

بَحْثٌ بِعَنْوَانِ

التَّقَادِمِ وَالتَّسْجِيلِ بَيْنَ الْقَانُونِ
الْمَدْنِيِّ وَقَانُونِ الشَّهْرِ الْعَقَارِيِّ

مَقْدَمٌ مِنَ الدُّكْتُورِ

مُحَمَّدِ عَبْدِ اللَّهِ بَرَكَاتٍ

دُكْتُورِ رِئَاسَةِ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ

2024/2023

المقدمة

الثروة العقارية هي أعلى ما تملكه الجماعة الإنسانية على مر العصور , وظهر ذلك جليا في الدولة المصرية على مدار التاريخ عن طريق ابتكار تشريع خاص بالتسجيل العقاري في القطر المصري , تشريع ينفك عن كل التشريعات القانونية ويستقل بنظام قانوني كامل, وما ذلك إلا لأهمية الملكية العقارية وضرورة تقنين أوضاعها القانونية بما ينعكس بالضرورة على استقرار النظام الاجتماعي وازدهار النظام الاقتصادي.

وكان المشرع المصري دائما على قدر المسؤولية في هذا الأمر, فأصدر تشريعات عديدة⁽¹⁾ كان من أهمها قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 والذي يعتبر الركن الركين والمصدر الرصين لكل التسجيلات العقارية في هذا الشأن.

لكن وإن كان القانون المذكور يمثل تطورا ملموسا بشأن تقنين الملكية العقارية في ذلك الوقت وسبق تشريعي عظيم إلا أنه كان يصاحبه بعض الجمود والتعقيد الذي وإن كان يناسب الفترة الزمنية التي نشأ التشريع في ظلها إلا إنه لا يمكن القول بأن هذا التشريع يناسب التطور الذي صاحب عام 2022, فكان من الطبيعي أن يصاحب تطور الحياة تطورا آخر للتشريع يلبي تطلعات المجتمع المصري الذي نعيش فيه.

وبالفعل أصدر المشرع المصري بعض التشريعات من بعد القانون رقم 114 لسنة 1946, وكان من أهمها القانون رقم 9 لسنة 2022 والذي يعد ثورة تشريعية وطفرة قانونية بكل ما تحمله الكلمة من معنى لربما كانت تضاهي الثورة التشريعية الفرنسية إبان صدور المرسوم بالقانون رقم 131 لسنة 2016 بتعديل قانون العقود والاحكام العامة للالتزامات والاثبات.

ويعتبر القانون رقم 9 لسنة 2022 قفزة كبيرة غير مسبوقه في التاريخ التشريعي المصري تبرا به المشرع من حالة الجمود والتعقيد اللتان كانتا تلازمان القاعدة القانونية في القوانين العتيقة , هذا الجمود والتعقيد كانا حالة صد أمام كل من يفكر في تسجيل ملكيته العقارية , ونبين الوضع خلال العمل بهذا القانون فمثلا كان القانون رقم 114 لسنة 1946 يقتصر فقط على شهر التصرفات دون الوقائع المادية⁽²⁾ والتي

(1) كان أولها القانونان رقم 18 و19 لسنة 1923, ثم القانون رقم 114 لسنة 1946, ثم القانون رقم 5 لسنة 1964, ثم القانون رقم 142 لسنة 1964 بشأن السجل العيني, ثم القانون رقم 25 لسنة 1976, ثم القانون رقم 27 لسنة 2018 بشأن تنظيم بعض أحكام الشهر العقاري في المجتمعات العمرانية الجديدة, ثم القانون رقم 9 لسنة 2022 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946, ثم القانون رقم 177 لسنة 2022 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 27 لسنة 2018.
(1) المادة (9) من القانون رقم 114 لسنة 1946.

تعتبر أسباب مستقلة في كسب الملكية, وكانت مدة الطلب سنة ميلادية كاملة ثم بعد انتهاء السنة يجدد الطلب او يمتد لمدة سنة ميلادية أخرى وهكذا إلى ما شاء الله (1), وكان هناك مرحلة إرسال الطلب لهيئة المساحة لإرسال البيان المساحي للشهر العقاري بعد المعاينة على الطبيعة مع حصول المساحة على مدة زمنية للقيام بمهامها, ثم مرحلة أخرى تسمى المقبول للمشروع(2), ومرحلة أخرى تأتي بعد الأولى وهي الصالح للشهر(3), ثم مرحلة استلام المشروع والذهاب به إلى أحد فروع التوثيق بعد أخذ ميعاد في التوثيق للتوقيع على المشروع(4), وكل ذلك بعد دفع ضريبة التصرفات العقارية(5), ثم الذهاب بالمشروع لمكتب الشهر المختص الذي تتبعه المأمورية للمراجعة الفنية لمراجعة المشروع(6), وربما يتم إيقاف الطلب في هذه المرحلة, وكل مرحلة من هذه المراحل تمر بفترة زمنية ليست بالقليلة تستنفذ مجهود غير طبيعي لصاحب الشأن وضياح وقت طويل جدا ربما يصل في بعض الأحيان لأكثر من عشر سنوات, وربما بعد مرور كل هذه السنون وقرب الإنتهاء منها وقرب اتمام عملية الشهر يفاجأ الجميع بموت الصادر ضده التعامل (البائع مثلا) فتلغى فترة السنوات المريرة مع ما صاحبها من الإجراءات التي تمت خلالها ليقوم الأطراف ببداية جديدة تبدأ من إشهار حق إرث المتوفى وبداية مرحلة صراع السنوات والاجراءات من جديد مع ما يكتنفها من محاولة استرضاء ورثة المتوفى لإتمام عملية البيع منهم باعتبارهم هم ورثته مع إثبات أن المتوفى قد باع العقار وقبض الثمن وهيئات لذلك من إثبات, هذا كله غيظ من فيض وصورة بسيطة لحال التسجيل العقاري في مصر قبل إصدار القانون رقم 9 لسنة 2022.

كل ذلك كان من أهم الأسباب في عزوف الناس عن السير في إجراءات التسجيل العقاري حتى وصل الحال أن أصبحت العقارات المسجلة في القطر المصري لا تتعد نسبة الخمسة بالمائة, وهذا بالطبع يعكس بالسلب على حالة الإتمان العقاري والنظام الاقتصادي للمجتمع.

وقد صدر القانون رقم 9 لسنة 2022 ليتلافى كل هذه السلبيات والعيوب التي لازمت القانون السابق ليتلائم مع رغبات الناس وتطلعات الحكومة.

(2) المادة (24) من القانون .

(3) المادة (26) من القانون.

(4) المادة(28) من القانون.

(5) المادة(29) من القانون.

(6) المادة(42) من قانون الضريبة على الدخل رقم 91 لسنة 2005.

(7) المادة(29) من القانون رقم 114 لسنة 1946.

وبالفعل حقق القانون المذكور كثيرا من التيسيرات المطلوبة وتلافى العيوب الموجودة⁽¹⁾, منها على سبيل المثال : توسيع دائرة تسجيل واقعة التقادم من تسجيل واقعة التقادم بنوعيه (التادم الطويل والتقدم القصير) وأضاف إلى جانب ذلك إمكانية تسجيل واقعة التقادم إذا استمرت الحيازة مدة خمس سنوات وكانت مقترنة بحس النية حتى تاريخ التسجيل⁽²⁾, وأيضا إلغاء مرحلة مقبول للشهر⁽³⁾, وتم وضع سقف زمني لإجراء التسجيل أمام مصلحة الشهر العقاري في 37 يوم كحد أقصى⁽⁴⁾, وتم فصل أداء ضريبة التصرفات العقارية عن التسجيل⁽⁵⁾, وتم إقرار التسجيل الإلكتروني لطلبات الشهر⁽⁶⁾.

ولقد حققت كل هذه التيسيرات الهدف المرجو منها في الواقع العملي , حيث إن المتابع للواقع العملي يلاحظ أن مأموريات الشهر العقاري لا تستطيع مواجهة كثرة الطلبات من بعد صدور القانون 9 لسنة 2022 , فقد ازداد عدد المشهرات أكثر مما كان عليه الحال قبل إصدار القانون المذكور .

كل هذه الطفرة الكبيرة والتي حققت أهدافها لا يعني أننا أمام تشريع معصوم من الخطأ, ولكن الناظر للقانون رقم 9 لسنة 2022 سيجد أن المشرع المصري قد جانبه الصواب بخصوص صياغته التشريعية بخصوص المادة 10 مكرر من القانون وخاصة عجز المادة في فقرتها الأخيرة التي تعتبر خطأ تشريعيًا لم يكن المشرع مسددا في تقريرها لدرجة أننا نستطيع أن نقول إن خطأ المشرع هنا يعادل الانجاز والطفرة الكلية من القانون التي تكلمنا عليها آنفاً, وسنرى كل ذلك بشيء من التفصيل مدعما ذلك بأراء كبار فقهاء القانون .

وسوف نقسم دراستنا في هذه الدراسة إلى فصلين هما كالآتي:

(1) أنظر في هذه التيسيرات تفصيلا تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الخطة والموازنة عن مشروع قانون مقدم من الحكومة بتعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بشأن تنظيم الشهر العقاري. وأنظر أيضا د/ حسام الدين كامل الاهواني ود/ طارق جمعة السيد ود/ جابر محبوب علي, بحث بعنوان دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري , دراسة تحليلية بين القانونين : رقم 114 لسنة 1946 ورقم 9 لسنة 2022 منشور بالمجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع المجلد 3, العدد 3, 2022 ص 1641 وما بعدها .

(2) المادة (10 مكرر) من القانون رقم 9 لسنة 2022 وقد اصطلحنا على تسمية التقادم المقرر في هذه المادة بالتقدم السندي نسبة للسند المصاحب للحيازة وتحرضا من التقدم الطويل والتقدم القصير , وقد أطلق عليه أستاذنا الكبير د/ حسام الأهواني مصطلح (التقدم الخمسي الميسر) أنظر البحث السابق ص 1648.

(3) المادة (28) من القانون رقم 9 لسنة 2022.

(4) المادة (23 مكرر) من القانون.

(5) المادة (2) من القانون رقم 5 لسنة 2021.

(6) المادة (21) من القانون رقم 9 لسنة 2022.

الفصل الأول: مناقشة تعديلات قانون الشهر العقاري رقم 9 لسنة 2022.

الفصل الثاني: الأثر الرجعي والتطبيق العملي للتقادم.

الفصل الأول

مناقشة تعديلات قانون الشهر العقاري رقم 9 لسنة 2022

إذا كنا قد أشرنا في مقدمة هذه الدراسة إلى أن القانون رقم 9 لسنة 2022 قد حقق الطفرة المنشودة في مجال التسجيل العقاري إلا أن الصياغة التشريعية للقانون قد شابها كثيرا من القصور الذي به تخالف القواعد القانونية المستقرة ونصوص التشريعات المدنية التي تسمو على تشريعات الشهر العقاري, ونتيجة ذلك أن وصل الحال في بعض فقراتها لأن توصم بعدم الدستورية.

وسوف نناقش في هذا الفصل الصياغة التشريعية للقانون ونقدم بين يدي الدراسة مبحث يتكلم عن حجية التقادم بين القانون المدني والقانون الشهر العقاري في إطار مبدأ الأمن القانوني (المبحث الأول), ثم نتكلم عن مدي دستورية الفقرة الأخيرة من المادة رقم 10 مكرر من القانون (المبحث الثاني), ثم نتكلم عن قانون الشهر العقاري وشهر واقعة الحيازة (المبحث الثالث).

المبحث الأول

حجية التقادم بين القانون المدني وقانون الشهر العقاري في إطار مبدأ الأمن القانوني

لاشك أن التقادم بنوعيه (التقادم الطويل والتقادم الخمسي) هو أحد أهم أسباب كسب الملكية , وهو يقوم على اعتبارات عملية كثيرة , لعل أهمها أنه يعد أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى , وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائر العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك⁽¹⁾ , ثم إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام, أي متصلة بالصالح العام للمجتمع كله⁽²⁾.

والتقادم بهذا المعنى يعد من أهم طرق إثبات الملكية , بل من طرق الإثبات اليقينية في إثبات الملكية⁽³⁾ , ولكن ليس معنى هذا أن يكون مجرد طريقة من طرق الإثبات فقط , بل هو في قانوننا سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية⁽⁴⁾.

والتقادم باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية إنما يعطي حجية كاملة لصاحب الحق فيه , هذه الحجية التي لطالما كانت مستقرة وثابتة عبر الزمان لا يشوبها شائبة والتي تعتبر نتيجة حتمية لكسب الملكية بحكم القانون .

ولكن السؤال هو هل حجية التقادم هذه والثابتة بنص القانون واتفق الفقه والقضاء مازالت قائمة حتي الآن مع صدور قانون الشهر العقاري رقم 9 لسنة 2022⁽⁵⁾ , أم أن الوضع تغير بعد صدور هذا القانون ؟.

ثم ما تأثير هذه الحجية الثابتة في القانون المدني على فكرة الأمن القانوني وهل قانون الشهر العقاري الجديد اعتنق فكرة جديدة لحجية التقادم قد تؤثر على فكرة الأمن القانوني , أم أن القانون الأخير أبقى الأمر على ما هو عليه.

(1) د/عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني منشأة المعارف بالاسكندرية, تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي طبعة 2004 الجزء التاسع فقرة 367 ص 977.

(2) أنظر في أساس التقادم المكسب وتبريره د/ عبدالمنعم البدرأوى , شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية دار الكتاب العربي بمصر الطبعة الثانية 1956, فقرة 511 ص 542 .

(3) حيث تنقسم طرق إثبات الملكية إلى طرق إثبات يقينية وطرق إثبات ظنية , ويعد التقادم من طرق الإثبات اليقينية بعد السجل العيني ويأتي بعده الحيازة , أنظر في ذلك د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء الثامن فقرة 374 ص 523 وما بعدها .

(4) د عبدالمنعم البدرأوى, المرجع السابق فقرة 512 ص 544.

(5) القانون رقم 9 لسنة 2022 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري المنشور في الجريدة الرسمية – العدد 9 مكرر (أ) في 6 مارس سنة 2022.

هذا ما سنراه في هذا المبحث والذي نقسمه الى مطلبين :

المطلب الأول : التقادم بذاته سببا لكسب الملكية .

المطلب الثاني : حجية التقادم في قانون الشهر العقاري رقم 9 لسنة 2022.

المطلب الأول

التقادم بذاته سببا لكسب الملكية

لاشك أن التقادم بنوعية المكسب الطويل أو الخمسي هو سبب لكسب الملكية , فليس التقادم المكسب مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم , بل هو سبب مباشر لكسب الملكية⁽¹⁾ , فيترتب على التقادم المكسب بنوعية أن يكسب الحائز الملكية أو الحق العيني الذي حازه طوال مدة التقادم⁽²⁾ .

وبناء عليه فلو أن الحائز كان غير مالك للعين وحازها مدة خمس عشرة سنة بالتقادم المكسب الطويل أو خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير وتمسك بالتقادم فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز , ويصبح هذا الأخير هو المالك , وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير⁽³⁾ .

وهذا الاجماع الفقهي ليس اجتهادا فقهيا إنما هو ترجمة لصريح نصوص القانون التي تنص بخصوص التقادم الطويل في المادة 968 على أنه "من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له , أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " , وبخصوص التقادم الخمسي تنص المادة 969 على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح , فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

ومن ثم فإننا نستطيع أن نقول بأن التقادم واقعة تكفي بذاتها سببا لكسب الملكية⁽⁴⁾ , ودونما حاجة لأي إجراء آخر.

(1) د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 414 ص 1065.
 (2) د/ البدراوى, المرجع السابق فقرة 537 ص 577- د/ إسماعيل غانم , الحقوق العينية الأصلية الجزء الثاني, موجز في أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية, مكتبة عبدالله وهبه 1963 ص 88 .
 (3) د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 414 ص 1065 .
 (4) قضت محكمة النقض بأن " التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سببا لكسب الملكية , وليس ما يمنع مدعي التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته في هذه الحالة امتددا لحيازة سلفه البائع له " .
 (نقض مدني 25 يونيو سنة 1964 مجموعة أحكام النقض 15 رقم 138 ص 890).
 (نقض مدني 17 يناير سنة 1963 مجموعة أحكام النقض 14 رقم 12 ص 111).

فإذا قام شخص ما بإثبات واقعة التقادم والحيازة بتحقيق شروطها وانتفاء موانعها فإنه يكسب الملكية على ذلك العقار فوراً وبأثر رجعي من تاريخ بدء الحيازة بحكم القانون دونما حاجة لشهر هذه الواقعة , لأن القانون المدني في نصوصه السابقة رتب كسب الملكية على واقعة الحيازة دون وجوب اللجوء إلى الشهر العقاري لشهر الواقعة , وعلى ذلك أحكام محكمة النقض المصرية التي ترتب كسب الملكية بمجرد تحقق واقعة الحيازة دون اللجوء لإتمام إجراءات الشهر , على اعتبار أن واقعة التقادم كافية في ذاتها لكسب الملكية , فقضت محكمة النقض بأنه "إذا تمسك الشفيع بأنه اشترى العقار الذي يشفع به وحازه واستوفت حيازته من شرائطها المكسبة للملكية قبل البيع المشفوع فيه, وجب على المحكمة التي تنظر طلب الشفعة أن تتحقق من توافر تلك الشرائط متى كان الشفيع لم يسجل سنده , لأن اكتساب الملكية بالتقادم يغنيه عن التسجيل , لما كان ذلك وكان البين من محاضر أعمال الخبير أن الطاعنة تمسكت فيها بأنها وضعت يدها على الأطيان المشفوع بها منذ شرائها الحاصل بتاريخ 1955/11/1 واستمرت منذ ذلك التاريخ في ربيها من الساقية الواقعة في وقفوقد تأيد ذلك بشهادة شاهديها ولم ينكر ملكيتها أحد من المطعون ضدهم أو يجادل فيها, وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضائه مع ذلك على قوله أن عقد البيع العرفي المشار إليه لا ينقل ملكية الأطيان المشفوع بها بالتقادم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبب" (1).

وقررت المحكمة ذلك أيضاً في أحكام حديثة لها فقضت بأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض أنه إذا تمسك الشفيع بأنه اشترى العقار الذي يشفع به وحازه واستوفت حيازته شرائطها المكسبة للملكية قبل البيع المشفوع فيه, وجب على المحكمة التي تنظر طلب الشفعة أن تتحقق من توافر تلك الشروط متى كان الشفيع لم يسجل سنده لأن اكتساب الملكية بالتقادم يغنيه عن هذا التسجيل" (2).

وبناء على ذلك فإن التقادم بمجرد تحققه يكسب صاحبه الملكية أو الحق العيني على الشيء وبذلك يكون للتقادم حجية مطلقة بمجرد ثبوته بأثر رجعي يرتد لوقت بدء الحيازة .

وهذه الحجية تختلف كثيراً عن الحجية الثابتة بقانون الشهر العقاري الصادر برقم 114 لسنة 1946, وذلك لأن القانون المذكور رتب على عدم تسجيل التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية, أو نقله, أو تغييره, أو

(1) الطعن 1210 لسنة 54 قضائية جلسة 28 فبراير سنة 1989.

(2) الطعن 2722 لسنة 23 قضائية جلسة 2013/5/5- أنظر أيضاً الطعن 5522 لسنة 74 قضائية جلسة 2015/11/3 .

زواله أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن⁽¹⁾ , ويترتب أيضا على عدم قيد الحقوق العينية العقارية التبعية أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير⁽²⁾ .

وهذه الأحكام لأن قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 تتعلق بالتصرفات القانونية خاصة وليس بالواقعة المادية , فكان من المناسب ترتيب نقل الملكية على تسجيل هذه التصرفات, وأن جزاء عدم تسجيل هذه التصرفات هو عدم نقل الملكية , أما الواقعة المادية فهذه ليست تصرفا قانونيا⁽³⁾ , ولذلك نص المشرع المدني على أن الملكية تكسب فيها بمجرد تحقق هذه الواقعة.

والنتيجة التي خلصنا إليها هو القول بأن التقادم إنما هو سبب مباشر لكسب الملكية , وأن ذلك يوفر الحجية الكاملة لصاحب التقادم تجاه الغير, وكل ذلك يحقق الأمن القانوني المنشود⁽⁴⁾ , والذي يؤثر بالإيجاب على الناحية القانونية والاجتماعية معا , وذلك يتحقق من وجوه :

أولاً: إن ذلك يؤدي إلى استقرار التعامل, فيأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك⁽⁵⁾ .

ثانياً : إن الصالح الاجتماعي يقتضي اقرار الحالات الواقعة التي استقرت فترة من الزمان وإن المصلحة العليا للمجتمع تفرض تحويل الواقع إلى حق⁽⁶⁾ .

ثالثاً : إن التقادم المكسب يجعل الوضع الفعلي مطابقاً للوضع القانوني , ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل , وتقلب الحيازة وهي مجرد وضع فعلي وقع على ملكية إلى وضع قانوني مشروع , وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت الأوضاع القانونية ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين⁽⁷⁾ . وهذا ينعكس بالطبع على الأوضاع الاقتصادية في المجتمع ويشجع على الائتمان العقاري.

(1) المادة(9) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.

(2) المادة(12) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.

(3) أنظر حول التصرف القانوني والواقعة القانونية د/ السنهوري سنة 1953- 1954 مطبعة البرلمان

(4) أنظر فكرة الأمن القانوني المبحث الثاني من هذا الفصل .

(5) د/ السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء التاسع فقرة 367 ص 977.

(6) د/ البدرى, المرجع السابق فقرة 511 ص 543.

(7) د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 367 ص 977 .

رابعاً: إن من شأن الاعتراف بالتقادم المكسب كوسيلة لكسب الحقوق تسهيل إثبات الملكية⁽¹⁾, حيث إن إثبات الملكية عن طريق وضع اليد أسهل بكثير من اللجوء إلى مصلحة الشهر العقاري واتباع إجراءات معقدة جدا تجعل الناس تياس من إتمام إجراءات الشهر.

ولذلك فإن فكرة حجية التقادم دون وجوب شهره تحقق كما أسلفنا نظرية الأمن القانوني والتي تجعل نصوص القانون تتسق مع بعضها البعض دون تباين وتنقق مع الواقع وتتناغم مع الأوضاع الفعلية للملكية, وبيان ذلك هو أن معظم الملكيات العقارية اليوم غير مسجلة بالشهر العقاري, فلو أوجبنا شهر الواقعة حتى يكتسب صاحبها حق الملكية أو الحق العيني على العقارات وإلا اعتبر وضع اليد على هذه العقارات غير مالك لها أو أن وضع يده على العقار غير قانوني ولا يكسبه أي حق لأدى بنا إلى نتائج لا يمكن قبولها من الناحية القانونية ومستحيلة من الناحية الواقعية.

أما القانون فإننا نعتبر هنا أن هذه العقارات لا مالك لها لأنها غير مسجلة, وهذا أمر غير مقبول, حتى ولو من الناحية النظرية, إذ العقار لا بد له من مالك وإلا اعتبرت ملك للدولة.

أما من ناحية الواقع فإن هذا سيؤدي إلى عدم استقرار التعامل وزعزعة الثقة بين الناس ويؤدي إلى مزيد من التناحر بين الناس, لأن كل الملكيات غير مسجلة ولا يحق لوأضع اليد- لو قلنا بوجوب التسجيل لنقل ملكية الواقعة المادية - الاحتجاج بوضع يده, فيحق لأي شخص أن يدعي أحقيته لأي عقار ما دام صاحبه لا يملك الدفاع عن حقه إلا بشهر هذا الحق بالشهر العقاري, وهو الأمر الذي يصعب على الناس السير فيه نظراً لما يكتنف إجراءات الشهر العقاري من تعقيد في الإجراءات والمبالغ المالية الباهظة مع طول مدة التسجيل والتي تجعل الناس تمتنع عن شهر ملكيتها بالشهر العقاري.

إن كل ذلك سيؤدي بلا شك إلى خلل في النظام القانوني والنظام الاجتماعي في البلاد مما يسبب عدم تحقق الأمن القانوني المنشود.

(1) د/ محمد السعيد رشدي, الحقوق العينية الأصلية(حق الملكية وأسباب كسبه)2006/2005 بدون ناشر, فقرة 132 ص 530.

المطلب الثاني

حجية التقادم في قانون الشهر العقاري

خلصنا من المطلب الأول إلى أن التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سببا لكسب الملكية, وأن للتقادم حجية كاملة في مواجهة الجميع, وأن هذا التقادم يكسب الملكية بدون اللجوء للشهر العقاري لشهر واقعة وضع اليد, وذلك بحكم القانون⁽¹⁾ وأحكام القضاء⁽²⁾ وإجماع الفقهاء⁽³⁾.

واستمرت هذه الأحكام فترة من الزمن إلى أن صدر القانون رقم 9 لسنة 2022 الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري والذي نص المشرع في المادة العاشرة منه على أنه " يجوز أن تشهر الوقائع التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو نقله أو تغييره أو زواله أو تقريره بطريق التسجيل , ويعد من هذه الوقائع في تطبيق أحكام هذه المادة الحيازة المكسبة للملكية وفقا لأحكام المادتين (968 و 969) من القانون المدني أو الحيازة المصحوبة بسند , ولو كان عرفيا , لمدة خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق إذا كانت بحسن نية حتى التسجيل.

ويترتب على عدم التسجيل عدم الاحتجاج بالحقوق المشار إليها قبل الغير".

وهنا عند النظر في عجز المادة المذكورة سنرى أنها تقول بأنه يترتب على عدم التسجيل (التقادم الطويل والتقادم الخمسي) عدم الاحتجاج بالحقوق المشار إليها قبل الغير , وهذا شئ عجيب من المشرع المصري بأن يجزم بأن واقعة التقادم المكسب الطويل أو الخمسي لا يكسب الملكية ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير إلا إذا سجل بالشهر العقاري مخالفا بذلك نصوص القانون المدني الصريحة وأحكام القضاء الساطعة وإجماع الفقه الثابت , ولا ندري ما الذي حمل المشرع على هذا المذهب وما الغاية منه, فلا يمكن أن يكون شغف ونهم المشرع في سن القوانين التي تحت الناس

(1) أنظر المادة (968) والمادة (969) من القانون المدني المصري.

(2) أنظر الأحكام القضائية الآتية:-

(الطعن 1210 لسنة 54 قضائية جلسة 28 فبراير سنة 1989).

(الطعن 2722 لسنة 73 قضائية جلسة 5 مايو سنة 2013).

(الطعن 5522 لسنة 74 قضائية جلسة 3 فبراير سنة 2015).

(3) د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع ص 1065 وما بعدها- د/ البدرأوي, المرجع السابق فقرة 537 ص 577- د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 88- د/ محمد السعيد رشدي, المرجع السابق فقرة 157 ص 546 .

على تسجيل ملكياتهم لتقنين الملكية العقارية أن يكون ذلك سببا في نقض ومعارضة النصوص القانونية الأخرى التي لها من الثبات والاستقرار والقدسية الثابتة في النفوس ما ليس لغيرها من القوانين.

فالواقعة المادية في القانون المدني (التقادم بنوعيه) سبب كاف بذاته لكسب الملكية دون اللجوء لشهر هذه الواقعة في الشهر العقاري⁽¹⁾, أما اللجوء للقضاء برفع دعوى تثبيت الملكية فإنما ذلك لإثبات الملكية فقط, والحصول على حكم يكون بمثابة دليلا على الملكية فقط⁽²⁾, فحكم القاضي هنا مقرر للحق وليس منشأ للحق⁽³⁾, لأن الحق منشأ من وقت بدء الحيازة, ولكن يقوم القاضي بإقرار هذا الحق فقط⁽⁴⁾, بدليل أن التقادم يكون أثر رجعي من وقت بدء الحيازة⁽⁵⁾.

ولكن القانون رقم 9 لسنة 2022 أنشأ حكما جديدا يناهض هذه القواعد والأحكام والآراء القانونية والقضائية والفقهية, فهل من الممكن توجيه هذه النصوص المتعارضة بما يزيل الاشكال الحادث بينها وتستقيم به النصوص المتعارضة, أم أن ذلك أمر يصعب القول به.

إن الناظر في نصوص القانون المدني الخاص بالتقادم ونص قانون الشهر العقاري الجديد سيجد أن أمر الجمع بين هذه النصوص ربما يكون مستحيلا, ولذلك ذهبنا إلى عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (10) من القانون رقم 9 لسنة 2022, وهذا ما سنبحثه في المبحث التالي.

(1) نقض مدني 25 يونيو سنة 1964, مجموعة أحكام النقض 15 رقم 138 ص 890 – نقض مدني 17 يناير سنة 1963, مجموعة أحكام النقض 14 رقم 12 ص 111.

(2) د / الاهواني, البحث السابق ص 1647.

(3) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الموضوعية الصادرة من المحاكم مقررة للحقوق وليست منشأة لها وذلك أن وظيفة الحكم هو بيان حق الخصم دون أن يخلق حقا جديدا, بما في ذلك الأحكام التي توصف في كتب الفقه بأنها منشئة كالفسخ وشهر الافلاس, وذلك أن هذه الأحكام إنما تقرر حقا لهم سابقا على رفع الدعوى..... والحكم الصادر بتثبيت ملكية المطعون ضدهم لعقار النزاع من تلك الأحكام. (الطعن 1737 لسنة 58 قضائية جلسة 13 من فبراير سنة 2006).

(4) إذ لا يتوقف هذا الأثر المكسب للتقادم على قضاء القاضي بحصول التقادم بناء على تمسك الحائز, فإن التقادم يؤدي بمجرد تمامه إلى اكتساب الملكية والحق العيني دون حاجة إلى أي إجراء آخر. أنظر د/ البدرابي, المرجع السابق فقرة 537 ص 578.

(5) د / السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 415 ص 1067..

المبحث الثاني

مدى دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (10) مكرر من قانون الشهر العقاري

خلصنا من الدراسة السابقة إلى أن قانون الشهر العقاري في المادة (10) مكرر يخالف ما عليه القانون المدني وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء, وهذا التناقض الصريح والمخالفة الغريبة لا نجد له مبررا عند المشرع, لكن هذا أمر ربما يكون مقبولا بعض الشيء في مجال سن القوانين بين التشريعات المختلفة, لكن غير المقبول هو أن نص المادة (10) يناقض بعضه بعضا, فعند النظر في سياق المادة المذكورة نجد أنها تعترف بأن الحيابة بذاتها مكسبة للملكية, إذ تقول(ويعد من هذه الوقائع في تطبيق أحكام هذه المادة الحيابة المكسبة للملكية وفقا لأحكام المادة 968 و 969 من القانون المدني).

فهذه المادة تعترف بأن الحيابة سبب مكسب للملكية بذاتها بطريقي الصراحة والإحالة, فأما الأول فهو عندما ذكرت المادة لفظة (الحيابة المكسبة للملكية), والثاني بالإحالة لنص المادتين 968 و 969 وفي تلك المادتين أن الحيابة مكسبة للملكية على ما أوضحنا في المبحث الأول من هذا الفصل, ثم بعد ذلك تأتي نفس المادة لتقرر في عجزها أنه يترتب على عدم التسجيل عدم الاحتجاج بالحقوق المشار إليها قبل الغير لتناقض ما قررته في فقرتها الأولى, فهذا شيء غير مقبول.

ولعل نص المشرع في الفقرة الأولى من المادة (10) مكرر والتي قرر فيها أن الحيابة مكسبة للملكية هو الذي يمنعنا من القول بأن نص المادة (10) مكرر قد نسخ وألغى نص المواد (968 و 969) مدني مصري بموجب الفقرة الأخيرة من نفس المادة, وإن كانت أحكام الإلغاء تنطبق تماما على هذه الحالة⁽¹⁾, ولكننا لا نقول بذلك, لأنه لا يوجد أي فقيه قانوني سبقنا للقول بذلك, ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بذلك لأن للقانون المدني قدسية يسمو بها على أي قانون آخر, إذ هو الشريعة العامة والقانون الأعلى, هذا بخلاف - كما قررنا- أن نص المادة (10) مكرر يقرر أن الحيابة مكسبة للملكية بصريح اللفظ ووفقا لأحكام المادتين (968 و 969) مدني مصري, وذلك يوضح بصورة مباشرة وواضحة عدم جواز النسخ والإلغاء.

(1) أنظر في إلغاء التشريع د/ سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني, المدخل للعلوم القانونية الطبعة السادسة 1987 ص 224 وما بعدها - د/ حسام لطفي, المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه وأحكام القضاء (نظرية القانون) الطبعة الخامسة القاهرة 2003 ص 164 وما بعدها.

فإذا امتنع علينا القول بالنسخ والالغاء, فلا ينبغي إلا القول بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة (10) مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022 لمخالفتها الصريحة والواضحة لنصوص القانون المدني وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء.

ومما يدعم موقفنا هنا أيضا للقول بعدم الدستورية هو أن صدر المادة (10) مكرر من القانون المذكور بدأ بلفظ (يجوز أن تشهر الوقائع) وهذا لفظ غير متعارف عليه في قوانين الشهر العقاري , لأن الناظر في قوانين الشهر العقاري يجد أنها تبدأ دائما بلفظ (يجب تسجيل أو يجب قيد), فمثلا نجد نص المادة(9) من القانون رقم 114 لسنة 1946 ينص على أنه"جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل " وأيضا تنص المادة (10) من على أن " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير.....", وأيضا تنص المادة (11) منه على أنه " يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار " , وأيضا تنص المادة (13) منه على أنه" يجب شهر حق الإرث بتسجيل اشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة....." , وأيضا تنص المادة (14) منه على أنه" يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات....." , وأيضا تنص المادة (15) منه على أنه" يجب التأشير في هامش سجل المحركات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى.....".

كل هذه النصوص أوجب المشرع فيها شهر تصرفاتها, ولفظ الوجوب هنا في القانون رقم 114 لسنة 1946 لا يقصد به الوجوب المجرد, أي أن كل شخص معه عقد بيع ابتدائي مثلا يجب تسجيل عقده, فهذا لا يقصده المشرع بمقتضى العقل والمنطق, ولكن المقصود هنا هو ما ذكرته المادة (9) السابق ذكرها (أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم) , فوجوب شهر المحرر هنا يتعلق بحجية الحقوق ولا يتعلق بصحة التصرف وبطلانه⁽¹⁾ , وهذا مناسب تماما لذكره في قانون الشهر العقاري , وهو القانون الذي يختص بشهر التصرفات وإعطاء الحجية وإثبات الحقوق.

(1) تنص الفقرة الثالثة من المادة (9) من القانون رقم 114 لسنة 1946 على أنه "ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

ولكن في المقابل لذلك نجد أن صدر المادة (10) مكرر من القانون رقم (9) لسنة 2022 ينص على لفظ " يجوز أن تشهر الوقائع " , فهذا نص صريح في أن شهر الوقائع غير واجب لنقل الملكية واكتساب الحجية , فيجوز أن تشهر ويجوز أن لا تشهر.

وإذا استحضرنا هنا المعنى الذي ذكرناه بخصوص لفظ (الوجوب) في القانون رقم 114 لسنة 1946 تبين لنا أن الحجية هنا ليس لها علاقة بالشهر, وأن حجية الوقائع المادية (التقادم) مكتسبة بمجرد تحققها, وغير متوقفة على شهرها, إذ لو كانت حجية الوقائع مرتبطة بالشهر لأوجب المشرع شهرها على غرار ما فعله في القانون رقم 114 لسنة 1946 .

وبمعنى آخر, فلما أن أراد المشرع في القانون رقم 114 لسنة 1946 أن يكسب المحررات الحجية الكاملة وأن الحقوق لا تنشأ لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم إلا بالتسجيل أوجب التسجيل , وبالمقابل جعل المشرع شهر الوقائع أمر اختياري في قانون الشهر الجديد وهو قانون خاص بالشهر , ليبدل بصريح العبارة أنه إذا لم تسجل الواقعة المادية فهذا ليس له علاقة بكسب الملكية إذ لو كان نقل ملكية الملكية في التقادم متوقف على التسجيل لأوجب شهرها ولم يجعلها أمر جوازي .⁽¹⁾

فإن قال قائل إذا كان شهر الواقعة المادية ليس له علاقة بكسب الملكية وأن كسب الملكية بالحيازة يتحقق بمجرد حدوثها, فما فائدة الشهر هنا, ولماذا نص المشرع على هذه المادة هنا إذ وجودها مثل عدمها.

نقول هذا غير صحيح, لأن للتسجيل العقاري هنا مزايا كثيرة من أهمها:

- 1- تزويد الحائز بسند مسجل يثبت ملكيته يمكنه عن طريقه أن يرفع دعوى الاستحقاق على أي شخص يعتدي على حيازته وذلك إذا أخفق في استرداد الحيازة.
- 2- يستطيع الحائز بعد حصوله على السند المسجل أن يتعامل في يسر وسهولة مع جهات الإدارة بخصوص العقار , دون حاجة لأن يبحث في كل مرة عن دليل على اكتسابه الملكية عن طريق واقعة التقادم.
- 3- تشجيع الإئتمان العقاري, حيث يستطيع الحائز أن يحصل على قروض بضمان العقار المسجل, وهذه القروض يمكن أن تستخدم في إنشاء مشروعات اقتصادية تساعد على استيعاب اليد العاملة وتساهم في زيادة الدخل القومي.

(1) وقبل أن ننشر هذا العمل وجدنا الاستاذ الكبير د/ حسام الالهواني يوافقنا الرأي هنا بمثل ما ذكرنا, أنظر البحث السابق ص 1646.

4- التسجيل يساعد الدولة على حصر الملكية العقارية بحيث يكون لديها بيانات واضحة ومحددة تمكنها من حساب الضرائب والرسوم التي تفرضها على العقارات.

5- التسجيل يقدم حلا للصعوبات التي تعترض أصحاب عقود البيع العرفية , وذلك بتمكنهم من تسجيل ملكياتهم دون الاصطدام بالصعوبات الخاصة بتسلسل العقود أو بضرورة رفع دعاوى صحة و نفاذ عقد البيع⁽¹⁾.

هذه هي بعض آثار ومزايا تسجيل الواقعة المادية التي من أجلها يجب أن يسن التشريع, أما عن تكيف واقعة الشهر ذاتها فهي ليست لكسب الملكية وإنما فقط لإثبات الملكية وثبوتها خالية من أي نزاع , فإننا إذ قررنا بنص القانون وأحكام القضاء أن الحياة مكسبة للملكية بذاتها من غير اللجوء للتسجيل فإن هذا لا يغني عن إثبات هذه الواقعة لإعمال آثارها.

فلو تمسك شخص ما بأنه واضح يده على عقار معين المدة الطويلة المكسبة للملكية وأنه يتحدي بنصوص المادة (968) مدني مصري , فإن هذا لا يغنيه عن إثبات هذه الواقعة , فإذا رفع دعوى تثبت ملكية يجب عليه أن يثبت ملكيته , فإذا أثبتها كان حكم القاضي بالملكية مقررا للحق وليس منشأ له⁽²⁾ .

وهكذا فإن نص المادة (10) يجب أن يكون لإثبات الملكية فقط في الشهر العقاري وليس لاكتساب هذه الملكية, لأن الشخص يكتسب أصلا هذه الملكية منذ خمسة عشر سنة أو يزيد, ووظيفة الشهر العقاري تقتصر فقط على إثبات هذه الملكية والتحقق منها⁽³⁾ وتسليم الحائز محررا رسميا يستعمله في مواجهة الغير كما ذكرنا آنفا.

(1) د/ الاهواني , البحث السابق ص1640 وما بعدها.

(2) أنظر الطعن رقم 1737 لسنة 58 قضائية جلسة 13 فبراير سنة 2006. ولا يقال هنا أن حكم القاضي في الحكم بصحة و نفاذ عقد البيع الابتدائي إنما هو أيضا حكم مقرر للحق وليس منشأ له , والأصل أن حكم القاضي إنما هو حكم مقرر للحق وليس منشأ له , ومع ذلك لا يغني ذلك عن تسجيل هذا الحكم في الشهر العقاري, إذ ووفقا للمادة (9) من قانون الشهر العقاري يجب تسجيل الأحكام القضائية المثبتة للحقوق العينية العقارية , لا يقال ذلك لأن الحكم بالصحة و النفاذ حكم لا يتعلق بنقل الملكية وإنما بصحة العقد من عدمه وإثبات حق المشتري في العقار, ولكن حتى تنتقل الملكية من البائع لهذا المشتري لا بد من تسجيل هذا الحكم في الشهر العقاري, فالملكية هنا تنتقل بأمرين: أحدهما أصلي وهو العقد الصحيح والثاني تباعي وهو التسجيل (نقض مدني 3 يونيو سنة 1943 مجموعة عمر 4 رقم 68 ص 183), أما حكم تثبت الملكية فهو حكم ينصب على الملكية مباشرة , فيحتاج لإثباتها أمام القاضي ولا يحتاج لشهرها في الشهر العقاري , لأنه حكم ينصب مباشرة على منح الملكية وانتقالها مباشرة.

(3) وهذا يشبه انفساخ العقد بناء على الشرط الفاسخ الصريح, إذ تنص المادة (158) مدني على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه, وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه" فالفسخ هنا واقع بحكم الأطراف ولا يثبت إلا بحكم القاضي مقررا لهذا الفسخ, د/ سليمان مرقس, نظرية العقد والإرادة المنفردة الطبعة الرابعة 1987 دار الكتب القانونية شتات نبذة 344 ص 655 .

فإن قيل إن الشهر العقاري جهة لكسب الملكية سواء بالإنشاء أو الانتقال وليس جهة لإثبات هذه الملكية, قلنا هذا غير صحيح, وبيان ذلك ما هو القول في نص المادة (13) من القانون رقم 114 لسنة 1946 والتي تنص على أنه " يجب شهر حق الإرث بتسجيل اشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد الشركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية.....".
 فهل شهر حق الإرث منشئ أو ناقل للملكية أو حتى لأي حق عيني عقاري آخر ؟ .

الإجابة بالتأكيد لا , بل إن إشهار حق الإرث كاشفا للحق وليس منشأ للحق , لأن الملكية تنتقل للورثة بمجرد الوفاة , وشهر حق الإرث إجراء أقل من إجراء إثبات الملكية, لأن في واقعة اشهار حق الإرث - وهي واقعة مادية مثل التقادم - تكون الملكية ثابتة للمتوفى بموجب المحرر المشهر, وانتقلت بمجرد الوفاة للورثة , فلا يقوم الشهر العقاري بإثبات الملكية للمتوفى ولانقل الملكية للورثة, فالملكية تنتقل للورثة بقوة القانون بمجرد وفاة المورث⁽¹⁾, ولكن القانون جعل جزءا من شهر حق الإرث هو أنه لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الورثة في أي حق إلا بعد تسجيل حق الإرث⁽²⁾, وهو أمر لا يتعلق بنقل ملكية ولا إثباتها .

ونخلص من ذلك أن إشهار حق الإرث هو مجرد إثبات لواقعة مادية فقط هي واقعة الوفاة , فلا أقل إذاً أن يقرر القانون إثبات واقعة مادية أخرى وهي التقادم أسوة بإشهار حق الإرث, فإذا رتب القانون على هذا الإثبات نقل الملكية لواضع اليد فإن ذلك يجب أن يراعى فيه اعتباران هما الأول : أن انتقال الملكية هنا يعتبر أثرا كاشفا لعملية الإثبات هذه وليس انشاء لحق جديد, بدليل أن للملكية هنا تكون بأثر رجعي, والثاني : أنه لا يرتب على عدم تسجيل واقعة التقادم عدم الاحتجاج بالحقوق التي يحتج بها واضع اليد قبل الغير , وهذا ما أقره التقنين المدني والذي يخالف ما أقره مشروع الشهر العقاري في قانونه الجديد.

كل هذا هو الفهم الصحيح والمفترض لنص المادة (10) مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022, وذلك يتسق تماما مع نصوص القوانين الأخرى وتستقيم النصوص القانونية في أوضاع دستورية , ولكن جاءت الفقرة الأخيرة من النص المذكور لتتسبب كل المعاني التي ذكرناها لتعاكس النصوص القانونية الأخرى وتضاد القواعد القانونية المستقرة وتناقض المفاهيم الفقهية المعروفة , فلا أقل إذا من القول بعدم الدستورية.

(1) د / السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 30 ص 87 وفقرة 69 ص 176.
 (2) المادة (13) من القانون رقم 114 لسنة 1946 .

فإن قيل إن الحيازة في هذه المادة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية ومصدر من مصادر كسبها فلا يغني ذلك عن شهرها , فهي مثل العقد تماما , فهو سبب من أسباب كسب الملكية ولكن لا ينقل الملكية بذاته فيجب شهره لينقل الملكية.

ونقول في الرد على ذلك أن الحيازة غير العقد, لأن الحيازة لها وضعها الخاص, فهي واقعة مادية تخضع في كسبها للملكية للقانون المدني , والعقد إنما هو تصرف قانوني يخضع في كسبه للملكية لقانون الشهر العقاري , فالحيازة مكسبة للملكية بذاتها⁽¹⁾ , والعقد لا يكسب الملكية بذاته ولكن يجب شهره⁽²⁾ , ثم إن هناك فرقا آخر هو أن العقد وإن لم يكن مسجلا فإنه ينشأ التزامات شخصية بين طرفيه⁽³⁾ يخول بموجبه للمشتري حق الدفاع عن الشيء بما له من حقوق مكتسبة عن هذا العقد, ويتحدي بالالتزامات الشخصية الناشئة عن العقد , مما يجعل عملية نقل الملكية في الشهر العقاري غير ذات أهمية, أما الواقعة المادية فلو أنها لم تكسب صاحبها الملكية فلا يوجد أي حق لو اضع اليد يقف به أمام أي معتمد على حقه.

ومما يبرر اعتقادنا أيضا بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة (10) مكرر هو مصادرة هذه الفقرة لفكرة الأثر الرجعي للتقادم, هذا الأثر الذي كان عليه إجماع الفقه القانوني باعتباره أحد أركان التقادم وأهم آثاره, ويعني الأثر الرجعي للتقادم باختصار⁽⁴⁾ أنه إذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به, فإن الملكية تنتقل إلى الحائز, لا من وقت التمسك به أو من وقت اكتماله مدة التقادم فحسب, بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم , فيعتبر الحائز كالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم وهذا ما يقضي به طبيعة نظام التقادم حماية للأوضاع المستقرة⁽⁵⁾.

وإذا كان الأثر الرجعي للتقادم يمثل حجر الأساس في نظام التقادم فقد جاءت الفقرة الأخيرة من المادة(10) مكرر لتنسف كل هذه المعاني وتعصف بالتقادم دون مبالاة, إذ قررت أنه " ويترتب على عدم التسجيل عدم الاحتجاج بالحقوق المشار إليها قبل الغير " , ويقصد بعدم الاحتجاج عدم نفاذ الحقوق في مواجهة الغير أي اعتبار الحقوق بالنسبة للغير كأنها غير موجودة⁽⁶⁾.

(1) نقض مدني 32 يونيو سنة 1964 مجموعة أحكام النقض 15 رقم 138 ص 890.

(2) المادة (9) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.

(3) المادة (9) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.

(4) سوف نبسط الشرح حول الأثر الرجعي للتقادم وتطبيقاته في المبحث الأول من الفصل الثاني.

(5) د / السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 415 ص 1067.

(6) د / الأهواني, البحث السابق ص 1646.

فالأثر الرجعي هو الركن الركين في التقادم, إذ أنه لا معنى للقول بالتقادم مع نفي الأثر الرجعي له, وكأننا نقول بوجود عقد البيع الذي الثمن فيه تبرع, أو بوجود شركة مساهمة تتكون من شخص واحد, وهذا كله محال.

والناظر لهذه الفقرة يجد أن المشرع قام بتحويل نظام التقادم بطريقة تحيله عن طبيعته, فقام المشرع بإلغاء الأثر الرجعي للتقادم, ثم جعل التسجيل عنصراً من عناصره, فأدخل ركناً جديداً وأخرج عنصراً مهماً⁽¹⁾.

وأعتقد أن الذي اضطر المشرع لا اعتناق هذا المبدأ وإقرار هذه الفقرة هو صعوبة تطبيق الأثر الرجعي للتقادم من الناحية العملية بالشهر العقاري, وذلك لأن الأثر الرجعي يعني أنه لو تقدم حائز للشهر العقاري بتاريخ 2023/1/1 لإشهار واقعة وضع اليد التي تبدأ من تاريخ 2018/1/1 وقام الشهر العقاري بشهر التقادم, ثم ظهر أن هناك عقد بيع أو رهن أو أي تصرف آخر مشهر خلال مدة الخمس سنوات فإن الأثر الرجعي هنا يقضي بعدم الاعتراف بهذا المشهر وهذا أمر يصعب تطبيقه عملياً.

هذا المبرر لا يمكن تفهمه والقول به لسببين أولهما: أننا لا يمكن أن نغير من أركان نظام قانوني ونحيله عن طبيعته وماهيته إلى معنى لا مفهوم له من أجل صعوبة التطبيق العملي وإلا لأدى ذلك إلى عدم استقرار القاعدة القانونية وعدم تحديد المفاهيم والمعاني المستقرة, والثاني: أن فكرة عدم الأثر الرجعي وعدم الاعتراف بالمشهر معمول بها في الشهر العقاري⁽²⁾, فمثلاً الأحكام القضائية الصادرة ببطلان المشهر أو الحكم القضائي الصادر بإلزام الشهر العقاري بالتأشير الهامشي بإلغاء المشهر واعتباره كأن لم يكن, ففي كل هذه الحالات وما شابهها يقوم الشهر العقاري بعدم الاعتراف بالمشهر وهو نفس الأثر الرجعي للتقادم, فلئن كان ذلك جائزاً بحكم القضاء فحكم القانون أولى بالتنفيذ.

ومن الجدير بالذكر أن الفقه القانوني قد قرر ما ذهبنا إليه من عدم دستورية الفقرة الأخير من المادة 10 مكرر فيقول " ويلاحظ أن عدم الاحتجاج بالحقوق على الغير إلا من تاريخ التسجيل حكم يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر بنص المادة الثانية من دستور 2014 المعدل عام 2019 تجعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع, بيان ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم كسبب مكسب أو مسقط للحقوق, ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية أخذوا بنظام عدم سماع الدعوى لمرور الزمن, وقوام هذا النظام أن ترك المالك العين في يد

(1) أنظر في عيوب المادة 10 مكرر د/ الأهواني, البحث السابق ص1646.

(2) أنظر في تطبيق خاص لفكرة الأثر الرجعي لشهر العريضة المادة (17) من القانون رقم 114 لسنة 1946.

الحائز وسكوته عن رفع دعوى الملك دون عذر مشروع لفترة طويلة يقيم قرينة قاطعة على أن الحائز هو المالك, واستنادا إلى هذه القرينة يمتنع القاضي عن سماع دعوى الملك, أي أنه يعترف بثبوت حق الحائز, فحكم القاضي يعد بمثابة دليل على الملك الثابت من تاريخ بدء الحيازة, وهو ما يعني أن تصرف الحائز الوارد على العين خلال فترة الحيازة تعتبر صادرة من مالك, وعلى ذلك فإن النص الذي تعارض مع ما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وقننته بعض التشريعات الوضعية يعد حكما مناقضا للدستور وعرضة للطعن عليه بعدم الدستورية⁽¹⁾.

- مدى تحقيق الفقرة الأخيرة من المادة (10) لفكرة الأمن القانوني .

إن دراسة نص المادة (10) مكرر من قانون الشهر العقاري يفرض علينا استحضار فكرة الأمن القانوني, لأنها هي الحاكمة على مدى دستورية الفقرة الأخيرة من هذه المادة .

وقد عرف الفقهاء الأمن القانوني بتعريفات كثيرة⁽²⁾, لعل من أهمها هو أنه "قيد موضوعي عام على كل سلطات الدولة وبخاصة السلطة التشريعية, وذلك لغرض اطمئنان الأفراد والمؤسسات إلى استمرار علاقاتهم القانونية وفقا لتلك القواعد, وعدم إمكانية مفاجأتهم بقواعد قانونية جديدة تغير ترتيبهم لأوضاعهم وفق ذلك"⁽³⁾, ويرى البعض الآخر أن فكرة الأمن القانوني تعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الأمن والطمأنينة بين أفراد العلاقة القانونية بحيث يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية العامة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها, دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة من السلطات العامة ليكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار⁽⁴⁾.

ويتضح من تعريفات الفقه المختلفة لفكرة الأمن القانوني أنه يركز على محاور أساسية هي :

- (1) د/ الأهواني, البحث السابق ص1647.
- (2) أنظر في ذلك بالتفصيل د/ هانم احمد محمود سالم, ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالاته ص 13 وما بعدها بدون ناشر.
- (3) د/ هانم أحمد محمود سالم, المرجع السابق ص 15.
- (4) د/ أحمد عبدالظاهر, مقالة بعنوان (مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية) نشرت في 31 ديسمبر 2009 بواسطة law .

أولاً: تأمين النظام القانوني من الاختلالات والعيوب التشريعية الشكلية والموضوعية وتفاذي إصدار تشريعات مضطربة .

ثانياً: التزام المشرع بعدم مفاجأة أو مباغطة الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة .

ثالثاً: تحقيق قدر من الثبات بالنسبة للعلاقات القانونية والاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أصحاب الأوضاع القانونية المختلفة.

والسؤال الآن هو هل تحقق نص الفقرة الأخيرة من المادة (10) من قانون الشهر العقاري الجديد هذه المحاور الأساسية لمفهوم الأمن القانوني؟.

الإجابة بالتأكيد لا . لا يتحقق الأمن القانوني الناتج عن تطبيق هذه المادة , فأما بالنسبة للمحور الأول فقد رأينا أن نص الفقرة الأخيرة يخالف نصوص القانون المدني وأحكام القضاء وما أجمع عليه الفقهاء فاين الأمن القانوني إذا .

وأما بالنسبة للمحور الثاني والثالث فإن نص الفقرة الأخيرة قد تسبب في خلل كبير في العلاقات القانونية وعدم ثبات وعدم استقرار الأوضاع الواقعية, مما ينعكس بالسلب على الحياة الاجتماعية والاقتصادية بشكل كبير مما يوقعنا في افتراضات قانونية غريبة لا يمكن القول بها أو الارتكان عليها.

وللتدليل على دعوانا هذه نقول بأن القانون المدني ونصوصه (مادة 968 و969) تفترض أن كل شخص يضع يده على عقار مستوفياً لشروط الحيابة يعتبر مالكا لهذا العقار وفقا لما قررناه في دراستنا السابقة, وهذه النصوص من الناحية القانونية تتسق تماما مع نصوص القوانين الأخرى , إذ لا مخالفة تذكر مع أي نص قانوني آخر, ومن الناحية الواقعية يتحقق اطمئنان في حياة الناس وثبات واستقرار في المعاملات العقارية, فهو من ناحية اطمئنان الناس فإن كل شخص يصبح مطمئنا أن العقار الذي تحت يده إنما هو عقاره ويملكه ملكية قانونية تمنع الآخرين من الاعتداء عليه, ومن ناحية ثبات واستقرار المعاملات العقارية إذ لكل شخص أن يبيع أو يشتري هذا العقار لأن كلا من البائع والمشتري يطمئن إلى أن موقف هذا العقار سليم وقانوني, لأنه يرتكز على قاعدة قانونية سليمة وهو التقادم.

وبالعكس تماما بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة (10) مكرر والتي تشترط تسجيل التقادم للاحتجاج به, فإننا نجد أن هذه الفقرة تحقق زعزعة الثقة في المعاملات العقارية وعدم ثبات واستقرار الملكية العقارية , فإن كل شخص يضع يده على عقار حتى لو كان ألف سنة بأي سبب من أسباب انتقال الملكية فإن ذلك لا

يعطيه أي حق قانوني إذ لا يعتبر مالكا ولا يكسب أي حق قانوني على العقار وبصريح نص الفقرة الأخيرة (عدم الاحتجاج بأي حق قبل الغير).

فإذا كان هذا العقار ليس ملك هذا الشخص ولا يكتسب أي حق عيني عليه فيكون في موقف المعتصب لهذا العقار, ويجوز لأي شخص آخر الادعاء بأن هذا العقار ملكة هو وليس ملك واضع اليد ويتحدى بنص الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة ولا يمكن لواضع اليد أن يحتج بنص المواد (963 و964)⁽¹⁾ مدني مصري لا هذه النصوص ليس لها علاقة بالملكية وانما تتعلق بوضع مؤقت هو وضع الحيازة فقط وليس الملكية .

هذا كله فضلا علي أن نص الفقرة الأخيرة هذا يفرض علينا فرضا قانونيا غير مقبول, إذ لو كان واضع اليد على العقار ليس مالكا له لأنه لم يسجل التقادم فمن المالك إذا , فنبقى أمام فرضين لا يمكن قبولهما , الأول: إن هذا العقار يبقى بلا مالك فلا مالك له, والثاني : أنه يعتبر ملكا للدولة وكلا الفرضين غير مقبول من الناحية القانونية ومن الناحية العقلية , إذ لا يمكن أن يكون هناك عقار بلا مالك, فهذا شيء غريب على لغة القانون وغير مقبول أيضا أن نقول أن أكثر من 90% من العقارات المصرية الغير مسجلة⁽²⁾ تعتبر ملك للدولة وليس ملك للأفراد.

من خلال هذا البحث يتبين لنا مدى الخلل الحادث من جراء هذه الفقرة وانعكاساته على الوضع الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع , فلا يمكن والوضع هكذا أن ندعي أن نص الفقرة الأخيرة يحقق الأمن القانوني , فهذا أمر غير مستساغ قانونا وغير مقبول واقعا.

ويجدر بنا هنا أن نشير إلى عملية الإصلاح التشريعي التي تمت في فرنسا بخصوص تعديل بعض نصوص القانون المدني الفرنسي , وذلك باصدار المرسوم بالقانون رقم 131 لسنة 2016 بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والاثبات , وقد أوضح التقرير المرفق بالمرسوم والتي تم رفعه إلى رئيس الجمهورية الفرنسية الأهداف الأساسية التي يسعى إليها التعديل الجديد لقانون العقود والالتزامات والاثبات الفرنسي , وهي بحسب ما جاء بالتقرير المذكور:

(1) تنص المادة (963) مدني مصري علي ان "اذا تنازع أشخاص متعددون علي حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية , إلا إذا ظهر أنه قد حصل علي هذه الحيازة بطريقة معيبة" وتنص المادة (964) مدني مصري علي أنه" من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل علي العكس".

(2) هذه النسبة ثابتة في تقرير اللجنة المشتركة عن مشروع القانون رقم 9 لسنة 2022, سابق الإشارة إليها.

-الأمان, أو الاستقرار القانوني , واعتبر التقرير أن ذلك هو الهدف الأساسي الذي يسعى التعديل بما تضمنه من أحكام إلى تحقيقه , وذلك من خلال المزيد من التوضيح والتبسيط في أحكام قانون العقود وجعلها أكثر إتاحة للمواطنين وأن صياغة القانون المدني الفرنسي, والتي لا يشك أحد في تميزها لم تعد سهلة الاستيعاب من قبل جموع المواطنين, كما أن بعض الصياغات تقادم عليها العهد, لذلك عمد المرسوم الى جعل نصوص قانون الالتزامات في متناول المواطن العادي, وصياغتها بلغة يسهل عليه إدراك معناها, وذلك باستخدام مصطلحات معاصرة وصياغات بسيطة , أكثر صراحة , دون تخذل عن التحديد والدقة التي صبغت دائما القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

الناظر في هذا التقرير سيجد أن هذا التعديل في القانون الفرنسي يعتبر أن الهدف الأسمى هو تحقيق الأمن والاستقرار القانوني وهذا هو الأساس الذي يسعى إليه التعديل , رغم أنه لم يكن هناك نصوص متعارضة أو متناقضة استدعت هذا التعديل , ولكن لمجرد تحقيق الاستقرار والأمان القانوني.

فإذا كان الحال كذلك أفلا يستدعي الحال في مصر بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة (10) من القانون 9 لسنة 2022 إلغاء هذه المادة لتحقيق الأمان القانوني رغم معارضة هذا النص صراحة مع النصوص الأخرى , علما بأن إلغاء هذه الفقرة لن يؤثر على الغاية العليا التي ابتغاها المشرع من القانون وهو التيسير وحض الناس على تسجيل الملكيات .

ولذلك فإنني أتفق مع الفقه الذي يرى ضرورة تعديل الفقرة الأخيرة من نص المادة (10) مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022⁽²⁾ ليكون نصها على النحو الآتي "ويترتب على التسجيل ثبوت حق الحائز بسند مسجل"⁽³⁾.

المبحث الثالث

قانون الشهر العقاري وشهر واقعة الرهن الحيازي

(1) د/ محمد حسن قاسم, قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية منشورات الحلبي الحقوقية 2018 ص 8- د/ أشرف جابر, الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية , لمحات في بعض المستجدات ملحق خاص - العدد (2) الجزء الثاني صفر/ ربيع الاول 1439 هـ - نوفمبر 2017 م ص 293.

(2) وسوف أعرض رأبي هذا أيضا ونحن بصدد دراسة الأثر الرجعي للتقادم في الفصل الثاني.

(3) د/ الأهواني, البحث السابق ص 1649, ويرى الدكتور الأهواني أنه يلزم إضافة عبارة "دون إخلال بالأثر الرجعي للتقادم" ولكني أرى أن هذا الأثر الرجعي للتقادم يتم بقوة القانون - وسنرى ذلك تفصيلا في الفصل الثاني - فلا ضرورة للنص عليه, ولكن إن تم تقريرها منعا لحدوث لبس وقطعا للإجتهد فلا مانع من ذلك .

من المتعارف عليه أن الرهن ينقسم إلى رهن رسمي وآخر حيازي , ولكل منهما قواعد المستقرة في القانون المدني , فكلاهما تصرفات وكلاهما عقد⁽¹⁾ , ولذلك كان شهر هذه العقود من أهم اهتمامات قانون الشهر العقاري رقم (114) لسنة 1946⁽²⁾ .

ومن المقرر أن شهر عقود الرهن بنوعيه على اعتبار أنهما تصرفات توجب التسجيل حتى تكون حجة علي الغير أسوة بشهر التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية⁽³⁾ .

والوقائع بشكل عام تنقسم إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية وكانت القاعدة العامة في قانون الشهر العقاري الصادر برقم 114 لسنة 1946 هو شهر التصرفات القانونية فقط, تاركا الوقائع المادية للقانون المدني والذي بدوره يكسب الملكية أو الحق العيني فيها لصاحبها بمجرد حدوثها وتحقق أسبابها بدون اشهار تلك الواقعة المادية⁽⁴⁾ .

وبعد صدور قانون الشهر العقاري رقم 9 لسنة 2022 والذي نص فيه علي شهر الوقائع المادية التي تستند الي الحيازة والتقدم كان علينا أن نبحث عن مدى جواز شهر واقعة الرهن طبقا لقانون الشهر العقاري الجديد , ولكن قبل ذلك كان لزاما علينا أن نبحث عن مدى حضور الرهن لقواعد الحيازة والتقدم المكسب .

ولذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

(1) تنص المادة (1030) مدني مصري على أنه " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا , يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون " وتنص المادة (1096) على أنه " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص , ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون " .

(2) تنص المادة (12) من قانون الشهر العقاري رقم (114) لسنة 1946 على أنه "جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد , ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة علي الغير " .

(3) المادة (9) من القانون 114 لسنة 1946 .

(4) ونعتقد ان سبب ذلك يرجع إلى أن القائمين على التسجيل (مصلحة الشهر العقاري والتوثيق) إنما هم موظفون وليس لهم سلطة إلا تطبيق القانون فقط من الناحية النظرية والمستندية دون أن يكون لهم الحق في أي سلطة تقديرية في عملية الشهر وإنما هم منفذون لنصوص القانون الصريحة , أما الواقعة المادية فانما هي تقوم على سلطة تقديرية وتحقيق وقائع وانتداب خبراء وسماع شهود وتقديم أدلة وغير ذلك من وسائل الإثبات التي لا يمكن أن يقوم بها موظف الشهر العقاري , ولذلك أعطى القانون المصري للقاضي فقط الحق في إقرار الملكية لهذا النوع من الوقائع لما له من سلطة الولاية العامة والسلطة الكاملة والحيادية المقترضة.

- المطلب الأول : مدى خضوع الرهن الحيازي لقواعد الحيازة والتقدم المكسب .
- المطلب الثاني: شهر واقعة الرهن الحيازي في قانون الشهر العقاري الجديد.

المطلب الأول

مدي خضوع الرهن الحيازي لقواعد الحيازة والتقادم المكسب

- صورة المسألة:

تصورنا لمسألة البحث تقوم بافتراض أن شخصا مثلا وليكن (أ) اقترض مالا من شخصا آخر وليكن (ب) , ثم قام (أ) برهن عقار ما رهنا حيازيا لصالح (ب) وفاءً للدين الذي عليه لصالح (ب) , ثم قام (ب) باستلام العقار وحيازته وفقا لنصوص القانون لمدة خمس عشرة سنة أو اكثر, ثم اتضح بعد ذلك أن (أ) لم يكن يملك العقار الذي رهنه لصالح (ب) , وإنما ذلك كان رهنا لملك الغير وليكن (ج) .

والسؤال اذا هو هل يحق ل (ب) أن يحتج على مالك العقار الحقيقي (ج) بحق الرهن استنادا لقواعد الحيازة والتقادم المكسب أم لا يجوز له ذلك؟.

بداية يجب أن نستبعد الرهن الرسمي من بحثنا , لأن أساس الموضوع هو حيازة يتمتع بها دائن مرتهن علي عقار ما ليس مملوك للراهن , وهذا غير واقع بالنسبة للرهن الرسمي, لأن الرهن الرسمي ليس فيه انتقال الحيازة من المدين الراهن لصالح الدائن المرتهن , وإنما يبقي المدين الراهن مستقلا بحيازة العقار محل الرهن بخلاف الرهن الحيازي الذي يستقل الدائن المرتهن بحيازة العقار محل الرهن مما يبرر له حق المطالبة بكسبه حق الرهن بالتقادم المكسب⁽¹⁾ .

يجب أولا أن نقدم بين يدي الإجابة بتعريف الحيازة وبيان ماهيتها ومحلها حتى يتضح المقال .

- تعريف الحيازة , ومحلها :

الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية علي شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حق من الحقوق⁽²⁾ , وعليه فإن الحيازة هي وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية علي حق , سواء كان الشخص هو صاحب الحق

(1) المادة(1099) مدني مصري.

(2) نص المادة (1398) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري.

أو لم يكن , والسيطرة الفعلية علي الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق (1).

ولقد مر تطور مفهوم الحيازة بمراحل مختلفة , فبدأت الحيازة في القانون الروماني سيطرة فعلية يباشرها الحائز علي شيء مادي على اعتبار أنه مالك لهذا الشيء فيحرزه احراراً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك , فهي استعمال لحق الملكية علي شيء مادي , ثم تطورت الحيازة حتى أصبحت في القانون الفرنسي عبارة عن استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى , كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز, فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (2) .

وفي القانون المصري يرى الفقه أن الحيازة هي تسلط شخص على شيء تسلطاً فعلياً بصفته مالكا للشيء أو صاحب حق عيني عليه , وبناء عليه فتقتصر الحيازة بمعناها الدقيق على الحقوق العينية (3) , وهذه الحقوق العينية هي حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية مثل حق الانتفاع , والاستعمال , والسكني , والارتفاق والحكر , والرهن الحيازي (4) .

ويرى البعض الآخر أن محل الحيازة هو حق عيني, فلا تتحقق الحيازة إلا بالنسبة للحقوق العينية , والحيازة تشمل الحقوق العينية الأصلية وفي مقدمتها حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه , فيجوز حيازة حق الارتفاق , كما تمتد الحيازة لتشمل أيضاً الحقوق العينية التبعية , إذ تفيد العديد من نصوص القانون المدني صراحة سريان أحكام الحيازة في مجال الرهن الحيازي (5) .

وبناء على ما ذكر , فإن حق الرهن الحيازي قابل للحيازة , لأنه يفترض أن صاحب الحق يحوز شيئاً معيناً بقصد استعمال حق عيني عليه (6) , فالدائن المرتهن رهن حيازي بما له على الشيء من حق عيني يخوله حيازته وإدارته يعتبر حائزاً قانونياً بالنسبة لحق الرهن (7) , إذ تنص المادة (1099) مدني على أنه "على الراهن

(3) د عبدالرزاق السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 251 ص 767 .

(1) أنظر في تطور الحيازة لتتنطبق على جميع الحقوق د/السنهوري, المرجع السابق فقرة 252 ص 768 وما بعدها.

(2) د/ إسماعيل غانم , الحقوق العينية الأصلية , الجزء الثاني(موجز في أسباب كسب الملكية) مكتبة عبدالله و هبه 1962 ص 56 وما بعدها .

(3) د/ إسماعيل غانم , المرجع السابق ص 58 وما بعدها.

(4) د/ محمد السعيد رشدي, المرجع السابق ص 487 .

(5) د/ عبد المنعم البدرأوي, شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية , دار الكتاب العربي بمصر 1956 فقرة 492 ص 510.

(6) د/ البدرأوي , المرجع السابق فقرة 487 ص 502 .

تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه"، وتنص المادة (1106) مدني على أنه " يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون.....".

إذا ثبت هذا واستقر أن حق الرهن الحيازي قابل للحيازة , فمن الطبيعي أيضا أن يكسب هذا الحق أيضا بالتقادم المكسب الطويل والخمسي⁽¹⁾ , وذلك لأن نظام التقادم بنوعية يقوم على تحقيق واقعة الحيازة بشرائنها القانونية المعروفة .

ونصوص القانون المدني حاكمة على هذا الأصل, إذ تنص المادة (968) على أنه " من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له او حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون ان يكون الحق خاصا به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " كما تنص المادة (969) علي أنه " اذا وقعت الحيازة علي عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

فالناظر لهذه النصوص يتبين له أن حيازة الحق العيني على العقار في النصوص السابقة يشمل الرهن الحيازي ولا ريب في ذلك , وفي ذلك يقرر الفقه أنه كما تكسب الملكية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر, وتكتسب الملكية الشائعة في العقار والمنقول وملكية الرقبه وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الاتفاق الظاهر وحق الحكر وحق الرهن الحيازي في العقار والمنقول⁽²⁾ .

وبناء عليه فإن الدائن المرتهن رهن حيازة بما له على الشيء من حق عيني يخوله حيازته وإدارته يعتبر حائزا قانونيا بالنسبة لحق الرهن, وان اعتبر حائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكية, شأنه في ذلك شأن المنتفع , ولهذا فإن للحائز المرتهن أن يكسب على العين حق الرهن بالتقادم في حالة صدور الرهن من غير مالك⁽³⁾ .

وبناء على ذلك فإنه بالرجوع للمسألة التي طرحناها في أول المطلب فإنه يحق للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتمسك بحق الرهن الحيازي الذي كسبه بالتقادم في

(1) أنظر في اكتساب حق الرهن الحيازي بالتقادم الخمسي د/ السنهوري , المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 420 ص 1082 .

(2) د / السنهوري المرجع السابق, الجزء التاسع فقرة 372 ص 984 .

(3) د / البدرابي , المرجع السابق فقرة 487 ص 502 , ويقرر هذا المعنى أيضا في موضع آخر فيقول سيادته " فالرهن الحيازي قابل للحيازة , لأنه يفترض أن صاحب الحق يحوز شيئا معيناً بقصد استعمال حق عيني عليه , ويترتب على ذلك أن الرهن الصادر من غير مالك يصح أن يؤدي إلى اكتساب الرهن على الشيء بمضي المدة (التقادم) المرجع السابق فقرة 492 ص 510 .

مواجهة المالك الحقيقي للعقار بشرط توافر الشروط القانونية المعتبرة لكسب الحقوق بالتقادم.

وكما يجوز كسب حق الرهن من غير مالك بمضي خمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل فيجوز كذلك تحقق ذلك في التقادم المكسب الخمسي, وذلك في حالة لو أن شخصا ما وليكن (أ) غير مالك للعقار قام بقيد حق الرهن الحيازي لصالح شخص آخر وليكن (ب), وكان (ب) حسن النية وقت تلقي الحق, واستمرت حيازته لمدة خمس سنوات, ثم ظهر أن (أ) لم يكن مالكا للعقار وأن العقار يمتلكه شخص آخر وليكن (ج) فإن (ب) هنا يكسب حق الرهن الحيازي بالتقادم الخمسي ويحتج به على (ج)⁽¹⁾.

ويجدر بنا هنا أن نبين أن الحجية الثابتة هنا بموجب التقادم الخمسي للرهن الحيازي إنما هي في العلاقة بين الدائن المرتهن والمالك الحقيقي, أما في العلاقة بين الدائن المرتهن والراهن غير المالك فإنها علاقة قانونية قائمة ولها حجيتها الثابتة, وذلك لأن عقد الرهن الحيازي له حجية كاملة بين طرفيه, وإنما القيد فقط للاحتجاج به في مواجهة الغير⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر هنا أنه عندما يقال أن الرهن الحيازي هو عقد وأن مصدر الرهن هو العقد أو أن حق الرهن الحيازي ينشأ بمقتضى العقد, فليس معنى ذلك أن مصدر الرهن الحيازي لا يكون إلا من عقد, لأن المقصود من ذلك إنما هو الفرض الغالب, إذ أن الحيازة تعتبر سببا لكسب حق الرهن الحيازي وهي واقعة مادية وليست بتصرف⁽³⁾.

فإذا خلصنا من هذا البحث بأنه يحق للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتمسك بحق الرهن الحيازي الذي كسبه بالتقادم في مواجهة المالك الحقيقي للعقار بشرط توافر الشروط القانونية المعتبرة لكسب الحقوق بالتقادم, لأنه كغيره من الحقوق, فهل القانون رقم 9 لسنة 2022 راعى هذه المسألة وجعل من حق الدائن المرتهن من غير المالك الحقيقي الذي حاز العقار وفقا لمواد التقادم في القانون المدني أن يشهر هذه

(1) هذا الفرض إن كان يصعب تحقيقه عمليا, لأن القيد لا يتم إلا بعد التثبت من حق صاحب القيد, وأن المدين الراهن يمتلك العقار محل القيد, إلا أنه يبقى فرضا نظريا تمشيا مع نصوص القانون, ثم أنه لا يمكن القول بالاستحالة العملية في تطبيقه لأنه يمكن ذلك لأسباب كثيرة مثل خطأ الموظف القائم على عملية الشهر أو تواطؤ ذلك الموظف في إتمام عملية الشهر.

(2) المادة (12) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.

(3) د / منصور مصطفى منصور, مذكرات في القانون المدني التأمينات العينية, مطبعة دار التأليف 1959 - 1960 ص 183.

الواقعة بالشهر العقاري كغيرها من الوقائع المادية؟، هذا ما سوف نراه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

قانون الشهر العقاري الجديد وتسجيل واقعة الرهن الحيازي

الناظر في قانون الشهر العقاري الجديد يعلم تمام العلم أنه قانون جديد يختص بشهر الوقائع المادية بلا استثناء ، وذلك وفقا للغرض من صدور القانون وتشوف الشارع إلى اقبال الناس على شهر ملكياتهم العقارية حفاظا على الإئتمان العقاري بما ينعكس بالإيجاب على الاقتصاد المصري ، ولكن الناظر نظرة متأنية في ألفاظ المادة (10) من القانون رقم 9 لسنة 2022 سيجد شيئا عجيبا وهو أن المادة السالفة تنص على أنه " تشهر الوقائع التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية بطريق التسجيل" .

فهنا اقتصر النص على تسجيل الوقائع التي تخص الحقوق العينية الأصلية فقط ، وهي حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها مثل حق الارتفاق، والانتفاع ، والاستعمال ، والسكنى ، والحكر، أما الحقوق العينية التبعية وهي هنا حق الرهن الحيازي فقط⁽¹⁾ لم يشملها النص السابق، وعليه فلا يجوز شهر واقعة الرهن الحيازي كواقعة مادية.

فيا ترى لماذا استبعد المشرع المصري واقعة رهن الحيازة من عملية الشهر وفقا للقانون الجديد؟!، مع أننا ذكرنا أنفا أن المشرع يحث الناس من خلال القانون الجديد على تسجيل ملكيتهم العقارية حفاظا على الإئتمان العقاري ، ثم تبرأ المشرع من الأفكار التقليدية للأعراف القانونية ليسارع في استقرار الملكية العقارية ، فما الذي جعل المشرع يستبعد واقعة الرهن الحيازي من عملية الشهر؟!!!.

لا نستطيع أن نقول أن المشرع لم يرد التوسع كثيرا في ذكر الوقائع المادية الخاضعة للشهر لأن ألفاظ المشرع في هذا القانون تأتي عامة لتشمل كل الوقائع

(1) وفقا لما قررناه في المطلب السابق من أن الحق العيني التبعية الوحيد الذي يقبل الحيازة هو الرهن الحيازي، وبذلك تدخل في مضمون نصوص التقادم (968 و969) مدني مصري.

حرصا من المشرع على تقنين الملكية العقارية, ثم لا يمكن أن يقال أن شهر واقعة الالتصاق أهم من قيد الرهن.

إنني لا أدع هنا عدم دستورية النص لعدم اشتماله على شهر واقعة الرهن الحيازي, لأن النص هنا لم يخالف قاعدة دستورية أو نصا تشريعيا آخر, ولكن كل ما هنالك أن المشرع مارس اختصاصه الأصيل في التشريع وعدمه .

وبناء علي ذلك فإنني أستطيع أن أقول أن المشرع جانبه الصواب في صياغة هذه المادة بالوضع الذي هي عليه الآن , فما كان ينبغي أبدا أن يستبعد واقعة الرهن الحيازي من الشهر بلا مبرر معقول أو سبب مقبول , خاصة أن ذلك يتنافى تماما مع الغاية التي من أجلها صدر القانون.

وفي الحقيقة أنا هنا قلت أن المشرع جانبه الصواب في صياغة المادة المذكورة ولم أقل أن المشرع أخطأ في القانون , لأنني أرى أن معنى النص ليس مراد المشرع ولم يقصد أبدا ما تدل عليه ألفاظه .

الفصل الثاني

الأثر الرجعي وأحكام تسجيل التقادم

لما صدر القانون رقم 9 لسنة 2022 كان لزاما علينا البحث حول تطبيق التقادم من الناحية العملية, حيث أن قواعد التقادم كانت فترة من الزمن قواعد نظرية بحتة ولا تطبق إلا الشيء الضئيل منها فيما يخص بعض القضايا القليلة في جنابات المحاكم, ولكن اليوم ومع صدور القانون المذكور فنحن أمام تطبيق يومي لقواعد وأحكام التقادم, ولا يكفي هنا الارتكان حول الجانب النظري لهذه القواعد ولكن يجب الغوص في الواقع العملي لنرى مدى ملائمة هذه الأحكام لهذا للتطبيق العملي, أم أن هناك بون واسع بين المجالين, وأهم موضوعات التقادم هو الأثر الرجعي, وهذا هو أهم الموضوعات النظرية وأخطر التطبيقات العملية على الإطلاق, ونستطيع أن نقول أن موضوع الأثر الرجعي للتقادم جدير بدراسة مستقلة بذاتها نظرا لأهميته وخطورته.

وسوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: الأثر الرجعي للتقادم ومشكلاته القانونية وتطبيقاته العملية .

المبحث الثاني: أحكام تسجيل التقادم طبقا للقانون رقم 9 لسنة 2022.

المبحث الأول

الأثر الرجعي للتقادم ومشكلاته القانونية وتطبيقاته العملية

يعتبر الأثر الرجعي للتقادم هو حجر الأساس للتقادم وأهم آثاره، إذ هو ما يميز التقادم عن غيره من التصرفات القانونية والوقائع المادية، فهو الذي يجعل للتقادم طبيعة خاصة تفارق غيرها من الأعمال القانونية، وهذا الأثر الرجعي له وجود بحكم القانون وعليه أحكام القضاء واتفق الفقهاء.

وكنا قد خلصنا في الفصل الأول من هذه الدراسة إلى أن القانون رقم 9 لسنة 2022 في عجز المادة 10 مكرر قد حكم بأنه يتم شهر التقادم بدون أن يكون له أثر رجعي، وبيننا هناك أن هذا مخالف للقانون وأحكام القضاء بل والدستور أيضا بما يوصم ووصفه بعدم الدستورية، ولكننا هنا أردنا أن نشرح بالتفصيل الأثر الرجعي للتقادم ومشكلاته القانونية وتطبيقاته العملية إقرارا منا أن هذا هو الوضع الصحيح الذي لا ينبغي خلافه، ووضع الأمور في نصابها الصحيح، وتأكيدا على مذهبنا الذي اعتنقناه هناك، ولربما يكون في هذا الشرح والتوضيح ملحظ للمشرع فيعدل عن مذهبه والرجوع للوضع الصحيح .

وسوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: الأثر الرجعي للتقادم وما يترتب عليه.

المطلب الثاني: المشكلات القانونية للأثر الرجعي للتقادم.

المطلب الثالث: مصلحة الشهر العقاري والتطبيق العملي للتقادم.

المطلب الأول

الأثر الرجعي للتقادم وما يترتب عليه

من المستقر عليه أنه إذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك بها, فإن الملكية تنتقل إلى الحائز لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب, بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم, فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم⁽¹⁾.

واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضي به طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرمي هذا النظام إلى تحقيقه, فهو يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة, وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم, ومنذ ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل الملاك فيديرها ويؤجرها ويقبض ثمارها ويرتب عليها حقوقا للغير, فإذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين أيجوز بعد ذلك أن نناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة فاطمئنت إليها الناس؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم, واعتبار الحائز مالكا للعين من ذلك الوقت⁽²⁾.

ويترتب على أن للتقادم أثرا رجعيا وأن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ بدء الحيازة - لا منذ تحقق الحيازة وتامها - بعض النتائج الكثيرة⁽³⁾, ولكن ما يهمنا في هذا البحث هما النتيجتان الآتيتان:

النتيجة الأولى: وهي التي تقضي بأنه إذا رتب المالك في خلال مدة التقادم حقا عينيا على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن فإن هذا الحق إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين لا يسرى في حق الحائز, وكذلك الحال لو باع المالك العين, ولكنها بقيت في حيازة الحائز ولم ينقطع التقادم إلى إن اكتملت مدته فإن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ بدء الحيازة ولا يسرى في حقه البيع, إذ يعتبر البيع منه

(1) انظر المراجع الآتية:

د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 415 ص 1067 - د/ عبد المنعم البدر اوي, المرجع السابق فقرة 539 ص 581 - د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 89 - د/ محمد علي عمران, الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني دار النهضة العربية 1978 ص 241 - د/ محمد السعيد رشدي, المرجع السابق ص 0547

(2) د/ السنهوري, المرجع السابق فقرة 415 ص 1067.

(3) راجع هذه النتائج في المراجع المشار إليها سابقا.

صادرا من غير مالك , وتنتج الحيازة أثرها في حق المالك وفي حق المشتري منه(1)

ويعتبر التفسير الوحيد لذلك الأمر هو الأثر الرجعي للتقادم المكسب , فإن الحائز يعتبر مالكا للعين من وقت بدء سريان التقادم , فلا يكون المالك السابق مالكا إياها في خلال هذا الوقت وهو الوقت الذي رتب فيه حق الرهن أو البيع , ومن ثم يكون الرهن صادرا من غير مالك , فلا يسري في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم (2)

النتيجة الثانية : أنه إذا كان التقادم قد ترتب عليه كسب الملكية, فإن الحائز يكسبها بما على الشيء من تكاليف وحقوق عينية كانت موجودة عليه وقت بدء الحيازة (3).

وبناء على ذلك إذا كان الشيء وقت بدء الحيازة مثقلا بحق ارتفاق أو مقررا عليه حق انتفاع فإنه لا يكون من أثر للتقادم المكسب أي كانت مدة سقوط أي من هذه الحقوق, بل إن الحائز يكسب ملكية الشيء بما عليه من حق ارتفاق أو انتفاع أو غيرهما من حقوق عينية أصلية, ولن يستطيع الحائز أن يتمسك بسقوط أي من هذه الحقوق إلا إذا كان صاحبها قد امتنع عن استعمالها مدة خمس عشرة سنة فسقطت بعدم الاستعمال (4).

ويلاحظ أن التقادم المكسب للملكية مستقل عن التقادم المسقط للحقوق, فالتقادم المكسب للملكية قد تكون مدته خمس سنوات أو خمس عشرة سنة, ولكن التقادم المسقط لهذه الحقوق تكون مدته دائما خمس عشرة سنة , فالتقادم المكسب للملكية قد يبدأ, ولا يبدأ عدم استعمال الحق العيني المقرر على الشيء إلا بعد ذلك بمدة , ثم إنه قد يتحقق سبب لوقف التقادم المسقط أو لانقطاعه ولا يتحقق ذلك بالنسبة للتقادم المكسب, لأن الأول يسري ضد صاحب الحق العيني (كالاتفاق والارتفاق) والثاني

(1) من المقرر- في قضاء محكمة النقض- أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت انتقال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم , فيعتبر مالكا لها طول مدة التقادم, بحيث إذا رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين , فإن هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسري في حق الحائز .

(جلسة 1981/5/12 الطعن رقم 958,930 لسنة 47 ق س 32 ص 0(1440

وأنظر أيضا حكم محكمة النقض رقم 12472 لسنة 78 قضائية جلسة 2017/4/24).

(2) د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع ص 1068 .

(3) د/ البدرأوي, المرجع السابق فقرة 538 ص 579 - د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 89 ومابعداها . وفي الحقيقة إن هذه النتيجة لا تدخل ضمن الأثر الرجعي للتقادم ولكن ذكرناه هنا من قبيل التوسع والالمام بأحكام التقادم .

(4) المواد (995, 1027) مدني مصري .

يسري ضد المالك, فمثلا إذا كان مالك العقار المرتفق غائبا وليس له من يمثله قانونا فسيؤدي ذلك إلى وقف التقادم المسقط للارتفاق ولكن يظل التقادم المكسب للملكية ساريا لعدم وجود سبب قام في شخص المالك يوجب وقف مدته, وفي هذا المثال سيتم كسب الملكية بخمس عشرة سنة في وقت يكون الارتفاق مازال قائما على العقار.

كل هذه الأحكام خاصة بالحقوق العينية الأصلية, أما الحقوق العينية التبعية (الرهن أو الاختصاص أو الامتياز) فإن الحائز إذا كسب ملكيته بالتقادم لم يترتب على ذلك سقوط أي من هذه الحقوق, لأن الحقوق العينية التبعية لا تسقط استقلالا بالتقادم المسقط وتظل قائمة ما بقي الدين المضمون ولا تنقضي بانقضائه⁽¹⁾

ولكن إذا كان التقادم خمسيا , أي حيث يستند الحائز في تملك الشيء إلى سبب صحيح وحسن نية طبقا للمادة 969 مدني, أو يستند إلى سند عرفي وفقا للمادة 10 مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022, فإن الانتفاع المقرر على ذات الشيء قد يزول بخمس سنوات أيضا , فبعد مضي هذه المدة يستطيع الحائز أن يتمسك بالتقادم ليس فقط ضد مالك الرقبة بل وضد صاحب حق الانتفاع أيضا , ذلك أنه يكون قد كسب الملك والمنفعة معا, واكتساب الانتفاع يظل مع ذلك هنا مستقلا عن اكتساب الرقبة , فقد يوجد سبب للوقف أو الانقطاع لصالح صاحب الانتفاع دون مالك الرقبة أو العكس⁽²⁾.

وعلى العكس إذا كان الحق الذي قرره المالك الأصلي على العقار قبل بدء الحيابة حق ارتفاق , فإن ملكية العقار تنتقل إلى الحائز محملة به, ويرجع الفرق بين حق الانتفاع وحق الارتفاق إلى أن حائز العقار المرتفق به لا يحوز الارتفاق فلا يتصور أن يكسبه بالتقادم⁽³⁾.

إذا تبين لنا هذا فيجب علينا أن ننقل لنطبق هذه القواعد على الواقع العملي الخاص بالشهر العقاري لنرى ما هو مدى صعوبة تطبيق هذه الأحكام على أرض الواقع, ثم نرى مدى تناغم هذه الأحكام مع المادة 10 من القانون رقم 9 لسنة 2022.

فبخصوص النتيجة الأولى, وهي التي تقضي بأنه لا يسري في حق الحائز جميع الحقوق العينية التي يرتبها المالك الأصلي على العين خلال مدة التقادم, وذلك إعمالا للأثر الرجعي للتقادم, وبناء عليه فإننا لو افترضنا أن بدء الحيابة كان بتاريخ 2018/1/1 ثم ذهب الحائز للشهر العقاري بتاريخ 2023/1/2 لشهر واقعة الحيابة (

(1) د/البدر اوي, المرجع السابق ص580.

(2) د/البدر اوي, المرجع السابق ص 580 وما بعدها .

(3) د/ اسماعيل غانم, المرجع السابق ص 90 وما بعدها0

التقادم) وفوجيء أن هناك عقد بيع أو عقد رهن مشهر بالشهر العقاري بتاريخ سنة 2019 , ففي هذه الحالة يجب على الشهر العقاري التحقق من واقعة الحيازة وفقا للقانون واللوائح والتأكد من توافر الشروط وانتفاء الموانع , فإذا ما تيقن الشهر العقاري من ذلك فيجب عليه إتمام عملية شهر واقعة التقادم مع قيامه بعدم الإعتداد بعقد البيع أو الرهن المشهرين خلال مدة التقادم⁽¹⁾ , إعمالا للأثر الرجعي للتقادم واعتبار البائع أو الراهن غير مالكين للعقار, وأن الملكية هي لصاحب الحق في التقادم من تاريخ بدء الحيازة وهو تاريخ 2018/1/1 , وكذلك الأمر أيضا بخصوص التقادم المكسب الطويل⁰

ومن الجدير بالذكر أنه لا يقال هنا أنه لا يمكن للشهر العقاري أن يقوم من تلقاء نفسه بعدم الاعتراف بالمحركات المشهرة الواقعة بعد تاريخ بدء الحيازة, ولكن ذلك من اختصاص القاضي , حيث يجب على صاحب الحق في التقادم بعد اتمام عملية شهر التقادم أن يلجأ للقاضي لاستصدار حكم يلزم الشهر العقاري بمحو و شطب التسجيلات والقيود الواردة علي العين محل التقادم أو علي الأقل لاستصدار حكما بعدم سريان هذه المحركات في حق صاحب التقادم , فهذا القول مخالف تماما لحقيقة التقادم, لأن هذا الأثر الرجعي ما هو إلا أثرا من آثار التقادم فلا يمكن للشهر العقاري أن يقوم بعملية الإشهار دون ترتيب آثار هذا الشهر, فهذا محال, وعلى هذا إذا كان البيع المسجل لا ينقل الملكية نقرر إذا أن شهر الواقعة المادية(التقادم) ليس لها أثر رجعي⁽²⁾!!.

إذا كان هذا هو القانون الصحيح والتطبيق السليم فإن قانون الشهر العقاري الجديد رقم 9 لسنة 2022 جاء عاصفا بكل هذه النصوص القانونية المسلمات العقلية,

(1) نلاحظ هنا أننا استعملنا لفظ (عدم الاعتراف) ولم نقل بوجود قيام الشهر العقاري بشطب ومحو المشهر وإن كانت النتيجة واحدة , وهو اعتبار العقود المشهرة أثناء فترة التقادم كأن لم تكن, واخترنا هذا المصطلح خروجاً من الخلاف الذي ربما قد يقال بشأن مدى جواز القول بالتأشير الهامشي بمحو و شطب المشهرات في هذه الحالة, لأنه لقائل أن يقول إن المحو والشطب إجراء لا يتم إلا بحكم القضاء أو بإقرار صاحب الحق العيني بإقرار رسمي, فلا يجوز للشهر العقاري القيام بذلك وإلا اعتبر متعدياً حدود وظيفته ومنتهاكاً لسلطات غيره مما يستوجب المسائلة المدنية والادارية, وإن كنت أرى أنه لا توجد أدنى مشكلة إطلاقاً لو قلنا بجواز قيام الشهر العقاري بالتأشير الهامشي بمحو و شطب المشهرات في هذه الحالات, لأن ذلك ما هو إلا إجراء تنفيذي للقانون الذي يقرر عدم الاعتراف بجميع التصرفات التي تحدث أثناء فترة الحيازة, وعلى المتضرر اللجوء للقضاء للنظر في أمره, وإلا فما معنى أن هناك محرر مشهر لم يتخذ حياله أي إجراء وغير ساري المفعول, أي محرر رسمي مع إيقاف التنفيذ!!!!!!.

(2) بل إن الأثر الرجعي للتقادم كأثر للتقادم يعد أقوى من نقل الملكية كأثر للبيع , إذ أن الأثر الرجعي للتقادم يعمل به بقوة القانون بمجرد تحقق التقادم , فهو مختلط مع التقادم ذاته وليس منفصل عنه بخلاف الملكية في البيع , إذ أن الملكية وهي أثر من آثار البيع ولكنها مرتبطة بإجراء آخر وهو إتمام عملية الشهر, فلا يتم نقل الملكية بمجرد إتمام البيع ولكن تتراخي لحين شهر عقد البيع , وهذا الكلام كله كان قبل صدور القانون رقم 9 لسنة 2022 وهو الصحيح والصواب ولا يصح غيره, ولكن وبعد صدور القانون الأخير فلا خلاف بينهما , إذ أن الملكية لا تنتقل في التقادم والبيع إلا بالتسجيل .

فكان ما كان من أمر المادة 10 مكرر في فقرتها الأخيرة التي تقرر أنه "ويترتب على عدم التسجيل عدم الاحتجاج بالحقوق المشار إليها قبل الغير" والتي تلغي الأثر الرجعي للتقادم وتلغي معه نصوص القانون (المواد 968 و969 مدني) وأحكام القضاء وإجماع الفقهاء⁽¹⁾.

وبتطبيق المادة المذكورة على المثال المتقدم، فإنه وبخصوص عقد البيع المشهر الذي تم أثناء عام 2019 أي بعد بدء التقادم، فإن الشهر العقاري لن يستطيع السير في إجراءات شهر التقادم، وسيقوم برفض طلب الشهر لأن التقادم هنا ليس له أثر رجعي يعود لوقت بدء التقادم، لأن عقد البيع الذي تم شهره دليل على أنه لا حيابة موجودة وأن الملكية قد خرجت، وهذا مبدأ القانون الجديد وهو بالقطع خطأ، والذي يبين هذا الخطأ أكثر من ذلك أنه لو تقدم الحائز للشهر العقاري بتاريخ 2023/1/1 يريد شهر واقعة التقادم الطويل المكسب للملكية أي بمرور خمس عشرة سنة بدأت من تاريخ 2008/1/1، ثم تبين لمكتب الشهر أن هناك عقد بيع مشهر بتاريخ 2022/12/31 أي قبل طلب الحائز بيوم واحد فلن يستطيع مكتب الشهر السير في الإجراءات، بحجة أن هناك عقد مشهر تم قبل تقديم طلب الحائز وأن الملكية بذلك قد خرجت وأن الحيابة غير موجودة وأن التقادم ليس له أثر رجعي يتردد لوقت بدء الحيابة تنفيذاً للمادة 10 مكرر من القانون الجديد.

كل هذه الأحداث تجعلنا نقول أننا ليس أمام تقادم بالمعني القانوني المعروف ولكننا أمام نظام قانوني مستقل ولكن سرعان ما نصطدم بمواد التقادم المدنية التي تعاكس المادة المذكورة مما يجعلنا نقول بعدم دستورية الأخيرة.

أما بخصوص الحقوق العينية التبعية المشهورة بعد بدء التقادم فإن مكاتب الشهر ستقوم بشهر واقعة التقادم مع إثبات هذه الحقوق على المحرر المشهر، أي أن الملكية تنتقل للحائز مثقلة بالحقوق العينية التبعية، على اعتبار أن التقادم ليس له أثر رجعي فيجب الاعتراف بالحقوق المشهورة قبل شهر واقعة التقادم، وهذا أيضاً نفس فلسفة عقد البيع المشهر خطأ كبير الذي شرحناه آنفاً.

وكما ذكرنا آنفاً فإن استناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدء سريانه إنما تقضي به طبيعة نظام التقادم، فالأثر الرجعي هذا هو الركن الركين في نظام التقادم، فإذا قام الشهر العقاري بشهر واقعة التقادم دون أعمال الأثر الرجعي فهذا يجعل عملية الشهر مختلفة من أساسها، لأنه وإن كان الأثر الرجعي أثراً من آثار التقادم إلا أن ذلك لا يمنعنا أن نقول أنهما مندمجان مع بعضهما البعض، فإذا لم يطبق الأثر الرجعي فلا

(1) ذكرنا أحكام القضاء وآراء الفقهاء في بداية المبحث فليراجع، وأنظر أيضاً د/ الأهواني، البحث السابق ص1645.

تقدم إذا , ويتضح ذلك في المثال السابق, فلو لم يقيم الشهر العقاري بعدم الاعتداد بالتصرفات المشهورة (مثل البيع أو الرهن) فما معنى شهر واقعة التقادم إذا؟, إذ يصبح عقد البيع ساريا ويصبح المشتري هو المالك للعين, فما موقف صاحب التقادم إذا, ولا يقال إن مجرد وجود عقود مشهورة مثل البيع أو الرهن إنما ينفي تحقق شروط الحيازة فلا يقبل شهر واقعة التقادم لعدم تحقق الشروط وعدم انتفاء الموانع, والرد على ذلك بالقول بأن واقعة الحيازة لا علاقة لها بالعقود المشهورة إذ هي تستند إلى واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا, فالتقادم سبب مستقل لكسب الملكية قائم على الحيازة المادية للعين ومن الطبيعي أنها تتعارض مع حقوق ثابتة لآخرين, ولكن الفاصل هنا هو من الذي يتمتع بالحيازة التي هي واقعة مادية, ولكن يكون لهذا السؤال وجها إذا تمسك صاحب العقد المشهر بحيازته للعين أو حتى نازع صاحب الحق في التقادم في حيازته للعين.

وقيام الشهر العقاري بعدم الاعتداد بالحقوق العينية المشهورة الواقعة بعد بدء مدة الحيازة محل التقادم هو واجب أصيل على الشهر العقاري يقوم به من تلقاء نفسه دون مطالبة صاحب الحق في التقادم ودون مطالبة الغير ودون الانتظار لحكم قضائي, لأن عدم سرمان هذه المشهرات إنما هو اتمام لعملية شهر واقعة التقادم وليس واقعة جديدة مستقلة بذاتها, ودليل ذلك أنه في حالة صدور حكم قضائي بتثبيت الملكية (تقادم) لا يجب على القاضي هنا أن يحكم بالأثر الرجعي للتقادم, لأن هذا كما ذكرنا يعد عنصرا من عناصر التقادم لا يقوم إلا به, ويجنب على الشهر العقاري هنا أيضا أن يقوم بإعمال هذا الأثر, وهذا ليس تنفيذا لحكم القاضي بالأثر الرجعي, إذ حكم القاضي هنا خالي من هذا التصريح ولكنه تنفيذا لحكم القاضي بالتقادم, وإن شئنا قلنا تنفيذا لحكم القانون.

وإذا كان المشهر هو حكم صحة ونفاذ عقد بيع مثلا فيلزم أيضا عدم سرمان هذا المشهر على اعتبار أن ذلك عدم اعتداد بعملية الشهر ذاتها وليس عدم اعتداد بحكم القضاء فستان بين هذا وذاك, إذ لا يستطيع الشهر العقاري إلغاء حكم القضاء لكن يستطيع أن لا يعتد بعملية شهر الحكم وليس الحكم ذاته⁽¹⁾.

كل ذلك ما هو إلا حماية لصاحب الحيازة الذي اكتسب حقه قبل أن يطرأ عليه حق آخر.

أما بخصوص النتيجة الثانية وهي أنه إذا كان التقادم قد ترتب عليه كسب الملكية فإن الحائز يكتسبها بما على العين من تكاليف وحقوق عينية كانت موجودة عليه وقت

(1) كل هذه الأسباب كانت وراء قولنا بعدم صحة الفقرة الأخيرة من المادة 10 مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022, أنظر تفصيلا المبحث الثاني من الفصل الأول.

الحيازة وما يصاحبها في تنفيذها , فهذه الأحكام تختلف باختلاف مدة التقادم , وتوضيحها كالتالي :

نضرب مثالا أولا حتي يتضح المقال, فلو فرضنا أن بدء الحيازة بتاريخ 2018/1/1 , ثم ذهب صاحب الحق إلى الشهر العقاري ليظهر واقعة التقادم السندي بتاريخ 2023/1/2 , أي بعد مرور خمس سنوات من بداية الحيازة وفقا للمادة (10) من قانون رقم 9 لسنة 2022 مع بشرط توافر الشروط وانتفاء الموانع , ثم فوجيء بوجود بعض المشهرات تمت بتاريخ سنة 2017 , أي قبل بدء الحيازة, فما موقف الشهر العقاري تجاه تلك الحالة؟.

بداية إذا كانت الحقوق المشهورة هي حقوق عينية تبعية(الرهن - حق الاختصاص- حق الامتياز) فيجب شهر التقادم , ولكن لا يترتب على ذلك سقوط أي من هذه الحقوق , ويتملك صاحب الحق في التقادم ملكية العين محملة بهذه الحقوق, لأنها سابقة علي بدء الحيازة, ولا يجوز للشهر العقاري عدم الاعتراف بأي من هذه الحقوق, ولكن تنتقل الملكية للحائز مثقلة بهذه الحقوق التي رتبها المالك قبل بدء الحق في التقادم , وإذا تم نقل ملكية العين عن طريق شهر واقعة التقادم غير محملة بالحقوق العينية التبعية لا يسري ذلك في مواجهة صاحب الحق العيني التبعي ويجب علي الشهر العقاري تصحيح هذا الخطأ بواقعة شهر جديدة عن طريق التأشير الهامش سببه تصحيح خطأ مادي⁽¹⁾ .

لكن إذا لم يتم تجديد هذه القيود في الوقت المناسب فيترتب علي ذلك سقوط القيد وضياح مرتبة الرهن ويخلص لصاحب التقادم ملكية العين خالصة من أي تكاليف

(1)المادة (612) من تعليمات الشهر العقاري والتي تنص علي أنه " في حالة الأخطاء المادية البحتة في المحررات المشهورة مثل الخطأ في أرقام القطع والأحواض أو في اسم الحوض أو الناحية أو الخطأ في الحدود سواء بالنسبة لأطوالها أو الخلط بينها ووقع الخطأ من جانب موظفي الشهر العقاري أو موظفي المساحة فيحرر محضر لتصحيح الخطأ تتحمل الحكومة مصاريفه, ويجوز إجراء هذا المحضر بناء على أحد طرفي المحرر المطلوب تصحيحه والتوقيع عليه من أمين مكتب الشهر العقاري المختص ومن طالب التصحيح ويؤشر بمضمون هذا المحضر على هامش المحرر الأصلي الذي تناوله التصحيح"0 ونلاحظ هنا أن المادة السابقة ذكرت الأخطاء المادية على سبيل المثال لا الحصر , وبذلك نعتقد أن إغفال الشهر لاثبات الحقوق العينية التبعية ما هو إلا خطأ ماديا يجب تصحيحه عن طريق التأشير الهامشي علي هامش المحرر , وهذا التأشير من الممكن أن يقوم به الشهر العقاري من تلقاء نفسه - وذلك هو الغالب لأنه من الصعب حضور المشتري ومطالبته بإجراء هذا التأشير, لأنه يكون قد اكتسب حقا خالصا من القيود والتكاليف العينية خاصة وأنه قد يكون حسن النية, لكن من الأفضل إبلاغ أطراف المحرر بالتأشير الهامشي حتى يكون التأشير حجة عليهم - وذلك جائز بنص المادة المذكورة . وربما نستنبط هنا ظهير تشريعي لهذه الحالة وهو نص المادة (123) مدني التي تنص على " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب, ولا غلطات القلم, ولكن يجب تصحيح الغلط". فمجرد الكتابة في العقد أنه لا يوجد حقوق للغير رغم أن هناك وجود لهذه الحقوق يعتبر غلط في الكتابة يوجب القانون تصحيحه, وهذا لا يعتبر تعديلا في بنود العقد يدخل في نص المادة147مدني, ولكن هو واجب قانوني تم استدراكه.

حتى ولو تم تجديد القيد بعد فوات المدد القانونية (1) , وفي هذه الحالة لا يقوم الشهر العقاري بأي عمل جديد حيث إن هذه الآثار تقوم بقوة القانون .

أما إذا كان الحق المشهر قبل سريان مدة الحيازة هو حق ملكية (عقد بيع أو هبة مثلا) فيجب على الشهر العقاري إشهار واقعة التقادم وعدم الإعتداد بالمشهر الأول لأن الملكية هنا تم انتقالها بموجب أحكام التقادم السندي أو التقادم الطويل, ويجب ملاحظة هنا أن الملكية الثابتة بالمشهر الأول لا تسقط بالتقادم المسقط, لأن من أهم خصائص الملكية أنها حق دائم لا يسقط بالتقادم ومرور الزمن ولكنها مع ذلك تكسب بالتقادم المكسب(2), وهذا هو عين التقادم, وهو المتبع عمليا في مكاتب الشهر العقاري, وهذا ليس تطبيقا للأثر الرجعي للتقادم ولكنه التطبيق الطبيعي والصورة البسيطة للتقادم ذاته.

أما إذا كان الحق المشهر هو حق السكني أو حق الاستعمال أو حق الارتفاق المشهر قبل بدء الحيازة, ففي هذه الحالة يجب أيضا على مكاتب الشهر العقاري إشهار واقعة التقادم, وهذا الأمر يتييسر العمل به في حالة التقادم الطويل حيث بمرور خمس عشرة سنة يكتسب الحق بالتقادم المكسب الطويل ويسقط حق المالك الأصلي بالتقادم المسقط, فكل شروط وخصائص التقادم تتحقق في هذا المثال, ولكن بخصوص التقادم السندي فإن الأمر يصبح أكثر صعوبة منه في غيره, لأنه من المعلوم أن الحقوق العينية لا تسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة(3), فيجب عدم استعمال أصحاب حق السكني أو الاستعمال أو الارتفاق لهذه الحقوق مدة خمس عشرة سنة, ولا يتيقن ذلك في التقادم الخمسي والسندي, إذ أن حق صاحب التقادم لا ينشأ إلا منذ خمس سنوات فقط, وبناء عليه فيجب على الشهر العقاري إشهار واقعة التقادم المكسب متى تحققت الشروط وانتفت الموانع وعلى من يدع بعد ذلك عدم سقوط حقه فليجأ للقضاء للمطالبة بحقه, وتطبيقا لذلك لو فرضنا أن المالك الأصلي قام بتسجيل أحد هذه الحقوق لشخص ما بتاريخ 2008/1/1 ثم قام المالك الأصلي بتاريخ 2008/1/2

(1) د/ سليمان مرقص, المرجع السابق في الحقوق العينية التبعية الجزء الثاني الطبعة الثانية نبذة 110 ص 245 وما بعدها , إذ يقول سيادته (فإذا جدد القيد بعد سقوطه وكان قد سبق هذا التجديد تسجيل تصرف صدر من الراهن في العقار المرهون , فإن تجديد القيد لا يكون له أثر بالنسبة للمتصرف إليه , ولو كان تسجيل التصرف المذكور قد تم في أثناء نفاذ القيد الأول وقبل سقوطه). لكن للأسف المتبع في كثير من مكاتب الشهر العقاري هو إثبات الرهن وقائمته الساقطة في بند حقوق الغير, وهذا خطأ كبير, وإن كان الشهر العقاري لا يرتب أي أثر على ذلك ولكن هي مجرد تقاليد وظيفية عتيقة .

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق الجزء الثامن فقرة 330 ص 469- د/ محمد السعيد رشدي, المرجع السابق ص 20 وما بعدها وأنظر حكم النقض التي قررت فيه المحكمة أن " حق الملكية- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن, ويكتسبه الخصم إذا توافرت له شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية" (جلسة 1984/5/2 الطعن رقم 1612 لسنة 50 ق 35 ص 1171) .

(3) المادة(374) مدني , وأنظر د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 90 .

بالببيع مرة أخرى بموجب عقد عرفي لشخص آخر, فللشخص الأخير أن يطالب بشهر واقعة التقادم إذا ما اكتملت الحيازة بمرور خمس عشرة سنة, أي بتاريخ 2023/1/3, ففي هذه الحالة يسقط حق الشخص المسجل عقده أولاً في 2023/1/3 أي بمضي المدة القانونية للتقادم المسقط, ويكتسب حق الملكية بالتقادم الطويل المكسب للملكية.

ولكن الأمر يختلف بعض الشيء في التقادم السندي فلو فرضنا أن تسجيل أحد الحقوق السابقة كان بتاريخ 2017 ثم بدأت الحيازة في 2018/1/1 فإن صاحب التقادم يشهر حقه بتاريخ 2023/1/1 بموجب المادة 10 مكرر من القانون الجديد, ولكن ذلك لا يخل بحق أصحاب هذه الحقوق في الاحتجاج بحقوقهم وأنها لم تسقط لعدم مرور خمس عشرة سنة كاملة علي عدم الاستعمال, وهذه مسألة قانون وواقع محلها القضاء وليس للشهر العقاري أي شأن بها.

أما بخصوص حق الانتفاع فالأمر يختلف كثيراً عن الحقوق السابقة, فلو ظهر أن هناك حق انتفاع مشهر قبل واقعة بدء الحيازة, ففي هذه الحالة يقرر الفقه أنه يستطيع الحائز ان يتمسك بالتقادم ليس فقط ضد مالك الرقبة بل وضد صاحب حق الانتفاع أيضاً, ذلك أنه يكون قد كسب الملك والمنفعة جميعاً, ويلاحظ هنا أننا لسنا بصدد تقادم مسقط لحق الانتفاع - إذ أن مدة التقادم المسقط هي دائماً خمس عشرة سنة- ولكننا بصدد تقادم مكسب ترتب عليه كسب الحائز الملكية والانتفاع جميعاً وإن كان تقادم الملكية هنا يسري في مواجهة مالك الرقبة وتقدم الانتفاع يسري في مواجهة المنتفع, واكتساب الانتفاع يظل مع ذلك هنا مستقلاً عن اكتساب الرقبة فقد يوجد سبب للوقف أو الانقطاع لصالح صاحب الانتفاع دون مالك الرقبة أو العكس⁽¹⁾.

وبناء عليه فلو كان هناك عقد حق انتفاع مشهر قبل واقعة بدء الحيازة فيجب شهر واقعة التقادم للملكية جميعاً (رقبة ومنفعة)⁽²⁾, ويجب على الشهر العقاري عدم الإعتداد بحق الانتفاع المشهر قبل شهر واقعة التقادم, ولكن نلاحظ هنا أن حق صاحب التقادم في حق الرقبة ثابت قبل الجميع, أما حق الانتفاع فهو في مواجهة

(1) د/ البدرأوي, المرجع السابق فقرة 538 ص 581- د/ السنهوري, المرجع السابق ص 1069, ويرجع الفقه الفرق بين حق الانتفاع وحق الارتفاق في هذا الأمر إلى أن حائز العقار المرتفق به لا يحوز الارتفاق, فلا يتصور أن يكسبه بالتقادم, وما دام الارتفاق لم يسقط بعدم الاستعمال فإنه يظل قائماً على العقار المرتفق به, ولو انتقلت ملكية العقار بالتقادم إلى من كان حائزاً له أنظر في ذلك د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 91.

(2) ويعتبر هذا الحكم شاذاً عن القاعدة العامة الثابتة في النتيجة الثانية التي خلصنا إليها, وذلك لأن الحائز في هذه الحالة يكسب الملكية التامة بالتقادم, إذ أن حيازته تشمل ملكية الرقبة كما تشمل حق الانتفاع, أما الحقوق الأخرى فلا يتصور أن يجمع الحائز بين حيازتين مختلفتين في الطبيعة, أنظر د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 90 وما بعدها.

صاحب حق الانتفاع فقط , فإذا وجد سبب لوقف أو سبب لانقطاع التقادم (1) كان لصاحب حق الانتفاع هنا أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بحق الانتفاع , فإذا ما كسبها قام الشهر العقاري بموجب هذا الحكم بالتأشير الهامشي علي الشهر الخاص بالتقادم.

هذا التطبيق السابق بخصوص التقادم الخمسي (2) , أما بخصوص التقادم المكسب الطويل فالأمر كالآتي :

فبخصوص الحقوق العينية التبعية (الرهن- حق الاختصاص- حق الامتياز) فالأمر كما هو عليه بخصوص التقادم الخمسي , فتنقل ملكية العين مثقلة بكل هذه الحقوق, لأنها حقوق غير قابلة للتقادم المسقط .

أما بخصوص الحقوق العينية الأصلية - عدا حق الملكية إذ كما بينا سابقا أنه لا يسقط بالتقادم المسقط ولكن يكسب بالتقادم المكسب - فتسري عليها القاعدة العامة الثابتة في النتيجة الثانية, وهي أن الحائز يكتسب ملكية الشيء بما عليها من حق ارتفاق أو انتفاع أو غيرهما من الحقوق, مع الوضع في الاعتبار التقادم المسقط لهذه الحقوق.

وبمثال يتضح المقال, فلو فرضنا أن هناك حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق سكني واستعمال مشهر في الشهر العقاري بتاريخ 2007 , ثم جاء شخص آخر للشهر العقاري لشهر حق التقادم والتي بدأت الحيازة فيه من تاريخ 2008/1/1 واستمرت حتي 2023/1/2 , ثم قام الشهر العقاري بشهر واقعة التقادم , فما مصير تلك الحقوق المشهرة التي تمت قبل بدء التقادم 0؟

الإجابة علي هذا السؤال هي أصل واستثناءان, فالأصل هو أن الملكية تنتقل لصاحب التقادم محملة بهذه الحقوق باعتبارها تمت قبل بدء الحيازة علي ما أوضحناه سلفا طبقا للنتيجة الثانية, ولكن الاستثناء الأول هنا يبين لنا أن هذه الحقوق المشهرة تم سقوطها بالتقادم المسقط وهو مضي خمس عشرة سنة من تاريخ عدم استعمال هذه الحقوق, ويتحقق سريان هذه المدة من تاريخ بدء الحيازة والتي تدل دلالة واضحة على أن صاحب التقادم هو الحائز لهذه العين ولا مستحق للحيازة غيره وأن أصحاب هذه الحقوق لا يستعملون حقوقهم على الشيء من تاريخ بدء الحيازة , أي مرت مدة

(1) المواد (382 و383 و384) مدني مصري .

(2) أي خمس سنوات وفقا للمادة 969 مدني, ووفقا للمادة 10 مكرر من قانون الشهر العقاري رقم 9 لسنة 2022 .

خمس عشرة سنة على امتناعهم من استعمال حقهم , فإذا ما تبين ذلك فتسقط حقوقهم بالتقادم المسقط .

لكن وعلى الرغم من ذلك لا يجوز لمكاتب الشهر العقاري بعد شهر واقعة التقادم القيام بالتأشير الهامشي على هامش العقود المشهرة التي تمت قبل بدء مدة التقادم الطول بمحو وشطب هذه العقود ولا مجرد إثبات واقعة التقادم المشهرة للدلالة الضمنية على عدم الإعتداد بها إعمالاً ونفاذاً لقوة التقادم القانونية (التقادم المكسب والتقادم المسقط), وذلك لأنه لا تلازم بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فكل نظامه, وثبوت أحدهما لا يستلزم ثبوت الآخر, واتفقت كلمة الفقه على أن التقادم المكسب مستقل عن التقادم المسقط⁽¹⁾, وقانون الشهر إنما يتحدث عن إكساب الملكية والحقوق العينية الأخرى فقط ولم يتطرق لسقوط هذه الحقوق.

ثم يأتي الاستثناء الثاني, وهو مبني على الأول وهو أنه لو ثبت أن هناك حالة من حالات الوقف أو الانقطاع للتقادم المسقط , مثل أن يوجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان مانعاً أدبياً أو كان صاحب الحق لا تتوافر فيه الأهلية أو كان غائباً أو غير ذلك من أسباب الوقف والانقطاع , فإن هذا كاف لمنع مكاتب الشهر من عدم الإعتداد بالمشهرات السابقة على التقادم لأن هناك واقع لا يحكم به إلا القضاء, فإذا تم اللجوء للقضاء وتم الحصول على حكم قضائي نهائي فحينئذ له أن يتجه للشهر العقاري مطالباً بتنفيذ الحكم, وعلى الشهر العقاري أن يقوم بمقتضي الحكم بالتأشير الهامشي على العقد المشهر (الحقوق العينية), وذلك لإعمال آثاره وسريانه على الجميع ونفاذه في مواجهة المالك (صاحب التقادم), وكل هذه الأحكام تنطبق تماماً على التقادم السندي, وإن كان الأمر هنا أكثر ظهوراً لأن حتماً يكون الحق المشهر قبل التقادم السندي لم يسقط بالتقادم, فمسألة التأشير بالتقادم بعد شهره على المحرر المشهر قبل التقادم غير متصورة أصلاً.

(1) يقول د/البدراوي في ذلك "أن التقادم المكسب للملكية مستقل عن التقادم المسقط لهذه الحقوق (الحقوق العينية), فالتقادم المكسب للملكية قد تكون مدته خمس سنوات أو خمس عشرة سنة, وحتى لو كان التقادم المكسب للملكية هو التقادم الطويل فما زال من الواجب التمييز بينه وبين التقادم المسقط الخاص بما على الملكية من أعباء وتكاليف عينية, فقد يكون مبدأ سريان أحدهما ليس هو بدأ سريان الآخر, بمعنى أن التقادم المكسب للملكية قد يبدأ, ولا يبدأ عدم استعمال الحق العيني المقرر على الشيء إلا بعد ذلك المدة, ثم إنه قد يتحقق سبب لوقوف التقادم المسقط أو لانقطاعه ولا يتحقق ذلك بالنسبة للتقادم المكسب, وذلك أن الأول يسري ضد صاحب الحق العيني (كالانتفاع والارتفاق) أما الثاني فيسري ضد المالك, فمثلاً إذا كان مالك العقار المرتفق غائباً وليس له من يمثله قانوناً فسيؤدي ذلك إلى وقف التقادم المسقط للارتفاق, ولكن يظل التقادم المكسب للملكية سارياً لعدم وجود سبب قام في شخص المالك يوجب وقف مدته, وفي هذا المثال سيتم كسب الملكية بخمس عشرة سنة في وقت يكون الارتفاق ما زال قائماً على العقار, المرجع السابق فقرة 538 ص 580, ونفس المعنى د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع هامش ص 1069- د/إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 90 .

المطلب الثاني

المشكلات القانونية للأثر الرجعي للتقادم

خلصنا من المطلب السابق إلى أن للتقادم أثرا رجعيا , وذلك بمعنى أن الملكية أو الحق العيني تنتقل إلى صاحبها بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم, لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب.

وهذه الحقيقة المتفق عليها بين شراح القانون قاطبة وهي وإن كانت أمر مسلم بها فقها في باب التقادم إلا أننا نرى أنها قد تصطدم ببعض النصوص القانونية الصريحة والقواعد الفقهية العتيقة التي قد تهدد مبدأ الأثر الرجعي للتقادم , مما ينعكس بالسلب على الناحية التطبيقية لهذا الأثر خاصة مع صدور القانون رقم 9 لسنة 2022 0

وأهم مشكلات الأثر الرجعي للتقادم يكمن في وجود نص المادة 1034 مدني مصري والقاعدة الفقهية التي تقضي بضرورة احترام الأوضاع الظاهرة ولذلك سوف نقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : الأثر الرجعي للتقادم ونص المادة 1034 مدني مصري.

الفرع الثاني : الأثر الرجعي للتقادم ونظرية حماية الأوضاع الظاهرة.

الفرع الأول

الأثر الرجعي للتقادم ونص المادة 1034 مدني مصري

صورة المسألة :

إذا كانت شركة ما تمتلك قطعة أرض بموجب عقد مسجل في الشهر العقاري ثم قامت هذه الشركة ببيع هذه الأرض لصالح شخص آخر بموجب عقد بيع ابتدائي مؤرخ في 2018/1/1 ثم قامت هذه الشركة برهن قطعة الأرض هذه لشركة أخرى وقامت بقيد الرهن في الشهر العقاري بتاريخ 2020/1/1, ثم قام الشخص صاحب عقد البيع بالذهاب للشهر العقاري لتسجيل واقعة التقادم وفقا لنص المادة 10 مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022 , فإذا ما توافرت الشروط القانونية وانتفت الموانع وقام الشهر العقاري بتسجيل واقعة التقادم تلك وانتقال ملكية الأرض إلى الشخص صاحب واقعة التقادم

والسؤال الآن هو ما مصير عقد الرهن الرسمي المقيد بالشهر العقاري بتاريخ 2020/1/1؟

قد يبدو- ولأول وهلة - أن الإجابة علي هذا السؤال سهلة استنادا لما قد قررناه من وجوب أعمال الأثر الرجعي للتقادم واعتبار الرهن لا يسري في حق الحائز وأنه كأن لم يكن علي الأقل بالنسبة للحائز , ولكن هذه القاعدة تصطدم بنص المادة 1034 مدني التي تنص علي أنه "يبقي قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زاوله لأي سبب كان إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن"⁰

والمادة السابقة إنما هي استثناء علي القواعد العامة التي تقضي بأنه إذا أبطل سند الملكية أو فسخ أو زال فإن الملكية تزول بأثر رجعي ويعتبر الشخص كأنه لم يكن مالكا للعقار المرهون ويعتبر الرهن الصادر منه من قبيل رهن ملك الغير ومن ثم لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي⁽¹⁾

وقد اتفق الفقه على أنه يشترط لإعمال المادة سالفة الذكر ثلاثة شروط أولها: يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن الرسمي, ثانيا: يجب

(1) د/ سليمان مرقس , المرجع السابق الحقوق العينية التبعية الجزء الثاني الطبعة الثالثة 1995 دار الكتب القانونية نبذة 55 ص 127 وما بعدها - د / حسام الاهواني, قانون الائتمان في ظل أحكام القانون المدني 2018, 2019 ص 196 0

أن يكون الدائن المرتهن وقت إبرام عقد الرهن حسن النية, ثالثاً: يجب أن تزول بعد الرهن ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي يرتبه القانون (1) 0

فإذا ما توافرت الشروط الثلاثة المتقدمة عاد العقار إلى مالكة الأول محملاً بالرهن, دون أي تقصير من ناحيته ودون أي رضاء من جانبه, وهكذا يحمي الدائن المرتهن على انقاض هذه الاعتبارات (2) 0

وبتطبيق الشروط السابقة علي صورة المسألة المفروضة يتبين أنها تنطبق تماماً, فالراهن يعتبر في وقت الرهن مالكا للشيء مثله مثل الراهن في المادة 1034 مدني, إذ الدائن المرتهن عندما يذهب للشهر العقاري لاتمام اجراءات الرهن يقوم المراجع المساحي بعمل بحث هندسي على القطعة محل الرهن ليستكشف عن الحقوق العينية التي تمت علي العين, فإذا ما تبين أنه لا توجد أي حقوق قام العضو القانوني بإثبات ذلك الأمر في عقد الرهن تحت بند حقوق الغير مقرراً أنه لا توجد حقوق للغير, وبهذه العملية الإجرائية يفترض أن الدائن المرتهن حسن النية لا يعلم بأي حقوق أخرى علي العقار (3), أما بخصوص زوال ملكية الراهن المالك الأول للعقار, فهذا أيضاً متحقق هنا ولكن بطريقة مختلفة بعض الشيء عن الراهن في معنى المادة 1034 مدني, إذ الراهن الأخير تزول ملكيته وفق المادة المذكورة إما بإبطال سند الملكية أو الفسخ أو الإلغاء أو الزوال بأي طريق آخر, أما بخصوص الرهن في حالة التقادم فبمجرد تمام مدة التقادم أعملنا الأثر الرجعي للتقادم واعتبرنا المالك الأول

(1) راجع في هذه الشروط المراجع الآتية:

د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء العاشر التأمينات الشخصية والعينية فقرة 143 ص 253 وما بعدها - د/ سليمان مرقس, المرجع السابق نبذة 55 ص 127 وما بعدها - د/ منصور مصطفى منصور, التأمينات العينية مطبعة دار التأليف 1959/ 1960 ص 47 - د/ عبدالمعتمد البدرابي, التأمينات العينية مكتبة سيد عبدالله وهبة 1970 الطبعة الثانية فقرة 25 ص 34 - د/ أحمد سلامة, دروس في التأمينات المدنية مكتبة عين شمس 1978 فقرة 94 ص 171 وما بعدها - د/ حسام الاهواني, المرجع السابق ص 0197

ويلاحظ أن الفقه قد استقر على شرط آخر وهو (ضرورة قيد الرهن قبل شهر صحيفة الدعوى التي طعن بها في سند ملكية الراهن) أنظر المراجع السابقة 0

ولكن هذا المعنى السابق كان باعتبار التطبيق الطبيعي والظاهري لنص المادة المذكورة, أما في حالة التقادم فلا وجود لهذا الشرط, حيث إن سند المالك الأول ثابت وصحيح وكل ما يترتب عليه هو انتقال ملكية الشيء إلى صاحب الحق في التقادم, فلا هناك دعوى يطعن بها في سند هذا المالك, وإن كانت الشروط الأساسية لهذه المادة تنطبق علي حالة التقادم 0

(2) د/ أحمد سلامة, المرجع السابق ص 175 - د/ منصور مصطفى منصور, المرجع السابق ص 49.
(3) المادة (3/965) مدني مصري, لكن ذلك لا يمنع صاحب التقادم من إثبات علم الدائن المرتهن بواقعة الحيابة وصولاً إلى إثبات سوء نية الأخير, لكن لا يكفي إثبات علم الدائن المرتهن بعقد البيع الابتدائي الذي تم بين المالك وصاحب التقادم, لأن تسجيل عقد البيع الابتدائي ليس له أثراً رجعياً, فإذا أثبت صاحب التقادم أن الدائن المرتهن كان يعلم بعقد البيع الابتدائي ومع ذلك أقدم علي الإرتهان فذلك لا يفدح في حسن نية الأخير, لأنه لا يعلم حيابة صاحب التقادم للعين والذي من الممكن أن يستند إليها في الملكية والتي يكتسبها بالأثر الرجعي, وهذا فرق في غاية الدقة فلينتبه له, وكل ذلك تحت تقدير القاضي.

غير مالك وقت بدء الحيازة, فتزول ملكيته منذ بدء الحيازة, وبذلك تتحقق نفس النتيجة الثابتة في المادة 1034 مدني 0

إذا تبين لنا ذلك اتضح لنا تعارض هذه المادة(1034مدني) مع ما قد قررناه من أن الأثر الرجعي للتقادم يعني أن صاحب التقادم يكتسب الملكية خالية تماماً من جميع الحقوق العينية الأصلية أو التبعية المكتسبة بعد تاريخ بدء الحيازة⁽¹⁾, وبمعنى آخر وبخصوص الصورة التي طرحناها في بداية المطلب ما مصير الرهن المشهر المقرر علي العقار والذي تم بعد بدء مدة الحيازة وقبل شهر حق التقادم؟, فهل نطبق نص المادة 1034 مدني ويبقى الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن أم نعمل التقادم ويزول الرهن 0؟

في الحقيقة هذه معضلة قانونية جديرة بالبحث, فإننا إذا أعملنا الأثر الرجعي للتقادم فقد أهدرنا نص المادة 1034 مدني والغاية الذي توخاها المشرع من اقرار هذا النص وهو ضرورة حماية الإئتمان العقاري⁽²⁾, وبالمقابل إذا أعملنا نص المادة المذكورة فقد أهدرنا الركن الركين في نظام التقادم وهو الأثر الرجعي, وأصبح تطبيق التقادم غير ذي فائدة 0

ويجب علينا هنا أن نتلمس طرق الترجيح بين النصوص, ومن أهم هذه الطرق هو طريقة إعمال الأصول, و منها تقديم الخاص علي العام ولكن قاعدة تقديم الخاص علي العام هنا ربما تكون غير مجدية لأن كلا الحالتين بينهما عموماً وخصوصاً, فكل حالة فيها عام وخاص, فمثلاً لو قلنا إن نظام التقادم نظام عام وهو أن الأثر الرجعي للتقادم يعني أن الملكية تؤول لصاحب التقادم خالية من جميع الحقوق العينية أو التبعية(عموم), وبالمقابل إن نص المادة 1034 مدني نصاً خاصاً بالرهن فقط (خاص) فهنا يقتضي الأمر تقديم الخاص علي العام وإن الأثر الرجعي للتقادم يعمل به في جميع الحقوق العينية عدا الرهن, فتخلص الملكية لصاحب التقادم غير محملة بأي حق آخر عدا الرهن 0

ومن ناحية أخرى نجد أن نص المادة 1034 نص عام, بمعنى أن الرهن يبقى ولا يزول في جميع أسباب كسب الملكية, ويبقى الرهن بقطع النظر عن طريقة أو سبب كسب هذه الملكية, حين أن نظام التقادم نظاماً خاصاً يقضي بإعمال آثاره ولا

(1) أنظر المطلب الأول من هذا المبحث, مع ملاحظة أن الحقوق التي تثبت قبل بدء الحيازة تنتقل العين فيها إلى الحائز مثقلة بهذه الحقوق, لأنها ثابتة قبل بدء الحيازة ولكن بحثنا هنا عن الرهن الذي يتم بعد بدء الحيازة, هل تنتقل ملكية العين إلى الحائز مثقله بحق الرهن أم لا 0؟
(2) د/ البدرابي, التأمينات العينية, مرجع السابق فقرة 25 ص 34 0

يستثنى من هذه الآثار أي نص آخر، فيكون نظام التقادم نظاما خاصا يقدم علي النص العام (المادة 1034 مدني) .

وأيا ما كان الأمر فإن الفقه لا يعترف بهذه الطريقة بقدر اهتمامه بمراد المشرع من النصوص.

ومن الجدير بالذكر هنا أن نص المادة 1034 مدني لا يثير أي صعوبات قانونية أو عملية بشأن طرق اكتساب الملكية الأخرى غير التقادم , وذلك لأن من ضمن شروط تطبيقه هو ضرورة قيد الرهن قبل شهر صحيفة الدعوى التي طعن بها في سند ملكية الراهن⁽¹⁾, وبيان ذلك هو إن القاعدة العامة في ذلك هي أن بطلان سند المتصرف يستتبع بطلان سند المتصرف إليه⁽²⁾ وكانت المادة 1034 هي استثناء علي هذه القاعدة العامة, ولكن هذا الإستثناء الأخير ليس استثناء فريدا ووحيدا من نوعه ولكنه تطبيقا لقاعدة عامة من الاستثناء .

ولبيان ذلك نقول إنه كما ذكرنا سلفا أن القاعدة العامة هي أن بطلان سند المتصرف يستتبع بطلان سند المتصرف إليه, ولكن عاد المشرع ونص في المادة 17 من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 على أنه (يترتب علي تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة (15) أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها, ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة).

وبناء عليه فإن المشرع قرر أن بطلان عقد البيع الأول مثلا لا يترتب عليه سحب الملكية من المشتري الثاني الذي كان يجهل سبب البطلان واشترى وسجل عقده قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان, وذلك استثناء من الأصل الذي يقضي بأن بطلان سند المتصرف يستتبع بطلان سند المتصرف إليه , والغرض من هذا الاستثناء حماية حسن النية وتحقيق استقرار التعامل⁽³⁾ 0

ولذلك ربط الشراح بين نص المادة 1034 مدني والمادة 17 من قانون الشهر العقاري ولم يكتفوا بشرط حسن النية المذكور في مادة المدني وهو شرط كافي

(1) د/ منصور مصطفى منصور, المرجع السابق ص 49 - د البدر اوي المرجع السابق ص 35 - د/

احمد سلامة, المرجع السابق فقرة 94 ص 171 - د/ الاهواني, المرجع السابق ص 206 0

(2) د/ سليمان مرقس, المرجع السابق نظرية العقد والإرادة المنفردة الطبعة الرابعة 1987 نبذة 239

ص 446 0

(3) د/ سليمان مرقس, المرجع السابق نبذة 239 ص 446 , ورتب سيادته على هذه النصوص وأمثالها أن العقد الباطل قد يترتب آثارا أصلية بالرغم من بطلانه وذكر بعض الأمثلة على ذلك , أنظر نفس المرجع نبذة 240 ص 446.

للوصول لنفس النتيجة , ولكن أكدوا ذلك بأن اشترطوا أيضا شرطا آخر وإن كان النص لم يذكر ذلك ولكن اقتضاه مبدأ حسن النية , وهو أن يكون الرهن مقيدا قبل شهر صحيفة الدعوى التي طعن بها في سند ملكية الراهن , إذ يعتبر رفع الدعوى من الغير فلا يحتج عليه بالرهن إلا إذا كان مقيدا⁽¹⁾ 0

نخلص من كل ما تقدم أن نص المادة 1034 مدني ما هو إلا تطبيقا خاصا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 17 من قانون الشهر العقاري⁽²⁾ , بشرط أن يكون كل ذلك في نطاق عقود التصرفات, فإذا قام المالك برهن عقاره لمصلحة دائن مرتهن , وقام شخص آخر برفع دعوى بطلان سند ملكية الراهن واعتباره هو المالك , فما مصير الرهن إذا؟ 0

الإجابة الآن تكون سهلة وبسيطة وهو أن مصير الرهن يتوقف على وقت رفع دعوى البطلان, فإذا رفعت دعوى البطلان قبل قيد الرهن وتم الحكم ببطلان الشهر سند ملكية الراهن رجعت الملكية إلى المالك الأول خالية من الرهن, على اعتبار أن الدائن المرتهن هنا كان سيء النية , أما لو رفعت دعوى البطلان بعد قيد الرهن فيتم إعمال المادة المدنية, وترجع الملكية إلى المالك الأول مثقلة بحق الرهن , وكل ذلك أيضا إعمالا لنص المادة 17 شهر عقاري , وعلى ذلك يقوم الشهر العقاري في الحالة الأولى بالتأشير الهامشي بالحكم على الشهر الأول وعدم الاعتداد بعقد الرهن لأنه تال علي شهر دعوى البطلان⁽³⁾ , وفي الحالة الثانية يقوم الشهر العقاري بالتأشير علي الشهر بالبطلان وعدم التأشير على عقد الرهن , لأن حق الرهن ثابت وصحيح حماية للدائن حسن النية .

كل هذه الأحكام تتعلق بالرهن مع التصرفات , وقد رأينا أن نص المادة 1034 مدني لا يشكل أي صعوبة قانونية أو عملية, إذ أنه مع نص المادة(17) شهر عقاري , يمثلان نظاما قانونيا كاملا تتناسق أحكامه وتتلاءم قواعده 0

وتكمن صعوبة المادة 1034 مدني أن أحكام التقادم تختلف بعض الشيء عن التصرفات القانونية إذ الأخيرة يمكن فيها رفع دعاوى البطلان فنطبق بشأنها نص المادة (17) شهر عقاري, وذلك غير واقع بشأن التقادم إذ صاحب التقادم يتقدم للشهر العقاري لشهر حقه في التقادم فقط , فلا يتصور هنا رفع دعاوى بطلان مطلقا 0

(1) د/ منصور مصطفى منصور, المرجع السابق ص 49 – د/ الاهواني, المرجع السابق ص 206 0
(2) د/ البدر اوي , عقد البيع في القانون المدني الطبعة الثانية 1958 مطابع دار الكتاب العربي بمصر
فقرة 203 ص 305 0 ولا نقصد بذلك أننا أمام أصول عامة , ولكن المقصود أننا أمام تطبيق استثنائي خاص بقاعدة استثنائية عامة 0

(3) وهذا هو حكم المادة 17 من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 0

وأعتقد أنه لا يجوز إعمال نصوص المواد 1034 مدني و17 شهر عقاري في التقادم , وإن صاحب التقادم يكسب الملكية خالية تماما من أي حق عيني على العقار وإن الملكية ترد بفضل الأثر الرجعي للتقادم إلى وقت بدء الحيازة, فلو رتب المالك بعد بدء الحيازة حق رهن رسمي على العقار وتم قيده بالشهر العقاري فإن صاحب التقادم بعد اكتمال الحيازة يكتسب الملكية خالية من حق الرهن هذا , ويجب على الشهر العقاري بمجرد شهر واقعة التقادم أن يعتبر حق الرهن غير ساري وغير نافذ ولا يعتد به, إعمالا للقوة التنفيذية للتقادم بحكم القانون .

أما بخصوص المادة 1034 مدني فلو قلنا إنها تدخل ضمن القاعدة العامة للمادة 17 شهر عقاري فلا يجوز إعمالها هنا لأن من شروطها رفع دعوى بطلان وهذا - كما أوضحنا- غير متصور في واقعة التقادم, أما لو قلنا إنها نص خاص مستقل بذاته فلا يعمل به أيضا لأنها لو قاومت الأثر الرجعي لزوال الملكية كما هو صريح النص فلا يمكن أبدا أن تقاوم الأثر الرجعي لكسب الملكية , وشتان بين زوال الملكية وكسبها , فالوضع الطبيعي لنص المادة المذكورة إنما يتحقق فيها واقعة واحدة فقط أمام الرهن وهي زوال ملكية الراهن , فيثبت الرهن أمام زوال هذه الملكية لأنها واقعة إيجابية جديدة أمام واقعة سلبية منتهية, أما الوضع في التقادم فهناك واقعتان أمام الرهن وهي واقعة زوال ملكية الراهن وهي الواقعة السلبية , وهناك واقعة إيجابية أخرى وهي ثبوت الملكية ذاتها لصاحب التقادم وهي واقعة إيجابية جديدة , فالرهن هنا لا يثبت أمام الواقعة الايجابية الجديدة والتي حدثت قبل ثبوت الرهن(0)

إذا ثبت هذا فهو قد يؤدي بنا إلى نتيجة خطيرة وهي زوال الرهن⁽¹⁾, وهذا بالتأكيد ليس مراد المشرع إذ أن نص المادة المدنية ربما تكون أمتن النصوص المدنية , فهي تركز على دعائم ثلاثة أولها: حماية الإئتمان العقاري, والثاني: حماية حسن النية واستقرار التعامل, والثالث: حماية الأوضاع الظاهرة , وكل ذلك يتحقق في نص المادة المذكورة, فالقول باهدارها تماما سيؤدي بنا إلى نتائج عكسية لا يمكن قبولها وتؤثر بالسلب على الإئتمان العقاري بما يؤثر على الوضع الاقتصادي ككل, وغير ذلك فإن ذلك يتعارض مع الأوضاع المستقرة وحماية الحقوق والملكيات.

(1) ونقصد هنا زوال الرهن والقائمة معا لأنه بزوال الرهن تزول القائمة تبعاً لها والعكس غير صحيح, إذ أنه في حالة عدم تجديد قائمة الرهن حتى انتهاء المدة القانونية تزول القائمة مع بقاء الرهن سارياً ويجوز للدائن المرتهن في أي وقت أن يقوم بقيد قائمة رهن جديدة تكون لها مرتبة جديدة من وقت قيد الرهن.

والمشكل هنا أن الرهن الرسمي لا يترتب عليه حيازة الدائن المرتهن للعين محل الرهن⁽¹⁾, بما يمكن معه أن ننسب إليه الإهمال والتقصير في عدم استعمال حقه مما يبرر لنا عدم حمايته, فتبقى المشكلة إذن قائمة.

ومهما يكن من أمر فإن القانون رقم 9 لسنة 2022 لم يأخذ بالأثر الرجعي من أساسه, فكل هذه الاشكالات غير واردة بشأن تطبيق القانون, ولكن عدم الأخذ بفكرة الأثر الرجعي سوف يسبب مشاكل كثيرة جدا سوف نناقشها في المطلب الثالث من هذا المبحث.

ولكننا نتكلم هنا على الوضع الطبيعي وهو ضرورة الأخذ بالأثر الرجعي للتقادم, فإنني أعتقد أنه يجب السماح لكل صاحب وضع يد على العقار أن يؤشر بذلك الواقعة⁽²⁾ على هامش العقد المشهر بالشهر العقاري حتى إذا ما تقرر حق صاحب التقادم وشهرت ملكيته لا يكون للدائن المرتهن حجة للتمسك بها أمام صاحب التقادم ويكون هنا سيء النية لا تجب حمايته⁽³⁾

(1) المادة(1044) مدني.

(2) وأقصد هنا أن يؤشر بواقعة الحيازة سواء بسند أو من غير سند معين , فيجوز له التقدم للشهر العقاري بطلب تأشير هامشي بأنه واضح يده على العقار بمجرد قوله فقط ودون أي مستند , وهذا لا يكسب صاحبه أي حق مطلقا ولا يؤثر على الملكيات ولا المحررات المشهرة ولا يخل بأصحاب الحقوق المقررة على العقار , فإذا ما تقرر حقه وشهرت ملكيته بعد ذلك بالتقادم كان ذلك حجة على الدائن المرتهن, ولا يحق للأخير الاحتجاج بحقه واعتبر سيء النية, أما إذا تهاون صاحب التقادم في التأشير الهامشي بحقه كما ذكرنا فيتحمل نتيجة تقصيره , وبذلك نكون قد قمنا بحماية الجميع, أولا الدائن المرتهن حفاظا على الائتمان العقاري واستقرار التعامل وثانيا صاحب الحق في التقادم , ووفقنا بين النصوص وينتهي التعارض.

الفرع الثاني

الأثر الرجعي للتقادم ونظرية حماية الأوضاع الظاهرة

صورة المسألة :

صورة المسألة هي نفس الصورة في الفرع الأول ولكن السبب مختلف، ففي حالة ما إذا باع المالك أو رهن العقار في الشهر العقاري، ثم جاء شخص آخر بعد ذلك للمطالبة بشهر واقعة التقادم من ذلك المالك، فما مصير البيع أو الرهن المشهر، هل يحق لصاحب التقادم التمسك بالأثر الرجعي للتقادم أم يحق للمشتري أو الدائن المرتهن أن يتمسك بنظرية الأوضاع الظاهرة؟.

تقضي نظرية حماية الأوضاع الظاهرة بضرورة حماية حسن النية الذي يتعاقد مع شخص يحمل نفسه ويحملة الناس على أنه هو المالك الحقيقي ثم يتضح أنه ليس كذلك، فيلزم حماية هذا الشخص حسن النية استقرارا للتعامل.

وسوف نبين في هذا الفرع نبذة مختصرة عن الأوضاع الظاهرة، ثم نبين مدى التوفيق بين الأثر الرجعي للتقادم ونظرية حماية الأوضاع الظاهرة.

أولاً: نبذة مختصرة عن نظرية حماية الأوضاع الظاهرة :

لئن كانت هذه النظرية لا يتضمنها أي نص قانوني إلا أن لها ظهير فقهي وقضائي كبير، إذ أن تطبيقها تقتضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وذلك نفاذا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، والتي أوجبت على القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه أن يحكم بمقتضى العرف، فإذا لم يجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وقد حدد الفقه والقضاء للوضع الظاهر ركنين لا بد من توافرها لإضفاء الحماية التي قررتها نظرية الأوضاع الظاهرة على الغير الذي يتعامل مع صاحب الوضع الظاهر المخالف للحقيقة، وهذان الركنان كالاتي :

1-الركن المادي للوضع الظاهر :

ويتمثل الركن المادي للوضع الظاهر في استقرار المركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر بالقدر الذي يوهم الغير والكافة بأنه مركز قانوني صحيح يتفق مع الحقيقة وذلك بإحاطة صاحب الوضع الظاهر بعوامل ومظاهر مادية محيطة به تؤكد تطابق مركزه الظاهر مع الحقيقة .

2- الركن المعنوي للوضع الظاهر :

ويتمثل الركن المعنوي للوضع الظاهر في ضرورة توافر حسن النية في الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر ولا يكفي في هذا الشأن توافر حسن النية الذاتي لدى الغير وإنما يتعين فوق ذلك أن يشيع الغلط لدى الكافة في شأن المركز الظاهر باعتقاد الكافة بأنه يطابق المركز الحقيقي، ومن ثم لا يعتبر حسن النية متوافراً، إلا إذا كان ليس في وسع ذلك الغير والكافة التوصل إلى معرفة المركز الحقيقي المخالف للمركز الظاهر الناتج عن السذاجة أو الإهمال، وذلك نظراً لوضوح الحقيقة أو إمكانية التوصل إليها لو كان ذلك الغير قد بذل عناية الرجل العادي لاستطلاعها، لهذا يشترط انتفاء تقصير الغير في استطلاع الحقيقة وإلا زال عنه افتراض حسن النية وفقد الحماية التي تقرها نظرية الأوضاع الظاهرة⁽¹⁾.

وقد اخذت بنظرية حماية الأوضاع الظاهرة بعض أحكام النقض ولكنها قصرت تطبيقها على الحالات التي وردت بشأنها نصوص خاصة ورفضت فيما عدا الحالات التي وردت بشأنها هذه النصوص ، ولكن بعض الأحكام أخذت بها في غير هذه الحالات 0

وظل هذا الأمر محل خلاف بين أحكام النقض ذاتها إلى أن عرض الأمر أخيراً على الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في الطعن رقم 826 لسنة 54 ق ، فحسمته بتاريخ 16 / 2 / 1986 في صالح إقرار القاعدة العامة القاضية بحماية الأوضاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية في جميع الأحوال، حتى ما لم يرد منها بشأنه نص خاص، وجاء في الحكم ما يأتي(وحيث إنه وإن كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها وإن صاحب الحق لا يلتزم بما قد يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن الشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع ، وتنطبق جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم

(1) راجع في ذلك د/ عبد الباسط جمعي ، نظرية الأوضاع الظاهرة طبعة 1955 ص909 - د/ نعمان جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ص 60

المشترك فيها بما يحول دون وصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها، مؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه – سلبا أو إيجابا – في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الخطأ).

ويتبين من أسباب هذا الحكم أن القاعدة التي أخذ بها في حماية المتعاملين بحسن نية مع أصحاب الأوضاع الظاهرة يشترط في تطبيقها توافر الشروط الآتية :

- 1- ظهور شخص بمظهر يخالف الوضع الحقيقي ولكن يعتقد هو نفسه أنه وضع حقيقي ويحملة الناس على ذلك .
- 2- أن يكون صاحب الحق (طبقا للوضع الحقيقي) قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا في ظهور ذلك المتصرف في الحق بمظهر صاحبه .
- 3- أن يتعامل معه آخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية، أي إنه كان يجهل مخالفة هذا المظهر للواقع الحقيقي .
- 4- أن يكون هذا التعامل بعوض حقيقي⁽¹⁾ .

هذا الحكم جعل بعض الشراح يسلم تماما بنظرية الوضع الظاهر وجعلها قاعدة عامة مؤداها صحة الرهن الذي يصدر من الوارث الظاهر – كمالك ظاهر – ومن في حكمه كالموصى له الظاهر .. وهكذا⁽²⁾ .

ثانيا: مدى التوفيق بين الأثر الرجعي للتقادم ونظرية حماية الأوضاع الظاهرة

بالنظر إلى فرض المسألة الذي طرحناه آنفا نجد أن هناك حقان متضادان على شيء واحد ، وهما حق صاحب التقادم في أعمال الأثر الرجعي للتقادم وحق

(1) د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق الجزء السابع المجلد الأول عقد البيع والإرادة المنفردة طبعة 1990 نبذة 306 ص729 وما بعدها وأنظر في الوكالة الظاهرة د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء السابع المجلد الأول فقرة 306 ص 565 وما بعدها .
(2) د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق نفس الموضوع.

المشتري أو الدائن المرتهن في إعمال نظرية الأوضاع الظاهرة ، فما مصير العين محل النزاع وأي الحقين أولى بالحماية من الآخر ؟ .

في الحقيقة نحن لا نجد حرجا مطلقا في القطع بالقول بأنه يجب إعمال الأثر الرجعي للتقادم وتقديم حق صاحب التقادم على المشتري أو الدائن المرتهن حسن النية، وذلك للأسباب الآتية:

أولا: إن إعمال الأثر الرجعي للتقادم أمر ثابت قانونا ومقطوع به فقها وقضاء⁽¹⁾، فالأثر الرجعي هو من أركان التقادم، وإن كان من آثار التقادم إلا أنه يمتزج بحقيقة التقادم بحيث لا يمكن وجود الأخير بدون الأثر الرجعي، فهو غير آثار العقود والتصرفات التي قد يقوم العقد من غير آثاره⁽²⁾، لأنه لا قيام للتقادم بدون إعمال أثره الرجعي، فلو قلنا أننا نثبت لصاحب التقادم حقة في التقادم بدون الأثر الرجعي لكان لغوا من القول وكلام ينقض أوله آخره، فان قيل هنا فأين الأثر الرجعي في نصوص القانون الصريحة؟، قلنا لا يلزم ذكر ذلك صراحة في القانون لأن الأثر الرجعي هذا من مستلزمات ومقتضيات التقادم ذاته، فلا قيام لهذا إلا بذلك⁽³⁾

ثانيا: إن إعمال نظرية الأوضاع الظاهرة قد يؤدي بالتقادم ذاته كسب مستقل لكسب الملكية ويمنع تطبيقه، وليس الأثر الرجعي للتقادم فحسب، فمثلا بالنظر إلى المثال التقليدي الذي طرحناه سلفا وطبقنا عليه هذه النظرية لانتبهنا إلى نتيجة لا يمكن قبولها، وهو أنه يقدم المشتري من المالك باعتباره حسن النية وحماية للوضع الظاهر على حساب صاحب الحق في التقادم، فهنا نحن لا نتكلم عن الأثر الرجعي للتقادم، بل نهدم التقادم ذاته، فنتوصل بذلك إلى إلغاء سبب من أسباب كسب الملكية، وهذا لا يقول به أحد حتى أصحاب نظرية الوضع الظاهر لا يقرون هذه النتيجة .

ثالثا: لا يمكن التضحية بالأثر الرجعي للتقادم من أجل نظرية ليس لها ظهير قانوني ولا استقرار قضائي، فقد رأينا أنه وإن كان القانون نص على حالات استثنائية يعمل بها بخلاف القواعد العامة عملا بالوضع الظاهر وحماية حسن النية⁽³⁾، إلا أن القانون لم يجعل من ذلك قاعدة عامة مطردة يعمل بها متي توافرت شرائطها⁽¹⁾

(1) أنظر المطلب الأول من هذا المبحث 0

(2) مثل الملكية في عقد البيع، فنقل الملكية يعتبر من آثار البيع وليس من جوهره، فيمكن أن يكون هناك عقد بيع مع الاحتفاظ بحق الملكية، المادة (430) مدني وحكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 4609 لسنة 61 ق جلسة 1999/7/5 0

(1) أنظر حالة الدائن المرتهن رهنا رسميا الذي كسب حقه بحسن نية وقام بشهره وفقا للقانون المادة (1034) مدني مصري، وحالة كل من كسب بحسن نية حقا عينيا على عقار وقام بشهر حقه قبل تسجيل

أما أحكام القضاء فإنه وإن كان حكم محكمة النقض المصرية في هيئتها العامة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في 16/2/1986 والمذكور آنفا هو حكم حسم الخلاف الدائر في حينه مما أسس لهذه النظرية , وكان هذا الحكم أصلا تبنى عليه هذه النظرية, إلا إن هذا الحكم لم يدم طويلا , فلقد صدرت أحكام محكمة النقض بعد ذلك التاريخ تخالف ما صدر آنذاك , فقد جاء في حكم محكمة النقض أنه (المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كانت نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم على اعتبارات مردها مواجهة الضرورات العملية بقصد حماية الأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات, وذلك بالاعتداد بالتصرفات التي تصدر من صاحب المركز الظاهري إلى الغير حسن النية وتصحيحها باعتبار أنها صدرت من صاحب المركز الحقيقي إلا أنها تفتقر إلى سندها القانوني , ذلك أن القانون المدني لم يتخذ فيها مبدأ عاما يسري على كافة التصرفات , وإنما أورد بشأنها نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت بصدها , فلا يجوز التوسع في تطبيق هذه النظرية كما لا يجوز القياس عليها) (2) 0

عريضة دعوى الفسخ أو الإبطال المرفوعة على سلفه المادة (17) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1976 , وحالة العقد الظاهر الذي ثبتت صورته المادة (244) مدني مصري , وحالة الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته المادة (333) مدني مصري, وحالة الوكالة الظاهرة المادة (107) مدني مصري 0

(2) حيث أن القانون لم يأخذ بقاعدة الغلط الشائع يولد الحق د/ سليمان مرقس, المرجع السابق الحقوق العينية التبعية نبذة 46 مكرر ص 99 , وانظر أيضا الأحكام القضائية الآتية في الهامش الآتي , ولا يقال هنا أن القانون جعل المادة (17) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 تمثل قاعدة عامة في حماية الوضع الظاهر , حيث إن المشرع لم يرتض هذا الأمر , حيث أنه لم يجعل الاستثناء المذكور استثناء عاما يتحقق متى توافرت شروطه , بل إن المشرع استثنى من هذا الاستثناء دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة ونفاذ التصرفات , مما يوحي أن المشرع لم يقصد من هذه النصوص وضع قاعدة عامة للوضع الظاهر , وفي ذلك يقول الدكتور سليمان مرقس (غير أننا نستبعد أن يكون المشرع قد أخذ بهذه النظرية مطلقا إلى هذا الحد , لأن ذلك قد يؤدي إلى اعتبار حق المشتري بحسن نية من غير مالك نافذا في حق المالك الحقيقي لمجرد تسجيل عقد الشراء قبل تسجيل عريضة دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك الحقيقي ودون حاجة إلى وضع يد المشتري لمدة خمس سنوات , ولما كانت هذه النتيجة لا يمكن التسليم بها بأي حال , فقد دعانا ذلك إلى تقييد النظرية التي أخذ بها التقنين الحالي بما يحول دون الوصول إلى هذه النتيجة وذلك بقصرها على الدعاوى الأخرى التي عددها القانون عدا الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد وبترتب على هذا القيد اعتبار المادة 17 فقرة ثانية من قانون الشهر غير منطبقة على من يتعامل مع الوارث الظاهر) الحقوق العينية التبعية نبذة 46 مكرر ص 100- وأنظر تفصيلا د / البدرابي, عقد البيع في القانون المدني مطابع دار الكتاب العربي بمصر الطبعة الثانية 1958 فقرة 203 ص 306 0

(1) الطعن رقم 1329 لسنة 73 قضائية دوائر الاجارات جلسة 2016/11/19 وأنظر عكس ذلك الطعن 3177 لسنة 80 قضائية دوائر الاجارات جلسة 2017/2/25 0

وبناء عليه, فلا يمكن التعويل على أحكام النقض كثيرا في هذا الشأن, فكما نرى الأحكام غير مستقرة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

مصلحة الشهر العقاري والتطبيق العملي للأثر الرجعي

(2) حتى ولو أخذنا بالأحكام القضائية القاضية بالنظرية العامة لنظرية الأوضاع الظاهرة , فهذا قطعا فيما لا يخالف نص القانون, إذ نص القانون قاطع في بابه , وبناء عليه لا تسري النظرية المذكورة على التقادم وأثره الرجعي باعتبار أن إعمال التقادم وأثره الرجعي إنما هو نص قانوني قطعي (المادة 968 و 969) من القانون المدني والمادة (10 مكرر) من القانون رقم 9 لسنة 2022 0

إذا ما خلصنا من خلال الدراسة السابقة إلى وجوب أعمال الأثر الرجعي للتقادم، وهذا هو الوضع الصحيح الذي لا يجوز غيره، ولكن هل تطبيق القواعد السابقة أمر ميسر أم أن الأمر يختلف في مصلحة الشهر العقاري .

والهيئة المخولة بأعمال الشهر هي مصلحة الشهر العقاري ، وهي مصلحة عريقة وعظيمة تقوم بدورها المحوري والحيوي في مجال الائتمان العقاري وتقنين الملكية العقارية .

والوضع السليم وفقا لما شرحناه هو تطبيق الأثر الرجعي للتقادم، فمثلا لو كان (أ) يمتلك عقار بموجب عقد بيع مسجل بالشهر العقاري هو سند ملكيته ، ثم باع العقار بعقد بيع ابتدائي لصالح (ب) وذلك بتاريخ 1 / 1 / 2008 ، ثم باع (أ) أيضا العقار محل العقد المسجل لصالح (ج)، وقام بتسجيل عقد البيع هذا في الشهر العقاري في 2020/1/1 ، ثم جاء (ب) للشهر العقاري بتاريخ 2023/2/1 أي بعد مرور أكثر من خمس عشرة سنة للمطالبة بشهر الواقعة المادية (التقادم)، فالمفترض هنا أن الشهر العقاري إذا تحقق من واقعة التقادم من حيث توافر الشروط وانتفاء الموانع أن يقوم بشهر الواقعة المادية مع عدم الاعتداد بالعقد المشهر الذي تم بتاريخ 2020/1/1 إعمالا للأثر الرجعي للتقادم وفقا لما انتهينا إليه من أبحاثنا السابقة، ونفس المثال هذا هو في التقادم السندي، فلو كان (أ) يمتلك عقار مسجلا بالشهر العقاري ثم قام بإبرام عقد بيع ابتدائي لصالح (ب) بتاريخ 2018/1/1 ثم قام (أ) ببيع العقار لصالح (ج) وتسجيل العقد بالشهر العقاري بتاريخ 2022/12/30، ثم تقدم (ب) للشهر العقاري بتاريخ 2023/1/2 أي بعد مرور خمس سنوات من تاريخ سنده وحيازته وذلك لتسجيل واقعة التقادم في الشهر العقاري، فالمفترض هنا أيضا أن الحكم كما في المثال الأول وهو أن يتم تسجيل واقعة التقادم لصالح (ب) مع الإعتداد بعقد (ج).

هذا الوضع السليم سوف يصطدم حتما بالفقرة الأخيرة من المادة 10 مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022، والتي تنحي الأثر الرجعي جانبا، وتجعل التقادم بدون أثر رجعي ، وبناء عليه فإن الشهر العقاري سوف يرفض السير في إجراءات تسجيل واقعة التقادم بحجة أن الملكية قد خرجت، وهذا قطعاً لا يضر بالأثر الرجعي فقط بل يهدر نظام بالتقادم ذاته، ويظهر هذا بوضوح أكثر لو كان عقد (ج) هو عقد رهن رسمي وأراد (ب) شهر التقادم فسوف يتم شهر واقعة التقادم والعقار فيه محمل بالرهن، مع أننا قد خلصنا أن الأثر الرجعي يقضي بأن التقادم يطهر العقار من كافة الحقوق والتكاليف العينية التي تمت قبل بدء التقادم.

والسؤال الآن هو هل هذا هو التقادم القانوني الذي نعرفه والذي هو ثابت بالنصوص وعليه أحكام القضاء وشرح الفقهاء, بل أعتقد أن هذا شيء آخر غير التقادم, هو نظام له قواعد وأحكام مستقلة بشأنها لا تشبه التقادم ولا تقرب منه اللهم إلا شرط الزمن فقط وهذا وحده لا يكفي.

الغريب هنا أن فكرة الأثر الرجعي ليست غريبة عن الشهر العقاري, فهي ثابتة بموجب المادة 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بخصوص شهر الأحكام ذات العرائض المشهورة ليرتد تسجيل الحكم إلى وقت شهر العريضة.

والأغرب من ذلك هو ما يخص دعاوى الاستحقاق التي تم شهرها بعد شهر التصرف فيتم تسجيل حكم الاستحقاق ولا يعتد بشهر التصرف الذي تم قبل شهر العريضة وهذا يمكن أن نطلق عليه الأثر الرجعي المجرد لعد استناده إلى العريضة, وليبيان ذلك نضرب المثال الآتي: إذا كان (أ) قد باع عقارا معيناً لصالح (ب), وقاما بتسجيل العقد في الشهر العقاري سنة 2019, ثم قام (ب) بعد ذلك ببيع ذلك العقار لصالح (ج) وقاما بتسجيل العقد في الشهر العقاري عام 2020, ثم قام (د) برفع دعوى استحقاق ضد (ب), وتم شهر هذه الدعوى عام 2021 - أي بعد العقد المشهر سنة 2020 - فإذا حصل (د) على حكم بالاستحقاق فيجب إعمال حكم الاستحقاق وتنفيذ آثاره وعدم الاعتداد بالعقد المشهر الذي تم في 2020, أي عدم الاعتداد بالمشهر الذي تم قبل شهر عريضة الاستحقاق, وتوجيه هذا الحكم أنه على الرغم من العبارات العامة التي صيغ بها المبدأ الوارد في المادة (2/17) من قانون الشهر العقاري, فإنه لا يمكن أن ينطبق على دعاوى الاستحقاق بالنسبة للتصرفات المشهورة قبل شهر صحتها⁽¹⁾.

(1) د/ سليمان مرقس, المرجع السابق الحقوق العينية التبعية نبذة 46 مكرر ص 100- وأنظر تفصيلاً د / البدرابي, المرجع السابق عقد البيع في القانون المدني الطبعة الثانية 1958 فقرة 203 ص 306 0

المبحث الثاني

أحكام تسجيل التقادم طبقاً للقانون رقم 9 لسنة 2022

التقادم القانوني المكسب للملكية هو ثلاثة أنواع ، إثنان منهم في القانون المدني وهما التقادم المكسب الطويل (خمس عشرة سنة) والتقادم الخمسي (خمس سنوات) ، وهناك النوع الثالث الذي أحدثه القانون رقم (9) لسنة 2022 في المادة العاشرة مكرر، وهو التقادم الذي يستند إلى حيازة لمدة خمس سنوات وسند مصاحب للحيازة ، وآثرنا أن نطلق على هذا النوع الأخير التقادم السندي تمييزاً له عن النوعين الآخرين ولأنه يعتبر من أهم شروط تطبيقه وجود سند ولو كان عرفياً⁽¹⁾ .

وسوف نقوم بتقسيم دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، وهم بيان ما هو السند المصاحب للحيازة (المطلب الأول)، والمشكلات القانونية للسند المصاحب للحيازة (المطلب الثاني) ، والدعاوى المشهورة لا تمنع إتمام شهر التقادم السندي (المطلب الثالث).

(1) وأطلق عليه أستاذنا الكبير د/ حسام الأهواني مصطلح (التقادم الخمسي الميسر) أنظر البحث السابق ص1648.

المطلب الأول

السند المصاحب للحيازة

تنص المادة العاشرة مكرر من القانون رقم (9) لسنة 2022 "يجوز أن تشهر الوقائع التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله أو تقريره بطريق التسجيل ، ويعد من هذه الوقائع في تطبيق أحكام هذه المادة الحيازة المصحوبة بسند ، ولو كان عرفيا" .

وصريح نص المادة المذكورة يشترط في التقادم السندي أن يكون هناك سند ولو كان عرفيا ، ولم يقم المشرع بوضع تعريف وخصائص السند المصاحب للحيازة مثلما فعل بخصوص السبب الصحيح في التقادم الخمسي⁽¹⁾ ، ولكنه هنا مشى على أصله في ترك التعريفات الفقهية للفقهاء والقضاء ، ولم يرد أن يضع تعريفا جامدا ربما لا يمكن معه أن يكون جامعا مانعا لخصائص السند⁽²⁾ .

وأعتقد أنه يمكن أن نعرف السند المصاحب للحيازة وفقا للقانون رقم (9) لسنة 2022 بأنه " كل محرر ثابت به عمل أو تصرف قانوني يكون من طبيعته نقل الملكية أو الحق العيني صادرا لصالح الحائز من شخص يكون مالكا أو غير مالك للشيء أو الحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم" .

ويتضح من التعريف السابق أن خصائص السند هو أن هناك محرر رسمي أو عرفي ، وأن يكون هناك تصرف قانوني يكون من طبيعته نقل الملكية ، وأنه لا عبء بملكية المتصرف للحائز أو عدم ملكيته للعقار أو للحق العيني الذي يراد كسبه ملكيته بالتقادم .

وسنحاول شرح هذه الخصائص في العناصر الآتية:

أولا : يجب أن يكون هناك محرر رسمي أو عرفي :

الواضح أن نص المادة (10) من القانون على أنه يجب أن يكون هناك سند ولو كان عرفيا، يعني أنه يجب أن يكون هناك مع صاحب الحيازة محررا ، وهذا بخلاف التقادم الطويل الذي لم يوجب القانون فيه ذلك ، والسبب في ذلك أنه لما كان التقادم

(1) المادة 3/969 مدني .

(2) وهذا هو الصواب ، حيث أن الفقه لم يرتض تعريف المادة 3/969 مدني للسبب الصحيح ، بل قام بتعريفه تعريفا أدق من نص المادة المذكورة ، أنظر د/ البدرابي، المرجع السابق الحقوق العينية الأصلية فقرة 531 ص 567 - د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق ص 76 .

الطويل يستند إلى حيازة طويلة مدتها خمس عشرة سنة كان ذلك كافيا في اسناد الملكية، حيث رأى المشرع أن في هذه المدة دلالة واضحة على اعتبار أن الحائز هو المالك ، إذ من الصعب أن يحوز شخص ما الشيء مدة خمس عشرة سنة ثم يظهر شخص آخر يدعي ملكيته لهذا الشيء فكان طول هذه المدة مغنيا عن فرض أي شرط آخر قد يجعل تطبيق التقادم المكسب الطويل من المستحيلات .

ولكن لما أحدث القانون التقادم الخمسي والتقادم السندي القائمين على الحيازة القصيرة لمدة خمس سنوات كانت هذه المدة قصيرة وغير كافية للاطمئنان أن الحائز مالكا فاشتراط القانون شرطا آخر ليعضد به مدة الحيازة القصيرة ويعوض الفرق بين مدة الحيازة الطويلة والحيازة القصيرة .

وكانت فلسفة المشرع في القانون الجديد للشهر العقاري رقم(9) لسنة 2022 هو التوسع في صور كسب الملكية⁽¹⁾ تقنيا للملكية العقارية وحفاظا على الائتمان العقاري وغير ذلك من الأمور ، وهذه الطفرة المنشودة للتسجيل العقاري والتسهيلات العظيمة في التسجيل لم يفعلها المشرع بدون حساب ولكن قام بعملية توازن بين المقصود من التشريع من جهة والحفاظ على الملكيات وعدم النزاع والتأكد من قيام سبب الحيازة فعلا من جهة أخرى ، فقام بإحداث التقادم السندي القائم على مرور خمس سنوات على الحيازة تحقيقا لمقصود التشريع ولكن مع ضرورة أن يقتصر ذلك بسند تقوم عليه هذه الحيازة تحقيقا لثبوت الملكية فعلا ولو عن طريق الظاهر، وتحقيقا لاستقرار التعامل وعدم الادعاء بالملكية بمجرد الحيازة فقط ، ولكن لا بد أن يدعم ذلك سند تقوم عليه هذه الحيازة حتى لا يدعي أي شخص ملكيته للشيء بمجرد حيازته حيازة قصيرة فتضيع العقود وتنتشر الفوضى .

والمشرع أكد هذا المعنى بالنص في المادة (36 مكرر) من القانون رقم (9) لسنة 2022 على أنه " مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب كل من قدم محررا عرفيا مزورا بقصد شهر محرر أو واقعة طبقا لاحكام هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسين الف جنيه" ، فهذا النص هو تطبيق لما ذكرناه آنفا ، حيث أنه من غير المقبول أنه بمجرد ادعاء أي شخص حيازته للشيء أن نقوم

(1) علما بأن نص المادة (10) مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022 لم يضيف طريقا جديدا لكسب الملكية ، حيث أن طرق كسب الملكية المنصوص عليها في القانون هي بحالها لم تتغير، ولكن المشرع أضاف حالة أخرى لكسب الملكية داخل الحيازة ، ولم يحدث طريقا آخر بجانب الحيازة وطرق كسب الملكية الأخرى ، فالحيازة باعتبارها طريقا لكسب الملكية تضم بداخلها نوعان لكسب الملكية هو التقادم المكسب الطويل والخمسي ، فما فعل المشرع إلا أنه أضاف لهذين النوعين نوعا ثالثا وهو التقادم السندي، فأصبحت الحيازة تضم ثلاثة أنواع (التقادم الطويل والخمسي والسندي)، وما استخدمناه هنا هو من قبيل التوسع في استخدام اللفظ فقط .

باسناد الملكية إليه بل لابد من تقديم مستند دال على ذلك يعضد هذا الادعاء ويقوي هذا الوضع الظاهر مع توقيع عقوبه إذا ظهر أن هذا المستند غير صحيح⁽¹⁾ .

والأصل أن يقدم الشخص محررا رسميا⁽²⁾، فإن لم يجد فيقدم المحرر العرفي الذي يحوزه⁽³⁾، وهذا هو مفهوم نص المادة المذكورة، إذ تقول "المستند المصاحب للحيازة ولو كان عرفيا"، فهذه اللغة تقتضي أن الأصل أن يكون هناك مستند رسمي، فإن لم يوجد فيكفي المستند العرفي، وهذا من أقوى تيسيرات التسجيل العقاري في مصر حتى الآن .

وإذا كان الأصل أن يكون هناك محرر رسمي مع صاحب الحيازة، إلا أن الأمر يختلف تماما في الواقع العملي، إذ أن المتعارف عليه عرفا هو أن كل شخص يمتلك محرر عرفي مثل عقد البيع الابتدائي ولا نجد من المحررات الرسمية لمدعي الحيازة إلا حكم رسو المزاد الصادر بعد اجراءات نزع الملكية بناء على طلب الدائنين، وحكم رسو المزاد في حالة بيع العقار لعدم امكان قسمته عينا إذا رسا المزاد على أجنبي عن الشركاء وأيضا الحكم بالشفعة⁽⁴⁾، ثم بعد ذلك ربما لا نجد محررا رسميا آخر يستند إليه صاحب الحيازة، إذ أن الأخير إما أن يكون معه محرر عرفي - وهذا هو الأصل عمليا - وإما أن يكون معه محرر رسمي ولكن لا تتوافر فيه خصائص السند المصاحب للحيازة، ومنها أن يكون هذا السند ناقل للملكية بطبيعته .

وأيا ما كان الأمر فإن التفرقة بين المحرر الرسمي والمحرر العرفي ليست ذات فائدة كبيرة هنا، إذ أن كلا منهما إذا توافرت فيه الشروط الأخرى يعتبر سنداً يمكن صاحب الحيازة من اكتساب الملكية، ولكن ذكر المشرع هنا السند العرفي نصاً، وكان من الممكن أن يقتصر على ذكر السند فقط، ليشمل المحرر الرسمي والعرفي،

(1) أعتقد أن مدة السنة غير كافية لردع كل من تسول له نفسه غصب الملكية العقارية والاستيلاء عليها بدون وجه حق، فكان الأحرى بالمشرع أن يشدد العقوبة أكثر من ذلك لتناسب الجرم الواقع .

(2) تنص المادة (10) من قانون الإثبات على أن "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي صدد سلطته واختصاصه".

(3) الورقة العرفية هي ورقة صادرة من أحد الأفراد بتوقيعه إياها، وتصلح أن تكون دليلاً كتابياً . أنظر د/ سليمان مرقس، المرجع السابق أصول الإثبات واجراءاته (الادلة المطلقة) الطبعة الخامسة 1991 المجلد الاول نبذة 64 ص 230- د/ حسام الاهواني، شرح قانون الإثبات الطبعة الثانية 2012 دار نصر للطباعة الحديثة ص 75 .

(4) وقلنا بذلك لأن من شروط التصرف المصاحب للحيازة أن يكون ناقل للملكية بطبيعته والأحكام القضائية تعتبر بحسب الأصل مقررة للحقوق وليس منشأة لها ولا ناقلة لها، ولكن استثناء من هذا الأصل العام تعتبر أحكام مرسى المزاد والشفعة أحكاماً ناقلة للحقوق وليست مقررة لها، أنظر بخصوص السبب الصحيح في التقادم الخمسي د/ البدرأوى، المرجع السابق فقرة 533 ص 569- د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص 78 .

ولكن قصد المشرع بذلك التأكيد على وجوب الاعتداد بالمحرر العرفي حتى لا يكون مجالا للآراء ، لأن من المتعارف عليه أن المحرر العرفي ليس له حجية مطلقة في اجراءات الشهر العقاري ، ولذلك فطن المشرع لذلك الأمر فحسم أي خلاف ربما يحدث بشأن تفسير كلمة ((سند)) .

ويكفي هنا أن يقدم الحائز المستند الصادر له من الشخص الذي أبرم له التصرف ونقل له الحيازة ولا يطلب منه أن يقدم المستند السابق على ذلك ، أي سند المتصرف له، ولا يجوز للشهر العقاري أن يطالب صاحب الحيازة بتقديم سند المتصرف ، لأن هذا تزيد لا مبرر له ، وخلاف مقتضى النص القانوني .

فلا يهم إذا أن يكون من صدر منه التصرف غير حائز حيازة قانونية أو حيازة عرضية ، فالبيع الصادر من شخص يحوز بقصد التملك أو من مستأجر يعتبر في الحاليين سندا صحيحا يسند حيازة المشتري ، ولا يهم ما إذا كان المتصرف يستند في حيازته إلى سند أو لم يكن يستند كأن كان مجرد مغتصب ، ذلك أن الحائز لا يكتسب بالسند المقدم وحده وإنما بالحيازة المستندة إليه ، إنما المهم ألا يكون متلقي الحيازة عن طريق السبب الصحيح عالما بعيب هذا السند حتى يكون حسن النية⁽¹⁾.

ونؤكد على هذا المعنى مرة أخرى، لا يجوز للشهر العقاري مطالبة صاحب الحيازة بتقديمه سند المتصرف وإلا تعرض العضو القانوني للمساءلة الإدارية والتأديبية ، وذلك لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا لتطبيق نص المادة(10مكرر)، وذلك لأن المشرع نص على عبارة الحيازة المصحوبة بسند

(1) د/ البدراوي، المرجع السابق فقرة 534 ص 572 بتصرف يسير ، وذلك بخصوص السبب الصحيح في التقادم الخمسي، ويقرر د/ السنهوري هذه القاعدة بخصوص السبب الصحيح فيقول(وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون سببا صحيحا أي تصرفا ناقلا للملكية فإن سند المتصرف نفسه الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا أهمية له، فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم ينقل إليه الملكية، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذي يتصرف فيه، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز، وقد يكون حائزا سيء النية اغتصب العقار وباعه إلى الحائز، فيستوي إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند، ويستوي أن يكون حسن النية أو سيء النية ، ويستوي أن يكون حائزا أصليا أو حائزا عرضيا أو غير حائزا أصلا) د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 420ص 1082، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه (مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة 969 من القانون المدني على أن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سببا صحيحا لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي متى كان هذا البيع مسجلا، ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبا أو مستندا في تصرفه إلى عقد قابل للابطال أو باطل أو معدوم لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا لاعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غير مالك ، ومن ثم فإن الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أي أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحياته لأنه يكون سببا صحيحا لذلك التملك. (جلسة 2001/11/27 الطعن رقم 6210، 6223 لسنة 70 ق) (جلسة 1988/4/26 الطعون أرقام 304 ، 153 ، 792 لسنة 55 ق).

للدلالة على ضرورة تقديم السند الموجود وقت وجود الحيازة فقط ، فلا عبرة بالمستند السابق على هذه الحيازة بصريح نص القانون ، وهذا من المشرع بقصد التيسير على إثبات الملكية بالحيازة بدون المطالبة بالسندات السابقة على ذلك مما يؤدي إلى صعوبة تحقق ذلك .

ولكن هنا يوجد ملاحظتان ، الأولى : وهي ضرورة تقديم السند السابق على سند الحائز أي ضرورة تقديم سند المتصرف للحائز إذا كان الحائز يريد ضم مدة حيازة سلفه المتصرف إليه إلى مدة حيازته⁽¹⁾ ، وهذا لأنه يستند إلى حيازته وحيازة سلفه ، فلا بد وأن يقدم سنده وسند سلفه تطبيقاً لنص المادة(10 مكرر) إذ تقول " الحيازة المصحوبة بسند" والتي تدل دلالة واضحة على أن كل حيازة بسندها والحائز هنا يستند إلى حيازتين ، فلا بد وأن يقدم سندين .

الملاحظة الثانية: أنه إذا كان الشهر العقاري لا يجوز له مطالبة صاحب الشأن بتقديم سند المتصرف له ، فمن الفطنة أيضاً ألا يقدم صاحب الحيازة سند المتصرف له حتى لا يقع تحت بحث العضو القانوني بالشهر العقاري ، إذ أنه لو قدم سند المتصرف فيجب على الشهر العقاري بحثه جيداً ، فإذا تبين أن به أي عيب أو عوار واضح يمنع إتمام عملية الشهر فلا يجوز إسناد الملكية للحائز لتوافر قرينة سوء النية هنا ، وإذا كان العيب الذي يعترى سند المتصرف غير واضح للحائز فيعتبر أيضاً الحائز سيء النية إذ بمجرد إبلاغه وإعلامه من قبل الشهر العقاري بعيب السند يعتبر سيء النية في هذه اللحظة ، مع الوضع في الاعتبار أن حسن النية يجب أن يتوافر من وقت تلقي الحق حتى التسجيل وفقاً لنص المادة (10 مكرر) .

والسؤال الآن هو هل يجوز للحائز أن يسحب السند الذي قدمه والخاص بالمتصرف له أم لا يجوز له ذلك ؟ .

الجواب على ذلك هو أنه لو لم يتخذ الشهر العقاري أي إجراء مطلقاً تجاه السند ، فيجوز للحائز هنا سحب السند اعمالاً للسائد في الشهر العقاري من سحب السندات المقدمة ، إذ السند هنا كأنه لم يقدم من قبل ، أما لو كان الشهر العقاري اتخذ تجاه هذا السند أي إجراء مهما كان هذا الإجراء فلا يجوز للحائز سحب هذا السند لأنه أصبح ذات جدوى في الطلب ، وقد يترتب عليه آثار خطيرة ، إذ به يكسب الحائز الملكية ، أو يرفض به اكسابه الملكية، فلا يجوز للحائز والحال هكذا أن يتحايل على الآثار ويسحب السند بعد أن اتخذ السند مركز قانوني في الطلب ولا بد أن يتحمل الحائز

(1) أنظر في ضم مدد الحيازة د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 386 ص 1016 - د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 86.

مغبة تصرفه هذا⁽¹⁾ , ولكن إذا انتهت مدة الطلب القانونية يجوز للحائز أن يتقدم بطلب جديد بدون هذا السند ليتم بعد ذلك السير في اجراءات الطلب.

ثانياً: يجب أن يتضمن المحرر تصرف قانوني يكون من طبيعته نقل الملكية⁽²⁾:

هذا العمل أو التصرف هو الذي يجعل الحيازة حلالاً سليمة من شبهة الغصب في نظر الحائز واعتقاده⁽³⁾ , ويخرج من هذه الخاصية كل الأعمال المادية , إذ أنها لا تعد تصرف أو عمل قانوني , والتصرفات التي تقتصر على إنشاء التزامات شخصية والتصرفات التي تنقل الملكية , وسنبحث كل هذه الأنواع كلا على حدة :

1- التصرفات التي تكون من طبيعتها نقل الملكية، ومنها :

أ- عقد البيع :

وهو السبب الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، إذ لا يخلو حائز الشيء إلا ومعه عقد بيع يخوله الحق في حيازة الشيء ، وعقد البيع هنا مستند كاف لتطبيق نص المادة(10 مكرر)، ولا يحتاج إلى حكم صحة توقيع إذ إن دعوى صحة التوقيع دعوى تحفظية لا تمتد سلطة القاضي فيها إلى الملكية ولا يجوز للشهر العقاري هنا بحث الملكية لأن ملكية الحائز هنا تستند إلى الحيازة وليس إلى العقد ، ويشترط في العقد فقط هو الوجود وليس الصحة ، وسنرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر سنداً صحيحاً في نص المادة(10 مكرر) ، ويجب أن يكون هناك توقيع للبائع وإلا كان العقد باطلاً لا يجوز العمل به ، أما إذا لم يوقع المشتري فلا ضرر من ذلك لأن حضور المشتري للشهر العقاري وبيده سند البيع يعتبر قبولاً ضمنياً منه .

ولكن السؤال الآن هو، ما هو الحال لو اختلف تاريخ عقد البيع الابتدائي عن تاريخ بدء الحيازة ؟ ، فمثلاً لو فرضنا أن تاريخ بدء الحيازة هو 1 / 1 / 2018 ، وتاريخ عقد البيع الابتدائي قبل أو بعد هذا التاريخ ، فما هو المتبع إذا ؟، وبمعنى آخر متى يبدأ سريان مدة الخمس سنوات ؟ .

(1) أخذت بهذا الرأي هنا وإن كان الواقع العملي بالشهر العقاري بخلافه، فمكاتب الشهر تسمح بسحب المستندات أي كانت طبيعتها، ولكن رأيت أن المشرع لما توسع في مسألة شهر الوقائع المادية بموجب القانون الجديد، كان يجب أن نقوم ببعض التوازن العملي غير المخالف للقانون، فنحيط التقدّم السندي الجديد بضمانات كافية نضمن بها أن الحيازة والسند المصاحب لها تطابق الحقيقة والواقع، فكيف لو تم تقديم سند المتصرف للحائز ووجدنا أن البائع له ممنوع من التصرف قبل إبرام عقد البيع الأول أو أن هناك شرط في العقد الأول مانع من التصرف، وتم بحث هذا العقد وتم إيقاف الطلب لهذا السبب، فهل نقول بعد ذلك أنه يجوز للحائز سحب العقد الأول ثم السير في الإجراءات، هل هذا يجوز !!.

(2) وقد صدر قرار وزير العدل رقم 2334 لسنة 2022 بنماذج الطلبات وثابت بها أنه يمكن تقديم أي سند مثل كشف العوايد، وهذا نراه توسع مخالف للقانون وسينعكس سلباً على الملكية العقارية.

(3) د/ البدرابي، المرجع السابق فقرة 592 ص 568.

في الحقيقة نحن أمام ثلاث حالات ، أما الحالة الأولى هو توافق تاريخ عقد البيع الابتدائي مع تاريخ بدء الحيازة ، مثلا أن يكون كل منهما في 1 / 1 / 2018 فلا شك أن مدة الخمس سنوات تبدأ في السريان مع هذا التاريخ .

أما الحالة الثانية : وهو سبق تاريخ عقد البيع الابتدائي لتاريخ بدء الحيازة ، مثل أن يكون عقد البيع الابتدائي في 2017/1/1 ، وتاريخ بدء الحياز في 2018/1/1 فلا شك أيضا أن مدة الخمس سنوات تبدأ مع تاريخ بدء الحيازة وهو 2018/1/1.

أما الحالة الثالثة : وهو إذا كان عقد البيع الابتدائي لاحق على تاريخ بدء الحيازة مثل أن تكون الحيازة في 2018/1/1، وتاريخ عقد البيع في 2019/1/1 فمتى يبدأ سريان مدة الخمس سنوات في هذه الحالة ؟ .

أعتقد أن الإجابة هنا على هذا السؤال ستكون بأن الاعتبار سيكون بتاريخ عقد البيع الابتدائي أي من 2019/1/1 بشرط أن تستمر الحيازة مدة خمس سنوات تبدأ من هذا التاريخ ، فمدة الخمس سنوات هنا تبدأ في جميع الحالات من تاريخ اتحاد عقد البيع الابتدائي مع تاريخ بدء الحيازة ، ففي الحالة الأولى قلنا أن مدة الخمس سنوات تبدأ من تاريخ 2018/1/1 ، وهو تاريخ اتحاد العقد مع الحيازة ، وفي الحالة الثانية قلنا أن المدة تبدأ من تاريخ 2018/1/1 ، لأن عقد البيع الابتدائي المؤرخ في 2017/1/1 من المؤكد أن يستمر حتى تاريخ بدء الحيازة ، وهو 2018/1/1، فهنا فقط يبدأ سريان المدة، وفي الحالة الثالثة قلنا أن المدة تبدأ من تاريخ عقد البيع الابتدائي وهو 2019/1/1 لأنه هو التاريخ الذي تلتقي فيه الحيازة مع تاريخ عقد البيع الابتدائي، والدليل على هذه القاعدة التي نقول بها أمران، الأول: هو نص المادة(10 مكرر) من القانون رقم (9) لسنة 2022 ، إذ تنص على أنه " الحيازة المصحوبة بسند ولو كان عرفيا لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ نشوء الحق"، ونشوء الحق هنا يستلزم توافر ركنين، وهما(الحيازة والسند) ، فلا ينشأ الحق بدون أحدهما، إذن فالمعتبر هنا هو اجتماع الحيازة والسند في وقت واحد ، فلو كانت مدة الخمس سنوات تبدأ من تاريخ عقد البيع الابتدائي فقط ، أو من تاريخ الحيازة فقط ، واعتبرنا أن ذلك التاريخ هو بداية نشوء الحق، فما فائدة الآخر إذا؟!، حين أن القانون جعل الحيازة والسند شيئان متلازمان لا ينفكان .

والأمر الثاني: نجد أن المادة المذكورة تقول "الحيازة المصحوبة بسند" فهنا النص جعل الحيازة والسند شيئان متلازمان وإن كان من الجائز أن يسبق أحدهما الآخر في التاريخ إلا أنه يجب أن يتحدا في الوجود ليعملا أثرهما، فتبدأ مدة الخمس سنوات من تاريخ اتحادهما، ففي المثال السابق الذي ذكرناه آنفا ، وهو أن تاريخ الحيازة 2018/1/1 ، وتاريخ عقد البيع الابتدائي 2019/1/1 ، نلاحظ أن مدة السنة

من 2018/1/1 حتى 2019/1/2 هي حيازة ليست مصحوبة بسند ، وأن الحيازة المصحوبة بسند هي التي تبدأ من 2019 / 1 / 2 ، فاقتران الحيازة بالسند هي وحدة واحدة لا تتجزأ ، ويجب أن يكون ذلك المعنى معتبر في كامل مدة الخمس سنوات، والعكس غير صحيح ، فلا يمكن أن نقول ان مدة الخمس سنوات تنقسم إلى قسمين مثلا، منها ثلاث سنوات حيازة من غير سند وستان حيازة مصحوبة بسند ، فهذا كلام لا يقول به أحد ، وهو على خلاف إرادة المشرع (1).

أما إذا كان عقد البيع الابتدائي غير مؤرخ فمتى يبدأ سريان مدة الخمس سنوات ؟ ، في الحقيقية في هذه الحالة من الممكن أن نعتبر أن تاريخ بدء الحيازة قرينة على أن تاريخ عقد البيع الابتدائي هو نفس تاريخ بدء الحيازة .

وهناك فرض آخر خاص بعقد البيع الابتدائي وهو لو كان سند الحائز وهو عقد البيع ثابت به أن الثمن يسدد على أقساط مواعيد الأقساط لم تحن بعد، أو أن هذه الاقساط أصبحت مستحقة ولم يسدد الحائز منها شيء ، فهل يعد ذلك سندا صحيحا يمكن الاستناد إليه في كسب الملكية ؟

الإجابة على هذا السؤال بأن عقد البيع هذا صحيح وسند يمكن الاستناد إليه في كسب الملكية لأن سداد الثمن ليس ركنا من أركان البيع وليس شرطا من شروط صحته ولكنه أثرا من آثار البيع يخول البائع حق الرجوع على المشتري بقيمة المبيع بدعوى مستقلة أو يفسخ العقد لعدم سداد الثمن (2) ، لكن يلاحظ هنا أنه لا يجوز للشهر العقاري أن يثبت هذه الاقساط في سند ملكية الحائز تحت بند حقوق الغير، لأن هذه

(1) وهذا الذي نقول به هنا هو ما سطره المشرع المصري بخصوص التقادم الخمسي والسبب الصحيح في المادة 969 مدني وعليه شراح القانون الذين أجمعوا على أن مدة الخمس سنوات في التقادم الخمسي تبدأ من تاريخ تسجيل التصرف وليس من تاريخ بدء الحيازة إذ منذ تاريخ تسجيل التصرف (السبب الصحيح) يوجد السبب الصحيح مع وجود الحيازة الفعلية ، فيتحد زمن تحقق الحيازة مع توافر سندها، وهو نفس مسلكتنا هنا، انظر في ذلك د/ السنهوري ، المرجع السابق فقرة 428 ص 1096- د/ البدر اوي ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق فقرة 533 ص 570 - د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 77.

(2) قضت محكمة الجيزة الابتدائية بأنه (حيث أنه هديا بما تقدم وكان الثابت أن عقد البيع الابتدائي موضوع الدعوى قد توافرت له أركان انعقاده وشروط صحته من رضا غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة ومحل محدد تحديدا نافيل للجهالة وجائز التعامل فيه وثمان نقدي معلوم وبالتالي فإنه تولد عنه التزام على المدعي عليه بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري عملا بالمادة 428 مدني ، ولما كان التزام البائع بذلك هو التزام بعمل يمكن تنفيذه عينيا وتسمح طبيعته بأن يقوم الحكم القاضي فيه مقام التنفيذ العيني المادة (210 مدني) ولا ينال من ذلك أن ثمن المبيع يسدد على أقساط إذ أنه لا يشترط لايجاب طلب المشتري بصحة ونفاذ العقد أن يكون قد سدد الثمن، بل يكون للبائع بعد ذلك الرجوع إلى المشتري بقيمة المبيع بدعوى مستقلة أو يطلب بفسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالثمن) .
(محكمة الجيزة الابتدائية الدائرة (11) مدني كلي بالدعوى رقم 1374 لسنة 2015 مدني كلي جيزة جلسة 27 /10/2016).

الحقوق حقوق شخصية وليست حق عيني على العقار فلا تخضع لقاعدة أن صاحب الحق في التقادم يكسب الملكية بالتقادم مثقلة بالتكاليف التي تمت قبل بدء الحيازة , إذ أن هذه القاعدة خاصة بالحقوق العينية فقط , غير ذلك فإن اكتساب الملكية هنا عن طريق الحيازة وليست عن طريق العقد, فالملكية تنتقل بالحيازة وليست بأحكام العقد.

فإذا خلصنا إلى ضرورة أن يكون هناك اتحاد و اتفاق بين تاريخ عقد البيع وتاريخ الحيازة , فهل هذه الفكرة تعتبر لازمة أيضا بخصوص مضمون العقد والحيازة , فمثلا لو كان عقد البيع يخص قطعة أرض فضاء, والحائز يريد كسب ملكية الأرض والبناء القائم عليها , فهل يقوم الشهر العقاري هنا بإكساب ملكية الأرض تبعا لعقد البيع, أم يلتزم بالحيازة ويكسبه ملكية الأرض والبناء القائم عليها ؟ .

في الحقيقة أنا أرى هنا أن الاتحاد بين العقد والحيازة يجب أن يكون من كل وجه, من ناحية التاريخ والمضمون, إذ أن عقد البيع هو سند الحيازة والقائم الذي تستند عليه الحيازة , وبناء عليه فلا يجوز إكساب ملكية الأرض والبناء معا لمخالفة ذلك لعقد البيع, ونفس الحكم في الحالة العكسية وهي حالة ما لو كان العقد لكامل العقار مثلا والحيازة لنصف العقار, فلا يجوز إسناد الملكية لكامل العقار اعتمادا على العقد لمخالفة ذلك لواقع الحيازة, ونستلهم دليل على ذلك من القانون المدني , وهو نص المادة 972 مدني, والتي تنص على أنه " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده , فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة " .

والمادة المذكورة وإن كان الفقه يحصرها بخصوص الحيازة العرضية والحيازة الأصلية⁽¹⁾ وهذا هو التفسير الأصلي لها إلا أننا يمكننا أن نتوسع في مفهوم هذه المادة قليلا لتشمل الفرض المطروح , حيث أن ألفاظها تسمح بهذا التجاوز, فلا يجوز للحائز أن يكسب ملكية البناء القائم على الأرض على خلاف سنده وهو عقد البيع والذي لم يذكر فيه إلا الأرض فقط , ولكن هذا لا يعني عدم تملك الحائز للبناء مطلقا, هذا غير صحيح, ولكن إذا كان لا يستطيع كسبه وفقا للمادة (10 مكرر) من القانون رقم (9) لسنة 2022 , فيستطيع أن يكسب ملكية هذا البناء بالمادتين (803 , 922) من القانون المدني⁽²⁾.

(1) د/ السنهوري , المرجع السابق فقرة 272 ص 814 وما بعدها.

(2) تنص المادة (2/803) مدني على أنه "وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا أو عمقا" وتنص المادة (1/922) على أنه " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى , يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له", لكن يجب شهر هذه الواقعة أيضا باعتبارها واقعة مادية تدخل في نطاق المادة 10 مكرر من القانون .

وهناك فرض غريب على القواعد العامة في التقادم ، وهو خاص بالعقارات التي تدخل في ولاية هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، حيث إن الأرض في كل المدن العمرانية الجديدة هي أملاك دولة ، وتكون هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة نائبة عن الدولة وفقا للقانون رقم (59) لسنة 1979 ، والملكية فيها تنتقل من الهيئة إلى الأفراد .

وبناء عليه لو تقدم شخص للشهر العقاري بعقد بيع ابتدائي صدر له من شخص آخر مع حيازة مستمرة لمدة خمس سنوات يريد شهر واقعة التقادم فلن يستطيع الشهر العقاري اشهار هذه الواقعة إلا إذا تم تقديم عقد مشهر في الشهر العقاري لإثبات أن ملكية العقار خرجت من ولاية الدولة إلى ولاية الأفراد وهنا يطبق القانون رقم 9 لسنة 2022 ، والأصل في هذا الأمر هو نص المادة (970) مدني التي تنص على أنه " لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لإيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم" (1).

وبناء عليه فإنه لا يجوز تملك أراضي الدولة بالتقادم ، والأصل أن كل الأراضي داخل ولاية هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة هي أملاك دولة، وعليه فلا يجوز تملكها بالتقادم حتى ولو كانت كافة العقود سليمة وصحيحة والبائع فيها هيئة المجتمعات بعقود بيع ابتدائية، ولكن لما كانت ملكية العقارات لا تنتقل إلا عن طريق الشهر العقاري فإن عدم شهر هذه العقود في الشهر العقاري يبقي الملكية على أصلها ملك للهيئة فلا يجوز تملكها من أي شخص بالتقادم، لكن لو قدم الحائز - مع حيازته وسند هذه الحيازة - عقد بيع مشهر في الشهر العقاري عن العقار محل حيازته - سواء كان صادرا من الجهاز أو كان عقد مشهر تال على العقد المشهر الصادر من الجهاز - يثبت به أن الملكية لم تصبح ملكا للدولة فهنا فقط يمكن للشهر العقاري أن يشهر واقعة تقادم الحائز .

كل هذه القواعد السابقة تطرد في كل التصرفات المصاحبة للحيازة والتي سنتكلم عنها تباعا ولكن أثرنا ذكرها في عقد البيع لكونه أهم السندات وأكثرها شيوعا.

(1) أنظر في تفصيل كامل لهذه المادة د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 375 ص 988. وجاء القانون رقم 9 لسنة 2022 مقررًا لهذه القاعدة ، فبعد أن حددت المادة 23 مكرر منه نطاق تطبيق القانون والوقائع المادية التي تخضع لولايته نص في عجزها على أنه "ولا تسري أحكام الفقرات السابقة على العقارات المنصوص عليها في المادة 970 مدني" وذلك ترديدا للمادة 23 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1976.

وفي الأخير هناك مسألة يجب بحثها جيدا لأهميتها هنا ، وهي حصة الوحدة في الأرض والأجزاء المشتركة، وصورة ذلك أن يتقدم شخص ما للشهر العقاري للمطالبة بتطبيق المادة(10 مكرر) من القانون، واسناد ملكية الشقة له عن طريق التقادم السندي ، وعند النظر في عقد البيع تلاحظ أن العقد يخص بيع الوحدة السكنية فقط ولم يذكر فيه أن للوحدة حصة في الأرض والأجزاء المشتركة ، وطالب صاحب الحيازة أن تكون للوحدة هذه الحصة ، فهل يجوز نقل ملكية الوحدة مع حصة في الأرض والأجزاء المشتركة أم لا ؟ .

في البداية نحن أمام حالات ثلاث، الحالة الأولى: أن يذكر في العقد حصة في الأرض والأجزاء المشتركة، فلا يجوز للشهر العقاري شهر هذه الحصة إلا بعد طلب صاحب الشأن ذلك، وذلك لأنه لا يجوز شهر شيء لم يطلب في الطلب، فهذا افتتات على حق صاحب الشأن حتى ولو كان له فيها مصلحة وفائدة، هذا على الرغم من أن الحصة تابعة للوحدة وليست منفصلة عنها، لكن طلبه لشهر الوحدة لا يتضمن بالتبعية طلبه لشهر الحصة، فالطلبات لا تفترض، أما إذا طلب عدم شهر هذه الحصة والاقتصار على شهر الشقة فقط فيجب إعمال طلبه لأن ارتباط الحصة بالشقة ارتباط قابل للتجزئة وليستا شيئا واحدا غير قابل للتجزئة، لكن ما يجب التنبيه إليه هنا هو ضرورة أن تكون هذه الحصة مقدرة تقديرا صحيحا ومحددة تحديدا نافيا للجهاالة .

الحالة الثانية: وهو أن يذكر في عقد البيع أن الوحدة ليست لها حصة في الأرض والأجزاء المشتركة، وهنا لا يجوز للشهر العقاري شهر هذه الحصة احتراما للنص في العقد، فالعقد شريعة المتعاقدين ، ولكن ما الأمر لو قدم صاحب الحيازة محررا آخر(ملحق لعقد البيع أو اقرار أو أي مستند آخر) بتاريخ لاحق لعقد البيع ثابت به أن للوحدة حصة في الأرض والأجزاء المشتركة ؟ .

أرى هنا أنه يلزم العمل بهذا المحرر شريطة أن يكون عليه توقيع البائع ، ولكن هنا يجب ملاحظة أمران، الأول: أنه لا يلزم أن يكون توقيع البائع على المحرر اللاحق هو نفس توقيع البائع على العقد الأول، فالمهم فقط أن يكون البائع في المحرر اللاحق له الحق في التوقيع ، فمثلا لو كان البائع شركة وتم التوقيع في العقد الأصلي من شخص ما ثم في المحرر اللاحق تم التوقيع من شخص آخر في الشركة فلا مشكل هنا، المهم أن يكون الشخص الذي وقع في المحرر اللاحق له الصفة والسلطة للتوقيع⁽¹⁾، ولا يمكن أن يقال هنا أن إعطاء حصة في الأرض والأجزاء المشتركة

(1) ولا يقال هنا أنه لا يجوز لمكاتب الشهر بحث صفة وسلطة الموقع على العقد، فهذا وإن كان جائزا في العموم، لأن المشرع لم يكلف مكاتب الشهر بهذا الفعل حيث أنها غير مكلفة أصلا ببحث ملكية البائع فمن باب أولى لا يبحث صفته وسلطته، لكن هنا الأمر يختلف حيث يجب التثبت من سبب اختلاف توقيع البائعين، بدليل أنه لا يبحث سلطته ولكن يبحث صفته فقط، وذلك حجة كافية لرفض طلب الشهر .

عمل من أعمال التصرفات لابد فيه من توكيل خاص⁽¹⁾، ومثل هذا الأمر يقال في التوكيلات، فلو كان عقد البيع الأصلي بتوقيع شخص ما عن البائع بتوكيل خاص⁽²⁾ فيجوز أن يكون توقيع المحرر اللاحق عن طريق شخص آخر بتوكيل خاص مختلف عن البائع، أما في حالة وفاة البائع فيجوز للورثة جميعا أو منفردين التوقيع على المحرر اللاحق وهنا يجب على الشهر العقاري أن يتثبت من حالة الوفاة بموجب الأعلام الشرعي الرسمي أو أي مستند آخر ثابت لحالة الوفاة والوراثة.

الأمر الثاني، أن تاريخ العقد اللاحق لا ينطبق عليه القواعد التي شرحناها آنفا بخصوص تاريخ العقد وتاريخ الحيازة فقلنا هناك أنه يلزم اتحاد تاريخ العقد وتاريخ الحيازة ومن هنا فقط يبدأ سريان مدة الخمس سنوات، وأخذنا هنا بالرأي العكسي لأن الحصة ليست شيئا مستقلا عن العقد الأول وإنما هي تابعة للوحدة وليست أمرا جديدا، ثم إن أمر حيازة حصة في الأرض والأجزاء المشتركة أمر مستحيل، إذ كيف للشخص أن يحوز حصة في الأرض القائم عليه البناء، هذا أمر غير متصور عقلا.

الحالة الثالثة، وهو ألا يذكر في العقد أي شيء بخصوص حصة الوحدة في الأرض والأجزاء المشتركة وأن المذكور في العقد هو الشقة فقط.

هنا يجب التفرفة بين صورتين، الصورة الأولى: حالة عدم وجود أي محرر مشهر يخص العقار المشتق منه الشقة⁽³⁾، ففي هذه الحالة تعتبر الشقة محل طلب الشهر لها حصة تعادل نسبة الشقة إلى باقي شقق العقار، فإذا ما سجلت كل وحدات العقار اعتبر كل ملاك الوحدات مالكين للوحدات ملكية مفرزة ومالكين للأرض والأجزاء المشتركة ملكية شائعة شيوعا اجباريا بحصص متساوية فيما بينهم، وأصل ذلك هو نص المادة (1/856) مدني، والتي تنص على أنه " إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الأساس والجدران الرئيسية

(1) وإن كان ذلك صحيحا من حيث الوضع العادي في التصرفات طبقا للمادة 702 مدني، إلا أن الوضع يختلف بخصوص شهر الوقائع المادية وذلك كما ذكرنا في الهامش السابق أن مكاتب الشهر غير مكلفة ببحث الملكية، فبحث سندات الصفة والسلطة يكون تزييدا لا مبررله ويناقض مراد المشرع من التيسير في الاجراءات.

(2) مع الوضع في الاعتبار هنا أنه لو كان سند الحائز عقد هبة فلا يطالب أن يكون التوكيل في الشكل الرسمي، لأنه فضلا على أنه لا يطالب الحائز بتقديم التوكيلات كما أشرنا في الهوامش السابقة، فإنه لا يجب أصلا أن يكون عقد الهبة في الشكل الرسمي في شهر الواقعة المادية خلافا للقاعدة العامة التي تقرها المادة (1/488) أنظر في تفصيل ذلك الفقرة ب- عقد الهبة الآتي بيانه قريبا.

(3) ويظهر ذلك من خلال البحث الهندسي الذي يقوم به الباحث الهندسي بكل مأمورية.

والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه" .

إذن فإن نص المادة يقضي بأن ملاك الشقق والطبقات يكونون ملاك للأرض والأجزاء المشتركة على الشيوع، وبناء عليه فلا يجوز للشهر العقاري أن يقدر حصة معينة محددة للشقة محل طلب التقادم، ويسري هذا الحكم ولو ذكر في سند الحيازة أن للشقة حصة في الأرض والأجزاء المشتركة فقط ولم تحدد هذه الحصة ، وذلك لأن الشهر العقاري لا يمكن أن يحدد العام، فهذا قيد على إرادة الطرفين وافقتات على مبدأ سلطان الإرادة .

الصورة الثانية: وهي حالة وجود محرر مشهر للعقار المشتق منه الشقة محل التعامل⁽¹⁾، فإن ملكية العقار هنا بأكمله يكون ملك لصاحب المحرر المشهر ملكية كاملة من أرض وبناء، فإذا ما تملك أي شخص أي جزء من هذا العقار (وحدة سكنية مثلا) فإن هذا لا يعني أن تمتد ملكية صاحب الوحدة السكنية لتتال من ملكية صاحب العقار ، وبمعنى آخر فإن ملكية صاحب العقار هنا هي ملكية وسيطرة وهيمنة كاملة على العقار بأكمله (أرض وبناء) ، فإذا ما تملك شخص شقة سكنية معينة فإن ملكية الأخير لا تكون إلا على الشقة فقط ، فلا تمتد إلى جزء آخر من الأرض لأن الأرض كما ذكرنا هي ملك لصاحب العقار بموجب سند ملكيتها ، وتقتصر ملكية صاحب الوحدة على الوحدة فقط ولا تمتد لغيرها .

والجدير بالذكر هنا أنه لا محل لتطبيق نص المادة (856 / 1) مدني على هذه الصورة لأن نص المادة المذكورة يفترض أن هناك ملاك على الشيوع للشقق ووحدات العقار ، أي هم ملاك ابتداء للعقار بأكمله، ففي هذه الحالة فقط يعمل بنص المادة المذكورة وتعتبر كل شقة لها هذه الحصة طبقا لقواعد الشيوع الإجباري .

(1) هذه الصورة ربما تحدث في المدن القديمة ، لكن بخصوص العقارات التي تدخل ضمن ولاية هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، فإنه يجب أن تكون موجودة ، أي لا يجوز للشهر العقاري اشهار أي حق عيني عقاري داخل المدن الجديدة إلا إذا كان هناك عقد مشهر بين هيئة المجتمعات العمرانية ومشتريين منها ، وبخصوص التقادم فإن القانون رقم 59 لسنة 1979 جعل ملكية العقارات التي تدخل ضمن ولاية هيئة المجتمعات العمرانية هي ملك للهيئة ، وبالنظر للمادة (970) مدني يتضح أنه لا يجوز تملك أراضي الدولة بالتقادم، فلا يجوز لشخص ما أن يذهب للشهر العقاري ويدعي ملكيته لعقار ما في المدن الجديدة ، لأن هذا العقار هو ملك الدولة لا يجوز تملكه بالتقادم أيا كانت مدة حيازته إلا في حالة واحدة وهو صدور عقد مشهر في الشهر العقاري من الهيئة لمشتريين منها ، فهنا وهنا فقط تكون ملكية العقار قد خرجت من ملكية الدولة لتدخل في ملكية أشخاص القانون الخاص وتكون محلا للتقادم. وهذه الأحكام مقررته بحكم خاص بموجب المادة 23 مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022، وكان ذلك يمثل عائق كبير يحول دون إرادة المشرع في تيسير إجراءات الشهر، ولكن قد أحسن المشرع صنعا بإصداره القانون رقم 177 لسنة 2023 والذي يبسر شهر التصرفات التي تتم بين الهيئة والأفراد .

أما في الفرض هنا فالأمر مختلف إذ أن هناك محرر مشهر لشخص ما بملكية العقار بأكمله (أرض وبناء) ، فلا يجوز لشخص معه عقد بيع ابتدائي لوحة سكنية معينة بذلك العقار أن يملك الشقة بالحيازة وفقا للقانون ثم تمتد هذه الملكية لتعتدي على ملكية أرض العقار الذي يملكه شخص آخر بموجب محرر مشهر⁽¹⁾ ، ولو قلنا بغير ذلك فإن ذلك مخالف للقانون وأحكام القضاء ، فأما القانون فلعلنا نجد في نص المادة (1/972) مدني أصلا لذلك إذ تقول " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة " وهذا كما ذكرنا وإن كانت مختصة بالحيازة الأصلية والحيازة العرضية إلا أنه يمكن التوسع في استعمال هذه المادة والتجوز في مفهومها إذ أن الفاظها تسمح بذلك ، فلا يجوز إذا لأحد أن يكسب ملكية شيء لم يدل سنده عليه فلا يجوز للشخص أن يملك حصة في الأرض لم يذكر في سنده .

أما القضاء فقد قضت محكمة النقض بأن "حق الملكية - وعلى ما هو مقرر- حق جامع مانع نافذ تجاه الناس كافة ، فهو جامع يخول المالك الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه وهو مانع مقصور على المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو يتدخل في شئون ملكيته وهو في ذات الوقت حق دائم لا يسقط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ما لم يكتسبه الخصم إذا توافرت له شروط الحيازة المكسبة للملك"⁽²⁾ ، فصريح الحكم يقضي بأنه لا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو يتدخل في شئون ملكه ، وهذا صريح هنا ، ولا يقال هنا أن هذه القاعدة غير لازمة لأنه إذا كان لا يمكن تملك حصة في الأرض لصاحب الشقة احتراماً لملكية صاحب العقار فالأمر نفسه بخصوص ملكية الشقة لأن

(1) ولم تلحظ مصلحة الشهر العقاري هذا الفارق الدقيق بين الصورتين، فأصدرت منشور فني برقم (26) في 2022/9/28، فبعد أن ذكرت في حيثيات المنشور المادة (856) مدني قررت بعد ذلك ما يأتي(بشأن طلبات تحقيق الوقائع المادية لوحة طبقاً للمادة (10) مكرر من القانون رقم 114 لسنة 1946 المضافة بالقانون رقم (9) لسنة 2022 يراعى الآتي: أولاً: في حالة عدم وجود بيان لحصة الشقة في أرض العقار بالسند العرفي فإن ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالف ذلك. ثانياً: فيما عدا البند السابق يراعى الآتي: 1 - إذا رغب صاحب الشأن شمول طلبه على حصة للوحدة محل التعامل في أرض العقار يلزم أن تكون هذه الحصة محددة مقداراً تحديداً نافياً للجهالة لا لبس فيه بالمستندات المقررة قانوناً للدلالة على توافر الحيازة وشروطها).

وأعتقد أن هذا فيه خلط واضح بين الصورتين، وعدم مراعاة الدقة في فهم نص المادة المذكورة، إذ أن نص المادة إنما يخص ملاك الوحدات والطبقات الذين يملكون كامل العقار ابتداءً، فهم هنا يملكون على الشيوخ الإجمالي للأرض والأجزاء المشتركة ، ولكن في حالة ملكية شخص ما لكامل العقار فالأمر يختلف كثيراً ، إذ أن هذا المالك يملك العقار بأكمله ، فأن أي شخص يملك وحدة سكنية فتقتصر ملكيته على هذه الوحدة فقط دون التعدي على غيرها من ملكية صاحب العقار.

(2) الطعن رقم 2054 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/4.

صاحب العقار هو مالك للعقار بأكمله بما فيها الشقة فإذا أسندنا له ملكية الشقة على حساب المحرر المشهر لصاحب العقار فلماذا لا نسند له ملكية حصة الأرض أيضا، فإن الرد على ذلك أن صاحب حيازة الشقة لا يستند على الحيازة فقط ، وإنما يستند إلى سنده الدال على حيازته(العقد) وسنده هذا خال من بيان أن للشقة حصة في الأرض .

ب- عقد الهبة:

عقد الهبة هو تصرف قانوني ناقل للملكية بطبيعته فيصح أن يكون سندا مصاحبا للحيازة وفقا للمادة 10 مكرر، فلو وهب شخص عقارا لآخر وكان الموهوب له يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب فإن الموهوب له يملك السند القانوني المشروط للتقادم السندي وهو عقد الهبة فيستطيع أن يملك العقار الموهوب له بالتقادم السندي .

ولكن الملاحظ هنا أن الهبة في الحالة السابقة تكون بورقة عرفية والركن الركين في الهبة هو الرسمية، فيشترط لوجود الهبة كتابتها في ورقة رسمية⁽¹⁾، فلو وهب شخص لآخر عقارا في ورقة غير رسمية فإن الهبة تكون باطلة وبذلك لا تصح أن تكون سندا وفقا لنص المادة 10 مكرر، ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلا فإنها تنقلب إلى هبة صحيحة، ومن ثم تصلح أن تكون سببا صحيحا ، وفي هذا الصدد تنص المادة (489) مدني على أنه " إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " .

وبناء عليه فإذا نفذ الواهب أو ورثته هبة باطلة في الشكل فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه لأن ذلك إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون لهبة باطلة في الشكل وهذه الإجازة صححت الهبة ، وعلى ذلك إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة للعقار تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سندا صحيحا⁽²⁾، وبالتالي تدخل في نطاق المادة (10 مكرر).

وحالة اكتساب الملكية بالتقادم السندي والذي يرجع سنده إلى عقد هبة ربما يكون تطبيق غريب لنص المادة (489) مدني سالف الذكر ، حيث أن التطبيق العادي للمادة المذكورة يكون عندما يفترض أن يكون هناك عقد هبة متحقق من وجوده ، ولكن ندخل في مرحله ثانية وهي مرحلة إثبات أن الواهب أو ورثته قاموا بتسليم الشيء الموهوب طواعية واختيارا إلى الموهوب له ، ولكن في حالتنا هنا التطبيق يصبح مقلوبا حيث أن الحيازة والتسليم أمر موجود وثابت ومسلم به وليس فيه أي نزاع ،

(1) المادة (488) مدني.

(2) د/ السنهوري ، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 424 ص1089، والجزء الخامس فقرة 46.

ولكن نتكلم بعد ذلك عن وجود عقد الهبة ذاته وأنه ليس في الشكل الرسمي, فيصبح هذا العقد صحيحا تلقائيا فور تحقق الحيازة الذي هي سبب في صحة العقد وبدون مناقشة شرط الرسمية.

ج- رسو مزاد العقار :

لو كان العقار غير مملوك للمدين ورسى المزاد على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين فقد توافر على الراسي عليه المزاد السند المصاحب للحيازة .

وحكم مرسى المزاد هو حكم ناقل للملكية بطبيعته ويشتمل على تصرف قانوني هو البيع إما باعتباره حكم ناقل للملكية فهو استثناء على القاعدة العامة للأحكام القضائية والتي تعتبر أحكاما مقررة وكاشفة للحق وليست منشأة أو ناقلة لهذا الحق ، وذكرنا ذلك بخصوص المحرر الرسمي والعرفي، أما بخصوص أنه تصرف قانوني وهو بمثابة بيع, البائع فيه هو المدين والمشتري هو الراسي عليه المزاد فيكون تصرف قانوني ناقلا للملكية ، فهو رأي معظم شراح القانون (1) .

د- المقايضة, والوفاء بمقابل, وتقديم الشريك عقار حصة له في شركة, والوصية بعقار معين بالذات (2) .

2- المحررات التي لا تشتمل على تصرفات غير ناقلة للملكية بطبيعتها.

كما ذكرنا سابقا أنه يجب لا اعتبار السند صحيحا منتجا لآثاره وفقا لنص المادة 10 مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022 أن يشتمل على تصرف ناقل للملكية, وقد عدنا تلك التصرفات أنفا, وبالعكس فإن أي محرر لا يشتمل على تصرف ناقل للملكية لا يعتد به كمستند يعضد الحيازة , وعلى ذلك لا تعد المحررات المثبتة لوقائع مادية مستندات صحيحة لأنها ليست تصرفات قانونية , ولا المحررات المشتملة على تصرفات قانونية تقتصر على انشاء التزامات شخصية , ولا التصرفات القانونية التي لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها , وعلى ذلك لا تعتبر بوجه خاص مستندا في معنى المادة (10) مكرر من القانون رقم (9) لسنة 2022 ما يأتي:

(1) د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 421 ص 1084 - د/ البدرابي , المرجع السابق فقرة 533 ص 569 - د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص78, وانظر عكس ذلك د/ فتحي والي , التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية وفقا لقانون المرافعات وقانون الحجز الاداري والتمويل العقاري , دار النهضة العربية 2019 فقرة 326 ص 582 , حيث يرى سيادته أن البيع الجبري ليس عقدا وإنما هو عمل سلطة عامة يصدر من موظف أعطاه القانون هذه الصفة , وهو عمل قانوني من جانب واحد يتم بقرار يصدر من الموظف العام , ولكن بالرغم من ذلك فإن سيادته يقر أن البيع الجبري هو بيع ناقل للملكية ويعد سبب للتملك بالتقادم.

(2) أنظر في كل هذه التصرفات د / السنهوري, المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 421 ص 1084 .

أ - الميراث في عقار معين بالذات :

وصورة ذلك في أن يأتي بعض الأشخاص للشهر العقاري مدعين أن عقارا ما كان ملك والدهم المتوفى وهم الورثة الشرعيين لو الدهم، ويقدموا مستندات لذلك مثل الإعلام الشرعي الذي يثبت حالة الوفاة ووراثتهم الشرعية، ويريدون إسناد ملكيتهم لهذا العقار طبقا للإعلام الشرعي وحيازتهم هم لمدة خمس سنوات مثلا⁽¹⁾، ففي هذه الحالة لا يجوز للشهر العقاري إسناد الملكية بالإعلام الشرعي، لأنه وإن كانت مدة الحيازة محققة إلا أنه لا يوجد سند صحيح مصاحب للحيازة وفقا للمادة (10 مكرر) حيث أن من شروط السند المصاحب للحيازة أن يشتمل على تصرف قانوني ناقل للملكية، والإرث وإن كان ناقل للملكية إلا أنه ليس تصرفاً قانونياً بل عملاً مادياً بالاتفاق⁽²⁾، فلا يجوز الاستناد للإعلام الشرعي وواقعة الميراث كسند صحيح مصاحب للحيازة .

وأعتقد أنه وإن كان السبب الظاهر لاعتبار الميراث ليس سندا وفقا للمادة (10 مكرر) هو اعتباره عملاً مادياً وليس تصرفاً قانونياً إلا أننا لو أمعنا النظر أكثر من ذلك لاتضح لنا أنه في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى، بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف واستمر فيها الخلف⁽³⁾، وعلى ذلك فإن حيازة الخلف العام ما هي في الحقيقة إلا امتداد قانوني طبيعي لحيازة سلفه المورث فمن الطبيعي تقديم سبب هذه الحيازة منذ بداية نشأتها، أي سبب حيازة السلف (المورث)، وبناء عليه فإن اعتبار الإعلام الشرعي سند رسمي مصاحب لحيازة الخلف العام اعتبار خاطيء، لأن حيازة الأخير ليست حيازة مستقلة وإنما هي امتداد لحيازة سلفه، فيلزم تقديم السند الذي صاحب الحيازة منذ نشأتها وهي حيازة السلف.

ولكن في فرض مغاير لمسألة البحث وهو إذا ما تقدم الورثة للشهر العقاري لشهر ملكيتهم بالحيازة وفقا للمادة (10 مكرر)، واستندوا في ذلك لحيازتهم هم شخصياً للعقار وأن العقار آل إليهم من مورثهم الحائز السابق لهذا العقار والذي يملك سند ملكية العقار، وقدموا سند لذلك مثل عقد بيع ابتدائي أو عقد هبة أو أي مستند آخر من المستندات المقبولة والتي شرحناها آنفا مع الإعلام الشرعي المثبت لحالة

(1) وتتحق هذه الصورة كثيرا في الواقع العملي وخاصة في صعيد مصر، حيث أن ملكية العقارات تنتقل بمجرد الكلمة والعهد، فإذا كان هناك سندا ما فلا يلقي له بالأل، لصعوبة النزاع والاعتداء على العقار، وذلك بسبب طبيعة العلاقات الاجتماعية والتقاليد العرفية التي تسود في هذه الأقاليم.

(2) د / السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع فقرة 68 ص 174.

(3) أما في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص فتوجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى، حيازة السلف وتليها حيازة الخلف أنظر في ذلك د / السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع هامش ص 859 وما بعدها.

الوفاة، ويريدون ضم مدة حيازة مورثهم باعتباره سلفا لهم إلى حيازتهم هم باعتبارهم خلفا عاما له (1).

وهنا يجوز للشهر العقاري اسناد الملكية للورثة إذا ما توافرت الشروط المذكورة هنا في هذا الفرض وهي :

1- أن يطلب الورثة إسناد الملكية إليهم شخصيا باعتبار حيازتهم هم وليس باعتبار حيازة مورثهم فقط، لأنه لا يجوز إسناد الملكية لشخص ما على اعتبار حيازة غيره حتى ولو كان مورثه ولا يجوز لهم المطالبة باسناد الملكية لمورثهم باعتبار توافر شروط الحيازة له، لأنه لا يجوز إسناد الملكية لإنسان متوفى لأنه بالوفاة انتهت شخصيته القانونية(2).

2- أن يثبتوا حيازة مورثهم وحيازتهم هم للعقار لمدة خمس سنوات مشتركة بينهما(3)، ويكفي هنا أن يثبتوا تاريخ بدء حيازة المورث وحيازتهم الآن للعقار(4).

3- أن يقدموا سند حيازة المورث - وفقا لما قد قررناه سابقا - بجانب السند المثبت للوفاة والوراثة(5).

فاذا ما توافرت هذه الشروط فيجب على الشهر العقاري إسناد ملكية الورثة لواقعة حيازتهم هم للعقار .

(1) أنظر في ضم مدة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام د / السنهوري، المرجع السابق فقرة 301 ص 863 -د/ البدراوي ، المرجع السابق فقرة 504 ص 526 - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص 85 - د/ محمد علي عمران ، المرجع السابق ص 214 .

(2) المادة (1/29) مدني .

(3) المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه يشترط لكسب الملكية لوضع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفيا بشرائطه مدة خمسة عشر عاما يستوي أن تكون كلها في يد مدعي الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا تقل مدتهما عن الخمسة عشر عاما ، ومقتضى ذلك أن مدعي التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن سلفه حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهودء مقرونة بنية التملك بلا انقطاع عن حيازته التي كانت مستوفية لتلك الشروط أيضا.

(جلسة 20 / 12 / 1990 الطعن رقم 281 لسنة 56 ق).

(4) المادة (971) مدني مصري.

(5) ولا يلزم هنا نسخ السند المثبت للوفاة والوراثة على الورق المعد لشهر المحررات مثل إشهار حق الإرث ، وذلك لأن نسخ هذا السند في إشهار حق الإرث أمر لازم إذ أن واقعة الشهر تقع على إشهار حق الإرث ودليله هو السند المثبت لواقعة الوفاة والوراثة، ولازم ذلك هو شهر هذا السند أيضا ، أما هنا فإن واقعة الشهر تنصب على الواقعة المادية وهي الحيازة ، ولا تنصب على السند المثبت للوراثة ، إذ أن هذا السند ليس هو الحيازة وليس هو السند المصاحب للحيازة ، ولذا فلا ينبغي نسخ هذا السند على الورق المعد للشهر.

ويوجد في هذا الفرض أكثر من ملاحظة يجب التنويه إليها، الأولى : أن اسناد الملكية للورثة يجب أن يكون بالتساوي فيما بينهم وليس وفقا للإعلام الشرعي الثابت به أنصبة الورثة الشرعية من مورثهم، وذلك لأن سبب ملكية الورثة هو الحيابة ، والحيابة تعني حيازتهم هم للعقار، والسند المصاحب للحيابة هو سند تصرف المتصرف لمورثهم أما السند الثابت للوفاة وللورثة فهو لإثبات علاقة الخلافة العامة فقط بقصد ضم مدة السلف للخلف العام وهذا ليس له علاقة بسبب الملكية الذي هو الحيابة، وبمعنى آخر فإن سبب ملكية الورثة هو حقهم الشخصي، وهو حيازتهم وليس حق مورثهم فالملكية هنا ليست ميراث يوزع وفقا للثابت بالإعلام الشرعي .

والحق هنا أنه كان من المفترض عدم استخدام مصطلح الورثة والمورث، لأنه كما ذكرنا أنفاً أن الملكية ليست مورثة ولكن استخدامنا لهذه الاصطلاحات كان في خضم الكلام عن ضم مدة حيازة المورث لحيابة الورثة فقط، ولكن في مجال سبب الملكية وانتقالها فليس لهذا الاصطلاح محل معتبر .

وبناء عليه فإن ملكية العقار تكون بين الحائزين (الورثة) بالتساوي فيما بينهم ودون النظر إلى أنصبتهم المذكورة في الإعلام الشرعي .

الملاحظة الثانية : الواضح من خلال الشروط التي ذكرناها لإعمال هذا الفرض أنه يجب أن يكون الشخص (وارثا حائرا) .

وبناء عليه يلزم لإعمال ذلك الآتي :

1- أنه يمكن إسناد الملكية لأي حائز من الورثة حتى ولو كان شخصا واحدا دون بقية الورثة الغير حائزين (1) ، فلو فرضنا مثلا أن الورثة خمسة أشخاص ، وتقدم شخص واحد منهم وطلب إسناد الملكية للعقار له مدعيا أنه هو الحائز لذلك العقار ، فإذا ما

(1) ولا يجوز التحدي هنا بنص المادة (970) مدني والتي تنص على أنه (وفي جميع الأحوال لا تكسب حقوق الارث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثون سنة) ، حيث أن الفقه قد اتفق على أن التقادم هنا مسقط وليس مكسب، ولذلك يجب حذف عبارة (حقوق الارث) من المادة وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط ، فالوارث يضع يده على التركة وهي مجموع من المال ، والمجموع من المال لا يقبل الحيازة ، والتركة لا تقبل الحيازة ، فالقول بأن حق الارث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية في الحيازة، ولا يمكن التسليم به. أنظر في ذلك د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 377 ص 1001 وما بعدها - د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق ص 82 وما بعدها - د/ البدرابي، المرجع السابق فقرة 516 ص 547 . وقد قضت محكمة النقض بأنه (ليس في القانون - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما يمنع الوارث من أن يملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو في ذلك كأي شخص أجنبي عن التركة يمتلك العقار متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون).

(جلسة 1990/5/9 الطعن رقم 1960 لسنة 85 ق) ، (جلسة 1986/4/16 الطعن رقم 5 لسنة 51 ق).

تحقق الشهر العقاري من حيازته الفعلية للعقار فيجب على الشهر العقاري إسناد الملكية لهذا الحائز دون بقية الورثة ، وسبب ذلك كما ذكرنا في الملاحظة الأولى أن الملكية هنا هو حق شخصي للحائز وليس حق مورث الحائز ، وهي ملكية تستند إلى الحيازة ، وهنا يتحقق في هذا الشخص أنه وارث وحائز .

2- إذا ثبت هذا في البند(1) فلا يتغير الأمر في حالة ما إذا ظهر إعلام شرعي آخر يثبت الوراثة لأشخاص آخرين ، لأن الملكية لا تستند إلى المورث ولكن تستند إلى الحيازة، وهذه قد ثبتت للحائز ، أيضا لا يتغير الأمر إذا تم تصحيح نفس الإعلام الشرعي وتم إدخال أو إخراج أشخاص آخرين لكن بشرط أن يبقى هذا الحائز في الإعلام الشرعي ولا يخرج منه ، لأننا ذكرنا أنه يجب أن يكون الشخص وارثا حائزا.

3- أنه لا يجوز إسناد الملكية لصاحب الوصية الواجبة المذكور في الإعلام الشرعي حتى ولو كان حائزا، لأنه يجب أن يكون الشخص وارثا وصاحب الوصية الواجبة ليس وارثا ولا يصدق عليه وصف الخلف العام .

الملاحظة الثالثة : أنه إذا كان هناك عقد مشهر باسم المورث وتقدم أحد الورثة للشهر العقاري لاشهار واقعة حيازته للعقار محل العقد المشهر فهنا لا يجوز اشهار حق الإرث للمورث، لأن الوارث هنا لا يستمد ملكيته من مورثه ولكن من واقعة الحيازة وهي واقعة تختلف عن الميراث كطريق آخر من طرق كسب الملكية والأخيرة فقط هي التي يشهر فيها حق الارث .

ب- عقد الايجار وعقد الوكالة وعقد العارية وعقد الوديعة وعقد الحراسة وغيرها من العقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشأ إلا التزامات شخصية بين أطرافها .

ذكرنا أن من شروط السند المصاحب للحيازة أن يشتمل على تصرف قانوني ناقل للملكية، وهذه الأعمال وإن كانت تصرفات قانونية إلا أنها غير ناقلة للملكية، فهي لا تزيد على أنها مجرد أنها تنشئ التزامات شخصية فقط ، فمثلا عقد الإيجار لا يجوز للمستأجر أن يطلب من الشهر العقاري إسناد الملكية حتى ولو كان يحوز العقار لاكثر من خمس سنوات لأن هذا عيبه من وجهان ، الأول: أن حيازته حيازة عرضية وليست حيازة أصيلة، والثاني: أن سنده غير ناقل للملكية ولكن هو صاحب حق شخصي فقط .

أما الوكالة فالأمر فيها ظاهر جلي لأن الوكالة ليست تصرفاً قانونياً أصلاً فضلاً عن أنها لا تنتقل الملكية⁽¹⁾، فإن الوكيل الذي بيده سند وكالة يمتد لأكثر من خمس سنوات فإن هذا السند غير كاف لإعمال نص المادة (10 مكرر) ، فإذا ما قام الوكيل بإبرام عقد بيع ابتدائي لنفسه من الوكالة⁽²⁾ ، فهذا العقد هو الذي يعتبر سنداً صحيحاً يعول عليه في إسناد الملكية بالحيازة ، ومن تاريخ عقد البيع الابتدائي يبدأ مدة سريان الحيازة إذا كان الوكيل (المشتري لنفسه في عقد البيع) حائزاً للعقار في هذا الوقت وفقاً لما قد قررنا في اختلاف تاريخ بدء الحيازة مع تاريخ السند المصاحب للحيازة⁽³⁾

هذه القواعد السابقة لا تثير أية مشكلة ، لكن المشكلة الحقيقية تثور في الصورة الآتية : إذا ما قام (أ) بإبرام عقد وكالة ببيع عقار ما لصالح الوكيل (ب) ثم توفي (ب) بعد ذلك وترك ثلاثة مثلاً من الورثة، ويريد أحد الورثة إسناد ملكية العقار محل الوكالة له باعتباره الحائز الوحيد للعقار منذ وفاة مورثه والتي تزيد مدة حيازته للعقار عن خمس سنوات، فهل يستطيع الشهر العقاري والحال هكذا إسناد الملكية لهذا الوارث؟⁽⁴⁾

في الحقيقة تكمن مشكلة هذا الفرض هنا في ثلاث صعوبات أولها أن الوكيل (ب) وهو المورث ليس معه سند صحيح وفقاً لما قد قررناه فيما سبق، حيث أن ما كان يمتلكه هو وكالة فقط وهذه لا تعد سنداً مصاحباً للحيازة، ثانياً: أن الوكيل (ب) توفي فيستحيل إبرام أي عقد يعتبر سنداً مصاحباً للحيازة، ثالثاً: أن من حق الورثة جميعاً أن يبرموا عقداً ببيع من توكيل مورثهم (ب) بشرط أن يكونوا مجتمعين، فلا يجوز

(1) المادة (699) مدني ، هذا ومع الأسف الشديد فإن العرف الجاري في الواقع العملي يعتبر أن سند الوكالة كاف لإثبات الملكية وأنه يخول الوكيل أحقية على العقار محل الوكالة ، حتى أن بعضاً من المهتمين بالشأن القانوني يعتقد هذا الاعتقاد ، وهو خطأ فادح لا يبرره أي اعتذار .

(2) مع مراعاة نص المادة (108) مدني مصري.

(3) ونصح كل من اشترى عقاراً معيناً أن يبدأ بإبرام عقد بيع ابتدائي أولاً، ثم التوكيل من البائع ثانياً، لأن الوكالة لا تكسب الوكيل حقاً وإنما هي وسيلة لكسب الحق فقط ، فقد يكون الوكيل قد اشترى العقار بتوكيل منذ أكثر من ثلاثون سنة ، وهو حائز لهذا العقار كل هذه المدة ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب بإسناد الملكية له بهذه الحيازة ، لأن سنده (الوكالة) لا يعضد هذه الحيازة، فالواجب إذن حتى يستفيد من مدة الحيازة الاستفادة الكاملة أن يبرم عقد بيع ابتدائي من تاريخ الشراء والحيازة، ولا يشترط كما يعتقد البعض أخذ حكم صحة وتوقيع على العقد، لأن حكم صحة التوقيع لا محل لها في مفهوم السند المصاحب للحيازة.

(4) لا نتكلم هنا عن دور الشهر العقاري في إسناد الملكية وفقاً للقانون رقم 9 لسنة 2022 بخصوص هذه الصورة، لأن الشهر العقاري ليس له علاقة بالوكالة ومدى صحتها ومضمونها ومدى تجاوز حدود الوكالة من عدمه إلى غير ذلك من أحكام الوكالة ، لأن الوكالة غير منظورة أصلاً أمام الشهر العقاري لأنها - كما ذكرنا - ليست سنداً مصاحباً للحيازة ، ولكن الفرض هنا لبحث مدى صحة العقد الصادر من الوكالة باعتباره سند وفقاً للمادة (10) مكرر ومصير النزاع الحادث جراء ذلك والذي بالضرورة أن ينظر أمام القضاء.

لأحدهم الانفراد بإبرام هذا العقد⁽¹⁾، حين أن صاحب الحيازة هو أحد الورثة، والفرص هنا على اعتبار صعوبة أن يقوم جميع الورثة بإبرام عقد بيع للوارث الحائز.

كل هذه الصعوبات جعلت وجود سند مصاحب للحيازة أمر يصعب تحقيقه، ولذلك فلا يستطيع الحائز هنا المطالبة بأشهار واقعة الحيازة لعدم وجود السند وفقا للمادة (10 مكرر) من القانون، إذن ليس أمام الحائز هنا إلا أن يستند إلا التقادم المكسب الطويل بعد مرور خمسة عشر سنة على حيازته للعقار مع توافر الشروط وانتفاء الموانع المطلوبة في التقادم الطويل.

ج- القسمة الاختيارية :

القسمة الاختيارية وإن كانت تصرف قانوني إلا أنها غير ناقلة للملكية، إذ هي تقتصر على الكشف عنها، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية لأن تكون سندا مصاحبا للحيازة، وعلى ذلك فلو قدم صاحب الحيازة عقد القسمة كسند مصاحب للحيازة فلا يجوز للشهر العقاري إسناد الملكية للحائز بهذا العقد لأنه عقد كاشف للملكية وليس ناقل لها فلا يعتد به هنا، ولكن إذا تضمنت القسمة معدلا بأن قدم أحد المتقاسمين عقارا خاصا به لتعديل القسمة⁽²⁾، فإن تقديمه إياه يعتبر تصرفا قانونيا من طبيعته نقل الملكية وبذلك يعتبر هذا سندا صحيحا مصاحبا للحيازة، وتعتبر أيضا قسمة المورث سندا مصاحبا للحيازة لأنها تنقل ملكية أعيان معينة من المورث إلى الورثة⁽³⁾، وهنا يجب تقديم السند المثبت للوفاة والوراثة⁽⁴⁾، ويبدأ سريان مدة الخمس

(1) أنظر في أن الوكالة لا تنتهي بوفاة الوكيل في حالات خاصة د/ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد الوكالة طبعة 1949 ص 320، إذ يقول سيادته (تبقى الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إذا وجد اتفاق بذلك، هذا الإتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا إذا كانت الوكالة قد عملت في مصلحة الموكل وشخص آخر أو من مصلحة الموكل والوكيل). وأنظر أيضا فتوى مجلس الدولة المؤرخة في 2000/2/28 ملف 88/1/69 التي جاء فيها أنه (وإن الوكالة شأنها شأن سائر العقود ينصرف أثرها إلى طرفيها وإلى خلفهما العام والخاص)، هذا وقد أخذت مصلحة الشهر العقاري والتوثيق بهذا الحكم في المنشور الفني الصادر برقم (3) في 2021/1/26 والذي أكدت فيه على (جواز قبول إتمام الإجراءات بتوكيل في مال معين بالذات من أموال الموكل بعد وفاته إذا كان منصوصا فيه "على البيع للنفس وللغير" ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، وفي حالة وفاة الوكيل يتم التوقيع من جميع ورثة الوكيل باعتبارهم خلفا عاما للأخير بصفته وكيلا عن الموكل).

(2) ويشترط هنا أن يكون مال القسمة محددًا ومعروفًا ومنصوصًا عليه بوضوح في عقد القسمة، وأن يكون المعدل أيضا محددًا ومنصوصًا عليه في عقد القسمة، وأن يذكر أن هذا العقار هو معدل مقدم من المتقاسم فلان (يذكر اسمه)، بحيث يفرق بين مال القسمة والمعدل حتى لا يختلط هذا بذلك، فإن كان هذا الفارق غير واضح وغير صريح في عقد القسمة فلا يعمل بهذا الحكم هنا.

(3) المادة (908) مدني والمادة (13) من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946.

(4) ولا يجوز هنا شهر حق الإرث للمورث، لأن الوارث يستند في اسناد ملكيته إلى حيازته هو شخصيا وليس لملكية مورثة، ولا يجب نسخ الإعلام الشرعي أو السند المثبت للوفاة والوراثة على ورق الشهر العقاري، لأن ذلك الإجراء خاص بأشهار حق الإرث فقط، إذ هي المقصود من إشهار حق الإرث.

سنوات حيازة هنا من وقت حيازة الوارث للعقار بعد وفاة المورث, وذلك لأن بداية تفعيل السند (القسمة) يبدأ بعد وفاة المورث⁽¹⁾, ويجب أن تقتزن مدة الخمس سنوات حيازة مع تاريخ أعمال السند .

د- الصلح : وهو مثل القسمة تماما ، فنحيل هنا إلى ما بسطنا القول فيه هناك .

هـ - الحكم القضائي: وهو كاشف عن الحق لا منشئ له ولا ناقل⁽²⁾, ومن ثم لا يصلح سندا وفقا لنص المادة (10 مكرر) فإذا ما تقدم الحائز للشهر العقاري بحكم محكمة باعتباره سندا مصاحبا للحيازة فلا يجوز إسناد الملكية للحائز اعتبارا بهذا الحكم, لأن حكم المحكمة كاشف عن الحق فقط وليس ناقل, لكن يستثنى من هذا الاصل الحكم القاضي برسو المزاد على أجنبي في قسمة التصفية, فإن حكم القضاء هنا يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصح أن يكون سندا صحيحا, وأيضا الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع ينقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد ومن ثم يعتبر سندا مصاحبا للحيازة وفقا للمادة (10 مكرر) .

ثالثا: لا عبرة بملكية المتصرف أو عدم ملكيته للعقار أو للحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم .

يلاحظ هنا أننا لا نقصد بلفظ الملكية هنا معناها الوارد في قانون الشهر العقاري أي ملكية ثابتة مشهورة, ولكن ما نقصده هنا هو المعنى الواسع لهذه الكلمة وهو بالإضافة للمعنى الذي ذكرناه كل صاحب حق على عقار يتمتع بمركز قانوني صحيح في حيازته للعقار ولم يسجل ملكيته, وعلى العكس من ذلك الشخص الغير مالك هو كل شخص غير صاحب حق على العقار أو صاحب حق ولكن لم يسجل ملكيته .

فنحن نتكلم في هذه الخاصية عن ثلاثة معان , كل شخص يمتلك سند مشهر بالشهر العقاري بملكته للعقار, وكل شخص ليس معه سند مشهر ولكن هو صاحب حق على العقار ويتمتع بمركز قانوني صحيح في حيازته للعقار ولم تسجل ملكيته ويستحق حماية القانون, وكل شخص مجرد حائز للعقار فهو في حكم المغتصب للعقار فهو غير صاحب حق على العقار ولا يستحق حماية القانون .

(1) وذلك لأن قسمة المورث هي وصية من ناحية أنه يجوز للمورث الرجوع فيها دائما حال حياته ولا تصبح لازمة إلا بوفاته(المادة 909مدني). أنظر د/السنهوري, المرجع السابق فقرة 66 ص 170. وعلى ذلك لا تعتبر القسمة لازمة إلا بوفاة المورث مما مؤداه أنه لا يمكن الاعتداد بهذه القسمة إلا بوفاة المورث.

(2) د /البدرأوي, المرجع السابق فقرة 533 ص 571 - د/ إسماعيل غانم, المرجع السابق ص 78 .

إذا فكل هؤلاء الثلاثة إذا تصرفوا إلى شخص آخر فتصرفهم معتبر في حدود تمسك المتصرف إليه بملكته العقار استنادا للتقادم السندي والسند الصادر من أي من هؤلاء الثلاثة .

وإذا قيل لماذا هذا العنصر هنا فإذا كانت ملكية المتصرف أو عدمها غير ذات اعتبار في التقادم السندي فلماذا هذا التفصيل ؟ ، قلنا قد ذكرنا ذلك للتحرز من التقادم القصير والذي يطلب فيه أن يكون السبب الصحيح هو سند مشهر يصدر من غير مالك⁽¹⁾ ، فقد يتوهم أنه هنا أيضا يجب أن يكون السند المصاحب للحيازة هو سند صادر من غير مالك، خاصة وأن المشرع لم يفسر ماهية هذا السند فربما يرجع في تفسيره إلى التقادم القصير .

ونعتقد أنه لا يمكن إعمال حكم التقادم القصير هنا لأن الأخير له وضع يجعل تفسير السبب الصحيح بهذا المعنى أمر بدهي أو بالأحرى إن هذا التعريف هو التعريف الوحيد الذي لا يوجد غيره في التقادم القصير وبيان ذلك الآتي، فمثلا لو باع (أ) عقارا لصالح (ب) وتم شهر عقد البيع في الشهر العقاري فنحن هنا أمام حالتين اثنتين لا ثالث لهما، الأولى: إذا كان (أ) هو مالك ملكية سليمة لا غبار فيها ولا مطعن ضدها فهنا يعتبر المشتري (ب) مالك ملكية صحيحة وفقا لقانون الشهر العقاري وسبب الملك هو العقد، والحالة الثانية : إذا كان البائع (أ) غير مالك للعقار وحاز المشتري به العقار لمدة خمس سنوات فهنا نحن أمام حالة وحيدة وهي عقد البيع المسجل من غير مالك مع الحيازة لمدة خمس سنوات .

فلما أراد المشرع أن يحمي الحائز بنظام التقادم القصير اشترط أن يكون سند المتصرف صادرا من غير مالك على أساس أن هذا هو ترجمة للحالة الوحيدة التي نحن بصدها ، أما إذا كان المتصرف مالك فالعقد صحيح ويتملك المشتري بالعقد ، وكان نص المشرع على الفقرة (2 / 969) إنما هو تقرير لوضع قائم وليس ابتكار لتشريع جديد .

وبناء عليه فالذي يستحق الحماية هنا هو شخص حائز صادر له تصرف من شخص آخر غير مالك بحكم الضرورة والواقع، أما إذا كان المتصرف مالك فلا وجود لمبدأ الحيازة والتقادم أصلا ويبقى العقد هو المهيمن على الوضع القائم .

فإذا تبين لنا ذلك فالوضع في التقادم السندي يختلف تماما عن ما هو عليه الحال في التقادم القصير، إذ أننا أمام شخص لا نعرف سند ملكيته أو تصرفه إذ أنه لا

(1) المادة (2/969) مدني .

يطالب الحائز بتقديم سند المتصرف له⁽¹⁾، ولكن يكفي تقديم سند الحائز نفسه والصادر له من المتصرف له .

ومن ثم فلا يستطيع الشهر العقاري أن يعرف موقف ملكية المتصرف للعقار- وإن كان بالضرورة أحد الأشخاص الثلاثة الذين ذكرناهم آنفا- فيجب أن يحمي هذا الحائز بقواعد الحيازة أي موقف ملكيته احتراماً فقط للحيازة وتحقيقاً للمبدأ الأسمى وهو استقرار التعامل وتحقيق الأمن القانوني وتقنين الملكية العقارية .

لكن السؤال الآن هو إذا كان الحائز أحد شخصين : فهو إما أن يكون صاحب حق وعندئذ يجدر بنا أن نتساءل عن ما إذا كان في حماية الحق نفسه غناء وكفاية أو هو غير صاحب حق بالفعل على الشيء وعندئذ يحق لنا أن نتساءل عن الحكمة التي من أجلها يحميه القانون في حين أن الشيء مملوك للغير ؟.

قيل في الإجابة عن هذا التساؤل أن حماية الحيازة تستند إلى اعتبارين اثنين هما الأول وهو اعتبار يتعلق بالصالح العام، والثاني قائم على قرينة قيام الحق لدى الحائز فالصالح العام يقتضي بدون شك احترام الحالات الواقعة وعدم التعرض لها بما يكدرها، ومن ناحية أخرى فإن الحيازة بذاتها تولد لدى الناس اعتقاداً بأنها تستند إلى حق ، فالحيازة هي مظهر الحق وكثيراً ما يطابق هذا المظهر حقيقة الأمر⁽²⁾ .

ونعتقد هنا أن المشرع بخصوص القانون رقم (9) لسنة 2022 نظر إلى الموضوع نظرة أخرى إضافية للإجابة السابقة وهي الرغبة العامرة لدى المشرع في تقنين الملكية العقارية حفاظاً على الإثتمان العقاري والاستفادة بالثروة العقارية مما ينعكس بالإيجاب على النظام الاقتصادي والاجتماعي للدولة المصرية .

(1) قضت محكمة النقض - بخصوص السبب الصحيح للتقادم القصير - بأن مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة 969 من القانون المدني على أن " السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون " أن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي متى كان هذا البيع مسجلاً ، ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصباً أو مستنداً في تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركناً أو شرطاً لاعتبار التصرف سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم الخمسي واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادراً من غير مالك، ومن ثم فإن الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أي أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً لذلك التملك .

(جلسة 2001/11/27 الطعن رقم 6210 ، 6223 لسنة 70 ق .)

(2) د/ البدر اوي ، المرجع السابق فقرة 479 ص 491.

المطلب الثاني

المشكلات القانونية للسند المصاحب للحيازة (1)

هذا المبحث ربما يكون أهم مبحث عملي يخص قانون الشهر العقاري رقم (9) لسنة 2022 ، وذلك لسببين، الأول : أنه وإن كان القانون ينص على الحيازة المكسبة للملكية فإن قواعد هذه الحيازة مستقرة كثيرا وثابتة الى حد كبير وجرى العمل عليها كثيرا ، إلا ان الجديد هنا هو السند المصاحب للحيازة ، حيث أن القانون لم يفسر هذا المعنى ليلقي على عاتق الفقه حملا ثقيلًا ليقوم بدوره في هذا الامر ، وثانيا: أن القانون الجديد جعل من موظف الشهر العقاري - فيما يخص اجراءات الشهر - حاكما على السندات والأوراق العرفية صحة وبطلانا ، ومن حيث شروطه بيان الفاسخ منها والواقف ، وهذا الأمر هو اختصاص أصيل للقاضي لا يزاحمه فيه أي جهة ، ومن هنا جاءت صعوبة مادة التقادم في القانون الجديد .

وسنبحث هنا بعضا من أهم المشكلات التي قد تواجه الشهر العقاري أثناء قيامه باجراءات الشهر، وهي التصرف القانوني الباطل والتصرف القانوني الباطل بطلانا نسبيا والتصرف المتضمن شرطا مانعا من التصرف .

أولا : التصرف القانوني الباطل.

إذا كان التصرف القانوني الذي تلقى الحائز بموجبه حيازة العين تصرفا قانونيا باطلا فإن هذا التصرف لا يكون له وجودا قانونيا ، ومن ثم لا يعتبر سندا مصاحبا للحيازة وفقا للمادة (10 مكرر)، ويبطل العقد إذا تخلف أحد أركانه التي هي الرضاء والمحل والسبب⁽²⁾ ، والبطلان هنا إنما هو بطلان مطلق وليس بطلان نسبي ويستوي

(1) هذه المشكلات خاصة بالتصرف مضمون السند وليس بالسند ذاته كمحرر، ولكن لما كان قصد المشرع بعبارة (السند المصاحب للحيازة) هو التصرف موضوع السند أخذنا هنا بهذا الاعتبار.
(2) أريد هنا أن أسجل رأبي بخصوص ركن السبب في العقد، إذ هذا الركن يعتبر من أصعب موضوعات نظرية العقد، فالناظر في ركن السبب سيجد أنها مجرد أفكار نظرية فقط لا يصاحبها أي تطبيق عملي لها، أما بخصوص الأمثلة الفقهية الواردة في كتب الفقهاء بخصوص هذا الشأن إنما فقط لتبرير وجود هذا الركن ، حتى أن المهتمين بالشأن القانوني غير مدركين لركن السبب بسبب صعوبته النظرية وعدم اتضاح فكرته بالمقابلة لركني الرضا والمحل ، فالناظر لهذا الركن سيجد أنه عبارة عن فكرة عتيقة جدا نشأت لها نظريتين متقابلتين تسببت في صراع فقهي لا طائل تحته وبدون أي جدوى عملية، ولذلك نجد أن معظم دول العالم الآن قد تجاوزت هذه الفكرة في أنظمتها القانونية وكان آخر ذلك هو القانون الفرنسي عندما أصدر المرسوم بالقانون رقم 131 لسنة 2016 والذي ألغى فكرة السبب تحقيقا لفكرة الأمن والاستقرار القانوني حتى يقرب القانون من العامة وتجنبا للتعقيد والإيهام لذي يلتبس بفكرة السبب، وبناء عليه قام المشرع الفرنسي بإلغاء نص المادة 1108 مدني فرنسي الذي تلزم لإنعقاد العقد توافر سبب للالتزام وأحلت مكانها المادة 1128 التي تؤسس لفكرة مضمون العقد، أنظر في نظرية مضمون العقد وزوال فكرتي المحل والسبب د/ أشرف جابر بحث بعنوان "الإصلاح التشريعي الفرنسي =

في ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلا من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع⁽¹⁾.

كل هذه الأحكام هي اختصاص أصيل للقضاء وليس للشهر العقاري منها إلا تطبيقها باعتباره منفذ قانون فقط من حيث الظاهر وليس قاضي واقع من حيث الحقيقة .

وبناء على هذا المبدأ إذا تبين للشهر العقاري أن البائع في عقد البيع لم يكمل سن السبع سنوات وقت إبرام العقد فلا يجوز له السير في إجراءات الشهر لأن العقد هنا باطل بطلانا مطلقا بقوة القانون وهذا أمر ظاهر، ولكن لا يجوز للشهر العقاري البحث في أهلية الطرفين أو البحث عن مدى تحقق رضائهما لأن ذلك مسألة واقع لا تدخل في اختصاص الشهر العقاري ، ولا يجوز للشهر العقاري التحقق والتثبت من أن التوقيع منسوب إلى الاطراف على الحقيقة ولكن يجب على الشهر العقاري فقط التحقق من وجود التوقيع ذاته على الورقة العرفية أو حتى الرسمية ولا يكفي مجرد بصمة الأطراف على العقد بل يجب فوق ذلك الإشارة بجوار البصمة أن هذه البصمة هي بصمة المتصرف او المتصرف إليه ، ويكفي هنا حكم صحة التوقيع على العقد الابتدائي إذ بمجرد تقديم هذا الحكم مع العقد محل الحكم يمتنع على الشهر العقاري النظر في توقيع الأطراف .

أما بخصوص المحل فيسري عليه أيضا المبدأ المذكور ، فلو فرضنا أن عقد البيع الابتدائي صادر قبل صدور رخصة البناء من الحي أي قبل بناء العين محل الحيزة فإن هذا لا يقدح في صحة العقد لأنه يجوز التعامل على الأشياء المستقبلية⁽²⁾ ، المهم هنا أمران ، الأول أن تكون العين موجودة على الطبيعة والواقع لمدة خمس سنوات سابقة على تاريخ تقديم طلب التسجيل للشهر العقاري ، والثاني : أن تبدأ مدة الخمس سنوات من تاريخ حيزة العين ، وليس من تاريخ عقد البيع الابتدائي ، وقد أشرنا إلى هذا الأمر سابقا فليرجع إليه .

ومن الجدير بالذكر هنا أن نشير إلى فرض كثير الحوادث في الواقع العملي وهو حالة ما إذا كان هناك عقد بيع ابتدائي ولم يعين فيه المبيع التعيين الكافي النافي للجهالة مثل أن تذكر الشقة الكائنة في مدينة 6 أكتوبر مثلا ، فهل هذا البيان كافي للسير في إجراءات الشهر أم لا ؟ .

= لنظرية العقد ، طبيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستجدات"، ملحق خاص العدد 2 الجزء الثاني صفر/ربيع الأول 1439 هـ- نوفمبر 2017 م ص 304 .
(1) د/ السنهوري ، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 424 ص 1088.
(2) المادة (131) مدني مصري.

في الحقيقة إنه من المتعارف عليه قانونا وجوب تعيين المبيع تعيينا نافيا من الجهالة⁽¹⁾، وعلى ذلك فإن عقد البيع الخالي من هذا التعيين لا يعتد به في شهر واقعة الحيازة لأن المبيع بالعقد لم يعين التعيين النافي للجهالة، ولا يقال هنا أنه يعد تعيينا للمبيع مجرد أن يذكر البائع أنه باع الشقة التي يمتلكها في مدينة كذا طالما أنه لا يمتلك وحدات سكنية أخرى بنفس المدينة فذلك يعد تعيينا للمبيع⁽²⁾، فلا يقال ذلك لأن هذا التقدير والاستنتاج هو اختصاص القاضي ولا يمكن للشهر العقاري التدخل في هذا الأمر لأن ذلك مسألة واقع وليس مسألة قانون، وعلى كل حال فإنه متى ثبت بطلان التصرف الذي تلقى الحائز بموجبه حيازة العين فإن هذا يحرم الشهر العقاري من السير في اجراءات شهر واقعة الحيازة وعلى صاحب الحيازة إذا لم يرتض قرار مكتب الشهر اللجوء إلى القضاء⁽³⁾.

ثانيا : التصرف القانوني القابل للإبطال.

الناظر في السبب الصحيح في التقادم الخمسي سيجد أنه إذا كان التصرف قابلا للإبطال فإنه يكون له وجود قانوني ومن ثم يصلح لأن يكون سببا صحيحا لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك، وبناء عليه فإنه إذا باع قاصر عقارا مملوكا للغير أو إذا باع شخص عقار مملوك للغير وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فيكون البيع في كل ذلك قابلا للإبطال ويصلح في هذه الأحوال لأن يكون سببا صحيحا⁽⁴⁾، ولكن الأمر يختلف كثيرا بخصوص الحال في التقادم السندي من حيث طريقة بحث المسألة، ومن حيث اعتماد رأي يختلف عن ما هو الحال عليه في التقادم القصير.

فالقاعدة هنا أنه إذا كان سبب بطلان التصرف غير معروف لدى الشهر العقاري فالحكم هنا أنه يجب على الشهر العقاري شهر واقعة الحيازة وعلى من تقرر الإبطال لمصلحته اللجوء للقضاء والمطالبة بإبطال التصرف ثم المطالبة بمحو وشطب المشهر واستحقاقه للعقار محل واقعة الحيازة، وبناء عليه فإذا باع شخص عقارا مملوكا للغير أو كان عقد البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فإن الشهر العقاري لا يستطيع التحقق من هذه الأمور، فالذي يحدث عمليا أن يقوم شخص ما بتقديم عقد بيع صادر له من شخص آخر (بائع)، ففي هذه الحالة لا يستطيع الشهر العقاري التحقق من ملكية البائع للعقار أو البحث في إرادة الأطراف ومدى تحقق الرضاء التام وخلو

(1) المادة (133) مدني مصري .

(2) د/ أحمد سعد، العقود المسماة بدون ناشر 2004/ 2005 فقرة 97 ص 120.

(3) الفقرة الأخيرة من المادة (23) مكرر من القانون رقم 9 لسنة 2022.

(4) د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 425 ص 1090.

الإرادة من الغلط أو التدليس أو الإكراه قد يعكر صحة هذا العقد ، فإذا تبين لنا ذلك فإن بحث البطلان النسبي في هذه الحالات غير متصور ووجوده غير متحقق لأنه غير مسموح للشهر العقاري البحث عن تحقق أسبابه في هذه الحالات .

هذا الحكم في عملية الشهر ذاتها ولكن ذلك لا يخل بحق المالك الحقيقي في حالة بيع ملك الغير أو من تقرر البطلان لمصلحته في البطلان النسبي في اللجوء للقضاء للمطالبة كلُّ بحقه، وهو بالنسبة للمالك الحقيقي عدم نفاذ التصرف في حقه مع بطلان التصرف⁽¹⁾ ، وبالنسبة لمن تقرر البطلان في حقه هو بطلان التصرف، مع حق الجميع في المطالبة بمحو وشتبب المشهر موضوع الحيازة .

أما في حالة ما إذا كان سبب بطلان التصرف ظاهر مثل أن يكون المتصرف الحائز ناقص الأهلية من واقع الرقم القومي الثابت بالعقد الابتدائي قرين اسم المتصرف فهل من الممكن هنا أن نقول أن التصرف القانوني القابل للابطال يكون له وجود قانوني، ومن ثم يصلح لأن يكون سنداً مصاحباً للحيازة وفقاً للمادة (10 مكرر) وقياساً على السبب الصحيح في التقادم الخمسي أم لا ؟ .

في الحقيقة يمكننا أن نقول أن التصرف القانوني القابل للابطال الظاهر إبطاله لا يمكن أن نعتبره سنداً مصاحباً للحيازة وفقاً للمادة (10 مكرر)، ومن ثم لا يجوز للشهر العقاري شهر واقعة الحيازة استناداً إلى هذا التصرف، ويرجع ذلك إلى سببين، أولهما: أنه لا يجوز السير في إجراءات الشهر بصورة عامة بناءً على إجراء باطل، ولو كان بطلاناً نسبياً إذا كان هذا الإجراء يدخل ضمن إجراءات الشهر، فإذا كان هذا الإجراء الباطل شرطاً لكسب الملكية فتصبح إجراءات نقل الملكية باطلة برمتها، إذ أن ما بني على باطل فهو باطل، والثاني: وهو يرجع إلى شرط حسن النية المنصوص عليه في المادة (10 مكرر) والتي تشترط توافر حسن النية حتى التسجيل فإن مجرد ثبوت الرقم القومي للمتصرف في عقد البيع كافٍ وحده للقول بتوافر سوء نية الحائز، إذ أن مجرد ذكر الرقم القومي والذي يدل على نقص أهلية المتصرف يستلزم حتماً بطلان تصرفه بطلاناً نسبياً، مما يبرر القول بتوافر سوء نية الحائز، وهذا كافٍ للقول بانتفاء شرائط نص المادة (10 مكرر) .

(1) قررت محكمة النقض المصرية بأنه " لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له، إلا أن المالك الحقيقي يكفي أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف في حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل، أما إذا كانت الملكية ما زالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفي أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته" نقض مدني في 14 فبراير سنة 1987 في الطعن رقم 1351 لسنة 54 قضائية ونقض مدني في 7 نوفمبر سنة 1982 في الطعن رقم 802 لسنة 49 قضائية.

هذان السببان هما المبرزان لحقيقة الاختلاف بين التقادم الخمسي والتقادم السندي بشأن مدى اعتبار التصرف القانوني القابل للإبطال سنداً معضداً للحيازة ، وبيان ذلك كالتالي :

أولاً: ذكرنا في السبب الأول أنه لا يجوز السير في إجراءات الشهر بصورة عامة بناء على إجراء باطل، إذ أن ما بني على باطل فهو باطل وهذا حق ، لأننا هنا بصدد إجراءات نقل الملكية وليس أمام ملكية ثابتة ومستقرة، فنحن هنا نبحث مدى جواز شهر ونقل الملكية فكان لا بد من توافر الشروط وانتفاء الموانع وتحقيق الأسباب وصحة الإجراءات وهذا هو المتبع في إجراءات الشهر العقاري الخاصة بالتصرفات، ففي البيع الرضائي مثلاً لا بد من التحقق من كل ما سبق ذكره ، فإذا ثبت أن البائع ناقص الأهلية لا يجوز للشهر العقاري التصديق على عقد البيع ونقل الملكية، لأن عقد البيع هنا يصبح باطل بطلاناً نسبياً لا يمكن معه نقل الملكية، إذ الملكية تنتقل بالعقد الصحيح والتسجيل السليم، أما بخصوص التصرف القابل للإبطال في التقادم الخمسي فالوضع يختلف كثيراً، لأننا هنا أمام عقد مسجل في الشهر العقاري وليس أمام عقد يراد تسجيله، فالملكية في التقادم الخمسي هي ملكية ثابتة ومستقرة بالفعل بمجرد التسجيل فإذا ما ثبت أن البائع كان ناقص الأهلية كان عقد البيع باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر ونشأ حق القاصر في بطلان العقد ، وحاصل ذلك أنه لا يوجد أي حق على العقد إلا حق القاصر في بطلان العقد ، وناتج ذلك أننا لو لم نقر عقد البيع ولم نعتبره سبباً صحيحاً وفقاً للمادة (969مديني) لأهدرنا حق القاصر في إيجاز هذا العقد ، ونخلص من ذلك أننا نعتبر التصرف القابل للإبطال سبباً صحيحاً وفقاً للمادة (969مديني) مع احتفاظ من تقرر البطلان لمصلحته في إبطال التصرف القانوني ، وهنا يصبح هذا التصرف لا وجود له ، فلا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً .

كل هذه التفاصيل لا نحتاج إليها بشأن الوضع في التقادم السندي ، حيث أنه لا يوجد عقد مسجل ، بل نحن في مرحلة بحث المستندات والمحركات لاتمام عملية نقل الملكية ، فلا يمكن أن تبني إجراءات الشهر على تصرف باطل .

ثانياً: ذكرنا في السبب الثاني أن حسن نية الحائز شرط قانوني لازم لإعمال نص المادة (10مكرر) وأن التصرف القانوني القابل للإبطال الظاهر بطلانه يستلزم سوء نية الحائز مما يحتم علينا القول بان التصرف القانوني القابل للإبطال لا يعتبر سنداً مصاحباً للحيازة .

ثالثا : التصرف المتضمن شرطا بالمنع من التصرف .

نقصد بهذا العنصر شرط المنع من التصرف الوارد بالمحررات, ولا نقصد بالمنع من التصرف الخاص بشخص المتعاقد، فإن أي منع من التصرف يخص أشخاص المتعاقدين يمنع إتمام عملية الشهر ابتداء سواء كان ذلك الأمر خاص بسند الحائز أو سند المتصرف للحائز (1) .

أما العقود المتضمنة شرط المنع من التصرف - وهذا هو مقصود البحث - فمحلها عقدين ، فإذا كان شرط المنع من التصرف في سند المتصرف وتم تقديم هذا السند للشهر العقاري فلا يجوز السير في اجراءات الشهر لأن هذا الشرط يقتضي بطلان أي عقد جديد يخص الوحدة محل العقد (2) ، وبناء عليه فإن سند الحائز يعتبر سندا باطلا (3)، فإذا لم يتم الحائز بتقديم سند المتصرف للشهر العقاري وتمت اجراءات الشهر فنعتبر هنا اجراءات الشهر صحيحة في ذاتها وتنتقل الملكية للحائز، ولكن ذلك لا يخل بحق الغير (4) باللجوء إلى القضاء للمطالبة ببطلان سند الحائز، ومن ثم بطلان اجراءات الشهر لمخالفة الشرط المانع من التصرف ، ومن الممكن المطالبة مباشرة ببطلان اجراءات الشهر دون المطالبة ببطلان سند الحائز اعتمادا على سوء نية الحائز لأن من شروط أعمال نص المادة (10 مكرر) من القانون رقم (9) لسنة 2022 هو حسن نية الحائز والتي يجب أن تبدأ من وقت الحيازة مقترنة مع السند المصاحب للحيازة إلى حين تسجيل الواقعة المادية (التقدّم السندي) ، وأن علم الحائز بعيوب سند المتصرف له يجعله سيء النية ، وذلك كاف لحرمانه من نقل الملكية له .

ويجوز في الحالة هذه أن يقدم الحائز سندا يتضمن موافقة البائع الأول في العقد الأول على قيام المشتري منه بالتصرف في العقار محل العقد ، ويكفي هنا أن يكون

(1) مع الوضع في الاعتبار هنا انه لو قدم الحائز سند المتصرف للشهر العقاري وظهر من خلال البحث أن أيا من أطراف سند المتصرف ممنوعا من التصرف فإن هذا يمنع السير في اجراءات الشهر، ولا يجوز للحائز هنا طلب سحب هذا السند لأن هذا السند أصبح ذات جدوى في اجراءات الشهر، إلا لو انتظر حتى تنتهي مدة الطلب ثم يقدم طلب جديد بدون تقديم سند المتصرف ففي هذه الحالة يجب السير في اجراءات الشهر حيث أن سند المتصرف في هذا السند غير موجود.

(2) المادة (824) مدني مصري .

(3) وذلك بقطع النظر عن الخلاف الدائر بين الفقه والقضاء بشأن طبيعة هذا البطلان , لأنه كما ذكرنا آنفا أن العقد الباطل بنوعيه (البطلان المطلق والبطلان النسبي) يمنع السير في اجراءات الشهر، ولا يعتبران سندات صحيحة مصاحبة للحيازة على وفق القانون رقم 9 لسنة 2022. أنظر في طبيعة الشرط المانع من التصرف د/ السنهوري, المرجع السابق الجزء الثامن فقرة 323 ص 457 وما بعدها، ونقض مدني جلسة 1983/3/24 الطعن 1180 لسنة 49 ق س 34 ص 736.

(4) الغير هنا يختلف باختلاف طبيعة البطلان المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف وهل هو بطلان مطلق أو بطلان نسبي.

هذا السند عرفيا وليس رسميا لأن سند الحائز نفسه يجوز أن يكون عرفيا ، ويجوز ذلك حتى ولو كان سند الحائز سندا رسميا وذلك لأن السند الرسمي ليس شرطا في معنى المادة (10 مكرر) من القانون ، وغنيا عن البيان أن الوكالة لا تجوز حتى ولو كانت وكالة رسمية موثقة، لأن الوكالة في ذاتها ليست تصرفا وإنما هي عقد يبيح التصرف فقط وليست تصرفا (1).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه الآن على بساط البحث ويقع كثيرا في الواقع العملي وهو ما مصير العقود المترتبة على العقود التي تتضمن شرطا مانعا من التصرف دون الالتزام بنص المادة (823 مدني)، بمعنى آخر أي أن يكون الشرط المانع من التصرف مثلا خال من قيد المدة المعقولة لإعمال الجزاء المترتب على مخالفتها .

الإجابة على هذا السؤال هو أنه يكون الشرط المانع من التصرف منعا دائما غير محدد المدة شرطا باطلا يلغو ويبقى التصرف الذي تضمنه الشرط ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التصرف فيبطل كلا من الشرط والتصرف(2) ، وعلى ذلك فإذا كان الشرط هو الدافع إلى التصرف يبطل الشرط والتصرف معا، والتحقق من ذلك إنما هو اختصاص أصيل للقضاء المصري لا يجوز لأحد الافتئات على حق القاضي في ذلك الأمر لأن ذلك مسألة واقع يختص به قاضي الموضوع ، وبناء على ذلك لا يجوز للشهر العقاري السير في إجراءات الشهر ويلزم أن يرفض إتمام عملية الشهر احتراما للشرط المانع من التصرف، وعلى الرفض لقرار مأمورية الشهر اللجوء للقضاء للفصل في قرار المأمورية .

أما الحالة الثانية من حالات العقود المتضمنة للشرط المانع وهي حالة الشرط الثابت في سند الحائز، فلو تصرف أحد الأشخاص للحائز واشترط في العقد عدم جواز قيام المشتري بالتصرف في العقار بأي وجه من وجوه التصرفات إلا بعد موافقة الطرف البائع ، فهل يؤثر هذا الشرط في تسجيل الواقعة المادية (التقادم) للحائز .

الجواب أنه لا يؤثر هذا الشرط في تسجيل واقعة التقادم للحائز، لأن الحائز لا يتصرف في العقار محل الشرط المانع من التصرف، وإنما هو يسجل هذا العقار لنفسه ولا يتصرف فيه لغيره، ولكن السؤال الآن هو هل يتم إثبات شرط المنع من التصرف في المحرر المثبت لواقعة التقادم أم لا ؟.

(1) المادة (699) مدني مصري.

(2) د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء الثامن فقرة 318 ص 449.

نستطيع أن نقول أنه لا يجوز للشهر العقاري إثبات شرط المنع من التصرف في المحرر المثبت لملكية الحائز عند اتمام إجراءات الشهر، فيتملك الحائز ملكية العقار خال من الشرط المانع من التصرف، وذلك لأن الحائز يكتسب الملكية بواقعة الحيازة فقط دون الالتفات للسند المصاحب للحيازة، فبسبب كسب الملكية هنا هو التقادم فقط دون العقد، والأخير ما هو إلا شرطاً لإعمال أحكام التقادم وليس سبباً لإكساب الملكية، فالملكية تكسب بالتقادم فقط والعقد شرط منفصل خارج عن ماهية التقادم وأركانها، فلا يعمل بأحكام العقد هنا وإلا أعلننا العقد الذي هو سبب مستقل لكسب الملكية دون الحيازة، هذا بالإضافة إلى أن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تملك الشيء بالتقادم الطويل، لأن التقادم يتم رغم إرادة مالك الشيء⁽¹⁾، فالأصل إذن هو أن الممتلك بالتقادم إنما يملك رغم إرادة المالك الأصلي ونتيجة ذلك أنه لا يتقيد بقيوده ولا يلتزم بشروطه، إنما هو شخص تملك بحكم القانون وليس بحكم العقد، فينعدم العقد بمجرد تسجيل التقادم، فليس من المعقول أن يكسب الحائز الملكية بالتقادم وتسري عليه أحكام العقد!!.

ولا يقال هنا أنه يجب إثبات الشرط المانع بحجة أنه ووفقاً للقاعدة العامة تنتقل ملكية العين محملة بالحقوق والتكاليف العينية التي قد نشأت قبل بدء الحيازة⁽²⁾، وشرط المنع من التصرف سابق على بدء الحيازة حيث أنه مقترن بالسند السابق على الحيازة، هذا القول خطأ كبير لأن القاعدة المذكورة معنية- في مجال الشهر- بالحقوق العينية المشهورة فقط، فلو اعتبرنا أن شرط المنع من التصرف هو التزام شخصي فلا يثبت في المحرر المشهر، ولو اعتبرناه تكليف عيني على العين فلا يثبت أيضاً في المحرر لأنه شرط غير مسجل فلا يعتبر حجة لصالح المشتري.

(1) د/ البدرأوي، المرجع السابق فقرة 73 ص 93 وفقرة 515 ص 546 - د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء الثامن فقرة 320 ص 453 وما بعدها .
(2) د/ البدرأوي، المرجع السابق فقرة 538 ص 579.

المطلب الثالث

الدعاوى المشهورة لا تمنع إتمام تسجيل التقادم السندي

تلاحظ من خلال متابعة الواقع العملي لتطبيق القانون رقم 9 لسنة 2022 أن مأموريات الشهر العقاري تمتنع عن اتمام عملية إشهار التقادم السندي إذا كان ثم دعاوى مشهورة على ذات العقار محل طلب التقادم السندي، وربما أسندوا ذلك الأمر إلى اعتبار أن وجود مثل هذه الدعاوى يحقق عيب عدم الهدوء الذي يعرقل ويمنع شهر طلبات الوقائع المادية ، ونحن بدورنا نبحت هذا الأمر بشيء من التفصيل لنبين وجه الصواب فيه، ونبدأ ببيان الدعاوى المشهورة التي تعتبر سببا في الإدعاء بأنها تمنع شهر التقادم السندي .

والدعاوى المشهورة هذه كثيرة لعل أهمها 1- دعوى بطلان أو فسخ سند الحائز الغير مشهر . 2- دعوى فسخ أو بطلان المشهر سند المتصرف للحائز . 3- دعوى صحة ونفاذ التصرف الصادر لصالح شخص ما غير الحائز . 4- دعوى تثبيت الملكية على ذات العقار محل طلب الواقعة المادية . 5- دعوى الاستحقاق على ذات العقار محل الواقعة المادية .

والسؤال الآن هو إذا تم شهر هذه الدعاوى في الشهر العقاري هل تعتبر مانعا من شهر واقعة التقادم السندي على نفس ذات العقار محل الدعوى المشهورة ؟.

الإجابة هي بالتأكيد لا، لا يعتبر مجرد شهر هذه الدعاوى مانعا من شهر واقعة التقادم السندي ويجب على مأموريات الشهر العقاري إتمام إجراءات شهر الوقائع المادية دون أي اعتبار لهذه الدعاوى ودون إعتداد بفكرة عدم الهدوء التي قد يظن البعض أنها هي السبب للمنع من الشهر ، وذلك للأسباب الآتية :

أولا : أن معظم هذه الدعاوى تتعلق بالمحركات والسندات القانونية ، فبعضها يتعلق بالسند المصاحب للحيازة أي سند الحائز(مثل دعوى بطلان أو فسخ سند الحائز)، والبعض الآخر يتعلق بسند المتصرف للحائز(دعوى بطلان مشهر سند الملكية أو دعوى بطلان سند المتصرف للحائز ولو لم يكن مشهرا) ولا تتعلق مثل هذه الدعاوى بالحيازة ذاتها، وإنما تتعلق بالسند المصاحب للحيازة، فنحن أمام شيئين مختلفين أحدهما المحركات أو السندات والآخر هي الحيازة، فهذه الدعاوى تتعلق بالمحركات والسندات، أما عيب عدم الهدوء فهو يتعلق بالحيازة ذاتها، أي عدم هدوء الحيازة أو بالمسمى الآخر الإكراه ، إذأ فمحاوله خلط ودمج هذه الدعاوى بفكرة عيب عدم الهدوء هو جمع بين شتاتين مختلفين .

ثانياً: إن الحكم بعيب الإكراه أو عدم الهدوء للحيازة هو أمر واقع يختص به قاضي الموضوع فقط وليس للشهر العقاري النظر فيه أو الحكم عليه، إذ أنه يجب لكي يتحقق الإكراه أو عدم الهدوء للحيازة أن يحصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد ويبقى محتفظاً بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به⁽¹⁾، فمعرفة ما إذا كان هناك حيازة بالقوة والتهديد من عدمه وما إذا كانت هذه القوة والتهديد بدأت مع بداية الحيازة واستمرت مع استمرار الحيازة أم لا، كل ذلك من اختصاص قاضي الموضوع⁽²⁾، ولا يمكن للشهر العقاري الحكم بذلك بمجرد شهر الدعوى، حتى ولو كانت هذه الدعوى هي دعوى تثبيت ملكية أو دعوى استحقاق ثابت بهما أن هناك نزاع على الحيازة، ففي النهاية هي مجرد دعوى فقط وليست حكماً فاصلاً.

ثالثاً: القاعدة هنا أن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة⁽³⁾، فقط قضت محكمة النقض بأنه "إذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفعت الدعوى باستحقاقها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"⁽⁴⁾.

وبناء عليه فإن أي منازعة قضائية لا تنفي صفة الهدوء عن الحيازة ولا تعتبر عائقاً ومانعاً عن الاستمرار في إتمام إجراءات الشهر، وهذه القاعدة تسري بصفة عامة أي سواء كانت هذه الدعاوى مشهورة أو غير مشهورة، فلو تم إنذار الشهر العقاري بأن ثمة منازعة قضائية في المحكمة حول العقار محل طلب الواقعة المادية وتم تقديم صورة رسمية من الدعاوى مع الإنذار فإن ذلك كله لا يحول دون إنهاء إجراءات شهر الواقعة المادية، ولا يتبقى لصاحب الدعوى هنا إلا حقه في إثبات دعواه تلك في بند حقوق الغير في المحرر المشهر للواقعة المادية حتى إذا ما حصل على حكم بحقه يجوز شهره فهنا يستفيد بالمادة (17) من القانون رقم (114) لسنة 1946 الخاصة بالأثر الرجعي للحكم مع مراعاة الأثر الرجعي للتقادم السابق شرحه، ونحيل هنا إلى ما سبق وأن شرحناه هناك لعدم التكرار.

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع فقرة 282 ص 835.

(2) نقض مدني 4 مايو مجموعة عمر 4 رقم 127 ص 350.

(3) د/ السنهوري، المرجع السابق الجزء التاسع هامش ص 837.

(4) نقض مدني 12 مايو سنة 1949.

قائمة المراجع

- 1- د/ أحمد سعد , العقود المسماة بدون ناشر 2004 / 2005 .
- 2- د/أحمد سلامة , دروس في التأمينات المدنية مكتبة عين شمس .1978
- 3- د/أحمد عبدالظاهر, مقالة بعنوان (مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية) نشرت في 31 ديسمبر 2009 بواسطة law .
- 4- د/ إسماعيل غانم , الحقوق العينية الأصلية الجزء الثاني, موجز في أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية, مكتبة عبدالله وهبه .1963
- 5- د/ أشرف جابر, بحث بعنوان "الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد , طبعة قضائية وصياغة تشريعية, لمحات في بعض المستجدات", ملحق خاص العدد 2 الجزء الثاني صفر/ربيع الأول 1439 هـ- نوفمبر 2017 م.
- 6- د/حسام الدين كامل الاهواني, بحث بعنوان "دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري", دراسة تحليلية بين القانونين : رقم 114 لسنة 1946 ورقم 9 لسنة 2022 منشور بالمجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع المجلد 3, العدد3, 2022.
- د / حسام الاهواني, قانون الائتمان في ظل أحكام القانون المدني 2018, 2019, بدون ناشر.
- د/ حسام الاهواني, شرح قانون الإثبات الطبعة الثانية 2012 دار نصر للطباعة الحديثة.
- 7- د/ حسام لطفي , المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه وأحكام القضاء (نظرية القانون) الطبعة الخامسة القاهرة .2003
- 8- د/ سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني.
- 9- د/ عبد الباسط جميعي , نظرية الأوضاع الظاهرة طبعة .1955
- 10- د/عبد الرزاق السنهوري, الوسيط فى شرح القانون المدني منشأة المعارف بالاسكندرية طبعة 2004.

- د/ السنهوري, التصرف القانوني والواقعة القانونية, سنة 1953- 1954
مطبعة البرلمان .

11- د/ عبدالمنعم البدر اوى , شرح القانون المدنى, فى الحقوق العينية الأصلية دار
الكتاب العربي بمصر الطبعة الثانية 1956.

- د/ البدر اوى, عقد البيع فى القانون المصري الطبعة الثانية
1958 مطابع دار الكتاب العربي بمصر.

12- د/ فتحي والي, التنفيذ الجبري فى المواد المدنية والتجارية وفقا لقانون
المرافعات وقانون الحجز الاداري والتمويل العقاري , دار النهضة العربية 2019 .

13- د/ محمد السعيد رشدي, الحقوق العينية الأصلية(حق الملكية وأسباب
كسبه)2005/2006 بدون ناشر.

14- د/ محمد حسن قاسم, قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية منشورات
الحلبي الحقوقية 2018 ص

15- د/ محمد علي عمران , الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدني دار النهضة
العربية. 1978.

16- د/ محمد كامل مرسي, شرح القانون المدني الجديد, العقود المسماة, عقد الوكالة
طبعة. 1949.

17- د/ منصور مصطفى منصور , مذكرات فى القانون المدني التأمينات العينية,
مطبعة دار التأليف 1959 – 1960.

18- د/ نعمان جمعة , أركان الظاهر كمصدر للحق.

19- د/ هانم أحمد محمود سالم , ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة
الدستورية العليا فى كفالاته.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
5	الفصل الأول: مناقشة تعديلات قانون الشهر العقاري
6	المبحث الأول: حجية التقادم بين القانون المدني وقانون الشهر العقاري
8	المطلب الأول: التقادم بذاته سببا لكسب الملكية
12	المطلب الثاني: حجية التقادم في قانون الشهر العقاري
14	المبحث الثاني: مدى دستورية الفقرة الأخيرة من المادة 10 مكرر
21	- مدى تحقيق الفقرة الأخيرة من المادة (10) لفكرة الأمن القانوني
25	المبحث الثالث: قانون الشهر العقاري وشهر واقعة الرهن الحيازي
27	المطلب الأول: مدى خضوع الرهن الحيازي لقواعد الحيازة والتقادم
31	المطلب الثاني: قانون الشهر العقاري وتسجيل واقعة الرهن الحيازي
33	الفصل الثاني: الأثر الرجعي وأحكام تسجيل التقادم
34	المبحث الأول: الأثر الرجعي للتقادم ومشكلاته القانونية وتطبيقاته العملية
35	المطلب الأول: الأثر الرجعي للتقادم وما يترتب عليه
46	المطلب الثاني: المشكلات القانونية للأثر الرجعي للتقادم
47	الفرع الأول: الأثر الرجعي للتقادم ونص المادة 1034 مدني مصري
54	الفرع الثاني: الأثر الرجعي للتقادم ونظرية حماية الأوضاع الظاهرة
54	أولا: نبذة مختصرة عن نظرية حماية الأوضاع الظاهرة .
56	ثانيا: مدى التوفيق بين الأثر الرجعي ونظرية حماية الأوضاع الظاهرة.

- 60 المطلب الثالث:مصلحة الشهر العقاري والتطبيق العملي للأثر الرجعي
- 62 المبحث الثاني:أحكام تسجيل التقادم طبقا للقانون رقم 9 لسنة 2022 .
- 63 المطلب الأول:السند المصاحب للحيازة.
- 63 أولا : يجب أن يكون هناك محرر رسمي أو عرفي
- 68 ثانيا: يجب أن يتضمن المحرر تصرف قانوني من طبيعته نقل الملكية
- ثالثا: لا عبء بملكية المتصرف أو عدم ملكيته للعقار أو للحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم.
- 85
- 88 المطلب الثاني:المشكلات القانونية للسند المصاحب للحيازة
- 88 أولا : التصرف القانوني الباطل.
- 90 ثانيا : التصرف القانوني القابل للإبطال
- 93 ثالثا : التصرف المتضمن شرطا بالمنع من التصرف
- 96 المطلب الثالث:الدعاوى المشهورة لا تمنع إتمام تسجيل التقادم السندي
- 98 قائمة المراجع
- 100 فهرس الموضوعات