجيل". ١٠٩.

العلة من بطلان البيع في النصين السابقين:

قبل أن ننتقل إلى إجراء القياس، ينبغي أن نتطرق هنا لمسألة هامة. إن تأمل نصي قوانين إيجار الأماكن السابق تناولهما قد يدفع إلى التساؤل عن العلة من وراء تقريرهما لبطلان بيع العقار على خلاف مقتضى عقد سابق. وقد يبدو أن هذه العلة تكمن في كون التصرف وارداً على عين مما يخضع لقانون إيجار الأماكن.

وهذا الرأي الذي قد تبناه جانب من الفقه بالفعل ١١٠. وذلك استناداً إلى ما تقضي به المادة الأولى في كل من القانون ١٩٧٧/٤٩، والقانون ١٣٦ / ١٩٨١. فتلك المواد تحدد نطاق سريان نصوص هذه القوانين بالأماكن المعدة للسكنى. ومن هنا ذهب الفريق المشار إليه إلى التفرقة بين حكم التزام في حالة العقارات المعدة للسكنى، وتلك الغير معدة للسكنى. فيعتبر هذا الاتجاه أن النصوص الواردة ببطلان بيع العقار على خلاف مقتضى عقد سابق، إنما تقرر جزاء استثنائي خاص بالعقارات المعدة للسكنى، التي ينطبق عليها قانون إيجار الأماكن لاعتبارات ترتبط بأزمة الإسكان ١١١. وبالتالي فإن - في نظر هذا الفريق - أي عقار لا يخضع لحكم قوانين إيجار الأماكن، تسري عليه القاعدة العامة في شأن التزام؛ أي تكون العبرة فيه بالأسبقية المطلقة في التسجيل.

^{١٠٩} الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٤٧، مجموعة عمر ٢٤، ص ٢٢٥، بتاريخ ٠٥-٠٢-١٩٣١.

^{١١٠} راجع: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

^{١١١} انظر في تفصيل ذلك: د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص ٤٢٩-٤٣٢.

من جانبنا لا نرى صحة هذه العلة، وإنما نعتقد أن العلة الأقرب إلى المنطق وراء البطلان هي زوال ولاية التصرف عن البائع لدى إبرامه عقد بيع ثاني على نفس العقار المعقود عليه. وليس أدل على ذلك من اعتبار المشرع في النصوص المذكورة أي تصرف على خلاف مقتضى عقد سابق جريمة جنائية تستوجب عقوبة النصب - فضلاً عن اعتباره تصرف باطل من الناحية المدنية - . وهو أمر يؤيده الحس السليم إذ أن إعادة بيع ذات العقار لمشتري آخر بعد استفاد البائع لولاية التصرف فيه، يُعد احتيالياً لا ينبغي الاعتراف به قانوناً. ولا شك أن مثل هذه العلة تتحقق في أية حالة يقع فيها تراحم بين مشتري العقار. وذلك أيما كان نوع العقار، فلا محل للتفرقة هنا بين العقارات المعدة للسكنى وغيرها.

المطلب الثالث

قياس الحالة محل البحث على نصوص قانوني إيجار الأماكن:

إن النصوص التي تناولناها في المطلبين السابقين لا يمكن اعتبارها محلاً للقياس لحالة تراحم مشتري العقار بالمعنى الدقيق. فالقياس يقوم بين أمرين متشابهين للاستدلال على نتيجة ما، أما هنا فالنصوص المذكورة تتناول الحالة محل البحث بذاتها وليس حالة مشابهة لها. ولكن تناولها لها جاء بشكل مختلف من حيث الجزاء.

فكل من النصين المذكورين يقضي صراحةً باعتبار إعادة بيع العقار بعد سبق بيعه جريمة جنائية. النص الأول، رقم ٨٢ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد حدد عقوبة هذا الفعل وهي عقوبة جنحة - كما سبق أن فصلنا - . فضلاً عن ذلك لم يُقم هذا النص وزناً لتسجيل العقد الأول من عدمه، بل هو أعطى له الأفضلية ولو كان غير مشهر. وقد بنى ذلك على استفاد البائع لولاية التصرف، وسوء نيته، بل وافترض سوء النية ذلك، ورأى رد القصد السيء للبائع عليه.

أما النص الثاني، المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فقد صرح باعتبار بيع البائع عقاراً لغير من تعاقده معه على شرائه من الأفعال المكوّنة للركن المادي لجريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات. بالإضافة إلى ذلك، لم يعتد هذا النص بتسجيل أي عقد لاحق للعقد الأول، فصرح باعتبار ذلك الأخير باطلاً ولو كان مُسجلاً. ولا شك في أن تصنيف هذا الفعل بأنه من قبيل النصب والاحتيال إنما يفترض

قيامه على سوء نية من جانب البائع، لعلمه بأنه استنفد ولاية التصرف وتعهد التحايل على هذا الأمر. وقد وضع المشرع هذه الاعتبارات في منزلة أهم من التسجيل.

من الجدير بالملاحظة أنه إن كان النصفان السابقان يعتبران سوء النية البائع مما يُفسد أثر التسجيل بصرف النظر عن حسن أو سوء نية المشتري الثاني، فهما - ومن باب أولى - يعتبران الغش والتواطؤ بين البائع والمشتري الثاني مُفسداً حتماً للتسجيل.

على عكس ما جاء به النصفان السابقان، وكما سبق أن بينا في الفصل الأول من هذه الدراسة، نجد أن قانون تنظيم الشهر العقاري، وأحكام محكمة النقض قد استقرت على اعتبار معيار الأفضلية بين المشتريين المتعددين هو الأسبقية في التسجيل. كما أكدت محكمة النقض في أحكام متواترة على عدم تأثر الأسبقية في التسجيل بحسن أو سوء نية البائع أو المشتري اللاحق للأول. بل وقررت أنه لا عبرة لديها مطلقاً بالغش أو التواطؤ الذي قد يوجد بين البائع والمشتري الثاني الذي سبق وسجل عقده ١١٢.

يتضح مما سبق الاختلاف البين في تنظيم ذات المسألة بين قوانين إيجار الأماكن وقانون العقوبات من ناحية، وقانون تنظيم الشهر العقاري، وما استقرت عليه أحكام محكمة النقض من ناحية ثانية. وهو ما ينشئ تناقض بين كل من الناحيتين المذكورتين. هذا التناقض يستوجب في نظرنا محاولة تسوية الاختلاف قدر المستطاع، والتقريب بين جهتي التضاد في إطار ما يفرضه المنطق القانوني، والمبادئ القانونية المستقرة.

المبحث الرابع

النصوص المنظمة لتزامم مستأجري العقار

نتعرض في هذا المبحث لأبرز النصوص التي تناولت مسألة التزامم بشأن إيجار العقار. ونبين كيفية تنظيم هذه النصوص للمفاضلة بين المستأجرين المتعددين لذات العقار. لا شك في وجود عوامل مشتركة بين هذه الحالة والحالة محل البحث وهي؛ التزامم أي تعدد المشتريين أو المستأجرين، ومحل التزامم هو عقار واحد. على الرغم من اختلاف طبيعة البيع كعقد ناقل للملكية عن الإيجار والذي يتمثل محله في حق انتفاع، إلا أن أوجه الشبه المذكورة كافية لإجراء القياس بين الحالتين.

١١٢ انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧، جلسة ١٩٩٥/٥/٢١، س ٤٦ ع ١ ص ٧٩١ ق ١٥٦.

المطلب الأول

المادة ٥٧٣ مدني:

تنص هذه المادة على أنه:

" (١) إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد إيجاره، فإنه هو الذي يفضل.

(٢) فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض."

إن محل هذا النص هو عقد الإيجار. وهو يعالج مسألة تزامم مستأجري العين الواحدة. وقد ورد ذكر العين في النص عاماً، لذا فإنه يسري على كل عين مؤجرة سواء كانت منقولة أو عقاراً. وقد قرر النص أنه في حالة تعدد مستأجري العين الواحدة، تكون الأفضلية لمن سبق منهم إلى وضع يده على العين دون غش.

في البدء ينبغي توضيح أن القياس المقصود في هذا المبحث يقتصر على تطبيق النص فيما يتعلق بالعقار، إذ الحالة محل البحث تنصب على تزامم مشتري العقار. والنص المذكور أعلاه فيما قرره يُعد محض تطبيق للقواعد العامة. ذلك أن عقد الإيجار إنما ينشئ للمستأجر حقاً شخصياً لا عينياً في ذمة المؤجر؛ ألا وهو حق الانتفاع. وعليه يُعد المستأجر دائناً عادياً لا يتقدم على باقي دائني المؤجر.

وبالتالي إذا تعدد مستأجري العقار، يُعد كل منهم دائناً عادياً للمؤجر بتسليم العين المؤجرة. فلا يتقدم أحدهم على الآخر وإن كان تاريخ عقده ثابتاً في تاريخ سابق للآخرين، بل يتساوون جميعاً طبقاً للمادة ٢/٢٣٤ مدني. فمن يستوفي حقه من المؤجر أولاً يؤول إليه حق الانتفاع وحده وإن كان عقده متأخراً عن البقية، ويحق للمستأجر أو المستأجرين الآخرين الرجوع على المؤجر بالتعويض بناءً على ضمان الاستحقاق. ولكن يُشترط في ذلك أن يكون استيفاء حقه قد تم دون وقوع تواطؤ بينه وبين المدين

الموفي ١١٣. وهذا الشرط قد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدني: " وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه."

من الجدير بالذكر أن "وضع اليد" الوارد في المادة ٥٧٣ لا يقصد به هنا وضع اليد المجرد في ذاته، وإنما يقصد به استيفاء المستأجر لحقه من المؤجر باعتباره دائناً شخصياً له، وذلك عن طريق تسلم المستأجر للعين من المؤجر ووضع يده عليها ١١٤. إذاً معيار الأفضلية بين المستأجرين المتزاحمين طبقاً للنص ليس سبق ثبوت تاريخ العقد، وإنما أسبقية تسلم العقار ووضع اليد عليه دون غش.

الشاهد هنا هو الشرط الذي وضعه المشرع من أجل إعمال أسبقية وضع اليد وهو عدم وقوع غش أو تواطؤ بين المؤجر والمستأجر واضع اليد. ويقصد بعدم تواطؤ المستأجر هنا عدم علمه في وقت تسلمه للعين المؤجرة بوجود إيجار سابق على إيجاره. فإن كان على علم وقت أن وضع يده على العقار المؤجر بوجود إيجار سابق له على ذات العين يقع التواطؤ الذي يمتنع معه تفضيله، ويوجب تفضيل المستأجر الأول. أما إن كان يعلم بوجود إيجار آخر، وكان هذا الإيجار تالياً له لا يعتبر علمه من قبيل التواطؤ، بل يحق له المبادرة إلى وضع يده على العين قبله رغم توفر العلم.

وبناءً على ذلك يعتبر المشرع مجرد علم المستأجر وقت وضع يده بوجود إجارة سابقة نافياً لحسن نيته وكافياً لثبوت الغش، مما يستوجب رد قصده السيء عليه بتفضيل المستأجر الأول ١١٥.

^{١١٢} انظر: د. السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، فقرة ٢٩١، ص ٣٨٩.

^{١١٤} المرجع السابق، ص ٣٨٥، هامش ١.

^{١١٥} الطعن رقم ٨٩٠ لسنة ٥٤، جلسة ٦ مارس ٢٠٠٠، س ٥١ ع ١ ص ٣٩٨ ق ٧١. والذي قضى بأنه: " النص في المادة

٥٧٣ من القانون المدني - الذي يحكم واقعة النزاع - يدل على أن المشرع قد نظم أسس المفاضلة بين المستأجرين بعقود صحيحة فيما تعارضت فيه حقوقهم وبات من المحتم أن يستأثر أحدهم بالشيء المؤجر ولم يبق لسواه إلا الحق في التعويض فجعل الأفضلية لمن سبق إلى وضع يده دون غش، وقامت فلسفة النص السالف ببيان على أن المستأجرين دائنون عاديون فلا فضل لأحدهم على الآخر ولا امتياز، فمن سبق منهم إلى استيفاء دينه من المدين فقد خلص له حقه كاملاً ما لم يكن المدين معسراً وأراد أن يفضل دائناً على غيره غشاً ففي هذه الحالة يحرم الدائن من هذه الميزة وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٤٢ من القانون

فضلاً على ما سبق فإن المشرع في ذات المادة المذكورة (٥٧٣ مدني) قد خص العقار دون المنقول بحكم خاص إذ نصت على الآتي: " فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد إيجاره، فإنه هو الذي يفضل."

يُستخلص من هذا الحكم أن المشرع قد وضع معيار آخر للمفاضلة بين المستأجرين المتعددين لذات العقار. هذا المعيار هو أسبقية تسجيل العقد. فالمستأجر الذي يسبق إلى تسجيل عقده قبل أن يضع المستأجر الأول يده على العقار تكون له الأفضلية في الانتفاع بالعقار بشرط أن يقترن تسجيله ذلك بحسن النية. ويقصد بحسن النية في هذا الصدد عدم علمه وقت التسجيل بوجود عقد إيجار سابق على العقد الذي يشرع في تسجيله. أما إذا كان عقداً لاحقاً لعقده فلا يؤثر علمه به على أفضليته بناءً على سبق التسجيل.

يُلاحظ أن التسجيل الوارد في هذه المادة يختلف عن مفهوم التسجيل في قانون الشهر العقاري. فالتسجيل في أحكام قانون تنظيم الشهر العقاري هو التسجيل الناقل لحق عيني، بينما التسجيل الوارد هنا فيما يخص العقار المؤجر فالغرض منه المفاضلة بين المستأجرين المتزاحمين، ويشترط فيه القانون حسن النية على عكس الأول ١١٦.

الخلاصة:

مُحصلة الأمر فيما يتعلق بتزاحم مستأجري العقار، طبقاً للمادة المذكورة أعلاه، سواء قامت هذه المفاضلة بناءً على أسبقية وضع اليد أو أسبقية التسجيل على النحو السابق بيانه، أن المشرع قد أقام وزناً لمدى حسن أو سوء نية المستأجر التالي لأول إذا توفرت له مقومات الأفضلية، وكذلك لعدم صدور تواطؤ أو غش من جانبه. بل أنه اعتبر ذلك شرطاً يتوقف عليه استحقاقه لتلك الأفضلية. بعبارة أخرى، صرح المشرع في المادة المذكورة أن المستأجر الذي يصدر منه غش أو تواطؤ أو سوء نية - والذي يُستفاد من

المدني، وقاس نص المادة ٥٧٣ المؤجر على المدين المعسر لأن المؤجر متى سلم العين لأحد المستأجرين صار في حكم المعسر بالنسبة للباقيين، ولم يقصد المشرع بنص المادة ٥٧٣ أن يحمي الحيازة في ذاتها واعتبر مجرد علم المستأجر وقت وضع يده بوجود إجازة سابقة نافية لحسن نيته وكافياً للثبوت الغش ولا يتأثر حق من فضل عقده بسبق وضع يده بفقده الحيازة وانتقالها إلى غيره لأنه اكتسب حقاً والحقوق لا تسقط بفقد الحيازة، ولو شاء المشرع بهذا النص أن يحمي الحيازة ذاتها لجعل التفضيل للحائز الأخير لحسن النية وليس للمستأجر الأسبق في وضع اليد...".

^{١١٦} انظر: د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، الطبعة الثانية ١٩٥٤، فقرة ١٢٤، ص ٢١٩، هامش ٣.

سبق علمه بوجود عقد إيجار سابق لعقده - يكون جزاءه رد قصده السيء عليه بحيث يفقد الأفضلية التي قرر لها القانون ١١٧.

المطلب الثاني:

المادة ٢٤ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧:

تنص هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أنه:

"ويحظر على المؤجر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبني أو وحدة منه، وفي حالة المخالفة يقع باطلا العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول."

يلاحظ هنا أن هذا النص ليس عاماً يتناول عقود الإيجار بشكل عام كالنص السابق. ولكنه يسري على فئة خاصة من الإيجارات؛ وهي العقارات المعدة للسكنى الخاضعة لقانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

ويتبين من النص الحظر الصريح على المؤجر أن يبرم أكثر من عقد إيجار واحد للمبني أو لوحدة منه. ثم يقرر الجزاء المترتب على مخالفة هذا الحظر؛ وهو بطلان أي عقد أو عقود لاحقة لعقد الإيجار الأول. إن ما يقرره هذا النص من منع واضح للمؤجر من خلق حالة تزاحم للمستأجرين منه بإلزامه بالاختصار على عقد إيجار واحد للعقار، ثم تقريره لهذا الجزاء الحاسم في حالة مخالفة الحظر، إنما يستفاد منه افتراض المشرع افتقاد المؤجر ولاية التصرف في ذات المعقود عليه تصرف يتعارض مع مقتضى عقد الإيجار الأول. كما يستخلص منه افتراض المشرع لسوء نية المؤجر الذي يفعل ذلك. بل ويعاقبه على سوء نيته ذلك باعتبار أي إيجار لاحق للأول باطلاً، وهو بالتالي لا ينتج أثره في مواجهة المستأجر الأول.

فضلاً عن ذلك فإن المادة ٧٦ من القانون نفسه تقرر جزاءً جنائياً يتمثل في

الحبس أو الغرامة أو إحداهما في حالة مخالفة المادة ٢٤ ١١٨.

^{١١٧} الطعن رقم ١٨١ لسنة ٢١، جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٥، ص ٦ ع ٢ ص ٥٤٠ ق ٦٨. وجاء فيه: "... في حالة تزاحم المستأجرين من الأسبقية بوضع اليد أو التسجيل أن يكونا غير مشوبين بالغش التلبسي الذي يمنع واضع اليد من التحدي بأسبقية وضع يده كما يمنع المسجل سند إيجاره من التمسك بتسجيله وهذا هو ما قلناه المشرع في المادة ٥٧٣ من القانون المدني الجديد..."

المطلب الثالث:

قياس الحالة محل البحث على النصوص المنظمة لتزاحم مستأجري العقار:

قد يُحتج على إجراء مثل هذا القياس باختلاف طبيعة عقد بيع العقار عن عقد تأجيره. إلا أننا نرى رغم إدراكنا لهذا الاختلاف، التشابه الكبير بين الموقف الذي تعالجه النصوص التي تناولناها في المطالبين السابقين، وبين حالة تزاحم مشتري العقار. فالمحل في كل من الحالتين؛ عقار، والإشكالية في كل منهما هي تزاحم المشتريين أو المستأجرين. على الرغم من ذلك، نجد أن المشرع قد فرق بينهما في كيفية المفاضلة بين المشتريين والمستأجرين المتزاحمين، وكذلك في الجزاء المترتب على إعادة بيع وتأجير العقار.

نص المادة ٥٧٣ مدني يجعل معيار المفاضلة بين المستأجرين المتزاحمين هو أسبقية وضع اليد، أو أسبقية التسجيل، إلا أنها تجعل الأفضلية الممنوحة بناءً عليهما متوقفة على مدى حسن أو سوء نية المستأجر الثاني وقت وضع اليد أو وقت التسجيل. على نقيض ذلك، تأتي أحكام النقض المتعلقة بتزاحم مشتري العقار غير مبالية على الإطلاق بسوء نية المشتري الثاني ولا بالتواطؤ والغش الذي قد يقع بينه وبين البائع.

والمادة ٢٤ من قانون إيجار الأماكن ٧٧/٤٩ تجعل جزاء إعادة تأجير العقار هو بطلان أي عقد تالٍ للأول، وبالتالي عدم نفاذه في مواجهة المستأجر الأول. وهو هنا يعول على سوء نية المؤجر، واستنفاده لولاية التصرف في المعقود عليه. وهو بالطبع على عكس موقف المشرع والقضاء من بائع العقار الذي يعيد بيعه، إذ لا اعتبار لسوء نيته على الإطلاق. كما لم يُقرر له جزاء خاص، سوى ما تقرره القواعد العامة في القانون المدني من تعويض بناءً على ضمان الاستحقاق.

من جانبنا، نرى هذه التفرقة منتقدة وغير ذات محل. فالعلة في الحالتين واحدة وهي صدور التصرف الثاني من غير ذي ولاية، فضلاً عن قيامه على خداع وغش

^{١١٨} وقد ورد نص المادة ٧٦ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المواد ١/٧، ٨، ١/١٣، ٢٤، ٢٥ من هذا القانون...".

وضرر لأحد الأطراف. فاتحاد العلة مع التباين الشاسع في التنظيم القانوني والقضائي أمر غير منطقي، يستوجب إيجاد تعديلات تخفف من حدة هذا التباين.

على صعيد آخر نلاحظ اختلاف الحكم الذي قرره المشرع في حالة تزامم مستأجري العقار الذي يخضع لقانون إيجار الأماكن عن ذلك الذي لا يخضع له. فالمادة ٥٧٣ مدني تتناول المسألة في عقود الإيجار بشكل عام، بينما تنظم المادة ٢٤ من القانون ٧٧/٤٩ التزامم في إيجار العقارات الخاضعة لهذا القانون، وكذلك المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن التالي له رقم ١٣٦ لسنة ١١٩١٩٨١. وتطبيقاً لقاعدة " الخاص يقيد العام " فإن المواد الواردة في قانوني إيجار الأماكن تسري على تزامم مستأجري العقار بالنسبة للعقارات التي تخضع لهذه القوانين؛ أي العقارات المعدة للسكنى لتترك أي عقار آخر غير خاضع لها لحكم المادة ٥٧٣ مدني. ونرى أن هذا التباين بدوره منتقد.

ومحل هذا الانتقاد أنه لا مبرر للتمييز في الحكم مع اتحاد العلة. فكلهما تصرف ثاني بالإيجار عن ذات المعقود عليه، من ذات المؤجر. لذا نرى أن الأولى توحيد الحكم بينهما بحيث يُعد التصرف الثاني بالإيجار باطلاً، مع تفضيل المستأجر الأول أياً كان نوع العقار المؤجر. ذلك مع تمكين المستأجر الثاني من الرجوع بالتعويض والضمان في حالة كونه حسن النية على المؤجر. وهو التنظيم الذي تبنته قوانين إيجار الأماكن.

بينما في القانون المدني، نجد أن المادة ٥٧٣ قد أغفلت تكرار التصرف بالإيجار ممن سقطت عنه ولاية التصرف بإبرام الإيجار الأول. فقد اعتبر القانون المدني جميع المتصرف إليهم بالإيجار دائنين عاديين متساوين في المركز القانوني (مادة ٢/٢٣٤ مدني)، يتقدم أحدهم على الآخر في ضوء أسبقية وضع اليد (التسلم) مع حسن النية مقدره وقت وضع اليد. ذلك حتى وإن كان المستأجر صاحب الأفضلية هو المستأجر الثاني طالما كان حسن النية وقت تسلمه للعين المؤجرة، لا يعلم بوجود عقد إيجار سابق عليه. كما قد يتمثل سبب الأفضلية - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٧٣ مدني - هو قيام

^{١١١} وقد جمعت هذه المادة تنظيم التزامم في الإيجار والبيع معاً وقررت توقيع عقوبة جريمة النصب على كل مالك يبيع أو يوزع ذات الوحدة لأكثر من بائع أو مستأجر: " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يوزعها لأكثر من مستأجر أو يبيعهما لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً. "

المستأجر، ولو كان لاحقاً لغيره، بشهر عقده متى كان حسن النية عند الشهر لا يعلم بوجود عقد إيجار آخر سابق عليه.

من الجدير بالملاحظة في نطاق تنظيم القانون المدني لتزامم مستأجري العقار، أنه لم يَقم وزناً لسوء نية المؤجر أو صدور غش منه عند إبرام العقد الثاني. كما أنه لم يعتد بسوء نية المستأجر الثاني عند إبرام العقد، وإنما جعل العبرة بحسن نيته وقت التسليم أو التسجيل.

المبحث الخامس

إبرام النائب تصرف خارج حدود سلطاته

نتناول في هذا المبحث بدايةً الخطوط العريضة لنظرية النيابة في التعاقد، وبشكل خاص الجزاء المترتب على تجاوز النائب لحدود نيابته. ثم نعرض في مطلب ثانٍ لقياس حالة البحث؛ إعادة بيع ذات العقار، على حالة خروج النائب عن حدود نيابته من حيث الجزاء المترتب على كل منهما.

المطلب الأول:

النيابة في التعاقد، وتجاوز حدود النيابة:

تقوم نظرية النيابة في التعاقد على فكرة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في التعاقد مع الغير مع انصراف آثار التعاقد مباشرة إلى ذمة الأصل^{١٢٠}. وتلك النيابة قد تكون قانونية؛ يتولى القانون تحديد أحكامها ونطاقها كما في حالة السولي والوصي والقيم والدائن في استعمال حقوق مدينه. كما قد تكون اتفاقية؛ تتحدد بإرادة طرفيها كما في عقد الوكالة.

تنظم الأحكام العامة للتعاقد بطريق النيابة المواد ١٠٤ إلى ١٠٨ من القانون المدني. ويُمكن أن نستخلص من هذه النصوص الشروط الأساسية الواجب توافرها في التعاقد بالنيابة حتى يكون سليماً. وهذه الشروط هي كالتالي:

^{١٢٠} انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ققرة ٨٣.

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل (مادة ١٠٤/١ مدني). فخص النائب لا الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

- إبرام المعاملات باسم الأصيل لا النائب (مادة ١٠٥ مدني). إن ما ينشأ عن أي تعاقد أو معاملة يبرمها النائب من حقوق والتزامات تُضاف إلى ذمة الأصيل.

- التزام النائب فيما يبرمه بالحدود المرسومة لنيابته.

يُعد هذا الشرط الأخير أحد أهم شروط قيام النيابة، سواءً كانت قانونية أو اتفاقية. وهو يستلزم أن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ١٢١. فالنائب وإن كان يبرم التعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، إلا أنه لا بد وأن تجري إرادته تلك في نطاق الحدود التي وضعها القانون أو الاتفاق للنيابة.

أما إذا جاوز النائب الحدود المرسومة لنيابته يكون جزء ذلك أن يُعد تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل كقاعدة عامة ١٢٢. ويُستفاد هذا الجزء بمفهوم المخالفة من المادة ١٠٥ مدني التي تنص على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يُضاف إلى الأصيل". يعلق النص إضافة آثار المعاملات التي يبرمها النائب إلى ذمة الأصيل على إبرام النائب لها في حدود نيابته. ويستخلص من ذلك أن خروج الأخير عن حدود نيابته، يؤدي إلى عدم نفاذ تصرفاته في ذمة الأصيل.

بالإضافة إلى هذا النص العام الذي يقرر جزء تجاوز حدود النيابة، يوجد نص خاص بحالة الولاية على أموال القاصر من الولي أو الوصي. فقانون الولاية على المال رقم

^{١٢١} انظر: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ١٥٣-١٥٦.

^{١٢٢} ذلك أنه قد ينفذ مثل هذا التصرف في حالات استثنائية تقوم على حسن نية الغير المتعامل مع النائب، وما يفرضه الوضع الظاهر. كما نص القانون المدني على تطبيقين لهذه الحالات الاستثنائية هما:

(١) المادة ١٠٧ " إذا كان النائب ومن تعاقد معه جهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يُضاف إلى الأصيل أو خلفائه."

(٢) المادة ٧٠٣ والتي تتعلق بالوكالة: "١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.

٢- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة."

١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد وضع قيود مفصلة لسلطة كل من الولي والوصي على تلك الأموال. ثم نص في المادة ٢٠ منه على جزاء سوء تصرف الولي في أموال القاصر حيث تنص على أنه: "إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها".

المطلب الثاني:

قياس جزاء إعادة بيع العقار على جزاء تجاوز النائب لسلطانه:

بناءً على ما بيناه في المطلب السابق، نجد أن ولاية النائب في إبرام التصرفات نيابةً عن غيره - أيًا كان شكل النيابة - إنما هي ولاية مشروعة مُستمدة من القانون. فنصوص القانون هي التي تنظم تفاصيلها في حالة النيابة القانونية، وكذلك يعترف بها القانون ويحدد أطرها العامة في حالة النيابة الاتفاقية. وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع قد تعامل بحذر مع تصرفات النائب، ووضع جزاءات قوية إن هو تجاوز الحدود المرسومة له. فهو يعتبر تصرفات النائب غير نافذة في مواجهة الأصيل إن هو تجاوز سلطانه. كما أعطى للمحكمة السلطة التقديرية في سلب ولاية الوصي أو الحد منها إن هو أساء التصرف في أموال القاصر مما أدى إلى تعريضها للخطر. وهو ما يؤكد أهمية ولزوم تحقق وتحلي المتصرف بولاية التصرف فيما يتصرف فيه.

على الجانب الآخر، في حالة إعادة بيع المالك للعقار، نجد أن هذا الأخير يغتصب سلطة التصرف في العقار بعد أن باعه إلى المشتري الأول فاستند بمقتضى هذا البيع ولاية التصرف فيه. وهو لا شك تصرف يأتي على عكس الواجب الذي يفرضه القانون المدني في المادة ١٤٨ من وجوب تنفيذ العقد بما يتفق ومقتضيات حسن النية، وفي المادة ٤٢٨ التي تلزم البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع للمشتري وبالكف عن أي عمل من شأنه أن يجعله مستحيلًا أو عسيرًا. كما يتعارض مع مبدأ الغش يفسد كل أمر، ونظرية الأوضاع الظاهرة على النحو السابق بيانه في الفصل الأول من هذه الدراسة. وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع وأحكام محكمة النقض تقره على مثل هذا التصرف طالما كان المشتري الثاني قد سبق نظيره الأول إلى التسجيل. ويقتصر الجزاء في هذه الحالة على إلزام البائع بتعويض المشتري الأول بناءً على ضمان الاستحقاق، أو المسؤولية التقصيرية، أيهما أيسر من حيث الإثبات.

إن المقارنة بين الجزاءين في الحالتين السابقتين إنما تعكس تناقضاً كبيراً. كما تسلط الضوء على تطرف موقف القضاء من الجزاء المترتب على إعادة بيع ذات العقار.

خاتمة

إن تحليل إشكالية تراحم مشتري العقار على النحو الذي تناولناه يوضح اندراجها ضمن إشكالية أعم وهي؛ محاولة إقامة التوازن بين اعتباري إقامة العدالة واستقرار المعاملات.

يبدو واضحاً من عرض وتطبيق المبادئ القانونية المتعلقة بالمسألة، أنها ترجح كفة إقامة العدالة. فالمفاضلة بين مشتري العقار بناءً على هذه المبادئ يتوقف على مدى توافر حسن النية، وعدم وقوع غش أو تدليس، واحترام ما للإرادة من سلطان، وكذلك احترام ما يفرضه الوضع الظاهر.

أما القواعد القانونية السارية حالياً، والمرتبطة بهذه الإشكالية، وكذا أحكام محكمة النقض، ترجح كفة استقرار المعاملات. إذ هي تعول في المفاضلة بين المشتريين المتراحمين بشكل أساسي على أسبقية التسجيل. كما تقرر حق المشتري الذي لم يحظ بالملكية في التعويض الناتج عن استحقاق الملكية لغيره.

في كافة الأحوال لن يخرج أياً من المشتريين خالي الوفاض. فالمشتري الذي لم ينجح في الحصول على ملكية العقار، يحق له الحصول على تعويض بناءً على ضمان الاستحقاق الذي قرره القانون. ولكن يبقى التساؤل: أي المشتريين أولى بملكية العقار؟ وأي الاعتبارين السابقين أولى بالترجيح؟

لقد حاولنا من خلال الفصل الثاني من هذا البحث، التوصل إلى إجابات لهذه التساؤلات عن طريق تسليط الضوء على الحالات المشابهة للحالة محل البحث، بل أحياناً تكون مطابقة لها. على الرغم من هذا التشابه أو التطابق إلا أن المشرع قد تناول هذه الحالات بشكل مغاير تماماً، بل يصل في بعض الأحيان إلى التناقض التام.

إننا نسلّم بأن مسألة تعدد مشتري العقار تحتاج إلى حل عملي، يميل نوعاً ما إلى الحفاظ على استقرار المعاملات، ويعمل على تقوية نظام التسجيل. إلا أننا نرى أن يكون ذلك في الحدود المعقولة، دون شطط أو تطرف. كما نرى وجوب ألا يؤدي هذا الأمر لوجود تناقض بين نصوص القانون.

فقد رأينا أن محكمة النقض عند المفاضلة بين مشتري ذات العقار، تعتد في المقام الأول بأسبقيّة التسجيل. وهي لا تعتبر سوء نية المشتري الثاني مؤثراً على تلك الأسبقيّة، وهو أمر يمكن تفهمه وقبوله مراعاةً للاعتبارات العملية التي ذكرنا، ولعدم إقحام المحاكم في متاهة العناصر النفسية وصعوبة إثباتها. على الرغم من ذلك، لا نرى مبرراً لترك البائع سيء النية دون جزاء. فهو المصدر الرئيسي لهذه الإشكالية، ولا شك أن تركه دون جزاء يشجع ملاك العقارات على بيع ذات العقار لأكثر من مشتري، وبالتالي الإضرار بمصالح الغير. خاصةً أن المشرع قد تنبه إلى هذا الأمر في حالة المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. ذلك أنه قد وضع جزاء للبائع سيء النية؛ وهو الوارث في هذه الحالة، وذلك على التفصيل السابق بيانه.

كما رأينا أن المحكمة لا تعتبر وقوع غش أو تواطؤ أو تدليس مما يؤثر على أسبقيّة التسجيل، وهو أمر نرى فيه تطرفاً كبيراً. فهو من ناحية مسلك ليس له سند من نصوص قانون الشهر العقاري، كما تأتي المبادئ والقواعد العامة على نقيضه تماماً كما عرضنا تفصيلاً. ومن ناحية المنطق القانوني، فإن تصريح قضاء النقض بإباحة الغش والتواطؤ، ولو كان في مسألة محددة (أسبقيّة تسجيل العقار)، أمر على درجة عالية من الخطورة.

وقد صرح المشرع بعكس مسلك محكمة النقض ذاك في حالة شديدة الشبه بالحالة محل البحث؛ وهي حالة تزامم مستأجري العقار. فقد رأينا أن المشرع قد نظم هذا التزامم بمعيار الأسبقيّة في وضع اليد، معلقاً ذلك على شرط عدم وقوع غش. كما وضع له معيار آخر وهو أسبقيّة تسجيل عقد الإيجار، وعلقه كذلك على شرط حسن النية. فإن لم تتوافر هذه الشروط، يكون جزاء واضع اليد بناءً على غش، أو الأسبق في التسجيل بناءً على سوء نية، أن يُرد عليه سوء قصده بتفضيل المستأجر الآخر.

ويتضمن التنظيم الحالي لمسألة تزامم مشتري العقار اعترافاً ضمني بإمكانية فصل ولاية التصرف عن باقي سلطات حق الملكية في البيع الأول للعقار، بحيث يمكن للبائع إعادة بيعه. ويُستخلص هذا الاعتراف من اعتبار البيع الثاني صحيحاً طالما توافر التسجيل. في حين أن الحالة التي يعترف فيها القانون بجواز فصل سلطة التصرف عن

باقي سلطات حق الملكية، عند الاتفاق على شرط مانع من التصرف تنطوي على جزاء أشد. فعلى الرغم من أن هذا الفصل مؤقتاً بحكم القانون، إلا أن مخالفة الشرط تؤدي إلى اعتبار التصرف الصادر من المالك الممنوع من التصرف باطلاً.

وهو ما يعكس تناقضاً جلياً بين التنظيم القانوني للحالتين غير مقبول منطقاً. نجد مما سبق أن أحكام محكمة النقض تخول بائع العقار ضمناً سلطة غير شرعية لا تمنحها لغيره ممن له وضع قانوني معترف به. فالنائب عن غيره، سواء نيابة قانونية أو اتفاقية، إن هو تجاوز حدود السلطة المخولة له بموجب النيابة، تعد تصرفاته غير نافذة في ذمة الأصل. بينما قيام بائع العقار بإعادة بيعه على خلاف الالتزامات الشخصية التي تفرضها عليه نصوص القانون المدني صراحة، يعتبر نافذاً في حق المشتري الأول طالما سبقه الثاني إلى التسجيل.

إن أبرز أوجه الشطط في الوضع الحالي لتزامم مشتري العقار؛ هو ما جاء في نصوص قانوني إيجار الأماكن (رقم ٧٧/٤٩، ورقم ٨١/١٣٦). فهذه النصوص لم تتناول حالات مشابهة بتنظيم أو جزاء مختلف، وإنما تناولت حالة تزامم مشتري العقار بعينها. تعتبر هذه النصوص إعادة بيع العقار جريمة جنائية يُعاقب عليها بعقوبة جريمة النصب. وعلى ذلك، فهي لا تعتد بأي بيع تالٍ للبيع الأول للعقار وتعتبره باطلاً حتى ولو كان مسجلاً، على التفصيل الذي عرضنا له.

نرى بهذا الصدد أنه لا يستقيم مطلقاً النص على اعتبار فعل معين مكوناً للركن المادي في جريمة جنائية، وفي ذات الوقت اعتباره صحيحاً، والاعتراف به وبكافة آثاره من الناحية المدنية.

خلاصة الأمر أننا لا ندعو هنا لإعلاء اعتبارات العدالة، وتغليب المبادئ المتعلقة بحسن النية، وحظر الغش، وغيرها بشكل مطلق، ودون الاعتداد باستقرار المعاملات. وإنما نهدف إلى سد الفجوة التي أشرنا إليها من مجموع القياسات المتناولة هنا، قدر الإمكان. ندعو إلى تقريب النصوص القانونية والأحكام القضائية المتناقضة بشأن المسألة محل البحث. نأمل إعادة النظر في الانحياز الشديد من جانب القضاء إلى استقرار

المعاملات على حساب العدالة والكثير من المبادئ والنصوص القانونية التي أهدرها مثل هذا الانحياز.

قد يكون السبيل إلى ذلك هو التدخل بتعديلات تشريعية مناسبة للحد من التناقض الذي وضحناه. وضرورة التدخل التشريعي لفرض جزاءات رادعة على البائع الذي يعيد بيع العقار. كما قد يتم التوازن المرجو عن طريق التخفيف من حدة النهج العملي البحت الذي تتبعه محكمة النقض في فض المنازعات المتعلقة بتزاحم مشتري العقار. ولا بد من الانتهاء إلى نصوص تشريعية منضبطة توازن بين المصالح الأولى بالاعتبار.

قائمة المراجع

- د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٥٩.
- د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول، ١٩٨٦.
- د. برهام محمد عطا الله، منازعات الملكية العقارية: تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، ٢٠١٠.
- د. حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، ١٩٩٥.
- د. سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ١٩٩٠.
- د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، الطبعة الثانية ١٩٥٤.
- د. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزامن المشتريين: محاولة لوضع نظرية عامة في الغش، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر)، العدد ١ و ٢، ١٩٥٩.
- د. عبد الباسط جمعي، نظرية الأوضاع الظاهرة - المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان.

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود المسماة.
- د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٧.
- د. عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، ١٩٩٤.
- د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٨.
- د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ حق الملكية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٠.
- د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ٢٠١٠.
- د. عوض محمد عوض، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية.
- د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لأكثر من واحد في مجال الإسكان، منشأة المعارف، الطبعة الأولى ١٩٨٣.
- د. محمد خلف عيد، الركن المادي في جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، ٢٠١٣.
- د. محمود شوقي، الشهر العقاري علماً وعملاً، القاهرة ١٩٩٠.

- د. مصطفى الجمال، د. رمضان أبو السعود، د. نبيل سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.
- د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، ١٩٨٥.
- د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- د. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.
- د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٧.
- د. هلاير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية.
- مندي حمزة محمد، الوجيز في شرح نصوص قانون السجل العيني، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.