

## أثر الغش على الأسبقية في التسجيل

عند تراحم المشترين لعقار واحد

محاولة لوضع نظرية عامة في الغش

للدكتور شمس الدين الوكيل

الأستاذ المساعد بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

من المعروف أن عقد بيع العقار غير المسجل لا يرتب في القانون المصرى أى أثر عيني . وذلك لأن التسجيل ضرورى لنقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . وعلى هذا النحو لا ينشئ البيع غير المسجل سوى التزامات شخصية بين البائع والمشتري ، وتظل ملكية العقار للبائع مادام البيع لم يسجل .

وقد يحدث في العمل أن يبيع المالك العقار ذاته الى أكثر من شخص واحد . فإذا كان المشتري الأول سجل عقده قبل البيع الثانى ، فإن البائع في هذا البيع اللاحق يكون متصرفا في عقار لا يملكه ، حيث انتقلت الملكية الى المشتري الأول بتسجيل عقده . وحينئذ يخضع التصرف الأخير لأحكام بيع ملك الغير ، وهو يخرج عن نطاق بحثنا .

ولكن الصعوبة تعرض في حالة تمام البيع الثانى قبل تسجيل البيع الأول أى في وقت كان العقار فيه مملوكا للبائع . والقاعدة في هذا الصدد أن العبرة في المفاضلة بين المشترين ليست بتاريخ انعقاد البيع وإنما بتاريخ تسجيله . ومفاد ذلك أنه لو باع المالك عقاره مرتين ، فإن التفضيل يكون للمشتري الذى يسبق بتسجيل عقده ، ولو كان قد تعاقد مع البائع في تاريخ لاحق على عقد المشتري الآخر . وبذلك تكون القاعدة الأصلية في القانون المصرى أن العبرة عند تراحم المشترين بالأسبقية في التسجيل .

ولكن تطبيق هذه القاعدة أثار البحث في أثر الغش على صلاحية تسجيل عقد البيع لنقل ملكية العقار للمشتري الثاني . وقد اتخذت محكمة النقض موقفا صريحا في هذا الشأن منذ زمن بعيد ، واستجابت له في أحدث أحكامها . وهو موقف لا يتفق الفقه على سلامته . ومن هنا رأينا أن نسهم بنصيب في هذا الخلاف ، ونخلص منه الى الادلاء بالرأى الذى يبدو لنا صائبا .

بل وإن الفصل في هذه المسألة ، يكشف لنا عن مشكلة أكثر عموما وأهمية لأنها تمس قواعد القانون المدنى في مواضع متفرقة ، وهى أثر الغش بصفة عامة على سلامة التصرفات القانونية . وقد يكون ذلك توطئة لجهود مقبل نبذله في رسم نظرية عامة للغش ، وحق القضاء في أن يطارده ، حتى ولو لم يكن هناك نص في القانون .

وفيما يلي نبدأ في قسم أول بعرض تحليلي لاتجاهات الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بشأن تصرف البائع في العقار مرة ثانية قبل حصول التسجيل .

ثم نلقى في قسم ثان بمحاولة لوضع نظرية عامة في الغش ، نخلص منها الى دعوة القضاء لمطاردة الغش أينما كان كامنا ، تأسيسا على مبدأ يعلو في سموه على كل قاعدة قانونية ، وهو المبدأ الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر "Fraus omnia corrumpit" (1) . ونستعين في هذا الصدد ببيان بعض صور عملية هامة لوجوب محاربة الغش حتى ولو لم يكن هناك نص في القانون . ونحن اذ نقنع برسم خطوط عامة لتأصيل هذه النظرية ، ونؤكد أهميتها بتطبيقات عملية ، نأمل في المستقبل القريب أن نتناولها ببحوث مفصلة .

(1) هذه الترجمة اختارها المغفور له عبد العزيز باشا فهمى في كتاب قواعد وآثار فقهية رومانية ، القاهرة ، سنة ١٩٤٧ . وهى ترجمة دقيقة للمبدأ الفرنسى . La fraude vicie tout . اذ من الواضح أنها أكثر عموما واتساعا من الاصطلاح المألوف استعماله في اللغة العربية الذى يقتصر على أن « الغش يفسد كل تصرف » .

أثيرت المسألة في فرنسا قبل مصر منذ منتصف القرن التاسع عشر على أثر صدور قانون التسجيل سنة ١٨٥٥ . وقد آثرنا امثالاً لهذا السبق التاريخي ، أن نستأنس أولاً بموقف القضاء والفقهاء في فرنسا . وعندئذ يتيسر لنا أن نعالج تعارض الاتجاهات القضائية والفقهيّة في مصر .

### (أولاً) موقف القضاء والفقهاء في فرنسا

من المعروف أن ملكية العقار تنتقل في القانون الفرنسي بين المتعاقدين بمجرد انعقاد البيع ، أما التسجيل فهو إجراء ضروري فقط لسريان هذا الأثر في مواجهة الغير . وبذلك يمكن القول أن عقد البيع غير المسجل ينقل الملكية للمشتري . ولكنها ملكية قاصرة ، لأن الغير الذي يكتسب حقاً على العقار يستطيع أن ينكرها ، مادام البيع لم يشهر وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون (١) .

ومن المعروف أيضاً أن النظام الفرنسي للشهر العقاري ، خلافاً لبعض النظم الأجنبية الأخرى ، لا يظهر التصرف المسجل من العيوب التي تشوبه . وبذلك يظل التصرف الذي تسرب إليه الفساد قابلاً للطعن فيه ، بكافة الدعاوى التي يجيزها القانون ، رغم إجراء التسجيل . إذ أن هدف التسجيل هو مجرد الاعلان عن الحقوق المكتسبة على العقار ، وتمكين الغير من العلم بها . أو كما يقول الأستاذ « بارتان » أن التسجيل في علاقته بالتصرف ذاته يعتبر بمثابة « اشعاع ضوئي لا يؤثر على كيان الجسم المضيء » (٢) .

(١) بلانيول وروبير وبيكار ، الجزء الثالث فقرة ٦٤٠ وما بعدها - بيدان وليروبور بيجونيير ولاجارد ، ج ٨ فقرة ٣٥٠ ، ص ٢٥٥

(٢) أنظر جان فوايه انسكلويدي دالوز ، ج ٤ لفظ Transcription immobilière ، ص ٣٩٤ فقرة ٦٤ . وقد جاءت فيه هذه العبارة المنقولة عن الأستاذ بارتان في رسالته " نظرية أوراق الضد " .

ولعل الحكمة من هذا التصوير واضحة . فالتسجيل في فرنسا يتم بناء على طلب صاحب المصلحة أمام الموظف الإداري المختص . وهو موظف لا يتمتع باختصاص قضائي يفرض عليه أو يكفل له فحص سلامة التصرفات القانونية وخلوها من الفساد . وإنما هو يراقب فقط توافر الشروط والاجراءات الشكلية التي يفرضها القانون .

وقد أعادت فرنسا تنظيم الشهر العقاري فيها بعد مرور قرن على قانون التسجيل الأول . فصدر في هذا الشأن مرسوم ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ، متلافيا العيوب العديدة التي كشف عنها العمل . ولكنه أبقى على نظام الشهر الشخصي ، ولم يغير من الدور الذي يلعبه شهر عقد البيع (١) . فما زال التعاقد ناقلا للملكية العقار بين المتعاقدين . ولكن هذا الأثر لا يحتج به على الغير الا بعد تمام الشهر (٢) .

وبذلك يمكن القول أن واقعة الشهر في ذاتها ليست مصدرا لحق الملكية بالنسبة للمشتري . وإنما تثبت له هذه الملكية بالتعاقد . أما الشهر فيؤدي وظيفة الاعلان عن ثبوت الحق ، وهو اعلان لازم للاحتجاج به على الغير .

على ضوء هذه الملاحظات الأولية يمكن القول أن القاعدة في القانون الفرنسي هي أن التفضيل عند تراحم المشترين يتحدد وفقا للأسببية في الشهر ، بغض النظر عن الأسببية في التعاقد . أي أن المشتري اللاحق يفضل على المشتري السابق اذا بادر قبله باجراء تسجيل عقد البيع .

---

(١) راجع في هذا الشأن رازول ميشينييه « النظام الجديد للشهر العقاري وتطبيقه العملي » ، ص ٧٦ فقرة ١٣١ ، وقد نشر هذا الكتاب ضمن مطبوعات encyclopedie nouvelle du notariat - مقال جونو في « تقدير نظام الشهر الفرنسي الجديد » منشور بمجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٥٨ العدد ٢٥ ص ١٤٣٥ - أنظر أيضا جان فواييه ، المرجع السابق فقرة ٦٥ ، ٧١ و

(٢) مما يلفت النظر أن المشرع الفرنسي لم يستخدم في القانون الجديد لفظ « التسجيل » . وإنما استعاض عنه بلفظ « الشهر » . وقد تلقى الفقه الفرنسي هذا التعديل بتحفظ باعتبار أن اصطلاح التسجيل اكتسب على مر الزمن معنى فنيا مستقرا . في هذا المعنى بيكيه في مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٥٥ القسم الأول ص ١٢٢٦ فقرة ٥٦

هذه القاعدة لا يصادفها أى استثناء إلا ازاء الغش . والمقصود فى هذا الصدد كما سنبين فيما يلى ، هو التواطؤ الذى يدبره البائع والمشتري الأخير لحرمان المشتري الأول من تملك العقار . هذا الاستثناء لا يسنده نص فى القانون ، ومع ذلك استقر القضاء على الأخذ به ، وعززه الفقه بترحيب اجماعى .

اذ يلاحظ أن نصوص قانون التسجيل الأول ، ومن بعده قانون الشهر الحديث الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ، لا تتضمن أية اشارة الى جواز اهدار أثر التسجيل ، بحجة أن التصرف المسجل انعقد مشوبا بالتواطؤ بين البائع والمشتري . ورغم هذا الصمت من جانب المشرع الفرنسى ، فان القضاء لم يتحرج ، معززا بالفقه ، عن اصراره فى وجوب اهدار الآثار القانونية للتسجيل المترتبة على تدبيرات آثمة . وهو يستجيب فى هذا المسلك الى مبدأ يعلو فى سموه على كل قاعدة قانونية . ونعنى به أن الغش يفسد كل أمر ، ويبرر الاستثناء من كل قاعدة (١) .

وكان لمحكمة النقض الفرنسية فضل السبق فى ارساء دعائم هذا المبدأ ، وبالتالى اهدار أثر التسجيل اذا كان العقد المسجل مشوبا بالغش اضرارا بالمشتري الأول . فقضت فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٨ بأن «الغش يبرر الاستثناء من كافة القواعد» (والقاعدة المقصودة هنا هى أن العبرة عند تراحم المشتريين بالأسبقية فى التسجيل) . وجاء فى حكمها أن الغش مجرد التسجيل من كل أثر اذا كان نتيجة تواطؤ أو تدبير مشوب بالتدليس بين البائع والمتصرف اليه الثانى (٢) . ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسى على اعتناق هذا المسلك فى مطاردة الغش واهدار أثر التسجيل المشوب به .

(١) أنظر فى القسم الثانى تأصيل هذا المبدأ ، وتبرير سموه على كافة القواعد القانونية .

(٢) راجع جان فواييه ، المرجع السابق ، ص ٤١٠ فقرة ٣٢١ وما بعدها . وقد حشد مجموعة كبيرة من أحكام القضاء الفرنسى القديمة والحديثة التى أجمعت على اقرار هذا المسلك . أنظر أيضا ريبير وبولانجيه وبيكار ، المرجع السابق ، ص ٦٦٤ فقرة ٦٥٠ ، والمجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ١٨٩ ، وملاحظات سوليس على حكم نقض فرنسى فى ٢٨ أكتوبر

ولئن كان القضاء قد أبدى هذا الحرص البالغ في مطاردة التواطؤ ، فهو من ناحية أخرى لا يعبا بمجرد علم المشتري الثانى بوجود البيع السابق . أى أنه بمنح الأفضلية للمشتري اللاحق ، تأسيسا على قاعدة أن التزامم تحكمه الأسبقية فى التسجيل ، حتى لو ثبت أن هذا المشتري كان على علم بسبق التصرف فى العقار . والقضاء فى هذا الشأن يرى أن المتصرف إليه الذى يبادر بالتسجيل لا يرتكب خطأ باستفادته من مزية يمنحها القانون ، بل لعله جدير بها لأنه أكثر حرصا ونشاطا ممن سبقه فى التعامل على العقار (١) .

ويتأثر القضاء أيضا بالحكمة من التنظيم القانونى للشهر العقارى ، وهو الذى يستهدف بصفة خاصة الاعتداد بالعلم القانونى ، والتغاضى عن العلم الفعلى بالتصرفات السابقة التى وردت على العقار . ويتعزز هذا القول فى نظر البعض بأن تحقيق هدف الشهر العقارى ، وتيسير التصرفات القانونية العقارية ، يتعارض مع الاسراف فى الاعتداد بقواعد الأخلاق . بل وينبغى على القاضى فى هذه الحالة اجمال القاعدة الخلقية تحقيقا لصالح الائتمان العام (٢) .

على أن جانبا من الفقه لم يقر موقف القضاء فى قصر مدلول الغش على التواطؤ فقط . وخلاصة هذا الرأى أن التسجيل لا يستهدف سوى حماية من حسنت نيته . أما سبب النية فهو غير جدير بالحماية . ويرى هذا الفقه أن مجرد علم المتصرف إليه بسبق التصرف فى العقار يكفى لتوافر سوء النية ، وبالتالي لتجريد التسجيل من آثاره . ويستفاد سوء النية من أن هذا الشخص

---

(١) كولان وكايتان ودى لامورانديير ، ج ١ فقرة ١٢٧٤ - جوسران ، ج ١ فقرة ١٧٢١ - بيدان و ليروبور بيجونير ، ج ٨ فقرة ٣٧٢ - ريبير وبولانجه ، ج ١ فقرة ٣٢٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ، ج ٣ فقرة ٦٥٠

(٢) أنظر ريبير فى « القاعدة الخلقية والالتزامات المدنية » ص ٣٢٤ فقرة ١٧٢ - رواست « الأصول العرفية فى قانون الالتزامات » ص ١٢٩ ، مجموعة المحاضرات التى ألقيت على طلبة الدكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٥٤

قد استحث البائع وعاونه على اتيان فعل غير شريف ، وهو اعادة التصرف في عقار سبق له أن تصرف فيه (١) .

هذا المذهب المتقدم لم يصادف القبول لدى جمهور الشراح الفرنسيين . فهم يؤيدون قضاء محكمة النقض في أن اهدار أثر التسجيل لا يكون الا بالنسبة للبيع الذي تم بتواطؤ البائع والمشتري الأخير . وهم يرون أن مجرد العلم بسبق التصرف في العقار ، وان كان يفصح عن سوء النية ، الا أنه لا يرقى الى مرتبة الغش الذي يفسد البيع اللاحق . وبالتالي فهو لا يجيز حرمان المشتري الأخير من مزية المبادرة بالتسجيل ، ولا يبرر الاختلال بالضابط القانوني الذي يقضى بأن التفضيل عند تراحم المشتريين يكون للسابق في شهر حقه . والقول بغير ذلك يثير القلق والاضطراب في استقرار التعامل على العقارات بصفة عامة ، لا سيما وأن المشرع أراد أن يجعل التسجيل هو التعبير القانوني الأصيل للتحقق من علم الغير بسبق التصرف في العقار . أما العلم الفعلي فلا يجوز للقضاء أن يلتفت اليه اللهم الا اذا اقترن بتدبير آثم ، وهو التواطؤ مع البائع لحرمان المشتري الأول من تملك العقار . وهذا وحده هو الغش الذي يفسد التصرف اللاحق ، وبالتالي يهدر أثر التسجيل (٢) .

ولئن كان القضاء والفقهاء الراجح في فرنسا يتغاضى عن مجرد العلم ويشترط التواطؤ على النحو المتقدم ، ، فان دقة التمييز بينهما تفضى في العمل الى تقارب وجهات النظر المتعارضة (٣) ، لا سيما وأن توافر التدبير الآثم أى تحقق التواطؤ يدخل في نطاق المسائل الموضوعية التي يستخلصها قاضى

(١) سافاتيهه دالوز ، سنة ١٩٢٦ تعليق قضائى على حكم نقض مدنى في ٧ ديسمبر ١٩٢٥ ص ١٨٥ . وقد اطلعنا على هذا الرأى في محاضرات الأستاذ روست التي سبقت الاشارة اليها . أنظر أيضا جان فوايهه ، المرجع السابق ، ص ٣٢٤

(٢) أنظر جوزيه فيدال « النظرية العامة للغش في القانون الفرنسى » ، رسالة الى كلية حقوق تولوز نشرها دالوز سنة ١٩٥٧ ص ٢٨٧

(٣) ريبير ، القاعدة الخلقية ، فقرة ١٧١ - فيدال ، المرجع السابق ، ص ١٤٢

الموضوع من الوقائع والظروف بسطان مطلق ، دون معقب عليه من محكمة النقض (١) .

ويعتبر علم المشتري الثاني بسبق التصرف في العقار من القرائن القضائية القوية التي يتعزز بها اقتناع القاضي للاستدلال على توافر الغش . أو كما يقول ريبير أن المحاكم كثيرا ما تبرر نفي الغش بأن المشتري لم يكن عالما بالتصرف السابق .

ولما كانت القرائن القضائية تستعصى بطبيعتها على الحصر ، فإننا نجد في هذا الصدد تطبيقات عديدة لتوافر الغش أي التواطؤ . ونذكر من بينها الاسراع المريب في تسجيل البيع الثاني ، والتهاكك على البائع والالحاح في اغرائه بعروض سخية . بل ويقنع القضاء أحيانا بمجرد تخلف مصلحة المشتري الثاني في كسب الملكية (٢) . كما قضت محكمة النقض أيضا في حكم حديث بأن الغش يتوافر ، اذا كان المشتري الأول حائرا للعقار ، (وهذا يكفي لتحقق علم المشتري الثاني) ، وانعقد البيع الأخير بثمن يزيد على الأول ، بعد أن أخفق البائع في دعوى قضائية برفع الثمن في مواجهة المشتري الأول (٣) .

وليس من اليسير في الواقع وضع حد مميز يفصل بين مجرد علم المشتري الثاني بسبق التصرف في العقار ، والتواطؤ المدبر الذي يفضى الى اهدار أثر التسجيل . وذلك أن مجرد العلم يقترن في الغالب من الأمر بمسلك لا تقره

(١) أنظر بيدان وليروبور بيجونيير ، ج ٨ فقرة ٣٧٢ . راجع أيضا نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ ، جازيت دي باليه ، سنة ١٩٥٢ عدد نوفمبر وديسمبر رقم ١١ ، ص ٤٤١ . وقد جاء في حيثيات الحكم صراحة ما يأتي :

“ en deduisant des circonstances souverainement apprécies L'existence d'un concert fraud leux le tribunal n'a violé aucun des textes visés au pourvoi .”

(٢) جان فواييه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢٥

(٣) نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ ، الحكم المشار اليه فيما تقدم .



الأخلاق من جانب المشتري الثاني . فهو اذ يعلم بسبق التصرف في العقار انما يعاون البائع على الاخلال بتنفيذ التزامه عينا في مواجهة المشتري الأول . وقد يعتمد في سبيل حمل البائع على اتمام البيع الى وسائل متعددة ، كالاغراء بعروض سخية ، أو التهالك عليه للمبادرة باجراء التسجيل قبل أن يتمكن المشتري الأول من اجرائه .

وقد أرادت محكمة النقض الفرنسية أن تضع ضابطا للتمييز بين العلم المحرد والتواطؤ . فاستقرت على أن البيع يتسرب اليه الفساد ، وبالتالي لا يعتد بتسجيله ، اذا جاء نتيجة لتدبيرات مشوبة بالتدليس تستهدف حرمان المشتري الأول من الملكية . على أنها من ناحية أخرى تترك لقاضي الموضوع سلطانا مطلقا في استخلاص الغش من الظروف والوقائع . وتجزئ له أن يستأنس بواقعة علم المشتري الثاني بسبق التصرف في العقار ، كقرينة قضائية قوية ومنتجة في توافر التواطؤ . هذه القرينة يتعزز بها اقتناع القاضي اذا اقترنت بامارات ووقائع تكشف عن نية المشتري الثاني في أن يكون شريكا مع البائع في الغش (١) .

ويلاحظ في هذا الصدد أن القضاء الفرنسي ، اذ يقتضى اشراك المشتري الثاني في الغش ، لا يذهب الى حد القول بوجود أن يكون الباعث الدافع على التعاقد هو الاضرار بالمشتري الأول . وقد حاول جانب من الفقه أن يسند فكرة الغش الى فكرة سبب العقد . وبذلك يتوصل الى بطلان عقد البيع الثاني باعتبار أن الباعث الدافع اليه كان مخالفا للنظام العام أو الآداب (٢) . ولكن هذه المحاولة لم تصادف القبول لدى جمهور الشراح .

أخذ أولا على هذه المحاولة أن اقبال المشتري الثاني على التعاقد لا يكون الدافع اليه هو الاضرار بالمشتري الأول بقدر ما تتمثل فيه الرغبة في تحقيق

(١) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧

(٢) ديبواه في رسالته عن « القضاء الفرنسي وفكرة الغش نحو القانون » باريس سنة ١٩٢٧ وقد اطلعنا على هذا الاتجاه في رسالة فيدال سابقة الذكر .

منفعة ولو على حساب شخص آخر (١) . وبذلك لا يستقيم القول بأن الدافع الى التعاقد هو الاضرار بالمشتري الأول . ولكن الصحيح هو أن المشتري الثانى قد أتى أفعالا من شأنها تمكين البائع من الاخلال بتنفيذه التزامه عينا فى مواجهة من تعاقد معه أولا .

وفضلا عن ذلك فان الاستناد الى نظرية سبب العقد يفضى الى نتائج تجاوز الهدف من مطاردة الغش . فالقول بعدم مشروعية السبب فى العقد الثانى ، يقتضى التسليم بطلانه بطلانا مطلقا . ويجيز للقاضى ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا الجزاء . مع أن الأصل هو تحديد هذا الجزاء فى نطاق عدم نفاذ التصرف لصالح من أضر من آثار الغش .

وقيل أخيرا أن عدم مشروعية السبب ظاهرة نفسية تكن فى العقد فتبطله بصرف النظر عن النتائج التى تترتب عليها . أما الغش فهو يجاوز هذا الاطار النفسانى ويفترض تحقيق نتيجة مخالفة للقانون . وهى تتمثل فى الصورة التى نعرض لها بأن التواطؤ يؤدى الى تمكين البائع من عدم تنفيذ التزامه عينا فى مواجهة المشتري الأول وحرمان هذا الأخير من تملك العقار (٢) .

نخلص اذن من كل ما تقدم أن القضاء الفرنسى ، مؤيدا بالفقه ، لا يهدر أثر تسجيل البيع الثانى الا اذا ثبت اشتراك المتعاقدين فى الغش . أى أن الغش الفردى من جانب البائع ، أو حتى مجرد علم المشتري الثانى بسبق التصرف فى العقار لا يكفى لفساد البيع وتجريد التسجيل من أثره الناقل للملكية (٣) . ولكنه من ناحية أخرى لا يشترط أن تكون نية الغش هى الباعث الدافع على التعاقد .

(١) جمال زكى « حسن النية فى كسب الحقوق » رسالة الى كلية حقوق باريس فقرة ٧٩

(٢) فيدال ، المرجع السابق ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ ، حكم سبقت الاشارة اليه منشور فى جازيت

دى بأليه سنة ١٩٥٢ عدد نوفمبر وديسمبر ، ص ٤٤١

ورغم أن القضاء حرص على عدم الاكتفاء بمجرد العلم بسبق التصرف في العقار ، فاننا لا نتحرج من القول بأن واقعة العلم كانت دائماً قرينة قوية يستأنس بها لاستخلاص الغش وتوافره . ولو نظرنا للأمر من وجهة عملية لتحقق لنا ندرة الصور التي يكون فيها المشتري الثاني بريئاً من مسلك يشينه اذا كان عالماً بسبق التصرف في العقار . على هذا النحو اقربت محكمة النقض الفرنسية من نظرية العلم حينما قضت باهدار أثر التسجيل لمجرد أن المشتري الأول كان حائزاً للعقار (وهذا وحده يفيد علم المشتري الثاني بسبق التصرف) وانعقاد البيع الثاني بثمن أعلا من البيع الأول بعد أن أخفق البائع في دعوى قضائية برفع الثمن .

**تأصيل موقف القضاء الفرنسي وأثره على تصرف المشتري الثاني في العقار :**

لم يأنس القضاء الفرنسي في تأصيل أحكامه لأية قاعدة من القواعد المنصوص عليها في القانون . وإنما استند الى مبدأ عام ، هو أن الغش يفسد كل أمر ، *fraus omnia corrumpit* . والقضاء الفرنسي في اعتزازه بهذا المبدأ ، أطلق نطاق تطبيقه في مواضع متفرقة . وسعنى بتفصيل هذا المبدأ في القسم الثاني الذي نخصه للنظرية العامة في الغش .

على أنه يعيننا الآن أن نشير الى نتيجة هامة رتبها القضاء الفرنسي على تأصيل أحكامه استناداً الى المبدأ العام في فساد التصرفات القانونية المشوبة بالغش .

فهو يرى أن البيع الثاني المشوب بالغش هو تصرف آثم . وبذلك ينبغي اعدام كافة الآثار المترتبة عليه . وأخص هذه الآثار أن المشتري الثاني لا يملك العقار . وعلى هذا النحو فاذا تصرف فيه لشخص آخر قام بدوره بالتسجيل ، فان هذا التصرف الأخير المسجل لا يحتج به على المشتري الأول ، حتى ولو كان المتصرف اليه حسن النية . وذلك أن القضاء يرى أن المشتري الثاني لم تثبت له الملكية قط ، وهو بهذه المثابة لا يستطيع أن يتقل لغيره ما لا يملك .

استقر هذا الاتجاه القضائي في حكم شهير للدائرة المدنية لمحكمة النقض في ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ (١) . وهو ينزع شهرته من تفرق كلمة الفقه على سلامته ، وتعارض التعليقات التي نشرت بمناسبة . وفي هذا الشأن نستطيع أن نلمس اتجاهين : الاتجاه الأول يحصر الغش في دائرة المسؤولية التقصيرية ، والاتجاه الثاني يقصره على نطاق الدعوى البوليسية . ويشترك الاتجاهان في الوصول الى نتيجة مشتركة ، وهي عدم جواز المساس بحق المتصرف اليه حسن النية الذي اكتسب ملكية العقار من المشتري الثاني .

### محاولة حصر الغش في دائرة المسؤولية التقصيرية :

ذهب جانب من الفقه الى أن دعوى الغش التي يزود بها المشتري الأول يجب أن تستند الى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية (٢) . وعلى هذا النحو يكون سبب الدعوى هو خطأ المشتري الثاني والذي يستفاد من التواطؤ . ويصبح موضوعها هو التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري الأول من التسجيل المشوب بالغش . ويظهر اذن أن أنسب الطرق لاصلاح الضرر هو عدم الاحتجاج بهذا التسجيل عليه . وبذلك لا يكون بطلان التسجيل لعيب أصيل يكمن فيه ، وإنما مجرد طريق مناسب لتعويض الضرر الذي أصاب المشتري الأول . ولما كان التعويض عن الضرر لا يلزم الا من ارتكب الخطأ ، فان المتصرف اليه الأخير ، وهو حسن النية ، لا ينبغي أن يسأل عن جريمة مدنية لم يكن شريكاً فيها .

هذا التصوير المتقدم يفترض أن المشتري الثاني ارتكب جريمة مدنية بتواطئه مع البائع ، وأن بطلان التسجيل هو مجرد اختيار طريق مناسب لاصلاح الضرر الذي أصاب المشتري . وبذلك تنزع فكرة الغش وجودها من القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية التي وردت في م ١٣٨٢ .

(١) داللو ، سنة ١٩٤٩ العدد ٢٣ قسم القضاء ص ٢٧٧ ، مع تعليق روجيه لينوان .  
(٢) تعليق هاميل على حكم استئناف باريس في ١١ مايو سنة ١٩٤٥ ، داللو ، سنة ١٩٤٧ ص ٦٣ . أنظر أيضا ريبير وبولانجي ، ج ١ الطبعة الرابعة فقرة ٣٢٨٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ، الطبعة العاشرة فقرة ١١٩٢ ، أوبري ورو ، ج ٢ فقرة ٢٠٩ .

وواضح أن هذا الفقه لا يسلم باستقلال الغش كعيب أصيل يفسد التصرف القانوني إذا أصابه . وإنما يدمج الغش في الخطأ ، ويطبق القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية .

والواقع أن الالتجاء الى فكرة الخطأ ، وحصر الغش في نطاق الجريمة المدنية ، مبعثه الحرج من الخروج عن دائرة النصوص التشريعية ، وهدفه الحرص على استخدام الأصول القانونية التقليدية في ابتداع حلول لا سند لها من التشريع . وهو بهذه المثابة يمثل ثورة هادئة على اطلاق قاعدة التفضيل بين المشتريين بالأسبقية في الشهر . إذ أنه لا يجوز التطاول على هذه القاعدة الا بالتستر وراء قاعدة أخرى ، هي الزام مرتكب الخطأ بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه ، تطبيقا لنص المادة ١٣٨٢ من التقنين الفرنسى .

على أن حصر فكرة الغش في إطار الجريمة المدنية لا يتجاوب مع اتجاه القضاء ، ولا تستقيم معه الحلول التي أخذ بها والنتائج التي وصل اليها . ويظهر ذلك من نواح متعددة على النحو الآتى :

١ - فيلاحظ أولا أن التطبيق المطلق لقواعد المسؤولية التقصيرية ، يقتضى الاكتفاء بمجرد علم المشتري الثانى بسبق التصرف فى العقار . إذ أن هذا العلم يكشف وحده عن سوء نيته ، وبالتالي يكتفى لنسبة الخطأ اليه ، والزامه بتعويض المشتري الأول .

وقد سبق البيان أن القضاء الفرنسى لا يقنع بهذا العلم . بل على النقيض من ذلك يعتبر مبادرة المشتري الثانى بالتسجيل ، مجرد استفادة مشروعة من مزية تقرها أحكام الشهر . ولكن الأثم يتوافر ، ويصبح المشتري الثانى مذنباً ، اذا كان متواطئاً مع البائع . هنا فقط يتحقق الغش فى تقدير القضاء . ويتحرك الجزاء المدنى لحاسبته ، لا على أساس الخطأ كما تشير به قواعد المسؤولية التقصيرية ، وإنما لأنه مذنب شارك البائع فى الخديعة والتدليس على المشتري الأول . وعندئذ يتسرب الفساد المطلق الى التصرف القانونى (وهو البيع الثانى) فتتعدم آثاره . وبذلك يصبح غير قابل لنقل

الملكية بالتسجيل . وهنا لا تستقيم نظرية الفقه السابقة في التستر وراء أحكام  
الجرعة المدنية . ولا يكون هناك مناص من الالتجاء الى مبدأ أن الغش يفسد  
كل أمر ، وهو ما يسير عليه القضاء في تأصيل كافة أحكامه .

٢ - وبذلك يتابع القضاء منطقته ، فلا يجعل الجزاء هو مجرد تعويض  
يلتزم به من ارتكب الخطأ . وإنما مجرد التصرف القانوني من كافة آثاره ،  
ولو ترتب على ذلك المساس بحقوق شخص من الغير حسنى النية .  
وعلى هذا النحو فهو لا يتخرج من عدم الاعتراف بتصرف المشتري الثانى  
فى العقار لشخص حسن النية . ويحيز للمشتري الأول أن يتمسك بحقه  
على العقار حتى فى مواجهة المتصرف اليه الأخير . ولعل هذا وحده ينطق  
بأن القضاء لا يلود بقواعد المسؤولية التقصيرية لتأصيل أحكامه . وإنما يكفل  
تطبيقا مطلقا ومستقلا لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر (١) .

ولو تعلق الأمر بمجرد تطبيق القواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية ،  
لوجب القول فورا بأن المتصرف اليه ، وهو شخص غير مذنب ، لا ينبغي  
أن يتأثر حقه بالغش المنسوب الى سلفه . بل يقتصر حق المشتري الأول  
على مساءلة البائع والمشتري الثانى ، لأن جزاء المسؤولية شخصى لا يلحق  
الا المخطئ فقط .

ولكن القضاء الفرنسى لم يأنس لقواعد المسؤولية التقصيرية ولم يستسلم  
لنتائجها . وإنما ارتفع بالغش فوضعه فى اطار مبدأ عام . وبذلك صاغ أحكامه  
على أن الغش يعطل أثر التسجيل بصفة مطلقة ، ويهدر قاعدة التفضيل  
على أساس الأسبقية فى الشهر فى مواجهة الكافة .

وهو يعزز مسلكه بأن القول بغير ما تقدم يفضى الى تمكين المشتري  
الثانى من وسيلة طيبة يفلت بها من جزاء الغش . اذ يكفى فى هذا الصدد  
أن يبادر بالتصرف فى العقار الى شخص حسن النية (٢) .

(١) راجع تعليق لينوان السابق الاشارة اليه - روست «الأصول العرفية فى الالتزامات»  
محاضرات فى قسم الدكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٥٤ ص ١٣٠  
(٢) بلانيول وريبير وبيكار ، ج ٣ فقرة ٦٥٠ ص ٦٦ . أنظر أيضا نقض فرنسى  
فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ ، وتعليق لينوان الذى سبقت الاشارة اليه .

ولعل مما يلفت النظر في هذا القضاء أنه لا يرضى بمجرد تمكين المشتري الأول من حق الرجوع بالتعويض على كل من البائع والمشتري الثاني الذى تواطأ معه . وإنما يحرص على وضع مبدأ عام هو أن الغش يفسد كل أمر . أى أنه ينكر البيع الثانى انكاراً تاماً . وبذلك لا يسلم بانتقال الملكية للمصرف اليه الأخير ، لأنه تعامل مع بائع لم تثبت له الملكية أصلاً .

وقد جزع بعض الشراح من هذا الاسراف الذى وقع فيه القضاء . وذلك لأن التسليم بالاتجاه المتقدم يزعزع الثقة بالعلم الذى يستقيه الغير من سجلات الشهر العقارى (١) .

ويؤيد جانب آخر من الشراح مذهب القضاء ، ويسلم بوجود متابعته . وذلك أن التسجيل والتأشير بشأن التصرفات العقارية لا يخضع فى فرنسا لرقابة قضائية قبل اجرائه . وهو لا يقيم قرينة على وجود الحق المسجل وسلامة التصرف القانونى الذى أنشأه أو نقله . وعندئذ يجب على الغير أن يلتزم الحيطة والحذر ، ويتحقق من الظروف التى اقترنت بالسند الذى اكتسب به النسلف الملكية . ولئن كان هذا القول يشير الى عيوب ومخاطر نظام الشهر الفرنسى ، فهو واجب الاتباع ما دام هذا النظام قائماً لم تعدل أسسه الجوهرية (٢) .

ويلاحظ أن قانون الشهر الذى صدر فى فرنسا فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ لم يأت بجديد فى هذا الصدد (٣) . فالتنظيم الجديد جاء على غرار القديم . وعلى هذا النحو لا زال الشهر يؤدى وظيفة الاعلان عن نشأة الحق العينية

(١) ريبير وبولانجيه ، الجزء الأول فقرة ٣٢٨٥ - هاميل ، التعليق الذى سبقت الاشارة اليه .

(٢) أنظر تعليق بيكيه على حكم النقض الفرنسى فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ ، منشور بمجلة الأسبوع القانونى ص ٤٩٧٢ - تعليق لينوان السابق - هنرى دى باج ، الجزء السابع المجلد الثانى ، ص ٩٣٩

(٣) أنظر مقال جونو فى « تقدير نظام الشهر الفرنسى الجديد فى ترتيب الحقوق العينية على العقار » منشور فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٥٨ ، العدد ٢٥ ص ١٤٣٥ فقرة ٣٥

أو انتقاله . ولكنه لا يظهر التصرف القانوني الذي تم شهره من العيوب التي تشوبه . وبذلك يمكن القول بأن الشهر لا يكسب الملكية للمشتري . إذا لم يكن البائع مالكا ، كما هو الحال في الصورة التي نعالجها بالنسبة للمشتري الثاني والمتصرف إليه حسن النية .

### محاولة قصر الغش على نطاق الدعوى البوليصية :

دعا الى هذه المحاولة نفر قليل من الشراح الفرنسيين (1) منذ زمن بعيد . وهي محاولة تتسر أيضا لمطاردة الغش وراء قاعدة قانونية نص عليها المشرع . وبذلك تتميز ، كما سبق البيان بشأن المحاولة الأولى ، بأنها لا تتناول على قاعدة التفضيل بين المشتريين بالأسبقية في التسجيل ، إلا في الحدود التي تجيزها قاعدة أخرى . على هذا النحو حاول هؤلاء الشراح أن يخضعوا الغش في الصورة التي نعرض لها لأحكام الدعوى البوليصية . ولم يكن أمامهم مناص ، ازاء عصيان هذه الأحكام عن تحقيق الهدف المنشود ، من التسليم بخصوص الدعوى البوليصية في هذا المجال ، وانفرادها بشروط تتميز عن شروط الدعوى البوليصية بصفة عامة . ولعل في هذا الخصوص وحده ما ينطق بموطن القصور في هذا الاتجاه الفقهي .

وخلاصة القول في هذه المحاولة تتركز في تخصيص معنى الاعسار الذي يلحق المدين ، ويستطيع الدائن بموجبه أن يهاجم تصرفاته . والأصل في الدعوى البوليصية أن يكون الاعسار محلا بالضمان العام ، أي أن يترتب على تصرف المدين زيادة ديونه على حقوقه .

ولكن هذا الاتجاه الفقهي يشير الى امكان توافر اعسار خاص في علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات . فاذا فرض أن حق

---

(1) روج لهذه المحاولة بصفة خاصة ، جروبيه في رسالته عن « الدعوى البوليصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر » سنة ١٩١٣ . وقد اطعنا على وجهة نظره بالتفصيل في رسالة فيدال السابق الاشارة اليها « النظرية العامة في الغش » ص ٢٢٨ وما بعدها . أنظر أيضا بلانيول وريبير ورودوان ، ج ٧ فقرة ٩٣٧ . - انسكلوبيدى دالوز ، ج ١ لفظ *action paulienne* فقرة ١٥ ، ١٧



الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين ، ثم باع المدين العين ذاتها لشخص قام باجراءات الشهر ، ففي مثل هذه الحالة يمكن القول أن المدين (وهو البائع) في حالة اعسار خاص في مواجهة الدائن (وهو المشتري الأول) ، ما دام الدائن لا يستطيع الحصول على العين ذاتها وهي التي تركز حقه فيها . وعلى هذا النحو يجوز له الطعن بالدعوى البوليصة حتى ولو كان عند المدين أموال كافية تكفي لأداء التعويض .

تطبيقا لما تقدم يمكن القول في الصورة التي نعالجها أن المشتري الأول يستطيع الطعن بالدعوى البوليصة بشأن تصرف البائع في العقار مرة ثانية ، وذلك على أساس أن حقه تركز في العقار ، وأن تصرف البائع فيه وتسجيل البيع ، قد جعله معسرا اعسارا خاصا في مواجهة المشتري الأول .

تعرضت هذه المحاولة لتقدّم جمهور الشراح ، وذلك باعتبار أن الاستناد الى الدعوى البوليصة يخرج بها عن نطاق تطبيقها ، ويتدع فيها شرطا ليس من طبيعتها . فقد شرعت هذه الدعوى لصيانة الضمان العام من عبث المدين . ومن ثم فلا يجوز القول باستخدامها الا حيث يصيب المدين اعسار عام تزيد فيه ديونه عن حقوقه . أما تخصيص معنى الاعسار وتركيزه في عبث المدين عن الوفاء بالتزام يتعلق بعين معينة بالذات ، فهو ابتداء لا يجوز التسليم به ، وخطط بين مختلف الوسائل القانونية التي يجوز استخدامها لمطاردة الغش (١) .

وحيث ينبغي أن يرتد جزء الغش في الصورة التي نعرض لها الى موضعه الطبيعي ، وهو تأسيسه على المبدأ العام الذي يقضى بأن الغش يفسد كل أمر (٢) .

(١) ليون وهنرى مازو ، المحلّة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٢ ص ٢٦ . - ديموج في الالتزامات ، ج ٧ فقرة ١١٢٥

(٢) أنظر في هذا المعنى ، بلائيول وريبير ورودان ، فقرة ٩٣٨ . - سيناي « الدعوى البوليصة والمسئولية التتصيرية على ضوء القضاء الحديث » المحلّة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٨ ، ص ١٨٣ وما بعدها .

وفضلا عن هذا كله فإن اسناد الغش الى فكرة الدعوى البوليصية لا يتجاوب مع الحلول التي أخذ بها الفقهاء . ويبدو ذلك من ناحيتين :

١ - فيلاحظ أولا أن الغش في الدعوى البوليصية اذا كان التصرف معاوضة ، يتحقق بمجرد علم المتصرف اليه بأن المدين الذي يتعامل معه في حالة اعسار أو أن تصرفه سيفضى الى اعساره .

أما الغش الذي يتطلبه القضاء بشأن إعادة التصرف في العقار فلا يتوافر بمجرد العلم . وإنما يشترط فيه التواطؤ ، أى الاتفاق المدبر لحرمان المشتري الأول من ملكية العقار .

٢ - ويراعى ثانيا أن أحكام الدعوى البوليصية تحمى حسن النية من مداومة الدائن له . وعلى هذا النحو لو أطلقنا تطبيق هذه الأحكام ، لوجب القول بأن تصرف المشتري الثانى فى العقار لشخص حسن النية يجرم الدائن من مباشرة حقه على العقار تحت يد خلف الخلف حسن النية . وقد سبق البيان أن القضاء يسلم بالنتيجة العكسية فيكفل للمشتري الأول الدفاع عن حقه فى مواجهة الكافة ، ما دام البيع الثانى قد تم بطريق التواطؤ . ولا يجوز للمتصرف اليه الأخير أن يعتصم بحسن النية ، لأنه قد تلقى ملكية العقار من غير مالك . ومضت الاشارة أيضا الى أن القضاء يرتب هذه النتيجة على أساس المبدأ العام الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر (١) .

يبين من كل ما تقدم أن القضاء الفرنسى يؤيده الفقه الراجح لا يقبل الالتجاء الى قواعد المسؤولية التقصيرية ، ولا يرضى الاستعانة بقواعد الدعوى البوليصية ، لافساد بيع العقار مرة ثانية بطريق التواطؤ . وإنما يستقل بهذا الجزاء ، ويسنده الى المبدأ العام فى الغش . ومن هنا تجاوزت النتائج التى يسلم بها دائرة المسؤولية التقصيرية ونطاق الدعوى البوليصية . وعلى هذا النحو استقر على تجريد البيع الثانى وتسجيله من كل أثر . وبالتالي

(١) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨

أجاز للمشتري الأول أن يستخدم دعوى الغش حتى في مواجهة المتصرف  
إليه حسن النية الذي تلقى ملكية العقار من المشتري الثاني .

### (ثانيا ) موقف القضاء والفقهاء في مصر

من المبادئ المسلمة في القانون المصري أن ملكية العقار لا تنتقل  
بالتسجيل وحده وإنما تنتقل بالعقد المسجل . فنظام الشهر الذي اتبعه المشرع  
هو نظام الشهر الشخصي . ويترتب على ذلك أنه يتعين لانتقال الملكية  
إلى المشتري بالتسجيل أن يكون عقد البيع صحيحا صادرا من مالك .  
فالتسجيل لا يصحح العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ولا يمنع من اثبات صورية  
التعاقد ، ولا يحرم صاحب الحق من المطالبة بإبطال العقد ان كان قابلا  
للإبطال . وفي هذه الحالات كلها يزول أثر التسجيل بأنهيار التعاقد .  
وقد عبرت محكمة النقض عن هذا المبدأ بقولها بأن « الملكية لا تنتقل  
بالتسجيل وحده وإنما هي تنتقل بأمرين ، أحدهما أصلي وأساسى وهو العقد  
الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى وهو التسجيل » (١) . ويمكن القول  
في عبارة مجملة بأن التسجيل في التشريع المصري لا يطهر العقد من العيوب  
التي تشوبه ولا يجعله منزها عن الطعن في سلامته أو نفاذه بأى وجه  
من الأوجه التي يقرها القانون .

ولئن كان التسجيل لا يستقل بمفرده بنقل الملكية ، فإنه مع ذلك يتميز  
عن التسجيل في القانون الفرنسي في لزومه لانتقال الملكية حتى فيما  
بين المتعاقدين . هنا اقترب التشريع المصري من التشريع الألماني  
الذي يأخذ بنظام السجلات العينية . ولكن التقارب يقف عند هذا الحد  
دون أن يجاوزه . فالقانون الألماني ، خلافا لما هو عليه الحال في مصر ،  
يفصل فصلا تاما بين التعاقد الذي اتفق فيه على بيع العقار لقاء ثمن معين ،  
وبين عمل قانوني لاحق يتفق فيه الطرفان على اجراء انتقال الملكية وقيده  
في السجل العيني المعد لذلك . والمعروف أن السبب الناقل للملكية هو واقعة

(١) نقض مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، ج ٤ رقم ٦٨

القيد في هذا السجل . وبذلك يترتب على اجرائه امتناع الطعن بأى وجه في صحة البيع أو نفاذه . ولذا عهد الى القضاء في المانيا باختصاص فحص سندات الملكية والتحقق من صحتها ، قبل اجراء القيد بناء على اتفاق الطرفين . وللقاضى أن يرفض القيد اذا اكتشف أى عيب يشوب التعاقد في صحته أو نفاذه . هكذا يستقيم النظام الألماني الذي يأخذ بعين الاعتبار الآثار البعيدة المدى المترتبة على واقعة القيد في السجل العيني ، ومن ثم يضع الضمانات الكافية التي تكفل تعبيرها عن الحقيقة (١) .

أما في مصر فالتسجيل يتم بناء على طلب المشتري أمام موظف ادارى . وهو هذه المثابة لا يختص بفحص السندات المقدمة للشهر للتحقق من سلامتها أو نفاذها . وانما يقوم بمجرد عمل مادى ، هو اجراء الشهر في الحدود الشكلية والادارية التي يرسمها القانون ولأتمته التنفيذية . ومن هذه الناحية نلمس التشابه بين أحكام الشهر العقارى في فرنسا ومصر .

على ضوء ما تقدم لم يكن هناك مفر من أن تعرض أمام القضاء والفقهاء المصرى مشكلة الغش ، وأثره على الإخلال بقاعدة أن العبرة عند تراحم المشترين بالأسبقية في التسجيل .

### المشكلة في ظل التقنين المدنى القديم :

كانت المادة ٢٧٠ من المجموعة المدنية القديمة تنص على أن « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » . والترجمة الصحيحة للعبارة الأخيرة في النص الفرنسى هي « وكانوا حسنى النية » . ومفاد هذا الشرط أن المشتري الثانى لا يفضل على الأول لمجرد السبق في التسجيل الا اذا كان حسن النية .

(١) أنظر في المقارنة بين نظام الشهر المصرى والألمانى ، عبد المنعم البدر اوى ، فقرة ٢٠٦

وهنا تفرقت كلمة الفقه والقضاء في تحديد المقصود بحسن النية . ويمكننا أن نلمس اتجاهين رئيسيين في هذا الصدد(٢) .

الاتجاه الأول يعتبر المشتري سيء النية لمجرد علمه بسبق التصرف في العقار . ويعتمد أصحابه على أن عبارة النص العربي تفيد الاكتفاء بمجرد العلم وذلك بقولها « وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » ، وأن المشتري الذي يتعامل على عقار سبق للبائع التصرف فيه يرتكب جريمة مدنية ولا يمكن اعتباره حسن النية . كما أن علم المشتري ينفي عن عقده صفة السبب الصحيح ، باعتبار أنه كان عالما بانتقال الملكية للمشتري الأول (والملكية كانت تنتقل بمجرد التعاقد) . فهو لا يجهل إذن أن البائع كان يبيعه ملك غيره . وأخيرا استأنس أصحاب هذا الرأي بأن الاتجاه السائد في بلجيكا هو الاكتفاء بمجرد العلم مع أن القانون البلجيكي يقتصر على اشتراط عدم الغش ولم يستلزم ، كما فعل المشرع المصري ، توافر حسن النية . ولا يجوز عند هذا الفقه الرجوع الى القضاء الفرنسي ، لأن القضاء الفرنسي لم يشترط اطلاقا حسن النية في المشتري الثاني ، وإنما اكتفى فقط لتفضيله بأسبقيته في التسجيل .

أما الاتجاه الثاني فلا يقنع بمجرد العلم لنفي حسن النية عن المشتري الثاني ، وإنما يشترط لاعتباره سيء النية أن يكون متواطئا مع البائع للاضرار بالمشتري الأول .

وخلاصة الحجج التي تدعم هذا الاتجاه هي أولا الاستئناس بالرأي الراجح في فرنسا الذي يشترط التواطؤ . كما أن المشرع اعتبر التسجيل مناط

---

(١) هناك اتجاه ثالث غير جدير بالاهتمام رأى أن المقصود بحسن النية هو أن يكون سند المشتري الثاني تعاقدًا حقيقيًا وليس صوريًا . فإذا كان العقد الثاني صوريًا انتفى حسن النية ولا يعتد بسبق التسجيل . وغنى عن البيان أن مثل هذا التصور غير جدير بالتقدير ، إذ لا يمكن أن يكون قصد المشرع هو تقرير حكم يفرضه القواعد العامة دون حاجة الى نص . راجع في بيان الاتجاهات الرئيسية ، الهلالى وحامد زكى ، فقرة ٤٥٦ - أنور سلطان ، فقرة ١٨١ - منصور مصطفى منصور ، ص ١١٧ .

العلانية . فتسجيل العقد يفترض علم الكافة به ، وعدم تسجيله يفترض أنه غير معلوم لأحد . فاذا قيل بكفاية العلم لنفى حسن النية أصبح نظام التسجيل عديم الجدوى ، اذ يصبح مدار العلانية هو علم العاقد لا تسجيل العقد وهو ما يخالف غرض المشرع . وفضلا عن ذلك فان الأخذ بنظرية العلم المجرد يفتح الباب للمنازعات ويرهق القضاء . لأن مسألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنية يصعب التحقق منها .

### المشكلة في ظل قانون التسجيل الأول :

صدر قانون التسجيل خاليا من شرط حسن النية الذى كانت تنص عليه المادة ٢٧٠ ، وذلك بالنسبة لشهر التصرفات المنشئة . فبعد أن ذكرت المادة الأولى في فقرتها الأولى التصرفات واجبة التسجيل ، جاء في الفقرة الثانية « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » (١) . بينما أن المادة الثانية اذ أوجبت تسجيل العقود والأحكام المقررة وضعت القيد التالى بقولها « فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا دخلها التدليس » .

استقر الفقه على أن قانون التسجيل قضى على نظرية العلم أى أن مجرد علم المشتري الثانى عند التسجيل بسبق التصرف فى العقار ، لا يحرمه من الأفضلية على المشتري الأول (٢) .

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون أن لهذا المبدأ من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المعنى القانونى فى هذا الموضوع لغير المتعاقدين ، والقيد الوارد بعدها فى المادتين ٧٣٧ و ٧٤٢ مدنى مختلط القائل : « من يدعى حقا عينيا أو له حقوق على العقار حفظها بموافقة القانون ، وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية . وعبثا يحاول الانسان أن يستند الى قواعد العدالة أو حسن نية المتعاقدين لاثبات عكس ذلك . اذ يتحتم على من آل اليه الحق أن يقوم بالتسجيل حتى يكون الجمهور على علم من أياولة هذا الحق اليه » .

(٢) الهلالى وحامد زكى ، فقرة ٢٧٣ - أنور سلطان ، فقرة ١٨١ - البدراوى ،

==

فقرة ٢١٣ - منصور مصطفى منصور ، ص ١١٩

ولكن الخلاف ظل قائماً بشأن أثر التواطؤ على مركز المشتري الثاني .  
فهل تكفل له الأسبقية في التسجيل الأفضلية على المشتري الأول حتى  
ولو كان متواطئاً مع البائع ؟

فذهب البعض الى عدم جواز تفضيل المشتري الذي سجل اذا كان  
متواطئاً . ونجمل أهم الحجج التي اعتمد عليها هذا الاتجاه على النحو الآتي :

١ - قرر القانون صراحة فيما يتعلق بالتصرفات المقررة عدم جواز  
الاحتجاج بتسجيلها اذا كانت مشوبة بالتدليس ، ولا يتصور أن يبيح  
المشتري التدليس في بعض التصرفات دون الأخرى .

٢ - لا ينبغي الاستناد الى ما ورد في المذكرة الايضاحية بشأن حسم  
النزاع في حسن النية وسوء النية . فالمقصود بذلك هو القضاء على نظرية العلم  
البسيط . أي أنه لا يجوز اهدار أثر التسجيل لمجرد هذا العلم . ولكن المذكرة  
لم تقصد أبداً أن القانون قضى أيضاً على نظرية التواطؤ . ولا أدل على ذلك  
من اعتداد المشرع بها بشأن التصرفات المقررة .

٣ - ان قانون التسجيل باعتباره قانوناً استثنائياً مقيداً لحرية التعامل  
المطلقة التي كانت مقررة من قبل ، يجب الرجوع في تفسيره ما نخص منه  
الى المبادئ العامة ، وهي تقضى بأن الغش يفسد كل شيء . وقانون التسجيل  
لا يمكن أن يكون قد نسخ هذا المبدأ العام .

---

= ويذهب رأى الى أن قانون التسجيل لم يغير معنى حسن النية الذي كان وارداً في نص م ٢٧٠  
من المجموعة المدنية القديمة . في هذا المعنى ، جمال الدين زكي في رسالته عن « حسن النية في كسب  
الحقوق » فقرة ٢٣٤ ب ص ٣٣١ وما بعدها . ويرى صاحب هذا الرأي أن قانون التسجيل  
اقتصر فيما استحدثه على تحديد معنى الغير الذي يحق له الاحتجاج بعدم التسجيل ، وأنه جعل  
التسجيل شرطاً لازماً لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . أما بالنسبة للغير فيجب أعمال حكم  
المادة ٢٧٠ ، وبالتالي نبي حسن النية عن المشتري الثاني اذا علم بسبق التصرف في العقار .  
أما نص المادة الثانية التي اشترطت عدم التدليس للاحتجاج بتسجيل العقود والأحكام المقررة  
على الغير ، فهي ليست استثناء من القاعدة العامة ، كما يوحي بذلك صمت المادة الأولى عن ذكر  
أي أثر للتدليس بالنسبة للتصرفات المنشئة ، وانما هي مجرد تطبيق لقاعدة عامة .

٤ - أن المشرع المصرى رغم اشتراطه التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، لم يذهب الى حد الأخذ بنظام التسجيل العيني الذى يجعل القيد فى السجل قرينة مطلقة على ثبوت الحق . وتجاهل التواطؤ أو الغش لا يمكن أن ينسجم الا مع نظام السجلات العينية .

استجاب جانب من القضاء لهذا الاتجاه . ولعل أصدق الأحكام تعبيراً عنه ، هو حكم محكمة استئناف مصر (١) الذى جاء فيه أنه « لا يمكن الأخذ بالقول بأن قانون التسجيل قضى على نظرية التواطؤ وسوء النية والخلافات الحاصلة فيها ، وأن التفاضل فى عقود البيع المسجلة عن عين واحدة ومن بائع واحد لا يكون الا للأسبق فى التسجيل ، بصرف النظر عن وجود تواطؤ أو عدم وجوده . ذلك لأن التدليس عمل منكر لم يدر يخلد مشرع حمايته على أى وجه من الوجوه فيما يضعه من القوانين ، تلك القوانين التى غرضها الأول أن تكون المعاملات بين الأفراد قائمة على أساس الاستقامة والنزاهة . ومن الحق الطبيعى لكل شخص أن يعتقد أن من يتعامل معه قوام معاملته الاستقامة وأن القانون يحميه اذا حاد عنها . ولهذا كانت كل معاملة أساسها التدليس للاضرار بالغير مخالفة للنظام الاجتماعى العام ولحسن السلوك ، فهى جديرة قانوناً بعدم الاعتبار . وفضلاً عن ذلك فان التدليس الضار بحقوق الغير مما يقع تحت حكم المادة ١٥١ من القانون المدنى (يقابلها المادة ١٦٣ من التقنين الحالى) ، وموجب للتعويض عنه ، ويدخل فى ذلك ازالته . وأن القول بأن قانون التسجيل مانع من الأخذ بنظرية التدليس قول لا محل له من الاعتبار قانوناً ، لأن هذا المبدأ من المبادئ الأولية الطبيعية لا حاجة

(١) استئناف مصر ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ، ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ . أنظر أيضاً ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ محاماة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٦٠٤ . - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر المجموعة ٥٠ ص ٧٤ . قضت أيضاً محكمة استئناف مصر « بأنه اذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشتري الثانى على علم بذلك واشترك فى التدليس بطل البيع الثانى وغير معقول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول م ٢٧٠ مدنى (قديم) . اذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصومه أن يهدم مبدأ أساسياً فى التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناهما حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به » . - استئناف مصر ١٧ يونيو سنة ١٩٣٤ ، المحاماة ، ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٦٩



الى النص عليها . ولأن النص في المادة الثانية من قانون التسجيل على أن العقود المقررة للحقوق لا تكون حجة على الغير اذا داخلها التدليس ولو كانت مسجلة ، هذا النص لا يدل على أن الشارع باغفاله مثل هذا النص في المادة الأولى من القانون المذكور الخاصة بالعقود المنشئة قد قصد السماح باجازة التدليس في العقود المنشئة للحقوق ولم يجزه في العقود المقررة لها ، وهو ما ينبو عنه العقل والذوق السليم .

وذهب فريق آخر من الشراح (١) ، يسنده قضاء محكمة النقض الى أن التواطؤ أو الغش لا يترتب عليه بأى حال الاخلال بقاعدة التفضيل بين المشترين على أساس الأسبقية في التسجيل . ويعزز هذا الفقه اتجاهه بالأسانيد الآتية :

١ - يبين من مقارنة نص المادة الأولى والثانية من قانون التسجيل أن المشرع قضى بصنفة عامة على أثر سوء النية بالنسبة للعقود المنشئة ، وأنه أبقى عليها بالنسبة للعقود المقررة مع تخصيصها بحالة التدليس فقط . وعلى هذا النحو لم يعد حسن النية شرطاً لتسك المشترى الثانى بالأسبقية في التسجيل .

٢ - ان المذكورة الايضاحية صريحة في أن المبدأ الجديد الذى جاء به القانون ، وهو عدم انتقال الملكية الا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، يتضمن مزية كبرى هي القضاء على كل نزاع بشأن حسن النية وسوء النية . و مفهوم هذه المذكورة هو أن المشرع اتجه نحو نظام السجلات العقارية ، وذلك أنه جعل أمر انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطاً بالتسجيل وحده . كما أنه أغفل الاعتداد بنظرية سوء النية ، مع استثناء العقود والأحكام المقررة للحقوق التي يشترط بالنسبة لها التسجيل حتى تكون حجة فيما بين

(١) الهلاى ، الطبعة الأولى ، رقم ٤٦٩ ص ٢٩٧ . - صليب سامى ، المحاماة ٨ ص ٦٨٣ . وأنظر في عرض هذا الرأى وتفصيل حججه ، أنور سلطان ، ص ٢٢٤ هامش ٣ . - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٢١٥ ص ٣٣٣

المتعاقدين ، لأنه لا يمكن تجريدها من قيمتها الواقعية وهي الاقرار بحق سابق الوجود . ومن هنا اقتصر على لزوم تسجيلها للاحتجاج بها فقط على الغير ، وبشرط ألا يداخلها التدليس .

٣ - لا يجوز الاعتراض على هذا الرأي بعدم وجود ما يبرر التفرقة بين العقود المنشئة والعقود المقررة في هذا الشأن . ذلك أن المذكرة الايضاحية نفسها جاء فيها ما يشير الى وجوب التمييز بين هذين النوعين من العقود ، فهي تقول « هذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود ، والأحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين » . فعدم تسجيل العقود المقررة لا يحول دون ترتيب أثرها فيما بين المتعاقدين ، أما عدم تسجيل العقود المنشئة فلا يترتب عليه أثر من حيث انتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . ولذلك فإنه مع افتراض علم المشتري الثاني المسجل بوجود بيع أول غير مسجل ، ومع افتراض سوء نية ما ، فإن كل ذلك مقرون بعلمه بأن البيع الأول غير مسجل ، وأنه لا ينتقل الملكية ، وأن البائع لا يزال مالكا رغم هذا البيع الأول ، وأن القانون يبيح له الاقدام على الشراء في هذه الحالة ، وذلك بخلاف ما كان عليه الحال قبل العمل بقانون التسجيل . فان المشتري الثاني في الواقع لم يكن يتعامل مع المالك الحقيقي ، لأنه سبق أن باع وخرجت الملكية منه بالعقد الأول غير المسجل . ولذا كان من الطبيعي أن يشترط القانون لحماية هذا المشتري الثاني وتمسكه بالتسجيل أن يكون حسن النية .

٤ - يرى هذا المذهب أن اهدار أثر التسجيل على أساس التواطؤ وتفضيل المشتري الأول على الثاني معناه الاخلال بقاعدة أن الملكية لا تنتقل في العقارات الا بتسجيل العقد .

٥ - قصد المشرع من النظام المستحدث أن تتحدد الملكية العقارية وتستقر توطئة لتطبيق نظام السجل العيني . ويجب أن يكون تفسير القانون وتطبيقه بما يحقق هذا الهدف . ولا شك أن اهدار أثر التسجيل بسبب التواطؤ لا يتجاوز مع هدف المشرع في الاستقرار . واذا أمكن اعتبار

التواطؤ عملاً غير مشروع ، فهنا ينبغي القول باستحالة التعويض العيني (وهو اهدار أثر التسجيل) والاكتفاء فقط بالتعويض النقدي .

٦ - أما الاحتجاج بأن الغش يفسد كل شيء ، فهذا المبدأ لم ينص عليه القانون الوضعي . وغاية الأمر أنه يعتبر من مبادئ القانون الطبيعي فلا يصح أن يلجأ إليه الا عند وجود نقص أو غموض في التشريع . والأمر ليس كذلك في الصورة المتنازع عليها . لأن المشرع قصد اغفال الإشارة الى أى أثر للتدليس في المادة الأولى الخاصة بالعقود المنشئة ، بينما عمد الى ذكره في المادة الثانية الخاصة بالعقود المقررة . وهذا يقطع بقصد المشرع في اطلاق قاعدة التفضيل بين المشتريين على أساس الأسبقية في التسجيل بغض النظر عن تواطؤ المشتري الثاني . وغنى عن البيان أنه لا يجوز الأخذ بمبدأ من مبادئ القانون الطبيعي اذا كان يخالف قصد الشارع (١) .

وقد انتصرت محكمة النقض لهذا الاتجاه فقضت في حكم شهير بأنه « اذا لم يحصل التسجيل فان الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف اليه ولا يكون للمتصرف اليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أى حق فيها . وفي تلك الفترة اذا تصرف المتصرف لشخص آخر فانه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً ، فاذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الأول فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، ولو حتى كان المتصرف والمتصرف اليه الثاني سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة » (٢) .

(١) أنظر في تفصيل هذه الحجج والرد على المذهب السابق ، سليمان مرقس ، موجز البيع والايجار فقرة ٢١٠ ص ٢٧٨ وما بعدها .

(٢) نقض مدني في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، المحاماة ١٦ ، ص ٥٧٠ . وعززت محكمة النقض هذا الاتجاه في أحكامها الحديثة في القضايا التي ظلت محكمة بقانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ . أنظر نقض مدني ٣ فبراير ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفني ٦ ، ص ٥٨١ - أول ديسمبر =

## المشكلة في ظل قانون الشهر العقاري :

تبين لنا مما تقدم أن قانون التسجيل أغفل شرط حسن النية في المادة الأولى التي خصصها لتسجيل التصرفات المنشئة . ولكنه نص على وجوب انتفاء التدليس للاحتجاج بالتسجيل في المادة الثانية ، وهي التي تناولت شهر التصرفات والأحكام المقررة .

وجاء قانون الشهر العقاري خاليا من أية إشارة لشرط حسن النية أو أثر الغش على التسجيل ، سواء في المادة التاسعة التي تعالج شهر التصرفات المنشئة أو الناقلة ، أو المادة العاشرة التي تحكم شهر التصرفات المقررة . وفسرت المذكرة الايضاحية للقانون هذا المسلك بأنه « في صدد التدليس لم ير محلا للنص عليه لا بالنسبة للتصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة للتصرفات المنشئة لهذه الحقوق اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن » . وبالرجوع لأعمال اللجنة التي قامت باعداد قانون تنظيم الشهر العقاري ، نلمس تفرق كلمة الأعضاء الى اتجاهين . كان الاتجاه الأول يرى تطبيق المبادئ العامة التي تشير بأن التدليس يفسد كل شيء . بينما يدافع الاتجاه الثاني عن قضاء محكمة النقض السابق ، والذي يرى أن التدليس لا يؤثر على سلامة تسجيل المحررات المنشئة للحقوق العينية الأصلية ، مع توصية بتعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات المنشئة والمقررة للحقوق على حد سواء .

ويستفاد أيضا من أعمال اللجنة أن ما استقرت عليه محكمة النقض في قضائها السابق إنما يستند الى أن قانون التسجيل القديم كان يتضمن النص

= سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ص ١٥٣٦ ، وقد جاء في هذا الحكم « جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقا لقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ اذا لم يتم تسجيل العتود التي من شأنها انشاء حق الملكية أو حق عيني عقارى آخر فان الملكية تظل على ذمة المتصرف . فاذا هو تصرف فيها لشخص آخر يادر الى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل . ولا محل للتحدى بسبق علم المتصرف اليه الأخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر عن ذات العقار أو سوء نيته أو تواطئه مع البائع على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة ما دام أن المناط في نقل الملكية هو التسجيل بمفرده » .

على اشتراط عدم التدليس في التصرفات المقررة ، بينما لم يرد فيه نص مماثل بالنسبة للتصرفات المنشئة . ومن ثم فان مسلك المحكمة بشأن هذه التصرفات المنشئة لا يعتبر بالضرورة تطبيقاً للقواعد العامة . وانما يحتمل أن يكون استنباطاً بمفهوم المخالفة من نص المادة الثانية من قانون التسجيل الخاصة بالتصرفات المقررة .

لهذه الاعتبارات المتقدمة انتهى رأى اللجنة الى حذف النص على اشتراط عدم التدليس في التصرفات المقررة . وبذلك ترك للقضاء الحرية الكاملة في « تطبيق القواعد العامة » كما تقول المذكرة الايضاحية ، وهي حرية لا تخضع لوجود نص ما مثل نص المادة الثانية القديمة . ولا تتأثر باستنباط من المفهوم المخالف لهذه المادة (١) .

على هذا النحو نستطيع أن نستخلص نية أكيدة من روح التشريع الجديد في عدم التعرض للغش وأثره على التسجيل سواء على سبيل الانكار أو التأييد . فاللجنة التي أعدت القانون كان بوسعها أن تستهدى بقضاء محكمة النقض فتضع نصاً يغلُق بصياغته باب الاجتهاد في أثر الغش ، ويرتب أثر التسجيل أياً ما كانت نية المشتري وعلمه بسبق التصرف في العقار أو تواطئه مع البائع . كما كانت تستطيع اللجنة ان هي أرادت الانحياز لنظرية العلم أو التواطؤ ، أن تضع حكماً عاماً يصدق على التصرفات المنشئة والمقررة ، وينكر أثر التسجيل المشوب بسوء النية أو في القليل بالتواطؤ . لم تنتهج اللجنة هذا المسلك أو ذلك . ولكنها أثرت الصمت ، اكتفاء « بتطبيق القواعد العامة » ، التي لم تفصح عن أصولها . وبذلك عهدت مرة أخرى للفقه والقضاء مهمة تحديد هذه القواعد العامة وبيان أصولها . وهنا كانت الفرقة بين مذاهب متعددة أحدها يقنع بمجرد العلم ، والآخر يقتضى التواطؤ ، والأخير ينكر على العلم والتواطؤ أى أثر على دلالة التسجيل .

(١) أنظر محمود شوق «الشهر العقارى علماً وعملاً» ص ٣١٢ . منصور مصطفي منصور ،

ص ٢٢١ - سليمان مرقس « الموجز في البيع والايجار » فقرة ٢١١ ص ٢٨٢

وفيما يلي نرسم صورة كاملة لهذه المذاهب المتعارضة . وعلى ضوء البصر بها ننتصر للرأى الذى يبدو لنا صائبا ، ونضعه بجوار محاولة لوضع نظرية عامة فى الغش ، توطئة لبحثها على نحو أكثر تفصيلا فى بحوث مقبلة .

## (أولا) مذهب العلم :

يتميز هذا المذهب باستجابة مطلقة للقاعدة الخلقية . فهو يرى فى مجرد علم المشتري الثانى بسبق بيع العقار سببا كافيا لتوافر سوء النية ، وبالتالي لفساد التسجيل وعدم جواز الاحتجاج به على المشتري الأول . فالأساس الخلقى اذن لمذهب العلم هو أن كسب الحقوق مبناه أصلا حسن النية ، وأن هذه النية الحسنة تتخلف لدى المشتري الثانى اذا تعامل مع البائع على عقار وهو يعلم سبق التصرف فيه الى مشتري أول . ولكن كيف السبيل الى تعزيز هذا الأساس بسند من القانون ازاء صمت المشرع فى قانون الشهر الجديد . هنا تتعدد الأدوات القانونية ، عند أصحاب هذا المذهب ، للوصول الى الغاية التى يسعون اليها :

١ - يقول اتجاه أول بجواز استخدام الدعوى البوليصية كأداة قانونية نصل بها الى عدم نفاذ البيع الثانى فى مواجهة المشتري الأول . وحينئذ تلزم العودة للمحاولة الفرنسية القديمة التى تخصص معنى الاعسار فى الدعوى البوليصية . فالاعسار لا يشترط فيه أن يكون عاما بمعنى زيادة ديون المدين عن أمواله ، وانما قد يكون خاصا متركزا فى عجز المدين عن أداء التزام تعلق بعين معينة بالذات . وما دام الدائن (وهو المشتري الأول) لا يستطيع أن يصل الى العين التى تركز حقه فيها ، اعتبر المدين (وهو البائع) فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية ، حتى ولو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى العين المبيعة ، فيتمكن بذلك من ردها الى ملك المدين بالنسبة الى حقه وينفذ بهذا الحق عليها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر السهورى ، الوسيط الجزء الثانى ، ص ١٠٣٠ وهامش ٤ . ويشير أستاذنا فى هذا الصدد الى أنه « اذا فرض جدلا عدم امكان تخريب مثل هذه الحالة على حكم الدعوى ==

وأيا ما كان الأمر في سلامة هدف هذا الجهد ، فإن التسليم به غير جائز  
إزاء عصيان أحكام الدعوى البوليصية عن تلبية حاجته . فالاعسار المقصود  
صراحة بنصوص القانون هو وحده الاعسار العام الذي تتجاوز فيه ديون  
المدين أمواله . أما العجز الخاص عن تنفيذ الالتزام عينا بشأن مال معين  
بالذات ، فيترتب عليه اقتصار حق الدائن على المطالبة بالتعويض ،  
وهو التنفيذ بمقابل الذي يقنع به الدائن عادة حينما يستحيل تنفيذ الالتزام عينا .

وفضلا عن ذلك فإذا سلمنا جدلا بجواز تخصيص معنى الاعسار ،  
وتمكين المشتري الأول من إعادة العين إلى ملك البائع والتنفيذ عليها بحقه ،  
فهنا لا ينبغي اغفال حكم آخر من أسس الدعوى البوليصية في التقنين المدني ،  
وهو أن الثمرة التي يجنيها الدائن من عدم نفاذ التصرف إنما ثمرة جماعية  
يشاركه فيها جميع الدائنين على السواء . ومن هنا لا يجوز القول بأن عودة  
العين لملك البائع تكفل للمشتري الأول أفضلية يتميز بها عن أى دائن آخر .  
فهو لا يتمتع بأى حق عيني على العقار قبل تسجيل عقد البيع .

٢ - ويذهب اتجاه آخر ، في سبيل الاكتفاء بمجرد العلم لاهدار أثر  
التسجيل ، إلى أن العقد ينشئ مركزا قانونيا لصالح المشتري الأول ،  
يلتزم باحترامه الغير بصفة عامة والخلف الخاص وهو المشتري الثاني بصفة  
خاصة . وأساس هذا الرأي أن المضمون الحقيقي لقاعدة قصور أثر التصرف  
على أطرافه ، هو أنه لا يترتب عليه كقاعدة عامة حق لصالح الغير ،  
كما لا يجوز أيضا أن يقيد ذمة الغير بأى التزام . إلى هنا يتحدد مفهوم الأثر  
النسبي للعقد . إنما ذلك لا يمنع من الاعتراف بكيان العقد المادى ووجوده  
في مواجهة الكافة ، ووجوب احترامه من جانب الغير . ومن باب أولى  
يلتزم الخلف الخاص باحترام تعهدات السلف . وعلى هذا النحو إذا أقدم

---

== البوليصية ، فإنه من الممكن الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم وهي القاعدة  
التي تقضى بأن العن يشترط العقد . وما الدعوى البوليصية ذاتها إلا تطبيق هذه القاعدة العامة .  
ونحن نفضل هذا التأصيل بدلا من الاستناد إلى أدوات قانونية تسعصع على إدراك الغاية منها ،  
وتصطدم بعقبات فنية .

المشترى الثانى على التعاقد مع البائع بشأن عقار سبق له التصرف فيه بعقد سابق ، فان المشترى الثانى يعتبر محلاً بهذا العقد الأول الذى يلتزم باحترامه هو والبائع على حد سواء .

ويستند صاحب هذا الرأى الى نص المادة ١٤٦ من التقنين المدنى التى تقضى بأنه اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه .

على ضوء ما تقضى به هذه المادة أراد هذا الاتجاه تخريج الحل الذى يحدد مركز المشترى الثانى لعقار سبق للبائع التصرف فيه . فهو يرى أن المشترى الثانى يتقيد بالتزامات السلف ، وفى طليعتها بصفة خاصة التزامه بعدم التصرف فى العقار لتمكين المشترى الأول من ملكيته . وعلى هذا النحو يمكن القول بعدم نفاذ تصرف البائع ، الذى انعقد مناقضاً لالتزام سابق .

ولكن حماية حسن النية والرغبة فى استقرار التعامل تقضى بعدم سؤال المشترى الثانى ، وبالتالى اطلاق أثر التسجيل اذا لم يكن عالماً بسبق التصرف فى العقار . أو بعبارة أخرى لم ينسب اليه الخطأ فى تلقى ملكية العقار ، وهو التصوير الذى يرسمه صاحب هذا الرأى لفكرة حسن النية (١) .

يبين من هذا الاتجاه أنه لا يعتمد على فكرة الغش ، بل هو يستغنى عنها وينفى شبهة اثارها (٢) . وانما يستند الى قاعدة قانونية منصوص عليها لتأصيل حكم يرى وجوب اتباعه . وهذه المثابة ينحاز هذا الفقه الى حظيرة

(١) أنظر جمال زكى « حسن النية فى كسب الحقوق فى القانون الخاص » رسالة الى كلية حقوق باريس مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٢ ، فقرة ١٠٠ ص ١٥٧ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ١٦٨ ، ص ١٧٣ ، فقرة ٢٣٤ ص ٣٢٩ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ٣٣٨

(٢) المرجع السابق ص ٥١ ، ٩٨

(٣) المرجع السابق ص ١٦٢ فقرة ١٠٣



المحاولات التي تتخرج من الابتداع ، فتعتمد بقاعدة يأخذ بها المشرع ، وذلك لتبرير حلول جديدة تملأها الجهات العامة أو قواعد العدالة والأخلاق .

ونخشى من هذا التصوير ما يتأدى إليه من شبهة الخلط بين مختلف النظم القانونية ، ازاء حرصه البالغ على رفض التسليم بفكرة الغش لغموضها وتختلف سندها القانوني (!) ، واصراره على عدم تجاوز النصوص ، ووجوب انزاع الحل من قاعدة تشريعية . ومن هنا تظهر عدم كفاية النتائج التي يتطلع الى ادراكها .

فهو ينفذ الى المشكلة من زاوية معينة ، دون أن يسد ثغرة أخرى هي عصب المشكلة وحجر الزاوية فيها . اذ مهما قيل بأن الخلف الخاص ملازم بتعهدات سلفه ، فان ثمة قاعدة أخرى يجب أن تلقى على بساط البحث للبت في أمرها ، وهي حزم المشرع في جعل التفاضل بين المشتريين في عقار واحد وفقا للأسبقية في التسجيل . هذه القاعدة ، كما يبدو ، وردت طليقة من أي قيد أو استثناء . فهل يجوز الخروج عليها في خصوص ما وردت بشأنه ، اعتمادا على نص عام يرسم النظرية العامة لتأثير الخلف الخاص بتعهدات السلف ؟ . وبعد فان معالم المشكلة هي تعدد التصرفات القانونية بشأن عقار معين ، ووجه التساؤل هو مدى جواز الخروج عن الأفضلية القانونية المقررة بالتسجيل ، اذا تسرب الغش الى التصرف المسجل .

والمسلم به أن الملكية لا تنتقل الا بمراجعة أحكام الشهر . وبذلك يتمثل حق المشتري الأول في التزام شخصي في ذمة البائع . الأصل فيه هو التنفيذ العيني ان أمكن ، والتنفيذ بمقابل أو التعويض ان تعذر الأول .

والمفروض ، بحسب ما تشير به قواعد الشهر ، هو اطلاق تعبير التسجيل وتفضيل من سبق به . وحينئذ ، ونظرا لتعذر التنفيذ العيني ،

(١) المرجع السابق ، فقرة ٨١ ص ١٣٤

يتحلل حق المشتري الأول الى المطالبة بالتعويض . ومنتهى ما يمكن الوصول اليه هو الزام البائع والمشتري الثاني بهذا التعويض على حد سواء .

ولئن جاز القول باحتمال أن يكون التعويض عينيا ، أى اهدار أثر التسجيل وتمليك المشتري الأول للعقار ، فان الذى لا شك فيه أن الخيار بين التعويض العيني والنقدي ، هو مجرد رخصة تترك للقاضي بحرية مطلقة .

ويحاول هذا الاتجاه أن يتجنب فكرة التعويض اطلاقا ، على أساس تقرير جزاء عدم نفاذ التصرف الثانى فى مواجهة المشتري الأول . فالأمر اذن لا يتعلق بتعويض المشتري الأول ، وإنما يتحدد بعدم نفاذ البيع الثانى ، لأن البائع كان ملزما بعدم التصرف ، وخلفه الخاص وهو المشتري الثانى يتلقى عنه هذا الالتزام (١) .

وهنا يبدو لنا مرة أخرى أن مثل هذا التخريج ينقصه مواجهة أصل المشكلة . اذ لازلنا أمام تساؤل بغير جواب ، عن علة إهدار أثر التسجيل ، رغم صراحة المشرع فى حسم النزاع وتقرير المفاضلة بين المشتريين على أساس الأسبقية فى التسجيل .

ان أقصى ما يمكن الوصول اليه على النحو المتقدم ، هو أن المشتري الثانى يتلقى من البائع التزاما بنقل الملكية . ولكنه التزام قاصر ، يعوق تنفيذه عينا سبق التسجيل ، ويقتصر حينئذ على التنفيذ بمقابل أو التعويض . وهكذا تظل المشكلة قائمة لتحديد الوسيلة التى يمكن بها اهدار أثر التسجيل .

مما تقدم نخلص الى أن هذه المحاولة ، رغم جهدها المشكور وسلامة غايتها ، تثير شبهة الخلط بين مختلف النظم القانونية . فهى تعتمد على النظرية العامة فى تأثر الخلف الخاص بتعهدات السلف ، ولكنها تغفل أحكام الشهر فى خصوص ما ورد بشأنه . وبالتالي لا تحدد العلة من جواز الخروج عليها .

(١) جمال زكى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤

على أن هذه المحاولة لم تقنع فقط بالتأصيل المتقدم ، وإنما اعتمدت أيضا على نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهو ما سنشير اليه فيما يلى .

٣ - أخيرا يعتمد فريق من أنصار مذهب العلم على نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، لتبرير جواز الاخلال بقاعدة التفضيل على أساس الأسبقية فى التسجيل ، بالنسبة للمشتري الثانى سىء النية .

وخلاصة هذا الاتجاه أن « التسجيل وان كان لازما لنقل الملكية حتى بالنسبة للمتعاقدين ، الا أنها لا تنتقل بناء على التسجيل وحده بل بناء على العقد المسجل ، والعقد يجب أن يتوافر فيه وفقا للمبادئ العامة حسن النية . ولم يرد فى نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ما يوحى بخروج المشرع على هذه المبادئ ، بل بالعكس جاء فيها ما يؤيد حرصه عليها . والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ من أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن النية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما . ومن الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة دعوى صحة التعاقد ، وهى التى يرفعها المشتري بعقد غير مسجل على البائع - اذا كان عدم التسجيل راجعا الى تقصير هذا الأخير - للحصول على حكم بحصول البيع وثبوته . والتأشير بالحكم الصادر فى هذه الدعوى فى هامش تسجيل صحيفتها لا يضر بالغير الذى كسب حقه قبل هذا التسجيل ، بشرط أن يكون هذا الغير حسن النية ، وعلى هذا نصت صراحة الفقرة الأخيرة من المادة السابعة عشرة . فاذا كان هذا الغير كالمشتري الثانى الذى حصل له التصرف قبل تسجيل دعوى صحة التعاقد سىء النية ، نفذ فى مواجهته حق المشتري الأول المقرر بالحكم الصادر فى هذه الدعوى . ولا يشترط لاعتبار المشتري الثانى سىء النية أن يكون مدلسا متواطئا مع البائع للاضرار بحق المشتري الأول . بل يكفي أن يكون عالما بالتصرف الأول ، لأن العلم البسيط

هو المعيار الذى يتفق وطبيعة جميع الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة . كدعاوى البطلان والفسخ وغيرها . ولا يمكن أن يتغير هذا المعيار من دعوى الى أخرى ، فيكتفى بالنسبة لدعوى الفسخ مثلا بمجرد علم الغير بالسبب الذى تستند اليه الدعوى كعدم دفع الثمن ، ويشترط بالنسبة لدعوى صحة التعاقد التواطؤ مع البائع . لأنه لا يعقل أن يأخذ المشرع بمعيارين مختلفين في موضوع واحد“ (١) .

يبين من الرأى المتقدم أنه لا يعتد بسبق التسجيل الا اذا كان المشتري حسن النية . أما اذا كان سيء النية أى عالما بسبق التصرف فى العقار ، فانه لا يستطيع الاحتجاج بالتسجيل حتى ولو لم يكن متواطئا مع البائع .

وقد لاقى هذا الرأى اعتراض كثرة الشراح (٢) . فقال البعض ان المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى لا يمكن أن تنطبق على دعوى صحة التعاقد ، وأنها لا تنطبق الا على دعاوى الطعن فى وجود التصرف أو صحته أو نفاذه . والقول بغير ذلك يهدم المبدأ العام المقرر فى المادة التاسعة ، ويعود بنا الى الوراثة الى عهد المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى القديم (٣) .

وقيل أيضا فى التدليل على عدم كفاية العلم أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية ، وعلى ذلك فالمشتري الثانى ولو علم بسبق التصرف فهو يعلم أنه يتعامل مع مالك حقيقى ولذا لا يصح اعتباره قانونا سيء النية . كما أن المشتري بعقد غير مسجل يعتبر دائئا عاديا للبائع ولا يوجد ما يمنع المدين وهو البائع من عقد ديون جديدة ، ولا يعترض على الدائن الجديد بعلمه بسبق تحمل المدين بديون أخرى . فالقاعدة هى تساوى الدائنين

---

(١) أنور سلطان ، ص ٢٢٩ . وفى معنى الاستناد الى المادة ١٧ ، أنظر أيضا جمال زكى ؛ المرجع السابق ، ص ٣٤٠

(٢) أنظر البدراوى ، فقرة ٢٠٣ ص ٣٤٠ - عبد الفتاح عبد الباقى ، محاضرات فى العقود المسماة ، ص ١٦٨ فقرة ١٠٥ - سليمان مرقس ، موجز البيع والإيجار ، ص ٢٨٤

(٣) البدراوى ، المرجع السابق ، نفس الاشارة .

العادين ، فكان مركز المشتري الأول مساو لمركز المشتري الثاني ، فاذا سبق الثاني بالتسجيل فهو الذي يفضل . ومما يدل على عدم كفاية العلم ، عند أصحاب هذا النظر ، أن المشرع في بعض الحالات الخاصة يقرر صراحة وجوب انتفاء العلم حتى يستطيع من سبق في الشهر أن يستفيد من أسبقيته ، وذلك كما فعل في المادة ١٠٨٥ بالنسبة لمن أخذ حق اختصاص . ومؤدى ذلك عن طريق مفهوم المخالفة أن توافر هذا العلم لا يحول دون التسك بتلك الأسبقية كقاعدة عامة .

أما عن الحجة المستمدة من المادة ١٧ شهر عقارى ، فان حسن النية المشار اليه في هذا النص يقتصر فقط على الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف وجودا وصحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ . ولا يتصور أن يكون المشرع قد قصد أيضا دعوى صحة التعاقد . ويؤيد هذا أن المادة ١٧ كانت تتضمن فقرة تحدد معنى حسن النية بقولها : « ويعتبر الغير حسن النية اذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى » . ثم حذفت هذه العبارة من النص . ويبدو أن هذا الحذف قصد به ترك الأمر للقضاء لكي يبين المقصود من حسن النية وفق ما تقتضيه ظروف كل دعوى . فيكون المقصود بالنسبة لدعاوى البطلان والفسخ هو عدم العلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى ، وبالنسبة لدعوى صحة التعاقد هو عدم الغش (١) .

ويلتقى فريق المعارضين للحجة المستمدة من المادة ١٧ عند القول بأن الاعتماد بمجرد العلم يتنافى مع الاستقرار اللازم للملكية العقارية ، وهو الاستقرار الذى أراد المشرع توفيره باصدار قانون الشهر . اذ المفروض أن هذا القانون صدر كخطوة فى سبيل ادخال نظام السجلات العينية .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، نفس الاشارة . أنظر أيضا سليمان مرقس

عقد الايجار سنة ١٩٥٤ ، هامش ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

وقد استجابت محكمة النقض في أحدث أحكامها لهذا الرأي فقضت بأن «الغير سيء النية في معنى المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة (١)» .

هذه هي خلاصة رأى الفريق الثالث من مذهب العلم ، وخلاصة الاعتراضات التي وجهت إليه . ويظهر من نقاش الشراح أن جانباً منهم يقنع بمجرد علم المشتري الثاني بسبق التصرف لاهدار أثر التسجيل ، استناداً إلى نص المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري . بينما نجد الكثيرة تنكر على العلم أي أثر على سلامة التسجيل ، وتأتي على نص المادة ١٧ الانطباق على دعوى صحة التعاقد .

وأياً ما كان الأمر في تقدير هذا الرأي أو ذلك ، فالذي يبدو لنا هو صراحة نية المشرع في عدم اتخاذ موقف معين . إذ يتضح من المذكرة الايضاحية للقانون ومن مناقشات اللجنة التي وضعت أن الرأي استقر على عدم الفصل في هذه المشكلة ، وتركها لما سموه «بالقواعد العامة» . هكذا تجنب المشرع وضع حل حاسم ، وآثر أن يجعل الحل خارجاً عن دائرة النصوص (٢) .

ومن هنا نرى أن الاعتماد على نصوص القانون وحده في تبرير مذهب العلم قد لا يكون مأمون العاقبة . وليس أدل على ذلك من اصرار محكمة النقض في أحدث قضاياها على تفسير نص المادة ١٧ تفسيراً يضيق بها عن حكم دعوى صحة التعاقد . وفي هذا الشأن تقول المحكمة « فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون (قانون تنظيم الشهر العقاري) لا يصح اهدار

(١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني ، السنة الخامسة رقم ١٢٨ ص ٨٥٦

(٢) أنظر منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٦

أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا الى المادة ١٧ فقرة ثانية من القانون المذكور»<sup>(١)</sup>. على هذا النحو نؤثر الابتعاد عن دائرة النصوص ، ومحاولة حل المشكلة على ضوء ما توحى به المبادئ العامة كما تبدو لنا . وهو ما سنتفرغ له بعد استعراض ما تبقى من مذاهب الفقه .

(١) نقض مدني ١٣ مايو ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة الخامسة رقم ١٢٨ ص ٥٨٦

أنظر أيضا سليمان مرقس في شرح عقد الإيجار هامش ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، وموجز البيع والإيجار فقرة ٢١٥ . وهو يرى أن اشتراط المادة ١٧ حسن نية الغير متصور على الأحكام التي تصدر في دعاوى الطعن على تصرفات مسجلة والتي يترتب عليها وفقا للقواعد العامة فسخ أو بطلان أو الغاء تلك التصرفات بأثر رجعي ، لا من وقت رفع هذه الدعاوى أو تسجيلها أو التأشير بها فحسب ، بل من وقت حصول التصرفات المطعون فيها . وبذلك فإن اشتراط حسن النية لم يقصد به كما يتبادر الى الذهن تقرير أثر استثنائي لهذه الأحكام . بل بالعكس قصد به الحد من أثرها الرجعي الطبيعي بالنسبة للغير الذي كسب حقا قبل التأشير بتلك الدعاوى أو تسجيلها . وكان طبيعيا أن يشترط المشرع لتعطيل هذا الأثر الرجعي لمصلحة ذلك الغير أن يكون الأخير حسن النية حتى يكون جديرا بهذه الرعاية الاستثنائية . وبذلك يكون حسن النية ليس مشروطا لصحة التسجيل بوجه عام ، بل مشروطا فقط للحد من الأثر الرجعي للفسخ أو البطلان وما شابههما .

كما أن تطبيق نص المادة ١٧ على دعاوى صحة التعاقد يفترض أن المشتري الثاني سجل عقده قبل المشتري الأول ، وأن الأخير رفع بعد التسجيل دعوى صحة التعاقد ونفاذه وحصل على حكم بذلك ، وأنه يتمسك بهذا الحكم ضد المشتري الذي سجل عقده قبل رفع الدعوى مجرد ثبوت سوء نية هذا المشتري . وهذا الفرض لا محل له لاستحالة تحققه قانونا . ذلك أن دعوى صحة التعاقد ونفاذه يراد بها الحصول على تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذا عينيا جبريا . والتنفيذ العيني لا يجوز الحكم به الا اذا كان لا يزال ممكنا . والفرض في هذه الصورة أن تسجيل عقد المشتري الثاني قد نقل اليه ملكية العقار وجرى البائع منها ، فصار الوفاء العيني بالتزام البائع نحو المشتري الأول غير ممكن . ومن ثم يمتنع الحكم في دعوى صحة التعاقد ونفاذه بالتنفيذ العيني الجبري . ويتعين أن يقتصر الحكم فيها على اثبات التعاقد واثبات الاخلال به ، والحكم بالتنفيذ بمقابل أو بالتعويض . فلا يكون ثمة محل لأن يتمسك المشتري الأول بحكم يصدر له في دعوى صحة التعاقد ضد المشتري الثاني الذي سبق الى تسجيل عقده ولو كان هذا المشتري الثاني سيء النية .

ويلاحظ على هذه الحجة الأخيرة أنها بمثابة مصادرة على المطلوب . فالقول بعدم امكان التنفيذ العيني لا يستقيم الا بالتسليم بسلامة تسجيل البيع الثاني وانتقال الملكية للمشتري فعلا . مع أن البحث كله يدور حول سلامة هذا التسجيل وانتقال الملكية للمشتري فعلا . ومن ثم فليس هناك ما يمنع قانونا من أن يرفع المشتري الأول دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، ويطلب من المحكمة اهدار أثر التسجيل الذي أجراه المشتري الثاني توطئة لرد الأمور الى نصابها والحكم بصحة العقد الأول =

## مذهب التواطؤ :

يطاوع هذا المذهب القاعدة الخلقية دون أن يخضع لها خضوعا مطلقا . فهو ينكر على مجرد العلم أثره على فساد التسجيل . ويقتضى لترتيب هذا الأثر توافر الغش الذى يتمثل فى تواطؤ بين البائع والمشتري الثانى للاضرار بالمشتري الأول وتفويت الصفقة عليه (١) . ويستهدى هذا المذهب بأن المشرع ترك فض هذه المشكلة لحكم القواعد العامة . هذه القواعد العامة تؤدى الى أن التواطؤ يحول دون التمسك بالأسبقية فى التسجيل . اذ توجد هناك قاعدة أساسية من قواعد قانوننا مؤداها أن الغش يفسد كل شىء . ثم ان تواطؤ المشتري الثانى مع البائع على الاضرار بحق المشتري الأول وتضييع الصفقة عليه يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع يوجب الزام فاعله بتعويض الضرر . وخير طريق لاصلاح الضرر الواقع على المشتري الأول هو عدم سريان البيع الثانى فى مواجهته (٢) .

واننا نسلم مع هذا المذهب بالامتنال لمبدأ عام يقضى بأن الغش يفسد كل أمر . وهو الذى سنغنى بتأصيله وبيان أركانه فيما بعد . ولكننا لا نطاوعه فى الاحتماء بقواعد المسئولية التقصيرية ، لتأصيل الحكم الذى يرى الأخذ به . وقد سبق لنا فى دراسة مسلك الفقه الفرنسى ، بيان وجه القصور فى حصر الغش فى دائرة العمل غير المشروع . وذكرنا أن أساس هذه المحاولة

== ونفاذه . على أننا بسطنا هذا الرأى المتقدم لنستدل منه على مخاطر الاستناد الى نص م ١٧ فى تبرير مذهب العلم .

أنظر أيضا اسماعيل غانم مذكرات فى العقود المسماة (عقد البيع) سنة ١٩٥٨ ص ١٤١ . وهو يرى أن اشتراط حسن النية للاحتجاج بالتسجيل هو استنتاج بمفهوم المخالفة من نص المادة ١٧ شهر عقارى . وهذا الاستنتاج ليس ملزما ، اذ هو يتعارض مع الغرض المقصود من قانون الشهر العقارى ، وهو العمل على استقرار الملكية العقارية . هذا الاعتبار الأساسى ، وهو اعتبار لا يستمد من نص المادة ١٧ ذاته وإنما يقوم على كافة نصوص قانون الشهر العقارى ، يقتضى رفض الاستنتاج بمفهوم المخالفة من المادة ١٧/٢ فيما يتعلق بدعوى صحة التعاقد .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٧٢

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣



هو الحرج من الابتداع ، والحرص على تأصيل الحلول الجديدة تأسيساً على قواعد مستقرة نص عليها القانون . ولكن يلاحظ في هذا الشأن أن اطلاق تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية يقتضى نسبة الخطأ الى المشتري الثانى لجرد اقباله على شراء العقار وهو عالم بسبق التصرف فيه لمشتري أول . فهذا السلوك وحده يكشف عن سوء النية ، ويكفى لتوافر الخطأ التقصيرى الذى يلزم صاحبه بالتعويض عن الضرر المترتب عليه . فضلاً عن ذلك ، ومع التسليم جدلاً بأن الخطأ لا يتوافر الا بالتواطؤ ، فالمعروف أن تقدير التعويض وطريقته يترك للقضاء أمر الفصل فيه .

ومن هنا فقد يتأدى بنا هذا الرأى الى اغراء القضاء بعدم المساس بالتسجيل واطلاق أثره فى نقل الملكية ، والاكتفاء بتعويض نقدى يحكم به على البائع والمشتري الثانى ، فى حدود الضرر الذى أصاب المشتري الأول ، والذى يتمثل فى الخسارة التى لحقتة والكسب الذى فاتة . بينما الواقع أن جزاء الغش لا ينبغى أن يقتصر على ازالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض . بل يتمثل بصفة خاصة فى منع الضرر من أن يقع . وبهذه المثابة يكون لفكرة الغش كيان خاص يميزها عن الفعل غير المشروع .

لهذه الاعتبارات المتقدمة نؤثر اقضاء الغش عن دائرة المسؤولية التقصيرية ، والاستقلال بجزائه كعيب يعيب التصرف القانونى فيفسد آثاره .

### مذهب انكار العلم والتواطؤ :

ينتصر هذا المذهب لاستقرار المعاملات ، ولا يأنس لأثر القاعدة الخلقية . فلا يرضى الاستقصاء عن نية المشتري الثانى ، ويرتب أثر التسجيل كاملاً ولو ثبت علمه بالبيع السابق ، بل حتى ولو توافر التواطؤ المدبر بينه وبين البائع لحرمان المشتري الأول من الأثر الجوهري لعقده ، وهو التنفيذ العيني .

ويتميز هذا المذهب بأنه يؤمن بالتعير الجامل لسجلات الشهر .  
وبذلك ينزهها عن كل عيب ، ويأبى الشك فيها لمجرد أن التصرف المسجل  
اقترن بالغش أو كان مشوبا بالتواطؤ .

وقد تزعمت محكمة النقض مذهب الانكار في ظل قانون التسجيل القديم  
فقضت في حكم شهير بهذه العبارة الحاسمة « فاذا أدرك هذا الشخص الآخر  
(وهو المشتري الثاني) وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الأول  
فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق  
ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف اليه الثاني سبيء النية متواطئين  
كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة (١) .

وتابعت محكمة النقض سيرها في طريق الانكار . فقضت في أحدث  
أحكامها (٢) بنفي أثر العلم على سلامة السبق بالتسجيل . وتضمنت حيثيات  
الحكم ما يفيد عدم اكترائها بالتواطؤ أيضا . أما عن نفي أثر العلم بسبق  
التصرف فهي تقول ان « من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف  
في العقار تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سبيء النية ، لأنه يكون  
في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم  
وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده » .

وأما عن نفي أثر التواطؤ فهو يستفاد صمنا من استطرادها « فمن يتعامل  
مع بائع على أساس هذا القانون (قانون الشهر) لا يصح اهدار أثر سبق  
تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا الى المادة ١٧ / ٢ من القانون المشار  
اليه ، وانما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليسية  
متى توافرت شروطها » .

(١) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ص ٩٧٥ -  
أنظر ما تقدم عن وضع المشكلة في ظل قانون التسجيل .

(٢) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٨٥٦ - أنظر أيضا  
نفس المجموعة ، نقض مدني ٤ مارس ١٩٥٤ ، ص ٥٧٢

وواضح مما تقدم أن المحكمة أرادت أن تبين الوسائل القانونية التي يجوز للمشتري الأول الذي لم يسجل أن يستخدمها للطعن في العقد المسجل . واقتصرت المحكمة في سرد هذه الوسائل على دعوى الصورية والدعوى البوليسية ، دون أن تشير الى دعوى الغش أو الطعن بالتواطؤ . ومن ذلك يمكن الكشف عن اتجاه قضاء محكمة النقض في متابعة اتجاهها في عدم الاعتداد بالغش أو التواطؤ في ظل قانون الشهر العقاري (١) .

وقد اتخذت محكمة النقض موقفا صريحا وحاسما في الاصرار على انكار أثر التواطؤ . فقضت في آخر أحكامها بأن تواطؤ المشتري الثاني مع البائع لا يحول دون انتقال الملكية اليه (٢) . وتجاوب جانب من الفقه مع قضاء محكمة النقض ، فانحاز الى مذهب انكار العلم والتواطؤ (٣) .

والفكرة الأساسية التي تحكم مسلك هؤلاء الشراح ، هي أن الاتجاه الذي يسير نحوه المشرع المصري هو الأخذ بنظام السجلات العينية . ومن ثم فالاستقرار الواجب للملكية العقارية ، يقتضى الايمان المطلق بدلالة

(١) في هذا المعنى منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٣ ، ١٢٤

(٢) نقض مدني في ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني السنة التاسعة عدد ٢ ص ٣٣٠ . وقد جاء فيه « متى كان المشتري الثاني قد سجل عقد شرائه وطعن المشتري السابق الذي لم يسجل عقده بصدور العقد الثاني المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع في الرجوع عن البيع له تأسيسا على أن المشتري الثاني كان قد وقع كشاهد على عقده هو ، فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذي لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فان ذلك لا يعيب الحكم بالقصور ، ذلك لأن توقيع المشتري الثاني كشاهد على العقد الذي لم يسجل لا يعتبر اقرارا منه بانتقال ملكية المبيع الى من صدر له ذلك العقد . وان صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف الى الغير ، فانه لا يحول دون كسب ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذي يادر الى تسجيله فصح سندا لنقل الملكية اليه ، ولو كان في ذلك متواطئا مع البائع » . اطلعنا على هذا الحكم بعد تسليم أصول هذا المقال الى المطبعة ، ونأمل في أقرب فرصة مناسبة أن نعلق عليه .

(٣) أنظر سليمان مرقص ، موجز البيع والايجار ، ص ٢٨٩ - عيد المنعم البدر اوى ، ص ٣٤٠ - اسماعيل غانم ، ص ١٤٠ - منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٥ ، وهو يقرر « ويبدو لنا أن اتجاه محكمة النقض هو الذي سوف يستقر » . وتفيد هذه العبارة تحفظ الزميل في تأييد مطلق لقضاء محكمة النقض .

التسجيل في نقل الملكية ، والانكار المطلق لأى مطعن عليه بحجة أن ثم التزام سابق على عاتق البائع ، وأن التصرف المسجل تم بطريق التواطؤ بينه وبين المشتري الثانى .

هكذا نفرغ من استعراض المذاهب المختلفة فى الفقه والقضاء المصرى .  
وفىما يلى نواجه المشكلة فى عمومها على ضوء مبدأ يبدو لنا وجوب الأخذ به وهو أن الغش يفسد كل أمر . هذا المبدأ يعوق التسليم به عدم النص عليه ، ويشير الشك حوله ما يكتنف فكرة الغش من غموض .

## — ٢ —

تتجاوز فكرة الغش المشكلة الضيقة لتعاقب البيوع الواردة على عقار واحد ، لتطل بأثرها على كافة النظم القانونية بصفة عامة ، والتصرفات القانونية بصفة خاصة .

وقد مضت الاشارة الى أننا نتناول هذه الفكرة بالقدر الذى يلائم نطاق هذا البحث آمليين أن نعقب عليها فى بحوث مقبلة على نحو أكثر تفصيلا .

على أن هذه المشكلة التى نعالجها تكفل تهيئة الطريق الى رسم نظرية عامة للغش . وغايتنا من ذلك هو اقرار الأخذ بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر رغم عدم وجود نص يفرضه . ومن هنا تتحدد الصعوبة فى نطاق صور الغش التى لم يعالجها المشرع .

وسنعنى فى بادىء الأمر بتأصيل هذا المبدأ وتحديد قيمته القانونية بين مختلف المبادئ العامة التى تهيمن على القانون المدنى ، ويتفرع عنها القواعد القانونية التى تتناولها النصوص التشريعية .

وحينما نفرغ من هذا التأصيل ننتصر لتطبيقه على تسجيل بيع العقار التى سبق للبائع أن تصرف فيه .

ولعل هذا البحث يكشف عن أهمية هذا المبدأ واتساعه لتطبيقات كثيرة لوجوب مطاردة الغش رغم عدم وجود نص . وهي تطبيقات تستأهل في ذاتها بحثا مستقلة .

### القيمة القانونية لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر — تأصيل هذا المبدأ :

يتمثل في الغش هذا الصراع الدائم بين اعتبارين رئيسيين ، أحدهما مادي وهو أمن التعامل ، والثاني معنوي وهو انتصار القيم الخلقية . وأحيانا تستقر المعاملات على حساب الأخلاق ، وأحيانا أخرى تنتصر الأخلاق اهدارا لاستقرار المعاملات . ومهارة المشرع والفقهاء والقضاء هي الوقوف في منطقة التعادل التي لا تكون فيها الغلبة لاعتبار على آخر . فلا يجوز الاحتفال المطلق باعتبارات الاستقرار ، والا طغى الشكل على الجوهر ، وأصبحت الإرادة عاجزة عن صدق التعبير . ولا يصح الانتصار المطلق لدواعي الأخلاق ، والا فقد الشكل هيئته ، وأصبح الوضع الظاهر غير جدير بثقة الكافة . والحياة القانونية مسرح مفتوح تتعاقب فيه مشاهد هذا الصراع في تنوعه وتطوره .

وفي طليعة هذه المشاهد يلعب مبدأ الغش دورا فعالا بين ما يوحى به الشكل من مظاهر الصدق والسلامة ، وما يمكن في التصرف القانوني من عيوب وآفات .

ولا يكون الأمر عسيرا حينما ينص المشرع على أوجه العيب ويقرر الجزاء عليها . ولكن المشكلة تتعقد حيث يتخلف السند التشريعي ، فيفتح الباب لاجتهاد الفقهاء وجهد القضاء . وهنا ينكر بعض الشراح « أثر هذا المبدأ الخلقى الغامض » على المعاملات القانونية ، ما دامت نصوص التشريع لا تشير بالاعتداد به .

وفما يلي نعالج مبدأ أن « الغش يفسد كل أمر » فنبادر أولا باستطلاع رأي المنكرين للاعتداد به بغير نص . ثم نحدد بعد ذلك أساسه القانوني ، وهو ما نعنيه بتأصيل هذا المبدأ وبيان قيمته القانونية .

## الرأى المنكر للاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر :

يتركز هجوم بعض الشراح (١) على هذا المبدأ فى أنه غير منصوص عليه فهو لا يجد له سندا من التشريع . كما أنه مبدأ غامض مرتن ، وهو غموض يتمثل فى مضمونه ، ثم يعكس على جزاء تطبيقه . ومن هنا يرى هذا الفقه ، وهذه الحجة وثيقة الصلة بسابقتها ، ان التسليم بهذا المبدأ يفضى الى تحكم القاضى وتمكينه من سلطان لا يملكه . ويبدو لنا عدم كفاية هذه الحجج لهدم مبدأ استقر فى فقه القانون المدنى وقضائه :

(أولا) فأما عن تخلف السند التشريعى ، فيكفيينا فى هذا الصدد أن نستشهد بحكم لمحكمة النقض المصرية فى أحدث قضائها جاء فيه أن « قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجربها نص خاص فى القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى المعاقبات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » (٢) .

ولعله ليس من اليسير التوفيق فى اختيار صياغة أصدق تعبيراً من عبارات محكمة النقض للاستدلال على أصالة هذا المبدأ فى الفكر القانونى المعاصر . وفى هذا السبيل تستجيب محكمتنا العليا لما يراه الفقه الحديث ، من وجوب افساح مكان لأصول قانونية عريقة (٣) ، يجرى الاصطلاح على تسميتها بالمبادئ العامة (٤) principes generaux . ويقصد بها الموجهات العامة

(١) فى هذا المعنى فينرون « الغش فى نقل الحقوق » رسالة الى كلية حقوق باريس سنة ١٩٢٣ ص ٢٣٩ - ارمنجون « الغش نحو القانون فى القانون الدولى الخاص » - كلينى سنة ١٩٢٠ ص ٤١٨ وما بعدها . وقد اطلعنا على هذه الآراء فى رسالة فيدال السابق الاشارة اليها ص ٣٨١ وما بعدها - أنظر أيضا جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ فقرة ٨٠ وما بعدها .

(٢) نقض ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨

(٣) أنظر رواست ، مجموعة المحاضرات السابق الاشارة اليها ، ص ٤٤ وما بعدها .

(٤) راجع ريبير ، القاعدة الخلقية ، ص ٢٩١ - أنظر أيضا جان بولانجيه « المبادئ العامة فى القانون والقانون الوضعى » مقال منشور فى مجموعة الدراسات المهداة لجورج ريبير =

التي تناسب منها مجموعة الحلول الوضعية التي ترد في نصوص القانون (١) وهي بهذه المثابة تتميز باستقلال ذاتي يرتفع بها عن مرتبة القواعد القانونية بالمعنى المألوف regles juridiques . ومن هنا تعرض التفرقة الدقيقة بين ما يسمى بالمبدأ principe ، وما يسمى بالقاعدة regle .

وقد بذل الفقه الفرنسي جهدا مشكورا في تحديد معالم هذه التفرقة . ونقطة البداية في هذا الصدد هي اشتراك القاعدة والمبدأ في صفة العمومية مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة . فالعمومية في القاعدة القانونية تفيد تقريرها بالنسبة لقدر غير محدد من الأعمال والوقائع . ولكنها من ناحية معينة تتميز بنوع من الخصوص ، من حيث أنها لا تحكم الا وقائع وأعمال معينة . فهي تنقرر لحكم مراكز قانونية معلومة . أما المبدأ فيقصد بعموميته شموله لمجموعة لا حصر لها من التطبيقات . وهكذا يتكشف التنظيم القانوني عن تفاوت في مراتب التدرج بين المبادئ والقواعد القانونية (٢) .

وهذه المثابة تمثل المبادئ العامة الأصول الجوهرية للتنظيم القانوني القائم (٣) . أو كما يسميها الأستاذ جورج ريبير هي القواعد الكبرى التي تتولى المحافظة على النظام الأساسي (٤) . وقد كشفت دراسة القانون المقارن عن تلاقق النظم القانونية في مختلف البلاد عند التسليم بهذه المبادئ العامة التي تحكم تنظيم العلاقات الاجتماعية . ولم يقف أبدا تخلف السند

---

= ص ٥١ وما بعدها - وكذلك التقرير الذي تقدم به الى أعمال الأسبوع الدولي للقانون ، باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٥٠ بصفة خاصة ، وتقرير روبييه في أعمال هذا الأسبوع أيضا ، ص ١٧١ - مارتى ورينو ، الجزء الأول ، رقم ١٢٦ ص ٢١٨

(١) دليل فنتشيو « المبادئ العامة في القانون » مجموعة الدراسات في مصادر القانون التي نشرت تكريما للأستاذ جيني ، ص ٦٩ - بولانجييه ، المراجع السابقة ، وكذلك بحثه عن « دور القاضي في حالة صمت القانون أو عدم كفايته » مجموعة أعمال جمعية هنري كايبتان سنة ١٩٤٩ ص ٦٨

(٢) بولانجييه ، المقال المنشور في مجموعة الدراسات المهداة لجورج ريبير ص ٥٦

(٣) مارتى ورينو ، المرجع السابق .

(٤) القوة الخالقة للقانون ، ص ٣٤٥

التشريعي عقبه في سبيل اقرارها . على هذا النحو تبلورت عدة أصول سامية ، من بينها على سبيل المثال الأصل الذي يقضى بعدم جواز مباشرة الحق اضرارا بالغير ، أو عدم جواز اثناء الشخص على حساب الغير ، أو فساد العمل الذي تشوبه فكرة الغش .

ولئن كان المشرع يعنى في معظم الأحيان بوضع القواعد التي تحكم مراكر قانونية معينة ، ويغفل في أحيان كثيرة النص على المبادئ العامة ، فان واجب القاضي بمعونة الفقه ، هو الكشف عن هذه المبادئ وصياغتها . وبهذا الاحساس استطاعت محكمة النقض المصرية أن تقضى بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص .

(ثانيا) يسوق الفقه المنكر لمبدأ الغش حجته الثانية بوصف هذا المبدأ بالغموض والمرونة . غموض يشوب مضمونه ، وينعكس على جزائه . ويبدو لنا أن هذه الحجة لا يصح الوقوف عندها لهدم مبدأ عام على حظ كبير من الأهمية .

ولئن كانت هذه الحجة تتضمن جانبا من الصحة ، فالأولى هو عدم اغفال مبدأ الغش ، وتوجيه الجهد الى اجلاء الغموض عنه ، وبعث الصلابة في مرونته . وهنا يقع على الفقه والقضاء عبء هذه المسؤولية . وغنى عن البيان أن مثل هذا الجهد يجاوز القدر المحدود المخصص لدراسة صورة معينة من صور الغش . ونحن نأمل في دراسات مقبلة أن نعالج مضمون هذا المبدأ وجزائه على نحو مفصل .

وتنقع الآن برسم الخطوط العامة التي تحكم هذا المبدأ . وهنا تعرض لنا الملاحظات الآتية :

( ١ ) من حيث مضمون مبدأ الغش :

لا يعيننا في هذا الصدد أن نعالج صور الغش التي نص القانون على مضمونها وحدد الجزاء المترتب عليها . من ذلك مثلا غش المدين المعسر



أو المقبل على اعسار اذا أجرى تصرفا قانونيا مفقرا ، ومطاردة المشرع له بتزويد الدائن بدعوى نفاذ التصرف أو الدعوى البوليسية . ومن ذلك أيضا غش أحد المتعاقدين الذى يؤدي الى حمل المتعاقد الآخر على التعاقد ، والذى عبر عنه المشرع باصطلاح التدليس ، وأخضعه لجزاء قابلية التصرف القانونى للابطال . مثل هذه الصور وغيرها لا تثير صعوبة ، لأن المشرع كشف عن موقفه منها بأحكام وضعية مفصلة .

ولكن الصعوبة تعرض حيث يتضمن الغش تطاولا على القانون ، ويعمد فاعله الى التستر على مسلكه بالتحامى فى استخدام وسيلة ظاهرها مشروع . مثال ذلك بائع العقار الذى يفلت من قاعدة أمره هى وجوب تنفيذ الالتزام عينا ، عن طريق بيع العقار مرة أخرى والتيسير على المشتري الثانى فى تسجيل البيع قبل المشتري الأول .

ولئن كان الجزاء المفروض فى هذه الحالة هو تمكين الأخير من حق التعويض ، الا أن الأصل هو تطلعه الى تنفيذ العقد عينا ، أى حصوله على ملكية العقار . فى مثل هذه الصورة يترتب على الاعراض عن الغش ، افلات البائع من التنفيذ العينى بالتحامى وراء قاعدة قانونية أخرى هى سبق المشتري الثانى بالتسجيل . ومن هنا يبدو لنا ، على النحو الذى تفصله فيما بعد ، وجوب تفويت هذا الغرض اذا ثبت اشتراك المشتري الثانى فى الغش ، وذلك باهدار قاعدة الأسبقية فى التسجيل .

هكذا يتكشف لنا العنصر الأول من عناصر الغش ، وهو اتجاه الشخص الى الافلات من قاعدة سلوك أمره . وهو عنصر يستوعب كل صور الغش بصرف النظر عن التفرقة التقليدية بين ما يسمى بالغش نحو القانون والغش نحو الغير (١) .

---

(١) أنظر فى نقد هذه التفرقة ، فيدال ، المرجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها . وقد اعتمدنا بصفة أصلية آراء هذا المؤلف فيما نسوقه فى المين من اتجاهات . قارن رواست ، المرجع السابق ، ص ١١٨ وما بعدها .

ويتمثل العنصر الثاني في نية الغش ، وهي في الأصل تتوافر حينما يستخدم الشخص وسيلة قانونية معينة لاستبعاد قاعدة سلوك أمرة والافلات منها . هكذا تتوافر نية الغش لدى البائع حينما يعتمزم الافلات من تنفيذ عقد البيع الأول عينا ، ويستعين على تحقيق غايته بابرام بيع ثان والتيسير على المشتري الثاني في اجراءات التسجيل .

والأصل هو كفاية الغش الفردي لاهدار آثاره . فالمسلك الآم يتوافر لدى البائع بتكرار التصرف في عقار واحد . وبعبارة أخرى فاشترك الغير لا يعتبر أصلا شرطا لتحقيق الغش . وانما يكون القول بأن حسن نية الغير تكون بمثابة مناعة تعصم التصرف من جواز الطعن فيه (١) .

ومقتضى هذا القول هو أن اشترك الغير في الغش يتوافر بمجرد علمه بالمسلك الشائن للفاعل الأصلي ، وهو البائع في الصورة التي تعرض لنا . ولكن العلم المجرد ، ان صح توافره قد يغرى القضاء بعدم الاعتداد به ، على أساس التخرج من اهدار قواعد الشهر ، الا اذا ثبت تواطؤ المشتري الثاني مع البائع . وهذا هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسي فعلا على النحو السابق بيانه . ومهما يكن من الأمر فالأصل هو كفاية الغش المنفرد لمطاردته . ولكن حسن نية الغير تقف كمانع من تحقيق هذه المطاردة . أما متى يتخلف حسن النية ، فهنا يفتح للقضاء مجال التقدير . فتارة قد يقنع بمجرد العلم ، وتارة أخرى قد يشترط التواطؤ . ولعل صلابة موقف القضاء الفرنسي في اشتراط التواطؤ بالنسبة لنقل الحقوق الخاضعة للشهر ، قد روعى فيه ، كما سبق البيان ، كفالة أوفر قسط من الأمان للدلالة الحاسمة للشهر . ولكن هذه الدلالة تتداعى ، اذا كان التصرف الذي تم شهره اقترن بالغش والتواطؤ .

أخيرا يكتمل الغش بتوافر العنصر الثالث وهو استخدام وسيلة فعالة لتحقيق الغاية . وفي هذا العنصر يكمن خطر الغش . فالشخص الذي يتناول

(١) ريبير ، القاعدة الخلقية ، رقم ١٥٧

على القانون بوسيلة غير مشروعة ، تسهل محاسبته لأنه يعصى أمر المشرع صراحة . ولكن الأمر يبدق حينما يستخف الشخص بقواعد السلوك الآمرة ، ويجنب عن عصيانها ، فيلوذ بوسيلة قانونية مشروعة يستر بها مسلكه المذنب ، هذا مثلا هو شأن رهن العقار المرهون رهنا رسميا ، الذى يؤجر العقار بعقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويعقده بأجر بخس اضارا بحق الدائن . فهو فى هذه الحالة يستخدم وسيلة قانونية ظاهرها مشروع لأن العقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكنه يستبعد قاعدة سلوك آمرة ، وهى صيانة الضمان الخاص من كل اضعاف .

(ب) من حيث جزاء مبدأ الغش :

لما كان الغش يتضمن الافلات من قاعدة آمرة عن طريق استخدام وسيلة فعالة لادراك هذا الغرض ، فان الواجب هو تقدير الجزاء الملائم لتفويت هذا الغرض . ومن ثم فيمكن ايجاز الجزاء فى أنه اهدار الآثار المترتبة على استخدام هذه الوسيلة الفعالة . وعلى هذا النحو لا ينفذ فى حق أصحاب المصلحة النتيجة التى تطلع اليها مرتكب الغش ومن شاركه فيه . هكذا مثلا لا يكون تسجيل البيع الثانى نافذا فى مواجهة المشتري الأول . وبذلك تأخذ دعوى الغش صورة دعوى عدم النفاذ (١) .

هذه هى الصورة الموجزة التى يسمح لنا برسمها النطاق المحدد لبحثنا ، توطئة لرسم نظرية عامة فى الغش . ولكننا نقنع بهذه الصورة الآن لتأصيل الحل فى المشكلة التى نعرض لها .

(ثالثا) ولئن جاز التسليم بإمكان تحديد مضمون مبدأ الغش وتقرير جزائه على النحو المتقدم ، فهنا تتساقط الحجة الأخيرة للفقهاء المنكر لهذا المبدأ . اذ لا يكون ثمة مبرر للخشية من تحكم القاضى ، ما دامت معالم المبدأ محددة . وهو تحديد بطبيعته يقع على الفقهاء والقضاء مهمة القيام به .

(١) فيدال ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ وما بعدها .

## الأساس القانوني لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر :

يقر جمهور الشراح في فرنسا هذا المبدأ على أساس أنه جزء من القانون العرفي (١) droit coutumier . ولكن يلاحظ أن هذا التحديد لا يلقي الضوء الكافي على مكان هذا المبدأ بين مصادر القانون غير المكتوب .

فهل يمكن نسبة هذا المبدأ الى السلطة المنشئة للقضاء ؟ الواقع أن القضاء لا يملك في مصر خلق الأصول . وإنما هو يطبق القواعد القانونية المستقاة من المصادر ، طبقا لترتيب الذي جاء في نص المادة الأولى من التقنين المدني .

وهل يجوز اذن اعتبار هذا المبدأ من قبيل العرف الذي اكتملت عناصره وأصبح من القواعد القانونية الملزمة ؟ مثل هذا القول يتعارض مع الطبيعة الثانوية للعرف بجوار التشريع . والثابت عندنا هو عدم قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة (٢) . بينما اتضح لنا مما سبق أن مبدأ الغش في عمومه وعلوه يملك تعطيل بعض الأحكام الواردة في النصوص . ولا أدل على ذلك من قول محكمة النقض في حكمها السابق الاشارة اليه ، ان هذا المبدأ من المبادئ المسلمة التي يجب الاعتداد بها ولو لم يجر بها نص في القانون (٣) .

لا يكفي كذلك أن يكون هذا المبدأ تعبيرا صادقا للقيمة القانونية للقاعدة الخلقية (٤) فهذا النظر ، رغم سلامته الاجتماعية لا يكفي لتأصيل المبدأ والتسليم به في نطاق القانون .

ومن هنا يبدو لنا أن مبدأ الغش ينتزع قوته من الغاية التي يسعى لتحقيقها . فهو في الواقع يوفر الأمان بتطبيق القانون تطبيقا ايجابيا . ويكفل

(١) روست ، المرجع السابق ، ص ١٧ - ليران انسكلوبيدي دالوز ، لفظ coutume

رقم ٦٩ . - بلانيول وريبير وبيكار ، ج ٣ فقرة ٦٥٤

(٢) حسن كيره ، أصول القانون الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ، ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٣) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفني ، السنة السابعة ص ١٦٨

(٤) أنظر ريبير ، القاعدة الخلقية ، فقرة ١٦٠ - روست ، المرجع السابق ، ص ١١٣

الضمان لعدم الافلات من قواعد السلوك الآمرة التي يشير بها المشرع . فهو تفويت فرصة التطاول على القانون باسم القانون . اذ أنه يكشف عن التحامى وراء قاعدة قانونية معينة للافلات من القاعدة الأخرى . وهو بعبارة موجزة الطريق السوى لكفالة القوة الملزمة للقاعدة القانونية .

والاعراض عن مطاردة الغش يغرى الأفراد بتجريد القاعدة القانونية من آثارها . ومبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، هو النتيجة الحتمية لمبدأ أنه لا يجوز للمرء أن ينفرد بالافلات من تطبيق القانون (١) . وكثيرا ما يعجز جزاء القاعدة القانونية المقرر بالنص ، عن كفالة احترام قواعد السلوك الآمرة . وحينئذ يمكن لمبدأ الغش أن يسد هذه الثغرة ، فيتوعد بالجزاء كل من يستخف بقاعدة معينة ، ويستتر هذا الاستخفاف باستخدام وسيلة فعالة لتحقيق مآربه .

وغنى عن البيان أن موقف المشرع ازاء الغش المفصوح هو تفويت الغرض على من يدبره . ومن ثم فالأولى في نظرنا هو تعقب الشخص في صور الغش المستور ، الذى يبرم تصرفات قانونية في اطار مشروع ، ولكنها تنعقد بالتواطؤ مع الغير مشوبة بالغش . اذ أن مثل هذا الشخص يستخف بقواعد القانون الآمرة ، ويستعين على ادراك مآربه بوسائل قانونية تفلت من الجزاء الذى تقرره النصوص التشريعية .

وعلى النحو المتقدم يحتل مبدأ الغش مكانه بين المبادئ العامة التي تسود النظام القانوني في الجماعة (٢) . وقد مضت الاشارة الى تحديد المقصود بالمبادئ العامة وسموها على القواعد القانونية التي يرد عليها نص في التشريع .

(١) فيدال ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ وما بعدها .

(٢) جوسران ، الجزء الأول ، فقرة ٩٩

## أثر مبدأ الغش على سلامة التسجيل :

على ضوء كل ما تقدم نتخذ الآن موقفا من المشكلة الأساسية التي نعالجها . وقد تبين لنا من استعراض مسلك الفقه والقضاء في فرنسا ومصر ، قصور الأدوات القانونية التقليدية عن مطاردة الغش الذى يقترن ببيع العقار مرة ثانية لمشتري يبادر بالتسجيل . ويستوى فى ذلك المحاولات التى اتجهت الى نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى أو تلك التى تحامت بالدعوى البوليصية أو المسئولية التقصيرية ، أو الزام الخلف الخاص بتعهدات السلف (١) .

ولعل هذه الاعتبارات هى التى جعلتنا نركز الجهد فى محاولة لرسم نظرية عامة فى الغش لا تستند الى نص فى التشريع ، وإنما تعتمد على مبدأ عام يقضى بأن الغش يفسد كل أمر .

ونقطة البدء عندنا أن قانون الشهر العقارى لم يغلق باب الاجتهاد فى هذه المشكلة . بل على النقيض من ذلك أشارت مذكرته الايضاحية الى اخضاع التزام بين المشتريين اذا اقترن بالغش ، الى حكم « القواعد العامة » . وبذلك عهد الى الفقه والقضاء مهمة الكشف عن هذه القواعد العامة . ونفضل تسميتها بالمبادئ العامة استجابة للاتجاه الذى أيدناه فى التفرقة بين المبدأ والقاعدة .

ويبدو لنا أن المبدأ العام الذى ينبغى الأخذ به هو مبدأ أن الغش يفسد كل أمر . والأصل هو توافر الغش اذا اكتملت عناصره على النحو السابق بيانه . فالبايع باعادة التصرف ومعاونة المشتري الثانى على التسجيل قد عبث بقاعدة قانونية وعمل على الافلات منها ، وهو وجوب تنفيذ التزامه عينا فى مواجهة المشتري الأول . وتوافرت نية الغش بالاقدام على هذا المسلك وهو مدرك له . وتحقق الغش باستخدام وسيلة فعالة هى اعادة التصرف واجراء التسجيل .

(١) راجع فيما تقدم موقف الفقه فى فرنسا ومصر ، وبصفة خاصة محاولات اسناد الغش الى أحكام المسئولية التقصيرية والدعوى البوليصية .

إذا ما وقفنا عند هذا الحد وجب القول بأعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر وعدم نفاذ التصرف الثاني في مواجهة المشتري الأول ، وهو الجزاء الذي ارتضينا لأعمال هذا المبدأ .

ولكننا أشرنا فيما تقدم الى أن تطبيق هذا المبدأ يحد من اطلاقه حسن نية الغير . ومن هنا فلا يجوز المساس بالبيع الأخير إذا كان المشتري الثاني يجهل سبق التصرف في العقار .

أما إذا تحقق علم المشتري الثاني فهنا تعرض الصعوبة . فالواقع أن العلم يكفي وحده لتجريد الشخص من حسن النية ، واعتباره بالتالي سيء النية .

ولكن إخضاع التصرفات العقارية لاجراءات الشهر يدفعنا الى اشتراط الذنب أو الاثم في سلوك المشتري الثاني . ومن ثم فلا نرى في مجرد العلم سببا كافيا لاهدار أثر التسجيل .

على أن المسألة في الواقع لا يجوز أن تخضع لضوابط فقهية مجردة . بل ينبغي أن يترك للقضاء ، وضع الحد الفاصل بين العلم المجرد البريء ، والتواطؤ الآثم الذي يهدر أثر التسجيل . ولا بأس في هذا الصدد من أن يستأنس القاضى بالعلم كقرينة قوية على قيام التواطؤ .

وقد يؤخذ على هذا القول مرونته أو عدم دقته . ولكننا نرى أن هذه المسألة بطبيعتها لا تخلو من مرونة . بل أن المرونة بشأنها ضرورة لا مناص منها . والقضاء وحده في احساسه بالواقع ، هو الذي يستطيع تخفيف حدة الاتجاهات الفقهية الجامدة .

فلو فرضنا مثلا أن المشتري الثاني كان عالما بسبق التصرف في العقار ، وأن المشتري الأول أهمل في تسجيل العقد خلال فترة طويلة فهل يجوز القول هنا بأن مجرد العلم مجرد البيع الثاني من أثره ويهدر أثر التسجيل ؟

بينما اذا تبين أن المشتري الثاني بمجرد علمه بسبق التصرف في العقار ،  
بادر بعرض ثمن مرتفع على البائع لاتمام الصفقة والتعجيل باجراء التسجيل .  
فهنا يقترن العلم بامارات تكفى لافساد أثر التسجيل في حق المشتري  
الأول .

المسألة اذن فيما يبدو لنا لا تقبل الجدل الصاحب بين الفقهاء بشأن  
التفرقة بين مجرد العلم والتواطؤ . وانما ينبغي أن يترك للقضاء تقديرها وفق  
ظروف الواقع وملاساته . على أن هذا كله يفترض عدول القضاء في مصر  
عن مسلكه القديم والحديث ، في الايمان المطلق بدلالة التسجيل بصرف  
النظر عن التواطؤ أو التدليس .

ولعل هدفنا الأصيل من هذا البحث هو توجيه الدعوة للقضاء لاعادة  
النظر فيما استقر عليه . ويدفعنا الى ذلك بصفة خاصة أن التسجيل في مصر ،  
مهما قيل فيه ، انما مجرد اجراء تبعى لازم لنقل الملكية . أما الخطوة الأصيلة  
فهى العقد الذى يسجل . وبعبارة أخرى فان المسلم ، أن التسجيل لا يطهر  
العقد من العيوب التى تشوبه ، لأن الملكية تنتقل بالعقد المسجل ولا تنتقل  
بالتسجيل وحده .

ولئن كانت كثرة الشراح انحازت لموقف القضاء ، فاننا نبدى  
في هذا الشأن التحفظ أيضا . فالحجة الأساسية التى تغرى هؤلاء الشراح  
باتخاذ هذا الموقف هى الحرص على استقرار الملكية العقارية ، وأن قانون  
الشهر العقارى صدر كخطوة أولى في سبيل اقرار نظام التسجيل العيني .

ومن حق المشرع فى المذكرة الايضاحية أن يفصح عن اتجاهه  
كيفما يترأى له . ولكن هل تحققت فعلا هذه الخطوة التى أراد التشريع  
أن يخطوها . هنا لا نرى أى تعبير ايجابى عن سلوك هذا الطريق .

فنظام التسجيل عندنا هو نظام شخصى وادارى ، وهو على هذا النحو  
يختلف عن السجلات العقارية التى تخضع لنظام التسجيل العيني والقضائى .



والخطوة الحاسمة التي يستطيع المشرع أن يخطوها ، هي احاطة اجراءات التسجيل بضمانات قضائية تعصمه من عيوب الشهر الادارى ، وتؤكد الثقة فيه فتجعلها ثقة مطلقة ، بصرف النظر عن التصرف القانونى فى ذاته . عندئذ يصبح السجل العقارى أهلا للثقة التي يضعها الأفراد فيه . ولا يتوافر ذلك الا باجراء الشهر أمام قاض مختص يفحص سندات الملكية ويستوثق من سلامة مركز البائع والمشتري . وحينما يتهيأ لمصر مثل هذا الجهاز الضخم ، يجوز القول باستبعاد مبدأ الغش ، وعدم الاعتداد به لاهدار أثر السبق فى التسجيل .

### خاتمة :

اتجهت عنايتنا فى هذا البحث الى فض مشكلة تعاقب البيوع على عقار واحد . وقد استعرضنا فى هذا الشأن مختلف الأدوات القانونية التي استعان بها الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر . وبدا لنا قصور الأدوات التقليدية التي تعتمد على النصوص ، عن تحقيق الغاية من محاربة الغش على نحو كامل .

كما خالفنا اتجاه القضاء فى تفضيل المشتري السابق بالتسجيل حتى ولو اقترن البيع بالتواطؤ والتدليس . وهنا انتصرنا لوجوب الاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، بوصفه من المبادئ العامة التي تحكم النظام القانونى فى الجماعة .

هذا المبدأ يطل بآثاره على أحكام القانون المدنى فى مواضع متفرقة . وبهذه المثابة يلقي تطبيقات عديدة . ولعل هذا التعدد يبرر توجيه الجهد والعناية لتخصيص أبحاث مستقلة لكل تطبيق منها على انفراد .

