

وتنقادم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ،
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١) .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها
على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام
البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع
أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (٢) ، ويجوز

= في الدعوى ذاتها (نفقضى مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧
ص ١٠٤٦) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك للمقار بالتقادم
الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نفقضى مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة
أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكيت
هو للمقار المبيع ، تعين على المحكمة المنظور أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة
التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نفقضى مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له
عقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة
رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذى سجل أولاً حسن النية (نفقضى مدنى ١٧ ديسمبر
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) .

(١) غير أنه إذا تسلّم المشتري المقار من البائع ، فن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم
الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقضى منذ تسلّم المشتري
للمقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك
بالرغم من تسلّم المشتري للمقار ؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلّم المشتري للمقار قاطعاً لمدة التقادم
المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلّم المقار قبل انقضاء خمس
عشرة من وقت صدور البيع (انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوق في الشهر العفدى علماً
ومعلا ص ٢٥٠) .

(٢) نفقضى مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك
لا يجوز لدائى تركه البائع أن يتمسكوا ضد المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل
الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائىه للعادى أن يدعى في مواجهة اشترى أى حق
على المقار المبيع يتناقى مع تمهده البائع ، ولا يجوز لهذا الدائى إجراء التنفيذ على المقار باعتبار
أنه كان مملوكاً للورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له
على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نفقضى مدنى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة
عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نفقضى مدنى
٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذي

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عقده لم يسجل . فللمشتري أن يدفع
بسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع ، حتى يتمكن - بعد تسجيل
الدعوى والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن
يحصل على حكم بصحة التعاقد الصادر له هو من البائع (٢) .

(١) نفى مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٥ ص ٣٠٦ وقد سبقت
الإشارة إليه . فقد استندت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذي
عقده مورثه . حمل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذا مثل هذه الدعوى
التي يصعد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلاً يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة لكل وارث
أن يطالب بحصته في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل المقدم غير قابل للتجزئة
لطبيعته أو لمفهوم قصد المتعاقدين (نفى مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض
٢ رقم ٧٣ ص ٢٩٤) . ولكن يبدو أن البائع في هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم
جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكله ويتقاضى كل الثمن من التركة . وقضت محكمة
النقض أيضاً بأنه يجوز تقرير عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعتي أرض
متفصلتين الواحدة عن الأخرى بعقد بيع واحد ، وتهد بوفاء دين قرضه بما يتبقى من ثمن الثانية ،
وانقضت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتي الأرض على السواء لمشتري
واحد يكر من باقي ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة
ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية لتجزئة (نفى مدني ٢٢ مارس
سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويجوز لدائي المشتري رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدينهم إذا أهل هذا
في رفعها (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(٢) نفى مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل
سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧ -
الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١) . وقضت محكمة النقض
بأن المشتري من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له على عقد
صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقده معه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله -
هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نفى مدني ١٦ أبريل
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) - وإذا رفع المشتري الدعوى على
كل من البائع والبائع لبائع ، فصل في الدعوى في صحة العقدين ، العقد الصادر من بائع البائع
لبائع والمقدم من البائع لمشتري ، كما أن كل الحقوق التي كسبها البائع من بائع تنتقل
إلى المشتري (نفى مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٣٠١) .

٢٧٥ - وهو صحة التوقيع : على أن المشتري قد يكون في يده ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، وبمنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد دعتنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقع في هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل شأناً ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أسلية بالإجراءات المعتادة للدعوى . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواه ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبه إلى سواه ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في المواد ٢٦٢ - ٢٧٦ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٢٧٧ - ٢٨٠ مرافعات) . ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء ، فإذا سجلها معاً انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

(١) مع ملاحظة أن يرفق المشتري هذين السدين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تستعمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر حقاراً مملوكاً لذير ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة تربيته أو ينيب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون النهر العقارى دعوى صحة التوقيع من بين الدعاوى التي تسجل معها ، =

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع المرصوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فإنه لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قلنا . فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يظن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلاً لفسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل

يقول الدكتور محمد شوق في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن سردناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعوى من المهررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنت مكاتب الشهر من شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور للمدعى فيها تعديل طلبه إلى صحة التعاقد الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه » (الشهر العقاري علماً وعملاً ص ١٩٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص (م ١٥) قد استبعد من المهررات الواجب شهرها دعوى صحة التوقيع » . انظر أيضاً الأستاذ محمد حل إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

ومهما يكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة و عهد قانون التسجيل كما قلنا . ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحيفتها ويمرض مكتب الشهر وتسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قصت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئاً ، بل لا بد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمها سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٤ ص ٧٢٣ - وانظر أيضاً احتشاف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠) .

(١) غارن محكمة استئناف لسيول ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩٥ (حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن المستحق) .

بجها يكون في دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البيع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع لتبائع بعد ذلك من الظن فيه بجمع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٢٧٦ مرافعات من أنه « إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أو ب جلسة » .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وانكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة لإلا حظ البائع أرمضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٢٦٩ مرافعات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا : (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية . (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المقتضى تحقيقها . (٣) خطه أو امضاءه أو بصمة أصبعه الذي يكتسب أمام القاضي » . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابته ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعه إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لو ارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذي قدمناه .

(١) نفس مد ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقص رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ -
١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذي أسلفناه (١) .

وبخلص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تتلخص فيما يأتي :

(١) المطلوب في دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب في دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذي تحمله ورقة البيع العربية هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع في دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يظن في البيع بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أو عدم النفاذ لأي سبب ، ولا يستطيع ذلك في دعوى صحة التوقيع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع في مأمن من أن يظن فيه فيما بعد بالطعون المشتم ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن في البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل بحقيقتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشير به المشتري على ما عيش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ في حق المشتري . أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التي تسجل بحقيقتها ، وإذا سجلت فلايس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاستجابة بتصرف صادر من البائع . والمبررة فيها بصدور

آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا أمكن ذلك (١) . يسجل المشتري الآخر عند قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع له مصححاً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذي يفضل على المشتري الأول (٢) .

من أجل هذه المربة الأخيرة في دعوى صحة التعاقد ، وهي إمكان الاحتجاج

= دعوى المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت راسماً صلح صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفي أثناء نظرها قام النزاع حل المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثاني ، وفصلت المحكمة في الدعوى بأن فصلت بين هذين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المشتري بما لا يتفق وما كان يرى إليه المشتري الثاني من تدخله في الدعوى — إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم في منطوقه بالنقض بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه في الظروف والمخالفات التي صدر فيها تدل على أن الفرض الحقيقي من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يتكون له تأثير في هذه الحقيقة ، إذ المبرة هي بما روى إليه الخصوم في دعواهم وبالطريق الذي سيروها فيه وانتهى إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع — سواء كان سنداً قانون المرافعات أو قانون التسجيل — لا تمدد أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع حل العقد مصداقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، فهي وتلك طبيعتها دعوى شخصية تندرج ضمن الدعاوى المدنية التمارية التي نصت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تحاذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس للقانون لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التي تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح صبراً لتسوية بينهما في جمل الحكم الصادر فيهما أداة صالحة لتسجيل العقد وما يتروى عليه من أمر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما في أثر استثنائي منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض من ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

(١) كان هذا ممكناً في عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض في الحكم الملخص في الخاتمة السابقة (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ نقول المحكمة في صدر تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل أثر رجعي متى من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع .

(٢) لكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصححاً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع عقاره إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى التصحح التي رفضها المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد سبق إلى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر من دعوى التصحح ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثاني عنده (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٧ ص ٣٠٧) .

بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزبة أن الحكم بصحة التعاقد يصنى جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع (١) ، بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من بسر في الاثبات وتجنب للدفع التي وأبناها في دعوى صحة التعاقد . وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع (٢) أقل من الرسم النسبي على دعوى صحة التعاقد .

٢٧٦ - البيع غير المسجل بنسب . جميع الالتزامات الأخرى

في جانب البائع وفي جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية بنسب . البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشتري . فينسب في جانب البائع أما بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل . بتسليم المبيع إلى المشتري . ويجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى ولو سجل عقد البيع . وإذا سلم المشتري المبيع ، وهلك في يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٣) . ذلك أن نبعة هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما سنرى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلا فانتقلت الملكية إلى المشتري ، ويهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشتري مالكا .

(١) وهذا في عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العقاري فقد قدما أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المهررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آنفاً نفس هذه الفقرة في الحاشية) .

(٢) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو خمسة جنيهات في القضايا الكتابية وبسببان في القضايا الجزئية .

(٣) الأستاذ عبد النعم البدراوى مقرة ٢٢٧ ص ٢٤١ .

ويضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق . كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطيع أن يحتج بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (٢) .

ويضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل . العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنسطة عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات

(١) نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ . ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم العقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائزاً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقى البائع حائزاً للعقار بنية تملكه حرة عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فإنه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع واطمأناً على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً للملكة إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يتملكه بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكاً له - فيما نرى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(٢) ولكن يجوز للبائع بمقد غير مسجل أن يطلبه تثبيت ملكيته في العقار المبيع ضد من ينازعه فيه هذا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٢٧٦)

والزاماً بتسلم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ
هكل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (١) .

٢٧٧ - البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً : وإلى جانب
الالتزامات التى ينشأ البيع فى جانب كل من البائع المشتري ، فإن البيع بوصفه
عقد بيع ترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه
يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد ، وأن البيع صادر
من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جبرية ،
كما ترتب على البيع المسجل ، ترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل
لا يعتد به وجوداً أو عدماً فى ترتيب البين لهذه الآثار .

فالباع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من
آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المباع
بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل .
فاذا صدر إنذار رسمى من البائع أو من المشتري إلى الشفيع (م ٩٤٠ - ٩٤١ مدنى) ،
وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خلال
خمس عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى (م ٩٤٠ مدنى) ولو كان هذا البيع
لم يسجل . وكذلك يجب على الشفيع ، فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان
الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إيداع كل الثمن الحقيقى الذى
حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقبدها
بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوايرها المجتمعة ، فى عهد
قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم يمتخ . بإدعاء القانونية العامة ولا شيئاً من
أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم بالبيع (٢) لا يمكن
تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما
فى ذلك من الضرر على المشتري الذى يرضى مهدداً بالشفعة ، وإذن يسقط

(١) نفس مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٢ - ٢٠ روبر

سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٠ .

(٢) من العلم المدنى الجديد من يوم الإنذار الرسمى بالبيع .

حق الشفع بسكوته مدة خمس عشر يوماً من يوم العلم بالبيع (١) ، لا من يوم التسجيل (٢) .

والبيع غير المسجل ، قبل التفتين المدنى الجديد ، يصلح سبباً صحيحاً في التنازع الخمسة (٣) . فإذا اشترى شخص من غير المالك ، ولو كان حسن النية ، بمقتد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ،

(١) من يوم الإنذار الرسمى بالبيع في التفتين المدنى الجديد .

(٢) استئناف مصر للدوائر المجلدة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ - المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضا : نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨ ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ .

وغنى عن البيان أنه إذا وجد نص يجعل الميعاد يسرى من وقت التسجيل ، كما في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مدنى) ، فإن النص يكون واجب التطبيق في الحالة التي ورد فيها بالذات .

وما يؤكد أن البيع غير المسجل يكون يبيماً بهذا الوصف في الشفعة ، أن الشفع إذا لم يسجل الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التي اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أى من المشتري الأول أو المشتري الثانى عقده . فالعبرة في الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضا هو الذى يأخذ فيه الشفع بالشفعة . وليس للشفع أن يمترض بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً في هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخته البيع الثانى ولو لم يسجل البيمان (انظر المادة ٩٣٨ مدنى وتقول : إذا اشترى شخص مينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تنسأب رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يسجل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التي اشترى بها .

هذا وإذا كان غير ضرورى أن يسجل بيع العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة ، فن الضرورى تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفع لابد أن يكون مالكا للعقار المشفوع به حتى يستطيع الأخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه . وسرى يسا بعد — انظر فقرة ٢٨٤ — أن الشفع إذا كان يشفع بعقار ولم يكن قد سجل سنه قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعى لتسجيله يحمل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والمقعة لا يأخذان بالأثر الرجعى لتسجيله حل ما سئبت ، ومن ثم فالأخذ بالشفعة عندها لا يجوز في هذه الحالة (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٠) .

(٣) قارن استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

فانه يملكه بالتقادم الحمسى ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي لإفادة التملك بالتقادم الحمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (١) ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح في التقادم الحمسى ، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً له حق الذى براد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٢) .

(١) نقض مدل ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . ونقول محكمة النقض في هذا الحكم : « قيل قانون التسجيل يكاد يكون من انجبع عليه فقها وقضاء أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي ، اعتباراً بأن المالك الحقيقي لا يمكن اعتباره غيراً بالمعنى المفهوم لهذا النص في باب تسجيل العقود القائمة الملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والتسول وأن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضرورى في وجودها القانونى ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية المتعارفة بالعقد ، ولذلك لم يلمح من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من موادها خاصاً بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقي عاقداً لواقع اليد ولا غيراً ممن لهم حقوق عينية على الثمن الموضوع اليد عليه ، فلا هو تلقى من البائع حقاً عينياً على العقار كان لا يخلقه عنه إذا علم بالسبب الصحيح في حبه ، ولا هو في حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح لتصدر من غيره عن طريق التسجيل ، لأن انتزاع العين منه ووضعه اليد عليه واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ في الإغفار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل . انظر عكس ذلك : ستشاف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٢ - استشاف محتفظ ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٥٠ - وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد المنعم بديراوى بقرة ٢٥٢ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد أن مشروع آثر هذا الحل حتى يمكن لتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى (مجموعة الأعمال التصديرية حل ص ٤٩٨) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت بأسس على خلاف القواعد العامة للرفاء بديرس معين (انظر عكس ذلك الأستاذ عبد المنعم بديراوى بقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر هدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد
قدمنا - الكلام في بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ،
قبل أن يسجل وبعد التسجيل . مع غير أن سجل هو بيع بهذا الوصف ،
فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأحد حكم هذا البيع وهو القابلية
للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من الماد ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا
الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً مبيعاً بالذات وهو لا يملكه ،
جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع
على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » (١) .

ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل :
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات عن عقوبة النصب للكذب من توصل إلى
الاستيلاء على نقود الخ . . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول
ليس ملكاً له ولله حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً يملكه وسجل البيع ، ثم باعه
مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً لجريمة النصب ولو أن البيع الثاني يسجل ، لأن البيع غير المسجل
يحتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبائع الثاني غير المسجل في عقار خرج عن
ملكه بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن
البائع يكون قد تصرف في عقار يملكه ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول
قد سجل ولم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أودع البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية
أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا
نصباً بطرق احتيالية وكان الجنى عليه فيه هو المشتري الثاني (أنظر في كل ذلك نقض جنائي
١١ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٤ ص ٢٦٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٢
مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ : مجموعة عمر الجنائية ٣
رقم ١٦٠ ص ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري
الأول عقده ، اعتبر متصرفاً بغير الإمكان ، وكان هذا نصاً الجنى عليه فيه هو المشتري الثاني
(نقض جنائي ١٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٧ ص ٤٤) . أنظر أيضاً
الاستاذ عبد الغني السراوي بقدره ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .

التي تفصيلنا أهمها فيما قدمناه ، تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع .

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، مستمراً لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمسروفات وتسليم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يدعي المشتري بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، وبصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدني الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه . وبيع ملك الغير يبقى قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

٢٧٩ - وبزبر البيع المسجل بأنه ينقل الملكية فمعرفة ما بين المتعاقدين

وبالنسبة إلى الغير : ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل (١) ، متى كان العقار ، قس البيع مماوكتاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (٢) وبالنسبة إلى الغير (٣) ،

(١) فإذا صححت حدود المقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم تصح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن العائد على تصحيح حدود المقار المبيع ورقه هو تعديل المبيع في جوهره ، حكمه حكم العقد الأصلي نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يصح تسجيله عند البيع على عقد التصحيح المحرر بعده وبمحل أسرار الأسمية في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون حتماً في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ من ٢١٣) .

(٢) وكذلك الخلف العام وأندان إذا لم يسجل تنبيه زرع الملكية قبل تسجيل المشتري لبيع (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ من ٩٢٦) .

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عمية من تحديد الغير ، مادام لا يوجد خلل لتعيين بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدني السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل -

ويحدد الغير على النحو الذي كان يحدد به في التقنين المدني السابق فيما قلناه
ويترتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التي تترتب
على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف في العقار
المبيع باعتباره المالك له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري
ثمن المبيع ونمازه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك
من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل
التسجيل (١). (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز
للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغليب المشتري باعتباره قد أصبح مالكا
له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . أما تحمل تبعه هلاك المبيع فقد قدمنا أنها
تنقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لأمع انتقال الملكية إليه (٢) .

ويترتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل
أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو
المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين
البائع فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذي تأخر عنه
في التسجيل . وينبغي على ذلك أنه إذا باع المالك عقاره لمشتريين ، وباع
المشتري العقار لمشتري ثانٍ وتمكن هذا من تسجيل عقده (٣) ، فإن الملكية
لا تنقل من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنقل
إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ،

== بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية لتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود
إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعي إلى وقت البيع ،
أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلي إلى هذه المسألة

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٣٩

(٢) أنظر في كل ذلك آتفاً فقرة ٢٣٩ .

(٣) نفرض جناباً أن المشتري الثاني يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه في الواقع لا يستطيع .
إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له (أى المشتري الأول)
مسجلاً ، وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شرائه . وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٣
من قانون الشهر على أنه « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني
وإنما لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التي سبق شهرها ... »

وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع ، وقد ظل مالكا للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذي سجل عقده أولا . وكان الحق في عهد التقنين المدني السابق يختلف ، فكانت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يمكن بتسجيل العقد الأخير منها . فكان المشتري الثاني الذي سجل أولا تنتقل إليه الملكية إذ يمكن بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذي سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثاني (١) .

في بعد ذلك أن نبحث : أولا - في انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أنتقالا من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعي من وقت البيع ؟ ثانياً - في انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

٢٨٠ - أولا - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل

أثر رجعي : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فاذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هي من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعي إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثرا رجعياً يستند إلى وقت البيع .

فنتعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

(١) الأستاذان أحمد نجيب اهلال وحسن بكى فترة ٢٧٥ من ٢٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨٥ - الأستاذ عبد المنعم ابيدراوى فترة ٢٢٣ - الأستاذ منصور مدظل منصور ص ١٢٨ حاشى ١ .

٣٨١ - الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - لم يسجل للتسجيل

أمر رجحان : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفتهاء
فى مصر (١) : إلى نصوص القانون وإلى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام
التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل
ذلك الحجج الآتية :

أولاً - نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقرر فى وضوح أن عقد البيع
يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل
لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة
الأولى منه على أن « جميع العتود الصادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء
حق ملكية أو حق عتارى آخر أو نقله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . .
ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . لا فيما
بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . وهذا قانون تنظيم الشهر العتارى تنص
المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق
العينية العتارية الأصلية أو نفاء . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على
عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة
إلى غيرهم » . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد
بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة
إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق
الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل .
ولم يمتل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص
قانون تنظيم الشهر العتارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية .
وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أمراً رجحياً ، فلا يجوز مخالفة نصوص

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زكى فقرة ٢٧٠ - فترة ٢٧٢ - الأستاذ
أنور سلطان فقرة ١٨٩ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٩٨ - الأستاذ عبد الستار عبد لباقي
فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد السمم البدرأوى فقرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور مصطفي منصور
فقرة ٧١ - الأستاذ اسماعيل غانم . ٨٩ - ص ٩٠ .

التشريع الواضحة في هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، في أحد المواضع ، أن يجعل للتسجيل أثرأ رجعياً ، صرح بذلك في غير لبس . فنص قانون التسجيل ، في خصوص تسجيل الدعاوى ، في المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر صنق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . » . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى في هذا الصدد أيضاً ؛ في المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب عن تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر صنق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق هينة ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثرأ رجعياً . بما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين . لما صكت عن ذلك ، ولنص عليه في الصراحة التي نص بها على الأثر الرجعى في خصوص الدعاوى .

ثانياً - ومما يقطع في أن نية المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع في كيفية انتقال الملكية وفي وقت انتقالها ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتى : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين . فيتحمم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء » (١) . وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل في نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المنارة إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا . تسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي . يجب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف ارجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العيني فيتراخي هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (١) .

ثالثاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الفرض الأساسي الذي توخاه المشرع بالتعديل الجوهري الذي أدخله على نظام الشهر كما كان مقرراً في التقنين المدني السابق . فقد قصد المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، توطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلانية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفي هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري في مصر . ولو قلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لاتسعت أمام المشتري أسباب التراخي في تسجيل عقده ، ما دام موقناً أنه مهما أبطأ في هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده إذن أن يسرع في التسجيل أو أن يبطئه ما دامت النتيجة واحدة في الحالتين .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري فقرة ١٧ - وتستر المذكرة الإيضاحية في نفس الفقرة فتقول : « فو عقد البيع مثلا لمشتري العقار الحق في تسلمه وفي الحصول على ريعه وثمراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشتري الحق في المالية البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً حقيقياً ، فإذا امتنع أو تأخر جاز لمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على الترويع فيه ويكون قابلاً للتسجيل . »

رابعاً - إن القول بالأثر الرجمي للتسجيل فيما بين المدينين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفي هذا شنود أراد المشرع في كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يتخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجمي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد في قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل مشبة شرط توقيني ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصص دائن على اختصاصه بمقار اشتراه مدينه بمقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى المقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون في هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن نقول به الطاعة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط توقيني لا انتقال الملكية إذا ما تحقق انسحب أثره إلى الماضي هو قول خاطيء ، فان حقيقة مرمى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيني لو وقع يكون له أثر رجمي يجعل التصرف ناقلا للملكية من يوم تاريخه العرفي أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها في المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدني (القديم) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بمحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التي لم تشهر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التي تتكشف بها هذه المحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقاري الذي يمس المشتري لعين قبل تسجيل عقد شرائه إياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف

عيناً في ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقاري ، ويجب أن ينصب على ماهر في ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل (١) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى المصطفى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعهود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأننا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن يقول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه مناداة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفع لم يكن مالكاً للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عند الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي :

« وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا بعلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التدبير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها

(١) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ من ٤٩٧

في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين . ففصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب العهديات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والتضام على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المبادرين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجح إنشاؤه في المستقبل (١) .

(١) نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .
وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ، ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معطلاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحققت شرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصحح حيث يكون التعليل على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً وترتب عليه أثراً قانونياً ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي . فإذا قضى الحكم بالشفعة على عيادة على مجاورة أرض الشفيح للأرض المشفوع فيها من حديق (القبل والشرق مثلاً) ، بمقولة أن تسجيل الشفيح عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨) .
وقضت محكمة النقض كذلك بأن الأصل أن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي . ولا يحتاج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى وترتبت على التأشير بمنطوق الحكم بسبب أثر التسجيل على تاريخ تسجيل الصحيفة ، وإنما أجازته على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه . وإن كان فإذا كان الحكم ، وهو في صدد المفاضلة بين أي المالكين أرض الشفيح أو أرض المشتري تعود =

٢٨٢ - الرأي المعارض - للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين

- ملاحظات صبرية : ونحن نؤثر الرأي المعارض ، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية .

ونستعمل قبل إيراد الحجج التى نستدل إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى - لا شك فى أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع إلى طبيعة الآ- حيل والمهمة التى يقوم بها . فهذه المهمة هى إعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبدهى الأيسرى هذا التصرف فى حق الناس ممن يعينهم الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت انعكس من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) .

والملاحظة الثانية - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف فى نقل ملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعي للتسجيل استناد خاطئ . قد كانت محكمة النقض موفقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط لواقف لا يكون إلا فى منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر شرط وعس عليه حكما ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق

= عليه منفعة أكثر ، سقط اعتبار الشفيع . نكأ لجزء من الأطنان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد منها لاحق لعقد المشتري الذى تولد عنه حق الشفعة ، فانه لم يخبره فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مصرية - أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضا : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف مخطئ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨) .

(١) وقد أشرنا إلى تأييدنا لهذا الرأي فى كتابنا "الإيجار" فقرة ٤٨٠ . وأول من قال بهذا الرأي الأستاذ عبد الهلام ذهبي (الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقاله فى المهامة ص ٦٠٦ - ٦٠٧) .

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حينه إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا ، وترتبه إلى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدمه لا عدم انتقال .

شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن الفرق بالأثر الرجعي لتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعي وإنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التي تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعي ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساغة من إنكار هذا الأثر في بعض المسائل ، وفي مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفي هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعي هو أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

٢٨٣ - القول بالأثر الرجعي أكثر استساغة من ناحية الصناعة

القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعي وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعي يكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية :

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه في تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع

(١) أنظر في أن الشرط أمر هارن ، وفي أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى التنية المحتلة للمتاعدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مال الشرط لما طلقا العقد عليه ولجلاء مقداً بسيطاً منجزاً الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ٤٢ ، ص ٦٥ .

ملحقاته ، والتمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع .
وفي هذا التعليل توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تحتمله طبيعة الملحقات .
فلحقات الشيء ليست جزءاً منه بتولد عنه كالتمر والنماء ، بل هو شيء مستقل
عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحفاً به . وقد حددت المادة ٤٣٢ مدني
ملحقات المبيع على الوجه الآتي : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل
ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء
ويعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتملك المشتري ثمر المبيع من وقت تمام البيع ،
على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ،
لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو في الوقت ذاته لا يفسر كيف
يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا
لا تدخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية
أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ،
وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون
عليه تكاليفه . وهذا التأصيل يقتضي القول بالأثر الرجعي للتسجيل ، فإذا
سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام
العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ، ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية الثمار الذي يفلها ، كما
هو الأمر في عقد الإيجار فان المسأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي
فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار في عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها
بالذات فملكها ، بخلاف ثمر المبيع فلنقله تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري
ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن
الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود
التراضى ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما بينت
المشتري ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التي ترتبت بينهما على التقابل بمجرد
حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وثراخى نقل الملكية بسببه ، أن يدعى
لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعى لنفسه . ومقتضى
ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع وبفلكه إن لم يتم بتسليمها فالحكم الذي لا يعطى
المشتري الثمن . ربيع لثمن المبيع من المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكماً خاطئاً
متميناً نقضه (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة محرراً رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠) .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف . ومن يقر الأثر الرجعي يعتبره قد تصرف فيما يملك ، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف . والرأى الثاني يصل في نتيجته العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول ، وهو أكثر استنساغاً من الناحية القانونية . وبين ذلك في مرض الآتي : اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (١) . وفي ٣٠ يناير سجل عقد شرائه . فعلياً في هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذى ينكر الأثر الرجعي والرأى الذى يقر هذا الأثر . فعلى الرأى الأول يكون ا باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له ، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه . ولما سجله في ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعي . ولكنه ، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذى باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذى صدر منه ، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذى أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب . وعلى الرأى الثانى الذى يقر الأثر الرجعي ، يكون ا بتسجيله عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب بعقد شرائه . فعلى الرأىين إذن يصح عقد البيع الصادر من ا إلى ب ، وتنتقل به الملكية من الأول إلى الثانى . ولتكن الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعي ، وتنتقل

(١) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل ا عقده . ثم صدر قرار وزارى في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأصلية للمبايعة التى تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتي تكون واجبة التسجيل وفقاً لأحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقارى مؤكداً لهذا الحكم ، فنصت المادة ٢٣ منه على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة للمبايعة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها . (٢) المحررات التى تتضمن تصرفاً منساقاً إلى ما بعد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون . (٣) المحررات التى ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى . (٤) المحررات التى تمها تاريخياً سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون فى محررات تم شهرها أو نقل بها بين مقتضاها لمن صدرت لصالحه .

في ١٥ يناير أى في اليوم نفسه الذى صدق فيه البيع بـ ب بحسب الرأى الذى يقر
أثر الرجعى (١).

(٣) إذا أحدث البائع بناء فى الأرض المبيعة قبل أن يبرهن المشتري عقد
شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، فلما أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية
إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بائناً فى أرض يملكها وقت
أن يبنى . وإذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت بيعه ،
كان البائع بائناً فى أرض لا يملكها فيعامل معاملة بائى بسوء نية فى أرض غيره .
وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء
مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه
"كرة أكثر استماعة من الناحية القانونية . فقد كانت محكمة استئناف مصر :
ولهذا إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة فى البيع قبل التسليم فيعتبر كأنه
لم يبيع فى غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن التسجيل
تنقل الملكية من يبرهن حصوله ، غير أن باقى التزامات الأخرى الناشئة من
البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالبيع ، لأنها فى الحقيقة التزامات
شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التمهيد . من حيث أنه من ضمن هذه
التزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كل ما يملكه أو ينقص فى المبيع - وهو
تزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو ركن التمهيد المذكور . ومن حيث
أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن فى ذلك إضرار من
غير مقابل يجرمه القانون المدنى ، وعلى المشتري الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة
أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يبنى بالفراش أو البناء فى أرض
غيره (٢) . وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم
بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل

(١) والأخذ بالأثر الرجعى هنا أكثر استماعة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل
معه دون أن يضر أحداً . فلما فرض أن ب رهن العقار فى المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ،
كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، وكان بائناً وفقاً
لنقطة المدنى السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى .
(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ الم ١٢ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا المقار (بناء) بينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (١) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكاره الأثر . فإنا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أحل بالتزامه في الألا بنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فهدم البناء وبأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ بمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٢) . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً يسوئية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء

(١) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر رقم ٨١ ص ١٥٦ - وانظر أيضاً :

نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٠١ .

(٢) ويخطو الأستاذ حلمي هجيت بدوي خطوة أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالألا يحدث تغييرات في العين . فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في المقار البيع ، فمشتري الحق في أن يطلب منه إزالته حل مصاديقه ، لا تطبيقاً للمادة ٦٥ مدني (تقديم) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاضاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء . هل أن يتفق مع البائع على مقدار الترميم الواجب دفعه ، وهو في أي صورة لا يقل من قيمة البناء مستحق الهدم . فإذا امتنع البائع وغم ذلك وأصر على هدم البناء ، وقد يعتبر هذا الإسراء من جانبه تعسفاً وتعمداً في استعمال حقه في إزالة البناء . وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الانساق هل أن يقدر الترميم الواجب دفعه بعد ذلك ، (مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١)

في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قدمناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة البيع من هذا الوقت . ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبني في الأرض المبيعة وإلا اعتبر بائناً في أرض غيره . وزيد أن نعال هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعاليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة المذكورة (٢) ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

٢٨٤ - القول بالأثر الرجعي هو ومرة القول المحسوس : ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المبيعة بعد أن تسلّمها وقيل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتري آخر انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة الباقي في أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكا .

(٢) ولنفس هذا يمين عن توضيح القاعدة التي تقضي بتحميل ثبوت الهلاك للمشتري بعد القبرس ولو قبل التسجيل ، فإن المشتري لا يكون مالكا للمبيع في هذه الحالة لأنه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يتحمل ثبوت هلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .

شراؤه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم - (١) . فإذا قلنا بالأثر الرجعي ، اعتبر المشتري مالكا من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أو بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائما شخصيا يزاحمه سائر دائني البائع المفلس في ثمن العقار المبيع . ولا نتردد في إثبات الحل الأول ، إذا ثبت أن البيع الذي صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لاشابة فيه من تواطؤ أو غش .

ومثل الافلاس الإعسار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعي واعتبر المشتري مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك ، قبل تقنين المرافعات الجديد ، في مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن تنبيه نزع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شراؤه ، اعتبر مالكا من وقت البيع أي قبل تنبيه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السبر في إجراءات التنفيذ (٣) . ولكن تقنين المرافعات الجديد أتى بنص خاص في هذه المسألة جعل الدائن العادي معتبرا من الغير منذ

(١) ليس في التقنين التجاري ما يمنع المشتري من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والمنوع هو قيد حقوق الامتياز والرهن (م تجاري ٢٢١) . ومع ذلك قارن نقض مدق ٢٠ سنة ١٩٢٥ مجموعة محر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .

(٢) أنظر م ٢٥٧ مدق .

(٣) وقد قدمت محكمة النقض بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يذم له الدائن العادي نازع الملكية حقا عينا على المعايير له التمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه ، وكل ما في الأمر أن يصبح في هذه من الغير الذين لا يحتج عليهم بالعمود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبيه : أنظر نقض مدق ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ مجموعة محر ١ رقم ٩٢ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ مجموعة محر ١ رقم ٣٠٩ ص ٢٨٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو حيف في التنفيذ فقرة ٧٠٢ - أنظر عكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ فقرة ٢٤٦ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٢٠٩ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه (١) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معسرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالِكاً من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٢)

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالِكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالِكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إجراء التسجيل ، فيكون وقت أن

(١) وهذا النص هو المادة ٦١٦ سرافعات ، وتجري الفقرة الأولى منها على الوجه الآتي :
« لا ينفذ تصرف المدين أو الخائر في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الهاجرين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ولا الراسي عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنفيذ طبعة ثالثة
فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣ .

(٢) وفي الغرض الذي يموت فيه البائع عن تركة موسرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليسومن الغير - من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل . وهذا القول أكثر امتناعاً من القول بأن الالتزام ينقل الملكية بين التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية في التركة تفضله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يفتن مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقضي بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

رهن العقار في ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه : إذ كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الرهن الذي يصحح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن ويترتب على ذلك أن الرهن في المثل الذي قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه أمة مملوكاً للمشتري الراهن ، وبأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٦٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرونا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كما للرهن الأول ، ويتعادل الرهان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طبيع العلاقات القانونية التي نحن بصدد معالجتها .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار بمجازر لعقاره وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالِكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرونا الأثر الرجعي - وسنناقش ما علقناه بحكمة النقض (٢) - فإن المشتري لا يعتبر مالِكاً للعقار المشفوع به إلا بعد البيع .

(١) قارن بحكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ مجموعة رقم ٢ رقم ١٦٦ من ١٩٢٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأعلنت عن الاعتصام فيه حتى عقار المشفوع قبل أن يحسن المأثور مقد شرائه ، ثم سئل المشتري العثم بعد ذلك وتصرف في العقار ، عاملاً بالشفعة بما التصرف الأخير ولم تعتمد بحق الاعتصام ، مع أن المشتري من المشتري كان يستطاع أن يكون من علم بحق الاعتصام من المفيد لولا خطأ أم الكتاب - بشر أيضاً في المثل الذي نبحث به بحكمة النقض بحكمة الامتثال الخاطئة في ، مايو سنة ١٩٣٦ - ٤٨ - ص ٢٥٤ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة رقم ٤ رقم ١١١ من ١٩٤٤ - وانظر أيضاً : نقض عدل ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة رقم ٤ رقم ١٦٦ من ٤٦٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة رقم ٤ رقم ٨٤ من ١٤٤ - ٨ يوليو سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ من ٣٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٨٢ من ٥٢٠ .

العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذي ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه (١) . ولا شك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاوراً للعقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون ونهيات الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أدر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني التي تجرى على الوجه الآتي : وإذا انتقلت ملكية العين المزججة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أي في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا ، فلا يمكن الإيجار في المثل المتقدم سارياً في حق المشتري ، وهذا هو الرأي الذي أخذنا به في عهد التصنين المدني السابق (٢) .

(١) وقد قيل بهذا فعلا (انظر الأستاذ عمر أبو شادي في شهر المحرق العقارية ص ١٤٦) .
(٢) عقد الإيجار لمؤلف فقرة ٤٨٠ - وكانت المادة ٣٨٩/٤٧٤ من التصنين المدني تجعل البيع السابق - لا نقل الملكية - هو الذي يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذ ذاك ما يأتي :
« ولا يرى أن قانون التسجيل الحديث . أثر في الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفسخ الإيجار . يمكن عقد الإيجار سابقاً عليه في التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يفسخ صحيح ينتج كل آثاره عند نقل الملكية . وعلى ذلك يجوز لمشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب من المستأجر إخلاء العين بعد التنبيه عليه بذلك في الميعاد القانوني . وعلى كل حال فإن المشتري =

٢٨٥ - القول بالأثر الرجعى هو الذى يتفق مع الفراءه العامه :

والآن بعد أن استعرضنا أمثله يستساغ فيها من ناحية الصناعات القانونيه إقرار الأثر الرجعى أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثله أخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبنى أن نبين لماذا يستصحب إنكار الأثر الرجعى على كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الأثر الرجعى فى مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الأثر الرجعى للتسجيل بنائاً ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الأثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل فى نظام الشهر الشخصى أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يتخطاها ، فهذا تقضى عليه طبيعته . ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العيى . مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العيى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس العقد هو الذى ينقل الحق (١)

= إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائمه الشخصيين ومنه المتأجر ، فيعتبر المشتري مالكا من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فيفسخ الإيجار حتى مع التناهي بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار (عقد الإيجار المؤقت فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جعل التفتين المدق الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه فى هذا الصدد صحيحا .

ويمكن القول أيضاً ، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص لآخر أرضا زراعية بعقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذ . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيف المقام هنا عن بعضها .

(١) والتسجيل فى نظام السجل العقارى يتم بموجب عقد مجرد (acte abstrait) ، غير عقد البيع . فعقد البيع ينشأ التزاماً بقر الملكية ، والعقد المجرى أى التسجيل هو الذى ينفذها تنفيذاً لهذا الالتزام . (م ٣٤ - الوسيط - ٤)

فيجب إذن ، في نظام انشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نفاها . ولا يترأخى المسبب عن السبب إلا لما منع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من أعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا لإعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فيها اللذان باشاه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من أعمال السبب في الحال ، فوجب أن يترأخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يترأخى العمل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نحتاط للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطرة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فعنى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام انشهر الشخصي ونظام الشهر العيني (٢) .

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .
(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام انشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يترس له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف . نزع إلى مشتراً آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . =

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية (١) ، فلا من أعمال البيع وإنتاج أثره في الحالا حيث لا يجوز دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضى إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ

= أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم يتبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجاً لهذا الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم . » ويقول الدكتور محمود شوقي في كتاب الشهر العقاري علماً وعملاً (ص ٣٩ - ص ٤٠) : « ولقد حارل الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يعالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بحمله ٣ ونصف في المائة بدلاً من ٥ / ١٠ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاقدين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظ من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضى بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر في ١٣ يولي سنة ١٩٢٨ والمتضم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) منع الحاكم من إثبات تاريخ المهررات التي أوجب القانون شهرها .. (ثالثاً) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إضفاء أو ختم لإنسان توفي ، نظراً لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضى بعدم قبول العقود العرفية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المهررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في مهررات تم شهرها . »

(١) وتقول محكمة النقض إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناتج للملكية ، وثانيهما تبعي وهو التسجيل . وإذا فالعقد الصوري المبنية على الفسخ والتدليس لا يصحها التسجيل ، (نقض مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة مهر رقم ٦٨ ص ١٨٣) .

- ماذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع استسرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (١) . مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري ، فوجب

(١) ويعتبر الأستاذ جميل الشرفاوي كثيراً من هذا الرأي عند ما يذهب إلى أن التسجيل في البيع يتصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر في منع السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وتختلفه يؤدي إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه جميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول في هذا الصدد : « وما دنا فلم ينه الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل ، فمضى هذا أن ترتب آثار التصرف التي يتم بها البيع ، بمعنى أنه يذشأ على عاتق المشتري التزام بالتزم وعلى البائع التزم بالتسليم والتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعل الغير . ولذا فان تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشتري بالرفاء والتزم من جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي ، ذلك أن نعر القانون على صورته الحالية لا يمكنه أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع ... وأحكام بحجة النقص المصروفة تفرص في قضائها انتقال الملكية رغم عدم تسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك في قولها .. إن المشتري متصرف إليه ، أي مشتري وليس دائماً هادياً ، أي له أن يقتضى من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جدية - لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض - في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بنى في عقار داعم بعقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره ... ولذا فاننا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل ، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع . ويبدو أن واضع هذا الحكم لم يفكر كثيراً في معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قد صدمهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصربين القيام بإجراءات التسجيل ، (الأستاذ جميل الشرفاوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ وهامش رقم ١ من هذه الصفحة) .

التربص حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل في بيع العقار، فإذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار (١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن يبحث للناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم،

(١) ولا يمتنع على هذا التفسير بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعياً يرجع إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف الخيارات في الالتزام التخييري بأنه شرط واقف، وقلنا في هذا الصدد ما يأتي: «ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلام من عماله المتعددة واجب الأداء مطلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله. وإذا هو لم يحصل من له حق الاختيار بالذات، فإنه لا بد حاصل من أقامه القانون مائة: القاضي في حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر: «وأما كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أجل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذي قد ساء، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام.. ويستند هذا التمييز بأثر رجعي إلى الماضي.. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن المحل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قلنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى. وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه العملية كانت شائعة بينه وبين المالك الأول، فبمعينة تركزت العملية فيه.. ويتربص على هذا الأمر الرجعي... (٢) كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما في المنقول المعين بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ أعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالكا لشيء منذ البداية» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧).

ولا يقاس دور التسجيل بدور الإفراز في نقل ملكية الشيء غير المعين إلا بالنوع، فيقال كما أن الإفراز ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ - ص ٣١٥). ذلك أن التسجيل إنما يكون في عقار معين بالذات، فلم تستعص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرره في خيار التعيين حيث كل من الشئيين معين بالذات. أما في الإفراز فالتعيين غير معين بالنوع، طبيعته تستعص على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت التعيين، إذ الملكية لا تنتقل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن المشتري غير المسجل ليس مجرد دائن عادي، بل تسميه محكمة النقض المشتري أو المنصرف إليه. ويصف القضاء المختلط حق هذا المشتري بأنه «حق مضاف إلى العقار (jus ad rem)» ، تمييزاً له عن محضر الحق الشخصي (jus in personam) ، وتقريباً له من الحق المعين (jus in rem).

فمن على وجوب التسجيل لانقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فإن الواجب إعمال النص ، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مجرعه . ولا يتم للمشرع قصده كاملاً إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني ، فأدخل السجل العقارى . وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء في مصر ، فأحسا وجوب التسجيل بالنص ، وهذا حق . ولكنها كانا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من غير التراضى ، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل (١) . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يجعل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم فيها هذا الحائل ، التى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، ففى بعضها وصلنا إلى هذه النتيجة ، ولكنها التمسنا للوصول إليها طرقاً أخرى استمداها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان فى وسعها ما دام قد ساراً طبيعة البيع أن يلتزماها إلى النهاية ، وأن يقولوا بأن البيع هو الذى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فانجبه الفقه والقضاء اتجاهات متعارضة مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى .

٢٨٦ - القول بالأثر الرجعى لا يتعارض مع نصوص القانون :
ولا يقتصر القول بالأثر الرجعى على أنه هو القول الذى يتفق مع القواعد العامة

(١) أنظر مثلاً ما كتبه الأستاذ جميل الشرفاوى : « ونحن نعتقد أن مؤيدى فكرة الأثر الرجعى للتسجيل يعيدون هذه المفكرة من إحساس بمثل ما جعلنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل فى الواقع الملكية إلى المشتري فى العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يريدون بها تفسير حق المشتري فى الثمار وتحريم البناء أو الفراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبرر فى الحقيقة إلا مع التسليم بالملكية للمشتري » (الأستاذ جميل الشرفاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

على النحو الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن « جميع العقود صادرة بين الأحياء . . . والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . فالنص يوجب تسجيل عند البيع ، ويترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ماورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فإدامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل ، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصابية أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » .

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « 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 . وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمتين المدنى فى هذا الصدد
الصدد ما بأتى : وأما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ،
حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية
منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب
نقل الملكية هو العقد (١) .

٢٨٧ - ثانياً - نقل الملكية بالنسبة الى الغير - هل يشترط

ممن التية فى المشترى الذى سجل عقده أولاً - فقرة عامة : قدما أن انتقال
الملكية بالنسبة الى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو
شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتراً ثم باع نفس العقار لمشتراً ثان ، وسجل
المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فان المشتري الثانى يعتبر المشتري
الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده .
أما كان المشتري الثانى قد سجل عقده أولاً فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن
بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا
يفضل المشتري الثانى فى هذه الحالة على المشتري الأول . وزى من ذلك أنه إذا
اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو
المتفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق
فى التاريخ التابت (٣) .

ويخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) وقد قدما عند الكلام فى التمتين المدنى السابق كيف يكون تحديه الغير فى التسجيل
(أنظر آناً فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة
من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ،
فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك
بالتفادى الخمس إذا كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل
عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذي سجل أولاً ؟ يمكن أن نتصور في هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط في صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولاً .

(والحل الثاني) ألا يشترط حسن النية في التسجيل ، وبكفي اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، مادام خير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذي تأخر في تسجيل سنده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التي يجعلها له الحل الأول .

(والحل الثالث) ألا يشترط في صحة التسجيل لاحسن النية ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذي فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثاني أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثاني بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل في أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يدان في قوته التسجيل في نظام الشهر العيني . ولا يجوز في هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يطعن في البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً ، ونهزم لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذي باعه ، فلم يعد عنده مال للوفاء بتعويض المشتري الأول . في هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه . ولكن العقار لا تخلص بملكته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذي له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه في المزاد

الجبري ، وبزاعمه في هذا الثمن دائنو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل في هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ في حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذي قدمناه .

وبخاص من ذلك أن هناك تدرجاً في قوة التسجيل بحسب الحل الذي يؤخذ به . فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط في صحته حسن نية المشتري . ثم يتدرج في القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار في هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف المهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقاري .

٢٨٨ - شرط حسن النية في عهد التقنين المدني السابق - اهالة :

وقد قدمنا أن الرأى الراجع في عهد التقنين المدني السابق هو اشتراط حسن النية في المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أصانيد هذا الرأى ، وأنه يعتمد على نص صحيح في التقنين المدني السابق ، هو نص المادة ٢٧٠/٢٤١ من هذا التقنين ويجرى على الوجه الآتي : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة الغير المتعاقدين عن ذوى القارة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، حتى كانت حقاوتهم عينية على سبب صحيح موهوطة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها (١) . » وقد كونا أن هذا الرأى كان ينازعه رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرفاً ، والبيث أن

(١) النص الفرنسي المساوئ : لا يعلمون ما يضر بها ، « كما قدمنا : ce qui sont »
conne for

هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشرع سيء النية ، بل ولو كان متواطئاً ، مادام عقد شرائه عقداً جدياً ، فإن كان عقداً صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتني هنا بالإحالة إلى ما سبق أن بسطناه في كل ذلك (١) .

والرأى الراجع من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى أضعف درجة من القوة كما سبق القول .

٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانونه التسجيل : أما في عهد قانون التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين المدنى السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٣٤١/٢٧٠ من التقنين المدنى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتي المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية فتشترط فى التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول فى الفقرة الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا دأخلها التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية فى العقود المنشئة واشتراطه فى العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩ .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٤ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٤٤ ص ١٦٠ (وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل) .

ولكن بقى الرأبان الآخران يتنازعان القضاء والنقمة . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فإنه يشترط عدم التواطؤ (١) . ورأى آخر يذهب إلى أن دون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تعجيل المشتري الثاني الذى سجل أولاً ، حتى لو كان سيء النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٢) .

(١) ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أنه بما يحاق الدال إلا يكون للتواطؤ جزاء، وإل فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تفر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإل أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول إنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإل أنه لا يتفق مع المطلق أن يكون حق المشتري يعقد غير مسجل سليماً في مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقاً مطلوب القوة : حكم الدوائر المحترمة لهيئة استئناف مصر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ١٩٢٧ الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ - رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٩٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ الهامة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٣ - استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .

وانظر الأستاذ عبد السلام ذهبى في الفس والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان

فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ وص ٢١٧ - ص ٢١٨

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أن قانون التسجيل قد أبق على نظرية التواطؤ في العقود الكاهفة وأهلها في العقود المنشئة ، وإل أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات العديدة في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإل أن قانون التسجيل قد خطأ خطوتين لإدخال نظام السجل العقارى فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتباً بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإل أن المشتري الثاني يتعاضد مع البائع ولا يزال الكا للبيع ، وإل أنه لا محل لتمسك بالمادة ٢٤١/٢٧٠ مدى سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . انظر من هذا الرأى : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ =

وقد أخذت محكمة النقص بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لإحسان النية ولا انعدام التواطؤ ، فإذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعاق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سبباً النية متواطئين ككل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا شيء من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حتماً عينياً على العقار يخرج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب التمدد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقص ، بهذا

= رقم ٢٢٠ ص ٧٠٦ - استئناف أسبوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤ .

وأ نظر الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٦٩ - الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقود انقسم الخاص ص ٧٢٩ .

وأ نظر في عرض الرأيين : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات فقرة ١٦٥ وما بعدها - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣ ص ١٦٥ - ص ١٦٧ - الأستاذ جميل الشراوى ص ١٧٣ - ص ١٧٦ - الأستاذ عبد المعز البدروى فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٧ .

(١) نقص مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتي : « ولا يجوز التحدى بمباراة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نسبت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يمد حكمها ، بقايا ، والدعوى اجولية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هي دعوى شخصية يرفعها دائر لإبطال تصرف مدنيته الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه ، والذى كان يعتمد عليه الدائن لفهم امتداده بحقوقه ، وليس من تناقض هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه . »

الرأى الذى اعتقته، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة. ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول، الذى تواطأ البائع والمشتري الثانى على الإضرار بحقه، يصبح محروماً من الحماية. لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ. ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض وبتفويضه مما عنده من مال، إن كان البائع موسراً. فاذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه، جاز للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لا لتثبيت ملكيته فى العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١)، وبزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه (٢).

== وانظر أيضاً : نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١٦ ص ٧٠٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٢٣٠. استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٥ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١٥ - وقارن : نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣ .

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان بقرة ١٨٢ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسكندرية فى هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف إليه الأول يعقد غير مسجل أن يرفع دعوى عدم تنفيذ العقد الثانى المسجل، إذا توافرت شروط الدعوى البولصية، ولم يمتد ذلك دائرته على المشتري الثانى الذى يبتطل التصرف له ليدفعه ليشترط استرداد الثمن الذى دفعه أو الحصول على التعويضات التى يحددها. على أنه لا يحظر أن يرفع من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى لربح بطلان التصرف الأول غير المسجل، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تعديلاً على مخالفة قانون التسجيل، فمخلاً عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف، وإنما تهدف إلى الحد من أضرارها فى حق الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى حال عديته. لذا ويجوز فى هذا المجال ما يقضى به من زالت الحفكة فيها وأصبحت غير مقبولة، وهو ليس من شأنه إبطال العقد الثانى بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها بأن يدفعوا المبالغ التى يرجع إلى ديونهم (٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ١٧). ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا تمتثلت الشروط المقررة للدعوى البولصية، فإن دعوى عدم تنفيذ العقد الثانى بطلان التصرف فيها إلى البائع، ويكون من حق المشتري الثانى تسجيل العقد بطلاناً بطلاناً بالتنفيذ عليها جميعاً استثناءً لغيره. وليس من شأن هذا التنفيذ أن يحد هذا المشتري إلا بحد حقه الابتدائى وما عليه الحكم بصحته ونفاذه، =

ولم نهلر محكمة النقص العقد الذى سجل أولاً فى حالة ما يكون عقداً
صورياً ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

= لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده محملاً بحق المشتري الذى
لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس لدائر و مقام التنفيذ يدينه أن يطالب بملكية العقار الذى
يجرى عليه التنفيذ (نقص مدق ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقص ٦ رقم ١٥٨
ص ١١٨٥) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشتري الذى لم
يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت هل التمسك بطلب إبطال
التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدق
للقديم ، فان إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب
الأصل فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى التولية ، وتكون المحكمة إذا
اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لجرده هذه الإضافة ، وأهملت حكمها هل ما بين الطرفين من
تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد
خالفت لمبادئ (نفس الحكم السابق) . وكانت محكمة النقص قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز
الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى العين المشتراة والدعوى التولية ، لأن كلا من الدعويتن تتناقض
مع الأخرى (نقص مدق ٩ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

وقد سارت محكمة النقص الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى التولية
على النحو الذى بطناه ، بدعوى أن المشتري ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يربط
إلى تمك المبيع ، فآل هذا الحق هو أن يدير حقاً عينياً . والدعوى التولية لم تشرع إلا لحماية
المفروق الشخصية التى لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون للمشتري إلا مطالبة البائع
بالتنفيذ المدفوع له من المشتري الثانى إذا وجدته و ماله (أنظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة
سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم منتقد من بعض فقهاء القانون الإبطال - أنظر
مقالاً للأستاذ كاديمينوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برناردى فى مجلة
مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى
فقرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١) .

أما محكمة النقص الفرنسية فتقضى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشتري الأول
المتأخر فى التسجيل على المشتري الثانى الذى سجل أولاً إذا كان هذا المشتري الثانى قد تواطأ
مع البائع ، ولا يكتفى أن يكون سبب التوبة (نقص فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ والورد
١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقص بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقده
شرائنه ، ولا يجوز دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري
عالمًا بأن الساع له أو مورثه متى أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت
أن عقد المشتري المسجل هو عقد صورى . ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري
وقت شرائنه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقص مدق ٣١ ديسمبر
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقص ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢) - وانظر أيضاً: نقص مدق -

إذا كانت محكمة القرض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تخصيص التسجيل كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل - رى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لانزال فيه حتى اليوم . ففي نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام بأن بها المتعاملون من أن تضيق عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحسباً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لانزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا ترى بدأ من الاعتماد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١) . وفى رأينا أن خبير طريق لنحصل إلى عمده النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل المدعى البولصية ، وليكن لا على النحو الذى تدمب إليه محكمة القرض ، بل على نحو خاص منصوص إليه فيما يلى (٢) .

٢٩٠ - شرط حسن النية فى قانون تنظيم الشهر العقارى :

كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه

سنة ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ من ٢٠٢ - ١ يونيو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ من ١٨٢ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ من ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ من ٢٢٤ - ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩١ من ١٨٨ - ١٩٠ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام القرض ١ رقم ٣٩ من ١٢٢ - ١٧ مايو سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام القرض ٤ رقم ١٤٨ من ٨٥٩ - ١ أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام القرض ٦ رقم ١١٠ من ١٥٣٦ - ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ بمجموعة القرض ٧ رقم ٩٧ من ٢٠١) .

(١) الأستاذ مزك السلام فى فى التصديق من ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى فقرة ٢٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فى فقرة ١٨٧ من ١١٧ - الأستاذ محمد الفتاح فى البيانى فى فقرة ٥٠٣ - الأستاذ جميل الشرباشى من ١٦٦ - الأستاذان منبسط ٣٨ ديبى من سنة ١٩٤٧ م ٥٠ من ٧١ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ١٢٢ .
(٢) أنظر ما يلى فى فقرة ٢٩٠ فى آخر الفقرة . من أنظر التبريد ٢ فى فقرة ٤٨٨ من ١٠٣٠ وبخاصة فى ٤ .

الرأيين اللذين ينازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة : الرأى الذى يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأى الذى يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الضرورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية : « وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شيء . بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بأهمية إجراءات نظام السجل العيني فيما عدا إمساك السجل ، والسجل العيني لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجتيه ، ولا داعى للتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني . أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى . وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً ، إلى أن انتهى الرأى إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نصراً للخرج الذى كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هذا النص فى المادة الأولى . ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة النقض ترى فى أى الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الخرج ، فلا تنص على التدليس فى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على التدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقارى غفلاً من النص على التدليس فى أى مادة من مواده ، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض

الأمر على القضاء (١) .

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لا يعتد به في العقود المنشئة . ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة القوية ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص في عقود المنشئة ، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضاً في المادة التاسعة في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، ومركولاً أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما ترى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قيل غفلاً من النص على التدليس في أية مادة من مواده . فقد نص ، في ممدد تسجيل الدعاوى ، في المادة ١٧ منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي اكتسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . ولما كانت المادة ٤٦ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها

(١) الدكتور محمود شوق في الشهر العقاري علماً وملاحاً ص ٢١٢ - ص ٢١٣ - وورد في مجلة الإيضاحية لشرع قانون الشهر العقاري : « وفي صدد التدليس لم ير محل للنص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للمنفوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة له الحقوق ، كما كتبه سابقاً أحكام الترواح العامة في هذا الشأن » .

دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشتري الثاني عقده ، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثاني ، فله أن يحتج على المشتري الثاني بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والفهم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري السابق كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع في نفس العقار . ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوماً في التقنين المدنى السابق ، مشروط لصحة التسجيل .

ولعل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محلاً للنظر ، أن يحسم قانون الخلاف فيها ، فبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلاً من ترك الأمر للفقهاء والقضاء ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقهاء الرأىان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكتفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادته الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذا الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعوا قانون الشهر . ومن ثم يتعين استبعاد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى

الذي يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده .
أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضحاً قانون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة (١) . وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطأها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بأرائه عاملاً

(١) والواقع أن واضع قانون الشهر العقارى قد جاوزوا الغرض الذى قصروا إليه عند ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأثير المشار إليهما خاضعة لتصرف المبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت النصوص والمبادئ المشار إليها فى هذا النص نصوص التقنين المدنى السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن النية إذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعى ، فبقي هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعى ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرتهن ، كمشترى من زالت ملكيته بأثر رجعى أو مشترى من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحميه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنته قبل تسجيله صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما » . فتمثل بحمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب ، بل أيضاً المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك إن وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أى غير عابثين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يرد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعى .

فلما أضاف النص إلى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعى دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، أدخل فى زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يتسلسل ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها من غير مالك أصلاً فى حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة دعاوى صحة التعاقد . فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستمد حقه من غير مالك أصلاً ، فلا يحصى ولو كان حسن النية ، إلا إذا استمد حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشترى بعقد صورى وكالوارث الطاهر كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ فى المادى) . وأما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف فى ملكه فيحصى ولو كان سيئ النية - أى يعلم بالتصرف السابق - لأنه استمد حقه من مالك لا يهدد ملكيته لزوال ، عالم يكن متواطئاً مع هذا المالك (تبارك فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١) .

من عوامل الاضطراب والزعزعة من الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، وبالعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب في كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى صيفاً معلقاً بهد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء .

فقانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعوا هذا القانون قد قصدوا مايراد استخلاصه من هذين النصين . فمن بادر إلى تسجيل سنده ، وسبق في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يفتح بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بنائاً في دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف في الذي اشتراه تافهاً لحسن النية . والتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكاً لما يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فمقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، في هذه المسألة ، فتضمنت بأن « العير سبيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم للشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثلاثة تعرف حسن نية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح انقضاء حراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها (انظر آتفاً فقرة ٢٠٢ في الغامش) .

مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر صبيء الذبة في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك - بائع - نشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الخريف المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يذكرون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافرت شروطهما (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرّة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كونه عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

(١) نقض مدق ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .
(٢) نقض مدق ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ —
وانظر أيضاً : نقض مدق ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ —
٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤
مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام

وهذا الرأي يجب أيضاً استبعاده لتطرفه في الناحية الأخرى ، كما استبعدنا
الرأي الأول الذي يتطرف في اشتراط حسن النية لصحة التسجيل (١) . ومهما يكن

= النقص رقم ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقص رقم ٦ رقم ٢١٠
ص ١٥٢٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقص رقم ١٩ ص ١٥٢ .
(١) والفقه المصري ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، منقسم ، ولكن السكينة أمارة
تقر محكمة النقص فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٨٢) وحجرت حسن النية لصحة التسجيل ، فيمكن لاشار
المشترى الثاني سيء النية أن يكون عالماً بالنقص الأول ولا يشترط نوازه مع البائع ، ويستند
في ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .
ويرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٠٥ - ١٠٧) أن حسن النية لا يشترط
لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثالث مع البائع يفسد التسجيل
ويجعله غير نافذ في المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون بحكمة النقص ، من الناحية العملية على الأقل . فيذهب الأستاذ
محمد علي إمام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) إلى أن التسجيل إذا أفسده التواطؤ
من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعماً لقوة التسجيل . وكذلك يدعي
الأستاذ عبد المنعم البدراني (فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩) إلى أن الامتناع بالتواطؤ صحيح
من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد قضاء
محكمة النقص . ويرى الأستاذ جميل الشرقاوي (البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٥٤
وهامش ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتباره أن التسجيل عنصر في إثبات
الحق العقاري امتنازه القانون استلزماً مطلقاً بحيث لا تحمل عنه وسيلة أخرى لتكيس دلالة
المثبت للحق العقاري المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور ، مستقلاً منصور (نشر
٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من
قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن سابقات اللجنة التي وضعت أن الشرط
لم يشأ أن يفصل في هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذي
يسير نحوه المشرع المصري من الأخذ بنظام التسجيل العيني . ويخلص إلى القول بأن اتجاه محكمة
النقص هو الذي سوف يستقر ، ويمكن أن تكون محكمة النقص قد أخذت برأي في مسألة مما لم تخطر
حتى تدبر منها . المحاكم الأخرى ، وخصوصاً أن هذا هو الرأي الذي استقر قبل قانون الشهر
العقاري . ويرى الأستاذ إسماعيل زاتم (مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ٩٢ - ص ٩١)
محكمة النقص على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان سرفس (منذ الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٤ هامش رقم ٣ - البيع
والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - والنظر أيضاً الأستاذ محمد علي مرقه في أسباب
كسب الملكية سنة ١٩٥٤ : فقرة ١٩٤ ص ١٥٤) إن قولنا حسن النية المذكورة في الفقرة
الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر منصور على دعوى الطعن في تعريقات المادة ١ =

من شفيح للرأى الذى نصر عليه محكمة النقص من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنفص به الاعتبارات العملية .

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقص تستند إليها فى قانون التسجيل ، عنده اكان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة وبسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه

== يته - عليها فسح أو بطلان أو إلغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية للحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . وفى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيق ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرى البائع منها . فصار وفاء هذا بالتزام نحو المشتري الأول وفاء عينياً غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد وتذاته ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقس من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسحه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، أت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك انغير ، كما هى الحال فى المشتري بمقد صورى وفى الوارث الظاهر (انظر آناً فقرة ٢٦٣ فى الهامش) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية هل الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسيفه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد، دفع المشتري الأول بطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيها أن التواطؤ يفهم التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم ينقل إليه هو ملكية العقار .

النصوص عن طريق الدلالة الراكبة ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن النية ، فن البديهي أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع الراجح ، والذي سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل مسنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا هذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو إذن سيء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد سبق تسجيله مسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستصحب على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تمنع بالرأى الذى نذهب إليه بحذف النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم ننقل بعد إلى نظام الشهر العيني . فنن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيني أحد مقوماته الجوهريّة ، وهو الحجية المطلقة للسند المسجل ولو ظعن فيه بالتواطؤ ، لنظام الشهر الشخصى لا تزال الدقة فى تجرى صحة السندات المسجلة تعوز ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيني . يشهد بذلك من تجرروا نظام الشهر القائم فى ناصيته العملية (١) .

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى ، وكان الأمين العام لصاحبة الشهر العقارى ، فى كتابه الصادر ما يأتى : « ونرى أنه يجب الأخذ بالنادى العامة فى شأن كاتبة المحررات على اعتبار أن التدليس يفسد المحررات المسجلة كما يفسد أى تور آخر ، نتيجةً لبدء التور بأن كاتبة يفسد أى محرر . . . ولا بد من اللجوء إلى قانون تنظيم التدليس العقارى الذى أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيني ، وعمل على ما يجب أن يكون لإجراء التسجيل بنية صالحة على الأقل ، أى أن يشاركون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة أولية فى سبيل الإصلاح الكلي للمحررات التى يجب فيه أن يسلط الجدل بين . وهذا العمل لا يجرى ولو غير وما يجرى من العمل

وبخاص ما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأي الوسيط ، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق بعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرر تسجيله في حق الغير ، وبذلك تحمي مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأي ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقتين . الطريقتين الأولى ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ يجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثانية هو الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسائر في هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين . وقد قلنا في الجزء الثاني من الوسيط (٢) في هذا التصدد ما يأتي : « وإذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً في وعده برهن أو كان دائناً مرتهاً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل

= القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاة النظاميين . أما هذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل شخصياً عموماً ، وهل الأخص في مصر حيث الملكية العقارية ما زالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتبسط على أساس سليم » (الشهر العقارى طبا وعملا ص ٣١٣ — ص ٣١٤) .

(١) أو يقال إن المشتري الثاني المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب له التعويض . وغير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل سنده .

ويلاحظ هنا أن المبيع ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثاني ذاته الذي كان محل التسجيل . وسبب العيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانوني ، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح هذا الفساد .

إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إخسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (١) . وفي الحالة التي نحن بصددتها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إخسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسرا حتى لو كانت عنده أموال كافية تفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل منده (٢) .

(١) وجاء في الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثاني من التوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٢ - جورنيه فقرة ١٢٢ وما بعدها - ريبير في القاعة الحقة في الالتزامات فقرة ١٧٠ - فقرة ١١١ - بونور ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها - بلايول وريبير وروبيانا ٧ فقرة ٢٣٦ - فقرة ١٤٨ - دي غلانس جزء أول في الدعوى البولصية *la loi paulienne* فقرة (١) .

(٢) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من التوسيط ، فقد ذهبنا إلى ما سبق أن أردناه في بعضنا العدد بما يأتي : ويرتد على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقارا يوم يسجل المشتري ، ثم يرد ثانية من حشر آخر ، ويأخذ المشتري الثاني إلى تسجيله فتراد مع البيع محل الإضرار بالشخص الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه تركز في العقار المبيع ، (التوسيط ٢ ص ١٠١٠ حاشية رقم ١) .

ويقترب من هذا ما تقدمت به محكمة الكانتون المصري عند نقضه يوم ثامن سجل طر وكلف أثناء البائع بعد ذلك في العقار المبيع لشراؤه بالمشتري . فقد ثبتت له أنه حك بأن حكم نصيب من عند البيع لا يملك ولا يملك أثره ، بل بالرد منه قاننا قاننا وبذلك يتضح أن البيع الالتزامات القانونية لها هذا النوع القانونية التي لا يبعد وفق القانون . والشخصي بالاشارة إلى الدليل الثاني من ذلك بالالتزامات . وفيه تركز على كون البرهنة ما يوجب أنه لا بد من

المبحث الثاني

تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام

البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء ، والمحافظة عليه حتى التسليم » .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالمحافظة على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلاهما فرع عن التزام أصلي ، فانهما يختلفان في أن الالتزام بالمحافظة على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) (١) . وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه

= نص المادة ٥٢ مدني ويطلب بطلان الوفاق الذي أنشأه البائع إضراراً به ، لأن التصرف يمنع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل للنقل بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحجة الوفاق المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشتري بالعقد غير المسجل لا يطالب بحق عيني مثل تثبيت الملكية أو خلافه ، بل يدفع دعوى الوفاق بالقول ببطلانه ، لوقوعه إضراراً بحقوقه بصفته دائناً بالتزامات تتركز على العين الموقوفة (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي - وفي القانون اللاتيني تبعاً له - فليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فإذا هلك الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فعجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك خطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بانقضاء : فيكون المشتري هو الذي يتحمل تسعة الهلاك ، ويسترد إلى ذلك فيما يلي .

يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لامع نقل الملكية في القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام يبذل عناية كما قدمنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسمى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . فاذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أقل حرصاً من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه . فاذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، لم يكره البائع مسئولاً بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سئرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فاذا هلك المبيع ، وتلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسئولاً ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة فى المسئولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحمله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسئولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشتري ، وتنتفى مسئوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بتسليم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (١) .

(١) وقد أورد تفنين الموجبات والعقود اقبان هذه الأحكام فى المادتين ٤١٥ و٤١٦ منه . فنصت المادة ٤١٥ على أنه « إذا هلك لشيء المعين الذى انقعد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ أرتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما تنقص من قيمته ، على الشروط التى يقتضاها يحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المتليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قدمنا . فنحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونناول بحثه تفصيلاً ، لنحدد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل في ذلك تبعة هلال المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بحالته ومقداره وملحقاته : محل التسليم هو المبيع المتفق عليه في عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي دان عليها وقت المبيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تبعة . فلستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

= الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الانقضاء . ونصت المادة ٤٦٦ على أنه « إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حاله ، وببضع ثمنه كاملاً » . وهذا النصان ليسا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيهما من الأحكام دون حاجة إلى نص .

(١) وسرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهميته حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فإنه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سئرى .

(٢) وقواعد التسليم في البيع هي التي تسرى في مجموعها على كل للالتزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كما في المعاوضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والغارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في عقد الإيجار صراحة على أنه « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعمل الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

١٥ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولما مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن الأخذ به في القانون العراقي : انظر الأستاذ حسن الدنون فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٩٣ - فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ . يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد في نص التقنين المدني المصري) .

أر في حالة مطابفة للعينة أو غير ذلك (١) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود انقلاق خاص بين المتبايعين بعين الحالة التي يكون عليها التسليم .

٢٩٤ - كيف تتبع مال المبيع وقت البيع : قدما أن المبيع يجب أن يكون معيناً معيناً كافياً ، وهذا التعيين الكافي ينطوي دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والفروض - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضى بأن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه « مستفادة من القواعد العامة » (٣) . فالبايع إذن يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المباعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتلات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري (٤) ، ما لم يوجد إتفاق

(١) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فيتفق للتبايعان على أن يسلم البائع المشتري العقار خالياً من الرهن بعد شطبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement) ، وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية ما دامت قد شقت وأصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف محتلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٣٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) . وليس البائع في هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها (استئناف محتلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٤) ، وأن يجعل المشتري ينفع بها (استئناف محتلط ٧ يربيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ =

خاص على غير ذلك (١) .

وإذا كان المبيع من المثليات التي لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع . لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ، فنصت على ما يأتي : « وبكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . » فالخالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فإلا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملازمة . فإذا لم توجد هذه ولا ذلك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يفن البائع ، ولا من صنف رديء حتى لا يفن المشتري (٢) .

= (ص ٢٢١) ، والمشتري صفة في طلب عدم الميثاق التي تقام في الشوارع المصمتة (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٥) . أما إذا وقف البائع بقية الأرض المقصدة ولم يتم بشق الشوارع واليادين ، جاز للمشتري نسخ البيع (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧) .
وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، ملهها البائع للمشتري هل هذه الحالة ، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ - ٩٠ ص ١٠٢) .

(١) أو عرف متبع ، وذلك كإخالة التي يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المعارف في بركة ميناء البصل (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بودري وصينيا فقرة ٣١٢ .
وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشتري وقت تسلّم البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى إن الحالة هي الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥) . أما إذا قبل المشتري المبيع واستعمله مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩) .

٢٩٥ - تغير حالة المبيع : والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشتري .

والمفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه ، فليس له بعد ذلك أن يمتنع بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، إذ أن سكوتيه هذه المدة يدل إما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع ، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه وزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه ، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام (٢) .

(١) استئناف مغلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩ (وماما المكان المشار إليها في الحاشية السابقة) . هذا وقد قصت المادة ٩٩ من التقنين التجاري ، في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن استلام الأشياء المنقولة يرد على أحرية النقل بطلان لكل دعوى على أمين النقل وعلى الوكيل في ذلك بالعمولة ، إذا كان المبيع الذي حصل فيها ظاهراً من خارجها . وأما إذا كان غير ظاهر ، فيجوز إثباته بمعرفة محضر أو شيخ البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالمبيع المذكور إلا إذا حصل الإخبار بها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب في المحكمة في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى خفيين اليمادين مسافة الطريق . وفي عن البيان أن هذه الإجراءات والموايد القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا عمل لتطبيقها في العلاقة بين البائع والمشتري ، فلو سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجازى لا يخطئ حقه بمجرد هذا السكوت ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول من حقه (انظر بودري وسيشيا نفرة ٣١٢ مكررة ثانياً ويشيران إلى المادة ١٠٤ تجاري فرضي) .

(٢) بودري وسيشيا نفرة ٣١٦ مكررة رابعاً - ص ١٠٥ - باج ٤ نفرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراني ، نفرة ٢٤٢ - الأبحاث على الشريعة نفرة ٦٠ ص ١٩٢ - ص ١٩٤ . =

فان ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سنرى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشتري أو بفعله ، فعليه هو مغية ذلك ، وليس له الرجوع بشيء على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بخادث فجائي ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذي قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر محلاً لهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويتفرع على ذلك أن المبيع إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً

= وإذا كان المبيع شيئاً معينة بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالتها وقت البيع ، وادعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموصوفة في عقد البيع ، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء إثبات أنه وفى التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع ، فالمفروض بقاء الشيء على أصله ، وأن المبيع لم يتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع ، وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه هو عبء الإثبات . وقد قدمنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضي الأمور المستحيلة معاينة المبيع أو تعيين حيز لمعاينته (انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ في الهامش) ، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالتعويض الخفي في المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفي فيفترض أن المبيع بحاله وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً لم يكن المشتري يهره . ودعوى الفسخ لعيب الخفي تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة .

قبيل التسليم ، كانت تبعة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تنبىر . الة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع . فإن كان هذا التغير بسبب أجنبي . كأن التحق طمى بأرض زراعية فزادت ، فإن الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع في مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن للمشتري نماء المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وإن كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك في ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فإن كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبالغ يساوى ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب برع ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن يستبقه طبقاً للأحكام المتقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كالمالية ، فليس للبائع أن يطلب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختار المشتري أن يستبقه مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فإنه لا يرجع بشيء مما أنفقته على المشتري ، فقد قدمنا أن تبعة الهلاك أو التلف على البائع .

— ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى الغلط في المبيع ، إذ الغلط يقتصر أن إرادة المشتري معينة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو - مادية . والغلط جزاءه دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما قدمنا . وكالغلط عدم العلم الكافي بالمبيع أو خيار الرؤية (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥٣ ويشير إلى تعليقات الأستاذ هيمار في المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧ و ص ٢٦٠) .

(١) نقض مدأ ٨ دسبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) إذ في كل تلك المادتين ٩٢٤ و ٢/٩٨٠ مدنى .

(٣) اه المادة ٣/٩٨٠ مدنى .

وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشيء آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئي لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً (١).

٢٩٦ - وهوذا اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قدمنا أن التزام

البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع على النحو الذي بسطناه إنما يقوم إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فانه هو الذي يسرى . والمشتري هو المكلف باثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبتّه وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً في الحالة المتفق عليها (٢) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع في حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع في حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم يفعل ، وكانت الحالة التي عليها المبيع فعلاً تفوت على المشتري غرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشتري غرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٣) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذي بسطناه عند الكلام في البيع بالعينة (٤) .

(١) بوددى وسينيا فقرة ٣١١ ص ٣١٢ وفقرة ٢٥

(٢) بوددى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا .

(٣) بوددى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة أولا

(٤) انظر أيضاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ٤٢٠ مدد

٥٢ - مقدار المبيع

٢٩٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٣ من التخصيص المدني

على ما يأتي :

١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد ،

٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتعبير ، أن يكس الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتي :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً (١) . »

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدى

على الوجه الآتي : « ١ - إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً عن هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . » وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ في المشروع النهائي - وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً » بعبارة « إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً » في صدر الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وفي لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة في الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى بعبارة =

وتقابل هذه النصوص في التصني المنذ السابق المراد ٢٩٠/٣٦٣ -
٣٧٠/٢٩٦ (١).

«إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصح نعيه العقد هدم الجدي بالنسبة للمشتري»
هارة «إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان ينسب لما أتم العقد». وذكر
في تقرير اللجنة أنه «قد جعل أساس الفسخ عدم إتمام المائدة للعقد لو أنه كان يعلم بوجود النقص»
أخذاً بالمعيار اللام الذي وضع في شأن الفسخ. وأضافت اللجنة إل الفقرة الثانية هارة «إذا كان
المبيع غير قابل للتبعضه لزيادة الإبضاح. فأصبح النقص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه
في التقنين المنذ الجديد، وأصبح رقم ٤٣٣. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته حتى
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ و ص ٦١ - ٦٣).

م ٤٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٥ من المشروع التهدي مطابقاً لما استقر عليه في
التقنين المنذ الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس
النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ص ٦٦).
(١) التقنين المنذ السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يسلح المبيع بمقداره أو وزنه أو مقامه
المعين له في عقد البيع.

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التي يقوم بمصها مقام بعض إذا بيعت حمله وتعين مقدارها
مع تعيين الثمن باعتبار أحادها، ووجد مقدارها الحقيقي أقل من المقدر في العقد، فتمشترى الخيار
بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً. وإذا زاد الوجود عن المقدار المعين،
فالزيادة للبائع.

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التي تقاس أو توزن ولا يمكن انقسامه
بغير ضرر، وكان قد تعين في عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار أحاده، فن حالة وجود نقص
أو زيادة في المقدار المعين، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع
دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي. أما إذا كان الثمن تعين جملة، فتمشترى الخيار بين فسخ البيع
وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه.

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة إلا إذا
كان الفسخ زائداً على نصف الثمن المعين.

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لفسخ البيع، فعمل البائع رد الثمن الذي تضمنه مع رسوم
العقد والمصاريف التي صرفها المشتري بموافقة القانون.

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالفسخ الواقع فيه يسقط حقه في احتياز
فسخ البيع، إلا إذا حفظه حذوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً.

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن، كذلك حق البائع في طلب
تكميل الثمن، يسقطان بالمسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد. (ملاحظة: كان مالك شريك
فيما إذا كانت مدة المدعى به أو مدة تقادم، وعدم التمييز الجديد الثلاثين بالمدعى بخرارة
بل أن المدة مدة تقادم).

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في النقص المدني السورى

= وقد ورد في الشريعة الإيضاح في شرح التمهيدى في شأن نصوص التقنين المدنى السابق ما يأتى :

" يتصل بتحديد المبيع أن يكون البائع قد صار لمشتري قدرأ معيناً منه ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض وبيعت هل أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً ما يعد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحال (السابق) نصوصاً كثيرة في هذا الموضوع . . .

وهي نصوص مأخوذة من الشريعة الإسلامية (مرشد الحيران م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلة م ٢٢١ - ٢٢٩) وتجزئ في الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . فنق الحالة الأولى : إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فله المشتري أن يفسخ البيع أو يقيه من بقاص الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي تنطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بسعر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان للمشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيق ، لأن تجزئة المبيع في هذا الغرض لا تجوز إذ التبعيض يضر . فإذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فالمشتري الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعملون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فبيان مقدار المبيع في مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما أعطى للمشتري حق الفسخ في صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لا يمكن في يده . فلا عذر للبائع في أمركت الحيلة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يكن في استخلاص القواعد العامة ، وبعضها يظنرى على شيء من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقصر على نص يعتبر تلخيصاً لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التقنين البولونى والمشروع الفرنسى الإيطالى . ويقضى هذا النص بأن البائع يضمن للمشتري القدر الذي عينه للمبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجازاة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصاً . ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المدعى ، كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً . . (ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين) ، أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) . ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محددأ بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدوا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المدعى - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يتق البائع ولا يطالب المشتري بزيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك . فإذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تمييز بين ما يضره التبعيض =

المادتين ٤٠١ - ٤٠٢ - وفي التفتين المدني اللبي المادتين ٤٢٢ - ٤٢٣ - وفي التفتين المدني العراقي المواد ٥٤٣ - ٥٤٦ - وفي تفتين الموجبات والعقود البناني المواد ٤٢٢ - ٤٢٧ (١) .

= وبين ما لا يضره ، بل بكل المشتري الثمن في المالتين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت جسيمة جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً لقواعد العامة وتفسيراً لنية المتماثلين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيرها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٦١) . ويلاحظ أنه أدخل على فصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان الثمن معيناً بسعر الوحدة ، وجب التمييز ما إذا كان المبيع يضره التمييز أولاً يضره ، وقد أورد النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يضره التمييز ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع لا يضره التمييز ، ويبدو أن الزيادة في هذه الحالة تكون - نصح كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٢٩٤/٢٩٨ و ٢٩٥/٢٩٩ :
« ولم ير المشروع محلاً للكلام في أثر الفسخ (م ٢٩٨/٢٩٨) فهو خاضع لقواعد التمساة ، ولا تلزم على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه باللفظ الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً (م ٢٩٥/٢٩٦) ، فإن هذا الحكم ظاهر لا حاجة للنص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا الفسخ وحده - يسقط إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .
هذا وقد أخذت نصوص التفتين المدن السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع أحكام الفقه الإسلامي (انظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للزواف جزء ٣ ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فترة ٣٢٥ - ٣٢٤) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤٠١ - ٤٠٢ (مطابقان مادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى أنزورقا فقرة ١٠٦ - فقرة ١١٣) .
التفتين المدني اللبي م ٤٢٢ - ٤٢٣ (مطابقان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٤٣ : « إذا بيعت بجملة من المسكيات أو بجملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعضها ضرر أو العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بجملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .
م ٥٤٤ : « - إذا بيعت بجملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعضها ضرر أو من العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بجملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فلتشتري =

تعرض هذه النصوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد

= فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المتأخر المبرمج
عصت من الثمن .

٢ - وإذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن
يعطى البائع عرضاً في مقابل الزيادة .

م ٥٥٥ : إذا بيعت جملة من المورونات أو المذروعات التي في تمييزها ضرر أو من المدديات
المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ،
فلمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بعصت من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ - في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق
في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة
قد حازر حصة في المائة من القدر المحدد للثمن المبيع .

٢ - وعلى كل حال لا تسع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء
ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمًا فعلياً .

(تنفذ هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدق المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة
أو النقص في التقنين العراقي بحصة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماع الدعوى في التقنين العراقي
بثلاثة أشهر ، وفي التقنين المصري مدة التقادم سنة . انظر في القانون المدق للعراق الأستاذ
حسن الذنون فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢) .
تقنين الموجبات والمقود البنائ م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نصر عليه
في العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتية بيانها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم
المشتري ، عند نشئه ، الكمية المبيته في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو بتثبته به المشتري ،
تحتم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً عما هو معين في العقد ،
وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المعين ، فلمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن
وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المبينة في المادة السابقة ، يفضى بالرجوع إلى
مدرجات حرائط المساحة ، فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس
يتجاوز الندر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على عين معينة محدودة أو على عقارات متشعبة مستقلة ، سواء بدىء
بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده ، فإن بيان القياس لا يحول البائع من استعادة الثمن
إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع
أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستعادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن
تقام في نفس اليوم التعاقد . وإلا سقط الحق في إقامتهما .

(وبخصوص التقنين البنائ مأخوذة من خصوص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٣)

عين مقداره في عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فداناً ، أو شيئاً معيناً مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جراًً وذكر أن مقداره عشرون هدأً أو رطلاً أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فننشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين على الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة المبيع ، (٣) والدعاوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

٢٩٨ - حالة نقص المبيع : إذا وجد بالبائع نقص ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء من أجل هذا النقص (٢) . فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان

(١) أما إذا لم يعين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتقد المشتري أو أكثر مما يعتقد البائع فلا يظن في العقد إلا بالغلط إذا توافرت شروطه (الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢) .

(٢) استئناف مغلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ - وفي بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مسئولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة (استئناف مغلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨) . فإذا طرأ طارئ ، كنقص في مياه الري أو فيضان ، وجب عليه إخطار المشتري حتى يتمكن هذا من المعاينة والتحرط بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مسئولاً (استئناف مغلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٧ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٨ =

للمشترى أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار البيع ، ولكن هذا لا يتحتم فالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عندما جعل جزء النقص في مقدار البيع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان البيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع . وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان البيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق) ، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة . وفي هذا يتفق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يحتم إنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار البيع (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ (م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق) . وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض ، وكان الثمن قد قدر بسعر الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المقدم (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) . أما إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة والمبيع غير قابل للتبويض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى الفسخ إذا كان النقص

= ص ١٦) . ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استثناء مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استثناء مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) . وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز فيضمن (استثناء مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١) . وقد يكون تحديد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فيتفيد هذه الكمية (استثناء مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٤) .

يزيد على ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه (م ٢٩٢/٣٦٦ مدني سابق) ، فلم يكن يجوز إنقاص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١) . وذلك أن التفتين السابق كان يعتبر القدر في المبيع إذا بيع بثمن مقدّر جملة واحدة وصفاً لأصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

٢٩٩ - حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف . فان لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (٢) أو مقدراً جملة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعض ، فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبعض (٣) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٢٩١/٣٦٥ مدني سابق) . وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعض ، فالنص صريح في أنه يجب على المشتري أن بكل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ف يجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٤٣٣/٢ مدني) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبعض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً ما دام الثمن

(١) فادأ أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فيسرى التقنين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إلى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالجموع في هذه الحالة لا يمس أن يكون عملية حسابية هي حاصل ضرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٣٢٣ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى ص ٣٩٦ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور . ص ١٣٤ هامش ٢) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، ص ١٦٦ تجعل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ويترب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦١) .

قا قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب
المشتري نكلة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للسابع حق الرجوع
عنى المشتري بدعوى نكلة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة
حسبما بحيث تكون نكلة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجبر المشتري
بزهدي في المبيع ويود لو أنه لم يتعاقد ، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب
فسخ البيع ، فلا يعود ملزماً بنكلة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً
في التفتيش المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين نكلة الثمن أو فسخ البيع ،
إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر
من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً حمة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير
قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة
بمقدار الأصل على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله
من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ،
وأن يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة . ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدى من أنه « إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً حمة واحدة ،
فإن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على التدر المعين -
وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك
يجوز البيع ، ولا يطلب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق
عنى غير ذلك (١) » . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التفتيش المدني السابق
م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

٣٥٠ - تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته :
وبخلص بما قد صاءه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعاوى ثلاث : (١) دعوى
إنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ من ٦١ - ويؤيد هذا الحكم إذا البيع كان في يد البائع
وكان في يده أن يتصرف بمقتضاه . فإذا قصر في ذلك ، وباعه بثمن زهده حمة واحدة ، فليس
له أن يجمع بينه وبين ذلك بل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع .

قدمناه. (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أيضاً إذا كان هناك نقص
جسيم في البيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن
بحساب الوحدة . (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة
في البيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة

وقد راعى المشرع في هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ،
فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة (م ٤٣٤ مدني) ، حتى لا يبقى
البائع (١) مهلهداً مدة طويلة يرجوع المشتري عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ،
وحتى لا يبقى المشتري كذلك مهلهداً مدة طويلة يرجوع البائع عليه بتكملة الثمن (٢).

(١) والبائع هو المتداول ولو كان قبل البيع شريكاً في الشئ ثم أفرز نصيبه وباعه مفرزاً ،
فإن الشريك الآخر لا شأن له بالمجز الذي يظهر في المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت
حالة الشروع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف
في حصته مالكاً لها ملكاً مفرزاً معدداً ، فإن أيهما لا يضمن في هذه الحالة إلا المساحة التي يبيعها
على التحديد في عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى حيز يظهر في المبيع . وذلك لأن تحميل كل منهما
نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشروع بينهما ، أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل
العجز الذي وقع في الحصة التي اختص بها (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣
رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالازاد الجبري (استئناف مخطوط ١٢ مارس سنة ١٩١٣
م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥
ص ٢٣٥) - هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة في مقدار المبيع الذي تعين في
العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعي أن البيع يتناولها حسن
المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعي أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً
مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الضمان ، أو كان الشئ
مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدم نهائياً بعد تقرير المبيع - فجميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى
- وهي ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهي المدة العادية للتقادم
(استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ٢٤ ص ٢٤ - ٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧
م ٢٠ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤
ص ٢٩٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦
ص ١٣٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨
ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٢
١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير
سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ - أوبره ، ورو ، ...)

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً ، فن هذا الوقت يستعين المشتري أن يتبين ما إذا كان البيع فيه نقص بوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوق دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليمًا فعلياً ، إذ التسليم الفعلي وحده دون التسليم الحكيم هو الذي يهي أسباب العلم بما تقدم . وانفسخ المجال للبائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليمًا فعلياً ، فلا يبرن تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يتبين عادة في هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق في طلب تكملة الثمن (١) .

= فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٠ - ص ٣٢١ وص ٣٢٠ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٢٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٧ و فقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تمهيد خصمى حصل بعد عند البيع الأصيل وتمهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التي تظهر في مساحة الأطنان الميعة (استئناف وطني ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٢) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدني قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف على المدة التي عينها القانون (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على مبادر للمطالبة بقيمة المبيع أو الزيادة في المبيع لا يمكن أن يترتب عليه تغيير في المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطني ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٢٥) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بسبب عجز المقدم قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بأسبغ بما يفهم منه أنه نزل نزولاً ضمنيًا عن حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدني سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ في الماش - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٤ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٠٠ هامش ١) .

ويجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف وطني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٢٩) .

(١) وغني عن البيان أنه إذا سقطت دعوى ابائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم للعمل ، لم يعد هناك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع لئيفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ في هذه الحالة تكون هي أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن ..

وقد كان التقنين المدني السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه للدعوى الثلاث سنة واحدة (١) ، ولكنه كان يجعل السنة تسري من وقت البيع (م ٢٩٦/٣٧٠ مدني سابق) ، أي في وقت يصبح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواد ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضع انتقاد (٢) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدني السابق بأن مدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥) . ولكنها قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالي استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩) .

(٢) ولذلك كان القضاء في بعض أحكامه يجرى مبدأ سريان السنة من وقت التسليم للفعل (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكه في أكثر الأحكام كان يجعل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقاً للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . هل أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن اتفاق المتبايعين هل مقياس المبيع في وقت معين لمعرفة العجز أو الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) .

وقد جاء في الملائكة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا الصدد : « يتبين مما تقدم في المادة السابقة - أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن إذا نقص المبيع نفعاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمّل المشتري على طلب الفسخ . ففي هذه الحالات جميعاً تسقط الدعوى في الفسخ أو في انقاص الثمن أو في زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا حقيقياً . وهذا الحكم أصحح عيباً في التقنين الحالي (السابق) ، إذ جعل للتقادم يسرى لا من وقت العقد (م ٢٩٦/٣٧٠) ، بل من وقت التسليم الحقيقي للمبيع ، فلا يمكن التسليم الصوري . وظاهر أن التسليم الحقيقي وحده هو الذي يمسى المشتري ولبائع كشف حقيقة النقص أو الزيادة في المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى انقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة في المبيع ، فإن التقادم يسرى من وقت للمدعى وفقاً لأحكام التقنين المدني السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هي التي تسري ، ولا يبدأ التقادم إلا من (م ٣٧ - الوسيط ج ٤)

وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولولم يكن لدائن نائب يمثله قانوناً (م ٢/٣٨٢ مدني) ولكنها تكوّن قابلة للانقطاع (١) .

§ ٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وتصد المتعاقدين (٢) » .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطني والمواد ٢٥٨ - ٣٦٢ مختلط (٣) .

= وقت تسليم المبيع تسليمياً فلياً . وقد ورد نص صريح في هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧ مدني على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسرى على المسائل الخاصة بيده التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

(١) الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وتصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المنبثقة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقروه يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ، ولا يشمل الثمار الناضجة . ولا الشجيرات المرروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صفارته التي يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجزء » . وفي لجنة المراجعة حذف الفقرة الثانية « لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها » ، وبقيت الفقرة الأولى وحدها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٤٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس التاريخ تحت رقم ٤٣٢ ؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤ - ص ٥٥ وص ٤٧) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٣٥٧/٢٨٥ : يجب أن يكون التسليم شاملاً لتسليم وللمبيع ما يمد

عن الصفاته الضرورية له . حسب جنس المبيع وتصد المتعاقدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني العراقي مادتين ٥٣٦ - ٥٣٧ وفي تقنين الموجبات والعقود البنائى المواد ٤١٨ - ٤٢١ (١).

= م ٣٥٨/٢٨٦ : في حالة عدم وجود شرط في عقد البيع تتبع القواعد المقررة في الأحواز الآتي بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بغير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع أبقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعية في الأوعية أو في بقعة مخصوصة منه المدة لسفل .

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من الدرروعات .

م ٢٨٩ وطنى : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن ندها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها بدون تلف . وفضلا عن ذلك يتبع في هذه المادة عرف البلد .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لا سيما إذا رجعنا إلى ما حذف من نص المشروع التمهيدى فيما قدّمناه باعتباره تطبيقات للقواعد العامة) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصرى وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - وثرة ١٠٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ ، مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراق م ٥٣٦ : على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ...

م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعيمها الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي لدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المفروسة على سبيل الاستقرار . (ج) كل ما يجرى العرف على أنه من مشتلات المبيع .

(وأحكام التقنين العراق متفقة مع أحكام التقنين المصرى - انظر في القانون المدني العراق الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ - فقرة ٣٩٢) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقة :

م ٤١٩ : ان تسليم اتعقار يشمل أيضاً الثوابت الحكيمة ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذى حل مبيعات جزءه .

تسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونحوه أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحده ما تشتمل عليه الملحقات في حالات معينة .

٣٠٢ - **تعمير معنى ملحقات المبيع** : تقول المادة ٤٣٢ مدني كآرأينا ، إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . وبوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) فيلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

يحق لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلا تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة إن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك . فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل في أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فاذا بيع حيوان مثلا ، فناء الحيوان أي كبره في الفترة ما بين البيع والتسليم داخل في أصله وليس ملحقا به ، وإن كان قد حدث بعد البيع . والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع (٣) . ومنتجات (produit) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه وليكن بصفة عارضة ذي بصفة دورية . فالمعادن التي تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التي تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذي يولد بعد البيع لا قبله (٤) ، كل هذه منتجات

== ٤٢١ : إن المتومات والأشياء النمية الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحب داخلة في البيع ، إلا إذا نص على العكس .

(وأحكام الفنين اللبناني تنفق مع أحكام الفنين المصري) .

(١) بودري وسببا فقرة ٣١٤ من ٢١٧ .

(٢) قارن بودري وسبباً فقرة ٣١٦ .

(٣) أنظر أيضاً فقرة ٣٩٥ .

(٤) أما تربيته فقد يكون من الملحقات .

الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وربع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من ثمراته . ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والثمار ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا بصفة وقتية - ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى ينيهاً للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل وبعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدني هي وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشاتل والشطأ من الملحقات ، وهذا كله مالم يوجد اتفاق بين المتبايعين . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طبائع الأشياء ، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التي سوردتها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعي عليه في الأرض التي اشتراها مؤسماً على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مشققة بحق ارتفاق مطلق محكوم به في مواجهة البائع ، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن التصرف في تلك الأرض لحق الارتفاق فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون ، ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي تردد في الارتفاق في مواجهة البائع - على المشتري رغم عدم توجيهه قد عالجت نفس المادة الثانية من قانون التسجيل (نفسه ، مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ ، بمرسوم ٤ رقم ٣٧٣ من ٢٠٤) .

المشترى بتملك أصل البيع ونمائه بعقد البيع ، لأن الأصل والنماء - وهو
- من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والثمرات لأنه
ملك للأصل الذي تولدت منه المنتجات والثمرات ، ومن ملك الأصل من
ما تولد منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، وبشملها التزام
التسليم . ونرى من هذا أن ملكية المشتري للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب
الذي يملك به الملحقات ، وقد صيقت الإشارة إلى ذلك (١) .

٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في صفقات البيع : ونورد بعض تطبيقات

توضح ماهي الأشياء التي يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة .
فالمبيع بوجه عام ، أياً كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ،
كسندات الملكية (٢) ، وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى في حق
المشترى وصورة من المستندات التي يستبقيها البائع لتضمينها حقوقاً أخرى غير
حق المشتري (٣) . ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ،
وكذلك بوالص التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة
إلى هذه البوالص خلتاً خاصاً (٤) .

(١) أنظر آناً فقرة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م
٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م
٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان
الاستحقاق) .

(٣) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد وتنص على أن « يلتزم البائع
أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة
بهذا الشيء » . وقد سبق القول إن هذه المسألة قد حذفت في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من
القواعد العامة : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ؛
ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١

(٤) وكذلك تنتقل الدعاوى التي تكون للبائع بالنسبة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان المسح
أرضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التعويض إلى المشتري ، وكذا إذا كان المبيع منزلاً تنتقل
إلى المشتري دعوى البائع بالنسبة لنيل المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل (بلانيول وريبير
وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعوى التي لا يجل فيها المشتري محل البائع =

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة في المطابخ والمغاسل (بنوار) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا التريات المعلقة (١) .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حتى الارتفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدني عراقي) . فإذا كان المبيع «عزبة» ، دخل في ملحقاتها المواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن ووزابي المواشي وبيوت الفلاحين

= كخلف خاص ، من ذلك دعاوى التعويض التي تكون لبائع عن إتلاف أو تخريب المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعوى العين التي قد تكون لبائع قبل بانه (أسيكليدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٥٠ - فترة ١٠٥١) . وتنتقل إلى المشتري دعاوى الضمان - ضمان الاستحقاق وضمان الميراث الخفية - التي لبائع قبل بانه (أسيكليدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٧١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على كل ما يحدثه المستأجر في الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمستأجر ، ثم باع المزرع هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كتبها المزرع قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وبقية ذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج من فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦ ص ٨٢) .

(١) أنظر المشروع التمهيدي والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التصديرية ، ص ٥٦ .
(٢) أنظر المشروع التمهيدي والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التصديرية ، ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حصده البائع وحزونه إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي لم ينتج باعتباره من ملحقات الأرض ، أما ما نتج منه ويمكن جنيهه ، وتمت تصديره فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٢) . ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق) : أنظر أيضاً : ١٦ الفصح ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٤ ص ٥٤ - كمبر ستر ٨ يوليو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٤ ص ٦٤ .

نحو ذلك (١). وكذلك يدخل من هذه الملحقات بلسبة ما يباع من العزبة على الشبوع ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفرزة لم تدخل هذه الملحقات تبعاً لأى جزء مفرز منها ، بل تبقى للبائع (٢) .

وإذا كان المبيع بستاناً (أرض جنائين) ، دخل في ملحقاته الأشجار المفروسة والتجار التي لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل في الملحقات الأنهار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل (النطأ أو المشتل) (٣) .

وإذا كان المبيع مصنفاً ، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات . المنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعيمهم ونحو ذلك . وإذا كان مبيع متجراً ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذي أقيم فيه المتجر والاسم التجارى (٤) وماركة الفابريكة ، والعملاء وحقود المستخدمين والعمال والتزامات

(١) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر في ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إلى فدان والأرض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ : أنا (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) - ولا يدخل دون ذكر المواشى في الأرض الزراعية التي امتنع البائع نقلها بسبب إجراءات صحية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨) . ويدخل تبعاً للأرض النخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥) . ويقضى عرف بالأدخل المزارع دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥) . أما الدوار فيجب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل في بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو رابورات أو مواشى أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة في عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الرابورات وكان نص عقد البيع قاصراً على الأراضي اعتبر البيع عن الأرض فقط (استئناف وطنى ٣ يونيو سنة ١٩٠١ المفقود ١٦ ص ٢٢١) ، ولا تدخل في بيع الأراضي المخازن المدة لحفظ الحصاد حتى المبنى منها في الأراضي ، ولا الآلة البخارية لرى هذه الأراضي مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شئ صريح في عقد البيع استئناف وطنى ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٥ .

(٣) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٤) مع إضافة عبارة قيد خلافة المشتري للبائع في متجره إذا كان الاسم التجارى هو الاسم

نسخه البائع .

للتاجر ودبونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاءه وليست مجرد ملحقات له (١). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذي شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من متجانه ويدخل في البيع كما قدمنا . ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٢) ، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فان عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٣) .

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فان حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٤) . ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه كؤلف ، لم يجوز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التي تشتمل على سر الاختراع وكيفية الاستفادة منه إفادة كاملة (٥) .

(١) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على أنه « لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبينة في العقد ، فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز ، لم يقع إلا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإجارة والاتصال بالملاء والسمة التجارية » . وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا عناصر المبيع ، لأن العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨) .

(٢) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والعهود البناني (انظر آتقاً فقرة ٣٠١ في الماشر) .

(٣) وإذا كان المبيع طائرة ، دخل في ملحقاتها الترخيص المجدد لها في الطيران ، لا سيما إذا كان المشتري قد اشترط ذلك على البائع (استئناف محتاط ٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ في فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل في البيع إلا بشرط خاصر (كولان وكابيفان ٢ هرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٥) بلانيول وديبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

وإذا كان المبيع أسهماً وسندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (١) فهي من الثمرات لا من المنسقات . وإذا ربح السند حائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في الغالب من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولاً آخر ، دخل في ملكه للمصندوق الذي يحتويه ، وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

المطلب الثاني

كيف يتم التسليم

٣ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .
فتبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم .

١٥ - طريقة التسليم

٣٠٥ - النصري القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١٥ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع

(١) استئناف مختلأ ٣ دبر سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٢) الفقرة ٤٢١ من قانون الميراث والعقود البناني (أنفا فقرة ٣٠١ في الهامش) .

قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .
٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبق المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧١/٢٧٢ - ٣٤٤/٢١٣ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٦ من المشرع التمهيدي على الوجه الآتي :
١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازة والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه .
٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذي يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح ، أو مستندات التملك ، أو بتغليط البائع له . ويكون تسليم الشئ بالسرقة أو بتهريبه أو بتسليم مفاتيح المكان الذي يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالتأخير في استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شيء وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء دون عائق .
٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان الشئ في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبق المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفي لجنة المراجعة - استثناء الشاذية له - ضمه ، رتبها ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ في المشرع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ استبدلت عبارة « مادام البائع قد سلمه بذلك » بعبارة « مادام يعلم أن المبيع تحت تصرفه » ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط المسك ، وأصبحت المادة رقمها ٤٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٦٧ وص ٦٩ - ص ٧١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧١/٢٧٢ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالاعتدال . م ٢٧٢/٢٧٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسليم العقار إذا كان من الباني يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر بتسليم حبه ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لو وضع يد المشتري عليه . وتسليم المنقولات يكون بالتسليم من يد إلى يد ، أو بتسليم مفاتيح الخازن الموضوعه فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٢٧٢/٢٧٢ : تسليم مجرد استرق يكون بتسليم سندها ، أو بتحويل المفاتيح البائع للمشتري بالاتفاق بها إن لم يرددهما مع من الاتفاق على التسليم . (ولا تخلف أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد) .

المادة ٤٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٠٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعتود البناني المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (١).

وبئين من النص أن التسليم إما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

(١) التفهيمات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ١١٦ - فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤ : (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨١ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتسكن به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من البائع له في القبض .

م ٥٢٩ : إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .

م ٥٤٠ : ١ - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو باعته منه ، أو وجهه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع . ٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وجهه أو رهنه أو تصرف في أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد قام هذا بنفس مقام قبض المشتري .

(والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصرمان فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٨٤) .

تقنين الموجبات والعتود البناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينفذ به بدون مانع .

م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عتاراً فبالتخلية عنه وبسليم مفاتيحه عند الانقضاء ، بشرط ألا يلاق المشتري إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالتسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المبانى أو الصناديق المحتوية هل تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبوله عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحصار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً - ويتم أيضاً بتحويل أو بتسليم شهادة الإبداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .

م ٤٠٤ . إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلاً ، يكون بتسليم الأستاد التي تثبت وجود الحق ، أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استهلاكه يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعل البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .

حكام في التقنين البناني لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري) .

٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما نقول النقرة الأولى

من المادة ٤٣٥ مدني فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوي إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري : وبشروط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستول على المبيع استيلاء مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستول المشتري على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٣) . ذلك أنه كما نقول الملائكة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (٤) - إذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع ، فإن التسليم ومع حيازة المشتري بالفعل

(١) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥

(٢) بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته. فقد يعتبر المشتري متمكناً للمبيع دون أن تكون له حيازته . وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً قسماً . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متتابعين ، وأعطى لكل منهما شيئاً من الخزان الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تملك المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلائيول وريبير وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذي لم يعقبه تسلّم في بعض الأحيان تسلماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التسليم (الأستاذ منصور مصطنق منصور فقرة ٧٦ ص ١٢٦) . ونؤثر أن نحفظ بعبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي ، أعقبه التسليم أو لم يعقبه ، تمييزاً له عن التسليم الحكي الذي يتعرض له فيما بعد .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

للمبيع التزام في ذمة المشتري (١). (٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع البيع
تصرفه على النحو المتقدم الذكر. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥
مدنى يقول في ذلك عن المشتري: « مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه » ،
وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه
بذلك » ، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٢) . ويظهر من ذلك أنه أريد
الأيكون علم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه
وبين البائع ، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه
حسماً لكل نزاع محتمل . فيجب إذن ، حتى يتم التسليم ، أن يخطر البائع المشتري
أن المبيع قد وضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار ، فقد
يكون بانذار رسمى إذا أراد البائع الاحتياط الشديد ، وقد يكون بكتاب مسجل
أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه قام
بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع المبيع تحت تصرفه .

ومتى اجتمع هذان العنصران : فإن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم
المبيع (٢) .

٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلى : يبنى في التسليم الفعلى أن نورد
بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع المبيع تحت تصرف المشتري على النحو
الذى قدمناه ، سواء كان ذلك في العقار أو فى المنقول أو فى الختوق المحردة .

(١) وقد يبادى المشتري البائع فيقبض المبيع دون اعتراض من البائع ، فيكون هذا تسليمًا
صحيحاً يبرى ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدنى العراقى فى الفقرة الثانية
من المادة ٤٣٨ : « وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يتقبض وسكت ، يعتبر إذناً من
البائع له فى القبض » (أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش .
(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ —
ص ٦٩ - وفى بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع ، فالتسليم غير التجربة
وهو يسبقها عادة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧) . ويجوز للبائع ، لإتمام التسليم ،
أن يعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً ، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة البيعة هو
مرض حقيقى (انظر مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام المنقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣١٠) .

فاذا كان المبيع عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بشئلية
البائع له ؛ فاذا كان داراً بسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ماله
من أثاث وأمتعة فيها . وإذا كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها
وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك . فلا بد إذن من إخلاء العقار
أولاً ، ثم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه . ويقع كثيراً أن يكون
مجرد إخلاء العقار منظوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء
عليه (١) ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن
من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري
من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض
حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن
المشتري من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون
في يد البائع . وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للفنيين المدني
الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القوانين العامة كما قدمنا (٤) - كانت
تنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء
المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » .

وإذا كان المبيع منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة
بمناولته إياه بدأ بيد ، ويتيسر ذلك في المقول في أكثر الأحيان . ولكن قد
يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان

(١) فلا ضرورة لأى عمل رمزي يصحب وضع العقار تحت تصرف المشتري (استئناف
مختلط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٦ .

(٣) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو
المبيع ، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التى معه للمشتري ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات
لا تنقطع في ملكية البائع للمبيع ، وتعرض أسعد للمشتري أو ظهر للمبيع ستحق . فعند ذلك
يرجع المشتري على البائع بضمم التعرض أو الاستحقاق (بلانويل وريجر وهامل ١٠ فقرة ٧٣) .
ومجرد التأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته للمشتري لا يبرر فسخ البيع (استئناف مختلط

٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ في الغاش .

آخر يحتوي هذا المنقول (١) ، أو بتحويل سند الشحن أو الإبداع أو التخزين
التي إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما (٢) ، أو بتسليم
هذا السند للمشتري إذا كان للسند لحامله (٣) . وقد يحصل ذلك بمجرد التولية ،
كما إذا كان المبيع محمولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق
الأشجار ، فيخلو البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولي هذا عليها (٤) . وقد
يحصل ذلك بافراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ،
ويقع الإفراز بالمد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فانه يوضع تحت تصرف المشتري
بند سند إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق
مع تمسكه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٥) . قد يكون المبيع حقاً
شخصياً لاحقاً عينياً ، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف
المحال له بتسليمه سند الحق لتمسكه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير
حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء
مستعمل في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي
الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على
أن يتم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح الخزانة الموضوع فيها ، فان هذا النص
لا يمتد إلى كل من يحمل مفتاحاً للخزانة ويكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح
لا يترتب عنه حقاً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة
كان مسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن
هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض
مدني ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ مجموعة عمر ، رقم ١١٧ ص ٣٢٧) .

(٢) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخر ، وللآخر حق قبض المبيع المودع
أو المخزون (استئناف محتاط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ؛ ص ٦٩ .

(٤) بودري وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ؛ ص ٦٩ .

(٦) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٦ ص ٣٠١ - وفي الأسهم
والكيبالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون
التسليم بالظهور ، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة (م ٢٩
و ١١٢ تمهاري) .

ويبين من هذه التاميلات - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) - أن طريقة التسليم تكيف حسب طبيعة المبيع (٢).

٣٠٨ - **التسليم الحكيمى** : ويقدم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى قدمناه التسليم الحكيمى ، أو كما ندعوه المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (٣) ، التسليم المعنوى . والتسليم الحكيمى يتم - كما نقول الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى فيما رأينا - بمجرد تراضى المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكيمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) ، وليس بعمل مادى .

وللتسليم الحكيمى صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، باحازة أو إعارة أو ودعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته ، ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشتري فى حيازته للمبيع ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (٤) . وهذه الصورة هى التى كان التفتيش المدنى السابق (م ٢٧٢/٣٤٣) ينص عليها وحدما . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك ، فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشئ من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu .

ثم يعود إلى نسله من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبنى البيع في بد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إزاء حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبنى الشيء في حيازة البائع كالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلى (٢) . وهذه الصورة الثانية لم بغرض لها التفتين المدنى السابق ، وشملها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التفتين المدنى الجديد فيما قدمناه .

وكلتا صورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكماً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدنى إذ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز وسماً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضحاً يده ولكن لحساب نفسه » (٣) .

وقد أورد التفتين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التفتين على ما يأتى : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكى المتقدمتين ، بأن فيها انتقالاً مادياً لحيرة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلّم المبيع ، هو شخص تعاقد مع

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *contitut possessorie* (بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤)

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٤ مدنى عراقى في هذا المعنى على أنه « إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إل بائنه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع » أنظر آتفاً فقرة ٣٠٥ و الحاشى .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آتفاً فقرة ٣٠٥ و الحاشى .