

Registration as a condition for transferring real estate ownership

Mesfer Anwar Mesfer Al-Otaibi

Master's Researcher - Faculty of Law, Aswan University

Professor Dr. Mohamed Abdel-Zaher Hussein

Professor of Civil Law, Faculty of Law, Beni Suef University

Abstract :

The seller is obligated to transfer ownership of the sold property to the buyer. The right to ownership of the property is not transferred between the contracting parties or to third parties except by registration. Failure to register, ownership remains with the transferor. The transferee, during the period between the contract date and the time of registration, has only a mere hope of ownership, without any right to it. In this regard, the Court of Cassation ruled that if it is proven that the buyer from the Real Estate Authority did not register their contract, the property subject to the contract remains with the selling authority. If it is allocated for public benefit, its allocation is considered to be state property, not property owned by an individual. Consequently, it becomes public property that may not be disposed of. This means that for ownership to be transferred, whether between the contracting parties or with respect to third parties, the sale contract relating to the property or real estate rights in general must be registered. This is what the Egyptian legislator meant when he stipulated in Article 934 of the Civil Code:

"In real estate matters, ownership and other real rights shall not be transferred, whether between the contracting parties or with respect to third parties, unless the provisions set forth in the Real Estate Registration Law are observed".

Keywords : Registration, condition for transferring, real estate ownership

التسجيل كشرط لنقل الملكية العقارية

مسفر انور مسفر العتيبي

باحث ماجستير - كلية الحقوق جامعة اسوان

الاستاذ الدكتور / محمد عبد الظاهر حسين

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق جامعة بنى سويف

مقدمة :

يلتزم البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، وحق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها. وفى هذا قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن المشتري من مصلحة الأملاك لم يسجلا عقدهما فإن العين محل التعاقد تكون باقية على ذمة المصلحة البائعة فإذا خصصت للمنفعة العامة فإن تخصيصها يكون قد ورد على مال من أموال الدولة وليس على مال مملوك لأحد الأفراد وبالتالي تصبح من الأموال العامة التى لا يجوز التصرف فيها.

معنى هذا لى تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير يتعين تسجيل عقد البيع الوارد على العقار أو الحقوق العينية العقارية بصفة عامة وهذا ما عنى المشرع المصرى بالنص عليه فى المادة ٩٣٤ مدنى : «فى المواد العقارية لا تنقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى» .

وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى على أن :

جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطرق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقوف والوصية.

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

* ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى التزامات شخصية بين ذوى الشأن.

يتبين من هذه النصوص أنه إذا كان يلزم تسجيل جميع التصرفات التى من شأنها نقل الملكية بعوض أو بدون عوض، وكان عقد البيع من العقود التى تؤدى إلى نقل الملكية فيجب تسجيله.

لكن ليس معنى استلزام التسجيل فى هذا العقد أنه قد أصبح عقدا شكليا أو رسميا، فالقانون لم يغير من طبيعة ذلك العقد من حيث كونه من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين وإنما قد عدل فقط من آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعل نقل الملكية وحده غير مترتب على مجرد العقد بل مترخيا إلى ما بعد حصول التسجيل أما آثار البيع الآخر فإنها تترتب على مجرد العقد ذاته ولو لم يسجل.

وبذلك أصبح الالتزام بنقل ملكية العقار لا يتم بقوة القانون، بل يحتاج إلى تنفيذ، ويكون تنفيذه بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل، ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات الملكية وبيان حدود العقار .

تظهر أهمية الشهر العقارى فى ضمان الثقة فى المعاملات العقارية لأنه يوفر عنصر العلنية فى التصرفات الواردة على العقارات، وخصوصا إذا لم يقتصر على التصرفات الناقلة للملكية فقط، بل شمل كافة التصرفات الأخرى التى تنشئ على العقارات رهونا رسمية أو حيازية أو حقوق امتياز أو تكاليف عينية أخرى. فلا يخدع أحد إذا اشترى عقارا أو اقترض نقودا بضمان رهن تأمينى فيستطيع المشتري قبل أن يقدم على الشراء أن يعرف المالك الحقيقى للعقار، فلا يتعامل مع غير مالك، ويتعرض لضياح الثمن الذى يدفعه.

لذلك عنيت الدول المتقدمة اقتصاديا بنظم الشهر العقارى عناية كبيرة وهناك نوعان لنظام الشهر العقارى هى نظام الشهر الشخصى، نظام الشهر العيى.

فمن ناحية أولى فأن نظام الشهر الشخصى نظام يقوم على شهر التصرفات بحسب أسماء الأشخاص الصادرة منهم تلك التصرفات وليس بحسب أرقام العقارات، ويقتضى التنظيم الفنى لهذا النظام إنشاء سجل عام فى البلد الواحد أو سجلات خاصة فى عواصم المحافظات أو فى المراكز والأقسام يرصد فيها كل تصرف ينشئ حقا عينا عقاريا، ويتم رصده بحسب اسم المتصرف، وتوضع لهذه السجلات فهارس متسلسلة بأسماء المتصرفين، بحيث إذا أراد صاحب الشأن معرفة ما إذا كان مالك معين قد تصرف فى عقار مملوك له بالبيع أو الرهن أو غيرهما أمكنه أن يطلب من أمين سجل الشهر فى الجهة الواقعة فى دائرتها العقار المذكور بالتصرفات التى تكون قد صدرت من المالك خلال فترة معينة تكون فى العادة السنوات الخمس عشرة الأخيرة. فإذا وجد كان ذلك دليلا على صدور تصرف أو

تصرفات من ذلك المالك على عقارات واقعة في الجهة المطلوب الكشف فيها، فيحصل الطالب على شهادة ببيان هذه التصرفات، بل يستطيع أن يطلع في ذات السجل على كل هذه التصرفات، أو يحصل على صورة كاملة منها، وبذلك يتسنى له معرفة ما إذا كان العقار الذي يهيمه ما زال باقياً على ملك المالك المذكور، وخالياً من الحقوق والتكاليف العينية أم حصل تصرف فيه وتحمله برهن أو امتياز أو بأى تكليف عيني. فإذا لم يجد اسم المالك المذكور في فهارس سجلات السنوات المطلوبة، كان ذلك دليلاً على عدم صدور تصرفات منه في تلك المدة. فيحصل على شهادة سلبية بذلك. وفي ضوء ذلك كله يقدر حقيقة المركز المالي للشخص الذي يريد التعامل معه بخصوص العقارات الكائنة بالجهة التي حصل الكشف عنها ومقدار ما يستحقه ذلك من أثمان.

وتتحدد خصائص نظام الشهر الشخصي بأنه طريق للعانية فقط، لا سبب لانتقال الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، فهو لا بد أن يستند إلى عقد صحيح لا تشوبه شائبة، لأن الشهر لا يظهر عيوب العقد، ويمكن استصدار حكم ببطان العقد المشهر والتأشير به في هامش تسجيل العقد، فيزول كل أثر لهذا التسجيل. وهذا هو النظام المتبع في القانون المصري على الرغم من صدور قانون السجل العيني ١٩٦٤/١٤٢ الذي لم يعمم تطبيقه حتى الآن. وللشهر الشخصي عيوب تتلخص في ثلاث، أولها أنه لا يمنح المشتري ثقة كاملة في ثبوت ملكية البائع للعقار حقيقة بسبب عدم دقة التنظيم الفني للسجلات التي قد لا تشمل كافة التصرفات الواردة على عقار معين على سبيل الحصر.

وثانيها أن نقص الحجية القانونية للتصرفات المسجلة، فهي لا تعد عنواناً للحقيقة، لأن هذا الشهر لا يظهر عيوب التصرف، فالتصرفات تشهر بحالتها دون التحري عن صحتها، فإذا كانت صحيحة بقيت صحيحة وإذا كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقية معيبة أو مزورة فالشهر لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يحصن عقداً باطلاً.

وثالثها صعوبة الكشف في السجلات. فالكشف عن حالة عقار معين يحتاج إلى أن يكون صاحب الشأن عالماً بالاسم بالكامل للمالك الحقيقي لهذا العقار واسم أبيه واسم جده، وعالماً بأسماء الملاك السابقين الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوبة. وهذه مهمة صعبة.

أما عن نظام الشهر العيني، فيمكن تعريف نظام الشهر العيني بأنه نظام يقوم على شهر التصرفات بحسب أرقام العقارات لا بحسب أسماء الأشخاص الصادرة لهم تلك التصرفات. ويتضمن التنظيم الفني لهذا النظام إنشاء سجل عام في البلد الواحد أو سجلات خاصة في عواصم المحافظات يرصد فيها كل تصرف ينشئ حقاً عينياً عقارياً، ويتم رصده بحسب رقم العقار. حيث تخصص صفحة لكل عقار تحمل رقم ذلك العقار ويثبت في أولها اسم المالك وقت إنشاء السجل أو اسم أول متصرف إليه بعد إنشاء السجل، وبعد ذلك يثبت فيها كافة التصرفات الخاضعة للشهر التي ترد على العقار أولاً بأول.

وتتحدد خصائص نظام السجل العيني في أنه يعتبر سنداً لانتقال الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، ذلك أن هذا النظام يقتضى عادة تخويل أمين السجل سلطة قضائية واسعة في فحص صحة التصرفات التي تقدم للشهر وقبولها أو رفضها، بحيث إذا قبلها وتم شهرها فإن الشهر في ذاته يعتبر سنداً للملكية، فلا يتأثر بعد ذلك بالطعن في صحة العقد المشهر. وإذا ثبت صحة الطعن فلا يملك من يضار من الشهر الذي تم خطأ سوى مطالبة الدولة بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء ذلك.

وتتلخص مزايا الشهر العيني في ثلاث، أولها أنه يمنح المشتري ثقة كاملة في ثبوت ملكية البائع للعقار حقيقة، بسبب دقة التنظيم الفني للسجلات التي تشمل كافة التصرفات الواردة على عقار معين على سبيل الحصر. الأمر الذي يوفر الثقة في التعامل ويساعد على زيادة الائتمان العقاري، وثانيها أنه يضيف على التصرفات المسجلة حجية قانونية كاملة فهي تعد عنوانا للحقيقة، حتى أن هذا الشهر يعتبر سنداً للملكية فلا يتأثر بعد ذلك بالطعن على صحة التصرف المشهر لأن هذا الشهر يظهر عيوب التصرف، وثالثها سهولة الكشف في السجلات، فالكشف في حالة عقار معين لا يحتاج أن يكون عالماً بالاسم الكامل للمالك الحقيقي لهذا العقار ولا بأسماء الملاك السابقين الذي تداولوه خلال المدة المطلوبة، إنما يكفي الاطلاع على صفحة واحدة من السجل هي الصفحة المخصصة للعقار المطلوب.

مشكلة البحث :

قامت جمهورية مصر العربية مغيرها من الدول بالكثير من المحاولات من أجل تنظيم التصرفات التي ترد على الملكية العقارية وخاصة التصرف بالبيع منها، وذلك عن طريق إصدار العديد من التشريعات المتلاحقة، إلا أنها لم تصل بعد إلى الطموح المنشود الذي يتمناه كل من يعمل في حقل القانون وهو اكتمال تطبيق قانون السجل العيني في الإقليم المصري بأيسر الطرق وأقل التكاليف.

ولكن من خلال دراستنا لتلك المحاولات التي قام بها المشرع المصري وجدناه قد تعرض للعديد من العقبات التي حالت دون الوصول إلى الهدف المنشود بل نراها زادت الأمر تعقيداً!

حيث توالت التشريعات حتى صار الأمر إلى ما نحن عليه الآن. وقد حاول المشرع أن يتلافى في كل مرحلة عيوب المرحلة السابقة، وهكذا إلى أن وصل إلى قانون تنظيم الشهر العقاري الذي صدر في سنة ١٩٤٦ وبدأ العمل به في أول يناير ١٩٤٧ ثم تبني المشرع نظام السجل العيني استجابة لإصرار الفقه والقضاء على ضرورة أعماله، وإيماناً منهم به لاستقرار الملكية العقارية، وقد تم ذلك بالقرار بقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ (السجل العيني) وإن كان قد تأخر بدء العمل به إلى سنة ١٩٥٠. إلا أن تبني المشرع العمل به لا يعني أنه استغنى عن القوانين والتشريعات السابقة (النظام الشخصي).

بل ترتب على ذلك أن صار نظام التسجيل في مصر مزدوجاً وإن كان ذلك إلى حين.

ومما يضاعف المشاكل والتعقيدات، التي تواجه انتقال الملكية العقارية بالبيع، أيضاً كثرة القوانين، وتعدد الهيئات الحكومية التي لها تأثير على انتقال الملكية العقارية بالبيع.

ولا شك أن تعدد تلك القوانين وكثرة تعديلاتها، وتداخل مراحلها في التطبيق على الواقع له تأثيرات كبيرة على انتقال الملكية العقارية والتصريف فيها بالبيع، وينسحب ذلك على الحالة الاقتصادية والاجتماعية وحتى القانونية بطريقة سلبية تعوق تطور وازدهار المجتمع لما تمثله الملكية العقارية من دور فعال وأهمية في الائتمان وجلب الاستثمارات ورؤوس الأموال مما يعود على المواطن بالرخاء والرفاهية ودفع عجلة التطور والتقدم إلى الأمام.

أهمية البحث :

أولاً : من الناحية النظرية :

تبدو الأهمية النظرية لموضوع البحث في دراسة البيع العقاري كتصرف مستقل في انتقال الملكية العقارية عن التصرفات الأخرى لنبين فيه التزامات كل أطرافه قبل وبعد التسجيل ودور التسجيل ذاته في نقل الملكية العقارية. وللإجابة على كل التساؤلات السابقة وكذلك نظراً لما يمثله البيع العقاري من أهمية كبيرة في المجتمع المصري وكثرة وقوعه في كل ساعة ولحظة تقريباً وتأثيره على الأمن والاستقرار الاقتصادي والاجتماعي.

ثانيا : من الناحية العملية :

انتشار عمليات البيع العقاري وكثرة وقوعها على أرض الواقع أعطى هذا البحث أهمية من الناحية العملية متمثلة في الإجابة على جل المسائل التي تدور حول انتقال الملكية العقارية بالبيع ، في ظل أزمة المساكن وكثرة جرائم النصب والتزوير في عقود البيع العقاري وحجج الملكية مما أدى إلى تكسب القضايا المتعلقة بذلك أمام المحاكم المصرية بشكل لم يسبق له مثيل ، وذلك بسبب عدم احترام القانون ، أو على الأقل الإحساس بأن القاعدة القانونية لا تحقق العدالة المطلوبة ، ورغم ما قد يكون في ذلك من انتهاك حرمة ملك الغير وبيع العقارات لأكثر من طرف حتى ولو كان ذلك جريمة يعاقب عليها القانون في كثير من الأحوال كجريمة نصب واحتيال .

صعوبات البحث:

إرتباط موضوع البحث بأكثر من فرع من فروع القانون سواء مجال القانون المدني أم في مجال القوانين الأخرى ، وايضا كثرة التعديلات للقوانين المتعلقة بالتصرفات العقارية ولوائحها ، وكان آخرها صدور قانون رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٢٠ المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٥ - ٩ - ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري .

منهج البحث:

سوف نتبع في هذه الدراسة منهجاً مختلطاً، فقد كان منهجاً تحليلياً ومقارناً في ذات الوقت ، فهو منهج مقارن لأننا لم نتناول موضوع التسجيل كشرط لنقل الملكية العقارية في ظل نظام قانوني واحد، فسوف نعقد مقارنة بين الأحكام الواردة في القانون المصري والكويتي .

ومن ناحية أخرى منهج تحليلي، حيث سنقوم بمحاولة تحليل كل جزئية وكل إشكالية ترد خلالها الدراسة في ضوء مختلف أوجه الأطروحات الفقهية والقرارات القضائية وتحليل القواعد القانونية المقررة بهذا الصدد، وبيان أبعادها وآثارها.

خطة البحث :

الفصل التمهيدي : طبيعة عقد بيع العقار والتسجيل العقاري.

الفصل الأول : القيد في ظل نظام السجل العيني.

الفصل الثاني : دور دعوى صحة التعاقد في نقل الملكية.

الفصل التمهيدي

طبيعة عقد بيع العقار والتسجيل العقاري

تمهيد وتقسيم :

الأصل في العقود الرضائية، أمر متفق عليه في غالبية التشريعات، ومع ذلك اختلفت هذه التشريعات بصدد العقد الوارد على العقار، بعضها اعتبرته عقدا رضائيا حتى لو استلزمت ضرورة إجراء التسجيل العقاري، حتى تنتقل ملكية العقار إلى المشتري، إذ يبقى العقد رغم ذلك على طبيعته الرضائية، وتشريعات أخرى اعتبرت العقد شكليا، يلزم له الرسمية متى ورد على عقار، بحيث إذا تخلف هذا الشكل كان العقد باطلا، ولا وجود له، ولا قيمة لتوافق إرادة طرفي العقد، طالما لم يلتزما الشكلية المطلوبة .

هذه الشكلية قد يشترطها القانون بهدف حماية أحد طرفي العقد، أو كلاهما، والتبني لطبيعة العقد محل التعاقد وخطورته، وإحاطة الغير بما يجري من تصرفات على كافة الحقوق العينية، ومع ذلك قد تشترط الشكلية من قبل الأطراف ذاتهم، وفي جميع الأحوال يلزم إتباع الشكل، وهو التسجيل العقاري .

تفصيلاً لما سبق أن أوضحناه بإيجاز ، نقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول طبيعة عقد بيع العقار ، بينما نتناول في الثاني ماهية التسجيل العقاري .

المبحث الأول

طبيعة عقد بيع العقار

تمهيد وتقسيم:

يعد عقد البيع من أهم العقود التي يتعامل عليها أفراد المجتمع، ويتميز بعدة خصائص، اتفقت القوانين على غالبية هذه الخصائص، واختلفت في بعضها، ومن الخصائص الثابتة لعقد البيع، والتي لا خلاف عليها أنه من عقود المعاوضة والمحددة والملزمة للجانبين (١)، ومن أهم الالتزامات التي تترتب على عقد البيع، التزام البائع بتسليم المبيع وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وبالمقابل لذلك يلتزم هذا الأخير بدفع قيمة الشيء الذي اشتراه، وهذه الالتزامات تتولد عند إبرام العقد.

وقد اتفقت جميع التشريعات القانونية على كافة هذه الخصائص، إلا أنها اختلفت في خاصية الرضائية (٢)، حيث تعترف جميع القوانين برضائية عقد البيع بشكل عام، بحيث يتم العقد بتراضي البائع والمشتري على المبيع والثلث وكافة العناصر الرئيسية للعقد، أما في شأن عقد البيع الوارد على عقار، وبالنظر لمكانة العقارات وتأثيرها على الاقتصاد، فقد تشعبت القوانين، فهناك من قرر البقاء على رضائية العقد وهذا هو الرأي الغالب، وقوانين أخرى قررت الأخذ بشكلية (٣) العقد بحيث لا يكفي لانعقاد العقد تراضي أطرافه، وإنما يلزم أن يصب التراضي في شكل معين، ولما كان العقد المبرم بخصوص بيع العقار ينصب على ملكية حق عيني، لذا كانت مسألة نقل ملكية المبيع تمثل الغرض الأساسي للمشتري، والتي من أجلها دفع الثمن المتفق عليه، وفي هذا قرر غالبية المشرعين عدم انتقال ملكية العقار على الوجه المعتبر قانوناً إلا بالتسجيل العقاري، والذي يتأتى بتسجيل عقد البيع في سجلات الشهر العقاري، وفي هذه الجزئية اختلف هؤلاء المشرعين في مكانة التسجيل العقاري ، بحسب النظرة لعقد البيع ، وقد تبع ذلك خلافاً بين الفقه حول الطبيعة القانونية لبيع العقار إلى اتجاهين، اتجاه يرى أن عقد بيع العقار عقد رضائي، واتجاه آخر يؤكد على شكلية عقد العقار.

وبذلك هناك تشريعات تنص بصريح العبارة أن عقد البيع الوارد على العقار يلزم لانعقاده توافر شكل معين، بحيث إذا لم يتوافر هذا الشكل كان العقد باطلاً ، كان على رأس هذه التشريعات القانون المدني العراقي، حيث اعتبر التسجيل أحد أركان العقد، بحيث إذا لم يتوافر كان العقد باطلاً، وتشريعات أخرى أخذت بشكلية العقد دون أن تصرح نصوصها بذلك ومنها القانون المدني الأردني، وتشريعات ثالثة منها القانون المدني المصري اعتبر عقد بيع العقار عقد رضائي، ينعقد بتراضي أطرافه، ولا يتوقف هذا الانعقاد على شكل معين، وبالتالي يترتب عليه جملة الحقوق

(١) د/نبيلة إسماعيل رسلان، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٥.

(٢) د/عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع والمقايضة، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٨٥، ص ٢٨.

(٣) لا شك أن الهدف الذي يستهدفه المشرع من اشتراطه للشكلية في بعض العقود التي خصها بهذا الشرط، وهو تنبيه أطراف التعاقد لمدى أهمية وخطورة التصرف الذي سيمرونه، وما يثيره من مشاكل وأثار على درجة من الأهمية التي يلزم الاحتياط لها.

والالتزامات الشخصية على طرفي العقد، مع تراخي نقل ملكية العقار المبيع إلى ذمة المشتري، لحين تسجيل العقد في مصلحة الشهر العقاري (١) .

وبالتالي لم يعتبر القانون المدني المصري التسجيل شرطاً لانعقاد العقد، بل أبقى على رضائية العقد، وتشريعات رابعة منها القانون المدني الفرنسي القديم، الذي اعتبر عقد بيع العقار عقداً رضائياً ينعقد صحيحاً منتجا لآثاره بتراضي أطرافه، دون استلزام شكلية معينة، ومن ضمن الالتزامات التي تترتب على العقد، التزام البائع بتسليم العقار للمشتري حتى تنتقل إليه ملكيته، وأخيراً تم تعديل هذا الاتجاه بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ بحيث أصبحت ملكية العقار تنتقل مباشرة للمشتري بالعقد، ودون استلزام التسليم من قبل البائع، أو أية شكلية أخرى. بذلك نتناول الاتجاهات الفقهية والتشريعية للتعرف على طبيعة عقد بيع العقار كالتالي:

المطلب الأول: عقد بيع العقار عقد شكلي.

المطلب الثاني: عقد بيع العقار عقد رضائي.

المطلب الأول

عقد بيع العقار عقد شكلي

في القانون الفرنسي، كانت المادة ١١٠١ من القانون المدني القديم تعرف العقد بأنه: " اتفاق يلتزم ، بمقتضاه ، شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل " (٢) . ولما جاءت التعديلات الأخيرة غيرت من مضمون هذه المادة وأصبحت على الوجه التالي " العقد هو توافق إرادتين بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو انتهاء الالتزامات " (٣) وهذا التغيير يتفق مع التعديلات الجديدة، إذ كانت المادة ١١٠١ في القانون القديم تقضي بأن العقد يترتب التزامات على طرفي العقد، ومنها التزام أحد المتعاقدين بالقيام بعمل ما، وهو ما يتفق وما كان عليه الحال في ذات القانون، حيث كانت المادة ١١٣٨ تلزم البائع بالقيام بعمل معين، هو تسليم المبيع للمشتري، ولما جاءت المادة الجديدة ١١٩٦ تقرر أن ملكية العقار المبيع تنتقل للمشتري بمجرد العقد ، دون حاجة لقيام البائع بأي عمل أو أي إجراءات أو شكلية، لذا تغيرت ألفاظ المادة ١١٠١ بحيث أصبحت تتوافق مع مضمون التعديلات الجديدة ، وما تضمنته المادة ١١٩٦، بحيث أصبح تعريف العقد خالياً من إلزام المدين بالقيام بعمل، وجاء التعريف الجديد للعقد يتوافق مع النصوص الجديدة، في تعبيراته " توافق إرادة شخصين من أجل إنشاء أو نقل شيء ما " ومن هنا أصبح العقد قادراً على نقل ملكية المبيع بمجرد إبرامه، بدون حاجة لقيام أحد طرفي العقد بإجراء التسليم، كما يتفق تعديل المادة ١١٠١ مع النص الجديد رقم ١١٠٩ الذي جاء يقول "يكون العقد رضائياً عندما ينعقد بمجرد تبادل الرضاء بين أطرافه بأي طريقة كانت، ويكون العقد شكلياً عندما تكون صحته موقوفة على استيفاء الشكليات التي يحددها القانون، ويكون العقد عينياً عندما يكون انعقاده موقوفاً على تسليم شيء معين".

ويرجع التزام التسليم لتأثر القانون الفرنسي القديم، بالقانون الروماني (٤) فقد كان الأمر مستقراً على اتخاذ الشكليات المعهودة عن القانون الروماني، كالقبض والإشهاد ، وفي البداية كان على البائع أن يضمن للمشتري الحيازة

(١) تم إنشاء مصلحة الشهر العقاري بموجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وهي مصلحة قانونية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ومستقلة وقائمة بذاتها، وتتكون مصلحة الشهر العقاري من قسمين أساسيان يكملان بعضهما الآخر، حيث يضم قسم التسجيل العقاري، وقسم التوثيق، لذا تعرف بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق.

(٢) Article 1101 du code civil français : le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas -faire quelque chose " .

(٣) Article 1101 du nouveau code civil français : "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destine a creer , modifier, transmettre ou eteindre des obligations " .

(٤) التزم الرومان بإتباع بعض الشكليات في شأن التعامل مع نقل الملكية وخاصة العقارات، لما ما لها من مكانة في المجتمع الروماني، ولم يكن عقد البيع ناقلاً للملكية، حيث كان تملك العقارات قاصرة على مواطني الدولة "الرومان" دون غيرهم، ومع الوقت سمح لغير المواطنين بالانتفاع بالمبيع. د/ عبد

الهادئة وقبض المبيع، ومع الوقت أصبح هذا القبض إجراء صورياً يتم ذكره بالعقد فقط ، فتنقل الملكية إلى المشتري دون حصول قبض مادي للمبيع، وفي تطور تالي أعاد المشرع الفرنسي على أن يلقي على البائع التزام بتسليم العقار إلى المشتري، دون أن يكون عقد البيع في حد ذاته ناقلاً للملكية، وبالتالي لم تكن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري إلا إذا قام البائع بتسليمه إليه.

وفي فترة تالية تغير اتجاه المشرع الفرنسي نحو إقرار القوة الملزمة للعقد، بحيث أصبح عقد البيع في القانون المدني الفرنسي عقداً ناقلاً للملكية، يكفي لانعقاده توافق إرادة طرفيه فينتج آثاره^(١)، ومن أهمها انتقال ملكية العقار للمشتري بمجرد العقد، وذلك بموجب نص المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي القديم حيث قررت أنه " يتم انتقال العقار المباع مباشرة من البائع للمشتري، بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن، حتى ولو لم يتم التسليم للمشتري ولم يتم سداد الثمن " ^(٢)، كما نصت المادة ٧١١ من ذات القانون، على ذات المضمون والتي جاءت تقول " تكتسب الملكية بالميراث، أو بين الأحياء أو بالوصية، وبموجب الالتزامات " ^(٣). ورغم صراحة هذه النصوص في قدرة العقد على نقل ملكية العقار المباع إلى المشتري، تضمن ذات القانون نصوصاً أخرى تؤكد على أن الأمر يستلزم قيام البائع بمهمة تسليم المبيع لمشتري العقار، حتى تنتقل الملكية، وبدون هذا التسليم لن تنتقل إلى الدائن وهو المشتري^(٤)، وهو ما ورد بنص المادة ١٥٨٢ من القانون المدني الفرنسي والتي جاءت تفيد بأن عقد البيع يمكن أن يثبت بورقة رسمية أو عرفية، حيث ذكرت: "بموجب الاتفاق يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه، ويمكن أن يثبت البيع بعقد رسمي أو بعقد عرفي " ^(٥) تبين من هذا النص أن عقد البيع يتم بتراضي الأطراف منتجا لجميع آثاره، ومنها التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وكذلك التزام المشتري بدفع ثمن المبيع، وذلك بمناسبة تعريف عقد البيع حيث ذكرت أنه: "اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين (البائع) بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع الثمن ويجوز أن يتم بعقد رسمي أو عرفي" وبهذا أقر المشرع الفرنسي بأن عقد البيع ينعقد باتفاق الطرفين المتبايعين ، بحيث يلتزم أحدهما بتسليم الشيء المبيع إلى الطرف الآخر، ويلتزم هذا الأخير بدفع الثمن، وهو ما يعني أن عقد البيع لا يعد عقداً ناقلاً للملكية، وإنما يتولد عنه التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري .

الغريب في الأمر أن نص المادة الذي قرر التزام المدين بتسليم المبيع حتى تنتقل ملكيته للدائن كان هو الأسبق، وتلاه نص المادة ١٥٨٣ الذي قرر رضائية العقد وقدرته على نقل الملكية مباشرة من البائع إلى المشتري، بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن، حتى ولو لم يتم التسليم للمشتري ولم يتم سداد الثمن، وبالتالي تنتقل الملكية دون استلزام التسليم الوارد بالمادة ١٥٨٢، وكأن المشرع قد تراجع عما قرره في المادة السابقة ١٥٨٢ مقررًا انعقاد البيع رضائياً وانتقال الملكية بناء على اتفاق طرفيه، بموجب المادة ١٥٨٣.

من قراءة النصين السابقين يتبين أن المشرع الفرنسي وإن لم يكن واضحاً في تقرير طبيعة عقد البيع الوارد على العقار، هل هو عقد ناقل لملكية العقار، أم غير ناقل للملكية، إلا أنه كان صريحاً في تقرير رضائية العقد، حيث ينعقد بإيجاب وقبول المتعاقدين، ودون حاجة لأي شكليات، وإن كان قد تأثر بشكلييات القانون الروماني، فلم تمس هذه

الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، مطبعة نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٤٠٨، د/ محمد عبد المنعم بدرأوي، القانون الروماني، الأشخاص والملكية والحقوق العينية المقررة على ملكية الغير، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٩، ص ١٧٥.

(١) Pascale Bloch, "L'obligation de transférer la propriété dans la vente" 1988. p. 85.

(٢) سبق ذكر المادة ١٥٨٣.

(٣) Article 711 du code civil français: " la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations " .

(٤) Philippe Simler, " Obligation de donner et transfert de propriété, Contribution a la question de la classification des obligations, 2011.p.56.

(٥) سبق ذكر المادة ١٥٨٢.

الشكليات مسألة انعقاد العقد ذاته، الذي يتم بتراضي أطرافه، فعقد البيع يبقى رضائيا حتى وإن استلزم لنقل ملكية المبيع اتخاذ شكليات معينة كالتسليم أو غيره، وهي أمور لاحقة على انعقاد البيع، حيث يستخلص من نص المادة ١٥٨٢ أنه بمجرد إتمام عقد بيع العقار يقع على البائع التزام بتسليم العقار للمشتري، وهو ما يعني أن العقد قد تم ورتب آثاره، أما نقل ملكية العقار للمشتري فإنه يتم من خلال تنفيذ المدين لالتزامه بتسليم المبيع، وهو ما يستلزم من البائع القيام بعمل ايجابي يتمثل في تسليم البائع المبيع للمشتري، وبالتالي بدون هذا العمل لن تنتقل الملكية للمشتري، في حين جاءت المادة التالية والتي تحمل رقم ١٥٨٣ تفيد بأن الملكية تنتقل مباشرة بمجرد الاتفاق، دون استلزام أن يقوم البائع بعملية التسليم المشار إليها في المادة السابقة^(١).

وتأكيدا على ذلك ذكر في نهاية المادة ١٥٨٣ العبارة الآتية: " ولو لم يتم التسليم أو سداد الثمن " وبالتالي يظهر لنا أن هناك تعارض بين مضمون المادتين، وبهذا يمكن التقرير بأن المشرع الفرنسي لم يكن واضحا في مسألة نقل ملكية العقار، ومدى قوة العقد وقدرته في نقل الملكية دون استلزام أي إجراءات أخرى، فعقد البيع وفقا للقانون المدني الفرنسي القديم لم يكن ناقلا لملكية العقار إلى المشتري بمجرد العقد، وإلا لما كان هناك داعي لورود نص المادة الجديدة ١١٩٦ التي تقضي بانتقال الملكية بمجرد العقد، ثم أعقب المشرع بعد ذلك بإلغاء المادة ١١٣٨ التي تشترط التسليم حتى تنتقل الملكية للمشتري^(٢):

" l'un s'oblige, a livrer une chose "

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي كان محقا حينما قرر إلغاء نص المادة ١١٣٨ من القانون المدني الفرنسي بموجب التعديلات الأخيرة لعام ٢٠١٦ حيث كانت تستلزم من البائع تسليم الشيء المبيع للمشتري بمجرد إبرام العقد، إذ لم يكن عقد البيع وحده ناقلا لملكية المبيع إلى المشتري، وإنما كان البائع ملتزما بتسليم المبيع للمشتري، وحين جاءت المادة ١١٩٦ من القانون المدني الفرنسي الجديد، ذكرت صراحة أن عقد البيع ينقل ملكية المبيع من البائع للمشتري مباشرة بمجرد إبرام العقد، كما يجوز لأطراف العقد الاتفاق على تأجيل نقل ملكية المبيع إلى فترة أخرى يتم الاتفاق عليها، كما قررت التعديلات المذكورة إلغاء نص المادة ١١٣٨ من القانون المدني الفرنسي لتعارض مضمونها مع ما جاءت به المادة ١١٩٦. وبذلك يتفق مضمون المادة الجديدة ١١٩٦ مع مضمون نص المادة ١٥٨٣ التي أكدت على أن الملكية تنتقل مباشرة بمجرد اتفاق أطراف العقد، دون أن يتوقف هذا الانتقال على قيام البائع بعملية التسليم، ويؤكد على ذلك أن النص ذكر " ولو لم يتم التسليم أو سداد الثمن " ^(٣).

وما يدل على رضائية عقد بيع العقار في القانون الفرنسي ما جاء به التعديل الأخير لعام ٢٠١٦، من النص الجديد رقم ١١٠٩ الذي جاء يقول " يكون العقد رضائيا عندما ينعقد بمجرد تبادل الرضاء بين أطرافه بأي طريقة كانت. ويكون العقد شكليا عندما تكون صحته موقوفة على استيفاء الشكليات التي يحددها القانون، ويكون العقد عينيا

(١) د/ أمينة لحو، عقد البيع في طور الإنجاز: دراسة مقارنة بين التشريعات "الجزائرية، الفرنسية، المغربية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، مج ١٥، ١٤، ٢٠٢٢، ص ١٧٥٨.

(٢) د/ خالد السيد محمد عبدالرحمن، هلاك المبيع: دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس - مركز بحوث الشرق الأوسط، ع ٤٣، ٢٠١٧، ص ٣٨٧-٣٧٧.

(٣) الجدير بالذكر أن التعديل الأخير في نصوص القانون المدني الفرنسي حين ألغي نص المادة ١١٣٨ بما كانت تلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري، وأنت بدله نص المادة ١١٩٦ التي نصت على انتقال الملكية كآثر فوري لإبرام العقد، دون لزوم التسليم من البائع، جاء التعديل بمحتوي آخر لنص يحمل رقم ١١٣٨ يتكلم عن الغش والتدليس الصادر عن الوكيل والتواطؤ، وقد تم التتويه بأن إصلاح قانون العقود الأخير أدى إلى ترقيم جديد لكثير من مواد القانون المدني، وبذلك جاءت المادة ١١٣٨ الجديدة تقول:

Article 1138 du nouveau code civil de 2016.-Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivance .

وحول ترجمه نصوص قانون المدني الفرنسي بعد التعديل راجع د/ محمد حسن قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية " المواد ١١٠٠ الى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي، منشوات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨.

عندما يكون انعقاده موقوفاً على تسليم شيء معين". وبمفهوم هذا النص يكون عقد بيع العقار رضائياً لأنه ينعقد بمجرد تراضي طرفيه، دون أن يتوقف على شكليات معينة، كما جاء التعديل الأخير بنص المادة ١١٧٢ التي قضت بأنه: " تكون العقود رضائية من حيث المبدأ. استثناء من ذلك تخضع صحة العقود الشكلية لمراعاة الشكليات التي يحددها القانون، والتي يؤدي عدم مراعاتها إلى بطلان العقد، ما لم يكن تصحيحه ممكناً ". وبهذا يتفق منطوق نص المادة ١١٠٩ مع ما جاءت به المواد ١١٠١ و ١١٧٢ و ١١٩٦.

كما يدل على رضائية عقد بيع العقار ما ذكرته المادة ١٥٨٢ في أن الكتابة سواء كانت الرسمية أو الورقية العرفية مطلوبة فقط لإثبات بيع العقار وليس لانعقاد العقد، فالعقد قد انعقد بأركان الثلاثة، من رضا ومحل وسبب، وترتبت عليه كافة آثاره . وبذلك يكون هذا النص قد سوى بين نوعي الأوراق الرسمية والعرفية ^(١) في إثبات إبرام العقد، وأن الكتابة مطلوبة فقط لإثبات التعاقد، وليس لانتقال ملكية العقار، الذي لن ينتقل إلا بموجب تنفيذ المدين لالتزامه بتسليم المبيع للدائن. وهذا يعني أن المشرع الفرنسي يقبل ويعترف بالورقة العرفية في التعامل على العقار، ويعطيها قوة في نقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري. وعلى هذا نصت المادة ١٣٢٣ من القانون المدني الفرنسي على أن "من يحتج عليه بورقة عرفية يجب أن يعترف بها ، أو أن ينكر صراحة خطه أو إمضاءه، أما الورقة والخلف فيكفي أن يعلنوا أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا الحق عنه ^(٢) وهو ما يعني أن الورقة العرفية والمتضمنة لعقد بيع العقار يكون لها حجية بما تضمنته ، ^(٣) وتعد صحيحة في صدورهما ممن وقعها، طالما لم ينكرها أحد الموقعين عليها بما تضمنته من خط أو توقيع.

وعلى هذا ووفقاً لما ذكرته المادة ١٣٢٣ سالف الذكر، فإن الورقة العرفية المثبتة لبيع العقار والمستوفية للشروط السابقة الذكر، يكون لها حجية في إثبات بيع العقار فيما بين المتعاقدين، وبالتالي ترتقي هذه الحجية لذات حجية الورقة الرسمية متى لم ينكر من وقع عليها توقيعها. فمن يحتج عليه بالورقة العرفية المثبتة لعقد بيع العقار ، يجب عليه وفقاً لما ورد بهذا النص أن يعترف بها، أو أن ينكر صراحة توقيعها أو إمضاءه، فإذا اعترف بها صراحة أو ضمناً، اعتبرت الورقة صادرة منه، وكانت للورقة العرفية نفس حجية الورقة الرسمية في إثبات مباحة العقار من البائع للمشتري، أي تبقى لها حجية فيما بين المتعاقدين وبين ورثتهما وخلفهما. ^(٤) وفقاً لما جاء بنص المادة ١٣٢٢ من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي لا يجوز بعد ذلك لصاحب التوقيع أن ينكر صدور الورقة منه، وليس أمامه سبيلاً لذلك إلا طريق الطعن بالتزوير، وما يتطلبه من إجراء تحقيق قضائي وفقاً لإجراءات تحقيق خطوط التوقيع، التي نصت عليها المادة ١٣٢٤ من القانون المدني الفرنسي، ^(٥) إذ بإنكاره لتوقيعه يعد إنكاراً للورقة ذاتها بما

(١) وفي هذا الخصوص اشترط المشرع الفرنسي في المادتين ١٣٢٣ و ١٣٢٥ من القانون المدني الفرنسي لصحة الورقة العرفية المعدة لإثبات بيع العقار أن تكون هذه الورقة مكتوبة وموقعة من ذوي الشأن، كما اشترط للاحتياط أن تتعدد نسخها الأصلية بقدر عدد أطرافها :

Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS: leçons de droit civil, t. I, 1e vol: Introduction à étude du droit, 11e édition, Paris, 2000, p. 575.

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAND. Droit civil. Les biens, 2e éd. (note bibliographique) Revue internationale de droit comparé Année 1981.p 395.

(٢)Article 1323 "Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Ses héritiers ou ayant cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur."

(٣)Gabriel MARTY et Pierre RAYNAND, op.cit.p.230

(٤) ويقصد بالغير في شأن التوقيع على الورقة العرفية كل من لم يكن طرفاً في الورقة، وفي ذات الوقت يتأثر بما ورد فيها، كخلف العام لكلا الطرفين والموصي له والخلف الخاص.

(٥) Article 1324 "Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice

تضمنته من بيانات والتزامات، فإذا أسفر التحقيق المذكور أن التوقيع صحيح وصادر عن وقعه، عادت للورقة العرفية حجيته، وأصبحت في قوة الورقة الرسمية ^(١).

أما فيما يخص تسجيل عقد بيع العقار، فقد قرر المشرع الفرنسي إمكانية تسجيل عقد بيع العقار بموجب العقد العرفي، وذلك بإيداع نسختين أصليتين من الورقة العرفية في الجهة المعنية بالتسجيل، حيث يقوم الموظف المختص بتدوين ما ورد بالورقة العرفية في السجل المعد لذلك، وإيداع إحدى النسختين في السجل، ثم يؤشر على النسخة الأخرى بما يفيد تاريخ التسجيل في السجل، ويسلمها لطالب التسجيل، بحيث يعد تاريخ التسجيل الذي سجله الموظف، هو تاريخ تحرير الورقة الرسمية المدونة بالسجل، وليس تاريخ تحرير الورقة العرفية، وبذلك تصبح في قوة الورقة الرسمية، ولها حجية في مواجهة الكافة، ولا يكون للغير أن يطعن عليها إلا بطريق الطعن بالتزوير.

وعلى هذا فالعقد العرفي لا ينتج آثاره إلا فيما بين طرفي العقد فقط ^(٢)، وبالتالي لا يحتج به في مواجهة الغير، وحتى يحتج به في مواجهة الغير يلزم لذلك اتخاذ الرسمية، وذلك بإيداع وتسجيل الورقة العرفية في دائرة السجل العقاري، أي تسجيل عقد البيع المبرم بين طرفي العقد، وذلك وفقا لما ورد بالمرسوم الفرنسي الصادر في ١٩٣٥/١٠/٣٠ بشأن السجل العقاري، الذي استوجب تسجيل الأوراق العرفية المثبتة لبيع العقارات في الجهة المخصصة لذلك، خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعها من طرفي العقد.

بناء على ما تقدم وحتى يعتد قانونا بعقد بيع العقار غير المسجل أو غير الرسمي، في نظر القانون الفرنسي يلزم توافر شروط معينة تتمثل في الكتابة والتوقيع وتعدد نسخ الورقة العرفية الأصلية بعدد أطرافها. ^(٣) بحيث يكون بيد كل متعاقد نسخة أصلية من الورقة العرفية وليس صورة منها، ولذلك تعد قاعدة تعدد النسخ الأصلية للورقة العرفية للعقود الملزمة للجانبين، من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وبالنسبة لشرط الكتابة، ^(٤) يلزم مراعاته حتى يعتد به القانون كدليل كتابي يحتج به بين طرفيه، بحيث تثبت الورقة حدوث واقعة البيع على عقار محدد المعالم والحدود باعتباره محل العقد، مع ضرورة كتابة قيمة الثمن وهو محل التزام المشتري، مع ذكر أطراف العقد، وأهم شيء يجب مراعاته أن تكون الورقة موقعة من الشخص المنسوب إليه الالتزام. ^(٥) حيث يعتبر التوقيع "روح الورقة العرفية" بحيث لا يمنح الورقة العرفية وجود وحجية إلا بالتوقيع، ^(٦) فإن انعدم التوقيع لم يكن للورقة أية أهمية في الإثبات.

نخلص مما سبق إلى أن عقد بيع العقار في القانون الفرنسي ووفقا لمفهوم نصوص المواد ١١٠١ و ١١٠٩ و ١٥٨٢ هو عقد رضائي يتم باتفاق طرفيه، وينتج جميع آثاره، ومن ضمن هذه الآثار التزام البائع بتسليم العقار للمشتري، ويملك تنقل الملكية فيما بينهما متى كان العقد عرفيا ^(٧). ومع ورود المادة الجديدة رقم ١١٠٣ التي قررت

(١) MAZEAUD et CHABAS, t. I. Introduction générale, à l'étude du droit, 1984, p. 582.

(٢) <https://docassas.u-paris2.fr/.../6e873498-ea27-43dc-9893-b23532ec3...>

"La question du transfert de propriété en droit français."

(٣) وقد جاء شرط تعدد نسخ أصل الورقة العرفية في المادة ١٣٢٥ من القانون المدني الفرنسي حيث ذكرت:

"les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct"

(٤) Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit; p 566.

(٥) ولم يشترط القانون نوع معين من الحبر أو الأقلام المستعملة أو نوعية معينة من الكتابة أو اللغة التي كتبت بها الورقة، كل ما يشترطه القانون كتابة تبين تبين وفوق التصرف المدعي بالورقة والتوقيع عليها.

(٦) لم يتطلب المشرع في التوقيع شروطا معينة، فالتوقيع هو أي علامة أو رمز أو إشارة تفيد موافقة الموقع على ما جاء في الورقة الموقع عليها، فقد يأتي التوقيع بالإمضاء عن طريق كتابة اسم البائع والمشتري ولقبهما أو بكتابة الاسم أو اللقب فقط ولا يلزم أن يتم التوقيع بالاسم الأصلي للبائع والمشتري، فيصح التوقيع بالاسم الذي اعتاد أحدهما التوقيع به كما لو كان اسم الشهرة حتى ولو لم يكن مطابقا لاسمه الأصلي الوارد في شهادة الميلاد.

(7) DAOUDI Brahim, "Le transfert de la propriété et des risques dans la vente en droit français et algérien comparé, Paris 1984, p. 1.

قررت مبدأ القوة الملزمة للعقد، حين ذكرت " تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشؤوها". أصبح الوضع متفقاً مع ما قرره المشرع في المادة ١١٩٦ من قوة العقد على نقل ملكية المبيع إلى المشتري^(١)، دون أن يقوم المدين بعمل معين كما كانت تلزمه بذلك المادة ١١٣٨ من القانون المدني، مع بقاء العقد رضائياً يتم بتراضي طرفيه، وبذلك تعرض هذا العقد لتغيرات جذرية،^(٢) على مر العصور منذ عهد القانون الروماني إلى الوقت الحالي، خاصة في شأن مسألة نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، فلم يكن العقد له من القوة التي يمكن بواسطته أن تنتقل ملكية المبيع من البائع للمشتري^(٣)، إنما كان من اللازم اتخاذ أحد الوسائل السابق ذكرها من قبل البائع حتى تنتقل للمشتري، وتغير الحال مؤخراً وأصبحت إرادة المتعاقدين قادرة على نقل ملكية المبيع للمشتري بمجرد إبرام العقد.

أما في القوانين العربية، فشكالية عقد بيع العقار قال بها بكل جراءة القانون العراقي،^(٤) حيث نصت المادة ٢٠٨ من القانون المدني العراقي على أن: " بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل" كما نصت المادة ١٣٧ من ذات القانون على أنه: " ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه، كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون". كذلك أكد المشرع العراقي على شكالية عقد بيع العقار^(٥)، واعتبارها أحد أركان عقد البيع في موضع آخر، حيث ذكر في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ أنه " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري". رغم أن المشرع العراقي نص على رضائية العقد بوجه عام، حيث جاءت المادة ٧٣ تعرف العقد بأنه: " هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " وعلى هذا فإن عقد البيع في القانون المدني العراقي يعد عقداً رضائياً ينعقد وينتج جميع آثاره بتراضي أطرافه، بينما إذا ورد العقد في شأن العقار، كان العقد شكلياً يلزم لانعقاده توافر الشكالية التي تطلبها نصوص القانون العراقي.

بهذه النصوص القانونية صرح المشرع العراقي بأن عقد البيع الوارد على العقارات هو عقد شكلي، لا ينعقد إلا بوجود الشكل الذي تطلبه القانون، وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وبحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان العقد. فوفقاً لأحكام القانون العراقي، إذا ورد عقد البيع على عقار أو أي حق عيني عقاري، لزمّت الشكالية بحيث لا يكفي تراضي أطراف العقد، وإنما يلزم حتى يتم العقد صحيحاً في نظر القانون، ضرورة تسجيله في الدائرة المختصة وهي دائرة التسجيل العقاري التي تسمى دائرة الطابو^(٦)، وبذلك اعتبر المشرع العراقي أن تسجيل العقار يعد ركناً أساسياً من أركان العقد، بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد، وأن عقد البيع الوارد على العقار لن ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة، مستوفية للشكل الذي تطلبه القانون وإلا كان باطلاً وغير موجود في نظر القانون، كما أكدت المادة ١١٢٦ من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها أن: " العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً " والطريقة المشار إليها في النص الأخير في التسجيل في الدائرة المختصة بذلك.

(١) وإن كانت المادة التالية رقم ١١٩٧ عادت وذكرت كلمة " تسليم المبيع مرة أخرى حين ألزمت المدين بتسليم المبيع فور إبرام العقد، وبالمحافظة عليه حتى استلامه من قبل الدائن، بحيث تجعل القارئ يتساءل عن موقف المشرع الفرنسي والذي أعاد للأذهان إجراء تسليم المبيع مرة أخرى.

(٢) د/ جميل متولي الشرفاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٢٨.

(٣) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

(٤) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) د/ حسن علي ذنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص ٦٥.

(٦) د/ عبد المجيد الحكيم، و د/ عبد الباقي البكري و د/ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٨٠، ص ٢٤٦.

وبذلك لا يعد عقد بيع العقار وفقاً لمضمون نصوص القانون المدني العراقي عقداً رضائياً^(١) إنما هو عقد شكلي يلزم لوجوده وانعقاده صحيحاً، ضرورة توافر أركان أربعة (الرضا والمحل والسبب والشكل) وبالتالي إذا لم يتوفر الشكل المطلوب كان العقد باطلاً، أو يمكن القول أن عقد بيع العقار الذي يتم بتراضي أطرافه دون اتخاذ الشكل المتطلب يعد عقد باطلاً. وبذلك فجميع عقود البيع الواردة على عقار يشترط فيها الرسمية، حتى تأتي صحيحة في نظر القانون العراقي، وأن العقود التي تتم خارج دائرة التسجيل لا يعتد بها المشرع العراقي بل وتعد باطلة^(٢) متى كانت تتعلق بعقارات أو أي من الحقوق العينية العقارية، حتى وإن دفع المشتري كامل الثمن، فلا تلزم هذه العقود البائع بنقل ملكية العقار إلى المشتري، وحتى لو أثبتوا العقد في ورقة عرفية مزيلة بتوقيع الأطراف والشهود. وفي هذا أكدت المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي على شكلية عن بيع العقار، حيث نصت على أنه: " لا ينعد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة بالتسجيل العقاري " .

كذلك يعد القانون الأردني ضمن القوانين التي اعتبرت عقد بيع العقار من العقود الشكلية، حيث يعد التسجيل ركن أساسي في عقد بيع العقار، يترتب على تجاهله بطلان العقد وانعدام وجوده، ويتم ذلك بتعهد البائع على نفسه، بأن يقوم بإتمام الشكل الذي يتطلبه القانون لنقل الملكية للمشتري، وذلك بالذهاب إلى دائرة التسجيل لنقل ملكية عقار من اسمه إلى اسم المشتري. مع مراعاة أن هذا التعهد يتم بتراضي الأطراف دون لزوم تسجيله، وبالتالي إذا لم يتم المتعهد بالذهاب لدائرة التسجيل، كان من حق المشتري المطالبة بالتعويض، دون أن يكون لهذا الأخير المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، وهذا ما جاءت به المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني حيث قضت بأن: " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان، إذا أحل أحد الطرفين بتعهده، سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط " .

وبهذا النص قرر المشرع الأردني أن عقد بيع العقار يتضمن تعهد على البائع بنقل ملكية عقاره إلى المشتري، وأن جزاء نكوله وإخلاله بهذا التعهد يقتصر فقط على الالتزام بالتعويض، ولما كان البائع وهو المدين بتنفيذ الالتزام، ممتنعاً فلا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض. وهو ما يعني أن القانون المدني الأردني لا ينص بصريح العبارة على إجبار بائع العقار على التنفيذ العيني الجبري، حتى وإن كان ممكناً^(٣) بحيث يقتصر الأمر على دفع التعويض وسواء كان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط .

كما نصت المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري على أنه: " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي يتضمن نقل ملكية عقار أو حق عقاري ... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد " . كما أوجب الأمر^(٤) رقم ٧٠ / ٩١ الخاص بقانون التوثيق في الجزائر، ضرورة توافر الرسمية في كافة العقود التي ترد على العقارات، بحيث لم يعد للمحركات العرقية أية قيمة في مسألة نقل ملكية العقارات، فقد جاءت المادة ١٢ من هذا القانون تنص على أن: " العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي، مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد^(٥) بهذه النصوص حدد

(١) د/ عبد المجيد الحكيم، و د/ عبد الباقي البكري و د/ محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٢) د/ عبد المجيد الحكيم، و د/ عبد الباقي البكري و د/ محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٣) د/ يوسف عبيدات و د/ بكر السرحان، التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني، نصوص القانون تقرأ مع كوحدة واحدة وليس بمعزل عن بعضها، الأردن، مجلة المنارة، المجلد ١٣، العدد ٨، ٢٠٠٧، ص ٢٦٩.

(٤) صدر قانون التوثيق الجزائري في ١٥/٣/١٩٧٠، وبدأ العمل به في ١/١/١٩٧١.

(٥) كذلك في التشريع الفلسطيني، أن المشرع بشكلية عقد بيع العقار، حيث نصت المادة الرابعة من قانون انتقال الأراضي الفلسطيني رقم (٣٩) لسنة ١٩٢٠ على أنه: " لا تعتبر معاملة التصرف في الأموال غير المنقولة صحيحة إلا إذا روعيت بشأنها أحكام " هذا القانون، على كل من يرغب في إجراء

القانون الجزائري أركان العقد الذي يرد على بيع عقار من العقارات المذكورة بالنص الأخير ، مقرر أن الشكل يعد أحد هذه الأركان، بالرغم من أن المشرع الجزائري اعتبر عقد البيع بشكل عام عقدا رضائيا، ينعقد بتراضي أطراف العقد دون تطلب شكل معين، حيث جاءت المادة ٣٥١ من القانون المدني الجزائري تعرف عن البيع بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي يتبين من النص أن المشرع الجزائري أقر برضائية عقد البيع، حيث يكفي لانعقاده توافق إرادتي البائع والمشتري فينعقد البيع وينتج آثاره، ودون حاجة لإفراغه في شكل معين، وهذا الأمر يسري في خصوص كافة أنواع البيوع فيما عدا العقد الوارد على عقار، والذي اشترط له المشرع ضرورة توافر شكلية معينة هي التسجيل ^(١)، بحيث لا يكفي لانعقاده تراضي الأطراف، إنما يلزم إفراغه في شكل معين، حتى يعتد به، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . وعلى هذا فإن أي عقد يرد على عقار ومن شأنه أن ينقل أو يعدل أو ينشئ حق الملكية العقارية، يلزم له وفقا لأحكام القانون الجزائري، توافر الأركان الأساسية لإبرام العقد من التراضي والمحل والسبب، إضافة للشكل الذي يمثل ركنا أساسيا من أركان عقد بيع العقار . معتبرا أن هذا الشكل وما يحققه من الرسمية تعد بمثابة حماية أكيدة لطرفي العقد والغير، وفي ذات الوقت تعمل على التقليل من عمليات البيع الثاني لذات العقار، فضلا عن أن الرسوم المحصلة من التسجيل تمثل دخلا لا يستهان به لخزانة الدولة تساهم في التنمية الشاملة لمرافق الدولة.

ورغم ذلك كان المشرع الجزائري يعتد بحجية الورقة العرفية المثبتة لعقد بيع العقار ، وذلك بموجب نص المادة ٨٩ من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم ٩٣ / ١٢٣ الصادر في ١٩/٣/١٩٩٣ ، والذي جاء فيه: " تستثنى العقود العرفية من القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة ٨٨ من المرسوم فيما يخص الإجراء الأول لشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري، والتي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل أول يناير ١٩٧١ " ^(٢). مع الأخذ في الاعتبار أن الاستثناء المذكور في النص، مشروط بكون الورقة العرفية ثابتة التاريخ قبل التاريخ المشار إليه، وهو تاريخ صدور

معاملة تصرف بمل غير منقول أن يحصل أولا على الموافقة الخطية المطلوبة في الفقرة التالية، للحصول على الموافقة المشار إليها في الفقرة يقتضي تقديم عريضة للمدير بواسطة مكتب تسجيل الأراضي في المكان الواقعة فيه الأرض تبين شروط معاملة التصرف المراد إجراؤها، ويطلب فيها موافقته على المعاملة، ترفق هذه العريضة بما يثبت ملكية الناقل أو مقدم العريضة، وبخارطة للمال غير المنقول المختص من أجل غايات التسجيل إذا طلب المدير ذلك، ويبقى أن تتضمن العريضة طلبا بتسجيل عقد ينظم تنفيذا لشروط معاملة التصرف، ويجوز أن تتضمن العريضة فقرة تعين العطل والضرر الذي يدفعه الفريق المتخلف عن إنهاء معاملة التصرف بعد التصديق عليها". وبهذا النص قرر مشرع القانون المدني في فلسطين أن أي عقد يتم بشأن بيع عقار يلزم له الشكلية، فإذا تم دون اتخاذ الشكلية وتسجيله في دائرة التسجيل وهي الطابو، لم يعتد به وكان باطلا، وفي هذا نصت المواد ٣٩، ٤٤، ٤٥ جاء من قانون تسوية حقوق ملكية الأراضي رقم ١٩٢٨ لسنة ٩ على ضرورة اتباع الشكلية في شأن البيع الوارد على العقار. د/ صاحب عبيد الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني - العقود المسماة (البيع والإيجار) في ضوء الفقه الإسلامي - ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ١٩٩٣، ص ٣٤.

(١) يذكر أن القضاء الجزائري لم يكن يعتبر الشكلية ركن لانعقاد العقد وإنما فقط لإثباته، فقد كان سابقا يعتمد العقود العرفية الواردة على عقار، وأن العقد العرفي يعتبر مصدر لالتزامات الأطراف، بحيث ينعقد العقد بتراضي الأطراف، مع إلزام البائع بالتوجه للموثق العقاري لإتمام البيع النهائي ونقل الملكية للمشتري، فإذا امتنع البائع عن الذهاب للموثق قام الحكم مقام العقد وانتقلت الملكية للمشتري، ويتضح ذلك من أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بالجزائر حيث جاء فيه : " إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا والمحل والتمن ولم ينكر البائع ذلك، ولم ينازع في أركانه فإنه يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية، أما أن تلغي عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون". ثم عدل القضاء عن موقفه مبينا ضرورة العمل بما جاء بنص المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري بينما يقضي احترام الرسمية باعتبارها أحد أركان العقد الوارد على بيع عقار. د/ كريم فان، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، بدون ناشر، ٢٠١٢، ص ٢٧.

(٢) كذلك جاء بالمنكرة رقم ١٢٥١ بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٩ نفس المعنى بالنسبة لاستثناء العقود العرفية من إجراءات الشهر في السجل العقاري طالما كانت ثابتة التاريخ قبل الأول من يناير ١٩٧١، حيث ذكرت أن " العقود التوثيقية المتضمنة إيداع عقود عرفية اكتسبت تاريخ ثابت قبل الأول من يناير ١٩٧١، لا يستلزم أن يذكر فيها أصل الملكية على اعتبار أن هذه الحالة تعد استثناء من قاعدة الأثر النسبي للعقود طبقا لنص المادة ٨٩ من المرسوم بقانون رقم ١٠٣/٩٣، ومع ذلك يلزم أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا، مع ذكر أسماء المتعاقدين والشهود وصفاتهم وكافة بياناتهم". فقد أخذ المشرع الجزائري بالورقة العرفية وأجاز إثبات بيع العقار بورقة عرفية بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تاريخ سريان قانون التوثيق الصادر في الأول من يناير ١٩٧١ فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة العليا الجزائرية أن "بيع عقار في ظل القانون المدني القديم - ويقصد به القانون المدني الفرنسي - بعقد عرفي يعتبر عقد بيع صحيح" وتأكيذا لذلك نصت المادة ٨٩ من المرسوم التنفيذي رقم ٩٣ الخاص بتأسيس السجل العقاري على أنه "تستثنى من القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة ٨٨ من المرسوم فيما يخص الإجراء الأول الشهر لحقوق العقارية في السجل العقاري العقود العرفية التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة ١٩٧١. وعلى هذا تعد الورقة العرفية الثابتة التاريخ قبل ١٩٧١/١/١ والمثبتة لعقد بيع العقار حجة فيما بين المتعاقدين بحيث يلتزم كلا منهما بتنفيذ الالتزامات المترتبة على تعاقدهما، إلى جانب انتقال ملكية العقار المباع دون حاجة إلى إشهار سند ملكية البائع، مع مراعاة أن هذه الحجة قاصرة على طرفي العقد فقط بحيث لا يحتج بها في مواجهة الغير، إلا بالتسجيل. مجموعة المذكرات والتعليمات الخاصة بأحكام الدولة والحفظ العقاري من ١٩٠٠ إلى ١٩٩٥ الصادرة من المديرية العامة للملاك الوطنية، طبعة الجزائر برينت، ١٩٩٦، ص ٣٦. سامية براهامي، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، ٢٠٠٨، ص ٨.

قانون التوثيق الجزائري ، وقد أكدت على ذلك بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا ^(١) والتي أخذت بصحة عقد بيع العقار الوارد بورقة عرفية ^(٢) . أما إذا كانت الورقة العرفية، غير ثابتة التاريخ قبل (١٩٧١/١/١) فإنها لا تدخل ضمن الاستثناء المذكور، وبالتالي لا يعتد بها، وليس لها أية حجية في مواجهة الغير، ويلزم لها اللجوء للقضاء لإثبات مدى صحتها، وبالتالي حجبتها في مواجهة الغير. وفي ذات الوقت نصت المادتين ٣٢٤ و ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري على أن الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار تعتبر حجة بما ورد فيها بين الطرفين المتعاقدين، وفي مواجهة الغير. مما نتج عن ذلك تضارب ^(٣) الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري، تارة تأتي الأحكام وفقا لما كان مستقرا عليه قبل صدور قانون التوثيق لعام ١٩٧١ حيث كان الأمر مستقرا وفق أحكام القانون الفرنسي أي رضائية عقد البيع، وتارة أخرى تصدر الأحكام وفق قانون التوثيق الجزائري المشار إليه، حيث أوجب الشكلية في إبرام عقود بيع العقارات.

المطلب الثاني

عقد بيع العقار عقد رضائي

كان لهذا الاتجاه الغلبة، فقد قررت كثير من القوانين رضائية عقد بيع العقار، وتبعها في ذلك غالب الفقهاء، فالمستقر عليه في القانون المدني المصري والكويتي ^(٤)، أن العقود الواردة على عقارات، هي في الأصل رضائية، يكفي لانعقادها تراضي أطرافها، ومن ثم ترتب آثارها فيما بينهما، فيلتزم كل من المتعاقدين بالالتزامات المترتبة على العقد، البائع يلتزم بتسليم ^(٥) المبيع، كما يلتزم بالوفاء بكافة الضمانات المترتبة على العقد، كالالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، ^(٦) وضمان العيوب الخفية، فلا يجوز تعرضه للمشتري في حيازته للعقار المبيع وانتفاعه به، سواء كان تعرضا ماديا أو قانونيا، كما لا يقبل منه بعد بيع العقار منازعة المشتري في ملكيته، ويمتنع عليه الإتيان بأي عمل يؤدي لحرمان المشتري من التمتع بملكه للعقار، كما يضمن البائع التعرض القانوني الصادر من الغير. وفي هذا نصت المادة ٤٣٩ من القانون المدني المصري " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه". فإذا أخل البائع بأي صورة مما تم ذكره، كان مخلا بأحد التزاماته، وحق للمشتري المطالبة بإزالة التعرض، وتمكينه من الانتفاع بملكه، كما له في سبيل ذلك رفع دعوى ضمان الاستحقاق إذا ما استحق العقار من تحت يده. وعلى

(١) قرار المحكمة العليا في ١٩٩٣/٧/٢٥، الملف الإداري رقم ٩٩٦٩٩، المجلة القضائية ١٩٩٤ العدد ٢، ص ٢١٢، مشار إليه لدي : سامية براهيم، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) جدير بالذكر أن المشرع الجزائري كان مواكبا لتطورات العصر، فقد أخذ بالإثبات بالكتابة الإلكترونية في التصرفات القانونية وذلك بموجب نص المادة ٣٢٣ من القانون المدني الجزائري والتي جاءت تنص صراحة على أن " الإثبات بالكتابة في شكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ". كريم فان، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٣) كريم فان، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٤) وهذا ما نصت عليه المادة ٨٩ من القانون المدني المصري : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ". الحال كذلك بالنسبة للمادة ٣٢ من القانون المدني الكويتي " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانونا، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد ".

(٥) راجع د/ محمد علي إمام، عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٥٢، ص ٢١، د/ محمد السعيد رشدي، موجز أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٣٠. ويقصد بالالتزام بالتسليم المترتب على عقد البيع، التزام البائع بتسليم المبيع ذاته للمشتري، وهذا التسليم قد يكون تسليمًا حقيقيًا كأن يتخلّى عنه البائع ليتمكن المشتري من قبضه وحيازته أو بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، وقد يكون تسليمًا حكميًا. ويقضي هذا الالتزام وجوب تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، وهذا الأمر يستلزم من البائع المحافظة على المبيع وأن يمتنع عن القيام بأي تغيير في الشيء المبيع. وهذا التسليم لا يترتب عليه نقل الملكية للمشتري، إذ تبقى الملكية على مالكة الأول وهو البائع إلى أن يتم التسجيل بالشهر العقاري.

(٦) رغم ورود ضمان التعرض في الغالب بمناسبة عقد البيع إلا أنه يعد من الالتزامات الملزمة في عقود البيع أي العقود النافذة للملكية وكذلك في عقد الإيجار حيث يلتزم المؤجر بضمان التعرض للمستأجر، ويقضي هذا الالتزام أن يضمن البائع الحيازة الهادئة والانتفاع بالشيء المبيع وسواء كان التعرض صادرا من البائع ذاته أو من قبل الغير، حيث يلتزم البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، حتى ولو كان لهذا الغير حقا على المبيع آل إليه من البائع بعد البيع، كما يضمن البائع للمشتري ضمان الاستحقاق. د / محمد علي إمام، المرجع السابق، ص ٢٣.

الجانب الآخر يلتزم المشتري باستلام المبيع ودفع الثمن المتفق عليه،^(١) بحسب الشروط المتفق عليها والمذكورة بالعقد، كما يتحمل هذا المشتري نفقات الوفاء بالثمن ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.^(٢) هذه هي جملة الالتزامات الشخصية المترتبة على طرفي العقد، أما نقل ملكية العقار، فإنه لا يتم إلا بالتسجيل في سجلات الشهر العقاري، وذلك وفقا لما ورد بنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

وعلى ذلك يعد عقد البيع في القانون المدني المصري والكويتي، عقداً رضائياً سواء ورد على عقار أو منقول^(٣) ينعقد بتراضي أطرافه، مع ركني المحل والسبب، أما الشكل فلا يعد بحسب الأصل من أركان العقد، إلا إذا اشترطه القانون أو اتفق^(٤) أطراف العقد على ضرورة وجوده، ومن ثم يرتب العقد جميع آثاره فيما بين طرفيه^(٥)، وأن الأثر الوحيد الذي يتراخى لحين إتمام عملية التسجيل هو نقل ملكية العقار، مما يعني أن العقد الوارد على عقار ولم يتم تسجيله، يعتبر عقد صحيحة منتجا لجميع آثاره، إلا نقل الملكية المرتبطة بمسألة التسجيل^(٦).

مع مراعاة أن هذا التسجيل هو بمثابة التزام ينشأ عن عقد البيع، ويقع على عاتق البائع، حيث ينشأ العقد التزام في ذمة البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام التسجيل في سجلات الشهر العقاري لنقل الملكية للمشتري^(٧)، بحيث يمكن القول بأن التسجيل هو السبب الناقل لملكية العقار، وأن هذا السبب متولد عن عقد البيع وملزم للبائع، فإذا امتنع هذا البائع عن تنفيذ هذا الالتزام، أو ماطل في الذهاب مع الدائن لمصلحة الشهر العقاري، كان من حق المشتري اللجوء للقضاء للمطالبة بالتنفيذ العيني^(٨).

كما تظهر رضائية عقد بيع العقار من مضمون نص المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري، حين عرفت عقد البيع بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالية آخر مقابل ثمن نقدي". بذلك أخذ المشرع المصري برضائية عقد البيع، فالعقد الوارد على عقار هو عقد رضائي، ينعقد بتراضي أطرافه دون حاجة لأي شكليات معينة لانعقاده^(٩)، مرتبا العديد من الالتزامات التي يلتزم بها أطرافه، ومن هذه الالتزامات التزام البائع

(١) كما يلتزم المشتري في سبيل نقل ملكية العقار المباع له، أن يتولى إعداد العقد ليكون جاهزا للتسجيل في سجلات الشهر العقاري، كما يقع عليه دفع رسوم التسجيل والتصديقات.

(٢) د/ نبيلة إسماعيل رسلان، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٣) د/ طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، الجزء الأول، انعقاد العقد، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ١٢٤.

(٤) قد يتفق طرفي العقد على جعله عقدا شكليا، وذلك حين يتفقا على لزوم كتابة العقد، وإنه لن يتم إلا بكتابته، حيث تصبح الكتابة ركن في العقد، ولا يتم العقد إلا بكتابته، وتكون أركان العقد أربعة أركان التراضي والسبب والشكل، فإذا تخلف الشكل لم ينعقد العقد، ولكن قد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة فقط للإثبات وليس ركنا لانعقاد العقد، فيلزم في هذه الحالة الرجوع إلى نية المتعاقدين لاستخلاص قصدهما في ذلك، وإن كانت غالبية القوانين ومنها القانون المصري والفرنسي اعتبر أن اشتراط الكتابة لغرض الإثبات وليس شرطا أو ركنا لانعقاد العقد، ذلك أن الأصل رضائية العقود/ د/ محمد علي إمام، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٥) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٦) الحال كذلك بالنسبة للقانون المدني الكويتي راجع المادة ٨٩٠ مدني كويتي والتعليق عليها لدى: د/ أحمد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني المدني الكويتي، جامعة الكويت، كلية الحقوق، مكتب الدراسات والاستشارات القانونية، بدون سنة نشر، ص ١٣٢ وما بعدها.

(٧) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٨) د/ مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، سنة ١٩٦٥، ص ٨٨.

(٩) هناك استثناءات ترد على مبدأ الرضائية في عقد البيع، منها ما نصت عليه المادة ٧٤٣ من القانون المدني المصري التي ذكرت "العقد الذي يقرر المرتب المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا". فإذا كانت غالبية عقود البيع رضائية فإن المشرع قد خص بعض العقود بالرسمية، لأسباب تختلف من عقد لآخر، منها لارتفاع قيمتها أو لتنبية المتعاقدين لخطورتها ومنع المنازعات مستقبلا وتحديد نصيب كل طرف من الأطراف، من أمة هذه العقود عقد الشركة وعقد الرهن الرسمي، وعقد بيع الطائرات، حيث اشترط القانون ضرورة شهر كافة التصرفات القانونية الواردة على الطائرة في سجل خاص يشبه الشهر العقاري. كما يعد العقد الوارد على بيع السفينة من العقود الشكلية، التي لا يكفي لانعقادها تراضي الأطراف، بل يلزم أن يتم التعاقد عليها في ورقة رسمية وإلا كان العقد باطلا، وسواء كانت سفينة تجارية أو سياحية، والحكمة التي تغاها المشرع المصري من هذه الشكلية حماية المتعاقدين، وخاصة تنبيه البائع لأهمية وخطورة التصرف المقدم عليه، وتلزم هذه الشكلية البائع بتسليم السفينة للمشتري بحسب ما تم الاتفاق عليه وضمنان التعرض والاستحقاق، ومن جانب آخر إعلام السلطات الوطنية المعنية بشئون السفن من بيع الفينة والتحقق من توافر شرط الجنسية في مشرتي السفينة، حيث اشترط القانون أن يكون مالك السفينة مصري الجنسية. د/ محمد عبد الجواد، ملكية الأراضي في الإسلام، تحديد الملكية والتأميم، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، ١٩٧١، ص ٤٠.

بأن ينقل ملكية لعقار المباع إلى المشتري^(١) ، فهو عقد ينشئ التزام بنقل الملكية وليس هو ذاته ناقلا للملكية . كما جاءت المادة ٨٩ من القانون المدني المصري تعرف العقد بصفة عامة بأنه ط يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " .

وقبل أن نختم هذه الجزئية يجدر أن نذكر أن الفقه الإسلامي قد سبق جل هذه القوانين في تقريره للقوة الملزمة للعقد في نقل ملكية المبيع للمشتري بمجرد انعقاده ، إذ يعد عقد البيع من العقود الناقلة للملكية^(٢) ، لذلك جاءت المادة ٢٤٣ من مرشد الحيران تعرف عقد البية بأنه : " عقد البيع هو عقد تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنًا للبيع " ^(٣) . وبذلك لم يأخذ الفقه الإسلامي بتلك الشكليات التي تداولها القانون الروماني ، إنما اعتبر عقد البيع من العقود الرضائية التي يكتفي فيها بتراضي البائع والمشتري ، وتنتقل ملكية البديلين بمجرد العقد ، بحيث يملك المشتري المبيع ويملك البائع المقابل النقدي^(٤) .

وبذلك استقر الوضع عند الفقه الإسلامي على أن عقد البيع من العقود الرضائية^(٥) ، الذي ينعقد بإيجاب وقبول طرفي العقد ، وتنتقل ملكية المبيع بمجرد تطابق الإرادتين دون استلزام شكليات معينة ، وباعتباره عقدا ملزما للطرفين ، لا يجوز شرعا نكول أي منهما عن تنفيذ ما التزم به من التزامات ، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك ، ورغم ذلك هناك من الآيات الكريمة الواردة بالقرآن الكريم التي تفيد باستلزام شكلية معينة لإثبات التصرفات القانونية ، كما في قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " ^(٦) إلا أنه يلاحظ أن هذه الشكلية لم تكن تعتبر ركنا في العقد ، إنما الغرض منها إثبات التصرف ودفعاً لأي نزاع قد ينشأ بشأنه ، وبذلك فالعقد لا يزال رضائيا لأنه لا يتوقف على الشكلية المذكورة.

المبحث الثاني

ماهية التسجيل العقاري

بعد تناولنا في المبحث الأول طبيعة عقد بيع العقار ، وأنتهينا إلى أنه بالرغم من استقرار قاعدة الأصل في العقود الرضائية، إلا أنه قد يشترط القانون اتخاذ الشكلية في شأن عقود معينة على وجه التحديد، رغبة منه في تنبيه أطراف العقد إلى خطورة التصرف محل التعاقد، أو حماية لأحد أطراف التعاقد، أو دفعاً لأي خلاف قد يثور بينهما مستقبلاً، أو حماية الغير، فيشترط تسجيل العقد في سجلات رسمية محفوظة لدى الدولة.

ولهذه الأهمية الثابتة للتسجيل العقاري بدأت غالبية الدول المتحضرة في الأخذ بهذا النظام، وشرعت في سن القوانين المنظمة للسجل العقاري، لتسجيل التصرفات وكافة المعاملات الواردة على العقارات، كما قد تأتي هذه الشكلية بناء على اتفاق طرفي العقد، إما بغرض إثبات البيع، أو رغبة في جعل البيع عقدا كاملاً باتاً ، وفي هذه الحالة لن يتم العقد إلا باتخاذ ذات الشكلية المتفق عليها^(٧).

(١) في حين تنتقل ملكية الأشياء المستقبلية بمجرد تحقق وجودها، كما في بيع شيء تم الاتفاق على تصنيعه خصيصاً للمشتري حيث تنتقل ملكيته للمشتري بمجرد تصنيعه.

د/ سليمان مرقس، الوافي في عقد البيع، الجزء الأول، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠. ص ٢٦٠.

(٢) د/ طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ببلاط الطبعة: الثانية، ص ٣٤٥.

(٤) جاء تعريف البيع في البدائع بأنه "ثبوت الملك في البديلين للحال، لأنه تملك بتمليك، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال، فيقتضي قبوت الملك في البديلين البديلين للحال، بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع وقوعه تملكاً للحال" البدائع جزء ٥، ص ٢٤٣. مشار إليه لدى د/ محمد عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٥) د/ جاسم علي سالم الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨، ص ٢١.

(٦) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٧) د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص ٥١.

ونهدف من خلال هذا المبحث الى تحديد مفهوم التسجيل العقاري حتى يتسنى لنا تمييزه عما يتشابه معه من أفكار قانونية ونرى أن إدراك هذا الهدف يقتضي تقسيم هذه المبحث الى مطلبين كالآتي :

المطلب الاول: مفهوم التسجيل العقاري

المطلب الثاني: تمييز التسجيل العقاري عن الأفكار المتشابهة.

المطلب الاول

مفهوم التسجيل العقاري

وحين بدأت القوانين تأخذ بنظام السجل العقاري، كان الغرض الرئيسي منه يتمثل في " التنظيم العقاري " أي إيجاد سجل يقيد فيه الثروة العقارية في الدولة، شبيه بالسجل الذي يقيد فيه المواليد، فحيث يتم تسجيل المواليد الحديثة في سجلات رسمية تحفظ لدى الدولة، وبالتالي يمكن عن طريقها معرفة النسمة السكانية، ويستتبع ذلك قيد أي بيانات تستحدث لكل شخص، فيمكن كذلك أن يتم تسجيل كل عقار في الدولة، سواء هو قائم وموجود، أو مستحدث، ويستتبع ذلك تقييد كل تصرف يقع على هذه العقارات، وكأن الهدف من هذا السجل إيجاد شهادة ميلاد لكل عقار، يبين فيها موقعه ورقمه ومالكه وما يتم عليه من تصرفات أو وقائع معينة. ولكن مع الوقت اتجهت بعض التشريعات إلى المغالاة في التعامل مع التسجيل العقاري، حتى اعتبرته ركنا في العقد، لا ينعقد العقد دون توافر ركن التسجيل^(١). وتشريعات أخرى تعاملت مع التسجيل بحسب الغرض الأساسي منه، معتبرة التسجيل شرطاً لانتقال ملكية المبيع، مع الإبقاء على رضائية العقد.

ولأن العقارات من الأموال ذات القيمة الاقتصادية العالية، حيث تمثل عنصراً هاماً من عناصر الثروة القومية، خاصة في المجتمع المصري، لهذا شهدت الملكية العقارية الخاصة تطوراً نوعياً مع صدور مجموعة من النصوص القانونية، التي استهدفت تنظيم هذه الملكية وضبطها وحمايتها، وتمثل ذلك في صدور قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بإنشاء جهاز مصلحة الشهر العقاري والتوثيق، لضبط الثروة العقارية بوجه خاص، وتوفير الحماية القانونية للملكيات العقارية والمنقولة، وذلك بتسجيل العقود الواردة على العقارات والذي بموجبه أصبح للمعاملة العقارية حجيتها في مواجهة الكافة^(٢). وبالتالي أصبح إثبات الملكية العقارية الخاصة، من أهم ركائز الاقتصاد في أي مجتمع، وصولاً للهدف الأساسي من السجل العقاري، المتمثل في وضع تنظيم قانوني عقاري، وإعلام الغير بكل ما يتم على العقار من تصرفات، رغبة في منع عمليات النصب والاحتيال وتغديبا للصورية والبيع المتتالي، وصولاً لاستقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع.

ويعرف التسجيل العقاري بأنه ذلك النظام القانوني الذي يتكفل بمهمة إعلام كافة بكل الإحداثيات التي تقع على العقارات بالدولة، لذا قيل عنه أنه " نظام يكرس مبدأ العلانية حيث يستهدف إعلام الغير بكل الوقائع والتصرفات والأحكام النهائية ذات العلاقة بكافة الحقوق العينية، وذلك عن طريق إنشاء بنك معلوماتي خاص بالتسجيل العيني العقاري، وهو نظام إجرائي يهتم بالإجراءات والشكليات التي يتم تسجيلها في سجلات معدة لذلك في الجهة المعنية، وقد عرف البعض التسجيل بأنه: "مجموعة من الأعمال التقنية والهندسية المعلنة للعموم، تضبط هوية العقار وتعطي

(١) نصت المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر بها القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار وحقوق عقارية". وبهذا قرر المشرع الجزائري شكلية عقد بيع العقار وإلا كان باطلاً، وقد جعل هذا البطلان من النظام العام، فالرسمية هنا ركن في عقد البيع، بحيث لا ينعقد العقد إلا بتوافر الشكل الذي اشترطه القانون، أما الإشهار العقاري، فإنه لغرض انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين والاحتجاج بها في مواجهة الغير، وقد أكدت على ذلك المادة ٦١ من المرسوم ٧٦/٦٣ الخاص بتأسيس السجل العقاري حين نصت على أن: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

(٢) د/ حسن عبد الباسط جمبجي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٥.

للحقوق المقيدة برسمه القوة القانونية تجاه كافة بعد القيام بالإشهار لحالته المدنية لتطهيره من كل ادعاء بحق غير مسجل" (١).

وفي مجال التعريف بمصطلح "السجل العقاري" نلاحظ أن التعريف ينطوي على مصطلحين، فمن جانب يتضمن العقار ومن جانب آخر ينطوي على إجراء التسجيل، والعقار هو المحل الذي ينصب عليه العقد المراد تسجيله في سجلات الشهر العقاري، وهذا العقار قد يكون مباني أو أراضي زراعية أو صحراوية، ومع ذلك يجمعها جميعاً مصطلح العقار الذي عرفته المادة ٨٢ من القانون المدني المصري بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" (٢). وعلى هذا فإن التسجيل المذكور ينصب بصفة أصلية على العقارات والحقوق العينية العقارية.

وتتنوع العقارات إلى نوعين، هناك العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص (٣)، ومن البديهي وحسب مفهوم قانون الشهر العقاري، أن العقار بالتخصيص لا يخضع بصورة مستقلة لقواعد الشهر والتسجيل التي يخضع لها العقار بطبيعته. وقد جاءت الفترة الثانية من المادة ٨٢ سائلة الذكر تعرف العقار بالتخصيص بأنه "ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار ويملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله". وعلى ذلك فإن الحديث عن تسجيل وشهر التصرفات الواردة على عقار، يقتصر الأمر على العقار بطبيعته دون العقار بالتخصيص.

يتبين مما سبق أن العقارات هي المقصودة بالنسبة لمسألة التسجيل، بحيث ينصب التسجيل على العقود الواردة على عقارات (٤) ومن ثم تخضع لإجراءات الشهر والعلانية، أما المنقولات فلا تخضع لمثل هذه الإجراءات (٥)، حيث تباع وتشتري وتنقل ملكيتها بمجرد العقد، بكل سهولة ودون الحاجة لأي إجراءات، فيما عدا بعض المنقولات ذات الأهمية والقيمة الاقتصادية العالية التي أخضعها المشرع لنظام التسجيل كالسفن والطائرات والسيارات (٦).

وتتنوع الوسائل المستخدمة في التسجيل بسجلات الشهر العقاري بحسب المحل المراد تسجيله، ففي خصوص تسجيل التصرفات الواردة على الحقوق العينية الأصلية، يقوم الموظف المختص بإثبات المحررات المشتملة على التصرفات القانونية ذات الشأن بهذه الحقوق، ويتم ذلك في سجلات خاصة بذلك، بحيث يسهل لكل ذي

(١) د/ عبد العلي بن محمد العبودي، نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية، المركز الثقافي العربي، ٢٠٠٣، ص ١٣.

(٢) نصت المادة ١٢٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه "عدا المنقول ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار".

(٣) إذا كانت الحكمة من اصطناع فكرة العقار بالتخصيص، هي حماية للعقار من تعطيل استمرار استغلاله، وخاصة متى كان العقار ذو إنتاجية تساهم في الدخل القومي للدولة، ففي حالة الحجز إذا تم الحجز على المنقول الذي يستعمل في خدمة واستغلال العقار، توقف العقار عن ممارسة نشاطه ويشل من استغلاله، مما يحط من قيمته ويضر بمالك العقار وبالمصلحة العامة، لهذا ابتدع المشرع فكرة التخصيص ليعيد شبح الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار، وهي حيلة قانونية ابتدعها الفقيه الفرنسي بوتيه ونص عليها المشرع الفرنسي، ثم تم النص عليها في التشريعات الأخرى، ومن ثم تأخذ المنقولات حكم العقارات ولا يتم الحجز عليها منفصلة عن العقار، ولكن هذه الحكمة غير متوفرة في حالة التسجيل العقاري، ذلك أن الغاية من التسجيل والشهر العقاري، ينصب على العقارات باعتبارها تمثل الثروة العقارية بالدولة، وهي بالتأكيد تقتصر على العقارات بطبيعتها، ولا شأن لها بالمنقولات التي رصدت بالعقار، كما يستهدف التسجيل بالدولة، وهي بالتأكيد تقتصر على العقارات بطبيعتها، ولا شأن لها بالمنقولات التي رصدت بالعقار، كما يستهدف التسجيل إعلام الغير بما يتم من تصرفات على العقار دون الاهتمام بتلك المنقولات التي تخدمه. د/ هشام سعيد أحمد ربيد، إشهار التصرفات العقارية ونقلها في القانون اليمني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٢١.

(٤) جعل القانون الألماني لسنة ١٧٨٣ انتقال ملكية العقار يتم بناء على إجراءات الشهر والتسجيل في السجلات مباشرة، دون الاعتداد بالعقد الذي تم بخصوص العقار، بينما غالبية الدول تنقل ملكية العقار بناء على العقد وتسجيله وشهره معاً. د/ عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٦٤. د/ أوار عبد، الأنظمة العقارية، التحديد والتحرير، مطبعة المثني، لبنان، ١٩٩٦، ص ١٧.

(٥) المستقر عليه أن الحقوق الواردة على المنقول المعين بالذات تنتقل بمجرد إبرام العقد، بمعنى أن عقد البيع الوارد على هذا المنقول هو ذاته الذي ينقل ملكيته للمشتري، ولكن لو حدث وقام البائع ببيع ذات المنقول المعين بالذات لشخص آخر (مشتري ثاني) بعد أن تم تسليم المبيع للمشتري الأول، فإن المبيع يكون قد تم تسليمه للمالك الحقيقي للشئ، وحينئذ يكون من حق المشتري الثاني مطالبة البائع بالتعويض، ولكن إذا قام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري الثاني، في هذه الحالة يصبح هذا الأخير هو المالك، ولكن ليس على أساس عقد البيع، وإنما على أساس قاعدة الحياة في المنقول سند الحائز، بشرط حسن نية الحائز، ويحق للمشتري الأول مطالبة البائع بالتعويض.

(٦) د/ عبد الرزاق أحمد السهنوري، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

مصلحة من الاطلاع عليها، ومعرفة كل ما ورد بها من بيانات تخص العقار، في حين يقوم الموظف بقيد البيانات في السجلات متى كان الأمر متعلقاً بالحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي وحقوق الامتياز، وأهم ما يقوده الموظف مبلغ الدين والعقار المرهون، واسم الدائن المرتهن والمدين الراهن.

وبديهي أن يرتبط بالتسجيل كتابة العقد، إذ تعد الكتابة أفضل الطرق الناجعة في إثبات التصرفات وضمن الحقوق، وقد اختلف الفقه حول أي من أنواع الكتابة، تتطلب لإثبات التصرفات التي تتم بين الأفراد، فهناك الكتابة العرفية التي تقتصر على أطراف العقد، ولا يشترط القانون لصحتها إلا كتابة التصرف وتوقيع الشخص الملزم فيه، بينما الكتابة الرسمية يلزم أن يتدخل فيها الموظف العام، الذي يتولى مهمة إثبات التصرف القانوني، الذي اتفق عليه أطرافه في سجلات رسمية لدى الدولة. ولا يخفى ما للأوراق الرسمية من أهمية بالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها، ولهذا أحاطها المشرع بعناية خاصة وجعل لها حجية مطلقة في الإثبات، وقد عرفتها المادة العاشرة من قانون الإثبات المصري بأنها " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوي الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم " ^(١) وعلى هذا فكل ورقة أو محرر يصدر عن الموظف العام تعد ورقة رسمية لها حجيته المطلقة في مواجهة الكافية، وبالتالي يكتسب عقد البيع المبرم بين الأطراف صفة الرسمية لمجرد قيام الموظف العام بتسجيله، ويصبح حجة بين طرفيه وأمام الغير، وتنتقل به ملكية العقار. كذلك بينت المادة ١١ من ذات القانون قيمة الأوراق الرسمية حين ذكرت " المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً" ^(٢).

يستخلص مما سبق أن السجل العقاري عبارة عن مجموعة من الإجراءات القانونية المنظمة بقانون الشهر العقاري ^(٣) ، الغرض منها تسجيل العقود الواردة على عقارات، وهذه العقود في الأصل هي عقود عرفية تم إبرامها بين طرفي العلاقة التعاقدية، فيأتي دور السجل العقاري لتسجيلها في سجلات خاصة في مأموريات الشهر العقاري رغبة في إضفاء الصفة الرسمية عليها ليحتج بها في مواجهة الغير. مع ملاحظة أن التسجيل لا يقتصر فقط على هذه العقود، وإنما يخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، وفقاً لما ورد بقانون التسجيل العقاري . وقد عرفت الدول والتشريعات نظامين للسجل العقاري نظام السجل الشخصي، والسجل العيني، ويتميز كل منهما عن الآخر بجوانب إيجابية وأخرى سلبية .

المطلب الثاني

تمييز التسجيل العقاري عن الأفكار المتشابهة

(١) قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، تم نشره بالجريدة الرسمية بموجب العدد ٢٢ في ٣٠ مايو ١٩٦٨ .
(٢) في قانون الشهر العقاري، "التنصيص" يشير إلى عملية تدوين أو تسجيل نص معين بشكل دقيق وصريح في السجلات الرسمية. هذا المصطلح يستخدم عادة للإشارة إلى توثيق وتصديق العقود والاتفاقيات والأوراق الرسمية الأخرى بحيث تصبح معترف بها قانونياً. مثال على ذلك، إذا تم بيع عقار، فإن التنصيص يتضمن تسجيل عقد البيع في سجلات الشهر العقاري، مما يجعله موثقاً ومعترفاً به قانونياً. هذا التسجيل يعتبر ضرورياً لضمان حقوق الأطراف المعنية ولحماية الملكية القانونية للعقار بهذا الشكل، "التنصيص" يلعب دوراً أساسياً في ضمان الشفافية القانونية وتثبيت الحقوق الملكية وتجنب النزاعات المحتملة المتعلقة بالعقارات.

(٣) د / عبد العلي بن محمد العبودي، مرجع سابق، ص ١٨ .

التسجيل مصدر للفعل "سجل" وسجل تعني قيد أو كتب^(١)، أو أثبت الحكم (القضائي) أو العقد في السجل المخصص لذلك، حفظاً له من الضياع^(٢)، إذا فالتسجيل يعني التقييد، أو الكتابة، أو التدوين للتصرفات القانونية أو الأحكام القضائية في سجلات بغرض الحفظ أو الإثبات أو الشهر والعلانية^(٣).

أما الشهر لغة، هو مأخوذ من (الشهرة) وهي الانتشار، وقيل الشهر الهلال سمي به لشهرته ووضوحه وظهوره وظهور الشيء وانتشاره أو إعلانه وإذاعته، وهو مصدر للفعل (شهر) ومنها المشهر (بكسر الهاء) والشهر و المشهور المعروف المكان المذكور، يقال رجل شهر، و مشهور، ومشهر^(٤).

وهكذا فإن تعريف الشهر لغة يقترب من مفهومه الاصطلاحي بمعنى الإعلان أو الإعلام^(٥).

١- الصلة بين كل من التسجيل والشهر والقيد:

ونجد الخلاف أول ما ظهر حول تسمية التسجيل بالشهر أو القيد في حلقة اعمال دراسة الشهر العقاري في الدول العربية المنعقدة بناءً على دعوة المنظمة لعربية للتربية والثقافة والعلوم في الفترة من (٢١ الى ٢٦) مارس ١٩٧٢ هذا الخلاف قد دفعنا إلى التطرق لدراسة صلة التسجيل بكل من القيد والشهر والفرق بينهما بالقدر الذي يعود بالفائدة على هذا البحث وذلك في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي:

أولاً: في ظل القانون المصري:

نجد أن غالبية الفقه المصري قام بالترقية بين التسجيل وبين القيد وذهبوا إلى أن التسجيل قد يكون بنقل صورة العقد في دفاتر مخصصة معدة لذلك، وهو ما أطلقوا عليه التسجيل الحرفي أو الكلي، وقد يكون بطريقة ذكر بيانات معينة أوردتها القانون ويسمي هذا النوع من التسجيل "تسجيل القيد"، أو تسجيل البيانات^(٦). ويكون بذكر البيانات الجوهرية المتعلقة فقط بالتصرف المراد تسجيله، واسم المدين والعقار المرهون، والدين المضمون^(٧) بناءً على قائمة القيد التي يتقدم بها الدائن وهي البيانات التي تهم صاحب المصلحة في العلم بها^(٨). ويصطلح على تسمية تلك تلك البيانات بالقائمة^(٩).

وقد رتب القائلون بالترقية بين القيد والتسجيل واعتبارهما طريقين من طرق الشهر للحقوق العينية العقارية بجانب الإيداع والتأشير الهامشي بعض النتائج، تمثلت في أن التسجيل هو الطريقة الرئيسية لشهر الحقوق العينية الأصلية أما القيد فهي الطريقة الرئيسية لشهر الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي وحقوق الامتياز والاختصاص^(١٠).

- (١) بطرس البستاني، محيط المحيط، الجزء الأول (٢-ش)، تحت فعل (سجل) ص ٩٢٦.
- (٢) إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر و عطيه الصوالحي، ومحمد خلف الله أحمد ، المعجم الوسيط ، ط٢، ج١، تحت الفعل (سجل) ص (٤١٧ - ٤١٨).
- (٣) د/ سالم الدحود ، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري ، رسالة دكتوراه ، حقوق الاسكندرية ، ١٩٩٧، ص٣.
- (٤) تاج العروس، معجم عربي - عربي، ص٣ - ص٣٢٠ - ٣٢١ الفعل (شهر).
- (٥) هذا ما دعي بعض التشريعات أن تسمى التسجيل بالشهر تأسيساً على الوظيفة التي يرتبها من إعلام لذوي الشأن كما في القانون المصري والفرنسي. ومن هذه التشريعات من تعامل مع كلمة تسجيل بمعنى القيد كما في القانون الأردني والمصري لاحقاً في السجل العيني.
- (٦) د/ سالم الدحود، مرجع سابق ، ص٣.
- (٧) د/ سمير تناغو، عقد البيع، منشأ المعارف ، ٢٠٠٥، ص١٥٤.
- (٨) د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٧ بند ٨٠، ص ٤٣٤، بند ٢٥٠. د/ محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة نشر ، ص٧٣ بند ٣٠.
- (٩) د/ محمود شوقي، محاضرة في قانون الشهر العقاري من الناحية العملية نشرت في مجلة المحاماة ع (٢٠٠٩) س ٢٧ لسنة ١٩٤٧ ، ص ١١٧٢.
- (١٠) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص٤٧٠، بند ٢٦٤، د/ اسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦٣ ، ص١٣٨، بند ١٠٢ هامش(١)، د/ محمد لبيب شنب، بحث بعنوان "دراسات في قانون السجل العيني" ، ١٩٧٤، ص١٣، د/ سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٥٤، بند ٣٨.

كذلك فإن التسجيل يرتب آثاره من غير تحديد مدة، أما القيد فإنه لا يحفظ آثاره إلا لمدة عشر سنين ويجب تجديده قبل إنتهائه ليستبقى أثره وقد بقيت هذه التفرقة بين القيد والتسجيل في ظل قانون ١٩٢٣ وقانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦.

وعلى عكس من ذلك فقد اختلف الأمر في ظل قانون السجل العيني لسنة ١٩٦٤ حيث نجد أن العديد من المواد التي تضمنها قد تعاملت مع التسجيل والقيد كطريقة واحدة للشهر كما تبين من المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨) وغيرها من هذا القانون^(١).

ثانياً: المشروع الفرنسي:

قد استبدل المشرع الفرنسي كلمة (التسجيل) بكلمة (الشهر) بموجب المرسوم رقم (٨٩) لسنة ١٩٥٩ الصادر بتاريخ ٧ يناير ١٩٥٩، المعدل للمرسوم رقم (٥٥/٢٢) الصادر بتاريخ ٤ يناير ١٩٥٥، تبعه قانون (٢٦).

٩ ديسمبر ١٩٦٩ المعدل لبعض نصوص مرسوم ٦ يناير ١٩٥٥، والذي دمج إجراءات القيد والتسجيل ببعضها البعض وقد تعرض هذا الاستبدال وهذا الدمج للنقد لدى الفقه الفرنسي^(٢).

يبدو للمتأمل في كل من التسجيل والقيد والتأثيرات الهامشية^(٣). إنها طرق مختلفة للشهر، ولكن هذا الاختلاف لا يظهر إلا في بعض القوانين التي تأخذ بنظام السجلات الشخصية، أما في ظل القوانين التي تأخذ بنظم السجلات العينية فإن كل هذه المسميات تصبح مترادفات بعضها لبعض كونها تتم بذات الإجراءات في ذات السجل، ولكافة الحقوق العقارية دون أي استثناءات وذلك عن طريق قيد بعض البيانات في السجل العيني . هذا بالإضافة إلى أن الشهر ليس إلا أثراً للتسجيل أو القيد وليس هو ذاتهما، ونظراً لأن المشرع المصري قد أخذ بالنظامين معاً في نقل الملكية العقارية التسجيل في النظام الشخصي والقيد في السجل العيني.

الفصل الأول

القيد في ظل نظام السجل العيني

تمهيد وتقسيم :

يعتبر السجل العيني نظاماً للشهر العقاري يقوم على إثبات المحررات الواردة على العقارات في سجل وفقاً للأوضاع والشروط المنصوص عليها قانوناً، وعبرت المذكرة الإيضاحية عن نظام السجل العيني بأنه يعد ثورة في نظام الشهر إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون تأخرت وصدرت بالقرار ٨٢٥ عام ١٩٧٥م أي بعد ١١ عاماً من إصدار القانون وإلى الآن لم ينفذ القانون إلا جزئياً، والمشرع في قانون السجل العيني نقل بعض نصوص قانون الشهر العقاري الذي يرد على التصرفات^(٤)، وكل ذلك يكشف لماذا لم يحقق القانون أهدافه المرجوة حتى الآن.

(١) د/ علي حسين نجده، الشهر العقاري في مصر والمغرب، ط١، ١٩٨٦ ص٧٣، د/ ياسين محمد يحيي، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص٥٨ بند ٣٠.

(٢) في نقد استبدال مصطلح الشهر بمصطلح التسجيل ومحاولة هدم التفرقة بين التسجيل والقيد من خلال توحيد إجراءات كل منها، راجع :

FOURNIER, (Alain): Encycle. D. V° publicité foncière, 2e éd 1.7. 1990 Paris p.6 n°46.

(٣) أدخلت طريقة التأشير الهامشي في مصر لأول مرة في قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣، انظر د/ محمد عرفه، الجنيدي في نظام الشهر العقاري الصادر الصادر به القانون رقم (114) لسنة 1946 - مجلة القانون والاقتصاد - القسم الثالث - (٤٠٣) س 18 سنة ١٩٤٨ - ص ٥٥٠. ذهب الدكتور إبراهيم أبو النجا إلى أنها وسيلة رئيسية من وسائل الشهر بجانب القيد والتسجيل قررها المشرع لشهر أنواع معينة من المحررات المثبتة لدين من ديون الشركة المادة (٣١) أو دعاوي المتعلقة بحق عيني عقاري أو بصمة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها (م32). د/ إبراهيم أبو النجا، لسجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، حقوق الاسكندرية، ١٩٧٧، ص ٣٩٥ هامش (١).

(٤) د/ رمضان جمال كامل، شرح قانون السجل العيني، دار الالفى لتوزيع الكتب، ٢٠٠١، ص١٨٩.

وللقضاء على سلبات الشككية في ظل نظام الشهر العقاري الشخصي وتفعيل مزايا الشككية كضمانة للحقوق والتصرفات العقارية فإنه يجب وجود توجه جدي تجاه تفعيل نظام السجل العيني لتحديد هوية العقارات وإتمام عملية مسح شاملة لكافة العقارات داخل إقليم الدولة، وتثبيت الحقوق عليها وتوحيد نظام الشهر وتعميم نظام السجل العيني مهما كانت التكلفة، وتبسيط إجراءاته؛ لأن العائد من تعميم هذا النظام لا حدود له من الناحية المالية والرقابية والتوثيقية وكضمانة للحقوق العقارية، حيث يقوم نظام السجل العيني على تنظيم هوية العقار بحيث يماثل السجل المدني الذي ينظم الحالة المدنية للأشخاص^(١)، ونوضح فيما يلي التعريف بنظام السجل العيني والوحدة العقارية، وتحديد التصرفات والحقوق والدعاوى الواجبة الشهر، وتحديد الشككية وجدوها في ظل نظام السجل العيني كضمانة للحقوق العينية العقارية.

وعلى تقسم هذا الفصل الى مبحثين كالتالي :

المبحث الأول : ماهية السجل العيني.

المبحث الثاني : إجراءات القيد في السجل العيني وآثاره .

المبحث الأول

ماهية السجل العيني

تمهيد وتقسيم :

يقوم نظام السجل العيني على أساس أن الوحدة العقارية هي أساس التسجيل، ويتم تسلسل السجل على أساس الوحدات العقارية، ويقوم هذا النظام على أساس الربط بين وجود الحق وبين شهره فالشهر يكون منشأ للحق العيني محل التصرفات الإرادية، ومن ثم فإن الشككية تعتبر ركنا منشأ وناقلا ومغيراً ومعدلاً للحق العيني العقاري^(٢)، ويضمن نظام السجل العيني توفير شككية الشهر والنفاذ كضمانة للحقوق العينية العقارية وتثبيت الحقوق العقارية وتطهيرها من العيوب، نظراً للتأكد من صحة التصرفات التي تثبت الحقوق ومن ثم لا يجوز الطعن عليها بالبطلان أو الصورية، والشككية في نظام السجل العيني ضمانة للحق ولصاحبه وملزمة للكافة ونافاذة في حق الغير، وبذلك يتحقق استقرار المعاملات، وبهذه الشككية يكون للحق حجية مطلقة.

والسجل العيني يلعب دوراً مهماً في تطور دور الشككية في ضمان الحقوق العقارية وبخاصة الملكية العقارية^(٣)، وبعد الحكم بعدم دستورية المادة ٣٧ وسقوط المادة ٣٨ سجل عيني أصبح التقادم سبباً مكسباً للحقوق العقارية^(٤)، ونظراً لأن نظام السجل العيني يقوم على مجموعة من السجلات التي تحصر العقارات يجب تحديد المقصود بالسجل العيني والوحدة العقارية، وأنواع السجلات العينية، وتحديد اختصاصات السجل العيني ونوضح ذلك فيما يلي:

المطلب الأول

تحديد المقصود بالسجل العيني

يقوم نظام السجل العيني على أساس مسح شامل لكافة الوحدات العقارية الموجودة داخل الدولة، وتحديد أوصافها بدقة، وتحديد الحقوق وأصحابها والقيود الواردة على العقارات مع تخصيص صفحة لكل وحدة عقارية في

(١) د/ على حسين نجيد، الشهر العقاري في مصر والمغرب مرجع سابق ، ص ٧.

(٢) Deschenaux Henri, Traité de droit privé suisse: Vol. 5 Les droits réels. Le registre foncier, Fribourg, 1983, p. 213.

(٣) د/ محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني، مرجع سابق ، ص .

(٤) م / على أحمد حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء ، طبقاً لأحكام محكمة النقض، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢١.

دفتر السجل العيني^(١)، وتوصف الوحدة العقارية في السجل العيني بالتفصيل الدقيق لتعينها وتوفير العلم الكافي بها فضلاً عن تحديد الحقوق الواردة عليها، وللبيانات الواردة في السجل العيني حجية مطلقة، ومن ثم فالشخص المقيّد كصاحب الحق في السجل العيني يعتبر هو صاحب الحق القانوني، ومن ثم نجد أن نظام السجل العيني يوفر الثقة في عملية التوثيق داخل السجل العيني ويجعل الشكلية تحقق أهدافها كضمانة للحقوق العقارية، ومن ثم يتشجع الائتمان ويتحقق استقرار المعاملات ونوضح ماهية السجل العيني وماهية الوحدة العقارية فيما يلي:

الفرع الأول

التعريف بالسجل العيني وتحديد خصائصه

يعتبر نظام السجل العيني من أحدث وأدق الأنظمة في شهر وتوثيق الحقوق العقارية حيث يركز على الوحدة العقارية وشهر التصرفات العقارية الواردة عليها، وفي هذا النظام تخصص لكل عقار مكان مناسب في السجل تدون فيه كل التصرفات الواجبة الشهر الواردة عليه مع تدوين كل البيانات المتعلقة بمساحته وحدوده، ويستطيع كل من يريد التعامل على العقار الرجوع إلى صحيفة العقار في السجل العيني والتعرف على المركز القانوني للعقار وما يقع عليه من تصرفات فيقدم على التعامل بثقة واطمئنان.

الغصن الأول

التعريف بالسجل العيني

وفقاً للمادة الأولى من قانون السجل العيني ١٤٢ لسنة ١٩٦٤م يعرف السجل العيني بأنه مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف العقار، وتحدد حالته القانونية، وتوضح الحقوق المترتبة عليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به، فالسجل العيني عبارة عن سجل تتسلسل فيه العقارات حسب موقعها، ويخصص لكل عقار أو وحدة عقارية صفحة في السجل، يتحدد فيها أوصاف العقار ومركزه القانوني وتحديد ما علي العقار من حقوق والتزامات، ويرفق بهذا السجل الخرائط والمستندات المؤيدة لبياناته.

ولا يقصد بنظام السجل العيني أنه يتكون من سجل واحد بل هذا النظام يحتوى على مجموعة من السجلات تتفاوت أهميتها، وأهم هذه السجلات السجل الرئيس، والذي يترتب عليه كافة الآثار القانونية للسجل العيني^(٢)، وهناك سجل اليومية الذي يدرج به طلبات القيد، والعبرة في أثر القيد يكون من تاريخ قيد الطلب بدفتر اليومية، وهناك مجموعة من السجلات التكميلية والتي تحتوى على البيانات والوثائق والمستندات التي تؤيد ما جاء بدفتر اليومية وبالدفتر الرئيس للسجل العيني مثل الخرائط المساحية للوحدة العقارية والتي تحدد شكل العقار ومساحته وموقعه ومشتملاته وملحقاته، وكذلك محاضر التحديد والتحرير وتثبت فيها الأعمال المتعلقة بتحديد العقار وأسماء الملاك وتحديد من حضر عملية التحرير من رجال السلطة العامة وغيرهم، ويضاف إلى ذلك المستندات المؤيدة للبيانات المدرجة بالسجلات.

وتتجسد الشكلية كضمانه للحقوق العينية العقارية بأسمى معانيها في ظل نظام السجل العيني حيث إن هذا النظام يوفر الثقة والأمان للبيانات والحقوق المقيدة في هذا السجل؛ لأن أمين السجل قبل القيد للتصرفات والحقوق يدقق ويتحقق من جديتها^(٣)، ويمتاز نظام السجل العيني بوحدة سند الملكية حيث إن سند الملكية الوحيد النافذ في مواجهة الغير هو الصفحة العقارية الموجودة بالسجل العيني ومن ثم لن تتعارض سندات الملكية المتعلقة بنفس العقار

(١) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥.

(٢) د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٣) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ٥٢.

(١)، والحجية المطلقة لبيانات السجل العيني قرينة قانونية فاطعة لا تقبل إثبات العكس، وهذا يحقق التأمين الكافي للمعاملات العقارية (٢).

ولا يعرف السجل العيني سوى صاحب الحق المقيد في السجل العيني في صفحة العقار، ومن ثم لا يجوز الاحتجاج بالتقادم المكسب على صاحب الحق العيني مهما طال مدة الحيازة (٣)، وأيدت محكمة النقض مبدأ حظر التقادم فقضت بأن للقيد في السجل العيني قوة مطلقة في الإثبات، وبناء عليه يحظر التملك بالتقادم في مواجهة الحقوق المقيدة في السجل العيني (٤)، وذلك قبل الحكم بعد دستورية المادة ٣٧ سجل عيني، وبالرغم من أن نظام السجل العيني يستلزم في البداية الكثير من الجهد والإنفاق من أجل مسح كافة العقارات داخل الدولة وتدريب الكفاءات القادرة على تطبيق النظام إلا أن عوائد هذا النظام تفوق ما يمكن توقعه، نتيجة للوقوف على الحصر الحقيقي للحقوق العقارية، وهذه عوائدها كبيرة بالنسبة للدولة ولإيراداتها، فضلا عن الثقة في دقة البيانات المتعلقة بإسناد الحقوق لأصحابها، مما يحقق الاستقرار في المعاملات العقارية حيث إن الحقوق العقارية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بقيد التصرف بالإرادة وحدها لا تكفي لنقل الملكية؛ لأن جميع التصرفات الناشئة أو الناقلة أو المغيرة أو المزیلة وكذلك التصرفات الناقلة أو الكاشفة لحق عيني يجب أن تقيد في السجل العيني (٥).

ويعد نظام السجل العيني وفقاً للمذكرة الإيضاحية للقانون ثورة في نظام الشهر (٦)؛ لأنه نظام يطهر نفسه من عيوب الشهر الشخصي الذي تستلزم المصلحة العامة ضرورة تعديله ولذلك شكلت لجنة داوسن لبحث إدخال نظام السجل العيني في مصر، وأشارت هذه اللجنة إلى أن إدخال نظام السجل العيني يتطلب إعادة مسح جميع أراضي الدولة لتحديد ما تحديداً دقيقاً ثم تحديد المركز القانوني لكل وحدة عقارية بعد مسحها وتحديد ما لها من حقوق وما عليها من التزامات، وتم إصدار نظام السجل العيني بالقانون ٤٢ لسنة ١٩٦٤م، وينصب الشهر في ظل هذا النظام على الحقوق العقارية ويخصص لكل عقار صفحة توثق بها كل التصرفات على العقار، وبيانات السجل العيني ذات حجية مطلقة.

ويعتبر نظام السجل العيني أفضل أنظمة الشهر العقاري حيث يقوم على أساس أن الشكليات الملاذ الآمن للحفاظ على الثروة العقارية والضمان للحقوق العينية العقارية، وتحقيق الاستقرار وتوفير الثقة في الائتمان العقاري، وجاء قانون السجل العيني ولكن أخذ على هذا القانون أنه استخدم مصطلحات منقولة عن قانون الشهر العقاري القائم على نظام الشهر الشخصي ومن ذلك عبارة إثبات المحررات كان يفضل استخدام مصطلح قيد الحقوق (٧)، ورتب المشرع في قانون السجل العيني على عدم قيد الحقوق العينية التبعية أنها لا تكون نافذة بين المتعاقدين، ولا تكون نافذة بالنسبة للغير.

وتطبيق نظام السجل العيني على قسم مساحي معين يكون بقرار من وزير العدل، وبعد مرور ستة أشهر على هذا القرار تنشر البيانات الخاصة بكل وحدة عقارية ويخطر أصحاب الحقوق الواردة أسمائهم بالسجل بالحقوق الخاصة بهم وما يرد على هذه الحقوق من قيود، ويقوم هذا النظام على أساس الوحدة العقارية، وتسجل البيانات تحت

(١) د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٣) د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٤) حكم نقض رقم ١٤٧٤ لسنة ٥٨ ق، بتاريخ ١٩٩٢/٧/٢٨م، مجموعة أحكام النقض، ص ٤٣، ص ١٠٠٢.

(٥) د/ مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دراسة في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م، ص ٣٠.

(٦) د/ رمضان جمال كامل، شرح قانون السجل العيني، مرجع سابق، ص ٤١.

(٧) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

إشراف لجنة قضائية تكسب البيانات حجية مطلقة، وإذا صدر حكم بفسخ أو بطلان عقد بيع يتعلق بالوحدة العقارية خلاف ما هو مثبت بالسجل العيني لا يعتد به وعلى المتضرر المطالبة بالتعويض^(١).

الفصل الثاني

تحديد خصائص نظام السجل العيني

يتسم نظام السجل العيني بعد تخطى صعوبات نشأته بسهولة تطبيقه، ووضوحه وسهولة الحصول على المعلومات المتعلقة بالوحدة العقارية، وهذا النظام يقوم على توفير الثقة في البيانات والحقوق المدونة في هذا السجل فلا تنتقل الحقوق العقارية لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا إذا تم الالتزام بالشكالية المطلوبة وهي قيد الحق في السجل العيني، ويتميز نظام السجل العيني بالخصائص التالية:

أولاً: ضرورة اتصال كافة سندات القيد بالوحدة العقارية.

يستلزم نظام السجل العيني ضرورة مراعاة تسلسل القيود داخل السجل العيني أي يجب أن تكون الأسباب التي آلت بها الحقوق العينية العقارية متصلة، وهذا يحقق الاستقرار والثقة في المعاملات العقارية، وهذا الاتصال لأسباب كسب الحقوق العينية العقارية، يتضمن قيد كافة أسباب نشأة أو انتقال أو تغيير أو تعديل الحقوق العقارية، سواء أكانت هذه الحقوق ناتجة عن تصرفات إرادية أو قانع مادية، حقوق تنتقل بين الأحياء أو حقوق تؤول بعد الوفاة^(٢).

والحقوق العقارية لا تكتسب إلا بالقيد أو التسجيل في هذا السجل، حيث إنه وفقاً للمادة ٢٦ سجل عيني مصري يجب قيد جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك في السجل العيني، ولا يستثنى من ذلك سوى اكتساب الحق العقاري عن طريق الإرث حيث إنه ينتقل بمجرد الوفاة، ولكن عدم قيد حق الإرث لا يجيز للوارث أن يتصرف فيه.

ثانياً: الحجية المطلقة لبيانات السجل العيني:

إذا كانت نظم الشهر العقاري تهدف إلى توفير العلم بالتعاملات التي تنصب على العقارات بشهر هذه التعاملات، ولكنه لا يحصن بيانات السجل من الطعن^(٣)، وكذلك لا يتطهر الحقوق مما يلحقها من عيوب، فإن نظام السجل العيني يوفى الشهر لهذه التصرفات فضلاً عن توفير الحجية المطلقة لبيانات السجل، حيث إنه وفقاً للمادة ٣٧ من قانون السجل العيني يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، حتى يتمكن نظام السجل العيني من توفير الثقة في المعاملات العقارية، وتحقيق الاستقرار، وحماية كل من التزام في التعامل ببيانات السجل، ولذلك وفر نظام السجل العيني العديد من الضمانات والإجراءات التي تكفل صحة ما يتم قيده من بيانات في السجل، فضلاً عن مراجعة السندات التي من شأنها نقل أو إنشاء أو تعديل أو زوال الحق العقاري.

ويلتزم الموظف المختص بمراجعة جميع المستندات التي يجرى القيد على أساسها في السجل لقيد الحق، حتى يتم التأكد من صحة التصرفات المقيدة في السجل وهذا يضمن المشروعية على الحقوق المقيدة في السجل، وفقاً للمادة ١١ سجل عيني لا يتم إثبات الحقوق في السجل العيني إلا إذا كانت قد نشأت أو تقررت بسبب من أسباب كسب الحقوق العينية، وإذا كان هذا السبب تصرفاً أو حكماً، يجب أن يكون مشهوراً^(٤).

(١) د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٢) د/ علي حسين نجده، الشهر العقاري في مصر والمغرب، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣) د/ علي حسين نجده، الشهر العقاري في مصر والمغرب، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٤) د/ حسن عبد الباسط جمبيعي، المرجع السابق، ص ٧٣.

وتضمن المادة ٣٩ سجل عيني دقة البيانات الواردة في السجل العيني، حيث إنه لا يجوز إجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني إلا بمقتضى مستندات موثقة صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل أو بمقتضى حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها في المادة ٢١ سجل عيني، وللموظف المختص أن يصحح الأخطاء المادية البحتة في السجل العيني من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن طالما لم يتم القيد، ووفقاً للمادة ٤٨ سجل عيني لا يقبل في إثبات الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني.

وكان من آليات ضمان الحجية المطلقة لبيانات السجل العيني عدم جواز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، ولكن قضى بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤م من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، وبسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون، وذلك بموجب الحكم الدستوري رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية لدستورية، وتم نشر الحكم في الجريدة الرسمية العدد ٢٥ بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٨م. ولتحقيق الفعالية لنظام السجل العيني حتى يتمكن من تحقيق أهدافه لابد من توفير الرقابة القضائية المسبقة على التصرفات القانونية محل القيد، وذلك من حيث الشكل ومن حيث المضمون أسوة بالأنظمة المتقدمة التي اتبعت نظام السجل العيني، ولتلافي عيوب التسجيل الإداري لبيانات السجل، وللتأكد من صحة التصرفات القانونية وخلوها من العيوب^(١).

المطلب الثاني

التعريف بالوحدة العقارية

الوحدة العقارية هي أساس تقسيم السجل العيني حيث يخصص صفحة لكل وحدة عقارية يمكن من خلال هذه الصفحة التعرف على هوية العقار والمركز القانوني لصاحبه، وذلك وفقاً للمادة العاشرة من قانون السجل العيني التي تلزم بحصر جميع الوحدات العقارية في القسم المساحي وتخصص لكل منها صحيفة تثبت بها الحقوق الواردة عليه^(٢). وهناك من يعتقد أن تحديد الوحدة العقارية يقوم على أنها وحدة هندسية^(٣) ومن ثم تكون الوحدة العقارية وحدة مساحية تتمثل في كل مسطح محدد هندسياً بخط مقبول من الخارج ويشمل ما يقوم عليه من بناء أو نباتات، ولكن الأرجح أن تحديد الوحدة العقارية يقوم على إنها وحدة قانونية، تستند إلى حق المالك والسند الذي نشأ عنه الحق. ويشترط حتى يعتبر العقار وحدة عقارية أن يقع العقار في قسم مساحي واحد، وأن يكون مملوكاً لشخص واحد أو أكثر من شخص على الشيوع، ويشترط أن تشكل كل وحدة كياناً مستقلاً بمعنى ألا يفصل جزءاً منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك عام أو خاص، ويشترط ألا يكون لجزء منه أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها، لأن ذلك من شأنه أن يجزأ الوحدة العقارية، وتعتبر المناجم والمحاجر والمنافع العامة وحدات عقارية، ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من المناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية في جملتها وتفرد لها صحيفة عامة ويعد الشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء، وتسلم لكل مالك صورة من الصحيفة العقارية وتسمى تلك الصورة سند الملكية وفي حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع تسلم لكل منهم صورة من سند الملكية بسم جميع المشاعين بعد أداء الرسم وتسلم لغير الملاك من ذوى الشأن بناء على طلبهم شهادة بها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني بعد أداء الرسم المقرر، ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٧٤، ود/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ٥٢٠.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: د/ دريد داود خضير حسين، التنظيم القانوني لتخصيص سجل عقاري للوحدة العقارية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عدد ٨٤، ٢٠٢٣.

(٣) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ١١١.

الملكية أو الشهادة إلا في حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى، ويكون ذلك بقرار من اللجنة المختصة، وعلى الأمين أن يعطى شهادة في أي وقت بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العيني وذلك بعد أداء الرسم المقرر^(١).

المبحث الثاني

إجراءات القيد في السجل العيني وآثاره

تمهيد وتقسيم :

حرصاً على وحدة العرض المنهجي نتناول هذا المبحث في مطلبين ، الأول إجراءات القيد في السجل العيني، بينما نتناول في الثاني آثار القيد في السجل العيني ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

إجراءات القيد في السجل العيني

يقصد بالقيد القيام بكافة الإجراءات وتوثيق كافة البيانات التي تحدد المركز القانوني للوحدة العقارية، وذلك في الصفحة المخصصة لذلك في السجل العيني^(٢)، وتوجد مجموعة من القيود التي تتم في ظل نظام السجل العيني، ونوضح هذه القيود فيما يلي:

الفرع الأول

القيد الفني

وفقاً للقيد الفني يتحدد الحق العيني وما يطرأ عليه من تغييرات، تتعلق بانتقال أو نشأة أو تغير أو زوال الحق العيني بين المتعاقدين وبالنسبة للغير وهذا القيد يكون في الجزء القانوني لصحيفة السجل الرئيس، ويسجل اسم صاحب الحق في السجل الرئيس في خانة المالك، ويثبت سند الملكية في خانة سبب التملك. وهناك قيود تتعلق بالتعليقات وهي قيود تكون في الجزء القانوني تهدف إلى تنبيه الكافة إلى وجود بعض الحقوق الشخصية التي ترد على منفعة العقار، مثل قيد المحررات التي تثبت الديون العادية على المورث، قيد التصرفات التي ترد على منفعة العقار، ويجب كذلك التعليق بالشهر بالنسبة للقيود التي ترد على حق الملكية كشرط المنع من التصرف، ويمكن أن يحتج بها على من يكتسب حق عيني على العقار.

الفرع الثاني

القيد الوصفي

القيد الوصفي يكون في الجزء الوصفي من السجل الرئيس، ويتم فيه وصف العقار بتحديد حدوده ومساحته وأوصافه وكافة البيانات التي تميزه عن غيره، وهناك ما يعرف بالتأشير في السجل وهو قيد يتم في الجزء الوصفي للسجل ويهدف إلى شهر بعض الوقائع المتعلقة بالعقار مثل التأشير بملحقات العقار^(٣).

الفرع الثالث

القيد الأول

يتم القيد الأول للعقار في الدفتر الرئيس بالسجل العيني، حيث تخصص صفحة لكل عقار مع تحديد البيانات الوصفية للعقار، وهذا القيد له طبيعتان فقد يكون إلزامياً، ويتم عندما يكون إلزامياً بطريقتين إما بتحديد تاريخ محدد لبدء تطبيق نظام السجل العيني، ويلتزم جميع أفراد المجتمع بقيد عقاراتهم عند القيام بأي تصرف واجب للشهر على

(١) د/ مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٢١.

(٢) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(٣) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ١٥٧.

العقار، وفي هذا القيد لا يدرج العقار فوراً في السجل العيني^(١)، ولكن يتم القيد مع كل تصرف ينصب على العقار، وهناك طريق ثانٍ للقيد الأول، ويتمثل في قيام هيئة المساحة، بمسح جميع العقارات في الأقسام المساحية التي تخضع لنظام السجل العيني، وتقيد بها بمجرد الانتهاء من عملية المسح، وهنا يكون القيد شاملاً.

وقد يكون القيد الأول ذا طبيعة اختيارية أي يترك لأصحاب الحقوق الحرية في القيد من عدمه^(٢). ولكن لا نشجع هذا الاتجاه، لأن غالبية أفراد المجتمع سوف تتقاعس عن القيام بعملية القيد نظراً لما يترتب عليها من نفقات وجهد، ومن ثم يكون من الصعب على نظام السجل العيني تحقيق أهدافه، والتي تتمثل في حصر شامل ودقيق للوحدات العقارية وتوثيقها، وضوابط القيد الأول تتمثل في ضرورة التأكد من دقة البيانات الوصفية للوحدة العقارية، والتي تحدد أوصافه وحدوده، فضلاً عن ضرورة التأكد من المركز القانوني للعقار، وذلك بالتأكد من صحة ومصادقية ما يرد عليه من حقوق أو قيود أو نزاعات أو ديون.

وأخذ المشرع المصري في قانون السجل العيني ٤٢ لسنة ١٩٦٤م بالقيد الإلزامي الشامل الذي يقوم على مسح جميع القارات بالقسم المساحي أي، حيث قرر المشرع في المادة العاشرة من قانون السجل العيني بمسح أو حصر جميع الوحدات العقارية التابعة للقسم المساحي وتخصيص صحيفة لكل منها، تثبت بها بياناتها الوصفية وما يرد عليها من حقوق وعلامات تحديد الوحدات العقارية، تكون مملوكة للدولة، ويسأل من أتلّفها أو حركها أو غير مكانها عن ذلك مع ضرورة إعادة وضعها على نفقته الخاصة.

ويبدأ تطبيق السجل العيني على القسم المساحي بقرار من وزير العدل وذلك ووفقاً للمادة الحادية عشرة من اللائحة التنفيذية لقانون السجل العيني حيث يصدر قرار من وزير العدل بتحديد الأقسام المساحية، التي يطبق عليها نظام السجل العيني والتاريخ الذي يصبح فيه هذا النظام نافذاً، ويحدد القرار التاريخ الذي يبدأ فيه العمل على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة لا تقل عن ستة أشهر.

ويلتزم وزير العدل قبل إصدار القرار بأخذ رأى الهيئة المصرية العامة للمساحة، حيث إنها سوف تقوم بالعملية الفنية لحصر الوحدات العقارية بتحديد مساحاتها ورقم القطعة ورقم الحوض واسمه أو اسم الشارع، ويتم تجهيز دفتر مساحة الملكية، وفقاً لنموذجين نموذج للأراضي الزراعية ونموذج للعقارات المبنية، وكذلك يجب على وزير العدل أخذ رأى مصلحة الشهر العقاري حيث إنها سوف تقوم بالعملية القانونية التي تتمثل في التأكد من حقيقة المراكز القانونية للوحدات العقارية، وتجهيز السجلات اللازمة لتطبيق نظام السجل العيني في الأقسام المساحية المحددة.

مما سبق يتضح أن تحديد القسم المساحي، وحصر العقارات داخل هذا القسم بمعرفة هيئة المساحة، مع إخطار أصحاب الشأن بالحقوق التي تم قيدها بأسمائهم حتى يتمكنوا من الطعن في حالة عدم صحة أو دقة البيانات، ثم تقوم مصلحة الشهر العقاري بقيد هذه الحقوق في السجل العيني وتحديد المركز القانوني لكل وحدة عقارية وما يلحق بهذه الوحدة من تكاليفات، ويتم الطعن على بيانات السجل العيني أمام لجنة قضائية خاصة تتكون من رئيس محكمة ابتدائية وعضوين من مصلحة الشهر العقاري أحدهما قانوني والآخر هندسي، وتختص هذه اللجنة بنظر جميع الدعاوى والطلبات التي ترفع خلال السنة الأولى من تاريخ العمل بهذا القانون، ويصبح هذا القيد النهائي باتاً ومكسباً

(١) د/ رمضان جمال كامل، شرح قانون السجل العيني المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) د/ مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني دراسة في القانون المصري، مرجع سابق، ص ٢٠.

الحجية للحق بعد انتهاء المواعيد المحددة للطعن أو صدور حكم نهائي بثبوت الحق، ولكي يحقق نظام السجل العيني أهدافه لأبد من القضاء على المشكلات العملية التي تواجه أعمال القيديين الأول والثاني بالسجل العيني^(١).

المطلب الثاني

آثار قيد الحقوق العقارية في السجل العيني

ألزم المشرع المصري في قانون السجل العيني بقيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المنشأة والمقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية ورتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة، وعقد الصلح سواء أكان مقرراً أو ناقلاً للحق^(٢).

فإنه يجب قيده للاحتجاج به بين ذوي الشأن وبالنسبة إلى الغير في نظام السجل العيني لا تنشأ الحقوق العينية العقارية، ولا تزول ولا تتغير ولا تعدل إلا بالقيد في الصفحة المخصصة للوحدة العقارية مع تطهير هذه الحقوق وكذلك تطهير التصرفات المثبتة لها من العيوب، وذلك بعد انتهاء مواعيد الطعن، وتتسم الصفحة العقارية بالحجية المطلقة في إثبات الحق، وبالنظر إلى القيد كشكلية في قانون السجل العيني فإن القيد للحق يعتبر إجراء شكلياً ملزماً، وضمانة كافية للحق العيني العقاري، ومن ثم يعتبر القيد سبب كسب الحق العقاري^(٣)، وهذا يعد أقصى مدى للشكلية كضمانة، وهذا لا يعنى أن القيد شكلية أو ركن في التصرف لا ينعقد التصرف بدونها، بل إن التصرف غير المقيد ليس له بين ذوي الشأن سوى الالتزامات شخصية فالبائع ملتزم رغم عدم القيد بالضمان والتسليم ونقل الملكية والشكلية كضمانة لا تخرج التصرف من طبيعتها الرضائية فهي ليست ركناً في التصرف بل هي ضمانة تعدل من آثار التصرف بالنسبة لأطرافه وبالنسبة للغير، ولذلك نتناول آثار القيد في السجل العيني فيما يلي:

الفرع الأول

الأثر المنشئ للشكلية في السجل العيني

إن القيد في السجل العيني كشكلية يعتبر إجراء ينشأ به الحق العيني العقاري بين المتعاقدين، وبمقتضى القيد ينفذ هذا الحق في مواجهة الغير، ولذلك يمكن القول بأن القيد في نظام السجل العيني يعتبر منشئاً للحق، وهذا يختلف عن شكلية التسجيل في نظام الشهر الشخصي حيث إن الحق بدون التسجيل يوجد بين المتعاقدين، ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بالتسجيل، وبالتالي فإن التسجيل يعتبر مقررًا للحق العيني العقاري في ظل نظام الشهر الشخصي^(٤).

والأثر المنشئ للشكلية في قانون السجل العيني لا يفرق بين الحق العيني الأصلي والحق العيني التبعية حيث فرض المشرع شكلاً موحداً للشهر، وهو القيد للحق العيني الأصلي التبعية، ويترتب على ذلك عدم تطلب تجديد قيد الحق العيني التبعية كل عشرة سنوات كما كان الوضع في قانون الشهر العقاري، وكذلك فإن الأثر المنشئ للحق قد ساوى بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة فلا تنشأ هذه الحقوق إلا بالقيد ولكن بالنسبة للحقوق الشخصية التي ألزم المشرع بضرورة قيدها لتأثيرها على قيمة العقار مثل حق الإيجار الذي يزيد عن ٩ سنوات، وكذلك المخالصات

(١) أ/ مندي حمزة محمد، السجل العيني في المدينة بين النظرية والتطبيق الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠١٤م، ص ٢٦.

(٢) د/ محسن عبد الحميد البيه، قوانين الشهر العقاري في مصر، دار النهضة العربية المنصورة، ٢٠١١م، ص ٨٤.

(٣) د/ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ٤٩٢.

(٤) د/ على حسين نجيد، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٨٦.

المدفوعة مقدما، والتي تزيد عن ثلاث سنوات، فإنه لا يترتب على قيد هذه الحقوق أثر منشئ ولكنه أثر مقرر، ويترتب على عدم القيد عدم نفاذ هذه الحقوق في مواجهة الغير^(١).

وفقا لهذا المبدأ فإن الحق العيني العقاري لا ينشأ ولا ينتقل ولا يتغير ولا يتعدل ولا ينقضي بالاتفاق وإنما يوجد ركن شكلي لابد من الالتزام به حتى ينشأ الحق وينفذ في مواجهة الغير إلا هو القيد أو شكلية الشهر، ولذلك يجب الالتزام بالشكلية وتتمثل في قيد التصرف في السجل العيني حتى ينتقل الحق بين المتعاقدين وينفذ في مواجهة الغير، وبناء عليه فإن القيد يعد التزاما رئيساً، يجب على البائع بمقتضى عقد البيع^(٢).

وبالنسبة للوفاة كواقعة مادية تتسبب في انتقال الحقوق العينية العقارية بالميراث بغض النظر عن القيام بإجراءات القيد، حيث إنه لن يكون هناك وارث في الفترة بين واقعة الوفاة والقيام بإجراءات القيد، ولكن لا يجوز للوارث أن يتصرف في هذه الحقوق إلا بقيد السندات المثبتة لحق الإرث والتي تتضمن تحديد نصيب كل وارث، طالما اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية وذلك مع قوائم جرد التركة، وهنا تنتقل الملكية بالقانون ويكون القيد كإجراء شكلي أثره كاشف وليس منشئاً يجب شهر تلك الحقوق حتى يتطابق الوضع الواقعي مع الوضع القانوني، ويلحق بالأثر المنشئ للقيد أثراً مطهراً يضمن نسبة الحق العقاري إلى صاحبه وتخليصه مما شابه أو شاب التصرف الذي يستند إليه من العيوب، وهذا يوفر الثقة في بيانات السجل العيني، ويحقق الاستقرار للمعاملات العقارية، ويدعم الثقة في الائتمان العقاري، فضلاً عن تمكين الكافة من العلم بالمركز القانوني للعقار، ونظراً لأنى المشرع قد استثنى من القيد حقوق الامتياز العامة، وكذلك حقوق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا كان محلها عقارات، فإن ذلك سوف يتسبب في عدم إظهار المركز القانوني للعقارات المحملة بهذه الامتيازات بصورة حقيقية لذلك نتفق مع من ينادى بضرورة إلغاء هذا الاستثناء وخضوع هذه الحقوق للقيد^(٣).

الفرع الثاني

الأثر المطهر للشكلية في السجل العيني

يقصد بالأثر المطهر للقيد، أن بيانات السجل تكتسب الحجية المطلقة وينسب الحق لمن قيد باسمه في السجل، ويتحصن الحق والسندات التي يستند إليها بعد انتهاء المدة المحددة للطعن على بيانات السجل العيني، وذلك بعد مرور عام من تاريخ سريان العمل بقانون السجل العيني على القسم المساحي، وبعد نشر الحقوق المقيدة في السجل وإخطار أصحاب المصلحة، ويكون الطعن أمام اللجنة القضائية المختصة، يصبح القيد نهائياً وباتاً.

ويهدف نظام السجل العيني من خلال الأثر المطهر للشكلية إلى توفير الثقة في بيانات السجل ومن ثم حماية الحقوق العينية العقارية وضمان نسبتها إلى أصحابها، ولكن هذه الحجية مطلقة حماية للغير حسن النية، ومن ثم فمن يتعامل مع غير المالك باعتبار أنه مالك على أساس أنه صاحب الحق المقيد اسمه في السجل العيني فبالرغم أن القيد تم على أساس سند باطل أو معيب فإن الحجية المطلقة طهرت الحق المقيد من هذا العيب طالما أن الغير حسن النية، ولا يمكن الخروج عنها، إلا لتحقيق العدالة^(٤)، بمعنى أنه لا يمكن للغير أن يستند إلى هذه الحجية إذا كان هذا لغير سيء النية وحصل على الحق بالغش والتواطؤ فهنا لا تكون للقيد سوى حجية نسبية يمكن لصاحب الحق أن يثبت عكس ما ورد فيها، ويرى البعض أن هذا ما أخذ به المشرع، حيث إنه في قانون التسجيل الصادر في ١٩٢٣م، وفي قانون الشهر العقاري الصادر في ١٩٦٤م، لم يعتد بأسبقية التسجيل الناتجة عن غش أو تواطؤ إضرار بالغير حسن

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي، - تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٨٧.

(٢) CAVIN Pierre, La vente, l'échange, la donation, in Traité de droit privé suisse VII/1, Fribourg 1978, p. 124.

(٣) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٨٩ - ٩٢.

(٤) Steinauer, Paul-Henri, Les droits réels, 1985, p 240.

النية^(١)، ولكن نتفق مع من يخالف هذا الرأي من اعتبار أن القيد الأول للحق العيني العقاري يكتسب الحجية المطلقة فهذا القيد نهائي ومطلق، بغض النظر عن حسن النية من عدمه^(٢).

ونظرا لمراعاة حسن النية ومنع التواطؤ والغش وعدم الإضرار بالغير، فإنه لا يجوز إجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني إلا بمقتضى محررات موثقة صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل أو بمقتضى حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المختصة، ولأمين أن يصحح الأخطاء المادية البحتة في السجل العيني من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن طالما لم يتم القيد، وفي حالة إتمام القيد، وجب عليه عدم إجراء التصحيح، إلا بعد إخطار ذوى الشأن، بكتاب موصى عليه بعلم وصول، ويحرر الأمين محضرا يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه، ونؤكد على أن الأصل أن ترتكز القيد في السجل العيني على سند قانوني صحيح وفي ظل الضمانات المحددة لذلك، وفي غير ذلك يصح لصاحب الحق الأصل وبما يتفق مع مبدأ المشروعية أن يرفع دعوى بتصحيح القيد، وذلك في مواجهة المتصرف إليه أو خلفه العام حسب الأحوال^(٣).

وبناء عليه تتحصن بيانات السجل، ولا يجوز الطعن على هذه البيانات، وتتطهر هذه الحقوق المقيدة والتصرفات المؤيدة لها من أي عيوب وتصبح هذه البيانات والمتعلقة بالقيد الأول غير قابلة للطعن، ومن ثم لا تقبل دعاوى الطعن في هذه الحقوق، وكذلك لا يجوز قيد أي حكم صادر في هذه الدعاوى في السجل العيني، والهدف من هذا الأثر المطهر أنه يعتبر أساسا يقوم عليه نظام السجل العيني، وضرورة لتوفير الثقة في بيانات السجل وتحقيق الاستقرار للتعاملات العقارية، ولذلك يعتبر كل حق عيني عقاري قد اكتسب الضمان أو الحجية بمجرد القيد في السجل العيني ومضى مدة الطعن ويجب اعتباره صحيحا من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية^(٤).

ولا يمنع من الأثر المطهر للقيد من إدخال التعديلات على الحقوق العقارية طالما أن قيدها لا يمس بمصلحة صاحب الحق الأصل وكذلك لا يضر بحقوق الغير، والمثال على ذلك إذا حدث القيد الأول للعقار مع إغفال واقعة الوفاة، وانتقال الحقوق العينية العقارية بمجرد الوفاة حيث إن الحق ينتقل بالميراث بقوة القانون من وقت حدوث الوفاة، لذلك يحق للورثة بعد انتهاء المدة المحددة قانونا للطعن على القيد والتقدم بطلب لتغيير البيانات، ولا يكون للقيد في هذه الحالة سوى أثر كاشف^(٥).

والأثر المطهر للشكلية أو القيد قائم على أساس صحة هذا القيد، فالأصل أن هذا القيد قد تم لأنه تتوافر فيه الضمانات الكافية التي تضمن صحته، وبناء عليه إذا حدث بالرغم من ذلك أخطاء مادية في القيد، على سبيل المثال الخطأ في حرف من اسم المشتري، أو الخطأ في وصف الوحدة العقارية بما يخالف المستندات المقدمة، فإن لمكتب الشهر العقاري أن يتدخل لتصحيح هذه الأخطاء المادية^(٦).

ولتوفير الضمانات اللازمة لضمان مصداقية بيانات السجل يعاقب كل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه مع علمه بذلك، بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها أي قانون آخر، ويعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنصف

(١) د/ محمد حلمي خليفة، حجية القيد في السجل العيني، دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية، مجموعة أعمال حلقة تشريعات الشهر العقاري في الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٦٣٠.

(٢) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٣) Weiland Carl, les droits reels dans le code civil Suisse, paris, 1914, p3.

(٤) Steinauer, Paul-Henri, Les droits réels, 1985, p 125.

(٥) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٦) د/ مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٧٦.

العقوبة، هذا فضلاً عن حق صاحب الشأن كمضروب في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة.

الفرع الثالث

تعديل بيانات السجل العيني للموازنة بين الشككية والعدالة

إذا تم القيد بالمخالفة للحقيقة بالرغم من كل الضمانات التي تكفل مشروعة الشككية وصحتها، فإنه يحق لصاحب الحق الأصيل أو لمن أضرر بسبب القيد طلب تعديله أو محوه أي يمكن تغيير بيانات القيد بتقديم طلب لمأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها وفقاً للإجراءات القانونية، وذلك بتحديد البيانات وتقديم المستندات المؤيدة لها مع مشروع المحرر المراد قيده، ويتم مراجعة ذلك ثم التأشير بصلاحيته القيد.

ويشترط القانون رسمية المحررات التي يجرى التغيير على أساسها، حيث لا يجوز إجراء أي تغييرات في بيانات السجل العيني إلا بمقتضى محررات موثقة صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل أو بمقتضى حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المختصة.

ويصح أمين السجل الأخطاء المادية البحتة في السجل العيني من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن طالما لم يتم القيد، وفي حالة إتمام القيد وجب عليه عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم وصول، ويحرر الأمين محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه.

ويجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير على الوحدة العقارية كإضافة مباني أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها، ويرفق بالإخطار إقرار رسمي يتضمن التغييرات، وتعديل بيانات السجل العيني تبعاً لها دون رسوم، ويجب أن يتم الإخطار خلال الثلاثة أشهر التالية لإتمام التغيير، ولذلك إذا كانت البيانات الوصفية الواردة في صفحة العقار تصف العقار بأنه أرض فضاء وأقيم عليها بناء، فيجب تغيير الوصف بما يتناسب مع التغيير الحادث، ونفس الحال إذا كان العقار تم وصفه بأنه مكون من طابق واحد وتم إضافة طوابق أخرى يجب تعديل وصف العقار في السجل.

وبناء عليه فإن البيانات الهامة والمؤثرة في وصف العقار هي التي يجب تغييرها، ويجب إخطار أمين السجل بذلك خلال الثلاثة أشهر التالية لإجراء التغيير دون رسوم، وذلك للتشجيع على الإخطار، وفي حالة عدم الإخطار فالجزاء يكون غرامة قدرها نصف في المائة من قيمة العقار، بحيث لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز مائة جنيه يلزم التغيير^(١).

وهذا الإخطار بالتغييرات الواردة على الوحدة العقارية يرفق به إقرار رسمي موثق بالتغييرات المادية، وهذا ما تؤكد المادة ٣٩ سجل عيني التي تقضى بعدم جواز أي تغيير في بيانات السجل العيني إلا بمقتضى محررات موثقة ممن يملك التصرف في الحقوق المقيدة في السجل أو بمقتضى أحكام أو قرارات صادرة من اللجان القضائية المختصة.

وتلتزم الجهات المشرفة على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تخطر الجهة القائمة على السجل العيني في أول كل شهر برخص البناء والهدم المعطاة لأصحاب الشأن، ويربط العوائد المستجدة، وذلك لكي تقوم الجهة الأخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات العقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أي تصرف يتعلق بها في السجل العيني، ولم يشترط القانون شكلاً معيناً لهذا الإخطار باعتباره صادر من موظف عام مختص.

(١) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٣٧.

وإذا تبين أن المالك قد أحل بواجب الإخطار عن التغيرات المادية التي غيرت في الوحدة العقارية، ولم يخطر بها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حدوثها فإن هذه التغيرات تثبت في السجل بقرار يصدره الأمين متضمناً هذه التغيرات مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار بغرامة قدرها نصف في المائة من قيمة العقار، بشرط ألا تتجاوز ١٠٠ جنيه، ولا تقل عن ١٠ جنيهات، ويعتبر هذا القرار نهائياً وتحصل بالطريق الإداري، وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر، وللأمين العام الإعفاء من الغرامة أو تخفيضها إذا أبدت أذكار مقبولة.

وإذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد، وجب أن تبحث هذه الطلبات، وفقاً لأسبقية تدوينها في دفتر أسبقية الطلبات وأن تقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشراً على المحرر الخاص به بالصلاحيات وإعادة الطلب اللاحق، وإذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق، يتم إخطار صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، لتلافي هذا النقص أو العيب خلال أجل لا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الإرسال، فإذا لم يفعل رفع الأمر إلى أمين السجل العيني وللأمين أن يصدر قراراً مسبباً بسقوط أسبقية هذا الطلب أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات.

ونظم المشرع في نظام السجل العيني نظام الشهر المؤقت حيث يكون لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان ولا يرى وجهاً له، وكذلك لمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك، أن يطلب من أمين السجل خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه، قيد المحرر في دفتر العرائض وذلك بعد توثيقه، وبعد أداء الرسم وإيداع الضمان، وإلا أصبح القرار نهائياً، ويجب أن يبين في الطلب الأسباب التي يستند إليها الطالب.

وفي هذه الحالة يجب على أمين السجل العيني بعد توثيق المحرر قيد الطلب في دفتر العرائض ثم رفع الأمر إلى اللجنة القضائية المختصة، ويوقف فحص الطلبات اللاحقة إلى أن يصدر قرار اللجنة، وتصدر اللجنة قراراً مسبباً على وجه السرعة إما بتأييد رفض قيد المحرر في السجل العيني، أو بجواز هذا القيد وذلك تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر في السجل العيني، ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأي طريق من طرق الطعن، وإذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر في السجل العيني، وجب إجراء ذلك حسب ترتيب قيد الطلب المتعلقة به في دفتر العرائض، ولكن إذا صدر القرار برفض القيد، وجب التأشير بما يفيد ذلك في دفتر العرائض أمام الطلب المتعلق به ويرد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه.

ويحق لأمين السجل العيني أن يرفض إجراء القيد إذا لم يستوف الطلب الشروط اللازمة، مع ذكر أسباب الرفض على الطلب في دفتر العرائض مع إبلاغ مقدم الطلب، وتحديد ميعاد أسبوعين لتقديم طعنه على هذا الرفض، ويصبح قرار الأمين نهائياً بمرور الميعاد دون طعن، وللمن رفض اعتراضه أن يطلب من أمين السجل العيني خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه، رفع الأمر إلى اللجنة القضائية المشار إليها في المادة ٢١ من هذا القانون، وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة إما بتأييد رفض القيد أو تنفيذ الطلب، ويتم القيد في السجل العيني بالمطابقة للمستندات المقدمة وبترتيب الطلبات في دفتر العرائض ويؤرخ بنفس تاريخ هذا القيد ويتم بكل عناية وبخط واضح دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير.

وهناك من ^(١) ينتقد محدودة دور اللجنة القضائية المختصة بالنسبة للقيود التالية على القيد الإلزامي أو التمهيدي حيث لا يحق لصاحب الشأن التظلم أمام هذه اللجنة أثناء إجراءات القيد إلا في الحالات المحدودة التي نص عليها المشرع، وهي في حالة تعارض الطلبات أو تعثرها، وعدم الاهتمام بالنشر والإعلام للقيود التالية على القيد

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٨٤ - ٨٥.

الأول قياساً بالنشر والإعلام المصاحب للقيد الأول قد يضر صاحب الحق الأصل ومن الممكن حدوث الغش والتدليس، وهذا يتعارض مع مبدأ المشروعية، وحجية البيانات المدرجة في السجل العيني.

ويتعين لإثبات الحق عن طريق التقادم أن يقوم صاحب الشأن بإثباته في استمارة تسوية تقوم مقام المحرر المشهر، ويثبت الحق في صحيفة الوحدة العقارية وفقاً للمادة ١٩ سجل عيني والتي تقرر أنه عند التعامل على عقارات بعقود لم تشهر أو عند وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر، وفي جميع الأحوال التي لا يكون فيها وضع اليد ثابتاً في محررات مشهورة، يجوز لأصحاب الشأن باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق عينية تبعية على هذه الأعيان أن يقوموا في خلال شهرين بإثبات اتفاقاتهم في استمارات تسوية تقوم مقام المحررات المشهورة، وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية وفقاً لها وعند وجود تعارض بين السندات التي يكون محلها الوحدة العقارية، كأن يكون هناك عقداً بيع مسجلين لنفس العقار من بائعين مختلفين، تقوم مصلحة الشهر العقاري بفحص المستندات المتناقضة، وتقديم تقرير بنتيجة الفحص وإثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق.

ولتوفير الثقة في بيانات السجل فإن كل البيانات التي تقيد في السجل لها قوة مطلقة طالما لم يطعن عليها في المواعيد المحددة أو تم تقديم الطعن ولكنه رفض، ولذلك فإن من قيد الحق باسمه في صفحة الوحدة العقارية يعتبر هو صاحب الحق الحقيقي، وتختص اللجنة القضائية المحددة في القانون بالنظر في جميع الدعاوى والطلبات التي ترفع خلال السنة الأولى بعد العمل بهذا القانون لإجراء تغيير في بيانات السجل العيني ولكن استثناء من ذلك، ووفقاً للمادة ٣٨ سجل عيني يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المحددة لسريان نظام السجل العيني، ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير الهامشي.

وعلى ذلك إذا قام شخص برفع دعوى تثبيت الملكية، استناداً إلى التقادم الطويل أو القصير، وذلك خلال الخمس سنوات التالية للعمل بنظام السجل العيني، وإذا حكم لصالحه، فإن الحق يدرج باسمه كمالك للوحدة، بناء على طلب يتقدم به إلى إدارة السجل العيني طالباً تغيير البيانات الخاصة بالوحدة العقارية وإدراج اسمه كصاحب الحق، ولكن يجب على صاحب الدعوى أن يؤشر بمضمون طلبه في صفحة العقار، وبناء عليه إذا انتقل إلى الغير حق قبل التأشير بالدعوى في السجل فإن الشخص إذا قيد كحقه كصاحب للحق قبل التأشير، يظل هو صاحب الحق طالما أنه حسن النية، وقيد حقه قبل التأشير بدعوى تثبيت الملكية بناء على التقادم، وهنا يكون المشرع قد حقق الحماية للغير حسن النية الذي ليس لديه وسيلة للعلم بدعوى وضع اليد^(١)، ويعتبر الغير سيء النية إذا كان يعلم بأن المتصرف ليس هو صاحب الحق الأصل، وبالتالي لا يستفيد الغير من قيد الحق في السجل العيني إذا كان يعلم أن هذا القيد يقوم على سند غير صحيح أو معيب أو باطل، ويمكن إثبات سوء النية بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة مادية، في حين أن الغير حسن النية يمكن أن يتمسك بالقيد حتى وإن كان هذا القيد قد تم بناء على سندات أو إجراءات معيبة أو باطلة.

ولكن في المادة الثانية من قانون التسجيل لم يشترط المشرع حسن النية بالنسبة للتصرفات والأحكام المنشئة للحقوق العينية العقارية، فالعبرة بأسبقية التسجيل بغض النظر عن حسن النية أو سوء النية، ولكن بالنسبة للتصرفات والأحكام المقررة للحقوق العينية العقارية فيشترط حسن النية، ولم يحسم قانون الشهر العقاري الصادر عام ١٩٤٦م مسألة حسن النية، واستقر قضاء محكمة النقض على عدم تأثر الحق المكتسب بالتسجيل بسوء نية المتصرف إليه،

(١) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٦-٢٧.

وهناك من يرى بوجوب مراعاة حسن النية لمن يقيد الحق باسمه استناداً إلى سند غير صحيح أو باطل، وإبطال القيد استناداً إلى سوء نية المتصرف إليه، مع ضرورة التقييد من دائرة إبطال القيد^(١)، حرصاً على استقرار المعاملات. ولضمان مصداقية بيانات السجل وكفالة الحماية لهذه البيانات لا يجوز بأي حال أن تنقل من مكاتب السجل العيني أصول المستندات التي تم قيدها، وكذلك لا يجوز نقل السجلات والدفاتر المتعلقة بالقيد؛ لأن نقل هذه الدفاتر قد يعرضها للتلف أو التلاعب، ولكن يجوز للقضاء في حالة الاطلاع على السجل أو وثائقه الانتقال إلى السجل أو ندب الخبراء للاطلاع عليها، في الأماكن المخصصة لها داخل السجل أو الحصول على شهادة رسمية أو مستخرج بالبيانات المطلوبة.

الفصل الثاني

دور دعوى صحة التعاقد في نقل الملكية

تمهيد وتقسيم :

أن عقد البيع يولد التزامات على عاتق كل من طرفيه، ومن بين هذه الالتزامات التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وذلك عن طريق قيامه بكل ما هو ضروري لنقل ملكية العقار المبيع، أي القيام بالإجراءات اللازمة من جانبه لتسجيل البيع^(٢).

لكن ليس معنى هذا أن تسجيل البيع، وبالتالي نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، مرهون باستجابة البائع ونشاطه إلى معاونة المشتري في إجراءات التسجيل وأن امتناعه عن ذلك يجعل نقل الملكية متعذراً، ذلك أن تنفيذ التزام البائع تنفيذاً عينياً ممكن عن طريق دعوى صحة التعاقد، والتي يطلق عليها في العمل دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، والتي يلجأ إليها المشتري للحصول على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر، وإذا صدر حكم في هذه الدعوى لصالح المشتري، ثم قام بتسجيله انتقلت إليه الملكية دون حاجة إلى تدخل البائع، تجد هذه الدعوى أساسها القانوني في القواعد العامة في التنفيذ العيني^(٣).

ولهذا سنقتصر الدراسة على دعوى صحة التعاقد من حيث أساسها القانوني، وطبيعتها، والشروط المتطلبية للحكم فيها في مبحثين كالتالي :

المبحث الأول : التأصيل التاريخي لدعوى صحة التعاقد وتحديد مفهومها.

المبحث الثاني: أحكام دعوى صحة التعاقد في القانونين المصري والكويتي.

المبحث الأول

التأصيل التاريخي لدعوى صحة التعاقد وتحديد مفهومها

تمهيد وتقسيم:

قبل تاريخ العمل بأحكام قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ والمعمول به في الأول من يناير سنة ١٩٢٤، كانت الملكية وغيرها من الحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد التعاقد، دون حاجة إلى التسجيل، وكان كثير من المتعاقدين في ظل القانون المدني المصري القديم، قد عزفوا عن شهر تصرفاتهم باعتبار أن العقد غير المسجل قد نقل إليهم الملكية فيما بينهم وبين المتعاملين معهم مما زرع أسس نظام الشهر ذاتها، ومكن كثيراً من البائعين من التعامل في العقار الواحد أكثر من مرة بعد تصرفهم الأول فيه.

(١) د/ حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، من ص ١١٨ إلى ص ١٢٣.

(٢) د/ أحمد شرف الدين، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني وقانون حماية المستهلك، مطبعة جامعة عين شمس، ٢٠٢٠، ص ١٥٥.

(٣) د/ محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع شروطها - آثارها - مواعيد سقوطها، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٨٤ وما بعدها.

إلا أنه وبعد العمل بأحكام قانون التسجيل ، لم يُعد انتقال الملكية نتيجة لازمة ومباشرة لانعقاد العقد ، وإنما تراخي انتقال الملكية إلى حين القيام بإجراءات تسجيل عقد البيع ، فيما يعني أنه يجب لكي تنتقل ملكية العقار إلى المشتري ، أن يُبادر الطرفان بتسجيل عقد البيع . وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي :

المطلب الأول: التأصيل التاريخي لدعوى صحة التعاقد .

المطلب الثاني: مفهوم دعوى صحة التعاقد.

المطلب الأول

التأصيل التاريخي لدعوى صحة التعاقد

حرى بنا قبل تحديد مفهوم دعوى صحة التعاقد أن نتناول التأصيل التاريخي لنشأة دعوى صحة التعاقد، الثابت في ظل سريان أحكام القانون المدني المصري القديم - وقبل تاريخ العمل بأحكام قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الصادر في ٢٦ يولية سنة ١٩٢٣ والمعمول به في الأول من يناير سنة ١٩٢٤ - أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد التعاقد^(١) دون حاجة إلى التسجيل ؛ وكان كثير من المتعاقدين في ظل القانون المدني القديم قد عزفوا عن شهر تصرفاتهم باعتبار أن العقد غير المسجل قد نقل إليهم الملكية فيما بينهم وبين المتعاملين معهم مما زرع أسس نظام الشهر ذاتها، ومكن كثيراً من البائعين من التعامل في العقار الواحد أكثر من مرة بعد تصرفهم الأول فيه.

إلا أنه وبعد العمل بأحكام قانون التسجيل سالف الذكر، لم يُعد انتقال الملكية نتيجة لازمة ومباشرة لانعقاد العقد ، وإنما تراخي انتقال الملكية إلى حين القيام بإجراءات تسجيل عقد البيع، فيما يعني أنه يجب لكي تنتقل ملكية العقار إلى المشتري ، أن يُبادر الطرفان بتسجيل عقد البيع.

وإذا كان صحيحاً أن عقد البيع غير المسجل لا ينقل بذاته ملكية العقار المبيع إلى المشتري، إلا أن دور البائع لا ينتهي كما كان من قبل بمجرد إبرام العقد ، وإنما يبقى ملزماً - بمقتضى العقد - بنقل الملكية إلى المشتري وعمل كل ما من شأنه أن يساعد على إتمام عملية التسجيل^(٢)؛ وتطبيقاً لذلك حكم بأن " النص في المادة ٤٦٦ من القانون المدني (الكويتي) على أنه إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه، لانتقالها، وأن يتمتع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيراً " مفاده - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أنه إذا كانت ثمة أحوال لا تنتقل فيها الملكية بمجرد البيع - فإنه يكون علي البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها إلى المشتري وأن يكف عن الأعمال التي تحول دون ذلك أو تجعله عسيراً فيكون عليه القيام بتقديم مستندات الملكية حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد إذا كان المبيع عقاراً " (٣).

(١) د/ محمد حلمي عيسى بك : شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية ، مطبعة المعارف بشارع الفجالة ، ١٩١٦ ، رقم ١٧ ص ٢٠ . حيث يقول " يترتب على البيع نقل الملك بمجرد التعاقد "، لمزيد من التفاصيل راجع د/ رمضان أبو السعود ، صحة التعاقد وتقادمها، مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية ، ١٩٩٠ ، س ٢٠ ، ع ١٤ ، الإصدار الثالث (٨٧،١١٨) .

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن ٢٠٠٢/٣٩٧ تجاري - جلسة ١١ من مايو سنة ٢٠٠٣ ، حكم محكمة التمييز الكويتية جلسة ٢٧ من أبريل سنة ٢٠١٠ في الطعن رقم ٨٦٥ ، ٢٠٠٨/٨٧٢ تجاري.

(٣) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن ٢٠٠٢/٣٩٧ تجاري - جلسة ١١ من مايو سنة ٢٠٠٣ ؛ حكم محكمة التمييز الكويتية جلسة ٢٧ من أبريل سنة ٢٠١٠ في الطعن رقم ٨٦٥ ، ٢٠٠٨/٨٧٢ تجاري.

وتلزم المادة ٤٢٨ مدني البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل ملكية الحق المبيع^(١)، فإذا كان المبيع عقارا التزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل ملكيته، والمعروف أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، وبالتالي يجب على البائع أن يقوم بما هو ضروري لإجراء هذا التسجيل^(٢).

ويعد من قبيل الضروري لإجراء التسجيل العقاري التزام البائع بتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل إلى المشتري كمستندات الملكية وبيان حدود العقار، وتطبيقاً لذلك حكم بأنه على البائع تنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وذلك بتقديم المستندات الدالة على ملكيته واللازمة للتسجيل^(٣).

وايضاً أن يقوم بالتوقيع على عقد البيع النهائي المحرر على النموذج الخاص أمام الموظف المختص بالتصديق على التوقيعات، وتطبيقاً لذلك حكم بأنه على البائع أن يقوم للمشتري بالإجراءات القانونية اللازمة للتسجيل، من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع^(٤).

وإذا كان البائع قد تلقى ملكية العقار عن طريق الميراث، وجب عليه أن يُشهر حقه في الإرث، حتى يتسنى للمشتري شهر عقد البيع الذي أبرم بينه وبين البائع الوارث، باعتبار أنه "يترتب على عدم شهر حق الإرث منع شهر أي تصرف يصدر من الوارث في أي عقار من عقارات التركة" وتطبيقاً لذلك حكم بأن قبول طلب شهر المحرر يقتضى إثبات أصل ملكية البائع أو المتصرف ولا يُقبل في إثبات ذلك إلا أوراق معينة منصوص عليها في قانون الشهر العقاري والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣ على أنه "لا يُقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً للمادة السابقة إلا المحررات التي سبق شهرها ثم أوردت طائفة أخرى من الأوراق ليس من بينها المحررات المؤشر بصلاحياتها، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصور القانون"^(٥).

الحال كذلك، إذا كان ملكية العقار قد آلت إلى البائع من وقف تم حله بمقتضى القانون، وجب عليه شهر حق الوقف حتى يتسنى للمشتري منه تسجيل عقد البيع الصادر له، وتطبيقاً لذلك حكم "البائع يلتزم على ما تقتضيه المادة ٤١٨ من القانون المدني - بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وهذا الالتزام يشمل قيامه بشهر إنهاء الوقف وحقه فيه حتى يتسنى للمشتري تسجيل عقد البيع الصادر له، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ اتخذ من اشتراط الطاعن تحمل البائعة مصاريف الإشهار قرينة على استغلاله لها قد استند إلى قرينة فاسدة"^(٦).

هدياً على هذا التفسير يمكن القول أنه متى قام البائع بما هو ضروري لإجراء تسجيل العقار فقد نفذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً اختياريّاً، وتنتقل ملكية العقار إلى المشتري إذا تم التسجيل، لا تسير في الواقع العملي بهذه الصورة من السهولة واليسر فقد يرفض البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية والقيام بالإجراءات اللازمة لعملية التسجيل أو يتأخر في القيام بها، فيثور التساؤل عن كيفية انتقال الملكية إلى المشتري في هذه الحالة وهل سيبقى انتقال الملكية إلى المشتري مرهوناً على موافقة البائع على القيام بإجراءات التسجيل.

(١) تقابلها نص ٤٦٦ مدني كويتي، التي ألقت على عاتق البائع عبء الالتزام بكل ما هو ضروري من جانبه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري. إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه كما هو الحال بالنسبة للعقارات التي لا تنتقل فيها الملكية إلا بالتسجيل.

(٢) وحكم بأن "عقد بيع العقار الذي لم يُسجل هو عقد ينشئ التزامات شخصية على أطرافه وينشئ التزاماً على البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار للمشتري بالتسجيل". حكم محكمة التمييز الكويتية الطعن ٢٠٠٠/٥٩١ تجاري - جلسة ٣١ من مارس سنة ٢٠٠١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، مايو سنة ٢٠٠٤، القسم الرابع، مج ٢، ص ٧٦٤، تحت عنوان "بيع".

(٣) نقض مدني ٢٥ من يولييه سنة ١٩٦٧ طعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ ق، نقض مدني ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٩٩ طعن رقم ٤٦٩٥ لسنة ٦٨ ق، مجموعة المكتب الفني س ٥٠ ع ٢ ق ٢٣٤ ص ١١٩٧.

(٤) نقض مدني ١٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٢ طعن رقم ٦٠ لسنة ٢ ق.

(٥) نقض مدني الأول من نوفمبر سنة ١٩٦٦ طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٢ ق، نقض مدني ٢٣ من فبراير سنة ١٩٧٨ طعن رقم ٨٨٧ لسنة ٤٣ ق ..

(٦) نقض مدني ١٧ من أبريل سنة ١٩٦٩ طعن رقم ٢٥٠ لسنة ٣٥ ق، مجموعة المكتب الفني س ٢٠ ع ٢ ق ١٠٤ ص ٦٤٢.

في مطلع الاجابة على التساؤل السابق، نؤكد أن للمشتري أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام البائع تنفيذًا جبريًا طالما كان ذلك ممكنا وإلا لم يكن أمامه إلا التنفيذ بمقابل^(١)، وليس معنى ذلك بطبيعة الحال أن يطلب المشتري من المحكمة إجبار البائع على التوقيع على العقد المعد للشهر أو الذهاب معه إلى مصلحة الشهر العقاري قسرا وإلا كان ذلك حجرا على الحرية لم يُعد جائزا في القوانين الحديثة ، وإنما يستطيع المشتري أن يصل، إلى نفس النتيجة بالحصول على حكم من القضاء بثبوت ونفاذ عقد البيع يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه، يمكن تسجيله بدلاً من العقد الابتدائي ، فتنتقل بذلك ملكية العقار محل التعاقد إلى المشتري^(٢).

ولنا أن نستشهد بما تقتضيه المادة ٢١٠ من القانون المدني المصري التي صرحت بأن الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام"، ومن هنا نشأت دعوى صحة التعاقد بصدر أحكام عن المحاكم الدنيا ومحاكم الاستئناف المصرية ، ولعل أول الأحكام التي حاولت تأصيل هذا الموضوع هو حكم منفلوط الجزئية الصادر في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ ، أي بعد سريان قانون التسجيل الصادر عام ١٩٢٣ م، وكان الأمر يتعلق ببائع باع ثلاثة قراريط لكنه امتنع عن الذهاب إلى قلم كتاب المحكمة للتصديق على توقيعه على المحرر المعد للتسجيل رغم سبق قبضه الثمن ، وكان على المحكمة أن تقرر ما إذا كانت هناك وسيلة يمكن بها إتمام التسجيل لكي تنتقل الملكية إلى المشتري ، وحكمت المحكمة بصحة التعاقد الحاصل بين المدعي والمدعى عليه خاصة بالثلاثة قراريط المشار إليه، وإعطاء الحق للمدعي بتسجيل هذا الحكم لإتمام نقل الملكية^(٣).

ويتبنى جانب من الفقه المصري رأياً مفاده أنه وبحق ليست قصة ظهور والاعتراف بدعوى صحة التعاقد سوى قصة الخلق القضائي لنظام بديع لم يكن على المشرع إلا أن يتوجه بنصوص تقرر ما خلقه القضاء، حيث كان للقضاء المصري دوراً كبيراً في تثبيت وترسيخ دعوى صحة التعاقد، تقرير إمكانية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، كذلك أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوي الاستحقاق، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال، وقالت في أسباب حكمها : " بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يُسجل فتُسجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر، ويُستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوي ، إذ عموم النص يسع ذلك، لهذا يجب لجعل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالا أو مالا ، كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي، لأنها تؤول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رافعها لملكية العقار موضوع الدعوى، ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مالا ، فقد جرى على ذلك في المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجبة تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية العقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد تسجيلها ، فعبارة " من شأنها إنشاء حق الملكية ، وضعت للمنشئة مالا"^(٤).

(١) راجع نص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري على أنه " يُجبر المدين بعد إذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . متى كان ذلك ممكناً ... " .

(٢) د/ محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٤٠.

(٣) حكم منشور بمجلة المحاماة ، السنة السابعة " ١٩٢٦ - ١٩٢٧ " ، ص ٥٤ . مشار إليه لدى د/ بهام محمد عطا الله ، دعوى صحة التعاقد في البيع ، منشأة المعارف ، ١٩٨٣، ص ٢٣ .

(٤) نقض مدني ٥ من يناير سنة ١٩٣٣ الطعن رقم ٤٨ و ٥٣ لسنة ٢ ق ، المحاماة س ١٣ رقم ٤١٥ ص ٨٣٩ أشار لهذا الحكم د/ رمضان أبو السعود : مرجع سابق ، ص ٦١، ٥٨.

ومن جانب آخر أقر القضاء المصري حق المشتري في رفع دعوى صحة التعاقد، حيث قضت محكمة النقض بأن "للمشتري أن يطلب تنفيذ ما تعهد به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلًا إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له بما طلب ، والذي يحل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل^(١)، فإذا ما تمت هذه الإجراءات أصبح مالكا قانونا للعقار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته " (٢).

يتضح من العرض السابق أن دعوى صحة ونفاذ العقد لم تنشأ إلا لضمان تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية للمشتري. فهذه الدعوى هي وسيلة للمشتري لإجبار البائع على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا، حتى لو كان البائع عنيديًا ويرفض التنفيذ^(٣)، ذلك أن رفض البائع القيام بتنفيذ التزامه واتخاذ ما يلزم لإنهاء إجراءات التسجيل قد وضع القضاء أمام مازق يتعين الخروج منه : فالملكية لن تنتقل إلى المشتري إلا بالتسجيل، والتسجيل لا يمكن إنهاء إجراءاته كاملة إلا بتدخل البائع وقيامه بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقال الملكية، والبائع يرفض أو يماطل في تنفيذ التزامه على الوجه الأكمل، ولم يجد القضاء ، أمام هذا الوضع ، سوى أن يبحث للمشتري عن وسيلة يستطيع بها تخطي ضرورة تدخل البائع في عملية التسجيل، وقد وجد القضاء ضالته في دعوى صحة ونفاذ العقد وهي في حقيقتها ليست إلا وسيلة في يد المشتري للوصول إلى تنفيذ التزام البائع رغما عنه وذلك بالحصول على حكم يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ، ليستطيع بذلك أن يباشر إجراءات التسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع^(٤).

وهناك دعوى أخرى ابتكرها العمل وأقرها القضاء أيضا تعرف بدعوى صحة التوقيع وهي الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد عرفي على البائع طالبا فيها الحكم بأن التوقيع الموجود على هذه الورقة العرفية هو توقيع البائع سواء بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه^(٥).

نخلص من ذلك أن كلا من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع ينفقان في أن كلاهما دعوى شخصية تستند إلى حق شخصي متولد عن عقد البيع المطلوب صحة توقيعه، وأن كلاهما دعوى عقارية تهدف إلى ثبوت الحق العقاري الذي يتضمنه عقد البيع؛ وتختلف الدعويان في أن دعوى صحة التعاقد أقوى أثر من دعوى صحة التوقيع فالأولى تتناول موضوع التعاقد وتصفى جميع أوجه المنازعة فيه نهائيا. ويمكن أن يكون للحكم الذي يصدر فيها أثر رجعي من حيث ضمان رافعها ضد الحقوق التي يكسبها الغير على العقار موضوع الدعوى بعد تسجيل صحيفتها؛ أما دعوى صحة التوقيع في دعوى تحفظية لا تبحث فيها المنازعات الموضوعية والحكم الذي يصدر فيها يكون أشبه بالتصديق على التوقيع فلا يمكن أن يستند أثره للماضي. لذلك فالغالب في العمل أن يلجأ المشتري لرفع دعوى صحة التعاقد ولا يلجأ لدعوى صحة التوقيع^(٦).

(١) نقض مدني ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٣٢ طعن رقم ٥٢ لسنة ٢ ق. نقض مدني ٢٧ من مايو سنة ١٩٩٨ طعن رقم ٦٨١٩ لسنة ٦٥ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٩ ع ١ ق ١١٢ ص ٤٦٤ . ونص على ذلك أيضا القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(٢) وقد أراد المشرع المصري أن يقر ما توصل إليه القضاء بالفعل بالنسبة لدعوى صحة التعاقد حيث قررت المادة ١٥ من قانون التسجيل العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وجوب تسجيل دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة والستين من قانون المرافعات والمضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ على أن " لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العقارية إلا إذا أشرته صحيفتها " بما مفاده أن المشرع اشترط لقبول دعوى صحة التعاقد شهر صحيفتها.

(٣) حكم محكمة النقض بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - وعلى ما جرى به قضائهما هي دعوى موضوعية يقصد بها رافعها المشتري إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذًا عينيًا. نقض مدني : ٢١ من فبراير سنة ٢٠١٦ طعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٨٤ ق ، و ١١ من يناير سنة ٢٠١٨ طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٨٧ ق ، ونقض " الدوائر التجارية " ٢٤ من يونيو سنة ٢٠١٨ طعن رقم ١٣٧١١ لسنة ٨٧ ق .

(٤) د/ محمد المرسي زهرة ، نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد: مجلة الحقوق ، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي ، الكويت ، المجلد/العدد: مج ٩، ع ٣، ١٩٨٥ ، ص ١٩١، ١٩٤.

(٥) د/ عادل الشهاوي - م/ محمد الشهاوي، دعوى صحة التوقيع وإجراءات تسجيل العقود في الشهر العقاري، دار النهضة العربية ، ٢٠١٩، ص ٤ وما بعدها . ودعوى صحة التوقيع هي الوسيلة الثانية لإجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية، ويرفعها المشتري عند امتناع أو تأخير البائع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية، يطلب إثبات واقعة مادية هي صحة توقيع البائع أو بصمة الختم أو إصبعه على عقد البيع.

(٦) د/ توفيق فرج ، عقد البيع والمقايضة ، دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٧٩، ص ٢٠٥.

المطلب الثاني

مفهوم دعوى صحة التعاقد

حرصاً على وحدة العرض المنهجي نتناول أولاً تعريف دعوى صحة التعاقد، بينما نتناول ثانياً سمات دعوى صحة التعاقد.

أولاً: تعريف دعوى صحة التعاقد :

هدياً على ماسبق، فإن فكرة هذه الدعوى تقوم على أنه إذا لم يقم البائع بما هو ضروري لإجراء تسجيل العقار المبيع ، كان للمشتري تحقيق ذلك عن طريق التنفيذ العيني الجبري لالتزام البائع بنقل الملكية، وهو ما يتحقق بقيام المشتري برفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية .

ويتبنى جانب كبير من الفقه تعريفاً^(١)، مفاده أن دعوى صحة التعاقد هي " تلك الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد بيع ابتدائي، لمواجهة بها امتناع البائع أو تأخره عن القيام بالأعمال الواجبة لتيسير عملية التسجيل، طالبا فيها الحكم بثبوت البيع ونفاذه، فإذا حصل على هذا الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، ويكون المشتري بذلك قد توصل إلى تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية جبراً عن هذا الأخير^(٢).

بينما ينحو جانب آخر من الفقه بأن دعوى صحة ونفاذ العقد هي الدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين بشرط أن يكون له مصلحة قائمة يقرها القانون، لمواجهة إنكار المتعاقد الآخر للتعاقد الصادر منه أو رفضه تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه، وذلك للحصول على حكم بثبوت الحكم ونفاذه، وأن هذا التعاقد قد صدر صحيحاً ونافذاً، وأنه لا يزال كذلك حتى صدور الحكم"^(٣).

وقضائياً تعرف محكمة النقض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع بأنها دعوى استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً ، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية " (٤)؛ وحكمت محكمة النقض بأن "المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية " (٥)؛ كما قضت قضت بأن " دعوى صحة التعاقد يقصد بها رافعها المشتري إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً "^(٦).

وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن، أن نظام دعوى صحة ونفاذ البيع كما حدده القضاء يتجاوز نطاق عقد البيع ، فيما يعني " أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من أن ترفع هذه الدعوى بالنسبة لسائر العقود بوجه عام طالما كان لصاحبها مصلحة حالة وقائمة " ؛ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " النص في المادة الثالثة من قانون المرافعات على أنه " لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً الأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا

(١) د/ سالم حماد شعبان الدحود، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، مرجع سابق ، ص ٢١١؛ د/ عبد الرزاق أحمد السنهاوري : مرجع سابق، ص ٤٨٨ هامش ٢ وتكملته ص ٤٨٩؛ د/ حسام الأهواني : عقد البيع في القانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣، ص ١٥٢ - ١٥٣.

(٢) وجدير بالذكر تأثير التعريف المذكور في المتن بنشأة دعوى صحة ونفاذ العقد، وبالظروف والملابسات التي ساعدت على نشأتها، ذلك لأن هذه الدعوى قد نشأت - أساساً - للتغلب على عناد البائع الذي يرفض أو يماطل في تنفيذ التزامه بنقل الملكية وبمعل كل ما من شأنه أن يساعد على نقلها ، كان يرفض مثلاً الذهاب مع المشتري إلى مصلحة الشهر العقاري للتوقيع على عقد البيع المعد للشهر أمام الموظف المختص بالتصديق على الإضاءات . ولتخطي هذه العقبة التي تحول دون استمرار المشتري في إجراءات التسجيل اللازمة لنقل الملكية ، اعترف القضاء دون نص لهذا الأخير بالحق في رفع دعوى ، أطلق عليها دعوى صحة ونفاذ العقد ، للحصول على حكم بثبوت عقد البيع ليقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ، ولهذا السبب ، كان من الطبيعي أن يتصور الفقه بوجه عام دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى ترفع من المشتري على البائع الذي يرفض أو يتأخر في تنفيذ التزامه.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة : نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد، مرجع سابق ، ص ١٨٥ - ١٨٦، ص ١٨٩.

(٤) نقض مدني ٢٧ من مايو سنة ٢٠٠٣ طعن رقم ١٧٠٣ لسنة ٦٤ قضائية، مجموعة المكتب الفني س ٥٤ ق ١٥٤ ص ٨٩١.

(٥) نقض مدني ٢١ من فبراير سنة ١٩٨٠ طعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق ، و ٢ من ديسمبر سنة ١٩٨٢ طعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٣٣ ع ٢ ق ١٩٩ ص ١١٠٤.

(٦) نقض مدني ٣١ من يناير سنة ١٩٨٠ طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٣١ ع ١ ق ٧٣ ص ٢٦٦.

يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون مع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه . " يدل على أن المشرع قد أفصح عن أنه يشترط لقبول أي دعوى أو طلب أو دفع قيام الحاجة إلى طلب الحماية ق . ذلك بقيام المنازعة بالفعل حول الحق المدعى به أو وجود مصلحة حقيقية قانونية قائمة تعود على المدعى من دعواه أو الاحتياط لضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله على ما صرح النص وبالتالي فالأصل ألا تقبل الدعاوى التي يقصد منها مجرد تقرير صحة عقد أو وصف أحد المراكز القانونية إلا إذا كشفت ظروف الدعوى وملابساتها عن المصلحة القانونية القائمة التي يستهدفها المدعى من رفع دعواه وتقوم المصلحة في كل الدعاوى التي تستهدف صحة تصرف متصل بحق عقاري ذلك أن المادة التاسعة تنص على أن " جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية " كما تنص المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري على أن " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق هذه التصرفات من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة " يدل على ضرورة تسجيل كل تصرف من شأنه أن ينشئ حقاً عينياً عقارياً أو ينقله أو يزيله أو من شأنه أن يكشف عن شيء من ذلك .. سواء أكان هذا التصرف المنشئ عقداً مثل البيع والهبة والمقايضة ونحو ذلك أو تصرفاً يستند إلى إرادة صاحبه كالوقف ونزع الملكية إذ كان التصرف الكاشف عقداً مثل القسمة أو الصلح أو صادراً من جانب واحد مثل الإقرار وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على التأشير على هامش المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى وجاء فيها ما نصه " يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية " ومنها بالضرورة دعاوى صحة الإقرار في الإقرار بملكية عقارية رغم أنه إخبار بأمر وليس إنشاء لحق الملكية ولا سبباً لها . وإنما هو مجرد دليل إلا أنه عمل من أعمال التصرف لأن إعطاء الدليل على الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية إنشاء هذا الحق ، وتسجيله واجب للاحتجاج به على الغير ، والتنازل عن ملكية عقار هو أيضاً تصرف ناقل للملكية ومنشئ لحق المتنازل إليه " (١).

خلاصة الامر كان القضاء المصري يحصر دعوى صحة التعاقد في عقد البيع فقط، ثم أجاز قبولها بصدد عقد البذل، وعقد الرهن الحيازي، وعقد الايجار ، وعقد الهبة (٢)، وعلى ذات النهج سار القضاء الكويتي حيث قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها بتأييد حكم محكمة الاستئناف العليا الذي حكم بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد الهبة، ولكن ليس بسبب أن دعوى صحة ونفاذ العقد غير متصورة إلا بالنسبة لعقد البيع ، ولكن لأن الواهب لم يستطع إثبات ملكيته للشيء الموهوب ، حيث جاء بهذا الحكم " ... لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد الهبة هو تنفيذ التزامات الواهب التي من شأنها نقل الملكية إلى الموهوب تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ، فإن الموهوب لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى ممكنين - لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص بأسباب سائغة إلى انتفاء ملكية الطاعن الثاني (الواهب) لعقار النزاع ، فإن انتقال ملكيته إلى الطاعن الأول (الموهوب له استنادا لعقد الهبة

(١) حكم محكمة النقض ، نقض مدني ١٠ من يونيه سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ٦٩٣٤ لسنة ٦٥ ق.

(٢) نقض مدني ٢٩ من مارس سنة ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفني س ٣٠ ق ١٨٠ ص ٩٧٦ . نقض مدني ١٠ من مايو سنة ١٩٧٩ طعن رقم ٦٨ لسنة ٤٤ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٣٠ ص ٣١٢ ق ٢٤١ .

وتسجيل الحكم الصادر في الدعوى يغدوان غير ممكنين ، وبالتالي لا يتأتى الحكم بصحة ونفاذ عقد الهبة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون^(١) .

ثانياً: خصائص أو سمات دعوى صحة التعاقد:

تتميز دعوى صحة عقد البيع - بداية - بأنها دعوى شخصية، طالما أن مشتري العقار، يستند فيها إلى حقه الشخصي المتولد عن عقد البيع غير المسجل. فهو لا يطالب بتثبيت ملكيته. فهو ليس مالكا بالعقد غير المسجل. خصوصاً، وقد قدمنا بأن البيع غير المسجل لا يولد فيما بين المتعاقدين سوى التزامات شخصية، على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع. وغير ذلك من الالتزامات. وتتميز الدعوى كذلك، بأنها دعوى عقارية، طالما أن الهدف منها الحصول على حق عيني على عقار. لذا، تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو محكمة موطن المدعى عليه^(٢).

والمدعى، في دعوى صحة التعاقد، هو المشتري أصلاً ، إنما يجوز - مع ذلك - للبائع أن يكون مدعياً، يطلب الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منه إلى المشتري. والمهم، أن يكون له مصلحة في رفع الدعوى^(٣). كما يجوز لدائني المشتري، رفع دعوى صحة التعاقد باسم مدينهم على أساس الدعوى غير المباشرة، إذا أهمل المشتري، أو سكت عن استعمال حقه في رفع الدعوى وتوافرت الشرائط الأخرى الواردة بالمادة ١/٣٠٨ من القانون المدني.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن " مفاد النص في المادة ٥٠ من قانون المرافعات على أن المقصود بالدعوى الشخصية العقارية هي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي ويطلب بها تقرير حق عيني على عقار واكتساب هذا الحق ، ومنها الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة ونفاذ العقد أو بتسليم العقار بحسابه أثراً من آثار العقد وتنفيذاً له، وقد راعى الشارع هذا الازدواج في تكوين الدعوى ومآلها حينما جعل الاختصاص المحلي بنظر هذه الدعوى معقوداً للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه"^(٤).

وكذا، فإن دعوى صحة التعاقد، دعوى موضوعية^(٥)، طالما أنها تنصب على حقيقة التعاقد، بتناول محله، ومداه، ونفاذه. والحكم الصادر فيها مقررأً، لا منشأً. ويتعين لذلك - عند الفصل فيها، بحث أساس ملكية البائع للعقار، والمنازعات التي يمكن أن تثار في هذا الشأن، وشروط صحة العقد، وأركانه، وكذا ما يتعلق بالثمن، والصورية^(٦). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن " أن " دعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه، والحكم الذي يصدر فيها هو الذي يكون مقررأً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين ، بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التي أثبت فيها التعاقد أولاً^(٧) .

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية جلسة ٢٢ يونيو سنة ١٩٨٣ في الطعن رقم ١٦/١٩٨٢ تجاري ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية ، القسم الأول ، مج ٢ ، يناير ١٩٩٤ ، ص ٧٨٠.

(٢) د/ حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني، مرجع سابق ، ص ٢١٨-٢١٩.

(٣) فإذا كان الطاعن، قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه، وتمسكا بقيام مصلحة لهما في الحصول على الحكم لأن البيع تم وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٩٥٢/١٧٨. ويجب تسجيله وأنهما، لن يتمكنوا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأفيان لا ينتقل إلى رسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل، مما يعرضها لدفع الضرائب المستحقة على الأفيان ... فإنه يتعين قبول الدعوى - نقض - ١٩٧٦/٢/٢٦ - أحكام النقض - س٢٧ - ص٥١٢. ليس ثمة ما يمنع، الأخذ بنفس الحكم في القانون الكويتي.

(٤) نقض مدني ٩ من نوفمبر سنة ٢٠٠٩ طعن رقم ٨٤٨١ لسنة ٦٦ ق ، مجموعة المكتب الفني .

(٥) د/ أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٠، ص١٣٠ - ومن القضاء مثلاً: - تمييز ١٩٨٩/٤/٣٠ - مجلة القضاء والقانون - س١٥ - ص٣٦١ ونقض ١٩٧٣/٤/١٢ - أحكام النقض س٢٤ - ص٥٦٦ - ونقض ١٩٨٨/٦/٣٠ شعله - ص٢٢٨ رقم ١٢١.

(٦) نقض ١٩٨٠/١/٣١ - أحكام النقض س٣١ - ص٣٦٨.

وعلى ذات النهج ذهبت محكمة التمييز الكويتية فقضت بأن " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى موضوع العقد ومداه ونفاذه وهي تستلزم أن يكون من شأن موضوع التعاقد نقل الملكية وهو ما يقتضى أن تفصل المحكمة في أمر صحة البيع وتتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لكل ما يثار فيها من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه ومن منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع " (٢).

ويتفرع عن ذلك، بأن البيع، إذا كان باطلاً، أو قابلاً للإبطال، ورفع البائع دعوى فرعية طالباً بإبطاله. فإن القاضي إذ يحكم بالبطلان أو الإبطال سيقضي حتماً برفض دعوى صحة التعاقد وكذا، إذا طلب البائع فسخ العقد، لعدم قيام المشتري بدفع الثمن، وحكمت به المحكمة، تعين، رفض دعوى صحة التعاقد. وإذا كان البيع صورياً، صورية مطلقة، فمن شأن هذه الصورية، لو صحت، أن العقد، لا وجود له قانوناً، فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه - كذا، تتسع دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع، لبحث الدفع المبدى من أحد الخصوم فيها بأنه هو المالك الحقيقي للعقار المبيع. وبأن البائع لا يملك التصرف فيه، ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها، التزام المحكمة - المطروح عليها النزاع - بالفصل في الملكية (٣).

وإذا باع المشتري الأول، قبل التسجيل العقار لمشتري ثان لم يسجل وجب على المشتري أن يختصم في دعواه البائع للبائع له، ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه. وإلا كانت دعوى المشتري بصحة تعاقد، قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه، غير مقبولة (٤).

وإذا توفي المشتري، يجوز لورثته رفع دعوى صحة التعاقد على البائع أو ورثته في حال وفاته. وقد جرى قضاء النقض المصرية، بأنه يصح البيع بالنسبة لمن يقربه من الورثة، ولا يصح بالنسبة لمن يطعن منهم فيه (٥). ومعنى ذلك أن موضوع الدعوى التي يرفعها المشتري ضد ورثة البائع، بصحة، ونفاذ العقد الصادر من مورثهم عن بيع عقارات مملوكة له، يقبل التجزئة.

المبحث الثاني

أحكام دعوى صحة التعاقد في القانونين المصري والكويتي

تهميد وتقسيم:

أنتهينا في المبحث الأول إلى أن دعوى صحة التعاقد أو حسبما يطلق عليها البعض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، هي دعوى ابتدئها العمل ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع. والمقصود بها هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري تنفيذاً عيناً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية.

(١) نقض مدني ٩ من ديسمبر سنة ١٩٨٠ طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ ق، مجموعة المكتب الفني س ٣١ ق ٣٧٤ ص ٢٠١٠؛ نقض مدني ٢٤ من أبريل سنة ١٩٨٠ طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق، مجموعة المكتب الفني س ٣١ ق ١ ق ٢٣٠ ص ١١٩٣، و ٢١ من فبراير سنة ٢٠١٦ طعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٨٤ ق، و ١١ من يناير سنة ٢٠١٨ طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٨٧ ق، ونقض " الدوائر التجارية " ٢٤ من يونيو سنة ٢٠١٨ طعن رقم ١٣٧١١ لسنة ٨٧ ق. (٢) حكم محكمة التمييز الكويتية جلسة ٣٠ من أبريل سنة ١٩٨٩ في الطعن ٨٨/٣٢١ تجاري، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، القسم الثاني، مج ١، يونيو سنة ١٩٩٦، ص ٧٦٥، تحت عنوان " بيع "، و ٢٧ من مارس سنة ٢٠٠٠ الطعن ٨٢/٩٩ مدني، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، مايو سنة ٢٠٠٤، القسم الرابع، مج ٢، ص ٧٦٥، تحت عنوان " بيع "، و ٢٠ من مايو سنة في الطعن ٢٠٠١/٢٠٤ مدني، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، القسم الخامس، مج ٣، ديسمبر سنة ٢٠٠٨، ص ٦٦٧، تحت عنوان " بيع " و ١٩ من ديسمبر سنة ٢٠١٢ في الطعن أرقام ٩٧، ٧٨، ٢٠٠٩/٨٥ مدني، مجلة القضاء والقانون، أغسطس سنة ٢٠١٥ س ٤٠ ج ٣ ق ٦٧ ص ٣٣٢.

(٣) نقض ١٩٩٤/٤/١٥ - مجلة القضاة - س ٢٦ - نادي القضاة - ١٩٩٣ - ص ٥٩٦ - وتمييز ١٩٨٩/٤/٣٠ - القضاء والقانون س ١٥ - ص ٣٦١ - رقم ١٠٧.

(٤) نقض ١٩٨١/٤/١٤ - أحكام النقض - س ٣٢ - ص ١١٢٢.

(٥) نقض ١٩٨١/٤/٢٨ - أحكام النقض - س ٣٢ - ص ١٣١٠.

يبقى علينا في هذا المبحث بيان أحكام دعوى صحة التعاقد، وذلك ببيان أساس دعوى صحة التعاقد من ناحية ، ومن أخرى بيان شروط تطبيقها ، وعليه نقسم هذا الى مبحثين كالتالي:

المطلب الأول: أساس دعوى صحة التعاقد في القانونين المصري والكويتي.

المطلب الثاني: شروط دعوى صحة التعاقد في القانونين المصري والكويتي.

المطلب الأول

أساس دعوى صحة التعاقد في القانونين المصري والكويتي

تقوم دعوى صحة التعاقد على عماد القواعد العامة في التنفيذ العيني، فالمادة ٢١٠ مدني تنص على أنه " في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام"، وهذا الالتزام مجرد تطبيق لما ورد بنص م ٢٨٨ مدني كويتي - في الالتزام بعمل، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام؛ والمقرر أن عقد البيع متى استوفى أركان انعقاده وشروط صحته يتولد عنه التزام على البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري عملاً بنص المادة ٤٢٨ مدني ، والتزام البائع بذلك هو التزام بعمل يمكن تنفيذه عينياً.

والثابت أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل، وعليه إذا قام البائع - وهو المدين بالالتزام بنقل الملكية - بما يجب عليه من إجراءات لنقلها ، كان ذلك منه وفاء اختياريًا وإلا جاز للدائن المشتري - أن يلجأ إلى طلب الوفاء القهري، ويتحقق ذلك بتطبيق المادة مدني مصرى ٢١٠ بأن يطلب من المحكمة الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع، وحينئذ يقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه، ويسجل الدائن هذا الحكم فتنقل إليه الملكية، ويكون التزام البائع قد تم تنفيذه - في هذه الحالة - تنفيذاً عينياً جبراً عنه ^(١).

وأخذاً من نص المادة ٧١ من القانون المدني الكويتي، إذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، إذا لم يكن مخالفاً بالتزاماته، أن يطلب الحكم في مواجهته بصحة العقد الابتدائي، ونفاذه. ويقوم الحكم بصحة، ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي. بينما ألقت المادة ٤٦٦ مدني على عاتق البائع عبء القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري. ولما كانت دعوى صحة، ونفاذ عقد البيع، وسيلة لإجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً. فوجب لذلك، أن يكون نقل الملكية ما زال ممكناً، وأن يكون المشتري قد وفى بكامل الثمن.

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية تطبيقاً لنص المادة ٢١٠ مدني مصرى - سالف الذكر امتناع البائع عن التصديق على توقيعه لإتمام التسجيل فيستصدر المشتري حكماً بصحة التعاقد ، وتنقل ملكية العقار المبيع بتسجيله ^(٢)، وعلى ذلك فإن أساس دعوى صحة التعاقد هو التنفيذ العيني فهي ليست سوى استخدام الدائن لحقه في الزام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً جبرياً متى امتنع عن تنفيذه اختياريًا ^(٣).

ولنا أن نستشهد بحكم لمحكمة النقض قضت فيه بأن " أساس الدعوى حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، والمطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على البائع ، وذلك

(١) ويستمد هذا الالتزام أساسه القانوني من نص م ٤٦٦ مدني كويتي، التي ألقت على عاتق البائع عبء الالتزام بكل ما هو ضروري من جانبه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري. إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه كما هو الحال بالنسبة للعقارات التي لا تنتقل فيها الملكية إلا بالتسجيل.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٢٩.

(٣) وحكم بأن " القانون قد جعل للمشتري حق استصدار الحكم بصحة عقد البيع العرفي ونفاذه " نقض مدني ٢٠ من أبريل سنة ١٩٤٤ طعن رقم ٨٨ لسنة ١٣ ق. وبأنه " لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفي ، إنما يجوز للمشتري الزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد حتى إذا ما قضى له بذلك وسجل الحكم حق له طلب تثبيت الملكية استناداً إلى الحكم المسجل " . نقض مدني ١٩ من أبريل سنة ١٩٥١ طعن رقم ١٢١ لسنة ١٩ ق.

بالحكم بأن البيع الذي صدر منه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم توصلاً إلى انتقال الملكية"^(١).

ومع ذلك يرى البعض ^(٢) أنه " بالإضافة إلى تأسيس دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى تنفيذ عينية فإنه يمكن أيضاً اعتبارها دعوى تعويض عينية ، فقيام حكم المحكمة محل توقيع البائع المصدق عليه يُعتبر خير تعويض للمشتري ، فما التزم به البائع يجب أن ينفذ عينا وإذا لم يتم التنفيذ فلا مناص من تعويض المشتري. وخير تعويض في هذه الحالة هو التعويض العيني وإحلال حكم القاضي محل توقيع البائع وتسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لنقل الملكية إلى المشتري".

ويرجح الباحث رأياً آخر في الفقه يذهب إلى " إنه في مجال دعوى صحة التعاقد فإن الأمر لا زال متعلقاً بتنفيذ التزام المدين بتنفيذاً عينياً، وبالتالي فلا محل للكلام عن التعويض - عينياً كان أم نقدياً إلا إذا استحالت تنفيذ التزام المدين عينا، وما يتوصل إليه المدين في دعوى صحة التعاقد ليس بتعويض وإنما هو تنفيذ الالتزام المدين، وعلى ذلك فمن الخطأ القول بتأسيس دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى تعويض عينية " ^(٣).

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن " التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يُصار إلى عوضه ، أي التعويض النقدي، إلا إذا استحالت التنفيذ عينا ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي وعرض عليه المدعي عليه التعويض عينا - كرد الشيء المغتصب وجب قبول ما عرضه عليه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك إذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار . وأبديت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة للمدعي بقيمة الأرض ، دون أن تعتبر باستعداد المدعي عليه للرد ودون أن تنفي استحالة الرد أو جدية الاستعداد له فإن حكمها يكون قد خالف القانون " ^(٤).

المطلب الثاني

شروط دعوى صحة التعاقد في القانونين المصري والكويتي

سبق الذكر، بأن المقصود بدعوى صحة التعاقد، تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية وتطبيقاً للمبادئ العامة في التنفيذ العيني للالتزام. لا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا كان التسجيل، ونقل الملكية ما زال ممكناً، بشرط أن يكون المشتري قد وفى بكامل الثمن. كذا، أوجب المشرع على المشتري، تسجيل صحيفة الدعوى، حتى يكون في مأمن من تصرفات البائع بعد ذلك^(٥).

وسوف نعرض - لهذه المسائل تباعاً على النحو الآتي:

(١) نقض مدني ٨ من مايو سنة ١٩٤٧ طعن رقم ٤١ لسنة ١٦ ق ، مجموعة عمر ج د ق ١٩٩ ص ٤٣٤.

(٢) د/برهام عطا الله ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥ ، ٣٦٦.

(٣) د/رمضان أبو السعود، طبيعة دعوى صحة التعاقد وتقادمها ... ، مرجع سابق ، ص ٢٤.

(٤) نقض مدني ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ طعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق ، مجموعة عمر ج د ق ٣٥١ ص ٦٨٢ كما قضت بأن " مؤدى النص في المادتين ٢٠٣/١ و ٢١٥ من القانون المدني - وعلى ما بين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد - أن الأصل هو تنفيذ الالتزام بتنفيذاً عينياً ولا يُصار إلى عوضه أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحالت التنفيذ العيني ، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذه التزامه عينياً - متى كان ذلك ممكناً - فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض لأن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بديلاً بجانب التنفيذ العيني " . نقض مدني ٢٠ من يونيو سنة ١٩٧٩ طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ ق ، مجموعة المكتب الفني ص ٣٠ ص ٧٠٣ ق ٣١٨.

(٥) وتنص المادة ٦٥/٢ من قانون المرافعات المصري المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ ، على أنه : " ولا تقبل دعوى التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشررت صحيفتها. وقد عدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وأبقت في فقرتها الأخيرة النص على " عدم قبول دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشررت صحيفتها".

الشرط الأول - أن يكون التسجيل الناقل للملكية ما زال ممكناً:

ويمكن تفسير هذا الشرط، بالنظر إلى أن دعوى صحة التعاقد، دعوى تنفيذ عيني للالتزام، ولا يمكن إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً إلا إذا كان ممكناً. وبذا، لا يحكم للمشتري بصحة، ونفاذ البيع إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين^(١) ويتفرع عن ذلك - عدم جواز الحكم بصحة التعاقد إذا كان البائع غير مالك للعقار، لأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكاً. وعلى المحكمة، فحص هذه المسألة قبل الحكم في الدعوى.

ولا يجوز للمحكمة - في حالة توالي البيوع العقارية - أن تحكم بصحة التعاقد للمشتري الأول إذا سبق المشتري الثاني في التسجيل.

وجدير بالذكر، أن القاضي يقوم بالفصل في صحة العقد وفي نفاذه، عن طريق فحص ملكية البائع تسلسل الملكية وانتقالها للبائع، قبل أن يحكم بانتقالها إلى المشتري. فدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية منه إلى المشتري تنفيذاً عينياً وذلك بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل ملكية العقار المبيع بما لازمه أن يكون البائع مالكاً أصلاً لهذا العقار لذلك فإنه يتعين عند الفصل في الدعوى بحث ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع إذ لا يكفي حينئذ ما يورده البائع في العقد من بيان لسند ملكيته^(٢).

وهنا يجب التأكيد إذن على أن فحص تسلسل الملكية هو إجراء يقوم به القاضي، قبل الحكم في الدعوى فإذا وجد الشروط متوافرة ملكية البائع وصحة انتقالها إليه حكم بصحة ونفاذ العقد، وإلا حكم برفض الدعوى، وإذا حكم القاضي بدون فحص الملكية، فإن حكمه يكون معيباً ولا يجوز تنفيذه إلا بتوافر ملكية البائع وصحتها. وهنا يحق للعضو الفني في الشهر العقاري الاعتراض على الحكم ورفض تسجيله، لأنه في هذه الحالة لا يصلح كأساس لنقل الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى.

وقد قنن المشرع هذا المنطق في سنة ٢٠٢٠، عندما أضاف المادة ٣٥ مكرر لقانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦^(٣)، ولكنه أرجأ العمل بهذا التعديل لمدة سنتين^(٤)، وقد بينت اللائحة التنفيذية^(٥)، أن على القاضي أن يفحص تسلسل الملكية للتأكد من صحة العقد، ثم يحكم بناء على ذلك بنقل الملكية للمشتري. فإذا فحص القاضي الملكية وحكم فيها، لم يعد لعضو الشهر العقاري أن يعترض على تسجيل الحكم لهذا السبب، اللهم إلا إذا كان لديه

(١) التي تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين، أن يتمتع عن الوفاء بالتزامه، إذا لم يتم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به".

(٢) نقض مدني مصري، جلسة ١٧ أكتوبر ٢٠٢٠، الطعن رقم ١٩٢٠٠ لسنة ٨٩ ق.

(٣) https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

(٤) لقد تمت هذه الإضافة بمقتضى القانون رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري. وتنص المادة (٣٥) مكرراً على أنه: "إذا كان سند الطلب حكماً نهائياً يثبت إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله، يجب على أمين المكتب إعطاء الطلب رقماً وقتياً شهراً أو قيداً في سجل خاص لكل منهما يعد لذلك بعد سداد الرسم المقرر، ويتحول الرقم الوقتي إلى رقم نهائي، ويترتب عليه الآثار المترتبة على شهر المحرر أو قيده، وذلك عند عدم الاعتراض عليه أو رفض الاعتراض.

ويكون الاعتراض على صدور الرقم الوقتي أمام قاضي الأمور الوقتية خلال شهر من تاريخ نشره بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار على نفقة صاحب الشأن، ويصدر القاضي قراره مسبباً بقبول الاعتراض وإلغاء الرقم أو برفض الاعتراض، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ رفع الاعتراض إليه مقروناً بالمستندات المؤيدة له، ويكون القرار الصادر في هذا الشأن نهائياً.

وعلى شركات الكهرباء والمياه والغاز وغيرها من الشركات والجهات والوزارات والمصالح الحكومية عدم نقل المرافق والخدمات، أو اتخاذ أي إجراء من صاحب الشأن يتعلق بالعقار إلا بعد تقديم السند الذي يحمل رقم الشهر أو القيد وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات وقواعد تنفيذ أحكام هذه المادة.

(٥) نص القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢١ على إرجاء العمل بالقانون رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري حتى ٣٠ يونيو لسنة ٢٠٢٣.

(٦) قرار وزير العدل رقم ٩٣١٠ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري الذي أضاف إلى الباب الثالث من المرسوم الصادر بتاريخ ٢٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ مواد جديدة هي المواد ٢١ مكرراً، و ٢١ مكرراً أ، و ٢١ مكرراً ب.

سبب آخر يمنع من التسجيل بطبيعة الحال. كما بينت اللائحة التنفيذية المستندات التي يجب إرفاقها مع طلبات تسجيل الأحكام النهائية المثبتة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.

الشرط الثاني - الوفاء بكامل الثمن.

وتفسير هذا الشرط، أن البيع - كما قدمنا - عقد ملزم للجانبين ، لا يجوز فيه للمشتري، إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية - برفع دعوى صحة ونفاذ البيع - ما لم يكن المشتري نفسه - قد أوفى بالتزاماته، وأهمها دفع الثمن. وإلا جاز للبائع ، أن يدفع دعوى صحة التعاقد، بعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته - أخذاً من نص المادة ٢١٩ مدني^(١).

وقد تواتر - قضاء التمييز^(٢) والنقض^(٣) للمحكمة تبعاً لذلك بأنه لا يجوز للمحكمة، الحكم بصحة التعاقد إلا إذا وفي المشتري بكامل الثمن، أو قام بالوفاء بالجزء من الثمن الذي يفرض عليه العقد الوفاء به. ولا يجوز، لغير البائع، أن يدفع دعوى صحة، ونفاذ البيع، لتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن. لأن هذا الدفع - هو بذاته - كما أشرنا - الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل الا من الطرف الآخر في العقد الملزم للجانبين. وإذا صدر حكم نهائي في دعوى صحة التعاقد دون الفصل في أمر الباقي من الثمن. فإن ذلك لا يمنع البائع من المطالبة به، أو طلب فسخ العقد، بدعوى جديدة، لاختلاف دعوى صحة التعاقد عن دعوى الفسخ سبباً، وموضوعاً^(٤).

الشرط الثالث - وجوب تسجيل صحيفة الدعوى - أثره.

طبقاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني، يقوم الحكم بصحة، ونفاذ العقد، مقام تسجيل العقد، من حيث انتقال ملكية العقار إلى المشتري. إذا قام المشتري بتسجيل الحكم بالصحة، والنفاذ. ولما كان نظر الدعوى، والحكم فيها، يستغرق عادة وقتاً، يمكن فيه للبائع التصرف مرة أخرى في العقار المبيع، أو ترتيب حق عيني عليه كإنتفاع أو رهن أو غير ذلك فيحتاج به في مواجهة المشتري. وحماية للمشتري من هذه التصرفات . أوجب المشرع بالمادة ١١ من قانون التسجيل^(٥) شهر دعوى صحة التعاقد، بتسجيل صحيفتها، بعد إعلانها، وغيرها بجدول المحكمة. وبذا يصبح المشتري في مأمن من تصرفات البائع بعد ذلك لأنه إذا نجح في دعواه، اشر بمنطوق الحكم النهائي، على هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد - م ١١ مكرراً - وعندها يكون الحكم حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى.

فتسجيل صحيفة الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع باثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه جعل حق المشتري حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية تاليه على العقار ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعوى^(٦)، وعلى ذلك، فإن حماية المشتري - عملاً - لا تنشأ إلا من الوقت الذي يقوم فيه بتسجيل صحيفة الدعوى .

(١) تمييز ١٩٨١/٦/١ - مجلة القضاء والقانون من ١٠ - ٢٤ - ص ٢٣٣.

(٢) مثلاً - نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ - أحكام النقض س ١٨ - ص ٧٤٣ - ومشار إليه من فتحي عبدالرحيم - ص ١١٩ حاشية (٢).

(٣) نقض ١٩٨١/٢/٢٦ - أحكام النقض - س ٢١.

(٤) المقابلة للمادة ١٥، وبعدها من قانون الشهر العقاري في مصر - رقم ١٩٤٦/١١٤.

(٥) نقض ١٩٨١/٢/٢٣ - أحكام النقض - س ٢٢ - ص ١٠٩٦.

(٦) نقض ١٩٤٤/٤/٦ - مشار إليه لدى د/ حسام الدين الأهواني ، مرجع سابق ، ص ٣٣٢.

خاتمة

في ختام بحثنا الذي ناقشنا فيه دور التسجيل كشرط لنقل الملكية العقارية، من خلال محورين الأول وهو القيد في ظل نظام السجل العيني ، والثاني دور دعوى صحة التعاقد في نقل الملكية العقارية، حرى بنا عرض أهم النتائج والتوصيات :

أولا : النتائج :

١. يعرف التسجيل العقاري بأنه ذلك النظام القانوني الذي يتكفل بمهمة إعلام كافة بكل الإحداثيات التي تقع على العقارات بالدولة، لذا قيل عنه أنه " نظام يكرس مبدأ العلانية حيث يستهدف إعلام الغير بكل الوقائع والتصرفات والأحكام النهائية ذات العلاقة بكافة الحقوق العينية، وذلك عن طريق إنشاء بنك معلوماتي خاص بالتسجيل العيني العقاري، وهو نظام إجرائي يهتم بالإجراءات والشكليات التي يتم تسجيلها في سجلات معدة لذلك في الجهة المعنية.

٢. يقوم نظام السجل العيني على أساس أن الوحدة العقارية هي أساس التسجيل، ويتم تسلسل السجل على أساس الوحدات العقارية، ويقوم هذا النظام على أساس الربط بين وجود الحق وبين شهره فالشهر يكون منشأ للحق العيني محل التصرفات الإرادية، ومن ثم فإن الشكلية تعتبر ركنا منشأ وناقلا ومغيراً ومعدلاً للحق العيني العقاري.

٣. يتسم نظام السجل العيني بعد تخطى صعوبات نشأته بسهولة تطبيقه، ووضوحه وسهولة الحصول على المعلومات المتعلقة بالوحدة العقارية، وهذا النظام يقوم على توفير الثقة في البيانات والحقوق المدونة في هذا السجل فلا تنتقل الحقوق العقارية لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا إذا تم الالتزام بالشكلية المطلوبة وهي قيد الحق في السجل العيني.

٤. أن تنفيذ التزام البائع تنفيذاً عينياً ممكن عن طريق دعوى صحة التعاقد، والتي يطلق عليها في العمل دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، والتي يلجأ إليها المشتري للحصول على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر، وإذا صدر حكم في هذه الدعوى لصالح المشتري، ثم قام بتسجيله انتقلت إليه الملكية دون حاجة إلى تدخل البائع، وتجد هذه الدعوى أساسها القانوني في القواعد العامة في التنفيذ العيني.

ثانيا: التوصيات :

١. ضرورة إحاطة الشكلية المتعلقة بالتصرفات العقارية بالإلزام سواء أكانت شكلية انعقاد أم شكلية إثبات أم شكلية توثيق أم شكلية شهر ونفاذ، وتفعيل دور المحامين والموظفين العموميين المختصين بالشكلية بأنواعها وصورها المختلفة.

٢. الموازنة بين رسوم الشكلية كمصدر لإيرادات الدولة وبين ضرورة الإلزام بتسجيل جميع العقارات داخل الدولة لتحقيق التخطيط السليم للثروة العقارية اقتصاديا واجتماعيا.

٣. ضرورة تيسير إجراءات إثبات وتسجيل وقيد العقارات غير المسجلة، وإنشاء مكاتب خاصة بذلك، والزام جميع الأطراف بإخطارها بالتصرفات العقارية للتأكد من حقيقة أصحابها.

٤. نوصي بإنشاء دوائر قضائية متخصصة لفض المنازعات حول الثروة العقارية أو إسناد المنازعات العقارية بشكل عام لقضاء متخصص.

٥. توفير وسائل الأمان المادية والتقنية لحفظ وتبويب وأرشفة وتوثيق التصرفات والحقوق العينية العقارية بحيث لا يمكن التلاعب في مضمونها أو أن تكون عرضة للضياع أو التلف لسبب ما، وذلك لما للثروة العقارية من أهمية بالغة، ويفضل تعميم الشهادة العقارية التي تعبر عن المركز الحقيقي للعقار في كل دوائر الشهر العقاري.

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية:

المراجع العامة والمتخصصة:

١. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٠.
٢. أحمد الزقرد ، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، جامعة الكويت، كلية الحقوق، مكتب الدراسات والاستشارات القانونية، بدون سنة نشر .
٣. أحمد شرف الدين، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني وقانون حماية المستهلك، مطبعة جامعة عين شمس، ٢٠٢٠.
٤. أدوار عيد، الأنظمة العقارية، التحديد والتحرير، مطبعة المثني، لبنان، ١٩٩٦.
٥. اسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦٣.
٦. برهام محمد عطا الله ، دعوى صحة التعاقد في البيع ، منشأة المعارف ، ١٩٨٣.
٧. توفيق فرج ، عقد البيع والمقايضة ، دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٧٩ .
٨. جاسم علي سالم الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٨.
٩. جميل متولي الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
١٠. حسام الأهواني : عقد البيع في القانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣.
١١. حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني ، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩.
١٢. حسن علي ذنون، العقود المسماة ، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣.
١٣. رمضان جمال كامل، شرح قانون السجل العيني، دار الالفى لتوزيع الكتب ، ٢٠٠١.
١٤. سليمان مرقس، الوافي في عقد البيع، الجزء الأول، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠.
١٥. سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف ، ٢٠٠٥.
١٦. صاحب عبيد الفتلاوي ، شرح القانون المدني الأردني - العقود المسماة (البيع والإيجار) في ضوء الفقه الإسلامي - ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، عمان ، ١٩٩٣.
١٧. طارق كاظم عجبل، الوسيط في عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، الجزء الأول، انعقاد العقد، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
١٨. عادل الشهاوى — محمد الشهاوى، دعوى صحة التوقيع واجراءات تسجيل العقود في الشهر العقاري، دار النهضة العربية ، ٢٠١٩.
١٩. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع والمقايضة ، مطبعة نهضة مصر ، ٢٠١١.
٢٠. عبد العلي بن محمد العبودي، نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية، المركز الثقافي العربي، ٢٠٠٣.

٢١. عبد المجيد الحكيم ، و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، ١٩٨٠.
٢٢. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع والمقايضة، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٨٥.
٢٣. على أحمد حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاءً ، طبقاً لأحكام محكمة النقض، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
٢٤. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، ط١، ١٩٨٦.
٢٥. كريم فان، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، بدون ناشر، ٢٠١٢.
٢٦. محسن عبد الحميد البيه، قوانين الشهر العقاري في مصر، دار النهضة العربية المنصورة، ٢٠١١.
٢٧. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة نشر.
٢٨. محمد السعيد رشدي ، موجز احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.
٢٩. محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
٣٠. محمد حسن قاسم ، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية " المواد ١١٠٠ الى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨.
٣١. محمد حلمي خليفة، حجية القيد في السجل العيني، دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية، مجموعة أعمال حلقة تشريعات الشهر العقاري في الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة. ١٩٧٣.
٣٢. محمد حلمي عيسى بك : شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية ، مطبعة المعارف بشارع الفجالة ، ١٩١٦.
٣٣. محمد عبد الجواد ، ملكية الأراضي في الإسلام ، تحديد الملكية والتأميم ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٧١.
٣٤. محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع شروطها — أثارها — مواعيد سقوطها ، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
٣٥. محمد عبد المنعم بدر اوي، القانون الروماني، الأشخاص والملكية والحقوق العينية المقررة على ملكية الغير، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٩.
٣٦. محمد علي إمام، عقد البيع ، دار النهضة العربية، ١٩٥٢.
٣٧. محمد لبيب شنب، "دراسات في قانون السجل العيني" ، بدون ناشر، ١٩٧٤.
٣٨. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، سنة ١٩٦٥.
٣٩. مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دراسة في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
٤٠. مندي حمزة محمد، السجل العيني في المدينة بين النظرية والتطبيق الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠١٤م.
٤١. نبيلة إسماعيل رسلان، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
٤٢. هشام سعيد احمد ربيد، إشهار التصرفات العقارية ونقلها في القانون اليمني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
٤٣. ياسين محمد يحيي، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨.

الدوريات :

١. أمينة لحول، عقد البيع في طور الإنجاز: دراسة مقارنة بين التشريعات "الجزائرية، الفرنسية، المغربية" ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة، مج١٥، ع١، ٢٠٢٢، ص ١٧٥٨.
٢. خالد السيد محمد عبدالرحمن، هلاك المبيع: دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين ، مجلة بحوث الشرق الأوسط ، جامعة عين شمس - مركز بحوث الشرق الأوسط ، ع٤٣، ٢٠١٧، ص ٣٧٧-٣٨٧.

٣. رمضان أبو السعود، صحة التعاقد ونقائدها، مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية، س ٢٠، ع ١، ١٩٩٠
٤. محمد المرسي زهرة، نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد: مجلة الحقوق، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، الكويت، المجلد/العدد: مج ٩، ع ٣، ١٩٨٥.
٥. محمد عرفه، الجديد في نظام الشهر العقاري الصادر به القانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ - مجلة القانون والاقتصاد - القسم الثالث - (٤٠٣) س ١٨ سنة ١٩٤٨ - ص ٥٥٠.
٦. محمود شوقي، محاضرة في قانون الشهر العقاري من الناحية العملية نشرت في مجلة المحاماة ع (٢٠٠٩) س ٢٧ لسنة ١٩٤٧.
٧. يوسف عبيدات و بكر السرحان، التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني، نصوص القانون تقرأ معا كوحدة واحدة وليس بمعزل عن بعضها، الأردن، مجلة المنارة، المجلد ١٣، العدد ٨، ٢٠٠٧.

الرسائل العلمية:

١. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، حقوق الاسكندرية، ١٩٧٧.
٢. سالم الدحود، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، حقوق الاسكندرية، ١٩٩٧.

ثانيا : المراجع الاجنبية:

1. CAVIN Pierre, La vente, l'échange, la donation, in Traité de droit privé suisse VII/1, Fribourg 1978, p. 124.
2. DAOUDI Brahim, "Le transfert de la propriété et des risques dans la vente en droit français et algérien comparé, Paris 1984, p. 1.
3. Deschenaux Henri, Traité de droit privé suisse: Vol. 5 Les droits réels. Le registre foncier, Fribourg, 1983, p. 213.
4. FOURNIER, (Alain): Encycle. D. V^o publicité foncière, 2e éd 1.7. 1990 Paris p.6 n°46.
5. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAND. Droit civil. Les biens, 2e éd. (note bibliographique) Revue internationale de droit comparé Année 1981.p 395.
6. Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS: leçons de droit civil, t. I, 1e vol: Introduction à etude du droit, 11e edition, Paris, 2000, p. 575.
7. MAZEAUD et CHABAS, t. I. Introduction générale, à l'étude du droit, 1984, p. 582.
8. Pascale Bloch, "L'obligation de transférer la propriété dans la vente "1988. p. 85.
9. Philippe Simler, " Obligation de donner et transfert de propriété, Contribution a la question de la classification des obligations, 2011.p.56.
10. Steinauer, Paul-Henri, Les droits réels, 1985, p 240.
11. Weiland Carl, les droits reels dans le code civil Suisse, paris, 1914, p3.