طبيعة دعوى صحة التعاقد وتقادمها

دكتور

رمضان أبو السعود

أستاذ القانون المدنى

وكيل كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

المحامى بالنقض

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد:

من الثابت أن البيع غير المسجل (أو غير المقيد فى ظل قانون السجل العينى) لا ينقل الملك من البائع إلى المشترى حيث لا يتم هذا النقل إلا بالتسجيل أو القيد.(١)

ولكن يرتب هذا البيع التزاما على عاتق البائع بإتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية. وتتطلب هذه الإجراءات تدخل البائع حيث لابد من اقراره بصدور البيع منه، وأن يكون صحيحا مصدقا عليه. وللمشترى الحق فى مطالبة البائع -تنفيذا لالتزامه- بأن يتخذ تلك الاجراءات التى تؤدى إلى تسجيل العقد وبالتالى إلى نقل الملكية.

ولكن قد ينكر البائع صدور البيع منه، وقد يمتنع عن الذهاب إلى جهة الشهر للتصديق على توقيعه، أو يمتنع عن اتخاذ إجراءات مطلوبة منه لاجراء هذا التسجيل، هنا يجوز للمشترى أن يطلب تنفيذ التزام البائع

---

(١) فتقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من التقنين المدنى بانه "فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

وتقضى المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بان "جميع التصرفات التى من شانها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.

وتقضى المادة ٢٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن نظام السجل العينى بأن "جميع التصرفات التى من شانها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب قيدها فى السجل العينى ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية".

بنقل الملكية تنفيذا عينيا وذلك عن طريق دعوى صحة التعاقد.[٢] ويطلق عليها فى العمل "دعوى صحة ونفاذ عقد البيع" وحيث يلجأ إليها المشترى للحصول على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر وإذا صدر الحكم فى هذه الدعوى لصالح المشترى، أصبح فى حوزته سندا رسميا (هو الحكم) متى قام بتسجيله، انتقلت إليه الملكية دون حاجة لتدخل من البائع.

هذه الدعوى هل تخضع لنظام التقادم؟ بمعنى أنه هل يشترط أن ترفع خلال فترة زمنية معينة، وألا أمكن دفعها بالتقادم؟

هذا ما سنحاول -بإذن الله- أن نوضحه ونستجليه فى الصفحات القليلة التالية.

---

(٢) وقد يلجأ المشترى إلى رفع دعوى "صحة التوقيع" على البائع، وهذه الدعوى تعد من الدعاوى التحفظية التى شرعت لكى يطمئن من طريقها الشخص الحاصل على محرر عرفى من آخر إلى أن ذلك الآخر المنسوب إليه توقيع المحرر المذكور لن ينكر فى المستقبل توقيعه عليه، وهذا بقطع النظر من موضوع المحرر وعن نوع العلاقة الثابتة به وصحة التصرف المدون فيه أو عدمه، فيقتصر محل البحث فى هذه الدعوى على حصول التوقيع من المدعى عليه أو عدمه دون تعرض لموضوع المحرر... أما أثر هذه الدعوى فهو أن الحكم الذى يصدر فيها بصحة التوقيع يقوم مقام التصديق على توقيع العاقدين على العقد العرفى، وهو بالتالى يجعل العقد غير المصدق على توقيعه قابلا للشهر إذا توافرت فيه سائر الشروط الأخرى اللازمة لذلك.

المبحث الأول

الأساس القانونى الذى تستند إليه دعوى صحة التعاقد

من السهل أن نتبين الأساس القانونى الذى تستند إليه دعوى صحة التعاقد، وذلك فى ظل التقنين المدنى الحالى (٣) حيث تقضى المادة ٢١٠ من هذا التقنين بأنه "فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام". (٤)

وإذا كانت هذه المادة تضع المبدأ العام فى التنفيذ العينى بالنسبة للالتزامات التى تسمح طبيعتها أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى فيها، (٥) فإن المثل الذى كان يراود المشرع عند وضعه لهذا النص هو فى تنفيذ التزام بائع العقار بنقل الملكية تنفيذا عينيا. حيث ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما نصه "يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى أحيانا، برغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به. فإذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على امضائه فى عقد البيع، فلم يتيسر التسجيل، جاز للمشترى ان يستصدر حكما بصحة التعاقد، فيكون هذا الحكم بمنزلة

---

(٣) أما فى ظل التقنين المدنى القديم فلا نجد مقابلا لنص المادة ٢١٠ من التقنين المدنى الجديد. ومع ذلك فالملاحظ أن أحكام القضاء فى ظل التقنين القديم كانت تؤسس دعوى صحة التعاقد - غالبا - على الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من التقنين المدنى القديم والتى تقضى بأنه "ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال.

(٤) ويلاحظ أن هذه المادة تقابل فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى المادة ٢٨٧ والتى كانت تقضى بأنه "١- فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ، إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك. ٢- ويكون الأمر كذلك بوجه خاص، إذا كان المدين ملزما أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف" وقد تم حذف الفقرة الثانية من هذا النص عند مناقشة المشروع فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وذلك "لأنها تتضمن حكما تطبيقيا لا حاجة إلى افراد نص خاص له". أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٢٩-٥٣١.

(٥) ويلاحظ أنه من تطبيقات هذا المبدأ ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٢ من التقنين المدنى الحالى بأنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد".

العقد، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه، عند تسجيله."(٦)

فمن الثابت أن الملكية فى العقار لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع (٧) و"يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى." (المادة ٤٢٨ من القانون المدنى). فإذا قام البائع - وهو المدين بهذا الالتزام - بما يجب عليه من إجراءات لنقل الملكية (أو الحق العينى بصفة عامة) كان ذلك منه وفاء اختياريا وإلا جاز للدائن -المشترى- أن يلجأ إلى طلب الوفاء القهرى، ويتم ذلك تطبيقا للمادة ٢١٠ المشار إليها بأن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت التعاقد، وعندئذ يقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه، ويسجل الدائن هذا الحكم، فتنتقل إليه الملكية التى التزم المدين (البائع) بنقلها إليه، فيكون التزام المدين بذلك قد تم تنفيذه تنفيذا عينيا بالرغم منه.(٨)

---

(٦) "... وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده جاز للمحكمة أن تحدد له ميعادا للتنفيذ، فإذا لم يقم بالوفاء فى خلال هذا الميعاد، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه. ففى كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العينى، ويغنى عنه." مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص٥٢٩ و٥٣٠.

(٧) حيث تقضى المادة ٢٠٤ من القانون المدنى بأن "الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

(٨) أنظر الوسيط للسنهورى جـ ٢ فقرة ٤٣٧ ص٧٩٤، سليمان مرقص فى شرح القانون المدنى -الالتزامات- ١٩٦٤ فقرة ٦٠٢ ص٥٨٤ وفقرة ٦٠٣ ص٥٨٧، وأنظر من مؤلفات البيع السنهورى فى الوسيط جـ ٤ الطبعة الثانية ١٩٨٦ فقرة ٢٧٤ ص٦١٢، جميل الشرقاوى فى شرح العقود المدنية -البيع والمقايضة- ١٩٧٥ ص١٥٧، سليمان مرقص ومحمد على أمام "عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد" ١٩٥٢ فقرة ١٦٦ ص٢٦٤، عبد المنعم البدراوى فى عقد البيع فى القانون المدنى، الطبعة الأولى ١٩٥٧ فقرة ٢٣٠ ص٣٥٨، وأنظر له الوجيز فى عقد البيع ١٩٧٠ فقرة ١٤٠ ص٢٣٠، اسماعيل غانم فى الوجيز فى عقد البيع ١٩٦٣ فقرة ١١١ ص١٥١، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل فى شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٨ فقرة ٨٤ ص١٢٨، أنور سلطان وجلال العدوى فى الموجز فى العقود المسماة -الجزء الأول- البيع- ١٩٦٤ فقرة ٢٨٥ ص٢٠٦ ولهما أيضا العقود المسماة -عقد البيع- ١٩٦٦ فقرة ٢٨٦ ص٢٢٤، توفيق حسن فرج فى عقد البيع والمقايضة ١٩٦٩ فقرة ١٢٣ ص٢٠٦، محمد على عمران فى الوجيز فى شرح عقدى البيع والتأمين فقرة ٨٦ ص١٩٤، خميس خضر فى عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٧٢ فقرة ٨٥ ص١٣٦، محمد ناجى ياقوت فى العقود المسماة (البيع-الايجار-المقاولة) ١٩٨٤/٨٣ فقرة ٥٧ ص٦٤، عبد العزيز عامر فى عقد البيع ١٩٦٧ فقرة ١٣٤ ص١٦٧. احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى شرح القانون المدنى -عقود البيع والحوالة والمقايضة ١٩٥٤ الطبعة الثانية فقرة ٢٦٥، سليمان مرقص فى شرح القانون المدنى -٣- المجلد الأول -عقد البيع الطبعة الرابعة ١٩٨٠ فقرة ١٧٦ ص٣١٧، مصطفى الجمال =

هذا هو الأساس القانونى الذى تستند إليه دعوى صحة التعاقد، فهى ليست سوى استخدام الدائن لحقه فى الزام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا.

ومع ذلك فيرى البعض (٩) انه "بالإضافة إلى تأسيس دعوى صحة

= فى عقد البيع على الآلة الناسخة ١٩٨٠ فقرة ١١٠ ص٩٥، برهام عطا الله فى دعوى صحة التعاقد على البيع ١٩٨٣ ص ٣٦٤.

هذا وقد صدر عن القضاء المصرى العديد من الأحكام التى رددت كون دعوى صحة التعاقد هى وسيلة لتنفيذ التزام البائع تنفيذا عينيا.

ومن هذه الأحكام:

مصر الابتدائية الأهلية ١٩٢٥/٣/٤ المحاماة س٨ رقم ٢٨ ص٥٢ وحكمها فى ١٩٢٦/١٠/١٨ المحاماة س٧ رقم ٣٨٦ ص٥٧٨، طنطا الابتدائية ١٩٢٦/٤/٦ المحاماة س٦ رقم ٤٤٦ ص٧٣٤، بنى سويف الكلية ١٩٢٦/٥/١٣ المحاماة س٦ رقم ٤٩٦ ص٨٠٦، اسكندرية الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/١٠/١٦ المحاماة س٧ رقم ٥٢٥ ص٩٠٣ طنطا الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/٢/٢٣ المحاماة س٨ رقم ٣٦ ص٧١ اسكندرية الابتدائية ١٩٢٧/١٠/٢٤ المحاماة س٨ رقم ١٦٤ ص٢٢٢ وحكمها فى ١٩٢٧/١١/٢٧ المحاماة س٨ رقم ٣٢٣ ص١٥٦، اسيوط الابتدائية ١٩٣٣/١٢/٢١ المجموعة الرسمية ١٩٠٨/٢٥، دكرنس الجزئية ١٩٣٢/٣/٢٠ المحاماة س١٤ رقم ١٠٦ قسم ثان ص٢١١، اسنا الجزئية ١٩٣٠/٢/٢٢ المحاماة س١٢ رقم ٤٤ ص٨٩٣، فاقوس الجزئية ١٩٢٦/٢/٢٣ المحاماة س٧ رقم ١٦٦ ص٢٣٠، منفلوط الجزئية ١٩٢٦/٦/١٧ المحاماة س٧ رقم ٣٢ ص٥٢، جرجا الجزئية ١٩٢٦/١٠/١٦ المحاماة س٧ رقم ١٠٣ ص١٤٤، استئناف مصر فى ١٩٣٠/٢/١٩ المحاماة س١١ رقم ١٤١ ص١٥٤، استئناف مصر الأهلية ١٩٢٨/١٢/٢٥ المحاماة س٩ رقم ٥٠ ص٧٥، وحكمها فى ١٩٢٧/٥/١٢ المجموعة الرسمية س٢٨ ص٦١، استئناف أسيوط فى ١٩٣٥/١/١٣ المجموعة الرسمية س ٣٦ ص٩٢، حكمها فى ١٩٣٨/١/١٥ المجموعة الرسمية س٣٩ ص٨٧، مصر المختلطة ١٩٢٦/١/٢١ المحاماة س٦ رقم ٧٠٥ ص٨٢٥، استئناف مختلط ١٩٢٩/٢/٥ فى المحاماة س٩ رقم ٥٥٢ ص١٠٢٠، وحكمها فى ١٩٢٦/١٢/٣١ فى المحاماة س٨ رقم ١٨٦ ص٢٣٨، و١٩٣١/٣/٢٤ المحاماة س١٢ رقم ٢٧٧ ص٥٥٧، و١٩٣٣/٣/٢٨ المحاماة س١٤ رقم ٣٧٨ قسم ثان ص٧٣٧ و١٩٣١/٢/١٠ المحاماة س١١ رقم ٥٥٨ ص١٠٨٩، وانظر أحكام النقض الآتية

نقض ١٩٣٥/٢/٢٣ المجموعة الرسمية س٤٠ ص١٨٥، ١٩٣٥/٦/٢٠ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥٥ ص٣٥٣، ١٩٤٩/١/٢٣ المجموعة الرسمية س٤٢ ١٩٣، ١٩٤٤/٤/٦ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٩٣ ص٧٢٧، ١٩٤٤/٤/٢٠ المرجع السابق رقم ٩٤ ص٦٣٧، ١٩٤٠/١/٣١ فى المجموعة الرسمية س٤٧ ص٤٠، ١٩٥١/٤/١٩ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ١٩٢ ص٣٧٦، ١٩٥٨/٥/١٥ مجموعة النقض س٩ ص٩٤٤، نقض ١٩٦٦/٤/٢١ طعن ٢٨١ س٣٢ ق، ١٩٦٩/٥/٩ طعن ٢٩٠ س٣٢ق، ١٩٢٩/٥/٩ طعن ٢٩٠ س٣٢ق، ١٩٦٨/١٢/٢١ طعن ٥٥٤ س٣٤ق، ١٩٦٩/٤/٣ طعن ١٤٨ س٣٥ق، ١٩٦٩/٦/٥ طعن ٣٣٨ س٣٥ق، ١٩٧٥/٢/٢٥ طعن ١١ س٤٠ق، ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ س٤٣ق، ١٩٧٩/١١/١٥ طعن ٨٨٠ س٤٦ق، ١٩٨٠/١/٣١ طعن ٥٥١ س٤٨ق، ١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٩ س٤٣ق، ١٩٨١/١١/٢٦ طعن رقم ١٣٩٣ س٤٨ق، ١٩٨٢/١٢/٢ طعن ٨٩٠ س٤٨ق، ٨٤/٢/٢٣ طعن ١٠١٧ س٤٩ق، ١٩٨٤/٣/١٣ طعن ٩٠٠ س٥٠ق، ونقض ١٩٨٤/١٢/١٢ طعن ٣٢ س٥١ق.

(٩) برهام عطا الله - المرجع السابق - ص٣٦٥ و ٣٦٦.

التعاقد على أنها دعوى تنفيذ عينية فإنه يمكن أيضا اعتبارها "دعوى تعويض عينية" فقيام حكم المحكمة محل توقيع البائع المصدق عليه يعتبر خير تعويض للمشترى، فما التزم به البائع يجب أن ينفذ عينا وإذا لم يتم التنفيذ فلا مناص من تعويض المشترى. وخير تعويض فى هذه الحالة هو التعويض العينى واحلال حكم القاضى محل توقيع البائع وتسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لنقل الملكية إلى المشترى".(١٠)

والواقع أنه فى مجال دعوى صحة التعاقد فإن الأمر لازال متعلقا بتنفيذ التزام المدين تنفيذا عينيا، وبالتالى فلا محل للكلام عن التعويض -عينيا كان أم نقديا- إلا إذا استحال تنفيذ التزام المدين عينا. وما يتوصل إليه المدين فى دعوى صحة التعاقد ليس بتعويض وإنما هو تنفيذ لالتزام المدين. وعلى ذلك فمن الخطأ القول بتأسيس دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى تعويض عينية.(١١)

---

(١٠) ويبدو أن هذا الرأى كان متأثرا بما ورد فى بعض الأحكام. من ذلك مثلا ما قضت به محكمة طنطا الابتدائية فى ١٩٢٦/٤/٢٦ (المحاماة س٦ رقم٤٤ ص٧٣٤) والذى قضى بأنه "يترتب على عقد البيع الصحيح غير المسجل التزام البائع بعمل الاجراءات القانونية لتسجيله وتسليم المبيع للمشترى وضمان عدم المنازعة فيه كما يترتب عليه التزام المشترى بدفع الثمن، فإذا امتنع البائع عن القيام بعمل الاجراءات القانونية الموصلة للتسجيل كان للمحكمة أن تحكم عليه بالتعويضات وهذه التعويضات لا تكون دائما مالية بل ويجوز أن تكون أيضا عينية لأن القاضى ملزم بالحكم بالوفاء عينا إلا إذا مس حكمه حرية البائع الشخصية. فإذا رفض البائع اتمام الاجراءات اللازمة لتمام البيع كان للمشترى الحق فى مقاضاته للحصول على حكم يقوم مقام العقد المصدق عليه رسميا ليستطيع بذلك تسجيله". وانظر أيضا حكم اسكندرية الابتدائية الأهلية فى ١٩٢٦/١٠/١٦ (المحاماة س٧ رقم ١٥، ص٩٠٣) والذى جاء فيه "أنه إذا امتنع البائع عن القيام بالتزاماته يحكم عليه بالتضمينات وهذه التضمينات كما أنها تكون مالية قد تكون عينية فيجوز للمشترى أن يطلب الحكم بالملكية ويكون الحكم المصدق عليه رسميا مقام العقد المسجل.

(١١) كما أن للتعويض العينى مجال مختلف، ولا يصار إليه إلا فى أحوال مختلفة بعيدة كل البعد عن مجال التنفيذ العينى للالتزام. فقد قضت محكمة النقض بأن "التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينا -كرد الشىء المغتصب- وجب قبول ما عرضه بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى. وعلى ذلك فإذا استولت جهة الادارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار وأبدت الادارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتد باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له، فإن حكمها يكون قد خالف القانون "نقض ١٩٧٢/٢٦ ٤ ٨/ مجموعة عمر جـ ٥ رقم ٣٥٢ ص٦٨٢.

وإذا كانت دعوى صحة التعاقد تستند إلى التزام البائع بنقل الملكية وامكانية تنفيذه عينا، فإنه ليبدو غريبا ما قضت به محكمة النقض المصرية من أحقية البائع -فى البيع العقارى غير المسجل- من رفع دعوى صحة التعاقد.

فقد قضت بانه "لا يحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفعها، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون، وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه، وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم، لأن البيع تم وفقا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله، وإنهما لن يتمكنا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطيان لا ينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد اتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان، وكان يبين من الحكم الابتدائى -الذى ايده وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه- أنه قضى برفض دعوى الطاعنين

= ونضيف إلى ما تقدم أيضا إلى أن البائع -فى البيع العقارى غير السجل ليس له أن يختار التنفيذ بطريق التعويض. فقد قضى بانه "لا يجوز للبائع عند عدم تسجيل عقد البيع أن يختار بمحض رغبته الحق فى الزامه بالتعويض فقط، دون الزامه بتنفيذ البيع الصادر منه، والا تهددت المعاملات بين الأفراد من جراء تعسف أحد المتعاقدين وتمسكه باختيار طريق ضار بالعاقد الآخر "مصر المختلطة فى ١٩٢٦/١/٢١ المحاماة س٦ رقم ٥٠٧ ص٨٢٥.

وانظر عبد السلام ذهنى فى "أوجه النقض التشريعى لقانون التسجيل الجديد" المحاماة س٧ ص٤٣٩ حيث يقول "أن الالتزامات الشخصية المنوه عنها بالمادة الأولى من قانون التسجيل ليست هى مجرد المطالبة بالتعويضات نظير عدم تمكين المشترى من التسجيل لعقد البيع، إنما هى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد الخاص بالحق العينى العقارى وعلى ذلك يجوز المطالبة قضائيا بالحكم بصحة العقد فى ذاته وهو غير مسجل... وكل ذلك يرجع إلى أن الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد التزامات مستقاة من نفس العقد، باعتبار أن البائع هو بائع ملزم بواجبات وله حقوق، وباعتبار أن المشترى يلتزم هو الآخر بواجبات وله حقوق باعتباره مشتريا، وأن تسجيل العقد لا ينصرف إلا لنقل الملكية من حيث هى". وانظر أيضا صليب سامى فى "التسجيل واشهار التصرفات العقارية" المحاماة س٨ ص٦٦٦، حلمى بهجت بدوى فى تعليقات على الأحكام المدنية -أثر عقد البيع غير المسجل- القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص٧٢٨ حيث يقول أن حق المشترى لا يقتصر على التعويضات ولا يجوز أن يتخلص البائع من التزامه بأن يرد الثمن والتعويضات للمشترى.

استنادا إلى أن البائع لايملك رفع دعوى صحة البيع، دون أن ينفى الحكم وجود مصلحة للطاعنين فى اقامة دعواهما، فانه يكون قد أخطأ فى القانون بما يوجب نقضه".(١٢)

وقد أستند البعض على هذا الحكم واستنتج "ان المشترى يلتزم أيضا بالسير فى إجراءات نقل الملكية. إذ قد يقوم لدى البائع مصلحة فى أن تتم إجراءات التسجيل بحيث تنتقل الملكية إلى المشترى، وهنا إذا امتنع المشترى أو تقاعس فقد يكون للبائع مصلحة فى أن يرفع دعوى صحة التعاقد فله ذلك طالما أن مصلحته مشروعة، فدعوى صحة التعاقد متاحة للمشترى وللبائع على السواء".(١٣)

والواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا القضاء ولا بتلك النتيجة التى رتبها عليه البعض وذلك استنادا إلى ما يلى:

أولا: أن التسجيل شرع لمصلحة المشترى، وبالتالى فله أن يجريه أو يتقاعس عن اجرائه دون مسئولية عليه، مع تحمله بكافة النتائج التى تترتب على عدم التسجيل.

ثانيا: ان دعوى صحة التعاقد إنما هى دعوى بطلب التنفيذ العينى لالتزام البائع، ومعنى رفعها من البائع أن تكون دعوى تنفيذ لالتزام المشترى، ولكن هل يلتزم المشترى هنا بأن يتخذ ما يلزم لنقل الملكية إلى نفسه؟

ثالثا: ان امتناع المشترى عن اجراء التسجيل بإعتباره حقا له، لا يجب أن يؤثر فى أن هذا المشترى يجب ألا يكون فى ذلك متعسفا فى استعمال حقه وإلا جاز للبائع مقاضاته طبقا لقواعد التعسف، وليس برفع دعوى صحة التعاقد.

---

(١٢) انظر نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ طعن ٢٤٦ س ٤٠ ق مجموعة أحكام النقض س٢٧ ص٥١٢.

(١٣) برهام عطا الله -المرجع السابق- ص١١٣.

رابعا: أنه إذا ثبت تعسف المشترى فى اجراء التسجيل فاللبائع أن يرفع دعواه عليه لالتزامه باتمام التسجيل باعتبار ذلك هو الجزاء على التعسف، ولا تكون الدعوى فى هذه الحالة دعوى صحة تعاقد.

خامسا: ومما يؤكد صحة ماتقدم أن حكم النقض المشار إليه لم يذكر صراحة وبشكل قاطع أن من حق البائع رفع دعوى صحة التعاقد، وإنما كل ما قاله هو أن القانون لم يحدد الدعاوى التى يجوز رفعها وإنما تقبل أى دعوى تسندها مصلحة، وأعطى مثالا لهذه المصلحة، من الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى أن يضيع دليله عند النزاع فيه. ومعنى هذا أن للبائع أن يطلب الزام المشترى بالتسجيل لدفع هذا الضرر المحدق، ومثل هذه الدعوى لا نعتقد أنها تدخل ضمن دعاوى صحة التعاقد.

نخلص مما تقدم أن دعوى صحة التعاقد تقوم على التزام نشأ عن عقد البيع العقارى، وإذا كان الأمر كذلك فما هى الخصائص التى تتميز بها تلك الدعوى؟

المبحث الثانى

خصائص دعوى صحة التعاقد

١- أنها دعوى شخصية:

من تقسيمات الدعاوى -فى فقه قانون المرافعات- هو تقسيمها إلى دعاوى شخصية وأخرى عينية، وذلك بالنظر إلى التقسيم التقليدى للحقوق إلى حقوق شخصية وأخرى عينية.

فالدعوى الشخصية *Action personnelle* هى تلك التى تستند إلى حق شخصى أى يكون رافعها صاحب حق شخصى يرمى برفعها إلى حماية هذا الحق، ومثالها دعوى الدائن قبل مدينه مطالبا بالدين، ودعوى المستاجر قبل المؤجر ودعوى المضرور قبل المسئول للمطالبة بالتعويض.

أما الدعوى العينية *Action réelle* فهى تلك الدعوى التى تستند إلى حق عينى بمعنى أن يكون رافعها صاحب حق عينى ويرمى من رفعها إلى حماية هذا الحق العينى كدعوى الملكية أو الاستحقاق *Action en revendication* يرفعها المالك على من يعتدى على حق الملكية أو ينازع فيه ودعوى الرهن التى يرفعها الدائن المرتهن على من ينازعه فى حق الرهن، ودعوى تقرير حق انتفاع أو حق ارتفاق وهى التى يرفعها صاحب حق الانتفاع أو الارتفاق على من ينازعه فى حقه(١٤)

---

(١٤) أنظر فى التفرقة بين الدعاوى الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية المؤلفات الآتية: فنسان فقرة ٤١ ص٤٧ ومابعدها، سوليس وبيرو جـ ١ فقرة ١٢٢ مكرر ص١١٩، جلاسون جـ ١ ص٤٧٦، موريل فقرة ٥٤ ص٥٨، عبد الفتاح السيد فى المرافعات المصرية ١٩٢١ ص٣٠٠ ومابعدها محمد المشماوى وعبد الوهاب المشماوى جـ ١ فقرة ٤٧٢ ومابعدها ص٦٠٤، رمزى سيف فى الوسيط فى شرح المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ١٩٦٩ فقرة ١٠٣ ومابعدها ص١٣٩، عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات المدنية والتجارية ١٩٧٧ فقرة ٤٧ ومابعدها ص٥٩، محمد حامد فهمى فى المرافعات فقرة ٣٤١، فتحى والى فى قانون القضاء المدنى طبعة أولى ١٩٧٣ جـ ١ فقرة ٦٦ ومابعدها ص١٥٣ ومؤلفه مبادىء قانون القضاء =

فتمييز الدعوى الشخصية عن الدعوى العينية يقتضى ابتداء تمييز الحق محل الحماية وهل هو حق عينى أم شخصى.(١٥)

ودعوى صحة التعاقد -كما رأينا- هى الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل طالبا الحكم فيها بصحة العقد ونفاذه أو ثبوته، فهو يرفعها بصفته دائنا لا بصفته مالكا أو صاحب حق عينى ولذلك كانت دعوى صحة التعاقد من الدعاوى الشخصية لا العينية.(١٦)

فيلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى تقضى بأنه "ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".(١٧)

= المدنى طبعة ثانية ١٩٧٥ فقرة ٤٥ ومابعدها ص٧٩، أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية الطبعة ١٤ سنة ١٩٨٦ فقرة ١٢٢ ومابعدها ص١٣٨، عبد المنعم عبد العظيم جبرة فى مبادىء المرافعات ١٩٧٦ ص٢٤٨ ومابعدها حلمى الحجار فى القانون القضائى الخاص- بيروت - ١٩٨٤ فقرة ٨٨ ومابعدها ص٦٠.

(١٥) سوليس وبيرو جـ ١ فقرة ١٢٢ مكرر ص١١٩.

(١٦) أنظر عبد المنعم البدراوى فى عقد البيع فى القانون المدنى. الطبعة الأولى ١٩٥٧ فقرة ٢٣١ ص٣٥٩، السنهورى جـ ٤ ص٦١٤ هامش(١) - أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى. فقرة ٢٦٨ ص٢٦٨، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل. فقرة ٨٥ ص١٢٩، اسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص١٥٠، جميل الشرقاوى ص١٥٩. سليمان مرقص. ص٣٢٦، عبد العزيز عامر فقرة ١٣٨ ص١٧٦، محمد ناجى ياقوت. ص٦٥ فقرة ٥٧، وأنظر أيضا عبد السلام ذهنى فى قانون التسجيل الجديد والمبادىء القانونية المقررة من قبل - المحاماة س٦ ص٦٢٦، ملاك كامل فى "تسجيل عرائض الدعوى" المحاماة س٩ ص٩٣٣. خميس خضر ص١٣٦، محمد على عمران. فقرة ٨٦ ص١٩٥، توفيق فرج ص٢٠٦، وأنظر استئناف مختلط ١٩٤٥/١١/٢٠م ص٥٨ ص٨.

(١٧) وهذه الفقرة تطابق ما جاء بالمادة الأولى من قانون التسجيل، وفى صدد تفسير هذه الفقرة كتب الأستاذ عبد السلام ذهنى فى "الغش والتواطؤ التدليس والتسجيل فى نقد النقض" الطبعة الثانية ١٩٤٥ ص٦٩ و٧٠ فقرة ٨٠. "ليس الغرض من عبارة الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل مجرد المطالبة بمال نقدى والوقوف عند التعويض. وعبارة المادة ما يأتى "ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين" وإذا رجعنا محاضر جلسات اللجنة الخاصة التى وضعت قانون التسجيل نرى أن "برناردى" قرر بجلسة ١٩٢٢/١١/٢٠ بأن العقد غير المسجل لم يخرج عن كونه وعدا بالالتزام بنقل الملكية ولا الزم البائع بالتعويض. وقرر بالجلسة نفسها "بيولاكازيللى" بأن الملكية لا تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وأن مجرد اتفاق الطرفين يجعل المشترى الظاهر بمثابة دائن لا يجوز له فقط سوى حق المطالبة بتعويض عند عدم حصول القيد رسميا، بل يجوز له رفع دعوى للحصول على حكم يحل محل العقد الرسمى ويجوز تسجيله. ثم أخذ "بيولا كازيللى" يتساءل فيما إذا كان من الجائز للمشترى طبقا للقانون الجديد حق رفع دعوى للحصول على حكم لأجل تسجيله. وأقر "بيوكازيللى" صحة هذا الرأى. ورأى السيد المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى أنه بعد تقريره قاعدة أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين إلا بالتسجيل، فإنه يصبح إذ ذاك ترك الفصل =

وبالتطبيق لما تقدم، فإنه فى عقد البيع العقارى مثلا، لمشترى العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريعه وثمراته طبقا لأحكام هذا العقد حتى قبل حصول هذا التسجيل وكذلك لهذا المشترى الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا، فإذا امتنع أو تأخر، جاز للمشترى أن يحصل فى مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلا للتسجيل. للمشترى بعقد غير مسجل -اذن- حق شخصى تحميه دعوى شخصية، يمارسها قبل البائع له حتى يتسنى تسجيل الحكم الصادر فيها فتنتقل إليه الملكية. ومع ذلك فقد ذهبت قلة من الأحكام إلى عكس ذلك. فقد قضى بأنه "ليس لمشترى العقار بعقد عرفى غير مسجل رفع دعوى للحصول على حكم بإثبات البيع الصادر له ليقوم مقام العقد المصدق عليه رسميا حتى

= فيما يتفرع عن هذه القاعدة من الاشكالات للقضاء نفسه".

وانظر الأحكام الآتية التى قررت أن عقد البيع غير المسجل ينشىء بين طرفيه التزامات شخصية، كما تعرضت هذه الأحكام لتحديد مضمون هذه الالتزامات:

استئناف مصر ١٩٣٧/١٢/٢٧ المحاماة س١٨ رقم ٢٤٨ ص٤٧١، استئناف أسيوط ١٩٣٦/١/٣ المحاماة س١٧ رقم ٣٦٧ ص٧٤٤، استئناف مصر ١٩٣٧/٤/٢٩ المحاماة س١٨ رقم ٧٣ ص١٥٢، وحكمها فى ١٩٣٧/١/١٩ المحاماة س١٧ رقم ٥٣٤ ص١٠٥٠، و١٩٣٧/١٢/٢٧ المحاماة س١٨ رقم ٤١١ ص٨٩٢، و١٩٣٨/١٢/١٣ المحاماة س١٩ رقم ٤٩١ ص١٢٥٩، و١٩٣٧/٢/٢ المحاماة رقم ٥٤٢ ص١٠٦٢، استئناف مختلط ١٩٣٦/٤/٢١ المحاماة س١٧ رقم ٦١٧ ص١٢٤٨، استئناف مصر فى ١٩٣٢/٤/٢٥ المحاماة س١٣ رقم ١٣٢ ص٢٩٢، و١٩٣٧/١٢/٢٧ المحاماة س١٨ رقم ٢٤٨ ص٤٧١، استئناف مختلط ١٩٣٢/١/١٢ فى المحاماة س١٣ رقم ٤٦٦ ص٩٤٤، مصر الكلية ١٩٣٢/١٠/٢٥ المحاماة س١٤ رقم ١٨١ قسم ثان ص٣٥٥، استئناف مختلط ١٩٣٤/١١/٢١ فى المحاماة س١٦ رقم ١٥٤ ص٣٥٠، نقض ١٩٣٢/١٢/٢٢ المحاماة س١٣ رقم ٣٤٤ ص٦٩٧، ابو تيج الجزئية ١٩٣٠/١/٢٥ المحاماة س١١ ص١٨٨، فاقوس الجزئية ١٩٢٦/٢/٢٣ المحاماة س٧ رقم ١٦٦ ص٢٣٠، أسيوط الجزئية ١٩٢٧/١/٢٥ المحاماة س٧ رقم ٤٠٦ ص٦٠٩، مصر الابتدائية الأهلية ٢٥/٣/٤ المحاماة س٨ رقم ٢٨ ص٥٢ و١٩٢٦/٧/١ المحاماة س٨ رقم ٢٥٨ ص٣٥٧، استئناف مختلط ١٩٢٧/١٢/٧ المحاماة س٨ رقم ٨١١ ص٢٣٦، استئناف مصر الأهلية ١٩٢٨/٢/١٢ المحاماة س٨ رقم ٤٧٤ ص٧٧٥ و١٩٢٨/١٢/٢٥ المحاماة س٩ رقم ٥٠ ص٧٥، نقض ١٩٤١/١/٢٣ المحاماة س١٠ رقم ٥٣ ص٣٥٣، نقض ١٩٥٣/٢/٥ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٢١٤ ص٣٨١، نقض ١٩٣٣/١/٥ المرجع السابق رقم ١٨٨ ص٣٧٥، نقض ١٩٣٢/١١/١٧ المرجع السابق رقم ١٨٩ ص٣٧٥، نقض ١٩٥١/٤/١٩ المرجع السابق رقم ١٩٢ ص٣٧٦ نقض ١٩٣٥/١٢/١٢ المرجع السابق رقم ١٩٣ ص٣٧٦، نقض ١٩٥٥/٢/٣ المرجع السابق رقم ٢٠٠ ص٣٧٧، نقض ١٩٥٣/٦/٤ المرجع السابق رقم ٢١٥ ص٣٨١، نقض ١٩٤٩/١/٢٧ المرجع السابق رقم ٩٢ ص٦٣٧، نقض ١٩٨٢/٥/١٢ طعن ١٧٦ س٤٩ق، نقض ١٩٨٣/٢/٢٧ طعن ٢٣٤ س٤٩ق.

يستطيع بذلك تسجيله ونقل الملكية، لأن قانون التسجيل قيد النصوص الخاصة بانتقال الملكية بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين فلا يمكن أن ينشأ من الالتزامات الشخصية التى هى الأثر الوحيد للعقد العرفى غير المسجل أى أساس لحق عينى. وعليه يتعين رفض مثل هذه الدعوى لأن الأحكام ليست منشئة للحقوق بل مقررة لها، ولما فى مخالفة ذلك من هدم المبادىء الأساسية التى قررها المشرع بقانون التسجيل".(١٨)

والواقع أن المشترى -فى دعوى صحة التعاقد- لايطالب سوى بتنفيذ التزام نشأ عن عقد البيع، فدعواه اذن شخصية وهو لم يدع بعد بان له حقا عينيا، وفرق كبير بين هذه الدعوى وبين دعوى تثبيت الملكية التى يطالب فيها بالحق العينى والتى لا يمكن رفعها إلا إذا كان عقده مسجلا.

ولذلك "تعتبر دعوى اثبات التعاقد الحاصل عن بيع لم يسجل عقده لعدم استيفائه الشكل القانونى دعوى شخصية لا عينية لأن الحقوق العينية لا تنشأ إلا بعد تسجيل الحكم الذى يصدر فيها ليقوم مقام عقد البيع. أما قبل التسجيل فتتولد عن العقد التزامات شخصية فقط فتكون الدعوى بهذه الالتزامات شخصية كذلك".(١٩)

وهذا ما تستقر عليه محكمة النقض، فقد قضت بان الدعاوى "الشخصية العقارية هى الدعاوى التى تستند إلى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتساب هذا الحق ومن ذلك الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد، وقد راعى المشرع هذا الازدواج فى تكوين الدعاوى- حينما جعل الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى الشخصية العقارية -وفقا للمادة ٥٦ مرافعات قديم- معقودا للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار موضوع النزاع

---

(١٨) اسكندرية الابتدائية ١٩٢٧/١٠/٢٣ المجموعة الرسمية س٢٩ ص١٤، والمحاماة س٨ رقم ١٦٤ ص٢٢٢.

(١٩) اسكندرية الابتدائية ١٩٣٠/١/٨ المجموعة الرسمية ٣١-٥-٨٨

أو موطن المدعى عليه".(٢٠)

والواقع أنه إذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا إلى أن دعوى صحة التعاقد دعوى شخصية لتنفيذ التزامات البائع تنفيذا عينيا، فإن هذا لا يمنع من أن حقوق المشترى قد تعلقت بالعقار، الأمر الذى يمكن معه وصف تلك الحقوق بأنها حقوق عينية عقارية فى دور التكوين والانشاء. ولذلك فإن وصف الالتزامات الشخصية الناشئة عن عقد البيع بأنها حقوق شخصية بحتة أمر لا يعبر عن الحقيقة الكاملة فى هذا الصدد. وهذا ما سنزيده ايضاحا وتفصيلا فيما يلى.

٢- وهى فى ذات الوقت دعوى عقارية:

الدعوى العينية العقارية، هى تلك الدعوى التى تتعلق بحق عينى عقارى، وفى هذا الصدد تقضى المادة ٨٣ من التقنين المدنى بأن "يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار، بما فى ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار، ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية."(٢١)

---

(٢٠) نقض ١٩٦٣/٣/٢١ طعن ٢٦١ س٢٨ق.

(٢١) وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من قانون المرافعات "وفى الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه". وجاء بالمذكرة الايضاحية لقانون المرافعات القديم تعليقا على المادة ٥٦ (المقابلة للمادة ٥٠ من التقنين الحالى) أنه "وفى فيما يتعلق بالدعوى الشخصية العقارية وهى التى تستند إلى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتسابه هذا الحق كالدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ويطلب فيها الحكم على البائع بصحة التعاقد واعتبار الحكم ناقلا للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، وكذلك فيما يتعلق بالدعاوى القريبة منها وهو المعبر عنها فى القانون الفرنسى بالمواد المختلطة وهى التى تستند إلى حقين أحدهما شخصى والآخر عينى وتوجه إلى المدعى عليه بإعتباره مدينا بالأول وملزما فى الوقت نفسه باحترام الثانى بإعتباره نتيجة لثبوت الحق الأول كمثل دعوى المشترى على البائع بتسليم العقار المبيع تنفيذا لعقد البيع ودعوى البائع على المشترى نفسه بفسخ البيع ورد العقار إليه - وفى فيما يتعلق بهذه الدعاوى جميعها النص على أنها تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو محل المدعى عليه، ذلك اعتبارا بحال الدعوى أو بغاية الصفة الشخصية أو رعاية للازدواج الواقع فى تكوين هذه الدعاوى على كل حال".

والدعوى الشخصية العقارية هى تلك التى تستند إلى حق شخصى فليس لرافعها حق عينى، ويكون الغرض منها الحصول على عقار أو حق عينى على عقار. وبناء على ذلك فإن الدعوى التى يرفعها مشترى العقار بعقد غير مسجل على البائع له بطلب الحكم بنفاذ البيع حتى إذا ما سجل هذا الحكم انتقلت ملكية العقار المبيع للمشترى، تعد من الدعاوى التى تحمل طابع الدعاوى الشخصية، لأنه ليس للمشترى بعقد غير مسجل حق عينى، لأن بيع العقار بعقد غير مسجل لا ينقل الملكية إلى المشترى وإنما يرتب التزامات شخصية بين المتعاقد والمتعاقد الآخر معه، وهى عقارية لأن الغرض منها الحصول على ملكية العقار نتيجة لتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى.(٢٢)

ومع ذلك، فيذهب الفقه السائد إلى اعتبار دعوى صحة التعاقد من الدعاوى المختلطة، فالضابط فى تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية هو بطبيعة الحق الذى تستند إليه الدعوى وفى تقسيمها إلى عقارية ومنقولة إلى طبيعة الشىء (محل الحق) الذى تقام الدعوى للحصول عليه. ومع هذا فإن هذين التقسيمين متداخلان، بمعنى أن الدعوى الشخصية مثلا قد تكون عقارية. ودعوى صحة التعاقد شخصية لأن رافعها (المشترى) يستند إلى حق شخصى (مصدره عقد البيع غير المسجل) قبل البائع بالزامه بنقل ملكية العقار إليه وهى دعوى عقارية لأنها ترمى إلى حصول المشترى على حق عينى على العقار المبيع، فهى دعوى عينية عقارية بحسب المآل.(٢٣)

وينتقد البعض اصطلاح الدعاوى المختلطة "فإذا كانت الحقوق تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وليس هناك ما يمكن تسميته بالحقوق

---

(٢٢) رمزى سيف -المرجع السابق- فقرة ١١٠ ص١٤٣.

(٢٣) عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق- فقرة ٤٩ ص٦٢ و٦٣، وانظر جديرى فى "الأحكام المختلطة" المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٠ ص٥، سوليس وبيرو جـ ١ فقرة ١٣٣ ص١٢٦، مورول فقرة ٥٥ ص٦١، فنسان فقرة ٤٢ ص٤٨ و٤٩.

المختلطة، فكذلك الدعاوى التى تحميها، وإنما قد يلتجأ الشخص إلى القضاء رافعا فى نفس الوقت دعويين: دعوى عينية ودعوى شخصية، فنكون بصدد دعويين مرفوعتين معا لا بصدد دعوى واحدة مختلطة. وهاتان الدعويان قد ترميان إلى نفس الهدف وقد ترميان إلى هدفين متتابعين بحيث تتوقف احداهما على نجاح الأخرى. وفى الصورة الأولى نكون بصدد دعويين ترفعان فى نفس الوقت. (كدعوى مشترى العقار بعقد مسجل ضد البائع لالزامه بتسليم العقار) ويكون جمعهما معا فى طلب واحد بسبب وحدة الهدف بينهما. أما الصورة الثانية (ومثالها دعوى البائع بفسخ العقد واسترداد العقار من المشترى) فهى صورة مختلفة لأنها تعبر عن دعويين متتابعين، بحيث أن المجرى العادى للأمور كان يوجب رفع أولهما وانتظار الحكم بقبولها ثم تقديم طلب مستقل بالثانية، إذ أن الثانية لا تنشأ الا بقبول الأولى. ولكن اقتضى جمعهما فى طلب واحد مبدأ الاقتصاد فى الخصومة." (٢٤)

هذا بالنسبة للدعاوى المختلطة التى يختلط فيها تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية، وحيث يقصد بالدعوى المختلطة هنا الدعوى التى تستند فى ذات الوقت إلى حق شخصى وآخر عينى ناشئين عن رابطة قانونية واحدة.

وهناك الدعاوى المختلطة، التى يختلط فيها تقسيم الدعاوى إلى منقولة وعقارية، حيث أن هذا التقسيم الأخير لا يرد إلا على الدعاوى العينية، حيث تنقسم إلى دعاوى عينية عقارية ودعاوى عينية منقولة. ومع ذلك فالفقه السائد يرى اجراء تقسيم مماثل بالنسبة للدعاوى الشخصية، فيقسمها إلى دعاوى شخصية عقارية، ودعاوى شخصية منقولة. ومثال الدعوى الشخصية العقارية دعوى صحة التعاقد. وكما انتقد اصطلاح الدعاوى المختلطة الأولى، ينتقد جانب من الفقه الدعاوى المختلطة

(٢٤) فتحى والى -المرجع السابق- طبعة ١٩٧٥ فقرة ٤٦ ص٨٣.

الثانية" فالدعوى الشخصية تستند إلى حق شخصى والحق الشخصى رابطة بين شخصين، وليس سلطة على شىء ولهذا فإنه لا يمكن اعتبار محله آنا منقولا وآنا عقارا لأن محله لا يمكن أن يكون شيئا، سواء كان منقولا أو عقارا. والقول بإمكان وجود دعوى شخصية عقارية يعنى تصور امكان وجود حق شخصى على عقار !! ولهذا فإن الدعوى الشخصية هى دائما دعوى شخصية لا توصف بأنها عقارية أو منقولة. على أن ما تقدم لا ينفى أن المشرع الوضعى قد انساق وراء الفقه فاعترف بالدعوى "الشخصية العقارية" وميزها بقاعدة اختصاص خاصة وهى امكان رفع الدعوى باعتبارها دعوى شخصية أمام محكمة موطن المدعى عليه، وبإعتبارها دعوى عقارية أمام محكمة موقع العقار".(٢٥)

يتبين مما تقدم أن وصف دعوى صحة التعاقد بأنها دعوى عقارية (والدعوى العقارية هى دعوى عينية) قد يبدو فيه تناقضا مع كونها دعوى شخصية. "لأنه لا يمكن أن يغيب عن البال أن دعوى المصادقة على البيع فى طبيعتها دعوى شخصية فكيف يمكن القول بأنها دعوى استحقاق بحسب المآل، إذ مجرد وصفها بأنها دعوى استحقاق معناه أنها دعوى عينية والواقع أن كل ما للمتصرف إليه من حقوق قبل تسجيل الحكم الصادر فى هذه الدعوى لمصلحته إنما هى حقوق شخصية بحتة، والدعاوى إنما وجدت لحماية الحقوق، أو لا يصعب القول بوجود دعاوى عينية مقررة لحماية حقوق شخصية؟ نعم أن حقوق المشترى ستؤول فى النهاية إلى

---

(٢٥) فتحى والى -المرجع السابق- فقرة ٤٨ ص٨٤ و٨٥. ويقول أحمد مسلم (فى أصول المرافعات ١٩٧٩ فقرة ٢٤٧ ص٢٦٣ و٢٦٤) "أما الحقوق الشخصية أو الالتزامات فكان ينبغى -إذ أنها ليست سلطة على أشياء وإنما رابطة بين أشخاص- الا تقبل وصف (منقولة أو عقارية) على النحو الذى توصف به الحقوق العينية. إلا أن المشرع نص على أن ما عدا الحقوق العينية العقارية يعتبر (مالا منقولا) - المادة ٨٣ من القانون المدنى - وبدون أن نستطرد إلى مناقشة هذا المنطق على غرابته نقرر - متى استسلمنا له - أن الدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية كلها يمكن إذا وصفها بأنها شخصية منقولة، وبالتالى لا يمكن أن توجد دعاوى شخصية عقارية. إلا أن المشرع - مرة أخرى - نص فى قانون المرافعات هذه المرة على وجود هذه الدعاوى (الشخصية العقارية) - المادة ٢/٥٠ مرافعات.

استحقاق الملكية أى أنها ستنقلب عينية، ولكن لابد من ملاحظة أن عملية الانقلاب هذه لاتتم إلا بعد صدور الحكم وكذلك بعد تسجيله"(٢٦)

وفى شأن تفسير كون دعوى صحة التعاقد دعوى عقارية يذهب الفقه السائد إلى أن هذه الدعوى" وأن كانت دعوى شخصية إلا أنها فى نفس الوقت دعوى عقارية لأن الغرض منها فى النهاية الوصول إلى نقل ملكية عقار أو حق عينى عليه، فهى ترفع بناء على التزام شخصى بنقل ملكية عقار، ولذلك كان نظرها من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها ذلك العقار".(٢٧)

بينما يذهب البعض إلى أنه لا يجب مجاراة الفقه السائد فى هذا التفسير، وإنما علينا أن نتقصى أسباب نشأة ما يسمى بالدعاوى الشخصية العقارية حيث يلزم هذا التقصى فى سبيل تحديد طبيعة دعوى صحة التعاقد.

"من الثابت أن الدعوى ليست بكائن مستقل بوجوده، بل هى صورة للحق ذاته فالحق يظل ساكنا طالما أنه لم يوجه إليه أى اعتداء، فإذا حدث مثل هذا الاعتداء على الحق فإنه يتجاوز عندئذ مرحلة السكون إلى الحركة لرد هذا الاعتداء وهذه الصورة المتحركة للحق هى الدعوى، فالدعوى هى الحق فى مرحلة الحركة، وعلى ذلك فإن انتقال الحق من

---

(٢٦) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى - المرجع السابق فقرة ٢٦٨ ص٢٦٨ و٢٦٩، وأنظر الأستاذ كامل مرسى فى "شهر التصرفات العقارية - القيد والتسجيل" ١٩٣٩ فقرة ٩٩ ص١٤٤ حيث يقول "دعوى اثبات التعاقد الحاصل عن بيع لم يسجل عقده من الدعاوى الشخصية، لأن الحقوق العينية لا تنشأ إلا بعد تسجيل الحكم الذى يصدر فيها ليقوم مقام عقد البيع، وقبل التسجيل يتولد عن التعاقد التزامات شخصية فقط، فالدعوى بهذه الالتزامات شخصية".

(٢٧) عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - طبعة ١٩٥٧ فقرة ٢٣١ ص٣٥٩ والوجيز له طبعة ١٩٧٠ فقرة ١٤١ ص٢٣٢، جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص١٥٩، توفيق فرج - المرجع السابق - فقرة ١٢٣ ص٢٠٦، سليمان مرقص- المرجع السابق - طبعة ١٩٨٠ ص٣٢٦، اسماعيل غانم - المرجع السابق - فقرة ١١٣ ص١٥١، لبيب شنب ومجدى خليل - المرجع السابق - فقرة ٨٥ ص١٢٩، محمد على عمران - المرجع السابق فقرة ٨٦ ص١٩٤ و ١٩٥، خميس خضر - المرجع السابق - فقرة ٨٥ ص١٣٦ ناجى ياقوت - المرجع السابق - فقرة ٥٧ ص٦٥، عبد العزيز عامر - المرجع السابق - فقرة ١٣٨ ص١٧٧، السنهورى - المرجع السابق - الطبعة الثانية ص٦١٤ فى الهامش.

السكون إلى الحركة لا يجب أن يؤثر فى طبيعته وأن بدأ أثر هذا الانتقال فى مظهره.

وعلى ذلك فإن كل دعوى تحمى حقا عينيا، تكون من نفس طبيعة الحق الذى تحميه، فلا تعتبر لذاتها عقارا أو منقولا وإنما تلتمس هذه الصفة فى الحق نفسه ولذلك توصف الدعاوى التى تحمى حقا عينيا واقعا على عقار بأنها عينية عقارية. ومن أمثلة هذه الدعاوى، دعوى استحقاق العقار، ودعوى الاعتراف بحق عينى أصلى متفرع عن الملكية ودعوى انكار هذا الحق.

هذا وقد درج الشراح الفرنسيين على أن يضيفوا إلى الدعاوى السابقة بعض الدعاوى التى وأن كانت لا تتعلق بحق عينى على عقار فإنها ترمى إلى الحصول على ملكية عقار أو إلى استرجاع ملكيته بانحلال العقد الذى أدى إلى انتقالها ويضربون مثلا للحالة الأولى بدعوى الزام البائع بنقل ملكية عقار إذا لم تكن الملكية قد انتقلت فور انعقاد العقد لعدم تحديد العقار تحديدا كافيا لنقل ملكيته فى الحال. أما الحالة الثانية فتنطوى تحتها دعاوى البطلان والفسخ والالغاء وأيضا الرجوع، واسترداد العقار المبيع وفاء تنفيذا لشرط الاسترداد.(٢٨)

وقد جارى الشراح المصريون الفقه الفرنسى، فقالوا بوجود الدعاوى الشخصية العقارية، وأدمجوا تحت هذا الوصف الدعاوى السابقة.(٢٩) كما اعتبروا من ضمن هذه الدعاوى دعوى صحة التعاقد.

والذى يبرر اتجاه الشراح الفرنسيين هى تلك العبارة التى وردت فى

---

(٢٨) اوبرى ورو وبارتان جـ ٢ ص٣٩، بودرى وشوفو فقرة ١١١، بلانيول وريبير وبيكياره فقرة ٩٠، كولان وكابيتان جـ ١ ص٧١١، بلانيول وريبير جـ ١ فقرة ٢٦٦٦، جارسونيه وسيزار برو جـ ١ فقرة ٣٩٨، جلاسون وتسييه فقرة ١٩٥.

(٢٩) كامل مرسى - طبعة ١٩٣٣ - جـ ١ ص٣٤، أبو هيف فى المرافعات المدنية والتجارية ص٣٤٢، العشماوى فى قواعد المرافعات جـ ١ ص٥٠٩ و ٥١٠.

الفقرة الأخيرةمن المادة٥٢٦مدنى فرنسى والتى تعتبرمن العقارات بإعتبار موضوعها"الدعاوى التى ترمى إلى استحقاق عقار *"Les action qui tendent revendiquer un immeuble* ويقولون أن هذه العبارة ترجمة خاطئة للمبدأ اللاتينى *Actio quae tendit ad immobile immobolis est* الـذى لا ينصرف إلى دعوى الاستحقاق، بل إلى كل دعوى ترمى إلى الحصول على عقار، ولو لم تكن قائمة على حق عينى، ومن هنا نشأ اصطلاح "الدعاوى الشخصية العقارية".

أما مجاراة الشراح المصريين لهذا الاتجاه فقد كان يبرره اقتصاد المشرع المصرى فى النصوص الخاصة بالتفرقة بين المنقولات والعقارات، مع عدم وجود نص يبرر الخروج على أحكام القانون الفرنسى، فاعتبر عدم النص فى القانون المدنى القديم على حكم خاص بالدعاوى مظهرا من مظاهر عدة لايجاز الحذف الذى أخذ به المشرع عند نقله عن المشرع الفرنسى.

فإذا انتفت هذه العلة وجب بالضرورة اختفاء الحكم المترتب عليها، وبالتالى الامتناع عن مجاراة مذهب الشراح الفرنسيين فى تفسير النصوص التى وردت بقانونهم أما المشرع المصرى فقد نص صراحة فى المادة ٨٣ من التقنين المدنى الجديد على أنه لا يعتبر من العقارات إلا "كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار". فإذا لم تستند الدعوى إلى حق عينى وجب حتما اعتبارها منقولة، ولو كان من شأن الحكم فيها لصالح رافعها حصوله على حق عينى على عقار، وإنما تكيف الدعوى بحسب طبيعتها وقت رفعها، لا بحسب ما ستتمخض عنه من نتائج على أثر الحكم فيها، وظاهر أن هذا الوضع أقرب إلى منطق القواعد العامة.

وهكذا يبين أن المشرع لا يعترف فى التقنين المدنى الجديد بطائفة "الدعاوى الشخصية العقارية" وأن وصف العقار لا يتسق إلا مع الدعاوى التى يستند رافعها إلى حق عينى مقرر له على عقار، والواقع أن

الدعاوى العينية هى وحدها التى يمكن أن يكون هدفها المباشر الحصول على عقار أو منقول، أما الدعوى الشخصية فهى لا تصل إلى الشىء إلا عن طريق المدين، فهدفها المباشر تنفيذ هذا الالتزام فهى منقولة دائما، ولو كان من نتيجة هذا الالتزام حصول الدائن على حق عينى على عقار تلك نتيجة غير مباشرة لا يسوغ أن تتأثر بها طبيعة الدعوى على الاطلاق.

ولما كان المرجع فى وصف الأموال بكونها عقارات أو منقولات إلى أحكام القانون المدنى، وهو لم يعتبر من قبيل العقار إلا الدعوى المتعلقة بحق عينى على عقار، كان حتما على واضعى قانون المرافعات أن يراعوا اتساق أحكامه مع أحكام القانون المدنى لأن تنسيق التشريعات يدخل فى صميم فن التشريع. ولكنهم سهوا عن ذلك بالنص على ما يأتى:

"وفى الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه".

وبما أن هذه الطائفة من الدعاوى قد انقرضت وفقا لأحكام القانون المدنى، وهو العمدة فى هذا المجال، فإن هذا النص يكون قد ولد ميتا، ويجب أن تختص محكمة موطن المدعى عليه وحدها بنظر جميع الدعاوى التى لا تستند إلى حق عينى.

ودعوى صحة التعاقد ليست إلا مثلا لتلك الدعاوى التى تكفل لكل صاحب حق شخصى الحصول على حقه جبرا على المتعهد فى حالة امتناعه عن الوفاء بما تعهد به، كما أنها ليست سوى تطبيقا لمبدأ أساسى فى القانون بمقتضاه يحق للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى ولا يرضى به بديلا، طالما أن تنفيذ عين ما التزم به المدين لا يستدعى تدخلا شخصيا من جانبه.

كما أن اعتبار دعوى صحة التعاقد من قبيل دعاوى الاستحقاق بحجة أن غرض رافعها منها الحصول على الاستحقاق مآلا، لأنها تؤول بعد تسجيل

الحكم فيها إلى استحقاق رافعها لملكية العقار موضوع الدعوى، فهو أمر منتقد. فهذا التشبيه يكون بين ضدين، إذ أن احدى الدعويين شخصية بحتة والأخرى عينية محضة، فيكون قياس احداهما على الأخرى قياس مع فوارق كثيرة.

فإذا خلص لنا أن دعوى صحة التعاقد شخصية بحتة فلا مناص من اعتبارها منقولة كسائر الدعاوى التى تتعلق بحق شخصى، وفقا لصريح عبارة المادة ٨٣ من القانون المدنى الجديد. ويكون الاختصاص بنظرها للمحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه."(٣٠)

والواقع أن الذى دعا إلى اعتبار دعوى صحة التعاقد، دعوى عقارية، أن هذه الدعوى وأن كانت تبدأ شخصية إلا أنها تنتهى بحصول رافعها على الملكية، ولكن هل يكفى هذا الاعتبار فى سلامة هذا التأصيل؟

يلاحظ أن العبرة فى تكييف الدعوى وهل هى شخصية أم عقارية (عينية) يتحدد بطلبات المدعى فى الدعوى، والمدعى فى دعوى صحة التعاقد بماذا يطالب؟ هل يطالب بتثبيت حقه فى الملكية؟ الواقع أنه إذا بدا منه هذا الطلب فدعواه مرفوضة، فدعوى تثبيت الملكية لابد وأن تستند إلى حق ملكية ثابت، والفرض هنا أن الملكية لم تنتقل إلى المشترى بالعقد غير المسجل، اذن لا يطالب المدعى سوى بتنفيذ التزام البائع باتخاذ ما يلزم نحو نقل هذه الملكية، فهى دعوى مطالبة اذن بتنفيذ التزام أو حق شخصى، ولا عبرة بعد ذلك بنتيجة هذه الدعوى وما إذا كانت ستؤول فى النهاية إلى حصول رافعها على الملكية، فالعبرة فى التكييف ليس بما سوف تنتهى إليه الدعوى وإنما بما انصبت عليه الدعوى فى البداية من طلبات.

---

(٣٠) محمد على عرفة فى شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ١٩٥٠ جـ ١ الفقرات من ٨٤-٨٨ ص١٣٣-١١٧.

ولكن إذا كنا لا نعتد بنتيجة دعوى صحة التعاقد، فإن ذلك يقتضى منا التسليم بأن حق المشترى -فى عقد البيع العقارى غير المسجل- هو محض حق شخصى، فهل هذا التسليم صحيح مطلقا؟

الواقع أن البيع "لم يصبح من العقود الشكلية التى تجب فى انعقادها توافر عناصر شكلية حتمية. لأن البيع وهو تعهد بنقل الملكية هو ذلك البيع الذى يقع بالرضاء والقبول دون أى قيد ما، ونقل الملكية هو وحده الذى أصبح شكليا خاضعا لشرط العلانية وهو التسجيل. والبيع قبل قانون التسجيل وبعده عقد رضائى. فإذا لم يتم تسجيل العقد بقيت الملكية لدى البائع. لكن مع بقائها لدى البائع، فإن مزايا الملكية قد انتقلت بالفعل إلى المشترى، ونفذت على الاثنين البائع والمشترى التزامات العقد. فكما يصبح البائع دائنا بالثمن وله حق مطالبة المشترى به، فكذلك المشترى يصبح دائنا بحق تسليم العقار. فله رفع دعوى بتسليمه اياه ولو لم يسجل عقده. وإذا حصل التسليم للمشترى وملك العقار تحت يده فهلاكه عليه وحده دون البائع الذى ظلت العين على اسمه بمثابته مالكا لها اسميا. وإذا لم يعمل البائع على تمكين هذا المشترى من أن يصبح مالكا بالتسجيل، فله حق رفع دعوى للحصول على حكم وتسجيله. وللمشترى حق استغلال عقاره، وعقده غير مسجل. والعقار هو فى مال المشترى ويجوز التنفيذ عليه وفاء لديون دائنيه هو لا دائنى البائع.[٣١] وحيازة المشترى للعقار هى حيازة ملكية تشبه الملكية الحيازية عند الرومان لمن اشترى بغير القيود القانونية المعروفة فكان البريتور الرومانى يقرها ويفرض أن المشترى تملكها بالتقادم. بينما لم يحصل تقادم، بل افترض القاضى التقادم فرضا لتأييد الملكية الحيازية لدى صاحبها.

---

(٣١) نقض ١٩٣٦/٢/١٣ المحاماة ١٦ رقم ٣٩٥ ص٨٦١، استئناف مختلط ١٩٣٩/٣/٩ جازيت المحاكم المختلطة ٣١ رقم ١٩٠ ص١٧٩.

والمشترى حينئذ بعقد غير مسجل إنما هو حائز للعقار حيازة المالك سواء بسواء. عليه الوفاء بالثمن. وله حق الاستغلال والهلاك عليه وحده. ولدائنيه حق الوفاء عليه وله استغلاله وتأجيره ورهنه. له عليه كل حقوق المالك جميعها. والبائع ممنوع منعا باتا قانونيا من التعرض له أو مشاغبته والوقوف دونه بحجة عدم تسجيل العقد. والمشترى هو المالك الظاهر والتسجيل عمل من أعمال المشترى، فله أن يجريه، وله أن لا يجريه."(٣٢)

ونضيف إلى ما تقدم أن الشفعة تجوز بالنسبة لعقد البيع غير المسجل وذلك على أساس "أن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ولكنه أثر من آثاره. وأن قانون التسجيل لم يقض ببطلان عقد البيع غير المسجل وإنما قضى فقط بتعليق نقل الملكية على شرط التسجيل، كما أن التسجيل إنما شرع أصلا لمصلحة المشترى، فله أن يعمله أو لا يعمله"(٣٣) وإنه "من الخطأ البين أن يقال بأن عقد البيع غير المسجل هو عقد ناقص، بل هو بيع كامل وصحيح. وكل ما هنالك أن نقل الملكية -وهو أثر من آثار البيع- أصبح خاضعا لإجراءات شكلية تنحصر فى تسجيل العقد. ومع ذلك فالشفعة جائزة فى عقد المشترى غير المسجل."(٣٤)

وبعد ابداء الملاحظات المتقدمة، هل يمكن القول -باطمئنان كامل- أن حق المشترى -فى عقد البيع العقارى غير المسجل- هو محض حق شخصى؟

لقد استشعرت بعض الأحكام القضائية شيئا من الحرج فى القول بالايجاب على هذا التساؤل. ولذلك ذهبت هذه الأحكام إلى اعتبار حق المشترى أنه حق مضاف إلى العقار *Jus ad rem* تمييزا له عن مجرد

---

(٣٢) عبد السلام ذهنى - المرجع السابق - فقرة ٨١ ص ٧٠ و٧١.

(٣٣) انظر حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية فى ١٩٢٧/١٢/٣ المحاماة س٨ رقم ٢٢٧ ص٢٩٨.

(٣٤) مصر الابتدائية المختلطة ١٩٢٦/٥/١٥ المحاماة س٦ رقم ٥٠٨ ص٨٢٧ وانظر نقض ١٩٧٠/١١/١٠.

الحق الشخصى *jus in personum* وكذلك عن الحق العينى *in rem* (٣٥)

والواقع أن حق المشترى فى عقد البيع العقارى غير المسجل- يتجاوز محض الحق الشخصى، فإن المشترى غير المسجل لديه مزايا الملكية وله مظاهر الملكية جميعها والبائع قد منعت عنه مزايا الملكية ومظاهرها وحرم منها فعلا. للمشترى الغلة التى كانت للبائع. وعلى المشترى غرم العقار بهلاكه عليه وله غنمه بغلته وثماره. وأما البائع فلا غرم عليه وليس له غنم المشترى غير المسجل غير مالك ولكنه صاحب الغلة وحامل مفاتيح الملكية. والبائع مالك ولكن مفاتيح الملكية ليست بيده.

المشترى تعلقت حقوقه بالعقار وبذات العقار. والتزامات البائع قبله التزامات تعلقت أيضا بالعقار ولا يمكن قانونا خلاف ذلك. فإذا تعلق حق الدائن بالعقار، وجب تعلق التزام المدين بالعقار أيضا. إذ الحق من ناحيته الايجابية الدائنية يجب أن يكون منسجما مع ناحيته السلبية المدينية. فإذا جاز للمشترى (الدائن) المطالبة بتسليم العقار، والمطالبة بغلته، وجب على البائع (المدين) تسليم العقار ورد غلته.

وإذا جاز التسليم والغلة للمشترى الدائن، التزم البائع المدين بهما

---

(٣٥) انظر استئناف مختلط ١٩٢٦/١٢/٢١ المحاماة س٨ رقم ١٨٦ ص٢٣٨. وانظر أيضا محكمة اسنا الجزئية ١٩٣٠/٢/٢٢ المحاماة س١٢ ص٨٩٣ رقم ٤٤١ والذى جاء فيه "من المبادىء المجمع عليها أن العقد غير المسجل يجعل للمشترى حقا متعلقا بالعقار يجيز له استيفاء إجراءات التسجيل، ولأن العقد غير المسجل يعتبر صحيحا، ولكن انتقال الملكية فيه معلق على شرط موقف وهو التسجيل".
هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر فى ١٩٣٢/٤/٢٥ - المحاماة س١٣ رقم ١٣٢ ص٢٩٢ - بأن "القول بأن عريضة الدعوى لا ترمى إلى تقرير حق عينى وأنها خاصة بالتزامات شخصية بحتة غير خاضعة للتسجيل وأنه لذلك لا يجوز تسجيلها، وإذا تسجلت فلا يكون لتسجيلها أثر ما على الغير، فهو قول منقوض من أساسه لأنه وأن كان عقد البيع فى ذاته لا يقرر به قبل التسجيل سوى التزامات شخصية، إلا أنه بتسجيله تنشأ هذه الحقوق العينية العقارية وتستحيل تلك الالتزامات إلى حقوق عينية عقارية، وهذه الاستحالة من شخصية إلى عقارية هى التى أرادها القانون بالذات. على أن هذه الالتزامات الشخصية لعقد البيع غير المسجل لا يمكن وصفها بالحقوق الشخصية البحتة التى يتنافر وصفها بالشخصية مع عينية الحقوق، إنما هى حقوق شخصية اعتبارية لوقت معين أو هى حقوق عينية عقارية فى دور التكوين والانشاء بحيث تتكون وتنشأ نهائيا إذا ما لحقها التسجيل. وبنى على هذا الاعتبار حقوق عينية، والعينية معلقة فيها على شرط التسجيل". وانظر أيضا فى ذات المعنى حكم محكمة دمياط الجزئية فى ١٩٤٣/٣/١٧ المحاماة س٢٣ رقم ١٢٨ ص٢٩٩.

له فالمشترى دائن بالعقار والبائع مدين بالعقار، والعقار محل الدين. والبائع ممنوع من التصرف فيما ليس له له الملكية الاسمية، والاسمية فقط، لا الملكية فعلا. له الملكية سلبا وليست له وجوبا.

المشترى حينئذ صاحب دين شبه عينى، دين المطالبة بعقاره والبائع مدين يلتزم بتسليم العقار لصاحبه والتخلى عنه له.

ليس دين المشترى الأول غير المسجل مجرد دين مالى فى ذمة البائع. وليس البائع مدينا بدين مالى للمشترى. إنما المدين مدين بدين غير نقدى، بدين تعلق بالعقار وهو شبه عينى. هذا الدين شبه العينى تعلق بذات العقار واتصل بنفس العقار فهو له أن يطالب بالعقار ولا يطالب بالنقد إلا إذا استحال الوفاء له بذات العقار والالتزام الشخصى الوارد بالمادة الأولى من قانون التسجيل هو التزام شخصى بعيد المدى متعدد الأنواع. وهو قد ينصرف إلى ما يلتزم به المدين البائع من أن يمكن المشترى من وضع اليد على العقار ومن استغلاله بل ومن التصرف فيه بالبيع والتأجير والرهن ومن الهدم ومن البناء تمكينه من مزايا الملكية جميعها تمكينه من أن يحمل فيما بعد لقب مالك. وليس للمدين الوقوف حجرة عثرة فى طريقه، وللدائن حق طلب التمكين من القضاء، بل وحق حمل لقب مالك منه أيضا بتسجيل الحكم ومادام المشترى قد حاز العقار بمزايا الملكية وظهرت يده عليه كالمالك سواء بسواء، وزالت امارات الملك وحقوقه عن البائع، فقد حاز المشترى كل شىء فى العقار، وزال عن البائع كل شىء فيه والعقار للمشترى وليس للبائع". (٣٦)

والواقع أن دعوى صحة التعاقد "وقد تعلقت بالعقار واتصلت بالحقوق التى تقررت للمشترى عن العقار، هى دعوى لا تتصل بحق شخصى بحت يستحيل إلى مسئولية شخصية بحتة وإلى تعويض مدنى صرف، بل هى

---

(٣٦) عبد السلام ذهنى - المرجع السابق - فقرة ٨٣ و ٨٤ ص ٧٢ و ٧٣.

دعوى ترمى إلى تأبيد العقار فى مال المشترى وتثبيت قوائمه فى ثروته المالية وفى ذمته المالية، فهى دعوى، وأن كانت دعوى غير عينية، بسبب عدم التسجيل لعقد البيع، إلا أنها دعوى تتعلق بحقوق هى لباب الملكية ومزايا الملكية وخلاصة الملكية والغرض الأكبر من الملكية". (٣٧)

وإذا كان المشترى -فى البيع العقارى غير المسجل- ليس له الحق فى رفع دعوى تثبيت الملكية- كما يستقر على ذلك قضاء النقض لدينا- إلا أنه "يرفع الدعوى بتثبيت حقوقه بشأن العقار (دعوى صحة التعاقد) ثم يسجل عريضة الدعوى ليأخذ حكما ليسجله وليمنع بذلك تصرف البائع فى العقار ثانيا إلى آخر، مع أنه أثناء قيام الدعوى وبعد تسجيل العريضة لم يزل غير مالك. والدعوى على هذه الحال تحكى دعوى تثبيت الملكية. والفرق بينهما لفظى والنتيجة المرجوة واحدة".(٣٨)

والمشترى فى البيع غير المسجل طبقا لعقيدة محكمة النقض ليس له سوى مجرد أمل فى الامتلاك فى المستقبل، وأن الآمال ليست حقوقا يحتج بها على الغير. ومثل هذا القول يغفل الحقوق التى نالها المشترى بعقد غير مسجل، حيث أغفل تلك الحقوق إلى الحد الذى سمت فيه المحكمة العليا تلك الحقوق بمجرد الأمل.(٣٩)

"وهل يمكن تسمية الحقوق التى آلت إلى المشترى بسبب البيع فأصبح واضعا يده ومستغلا ومنتفعا، بمجرد أمل؟ وهل تصرفه فى عقاره

---

(٣٧) المرجع السابق فقرة ٩٠ ص٨٩.

(٣٨) المرجع السابق فقرة ٩٥ ص٩٣ و٩٤.

(٣٩) انظر مثلا حكم نقض١٩٣٥/١٢/١٢ - المحاماة س١٦ رقم ٢٥٢ ص٥٧٠ وانظر نقض١٩٦٨/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض س١٩ رقم ٢١١ ص١٣٩٩ حيث جاء فيه "أن الملكية لا تنتقل فى المواد العقارية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها "وانظر أيضا نقض١٩٦٨/١٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض س١٩ رقم ٢٣٩ ص١٥٦٥.

ورهنه وهدمه وبناؤه ووقفه يعتبر مجرد أمل؟ وهل يهلك العقار تحت يده وهلاكه عليه ويسمى كل ذلك فقط بالأمل؟ وهل ينفذ عليه دائنوه فينفذون على العقار ويقومون ببيعه عليه ويقتسمون ثمنه، فلا يصيب التنفيذ إلا مجرد أمل؟ أليس القول بمجرد الأمل قولا قد أرسل ارسالا دون النظر فيما آل من الحقوق بسبب البيع إلى المشترى؟"(٤٠)

وأما القول بأن الامال ليست حقوقا يحتج بها، فهل معنى ذلك تطبيق تلك القاعدة على حالة المشترى وقد فاز بمزايا الملكية؟ وهل تسمى حقوقه مجرد أمل لا يحتج بها على الغير؟

وإذا جاءه غاصب من طريق الغدر والختل والنصب وأيضا الاحتيال فهل يقف المشترى ازاءه مكتوف اليدين، لأن كل ما عنده مجرد أمل؟ وهل إذا تعرض له متعرض، يمنع من الاستعانة بدعاوى منع التعرض لدفع ايذاء المعتدى الاثيم لمجرد القول بأن كل ما له هو مجرد أمل؟

وهل جال فى خاطر واضعى قانون التسجيل عندما وضعوا المادة الأولى منه أنهم إنما يبتغون منها ومن وراء صياغتها أن الالتزام الشخصى الذى يتفرع عن العقد غير المسجل إنما هو مجرد أمل؟ وهل يترتب على ذلك الأمل من حيث أنه مجرد أمل التزام شخصى ؟ أم أن الامال ليست حقوقا يحتج بها؟ وهل يترتب على الأمل حق؟

أن هذا المبدأ -وهو أن للمشترى مجرد أمل فى الامتلاك قد ناله الكثير من الضعف البين والبنو الظاهر عن روح القانون وكان من نتيجته هضم حقوق المشترى التى نالها من عقد البيع واغفال النظر عنها وحصر رابطة التعاقد بين البائع والمشترى حصرا ضيقت فيه المبادىء على المشترى تضييقا خياليا نسيت فيه ما ناله المشترى بالفعل من مزايا الملكية."(٤١)

---

(٤٠) عبد السلام ذهنى - المرجع السابق - فقرة ١٠١ ص ١٠٠.

(٤١) المرجع السابق فقرة ١٠٢ ص١٠٢ و١٠٣.

والواقع أن محكمة النقض وأن كانت قد فسرت اصطلاح الالتزامات الشخصية على نحو يضر بحقوق المشترى غير المسجل إلا أنها مع ذلك قد اعترفت فى أحكام عدة بوجود حقوق لهذا المشترى عملت على صيانتها إلى حد بعيد.

ومن ذلك ما قررته فى ١٩٣٢/١١/١٧(٤٢) "أن الذى جرى عليه القضاء وتعتمده محكمة النقض والابرام، هو أن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود التراضى التى تتم قانونا بالايجاب والقبول. وكل ما أحدثه هذا القانون من تغيير فى أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٦ مدنى قديم - أصبح متراخيا إلى ما بعد التسجيل. ولذلك بقى البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية إلى المشترى، كما بقى المشترى ملزما بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التى تترتب بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع. وقد جرى القضاء كذلك بأن ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى انتقال الملكية بسببه أن يطلب الحكم على المشترى بتثبيت ملكيته هو للمبيع. وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجب أن يجرى كذلك على من يخلفه فى تركته، فإن على الوارث أن يقوم للمشترى كمورثه بالإجراءات القانونية اللازمة للتسجيل من الاعتراف بصدور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع. ومتى وجب هذا على الوارث فلن يقبل منه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه".(٤٣)

---

(٤٢) المحاماة س١٣ رقم ١٩٦ ص٣٩٣.

(٤٣) وانظر فى ذات المعنى أيضا نقض ١٩٣٣/١/٥ المحاماة س١٣ رقم ٤١٥ ص٨٣٩، استئناف مصر ١٩٣٢/٤/٢٥ المحاماة س١٣ رقم ١٣٢ ص٢٩٢ استئناف مصر ١٩٣٣/٢/٤ المحاماة س١٤ ص١، نقض ١٩٣٦/٦/٤ - مجلة المحاماة س١ ص٨١١ رقم ٨٩، نقض ١٩٣٩/٦/١ المحاماة س٢٠ رقم ٧٤ ص٢٠٢، نقض ١٩٤١/١١/٦ المحاماة س٢٢ رقم ١٦٤ ص٤٨٢، نقض ١٩٣٢/١١/١٧ مجموعة =

"وهذا من جانب النقض ما يدعو إلى دعم الحق المرتب على العقد غير المسجل، وجعله حقا له أساسه وقوته، وأن الاعتداء عليه لا يعتبر اعتداء على "أمل" إنما هو اعتداء على حق ثابت. ليس ذلك الحق "أملا" فى الملكية ولا تمهيدا لنقل الملكية. وإنما هو الحق الذى يأتى عن الملكية ولا يمكن أن يأتى عن غيرها. إذ كيف يمكن تكييفه تكييفا قانونيا سليما بمجرد "الأمل" وهو يصبح له الاستغلال والتصرف والبناء والوقف والهبة، وكل أنواع الحقوق المترتبة على الملكية؟ بحيث إذا أفرغ العقد العرفى غير المسجل فى قالب عقد رسمى بعد ذلك فإن العقد الرسمى إنما يجىء مؤيدا للعقد السابق عليه ولا يعتبر عقدا جديدا بسبب جديد، تسجل العقد الرسمى أو لم يتسجل. لأن الواقعة القانونية بالبيع قد وقعت بالعقد العرفى الأول. ولما عمل العقد الرسمى لم تقع واقعة بيع جديد خلاف البيع الأول. بل واقعة البيع واحدة. والأولى هى التى ظلت باقية وتدعمت وتأيدت بالعقد الرسمى، لم تقع واقعة بيع جديد خلاف البيع الأول. بل واقعة البيع واحدة. والأولى هى التى ظلت باقية وتدعمت وتأيدت بالعقد الرسمى الذى جاء مؤيدا لها لا منشئا و محدثا لها".(٤٤)

عقد البيع غير المسجل إذن له من الاثار ما يجعله عقدا قائما منتجا لكافة آثار البيع إلا الأثر الخاص بنقل الملكية وهذا الاستثناء الأخير جعل هناك من رأى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعا وإنما يكون عقدا غير

= عمر جـ ١ رقم ٧٣ ص١٤٣، المنصورة الكلية ١٩٣٤/٣/١١ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٧٢، نقض١٩٧٠/٤/١٦ - مجموعة النقض س٢١ ص٦٥٨ والذى جاء فيه ان "عقد البيع سواء أكان مسجلا أم غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة. أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ من عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع". وأنظر نقض ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة النقض س٢٤ رقم ١٢٩ ص٧٢٥ والذى جاء فيه أنه "ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز أن يدعيها لنفسه".

(٤٤) عبد السلام ذهنى - المرجع السابق - فقرة ١١٩ ص١٢١ و١٢٢ ولكن ليس معنى ما تقدم اننا نؤيد القول بالأثر الرجعى للتسجيل.

مسمى وأن البيع لا يتم إلا بالتسجيل. ولكن هذا الرأى لم يصادف قبولا وتأييدا لا من الفقه ولا من القضاء.

والواقع أن البيع غير المسجل يشبه إلى حد بعيد أحد الأنظمة التى عرفها القانون الرومانى. وتفصيل ذلك أن القاعدة فى هذا القانون هو أن الاتفاق وحده لايكفى لنقل الملكية من ذمة شخص إلى آخر، فلابد من أن يضاف إلى العقد عمل مستقل عنه لنقل الملكية به، وهو عمل رسمى أو مادى يقصد به نقل ملكية المال. وقد ظل هذا المبدأ محترما حتى فى عصر الأمبراطورية السفلى، وفى قانون جستنيان ذاته، حيث يقرر فى مجموعة الدساتير الامبراطورية (٢-٣-٢٠) أن: "ملكية الاشياء تنتقل بطريقتى التسليم والتقادم، لا بمجرد الاتفاقات".

"هذا هو التمييز الجوهرى فى القانون الرومانى بين العقد من جهة، وبين الطرق الناقلة للملكية من جهة أخرى، أى بين سند الملكية *titulus* وهو العقد وبين الطريقة الناقلة لها *modus adqurendi* أى العملية التى تتحقق بها انتقال الملكية، وعلى ذلك يقتصر أثر العقد السابق على عملية نقل الملكية على انشاء الالتزامات، سواء أكان هذا العقد بيعا أم اشتراطا شفويا، أى سواء كان عقدا رضائيا، أم عقدا رسميا. فالبائع أو المتعهد يحتفظ بالملكية حتى تتم العملية الرسمية لنقل الملكية، أى الاشهاد أو الدعوى الصورية أو حتى يتم مجرد التسليم المادى للشيء".(٤٥)

---

(٤٥) انظر محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوى فى "مبادىء القانون الرومانى - تاريخه ونظمه" ١٩٥٤ فقرة ٤١٨ ص ٣٦٩ و٣٧٠، محمد عبد المنعم بدر "القانون الرومانى" الكتاب الثانى فى الأموال "١٩٣٨ فقرة ٢٤٨ ص١٧٥، فمن الثابت فى القانون الرومانى "أن ملكية الاعيان إنما تنتقل بقلعها وحيازتها المدة القانونية، أما الاتفاقات المجردة فإنها وحدها لا تنقل الملكية" *"Traditionibus et usucapionibus", non nudis pactis, dominia rerum transferuntur. (C.L.20, DE PACTIS, 2,3).*

فالاتفاقات المجردة *Pactes simples* كانت عند الرومان الأوائل لا تكفى لنقل الملكية الكويريتية أى الرومانية الشرعية حتى بين المتعاقدين لا فى عقارات ايطاليا ولا فى غيرها من المنقولات الكريمة، بل كان لابد فى التصرف الناقل لملكيتها من إجراءات شكلية. مقررة "عبد العزيز فهمى فى "قواعد وآثار فقهية رومانية" ١٩٤٧ ص٦٦.

فلقد كان التشدد فى التعامل بالتبايع عند الرومان وخضوعه إلى إجراءات واشهادات ورموز من الامارات الدالة على مبلغ ما كان يحيطون به التبايع عندهم من الحيطة والدقة حتى يشهر أمره لديهم وحتى يعلن على الكافة. ولما تقادم العهد فيهم وعمت المعاملات وكثرت وقطعوا أشواطا فى طريق المدنية وكان من شأن التشدد فى الرموز والاشهادات تعطيل المعاملات التى أصبحت لا تاتلف ومبدأ السرعة الذى بدأ يظهر بظهور الادوار والمراحل الأولى من المدنية، أخذ "البريتـور" الرومانى يتحرر من تلك القيود الشكلية عن طريق الاحتيال على القانون والعمل على الخلاص من شذوذه.

فإذا حصل التبايع الرومانى من غير طريقة التبايع بالاشهاد (بالميزان والشهود) *mancpatio* ومن غير طريقة الدعوى الصورية *in jure cessio* بان حصل التبايع بواسطة التسليم (المناولة اليدوية) *traditio* فإن الملكية الرومانية البحتة *propritété quirtaire* لا تنتقل فى تلك الحال إلى المشترى، إنما الذى ينقل إليه هى الحيازة فيصبح المبيع فى حيازة المشترى أى تنتقل إلى المشترى ما يسمى "بالملكية الحيازية" *propritete bonitaire* كما كان يسميها الرومان أو الملكية الناقصة. ولما كان من المعروف عندهم أن للملكية التامة دعوى مقررة لحمايتها من عبث العابثين وهى دعوى تثبيت الملكية *revendicatio* (أو دعوى الاستحقاق) وانه لا يمكن للملكية الناقصة الاستعانة بتلك الدعوى إلا بعد مضى المـدة القانونيـة للتملـك بالتقـادم، رأى البريتـور الرومانـى "بوبليسيوس" *Publicius* (٤٦) أن يفترض افتراضا مجازيا أن المشترى قد تملك بالتقادم،

---

(٤٦) الملاحظ انه لا يعلم على وجه التحديد تاريخ ظهور هذه الدعوى ذلك ان الثابت انه كان هناك عدة اشخاص يحملون اسم *Publicius* تولوا منصب البريتور ولكن لا يعرف أيهم واضع صيغة هذه الدعوى والراجح انها ظهرت فى نهاية العصر الجمهورى. انظر جيوار طبعة ١٩٢٩ ص٢٧٥ هامش٢، ابلتون فى تاريخ الملكية البريتورية والدعوى البوبليسية المجلة العامة للقانون ١٩٢٣ ص١٦١-١٦٨.

وأن مدة التقادم قد انقضت، وهى فى الحقيقة لم تنقض. وأباح له إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح، حق رفع دعوى تثبيت الملكية الناقصة *La publicienne* حماية له من عبث العابثين بالملكية الحيازية هذه، وذلك فيما إذا كان المنازع له هو غير البائع. وأما فى حالة ما إذا نازعه هذا الأخير فإنه يدفع دعواه بالدفع المعروف "بدفع الشىء المبيع بالمناولة اليدوية" *revendicatio et raditio* وهو أشبه بما يحكى فى الوقت الحاضر قاعدة "من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه". (٤٧)

"وأما وقد حملت دعوى حماية الملكية الحيازية أو الملكية الناقصة اسم البريتور الرومانى الذى قررها وهو بوبليوس، فإنه يصح تسميتها الان "بالدعوى البوبليسية" على غرار الدعوى البوليصية التى حملت هى الأخرى اسم المشرع الرومانى المعروف بولص *Paulus* أو *Paul*. وبالدعوى البوبلسية هذه يتمكن حينئذ ذلك المشترى بعقد غير مسجل من العمل على حمايته فى "ملكيته الحيازية" وعلى درء اعتداء كل معتد عليها. وهذه الملكية الحيازية وسلاحها الدعوى البوبليسية إنما تدخل فى مال المشترى وتصبح جزءا منه بحيث تصح أن تعامل فى ماله معاملة أى مال آخر من مفردات ثروته وأملاكه.(٤٨)

واليس وجود العقار تحت يد المشترى غير المسجل يحكى ذلك النوع من الملكية الحيازية التى سعى البريتور "بوبلسيوس" الرومانى فى حمايتها، ليس فقط ضد الغير بل وضد البائع بالذات ؟ حيازة المشترى هذا العقار وانتفاعه به وتصرفه فيه وظهوره أمام الكافة بمظهر الحائز له والمنتفع

---

(٤٧) انظر عبد السلام ذهنى فى رسالة التسجيل ١٩٢٦ ص٨ ومابعدها. وكتابه الغش والتواطؤ فقرة ١٠٣ ص١٠٤ و١٠٥، ومقال له بالفرنسية عن الشفعة وقانون التسجيل بمجلة جازيت المحاكم المختلطة ٣٦ ص٢٩٩.

(٤٨) الملاحظ أن الدعوى البوبلسية قد فقدت الكثير من أهميتها فى عهد جوستنيان حيث كانت قبله تستخدم وسيلة لحماية الملكية البريتورية خاصة فى حالة نقل شىء نفيس بطريق التسليم وتلك الحالة زالت بزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة والأشياء غير النفيسة. وأصبح مجال تطبيق هذه الدعوى منحصرا فى حالة واضع اليد بحسن نية. انظر مقال ابلتون - السابق الاشارة إليه ص١٠٤، كولان وكابيتان جـ ١ فقرة ٩٠٢.

به، يكون كل ذلك مجموعة من الحقوق، هى نفس الحقوق المستفادة من حق الملكية بالذات. وهل تزيد هذه الحقوق لدى المشترى عند تسجيله العقد، أم تظل هى لا تزيد ولا تنقص".

"أن دعوى اثبات صحة التعاقد وصحة التوقيع ودعوى تسليم العقار وتسجيل عريضة الدعوى- وجواز التنفيذ على العقار وجواز الشفعة فيه، كل هذا أدلة قاطعة على أن للعقد غير المسجل آثار تنصرف إلى صميم العقار مباشرة، وأن للمشترى حقوقا تختص بالعقار وتتصل به اتصالا مباشرا وملامسا، وتكون للمشترى ملكية حيازية خاصة تشبه الملكية الحيازية الرومانية وأنه من اللازم قانونا حماية تلك الملكية الحيازية حماية تضمن لها بقاءها حتى يتم التسجيل. وهذه الدعاوى أن هى ألا امارة على هذه الملكية الحيازية، هذه الملكية، وأن كانت طريقة التمليك فيها غير كاملة، إلا أنها وأن كانت كذلك منتقصة وأنه يعوزها التسجيل حتى تعلق بها صفة الكمال، إلا أنها ملكية حيازية من نوع يجعل صاحبها ينتفع بها بجميع مزايا الملكية وحقوق الملكية، فله البيع والتصرف بالرهن وغيره وله البناء والغرس والتاجير وجنى الثمرة ولدائنيه عليه حقوق. هذه المزايا، مزايا الملكية التى حازها المشترى غير المسجل قد جعلت المشترى واضع اليد كالمالك الظاهر *acquereur apparent* كما قال بحق بيولا كازيللى وهو أحد محضرى قانون التسجيل".(٤٩)

وإذا كانت بعض الأحكام القضائية تتحدث عن حقوق المشترى فى البيع العقارى غير المسجل بانها "حقوق ملكية فى دور التكوين"(٥٠) فهى ولا شك تماثل تماما "الملكية الحيازية" الرومانية. ومعنى ذلك أن حق

---

(٤٩) عبد السلام ذهنى - المرجع السابق - فقرة ١٩١ مكرر (٢) ص٢٤٢.

(٥٠) دمياط الجزئية فى ١٩٤٣/٣/١٧ المحاماة س٢٣ رقم ١٢٨ ص٢٩٩، ومن قبله حكم استئناف مصر الوطنية فى ١٩٣٢/٤/٢٥ المحاماة س١٣ رقم ١٣٢ ص٢٩٢.

المشترى فى البيع غير المسجل يتجاوز الحق الشخصى -بالتأكيد- ويتعلق بالعقار موضوع التبايع فهو شبيه بالحق العينى، وبالتالى تصبح دعواه - صحة التعاقد- دعوى عقارية. (٥١)

٣- وهى دعوى موضوعية:

استقر القضاء لدينا على أن دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه والحكم الذى يصدر فيها هو الذى يكون مقررا لكافة ما انعقد عليه الرضا بين المتعاقدين بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التى اثبت فيها التعاقد أولا. (٥٢)

و"إذا كان أساس الدعوى حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى وكان المطلوب فيها هو الحكم بانفاذ هذه الالتزامات جبرا على البائع، وذلك بالحكم بأن البيع

---

(٥١) نعتقد أن الخلاف حول طبيعة دعوى صحة التعاقد فى اعتبارها دعوى منقولة أو عقارية إنما يرجع فى حقيقة الأمر إلى الحكم الذى يقضى بوجوب تسجيلها، حيث يفهم من ذلك أن هذه الدعوى وطالما كان من الواجب تسجيل صحيفتها فهى اذن دعوى عقارية. هذا وقد سبق أن بينا أن تسجيل صحف الدعاوى لا يقتصر على الدعاوى العقارية وإنما من الممكن أن يتناول دعاوى منقولة.

(٥٢) أنظر نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٢١١ ص٣٨٠، وأنظر نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ طعن ٦٤٨ س٤٩ق والذى جاء فيه أن "دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ونفاذه فى مواجهة خصوم المشترى ويستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة التعاقد وآثاره. وبالتالى تتسع هذه الدعوى لبحث كل ما يثار من منازعات تتعلق بانعقاد العقد ومدى صحته."

وأنظر كذلك الأحكام الآتية التى قررت اعتبار دعوى صحة التعاقد- دعوى موضوعية. نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٢١١ ص٣٨٠، نقض ١٩٥٢/٥/٨ المرجع السابق رقم ٩٨ ص٦٣٨، نقض ١٩٥٥/١٢/١٩ المرجع السابق رقم ٩٩ ص٦٣٨، و١٩٥٣/١٢/١٧ المرجع السابق رقم ١٠٠ ص٦٣٨، و١٩٤٦/٢/٢٨ المرجع السابق رقم ١٠٢ ص ١٣٩، و١٩٤٧/٥/٨ المرجع السابق رقم ١٠٣ ص٦٣٩، و١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض س٨ ص٧٨٩، و١٩٦٥/٥/١٣ س١٦ رقم ٩٤ ص٥٧٧ و١٩٣٦/٢/٢٦ المحاماة س١٦ رقم ٢٥٢ ص٥٧٠، نقض ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٢٢١، و١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص٣٦٨، نقض ١٩٧١/٤/٢٩ س٢٢ ص٥٨٤، و١٩٧٢/٤/٢٩ س٢٣ ص٧٨١، نقض ١٩٧٣/٤/١١ س٢٤ ص٥٩٦، و١٩٧٣/١٢/٢٠ س٢٤ ص١٣٣٦، و١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٥ ص٧٦١، و١٩٧٤/١/١٥ س٢٥ ص١١٣٤ ونقض ١٩٧٥/٢/١٢ س٢٦ ص٣٦٤، و١٩٧٥/٦/٣٠ س٢٦ ص١٣٣١ ونقض ١٩٧٥/١١/٢٤ س٢٦ ص١٤٦٥، و١٩٧٨/١٢/٢٧ س٢٩ ص٢٠٤.

الذى صدر منه صحيح وبانه واجب النفاذ عليه وبالاذن فى تسجيل الحكم توصلا إلى انتقال الملكية فهى بحكم هذا الاساس وتلك الطلبات تستلزم قانونا من القاضى أن يفصل فى أمر صحة البيع ثم يفصل أيضا فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر فى هذا الامتناع. وإذا كان من الاعذار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه فى العقود المتبادلة أن يكون المتعاقد الاخر لم يوف بالتزامه فإن هذا يستجر النظر فى أمر قيام المشترى بتنفيذ التزاماته هو حتى يكون أولا يكون له الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته. وإذا كان كل ذلك يتحتم أن يتعرض لها القاضى للفصل فى الدعوى فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيدا بذات صحة التعاقد فحسب".(٥٣)

وبناء على ما تقدم فإن هذه الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه.(٥٤) كما تتسع هذه الدعوى لمسألة تكييف العقد وهل هو بيع أم وصية.(٥٥) كما تتسع هذه الدعوى لبحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه.(٥٦) وكذلك لبحث ما

---

(٥٣) نقض ١٩٤٧/٥/٨ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ١٠٣ ص ٦٣٩ ونقض ١٩٤٦/٢/٢٨ المرجع السابق ص ٦٣٩، نقض ١٩٦٨/١١/٢١ طعن ٤٠٠ س ٣٤.

(٥٤) نقض ١٩٨٠/٤/٢٣ طعن ٣٨٥ س ٤٤ق.

(٥٥) قضى بانه "إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أعرض عن قول كلمة الفصل فيما أثير من نزاع حول تكييف العقد وهو فى صدد القضاء بصحته ونفاذه مأخوذا باتساع التركة لنفاذ التصرف سواء بإعتباره بيعا أو بإعتباره وصية وكانت المحكمة لا تستطيع البت فى أمر صحة العقد ونفاذه سواء بإعتباره بيعا أو بإعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ ولا يجوز لها حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف فى تلك الحالات أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت فى أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وقصرت أسبابه عن حمل قضائه بصحة التعاقد بعد ما تناقضت فتعاجت "نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ طعن ٢٦١ س ٣٩ق. وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٦٩/١/٢ طعن ٥٠٠ س ٣٤ق.

(٥٦) انظر نقض ١٩٧٤/١٠/١٥ طعن ١٥٧ س ٣٩ق وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٦٧/١/٣١ طعن ١٦١ س ٣٣ق. نقض ١٩٨٤/١٢/١٢ طعن ٣٢ س ٥١ق. نقض ١٩٨٤/٣/١٣ طعن ٩٠٠ س ٥٠ق. و٨٤/٢/٢٣ طعن ١٠١٧ س ٤٩ق وأنظر أيضا نقض ١٩٥٢/٥/٨ طعن ١٧٠ س ٢٠ق حيث قضى بانه "إذا دفع خصم دعوى صحة ونفاذ التعاقد بانه هو المالك للعقار المبيع وأن البائع لا يملك التصرف فيما باعه تعين على المحكمة المنظور امامها الدعوى الفصل فى ذلك. إذ هو بحث يدخل فى صميم الدعوى. ذلك أن =

يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو بصحته أو بطلانه، ومنها أنه صورى صورية مطلقة إذ من شان هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه.(٥٧) كما تتسع لبحث ذاتية الشيء المبيع الذى هو ركن من أركان البيع ويجب على المحكمة أن تتحقق من موقعه ومساحته وتعيين حدود وأوصافه تعيينا مانعا للجهالة قبل الحكم بصحة البيع (٥٨) كما تتسع لبحث ما إذا كان التزام البائع بنقل الملكية ممكنا أم أصبح مستحيلا (٥٩) وإذا كان على القاضى أن يعرض لكل المسائل المتقدمة حتى يتمكن من الفصل فى دعوى صحة التعاقد فإنه "لايصح القول بأن على البائع رفع الدعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد، إذ استعمال الحق كما يكون فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون فى صورة دفع فى دعوى مرفوعة عليه.(٦٠) كما يجب التحقق من نشأة الالتزام بالوفاء بالثمن والوفاء فعلا بهذا الالتزام.(٦١)

= الحكم بما هو مطلوب فيها من صحة ونفاذ البيع يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع. وإذن فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل فى الملكية حتى ولو كان من دفع بذلك ليس طرفا فى العقد بل هو من الغير الذى يضار بالحكم الذى يصدر".

(٥٧) نقض ١٩٦٦/٣/١ طعن ٣٤٧ س٣١ق وانظر أيضا نقض ١٩٦٦/٤/٢١ طعن ٢٨١ س٣٢ق نقض ١٩٧٥/٢/٢٥ طعن ١١ س٤٠ق نقض ١٩٧٣/٤/١٢ طعن ١١٤ س٣٨ق و١٩٧٠/٢/٢٦ طعن ٥٧٦ س٣٥ق و١٩٧٢/١١/١٦ طعن ٣٦٠ س٣٧ق و١٩٨٢/١/٢٤ طعن ٩٣٨ س٥١ق.

(٥٨) نقض ١٩٧٢/٤/٢٩ طعن ٢٨٦ س٣٧ق.

(٥٩) نقض ١٩٨٢/١٢/٢ طعن ٨٩٠ س٤٨ق.

(٦٠) نقض ١٩٤٧/٥/٨ المشار إليه من قبل.

(٦١) قضى بأنه "متى كان الثابت أن المشترى دفع جزءا من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقى عند تحرير العقد النهائى وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشترى لم يوف بكامل الثمن المستحق فى ذمته فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشترى بكامل الثمن، كما يكون قد عابه قصور فى التسبيب إذ لم يرد على دفاع البائع فى هذا الخصوص" نقض ١٩٥٧/٤/٢٥ المحاماة ٣٨ رقم ٥٥٥ ص٢٢٥. وقضى بأنه "متى كان المشترى قد رفع الدعوى بطلب صحة التعاقد عن عقد البيع وأسس دعواه على أنه وفى بالتزامه بالثمن وطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات هذا الوفاء كما دفع البائع الدعوى بعدم وفاء المشترى بكامل الثمن، فقضت المحكمة بصحة التعاقد، وكان مفهوم ما ذكرته عن ذلك الوفاء أن نظر المحكمة إنما يتعلق بصحة التعاقد فحسب وليس لها أن =

نخلص مما تقدم، أن موضوعية دعوى صحة التعاقد إنما تعنى أن موضوعها هو البحث فى حقيقة البيع الوارد على العقار، فهى دعوى تبحث فى مدى حق المشترى الذى تعلق بالعقار.

٤- وهى دعوى استحقاق مآلا فى نظر محكمة النقض:

كانت المادة السابعة من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تقضى بأنه "١- يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها. فإذا كان المحرر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى. ٢- وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر".

ولقد كانت الفقرة الثانية من هذه المادة هى المناسبة التى أثارت الجدل حول طبيعة دعوى صحة التعاقد وما إذا كانت تدخل فى مفهوم

= تتعرض إلى أمر الوفاء أو عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على التعاقد، فإنها تكون قد أخطأت فى فهم القانون خطأ جرها إلى التخلى عن النظر فيما دفع به البائع من عدم الوفاء من المشترى بكامل الثمن وفيما رد به المشترى من جانبه وأسس عليه دعواه من أنه وفى بالتزامه بالثمن، ويكون الحكم قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون، ذلك أن عقد البيع من العقود التبادلية والبائع لا يجبر على تنفيذ التزامه إذا ما دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بأنه لم يوف إليه بثمن المبيع المستحق وهو دفع يترتب عليه إذا ثبت حبس التزام البائع بنقل الملكية حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزامه "نقض ١٩٥٧/١١/١٤ المحاماة س٣٨ رقم ١٠٧٥ ص٤٨٧، وانظر أيضا نقض ١٩٦١/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض س١٢-٣٧٦-٥١.

ويلاحظ أنه إذا حكم برفض دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشترى بالوفاء بالتزاماته بدفع كامل الثمن فإن هذا لا يمنع المشترى من العودة إلى دعوى صحة التعاقد إذا قام بإيفاء البائع باقى الثمن، انظر نقض ١٩٦٥/١١/٤ س١٦ رقم ١٥٤ ص٩٧٣. ولكن إذا حكم نهائيا بصحة التعاقد دون الفصل فى أمر الباقى من الثمن فإن هذا لا يمنع البائع من المطالبة به أو طلب فسخ العقد بدعوى جديدة إذ تختلف دعوى صحة التعاقد عن دعوى الفسخ سببا وموضوعا، انظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ المجموعة س٢١ رقم ٥٠ ص٢٦٤. ويراعى أنه إذا كان وفاء باقى الثمن معلقا على التوقيع على العقد النهائى فإن اشتراط المشترى إلا يصرف البائع باقى الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح، نقض ١٩٦٦/١١/١٥ - مجموعة النقض س١٧ رقم ٢٣٩ ص١٦٨٩. ويلاحظ أن عدم دفع الثمن، ينشىء للبائع دفعا بعدم التنفيذ يحول دون الحكم بالصحة، فقد قضى بأنه "مادامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا، فإنه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته" نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ المجموعة س١٨ رقم ١١٤ ص٧٤٤.

دعاوى الاستحقاق المشار إليها أم لا.

ولعل حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٣٢/٤/٢٥ (٦٢) هو أول الأحكام التى خاضت فى هذا الجدل.

فلقد جاء فى هذا الحكم:

"أنه وأن كانت المادة (٧) من قانون التسجيل رقم ١٨ سنة ١٩٢٣، قد أشارت إلى أنواع الدعاوى التى يجوز فيها تسجيل العرائض حتى تكون حجة على الغير بما نشعر أنها وردت على سبيل الحصر فى حدود الحقوق العينية العقارية المتنازع عليها إلا أنه لما كانت قد وردت بالمادة المذكورة عبارة دعاوى الاستحقاق *revendication* وهى عبارة تنصرف إلى تثبيت الملكية كوجه عام بشكل دعوى أصلية أو دعوى استحقاق أثناء إجراءات نزع الملكية أو تثبيت أى حق عينى عقارى ما فإنه من المتعين إذ ذاك أن تنصرف هذه المادة فى تفسيرها فى ضوء المذكرة الايضاحية (٦٣) إلى ضرورة حماية كل شخص يدعى حقا قد أنصب على عقار، وأن هذا الحق لا ينشأ فى قانون التسجيل الجديد إلا بالتسجيل وأن السبيل الوحيد لحماية مدعى الحق العينى العقارى وهو فى نزاع مع خصم له يدعى ضده هذا الحق بالذات إلا أن يعلم خصمه والغير بوجه عام بأن له حقا قد أنصب على العقار المتنازع من أجله، وأن سبيل الاعلان لا يكون إلا من طريق تسجيل عريضة الدعوى".

---

(٦٢) المحاماة س١٣ رقم ١٣٢ ص٢٩٢.

(٦٣) ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل تعليقا على المادة السابعة منه ما يلى "ان المادة السابعة جعلت القانون المصرى فى مستوى القوانين الأحدث عهدا التى تتمشى مع مقتضيات المعاملات العقارية فنصت على وجوب التأشير أو التسجيل فى دعاوى بطلان العقود الواجبة التسجيل أو فسخها أو الغائها أو الرجوع فيها.

وفى الوقت ذاته قد خطت هذه المادة خطوة هامة نحو نظام السجلات العقارية التى تشمل ضرورة تنبيه الغير بتمكينهم من توقى نتائج أى تسجيل قد يضر بحقوقهم ضررا لا يمكن تلافيه ومن جهة أخرى فإن لتسجيل الدعاوى فائدة ظاهرة بمعنى أنه ضرورى لا لاعلام الغير فقط بالاخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى بل لتمكين المدعى أيضا من التمسك بالحكم الذى يصدر فيما بعد بناء على طلبه ضد كل من آل إليه الحق من المدعى عليه."

"القول بأن عريضة الدعوى لاترمى إلى تقرير حق عينى وأنها خاصة بالتزامات شخصية بحتة غير خاضعة للتسجيل وأنه لذلك لايجوز تسجيلها، وإذا تسجلت فلا يكون لتسجيلها أثر ما على الغير، فهو قول منقوض من أساسه لأنه وأن كان عقد البيع فى ذاته لا يقرر به قبل التسجيل سوى التزامات شخصية إلا أنه بتسجيله تنشأ هذه الحقوق العينية العقارية وتستحيل تلك الالتزامات الشخصية إلى حقوق عينية عقارية وهذه الاستحالة من شخصية إلى عقارية هى التى ارادها القانون بالذات، على أن هذه الالتزامات الشخصية لعقد البيع غير المسجل لا يمكن وصفها بالحقوق الشخصية البحتة التى يتنافر وصفها بالشخصية مع عينية الحقوق. إنما هى حقوق شخصية اعتبارية لوقت معين، أو هى حقوق عينية عقارية فى دور التكوين والانشاء بحيث تتكون وتنشأ نهائيا إذا ما لحقها التسجيل وهى على هذا الاعتبار حقوق عينية والعينية معلقة فيها على شرط التسجيل ومادام أثر تسجيل الحكم فى النزاع ينسحب إلى تاريخ تسجيل عريضة الدعوى طبقا للمادة ١٢ من قانون التسجيل فأثر التسجيل واحد على كل حال سواء أنصب على عريضة الدعوى أو على الحكم".

ويستفاد من هذا الحكم ما يلى:

أولا: أن مفهوم عبارة "دعاوى الاستحقاق" الواجب تسجيلها ينبغى أن ينصرف بشكل عام إلى كل دعوى يدعى رافعها أن له حقا قد تعلق بالعقار.

ثانيا: أن مشترى العقار فى البيع العقارى غير المسجل ليس له محض حق شخصى، وإنما له حق عينى فى دور التكوين أو حق عينى اعتبارى يجعل دعواه الخاصة بحماية هذا الحق تدخل فى مفهوم دعاوى الاستحقاق الواجب تسجيلها.

وقد حاز هذا القضاء قبول محكمة النقض فقضت فى ٣٣/١/٥

بأنـه: (٦٤)

"بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها، فإذا كان المحرر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر. فالشطر الأول من المادة يفيد أن عقد البيع لعقار إذا لم يكن مسجلا، ورفعت ضده دعوى بطلب بطلانه أو فسخه أو الغائه أو الرجوع فيه لأى سبب موجب لذلك، يجب تسجيل هذه العريضة لحماية رافعها من تصرف المتمسك بالعقد ولحماية الغير من التعاقد نفسه، مع أن عقد البيع غير المسجل لا ينقل الملكيـة ولا يترتـب عليـه سـوى التزامات شخصية، ومع أن تلك الدعاوى لا تعتبر دعاوى عينية بل هى دعاوى شخصية. ويستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث، أو عقد غير مسجل، أو عقد شفوى، إذ عموم النص يسع ذلك. فإذا كان رافع دعوى الاستحقاق يملك بعقد شفهى أو عرفى فلا يمكنه أن يطلب الحكم بالملكية مباشرة لما يدعيه، لأن العقد الذى يتمسك به لا ينقل الملكية. لهذا يجب لجعل عموم النص مفيدا أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة بالمادة (٧) من قانون التسجيل بالدعاوى التى يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالا أو مآلا، كدعاوى صحة التعاقد العرفى ودعاوى اثبات البيع الشفهى، لأنها تؤول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رافعها لملكية العقار موضوع الدعوى، ولا غرابة فى أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق، وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلا، فقد جرى على ذلك فى

---

(٦٤) فى الطعنين رقما ٤٨ و٥٣ لسنة ٢ق المحاماة س١٣ رقم ٤١٥ ص٨٣٩.

المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها انشاء حق ملكية العقار أو حق عينى، مع أنها لا تنشىء ذلك الحق إلا بعد تسجيلها، فعبارة "من شأنها انشاء حق الملكية" وضعت للمنشئة مآلا. على أن المذكرة التفسيرية المرفقة بقانون التسجيل تساعد على التوسع فى تفسير المادة السابعة تفسيرا يحمى كل مدع فى دعوى متعلقة بحق عقارى من تلاعب خصمه أثناء الدعوى، وتحمى الغير من التعاقد مع المدعى عليه على العين موضوع النزاع على غير بينة من جواز تغيير أو زوال الحقوق المتعاقد عليها فى نهاية الأمر.

وبما أنه متى فسرت دعوى الاستحقاق فى المادة السابعة بما يشمل الدعاوى التى تؤول بعد تسجيل حكمها إلى الاستحقاق، وهو ما تراه هذه المحكمة، يكون الحكم المطعون فيه غير مخالف للقانون فى اعتباره دعوى صحة التعاقد داخلة ضمن دعاوى الاستحقاق، وفى أن عريضتها يجب تسجيلها، وأنها بتسجيلها قبل تسجيل البيع الصادر لمشتر بعد ذلك تكون حجة عليه، وتجعل الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ العقد بعد تسجيله مفضلا على ذلك العقد، طبقا للمادتين ٧ و ١٢ من قانون التسجيل، ولو أن الملكية لم تنتقل إلى رافع دعوى صحة التعاقد إلا من تاريخ تسجيل الحكم الصادر له بذلك، وهذا يعد استثناء من المادة الأولى من قانون التسجيل الغرض منه تمكين المدعى من التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه، ضد كل من آل إليه الحق من المدعى عليه واعلام الغير بالاخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى. وأثر تسجيل عريضة الدعوى هنا يشبه الأثر الذى رتبه قانون الشفعة على تسجيل انذار ابداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإنه يجعل الحكم بالشفعة مقدما على العقد الصادر من المشفوع منه، وسجل بعد تسجيل الانذار ولهذه الاعتبارات يفضل الحكم على العقد المسجل بعد تسجيل عريضة

الدعوى".

يلاحظ على حكم النقض السابق أنه يعد هو الحكم الأول والأساسى الصادر عن محكمة النقض والذى اعتبر دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلا، وفى سبيل اضفاء هذا الوصف على تلك الدعوى اعتمد الحكم على الأسس الاتية:

أولا : أن المشرع فى قانون التسجيل قد أوجب تسجيل بعض الدعاوى الشخصية كدعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع التى ترفع ضد عقد البيع العقارى غير المسجل برغم أن مثل هذا العقد لا يترتب عليه سوى التزامات شخصية وبرغم أن هذه الدعاوى تعد دعاوى شخصية. لا عينية. ومعنى ذلك أن خضوع صحيفة الدعوى للتسجيل لا يشترط فيه أن تكون تلك الدعوى من الدعاوى العينية.

ثانيا : أن المحكمة قد فهمت من نص الفقرة الثانية من المادة السابعة والتى تقضى بانه "وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التاشير بها كما ذكر" - أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل وقد تبنى على عقد غير مسجل أو شفهى، فعموم النص يسع ذلك. فعبارة "دعاوى الاستحقاق" جاءت عامة فى النص ولكى يكون هذا العموم مفيدا يجب أن تفسر "دعاوى الاستحقاق بانها الدعاوى التى يكون غرض رافعها الوصول إلى الاستحقاق حالا، أو مالا كدعاوى صحة التعاقد العرفى.

ثالثا : أنه ومما يؤكد انصراف قصد الشارع إلى الفهم السابق (أى أنه قصد من دعاوى الاستحقاق الواردة فى المادة ٢/٧ من قانون التسجيل بان تكون شاملة لدعاوى الاستحقاق الحالة وتلك التى تصل إلى الاستحقاق مآلا) أنه -أى الشارع- قد سار على ذات النهج فى المادة الأولى من قانون التسجيل، حيث عبر عن العقود الواجب تسجيلها بانها "

جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى من شأنها انشاء حق ملكية" فالعبارة الأخيرة" من شأنها انشاء حق الملكية "قد وضعت للعقود المنشئة مآلا، مع أن هذه العقود لا تنشىء حق الملكية إلا بعد التسجيل.

رابعا: أن المحكمة قد أقرت بأن هذا التفسير لعبارة "- دعاوى الاستحقاق" قد جاء موسعا، ولكن يساعد على قبول هذا التفسير الموسع -فى رأى المحكمة- أن المذكرة التفسيرية لقانون التسجيل تساعد على الأخذ به حيث يستفاد منها أن القانون إنما يحمى كل مدع فى دعوى متعلقة بحق عقارى من تلاعب خصمه أثناء الدعوى كما يحمى الغير من التعاقد مع المدعى عليه على العين موضوع النزاع على غير بينة من جواز تغيير أو زوال الحقوق المتعاقد عليها فى نهاية الأمر.

تلك هى الأسس التى استندت عليها محكمة النقض فى اعتبار دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مالا، غير أنه يمكن ايراد الملاحظات الآتية على تلك الأسس:

أولا: أن المشرع فى قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ لم يكن ينص على وجوب تسجيل عرائض دعاوى صحة التعاقد وكان هدف هذا الحكم هو الوصول إلى هذا الوجوب (أى تسجيل تلك العرائض)، ولقد كان يكفى للوصول إلى هذه النتيجة قياس دعوى صحة التعاقد على دعاوى البطلان والفسخ والرجوع والالغاء، فهى دعاوى شخصية ومع ذلك قضى المشرع بوجوب تسجيلها.

ثانيا : الملاحظ أن دعوى الاستحقاق هى تلك الدعوى التى يرفعها من يطالب باسترداد شىء يدعى ملكيته من شخص آخر يجوز هذا الشىء بغير موافقة مدعى الملكية، فهى تستند اذن إلى حق الملكية وترمى إلى استرداد حيازة الشىء وتفترض فى رافعها أن يكون مالكا. ومذهب محكمة

النقض من اعتبار دعوى صحة التعاقد من دعاوى الاستحقاق ولو مآلا -يفترض أن يكون رافع دعوى صحة التعاقد مالكا، وهذا ما يتناقض مع نصوص التشريع القاطعة فى عدم اعتبار المشترى فى البيع العقارى غير المسجل مالكا إلا من تاريخ التسجيل وأن عقد البيع العقارى غير المسجل لا يترتب عليه سوى محض التزامات شخصية.

"ولا يمكن أن يغيب عن البال أن دعوى المصادقة على البيع فى طبيعتها دعوى شخصية فكيف يمكن القول بأنها دعوى استحقاق بحسب المآل، إذ مجرد وصفها بأنها دعوى استحقاق معناه أنها دعوى عينية. والواقع أن كل ما للمتصرف إليه من حقوق قبل تسجيل الحكم الصادر فى هذه الدعوى لمصلحته إنما هى حقوق شخصية بحتة، والدعاوى إنما وجدت حماية للحقوق، أو لا يصعب القول بوجود دعاوى عينية مقررة حماية لحقوق شخصية ؟ نعم أن حقوق المشترى ستؤول فى النهاية إلى استحقاق الملكية أى أنها ستنقلب عينية، ولكن لابد من ملاحظة أن عملية الانقلاب هذه لاتتم إلا بعد صدور الحكم وكذلك بعد تسجيله".(٦٥)

ثالثا : "ومن ناحية أخرى فإن الاستناد على نص المادة السابعة من قانون التسجيل لا يخلو من التورط إذ يفترض هذا النص أن تكون دعوى الاستحقاق مرفوعة من جانب الغير المالك الحقيقى ضد المشترى الذى يخشى منه أن يتصرف فى العقار وظاهر أن الحال هنا تخالف ذلك لأن دعوى الاستحقاق بحسب المآل يرفعها المشترى "المتصرف إليه" فى مواجهة البائع وتسجيل عريضتها فى مواجهة الغير فالقياس اذن متعذر"(٦٦)

رابعا : أنه لا يصح القول -اطلاقا- أن المشرع قد قصد من عبارة "دعاوى الاستحقاق" أن تكون شاملة لدعاوى الاستحقاق مآلا وأنه قد جرى

---

(٦٥) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى - المرجع السابق - فقرة ٢٦٨ ص٢٦٨ و٢٦٩.

(٦٦) المرجع السابق، ذات الموضع.

على ذلك فى المادة الأولى من قانون التسجيل حيث عبر عن العقود الواجب تسجيلها بانها من شانها انشاء حق ملكية عقار مع أنها لا تنشىء ذلك الحق إلا بعد تسجيلها. فمعنى ذلك أن المشرع قد اعتبر عقد البيع العقارى هو عقد منشىء للملكية مآلا وبالتالى يجب تسجيله لانشاء تلك الملكية!! فالواقع أن عقد البيع العقارى غير المسجل يعنى توافر رغبة طرفاه فى انشاء حق الملكية (والاصح نقله) للمشترى من تاريخ التسجيل لا قبل ذلك وأن هذا الانشاء (أو النقل) لا يتم إلا بواقعة التسجيل ولذلك فقياس دعوى صحة التعاقد على ما تقدم هو قياس متعذر ولا يمكن لاعمال هذا القياس وجعله صحيحا الاستناد إلى عبارة "العقود التى من شانها انشاء حق الملكية "خاصة وأن المشرع فى ذات المادة التى اشتملت على تلك العبارة يقضى بأن "لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين".

خامسا : أشرنا من قبل إلى أن قانون التسجيل الصادر عام ١٩٢٣ لم يكن ينص على وجوب تسجيل دعاوى صحة التعاقد، ولقد كان لتسجيل تلك الدعاوى أهمية كبيرة قبل صدور هذا القانون، فلقد كان لهذا التسجيل قيمة ضد المشترى من البائع والذى سجل عقده بعد تسجيل عريضة الدعوى، فمثل هذا التسجيل يجعل التصرف الحاصل للمشترى حجة ضد من تلقى الحق عن البائع -مرة ثانية- وسجل عقده بعد تسجيل عريضة دعوى المشترى الأول. أما فى ظل قانون التسجيل والذى قضى بوجوب تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد فإن المشترى الثانى إذا ما بادر بتسجيل عقده قبل صدور هذا الحكم، فإن الملكية تنتقل إليه ولا عبرة اذن لابطال التصرف الصادر إليه بواقعة علمه بالبيع الأول أو بسوء نيته، تلك الأمور المستفادة من تسجيل صحيفة الدعوى. ولقد ارادت محكمة النقض من حكمها المشار إليه أن تصل إلى وجوب تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد متناسية أن هذا التسجيل لم يعد له من أثر

ضد المشترى الثانى خاصة بعد أن نص القانون على وجوب تسجيل الحكم وأن قضائها قد استقر بعد صدور قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفة الدعوى لا يجعل المشترى من البائع والذى سجل عقده بعد ذلك سيء النية ويبطل التصرف إليه، كما أن هذا التسجيل لصحيفة الدعوى لا ينقل الملكية من البائع إلى المشترى فيصبح البائع غير مالك وتصبح تصرفاته اللاحقة على التسجيل باطلة لصدورها من غير مالك.

ولذلك لا محل للتوسع الذى أخذت به محكمة النقض فى حكم ١٩٣٣/١/٥ فى تفسير دعوى الاستحقاق باعتبار دعوى صحة التعاقد داخلة ضمنها، ولأن الحقوق المشار إليها بالمادة الأولى من قانون التسجيل لا تتحقق إلا بتسجيل الحكم النهائى ذاته سواء اعتبرنا هذه الدعوى دعوى استحقاق أو أنها لاتمت إلى هذه الدعوى بصلة لاختلافهما سببا وغرضا ونتائجا واختلاف آثار الحكم فى كل منهما اختلافا بينا يباعد بينهما. (٦٧)

---

(٦٧) انظر حكما هاما لمحكمة جرجا الجزئية فى ١٩٣٦/٥/١٨، المحاماة س١٧ رقم ٦٠ ص٩١٦ والذى جاء فيه "لا خلاف فى أن قانون التسجيل قد علق انتقال الملكية إلى المشترى على تسجيل العقد فإلى أن يسجل العقد تعتبر العين المبيعة باقية فى ملكية البائع، وقد قضى القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ على نظرية حسن النية وسوئها، فلم يجعل لها أى أثر على صحة العقد أو بطلانه بالنسبة لمن تلقى الحق من البائع فلا يكون لتسجيل عريضة دعوى صحة الترقيع أى أثر، فلا التسجيل يجعل المشترى من البائع والذى سجل عقده بعد ذلك سيء النية ويبطل التصرف إليه ولا هذا التسجيل ينقل الملكية من البائع إلى المشترى فيصبح البائع غير مالك وتصبح تصرفاته اللاحقة على التسجيل باطلة لصدورها من غير مالك.

ولقد كان لدعوى الملكية قبل صدور قانون التسجيل أهمية لمن اشترى بعقد عرفى غير مسجل إذا ما رفع دعوى الملكية ضد البائع إليه وسجل صحيفة الدعوى، فإن هذا التسجيل يكون له قيمة ضد المشترى من البائع والذى سجل عقده بعد تسجيل عريضة الدعوى وعملا بالمادتين ٢٦٦ و٢٧٠ مدنى أهلى. ولأن تسجيل عريضة الدعوى كان يجعل التصرف الحاصل إلى المشترى حجة ضد من تلقى الحق من البائع وسجل عقده بعد تسجيل عريضة دعوى المشترى الأول.

فلا يكون اذن لتسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد أو صحة الترقيع من أثر سوى اعلام الغير الذى يشترى نفس العقار من المتصرف وسجل عقده بحصول البيع إلى المدعى أو يجعل هذا الغير سيء النية فلا العلم بالبيع الأول ولا سوء النية بمبطلان للتصرف الثانى الذى حصل تسجيله قبل تسجيل التصرف الأول طبقا للرأى الذى أخذت به محكمة النقض والابرام فى ١٩٣٦/٢/٢٦ (المحاماة س١٦ رقم ٢٥٢ ص٥٧٠) والحكم الصادر بصحة التعاقد هو من الأحكام التى نصت عليها المادة الأولى من قانون التسجيل ولا محل للتوسع الذى أخذت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٣/١/٥ (المحاماة س١٣ ع٧ ص٨٣٩) فى تفسير معنى دعوى الاستحقاق بإعتبار دعوى صحة التعاقد أو صحة الترقيع داخلة ضمنها، ولأن الحقوق المشار إليها بالمادة الأولى لا تتحقق إلا بتسجيل الحكم النهائى نفسه سواء اعتبرنا هذه الدعاوى كدعاوى الاستحقاق أو أنها لا تمت إلى هذه الدعاوى بصلة لاختلافهما سببا وغرضا ونتائج واختلاف آثار الحكم فى كل منهما اختلافا بينا يباعد بينهما".

لقد أوردنا حكمين احدهما صادر عن محكمة استئناف مصر والاخر صادر عن محكمة النقض (٦٨) وكلاهما يعد من اوائل الأحكام التى وصفت دعوى صحة التعاقد بانها دعوى استحقاق، ومن مقارنة الأسس التى استند عليها هذين الحكمين يتبين ما يأتى:

أولا : أن حكم الاستئناف قد اعتبر دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق كغيرها من دعاوى الاستحقاق الواجب بتسجيل عريضتها. بينما لم يصل حكم النقض إلى هذا التطرف وإنما قد وصفها -على استحياء- بانها دعوى استحقاق مآلا.

ثانيا : وأن أساس دعوى الاستحقاق -فى حكم الاستئناف أن رافعها صاحب حق عينى اعتبارى (٦٩) بينما اعتمدت محكمة النقض على تفسير موسع لعبارة دعاوى الاستحقاق الواردة فى نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون التسجيل وعلى إعمال القياس كما أوضحنا منذ قليل.

---

(٦٨) وانظر ايضا نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٢٠٧ ص٣٧٩، وانظر فى ذات الاتجاه استئناف مصر ١٩٣٧/٣/٢ المحاماة س١٧ رقم ٥٩٢ ص١١٨٣.

(٦٩) ومن الاحكام التى ذهبت إلى إعتبار المشترى - فى البيع العقارى غير المسجل ملكا ليس له محض حقوق شخصية تذكر حكم محكمة المنيا الشرعية فى ١٩٣٧/٦/١ - المحاماة س٢٠ رقم ٢٤٣ ص٦٩٦ - وقد جاء فيه "ان البيع ولو بعقد عرفى غير مسجل بل وشفاها، ما دام مستوفيا شرائطه يخرج المبيع عن ملك البائع ويدخل العين فى ملك المشترى أما التسجيل فليس إلا اجراء شكليا لا يمنع من انعقاد البيع وترتب آثاره عليه. واذن فوقف هذه العين من البائع قبل التسجيل باطل لأنه يعتمد الملكية وقد زالت بمجرد صدور العقد ولو كان غير مسجل".

وعلى عكس هذا الحكم جاء فى حكم محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فى ١٩٣٧/٩/٨ - المحاماة س٢٠ رقم ٣٢٩ ص٨٤٧ "ان العقد الغير ثابت التاريخ رسميا قبل أول يناير ١٩٢٤ والذى لم يسجل لا يكسب المدعى حق الملكية ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق العينية طبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل والتعليمات المتعلقة به والمنشورات الصادرة فى ١٩٢٥/٨/١٥ و١٩٢٧/٦/٢١ و١٩٢٨/١١/١٢". كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٣٣/٦/١٥ - المحاماة س١٥ رقم ٣٧ قسم ثان ص٦٥ - انه "من تاريخ سريان قانون التسجيل كل صاحب حق على عقار سابقا على نفاذه ولكنه لم يصدر بعقد ثابت التاريخ او حكم سابق على نفاذه لا يكون له حق عينى بالملكية إلا إذا حصل على حكم وسجله ولا تثبت له ملكية إلا من تاريخ التسجيل.

وفى اعتقادنا أن التاسيس الذى أخذت به محكمة الاستئناف لهو أقوى من التاسيس الذى أخذت به محكمة النقض، حيث اعتمدت المحكمة العليا على مجرد التفسير اللفظى للنص وعباراته، بينما اعتمدت محكمة الاستئناف على أسس موضوعية فى هذا الصدد.

ويلاحظ أنه بعد صدور حكم النقض السابق ثار الجدل حول دعوى صحة التوقيع وهل تعتبر كذلك كدعوى صحة التعاقد من دعاوى الاستحقاق -فيجب تسجيل صحيفتها- أم لا ؟

فذهبت بعض الأحكام إلى أنه "وأن كانت دعوى صحة التوقيع هى دعوى شخصية إلا أن الغرض من رفعها كدعوى صحة ونفاذ العقود -الوصول إلى الاستحقاق حالا أو مآلا وبذلك تكون داخلة حتما فى مدلول الشطر الثانى من المادة السابعة من قانون التسجيل التى تنص على تسجيل دعاوى استحقاق أى عقار أو حق من الحقوق العينية، فإذا قام المشترى بتسجيل عريضة دعوى صحة التوقيع ثم حكم له بذلك بعدها وقبل تسجيل حكم صحة ونفاذ عقد بيع صادر من نفس البائع لمشتر آخر فيكون حق هذا المشترى الأول وطبقا للمادة الثانية عشرة من قانون التسجيل وبعد أن تقرر منعه بحكم مؤشر به طبقا للقانون حجة على من ترتبت لهم حقوق ابتداء من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى أو التاشير بها". (٧٠)

غير أن محكمة النقض لم تشأ أن تنطلق فى قضائها السابق وتعتبر دعوى صحة التوقيع هى الأخرى من دعاوى الاستحقاق وإنما استقر قضائها على عكس ما ذهبت إليه بعض الأحكام الدنيا السابقة، رافضة أن تمد اجتهادها المشار إليه إلى دعاوى صحة التوقيع.

فقضت بأن "دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تنصب على

---

(٧٠) استئناف مصر ١٩٣٧/٣/٢ المحاماة س١٧ رقم ٩٢ ص١١٨٣. وانظر عكس ذلك فى حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية الأهلية فى ١٩٢٩/٣/٢٠ المحاماة س٩ رقم ٣٤٥ ص١٠١٢ حيث جاء فيه أن "تسجيل اعلان دعوى صحة التوقيع ليس له أثر فى نقل الملكية".

حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه والحكم الذى يصدر فيها هو الذى يكون مقررا لكافة ما اتفق عليه الرضا بين المتعاقدين بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التى أثبت فيها التعاقد أولا. وهى بماهيتها هذه تعتبر دعوى استحقاق مآلا وتدخل ضمن الدعاوى الوارد ذكرها فى المادة السابعة من قانون التسجيل.

أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لتطمين من بيده سند عرفى على آخر إلى أن الموقع على ذلك السند لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه أن ينازع فى صحته وهى بالغرض الذى شرعت له وبالاجراءات المرسومة لها فى قانون المرافعات يمتنع على القاضى فيها ان يتعرض للتصرف المدون فى الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه. فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة. ولئن كان يجوز -تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكملة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مستوفيا للبيانات المطلوبة فى المادة الثانية من قانون التسجيل. وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ إلا أن هذا التسجيل لايعدو أثره تسجيل عقد عرفى مصدق من أحد الموظفين أو المأمورين العموميين طبقا للمادة السادسة من قانون التسجيل على الامضاءات الموقع بها عليه ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه أفضلية إلا من تاريخ التسجيل من غير أن يكون له أثر رجعى مبتدىء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التوقيع. واذن فدعوى صحة التوقيع وهذه ماهيتها لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها فى المادة السابعة المذكورة وبالتالى فتسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل عرائض تلك الدعاوى". (٧١)

---

(٧١) نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٢١١ ص ٣٨٠ وانظر أيضا نقض ١٩٤٢/١٠/٢٩ المرجع السابق رقم ٨٧ ص ٦٣٩ والذى جاء فيه "أن دعوى صحة التعاقد دون صحة التوقيع هى التى من =

نخلص مما تقدم، أن السبب الدافع وراء وصف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد بأنها دعوى استحقاق مآلا هو أن قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ لم يكن يقضى بوجوب تسجيل صحيفتها، وكان هذا التسجيل أمرا حيويا لحماية رافع الدعوى من تصرفات البائع التى تتلو رفع الدعوى (٧٢) هذا وقد أشرنا إلى عدم صحة هذا التكييف الذى

= دعاوى... الاستحقاق المنصوص عليها فى المادة السابعة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه حتى إذا حكم له فيها بعد ذلك بطلباته وتأشر بهذا الحكم وفقا للقانون فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل الصحيفة ويكون هذا التسجيل مفضلا على كل تسجيل لا حق له. أما دعوى صحة التوقيع فلا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من يكون بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى التوقيع. وهى بهذا الغرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها يمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته. فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع فقط ولذلك فهى لا تدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر.

والمناط فى تكييف الدعوى هل هى تدخل فى دعاوى الاستحقاق مآلا أم هى اجراء تحفظى بحت هو بجوهر المنازعة القائمة بين الطرفين بناء على حقيقة تشخيص غرض المدعى من دعواه. فإذا كانت الدعوى التى رفعها المشترى وسجل صحيفتها قد أثبت رافعها فى صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع وفى أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشترى الثانى وفصلت المحكمة فى الدعوى بأن فاضلت بين هذين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرمى إليه المشترى الثانى من تدخله فى الدعوى - إذا كان ذلك فإن جريان الحكم فى منطوقه بالقضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد، فإن أسبابه فى الظروف والملابسات التى صدر فيها تدل على أن الغرض الحقيقى من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد. وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة إذ العبرة هى بما رمى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها". وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٤٨/٥/١٣ مجموعة القواعد رقم ١٠٨ ص ٦٤٠، نقض ١٩٥٥/٤/٢١ - المرجع السابق - رقم ١٠٩ ص ٦٤٠، نقض ١٩٥١/٥/٣ - المرجع السابق رقم ١١٠ ص ٦٤٠ و٦٤١. وانظر أيضا نقض ١٩٧٤/١١/١٩ المجموعة س ٢٥ ص ١٢٥.

(٧٢) فإذا كان المشترى قد قام بشهر عريضة الدعوى ثم صدر الحكم فيها لصالحه وقام بشهر هذا الحكم اعتبر مالكا منذ تاريخ شهر العريضة وبذلك لا تسرى قبله كافة التسجيلات أو القيود التى تكون قد توقعت على العقار من البائع له بعد تاريخ تسجيل العريضة. كما أنه تسرى قبله جميع الالتزامات... التى تصدر عنه بشأن العقار موضوع الحكم. أما إذا لم يقم المشترى بشهر العريضة فقد يتعرض لضياع حقه إذ باستطاعة البائع له أن يتصرف فى العقار مرة ثانية ويسجل المشترى الثانى عقده فتنتقل إليه الملكية ويصبح الحكم الذى قد يصدر لصالحه غير ذى قيمة إذ ستمنع مكاتب الشهر عن اجراء شهر هذا الحكم لخروج الملكية من ذمة البائع.

ويلاحظ أن الأستاذ عبد السلام ذهنى - فى مقاله عن أوجه النقض التشريعى لقانون التسجيل الجديد، المحاماة س ٧ ص ٤٤٢ - يرى وجوب تعديل نص المادة السابعة من قانون التسجيل ليشمل التسجيل عرائض دعاوى صحة التعاقد وصحة التوقيع.

ومن الفقهاء من رأى أن المادة السابعة من قانون التسجيل إنما قد ذكرت الدعاوى الواجبة التسجيل على سبيل المثال لا الحصر ومن هؤلاء حامد فهمى فى "نظرية التصرفات الاقرارية والانشائية" مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٥٧، عبد السلام ذهنى فى رسالة التسجيل ص ١٢٨، كامل موسى فى شهر التصرفات ص ١٨٣. وانظر عكس ذلك فى رسالة سيف عن التسجيل ص ٣٠٨. =

اعتنقته محكمة النقض. ونضيف الان إلى ما تقدم إلى أنه كان يجب على محكمة النقض أن تتخلى عن هذا الوصف الخاطىء خاصة بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

فيلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ١٥ من هذا القانون تقضى بانه "ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية".

فتضمين هذه الفقرة وجوب تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد إنما جاء تقنينا لما استقر عليه قضاء النقض السابق على صدور هذا القانون. ولكن الجديد الذى نراه فى هذه الفقرة، أنها توحى -فى شأن طبيعة دعوى صحة التعاقد- أن المشرع قد خالف مسلك محكمة النقض فى اعتبارها دعوى صحة التعاقد من دعاوى الاستحقاق. فصدر الفقرة الثانية من المادة (١٥) يتكلم عن تسجيل دعاوى الاستحقاق لأى حق من الحقوق العينية العقارية ثم تأتى الاضافة الجديدة "كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية "فلو كانت الدعاوى الأخيرة من دعاوى الاستحقاق ولو مآلا، لما كانت هناك حاجة للنص عليها اكتفاء بما ورد فى صدر الفقرة، وإنما تعنى هذه الاضافة أن دعاوى صحة التعاقد ليست بدعاوى استحقاق، ولذلك احتاج الأمر إلى النص عليها.

أما فى ظل قانون السجل العينى الصادر عام ١٩٦٤- فتقضى المادة ٣٢ منه بأن "الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ولا تقبل الدعاوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل العينى بمضمون هذه الطلبات".

= وانظر فى الاعتراض على اعتبار دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلا، محمد على عرفه فى تعليقات على احكام الدائرة المدنية لمحكمة النقض والابرام القانون والاقتصاد ص٦٠٢.

وقد ورد فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى تعليقا على هذه المادة ما يلى. "أنها تقابل المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى. وتأسيسا على مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى المشار إليه فى المادة ٣٩ يقتضى عدم قبول دعاوى صحة التعاقد". (٧٣)

والواقع أنه لا يمكن التسليم بما ورد فى المذكرة الشارحة وذلك للأسباب الاتية:

أولا : ان عبارة المادة ٣٢ جاءت عامة جامعة لتشمل دعاوى صحة التعاقد، حيث يفهم من عبارة "الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها "أنها تشمل دعاوى صحة التعاقد التى تنصب أساسا على تصرفات واجبة القيد. فالمواد ٢٦ و٢٧ و٢٩ من قانون السجل العينى لم تقتصر على وجوب قيد التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية، بل أوجبت أيضا قيد الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك ومن هذه الأحكام أحكام صحة التعاقد. ولذلك يجب طرح ما ورد فى المذكرة الايضاحية مناقضا لما تقدم.

ثانيا : أن هذه المذكرة تقول بأن المادة ٣٢ من قانون السجل العينى تقابل الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى وهذه الفقرة صريحة فى وجوب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية.

ثالثا : أن الاستبعاد الذى نادت به المذكرة الشارحة قد أسسته على مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى، والمشار إليه فى المادة ٣٩ من هذا القانون فى حين أن اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى يختلف كلية عن اشتراط الرسمية اللازمة لانعقاد التصرف.

---

(٧٣) المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فقرة رقم ٤٨، ويبدو أن كاتب المذكرة الشارحة كان متأثرا بالمرجع الوحيد الذى اعتمد عليه فى وضع قانون السجل العينى دون أن يحذر من أن الآراء الواردة بهذا المرجع إنما تعبر عن رأى مؤلفه فحسب. وهذا المرجع هو رسالة منصور وجيه فى السجل العينى فقرة ٤١٠ ص ٤٢٤.

"فاشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى يعنى أن التصرف ينعقد صحيحا بغير هذه الرسمية، طالما أنه من التصرفات التى لم يشترط فيها المشرع أن تتم فى الشكل الرسمى. ويكفى أن يفرغ التصرف فى الشكل الرسمى قبل التأشير على مشروع المحرر المتضمن لهذا التصرف بالصلاحية للقيد بمأمورية السجل العينى، وانعقاد التصرف صحيحا خارج مأمورية السجل العينى يعنى جواز رفع دعوى بصحة هذا التصرف للتوصل إلى قيد الحكم الذى يصدر فى الدعوى فى السجل العينى.

أما اشتراط الرسمية لانعقاد التصرف فإنها تعنى أن التصرف لا ينعقد أصلا إذا لم يتم فى الشكل الرسمى ابتداء. ومن ثم فلا يجوز رفع دعوى بصحة التصرف لعدم وجود هذا التصرف قانونا وهو ما يأخذ به التشريع العراقى حيث لا ينعقد التصرف العقارى إلا فى دائرة السجل العقارى وما يأخذ به المشرع المصرى فى التصرفات التى يشترط لانعقادها أن تتم فى الشكل الرسمى كالرهن الرسمى والهبة.

أما التصرفات التى لم يشترط المشرع لانعقادها أن تتم فى هذا الشكل الرسمى كالبيع فإنه يمكن رفع دعوى صحة التعاقد بشأنها. ويمكن عند تقديم طلب لمأمورية السجل العينى لقيد حكم صحة التعاقد فى السجل العينى أن يفرغ مشروع الاقرار بالبيانات المساحية اللازمة لقيد هذا الحكم فى الشكل الرسمى اعمالا للمادة ٣٩ من قانون السجل العينى".(٧٤)

على أى حال فإنه يبدو لنا أنه كان من المتوقع بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - - وخاصة بعد أن نص هذا القانون على وجوب تسجيل دعاوى صحة التعاقد وبالتالى فلم يعد لقضاء النقض السابق أى مبرر- أن تعدل محكمة النقض عن موقفها السابق ولا

---

(٧٤) انظر ابراهيم أبو النجا فى رسالته "السجل العينى فى التشريع المصرى" ١٩٧٨ ص ٤١١ و ٤١٢.

تصف دعوى صحة التعاقد بأنها من دعاوى الاستحقاق مآلا.

ولكن الذى حدث هو العكس، فلا زالت محكمة النقض مصرة كل الاصرار على هذا الوصف الخاطىء، فلا زالت أحكامها تحمل وصف دعوى صحة التعاقد بأنها من دعاوى الاستحقاق مآلا. ومن هذه الأحكام نذكر على سبيل المثال حكم ١٩٤٨/٥/١٣(٧٥) و١٩٥٨/٥/١٥(٧٦) و١٩٥٨/٦/١٩ (٧٧) و١٩٦٧/١/٣١ (٧٨) و١٩٧٤/١٠/١٥ (٧٩) وحكم ٢٥ / ٢ / ١٩٧٥(٨٠) وحكم ١٥ / ١١ / ١٩٧٩ (٨١) وحكم ٢٣ / ٢ / ١٩٨٤(٨٢)

وازاء هذا الاصرار يحق لنا أن نتسائل هل هناك من النتائج القانونية الهامة ما يبرر وصف دعوى صحة التعاقد بإنها دعوى استحقاق مآلا ؟

الواقع أن النتيجة الوحيدة التى كانت مترتبة على هذا الوصف هو فى اخضاع صحف هذه الدعاوى للتسجيل، أما وقد أوجب قانون الشهر الحالى هذا التسجيل لصحف دعاوى صحة التعاقد فقد زالت الفائدة الوحيدة من وصف هذه الدعاوى بدعاوى الاستحقاق. وعلى ذلك يبدو

---

(٧٥) فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ١٧ق وقد جاء فيه "ولئن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على اعتبار دعوى صحة التعاقد - بحكم أنها دعوى استحقاق مآلا - من قبيل دعاوى الاستحقاق، فإن القول بوحدة الأساس القانونى لهذه الدعوى ودعوى صحة التوقيع، وأن صلح مبررا للتسوية بينهما فى جعل الحكم الصادر فيهما اداة صالحة للتسجيل وما يترتب عليه من أثر أصيل، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائى منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع".

(٧٦) فى الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٢٤ق، مجموعة النقض س٩ ص٩٤٤.

(٧٧) فى الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٢٤ق، المرجع السابق س٩ ص٥٨٧.

(٧٨) فى الطعن رقم ١٦١ س٣٣ق.

(٧٩) فى الطعن ١٥٧ س٣٩ق، مجموعة النقض س٢٥ ص١١٣٥.

(٨٠) فى الطعن رقم ١١ س٤٠ق، المجموعة س٢٦ ص٧٨٤.

(٨١) فى الطعن ٨٨٠ س٤٦ق، مجموعة النقض س٣٠ ص٣٧.

(٨٢) فى الطعن ١٠١٧ س٤٩ق، وجاء فى هذا الحكم الحديث أنه "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دعوى صحة ونفاذ العقد هى دعوى استحقاق مآلا..."

موقف محكمة النقض الذى تصر عليه موقفا عجيبا لا تفسير له، إلا أنها قد ورثت هذا الوصف من أحكام سابقة - كان لها ما يبررها إلى حد ما- ولا تريد أن تتخلص من هذا الميراث.

وأما عن موقف الفقه المصرى، فقد لاحظنا أن غالبية الكتاب الذين عرضوا لدراسة دعوى صحة التعاقد لم يخرج موقفهم عن ثلاثة.

فقد عرضت الأكثرية لموقف محكمة النقض، وأشارت إلى أن هذا الموقف قد أخذته المحكمة فى ظل قانون التسجيل الذى لم يكن يقضى بوجوب تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد.

وهناك من اعتنق مذهب محكمة النقض ووصف دعوى صحة التعاقد بأنها دعوى استحقاق مآلا، دون مناقشة هذا الوصف فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى الحالى.(٨٣)

وهناك قلة من الفقهاء اعترضت على هذا الوصف الخاطىء الذى اعتنقته محكمة النقض.(٨٤)

على أن من الكتاب الذين تعرضوا أخيرا لدراسة تفصيلية لدعوى صحة التعاقد، من ذهب إلى أنه "وبعد صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن نظام الشهر العقارى وتضمينه اشارة صريحة إلى دعوى صحة التعاقد وامكانية تسجيل صحيفتها لم يعد هناك وجه للاضطرار إلى قبول تحليل دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى استحقاق مآلا. إذا أصبح من المؤكد أن صحيفة الدعوى ستقبل للشهر سواء قررنا أنها دعوى استحقاق بحسب ما ستؤول إليه أو بحسب غير ذلك من الأوصاف بل أن الوصف أو التكييف القانونى لدعوى صحة التعاقد على أنها دعوى استحقاق بحسب

---

(٨٣) أنظر السنهورى جـ ٤ طبعة ١٩٨٦ فقرة ٢٧٤ ص٦٢٣، سليمان مرقص المرجع السابق - طبعة ١٩٨٠ - فقرة ١٧٧ ص٣٢٤، محمد على عمران - المرجع السابق - فقرة ٨٦ ص١٩٤، ناجى ياقوت فقرة ٥٧ ص٦٠.

(٨٤) محمد على عرفة - المرجع السابق - فقرة ٨٨ ص١١٧.

المآل قد فقد وجاهته بعد أن أكدت محكمة النقض حق البائع فى رفع دعوى صحة التعاقد على المشترى وهو قضاء جيد. إذ كيف يستقيم هذا الوصف على البائع وهو يريد أن يزيح من على كاهله ملكيته؟

ان دعوى البائع على المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع تبدو فى هذه الصورة ليست دعوى استحقاق بحسب المآل بل كأنها دعوى "فقد الاستحقاق" بحسب المآل إذا جاز لنا استخدام هذه العبارة. فالبائع يريد أن ينقل ملكيته إلى المشترى أى يريد أن يتخلص من ملكيته ومن استحقاقه للشىء المبيع.

لهذا لم تعد هناك وجاهة خاصة فى تأكيد ان دعوى صحة ونفاذ العقد دعوى استحقاق بحسب المآل وخاصة بعد أن اعترفت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد دعوى تتجاوز دعوى المشترى على البائع بصحة ونفاذ عقد البيع بل وتتجاوز عقد البيع نفسه.

وبرغم انعدام الوجاهة فى الوصف وعدم الاضطرار إليه إلا أن الاستمرار فى استخدامه ليس بمنعدم الفائدة. ذلك أن استخدام تعبير "دعوى استحقاق مآلا" بصدد دعوى المشترى يذكر دائما بضرورة التقصى ليس فقط عن توافر كافة شروط صحة ونفاذ العقد وإنما أيضا باستمرار امكانية نقل الملكية إلى المشترى. ويظهر هذا الربط فى حكم حديث لمحكمة النقض صدر فى ١٥ نوفمبر ١٩٧٩" (٨٥)

والواقع أنه إذا كان صحيحا أنه لم يعد هناك وجه للاضطرار إلى قبول تحليل دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى استحقاق مآلا بعد أن أكد القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على ضرورة تسجيل صحيفتها، فإنه ليس بصحيح الربط بين استبعاد هذا الوصف الخاطىء وبين اتجاه محكمة النقض فى السماح للبائع برفع دعوى صحة التعاقد وتكييف الدعوى الأخيرة

---

(٨٥) برهام عطا الله ص٣٦٧ و٣٦٨، وقد سبق لنا ايراد هذا الحكم فى موضع سابق.

بأنها دعوى "فقد الاستحقاق" بحسب المآل!! فلا يوجد ما يضطرنا إلى قبول هذا الاتجاه الجديد من محكمة النقض حيث تبين لنا أن هذه الدعوى الأخيرة التى قيل بحق البائع فى رفعها ليست بدعوى صحة تعاقد.

كما أن الرأى السابق وبعد أن أكد على ضرورة استبعاد هذا الوصف الخاطىء!! ودعم هذا الاستبعاد باتجاه آخر خاطىء لمحكمة النقض، عاد -مناقضا نفسه- ليقول "أنه برغم انعدام الوجاهة فى الوصف وعدم الاضطرار إليه إلا أن الاستمرار فى استخدامه ليس بمنعدم الفائدة" فما هى الفائدة من الابقاء على هذا الوصف الخاطىء ؟ لقد التمس هذا الرأى تلك الفائدة فى أن "استخدام تعبير دعوى الاستحقاق مالا بصدد دعوى المشترى يذكر دائما بضرورة التقصى ليس فقط عن توافر كافة شروط صحة ونفاذ العقد وإنما أيضا باستمرار امكانية نقل الملكية إلى المشترى" فالواقع أننا لسنا بحاجة إلى هذا التأكيد، فقانون تنظيم الشهر العقارى ومن قبله قانون التسجيل هو الذى تولى تذكيرنا بأن لا فائدة من هذه الدعوى إلا إذا كان انتقال الملكية إلى المشترى وتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ممكنين. كما أن قضاء محكمة النقض ومنذ انشاء هذه المحكمة قد استقر -كما رأينا- على أن دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية تتسع للفصل فى كل ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله ولا يجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين.

وعلى ذلك تنعدم اليوم الوجاهة فى وصف دعوى صحة التعاقد بأنها دعوى استحقاق مآلا لخطأ هذا الوصف وانعدام فائدته.

التكييف الصحيح لدعوى صحة التعاقد:

نستطيع بعد أن تمت لنا دراسة الأساس القانونى لدعوى صحة التعاقد وكذلك دراسة خصائصها أن نستخلص ما يلى من نتائج:

أولا : أن هذه الدعوى تستند إلى ما تقضى به المادة ٢١٠ من التقنين المدنى والخاصة بإمكانية تنفيذ التزام المدين تنفيذا عينيا.

ثانيا : وأن هذه الدعوى تعد -وفقا للاتجاه السائد- من قبيل الدعاوى الشخصية، لأن رافعها يرفعها بوصفه دائنا لا مالكا.

أما نحن فقد رأينا أن حق المشترى فى البيع العقارى غير المسجل -وان لم يكن حقا عينيا، إلا أ نه يتجاوز بلا شك محض الحق الشخصى، حيث يتعلق حقه بالعقار موضوع التبايع فهو اذن صاحب حق شبه عينى، ويجعل من دعواه بعيدة عن الدعاوى الشخصية قريبة من الدعاوى العينية.

ثالثا : وأنها دعوى عقارية -فى ذات الوقت- لأن الغرض الذى يسعى إليه رافعها الحصول على عقار أو على حق عينى عقارى، وهذا ما يدعو إلى وجوب تسجيل صحيفتها.

رابعا : وأنها دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد، فتتناول محله ومداه ونفاذه، فتبحث فى مدى حق المشترى الذى تعلق بالعقار.

خامسا : وأن هذه الدعوى لا تعد من دعاوى الاستحقاق لا حالا ولا مآلا.

المبحث الثالث

تقادم دعوى صحة التعاقد

رأينا أن دعوى صحة التعاقد تستند أساسا إلى ما تقضى به المادة ٢١٠ من التقنين المدنى، حيث يكون للمشترى حقا فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا، فهى لا تستند إلى حق ملكية.

وأخذ بهذا الأساس يذهب جانب فى الفقه إلى أن "- دعوى صحة التعاقد تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى". (٨٦)

و"لأن دعوى صحة التعاقد تعد مجرد وسيلة لتنفيذ ذلك الالتزام تنفيذا عينيا جبريا، والقاعدة أن الالتزام ينقضى بانقضاء تلك المدة". (٨٧)

ويفرق جانب آخر بين حالة "استلام المشترى العقار المبيع، وحالة ما إذا كان العقد غير المسجل لم ينفذ بصورة ما يتوافر له بها صفة المالك الظاهر.

ففى الحالة الأولى يحق للمشترى دائما أن يرفع دعوى صحة التعاقد مهما طالت المدة ليثبت واقعة قانونية هى صحة التعاقد الصادر إليه من البائع ليتم بذلك نقل الملكية إليه تنفيذا للقانون، لأن من الضرورى له

---

(٨٦) السنهورى - المرجع السابق - فقرة ٢٧٤ ص٦٢٧، اسماعيل غانم - المرجع السابق - فقرة ١١٣ ص١٥٠ وهامش(٢).

(٨٧) أنور سلطان وجلال العدوى فى الموجز جـ ١ طبعة ١٩٦٤ فقرة ٢٨٩ ص٢٠٩، وطبعة ١٩٦٦ فقرة ٢٩٠ ص٢٢٦. وانظر فى ذات الاتجاه عبد العزيز عامر فقرة ١٣٩ ص١٧٧ و ١٧٨، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل فقرة ٨٩ ص١٣٣ حيث يقولان: "إن الغرض من هذه الدعوى هو تنفيذ التزام البائع بنقل الحق المبيع تنفيذا عينيا جبرا عنه والقاعدة أن الالتزام يتقادم بإنقضاء خمس عشرة سنة (م ٣٧٤) ولذلك كان من الواجب أن يقيم المشترى دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ البيع فى موعد لا يتجاوز خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام البيع، وإلا حق للبائع أن يدفع دعواه بالتقادم".

أن يزيل أى عقبة مادية تعترض سبيل الوصول إلى حقه المذكور.

فإنه باستلامه العقار المبيع ودوام وضع يده عليه بصفته المالك الظاهر له يدوم حقه كمالك على هذا العقار وما دام هذا الحق باقيا ثابتا له فإن الدعوى به وهى صحة التعاقد الحاصل عن هذا العقار تظل قائمة كذلك لأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

أما فى الحالة الثانية، وهى حالة ما إذا لم ينفذ عقد البيع بصورة ما كتسليم أو نحوه، فإن اهمال المشترى فى تسلم العقار المبيع وفى المطالبة بتنفيذ التزام البائع أو خلفائه بنقل الملكية إليه، ومضى على آخر إجراء اتخذه المشترى للمطالبة بتنفيذ هذا الالتزام أكثر من خمسة عشرة سنة، فإننا نرى أن المشترى قد يتعرض فى هذه الحالة للدفع بسقوط الحق فى اقامة دعواه بطلب صحة التعاقد ويكون للمحكمة عندئذ أن تقبل هذا الدفع وتقضى بسقوط حقه إذا ما استبان لها صحة هذا الدفع".(٨٨)

ويذهب اتجاه آخر إلى أنه "لايسقط حق المشترى فى رفع هذه الدعوى بالتقادم، فليس للبائع أو ورثته دفع دعوى المشترى بالتقادم إذا ما مضى أكثر من خمس عشرة سنة على ابرام البيع، تاسيسا على أن الغرض من هذه الدعوى هو اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشترى والقاعدة أن الالتزامات تتقادم عموما بمضى خمسة عشرة سنة (المادة ٣٧٤ مدنى) فلو أجزنا للبائع أو ورثته التمسك فى مواجهة

---

(٨٨) أنظر محمود شوقى فى "الشهر العقارى علما وعملا" ص ٢٠٠، ويأخذ بهذه التفرقة بعض انصار الاتجاه الأول: أنظر السنهورى - المرجع السابق - ص٦٢٧ هامش(٢) وأنظر الطبعة الأولى من مؤلفه جـ ٤ ص٩٥٤ وهامش(١) حيث يقول: "غير أنه إذا تسلم المشترى العقار من البائع، فمن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم الطويل مدة خمسة عشر سنة. وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلم المشترى العقار، ولكنها انقضت منذ صدور البيع، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد عندئذ بالتقادم وذلك بالرغم من تسلم المشترى للعقار؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلم المشترى للعقار قاطعا لمدة التقادم المسقط، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشترى قد تسلم العقار قبل انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع". وأنظر أيضا أنور سلطان وجلال العدوى - المرجع السابق، ذات الموضع حيث يقولان "إلا أنه إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشترى، فإن حق المشترى فى الرجوع عليه بدعوى صحة التعاقد لا يسقط بانقضاء تلك المدة لأن دفع البائع لهذه الدعوى بالتقادم ينطوى على تعرض يلتزم بالامتناع عنه بمقتضى التزامه بالضمان".

المشترى بالتقادم لكان ذلك منهم بمثابة التعرض له ومنازعته، وهذا هو ما يمتنع عليهم قانونا بمقتضى التزامهم بالضمان".(٨٩)

وفى نطاق الرأى الأخير يؤسس بعض آخر عدم جواز دفع دعوى صحة التعاقد بالتقادم على اعتبار آخر، فيقول انصار هذا الاتجاه "ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها فى أى وقت ولا يجوز دفعها بالتقادم المسقط لأنها تعتبر من دعاوى الاستحقاق مالا *Action en revendication par anticipation* ولأن القاعدة المقررة قانونا هى أن الملكية لا تسقط بالتقادم، فيجب أن تسرى هذه القاعدة على السبل التى تؤدى إلى الملك".(٩٠)

وقبل أن نناقش الاراء السابقة (٩١) علينا أن نعرض أولا لموقف القضاء من هذه المسألة.

عرضت على محكمة سوهاج الكلية مسألة سقوط دعوى صحة التوقيع بالتقادم، فأصدرت المحكمة حكما هاما فى خصوص هذه المسألة تعرضت فيه لتقادم دعوى صحة التعاقد أيضا.

ولقد جاء فى هذا الحكم ما يلى:

"لا تسقط دعوى طلب اثبات صحة التوقيع بعد مضى خمسة عشرة سنة من تاريخ العقد للأسباب الآتية:

(أ) لأن اثبات صحة التوقيع لا يمكن اعتباره التزاما يتولد حتما عن عقد البيع العرفى بل هو اجراء يلجأ إليه المشترى ضد البائع المتعنت حتى يتسنى له نقل الملكية والمادة ٢٠٨ من القانون المدنى تنص على

---

(٨٩) محمد على عمران - المرجع السابق - فقرة ٨٦ ص١٩٧.

(٩٠) سليمان مرقص- المرجع السابق - فقرة ١٧٧ ص ٣٢٤.

(٩١) ومن الغريب حقا أن لا تحظى مسألة تقادم دعوى صحة التعاقد إلا بأربع صفحات من بحث مطول للأستاذ برهام عطا الله عن دعوى صحة التعاقد بلغ عدد صفحاته ٣٩٤ صفحة وهو فى هذه الأربعة صفحات يعرض لرأى المرحوم السنهورى ثم لرأى محكمة النقض فى تقادم هذه الدعوى قائلا "بأن موقفها يتسق مع اعتبار هذه الدعوى من دعاوى الاستحقاق مالا"!!

(ب) لأن الشارع فى المادة ٢٥١ مرافعات أجاز رفع دعوى صحة التوقيع قبل استحقاق الدين ومعنى هذا أن هناك فارقا فى الحكم بين هذه الدعوى ودعوى المطالبة بالدين، وإذا قيل بسقوط دعوى اثبات صحة التوقيع لأدى ذلك إلى نتائج تتخاذل منطقيا إذ قد تسقط دعوى صحة التوقيع قبل سقوط دعوى المطالبة بالدين لجواز رفع الدعوى الأولى قبل استحقاق الدين حالة أن اثبات صحة التوقيع على سند الدين إنما هو فرع عن وجود الدين والفرع يجب أن يتبع الأصل حكما.

(ج) أن حكمة السقوط بالتقادم تنحصر فى أن صاحب الحق الذى له أن يطالب بالالتزام قد أغفل حقه وترك المطالبة به وهذا لا ينطبق على دعوى اثبات صحة التعاقد لأن هذه الدعوى عبارة عن رغبة خيارية للدائن فله أن يطلب صحة التوقيع أو لا يرفع الدعوى بالكلية ومع ذلك يظل السند الذى بيده صحيحا.

ولهذا لا يمكن القول بسقوط الحق بالتقادم استنادا إلى اغفال رفع الدعوى طالما أن هذا الاغفال حق وليس من المنطقى أنه إذا كان الترك حقا أن ينقلب هذا الترك ويصبح سببا من أسباب سقوط هذا الحق.

(د) أجمع علماء الفقه فى فرنسا أن الدعاوى التى هى من قبيل الرغبات *Facultes* لا تسقط بمضى المدة كدعوى القسمة مثلا وذلك لأن استعمال الحق فى رفعها موكول للارادة ومقتضيات الحال التى يستلزم المطالبة بها أو السكوت عنها. ومن هذا القبيل دعوى طلب اثبات التعاقد.

(هـ) مع التسليم بخروج دعوى طلب اثبات صحة التوقيع عن وصفها الأول المنصوص عليه فى قانون المرافعات واتخاذها ذريعة لتسجيل العقد فإن هذا النظر يدعو أيضا إلى القول بعدم سقوطها ذلك لأنها تكأة للتسجيل الذى هو سبيل لنقل الملكية وطالما أن دعوى الملكية لا تسقط

بالتقادم فيجب أن تسرى هذه القاعدة على السبل والإجراءات التى تتخذ للوصول إليها وعلى المقدمات لها، فلا معنى لأن تبقى دعوى تثبيت الملكية غير قابلة للسقوط ويقضى بسقوط المسالك التى تؤدى إليها".(٩٢)

وخارج نطاق الحكم السابق، لم نعثر تقريبا فى أحكام القضاء على أحكام تتعرض لمسالة تقادم دعوى صحة التعاقد حتى عام ١٩٥٤ حيث صدر عن محكمة النقض حكما قضت فيه:

"أن من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدنى الجديد الزام البائع بضمان عدم منازعته المشترى فى المبيع فيمتنع عليه ابدا التعرض للمشترى وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. واذن فمتى كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب اثبات صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليها من مورث المطعون عليهم مع الزامهم بتسليم الاطيان المبعية وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمسة عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانونا بمقتضى الزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر -فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استنادا إلى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون".(٩٣)

هذا وقد استقرت أحكام النقض بعد ذلك على المبدأ السابق، ونذكر

---

(٩٢) سوهاج الكلية فى ١٩٤٠/٥/٥ - المحاماة س ٢٠ رقم ٦١٤ ص١٣٩٧.

(٩٣) نقض ١٩٥٤/٣/٤ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٧٤ ص٣٥٧ ومجموعة النقض س٥ رقم ٩٠ ص٥٦٩.

على سبيل المثال أحكام ١٩٦٣/٣/٢١[٩٤] و١٩٦٣/٣/٢٨[٩٥] و١٩٦٩/١/١٦[٩٦] و١٩٨٠/٦/١٠[٩٧] و١٩٨١/١١/٢٦.[٩٨]

ذلك هو موقف الفقه والقضاء فى شأن تقادم دعوى صحة التعاقد، ولنا على هذا الموقف الملاحظات الاتية:

أولا : بالنسبة للقائلين بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم الطويل شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى ولأنها وسيلة لتنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذا عينيا جبريا. فيلاحظ أن هذا الالتزام يقابله حق للمشترى -فى البيع العقارى غير المسجل- بإجراء التسجيل ومطالبة البائع باتمامه، وهو بالخيار بين أن يمضى فى هذا التسجيل أو لا يتمه، وإذا كان الأمر كذلك فالاصح أن يقال أن لهذا المشترى رخصة إجراء التسجيل من عدمه، وهذه الرخصة لا تستوى مع الحق فالرخصة تعبر عن حرية الاختيار المستمدة من القانون، حيث تسمح هذه الامكانية للشخص بأن يغير مركزه

---

(٩٤) مجموعة النقض س١٤ رقم ٥٦ ص٣٥٥ وقد جاء فيه "يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهرا، وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم - مثله - منازعة المشترى فيما كسب من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. وإذا كان الطاعنون (ورثة البائع) قد دفعوا دعوى ورثة المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى مورثهم من مورث الطاعنين بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على الطاعن بمقتضى الزام مورثهم بالضمان، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(٩٥) مجموعة أحكام النقض س١٤ رقم ٦٢ ص٣٩٨.

(٩٦) طعن ٥٧٥ س٣٤ق.

(٩٧) طعن ١٢٦٩ س٤٨ق حيث جاء فيه أنه "من المقرر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من أحكام البيع المنصوص عليها فى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى، التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه، وهو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع أن يتعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، وبالتالى يمتنع على البائع دفع دعوى المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم استنادا إلى مضى أكثر من خمسة عشرة سنة على عدم تسجيل العقد أو الحكم بصحته، لأن ذلك من قبيل المنازعة التى يمتنع على البائع ابداؤها كأثر من آثار التزامه بالضمان إلا إذا توافرت لديه بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(٩٨) طعن ١٣٩٣ س٤٨ق.

القانونى بقصد انشاء أو تعديل أو انهاء مركز قانونى، والرخصة بالمعنى السابق تتشابه مع الحق، فالأخير واضح المعالم والحدود، كما هو واضح ومحدد فى غايته وهدفه والرخصة كذلك قد اقتربت من الحق من حيث هذا التحديد فهى تخيير بين بدائل معروفة مقدما أو محددة أو ممكنة التحديد، ولكنها مع ذلك لازالت مختلفة عن الحق، فالرخصة تقتضى جريان سبب أو واقع معين مستمد من القانون، غير أن هذا السبب لا يؤدى إلى وجود الحق وإنما ينشأ عنه ما هو دون الحق وهى الرخصة، واستعمال الرخصة بمقتضى هذا السبب الجارى قد ينتهى إلى انشاء الحق أو بصفة عامة التغيير فى المركز القانونى للشخص.

وإذا كان للمشترى -فى البيع العقارى غير المسجل- تلك الرخصة، فإنها لا تخضع للتقادم حيث لا يرد التقادم على الرخص، ولا تتحول هذه الرخصة إلى حق إلا إذا طالب المشترى البائع بإجراء التسجيل ثم تقاعس المشترى بعد ذلك عندئذ يتعرض حقه للسقوط بالتقادم الطويل. ولا يتعارض هذا مع ما نص عليه المشرع من أن "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى" (المادة ٤٢٨ مدنى) حيث يمكن أن يتبادر إلى الذهن أن هذا الالتزام يقابله حق للمشترى، ومثل ذلك الالتزام وهذا الحق يخضع للقواعد العامة من حيث التقادم. ولكن التسليم بتلك النتيجة يقتضى التسليم بأن مفاد هذا الالتزام وذلك الحق هو أن يكون البائع ملزما فور العقد بنقل الملكية ولكن ما الحكم إذا عن للمشترى رغبة فى عدم اجراء التسجيل هل يلزمه البائع بذلك حتى يتخلص من هذا الالتزام، لا نعتقد ذلك، والسبب فى هذا هو ما قلناه من أن اجراء هذا التسجيل إنما هو رخصة للمشترى.(٩٩)

---

(٩٩) ولكن تلك الرخصة تخضع لنظرية التعسف فى استعمال الحقوق حيث تمتد هذه النظرية لتشمل الرخص وهذا ما استقر عليه قضاء النقض لدينا وبناء على ذلك للبائع الزام المشترى بإجراء التسجيل إذا ثبت أن الأخير كان متعسفا فى عدم اجرائه

ثانيا: وبالنسبة للرأى الذى يفرق بين حالة استلام المشترى للعقار المبيع -فلا تسقط دعوى صحة التعاقد فى هذا الفرض- وبين حالة عدم تنفيذ العقد غير المسجل -حيث تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم-، فيلاحظ أنه بالنسبة للحالة الأولى فإن سبب عدم سقوط الدعوى لدى أصحاب هذا الرأى هو أن المشترى بإستلامه العقار المبيع ودوام وضع يده عليه بصفته المالك الظاهر له يدوم حقه كمالك لهذا العقار، وما دام هذا الحق باقيا ثابتا له فإن الدعوى به وهى دعوى صحة التعاقد تظل قائمة لأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

وهذا ما لا يمكن التسليم به، فمجرد حيازة المشترى، للعقار -بدون تسجيل- لا يجعله مالكا فى نظر القانون، ولا يمكن أن يكون له الحق فى دعوى تثبيت الملكية -كما استقر قضاء النقض على ذلك -فدعواه اذن- قبل التسجيل- ليست بدعوى ملكية حتى لا تسقط بالتقادم.

ثالثا : وأما من رأى عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم تأسيسا على أنها دعوى استحقاق مآلا، فيكفى للرد على ذلك ما سبق أن ابديناه من اعتراضات على وصف دعوى صحة التعاقد بهذا الوصف، فهى ليست يقينا دعوى استحقاق حالا أو مآلا.

رابعا : وأما عن موقف الذين قالوا بعدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم (وهذا هو موقف محكمة النقض) تأسيسا على أن تمسك البائع بالتقادم المسقط هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا بمقتضى التزام البائع بضمان عدم التعرض لهذا المشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وأن هذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن قد أشهر. فقد قيل ردا على هذا الرأى أنه لا يوجد ثمة مبرر للتفرقة "بين التقادم المكسب والتقادم المسقط. فإذا كان التزام البائع بالضمان لا يحول دون اكتساب البائع للملكية بالتقادم المكسب. فيجب منطقا الا يحول دون تمكسه

بالتقادم المسقط لالتزامه بنقل الملكية ولالتزامه بالتسليم والأمر بعد يتوقف على تحديد المعنى المقصود بالالتزام بالضمان. فضمان التعرض لا يعنى منع البائع من القيام بأى عمل يكون من شأنه أن يحرم المشترى من الانتفاع بالمبيع، فالبائع لا يعد متعرضا إذا تمسك ببطلان العقد، أو طلب الحكم بفسخه، أو قام بالتنفيذ على المبيع استيفاء لأى دين آخر يكون له فى ذمة المشترى، فعمل البائع الذى يترتب عليه حرمان المشترى من الانتفاع بالمبيع، لا يعتبر تعرضا إلا إذا كان متعارضا مع التزامات البائع. وهذا لا يتحقق فى التمسك بالتقادم سواء كان مكسبا أو مسقطا. فالبائع إذ يتمسك بالتقادم المكسب يستند إلى سبب لاحق للعقد أدى به هو إلى أن يكتسب الملكية بعد انتقالها للمشترى تنفيذا لالتزامه بنقلها إليه. وهو إذ يتمسك بالتقادم المسقط إنما يتمسك بسبب لانقضاء التزاماته بعد نشوئها فى ذمته بمقتضى البيع، فهو لا يأتى بعمل يتعارض مع هذه الالتزامات. والاعتبارات التى يقوم عليها التقادم المكسب، هى بذاتها التى يقوم عليها التقادم المسقط، وهى اعتبارات تدور حول ضرورة احترام الأوضاع المستقرة، وعلى هذا الأساس كان التقادم سببا من أسباب كسب الملكية، كما كان سببا من أسباب انقضاء الالتزامات. فلا يكون هناك مبرر للتفرقة بينهما، بإباحة تمسك البائع بالأول دون الثانى".(١٠٠)

وبعد ابداء الملاحظات المتقدمة حول موقف الفقه والقضاء من تقادم دعوى صحة التعاقد، نستطيع ترتيب الكلام فى هذا الموضوع على النحو الاتى:

---

(١٠٠) انظر اسماعيل غانم - المرجع السابق - فقرة ١٤٧ ص٢٠٨ و ٢٠٩.

أولا : مفهوم التزام البائع بنقل ملكية العقار إلى المشترى:

تقضى المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى بأن "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلا أو عسيرا". (١٠١)

ويذهب الفقه السائد إلى أن النص السابق يشير إلى وجود أعمال ضرورية ايجابية وسلبية لابد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع إلى المشترى، من ذلك (اخذا بما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى) تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على امضائه تمهيدا لتسجيل العقد، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع، وفرز المثليات، والامتناع عن التصرف فى العين تصرفا يضر بالمشترى. ومعنى ذلك أن هناك نوعين من الأعمال يلتزم البائع بهما، اعمالا ايجابية وأخرى سلبية. (١٠٢)

---

(١٠١) يلاحظ أن المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى (والمقابلة لنص المادة ٤٢٨ من التقنين النهائى) كانت تستعمل كلمة "يمتنع" بدلا من كلمة "يكف" وقد تم هذا التعديل فى لجنة المراجعة. وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما نصه "تفصل المادتان ٥٦٨ و٥٦٩ التزام البائع بنقل الملكية أو الحق المبيع، فتحدد المادة الأولى الأعمال التى يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ولا نظير لها فى التقنين الحالى. وسنرى فى المادة التالية أن الملكية تنتقل بحكم القانون ولكن قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ايجابية وسلبية من شأنها أن تجعل نقل الملكية ميسرا، من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على امضائه تمهيدا لتسجيل العقد وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع، وفرز المثليات والامتناع عن التصرف فى العين تصرفا يضر بالمشترى.. مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص٤٢ و٤٣). ويلاحظ أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى كانت تقضى بأن "يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشىء". وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على هذا النص المحذوف ما يلى "وعلى البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كمستندات الملكية والحقوق المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسوى فى حق المشترى، وصورة من المستندات التى يستبقيها لتضمنها حقوق أخرى غير حق المشترى.." المرجع السابق ص٥٢ و٥٣. وفى لجنة المراجعة تم حذف المادة ٥٧٢ المشار إليها بناء على اقتراح من معالى السنهورى باشا لأنها مستفادة من القواعد العامة، فوافقت اللجنة على ذلك.. المرجع السابق ص٥٥ فى الهامش.

(١٠٢) أنظر استئناف مختلط ١٩٢٦/١٢/٢١م ٣٩ ص١٠١ و١٩٢٨/٢/٧م ٤٠ ص١٨٦.

أما الأعمال الايجابية التى من شأنها التمهيد لنقل الملكية، فمثلها فى العقار تصديق البائع على امضائه حتى يتمكن المشترى من تسجيل العقد (١٠٣) وشهر حق الأرث الواجب حصوله قبل تسجيل البيع، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار. أما بيان ما على العقار من حقوق وتكاليف، وشطب هذه الحقوق والتكاليف، فهذا لا يبدو ضروريا لنقل الملكية، ولكنه لايزال عملا يلتزم به البائع، ويدخل فى التزامه العام بضمان الاستحقاق. كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى، كعقد ايجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى فى حق المشترى وبيان بما لا يزال باقيا فى ذمة المستاجر من الأجرة، وكعقد رهن ثقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين فى يد المشترى، وهو ليس ضروريا لنقل ملكية المبيع إلى المشترى، وأن كان لايزال التزاما فى ذمة البائع. تابعا لالتزامه العام بضمان الاستحقاق.

أما الأعمال السلبية التى يلتزم البائع بالكف عنها حتى يتيسر نقل

---

(١٠٣) ويلاحظ أن كتابة العقد وما يسبق ذلك من إجراءات فى قسم المساحة واعداد العقد بوجه عام للتسجيل يقع على المشترى لا على البائع، وليس البائع ملزما إلا بتقديم البيانات اللازمة لاعداد العقد للتسجيل. وقد قضى بأن "احكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الامضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه. ولما كان المشترى هو الملزم بداءة بدفع هذه الرسوم فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها، سواء من البائع أو من الأوراق، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لامضاء العقد. واذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزما بتجهيز العقد وتقديمه للمشترى لامضائه خصوصا إذا كان العقد الابتدائى صريحا فى أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائى وكان المشترى لم يطلب من البائع فى الانذار الذى وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائى نقض ١٩٤٢/٥/٢٨ مجموعة عمر جـ ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨. وقضى بأنه "إذا استخلص من نص العقد أن المشترى هو الذى يحرر العقد النهائى وأن ما التزم به البائع هو أن يذهب إلى المشترى فى اليوم الذى يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام رئيس القلم تعين على المشترى، بدلا من انذار البائع بتحرير العقد النهائى فى أجل معين وهو عمل لم يلتزم به، أن يحدد فى انذاره يوما للذهاب إلى ديوان المساحة "نقض ١٩٥١/٣/٨ مجموعة النقض س٢ رقم ٧٨، ص ٤٢٣.

الملكية إلى المشترى، فمثالها أن يتصرف البائع فى العقار بحيث يتمكن المشترى الثانى من التسجيل قبل المشترى الأول، وأن يتصرف البائع فى المنقول بعد البيع ويسلمه للمشترى الثانى إذا كان هذا حسن النية.

فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال وأمثالها التى من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشترى مستحيلا، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضا تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق. ومثل ذلك أيضا أن يلحق البائع بالمبيع تلفا أو تخريبا بحيث تهلك العين هلاكا كليا أو جزئيا فيتعذر انتقال ملكيتها خالصة إلى المشترى، وهذا يمكن أيضا ادخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض. وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشترى مستحيلا ولكنه يجعله عسيرا. وهذه أيضا يجب على البائع الكف عنها، مثل ذلك أن يخفى البائع بعض المستندات الضرورية اللازمة للتسجيل، وحيث يمكن للمشترى الحصول عليها ولكن بمشقة بالغة، فاخفاؤها يجعل نقل الملكية عملا شاقا أو عسيرا، ومن ثم يلتزم البائع بالكف عنه.(١٠٤)

والذى نراه من صياغة المادة ٤٢٨ من القانون المدنى أنها تشتمل على التزامين واقعين على عاتق البائع.(١٠٥)

الالتزام الأول ايجابى : وهو التزام بعمل، ومضمونه القيام بكل ما هو لازم من الأعمال التى تتعلق بنقل ملكية الحق المبيع.

---

(١٠٤) السنهورى - المرجع السابق طبعة ٨٦ - فقرة ٢٣٥ ص٥٢٢ - ٥٢٥ وانظر فى ذات المعنى: محمد على امام وسليمان مرقص فقرة ١٦٥ ص٢٦٠ و٢٦١، عبد المنعم البدراوى - طبعة ١٩٥٧ - فقرة ٢٢٧ ص٣٥٢، والوجيز له فقرة ١٣٧ ص٢٢٧ - ٢٢٨، عبد العزيز عامر فقرة ١٠٥ ص١١٨ و١١٩، منصور مصطفى منصور فى "مذكرات فى القانون المدنى، العقود المسماة البيع والمقايضة والايجار "طبعة ١٩٥٧ فقرة ٦٨ ص١٠٧، اسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص١١٨ و١١٩، انور سلطان وجلال العدوى فى طبعة ١٩٦٤ فقرة ٢٦٠ ص١٨٦ وطبعة ١٩٦٦ فقرة ٢٦١ ص٢٠٢، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل فقرة ٧٠ ص١١١، توفيق فرج فقرة ١٦، ص٣١، جميل الشرقاوى فقرة ٤٨ ص١٢١، ناجى ياقوت فقرة ٤٣ ص٥٣، برهام عطا الله ص١١٢.

(١٠٥) أو هو التزام ذو شقين ايجابى وسلبى.

الالتزام الثانى سلبى : ويتمثل فى التزام البائع بالامتناع عن كل ما هو من شانه أن يعوق نقل الملكية إلى المشترى.

"فإذا كانت ملكية العين المبيعة لا تنتقل على مقتضى قانون التسجيل مباشرة وبمجرد البيع - أى أن حق المشترى ليس حقا عينيا، إلا أن حقه بالنسبة للعين المبيعة قد ترتب فى ذمة البائع بمجرد البيع، بمعنى أنه أصبح للمشترى حق مطالبة البائع باستيفاء الإجراءات التى توصله إلى تملك العين التى تعهد البائع بنقل ملكيتها إليه سواء بتكليفه بتسجيل العقد أو بالامتناع عن كل عمل يعوق تسجيله، لأن البيع فى ذاته وإن كان لا ينقل الملكية من نفسه إلا أنه يعطى المشترى حق مطالبة البائع قضائيا بنقل الملكية".(١٠٦)

ثانيا : أن التزام البائع بتمكين المشترى من التسجيل والامتناع عن كل ما من شأنه أن يعوقه هو التزام مقرر لمصلحة المشترى:

يلاحظ أنه من شان التسجيل نقل الملكية -فى العقار- من البائع إلى المشترى، والتسجيل لاشك يحقق فائدة مؤكدة للمشترى، حيث يصبح

---

(١٠٦) استئناف مختلط ١٩٢٦/١٢/٢١ المحاماة س٨ رقم ١٨٦ ص٢٢٨، وانظر الاحكام الآتية التى أشارت إلى هذه الالتزامات. استئناف مختلط ١٩١٩/١٠/٢٨م ٣٢ ص٢ و١٩١٤/٦/١١م ٢٦ ص٢٤٣ و١٩٢٣/١١/١٣م ٣٦ ص١٥. طنطا الابتدائية ١٩٢٦/٤/٦ المحاماة س٦ رقم ٤٤٦ ص٧٣٤، بنى سويف الكلية ١٩٢٦/٥/١٣ المحاماة س٦ رقم ٤٩٦ ص٨٠٦، جرجا الجزئية ١٩٢٦/١٠/٦ المحاماة س٧ رقم ١٠٣ ص١١٤ اسكندرية الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/١٠/١٦ المحاماة س٧ رقم ٥١٥ ص٩٠٣، طنطا الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/١١/٢٣ المحاماة س٨ رقم ٣٦ ص٧١، استئناف مصر الأهلية ١٩٢٨/١٢/٢٥ المحاماة س٩ رقم ٥٠ ص٢٧٥، استئناف مختلط ١٩٢٩/٢/٥ المحاماة س٩ رقم ٥٠٢ ص١٠٢، و١٩٣٣/٣/٢٨ المحاماة س١٤ رقم ٣٧٨ قسم ثان ص٧٣٧، و١٩٢٨/٣/٢٢م ٤٠ ص٢٤٧، و١٩٢٨/٢/٧، و١٩٣٢/١٢/١٣م ٤٥ ص٦٩، المنصورة الابتدائية ١٩٢٥/١٠/١١ المحاماة س٦ ص٨٠٥ رقم ٤٩٥، سمالوط الجزئية ١٩٢٦/٥/٣٠ المحاماة س١١ رقم ١١٤ ص١٨٨، ابو تيج الجزئية ١٩٣٠/١/٢٥ المحاماة س١١ رقم ١١٤ ص١٨٨.

بعد اتمامه مالكا، كما يصون حقوقه من أى عبث أو ضياع قد يلحقه بفعل البائع أو بتواطؤ منه أو من الغير. ومعنى ذلك أن التسجيل شرع لمصلحة المشتري[١٠٧] فعليه تعود الفائدة من التسجيل وعليه يلقى عبء طلب اتمامه ويلزمه تحمل نفقاته[١٠٨].

وإذا كان البائع يلتزم بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري وبالإمتناع عن أي عمل من شانه أن يعوق هذا النقل، فإن مثل هذا الالتزام بشقة الإيجابي وشقه السلبي هو التزام مقرر لمصلحة المشتري.

ويمكن أن توصف التزامات البائع هذه بأنها في حقيقتها تعبر عن التزامه بضمان نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري[١٠٩]، فقانون التسجيل ومن بعده قانون التنظيم الشهر العقاري، لم يهدما الأساس القانوني المجمع عليه من أن البيع العقاري يتم برضاء المتعاقدين، غاية الأمر أن القانون يعلق نقل الملكية على التسجيل، فالعقد العرفي يولد جميع الحقوق ومنها التزام البائع بنقل الملكية[١١٠].

وأن "أساس المعاملات هو الوفاء بالعهد وأن لا يمهد لمن تعهد بشيء أي سبيل للفرار من تعهده أو نقض ما تم من جهته وإلا انهار صرح التعامل واختل ميزانه بين الناس لذلك لا يمكن تفسير التسجيل في غير هذا الضوء أي شرف المعاملة ووفاء المتعهد بتعهده[١١١]

---

(١٠٧) المنصورة الكلية ١٩٣٠/١٠/٢١ المحاماة س١١ رقم ١٠٩ ص٢٨٧، وانظر حكم الدوائر المجتمعة الأهلية فى ١٩٢٧/٦/٣ مجموعة أحكام الدوائر المجتمعة طبع بولاق ص٧١.

(١٠٨) محمود شوقى - المرجع السابق - ص١٢.

(١٠٩) قضى بأن "التعهد الشخصى الأساسى الذى يلتزم به البائع طبقا لعقد البيع هو طبقا للشروط المتعارفة نقل الملكية للمشترى وخاصة بالنسبة للمواد العقارية والمعاونة فى تنفيذ الإجراءات الشكلية التى ينص عليها القانون "استئناف مختلط ١٩٣٣/٣/٢٨ المحاماة س١٤ رقم ٣٧٨ قسم ثان ص٧٣٧.

(١١٠) أنظر نقض ١٩٥٣/١١/٢١ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥٠ ص٣٥٢ والذى قضى بأن من أهم التزامات البائع ضمان انتقال ملكية المبيع إلى المشترى. وأنظر نقض ١٩٥١/١٢/٦ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥٤ ص٣٥٣ و١٩٥٣/٦/٤ المرجع السابق رقم ٩٠ ص٣٦٠، و١٩٥٨/٢/١٨ السنة ٩ ص٧٧٦، و١٩٥٩/٢/١٧ السنة ١٠ ص٨١٠.

(١١١) مصر الكلية ١٩٣٢/١٠/٢٥ المحاماة س١٤ رقم ١٨١ قسم ثان ص٣٥٥.

وينبني على ما تقدم النتائج الهامة الآتية:

١- عدم جواز تمسك البائع بعدم تسجيل المشتري لعقد البيع :

طالما أن الإلتزام المشار إليه منذ قليل مقرر لمصلحة المشتري وأن الأخير هو صاحب المصلحة في التسجيل، فإنه من المنطق أن يترتب على ذلك، عدم جواز تمسك البائع بعدم تسجيل المشتري لعقد البيع العقاري(١١٢) حيث يكون التسجيل رخصة للمشتري إن شاء اعمله وإن شاء أهمله وتحمل عواقبه(١١٣)

٢- عدم جواز إستفادة البائع من تقصير المشتري الناتج عن عدم تسجيل عقد البيع :

طالما أن البائع يلتزم بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري ويضمن هذا النقل، وطالما كان التسجيل مقررا لمصلحة هذا المشتري، يجريه في الوقت الذي يشاء، فإنه يكون من المنطقي إذا قصر وتقاعس المشتري عن اجراء هذا التسجيل الا يستفيد البائع من ذلك الإهمال والتقصير، طالما لم يصبه ضرر من ذلك.

فالقاعدة "أنه لا يجوز للبائع نقض ما تم من جهته، ولا يجوز له الإنتفاع بتقصير المشتري طالما لم يصبه ضرر من هذا التقصير كما لا يجوز له أن يتصيد ملكية تضيع بمجرد عمل شكلي يمكن أن يقوم به المشتري في أية لحظة."(١١٤)

---

(١١٢) الزقازيق الكلية الأهلية ١٩٢٩/٥/٩ المحاماة س١٠ رقم ٩١ ص١٧٥ وانظر استئناف مصر ١٩٣٢/٢/٢٣ المحاماة س١٣ رقم ٣٦ ص٩٣ والذى قضى بانه "لا يجوز للبائع فى علاقته بالمشترى أن يتمسك بعدم تسجيل عقد البيع ليستمر فى منازعته للمشترى فيما باع له وقضى بانه ليس للوارث أن يتمسك بعدم التسجيل، نقض ١٩٤١/١/٢٣ مجموعة القواعد رقم ٥٢ ص٣٥٣.

(١١٣) قضى بان "اهمال المشترى فى تسجيل عقد مشتراه يجعله مسئولا ولو جزئيا عما ينشأ من الضرر عن عدم التسجيل كما لو تمكن البائع من رهن العين المبيعة قبل اتمام تسجيل عقد البيع "استئناف مختلط ١٩٢٨/٦/١٤ المحاماة س٩ رقم ٨٣ ص١٢٧.

(١١٤) استئناف مختلط ١٩٢٧/٥/٢٢ المحاماة س٨ رقم ٢٣١ ص٣٠٨ وقضى بانه "لا يجوز للوارث فى مواجهة المشترى أن يدعى أى حق على العقار يتعارض مع التزام البائع "نقض ١٩٤٤/٣/٢ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥٢ ص٣٥٣.

أ- لا يجوز للبائع أن يطلب تثبيت ملكيته على العقار المبيع بعد صدور البيع الأول منه:

من المبادىء التي استقر عليها قضاء النقض أنه "ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخي الملكية بسببه أن يدعي لنفسه تملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز أن يدعيها لنفسه"(١١٥)

و "للبائع بعقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته على العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشتري الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذي يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مشهرا"(١١٦)

وكما يجري هذا الحكم على البائع نفسه يجري على ورثته أيضا فقد قضى بأنه "ليس للبائع - لعدم تسجيل عقد البيع وتراخي انتقال الملكية - أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز أن يدعيه لنفسه وكما يجري هذا الحكم على البائع فهو يجري على من يخلفه في تركته، فإن على الوارث - كمورثه -

---

(١١٥) نقض ١٩٣٢/١٢/٢٢ طعن ٥٢ س٢ق، نقض ١٩٣٢/١١/١٧ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥١ ص٣٥٢، و١٩٣٦/٦/٤ المحاماة س١٧ رقم ١٣٩ ص٢٧٩، و١٩٥٣/١١/٢١ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥٠ ص٣٥٢، وأنظر استئناف مصر ١٩٣٧/١/١٩ المحاماة س١٧ رقم ٥٣٤ ص١٠٥٠ واستئناف مصر ١٩٣٨/١٢/١٣ المحاماة س١٩ رقم ٩١ ص١٢٥٩، وحكمها في ١٩٢٧/٥/٢٢ (المجموعة الرسمية س٢٨ ص٦١) والذى قضى بأنه "إذا لم يسجل المشترى عقد شرائه الصحيح فليس للبائع أن يطلب تثبيت ملكيته على المبيع ارتكانا على أن العقد غير المسجل أصبح في حكم العدم لأن التسجيل إجراء شكلي في عقود التراضي وليس ركنا من أركان صحتها. "وأنظر المنصورة الابتدائية ١٩٣٤/٣/١١ المجموعة الرسمية س٣٥ ص٧٢ ونقض ١٩٣٦/٦/٤ المرجع السابق س٣٨ ص١١، ونقض ١٩٣٨/١٢/١٥ المرجع السابق س٤٠ ص٨١.

(١١٦) نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة النقض س٩ ص٧٧٦، وأنظر استئناف مصر ١٩٣٧/١/١٩ المحاماة س١٧ رقم ٥٣٤ ص١٠٥٠ حيث قضى هذا الحكم بأنه "لا يجوز للبائع أن يطلب تثبيت ملكيته لما حصل التصرف فيه لأنه خرج من ملكه فعلا فضلا عن أنه ملزم قانونا بنقل هذه الملكية إلى المشترى والتصديق على العقد لتسجيله واعطاء هذا الحق للبائع فيه نقض لما تم من جهته". وأنظر استئناف مختلط ١٩٣١/١٢/١٥ المحاماة س١٣ رقم ٣٨٩ ص٧٨٣ والذى قضى بأنه "لا يحق لطرف أن يحتج بعدم التسجيل بالنسبة للمتعاقد معه وكذا لمن تلقوا الحق عنه كالمشترى والمتنازل له أو الدائن المرتهن".

أن يقوم للمشتري بالإجراءات القانونية اللازمة لإجراء التسجيل، من الإعتراف بصدور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع ومتى وجب هذا على الوارث فلا يقبل منه أيضا أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري.(١١٧)

كما يجري الحكم السابق أيضا على دائن البائع، فقد قضى بأنه "لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشتري على حصول التسجيل، لم يغير شيئا من طبيعة عقد البيع - حيث أنه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التي يوجبها عليه القانون، وشروط العقد، وفي مقدمتها التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري، ولما كان الدائن العادي يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه، وكان الخلف العام يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته، لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادي أن يدعى في مواجهة المشتري أي حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع. ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار بإعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته. وخصوصا إذا كان المشتري قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ.(١١٨)

---

(١١٧) نقض ١٩٣٢/١١/١٧ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥١ ص٣٥٢، وانظر أيضا نقض ١٩٤١/١/٢٣ - المرجع السابق رقم ٥٣ ص٣٥٣ حيث قضى الحكم الأخير بأنه ليس للوارث أن يتمسك ضد المشترى بعدم تسجيل العقد الصادر له من مورثهم وأنظر استئناف مصر ١٩٣٨/١٢/١٣ فى المحاماة س١٩ رقم ٤٩١ ص١٢٠٩، واستئناف مصر فى ١٩٣٢/٢/٢٣ المحاماة س١٣ رقم ٣٦ ص٩٣.

(١١٨) انظر نقض ١٩٤٤/٣/٢ - مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٥٢ ص٣٥٣.

ب - لا يجوز للبائع أن يتصرف ثانيا في العقار الذي باعه بعقد لم يسجل:

من الثابت أن قانون تنظيم الشهر العقاري - ومن قبله قانون التسجيل - يقضى بأن الملكية - في العقارات - لا تنتقل إلا بالتسجيل بالنسبة للغير وبالنسبة للمتعاقدين. ومعنى ذلك أن البائع - وقبل أن يتم تسجيل عقد البيع الصدر عنه - يعد أنه ما زال هو المالك للعقار، وبإمكانه أن يتصرف ثانية إلى مشتر ثان والذي إذا بادر بتسجيل عقده، انتقلت ملكية العقار إليه دون المشتري الأول. وعلى ذلك يبدو من الغريب أن نقول بعدم جواز أن يتصرف البائع ثانية في العقار الذي باعه من قبل بعقد لم يتم شهره، ولكن - وفي الحقيقة - ليس ذلك بغريب.

فـ "بالبيع الأول قد انقطعت الرابطة بين البائع والمشتري الأول الذي لم يسجل. إذا أخذ البائع الثمن وانصرف وأخذ المشتري العقار وانصرف به لحال سبيله. وأصبح العقار حلالا في يد المشتري، وهو وشأنه ان شاء سجل أو لم يسجل، فالأمر معقود برغبته لا شأن للبائع به. وإن كانت الملكية على اسم البائع اسما ظاهرا فهي على صورة. وأما حقيقة فمزايا الملكية وحقوق الملكية ومظاهر الملكية، فهي بيد المشتري غير المسجل. فله الاستغلال وجنى الثمرة وله التصرف بالبيع والرهن، وله البناء والسكنى، وله كل مزايا الملكية، وليس للبائع شبه حق أو ظل حق في التعرض له مطلقا، ولو أنه يحمل لقب الملكية. ولدائني المشتري حق التنفيذ على العقار - بإعتباره ملكا له[(١١٩)] وللجار حق الشفعة فيه ضد المشتري غير المسجل، وإذا بنى البائع في العقار المبيع فإنه يعتبر أنه بنى في ملك الغير؟ فما هو اذن ما يبقى بعد ذلك من حقوق الملكية ومزايا الملكية

---

(١١٩) قضى بأن "التسجيل شرع لمصلحة المشترى فليس له إذا لم يسجل عقده أن يدفع طلب نزع الملكية الموجه ضده بعدم تسجيل هذا العقد لأن املاكه كلها تضمن سداد ديونه". المنصورة الكلية ١٩٣٠/١٠/٢١ المحاماة س١١ رقم ١٠٩ ص٢٨٧.

بيد البائع الذي انصرف لحاله؟

لم يبق للبائع شيء وزال كل ما يتصل به وبالعقار الذي أصبح للمشتري وحده. فهل يجوز بعد ذلك أن يتصرف البائع أي تصرف في ذلك العقار وقد بينت جميع الوجوه التي زال فيها العقار عن حظيرة البائع ودخل حظيرة المشتري؟

ان كانت الملكية بقيت له اسما فهل معنى ذلك وبعد قانون التسجيل وبعد قرار المادة الأولى منه في أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين إلا بالتسجيل، يبقى له حق أو شبه أي حق؟ فإذا تصرف في العقار فهل لا يرى أنه اعتدى حقيقة وقانونا على حقوق زالت عنه وانتقلت إلى المشتري، وأن في تصرفه اعتداء صارخا على حقوق المشتري؟ وهل يستطيع الأضرار بالمشتري وهو ضامن له قانونا ضمانا مستفادا من البيع لهذا المشتري الأول؟(١٢٠)

وعلى ذلك يبدو أن المنطق القانوني السليم يقضي بعدم جواز قيام البائع بالتصرف في عقاره مرة ثانية بعد أن باعه في المرة الأولي بعقد لم يتم شهره.

وكيف يبيع ثانيا والعقار بإسمه بسبب عدم تسجيل التصرف الأول؟ هل بسبب عدم تسجيل التصرف الأول تعود جميع حقوق الملكية إليه فينزل عنها للمشتري الثاني نزولا خالصا؟

أن اصول التسجيل إنما تخالف المنطق على طول الخط وتصدم العدالة في ناحية، وتأخذ بالعدالة في الناحية الأخري. أما انها تخالف المنطق، فلأن البائع وقد نزل عن عقاره للمشتري الأول، فإن هو جاء وباع ثانيا فقد تصرف في غير ما يملك، ولا يجوز حينئذ أن يملك الغير ما لا يملك. ولكن مع ذلك ينفذ تصرفه الثاني دون الأول إذا تسجل الثاني ولم يتسجل الأول.

---

(١٢٠) عبد السلام ذهني في الغش والتواطؤ - المرجع السابق - فقرة ١٣٩ ص١٥٩ و١٦٠.

وأما خذلها العدالة في ناحية وعونها لها في الناحية الأخرى، فإن اصول التسجيل تؤيد المشتري الثاني الذي سجل لعذره في عدم وجود تسجيل سابق، وتضحى بالمشتري الأول لأنه لم يسجل وعليه وحده تبعة عمله.

كل هذه الأصول القانونية المستفادة من التسجيل، انما تقررت لحماية الغير، وحماية المشتري الثاني، لا لحماية ذلك المعتدي الذي يبيع مرة فيخرج عن العقار خروجا ثم يبيع ثانيا فيغتصب حقوق المشتري الأول ويسلمها إلى المشتري الثاني -"(١٢١)

وبناء على ما تقدم فإنه يبدو من المنطقي كذلك أن يعاقب البائع الذي يتصرف في العقار الذي سبق أن باعه بعقد لم يشهر - مرة ثانية بعقوبة النصب بالتطبيق للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والتي تعاقب على كل من يتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه.(١٢٢)

ولا يقف حائلا دون هذا العقاب وجود قانون تنظيم الشهر العقاري والذي يجعل الملكية ما تزال على اسم البائع المتصرف ثانية. فإن "قانون

---

(١٢١) المرجع السابق فقرة ١٤٠ و١٤١ ص١٦٢ و١٦٣.

(١٢٢) يلاحظ ان نص المادة ٣٣٦ المشار إليه في المتن ماخوذ من نص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات الذى وضع فى عام ١٩٠٤ ولم يكن موجودا بقانون العقوبات الذى وضع قبل عام ١٩٠٤ والموضوع عام ١٨٨٣ ولقد ادخل النص الجديد بناء على رغبة ممثلى الأمة فى ذلك الحين - عام ١٩٠٤ - فلقد شاء ممثلو الأمة فى ذلك الحين إلا ان يتناول نص المادة ٢٩٣ تلك العبارة التى طلب إضافتها سنة ١٩٠٤ وهى معاقبة المتهم بعقوبة النصب فى حالة "التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه" ولقد قال ممثلوا الأمة فى ذلك الحين فى سبيل تعليل رغبتهم "ان يدخل فى العقوبة أولئك المحتالون الذين يبيعون عقارهم إلى شخص، ثم قبل تسجيل العقد او بعده يبيعون او يرهنون هذا العقار إلى شخص آخر، ويأكلون بذلك ما يأخذونه ثمنا او دينا. فإذا أراد أحد المتعاقدين معهم ان يرجع عليهم بما دفع لا يجد فى أيديهم شيئا، ويضيع عليه ما دفع. فهؤلاء من أشد النصابين نصبا الذين تجب عقوبتهم

وقد تعينت العلة الصحيحة لادخال عقوبة عن التصرف فى غير المملوك للمتصرف، وهى الضرب على أيدى المخادعين النصابين الذين يعملون على بيع ما لا يملكون، أو بيع ما لا يقدرون على بيعه لانتفاء التفويض إليهم فى البيع من المالك الأصلى. "فهؤلاء من أشد النصابين نصبا الذين تجب عقوبتهم" للضرب على ايديهم والعمل على حماية الناس المخدوعين فيهم". عبد السلام ذهنى - المرجع السابق - فقرة ١٣٥ ص١٥٢.

التسجيل لم يوضع حماية لذلك البائع المعتدي الآثم، إنما وضع وروعيت فيه حماية جماعات الغير، ومنهم المشتري الثاني. ولم يدر مطلقا، بخلد الشارع أنه يريد به حماية البائع، وأن يبقى لديه الملك ظاهرا ليضلل به الناس ويخدعهم ويعمل على سلب أموالهم خدعة وخلسة. إنما هو أراد وأراد فقط أن يكون التسجيل امارة قاطعة لدى "المشتري الثاني" في نقل الملكية، وإنه ليس بعد التسجيل معذرة لمن اشترى من قبل ولم يسجل، وان ليس الإدعاء بعلم المشتري الثاني وسوء نيته - ولقد أراد الشارع بقانون التسجيل أن يعقد للمعاملات جوا هادئا سليما تعلوه الطمأنينة ويحدوه الهدوء بالقضاء على سوء النية قضاء بخلق القرينة القانونية القاطعة وجعلها سورا منيعا تعصم الثقة العقارية من تبايع وتقابض وما إليهما، من أن تعصف بها من جديد عاصفة سوء النية أو مجرد العلم، والتي قضى عليها القضاء المبرم. ليس في صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ الغاء وابطال للمادة ٢٩٣ عقوبات الخاصة بالنصب والتي نقلها الشارع نقلا سنة ١٩٣٧ وأودعها المادة ٣٣٦ عقوبات. ولم يمس جريمة "التصرف أكثر من مرة" بأي مساس ما. بل بقيت الجريمة قائمة على قدميها، ولما وضع قانون العقوبات الجديد سنة ١٩٣٧ كان الشارع يريد ويريد بقاء تلك الجريمة، لا في صورة واحدة، وهي حالة التصرف الثاني بعد التصرف الأول المسجل، أي في حالة زوال الملك عن البائع بعد التسجيل للتصرف الأول، بل كان يريد بقائها على صورها المختلفة ومهما تعددت أشكالها. وكانت النية التشريعية المبتغاة سنة ١٩٣٧ هي نفس النية المرغوب فيها سنة ١٩٠٤، وهي نية الضرب علي أيدي الطغاة المحتالين. ولم يصدر عن الشارع سنة ١٩٣٧ ما يشير ولو من بعيد عن رغبة منه في أن يكون لقانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ أثر يغير من جريمة "التصرف أكثر من مرة" أو يمسها في أي عنصر من عناصرها وما كان الشارع سنة

١٩٣٧ في حاجة ما إلى تغيير أو مساس لتلك الجريمة ما دام أنه يرى أن قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ لم يوضع ولم تتقرر أصوله على شدتها إلا لحماية جماعات الغير. وأما البائع فما كان في حاجة لإحاطته بأنواع من الحماية، ما دام القانون المدني قد أقرها له من قبل.(١٢٣)

هذا وقد سبق لبعض المحاكم الجزئية أن قضت بعقوبة النصب على البائع الذي يبيع مرة ثانية برغم سبق بيعه للعقار من قبل بعقد لم يسجل.

فقد قضت محكمة جرجا في ١٩٢٦/١/٣٠(١٢٤) بأن يعاقب بمقتضى المادة ٢٩٣ عقوبات (والمقابلة للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات الحالي) من باع عقارا لآخر بعقد لم يسجل ثم باعه لثالث فسجل عقده ونقل ملكيته إليه. ولا يجوز للبائع أن يحتج بتقصير المشتري الأول في تسجيل عقده أو بعدم نقل الملكية إليه لعدم التسجيل طبقا لأحكام قانون التسجيل الجديد.

كما قضت محكمة سمالوط الجزئية في ١٩٢٦/٣/١٣(١٢٥) بأن "الوارث الذي يتصرف بالبيع في عقار بإعتباره مالكا له مع علمه بأن المورث سبق أن باعه بعقد لم يسجل يعاقب طبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ عقوبات ولو سجل المشتري منه عقده".

وأما عن المحاكم الكلية فلقد سبق لمحكمة الإسكندرية الإبتدائية الأهلية أن قضت في ١٩٢٧(١٢٦) بأنه "وإن نص قانون التسجيل الجديد على عدم نقل الملكية بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، إلا أن هذا لا يمنع المشتري من مطالبة بائعه بتنفيذ البيع وعلى ذلك فلا يملك البائع في هذه الحالة التصرف ثانيا في العين المبيعة للغير، فإن فعل وقع تحت طائلة

---

(١٢٣) عبد السلام ذهني - المرجع السابق - فقرة ١٤٩ و١٥٠ - ص١٧٢ و١٧٣.

(١٢٤) المحاماة س٨ رقم ٢٦٧ ص٣٧٩.

(١٢٥) المحاماة س٨ رقم ٣٦٩ ص٥٦٣.

(١٢٦) المحاماة س٨ رقم ٣٣٩ ص٥١٦.

القانون (مادة ٢٩٣) عقوبات"

ويؤيد القضاء السابق جانب من الفقه الجنائي حيث يذهب إلى عدم الضرورة في إجتماع شرط عدم الملكية وشرط عدم ثبوت حق التصرف للقضاء بعقوبة النصب على كل من تصرف "في مال ثابت أو منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه"

حيث أنه من مصلحة الجماعة أن لا يفلت التواطؤ من الجزاء الجنائي وأنه لابد من الضرب على أيدي المغتالين للحقوق بما يحقق رغبة واضعي المادة ٢٩٣ عقوبات سنة ١٩٠٣ والمطابقة للمادة ٣٣٦ الموضوعة سنة ١٩٣٨ وان كان هذا الرأي لم يرد تطبيق العبارة من المادة ٣٣٦ والخاصة بالتصرف مرتين إلا في عبارتها الثانية ولا له حق التصرف فيه "لا في عبارتها الأولى "ليس ملكا له" وكل ذلك على أساس أن الملك لا زال على البائع ما دام لم يحصل تسجيل للعقد الأول وإن الحقوق التي تقررت للمشتري الأول لا يجوز للبائع المساس بها والتصرف فيها وإلا وقع تحت طائلة نص الفقرة الثانية المذكورة وهي "ولا له حق التصرف فيه" ذلك أن حرف الواو الذي يتوسط الشرطين أن كان في فقه اللغة يفيد العطف عادة فإنه يفيد التنويع أحيانا، فيجوز في صحيح اللغة أن ترد الواو" بمعنى "أو" ولذلك فدلالتها لا تقتصر على الجمع بل تفيد كذلك التمييز(١٢٧)

---

(١٢٧) انظر مصطفى القللى فى شرح قانون العقوبات ص٢٠٩-٢٢٤ وانظر مقالة له فى مجلة القانون والاقتصاد ص٨ ص٨٢٥-٨٤٤، حسن أبو السعود فقرة ٥٧٧ ص٧٥٠ ومابعدها من مؤلفه قانون العقوبات المصرى الجرائم الماسة بسلامة الجسم والسرقة والنصب.

وانظر عكس ذلك (والأخذ بالاتجاه الآخر المؤيد لمحكمة النقض) المؤلفات الآتية محمود مصطفى فى "شرح قانون العقوبات - القسم الخاص" ١٩٦٤ فقرة ٦٩٤ ص٥١٨، رؤوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" ١٩٦٥ ص١٥٤، محمود نجيب حسنى "دروس فى قانون العقوبات" فقرة ٣٨٤ ص٤٠٩، عمر السعيد رمضان فى "شرح قانون العقوبات - القسم الخاص" ١٩٦٥ فقرة ٤٠٢ ص٥٧٥، عبد المهيمن بكر فى "القسم الخاص فى قانون العقوبات" طبعة سابعة ١٩٧٧ ص٨٨٠، فتحى سرور "الوسيط فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص" ١٩٦٨ فقرة ٥٠٩ ص٧٣٠، عوض محمد عوض "جرائم الأشخاص والأموال" فقرة ٢٦٩ ص٢٨٣.

ولكن لا تأخذ محكمة النقض بالرأي السابق وتسير في اتجاه آخر آخذة في ذلك بظاهر النص المستفاد من الألفاظ المستخدمة فيه.

فقد قضت المحكمة العليا في ١٩٣١/٢/٥ بأنه "لما صدر القانون رقم ١٨/١٩ سنة ١٩٢٣، وأوجبت المادة الأولى منه تسجيل التصرفات التي من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، ورتبت على عدم تسجيلها أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين المتعاقدين، ولا بالنسبة لغيرهم فلما صدر هذا القانون معدلا لقواعد نقل الملكية على هذا النحو، أصبح عقد البيع لا ينقل ملك المبيع إلى المشتري إلا بالتسجيل. وقد ترتب على ذلك أنه إذا كان المشتري الأول لم يسجل، وباع العقار مرة أخرى إلى آخر وسجل هذا المشتري عقده، فإن الملكية تنتقل إليه هو بالتسجيل ولا عقاب على البائع في هذه الحالة، لأن البائع الأول الذي لم يسجل عقده لم تخرج الملكية من يده قط، ولأنه وقت صدور البيع الثاني كان القانون لا يزال يعتبره مالكا للعين المبيعة ولا دخل لحسن النية أو سوئها فيما يتعلق بعلاقة البائع بالمشترين الأول والثاني، كما لا دخل لحسن نية المشتري الثاني ولا لسوئها وقت شرائه، لأن انتقال الملكية أصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطا بالتسجيل وحده، ولأن الأسبقية بين المتزاحمين أصبحت لمن انتقلت إليه الملكية فعلا بالتسجيل".(١٢٩)

= وانظر أيضا في عدم ارتكاب البائع لجريمة النصب في حالة البيع الثاني أحمد أمين "شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص ص٧٣٨ جندي عبد الملك "مجموعة المبادئ الجنائية" ص٦٩٨، صليب سامي في مقاله المشار إليه من قبل المحاماة س٨ ص٦٧١.

(١٢٨) مجموعة أحكام النقض س٢ رقم ١٧٤ ص٢٢٥، المحاماة س٨ رقم ٢٦٧ ص٣٧٩.

(١٢٩) فطبقا لهذا الحكم لا عقوبة ما دام التصرف الثاني - وهو المقصود بالعقوبة الجنائية ناقلا للملكية. ويبدو أن أساس رأي النقض هذا هو ما اعتقدته المحكمة من أن المادة ٢٩٣ عقوبات (المقابلة للمادة ٣٣٦) إنما قررت العقوبة للتصرف الثاني، لأن القاعدة في نقل الملكية قبل قانون التسجيل سنة ١٩٢٣، ترجع لمجرد التعاقد عليها بين الطرفين وأن التسجيل قبل سنة ١٩٢٣ كان لحماية الغير فقط. فإذا انتقلت الملكية بين العاقدين لمجرد التعاقد عليها فقد زالت الملكية من البائع فإذا باع ثانيا، كان تصرفه الثاني مؤاخذا عليه جنائيا. هذا التصرف الثاني - في نظر النقض- هو العمل الاجرامي الذي يعاقب عليه فإذا صدر صحيحا فلا =

كما قضت في ١٩٤٢/٥/٢٦ (١٣٠) بأن " القانون في جريمة النصب بإستعمال طرق احتيالية من شانها ايهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو احداث الأمل بحصول ربح وهمي يستلزم أن يكون هذه الطرق من شانها توليد الإعتقاد في نفس المجني عليه بصدق ما يدعيه المتهم، وأن يكون متوافرا فيها الكذب من جانب المتهم، وأن يكون الكذب قد أيدته أقواله أو مظاهر خارجية. فإذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهم مستعينا ببعض السماسرة، أوهم المجني عليهم برغبته في أن يبيع لكل منهم المنزل المملوك له ولوالدته ولأخوته وقدم إلى كل منهم مستندات

= عقوبة وهو فى نظر النقض واحد لم يلحقه تغيير ما بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣. فلأجل تأثيم التصرف الثانى فى نظر النقض يجب أن يكون هذا التصرف الثانى تصرفا اجراميا، ولا اجرام فى نظر النقض ما دام البائع لا زال يحمل اسم الملكية بعد تصرفه الأول غير المسجل.

ومع ذلك فقد تخيل حكم النقض المشار إليه حالة يعاقب عليها البائع الذى تصرف مرتين ويعاقبه على التصرف الثانى بأن قال بأن النصب يقع فى حالة ما إذا اتفق البائع مع المشترى الأول بعقد لم يسجل بعد ثم أوهم المشترى الثانى فباع له وهو يعلم أن المشترى الأول على وشك تسجيل عقده قبل أن يدرك المشترى الثانى تسجيل عقده هو وأن هذا المشترى الثانى ستضيع عليه حتما العين، وفى هذه الحالة يكون البائع قد نصب على المشترى الثانى.

ويقول النقض عن هذه الصورة الأخيرة التى تخيلها هو أن جريمة البائع لا تكون مما تنطبق عليه العبارة الثانية للمادة ٢٩٣ (المقابلة للمادة ٣٣٦) وهى الخاصة بالتصرف فى غير المملوك، بل هو من جرائم النصب العادية المنصوص عليها بالعبارة الأولى من المادة ولابد فيها من اثبات الطرق الاحتيالية.

ويقول العلامة الفذ عبد السلام ذهنى عن الحالة المتقدمة (المرجع السابق فقرة ١٤٥ ص١٦٨) "على أنه فى تلك الصورة التى تخيلها النقض، فإن النصب قد وقع بالفعل لمجرد حصول التصرف الثانى، وليس أدل على ذلك من شعور الحكم المتقدم من توقيع العقوبة على البائع ذلك البائع الذى انتوى النكاية بالمشترى الثانى واراد له الضرر وايقاعه فى حباله ختله وشباك مكره بما أوهم به المشترى الثانى فى أنه لم يسبق له تصرف فى العقار، هذا الاحساس من جانب النقض بتوقيع العقوبة على البائع فى تلك الحالة التى تخيلها، مما يشير حقا بأن الاحساس النفسانى إزاء البيعين لابد له وأن يخرج حتما عما يمكن أن يخلق له من جو يجحد فيه ويضعف من شأنه.

وأما القول من جانب النقض بأن الحالة المتخيلة هذه من اللازم فيها أن يكون بها طرق احتيالية لتدخل فى دائرة النصب العادى، دون النصب بالبيع مرتين، فهو تزيد فى القول وتخريج للواقع بما لا يأتلف مع وجوده وطبيعته. ذلك لأن فى التصرف مرتين معنى الاحتيال وهو يحمل فى التصرف الثانى عناصر ذلك الاحتيال، وهو ايهام المشترى الثانى ببقاء العين على البائع، مع أنها تولت عنه بالتصرف الأول، وزالت حقوقه فيها، وأن لا رجعة له عليها، وأن أمره بها قد انتهى وأن العين دخلت فى حظيرة المشترى الأول وأصبحت عنصرا من عناصر ماله يتصرف فيه ويستطيع أن يبنى ويهدم ويؤجر، بل ولدائنيه حق التنفيذ عليها على اعتبارها من ماله لا من مال البائع، وإذا بنى البائع فى العقار اعتبر أنه بنى فى عقار الغير، أى بنى بسوء نية، ألا يعتبر كل ذلك، وقيام العقيدة لدى البائع فى أن صلته بالعقار قد انتهت الا يعتبر أن فيه معنى الايهام والايهام كله فى خدع المشترى الثانى خدعا ظاهرا؟. وانظر ايضا مقالة عبد السلام ذهنى فى قانون التسجيل الجديد والمبادىء القانونية المقررة من قبل - المحاماة س٦ ص٦٢٦.

(١٣٠) المحاماة س٢٢ رقم ١٠٤ ص٣٢٩.

الملكية والتوكيل الصادر إليه من شركائه، وكان في كل مرة يحصل على مبلغ يدفع مقدما على سبيل العربون ويحرر بالبيع عقدا ابتدائيا ثم يمتنع عن اتمام الصفقة بعقد نهائي قابل للتسجيل، فإن استعانته بالسماسرة لايجاد مشتري للمنزل وتقديمه مستندات الملكية وعقد الإيجار وسند الوكالة عن والدته وأخوته، وإمضاء هؤلاء وتقريرهم بالموافقة على البيع، كل هذا لا يكون طرقا احتيالية بالمعنى القانوني، لأنه يتعلق بوقائع صحيحة لا نزاع فيها ولا عقود البيع الإبتدائية الصادرة من المتهم للمجني عليهم السابقين، لا يصح أن تعتبر مشروعات كاذبة بالنسبى للاحقين، لأن المتهم كان يملك في كل عقد منها حق التصرف بسبب عدم انتقال الملكية إلى أحد من المشترين لعدم تسجيل العقود ولأنه إذا كان المتهم قد بيت النية على عدم اتمام أية صفقة، فإن نيته هذه لم تتعد شخصه، ولم يكن لها أي مظهر خارجي يدل عليها وقت التعاقد، فلم يكن لها أي تأثير في حمل المجني عليه على دفع المبالغ التي استولى منه عليها.(١٣١)

---

(١٣١) والواقع أن الذى يجب ملاحظته على جريمة النصب المنصوص عليها فى المادة ٣٣٦ عقوبات أنها تتضمن أمرين مختلفين. الأول هو جريمة النصب فى ذاتها، وهى جريمة لا تتم إلا بالاحتيال على المجنى عليه والاحتيال هو الاستعانة بطرق احتيالية تدليسية ولا يتم هذا إلا إذا عاصرته مظاهر خارجية من جانب المتهم تؤيد ما ذهب إليه من الأكاذيب وتلفيق وقائع مزيفة والأمور الخاصة بالوقائع المكذوبة وردت فى القانون على سبيل الحصر وهى المشروع الكاذب والواقعة المزورة والربح الوهمى وما إلى ذلك مما هو وارد بالنص. ومحل المؤاخذة الجنائية هو الافتراء على الحقيقة وتلفيق الوقائع تلفيقا لا أثر له فى عالم الصحة واليقين، بأمل الحصول على مال.

وقد تبلغ الحيطة من المتهم أن يلجأ وهو فى طريق الاحتيال إلى الاستعانة بأمور وبوقائع صحيحة لا غبار عليها ليستر بها ما انعقدت عليه نيته للايقاع بفريسته. ولكن كيف يمكن التوفيق بين الأدلاء بوقائع صحيحة والاحتيال بطريق النصب؟ أن هذا ليس بالأمر البعيد "فهو نوع من أنواع الاحتيال الدقيق وسبك الاقناع الوقتى والتأثير النفسى الخاطف على الفريسة حتى إذا ما اطمأنت هذه الأخيرة إلى صدق الواقعة المدلى بها تستتر ورائها النية المعقودة على السلب والنهب، اندفعت إلى بناء الاقتناع فتتخدر اعصابها وتنحدر إلى الوثوق بما إذ دلفت إليه حتى إذا ما دفعت المال وجاءت تطلب الحقيقة المشروعة وهو الشىء موضوع التابع مثلا، ذلك الشىء الذى رأته العين العادية ورأت مالكه والمست بسند الملكية فيه بما لم يبق معه شبهة للزور أو التجوه فى موطن البت عاجلا، إذا جاءت فطلبت الحقيقة تلاشت أمامها هذه الحقيقة، ورأت أن الشىء قد اختفى... وأن لا سبيل إلى الحصول عليه وأن مالكه قد توارى، وأن المحتال قد انزوى، وقد يكون حضور المالك بجانب المحتال من المظاهر الخارجية للاحتيال، سواء كان المالك شريكا للمحتال، أو كان ضحية من ضحاياه فقد أراد به الضرر أيضا"... عبد السلام ذهنى فقرة ١٣٤ ص ١٥٠ و١٥١.

وأما الأمر الثانى للنصب المنصوص عليه بالمادة ٣٣٦ عقوبات فهو مقصور على حالة خاصة لا حاجة فيها للاستعانة بالطرق الاحتيالية إذ بمجرد اظهار رغبة المحتال فى التصرف فى ماله وظهور رغبة المتصرف إليه فى =

وقد استقرت أحكام النقض على المبادىء السابقة، فلأجل أن يكون البيع الثاني مكون لجريمة النصب يجب أن يثبت أن هناك تسجيلا مانعا من التصرف مرة أخرى. إذ بهذا العمل - التسجيل - وحده الحاصل طبقا لأحكام قانون التسجيل تزول أو تتقيد حقوق البائع بحسب طبيعة التصرف موضوع التسجيل.

وطبقا أيضا لقضاء النقض- لا عقاب على البائع بالنسبة للبيع الأول، إذا باع ثانيا وبادر المشتري الثاني إلى تسجيل عقده، وضاعت بالتالي الصفقة على المشتري الأول. والذي يحول دون العقاب هنا هو أن البائع في البيع الأول كان مالكا وله حق التصرف فيما باعه.(١٣٢)

والواقع أن العبارة التى وردت فى نص المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات وهى "ولا له حق التصرف فيه" إنما قد وضعت خصيصا فى النص المشار إليه لمعاقبة المالك الذى ليس له حق التصرف فى ماله والذى يحتال بواسطة الايهام باستعمال ذلك الحق الذى سلب منه.

فالواقع العملى أن حالة المالك المحتال الذى ليس له حق التصرف هى أخطر صور الاحتيال بطريق التصرف فى عقار أو منقول. ذلك أن غير المالك يدعم ادعاؤه بأمور خارجية كأوراق صادرة من الغير أو مظاهر

= التعاقد معه وتقابل الرغبتين بما تم به العقد، تم عندئذ وقوع جريمة النصب بلا حاجة إلى وسائل احتيالية ولا إلى مظاهر خارجية. هذا الوجه الثانى للنصب خاص فقط بحالة "التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكا له (أى للمتهم بالنصب) ولا له حق التصرف فيه". فلمجرد تلاقى الرغبة فى التبايع عن المنقول أو العقار أو فى تقرير حق عينى عليهما، تقع جريمة النصب، إذا كان البائع أو المقرر للحق العينى للمنقول أو العقار لا يملك الشىء محل التبايع أو ليس له حق التصرف فيه.

(١٣٢) انظر نقض ١٩٣٣/١١/٢٠ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ١٦٠ ص٢٠٩، وانظر أيضا نقض ١٩٣٤/٣/١٩ - المرجع السابق رقم ٢٢٦ ص٣٠٣، نقض ١٩٧٩/١١/٨ مجموعة أحكام النقض س٣٠ ص٧٩٦ وقد قضى الحكم الأخير بأنه "لا تتحقق جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصرف فى مال ثابت ليس ملكا للمتصرف ولا له حق التصرف فيه إلا باجتماع شرطين (الأول) أن يكون العقار المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف (والثانى) الا يكون للمتصرف حق التصرف فى ذلك العقار، ومن ثم فإنه يجب أن يعنى حكم الادانة فى هذه الحالة ببيان ملكية المتهم للعقار الذى تصرف فيه وما إذا كان له حق فى هذا التصرف من عدمه" وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٨٠/٥/٤ المجموعة س٣١ ص٥٦٧.

خارجية حتى يحمل المتصرف معه على تصديقه والتعاقد معه، وبذلك يمكن معاقبته على النصب باستعمال طرق احتيالية، أما من لم تكن له صلة بالعقار أو المنقول ولم يعزز ادعاءه الملكية بشيء ما فقل من يصدقه ويطمئن إلى مجرد ادعائه الكاذب.

أما المالك الذى ليس له حق التصرف فهو الذى يعد خطرا حقا، إذ من السهل أن ينخدع الناس بمظهر الملكية فيستغل جهلهم لما دخل على حقه فى التصرف من القيود ويسلبهم ما لهم بتصرفه فى ماله تصرفا لا يملكه قانونا.(١٣٣)

فإذا حدث وباع (أ) عقارا مملوكا له إلى (ب) وقبل أن يسجل (ب) أسرع (أ) وباع العقار ثانية إلى (ج) واستولى منه على مبلغ من المال ثمنا للعقار وكان (ج) حسن النية لا يدرى من أمر البيع الأول شيئا ثم أسرع (ب) وسجل عقده فى هذا المثل تنتقل الملكية إلى (ب) من يوم التسجيل وحيث يعد (أ) مالكا إلى حين التسجيل وعلى ذلك لا يمكن مساءلة (أ) ويعاقب على جريمة النصب على أساس أنه باع عقارا مملوكا لغيره، لأنه وقت البيع الثانى الصادر إلى (ج) كان مالكا فعلا. وهذا هو رأى محكمة النقض وهى لم تعاقب (أ) على أى أساس آخر.

ومع ذلك فيمكن عقاب (أ) على أساس آخر هو كونه ماكا احتال على سلب (ج) مبلغا من المال بطريق التصرف فى عقار لم يكن له حق التصرف فيه برغم أنه مازال مالكا له وقت التصرف.

ولكن كيف يقال أن (أ) مالكا وليس له حق التصرف فى عقاره طالما أن قانون التسجيل يجعله مالكا إلى حين حصوله ؟

---

(١٣٣) يراعى أن تعليقات الحقانية على نص المادة ٢٩٣ عقوبات قديم وهى المقابلة للمادة ٣٣٦ عقوبات حالى - يفهم منها أن هذا الرأى المثبت فى المتن يتفق ونية المشرع. فقد جاء فى هذه التعليقات" وقد يجوز أن العين لم تكن قط ملكا للمتهم أو لا يجوز له أن يتصرف فيها التصرف الذى يريد اجرائه لسبق تصرفه فيها". فهى تذكر للعقاب حالتين حالة الشخص الذى لم يكن قط مالكا، وحالة الشخص الذى كان مالكا للعين ثم تصرف فيها. وهذه الحالة الثانية لها صورتان، الأولى التصرف الذى تزول به الملكية، والثانية التصرف الذى لم تنتقل به الملكية بعد وإنما لا يجوز له قانونا أن يتصرف بعده مرة ثانية.

الواقع أن البائع يظل حتى بعد البيع الأول مالكا للعقار إلى حين تسجيل عقد البيع، وأنه فى خلال هذه المدة يستطيع فعلا أن يبيع العقار ثانية وإذا سجل المشترى الثانى قبل المشترى الأول انتقلت إليه الملكية، كل هذا صحيح ولكن هل معنى هذا أن البائع عندما باع العقار ثانية كان له قانونا حق التصرف ؟

الثابت فقها وقضاء -وهو ما تستقر عليه أحكام النقض- أن عقد البيع العقارى ينعقد بمجرد العقد الابتدائى، أو العرفى، وتترتب عليه آثاره من حقوق والتزامات سواء فيما يتعلق بالبائع أو فيما يتعلق بالمشترى، وكل ما هنالك أن انتقال الملكية وهو أثر من آثار العقد، وليس ركنا من أركانه، لا يتحقق إلا من تاريخ التسجيل أو "يتراخى إلى ما بعد التسجيل" كما تقول محكمة النقض، وذلك بناء على ارادة المشرع نفسه بمقتضى قانون التسجيل لحكمة ارتآها.

ومن الالتزامات التى تترتب على عقد البيع العرفى قبل البائع التزامه بنقل الملكية إلى المشترى. فعليه أن يمكن المشترى (الأول) من التسجيل. ولذلك جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل"- أما من صدر منه التصرف فليس عليه إلا أن يمتنع عن أى عمل يعرقل التسجيل".

ولذلك يرى البعض"أن من أهم مظاهر هذا الالتزام هو عدم تعرض البائع للمشترى بنفسه والامتناع عن اجراء تصرفات من شأنها أن تعوق تسجيل المشترى الأول وانتقال الملكية إليه. وإذن فإذا باع ثانية إلى شخص آخر فإن البيع الثانى يعد اخلالا لالتزام عقدى التزم به فى عقد البيع الأول أو بعبارة أخرى أن المالك الذى باع عقاره ليس له قانونا بيعه ثانية إلى شخص آخر فقد انقضى حقه فى التصرف بموجب البيع وتعلق بالعقار والتصرف فيه حق الغير. أما كون القانون يرتب على التصرف الثانى نقل الملكية بالتسجيل فما ذلك إلا حكم يراد به حث المشترى

الأول على التسجيل ومجازاته إذا أهمل، وصون حقوق الناس الذين قد يتعاقدون مع المالك فى حالة عدم الاشهار ويسارعون بتسجيل عقودهم فالقانون المدنى يرتب على هذا التصرف غير الجائز قانونا أثرا من حيث صلاحيته أساسا للتسجيل ونقل الملكية."(١٣٤)

والذى نراه هو أنه يجب التمييز بين مسألة سلطة التصرف وبين مسألة انتقال الملكية فى العقار بالتسجيل. فمالك العقار قبل أن يبيعه له سلطات الملكية على عقاره وهي تمثل فى ذات الوقت مزايا الملكية التى منحها له المشرع، ومن أهم هذه السلطات سلطة التصرف القانونى فى ملكه. فإذا قام ببيع عقاره فقد استنفذ هذه السلطة وبما يستتبعها من استنفاد السلطات الأخرى (الاستعمال والاستغلال) وبالتالى يمتنع عليه اجراء تصرف آخر على ذات العقار، ولا يمكن منطقا أو قانونا أن تظل له هذه السلطة بسبب عدم تسجيل المشترى منه لعقد البيع. فسلطة التصرف قد استنفذها ولا شأن لعدم التسجيل فى ابقاء هذه السلطة له. وبعبارة أخرى لا يمكن أن يؤثر فى استنفاذ هذه السلطة عدم انتقال الملكية إلى المشترى لعدم اجراء التسجيل. فالأخير قد شرع لمصلحته فله اجرائه أو عدم اجرائه ولا يجوز أن يؤثر عدم التسجيل فى حقوق هذا المشترى، وفى انكار أمر قد حدث فعلا وهو أن البائع قد تصرف واستنفذ سلطته فى ذلك.

ومما يؤيد ما تقدم أنه قد ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى (ج ٤ ص٤١٣) أن البائع يلتزم "بالامتناع عن التصرف فى العين

---

(١٣٤) "وليس هذا بالغريب الشأن، ففى القانون المدنى أمثلة من هذا القبيل. فمثلا فى حالة الوارث الظاهر، اى الذى يتقدم للميراث مع وجود وارث أولى منه لا يعرفه الناس، غير أن تصرفات هذا الشخص فى أموال التركة بالبيع والهبة والايجار. الخ تعتبر طبقا للرأى السائد صحيحة ونافذة حتى قبل الوارث الحقيقى إذا ما عرف فيما بعد ولو أن الوارث الظاهر ليس له فى الواقع حق التصرف لوجود وارث يحجبه ونسيان فى ذلك كان حسن النية أو سيء النية. والحكمة فى ذلك هو حماية الجمهور العديد الذى يمكن أن يتعامل مع الوارث الظاهر فتصرف هذا الوارث باطل فى الحقيقة لصدوره من شخص ليس له حق التصرف ومع كل يجيزه القانون المدنى ويرتب عليه كل آثاره للحكمة التى ذكرناها" مصطفى القللى فى مقاله عن "النصب بطريق التصرف فى عقار أو منقول" القانون والاقتصاد" س٨ ص٨٤١.

تصرفا يضر بالمشترى" وليس أبلغ فى تحقق هذا الاضرار من قيام البائع -بعد بيعه للعقار- ببيعه مرة ثانية لمشترى آخر مما يلحق أكبر الضرر بالمشترى الأول الذى لم يسجل عقده.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فقد أشرنا -وبالتفصيل إلى أنه فى البيع العقارى غير المسجل يتعلق حق المشترى بالعقار المبيع، وهذا التعلق يقتضى لزوما منع البائع من التصرف ثانية فى العقار وفى الفقه الاسلامى، القاعدة "أن من تصرف فى عين تعلق بها حق لله تعالى أو لآدمى معين، أن كان الحق مستقرا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو بأخذه بحقه لم ينفذ التصرف -"(١٣٥)

وبناء على ذلك لا يجوز للبائع أن يتصرف ثانيا فى العقار الذى باعه من قبل بعقد لم يسجل(١٣٦) وإذا حدث منه ذلك، عد مرتكبا لجريمة النصب المنصوص عليها فى المادة (٣٣٦) عقوبات(١٣٧) وذلك فى حق

---

(١٣٥) انظر القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب - القاعدة الثالثة والخمسون ص٨٦.

(١٣٦) وقد سبق لنا أن أوردنا حكم محكمة المنيا الشرعية فى ١٩٣٧/٦/١ - المحاماة س٢٠ رقم ٢٤٣ ص٦٩٦ والذى قضى بأن البيع ولو بعقد- عرفى غير مسجل بل ولو شفاها مادام مستوفيا لشروطه يخرج المبيع من ملك البائع ويدخل العين فى ملك المشترى. وأنظر حكم استئناف مختلط ١٩٢٧/١/١٨ المحاماة س٨ رقم ٤٠٦ ص٦١٤. وأنظر أيضا فى منع البائع من التصرف فى العقار الذى باعه عرفيا، اسكندرية الأهلية الابتدائية ١٩٢٧/١١/٢٧ المحاماة س٨ رقم ٣٣٩ ص٥١٦.

وأنظر عكس ذلك فى نقض ١٩٣٥/١٢/١٢ المحاماة س١٦ رقم ٢٥٢ ص٥٧٠ والذى قضى بأن "المتصرف إليه إلى وقت التسجيل ليس له سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها، وفى تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يخصه ملكا تاما".

(١٣٧) ومما هو جدير بالملاحظة أن قضاء المحاكم المختلطة كان يسير على مبدأ مناقض لمبدأ محكمة النقض المصرية حيث كان يذهب إلى أن التسجيل لا يطهر العقد المشوب بالتواطؤ ومن الأحكام الهامة التى ذهبت إلى ذلك نذكر حكم استئناف مختلط فى ١٩٣٧/١٢/٢٨م ٣١ ص١٧٦ وحكم ١٩٣٩/١٢/١٩م ٣١ ص١٨٠، و١٩٣٩/٣/٩م ٣١ ص١٧٦ و١٩٤٠/٦/١٨م ٣١ ص١٧٥ و١٨٧، ١٩٤٠/٣/١٢ المحاماة س٢١ رقم ٢٩٢ ص٦٦٠ والذى قرر المبادىء الآتية "١- ولو أن قانون ١٩٢٣/٦/٢٣ قد نص على أن الملكية لا تنتقل حتى بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، فإن غرض الشارع إنما هو القضاء على المنازعات التى كانت قائمة قبل صدوره حول بحث سوء نية المشترى المسجل الثانى لمجرد علمه بالبيع الأول، ذلك البحث الذى اضطربت بشأنه الأحكام والفقه ٢-أن البيع الأول غير المسجل ولو أنه لا ينقل الملكية إلا أنه لم يتأثر فى كيانه القانونى وفى أركانه الأساسية لايقاع البيع بقانون التسجيل وكل ما تأثر به هو تأجيل نقل الملكية ٣- إذا كان البيع الثانى المسجل نتيجة تواطؤ وتدليس بغض النظر عن صورته وجديته) بين البائع والمشترى المسجل عقده فليس لهذا الأخير أن يحتمى وراء تسجيل العقد ويدفع بعدم =

المشترى الأول إذا بادر المشترى الثانى بتسجيل عقده، وفى حق المشترى الثانى إذا باع له العقار وهو يعلم أن المشترى الأول على وشك تسجيل عقده قبل أن يدرك المشترى الثانى تسجيل عقده هو.

ويلاحظ أن قضاء النقض السابق عرضه - وبرغم ما به من خروج على المنطق السليم - قد استمر إلى ما يقرب من الخمسين عاما، الأمر الذى أدى إلى استفحال جرائم النصب التى يكون محورها التصرف الثانى والثالث على عقار لم يتم شهر عقود بيعه السابقة وذلك ارتكانا إلى هذا القضاء الذى لا يعاقب البائع الذى يتصرف ثانية طالما لازالت الملكية على اسمه نزولا على مقتضيات عدم التسجيل. ولكن لم يكن فى الأمكان أن يستمر هذا الوضع بعد ظهور نظام تمليك الوحدات السكنية. وبرغم أزمة الاسكان الطاحنة والتى امسكت برقاب العباد وكان من آثارها ظهور نتائج اجتماعية شاذة فى المجتمع المصرى لم نشهدها من قبل وأدت إلى زعزعة كيان الأسرة المصرية بل والأمن الاجتماعى والأمن المدنى فى مجتمعنا، برغم هذا نجد من يدفع كل مدخراته الحالية والمستقبلة فى وحدة سكنية يشتريها بعقد بيع ابتدائى -غالبا ما يتراخى تسجيله لعقبات كثيرة- ضحية لبائع يعيد التصرف فى هذه الوحدة السكنية بعقد بيع مسجل يضيع بمقتضاه على المشترى الأول كل ما دفعه بل ويضيع مستقبله أيضا. لم يكن فى الامكان أن يستمر هذا الوضع نزولا على مقتضيات نظام الشهر العقارى، فصدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ متضمنا نص المادة ١/٨٢ والتى تقضى بأن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة شهور، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفى جنيه، أو باحدى هاتين العقوبتين. كل من أجر مكانا أو جزءا منه، أو باعه، ولو بعقد غير مشهر- وكان ذلك التأجير أو البيع- على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو

= وجود صفة للمشترى غير المسجل فى رفع الدعوى، وذلك لأن التدليس والغش لا يمكن أن يترتب عليها حق، ولا يمكن أن يكون قانون التسجيل قد صدر حماية للغش والتدليس".

كان غير مشهر، صادر منه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ويفترض علم هؤلاء بالعقد الصادر من أيهم". (١٣٨)

فبمقتضى هذا النص لم يكن فى امكان بائع الوحدة السكنية بعقد لم يشهر أن يبيعها ثانية حتى ولو بعقد عرفى كذلك وإلا عوقب بما اشتمل عليه النص من عقوبات. وبعبارة أخرى طالما أنه باع فى المرة الأولى فقد استنفد سلطة التصرف فى العين، فلا يجوز له أن يبيعها مرة ثانية، ولا شأن للتسجيل فى كل ذلك.

ثم خطا المشرع خطوة أبعد من ذلك فأصدر القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لتنص المادة ١/٢٣ منه على أن "يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات، المالك الذى يؤجرها (أى الوحدة السكنية) لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لا حق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا".

ومعنى هذا النص الجديد أن بائع الوحدة السكنية (والبيع هنا يعد بيعا عقاريا واجب التسجيل) إذا ما صدر عنه عقد بيع عرفى (ابتدائى) لهذه الوحدة، فلا يجوز له وقد استنفد سلطة التصرف فى تلك الوحدة، أن يعيد بيعها مرة أخرى ولو بعقد عرفى، وإذا حدث منه ذلك عد مرتكبا لجريمة النصب المنصوص عليها فى المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات.

ومعنى ذلك -أيضا- أن المشرع قد حسم أخيرا هذا الخلاف الذى نشب فى تفسير المادة ٣٣٦ عقوبات والتى قضت بعقاب كل من يتصرف فى عقار ليس مملوكا له وليس له حق التصرف فيه، وانتصر إلى التفسير المنطقى الذى يتمشى مع طبيعة عقد البيع العقارى غير المسجل.

بل لقد ذهب المشرع إلى أكثر ما كان متوقعا منه حيث قضى

---

(١٣٨) ورد فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون تعليقا على هذا النص "حرم المشروع واقعة تأجير المكان الواحد أو بيعه على خلاف مقتضى عقد سابق، سواء كان المتعاقد هو المالك أو غيره وسواء كان العقد مشهرا أو غير مشهر، وذلك سدا لكل أبواب التحايل مع افتراض العلم بالعقد السابق فى حالات معينة". أنظر النشرة التشريعية ع ٨ أغسطس ١٩٧٧ ص ٤٠٠٩.

ببطلان عقد البيع الثانى حتى ولو كان هذا العقد مسجلا.

وفى شأن هذا البطلان قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ١٣٥ مدنى والمادة الأولى من الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ أن بيع المالك المكان أو جزء منه لمشترثان بعقد لاحق بعد سبق بيعه لمشترى آخر يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفة ذلك للنظام العام، إذ أن مقتضى تحريم بيع المكان المبنى يرتب البطلان، وهو ما اتجه إليه المشرع منذ أصدر الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ حتى صدور القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ثم القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الذى نص فى المادة ٢٣ منه على أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات المالك الذى يبيع وحدة من المبنى لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لا حق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا".(١٣٩)

ولكن هذا التطور التشريعى الجديد هل يمتد ليشمل البيوع العقارية الأخرى -أى غير الواردة على الوحدات السكنية ؟ لا نعتقد ذلك. ومع هذا فيمكن اعتبار هذا التطور التشريعى الجديد بمثابة توجيها لقضاء النقض فى سبيل طرحه تفسيره للمادة ٣٣٦ عقوبات والأخذ بالتفسير الآخر الذى عرضنا له فى حينه.

ج - لايجوز للبائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بالتقادم ورفعها بعد خمسة عشر عاما من تاريخ البيع الابتدائى

لقد كان ما تقدم بمثابة المقدمات الضرورية والاساسية التى تلزم للوصول إلى النتيجة التى نختم بها هذا البحث.

ففى شأن تقادم دعوى صحة التعاقد قضت محكمة النقض بأن "من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٢٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدنى الجديد التزام البائع بضمان عدم

(١٣٩) نقض ١٩٨٣/٣/٢٠ طعن ١٧٥٢ س ٤٩ ق، نقض ١٩٨٢/١١/١٠ طعن ٢٢٠ س ٤٩ ق.

منازعة المشترى فى المبيع، فيمتنع عليه ابدا التعرض للمشترى، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية، واذن فمتى كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب اثبات صحة التعاقد للبيع الصادر إليها من مورث المطعون عليهم مع الزامهم بتسليم الأطيان المبيعة، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانونا بمقتضى الزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضائه برفض دعوى الطاعنة استنادا إلى هذا الدفع يكون قد خالف القانون" (١٤٠)

ويتبين من هذا القضاء أن أساس التزام البائع وورثته فى عدم التمسك بالتقادم هو أن ذلك كان نتيجة وجود التزام يقع على عاتق البائع بمنع التعرض للمشترى. هذا الالتزام هو المنصوص عليه فى المادة ٤٣٩ من التقنين المدنى. (١٤١)

وقد استقر قضاء النقض على أن عقد البيع غير المسجل ينشىء التزاما يقع على عاتق البائع (وورثته) بعدم التعرض للمشترى "فعقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة. وأما عدم تسجيل المشترى عقد

---

(١٤٠) نقض ١٩٥٤/٣/٤ طعن ٦٤ س٢١ق، وانظر فى ذات المعنى، نقض ١٩٦٣/٣/٢١ طعن ٢٦١ س٢٨ق، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ طعن ٢٨ س٢٨ق، نقض ١٩٦٦/١/١٣ طعن ٢٢٠ س٣١ق، نقض ١٩٦٩/١/١٦ طعن ٥٧٥ س٣٤ق.

(١٤١) فمن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض.

Quem de evictione tenet actio, eumdem "agentem repelit exception"

شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان." (١٤٢)

والواقع أننا نرى أن السبب فى عدم جواز دفع البائع دعوى صحة التعاقد بالتقادم المسقط إنما يرجع إلى الالتزامات التى فرضتها عليه المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى، فقد رأينا أنه يلتزم -ايجابيا- بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى، وسلبيا، بالكف عن أى عمل من شانه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلا أو عسيرا. وأن هذه الالتزامات إنما هى التزامات مقررة لمصلحة المشترى. ولاشك أنه مما يتعارض مع هذه الالتزامات أن يسمح للبائع بدفع دعوى صحة التعاقد بالتقادم المسقط. بل ويمكن أن نرد التزام البائع بمنع التعرض إلى هذه الالتزامات المنصوص عليها فى المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى.

ولكن يحق التساؤل عما إذا كانت الالتزامات المقررة بالمادة ٤٢٨ سالفة البيان لا يرد عليها التقادم المسقط ؟

الواقع أنه برغم استقرار الفقه والقضاء على أن الالتزام بعدم التعرض هو التزام ابدى(١٤٣) وأن محكمة النقض المصرية ترجع عدم

---

(١٤١) نقض ١٩٣٦/٢/٢٠ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٨٧ ص٣٠٩ وانظر أيضا نقض ١٩٧٠/٤/١٦ طعن ١٠ س٣٦ق. وقد قضى بأن "للبائع بعقد لم يشهر الحق فى طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من ينازعه فيما عدا المشترى الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مشهرا. "نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ المجموعة س٩ ص٧٧٦، وانظر أيضا نقض ١٩٣٦/٢/١٣ المحاماة س١٦ رقم ٣٩٥ ص٨٦١. وانظر حكم طنطا الكلية فى ١٩٣٤/١/١١ المحاماة س١٥ رقم ٨٩ قسم ثان ص١٨٨ والذى قضى بأن "البائع وهو ضامن قانونا عدم تعرض الغير للمشترى ليس له أن يتعرض له بنفسه من باب أولى، وينتقل هذا التحريم إلى ورثة البائع لأنهم مطالبون بجميع الالتزامات التى على مورثهم وهو يسرى حتى ولو كانوا قد وضعوا اليد على الشىء المبيع مدة تزيد عن خمسة عشر عاما بنية التمليك بعد صدور البيع". وانظر نقض ١٩٧٠/٤/١٦ طعن ١٠ س٣٦ق، نقض ١٩٥٩/١٢/١٧ مجموعة النقض س١٠ ص٨١٠، نقض ١٩٢٦/٦/٤ المحاماة س١٧ رقم ١٣٩ ص٢٧٩ والذى قضى بأنه "ليس للبائع لعدم التسجيل للعقد وتراخى الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه". وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٣٢/١٢/٢٢ طعن رقم ٥٢ س٢ق، نقض ١٩٦٦/٢/١ المجموعة س١٧ رقم ٢٠٥ ص٢٧ وراجع أيضا نقض ١٩٦١/١/١٦ المشار إليه من قبل وأيضا نقض ١٩٤٦/٤/١١ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٧٥ ص٣٥٧.

(١٤٢) انسيكلوبيدى دالوز طبعة ثانية جـ ٥ لفظ بيع فقرة ٢٢٧. وانظر نقض فرنسى ١٩١٢/٥/١٣ دالوز ١٣-١-١٤٣ وسيريه ١٤-١-٢٠٩ وتعليق أبيى أورليانز ١٩٥٥/١٠/٢٥ دالوز ١٩٥٦ الأحكام المختصرة ٢١٤.

وانظر نقض مصرى ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض س١٤ رقم ٦٢ ص٣٦٨، و١٩٦٣/٣/٢١ المرجع السابق رقم ٥٦ ص٣٥٥.

امكانية تمسك البائع بالتقادم المسقط لدفع دعوى صحة التعاقد إلى هذا الالتزام الابدى، فيعد الأمر اذن سهلا ميسورا، إلا أننا سنبحث برغم ذلك عن سبب آخر لعدم سقوط الالتزامات المقررة فى المادة ٤٢٨ مدنى.

لقد ثار الخلاف فى الفقه حول ما إذا كان التقادم يسقط الدعوى دون الحق، أم أنه يسقطهما معا.

فيذهب الرأى السائد(١٤٤) إلى أن التقادم يسقط الدعوى والحق معا، فليست الدعوى سوى الحق، ولا يوجد حق بدون دعوى، كما لا توجد دعوى بدون حق، وأن موضوع الدعوى هو نفسه موضوع الحق، وتشارك الدعوى الحق فى خصائصه ومصيره فتكون مثله عينية أو شخصية، عقارية أو منقولة.

بينما يذهب رأى آخر إلى أنه يجب عدم الخلط بين الدعوى والحق حيث يختلفان من حيث العناصر والسبب وشروط الاستعمال والآثار وهذا يصدق على السواء عند من يعتبرون الدعوى وسيلة قانونية أو حقا خاصا.(١٤٥)

وتتميز الدعوى عن الحق بسببها، فسبب الحق (أى مصدره) هو العمل القانونى أو الواقعة القانونية اللذين ينشئان الالتزام، والحق بالتالى. أما الدعوى فسببها على العكس من ذلك نزاع بين المدعى والمدعى عليه حول وجود الحق. فالدعوى لا تنشأ إلا من واقعة انكار الحق أو الاعتداء عليه.(١٤٦)

---

(١٤٤) انظر بيدان ولاجارد جـ ٩ فقرة ١٠٨٨، استئناف مصر ١٩٣١/١/١ المجموعة الرسمية س٣٢ رقم ١٩٣ ص٣٩٦. السنهورى جـ ٣ فقرة ٦٧٤ ص١١٦٨.

(١٤٥) "فإذا اعتبرنا الدعوى وسيلة قانونية لم يكن لنا أن نخلط بينها وبين الحق. إذا لم يذهب أحد إلى أن الحجز مثلا أو الحق فى الحبس- وهما من الوسائل القانونية - يختلطان بالحق الذى يحميانه. فلماذا لا نقرر نفس الحقيقة بالنسبة للدعوى وهى ليست سوى وسيلة قانونية. وإذا اعتبرنا الدعوى فى ذاتها حقا، كانت حقا خاصا، هذا الحق هو الحق فى طلب الحماية القضائية وطلب معونة السلطات العامة للعمل على احترام الحق الذى يهدده خطرا أو يقع عليه اعتداء". عبد المنعم البدراوى " أثر مضى المدة فى الالتزام" رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول، على الآلة الناسخة رقم ١٨ ص١٩١، ويلاحظ أننا لم نرجع إلى النسخة المطبوعة من هذه الرسالة القيمة لتعذر الحصول عليها.

(١٤٦) عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ص١٩٢ فقرة ١٨.

وتتميز الدعوى عن الحق من حيث موضوعها، فموضوع الدعوى متغير ويختلف باختلاف الحالات إذ قد يكون الزام المدعى عليه بالقيام بأمر معين أو الامتناع عن عمل ما، وقد يكون الاعتراف بحالة واقعة (كدعوى تقرير الحق) وقد يكون موضوع الدعوى أيضا إجراءا وقتيا أو تحفظيا، بل قد يكون موضوعها انشاء مركز قانونى جديد. فحق الملكية مثلا، يجب عدم خلطه بدعوى الاستحقاق، إذ أن هذه الدعوى لا تنشأ إلا إذا أنكر هذا الحق، أو وقع عليه اعتداء. وبالنسبة للالتزام بالامتناع يكون موضوع الدعوى الناشئة بسبب الخروج على هذا الالتزام مغايرا بالطبع لموضوع الالتزام نفسه، إذ الغالب أن يكون موضوع الدعوى فى هذه الحالة هو تعويض الضرر الواقع نتيجة لمخالفة الالتزام (١٤٧)

وتتميز الدعوى عن الحق كذلك من حيث آثارها، فالدعوى تضيف شيئا إلى الحق، فهى تضيف إليه عنصرا جديدا لم يكن يتضمنه من قبل. فبواسطة الحكم تمكن الدعوى للدائن من الحصول على الأمر الذى يحق له اقتضاؤه من المدين والذى يرفض هذا الأخير اداءه. أما هذا العنصر الجديد فيظهر على وجه الخصوص فى الحالات التى يكون فيها تدخل السلطة القضائية لازما لتحديد حق الدائن كما هو الحال بالنسبة للفعل الضار (١٤٨)

وبعد أن ميز الرأى السابق بين الحق والدعوى على هذا النحو، ذهب إلى اعتبار التقادم سببا لسقوط الدعوى دون الحق ذاته. فمتى تم التقادم سقطت الدعوى ولم يكن للدائن بعد ذلك أن يلجأ إلى طلب الحماية

---

(١٤٧) المرجع السابق فقرة ١٩ ص١٩٣ "وينتج مما تقدم أن الحق الواحد قد ينشأ عنه أكثر من دعوى. فالمالك مثلا يوجد تحت تصرفه عدة دعاوى، فهو يستعمل أحيانا دعوى الاستحقاق، وفى أحيان أخرى يستعمل دعوى الانكار وفى أحوال أخرى دعوى شخصية بتعويض الضرر وفى العقود الملزمة للطرفين، إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه استطاع الطرف الآخر استعمال دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ العينى المرجع السابق فقرة ٢٠ ص١٩٣.

(١٤٨) المرجع السابق فقرة ٢١ ص١٩٤ و١٩٥.

القانونية. ولكن الحق يبقى وأن كان بلا دعوى، فتقادم الدعوى لا يؤثر اذن على الحق، ما دامت الدعوى مستقلة عن الحق. ولا يجب أن تدهشنا هذه النتيجة ما دام أن القانون الوضعى يسلم بوجود حقوق غير محمية بدعوى. والواقع أن الدعوى هى من الوسائل القانونية التى ينظمها المجتمع لحماية الحق ولذلك فليست عنصرا فى الحق ذاته، والمشرع له الحرية فى تنظيم هذه الوسائل التى يقررها حماية للحقوق، وله -بمقتضى هذه الحرية- أن يضع أجلا لاستعمال هذه الوسائل. فإذا فات هذا الأجل قفل باب القضاء أمام صاحب الحق، وأصبح تنفيذ حقه متروكا لارادة المدين وحدها (١٤٩)

ولاشك أن الرأى الأخير يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء، فالقاعدة فى الفقه الاسلامى أن سكوت رب الدين عن المطالبة بدينه مهما طال أمده لا يسقط حقــه ولا يبرىء ذمة المدين، وإنما يسقط الحق وتبرأ ذمة الغريم بالوفاء بطريق من طرقه المختلفة، فقد ورد فى الحديث الشريف "لا يبطل حق امرىء مسلم وأن قدم".(١٥٠)

---

(١٤٩) المرجع السابق فقرة ٢٣ ص١٩٦ وفقرة ٣٠ ص٢٠٠ و٢٠١، وأنظر تعليق لأبيه على نقض مدنى فرنسى ١٨٨٨/٤/٢٥ سيريه ٨٩-١-٥٠ حيث يقرر أن التقادم يتعلق بالدعوى أكثر من تعلقه بالالتزام. وأنظر أيضا أوبرى ورو جـ ١٢ فقرة ٧٧٥ ص٥٦٤ و٥٦٥، بلانيول وريبير ودوهان جـ ٧ فقرة ١٣٢٥ ص٧٣٤ وفقرة ١٣٩٣، جوسران جـ ٢ فقرة ٩٩٥ ص٥٢٤.

(١٥٠) أحمد أبو الفتح فى المعاملات الشرعية جـ ١ ص١٠٣.
وفى العصر الحديث أدخل سلاطين آل عثمان استثناء هاما على مبدأ عدم تأثر الحقوق بمضى المدة فقرروا أن القاضى يجب ألا يسمع الدعاوى التى ترفع بعد حلول الدين بخمس عشر سنة ولكن هذا الحكم الجديد لم يؤثر على مبدأ سقوط الحقوق بمضى المدة فالحق يبقى أبديا ولكن يستطيع المدين أن يدفع الدعوى المتأخرة بدفع ويقوم هذا الدفع على أساس افتراض الغش. فمن يظل خمسة عشر عاما دون المطالبة يفترض أنه غير محق فى ادعائه وهذا هو الأساس الذى يقوم عليه نظام عدم سماع الدعوى لمضى الزمن ولذلك إذا أقر المدين بالدين، أو إذا ظهر انتفاء أية شبهة غش من جانب المدعى، فإن منع من رفع الدعوى بسبب غيابه أو الحجر عليه أو بحبس المدعى عليه سمعت الدعوى.
ولذلك فإن فقهاء الشريعة الغراء يلحقون نظام عدم سماع الدعوى لمضى الزمان بدراسة نظرية الدعوى، ولا يلحقونه بالحق ذاته. فهذا النظام هو من باب تنظيم الوظيفة القضائية، أو كما يقولون من باب تخصيص القضاء. ولهذا استلزم الفقهاء أن يتجدد هذا المنع بواسطة كل سلطان. فكان فقهاء الشريعة الاسلامية يميزون بين الدعوى وهى من خصائص السلطة العامة وبين الحق.
أنظر عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ص٢٢٨ و٢٨٩، محمد عبد اللطيف "التقادم المكسب =

وبتطبيق الرأى الثانى الذى نراه جديرا بالاتباع على تقادم دعوى صحة التعاقد. نقول أن هذه الدعوى كما رأينا تعد تنفيذا عينيا لالتزام المدين بنقل الملكية. وفى هذا الصدد نفرق بين هذا الالتزام وأيضا الالتزامات الاخرى المنصوص عليها فى المادة ٤٢٨ مدنى وبين دعوى صحة ونفاذ عقد البيع.

فهذه الالتزامات لا تسقط بالتقادم فهى -بالمقابل- حقوق للمشترى نشأت عن عقد البيع ولايرد عليها التقادم المسقط لأن هذا التقادم لا يتناول الحق. أما دعوى صحة التعاقد فمن المتصور أن تسقط بالتقادم ولكن متى يبدأ هذا التقادم ؟ أن الدعوى لا تنشأ إلا من واقعة انكار الحق أو الاعتداء عليه وعلى ذلك فإن سريان التقادم لا يبدأ من يوم نشوء الحق بل من يوم نشوء الدعوى أى من اليوم الذى يحال فيه بين صاحب الحق واستعماله. وبناء على ذلك لا تبدأ مدة السقوط بالتقادم من تاريخ عقد البيع غير المسجل وإنما تبدأ من اليوم الذى يتأكد فيه أن البائع قد حال بين المشترى واستعمال حقه (١٥١). وبناء على ذلك أيضا فإنه إذا قام المشترى بإنذار البائع بضرورة تنفيذ التزامه بنقل الملكية فمن وقت هذا الانذار وامتناع البائع عن التنفيذ تبدأ مدة سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم. ولكن إذا لم يقم المشترى بهذا الانذار، فمن حقه أن يرفع دعواه فى أى وقت -ولايملك البائع دفعها بالتقادم- وهى لا تسقط فى هذه الحالة إلا إذا ترك دعواه أو انتهت الخصومة بغير حكم حيث يسرى التقادم

والمسقط" الطبعة الأولى ١٩٥٨ فقرة ١٠٠ ص١١ ومابعدها، على زكى العرابى فى "طبيعة التقادم فى القانون الوضعى وفى الشريعة "القانون والاقتصاد ص٣ ص٨٦٨، ومقال للأستاذ أحمد ابراهيم فى المجلة السابقة ص ٨٧٣، حامد زكى التقادم فى القانون - المرجع السابق - ص٨٧ وأنظر حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى ١٩٢٩/٥/٤ المحاماة س٩ رقم ٥٢٣ ص٩٥٥.

(١٥١) ويلاحظ أنه إذا اعتبر دفع البائع الدعوى بالتقادم تعرضا - كما يرى البعض- فإن هذه الدعوى لا تسقط بالمدة الطويلة إلا من تاريخ المنازعة الفعلية لا من تاريخ البيع. أنظر الأحكام الآتية: نقض١٩٤٠/١٢/٥ المجموعة الرسمية ١٠٩/٤/٢٤، نقض١٩٣٢/٣/٣ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٧٢ ص٣٥٦، استئناف مختلط دوائر مجتمعة ١٩٢٥/٥/٢٣ محاماة س١١ رقم ٣٩٥ ص٧٦٥، نقض١٩٣٢/٤/٢٨ المحاماة س١٣ رقم ١٦ ص٤٧، استئناف مصر ١٩٣١/٢/٢٥ المحاماة س١٢ رقم ٢١٧ ص٤٣٥.

عندئذ، وهذا هو الحل الأقرب إلى المنطق وإلى طبيعة البيع العقارى غير المسجل وطبيعة دعوى صحة التعاقد.

تلك هى أحكام تقادم دعوى صحة التعاقد طبقا للرأى الذى رجحناه فى شأن حكم التقادم وهل يتناول الحق والدعوى معا أم يتناول الدعوى دون الحق.

ولكن سبق لنا أن قلنا أن للمشترى فى البيع العقارى غير المسجل رخصة فى اجراء التسجيل، ونضيف الان إلى أنه إذا ما شاء للمشترى استعمال تلك الرخصة فعندئذ تنقلب هذه الرخصة إلى حق فى التسجيل يقابله التزام البائع بتمكين المشترى منه ومعنى ذلك أنه قبل استعمال تلك الرخصة لا محل للتكلم عن التقادم، حيث يكون هناك محلا لهذا الكلام بعد انقلاب الرخصة إلى حق، فالتقادم لا يتناول الرخص.

وبناء على ما تقدم لا تبدأ مدة التقادم من تاريخ عقد البيع الابتدائى حيث انشأ هذا البيع رخصة، وإنما تبدأ مدة التقادم من وقت استعمال الرخصة أى من وقت تحويلها إلى حق. وهى تتحول إلى ذلك بإنذار المشترى البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية وكذلك من وقت رفع الدعوى عليه. فإذا سكت المشترى مدة خمسة عشر عاما بعد انذاره البائع أو بعد رفع دعواه وتقاعسه عن السير فيها أو انتهائها بغير حكم، هنا يسقط حق المشترى فى دعواه. وتتماثل هذه الحلول مع تلك التى انتهينا إليها بالأخذ بالرأى الثانى المشار إليه.

تم بحمد الله وتوفيقه

المراجع

أولا : باللغة العربية

المؤلفات:

(١) ابراهيم أبو النجا

"السجل العينى فى التشريع المصرى" الاسكندرية ١٩٧٨

(٢) أحمد أبو الفتح

"المعاملات الشرعية" الجزء الأول

(٣) أحمد أبو الوفا

"المرافعات المدنية والتجارية" الطبعة ١٤ الاسكندرية ١٩٨٦

(٤) أحمد أمين

"شرح قانون العقوبات الأهلى" - القسم الخاص

(٥) أحمد فتحى سرور

"الوسيط فى شرح قانون العقوبات " - القسم الخاص- ١٩٦٨

(٦) اسماعيل غانم

"الوجيز فى عقد البيع" ١٩٦٣

(٧) أحمد مسلم

"أصول المرافعات" ١٩٧٩

(٨) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى
"شرح القانون المدنى - عقود البيع والحوالة والمقايضة" طبعة ثانية ١٩٥٤

(٩) انور سلطان وجلال العدوى
"الموجز فى العقود المسماة" الجزء الأول، البيع ١٩٦٤

(١٠) أنور سلطان وجلال العدوى
"العقود المسماة" عقد البيع ١٩٦٦

(١١) برهام عطا الله
"دعوى صحة التعاقد على البيع" الاسكندرية ١٩٨٣

(١٢) توفيق حسن فرج
"عقد البيع والمقايضة" ١٩٦٩

(١٣) جندى عبد الملك
"مجموعة المبادىء الجنائية"

(١٤) جميل الشرقاوى
"شرح العقود المدنية" البيع والمقايضة ١٩٧٥

(١٥) حسن أبو السعود
"قانون العقوبات المصرى" الجرائم الماسة بسلامة الجسم والسرقة والنصب.

المراجع

أولا : باللغة العربية

المؤلفات:

(١) ابراهيم أبو النجا

"السجل العيني فى التشريع المصرى" الاسكندرية ١٩٧٨

(٢) أحمد أبو الفتح

"المعاملات الشرعية" الجزء الأول

(٣) أحمد أبو الوفا

"المرافعات المدنية والتجارية" الطبعة ١٤ الاسكندرية ١٩٨٦

(٤) أحمد أمين

"شرح قانون العقوبات الأهلى" - القسم الخاص

(٥) أحمد فتحى سرور

"الوسيط فى شرح قانون العقوبات " - القسم الخاص- ١٩٦٨

(٦) اسماعيل غانم

"الوجيز فى عقد البيع" ١٩٦٣

(٧) أحمد مسلم

"أصول المرافعات" ١٩٧٩

(٨) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى
"شرح القانون المدنى - عقود البيع والحوالة والمقايضة" طبعة ثانية ١٩٥٤

(٩) أنور سلطان وجلال العدوى
"الموجز فى العقود المسماة" الجزء الأول البيع ١٩٦٤

(١٠) أنور سلطان وجلال العدوى
"العقود المسماة" عقد البيع ١٩٦٦

(١١) برهام عطا الله
"دعوى صحة التعاقد على البيع" الاسكندرية ١٩٨٣

(١٢) توفيق حسن فرج
"عقد البيع والمقايضة" ١٩٦٩

(١٣) جندى عبد الملك
"مجموعة المبادىء الجنائية"

(١٤) جميل الشرقاوى
"شرح العقود المدنية" البيع والمقايضة ١٩٧٥

(١٥) حسن أبو السعود
"قانون العقوبات المصرى" الجرائم الماسة بسلامة الجسم والسرقة والنصب

(١٦) حلمى الحجار

"القانون القضائى الخاص" بيروت ١٩٨٤

(١٧) خميس خضر

"عقد البيع فى القانون المدنى" ١٩٧٢

(١٨) الحافظ "ابن رجب"

"القواعد فى الفقه الاسلامى" طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧٢

(١٩) رؤوف عبيد

"جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" ١٩٦٥

(٢٠) رمزى سيف

"الوسيط فى شرح المرافعات المدنية والتجارية" الطبعة الثامنة ١٩٦٩

(٢١) سليمان مرقص

"شرح القانون المدنى - الالتزامات" ١٩٦٤

(٢٢) سليمان مرقص ومحمد على امام

"عقد البيع فى القانون المدنى الجديد" ١٩٥٢

(٢٣) سليمان مرقص

"شرح القانون المدنى - ٣ - المجلد الأول عقد البيع" الطبعة الرابعة ١٩٨٠

(٢٤) فتحى والى
"قانون القضاء المدنى" الطبعة الأولى ١٩٧٣ الجزء الأول

(٢٥) فتحى والى
"مبادىء قانون القضاء المدنى "الطبعة الثانية ١٩٧٥

(٢٦) عبد الحميد أبو هيف
"المرافعات المدنية والتجارية"

(٢٧) عبد الرزاق أحمد السنهورى
"الوسيط فى شرح القانون المدنى"
الجزء الثانى فى أحكام الالتزامات

(٢٨) عبد الرزاق أحمد السنهورى
"الوسيط فى شرح القانون المدنى"
الجزء الرابع فى "البيع" الطبعة الأولى والطبعة الثانية ١٩٨٦

(٢٩) عبد العزيز فهمى
"قواعد وآثار فقهية رومانية" ١٩٤٧

(٣٠) عبد العزيز عامر
"عقد البيع" ١٩٦٧

(٣١) عبد الفتاح السيد
"المرافعات المصرية" ١٩٢١

(١٦) حلمى الحجار

"القانون القضائى الخاص" بيروت ١٩٨٤

(١٧) خميس خضر

"عقد البيع فى القانون المدنى" ١٩٧٢

(١٨) الحافظ "ابن رجب"

"القواعد فى الفقه الاسلامى" طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧٢

(١٩) رؤوف عبيد

"جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" ١٩٦٥

(٢٠) رمزى سيف

"الوسيط فى شرح المرافعات المدنية والتجارية" الطبعة الثامنة ١٩٦٩

(٢١) سليمان مرقص

"شرح القانون المدنى - الالتزامات" ١٩٦٤

(٢٢) سليمان مرقص ومحمد على امام

"عقد البيع فى القانون المدنى الجديد" ١٩٥٢

(٢٣) سليمان مرقص

"شرح القانون المدنى - ٣ - المجلد الأول عقد البيع" الطبعة الرابعة ١٩٨٠

(٢٤) فتحى والى
"قانون القضاء المدنى" الطبعة الأولى ١٩٧٣ الجزء الأول

(٢٥) فتحى والى
"مبادىء قانون القضاء المدنى "الطبعة الثانية ١٩٧٥

(٢٦) عبد الحميد أبو هيف
"المرافعات المدنية والتجارية"

(٢٧) عبد الرزاق أحمد السنهورى
"الوسيط فى شرح القانون المدنى"
الجزء الثانى فى أحكام الالتزامات

(٢٨) عبد الرزاق أحمد السنهورى
"الوسيط فى شرح القانون المدنى"
الجزء الرابع فى "البيع" الطبعة الأولى والطبعة الثانية ١٩٨٦

(٢٩) عبد العزيز فهمى
"قواعد وآثار فقهية رومانية" ١٩٤٧

(٣٠) عبد العزيز عامر
"عقد البيع" ١٩٦٧

(٣١) عبد الفتاح السيد
"المرافعات المصرية" ١٩٢١

(٣٢) عبد المنعم البدراوى
"أثر مضى المدة فى الالتزام" رسالة من جامعة فؤاد الأول

(٣٣) عبد المنعم البدراوى
"عقد البيع فى القانون المدنى" الطبعة الأولى ١٩٥٧

(٣٤) عبد المنعم البدراوى
"الوجيز فى عقد البيع" ١٩٧٠

(٣٥) عبد المنعم الشرقاوى
"المرافعات المدنية والتجارية" ١٩٧٧

(٣٦) عبد المنعم عبد العظيم جيزه
"مبادىء المرافعات" ١٩٧٦

(٣٧) عبد السلام ذهنى
"رسالة التسجيل وحماية المتعاقدين والغير" ١٩٢٦

(٣٨) عبد السلام ذهنى
"الغش والتواطؤ والتدليس والتسجيل فى نقد النقض" - الطبعة الثانية ١٩٤٥

(٣٩) عبد المهيمن بكر
"القسم الخاص فى قانون العقوبات" الطبعة السابعة ١٩٧٧

(٤٠) عمر السعيد رمضان
"شرح قانون العقوبات - القسم الخاص" ١٩٦٥

(٤١) عوض محمد عوض
"جرائم الأشخاص والأموال"

(٤٢) محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى
"قواعد المرافعات" الجزء الأول

(٤٣) محمد حامد فهمى
"المرافعات"

(٤٤) محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوى
"مبادىء القانون الرومانى - تاريخه ونظمه" ١٩٥٤

(٤٥) محمد عبد المنعم بدر
"القانون الرومانى" الكتاب الثانى فى الأموال ١٩٣٨

(٤٦) محمد على عرفة
"شرح القانون المدنى الجديد - حق الملكية" ١٩٥٠ الجزء الأول

(٤٧) محمد على عمران
"الوجيز فى شرح عقدى البيع والتأمين"

(٤٨) محمد عبد اللطيف
"التقادم المكسب والمسقط" الطبعة الأولى ١٩٥٨

(٤٩) محمد كامل مرسى
"شهر التصرفات العقارية - القيد والتسجيل" ١٩٣٩

(٥٠) محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل
"شرح أحكام عقد البيع" ١٩٦٨

(٥١) محمد ناجى ياقوت
"العقود المسماة - البيع والايجار والمقاولة" ١٩٨٤/٨٣

(٥٢) محمود شوقى
"الشهر العقارى علما وعملا"

(٥٣) محمود مصطفى
"شرح قانون العقوبات - القسم الخاص" ١٩٦٤

(٥٤) محمود نجيب حسنى
"دروس فى قانون العقوبات"

(٥٥) مصطفى الجمال
"عقد البيع" على الآلة الناسخة ١٩٨٠

(٥٦) مصطفى القللى
"شرح قانون العقوبات"

(٥٧) منصور مصطفى منصور
"مذكرات فى القانون المدنى - العقود المسماة - البيع والمقايضة والايجار" ١٩٥٧

(٥٨) منصور وجيه
"نظام السجل العينى وادخاله فى الاقليم المصرى" القاهرة ١٩٦١

المقالات:

(٥٩) أحمد ابراهيم
مقال عن التقادم القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص٨٧٣

(٦٠) الياس روفائيل عياش
"نظام السجلات العقارية" المحاماة س٥ ص٤٠٣-٤١٠

(٦١) جول واتليه
"النظام الحالى لتسجيل الحقوق العقارية فى مصر ومشروع انشاء السجلات العقارية" المحاماة س٨ ص٦٢٢-٦٤٥

(٦٢) حامد زكى
"التقادم فى القانون - القانون والاقتصاد" السنة الثالثة

(٦٣) حامد فهمى
"نظرية التصرفات الاقرارية والانشائية" القانون والاقتصاد السنة الأولى

(٦٤) عباس محمد الدسوقى
"دعوى صحة التوقيع وعلاقتها بقانون التسجيل" المحاماة س١٩ ص١٦٦-١٦٨

(٦٥) عبد الغنى صالح

"الملكية فى الشهر العقارى" المحاماة س٣٤ ص١٤٧٢-١٤٧٥ والسنة ٣٥- ص١٩٠-١٩٧

(٦٦) عبد السلام ذهنى

"قانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو ١٩٢٣ والمبادىء القانونية المقررة من قبل" المحاماة س٦ ص٥٩٧-٦٢٩

(٦٧) عبد السلام ذهنى

"السبب الصحيح فى التقادم الخمسى والأوضاع الشكلية فى قانون التسجيل الجديد" المحاماة س٧ ص٥٣٥-٥٥٣

(٦٨) عبد السلام ذهنى

"أوجه النقص التشريعى لقانون التسجيل الجديد" المحاماة س٧ ص٤٣٩

(٦٩) على زكى العرابى

"طبيعة التقادم فى القانون الوضعى والشريعة الاسلامية" القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص٨٦٨

(٧٠) صليب سامى

"التسجيل واشهار التصرفات العقارية" المحاماة س٨ ص٦٤١ ومابعدها.

(٧١) محمد صبحى بهجت

"دعوى صحة التوقيع وعلاقتها بقانون التسجيل - وجوب الحكم بعدم قبولها" المحاماة س١٨ ص٥٤٧-٥٥١

(٧٢) محمد كامل مرسى
"تسجيل الدعاوى" القانون والاقتصاد س٩ ص٣ ومابعدها.

(٧٣) محمد كامل مرسى
"اشهار التصرفات العقارية" القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص٦٢٢ ومابعدها

(٧٤) ملاك كامل
"قانون التسجيل الجديد - الأثر الرجعى للتسجيل" المحاماة س٩ ص٩١٠-٩١٤

(٧٥) ملاك كامل
"تسجيل عرائض الدعاوى وأثرها بالنسبة للغير" المحاماة س٩ ص٩٣٢-٩٣٨

(٧٦) مصطفى القللى
"النصب بطريق التصرف فى عقار أو منقول" القانون والاقتصاد السنة الثامنة ص٨٢٥

التعليقات على الأحكام:

(٧٧) حلمى بهجت بدوى
تعليقات على الأحكام المدنية " أثر عقد البيع غير المسجل" القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص٧٢٨

(٧٨) محمد على عرفة

تعليقات على أحكام الدائرة المدنية لمحكمة النقض والابرام، القانون والاقتصاد السنة ١١ ص٦٤١-٦٤٥

(٧٩) محمد كامل مرسى

تعليقات على الأحكام فى المواد المدنية - "تسجيل دعوى صحة التعاقد والفرق بين هذه الدعوى ودعوى صحة التوقيع" القانون والاقتصاد السنة ١١ ص٢٠٧-٢١٥

الدوريات والمجموعات:

(٨٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد جـ ٤

(٨١) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون بتعديل نصوص القانون المدنى للمحاكم المختلطة فيما يتعلق بالتسجيل. المحاماة س٣ عدد ١٠ ص٤٥٧-٤٦٨

(٨٢) مجلة المحامى

(٨٣) مجموعة أحكام الدوائر المجتمعة - طبعة بولاق

(٨٤) مجلة التشريع والأحكام المختلطة.

(٨٥) مجلة المحاماة.

(٨٦) المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية.

(٨٧) مجلة القانون والاقتصاد التى يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة.

(٨٨) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض والابرام فى المواد المدنية، من وضع محمود أحمد عمر.

(٨٩) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما.

(٩٠) مجموعة أحكام النقض- التى يصدرها المكتب الفنى.

ثانيا: باللغة الفرنسية

(91) AUBRY & BARTIN: Droit Civil Francais, T 2 I2.

(92) ABD EL SALAM ZOHNY: La preemption et la loi de transcription, Gazette des Tribunaux Mixtes 1926, P. 299- etc.

(93) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU: Des Biens.

(94) BEUDANT et LAGARDE: Cours de droit civil francais, T 9.

(95) COLIN, CAPITANT: Traite de droit civil, T.I

(96) Encyclopedie Dalloz, T 5, Vente. ed. 2

(97) GLASSON & TISSIER: Traite de procedure civil T.I

(98) GARSONNET & CEZAR BRU: T raite theorique de procedure civil et commerciale, T. I

(99) *GUILLOUARD: Droit Roman: ed. 1929*

(100) *JOSSERAND: Cours de droit civil positif francais, T.2*

(101) *LABBE: Note au S. 18891-50*

(102) *MOREL: Traite elementair de procedure civil*

(103) *PLANIOL & RIPERT: Traite Pratique de droit civil francais, T.I et.7.*

(104) *SOLUS et PERROT: Droit judicaire prive, T. I*

(105) *VINCENT: Precis de procedure civil, 1971.*

محتويات البحث

طبيعة دعوى صحة التعاقد وتقادمها