

دعاوى عقد البيع

شروطها - آثارها - مواعيد سقوطها

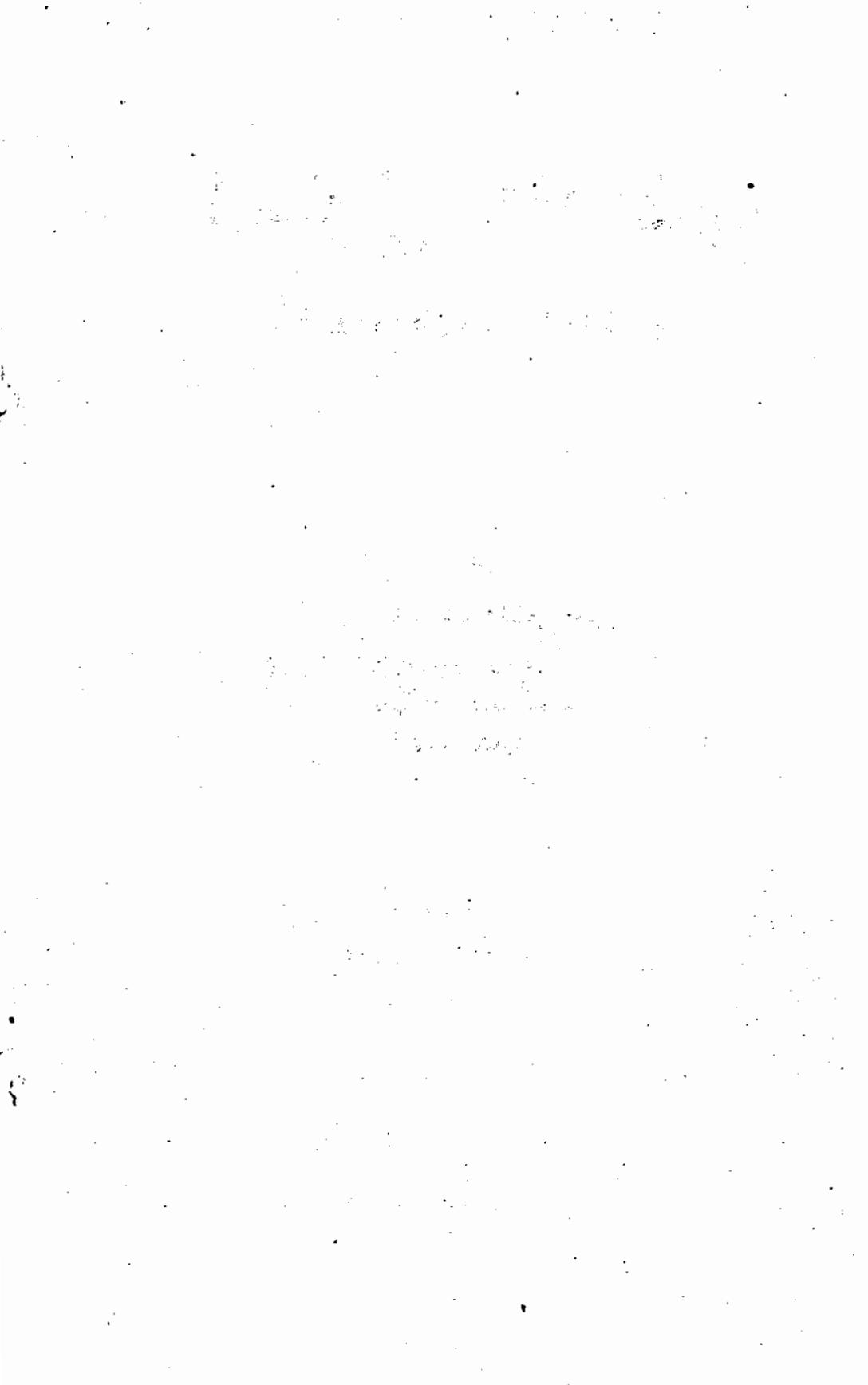
دكتور

محمد عبد الظاهر حسين

مدرس القانون المدني

بكلية حقوق - بنى سويف

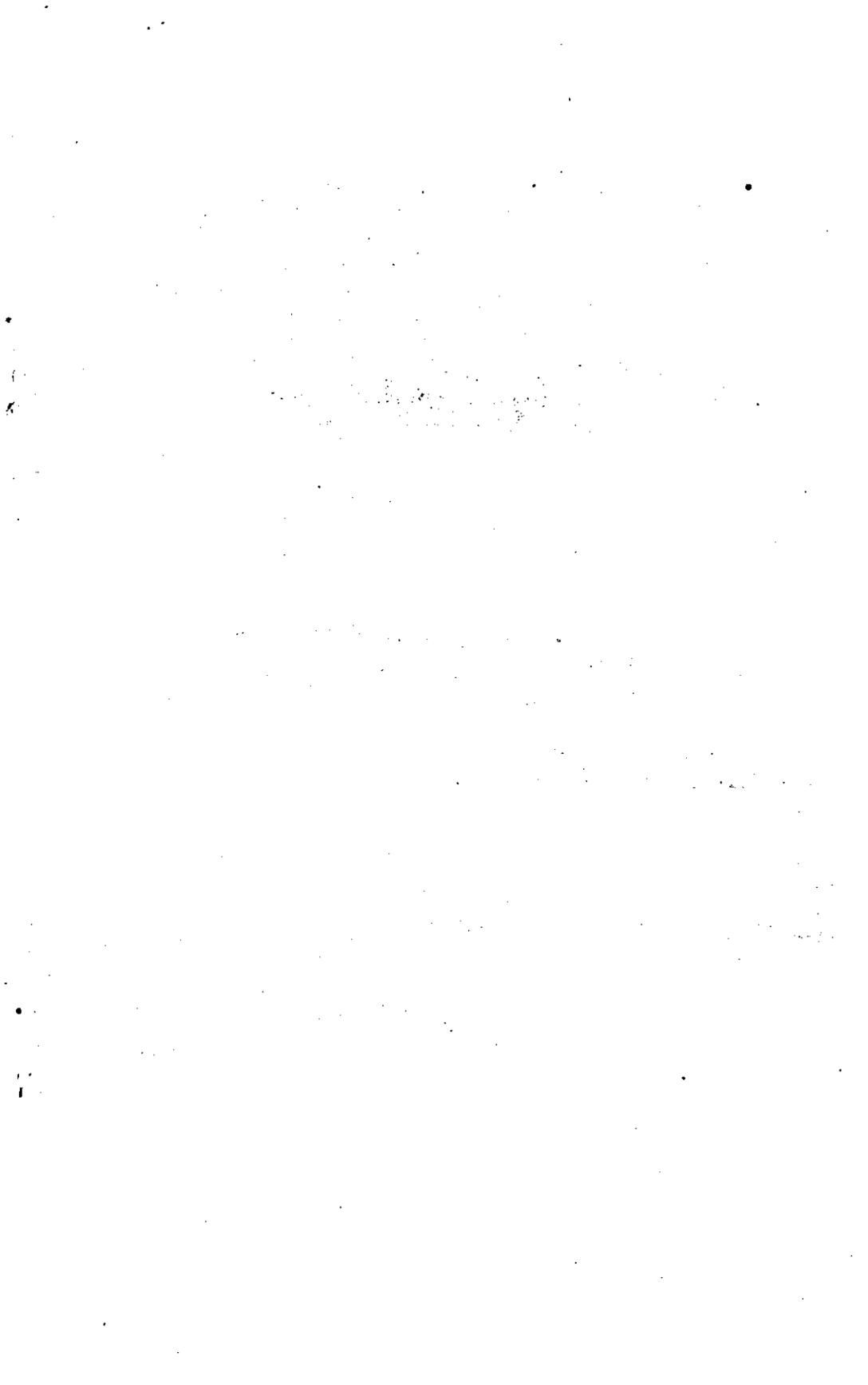
جامعة القاهرة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وأهل الله البيع وحرم الربا" "

من الآية ٢٧٦ من سورة البقرة



مقدمة

يرتبط بعقد البيع - باعتباره عقدا مسمى ومن أهم العقود التي يلجأ إليها الناس، في تعاملاتهم - العديد من الدعاوى التي تنشأ في كل مرحلة من مراحل إنشاء وتنفيذ العقد. وهذه الدعاوى تتميز بأهميتها وخطورتها لأن منها ما قد يعدم عقد البيع ومنها ما قد يوقف أثره في المستقبل ومنها ما قد يؤثر على التزامات طرفي العقد.

كما تتميز هذه الدعاوى - من جانب آخر - بأهميتها العملية التي يلتمسها كل فرد في المجتمع غالبا. فما من يوم يمر على الإنسان إلا ويضطر فيه إلى الدخول في علاقة عقدية وأهمها عقد البيع سواء أكان مشتريا أم بالعا، وما من عقد بيع إلا وتثور حول تنفيذه المشاكل التي قد لا ينجح الأفراد في حلها وديا، مما يلجئهم - والأمر كذلك - إلى القضاء حاملين شكاواهم ورافعين دعاوهم طالبين كلمة الفصل من القضاة.

ومن الدعاوى المتعلقة بعقد البيع ما يسهل على القاضى الفصل فيه نظرا لوضوح عناصره ولوضوح النصوص المتعلقة به فلا يحتاج إلى كثير بحث أو واسع عناء. ومنها ما يضطر معه القاضى إلى البحث الدقيق والشامل في العلاقة العقدية لكي يتمكن من الفصل فيها. فدعوى صحة ونفاذ عقد البيع التي يرفعها المشتري غالبا لتسجيل عقده وخاصة في الحالات التي يتعنت فيها البائع ولايساعده في إنهاء إجراءات التسجيل، هذه الدعوى تستلزم من القاضى بحث علاقة البيع من كل جوانبها بدءا من توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد والتأكد من سلامة الرضا وصحة التعاقد ونشوء الإلتزامات على عاتق الطرفين، وبتعبير محكمة النقض «إن دعوى صحة التعاقد تسع لبحث

كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو إنعنامه أو صحته أو بطلانه...» (١) ولذلك فالمجهود الذي يبذله القاضى بشأن هذه الدعوى غير ذلك المجهود المبذول من جانبه بالنسبة لباقى دعاوى عقد البيع.

والدعاوى الخاصة بعقد البيع تتدرج مع مراحل العقد المختلفة، فمن هذه الدعاوى ما يتعلق بمرحلة ما قبل إبرام العقد واتعاقده، ومنها ما يتعلق بمرحلة ما بعد إبرامه ومنها ما يرتبط بمرحلة تنفيذ العقد وما يثار بشأنه من مشاكل.

ولست أدعى أننى قد أضفت الكثير فى هذه الدعاوى أو أنى قد جنت بالجديد منها وإنما جهدى يقتصر فى هذا البحث على جماع شتات هذه الدعاوى المتناثرة فى ثنايا كتب ومؤلفات القانون المدنى، كما يبدو جهدى فى العديد من الأحكام القضائية التى حاولت إضافتها إلى كل دعوى من هذه الدعاوى حتى لا ينفصل كلام الفقه عن تطبيقات القضاء.

المبحث الأول: الدعاوى المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد.

المبحث الثانى: الدعاوى المتعلقة بمرحلة ما بعد التعاقد.

المبحث الثالث: الدعاوى المتعلقة بمرحلة التنفيذ.

المبحث الرابع: نظام الشهر العقارى ونقل ملكية العقار.

المبيع.

(١) نقض مدنى فى أول مارس سنة ١٩٦٦، مج أحكام النقض س ١٧، ص

المبحث الأول

الدعاوى المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد

تتعلق هذه الدعاوى بمرحلة الإعداد لعقد البيع وما يرتبط بها من ضرورة توافر شروط التعاقد وسلامة الإرادة من العيوب التي تجعل إقناؤها على التعاقد معيباً، كما يتعلق بهذه المرحلة الدعاوى التي ترتبط بأمور تعد تمهيدية للوصول إلى إبرام العقد النهائي.

ولذلك فإننا ندرس في هذه المرحلة الدعاوى الآتية:

مطلب أول : دعوى البطلان.

مطلب ثان : دعوى المنول.

مطلب ثالث : دعوى نفاذ الوعد.

مطلب رابع : دعوى الغبن الفاحش.

مطلب خامس : دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت.

المطلب الأول

دعوى البطلان

تكون دعوى بطلان عقد البيع إذا إنعدم ركن من أركان العقد أو كان السبب غير مشروع. فعدم المشروعية معناه عدم الوجود من الناحية القانونية. أو أن القانون لا يعترف بمثل هذا الوجود وإن وجد من الناحية المادية.

ويكون كذلك للأسباب الأخرى التي يقرها القانون. كما لو صدر البيع من الولي دون إذن المحكمة فيما ينبغي أن يكون فيه إذن (١). وبطلان عقد البيع لمخالفة الشرط المانع من التصرف إذا

(١) وتتلخص أحكام تشريع ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال في «أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أيا كانت قيمتها دون إذن المحكمة. إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقا مالية أو محالا تجارية. ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثمائة جنيه. ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة. إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثمائة جنيه أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع. وإلا فيجب إذن المحكمة. وفي جميع الأحوال - أي في المنقولات والعقارات - يجب إذن المحكمة أيا كانت القيمة. إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالأصل يتصرف ولي القاصر في المال الموروث.

ولا يجوز للولي. أباً كان أو جده. أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجته إلى الدرجة الرابعة. إلا بإذن المحكمة».

(السنهوري - الوسيط - ج ٤ - ص ٩٦، ٩٧).

وقد قضت محكمة النقض «أن الثابت من الأوراق أن والد الطاعن =

تمسك به من وضع الشرط لمصلحته (١)، وكبيع الأموال المملوكة

- - بصفته وليا عليه - باع للجمعية المطعون عليها بموجب العقد
..... قطعة أرض مساحتها تسعة قراريط وقد دفع الطاعن - بعد
بلوغه سن الرشد - ببطلان هذا العقد لعدم صدور إذن من المحكمة بالبيع
طبقا لما تقتضيه المادة ٧ من مرسوم ١١٩ لسنة ١٩٥٢. بأحكام الولاية
على المال، فرفضت محكمة الإستئناف هذا الدفاع ...

ولما كان البادى ما تقدم أن المحكمة فى تقديرها لقيمة الجزء الثانى
من العقار المبيع بالعقد المؤرخ ١٩٦٣/٧/٢٢ - الأربعة قراريط -
عادت إلى الثمن الذى إشتراه به والد الطاعن بصفته وليا عليه، بموجب
العقد المسجل سنة ١٩٥٦ وهو ٢٤٠ جنيها واعتبرت هذا المبلغ هو قيمة
ذلك الجزء من العقار وقت التصرف فيه من الولى باسم القاصر بالعقد
محل النزاع سنة ١٩٦٢ ثم رتب على ذلك جواز هذا البيع دون حاجة
إلى إذن المحكمة لعدم تجاوز قيمته ٣٠٠ جنيها، ولما كان ذلك وكان
النص ١/٧ يقضى بأنه «لايجوز للذئب أن - يتصرف فى العقار أو المحل
التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثانته جنيها إلا بإذن
من المحكمة» يدل على أن العبارة عند تطبيق هذا النص بقيمة العقار
وقت التصرف فيه، فإن المحكمة بتقديرها تلك الأرض وقت بيعها سنة
١٩٦٢ بالثمن الذى إشتراها به الطاعن سنة ١٩٥٦ تكون قد أخطأت فى
تطبيق القانون وقد حججها ذلك عن بحث القيمة الحقيقية للعقار المبيع
بجزئيه وبما عليه من مبان وقت حصول البيع محل النزاع والذى تم
بشمن قدره سبعة آلاف جنيها، وأثر تبرع الولى بشمن القطعة من الأرض
وقت أن إشتراها لولده الطاعن على الصفة كلها، ومن ثم يتعين نقض
الحكم المطعون فيه بالنسبة لما قضى به من صحة ونفاذ عقد البيع
المؤرخ ١٩٦٢/٧/٢٢. محل النزاع دون حاجة لبحث باقى أسباب
الطاعن».

٢٢ لاقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠.

عدد ٢، ص ٤٠٨.

(١) لأن البطلان هنا لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز التمسك به إلا ممن

شرح لمصلحته.

نقض مدنى فى ١٩٨٧/٢/١٩، مع أحكام النقض، س ٤٨، رقم ٦٤، ص

للدولة ملكية خاصة كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من التشريع رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أنه «مع مراعاة ما تقضى به المادة ٩٨ مدنى، يقع باطلا كل تصرف أو تقرير لحق عينى أو تأجير تم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ويجوز لكل ذى شأن طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. مما يدل على أن الشارع رتب جزاء البطلان المطلق للتصرف الذى يتم بالمخالفة لأحكامه وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها» (١). وكبيع ملك الغير.

أساس بطلان بيع ملك الغير :

وقد ثار خلاف حول تأصيل بطلان بيع ملك الغير، حيث ذهب رأى فى البناية إلى أنه فى حالة بيع ملك الغير لانكون بصد بطلان وإنما يكون العقد قابلا للفسخ، إذ أن للمشتري أن يطلب فسخ البيع (٢) ولذلك فإن التقنين المدنى عندما نظم بطلان بيع ملك الغير فى م ٤٦٦ لم ينظم فى الواقع إلا الفسخ لعدم تنفيذ بيع ملك الغير (٣) ووضح على هذا الرأى معارضته لنصوص التقنين المدنى الفرنسى والمصرى التى تتكلم عن بطلان وليس عن فسخ.

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٦/١/٢١، طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٠ ق، مع أحكام النقض، س ٢٧، ص ٢٥٧.

(2) GAUDMENT, Traite generale des obligations, Paris, 1937, P. 107.

(٣) د. جميل الشراوى - نظرية البطلان - رسالة دكتوراه سنة ١٩٥٢
فقرة ١٠٢ ص ٢٩٢.

فضلا عن أنه قد يؤدي إلى نتائج تتخالف ما جرى عليه العمل في المحاكم، فقد جرت المحاكم على أنه يجوز للمشتري أن يطلب إبطال العقد دون إعنار البائع. وهنا يتعارض مع قواعد الفسخ التي تقضى بأنه لا يجوز الفسخ إلا بعد إعنار المدين، كما أن هذه القواعد تجيز للمحكمة أن تمنح المدين أجلا للوفاء في حين أن المحاكم تقضى بالفسخ متى طلبه المشتري.

ويذهب رأى ثان إلى أن هذا البيع يعتبر باطلا بطلانا مطلقا سواء لأن السبب ينعدم أو لإمتحالة المحل امتحالة مطلقة^(١) ولكن القول بالبطلان المطلق لا يتناسب مع الآثار التي ينتجها بيع ملك الغير، إذ يستطيع البائع أن يحصل على المبيع ويقوم بتنفيذ التزامه بالتسليم^(٢).

ويذهب رأى ثالث إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا^(٣) وذلك لوجود غلط في شخص البائع أو في الشيء المبيع ذاته ومدى ملكية البائع له. وهذا الرأى هو الذى تؤيده نصوص التفتين المدنى المصرى التي تجيز للمشتري إبطال بيع ملك الغير، كما تجيز صحة البيع إذا أقر المالك البيع، كما أن البيع ينقلب صحيحا إذا آلت ملكية الشيء المبيع إلى البائع^(٤).

(1) AUBRY et RAU, Cours de droit Civil, t,5, No. 351, T,2, No. 1045.

(٢) وقالت محكمة النقض في هذا الشأن بأن «البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلا، فإن بطلانه ليس بطلانا أصليا، بل إن القانون نص على صحته إذا جازة المالك».

نقض مدنى فى ٨ ابريل سنة ١٩٤٤، فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض، ص ٢٦٧، نبذة ١٧٤.

(3) JOSSERAND, traite de droit civil Francals, T,2, No. 1045.

(٤) المادة ٤٦٧ بفقرتها من التفتين المدنى المصرى.

ولذلك نرى أن بيع ملك الغير هو بيع قابل للإبطال، ويستند المشتري في ذلك إلى نص خاص ورد بالتقنين. ولذلك فإننا لانبث عن بطلان بيع ملك الغير في القواعد العامة لأنها قد تختلف في آثارها بعض الشيء عن البطلان النسبي الذي نواجهه في بيع ملك الغير، وإنما يتم الرجوع إلى النص الخاص الذي أنشأ هذا البطلان والذي قرره المشرع لمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة العقد (١) ومن الآثار المختلفة أن بيع ملك الغير ينتقل صحيحا إذا أقره الغير وهو المالك الحقيقي للشيء المبيع، وهو شخص غريب عن التصرف الذي يتم به البيع، ولا يتصور كيف يصحح إقراره بإرادة المشتري إذا كانت معيبة وهذا لا يتفق مع أحكام البطلان إذ أن العقد القابل للإبطال لا ينتقل صحيحا إلا إذا أقره المتعاقد الذي تقرر لمصلحته وهو هنا المشتري.

ويظل بيع ملك الغير قابلا للإبطال سواء اسجل العقد أم لم يسجل، إذ أن التسجيل لا يغير من طبيعة الشيء المبيع ولا من طبيعة العقد. فيظل الشيء المبيع ليس مملوكا للبائع ولا يصبح غير ذلك بقيام المشتري بتسجيل البيع. وقد أخذ بذلك المشرع في التقنين المدني الجديد بنصه في المادة ١/٤٦٦ على أن «إذا باع شخص شيئا معنا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل

(١) انظر في ذلك - السنهوري - الوسيط - ج ٤ - البيع - سنة ١٩٨٦

العقد أو لم يسجل» (١). وقالت محكمة النقض في أحدث أحكامها «إن ملك الغير يقع باطلا ولا يكون ن شأن تسجيله تصحيح البطالان ولا يترتب عليه أثر في نقل الملكية من الباع إلى المشتري» (٢).

ويلاحظ أن الشيء المبيع إذا استحق لمالكه، فإن على المشتري رفع دعوى البطالان أولا إذ هي متقدمة على دعوى الضمان التي تكون للمشتري في حالة استحقاق المبيع، فإذا لم يتمكن

(١) نموذج لدعوى بطالان بيع ملك الغير:
انه في يوم أنا محضر محكمة انتقلت وأعلنت السيد
.....

الموضوع

بموجب عقد بيع عرفي مورخ باع المعلن إليه إلى الطالب كامل أرض وبناء العقار رقم بشارع قسم محافظة (ويذكر بيانات العقار وحدوده) وقد تم هنا البيع نظير ثمن قدره تم سداه بالكامل.
وحيث أنه قد تبين أن العقار المذكور غير ملوك للمعلن إليه وذلك حسبما يتبين من ولما كانت المادة ٤٤٦ مدني تجيز إبطال عقد البيع المشار إليه

بناء عليه

أنا المحضر سابق الذكر انتقلت وأعلنت المعلن إليه وكلفته بالحضور أمام محكمة ومقرها الدائرة يوم الموافق/...../..... للمرافعة وسباع الحكم ببطلان عقد البيع المورخ/...../..... للعقار المبين الحدود والمعلم بصد العريضة والزام المعلن إليه برد مبلغ قيمة مادفه الطالب من المصروفات وأتأب المحاماة.

مع حفظ كافة حقوق الطالب بسائر أنواعها.

(٢) نقض مدني في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٨، في الطعن رقم ١٥٥٦ لسنة ٥٥ ق.

المشترى من رفع دعوى البطلان بأن كان يجهل وجودها أو وجود مقتضاها واستحقت منه العين المبيعة فعلا كان له رفع دعوى الضمان.

ولا يجوز طلب البطلان إلا من المشتري، فله وحده التمسك بهذا البطلان الذي تقرر لمصلحته، وليس للبائع أن يتمسك بالبطلان لا بدعوى أصلية ولا بدعوى مقابلة حتى ولو كان حسن النية، أي يجهل أن المبيع غير مملوك له وأنه مملوك للغير. والذي يحدث في معظم حالات بيع ملك الغير أن البائع قد يبيع شيئا مملوكا للغير إلا أنه يضع في حسباته أن ملكيته سوف تنتقل إليه قبل حلول ميعاد التسليم ولكنه لم يتمكن / من ذلك أو أن البائع يبيع عينا باعتقادا منه أنه اكتسب ملكيتها بالتقادم ثم يتضح بعد ذلك أن هناك إجراء قلع التقادم أو أن المدة لم تكتمل بعد.

ففي كل الأحوال ليس للبائع التمسك بالبطلان، لأنه على فرض أنه حسن النية فقد أهمل في عدم التحقق فعلا من ملكيته لما يبيع (١). وإنما يترتب على حسن نيته إعفاؤه من المسؤولية عن الأضرار غير المتوقعة التي قد تلحق بالمشتري حسن النية إذ لا يسأل في هذه الحالة إلا عن الأضرار التي كانت متوقعة عقلا عند التعاقد كالمصروفات التي أنفقتها المشتري على المبيع.

(١) د. زهدى يكن - عقد البيع في القانون اللبناني - الطبعة الأولى - ص ٢٠١ وإلى أحكام بيع ملك الغير تشير المادة ٢٨٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها «إن بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية:
أولاً: إذا كان البيع شيئا معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.
ثانياً: إذا أجازها المالك.

ثالثاً: إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على البيع.

ومن شأن ذلك، أن البيع فيما يتعلق بعلاقة البائع والمشتري صحيح ويجب على البائع تنفيذ التزاماته إذ يجب عليه تسليم المبيع ولا يجوز له الإمتناع بحجة أن البيع باطل، لأنه في كل حال ضامن لاستحقاق الشيء المبيع. ويستطيع المشتري - إذا كان حسن النية - إكتساب ملكية الشيء المبيع بمرور خمس سنوات من تاريخ التسجيل لأن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سببا صحيحا لكسب ملكية العقار بالتقدم الخمسى متى كان هذا البيع مسجلا. ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبا أو مستنفا في تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم، لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا لإعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقدم الخمسى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غير مالك، ومن ثم فإن الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو إنعنامه لا يستتبع أى أثر على سند العائز ولا ينال من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا لذلك التملك، ولما كان ذلك وكان مناط سوء النية المانع من إكتساب الملك بالتقدم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقي الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه أو قيام أدنى شك لديه فى ذلك، ولقضى الموضوع السلطة التامة فى إستخلاص حسن نية المتصرف إليه أو سونها بشرط أن يكون إستخلاصا سابقا (١).

وللمشتري - علاوة على طلبه بطلان بيع ملك الغير - أن يطلب تعويضا عما لحقه من أضرار إذا كان عند التعاقد معتقدا فى

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٨/٤/٢٦، مع أحكام النقض، س ٢٩، ص ٦٩٢، رقم

صحة البيع، وأن المبيع مملوك للبائع، أما إذا كان المشتري سيء النية، يعلم بعدم ملكية البائع للشيء المبيع، فإنه يحصل على بطلان العقد فقط وليس له طلب التعويض.

البطلان الذي نواجهه في عقد البيع - بشكل عام - قد يكون مطلقاً وقد يكون نسبياً. ومثال البطلان النسبي أن يقع البيع بناء على غلط أو إكراه أو تدليس أو دون معاينة المبيع، وبيع ملك الغير كما رأينا.

ومثال دعوى البطلان المطلق بيع القاصر الذي لم يبلغ السابعة من عمره عقاره، وبيع الوصي عقار القاصر في بعض الحالات بدون إذن من المحكمة (١).

ومدة البطلان النسبي ثلاث سنوات من تاريخ زوال سبب البطلان إلا في حالة استغلال طيش بين أو هوى جامع فمدة الدعوى سنة من تاريخ العقد.

ويشترط في هذه الحالة الأخيرة توافر ثلاثة شروط:

(٢) فبالنسبة للوصي والقيم والوكيل عن الغائب لا يجوز لهم التصرف في العقارات أو المنقولات المملوكة للقاصر بيما كان التصرف أو شراء إلا بإذن المحكمة ولا بد من إذن خاص إذا أراد الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب شراء أي من هذه الأموال لنفسه أو بيع ماله لمن هو تحت وصايته أو قوامته وفي هذه الحالة يتم تعيين وصي خاص للتعاقد معه. (السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٧).

الأول : وجود اختلال فادح وعدم تعادل واضح بين التزامات الباع والتزامات المشتري. أى أن هناك فرقا بين الثمن الذى دفعه الأخير وقيمة المبيع الذى قدمه الأول. سواء أكان الثمن يفوق بكثير قيمة المبيع أو أن الأخير يساوى أكثر من الثمن المدفوع. ويتم تقدير وجود عدم التعادل هنا بالنظر إلى قيمة الشيء المبيع فى السوق وقت الشراء، بحيث نكون أمام معيار موضوعى لا شخصى يختلف من مشتر إلى آخر حتى لا يودى ذلك إلى تباين الأحكام واختلافها حول المسألة الواحدة (١). وخاصة أن الأخذ بمعيار «قيمة المبيع فى السوق» يصلح لأن ينطبق على كل الحالات، أى سواء أكان عدم التعادل فى جانب المشتري أم فى جانب الباع. وما جاء بالمذكرة الإيضاحية عن أن «معيار الإستغلال - معيار نفسى ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم» يقصد به أن الإستغلال يمكن أن يتم بأى نقص فى الثمن أو زيادة فيه ولا يشترط أن يصل إلى حد معين، بعكس الغبن الذى يشترط أن يتم البيع بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس. فالذى يعنى القاضى هو ثبوت الإستغلال بوجود الطيش البين أو الهوى الجامح الذى قد يوجد ولو كان الفرق أقل من الخمس.

ويمكن الطعن بالإستغلال لعدم التعادل حتى فى البيوع الإحتمالية، فلو باع شخص عقاره فى مقابل مرتب مدى الحياة،

(١) عكس ذلك: د. سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى فى العقود المسماة، عقد البيع - سنة ١٩٩٠ - ص ٢١٨ - حيث يرى أن الممول عليه فى اختلال التعادل ليس قيمة المبيع فى السوق بل قيمته عند المشتري.

وكان القسط السنوي المقرر يقل كثيرا عما يفله هذا العقار سنويا، فإن الثمن - في هذه الحالة - يعد بخساء فإذا ثبت أن سبب ذلك يرجع إلى استغلال ضعف في البائع أدى إلى عدم تعادل البتة بين كسب المشتري المحتمل وبين احتمالات الخسارة التي قد يتعرض لها. فإن ذلك يكفي للطعن على العقد بالاستغلال(١).

الثاني: استغلال أحد المتعاقدين (البائع، المشتري) لضعف في نفس المتعاقد الآخر. وقد حدد المشرع الضعف بالهوى الجامح أو الطيش البين. ويقصد بذلك أن ينتج عن هذا الضعف حالة نفسية لدى المتعاقد تجعل رضاه غير سليم ويعلم المتعاقد الآخر بهذه الحالة النفسية ويستغلها لصالحه أو يقصد استغلالها(٢).

(١) وأشارت إلى ذات المعنى: المذكرة الإيضاحية في المجموعة التوضيحية جـ ٢ ص ١٩١ بقولها «وتحسن الإشارة إلى أن العقود الإحتالية ذاتها، يجوز أن يظن فيها على أساس الظن، إذا اجتمع فيه معنى الإفراط، ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه».

(٢) وجاء ذلك في المادة ١٢٩ مدني وقد كان أصلها المادة ١٧٩ من المشروع يقضى بأن «الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه أو بحيث يتبين، بوجه عام، أن رضاه لم يصدر عن رضاه كافي...» فقد كان النص الأصلي يوسع من حالة الاستغلال ولا يصرح قطعا على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح مثلما ظهر في ~~النقض~~ في صورته النهائية. ولكن إذا وجد استغلال لأحد المتعاقدين ~~غير الطيش البين أو الهوى الجامح~~ فيمكن إبطال العقد أيضا بتطبيق قواعد الرضا الأخرى. وقد أشارت إلى ذلك محكمة النقض في حكمها بتاريخ ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤. مع أحكام النقض س ٦ ص ٢٥٧ رقم ٢٢ وجاء فيه أنه «إذا كان الواقع في الدعوى هو أنه تقدم طلب للمجلس المحسب بتولييع المحجز على شخص للتعويض والإرادة وفقدان -

الثالث : يجب أن يثبت صاحب المصلحة فى إبطال العقد أنه ماكان ليقبل التعاقد بهذا التبن لولا استغلال الطرف الأخر لطيشه أو لهواه الجامح.

وإذا توافرت هذه الشروط، فإن من حق المتعاقد المغبون إما أن يطالب بإبطال العقد وله ذلك فى خلال سنة من تاريخ العقد، وللقاضى أن يجيبه إلى طلبه إذا رأى أن عدم التعادل قائما وله ألا يجيبه إذا وجد أن عدم التعادل يمكن إزالته. وإما أن يطالب بانقاص التزاماته إلى الحد الذى يزيل الإختلال بين التزاماته والتزامات الطرف الأخر.

وكقاعدة عامة فإن دعوى البطلان النسبى تسقط بمضى خمس عشرة سنة، ولو لم يزل سبب البطلان.

أما دعوى البطلان المطلق فمدة سقوطها خمس عشرة سنة من تاريخ التعاقد(١).

وللمكمة أن تتصدى من تلقاء نفسها للبطلان المطلق لتعلقه بالنظام العام وليس بشرط أن يثيره أحد الأطراف.

- الأهلية ولم يصدر المجلس قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب فرفع ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة، وكان الحكم إذ قضى ببطلان هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السانقة الصادرة التى أوردها أن هذا الشخص كان فى حالة من ضمنا الإرادة لاتتوافر معها صحة الرضا بالعقود الصادرة منه وهو ما جعله أساسا لبطلانها، فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس.....»

(١) والدفع بالبطلان أو التقابلية للإبطال يجب أن يتم التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض

المطلب الثاني

دعوى العدول

وتكون هذه الدعوى فى البيع بالعربون وهو البيع الذى يقوم فيه أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من النقود إلى المتعاقد الآخر وقت العقد بالأخص عند إبرام عقد البيع الإبتدائى. ويعتبر هذا المبلغ - عادة - جزءا من الثمن. ويكون لدفع العربون - على هذا الوجه - إحدى دالتين: الأولى إما أن يهدف المتعاقدان منه إلى حفظ حق كل منهما فى الرجوع فى البيع والعدول عن إتمامه.

وإما أن يكون الغرض منه التأكيد على العقد والبت فيه، بمعنى أن يعتبر دفع العربون بدءا فى تنفيذ العقد فلا يكون لأى من المتعاقدين حق العدول عن البيع.

وقد كان القضاء المصرى - فى ظل التقنين القديم - يعتمد على تفسير نية المتعاقدين بالإستعانة بما يحيط كل تعامل من ظروف وبالعرف الجارى فى الأخذ بأى من الدالتين السابقتين. وقد كان العرف يرجح دلالة العدول فى حالة البيع الإبتدائى ودلالة التأكيد فى حالة البيع النهائى (١).

(١) وهناك من الأحكام كان يرجح دلالة التأكيد والبت لدفع العربون فى حالة الشك بحيث يكون بمثابة شرط جزائى (استئناف مصر - ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة س ١٢ رقم ١٢٢ ص ٢٩٢ وجاء فيه «مادام العقد يبطأ تماما منجزا فإن شرط دفع الغرامة من جانب البائع مع رده لما استلمه أو ضياع مادفعه المشتري شرط لايمكن صرفه إلى جعل البيع بعربون موقوفا على شرط فاسخ برغبة أحد المتعاقدين أو وعد بالبائع لأن دفع غرامة مساوية لما استلمه البائع لايترتب عليه أن يكون عربونا-

وقضت في ذلك محكمة النقض بأن «العربون مايقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد وقد يزيد المتعاقدان بالإتفاق عليه بأن يجعلاهما مبرما بينهما على وجه نهائى وقد يريدان أن يجعلاهما لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه. ونية العاقدين هى وحدهما التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى ... وماتقوم محكمة الموضوع من إستظهاره من نية العاقدين تفسيراً للعقد تحتمله عباراته، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض» (١).

وجاء التقنين المدنى الجديد لياخذ بقريئة الحق فى العدول وهذه القريئة قابلة لإثبات العكس بمعنى أن الأصل فى دفع العربون تكون له دلالة جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد (٢). وإلى هنا أشارت المادة ١٠٢ مدنى بقولها

- بالوعد بالبيع ... وأن كان لايشترط فى وصف عقد البيع بالعربون أن ترد به كلمة عربون إلا أنه يجب فى جميع الأحوال أن تكون نية المتعاقدين قد انصرفت فقط إلى تقرير حق جواز العدول عن الوفاء بالإلتزام المعينى إلى الإلتزام للتوضى إنصرافا لايشوبه شك».

(١) نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦. مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢.
انظر أيضا نقض مدنى ٣٠ لبريل سنة ١٩٧٠. مع أحكام النقض ص ٢١
ص ٧٤٢ رقم ١٢٠. نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥ مع أحكام النقض
ص ٢٦ ص ٤٥٧ رقم ٥٢.

(٢) وقضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ١٠٢ من التقنين المدنى على أن «دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك». يدل على قيام قريئة قانونية

«دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك».

ويكيف أغلب الفقه التعاقد بالعربون بأنه عقد معلق إما على شرط واقف وهو عدم عدول أحد العاقدين عن العقد خلال مدة معينة (١) وإما على شرط فاسخ هو عدول أحد المتعاقدين عن العقد في مدة معينة (٢).

وطبقا للتكييف الأول فإن العقد لا ينتج أى أثر حتى تحقق الشرط الواقف، فإذا تحقق أنتج العقد آثاره من وقت التعاقد وإذا تخلف الشرط لم ينتج العقد أى أثر من وقت إبرامه.

أما بالنسبة للشرط الفاسخ، فإن العقد يظل ينتج آثاره من وقت إبرامه وتنتقل الملكية إلى المشتري ويجب عليه دفع الثمن، فإذا تخلف الشرط بعدم العدول استمر العقد ينتج آثاره ويعتبر العربون من الثمن وإذا تحقق الشرط باستعمال حق العدول يزول العقد بأثر رجعي.

- - قابلة لإثبات العكس - تقضى بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن العربون، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد، نقض مدني في ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مع أحكام النقض من ٢١ رقم ٢٧٠ من ١٩٩٢.

(1) JOSSERAND, Op. C.L., 1,2, No. 1068.

د. خميس خضر - العقود الكبيرة - عقد البيع سنة ١٩٧٢ - ص ٦٢

(2) PLANIOL RIPERT, et HAMLET, traite pratique de droit Civil Français, T, 20, o. 209.

COLIN - CAPITANT, et de la Morandiere, Cour elementaire de droit civil Français, 2 ed 1948.

No 848.

د. جميل الشراوى - شرح العقود المدنية - الجزء الأول، البيع والمفاوضة والإيجار سنة ١٩٦٤.

ويذهب رأى إلى أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين أولهما الإتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين والثانى اتفاقا على تعيين ثمن لإستعمال الحق فى العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازى قيمة العربون ويعد هذا الإتفاق الأخير باتا(١).

وإذا عدل البائع الذى قبض العربون، فعليه رد العربون ومثله معه، وفى ذلك قضى بأن «ولما كان المفهوم من نظام التعامل أن العربون هو التعويض الذى يأخذه البائع الذى لم تتم صفقته ويسترده المشتري مضاعفا إذا كان البائع هو الذى عدل عن الصفقة، وجب عدلا أخذ العربون مقياسا للتعويض خصوصا إذا لوحظ أن قيمة ذلك العربون كافية كتعويض عن الربح الذى يفوت البائع لعدول المشتري عن إتمام الصفقة»(٢). وإذا لم يرد العربون ومثله معه رفعت عليه الدعوى(٣).

(١) د. سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - العقود المسماة - عقد البيع سنة ١٩٩٠ ص ١٠١.

(٢) محكمة طنطا الإبتدائية الأهلية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ص ٢ ص ٨٢ رقم ٥٢.

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الإبتدائية فى ١٦ مارس سنة ١٩٤٠ بأن «كلمة عربون إذا ذكرت فى عقد البيع المقترن بوعده من البائع بعد أن يدفع المشتري هذا العربون بدون تنفيذ للعقد اعتبرتها الأحكام من حق البائع إذا قصر المشتري وعلى البائع رد مثليه إذا قصر ولا يعتبر العربون تعويضا تجرى عليه أحكام التكليف الرسمى قبل استحقاقه ولا ضرورة للتنبيه الرسمى».

- وإذا اتفق على العقد وأركانها اتفاقا نهائيا وقبل الطرفين تنفيذ بنوده فإن كلمة عربون التى تذكر جوازا فى العقد ليست فى الواقع إلا تعويضا مشروطا يجب لاستحقاقه ضرورة عمل التكليف الرسمى...

(المحاماة ص ١٥ ص ١٤٠٧ رقم ١١٦)

وتسرى على زد العربون مواعيد دعوى الإثراء بلا سبب (رد غير المستحق في الذمة) وهي ثلاث سنوات. وحددت هذه المدة المادة ١٨٧ مدني بقولها «تسقط دعوى استرداد مادفع بغير حق بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الإستراد وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بإنقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق». أما دفع المثل فتسرى عليه مواعيد الدعوى العادية وهي خمس عشرة سنة. ويلاحظ أنه لا يشترط أن يصاب أحد المتعاقدين بضرر إذ لا يعتبر العربون تعويضا عن ضرر أصاب المتعاقد بل هو جزاء حتمي يدفعه المتعاقد الذي عدل عن البيع للطرف الآخر حتى ولو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو واضح من النص (٢) ولكن إذا تم العدول في وقت غير مناسب (كأن تم بعد

- وقضت أيضا ذات المحكمة «بأن مطالبة المشتري برد ضف العربون الوارد في الإتفاق لتخلف البائع عن تنفيذ صفقة البيع المتفق عليها، تكون بطريق الدعوى العادية وليس عن طريق أمر أداء لأن المطالب به ليس ثابتا كله في الإتفاق.

نقض مدني في ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥، مج أحكام النقض س ٢٦ رقم ٢٩٩ ص ١٥٩١.

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان قد نص في عقد البيع صراحة على إن المشتري دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التي تبيح للمشتري استرداده وتلك التي تتيح للبائع الإحتفاظ به، كما حدد في العقد أن موعد الوفاء يباقي الثمن وشرط إستحقاقه، فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا المقدم بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم، ولا يعيب المحكمة عدم تعرضها للعبارة التي ختم بها العقد مع أنه عقد بيع نافذ المفعول مادامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ -

فترة طويلة وبعد إنقضاء المدة المتفق عليها) بحيث يعتبر العادل مسينا في استعمال حقه وأصاب الطرف الآخر بضرر، كان مسنولا عن تعويض هنا الضرر طبقا للتواعد العامة. وعدم إشتراط الضرر لاستحقاق العربون يفرق بينه وبين الشرط الجزائي، حيث أن الأخير يعتبر تعويضا عن الإخلال بالتزام أصلى ويشترط لاستحقاقه إعدار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن بسبب هذا الإخلال(٢٠١).

- العقد بشروطه ومن بينها أن حق خيار المشتري فى العدول عن العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول (نقض مدنى فى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦، مج أحكام النقض س ٧ ص ٥٠٨.

انظر أيضا الإسكندرية الابتدائية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٤٠، مجلة المحاماة س ٢٠ ص ١٤٧ رقم ٦١٦، وقد جاء فيه أنه «يعتبر العربون تعويضا تجرى عليه أحكام التكليف الرسمى قبل استحقاقه ولا هو بالثمن الذى يجب رده عند الفسخ بل هو تعويض من نوع خاص وفدية يتحلل بها أحد العاقدين من عقده بتصد ترك هذا العربون».

(١) أنظر فى هذه التفرقة الإسكندرية الوطنية ١٦ مارس سنة ١٩٤٠ السابق الإشارة إليه.

(٢) نموذج لدعوى دفع المثل:

انه فى يوم الموافق / / ١٩
وبناء على طلب المدعى / المقيم ومحلته المختار مكتب
الإستاذ / المحامى .

انتقلت أنا محضر محكمة إلى مكان إقامة المدعى عليه /
..... المقيم مخاطبا مع

وأعلنته بالآتى

١ - بموجب عقد بيع مؤرخ / / ١٩ تم شراء المدعى ل
..... وقام بدفع حال التعاقد مبلغ جنبها إلى المدعى عليه على
سبيل العربون ونس فى البند من العقد أن المقصود من هنا
العربون هو خيار العدول عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٠٢ مدنى -

- ٢ - حدد الطرفان في العقد مدة ليبدأ فيها المدعى عليه رأيه في السير في التعاقد. وقد عدل المدعى عليه عن إبرام العقد فأنذره المدعى برد العربون الذي تقاضاه ومثله معه. ولكن المدعى عليه لم يتم بذلك رغم إنذاره بتاريخ / / ١٩

ولما كانت المادة ٢/١٠٢ مدني تنص على أن «إذا عدل من دفع العربون فقدمه وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر».

ولما كان الثابت من أوراق الدعوى وجود العقد وقيام المدعى بدفع مبلغ إلى المدعى عليه على سبيل العربون كخيار للعدول. وعدول المدعى عليه عن التعاقد ومطالبة المدعى له برد العربون ومثله. فإن الدعوى تقوم على سند من الواقع والقانون يبرر قبولها.

ولذلك

أعلنت أنا المحضر مالف الذكر المدعى عليه بصورة من صحيفة الدعوى وكلفته بالحضور أمام محكمة ومقرها بالجلسة العلنية التي ستعقد في الساعة الثامنة صباح يوم الموافق / / ١٩ لسام الحكم بالزامه بدفع مبلغ وهو يساوي العربون ومثله المذكور في العقد المزمع والزامه بالمصاريف وأتعاب المحاماة وشمل بالنفاذ المجدد بلا كفالة.

المطلب الثالث

دعوى نفاذ الوعد

قد يكون هنالك وعد بالبيع أو بالشراء فإذا استوفى الوعد أركانه القانونية وهي تحديد العناصر اللازمة للبيع وتحديد ميعاد لاتمام الوعد (١). ومع ذلك لا ينفذ الواعد ما وعد. هنا يحق للطرف الموعود أن يتقدم إلى القاضى بطلب صحة ونفاذ الوعد بالبيع أو بالشراء وجعله فى قوة عقد البيع (٢). هنا فى حالة عدم تصرف الواعد فى الشيء المبوع إلى شخص آخر وقام الأخير بتسجيل عقده،

(1) BOYERS, la promesse synallagmatique de vent Rev. Trim. Dr. Civ. 1948, P. 7.

(٢) قضت محكمة النقض بأن «ذهب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هنا الأخير وابتداء رغبته له فى الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالتبول ويقع على عاتقه عبء نفي هذه القرينة».

نقض مدنى فى ١٩٥٤/٥/٦، طعن رقم ٢٠٢ س ٢١ ق، مع القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ س ٢٥١ رقم ٤٦.

وقضت فى ذات الحكم بأن «متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل هنا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذا كيف هنا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يستعمل من تلقاء نفسه بلا إبطاء ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء».

وقضت أيضاً بجلسته ١٩٤٢/٥/١٤ بأن «إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار فى مدة معينة فى أن يشتري العين، فإن صاحب الخيار لا يتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد فى الفترة المحددة للإختيار، أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولاً عن تنفيذه وملزماً بالتضمينات فى حالة عدم التنفيذ».

نفس المجموعة نفس المكان.

وهنا على فرض أن المبيع عقار، فالوعد بالبيع أو الشراء ينشئ التزاما على عاتق الواعد بإبرام البيع إذا طلب الموعد له ذلك خلال المدة المتفق عليها، ويبقى هنا الإلتزام قائما حتى نهاية المدة المعينة. والوعد ينشئ - في المقابل - حقا شخصيا للموعد له يخوله مطالبة الواعد بإبرام العقد (١).

ويترتب على إعتبار حق الموعد له حقا شخصيا، أن ملكية الشيء الموعد ببيعه تظل للواعد كما أن له الحق في الحصول على ثماره وحاصلاته. كما أن للواعد الحق في بيع هذا الشيء إلى الغير ويكون تصرفه سليما وصحيحا، ويكون البيع نافذا في مواجهة الموعد له. بشرط أن يكون الغير (المشتري) حسن النية ولا يوجد تداخل بينه وبين الواعد وأن يقوم بتسجيل عقده قبل أن يسجل الموعد له العقد النهائي. فإذا لم يثبت ذلك لم يكن أمام الموعد له سوى رفع دعوى للمطالبة بالتعويض نتيجة عدم تنفيذ الواعد لإلتزامه عينا (٢). أما إذا ثبت تداخل بين الواعد والمشتري فإن

(١) كما يترتب على القول بأنه حق شخصي إمكانية تحويله بإرادة الدائن به (الموعد له) إلى حق عيني، فضلا عن قابليته - كباقي الحقوق الشخصية - لإبراء المدين منه، بعدم امتثال رخصه قبول الشراء أو البيع في المدة المتفق عليها.

سليمان مرقس - المرجع السابق، ص ١٤٠.

كما يجوز للدائن أن يتفق مع الواعد على أن يرتب له رهنا على العقار الموعد به تأمينا للوفاء بالوعد.

(٢) نقض مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٢٤٠ رقم ٨٤ وجاء فيه «إنه إن جاز أن يحسب على من وعد بالبيع تحت خيار المشتري تصرفه قبل وقوع الخيار في جزء من العين التي وعد ببيعها، وأن يضمن مسئولية هذا التصرف الرضائي باعتباره -

للموعد له رفع الدعوى البوليصية لإبطال التصرف نتيجة علم المتصرف إليه بوجود الوعد بالبيع. وخاصة إذا ثبت أن هذا التصرف قد أدى إلى إفسار الواعد أو زيادة إفساره، بل أن المحاكم الفرنسية قد أبطلت تصرف الواعد إلى الغير في الشيء الموعد به تأسيساً على قاعدة «أن الغش يفسد كل شيء» واكتفت للتدليل على وجود الغش بإثبات أن المتصرف إليه يعلم بوجود حق للموعد له (١) وهناك

إخلاقاً بالاتفاق. فإنه لايجوز بحال أن يحسب عليه نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم ماله، وهذا يكون حتماً على المالك، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عن الواعد بالبيع». ويلاحظ أن بإمكان الموعد له استعمال الدعوى غير المباشرة طبقاً للمادة ٢٢٥ مدني. إذ له أن يستعمل اسم الواعد للمحافظة على حقوقه تجاه الغير وذلك في الحالات التي يقصر فيها الأخير في متابعة حقوقه والمطالبة بها، فخوفاً من ضياع هذه الحقوق على الواعد أو إنتضاها مما قد يؤثر على محل الوعد يمكن للموعد له استعمال الدعوى غير المباشرة لملافاة تقصير وإهمال الواعد.

وبذلك يستطيع الموعد له رفع أى دعوى من دعاوى الحيازة قبل رفع دعوى استرداد حيازة عين مملوكة للواعد من مقتصبها وله رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة التي من شأن إتمامها تهديد لملكية العين محل الوعد وله المطالبة بإزالة التعديت التي تمت على العين.

(1) Cass. Civ., 20-4-1948, D, 1948, J, (le beneficiaire d'une promesse unilaterale de vente est Fonde a relever contre une personne, meme etrangere a cette promesse, soit la Fraude a laquelle celle. ci se serait associee, soit seulement la faute dont elle serait rendue coupable en demandant ou en acceptant une hypothèque sur L'immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse, et constituee par le promettant au mepres de son obligation).

إتجاه فى الفقه المصرى يرى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض فى كل الأحوال، أى حتى ولو كان المتصرف إليه مـىء النية، ففى هذه الحالة يحصل الموعود له على التعويض من المتصرف إليه، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقد، فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد الجائز التطبيق، أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقوم على خلط بين نظام التصرف القانونى ونظام المسئولية»(١).

ويلاحظ أن الموعود له قد لا يظهر رغبته فى إبرام العقد النهائى وتنتهى المدة المتفق عليها، ففى هذه الحالة يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد بالبيع أو الشراء، ويكون عدم إعلان الموعود له عن رغبته فى إتمام العقد نزولا منه عن حقه الذى استلمه من الوعد. ويكون للواعد أن يتصرف فى الشئ لمن يشاء، وقد يظهر الموعود له رغبته فى عدم إبرام العقد ضمنا، كما لو ترك المدة تنتهى بدون إعلان الرغبة وليس له بعد إنتهاء المدة أن يبدى رغبته فى إتمام العقد. وإذا كان الموعود له قد دفع عربونا إلى الواعد فإنه يخسر إذا لم يبد رغبته خلال الفترة المعينة فى الوعد وليس له أن يحتج بعدم إعداره أو بأنه كان مستعدا لدفع باقى الثمن.

ويلاحظ فى النهاية أنه يشترط - لكى يصبح للموعود له حقا تجاه الواعد وأن يكون له حق فى رفع دعوى نفاذ الوعد فى حالة عدم تنفيذ الواعد لإلتزامه - أن تتطابق إرادته مع إرادة الواعد

(١) د. جميل الشراوى - المرجع السابق - ص ٧٥ فقرة ٢٢.

التي عبر عنها في وعده (١)، فإذا كانت الإرادة التي عبر عنها تزيد عما هو متفق عليه فإن ذلك يعتبر عرضا جديدا ويحتاج إلى موافقة وقبول من الواعد.

كما يشترط أن يتم الإتفاق على المسائل الجوهرية للبيع الموعود به مع إرجاء المسائل التفصيلية الثانوية إلى حين نفاذ الوعد (٢).

وتسرى على دعوى نفاذ الوعد المواعيد العادية. ويبدأ سريان المدة من يوم إنتهاء مدة الوعد. فإذا كان الميعاد لإبرام العقد سنة، بدأت مدة السقوط بعد إنتهاء السنة (٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض في ذلك بأن «يشترط قانونا لإنعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته في التعاقد. مطابقة إرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية. التي تناولها التعاقد، فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد فلا ينقذ العقد. مالم يقبل الواعد هذا التعديل. إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينقذ به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر...»
نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥، مع أحكام النقض من ١٦، من ١٢٩١، رقم ٢٠٢.

(٢) فيتمين تحديد المبيع تحديدا نافيا للجهالة والإتفاق على الشئ.
نقض مدني في ١٣/٤/١٩٨٨، ملعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق. مجلة القضاة السنة الثامنة والمشرون العدد الأول سنة ١٩٨٩، من ٩٤.

(٢) نموذج لدعوى نفاذ الوعد:

إنه في يوم الموافق / / ١٩ ..
وبناء على طلب الأستاذ / وإقامته ومعه المختار مكتب الأستاذ المحامي.

انتقلت أنا محضر محكمة إلى حيث إقامة:

الأستاذ / وتخطبت مع

.....
.....

وأعلنته بالآتي

١ - إنه بموجب عقد وعد بالبيع يربط بين المدعى والمدعى عليه وعد الأخير بمقتضاه الأول بأن يسبه إذا أعلن رغبته في ذلك خلال فترة بشن

٢ - وقد أعلن المدعى رغبته في إتمام العقد النهائي وقام بإنذار الواعد بذلك بتاريخ / / ١٩ ولكن المدعى عليه نكل وعده وتعاخر في ذلك. مما دفع المدعى إلى رفع الدعوى الماثلة للحكم له فيها بصحة ونفاذ الوعد بالبيع وجعله في قوة عقد البيع. وحيث أنه يحق للطالب رفع هذه الدعوى ضد المعلن إليه طالبا الحكم بنقض الوعد بالبيع طبقا للمادة ١٠٢ مدنى.

لذلك

لنا المحضر مائت الذكر قد أعلنت المعلن له بصورة من هذا وكلفت بالحضرة لتمام محكمة الكائنة بجلستها التي متعقد علنا يوم الساعة الثامنة صباحا لسماع الحكم بنفاذ الوعد بالبيع المؤرخ والتكليف ببيع وجعل الحكم بمثابة سند التمليك الناقل للملكية

مع الزام المدعى عليه بالمصروفات وأتعاب المحاماة وشمول الحكم بالنفاذ كالمجمل في العقد.

المطلب الرابع

دعوى تكملة الثمن

أو دعوى الغبن الفاحش (١)

إذا بيع عقار قاصر أو أى شخص ناقص الأهلية جاز لناقص الأهلية عندما يصبح أهلاً للتقاضى أو لورثته عند موته أن يطالبوا المشتري إذا حدث غبن يزيد على الخمس بتكملة الثمن إلى الحد

(١) الغبن لغة - هو النقصان أو الخداع، ففي مختار الصحاح غبنه فى البيع خدعه ويقال غبن فهو مغبون وغبين أى ضعيف الوأى، وغره يغره غرورا، خدعه ومن وقع عليه الغرر يقال له الغرير أى المخدوع. (مختار الصحاح - للرازى - باب الغبن - ص ٤٦٨).

وقد اعتبر الفقهاء المسلمون الغبن سببا كافيا لفسخ العقد على إعتبار أنه عيب من عيوب الرضا والإختيار فى العقود إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم فى تحديد مقدار الغبن الذى يطلى للغبين الحق فى فسخ العقد. وأرجح الآرا أن الغبن اليسير لايجيز فسخ العقد وهو الغبن الذى يتناوله تقدير الخبراء فى العقد، أما الغبن الفاحش فهو الذى يجيز فسخ العقد وهو الذى يشذ عن تقدير الخبراء، فإذا اشترى شخص شيئا بمائة جنيه وكان الخبراء يقدرون قيمته بتسعين وبعضهم يقدره بخمسة وتسعين، كان الغبن هنا يسيرا، وإن لم يقدر أحد قيمة المبيع بهذا القدر بأن قدرها بأقل من ذلك كثيرا، فإن الغبن يكون فاحشا. (محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى، سنة ١٩٥٢، ص ٤٠٥).

ومن الآراء، مايقدر الغبن اليسر بما لايزيد عن ١٠٪ من قيمة موضوع العقد، ومنها مايرى إختلاف الغبن باختلاف الأشياء موضوع العقد.

وفى كل ماتقدم يقول الكسانى «والفاصل بين القليل والكثير، إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين (الخبراء) فهي قليلة، وما لا تدخل تقويمهم فهي كثيرة، لأن مايدخل تحت تقويم المقومين لايتحقق كونه زيادة، وما لا يدخل كانت زيادته متحققة. ويقدر محمد - ققيه -

الذي يصل فيه الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (١). والذي يرفع الدعوى هو صاحب العقار بنفسه أو بوليّه أو ورثته.

ويشترط لرفع دعوى تكملة الثمن أربعة شروط:

الأول : أن يكون مالك العين المباعة غير كامل الأهلية وقد يرجع عدم إكمال أهليته إما لأنه لم يبلغ سن الرشد أو لأنه بلغها مع

- الزيادة القليلة التي يتناهن في مثلها - في الجامع - بنصف العشر، فقال، إن كانت نصف العشر أو أقل مما لا يتناهن في مثلها، وقال الجصاص: مذكوره محمّد لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه، ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه. وقدّر نصر بن يحيى القليل في العروض بما لا يزيد عن نصف العشر، وفي الحيوان بما لا يزيد عن العشر وفي العقار بما لا يزيد عن الخمس» (بدائع الصنائع للكاساني - ج ٦ ص ٣٠).

ويستثنى الفقهاء من قاعدة عدم جواز فسخ العقد إلا للفبن الفاحش حالتين يجوز فيهما الفسخ إذا وجد غبن أيا كان مقداره وهما:

أولا : بيع المريض مرض الموت بضع ما يملك بغبن يسير إذا كان عليه دين مستغرق فيكون للدائن بعد موته حق فسخ البيع. أو أن يدفع المشتري الفرق.

ثانيا : بيع المحجور عليه للدين المحيط بما يملك، فلا ينفذ هنا البيع إلا إذا أجازّه الدائن أو يدفع المشتري الفرق.

(انظر في ذلك - محمّد يوسف موسى - المرجع السابق - ص ٤٠٩).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه «يشترط لتحقيق الفبن الفاحش في بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس، وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاها على أسباب مانعة...»

نقض مدني في ٢ فبراير سنة ١٩٧٦، مج أحكام النقض ص ٢٧ رقم ٨١

وجود عارض من عوارض الأهلية، فإذا كان صبيا غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً أو محجوراً عليه لغفلة أو لسهفه، فالذي يتولى البيع عن هؤلاء إما الولي أو الوصي أو القيم، فإذا كان الشخص كامل الأهلية فلا تقبل فيه دعوى تكملة الثمن إذ هو حر في البيع بأى ثمن يرتضيه مادام جدياً إلا إذا وجد استغلال طيش بين أو هوى جامع فتطبق قواعد دعوى الإستغلال السابق الكلام عنها (١). ويأخذ حكم كامل الأهلية من توافر مانع من موانع الأهلية بالنسبة له، فالمحجور عليه للعتة أو لعقوبة جنائية يعد كامل الأهلية على الرغم من تعيين قيم أو مساعد قضائي له.

الثانى : كما يجب أن يتعلق البيع بعقار وليس بمنقول، فبيع الأخير بأى ثمن جدى لا ينطبق عليه الغبن الفاحش ولو كان مملوكاً لغير كامل الأهلية، ويلاحظ أنه ليس معنى ذلك ترك غير كامل الأهلية بغير حماية عند بيع منقولاته، وإنما هناك حماية مقررة فى نصوص أخرى وأهمها نصوص مرسوم الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ والتي تتطلب إجراءات خاصة أهمها ضرورة الحصول على إذن بالبيع من المحكمة.

(١) وقضت فى ذلك محكمة النقض بأن «مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ مدنى أنه يشترط للتمسك بالغبن فى البيع أن يكون مالك العقار البيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقد الأهلية أم كان ناقصها وقت البيع. إن هذا الدفع فيما لو ثبتت صحته وتوافرت شروطه لا يودى إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن، وينبنى على ذلك ألا يكون مقبولاً ممن هو كامل الأهلية التمسك بإبطال عقد البيع تطبيقاً لهذا النص وإنما يجوز له طلب الإبطال إذا كان المتعاقد معه قد استغل فيه مليشاً بيناً أو هوى جامعاً دفعه إلى التعاقد أو وقع به الغبن إعمالاً لنص المادة ١٢٩ مدنى». (نقض مدنى فى ١١/٢٤/١٩٨٨. ملعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٤ ق. مجلة القضاة، سنة ١٩٩٢، ص ٢٩٤).

ويستوى أن يكون محل العقد بيع حق الملكية أو أى حق عيني آخر كحق الإنتفاع أو الرقبة أو الإرتفاق، كما يستوى أن يكون العقار مفرزا أو شاعنا، كما لايعتبر عقارا المنقول بحسب المأل، كبيع الأشجار بقصد قلعها وكبيع البناء بقصد هدمه(١).

وإذا كان المبيع محل العقد عقارا ومنقولا صفقة بثمن واحد، فإذا كانت الصفقة تقبل التجزئة، جزىء الثمن وقسم على العقار والمنقول ويمكن الطعن بالغبن فى العقار وحده إذا كان هناك غبن، ولكن إذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة، فيجوز الطعن بالغبن فى الصفقة كلها ولكن بالأخذ فى الإعتبار قيمة العقار فقط(٢).

الشرط الثالث : ألا يتم البيع فى مزاد علنى، ويلاحظ أن مجال دعوى الغبن هو البيع لا الشراء بحيث إذا اشترى القاصر عقارا ولو بغبن فاحش فليس هناك مجال لدعوى الغبن- إذ الأمر يتعلق ببيع عقار القاصر وليس بشراؤه. وحكمة ألا يكون البيع قد تم نتيجة مزاد علنى أن المزااد يتيح الفرصة للوصول إلى أعلى ثمن. فإذا رسا المزااد، كان معنى ذلك أن قيمة العقار لاتساوى أكثر من الثمن الذى رسا عليه المزااد. نصت على ذلك المادة ٤٢٧ مدنى بقولها «لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون أو بطريق المزااد العلنى».

ويلاحظ أن المحكمة قد تأمر ببيع عقار القاصر بالمزااد العلنى ففى هذه الحالة لايجوز التمسك بدعوى الغبن وإنما يمكن حماية هذا

(1) BAUDREY et SAIGENY, No. 680.

(٢) السنهورى - الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

AUBRY et RAU, Cours. de droit, Civil, Français 1947.

البيع بالإجراءات المرسومة لذلك في مرسوم بتشريع الولاية على المال (١).

الشرط الرابع : أن يكون هناك غبن بأكثر من الخمس، أي أن العقار يباع بثمن يقل عن ثمنه الحقيقي بأكثر من الخمس، فإذا بيع العقار بغبن يقل عن الخمس فلا مجال للتمسك بدعوى الغبن، وهذا الحد (الخمس) مأخوذ من الفقه الإسلامي. ويتضح من تحديد مقدار الغبن كما سبق أن المعيار المتبع لمعرفة الغبن معيار موضوعي، يتم تحديده بقيمة العقار وقت البيع لا وقت الطعن بالغبن. وهذا التقدير يخضع لسلطة محكمة الموضوع بدون رقابة عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاها على أسباب مانعة (٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن «لئن كان قانون المرافعات لا يوجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ولا يترتب البطلان جزاء عدم اتباعه كما وإن قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لم يشر إلى اتباع إجراء بيع عقاب القاصر بالمزايدة الواردة في المواد من ٤٥٩ وحتى ٤٩٢ من قانون المرافعات، إلا أنه متى اشترطت محكمة الولاية على المال عند الإذن ببيع مال القاصر أن يتم عن طريق المزايدة تعين اتباعه وفقا لتلك الإجراءات وإلا عد التصرف الذي باشره الوصي على خلافه متجاوزا حدود نيابته فلا ينصرف أثره إلى القاصر». (نقض مدني في ١٩٩١/٤/٤ طعن رقم ١١٦٥ لسنة ٥٥، مجلة للقضاء، المرجع السابق، ص ٤٠٦).

(٢) وفي ذلك تنص محكمة النقض بأن «يشترط لتحقق الغبن الفاحش في بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من الخمس هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاها على أسباب مانعة... نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٧٦، صح أحكام النقض س ٢٧ رقم ٨١ ص ٢٧٦».

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه «يلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادي - أما الغبن فى العقد بصفة عامة وهو الإستغلال المنصوص عليه فى الإلتزامات بوجه عام فمعياره معيار نفسى ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم، ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يطلعن فيه بالغبن إلا إذا توافرت فيه شروط الإستغلال التى سبق بيانها» (١).

وتسقط الدعوى بعد ثلاث سنوات من إستكمال أهلية البائع أو من موته، وقد نصت على هذه المدة الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ بقولها «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع. ولا يرد على هذه المدة وقف حتى ولو كان بين ورثة البائع من هو غير كامل الأهلية مالم يكن له نائب يمثله إذ أن الوقت لا يسرى على التقادم الذى لا يجاوز مدته خمس سنوات. (المادة ١/٢٨٢ مدنى) (٢).

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ٤١.
- (٢) وقد كان التقنين المدنى السابق يجعل مدة التقادم سنتين. وتنطبق مدة التقادم الجديدة على كل حالات قائمة أو مراكز لم تتم. فإذا كانت دعوى الغبن أقدم مر عليها سنتان قبل تاريخ العمل بالتقنين الجديد - وهو ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - فإن الدعوى تسقط. أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقضى فى هذا اليوم، طبقت أحكام التقنين الجديد واكملت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات. انظر فى التنازع الزمنى للتشريعات الخاصة بالتقادم - د. نزيه البهدى - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - ١٩٩٠ - ص ٢٦١.
- كتابنا - المدخل للدراسات القانونية - نظرية القانون - سنة ١٩٩٢ - ص ١٨٤.

ولا تؤثر هذه الدعوى على الغير الذي اكتسب حقا وهو حسن النية.

مثال ذلك: مالك العقار الذي بيع كان عمره وقت بيع العقار خمس سنوات وباعه عنه وليه ومجل للمشتري واستمر المشتري واضعا يده خمس عشرة سنة دون أن يعلم أن هنالك غبنا في البيع، هنا يكتسب المشتري الحق بسبب آخر هو وضع اليد ويعتبر مالكا بسببه.

وترفع هذه الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائلها موطن المشتري لأنها دعوى بحق شخصي وإن كان الفقه الفرنسي يعتبرها دعوى فسخ يتفادها المشتري بتكملة الثمن(١).

وإذا صدر الحكم لصالح البائع بتكملة الثمن إلى الحد الذي يزيل الغبن فإن مصير هذا الحكم يتوقف على مسلك المشتري، فإما أن يوفى بالباقي وينتهي الأمر، وإما أن يمتنع عن الوفاء وهنا يكون للبائع حبس الشيء المبيع إذا لم يكن قد سلمه إلى حين استيفاء باقي الثمن، وإذا كان قد قام بالتسليم فإن له التنفيذ العيني على أموال المشتري وأخيرا، يجوز له طلب فسخ المبيع(٢) وإذا حكم له بالفسخ فإن هذا الحكم لا يؤثر على الغير حسن النية كما سبق.

(1) PLANIOL et RIPERT, Op. Cit., T, 19, No 231 P. 484.

(٢) السنهوري، في الوسيط، ج ٤ ص ٢٩٩.

المطالب الخامس

دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت

لم يعرف التقنين المدني مرض الموت. ولذلك نأخذ أحكامه من الفقه الإسلامى تطبيقاً للمادة الأولى من التقنين التى تحيل على أحكام الشريعة كل أمر لم يرد فيه نص أو عرف.

هو نوع من الأمراض إجتمع فيه وصفان؛ أولهما أنه يغلب فيه الهلاك عادة^(١)، ومرجع ذلك إلى الإحصاءات الطبية وتشخيص الطبيب. فإذا كان المرض لا يفضى عادة إلى الموت فإنه لا يؤثر فى التصرف. والوصف الثانى أن يعقبه الموت متصلاً به سواء أكان الموت بسببه أم كان بسبب آخر أفضى إلى الموت، كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم. فإذا لم يتحقق الوصف الثانى مع الأول نفذ التصرف^(٢). فتعود المريض عن قضاء حوائجه وغلبة الموت على حالته وموته فعلاً، هذه كلها دلالات موضوعية تبعث فى نفس المريض حالة نفسية هى أنه مشرف على الموت. ويبقى الأمر فى النهاية للقاضى يتمتع بسلطة تقديرية - بعد سماع رأى الأطباء - فى تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك عادة أم لا. ويراعى فى هذا التقدير ظروف كل دعوى على حده ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.

(١) من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته. (نقض مدنى فى ١٢/٦/١٩٧٧، طعن رقم ٨١٦، لسنة ٤٢ ق، مج س ٢٨، ص ١٧٤).

(٢) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٧٦، ابن عابدين، ج ٤، ص ٧٠٧.

ولذلك فليس غريبا إذا عرفنا أن المرض في حد ذاته مفضيا إلى الموت، فإن تصرف المريض الذي يظن أن موته قريب يكون عادة غير سليم وضارا بحقوق ورثته. وموته بسبب آخر غير مرضه لا يغير من الأمر شيئا.

ويحدد بعض الفقهاء مدة المرض الذي ينتهى بالوفاة بسنة (١). فإذا طال المرض أكثر من سنة وانتهى بالوفاة، دون أن تقطعه فترة من فترات الصحة، فإن التصرف الذي انعقد قبل الوفاة بأكثر من سنة يعد صحيحا، وهذا رأى جمهور الفقهاء.

ولكن المرض إذا زاد على سنة ولكنه اشتد قبل الوفاة يعتبر مرض موت إبتداء من وقت الشدة.

فإذا طال عن سنة ولم يشتد اعتبر مرضا مزمنا وهو غير مرض الموت (٢).

(١) وقضت محكمة النقض في ذلك بأن «العبرة في إعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت هي بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم إنتهاء المرض بوفاة». نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٥٩، مع أحكام النقض، ١٠، ص ٤٧٦، رقم ٧٢.

(٢) وفي ذلك قضت محكمة مصر الوطنية بأنه «لا يعتبر مرض موت تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى. فهي من الأمراض المزمنة التي لا يصح إعتبارها في الأصل مرض موت لبدء سيرها وعدم إحساس المريض بخطورتها. ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطورتها إعتبر مرض موت (في ٢٩/٥/١٩٢٧، المحاماة س ٩ رقم ٥٢٩ ص ٦٩٦).

وقد نصت المادة ١٥٩ من مجلة الأحكام العدلية على أن «مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث. ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب الفراش أو لم يكن. وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحد كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت».

ويلحق بالمريض مرض الموت الأسحاء الذين هم في حكم المرضى كما إذا التحمت طائفتان في قتال وتكافأتا، وركاب البحر إذا كان هاجبا، والقاتل يقدم للقتل قصاصا، والأسير عند قوم عاداتهم قتل الأسرى، والحامل جاءها المخاض، ومن دامه حريق لا مسيل للنجاة منه.

وتشترط بعض المحاكم أن يكون مرض الموت مقعنا صاحبه

- وقضت أيضا بأنه: «لا يعتبر مرض موت إحتباس البول وتضخم البروستاتا مالم يشهد أن هذا المرض المزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموت» (في ١٩٢٧/٥/٤، المحاماة س ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥).

وقضت أيضا بأنه: «لا يعتبر مرض موت الإلتهاب الشعبي المزمن مالم يتزايد» (في ١٩٢٨/١٢/٢٠، المحاماة س ٢٠، رقم ١١١، ص ٢٠٢).

عن مزاولة أعماله إلا إذا كانت مزاواته لأعماله لحالة ضرورية
يستدعيها مركزه الإجتماعى كحضور أمام محكمة الجنح.

ويجب أن نترك المسألة لقاضى الموضوع يحكم فيها وفق كل
حالة حسبما يرى فى ظروفها.

ويشور تساؤل هنا حول مدى إعتبار الإصابة بمرض الإيدز أو
التهاب الكبدى الوبائى من قبيل مرض الموت من حيث تصرفات
المصاب وخاصة البيع الصادر عنه؟

والإجابة على ذلك نقول أن الإصابة بمرض من الأمراض
المعدية تمر بمراحل متعددة تتأثر صحة المصاب وحياته بشكل عام
بكل مرحلة من هذه المراحل.

ففى مرحلة المرض الأولى لا يشعر بالإصابة سوى المريض
نفسه ولا يكون للإصابة أى أعراض خارجية وبذلك لا تؤثر فى
قدرة الشخص على التعامل مع الآخرين وإتيان التصرفات اللازمة
لتدبير شئونه وتسيير أموره. ولهذا لا تعد الإصابة فى هذه المرحلة
مرض موت ولا مطعن على التصرفات القانونية التى يقوم بها
المصاب.

وفى المرحلة الوسط وتكون فيها الإصابة قد ظهرت معالمها
ويكون المرض قد بدت آثاره ويكون ذلك بالإعلان عن الإصابة فى
الوسط المحيط بالمصاب. ونرى أن الإصابة فى هذه المرحلة أيضا لا
تعتبر مرض موت إذ أنها لا تعجز صاحبها عن إدارة أموره وشئون
حياته كما أنه لا تأثير لها على قدرة المصاب العقلية فى دراسة
تصرفاته واتخاذ القرارات السليمة بشأنها.

وفى المرحلة الأخيرة من الإصابة يكون فيها المرض قد وصل إلى نهايته واكتمل ظهور آثاره وأعراضه على حالة الشخص نفسه الصحية، وعلى علاقته بالآخرين فى المجتمع، مما يخشى معه ضعف قدرته على إتيان التصرفات السليمة ولا يأمن معه انتفاء استقلال الآخرين لحالته هذه. ولذا، نرى أن الإصابة بمرض الإيدز فى هذه المرحلة تعد من قبيل مرض الموت. ويكون لها تأثير على تصرفات المصاب - وتنطبق على تصرفاته أحكام وقواعد تصرفات المريض مرض الموت. ويترك الأمر لطبيب ثقة يقدر المرحلة التى تمر بها الإصابة ومدى تأثيرها على صحة المصاب لمعرفة ما إذا كانت مرض موت أم لا.

إثبات مرض الموت :

يقع عبه إثبات مرض الموت على من يدعى وجوده، فالورثة الذين يزعمون بأن مورثهم تصرف فى أعيانه وهو مريض مرض الموت عليهم إثبات ذلك. ويجوز لهم الإثبات بكافة الطرق بالشهادات الطيبة، أو شهادة الشهود أو بتقصى حالة المريض أو بالقرائن.

وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التى أجريت فى الدعوى ومن الشهادات الطبيتين المتقدمتين فيها عن مرض الموصى أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوى، وإن هنا المرض إشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد، فإنها تكون قد أوردت فى حكمها من الأسباب ما يكفى لحمل قضائها(١).

(٢) نقض مدنى ١٩٥٢/٥/٨، مجموعة أحكام النقض ج ٢ رقم ١٥٨ ص

وإذا تحايل المريض والمتصرف إليه بتقديم تاريخ التصرف لجعله سابقا على بدء المرض، والفرض أن التصرف صادر فى ورقة عرفية، فالقاعدة أن هذه الورقة لا تكون حجة على الغير بالنسبة للتاريخ إلا منذ ثبوته، ولكن الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة للمريض، ولذلك يجوز لهم إثبات عدم صحة التاريخ المذكور بكافة الطرق حتى ولو كان ثابتا. ولذلك فإن عجز المادة ٩١٦ مئى جاء معينا بالقول «ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن التاريخ ثابتا».

وتنص المادة ٩١٦ على أن إثبات الورثة لمرض الموت قرينة على أن التصرف كان تبرعا مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك (١). أى أن المشرع أنشأ قرينة قانونية بسيطة لصالح الورثة مؤداها أن كل تصرف يأتيه الشخص فى مرض الموت يعد تصرفا تبرعيا وبالتالي تنطبق عليه أحكام الوصية. وهذه القرينة يمكن للمتصرف إليه دحضها بإثبات معاوضة التصرف بكافة الطرق حتى ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة وذلك وفقا للقاعدة العامة التى تقضى بها المادة ٩٩ إثبات بقولها «القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

(١) قضت محكمة النقض بأن «توقيع المطلوع عليه كشاهد على عقدى البيع - المطلوع فيهما بصورهما فى مرض الموت - فى وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثا لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث، ولا يعتبر إجازة منه للعقدين لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت إلا بهذه الوفاة. كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة -

السبب في تقييد التصرف :

ويلاحظ أن السبب في تقييد تصرف المريض مرض الموت لا يرجع إلى الأهلية أو إلى عيب في إرادته وإنما يعود إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض وليس من وقت موته فحسب كما يقرره الفقه الإسلامي (١).

تأثير المرض في بيع المريض :

تنص المادة ٩١٦ مدنى على :

«كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت يكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف».

- التاريخ المطلق لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره».

نقض مدنى فى ١٩٧٧/١٢/٦، طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٢ ق، مج أحكام النقض، ص ٢٨، ص ١٧٥٢.

وقضت أيضا بأن «إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التى عينها القانون ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلا أن يشتبوا هم علم صحته وإن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلنا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت».

نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/٦، طعن رقم ٨١٦، لسنة ٤٢ ق، مج أحكام النقض، ص ٢٨، ص ١٧٤٢.

(١) السهنورى، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

وتقتضى المادة ٤٧٧ مدنى بأن :

« ١ - إذا باع المريض مرض موت لوارث أو لغير وارث بثمان يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته.

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما جاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا أنا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين».

٣ - «ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة

٩١٦».

ولم يكن المشرع بحاجة إلى الإحالة فى المادة ٤٧٧ الخاصة بالبيع إلى المادة ٩١٦. إذ أن المادة الأولى قد فصلت وبينت الأحكام والقواعد التى يمكن فهمها من المادة الثانية ولم تترك شيئا يمكن معرفته من خلال هذه الإحالة. الأولى قررت سريان أحكام الوصية والثانية بينت تفصيلا هذه الأحكام. حتى بالنسبة للفقرات التالية من المادة ٩١٦، فإن أحكامها يمكن أن تستفاد من القواعد العامة فى الإثبات.

فإذا كان التصرف بطريق البيع فإن البيع نافذ طبقا لأحكام المادة ٤٧٧ سواء أكان لوارث أم لغير وارث، بشرط أن يكون الثمن مساويا لثمن المثل أو أقل منه بما لا يجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته. مثال ذلك: شخص توفى وترك منزلين، منزلا قيمته

ماتنا جنيته وأخر قيمته ألف جنيه فتكون قيمة ما تركه جميعا ألفا ومائتي جنيه، وكان قبل وفاته قد تصرف بالبيع فى المنزل الثانى الذى يساوى ألفا بثمانى مائة جنيه، هذا التصرف صحيح نافذ لأن الثمن يقل عن ثمن المثل بمائتى جنيه وثلث ما تركه جميعا بما فيه العقار المبيع أربعمائة جنيه فالنقص فى القيمة أقل من ثلث التركة.

أما إذا كان الثمن أقل من ثمن المثل بما يجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين^(١). وتقدر قيمة المبيع لمعرفة نسبة الثمن إليها وقت الموت لا وقت البيع.

فلو فرضنا أن المريض المتوفى كان قد تصرف فى العقار الذى يساوى ألفا بخمسمائة جنيه فإنه يكون قد تجاوز ثلث التركة بمائة، فعلى المشتري أن يرد هذه المائة للورثة، وإلا كان البيع غير نافذ فى هذه الزيادة، بمعنى أن عشر المنزل المبيع يجب أن يكون من حق الورثة. ويصل الورثة إلى عدم نفاذ عقد البيع الذى يجاوز ثلث التركة فى مواجهتهم، بدعوى يرفعونها بذلك. وتسقط دعوى الورثة بعدم نفاذ البيع فى مواجهتهم بمضى خمس عشرة سنة من وقت وفاة المريض وليس من وقت صدور البيع. ومكوت الورثة مدة طويلة

(١) نقض مدنى ١٦/٤/١٩٢٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٢٨٠. ويجب أن يصدر الإقرار من أهل للتبرع بأن يكون عاقلا بالغا رشيدا، فلا يصح أن يكون الوارث صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه. والمقصود بالورثة الذين يشبث لهم حق إقرار التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث المتصرف وقت موته. ولا يعتد بإقرارهم السابق على موت المتصرف ولو دونوه كتابة فى ذيل المحرر المشبث لتصرف المريض.

- لا تجاوز خمس عشرة سنة - عن رفع الدعوى لا يؤخذ منه رضاهم بالتصرف إلا إذا استخلص من هذا السكوت رضاء ضمناً بالتصرف.

عدم الإضرار بالغير حسن النية :

وامتناء من هذا الحكم نصت المادة ٤٧٨ مدنى على ألا تسرى الأحكام السابقة إذا كان فيها إضرار بالغير حسن النية، إذا كان قد اكتسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة.

ومعنى ذلك أنه إذا بيع العقار جميعه لمشتري ثان لا يعلم بأن التصرف صادر فى مرض الموت فإن شراؤه يكون نافذا فى المنزل جميعه، بشرط قيامه بتسجيل العقد. وإذا ارتهنه فيكون المنزل جميعه ضامناً لدين الدائن المرتهن ما دام الدائن المرتهن لا يعلم بالمرض، بشرط أن يقوم بقيد الرهن. فيشترط أن يكون الغير قد كسب الحق فعلاً، فإذا كان الشئ عقاراً وأخذ المشتري عليه حقاً عينياً أصلياً وجب أن يقوم المشتري بشهر هذا الحق لأن التسجيل واجب لإكتساب الحق العيني الأصلي.

ويشترط - من جانب آخر - أن يكون الغير حسن النية قد كسب حقه على المبيع بعوض وإلا فإن الورثة يكونون أولى منه بالحماية.

ويجب أن تسرى أحكام البيع السابقة على عقود المعاوضات الأخرى قياماً.

ولاحظ أن القانون فى تحديده ما ينفذ من البيع فى مرض الموت وما لا ينفذ إنما أخذ بأحكام الوصية، فأعتبر التصرف وصية لا تنفذ إلا فى الثلث سواء أكانت لوارث أم لغير وارث. فالتبرع لا يجوز إلا فى الثلث.

المبحث الثاني

الدعاوى المتعلقة بمرحلة ما بعد التعاقد

بجانب الدعاوى السابقة توجد طائفة أخرى من الدعاوى تتعلق بالمرحلة اللاحقة على التعاقد. وهذه الدعاوى تثير عيوباً موجودة فى الشيء المبيع، وقد تثير نقصاً أو عجزاً فيه. ويستطيع أحد طرفى عقد البيع التخلص من التزاماته أو الإنقاص منها باللجوء إلى دعوى من هذه الدعاوى.

ويشتمل هنا المبحث على الدعاوى الآتية:

مطلب أول : دعوى العيب الخفى.

مطلب ثان : دعوى عدم صلاحية المبيع.

مطلب ثالث : دعوى استحقاق المبيع.

مطلب رابع : دعوى الظرف الطارىء.

مطلب خامس : دعاوى العجز والزيادة فى المبيع.

مطلب سادس : دعاوى بيع العينة.

المطلب الأول

دعوى العيب الخفى

وهى دعوى ترفع لرد الشيء المبيع أو إنقاص ثمنه إذا ظهر فيه عيب خفى سواء عند التسلم أو بعده. وقد نصت على هذه الدعوى المادة ٤٥٠ حيث قضت بأن «إذا أخطر المشتري البائع بالعيب فى الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤»

فقد صاغ التقنين المدنى دعوى العيب الخفى على غرار دعوى ضمان الإمتحاق الواردة بالمادة ٤٤٤ (١) ونستبين من النص الأخير أن هناك فرضين بشأن دعوى العيب الخفى:

الفرض الأول: إذا كان العيب جسيما بحيث لو علمه المشتري قبل إبرام العقد لما أقدم على التعاقد، أى أن العيب الذى ظهر أو الصفة التى تخلفت كانا يشكلان بالنسبة للمشتري عنصرا جوهريا وهدفا أساسيا من التعاقد. ولذلك فإن المشتري يكون بالخيار بين رد

(١) وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى «إن المشروع لم يرد داعيا لتعدد الأحكام فى ضمان الإمتحاق وفى ضمان العيب، فإن الضمانين مردعا إلى أصول واحدة فى القواعد العامة، فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ماقرر فى ضمان الإمتحاق، ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخيرا فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضى به القواعد العامة. فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة ومافاته من كسب بسبب العيب الخفى. وإذا لم يكن العيب جسيما، فلا يكون للمشتري إلا التعويض ... (مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ ص ١٢٢، ص ١٢٤)

المبيع بعد اكتشاف العيب مع ما يكون قد استفاده منه إلى الباع والحصول على المبالغ التي دفعها والتي يجوز له المطالبة بها في حالة الإمتحاق الكلى. وبين الإبقاء على المبيع مع الحصول على التعويض اللازم لجبر ما أصابه من ضرر بسبب هذا العيب(١).

الفرض الثاني : إذا لم يكن العيب المكتشف جسيما، وتستبين عدم جسامته العيب من مسلك المشتري عند التعاقد لو علم بوجود هذا العيب، فإذا كان سيقدم على إبرام العقد على الرغم من معرفته بالعيب فإن ذلك يدل على أن العيب لا يشكل بالنسبة له إلا أهمية قليلة ولا يمنع غيابه هذه الأهمية من إبرام العقد. في هذا الفرض لا يكون للمشتري إلا مطالبة الباع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ظهور العيب(٢).

وقد يكشف المشتري العيب ومع ذلك لا يبادر إلى رفع الدعوى، وفي هذه الحالة يعد متنازلا عن حقه في الضمان، وقد يكون تنازله ضميا أيضا في حالة عدم فحصه المبيع في الوقت المناسب أو عدم مبادرته بإخطار الباع بظهور العيب بمجرد كشفه(٢).

(١) السهورى - المرجع السابق - ص ٩٢٧.

(٢) وبذلك إذا لم يصاب المشتري بضرر فلا يكون له مطالبة الباع بشيء، فإذا اشترى شخص سيارة وبها عيب خفى ثم أعاد بيعها إلى آخر اكتشف وجود العيب الخفى ومع ذلك لم يرجع على الباع (المشتري الأول) بضمان العيب، فلا يوجد في هذا الفرض ضرر أصاب المشتري وبذلك ليس له الرجوع على الباع بشيء.

(٢) وكانت المادة ٤٠٢/٢٢٥ مدنى قديم تنص على أن «تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد إطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان» وبعد هذا النص حالة من حالات النزول الضمنى عن الحق في الضمان. ولم يظهر هذا النص في التثنين الجديد نظرا لسهولة استخلاص حكمه من القواعد العامة.

الخلاصة أن على المشتري أن يبادر برفع دعوى ضمان العيب الخفى بمجرد كشفه للعيب حتى لا يعد متنازلا عن حقه في الضمان أو تسقط دعواه بالتقدم.

ومدة الدعوى سنة من تاريخ التسليم ما لم يكن متفقا على مدة أطول، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (١)، وتبدأ مدة السنة من وقت التسليم الفعلي لا من وقت التسليم الحكمي، ومدة التقدم المذكورة لا يرد عليها الوقف وإن كان يرد عليها الإنقطاع، فلا تقف في حق من لا تتوفر فيه الأهلية ولا في حق الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية وإنما تقف المدة كلما وجد مانع يتعذر معه على المشتري أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا، ولا يجوز الإتفاق على تقصير المدة لأنها من النظام العام وإن كان يجوز الإتفاق على إطالتها بشرط ألا تزيد على خمس عشرة سنة وهي مدة التقدم الأصلية، ويجوز إطالتها بالأخص في حالتين:

(١) انظر في ذلك نقض مدني في ٢٢ ابريل سنة ١٩٧٠، مع أحكام النقض س ٢١ ص ٦٩٧ رقم ١١٢ وجاء فيه «طبقا للفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم تتوفر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، وإذا كان الثابت أن الطاعن قد ضمن للمشتري في عقد البيع إغلال العقار قدرا معينا من الربح فإن التزامه هنا يعتبر كفالة منه لصفة في البيع يسأل عن تخلفها طبقا لحكم الفقرة المشار إليها سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يثبتها أو لا يستطيع...»
انظر أيضا، نقض مدني ١٥/٥/١٩٦٥، مع أحكام النقض - س ٢٠ ص ٧٩٦.

نقض مدني في ٥ يونيو سنة ١٩٨٨، الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٥٥ ق.

الأولى: إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه فلا تسقط الدعوى إلا بمضى خمسة عشر عاما من وقت البيع (١).

الثانية: إذا قبل البائع الإلتزام بالضمان لمدة أطول من السنة إذ يعد ذلك إتفاقا على تشديد الضمان.

ويلاحظ أن هذه الدعوى لا تسقط بهلاك المبيع في يد المشتري بعد التسليم فطبقا للمادة ٤٥١ مدنى «تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان».

والهالك الذى نتحدث عنه المادة والذى يشير شبهة سقوط الدعوى هو ذلك الذى يتم بعد التسليم أما الهالك الذى يتم قبل ذلك فيقتطع على عاتق البائع لارتباط تبعته الهالك بوجود المبيع (٢). وأيا

(١) «لا يجوز للبائع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ مدنى أن يتمسك بمدة السنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه. وإذا كان المشرع قد الحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، بأن جعل للمشتري الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية، تحقيقا لإستقرار المعاملات، فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا العيب، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه، ذلك أن مدة التقادم تكون فى هذه الحالة ١٥ سنة أخضا بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم».

نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٧٠ السابق الإشارة إليه.
أنظر أيضا، نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٥٧ لسنة ٥٢ ق مجلة القضاة عدد يناير/يونيه سنة ١٩٨٨ ص ٩٠.

(٢) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى «إن المشرع اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى ولو هلك المبيع، حتى تنتفى شبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان».
مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٢٤.

كل من سبب الهلاك بعد التسليم فإن المشتري يظل حقه قائماً في ضمان العيب الخفي، أي يستوى أن يكون الهلاك بخلطاً من المشتري أو بخلطاً من الغير ولكن يلاحظ أن الهلاك إذا كان بخلطاً من الأول فإن ذلك سوف يؤثر على التعويضات المستحقة له (١).

وقد أشارت المادة ١٦٤١ مدنى فرنسى إلى ضمان العيب الخفى، كما أشارت المادة ١٦٤٤ من ذات التقنين إلى الخيار الممنوح للمشتري سواء بالإبقاء على الشيء المبيع المعيب مع المطالبة بالتعويض للضرر الذى أصابه وقد يطلب إنقاص الثمن (٢) بسبب هذا العيب، وإما رد الشيء المبيع والحصول على التعويض بعناصر الموجودة فى حالة الإمتحاق الكلى (٢) وقد جاء نص المادة 1644 على النحو التالى:

(Dans le Cas des articles 1961 et 1643, L'acheteur a le choix de rendre la chose et de se Faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie de prix, telle qu'elle sera arbitree par experts).

(١) د. مختار القاضى - عقد البيع والكفالة - سنة ١٩٧٢ - ص ٩٠.

(2) LUC. BIRI, le droit de la vente, DALLOZ. 1986, p. 262
No. 562.

انظر تطبيقات قضائية للعيب الخفى:

Paris, 24-3-1982, D, 1984, Inf. Rap, 188, obs. WAGNER
Cass, Civ. 28- Nov. 1979, D, 1980, Inf. rap. 566 obs.
LARROUMET.

المطلب الثاني

دعوى عدم صلاحية المبيع

إذا ضمن البائع للمشتري صلاحية الشيء المبيع للعمل لمدة معلومة ثم حصل فيه خلل خلال هذه المدة وجب على المشتري أن يخطر البائع بالخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى خلال ستة أشهر من تاريخ الإخطار. ما لم يتفق على مدة أطول (م ٤٥٥ مدني).

والضمان الذي يشير إليه النص كثير الوقوع في بيع الآلات والمنقولات بشكل عام، مثل (السيارات - الأجهزة الكهربائية) وهنا النص باشتراطه على البائع أن يكون قد زاد في ضمانه للشيء المبيع، بحيث يضمن للمشتري ليس فقط العيوب الخفية التي قد تطرأ فيما بعد، وإنما أيضا صلاحية المبيع للغرض الذي من أجله اشتراه المشتري، فإذا اشترى شخص تليفزيونا، فإن مقصوده من هنا الشراء هو رؤية البرامج التلفزيونية بوضوح، فإذا لم يتحقق هذا الهدف بالشكل الذي يرضيه، فإن في إمكانه الرجوع على البائع بضمان عدم الصلاحية إذا وجد اتفاق عليه، ويلاحظ أن هذا الضمان ليس عاما في كل العقود كما أنه ضمان اتفقي بحيث إذا غفل عنه المشتري عند التعاقد فلا مجال لإعماله فيما بعد.

ويختلف هنا الضمان عن ضمان العيوب الخفية من زوايا

ثلاث:

فمن ناحية - أولى - إن المشرع حدد فترة قصيرة نسبيا

يسرى خلالها. هنا الأجل يختلف عن الأجل المقرر في دعوى ضمان العيب الخفى إذ يلتزم المشتري برفع دعوى ضمان صلاحية المبيع فى خلال ستة أشهر من تاريخ الإخطار.

ومن ناحية - ثانية - أن المشرع حدد فترة يتعين فيها على المشتري إخطار البائع بعدم الصلاحية وهى فترة شهر من تاريخ ظهور الخلل، مع أن الحكم العام فى ضمان العيب الخفى يستلزم إخطار البائع بالعيب بمجرد ظهوره فى فترة معقولة.

ومن ناحية - ثالثة - إن البائع بإمكانه إشتراط ضمان صلاحية المبيع لفترة طويلة تزيد أو تنقص عن فترة ضمان العيب. فترة ضمان العيب الخفى هى سنة من تاريخ التسليم. بينما يمكن للبائع الإتفاق على فترة ضمان صلاحية المبيع خلال خمس سنوات أو خلال ستة أشهر (١). ويلاحظ أن البائع ليس فى إمكانه تقصير مدة ضمان العيب الخفى وإن كان يجوز الإتفاق على إطلاتها.

ويلاحظ أنه ليس لزاما على المشتري فحص المبيع عند تسلمه للتأكد من صلاحيته للفرض المقصود منه خلال الفترة المتفق عليها، وإنما عليه أن يخطر البائع بوجود الخلل فى خلال شهر من ظهوره وعليه رفع دعوى عدم الصلاحية فى خلال مدة ستة أشهر من وقت الإخطار وتضمن هذه الدعوى أى نوع من الخلل ظاهرا كان أم مستترا بشرط ألا يكون للبائع دخل فى عدم صلاحية المبيع (٢).

(١) د. عبدالمنعم البدرأوى - الوجيز فى عقد البيع - سنة ١٩٧٠، ص

(٢) خميس خضر، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

وان لم يتم بالإخطار خلال هذه الفترة فإن دعواه غير مقبولة. وغالبا ما يتضمن اتفاق الضمان الوارد بالعقد على ما يمكن للمشتري أن يرجع به على الباع في حالة عدم الصلاحية، فقد يتعهد الباع بإصلاح هذا الخلل إن كان ذلك ممكنا على نفقته الخاصة كما يمكنه إستبدال شيء سليم بالشئ المعيب أو تغيير الأجزاء المعيبة. وإذا لم يتفق الطرفان في العقد على كيفية إعمال الضمان، كان لزاما تطبيق القواعد العامة في أحكام الضمان ويكون أمام المشتري إما رد الشئ المبيع واسترداد ماسبق دفعه مع التعويض إن كان له مقتض وإما الإبقاء على الشئ المبيع مع التعويض عن ظهور الخلل ويحدث ذلك غالبا إذا كان الخلل بسيطا وليس جسيما.

المطلب الثالث

دعوى استحقاق المبيع (١)

إذا استحق المبيع لغير مالكة استحقاقا كلياً أو جزئياً كان البائع ضامناً لهذا الإمتحاق، وللمشتري الفسخ أو إنقاص الثمن، أما فى حالة الإمتحاق الكلى للشيء المبيع والذى يترتب عليه حرمان المشتري كلية من المبيع، كأن يكون البائع قد باع عقاراً لمشتري ثان حسن النية قام بتسجيل العقد وأصبح المبيع مستحقاً له بدلاً من المشتري الأول. ففي هذه الحالة لا يكون أمام المشتري الأول سوى الرجوع على البائع بالتعويض. وقد بينت المادة ٤٤٢ مدنى عناصر التعويض فى حالة الإمتحاق الكلى فنصت على أن «إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

(١) وتستند هذه الدعوى إلى الإلتزام بالضمان الواقع على البائع فى مواجهة المشتري عن أى تعرض يصدر عن الغير وقضت محكمة النقض بأن «قانون الجمارك رقم ١٦ لسنة ١٩٦٢ يقضى بصادرة السيارة فى حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلاً عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملاً بالمادة ١١٢٩ مدنى، وإذا كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشتري (المطعون عليه) من الإنتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب قانونى يضمه البائع (المطاعن) ذلك أنه يكفى لنشونه أن يعرّم المشتري فعلاً من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشتري، بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يودى إلى نزع الشيء المبيع، حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم بسبب الإمتحاق وقت البيع» (نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧، طعن رقم ٢١١، لسنة ٤٥ ق).

١ - قيمة المبيع وقت الإستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت (١).

٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن إستحق المبيع له.

٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠.

٥ - وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

(١) على الرغم من أنه لا يجوز للمشتري المطالبة بضمان الإستحقاق إلا من وقت صدور الحكم النهائي بالإستحقاق، فإن تقدير قيمة المبيع وقت الإستحقاق يجب أن ينظر فيه إلى قيمة المبيع وقت رفع دعوى الغير التي حكم له فيها بالإستحقاق.

السنهوري، الوسيط، ج ٤، ص ٦٧٧.

فإذا زادت القيمة وجب على البائع أن يدفع للمشتري هذه الزيادة ويكون الأخير بذلك هو المستفيد، إما إذا نقصت فإن البائع هو المستفيد إذ يلتزم برد القيمة وقت الإستحقاق حتى ولو قلت كثيرا عن الثمن الذي تلقاه.

وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن «المشتري - فى حالة إستحقاقه كل المبيع - أن يطلب من البائع وفقا لحكم المادة ٤٤٢ مدنى قيمة المبيع وقت الإستحقاق، وهى قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد».

نقض مدنى فى ١٩٧٨/٤/٢٧، مج أحكام النقض، ص ٢٩، ص ١١٤٥، رقم ٢٢٥.

وكل هذا مالم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله، فللمشتري الحق في قيمة المبيع وقت الإستحقاق لا وقت البيع وتقدير هذه القيمة يتم بقيمة السوق وليست بقيمته عند المشتري. وفي الغالب تزيد هذه القيمة عن الثمن المدفوع من المشتري (١). كما يحصل المشتري على مقابل الثمار التي يكون قد حصل عليها أثناء وجود المبيع تحت يده ثم اضطر إلى ردها إلى من يستحق المبيع، بشرط أن يكون المشتري حسن النية وهذا هو الأصل، فإذا تشكك البائع في ذلك فإن عليه أن يثبت أن المشتري عند قبضه لهذه الثمار كان سوء النية، أي يعلم بحق المستحق على المبيع. فإذا أثبت ذلك لم يكن في استطاعة المشتري مطالبته بمقابل هذه الثمار، وإذا كان المشتري قد انفق مصروفات على الشيء المبيع بهدف صيانتها أو حفظها، فإن المستحق للشيء يلزم بالمصروفات الضرورية أي أن البائع يلزم فقط بالمصروفات النافعة أو الكمالية (٢) وللمستحق أن يطالب المشتري بسوء النية بإزالة ما استحدثه من منشآت على العين المبيعة في ميعاد سنة من يوم علمه بإقامة هذه المنشآت. أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة المبيع بسبب هذه المنشآت.

(١) نقض مدني في ١٠ فبراير سنة ١٩٨١، طعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٤٧ ق. «وتقدير قيمة المبيع وقت الإستحقاق هو مما يستقل به قاضي الموضوع، إلا أنه إذا قدم دليل مقبول - وهو هبوط قيمة المبيع عادة باستعماله فترة من الزمن - فإن عليه إذا رأى أطراح هذا الدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم أخذه به»
طعن رقم ١ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧، مع أحكام النقض س ٢٩ ص

(٢) د. خميس خضر - المرجع السابق - ص ٢١٤.

وللمشتري الحق فى نزع المنشآت الكمالية أو يستبقيها مقابل دفع المستحق لقيمتها(١)، كما يلزم البائع بالمصروفات التى أداها المشتري نتيجة خسارته لدعوى الإستحقاق المرفوعة عليه. ويستثنى من ذلك ما كان المشتري يستطيع توقيه لو أنه أخطر البائع بدعوى الإستحقاق فى وقت ملادم، وبوجه عام يلزم البائع بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب مما لاتشمله العناصر السابقة وليس فى ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة(٢).

أما فى حالة الإستحقاق الجزئى، وهى الحالة التى يثبت فيها للغير حق على جزء من الشئ المبيع سواء أكان مفرزا أو شاعفا، كما يعتبر استحقاقا جزئيا أن يثبت للغير حق إرتفاق أو حكر أو انتفاع أو حق شخصى كحق المستأجر.

فقد بينت المادة ٤٤٤ مدنى الحقوق التى تثبت للمشتري فى حالة الإستحقاق الجزئى أو ثبوت تكليف على المبيع بنصها على أن:

(١) انظر فى ذلك المواد ٩٢٤، ٩٢٥، ٣/٩٨٠ من التقنين المدنى وفى ذلك تضى المذكرة الإيضاحية بأن «المصروفات الكمالية لايرجع بها المشتري على المستحق، وكذلك لايرجع بها على البائع إذا كان حسن النية. لأن المدين فى السنوية العقدية لايسأل عن الضرر غير المتوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع، فإذا كان البائع سء النية، أى كان يعلم بحق الأجنبي، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع، ويعق إذن للمشتري أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية (مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ٩٦).

(٢) فللمشتري مثلا الحق فى الرجوع على البائع بمصاريف عقد البيع كمصاريف تحرير العقد والسمة ورسوم التسجيل أو بما فاته من كسب بسبب فوات صفقة مربحة له (د. خميس خضر - المرجع السابق - ص ٢١٥).

١ - إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلا بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما اتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإمتحاق.

ويلاحظ أن هذه المادة قررت أحكاما تتشابه كثيرا في حالة الإمتحاق الكلى أو في حالة ظهور العيب الخفى أو تخلف الصفة في المبيع - ففي كل الأحوال إذا كان الجزء المستحق من المبيع كبيرا بأن أثر في باقى المبيع وأدى إلى إستحالة تحقق الهدف المقصود منه بالتسبة للمشتري، ففي هذه الحالة يكون للمشتري الحق في إعادة المبيع إلى البائع والحصول على التعويضات السابق ذكرها بصدد الإمتحاق الكلى(١)، أو الإبقاء على الشيء المبيع والحصول

(١) يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى تتحدث عن هذه الحالة على اعتبار أنها فسخ، فقد ورد بها «... أما إذا كان الإمتحاق غير جسيم، فليس للمشتري أن يطالب الفسخ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض» مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤، ص ٧٠١. وأن كان الذى يبدو أن المشرع يتحدث عن عقد قائم وليس عن عقد مفسوخ كل ما فى الأمر أنه نظر إلى حالة الإمتحاق الجزئى على أنه استحقاق كلى فى حالة الخسارة الجسيمة مما اقتضى منه معالجتها على هذا الشكل حتى ولو تطلب ذلك الخروج على القواعد العامة التى تنص بأن للمشتري إما فسخ العقد أو الإبقاء عليه مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

على التعويض مقابل الإستحقاق أو التكاليف. أما إذا لم يكن الجزء المستحق كبيرا وكانت الخسارة التي لحقت بالمشتري من جراء امتحاقه ليست جسيمة، فيتعين على المشتري هنا استبقاء الشيء المبيع مع مطالبة الباع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق أو التكاليف، وتقدير ماتقدم يرجع إلى المشتري، فهو يعتمد على معيار شخصي ولكن يخضع تقدير المشتري لسلطة قاضي الموضوع الذي يقدر مدى جدية تقدير المشتري وفقا للظروف والأحوال دون رقابة عليه من محكمة النقض.

وبجانب دعوى ضمان الإستحقاق التي للمشتري فإن له الرجوع على الباع أيضا بدعويين آخرين هما الإبطال والفسخ.

وتختلف دعوى ضمان الإستحقاق عن دعوى الإبطال والفسخ في أساس كل دعوى.

- انظر في ذلك: د. عبدالمنعم البداروي - المرجع السابق - بند

٠٣٢١

د. منصور مصطفى منصور -

١ - «تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى (١٩٥٩)، ص

٠٥٧٦

٢ - مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار، سنة ١٩٥٧، بند ٨٦ - ص ١٨١.

من رأى المذكرة الإيضاحية - د. أنور سلطان - عقد البيع - الطبعة الثانية - بند ٢٥٨، ص ٣١٩.

فدعوى الإستحقاق مستمدة من العقد ذاته (١)، لأن المشتري فيها يطالب البائع بتنفيذ التزام ناتج عن العقد، وهى دعوى تعويض عن التصير فى تنفيذ إلتزام الضمان، ولذلك فإن التعويض يراعى فيه قيمة المبيع وقت الإستحقاق وليس وقت البيع (٢).

أما دعوى الإبطال فإن المشتري يرفعها فى حالة بيع ملك الغير وتؤدى هذه الدعوى إلى زوال العقد بحيث يسترد المشتري الثمن وقد يحكم له بالتعويض إن كان هناك ضرر.

أما دعوى الفسخ فهى دعوى مقررة لعدم تنفيذ البائع بالتزامه بنقل الملكية وتؤدى أيضا إلى استرداد المشتري للثمن مع حقه فى التعويض إن كان له مقتضى.

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/٢٢ مع المكتب الفنى، س ١٩، ص ٢٤٥ وجاء فيه أن «البين من المادة ٤٤٠ مدنى أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الإستحقاق على أساس قيام عقد البيع، أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لاجمال تطبيق المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٢ مدنى الخاصة بضمان الإستحقاق، وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال فى المادة ٤٤٢ مدنى التى بينت عناصر التعويض الذى يحق للمشتري أن يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن «كل هذا مالم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله».

(٢) نقض مدنى فى ١٩٥٤/٥/٢ مع القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، س ٢٥٧ فقرة ٧٩.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الخلط الذى قد يقع بين الدعاوى الثلاث بقولها «يخلط التقنين الحالى «التقديم» كما يخلط كثير من التقنينات الأجنبية، فى هذه المسألة، بين الآثار التى تترتب على فسخ البيع وتلك التى تترتب على التنفيذ بطريق التعويض، من ذلك أن المادتين ٢٠٤/٢٧٨، ٢٠٦/٢٨ ترتبان أثر التنفيذ، وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك، على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصلح(١).

وترفع دعوى ضمان الإمتحاق من جانب المشتري، ومواعيد هذه الدعوى عادية، يبدأ مريان مدتها من تاريخ صدور الحكم فى دعوى الإمتحاق.

المطلب الرابع

دعوى الظروف الطارئة

إذا حدثت ظروف استثنائية عامة لم تكن في الحسبان جعلت تنفيذ الإلتزام بالنسبة للبائع أو للمشتري كما هو متفق عليه مرهقا له، جاز للطرف المتضرر أن يطلب إلى القاضى رد الإلتزام إلى الحد المعقول، سواء بانقراض الثمن، أو بزيادته وفقا للأحوال، وذلك إعمالا لنص المادة ٢/١٤٧ والنزى قضى بأن: «٢ - ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك»

ومدة رفع الدعوى تنتهى بتمام تنفيذ العقد.

هنا مع مراعاة أن هنالك من الفقهاء من يقول بأن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق على العقود الفورية كعقد البيع.

فقد ثار جدل حول العقود التى تسرى عليها نظرية الظروف الطارئة، بمعنى هل تنطبق هذه النظرية على كل العقود بدون تفرقة بين العقود الفورية والمستمرة؟ أم يقتصر تطبيقها على النوع الثانى من العقود فقط؟ (١).

(١) أنظر فى ذلك:

محمد عبدالجواد، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، المحاماة سنة

فقد ذهب رأى إلى عدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد البيع باعتباره عقدا فوري التنفيذ، فلا يستفيد المشتري من حكم الظروف الطارئة لأن هذه النظرية تنطبق على العقود الدورية التنفيذ(١).

وقد ذهب رأى آخر - وهو ما نرجحه - إلى إنطباق نظرية الظروف الطارئة على كل العقود ومن ضمنها عقد البيع، وخاصة في البيع بالتقسيط، وذلك استنادا إلى عموم نص المادة ٢/١٤٧ مدنى وإلى توافر حكمة تشريع النص فى العقد وهى تحقيق العدالة ورفع العنت عن المدين ليتمكن من تنفيذ إلتزامه دون إرهاق كبير(٢).

وقد أيد ذلك الإلتجاه، معظم القضاء المصرى، فقد ذهبت محكمة إستئناف مصر فى حكم لها بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد بيع الأطنان الزراعية بثمان مئتين(٣).

= حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام
المقضى - كلية الحقوق - القاهرة - سنة ١٩٧٩ - ص ٤٠٧.
VOIRIN, De L'imprevison dans les rapports de droit
Prive, these NANCY, 1922, P. 122.

- (١) محمد على عرفه - شرح قانون الإصلاح الزراعى، ج ٢، ص ٤٩.
(٢) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٦١٨، عبدالحى حجازى -
مصادر الإلتزام - سنة ١٩٥٤ - ص ١٩٥، أنور سلطان - مصادر
الإلتزام - سنة ١٩٥٥ - ص ٢٢٢ - نبذة ٢١٤.
السنهورى - تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة
قبل قانون الإصلاح الزراعى - المحاماة ص ٤١ عدد ١ ص ١٠٧.
(٣) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧، المحاماة ص ٢٨ ص ٧٢٦ رقم
٢٩٢، وقد جاء فيه:

وقد أيدت ذلك أيضا محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٦٢ حيث قررت أنه «يبين من نص المادة ٢/١٤٧ أن المشرع قد أطلق التعبير بالتزام المتعاقدين دون أن يخص نوعا من الإلتزام التعاقدى بعينه وإنما أورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين، فإن هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ

- ١٥ - إن نظرية الظروف الطارئة تطبق على عقود المدة والعقود الفورية التي يربأ تنفيذها إلى المستقبل. فكافة العقود يسرى عليها حكم هذه النظرية، مادامت لا يتطامر وقت إنقضاءها ووقت تنفيذها. وهنا هو الإتجاه الذى سار إليه الشارع المصرى فى إطلاق التعبير عن الإلتزام التعاقدى الذى يصبح تنفيذه مرهقا بسبب حادث طارئ فى المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى.

٢ - إن صدور قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر فيما تضمنه من تحديد إيجار الأمليان وما يستتبعه ذلك من تحديد أثمانها، حادثا استثنائيا عاما، وهو غير عادى ولم يكن فى الوسع توقعه ولا يخرج من هذا الإعتبار ما يقال من أنه عمل من أعمال المشرع، ذلك أن عمل المشرع قد يعتبر قوة قاهرة يعنى من الإلتزام كلية إذا تآدى الى استحالة التنفيذ، فإذا لم يبلغ هذا الحد بل كان مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فإن أحكام نظرية الحوادث الطارئة تطبق عليه».

بعض التزامات العاقدين، لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين، وهي إصلاح ما اختل من التوازن الإقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه للظروف الإستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة، وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير. وهذا الإختلال كما يحدث في الإلتزامات التي تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث كذلك في الإلتزامات الموجلة بالتنفيذ، على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخي تنفيذ الإلتزام إلى مابعد وقوع الحادث الطارئ، راجعا إلى خطأ المدين إذ لايجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره (١).

وفي ذات المعنى أيضا حكم لها في ٩ يونيو سنة ١٩٧٥، حيث قضت بأن «نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يستلزم في الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ، أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة. ومن ثم فإن الخسارة المألوفة في التعامل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا تكفي لإعمال حكم الظروف الطارئة، وإذا كان الثابت أن الطاعنين قد تمسكوا في مذكرتهم المقدمة أمام محكمة الإستئناف بأن الفارق بين ثمن الفدان من الأطنان المبيعة الثابت في عقد البيع..... وبين ثمنه حسب تقدير الخبير بعد صدور قانون الإصلاح الزراعي... ليس من شأنه أن يجعل تنفيذ التزام المطلقون ضدهم مرهقا يجاوز حدود السعة» (٢).

(١) نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٦٢، مع أحكام النقض، س ١٢ ص ٢٧ رقم

(٢) نقض مدني في ٩ يونيو سنة ١٩٧٥، مع أحكام النقض س ٢٦ ص ١١٦٢ رقم ٢٢٢. أنظر أيضا نقض مدني ١٩٦٢/١٢/٢٠، مع المكتب الفني، س ١٢ ص ١١٧٩، نقض مدني في ١٩٧٥/٥/٥، مع المكتب الفني س ٢١،

وقضت أيضا في حكم آخر لها بأنه «ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المتوسط فيها الثمن إجراء تخفيض الثمن كله وجواز إعفاء المشتري في بعض الأحوال من الأقساط الباقية كلها إكتفاء بما وفاه منه، وإنما يجب أن يقتصر تطبيقها على التوسط أو الأقساط التي يثبت للمحكمة إن الزام المشتري بأدائها قد أصبح بسبب هذا الظرف الطارئ مرهقا له إرهابا يهدده بخسارة فادحة، فالأقساط التي وفيت لا تكون محل بحث، أما باقى الأقساط المستتيلة فإن القاضى يعمل فى شأنها حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى إننا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر الظرف الطارئ عند استحقاقها(١).

(١) وقالت فى ذات الحكم أيضا أنه «لايجوز إعمال هذا الحكم على الأقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ، وتأخر وفائها إلى مابعد بسبب تقصير المشتري» (نقض مدنى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤، مج أحكام النقض، ص ١٥ من ٤٠٩ رقم ٦٧).

المطلب الخامس

دعوى العجز والزيادة فى المبيع

تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته ثلاث دعاوى هى :

أولاً: دعوى انقاص الثمن ويرفعها المشتري فى حالة ما إذا كان النقص فى المبيع ملموساً إلا أنه ليس جسيماً. فإذا لم يكن النقص ملموساً أو جرى العرف والتعامل على التسامح فيه فلا يرجع المشتري على البائع بشيء، بل إذا وجد نقص ملموس إلا أن هناك اتفاقاً بين الطرفين على عدم ضمان العجز، فلا يحق للمشتري أيضاً المطالبة بشيء، وفى المقابل، إذا وجد اتفاق على أن يضمن البائع أى عجز فى المبيع، فيعمل بالاتفاق بصرف النظر عن مقدار العجز (١).

ثانياً : دعوى فسخ البيع وهى أيضاً للمشتري فى حالة النقص الجسيم للشئ المبيع أو فى حالة الزيادة فى المبيع ويكون الشئ غير قابل للتجزئة وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، فللمشتري فسخ العقد لأنه لو كان يعلم أن الثمن سيصل إلى هذا القدر لما أبرم العقد (٢).

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية أنه «غنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ولا تعتبر من النظام العام فهى تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيرها.

مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ - ص ٦١.

(٢) عكس ذلك - السهوى - الوسيط - ص ٧٢٨. ويرى أن المشرع عندما جعل جزاء نقص المبيع دعوى انقاص الثمن أو دعوى الفسخ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له، وبين ما إذا كان الثمن مقدراً بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة، ففى جميع -

وثالثا : دعوى تكملة الثمن وهي تكون للبائع إذا وجدت زيادة فى الشيء المبيع وكان هنا الشيء غير قابل للتبويض وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة، فهنا للبائع أن يطالب المشتري بتكملة الثمن إلى الحد الذى يتساوى مع مقدار الشيء المبيع، وإذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة وكان المبيع قابلا للتبويض فالزيادة للبائع، ذلك أن الزيادة لم تدخل فى البيع، والمبيع لا يضره التبويض (١).

- الفروض يكون للمشتري دعوى انقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع. وقضت محكمة النقض بأن «مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٢٢ مدنى أن البائع يضمن للمشتري القدر الذى تعين للمبيع بالعقد، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جمة واحدة، بل جعل المشرع للمشتري الحق فى هنا الضمان إذا وجد عجزا بالمبيع يطلب انقاص الثمن أو فسخ المبيع بحسب الأحوال. طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد (نقض مدنى فى ٢ نونبر سنة ١٩٧٠، مج أحكام النقض س ٢١ رقم ١٧٨ من ١١٠٥).

ويمكن القول برأى وسط وهو أنه إذا وجد الاتفاق بين الطرفين على كل هذه المسائل يعمل به، وإذا تخلف الاتفاق، فإن لقاضى الموضوع سلطة تقديرية واسعة تمكنه من إجابة طلب المشتري بفسخ البيع حتى ولو كان الشيء المبيع غير قابل للتبويض أو أن الثمن لم يقدر بالوحدة، إذا وجد أن ذلك ميسرا ولا يضر بالطرفين. أما إذا وجد القاضى بأن فسخ العقد سيكون مستحيلا، بحيث تصعب إعادة الجزء المتبقى من المبيع إلى البائع وخاصة فى العقود التى محلها أشياء تستعمل باستمرار، أو أن القاضى وجد صعوبة تقدير الجزء من الثمن الذى يقابل ما استهلك من المبيع. فلا يكون أمامه سوى الحكم إما بتكملة الثمن إذا كانت هناك زيادة أو الحكم بانقاص الثمن إذا كان هناك نقص.

(١) وقد قضت فى ذلك محكمة النقض بأنه «إذا كان البيع انصب على قدر معين وتم البيع بسعر الوحدة وكان المبيع قابلا للتبويض دون ضرر كما هو الحال بالنسبة لفحم الكوك - فإن ما يستولى عليه المشتري زيادة عن القدر المبيع لا يشمل عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس -

ومدة تقادم الدعاوى الثلاث هي سنة تبدأ من وقت سلم المشتري للشيء المبيع تسليماً فعلياً، وهي مدة قصيرة قصد بها المشرع السرعة في استقرار المعاملات وثباتها، ولا يرد على هذه المدة الوقف وأن كان يسرى عليها الإنقطاع (١). ويجوز الإتفاق على إطالة هذه المدة عن السنة إلا أنه لا يجوز الإتفاق على تقصيرها (٢).

- السعر، ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائداً عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى في شأنها التقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ١٣٤ من القانون المدني (نقض مدني في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨، مع أحكام النقض س ٢٩ رقم ٢٤٢ ص ١٧٧٧).

(١) نقض مدني في ١٨/٥/١٩٦٧، مع المكتب الفني س ١٨، ص ١٠٢٠، وجاء فيه بأن حكم المادة ٢٩٦ مدني (قديم) والتي تقابلها المادة ٤٢٤ من القانون القائم لا ينطبق إلا حيث يوجد عجز أو زيادة في المبيع بمعنى أن يكون البيع قد تناوله، أما ما يضع المشتري يده عليه من أطنان البائع مما لا يدخل في عقد البيع فإنه يعد مقتصبا له ولا بتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم المنصوص عليه في المادة ٢٩٦ المشار إليها.

(٢) انظر عكس ذلك: د. سمير تناغو - عقد البيع، منشأة المعارف سنة ١٩٧٢، ص ٢٢٩ هامش (١).

المطلب السادس

دعوى بيع العينة (١)

تنص المادة ٤٢٠ مدني على ما يأتي «١- إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها، ٢- وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بالعا كان أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق».

(١) مفهوم العينة (بفتح العين) التي جاء بها النص ويعتبر صحيحا طبقا للتقنين المدني يختلف عن مفهوم العينة (بكسر العين) في الفقه الإسلامي، فمفهومها طبقا للأخير «أن يبيع شخص شيئا إلى غيره بشئ معين «مائة وعشرين دينارا مثلا» إلى أجل «سنة مثلا» ويسلمه إلى المشتري، ثم يشتره قبل قبض الثمن بشئ أقل من ذلك القدر «مائة مثلا» يدفعه نقدا. فالنتيجة أنه سلمه مائة، ليتسلمها عند الأجل مائة وعشرين، وكثيرا ما يتخذ أهل الحيل هنا اللون من البيع الصوري ذريعة إلى أكل الربا المحرم، ولا قصد في بيع ولا شراء، فهم يستحلون الربا باسم البيع، لأن المقصود هو تلف مبلغ من الدراهم أو الدنانير إلى أجل، ثم رده عند الأجل بأكثر منه والسلمة الوسيطة ما هي إلا حيلة لإظهار الحرام في صورة الحلال، فهذا النوع من التعامل يجب أن يحرم، لأنه بيع صورة ولفظا، ربا نية وقصدا.

فهذه العينة قد حرمها رسول الله (ص) بقوله: «إذا تبايعتم بالعينة واتبعت أذناب البقر، وتركتم الجهاد في سبيل الله، أرسل الله عليكم ذلا لا يرفعه عنكم حتى تراجعوا دينكم».

فإن يبيع رجل إلى آخر سلعة إلى أجل ثم يبتاعها منه بأقل من ذلك فهذا مع التواطؤ يبطل البيعين لأنها حيلة لإقتراض المال بزيادة.

أنظر في ذلك: ابن القيم - في تهذيب السنن، ج ٥، ص ١٠٨.

د. يوسف القرضاوي - بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م - ص ٤٥.

وبيع العينة يتم عن طريق تقديم أحد المتعاقدين - وغالبا ما يكون البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، فبائع الورق قد يعرض على مشتريه عينة ثم يكون المبيع مطابقا لها وبائع القماش أيضا يقدم للمشتري قصاصة من القماش الذي يبيعه. وإذا أخذ المشتري عينة من المبيع فإن إطلاعه عليها وفحصها يفنى عن تعيين أوصاف المبيع (١) ف رؤية المشتري للعينة تعد بمثابة رؤية للمبيع. وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني «هذا النص - الخاص بالعينة - جديد لانظير له في التقنين الحالي (السابق) وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقا لهذا النموذج. وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج، وهنا يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية، وهو موضع النص السابق» (٢).

(١) السنهوري - المرجع السابق - ص ٢٩٩.

نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨، صح عمر، ج ٥ رقم ٢٤٩ ص ٦٧٩
وهو جاء فيه أنه «يكفى لتحقيق ماقتضى به المادة ٩٥ من القانون المدني (السابق) من وجوب تعيين محل الإلتزام بنوعه وتعيين صفه بكيفية تمنع الإشتباه أن يكون المبيع هو كذا حسب العينة - ٢ - البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري».

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤ ص ٢٢.

وعلى الباع أن يقدم المبيع مطابقا للعينة، وليس له تقديم شيء آخر حتى ولو كان أعلى جودة أو أحسن صنفا، ويحق للمشتري رفض المبيع غير المطابق للعينة حتى ولو كان في جزء منه، فعلى الباع يقع التزام رئيسي بتسليم شيء مطابق للعينة، وإذا لم يتم بذلك عد مخلا بالتزامه وفي ذلك قضت محكمة النقض «بأن المادة ٤٢٠ من التقنين المدني نصت على أنه «إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون مطابقا لها» ومودى ذلك أن يقع على عاتق الباع الإلتزام بتسليم شيء مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الإلتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بأداء المقابل وهو الثمن» (١).

وفي المقابل، فإن المشتري ليس له رفض المبيع إذا كان مطابقا للعينة حتى ولو لم يكن المبيع ملائما له أو أنه لم يعد في حاجة إليه (٢)، وإذا اتضح وجود عيب في المبيع بعد ثبوت مطابقتها للعينة في الأوصاف، فإن المشتري لا يمكنه رفض البيع وإن كان له الرجوع على الباع بضمان العيوب الخفية.

(١) نقض مدني في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٩، مج أحكام النقض ص ١٠

(١) نقض مدني في ١٩ أبريل سنة ١٩٥١، مج أحكام النقض ص ٢ رقم ١١٦

ويقع عبه إثبات مطابقة المبيع للعينة على عاتق البائع وله ذلك بكافة الطرق وله أيضا الإلتجاء إلى خبير يقرر هذه المطابقة من الناحية الفنية، وإذا ثار نزاع حول المطابقة بين الطرفين، فإن محكمة الموضوع تفصل في هذا النزاع وله سلطة تقديرية كاملة في الفصل في مسألة المطابقة لأنها مسألة واقع ولا رقابة عليها في ذلك من جانب محكمة النقض (١).

وإذا ادعى المشتري عدم مطابقة المبيع للعينة ولم يستطع البائع إثبات هذه المطابقة، كان أمام الأول خيارات ثلاث:

أولا : في إمكان المشتري اللجوء إلى طريق التنفيذ العيني، فله أن يجبر البائع على أن يسلمه شيئا مطابقا للعينة، وإذا لم يقيم البائع بذلك، فإن في إمكان المشتري أن يحصل على شيء مطابق للعينة من آخر وعلى نفقة البائع، بعد الحصول على إذن من القاضى، بل ودون استئذان القاضى في حالة الإستعجال (م ٢٠٥ مدنى).

ثانيا : وللمشتري أيضا طلب فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع

(١) وقضت محكمة النقض بأن «إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المعنية، فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصداها، فليس في إظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ماينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة تقديرية في هذا الصدد إلى عدم الإعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يوجب بها، ولا يؤثر وجودها على إعتبار البضاعة مطابقة للعينة (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩، مع أحكام النقض س ١٠ ص ٦٥٩).

لإلتزامه (١) وله بجانب ذلك، أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تقديم المبيع مطابقا للعينة بشرط إثبات الضرر، فإذا تعاقد صاحب مصنع ملابس مع تاجر أقمشة على نوع من الأقمشة مطابق للعينة التي قدمها له، وقام صاحب المصنع بالتعاقد مع تجار التجزئة للملابس، فإذا لم يقدم التاجر الأقمشة مطابقة للعينة، وفسخ العقد، كان لصاحب المصنع أن يرجع على التاجر بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء إخلاله بالتعهدات في مواجهة تجار التجزئة.

ثالثا : وللمشتري أن يقبل المبيع الذي قدمه الباع على الرغم من عدم مطابقته للعينة مع طلب إنقاص الثمن لیساوی قيمة المبيع. هنا على فرض أن قيمته تقل عن الثمن المدفوع، أما إذا كانت قيمة المبيع تزيد عن الثمن المقدر على أساس العينة وليس له مطالبة الباع بشيء، بل إن الباع يمكنه مطالبة المشتري بزيادة الثمن حتى يتساوى مع قيمة المبيع الذي قدمه.

(١) وقالت في ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني أن «الباع على كل حال سنولا عن مطابقة المبيع للنموذج. فإن اختلفت هذه المطابقة جاز للمشتري أن يرفض تسلّم المبيع، وله أن يفسخ البيع لعدم قيام الباع بالتزامه، وتتفق التقنيات الأجنبية في هذا الحكم، أنظر التقنين اللبناني ٤٤٤، والألماني ٤٩٤، والبولوني ٢٢١ مع مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤ ص ٢٢.

المبحث الثالث

الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد

تتعلق هذه الدعاوى بمرحلة وضع العقد موضع التنفيذ، وما يرتبط بها من مساعدة البائع للمشتري فى إتخاذ إجراءات تسجيل البيع إذا كان محله حقا عينيا عقاريا، فإذا تعاضس البائع عن هذه المساعدة أو تراخى فيها، فإن المشرع أعطى للمشتري دعاوى يستطيع بها وضع عقده موضع التنفيذ وفى الجانب الأخر، إذا لم يوف أحد طرفى عقد البيع بالتزاماته، فإن للطرف الأخر إنهاء العقد عن طريق طلب فسخه.

ولذلك يشير هذا المبحث الدعاوى الآتية:

المطلب الأول : دعوى صحة التوقيع.

المطلب الثانى : دعوى صحة ونفاذ العقد.

المطلب الثالث : دعوى الفسخ.

المطلب الأول

دعوى صحة التوقيع

لكى يسجل عقد البيع للعقار يجب أن يكون مصدقا عليه من موثق العقود الرسمية، فإذا لم يحضر البائع للتصديق على العقد أمام الموثق رفع المشتري على البائع دعوى تسمى دعوى صحة التوقيع، والحكم فى هذه الدعوى لاينقل الملكية بل ولا يتعرض لها وإنما يتعرض للتوقيع فقط، بخلاف دعوى صحة ونفاذ العقد التى يتعرض فيها القاضى لصحة العقد نفسه ولا يقتصر على التحقق من صحة التوقيع.

فدعوى صحة التوقيع، هى دعوى تحفظية شرعت لكى يطمئن عن طريقها الشخص الحاصل على محرر عرقى من آخر، إلى أن ذلك الآخر المنسوب إليه توقيع المحرر المذكور لن ينكر فى المستقبل توقيعه عليه. وهذا بقطع النظر عن موضوع المحرر وعن نوع العادقة الثابتة به وصحة التصرف المدون فيه أو عدمه، إذ يقتصر محل البحث فى هذه الدعوى على حصول التوقيع من المدعى عليه أو عدمه دون تعرض لموضوع المحرر.

فيمتنع عن القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه (١). فالحكم بصحة التوقيع لايفيد صحة العقد ولايمنع من الطعن فيه بعد ذلك.

(١) نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٩. مجموعة القواعد القانونية، ٢ ص ١١٢ رقم ١٦٧.

وهي لذلك دعوى تحفظية لا دعوى موضوعية، ويشترط لرفعها أيضا أن تكون هناك مصلحة لرافعها. وقضت في ذلك محكمة النقض بأن «دعوى صحة التوقيع هي دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه، ويكفي لقبول الدعوى وفقا لما تقضى به المادة الثالثة من قانون المرافعات، أن يكون لرافعها مصلحة قائمة بقرها القانون. ولما كان الحكم في الدعوى - السابقة - برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطلانه لاينفي أن للطاعن مصلحة في الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقا للمادة ١/١٤٢ من القانون المدني أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أنه لامصلحة للطاعن في رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق القانون...» (١).

وبذلك يحق للمشتري بورقة عرفية رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ليقرر أن التوقيع أو الإمضاء أو البصمة الموجودة على الورقة هي له، فإذا حضر البائع وأقر بذلك، توقفت المحكمة عند ذلك الحد وأصدرت حكما بصحة التوقيع واستحال على البائع بعد ذلك إنكار ذلك وتحكم المحكمة على البائع بمصروفات الدعوى. ويأخذ حكم الإقرار سكوت البائع وعدم إنكاره للتوقيع.

(١) نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٧٤، مج أحكام النقض ص ٢٥ ص ١٢٥٠

أما إذا لم يحضر البائع، فإن المحكمة تحكم في غيابه بصحة التوقيع المنسوب إليه، وإذا حضر وأنكر التوقيع، تلجأ المحكمة إلى الإجراءات الواردة في تشريع الإثبات في المواد ٣٠ - ٤٤ لتحقيق التوقيع.

ويرى فريق من الفقه أن دعوى صحة التوقيع تتقدم بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١).

ويرى فريق آخر أن هذه الدعوى ليس لها مدة يتعين رفعها خلالها وإنما يجوز رفعها في أي وقت، إذ أنها لاتعدو أن تكون إثباتا لحالة مادية. وهو التوقيع (٢).

ولا يشترط تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى عدم جواز تسجيل صحيفة هذه الدعوى لأنها ليست داخلة في أي نوع من أنواع الدعاوى التي أجاز تسجيلها. وبناء على ذلك، فإن أثر هذه الدعوى لا يتم إلا بعد صدور الحكم فيها وتسجيل المحرر العرفي على إثره ولا يكون له أثر قبل ذلك. أي أنه من وقت التسجيل فقط لا يسرى في حق المشتري أي تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لعقده العرفي مصحوبا بالحكم في دعوى صحة التوقيع.

(١) السنهوري - المرجع السابق - ص ٦٤١.

(٢) د. مختار القاضي - المرجع السابق - ص ٨٩.

المطلب الثاني

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع

قد يتمتع البائع عن أن ينفذ البيع كما لو كان الشيء المباع عقارا وامتنع عن الحضور إلى مكتب التوثيق للتوقيع على عقد البيع (١) أو امتنع البائع عن تسليم الشيء المباع أو امتنع المشتري

(١) فلا بد من أن يعذر المشتري البائع بالتواجد أمام مكتب التوثيق في يوم معين وساعة معينة لتوقيع العقد. وفيما يلي نموذج للإعذار بالحضور.
«إته في يوم بناء على طلب (أ) ومهنته وجنسيته ومقيم في وموطنه المختار مكتب الأستاذ المحامي وعنوانه أنا المحضر في محكمة الجزئية قد انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة (ب) وأعلنته بالآتي:

بموجب عقد عرفي حرر بتاريخ اتفق الطالب والمندر إليه على وتحدد للتوقيع على العقد النهائي أمام مكتب توثيق مدة أقصاها وحيث أن الطالب قد أعد العقد للتوقيع عليه وحدد لذلك يوم الساعة صباحا بمكتب توثيق
لذلك

أنا المحضر مالف الذكر أئذرت المعلن إليه بصورة من هنا منبها عليه بالحضور في اليوم والساعة المبينين بصدور هذا الإنذار للتوقيع على العقد المذكور وفي حالة تخلفه سيحرر محضر علم حضور وإثبات غيبة ويضطر الطالب للتمسك بجميع حقوقه المترتبة على ذلك.

«أنظر شوقي ومبه وفهمي مشرقى، الصيغ القانونية للأوراق القضائية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٢، ص ٦٠٩.

وإذا لم يحضر البائع في اليوم والساعة المحددين أو إذا حضر ورفض التوقيع، فإن للمشتري أن يطلب من الموثق إثبات ذلك في محضر رسمي يقرر فيه الموثق تخلف البائع عن الحضور أو امتناعه عن التوقيع.

عن دفع الثمن، هنا يجوز لكل من تضرر فسخ العقد كما يجوز له التمسك به، فإذا تمسك أحدهما بالعقد أقام دعوى تسمى دعوى صحة ونفاذ العقد (١). فالبحث في هذه الدعوى يدور حول صحة عقد

- نموذج إثبات غياب البائع:

بعد البيانات المتعلقة بالإعلان وبالمطالب. يذكر الموثق مايلي:

١ - طلب إلينا (المطالب) إثبات حضوره لدى مكتب أو مأمرية توثيق وغية المعلن إليه المذكور وعدم حضوره في تاريخ. وحيث أن الساعة قد بلغت ولم يحضر المعلن إليه بناته ولم يرسل عنه وكيلًا ورغم البناء عليه علنا عدة مرات في ساحة المكتب المذكور مما يؤكد تقيبه عن الحضور في المياد المحدد بالإعلان المرفق. فطلبه وبناء على طلب الحاضر قد أثبتنا الآتي:

(١) حضور الطالب إلى مكتب توثيق

(٢) تقييب المعلن إليه وتخلقه عن الحضور في اليوم والمياد المحددين بالإعلان وقد قفل المحضر الساعة

وقد تحرر هنا المحضر وبعد تلاوته على الحاضرين وقوا معنا

.....

المطالب الشاهدين الموثق

نظر (محمد سيد عبدالنواب، ومحمد عبدالوهاب حسن فرغلي - قوانين تنظيم الملكية العقارية والبيع القانونية لمحركات الشهر والتوثيق - عالم الكتب، ص ٤٢٦.

(١) فدعوى صحة التعاقد تتسع لبحث كل ما يثار فيها من منازعات تتعلق بوجود العقد أو إنعائه وصحته أو بطلانه أو صورته. وفي ذلك قضت محكمة النقض في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٧٩، مع أحكام النقض من ٢٠ من ٢٧ رقم ٢٤٤ بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى لاستحقاق مالا ويقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذًا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية فيتعين عند الاتصال فيها ببحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للبيع كله أو بعضه ولا يجاب المشتري إلى طلبه. -

البيع من حيث تلاقي إرادات أطرافه وتوافقها كما يدور حول الإلتزامات الناشئة عن العقد من ناحية البائع بنقل ملكية المبيع ومن ناحية المشتري بدفع الثمن (١). كما يثار البحث في هذه الدعوى عن

- إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين. ولما كان ذلك فإن الحكم إذا التزم في فضائه هذا النظر وقضى بعدم قبول الدعوى لا يكون قد خالف القانون لو أخطأ في تطبيقه»
انظر في ذات المعنى:

نقض مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مع أحكام النقض، س ٢٦ ص ٤٧٨ رقم ٢١٧ ٨ مايو سنة ١٩٧٥، مع أحكام النقض س ٢٦ ص ٩٤٩ رقم ١٨٦.

وقد لجأ القضاء في بداية التعرض لدعوى صحة ونفاذ عقابيع إلى وصفها بأنها دعوى استحقاق مالا حتى يتفادى بذلك النقص الوارد في القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٢ الذي لم يتضمن أية إشارة إلى دعوى صحة التعاقد وإنما أشار إلى تسجيل دعوى الاستحقاق ولذلك لجأ القضاء إلى اعتبار دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق حتى يمكن تسجيلها وترتب على ذلك الوصف إمكانية نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري واعتمد القضاء في ذلك على أن دعوى صحة ونفاذ إن لم تكن حالياً دعوى استحقاق فإنها تؤدي إلى استحقاق المبيع فيما بعد. ولكن بعد صدور التشريع رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والذي أشار صراحة إلى إمكانية تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ لم يعد هناك مجال لوصف الدعوى بأنها دعوى استحقاق مالا، وخصوصاً بعد أن إعتبر القضاء بحق البائع في اللجوء إلى هذه الدعوى لينقل بها ملكية المبيع إلى المشتري وأجباره على التسلم، فلا يمكن اعتبار الدعوى بالنسبة للبائع دعوى استحقاق مالا وإنما هي تؤدي - على العكس - إلى تقديم المبيع مستقبلاً. ومع اتعلم الحاجة إلى وصف دعوى صحة ونفاذ بأنها دعوى استحقاق مالا، فإننا نرى أن محكمة النقض تستعمل هذا الوصف كما في الحكم السابق.

(١) وفي ذلك تقول محكمة النقض أن بالدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل -

إمكانية تنفيذ الإلتزام تنفيذاً إجبارياً وهنا مايدفع المتقاضين إلى

- الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية وهنا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لإتقاده وصحته ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد، إذ من شأن هنا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد، وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء أى من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبداءه فى تلك الدعوى، فإذا حكم بصحة العقد ونفاذه، فإن هنا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة يبطلان العقد استناداً إلى هذا السبب، ولايصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى يبطلان عقد بسبب من أسباب البطلان.

إذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله، وهى حين تنتهى إلى رفضه يقتصر قضاؤها على هنا الرفض ولايتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد، ومن ثم فإن حكمها برفض هنا السبب لا يمنع للخصوم من رفع دعوى يبطلان جديدة لذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان

نقض مدنى فى ٢١ ابريل سنة ١٩٦٦، مع أحكام النقض من ١٧ من ٨٩٩ رقم ١٢٢ .

انظر أيضا ٢٥ ابريل سنة ١٩٥٧، مع أحكام النقض من ٨ من ٥٤١ رقم ٤٧ .

وقضت المحكمة أيضا بأن الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل، فإن كان وفاء باقى الثمن معلقا على التوقيع على العقد النهائى، فإن اشتراط المشتري ألا يصرف للبائع باقى الثمن الذى أودعه خزنة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح .

نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٦، مع أحكام النقض من ١٧ من ١٦٨٩ رقم ٢٢٩ .

طلب الحكم بصحة العقد ونفاذه (١). فإذا قضى فيها بالصحة والنفاذ وكان المبيع عقارا سجل الحكم وقام مقام العقد الرسمى الموثق أمام مصلحة التوثيق وبذلك يجوز شهر هنا الحكم فى الشهر العقارى وبه تنتقل الملكية (٢).

(١) وقضت فى ذلك محكمة النقض بأن «المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، فيكون فى معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري، ولذا فإن الحكم به يكون متناقضاً إذا اجتمع مع قضاء بثبوت ملكية ذات المشتري لهذا العقار كما يعنيه هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمى من ثبوت اكتساب المشتري لملكية العقار فعلاً»

نقض مدنى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٨٠، مج أحكام النقض من ٢١ من ٥٧٢ رقم ١١٢.

(٢) فيلاحظ أن هذه الدعوى واستعمالها ليس مقصور على المشتري فى عقد البيع لأن محكمة النقض قد أعطت للبائع الحق فى الالتجاء إلى دعوى صحة التعاقد، إذ أجازت له رفضها إذا رأى فى ذلك مصلحة وقضت بذلك فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٦، مج أحكام النقض، من ٢٧، من ٥١٢. وقد جاء فيه «ويحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفضها، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون، وتكفى المصلحة المحتملة، إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإمتيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم، لأن البيع تم وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله، وأنهما لن يتمكننا قبل التسجيل من قيد حق الإمتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطلين لا ينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد اتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطلين، وكان يبين من الحكم الإبتدائى - الذى أيدته وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه - أنه قضى برفض الدعوى -

وعلى أنه يجوز بدلا من رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع أن ترفع دعوى مستقلة بدفع الثمن يقيمها البائع على المشتري، أو

- استنادا إلى أن البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع دون أن ينفي الحكم وجود مصلحة للطاعنين في إقامة دعواهما، فإنه يكون قد أخطأ في القانون مما يوجب نقضه ...»

وعلى ذلك تواترت أحكام محكمة النقض مقررة حق كل من البائع والمشتري في اللجوء إلى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ولكن يشترط - كقاعدة عامة في كل الدعاوى - أن تكون هناك مصلحة مشروعة لرفع الدعوى حتى ولو كانت مصلحة محتملة تهدف إلى الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله.

بل إن محكمة النقض أفصحت بجلاء عن أن دعوى صحة التعاقد تتجاوز حدود عقد البيع وقررت أنه يجوز الإلتجاء إليها بشأن عمليات قانونية وعقود أخرى، فقضت في حكم لها بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٧٩، مع أحكام النقض س ٢٠ س ٩٧٦ بأن «إذا كان الثابت من الواقع المطروح أن المطعون عليها الأولى أقامت الدعوى بطلب المخالستين وعقد البديل فيما تضمنه من تخالص المطعون عليها الأولى، فلما أقام الطاعن الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البديل، أمرت المحكمة بضمها إلى الدعوى ليصدر فيهما حكم واحد، وإذا كانت دعوى صحة العقد هي الوجه الآخر لدعوى بطلانه والقضاء بأحد الطلبين يترتب عليه حتما رفض الطلب الآخر كله أو بعضه، فإن الإندماج يتم بين الدعويتين وينتفى القول باستقلال كل منهما عن الأخرى، وإذ قضى الحكم المطعون فيه في الأسباب رفض طلب الطاعن الحكم بصفة ونفاذ عقد البديل وقضى في المنطوق ببطلان المخالستين وعقد البديل ثم قضى بالزام الطاعن بتقديم حساب وندب خبير لفحص توطئة للحكم في الدعوى على أساس ما تسفر عنه نتيجته فإنه لا يكون قد أنهى الخصومة كلها ...»

وذلك يتضح من هنا الحكم أن المحكمة قبلت دعوى صحة التعاقد في عقد غير عقد البيع وهو عقد البديل، كما أجازت محكمة النقض دعوى الصحة والنفاذ في عقد الرهن الحيازي (نقض مدني في ١٠ مايو سنة -

دعوى بتسليم الشيء المبيع يقيّمها المشتري على البائع. حيث إن دعوى صحة ونفاذ العقد تكون لازمة في عقود البيع العقاري التي لا يجرى تسجيلها إلا بتدخل البائع أو باستصدار حكم قضائي بصحة ونفاذ عقد البيع، ثم يسجل هذا الحكم وبه تنتقل ملكية العقار. ويلاحظ أن الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع يقتصر على إثبات التعاقد وعلى صحته فقط ولا يشمل نقل الملكية إلى المشتري لأن هذا الأثر إنما يترتب على تسجيل الحكم، وبذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضى في هذه الدعوى بثبوت الملكية أو نقلها إلى المشتري وإن فعلت كان قضاؤها باطلا حتى ولو كان المدعى قد طلب ذلك (١).

ومدة سقوط هذه الدعوى هي المدة العادية أي خمس عشرة سنة.

يقضى القانون المدني وقانون الشهر العقاري بأن التصرفات الناقلة لملكية الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، لذلك يجب أن تخضع للشهر، وعقد البيع تصرف ناقل للملك فيجب أن يسجل حتى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو الغير.

ومعنى بين المتعاقدين هو أن البائع يظل مالكا للعقار حتى

- ١٩٧٩، ص ٢٠ عدد ٢ ص ٢١٢، وقبلت هذه الدعوى أيضا في عقد الشركة.

(برهام محمد عطالله - دعوى صحة التعاقد على البيع - منشأة المعارف

- بلون سنة - ص ٢٧١.

(١) د. مختار القاضي - المرجع السابق - ص ٩٠.

يسجل عقد البيع وقبل التسجيل يعتبر مالكا للعقار حتى في مواجهة المشتري نفسه.

أما بالنسبة للغير، فمن حق الغير أن يعتبر العقار على ذمة البائع مادام عقد البيع لم يسجل بعد ويكون التسجيل على الوجه الآتى :-

١ - يوثق العقد رسميا في مكتب التوثيق.

٢ - يشهر عنه في إبارة الشهر (١).

فإذا رفض البائع الإنتقال إلى مكتب التوثيق تمهيدا لشهر البيع حق للمشتري أن يرفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ضد البائع ثم يستصدر حكما بصحة ونفاذ العقد فإذا صار الحكم نهائيا سجل الحكم وحل تسجيله محل تسجيل عقد البيع نفسه.

وهذه الدعوى ابتدعها العمل ضد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٤٦ ليواجه بها عنت البائع أو تأخره في إنهاء إجراءات نقل ملكية العقار إلى المشتري. ويستوى في رقع هذه الدعوى أن يكون البائع معترفا بالبيع أو منكرا له ويجب على المحكمة أن تقتصر في

(١) نقض مدني في ٢١ فبراير سنة ١٩٨١ - طعن رقم ٢٥٥ س ٤٩ ق، مجلة
القضاء، يناير / أبريل سنة ١٩٨١، ص ٢٧٢.

حكمتها على صحة ونفاذ العقد دون القضاء بثبوت الملكية أو نقلها لأن ذلك يتم بعد تسجيل الحكم (١).

وأما ما أورد المشتري رقع دعوى صحة ونفاذ العقد وجب عليه أن يسجل صحيفة الدعوى في الشهر العقاري، وفائدة هنا التسجيل هي منع أي تصرف جديد من جانب البائع أثناء نظر الدعوى (٢). وقد صدور الحكم في الدعوى بإشرا المشتري به على

(١) وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن هذا كانت الدعوى التي ألقاها الطاعن يطلب التصرف على الحكم صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه فإنه لازم ذلك أن تتبىء المحكمة في نقلها بهذا الطلب وحده، وما لارتكز عليه من مبيات قانونية طالما لم يطأ عليها تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير القضية وليس صحيحاً في القانون مايقول به الطاعن من أن القضاء للمشتري صحة ونفاذ عقد البيع وثبوت ملكية العقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن التصرف من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد، فيكون في معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري.

نقض منى في ٢١ فبراير سنة ١٩١٨، مع أحكام لنقض من ٢١ رقم ١١٢ ص ٥٧٢.

(٢) وقضت محكمة النقض بحق المشتري في طلب وضع العقار تحت العرلة إلى حين صدور الحكم فكانت إذن من حق المشتري أن يطلب البائع بالتسليم على إختيار أنه التزام شخصي وأثر من أكثر البيع التي لا يعول حونه عدم حصول التسجيل، ومن آثار هذه الإعتقاد الصحيح أيضاً أن يكون للمشتري - إذا ما خشي على العين من بقاءها تحت يد البائع طيلة النزاع - أن يطلب إلى المحكمة ونسجها تحت العرلة، إذ النزاع على كل حال تنصب على العقار المطلوب وضعه تحت العرلة.

نقض منى في ١٧ يونيو سنة ١٩٢٣، مجموعة عمر ج ٤ رقم ٧١ ص

هامش تسجيل صحيفة الدعوى ويصبح أى تصرف صادر من البائع بعد تسجيل الصحيفة غير نافذ فى مواجهة المشتري وإلى هنا أشارت المادة ١٧ من تشريع ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى. فمن اشترى عقارا وجب عليه أن يتجه إلى الشهر العقارى ليسأل عن حالة العقار وهنا يخبر بأن العقار مرفوع عنه دعوى صحة ونفاذ عقد بيع، فإذا أقدم على الشراء رغم ذلك فهو فى نظر القانون سىء النية ولاقيمة لشراؤه إذا صدر لصالح المشتري الأول حكم بصحة ونفاذ العقد (١).

ويتشدد القضاء فى إصدار هذا الحكم فيتطلب سداد الثمن كله عند نظر الدعوى مالم يكن هذا الثمن مؤجلا.

(١) انظر فى ذلك:

نقض مدنى فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨، مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٠٥

نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢، مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٤

وقضت محكمة النقض فى حكم آخر لها بأن «تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفقها المشتري على البائع يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتب لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة، سواء أكانوا خصوماً فى تلك الدعوى التى سجلت صحيفةها أم ظلوا بعيدين عنها».

نقض مدنى فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مج أحكام النقض ص ١٨ رقم ٢٢٢ ص ١٥٤٢

وفى ذات المعنى: نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٧٧، مج أحكام النقض ص ٢٨ رقم ١٢٤ ص ٦٨١

وقد حدث تطور هام فى مسألة شهر وتسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد، فقد كانت المادة ١٦ من تشريع ١١٤ لسنة ١٩٤٩ الخاص بتنظيم الشهر العقارى، تنص على أن «يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها» وقد كانت المادة ١٥ من ذات التشريع تستوجب «تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية».

فهذه النصوص لم تتضمن إشارة واضحة إلى ضرورة تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد، ولذلك كان يكتفى بأن يؤشر بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى. وقد كانت ملكية الشيء المبيع لا تنتقل إلا من يوم التأشير بالحكم (١)، وقضاء النقض مستقر على أنه لا يوجد أثر رجعى للتسجيل (٢) ويكفى - وفقا له - لاعتبار العقد سجلا تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد مالم يصدر

- وفى ذات المعنى: نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٧٧، مج أحكام

النقض س ٢٨ رقم ١٢٤ ص ٦٨١.

(١) د- برهام محمد عطالله - دعوى صحة التعاقد على البيع - منشأة المعارف، ص ٣٠٨.

(٢) وقضت محكمة النقض بأن «الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد -

حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة، ومالم يحصل هنا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد أية حجية بالنسبة لتسجيل العقد» (١)، وإذا قام المشتري بتسجيل الحكم بدلا من التأشير به على صحيفة الدعوى، فإن ذلك ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري من باب أولى. وقضت في ذلك محكمة النقض بأن «القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقاري والتوثيق بعد أن بين في المادة ١٥ منه الدعاوى التي يجب تسجيلها ومن بينها دعوى التعاقد على حقوق عقارية نص في المادة السابعة عشر منه على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة في المادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون فيكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل

- أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عينى آخر على عقار أو نقله، وإن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى ولا يحتج على ذلك بأن القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحيفة دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الإستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفته، وهو إستثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه.

نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٢، س ٢٤ ص ٢٧.

(١) نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٧٠ مع أحكام النقض سنة ٢١ ص

الدعوى أو التأشير بها». فإنه من باب أولى يتحقق - الإعلام بالبيع بشهر الحكم كاملا إذ أن هنا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه (١).

وقد أدخل تشريع ٢٥ لسنة ١٩٧٦ تعديلا جوهريا على أحكام المادة ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بإضافته فقرة جديدة إلى المادة ١٦ من تشريع ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وتنص هذه الفقرة على أن «ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام» ومنذ صدور ذلك التعديل لم يعد التأشير بالحكم على صحيفة الدعوى كافيا - لنقل الملكية - وإنما يلزم لنقلها تسجيل الحكم بصحة التعاقد، وأصبحت أهمية تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بالحكم عليها مقصورة على حماية الشخص فى مواجهة الغير بحيث لا يحتج ضده بأى حقوق أشهرت بعد تسجيل صحيفة الدعوى.

وقد صدر تعديل آخر برقم ٦ لسنة ١٩٩١ على أحكام القرار بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر (٢)، فقد أضاف التعديل المادة ٢٤ مكرر وتنص على أن «تحصل موقتا عند شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية أو عند شهر طلب عارض أو طلب تدخل أو طلب إثبات اتفاق، يتضمن صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق أمانة قضائية تورد لخزينة المحكمة المختصة على ذمة شهر الحكم الذى يصدر فى الدعوى أو

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٧٧، صح أحكام النقض من ٢٨ ص ٦٨٠.

(٢) نشر هنا التعديل بالجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر فى ١٢ مارس سنة

الطلب، مقدارها ٢٥٪ من قيمة الرسم النسبي الذي يستحق على شهر الحكم طبقا للقواعد الواردة بالمادة ٢١ من القانون، وتخصم قيمة هذه الأمانة من الرسم النسبي المستحق عن ذلك الشهر. وفي حالة القضاء نهائيا برفض الدعوى وعدم قبولها أو اعتبارها كأن لم تكن أو تركها أو سقوط الخصومة فيها أو في عدم شهر الحكم لتخلف أحد الشروط اللازمة قانونا للشهر والتي لادخل لإرادة طالب الشهر فيها يمضى ماتم من شهر ويعتبر كأن لم يكن وترد الأمانة بغير رسوم».

وقد لجأ المشرع إلى إدخال هنا التعديل لمواجهة ظاهرة إجحام أغلب المتعاملين في الحقوق العينية العقارية وخصوصا عقد البيع عن تسجيل الحقوق التي تلقوها ولجؤهم إلى طريق رفع دعاوى صحة تعاقد، مما أدى إلى تضخم أعداد هذا النوع من القضايا، التي لا تعتبر في ذاتها خصومة حقيقية يتعين على القضاء الفصل فيها، ويؤدي ذلك - من جانب آخر - إلى ضياع الرسوم المستحقة للدولة، أو فيما يشيعه عدم تسجيل هذه التصرفات من زعزعة في أسس الملكية العقارية(١).

وقد نصت المادة ١١ من التعديل على أن «ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره».

والأصل أن أحكام التشريعات لا تسرى إلا على ما يقع من تصرفات وماتكون من مراكز من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون.

أثر فيما وقع قبلها وبذلك لا ينسحب أثر التشريع الجديد على ما يكون قد وقع قبله من إجراءات وتكون من مراكز قانونية، إذ يحكم هذه وتلك التشريع الذي كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية التشريعات (١).

(١) وقد نصت على هذه القاعدة المادة الأولى من تشريع المرافعات بقولها «تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل به».

كما نص التشريع في المادة الثانية على أن «كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك».

وبناء عليه، فإن كل إجراء تم صحيحاً طبقاً للتشريع القديم باستجماعه لما تطلبه من شروط، فإنه يبقى كذلك (صحيحاً) حتى ولو صدر تشريع جديد يضيف شرطاً لم يكن موجوداً من قبل لازماً لصحة هذا الإجراء. وكذلك الأمر إذا كان الإجراء باطلاً للتشريع القديم لتقصه شرطاً من شروط الصحة، فإنه يظل باطلاً حتى ولو جاء التشريع الجديد والتي هذا الشرط الناقص. وذلك أن أعمال التشريع الجديد على ما سبق إتخاذها من إجراءات معناه انسحاب أثره على الماضي أو تطبيقه بأثر رجعي، وهذا لا يجوز كقاعدة عامة.

فدعوى صحة التعاقد التي رفعت قبل تعديل ٦ لسنة ١٩٩١، لم يكن التشريع القديم يشترط شهر صحيفتها لقبولها، ولذلك تظل منظورة أمام القضاء ولا يؤثر فيها ما اشترطه التعديل من ضرورة الشهر. وهذا لا يتعارض مع قاعدة الأثر الفوري للتشريع الجديد والتي بمقتضاها تخضع كل الدعاوى المنظورة أمام القضاء وكذلك الإجراءات اللازمة إتخاذها في سبيل الوصول إلى الحكم في الدعوى للتشريع الجديد. لأن هذه القاعدة تنطبق على الإجراءات اللاحقة على صدور التشريع وعلى بقية الإجراءات اللازمة لصدور الحكم ولكنها لا تنطبق على ماتم من إجراءات أو ما فصل فيه من دعاوى قبل صدور التشريع الجديد.

انظر في ذلك - كتابنا - المدخل للدراسات القانونية - نظرية القانون، سنة ١٩٩٢، ص ١٩٠.

وترتيباً على ماتقدم، فإن دعاوى صحة التعاقد التي كانت مقبولة عند رفعها قبل تاريخ العمل بالتشريع رقم ٦ لسنة ١٩٩١، فلا تخضع لحكم المادة ٢٦ مكرر المضافة بالتعديل ولا للمادة ٦٥ المضافة إلى تشريع المرافعات في فقرتها الثانية والتي تنص على أن «لا تقبل دعاوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشرت صحيفتها»، كما لا تخضع الدعاوى المرفوعة قبل العمل بالتشريع رقم ٦ لسنة ١٩٩١ لحكم المادة ١٠٢ فقرة ثانية المضافة إلى تشريع المرافعات والتي تنص على «ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بالحق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الإتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الإتفاق». أما الدعاوى التي ترفع بعد العمل بالتشريع الجديد فيتعين أولاً شهر صحيفتها لقبولها بحيث يستطيع الخصم الدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم تنشر الصحيفة. ولكن يشترط لإعمال هذه الدفع أن يكون موضوع دعوى صحة ونفاذ العقد إنشاء أو نقل حق من الحقوق العينية العقارية بأن يكون العقد وارداً على:

- ١ - نقل حق ملكية عقار.
- ٢ - حق رقبة أو إنتفاع أو استعمال أو سكنى أو ارتفاق.
- ٣ - العقود التي محلها إنشاء حق عيني عقارى أصلى (كحق السكنى أو الإرتفاع والحكر).

٤ - العقود التي محلها إزالة أو إنهاء حق من الحقوق العينية الأصلية، كأنهاء حق ارتفاق أو سكنى قبل انقضاء المدة.

٥ - العقود المتعلقة بالقسمة بالدعوى المرفوعة بقسمة عقار يتعين شهر صحيفتها.

والدفع بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ العقد دفع شكلي لأنه موجه إلى إجراءات الخصومة ولذلك يتعين إبداءه قبل الدخول في الموضوع. وهو دفع متعلق بالنظام العام لأنه كما تقول المذكرة الإيضاحية للتشريع رقم ٦ لسنة ١٩٩١ «يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة إجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد».

ونظرا لتعلق الدفع بالنظام العام فإنه يجوز إبداءه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أي أنه يجوز إبداءه في مرحلة أول درجة كما يجوز إبداءه في مرحلة الاستئناف، كما أنه ليس بشرط أن يدفع به أحد الخصوم، بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تتعرض له وإذا اتضح لها عدم شهر الصحيفة فإنها تحكم بعدم قبول الدعوى لذلك.

والدفع بعدم القبول لعدم شهر الصحيفة دفع مستقل بذاته عن باقي الدفوع الشكلية كما أنه يستقل عن موضوع الدعوى ذاته، ولذا فإن على من يريد التمسك به أن يبدي أي دفع شكلي آخر قبل إبداء الدفع بعدم الشهر بحيث إذا أبدى هنا الدفع الأخير يسقط حقه في باقي الدفوع الشكلية.

والحكم الصادر من المحكمة بعدم القبول لعدم الشهر يقبل الطعن فيه بمجرد صدور هنا بخلاف الحكم برفض الدفع بعدم القبول، فلا يجوز الطعن فيه إلا بعد صدور حكم من المحكمة في الخصومة إعمالاً لنص المادة ١٢٢ / مرافعات (١).

ولما كان شرط إشهار صحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد لقبولها يعد استثناء خرج به المشرع على القاعدة العامة، فإن هنا الشرط يعتبر بمثابة قيد على حق الإلتجاء إلى القضاء ولذلك فيتعين مراعاة تفسيره تفسيراً ضيقاً ولا يجوز التوسع فيه ولو بالقياس عليه.

كما يتعين - ثانياً - عند رفع دعوى صحة ونفاذ العقد - طبقاً للتشريع الجديد - سداد ٢٥٪ من قيمة الرسم المستحق عند شهر الحكم الذي يصدر في الدعوى والذي يقوم مقام تسجيل العقد. وقد نصت على ذلك المادة ٢٤ مكرر المضافة إلى تشريع رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص برسوم التوثيق والشهر.

وهذه الأمانة التي تدفع عند شهر الصحيفة تحسب فيما بعد من قيمة الراسم النسبي المستحق عند شهر الحكم الصادر في الدعوى وتسجيله. وقد اشترط المشرع إيداع هذه الأمانة خزائنة المحكمة كشرط وضمنان لجدية رفع الدعوى، إذ أن العمل قد بين قبل هذا التعديل أن الأغلبية من المتعاقدين تلجأ إلى هذه الدعوى بدلا من

(١) انظر في ذلك - دعوى صحة التعاقد في ظل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ للمستشار يعقوب اسماعيل، مجلة القضاء الفصليّة، العدد الأول من ٢٥، يناير - يونيو - ١٩٩٢، ص ٦٢.

خوض إجراءات التسجيل، حتى أن مجموع مثل هذه الدعاوى قد جاوز مجموع أى نوع آخر من الدعاوى. فلذلك تدخل المشرع وفرض دفع هذه النسبة عند شهر الصحيفة حتى لا يقدم على هذه الدعوى إلا الراغب فعلا فى إنهاء إجراءات التسجيل، كما أن هذه النسبة متجبر، رافع الدعوى على الإستمرار فيها إلى صدور الحكم ثم شهر هنا الحكم ليقوم مقام تسجيل العقد.

وقد بينت المادة ٢٤ مكرر مصير هذه الأمانة المودعة خزانة المحكمة. ففى حالة الحكم بقبول دعوى صحة ونفاذ العقد ويصدر حكم بذلك، فإن مودع هذه الأمانة يقوم بخصم قيمتها من قيمة الرسم النسبى المستحق على الحق العينى عند شهر الحكم.

وأما فى حالة الحكم برفض الدعوى وعدم قبولها أو اعتبارها كأن لم تكن أو إذا ترك الخصم الخصومة أو سقطت، أو فى حالة عدم شهر الحكم فى الدعوى بعد صدوره نظرا لتخلف أحد المررط اللازمة قانونا لشهره - وقد اشترطت المادة ألا يكون أطالب الشهر دخل فى ذلك - ففى كل ما تقدم ترد الأمانة إلى مودعها بغير خصومات أو رسوم (١).

(١) وقد نصت المادة ٢٤ مكرر فى عجزها على ذلك بقولها «وترد الأمانة بغير رسوم» حتى لاتخضع هذه الأمانة لحكم المادة ٢٩ من تشريع ٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالتوثيق والشهر والتي تنص على أن «إذا حال دون إتمام إجراءات شهر المحررات وفاة أو صدور قانون جديد يرد ٧٥٪ من الرسوم النسبية التى حصلت عنها» لأنه إذا كانت هذه المادة قد حددت مسبين فقط إذا حالا دون إتمام الإجراءات يخصم ٢٥٪ من قيمة الرسوم المتحصلة وهما الوفاة أو صدور قانون جديد: فإننا نعتقد فى أن المشرع أراد بنهاية نص المادة ٢٤ مكرر قطع الطريق إلى أى تفكير فى أعمال حكم المادة ٢٩ على الأمانة الواردة بالمادة ٢٤ مكرر.

ولم تبين المادة مصير الأمانة في الحالة التي يتخلف فيها شهر الحكم في دعوى صحة ونفاذ العقد ولكن بسبب يرجع إلى طالب الشهر. كأن يتراخى في القيام بإجراءات الشهر أو لا يقوم به إلا بعد فوات المدة القانونية المقررة للشهر.

فهل يسقط حق طالب الشهر في استرداد الأمانة المودعة، بمعنى أننا نطبق عليه حكم المادة ٢٠ من تشريع ٧٠ لسنة ١٩٦٤ والتي تنص على أن «لا يترتب على بطلان المحررات أيا كان نوعها رد شيء من الرسوم على اختلاف أنواعها بأى حال من الأحوال ولا يرد أى رسم حصل بالتطبيق لأحكام هذا القانون إلا فى الأحوال المنصوص عليها صراحة فيه ولو عدل أصحاب الشأن عن السير فى الإجراء الذى حصل عنه الرسم».

فهل نقيس عدم إتمام إجراءات شهر الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ العقد لسبب يرجع إلى طالب الشهر على حالة بطلان المحرر لأى سبب من الأسباب وبذلك لا يكون من حقه استرداد أى شيء من الأمانة المودعة.

ونحن نعتقد فى أن ذلك قياساً مع الفارق، لأن المادة ٢٠ تتحدث عن بطلان المحرر وليس عن تخلف شرط من الشروط اللازمة لشهر المحرر، إذ الفرض - فى المادة ٢٤ مكرر أن جميع المحررات اللازمة لشهر المحرر موضوع دعوى الصحة والنفاذ صحيحة ولا بطلان فيها، وكل ما فى الأمر أن الشهر لم يتم بسبب يرجع إلى طالبه قد يتمثل فى تقاعسه أو إهماله فى القيام به، أى أن السبب بعيد عن بطلان محرر من المحررات المطلوبة للشهر. ولذلك

لا مجال لإعمال حكم المادة ٣٠ من تشريع ٧٠ لسنة ١٩٦٤. فضلا عن أن الأخذ بحكم هذه المادة فيه إجحاف بالغ بطالب الشهر، نظرا لأن قيمة الأمانة المودعة وهي ٢٥٪ من قيمة الرسم النسبي المستحق تكون - في الغالب - ضخمة والقول بعدم حق الطالب في استردادها فيه غبن وظلم له. ولذلك، نرى حق طالب الشهر في استرداد الأمانة حتى في الحالة التي يتخلف فيها الشهر بسبب يرجع إليه ولكن بعد إجراء خصم معين من الأمانة يتمثل في نسبة ٢٥٪ منها الواردة بالمادة ٢٩ من ذات التشريع (١) وقد يتمثل في خصم رسوم تقدرها المحكمة.

ويلاحظ بشكل عام، أن حق طالب الشهر في دعوى الصحة والنفاز في استرداد الأمانة التي أودعها خزانة المحكمة، يسقط بمضى ثلاث سنوات من تاريخ إيداعها وذلك بالقياس على حكم المادة ٣١ من ذات التشريع التي تنص بان «يسقط الحق في استرداد ما يتحصل من الرسوم بغير وجه حق بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ الدفع».

وكقاعدة عامة لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع مدة معينة يتعين رفعها خلالها وبذلك فهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم حتى ولو انقضت مدته الطويلة، ويحق لمن له مصلحة في هذه الدعوى رفعها في أي وقت يريد. وقضت في ذلك محكمة النقض بأنه «من أحكام البيع المقرر في المادتين ٢٦٦، ٣٠٠ من القانون المدني القديم والمادة ٤٣٩ من القانون القائم التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في

(١) مشار إليها في الهامش السابق.

الإنشاع بالمبيع أو منازعته فيه، وهذا الإلتزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع أبدا التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، وينتقل هذا الإلتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع، إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية. وفق ماجرى به قضاء هذه المحكمة، ولما كان الدفع من البائعة - ومن ورثتها من بعدها - بسقوط حق الطاعنة بالتقادم لعودها عن رفع دعواها بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من الورثة أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور هذا العقد، هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على ورثة البائعة مقدمى هذا الدفع بمقتضى الزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول هذا الدفع وبرفض الدعوى على أساس أن حق الطاعنة فى طلب صحة ونفاذ العقد قد سقط بالتقادم يكون مخالفا للقانون بما يستوجب نقضه (١).

ويلاحظ أن الأساس الذى استندت إليه المحكمة فيما ذهبت إليه يكمن فى اعتبار دعوى صحة ونفاذ العقد تنفيذا لإلتزام البائع بضمان علم التعرض، ولما كان هذا الإلتزام أبديا ودائما ولايسقط بمضى المدة، فإنه - ونتيجة لذلك - لانسقط دعوى صحة ونفاذ

(١) نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٦٩، مع أحكام النقض من ٢٠ ص

العقد بمضى المدة حتى الطويلة (١)، (٢) وهذه الميزة يستتبع منها المشتري وورثته كما يلتزم بهذا الإلتزام البائع وورثته.

ويلاحظ - أن هناك إتجاها في الفقه يذهب إلى عكس ذلك حيث يرى أن دعوى صحة التعاقد تتقدم بمضى خمس عشرة سنة، يبدأ سريانها من وقت صدور البيع، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (٢).

ويلاحظ - من جانب آخر - أنه قد يتمتع على المشتري أو ورثته رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع وذلك في الحالة التي قد يكتسب فيها البائع أو ورثته للعقار المبيع بالتقدم المكسب.

(١) ويؤسها البعض على أن دعوى صحة التعاقد هي دعوى استحقاق مآلا وذلك يجوز رفعها في أى وقت متى توافرت شروطها ولايجوز دفعها بالتقدم المسقط.

(د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٤٥١).

(٢) ويلاحظ أن للبائع الحق في إبداء الدفوع التي يراها فيما يتعلق بانتضاء الخصومة أو بأى عمل إجرائي وهنا ينطبق على هذه الدعوى أيضا وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن «...» ولما كان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع في مفهوم المادة ٤٢٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكس على المشتري حقه في حيازة المبيع والإنتفاع به. فلا يدخل في ذلك ما يبديه البائع في دعوى صحة التعاقد التي يقيمها عليه المشتري من دفوع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو إنتضانها بمضى المدة إذ لا يعتبر هنا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع ...

نقض مدنى في ٢١ يناير سنة ١٩٨٠. طعن رقم ١٤٥١ سنة ٤٨ ق.

مجموعة الشريينى، ج ٧ سنة ١٩٨٠، ص ١٥٤.

(٢) السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٢٧.

الحالة وإن كان من النادر حدوثها إلا أنه يمكن تصورهما، بأن ينكر البائع أو ورثته على المشتري الحق في تملك المبيع بالمقد الإبتدائي ويظهرون إنكارهم، ثم يظهرون وضع يدهم على العقار بنية تملكه أو في الحالة التي تعود حيازة الشيء المبيع إلى البائع بعد أن انتقلت إلى المشتري بعقد ابتدائي، ففي هذه الحالة والتي قبلها إذا استمر وضع اليد خمس عشرة سنة، فلا يحق للمشتري بعد ذلك رفع دعوى صحة ونفاذ ولكن ليس لأن الدعوى تقادمت بمضى المدة الطويلة، وإنما لأن البائع أو ورثته قد اكتسبوا العقار بسبب آخر صحيح وقانوني (١).

ولكن يتعين - في كل الأحوال - أن تتوفر للبائع أو لورثته شروط وضع اليد المكسب للتقادم وقد بينتها محكمة النقض

(١) قريب من ذلك د. محمد لبيب شنب، مجدى صبحي، شرح أحكام عقد البيع، القاهرة، سنة ١٩٦٨، ص ٢٠٠، وجاء به «إن البائع في تمسكه باكتساب الملكية بعد البيع إنما يدعى حقا اكتسبه بنص القانون، ومن ثم لا يعتبر عمله من قبيل التعرض ذلك أن الإلتزام بضمان التعرض يعنى حرمان البائع من إتيان أي عمل قد يمس بحق المشتري، وإنما ينصب الضمان فقط على ما قد يأتيه البائع من أعمال تتعارض مع التزامه ولا يعتبر عمل البائع كذلك إذا كان يستند فيه إلى حق سواء استمد هذا الحق من نص القانون كإكتساب الملكية ... أو استمد هذا الحق من العقد كأن يقوم بالتنفيذ على المبيع استيفاء للثمن أو أن يطالب بإعلان العقد أو بإبطاله أو بفسخه إذا تضمن المقد سببا يسوغ ذلك».

وانظر في طبيعة الإلتزام بالضمان:

BERNARD - GROSS, la notion d'obligation de garantie
dans le droit des contrats these, 1964.

وهذه الحالة وإن كان من النادر حدوثها إلا أنه يمكن تصورهما، بأن ينكر البائع أو ورثته على المشتري الحق في تملك المبيع بالعقد الابتدائي ويظهرون إنكارهم، ثم يظهرون وضع يدهم على العقار بنية تملكه أو في الحالة التي تعود حيازة الشيء المبيع إلى البائع بعد أن انتقلت إلى المشتري بعقد ابتدائي، ففي هذه الحالة والتي قبلها إذا استمر وضع اليد خمس عشرة سنة، فلا يحق للمشتري بعد ذلك رفع دعوى صحة ونفاذ ولكن ليس لأن الدعوى تقادمت بمضي المدة الطويلة، وإنما لأن البائع أو ورثته قد اكتسبوا العقار بسبب آخر صحيح وقانوني (١).

ولكن يتعين - في كل الأحوال - أن تتوافر للبائع أو لورثته شروط وضع اليد المكسب للتقادم وقد بينتها محكمة النقض

(١) قريب من ذلك د. محمد لبيب شنب، مجدى سبحي، شرح أحكام عقد البيع، القاهرة، سنة ١٩٦٨، ص ٢٠٠، وجاء به «إن البائع في تمسكه باكتساب الملكية بعد البيع إنما يدعى حقا اكتسبه بنص القانون، ومن ثم لا يعتبر عمله من قبيل التعرض ذلك أن الإلتزام بضمان التعرض يعنى حرمان البائع من إتيان أى عمل قد يمس بحق المشتري، وإنما ينصب الضمان فقط على ما قد يأتيه البائع من أعمال تتعارض مع التزامه . ولا يعتبر عمل البائع كذلك إذا كان يستند فيه إلى حق سواء استمد هذا الحق من نص القانون كإكتساب الملكية ... أو استمد هذا الحق من العقد كأن يقوم بالتنفيذ على المبيع استيفاء للثمن أو أن يطالب ببطالان العقد أو بإبطاله أو بفسخه إذا تضمن العقد سببا يسوغ ذلك».

وانظر في طبيعة الإلتزام بالضمان:

فى حكم لها «بأن الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل مكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخطأ أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الإستمرار فى إستعمال الشئ بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى إستعماله، إلا أنه لايشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين إنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط التى يتطلبها القانون ولاسبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب مافىء» (١). (٢).

(١) نقض مدنى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٧٨، مع أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٧٠٨.

(٢) وفيما يلى نموذج صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد بيع عقار:

انه فى يوم
بناء على طلب (أ) ومهنته وجنسيته ومقيم
..... وموطنه المختار مكتب الأستاذ المحامى وعنوانه
أنا المحضر من محكمة الجزئية قد انتقلت فى
التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة (ب) ومهنته وجنسيته
..... ومقيم مخاطبا مع وأعلنته بالآتى:
بموجب عقد عرفى مؤرخ فى باع المعلن إليه إلى الطالب
العقار - ويذكر بياناته - وذلك بشمن وقدره دفع منه مبلغ
..... بتاريخ واشترط دفع الباقي عند التوقيع على العقد النهائى
بمكتب توثيق فى مدة أصاها
وحيث أن الطالب بعد أن استوفى إجراءات العقد اعذر المعلن إليه
بالحضور لمكتب توثيق بمصلحة الشهر العقارى يوم الساعة
..... للتوقيع عليه وتسلم باقى الثمن ولكنه تخلف عن الحضور وأخذ
يراوغ الطالب فى تنفيذ ما اتفق عليه.

مدى حجية الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد:

يثار تساؤل فى النهاية - حول الحجية التى يتمتع بها الحكم فى دعوى صحة التعاقد. هل هى حجية مطلقة تمنع الطعن على العقد محل الدعوى بأى سبب من أسباب الطعن؟ أم هل هى حجية نسبية لا تحول دون مهاجمة العقد بأى طريق من الطرق؟

بالنظر إلى دعوى صحة التعاقد ودور القاضى فيها يمكننا الإجابة على هذا التساؤل. فهذه الدعوى موضوعية يلعب فيها القاضى دورا واسعا فى التأكد صحة ومشروعية العقد محلها، وهذا يتطلب منه التأكد من خلوه من أسباب البطلان سواء تلك التى يثيرها الخصوم أم التى يسكتون عنها، فالمحكمة لا تقضى بصحة ونفاذ العقد إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن العقد صحيح ونافذ. أى أن هذه الدعوى تتطلب من القاضى الفصل فى أمر صحة أو بطلان العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه. فالهدف الحقيقى من دعوى

- وحيث أنه يحق للطالب رفع هذه الدعوى ضد المعلن إليه طالبا الحكم بصحة ونفاذ العقد المذكور.

لذلك

أنا المحضر سالف الذكر. قد أعلنت المعلن له بصورة من هنا وكلفته بالحضور أمام محكمة ... الكائنة ... بجلستها التى ستعقد علنا يوم ... الساعة الثامنة صباحا لسماع الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المورخ ... والخاص ببيع العقار المبين بالمطام والحدود بصدر هذه العريضة لصالح المدعى وجعله بمثابة سند التمليك الناقل للملكية والقابل للشهر مع تسليم الطالب المقار المبيع والزام المعلن له بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ المعجل وبلا كفالة.

(شوقى وهبه، وفهمى مشرقى - المرجع السابق - ص ٥٩٠).

صحة ونفاذ ليس فقط إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً جبرياً، وإنما أيضاً الحصول على حكم بصحة العقد محل الدعوى (١)، وهذا يقتضى من القاضى البحث فى صحة الأوراق المثبتة للتصرف وخلوها من أسباب البطلان. فعليه - مثلاً - أن يتأكد من ملكية البائع للشيء المبيع وأنه لا يبيع ملك الغير، كما يتأكد من أهلية كل من البائع والمشتري وصلاحيتهما لإبرام العقد، وغير ذلك من الأسباب التى قد تبطل التصرف.

وقد أخذ القضاء المصرى بمفهوم الحجية المطلقة للحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ العقد ومنع مهاجمة العقد مرة ثانية بعد صدور الحكم. وفى ذلك تقضى محكمة النقض بأن «الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام قيام العقد المسجل فى نقل الملكية، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد، وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبدائه فى تلك الدعوى، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة يبطلان العقد إستناداً إلى هذا السبب إذ المحكمة لا تتف عند رفض أسباب البطلان الموجهة إلى

(١) د. محمد زهره، نطاق حجية الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة، العدد الثالث، سنة ١٩٨٥، ص ١٨١.

العقد، بل إنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد، ولا تنضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ(١).

والتول بالحجية المطلقة للحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ العقد يرد عليه - فى رأينا - إستثناء هام يتعلق بالحالة التى يبيع فيها البائع ملك غيره - إذ - كما رأينا - أن بيع ملك الغير يكون قابلاً للإبطال من المالك الحقيقى سواء أسجل العقد أم لم يسجل. كما نصت على ذلك المادة ١/٤٦٦ مدنى. وما دام الحكم الصادر فى الدعوى يقوم مقام التسجيل فإنه يأخذ ذات الحكم. بمعنى أن الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد بيع عقار. لا يصحح البيع إذا كان البائع غير مالك للمبيع. وبذلك لا يحول دون مهاجمة العقد مرة ثانية من جانب المالك الحقيقى على الرغم من صدور الحكم. هذا على فرض أن المحكمة لم تتعرض لذلك قبل إصدارها للحكم بصحة ونفاذ العقد.

(١) نقض مدنى فى ٢١ ابريل سنة ١٩٦٦. مع أحكام النقض. س ١٧. ص ٨٩٩. رقم ١٢٢.

المطلب الثالث

دعوى الفسخ

إذا امتنع البائع عن تسليم الشيء المبيع أو المشتري عن دفع الثمن أو غير ذلك، جاز لكل منهما أن يرفع دعوى الفسخ إن أراد ذلك ولم يتمسك بالتعاقد.

ومدة سقوط هذه الدعوى العادية أى خمس عشرة سنة.

وستتناول فيما يلى دعوى الفسخ عامة سواء من قبل المشتري أو من قبل البائع.

يجوز فى عقود البيع إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ العقد أو بفسخه، وهذه وسيلة من الوسائل التى تساعد الدائن على إكراه المدين للوفاء بالتزامه قبل الدائن.

الفسخ القضائى:

هو الذى يطالب به الدائن أمام القضاء دون أن يكون منصوفا عليه فى العقد.

شروط استعمال حق الفسخ القضائى:

(أ) أن يمتنع أحد المتعاقدين على الوفاء بالتزامه بدون سبب مشروع مع إمكانه الوفاء، فإذا كان امتناعه لسبب مشروع لم يجز الفسخ كأن يكون التزامه معلقا على أجل لم يحل بعد أو أن يكون

الدائن نفسه ممتنعا عن الوفاء بالتزامه هو، إذ بدون ذلك يكون الطرف الآخر محقا في الإمتناع عن تنفيذ التزامه (١). إذ يجب أن يكون الدائن المطالب بالفسخ قد نفذ التزامه أو على استعداد لتنفيذ التزامه، وعلى طالب الفسخ إثبات تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه سواء أكان البائع أم المشتري، فإذا طلبه البائع كان عليه إثبات تقصير المشتري في دفع الثمن أو تأخيره عن الدفع (٢) أو أنه تأخر

(١) قضت محكمة النقض بأن «إذا كان الطاعن قد اعتمد في دفاعه على أن عدم قيامه بتسليم المبيع يرجع إلى أن المطعون عليه لم يبد استعدادا لدفع الثمن قبل التسليم وبذلك يكون المطعون عليه هو المقصر وتقع عليه تبعه التقصير وكانت المحكمة إذا طرححت هنا الدفاع قد قررت أن محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد أظهر استعداده لتسليم المبيع، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب المطعون عليه بدفع الثمن قبل التسليم، هنا فضلا عن أن المطعون عليه قد قرر بإنذاره الذي أعلنه للطاعن أنه على إستعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه، ومع ذلك لم يتم الطاعن بتنفيذ التزامه، فإن هنا الذي قررت المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور».

نقض مدني في ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مج أحكام النقض س ٤ ص ٢٢٢ رقم ٢٨.

انظر في نفس المعنى: نقض مدني ٢٨ ابريل سنة ١٩٧٥، مج أحكام النقض س ٢٦ ص ٨٤٠ رقم ١٦٤.

(٢) ولا يبد المشتري مخلا بالتزامه بدفع الثمن إذا عرض باقى الثمن على البائع أمام محكمة أول درجة، وفي ذلك قضت محكمة النقض في ٢٨ مارس سنة ١٩٦٢، بأن «إذا كان الثابت من بيانات الحكيم، أن عرض المطعون عليهما باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وظلا متمسكين بهذا العرض في مواجعتهم برغم رضهم قبوله، فإن ذلك يبد بمثابة عرض أبدي أمام المحكمة حال

في تسلّم المبيع (١). وإذا طلبه المشتري كان عليه إثبات تقصير البائع في نقل ملكيته (٢) أو أنه أخل بالتزامه بالضامن.

(ب) أن يكون المتعاقد قادرا على أن يعيد الحالة إلى ماكانت عليه أولا، فإذا كان رد الحالة إلى أصلها كما كانت قبل التعاقد غير ممكن لم يكن للدائن أن يطالب بالفسخ، فإذا اشترى شخص شيئا ما ثم تصرف فيه لا يستطيع طلب الفسخ لأنه لا يستطيع أن يرد الحالة إلى ماكانت عليه.

- المرافعة ولايلزم بصحته إتخاذ إجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ مرافعات.

مج أحكام النقض من ١٤ من ٢٩٨ رقم ٦٢.
وانظر أيضا نقض مدني في ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩. مج أحكام النقض من ٣٠ من ٢٨٥. رقم ٧٥ وقد جاء فيه أن «الشرط الذي يجعل العرض والإيداع غير مبريء للثمة هو ما لا يكون للمدين حق في فرضه. ومن ثم فإن إيداع المطعون ضدهما (المشتريين) باقي الثمن مع اشتراط عدم صرفه للطاعنة (البائعة) إلا بعد التوقيع على العقد النهائي ضيقا لنصوص عقد البيع لا يؤثر على صحة العرض والإيداع ويبريء ذمتها من باقي الثمن. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى أن الشرط الصريح الفاسخ لم يتحقق لعدم تمام الإعذار فإن أمر الفسخ في هذه الحالة يكون خاضعا لتقدير محكمة الموضوع. ويشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى.

(1) Cass. Civ. 9 - Mars - 1983. J.C.P., 1984, 11, 20295
et note COURBE.

٢+

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن «الفسخ في العقد الملزم للجانبين يعتبر واقعا باستحالة تنفيذه، ويكون تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية مستحيلا على الباي لخروج المبيع من ملكه بانتقال ملكية الأطنان المبيعة إلى الغير بعقد يب سجل، ويجعله ذلك مسنولا عن رد الثمن، ولا يبقى له بعد ذلك إلا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الإمتحالة بتقصيره.

نقض مدني في ٢ يونيو سنة ١٩٧١. مج أحكام النقض من ٢٢ من ٧٢٤ رأ

(ج) يجب أن يكون هناك إغثار عن طلب الفسخ إلى المتعاقد الآخر مالم يتفق على غير ذلك أو ينص القانون على غيره، وقد نصت على ذلك المادة ١/١٥٧ مدني بقولها أنه «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إغثاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض». .

(د) ألا يكون الطالب قد نزل صراحة أو ضمنا عن حقه في طلب الفسخ وقضت في ذلك محكمة النقض بأن «ولئن كان للبائع أن يطالب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشتري إلتزامه بوفاء باقي الثمن عملا بنص المادة ١/١٥٧ إلا أن حقه في الفسخ يسقط إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا وإذا كان يبين مما أورده الحكم أنه قد امتخلص لأسباب مانعة أن الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بياقي الثمن نفذ به على العين المباعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها، فإن محاولة الطاعن في ذلك لا تعد أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع (١)» .

أحكام الفسخ:

(أ) الفسخ حق اختياري للمتعاقد فله أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه (٢) وليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(١) نقض مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٧٥، مج أحكام النقض س ٢٦ ص ١٠٧٢ رقم ٢٠٤ .

(٢) انظر نقض مدني ١١ ديسمبر ١٩٧٩، مج أحكام النقض س ٢٠ عدد ٢ ص ٢٢٤ رقم ٢٨٠ .

وقد جاء فيه أن «الفسخ يعتبر واقعا في العقد الملزم للجانبين باستحالة -

(ب) الحكم بالفسخ أمر تقديرى للقاضى، ولهذا أن يمنح المشتري أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، فيقضى مثلا بأن العقد يفسخ إذا لم يوف المشتري بالثمن فى ظرف كذا . . . كما له أن يرفض الفسخ إذا كان الجزء الباقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للثمن فى جملة، ويجب فى كل الأحوال أن يسبب القاضى حكمه بالفسخ أو بعدمه تسببا كافيا(١).

(ج) إذا فسخ العقد تعاد الحالة إلى ماكانت عليه قبل التعاقد، فإذا كان هنالك بيع رد الثمن إلى المشتري والشئ المبيع إلى البائع، فإذا استحال رد الحالة إلى ماكانت عليه قبل الحكم بالفسخ بأن تعدد المدين مثلا ألا يرد ما استلم من الدائن جاز الحكم بالتعويض.

الفسخ بحكم القانون:

ينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين، كأن يكون ملتزما بتسليم شئ ثم هلك، وبناء على ذلك

- تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه. كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنا فى حالة طلب المشتري رد الثمن تأسيسا على إخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه، وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ».

(١) وقضت فى ذلك، محكمة النقض بأن «الحكم يكون معيبا بالتصور فى التسبب إذا قضى بفسخ عقد البيع وبرد مادمه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان - الباعان - المقضى ضدهما بالفسخ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالا يستوجب الفسخ» . . .
نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥، مع أحكام النقض من ٢٦ ص

تنقضُ التزامات الطرف الآخر دون حاجة إلى إغثار أو حكم قضائي، ولكن ليس معنى هذا أن القضاء يكون بمنأى عن العقد، بل قد يترافع الطرفان أمام القاضي لإثبات استحالة التنفيذ، فعلى القاضي أن يستوثق من هذه الواقعة، وصى وضحت له حكم بالفسخ، وليس له خيار في ذلك.

وهناك حالة خاصة بالنسبة لفسخ عقود البيع بالنسبة للعروض نصت عليها المادة ٤٦١ «في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إغثار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا إختار الباع ذلك مالم يوجد اتفاق على غيره، ولا بد أن يعلن الباع رغبته في تسليم المبيع في المكان المعين لذلك حتى يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إغثار أو حكم قضائي^(١)، ومعنى اعتبار البيع مفسوخا أن الباع يملك التصرف في المبيع مرة ثانية ولا مسئولية عليه وله الحق في الرجوع على المشتري بالتعويض^(٢)».

(١) الإسكندرية الإبتنائية التجارية الأهلية ١٦ مارس سنة ١٩٤٠ المحطامة ص ٢٠ رقم ١٤٠٧ - ٦٦٦.

(٢) انظر نقض مدني ١٩٨١/٥/٤، مج أحكام النقض ص ٢٢ ص ١٢٦٦ رقم ٢٤٨.

وقد جاء فيه «إنه ولنن كانت ملكية الأسهم تنتقل من الباع إلى المشتري بمجرد الاتفاق بينهما على ذلك مادامت الأسهم المبيعة تتمين بالذات طبقا للمادة ٢٠٤ مدني ... وكانت المادة ٢٩ من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الإسمية في دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد على حرية تداولها وجعلت من هذا القيد مانعا لإثبات ملكيتها والتنازل عنها إلا أن النص في المادة ٤٦١ مدني على أنه «في بيع -

وإذا قام المشتري بدفع الثمن ولم يتم بالتسليم فلا يعتبر البيع مفسوخا بقوة القانون وإنما يتعين على البائع إتباع القواعد العامة فيعذر المشتري لتسلم المبيع ثم يرفع دعوى للحصول على حكم بالفسخ.

ولا يمنع الفسخ من الحكم بتعويض إذا كانت الإمتحالة من فعل المدين ذاته.

أما إذا كانت بقوة قاهرة مثلا فلا تعويض، وإنما يكفي بسقوط الإلتزام المقابل، وهنا تطبق أحكام تبعة الهلاك.

الفسخ الإتفاقي:

نصت المادة ١٥٨ مدنى على أن «يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه».

- العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره» يدل على أنه فى حالة بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ولم يدفع المشتري الثمن فى الميعاد، فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخا بدون حاجة إلى إعذار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنس القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن فى حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ويحل له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هنا النص بضيقة عامة تدل على أن حكمه مطلق، ومن ثم فينصرف إلى البيع سواء أكان مدنيا أم تجاريا».

فنعلم يتفق المتعاقدان على أن يقع الفسخ إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه كله أو بعضه، فإن وقوع الفسخ يكون بغير إقرار حكم قضائي فهنا يقع الفسخ حتماً، فإذا تنازع الطرفان إلى ناضي وجب عليه أن يقضى به، أي أن سلطته هنا مقيدة وليس له منح المدين أجلاً (١).

فإذا اتفق على أن الفسخ يكون بعد الإقرار لم يجب الحكم به بعد هذا الإقرار، وقد لا يحتاج أحد المتعاقدين إلى رفع دعوى لفسخ وذلك في حالة النص صراحة في العقد على أن يعتبر نسخاً من تلقاء نفسه بمجرد التأخر في الوفاء بالتزام معين دون حاجة إلى إقرار أو حكم قضائي (٢). وإذا انتهى النص في العقد

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض «إن الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إقرار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه.

نقض مدني في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٨١، مج أحكام النقض س ٢٢ ص ٢٠٥٢ رقم ٢٧١.

(٢) وقضت في ذلك محكمة النقض بأن «فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتماً بمجرد إخلال المدين بالتزام الذي يترتب عليه الفسخ ولا يقتضى رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به ويكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين والمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع بالفسخ في أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري».

نقض مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٢، مج أحكام النقض س ٢٢ ص ٥٦٦ رقم ١٠٦.

على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم متى تأخر
المشتري مثلا عن سداد الثمن، فإن مؤدى ذلك عدم وقوع الفسخ إلا
بحكم من القضاء (١).

(١) ولا بد أن تكون صيغة الإتفاق قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن
تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له.
نقض مدنى فى ١١/٥/١٩٨٨، مع أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٩٤٤.
رقم ١٥٤.

نظام الشهر العقاري ونقل ملكية العقار المبيع

الحقوق العقارية، ومنها حق الملكية لا تنتقل وحدها بالتصرف الناقل للملك (البيع مثلا) بل بالتسجيل سواء أكان ذلك بالنسبة للعلاقة بين البائع والمشتري أو بالنسبة للاحتجاج بعقد البيع على الغير ممن ترتب لهم حقوق على العقار المبيع.

مثال ذلك (أ) باع إلى (ب) عقارا في أول يناير سنة ١٩٩٠، ولم يسجل عقد البيع، يعتبر (ب) غير مالك وتظل الملكية على اسم صاحبها الأصلي الذي هو (أ) حتى بالنسبة لمن باع له وهو (ب).

(أ) باع إلى (ج) في أول يناير سنة ١٩١١ نفس العقار ولكن عقد البيع سجل. تنتقل الملكية من (أ) إلى (ج) رغم أن عقد شراؤه متأخر التاريخ عن عقد شراء (ب).

أ + ب متعاقدان لا تنتقل الملكية بينهما.

وهذا معنى قولنا : لا تنتقل الملكية بين المتعاقدين إلا بالتسجيل.

(ج) يعتبر بالنسبة إلى (ب) من الغير لأنه ليس متعاقدًا

معه .

(ب) في نظر (ج) ليس مالكا. وهذا معنى قولنا لا تنتقل الملكية بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. (ج) الذي سجل عقد شراؤه

يعتبر في نظر (أ) وهو الذي باع له - مالكا فتنقل الملكية بين المتعاقدين (بين أ - و ج) بالتسجيل.

يعتبر (ج) مالكا في نظر جميع الناس (الغير) ومنهم (ب) المشتري الأول لأنه بالنسبة إلى (ج) من الغير (١).

التوثيق والشهر:

التوثيق هو كتابة العقد على يد موظف رسمي اسمه الموثق. وهو ليس طريقا من طرق الشهر (العلائية) ولكنه طريق من طرق الإمتيثاق أى التأكد من أن العقد كتب ووقع عليه أمام الموظف الرسمي المختص.

والتوثيق لاينقل الملك. فالملك فى المنقولات ينتقل بمجرد الإتفاق ولو لم يوثق العقد. والملك فى العقار لاينقل الملك إلا بالتسجيل ولو وثق العقد.

والتوثيق منه ماهو الزامى فإذا لم يحدث لم يترتب على العقد أثر. ومنه ماهو إختيارى ولايعنو أثره إلا تفادى الطعن فى العقد بالتزوير وإنكار التوقيع بطريقة سهلة وتنفيذ العقد الموثق من غير اللجوء إلى القضاء فى أكثر من حالة. والمحركات واجبة التوثيق ليست هى عقود البيع فقط بل توجد محركات كثيرة واجبة التوثيق، وإلا فإن آثارها أو بعض آثارها لاتتحقق. ومن بين المحركات واجبة التوثيق:

١ - عقد الرهن الرسمى.

- ٢ - عقد هبة المنقول إذا لم يتم بالتقبض.
- ٣ - عقد هبة العقار.
- ٤ - عقد الوعد بالهبة منقولا أو عقارا.
- ٥ - عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
- ٦ - عقد الإيجار إذا زادت مدته عن تسع سنوات. وإذا لم يسجل كان غير نافذ في حق الغير (مشتري العقار مثلا) في المدة الزائدة عن السنوات التسع.

الشهر:

يقصد بالشهر العلانية وجميع الحقوق العينية العقارية واجبة الشهر. كما أن هنالك من العقود ما يجب شهره وإن لم يكن حقا عينيا عقاريا كالإيجار الذي يزيد على تسع سنوات وذلك تفاديا من إدعاء البائع فيما بعد، بأنه قبل أن يبيع كان قد أجر المنزل عشرين سنة ... فيضيع على المشتري الفائدة.

والشهر يكون للحقوق العينية العقارية وللحقوق الشخصية التي تنتهي إلى نقل حق عيني أو إنشائه أو انقضائه. مثال ذلك:

شخص ورث عن أبيه منزلا. هو صاحب حق عيني على العقار من غير عقد بيع من المورث إلى الوارث. ولكنه مالك ومع ذلك فلا يستطيع أن يتصرف في العقار إلا إذا شهر حق الإرث.

شخص اشترى من آخر منزلا. قبل التسجيل لا يعتبر مالكا. يقوم بشهر عقد البيع مع أن العقود لا تولد إلا التزامات (١).

(١) د. مختار القاضى - المرجع السابق - ص ١٠٨.

طرق الشهر:

هي ثلاثة:

التسجيل.

القييد.

التأشير على هامش القيد.

التسجيل :

لا يكون التسجيل إلا بالنسبة للحقوق العينية العقارية الأصلية، أو الناقلة لحق عيني أصلي، أو الدعاوى المتصلة بالنزاع على حق عيني عقارى أصلي، أو الأحكام الصادرة فى حق عيني عقارى أصلي، وعلى الرغم من الأهمية المصطاة للتسجيل إذ لا تنتقل ملكية العقار إلى المشتري إلا به، فإنه لا يعتبر ركنا فى العقد ولا شرطا لصحته وإنما هو إجراء لازم لتنفيذ الإلتزام بنقل الملكية. فما يتوقف على التسجيل هو أثر البيع المتعلق بنقل حق عيني أصلي. والحقوق العينية العقارية الأصلية هي:

حق الملكية.

حق الإنتفاع الواقع على عقار.

حق الإرتفاق (وهو دائما عقارى).

حق الحكر (وهو دائما عقارى).

وقد مر نظام التسجيل والشهر فى مصر بمراحل تطور

بدأت بالفترة السابقة على صدور التقنين المدنى القديم حيث لم يكن هناك نظام للشهر، وإن وجد نظام آخر يسمى بنظام المكلفات الإدارية. وهذا النظام وإن كان المقصد منه تنظيم مسألة جباية الضرائب العقارية إلا أنه كان يستخدم كطريق من طرق الشهر، إذ فيه كان القاضى يتحقق من صحة ملكية الفرد للأرض التى يرغب فى بيعها أو رهنها عن طريق الإطلاع على الحجج السابقة التى تثبت هذه الملكية، ثم يقوم القاضى بعد ذلك بتحرير حجة رسمية باسم المالك الجديد ثم يحرر الحجة بعد ذلك فى دفتر أعد لقيود التصرفات، ثم يتلو ذلك تسجيل للحجج فى سجل خاص بالمديرية، وبالإطلاع على هذا السجل يمكن للراغب فى شراء أى عقار معرفة مالكة وماعليه من حقوق عينية أخرى.

ثم جاءت مرحلة التقنين المدنى القديم ونصت مادته ٦٩/٤٧ على أن «الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون» ثم نصت المادة ٢٤١/٢٧٠ على أن «لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع. كما سيذكر بعد، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها».

فيفهم مما تقدم أن التقنين المدنى القديم قد أخذ بضرورة شهر وتسجيل الحقوق العينية التى ترد على العقار حتى يمكن إحتجاج أصحابها بها فى مواجهة الغير، هنا فيما يخص الحقوق العينية الأصلية أما الحقوق العينية التبعية فقد أخضعها التقنين لنظام

التقيد ليجوز الإحتجاج بها على الغير وذلك فيما عدا الرهن الحيازي العقارى فقد أخضعه لنظام التسجيل (١).

ثم جاءت المرحلة الثالثة والتي بدأت بصور تشريع التسجيل برقم ١٨ لسنة ١٩٢٢ والذي سرى تطبيقه على المحاكم الوطنية، وقد حددت نصوص هذا التشريع المحررات الواجب شهرها نذكر منها العقود المنشئة لحق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره، وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك (٢)، أيضا الإيجارات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالفات من أجرة ثلاث سنوات مقدما (٣).

أيضا بين التقنين أن من ضمن المحررات التي يجب تسجيلها دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل، فهذه الدعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل (٤). وقد رأينا إن محكمة النقض قد أدخلت دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى التي يجب شهرها بصحيفتها باعتبارها دعوى إستحقاق مآلا (٥).

-
- (١) السنهورى - المرجع السابق - ص ٥٥٦.
 - (٢) المادة الأولى من التشريع.
 - (٣) المادة الثانية من التشريع.
 - (٤) المواد ٧، ١٠، ١٢ من التشريع.
 - (٥) وقالت فى أحد أحكامها أن «المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع عنها فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى، وكذلك دعاوى -

واختتم هذا التطور بالمرحلة الرابعة وهي مرحلة صدور تشريع تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٧ ويسرى هذا التشريع على جميع المحررات واجبة الشهر التي تصدر من تاريخ العمل، وأهم ما يميز به هذا التشريع أنه وحد جهات الشهر إذ حصرها في مكتب الشهر العقاري وألقى باقي الجهات (١). كما جمع هذا التشريع بين المحررات الواجب شهرها

- استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير لها. ويستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوي إذ عموم النص يسع ذلك. لهذا يجب لجعل عموم النص مقيدا أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالا أو مالا. كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي. لأنها تؤدي بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رافعها لتلكية العقار موضوع الدعوى «...».

نقض مدنى • يناير سنة ١٩٢٢، مع عمر، ج ١ رقم ٩١ ص ١٦٢.

(١) المادة الأولى من التشريع

ويلاحظ أن قواعد وأحكام هذا التشريع متعلقة بالنظام العام ومن ثم فهي أمره وواجبة التطبيق حتما ولا يسوغ مخالفتها، وفي ذلك تقضى محكمة النقض بأن «هدف المشرع بالأحكام الواردة في المادتين ١٢، ٥٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٤٦، والمادتين ١١١٤، ١٠٥٤ من التفتين المدنى الجديد تنظيم شهر التصرفات العقارية، حماية للإنتمان العقارى. فتعتبر هذه الأحكام لذلك متعلقة بالنظام العام، وم ثم تكون التواعد التي قررتها قواعد أمره وواجبة التطبيق حتما ولا يسوغ مخالفتها بمقتوله «أن من شرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك بها».

نقض مدنى، ١٩٦٠/١/٩، مع أحكام النقض، س ١١، ص ٤٢٥، رقم

وتلك الواجب قيدها، فكل التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلي أو تبعي أو نقله أو تغييره أو إزالته وكذلك الدعاوى الناتجة عنها وكذلك الأحكام المتعلقة بها. يجب شهرها وتسجيلها. بل إن هذا التشريع استوجب تسجيل واقعة مادية وهي واقعة الإرث وذلك لما في شهرها من أهمية بالغة لأنها من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية، فنصت المادة ١٢ من تشريع تنظيم الشهر العقاري على أن «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر عن الوارث في حق من هذه الحقوق(١).

ويكون تسجيل الورقة المنشئة للحق العيني العقاري الأصلي، أو الناقلة له أو الملكية بشهر أصل الورقة ذاتها كما نشأت؛ فعقد البيع الواقع على عقار يكون بشهر نفس العقد كما هو، وهو عادة يصور ويعطى ذوو الشأن من المتعاقدين أو من غيرهم صورة رسمية مصورة من عقد البيع.

(١) قضت محكمة دمنهور الكلية بأن «القانون لا يمس مبدأ أيلولة المقارنات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الإرث دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية. لذلك لم يعد هناك وجه لجعل انتقال حق الملكية إلى الوارث متوقفاً على شهره. ولكن إذا أراد الوارث أن يجرى على عقار تلقاه بالميراث أى تصرف، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير فإنه على الوارث أن يقوم أولاً بشهر حق الإرث. وهذه التواعد هي التي يتعين الأخذ بمناسبة حل الوقف على جهات الميراث (دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥، المحاماة ص ٢٦ رقم ٥٧٦ ص

ويكون تسجيل العقد عادة في مكتب الشهر العقارى الواقع فى مقر المحافظة. وهنا غير التوثيق الذى يكون فى المأمورية التابعة لمكتب الشهر العقارى وهى عادة توجد فى نطاق المركز أو القسم.

حكم البيع قبل وبعد التسجيل:

أولا : حكم البيع قبل التسجيل فى ظل قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى، فإن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير. ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى إنتقال الملكية(١). وبعد هذا فرقا بين ما قبل صدور تشريع تنظيم الشهر العقارى وبعد صدوره، إذ كان عقد البيع قبله ينقل الملكية بين البائع والمشتري حتى ولو لم يسجل، وليس فى مقدور دائنى البائع التنفيذ على العقار المبيع، وإنما - على العكس - يستطيع دائنوا المشتري التنفيذ على العقار الذى أصبح ملكا لمدينهم. أما فى ظل تشريع الشهر العقارى فإن العقد غير المسجل لا ينقل الملكية

(١) وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض أن «مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ومالم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى صحيحا إلى عدم تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب لطلب الطاعن....»

نقض مدنى فى ١٩٧٦/٤/٦، طعن رقم ٢٨٦، لسنة ٤٢ ق. مع أحكام النقض، س ٢٧، ص ٨٦٢.

حتى بين المتعاقدين وقد كان الهدف من ذلك هو تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم (١).

ويترتب على هذا التغيير في السيادة التشريعية أن المشتري لا يصبح مالكا للعقار إلا إذا قام بتسجيل عقد بيعه، وبذلك فلا يملك

(١) السهوري - المرجع السابق - ص ٦٠٢.

وما دام المشتري بعقد غير مسجل لا يمتلك العقار، فإنه لا يستحق تبعا لذلك تعويضا عن نزع ملكيته للمنفعة العامة، وفي ذلك تفضى محكمة النقض بأن «لما كان مفاد عبارة «المالك وأصحاب الحقوق» التي ترددت في المواد ٥٠، ٦، ٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أن نزع الملكية يربط تعويضا للمالك عن فترة ملكيته، كما يرتب لغيره من ذوى الحقوق على العقار تعويضا عما قد يلحق بحقوقهم من أضرار بسبب نزع الملكية، وكان المشتري بعقد غير مسجل لا يمتلك العقار ولا يستحق لذلك تعويضا عن فقد الملكية ...

نقض مدني في ١٩٨١/١/٢٨، طعن رقم ٤٧٩، لسنة ٤٢ ق، الموسوعة الشاملة، عبدالمنعم الشرييني، الجزء ٩، ص ١٢٠.

كما أنه لا يستطيع مطالبة مستأجر العقار المبيع بالأجرة مباشرة، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن «لا يكون المتصرف إليه خلفا خاصا ... إلا إذا انتقلت إليه الملكية فضلا. وعلى ذلك فإنه يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الإحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجبه، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا داننا عاديا للبائع مؤجر العقار وعلاقة المشتري بالبائع وعلاقة الأخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها قيام أية علاقة بين مشتري العقار الذي لم يسجل عقده لهذا المقار ومن ثم فليس لأحد هذين أن يطالب الآخر بشيء بالطريق المباشر.

نقض مدني ١٩٧٧/٢/٢٠، طعن ٦٠١، لسنة ٤٢ ق، مع أحكام النقض، ص ٢٨، ٨٧٧.

دانوه التنفيذ على العقار، بعكس دأنى البائع إذ يظل فى مقدورهم التنفيذ على العقار. وحتى يكتسب المشتري صفة المالك للعقار المبيع عليه تسجيل العقد أو إتخاذ إجراءات رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الإبتدائى كما رأينا، ولكن يحق للمشتري أن يطالب البائع بباقى الإلتزامات الأخرى التى يولدها عقد البيع على عاتقه كتسليم المبيع وريعه(١).

(١) وقضت محكمة النقض بأن «هنا القانون - قانون التسجيل - قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بنقل الملكية، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده، أصبح متراخيا إلى ما بعد حصول التسجيل. وأذن فلا يصح للمشتري - مادام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه وإنما له أن يطالب البائع أو ورثته من بعده بالإلتزامات الشخصية التى يوتبها العقد كتسليم المبيع وريعه وغير ذلك. فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وريعه وقضى له بذلك، تعين نقض الحكم فيما يتطرق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها. (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٢٢، مج عمر، ج ١ رقم ٨٢ سنة ١٩١٥).

ولكن - ومن جانب آخر - ليس للبائع - بحجة عدم التسجيل - أن يطالب هو بتثبيت ملكيته على الشئ المبيع. وقضت فى ذلك محكمة النقض بأن «ليس للبائع - لعدم تسجيل عقد البيع وتواخى انتقال الملكية بسببه - أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع وكما يجرى هنا الحكم على البائع، فهو يجرى على من يخلفه فى توكله، فإن على الوارث أن يقوم للمشتري كمورثه، بالإجراءات القانونية اللازمة للتسجيل من الإعتراف بصدور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بشلك الأوضاع. ومتى وجب هنا على المورث فلن يقبل منه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري، لأن من ضمن نقل الملك لغيره لايجوز له أن يدعيه لنفسه. (نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٢٢ - مجموعة عمر ج ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢). فى نفس المعنى (نقض مدنى فى ١٦ ابريل سنة ١٩٧٠، مج أحكام النقض س ٢١، ص ٦٥٨).

وإذا مات البائع قبل التسجيل فإن ملكية العقار تنتقل إلى الورثة، أما إذا مات المشتري فإن الملكية لا تنتقل إلى ورثته، فإذا قام وارث البائع ببيع العقار الذي سبق وباعه مورثه (البائع) فهنا، يقوم التزاحم ويتعين التفضيل بين المشتري من الوارث والمشتري من المورث، وكان التفضيل - طبقا للتقنين القديم - يتم لصالح المشتري من المورث على أساس أن الملكية كانت تنتقل إليه حتى ولو لم يسجل عقده، أما في ظل الوضع الجديد، ونظرا لأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، فإن التفضيل هنا يتم لصالح المشتري من الوارث على أساس أن العقار ينتقل إلى الوارث من ضمن عناصر التركة، وبذلك يصبح المشتري من الوارث مالكا للمبيع إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري منه عقد شراؤه (١)، ومن ثم يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثاني في التسجيل. ويمكن للمشتري من المورث تفادي ذلك بقيامه بالتأشير بدينه على التركة باعتبارها دائنا في خلال سنة من تاريخ إظهار الإرث أو في أي وقت ما قبل أن يسجل المشتري من الوارث عقده.

(١) وقضت في ذلك محكمة بان «مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - إن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع وأن العقد الذي لم يسجل لا ينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه، فإذا لم يسجل المشتري من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته، فإذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك في ذات العقار، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد. (نقض مدني في ٢٨ يونيو سنة ١٩٧٧. مج أحكام النقض س ٢٨ رقم ٢٦٦ ص ١٥٢٢).

ولكن يلاحظ إن البيع غير المسجل يعد بيعا وينتج جميع آثاره الأخرى على عاتق الباع والمشتري ماعنا نقل الملكية. فلا ينقلب عقد البيع إلى عقد شكلي وإنما هو مازال عقدا رضائيا(١)، والقول بذلك يطرح الرأي الذي ذهب إلى أن عقد البيع غير المسجل لا يعد بيعا وإنما هو عقد غير مسمى وقد اختلفنا هنا الرأي سريعا أمام اتفاق الفقهاء وأيضا إجماع كلمة القضاء على اعتبار هذا العقد بيعا(٢).

وعلى ذلك، يظل الباع ملتزما بضمان عدم التعرض(١)

(١) انظر أحكام النقض:

نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٢، مج عمر، ج ١ رقم ٩١ ص ١٦٢.
نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١، مج عمر، ج ٢ رقم ١٢٥ ص ٢٨٥.

وقد قضت محكمة النقض في ذلك بأن «بيع العقار قبل أن يسجل، لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ ينشأ التزاما بنتقلها في جانب الباع، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري من تغيير في أحكام البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح، أصبح متراخيا إلى ما بعد شهره، ولذلك يبقى الباع ملتزما بموجب العقد بتسليم المبيع وينقل الملكية للمشتري، كما يبقى المشتري ملتزما بأداء الثمن إلى غير ذلك من الإلتزامات التي ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع.

نقض مدني في ٩ مايو سنة ١٩٧٢، مج أحكام النقض، ص ٢٤، ص ٧٢٥، رقم ١٢٩.

(٢) نقض مدني في ١٩٨٨/٥/٤، طعن رقم ٢٥٨٥، لسنة ٥٥ ق، مجلة

القضاء، السنة ٢٨، ص ٩٥.

(٢) «الباع بعقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته على العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشتري الذي يلتزم الباع بعدم التعرض له بمتضى الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا» -

وبضمان العيوب الخفية، كما يقع على المشتري تنفيذ جميع التزاماته، فيلتزم بدفع الثمن وأن يتسلم المبيع (١). فللمشتري أن يرجع بدعوى العيوب الخفية على البائع، حتى قبل أن يتسلم المبيع، وحتى قبل أن يسلم عقد البيع.

حكم عقد البيع المسجل :

يرتب عقد البيع المسجل كل الآثار التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد بما فيها الآثار التي لا يربتها عقد البيع غير المسجل. فالعقد المسجل ينقل الملكية فعلا بين المتعاقدين وأيضا بالنسبة للغير، بمجرد التسجيل، يصير المشتري مالكا للعقار، بشرط أن يكون العقار مملوكا للبائع، إذ - كما رأينا - أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية حتى ولو سجل، ومادام أن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد التسجيل، فإن له الحق في التصرف في العقار، كما يكون له الحق في الحصول ثمار ونماء المبيع، كما يكون عليه نفقات حفظ المبيع وصيانتها.

- نقض مدني في ١٨/١٢/١٩٥٨، طعن ٢٢٢ لسنة ٢٤ ق، مج أحكام

النقض، س ٠٩ ص ٧٦٦.

أيضا نقض مدني في ٢٩/٤/١٩٧٥، طعن ٤٧٦ لسنة ٢٩ ق، مج أحكام

النقض، س ٠٢٦ ص ٨٤٤.

(١) وقضت محكمة النقض بأن «عقد البيع غير المسجل يولد حقوقا والتزامات شخصية بين البائع والمشتري، فيجوز للمشتري أن يحيل لآخر ماله من حقوق شخصية قبل البائع. (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨، مج أحكام النقض س ١٩، ص ٢٥٧، رقم ٥٤.

(٢) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٤٠٧.

أنور سلطان - المرجع السابق - نبذة ١٨٦.

لييب شنب - المرجع السابق نبذة ٨١٥ ص ١١٨.

وإذا أفلس الباع قبل تسليم المبيع إلى المشتري، فإن للأخير الحق في الحصول عليه ولا يزاحم في ذلك باقى اللانين.

ولكن هل تنتقل الملكية إلى المشتري من وقت البيع أم من وقت التسجيل؟ وبعبير آخر، هل يكون للتسجيل أثر رجعى؟ الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر أنه ليس للتسجيل أثر رجعى. ويستند هنا الرأى إلى نصوص القانون التى أشارت إلى أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بالتسجيل. فقد نصت المادة ٩ من تشريع تنظيم الشهر العقارى على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله، يجب شهرها بطريق التسجيل، ويترتب على عدم التسجيل، أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل، لابين نوى الشان، ولا بالنسبة إلى غيرهم». فهذه المادة لم تفرق بين المتعاقدين والغير فى عدم انتقال الملكية ومن المؤكد أن الملكية لا تنتقل بالنسبة للغير إلا من بعد التسجيل، فيتعين الأخذ بذات الحكم بالنسبة للمتعاقدين. والقول بأن الملكية لا تنتقل إلا من يوم التسجيل، فضلا عن أن القول بأن يكون للتسجيل أثر رجعى يتنافى مع الغرض الذى أراد المشرع تحقيقه من وراء استلزام الشهر، فقد أراد المشرع أن يجعل انتقال الملكية بالنسبة للغير كما هو بالنسبة للمتعاقدين، لا يتم إلا بالتسجيل - ولو قلنا أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد، لكان ذلك مدعاة للمشتري فى أن يتراخى فى إتمام إجراءات التسجيل، لأنه متيقن من أنه مهما أبطأ فى هذا التسجيل، فإن ملكية العقار مستنتقل إليه من وقت العقد(١).

وقد رفضت محكمة النقض الأخذ بالفكرة التى ذهب إليها

(١) السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٦٥.

عبدالسلام زعنى - الأموال - نبذة ٤٦٢، ٤٨٩.

بعض الفقه (١) بالقول بان التسجيل متى تم يكون له أثر رجعى، وقررت ان «المشروع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد، فليس التسجيل بمثابة شرط واقف ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه، ولا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شراؤه (٢)، وقضت أيضا فى حكم لها بان «الأصل - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - ان التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد، أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله، وان هنا الأثر لا ينسحب إلى الماضى، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقار أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها إنسحاب أثر هنا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، لأن تقرير هنا الأثر ورد على سبيل الإستثناء حماية لأصحاب تلك الدعوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى وهو إستثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه» (٢).

لما كان ذلك وكان البائع فى بعض الأحيان يرفض الذهاب إلى

(١) السهورى - المرجع السابق - ص ٦٦٥.

عبدالسلام ذهنى - الأموال - نبذة ٤٦٢، ٤٨٩.

(٢) نقض ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦، مج القواعد القانونية، ج ٥ رقم ١١٢.

(٢) نقض فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٢، مج أحكام النقض، س ٢٤، ص ٢٢٩.

مكتب التوثيق فإن القانون أجاز للمشتري أن يرفع دعوى صحة التعاقد على البائع ويسجل صحيفتها بادية ذي بدء ليكتسب أسبقية التسجيل إذا ما أراد البائع أن يبيع العقار أثناء الخصومة لشخص ثالث يسجل قبل المشتري رافع الدعوى.

تسجيل هذه الدعوى لا ينقل الملك، وإنما الذي ينقل الملك هو تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد. وإنما فائدة تسجيل صحيفة الدعوى كما قلت هي حفظ الحق حتى إذا ما صدر حكم فى الدعوى ومجل إعتبر المشتري مالكا لا من ماعة الحكم بل من ماعة تسجيل صحيفة الدعوى.

أهم الدعاوى واجبة الشهر بالنسبة لعقد البيع:

١ - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع العرفى، لأن الحكم فيها سينتهى إلى نقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري بعد تسجيله.

٢ - دعوى بطلان عقد بيع مسجل، لأن الحكم الذى سيصدر فيها سوف يلغى التسجيل والملكية التى انتقلت من البائع إلى المشتري.

٣ - دعوى فسخ عقد بيع مسجل، وحكمها حكم الدعوى السابقة.

٤ - دعوى استحقاق الشيء المبيع بعقد مسجل لأن الحكم فيها سوف يلغى البيع المسجل لصالح المالك الحقيقى.

بعض الدعاوى غير واجبة الشهر:

١ - دعوى صحة التوقيع.

٢ - دعوى بطلان عقد بيع عرفى لأن البيع نفسه لم يسجل وبالتالي فإن الحكم الصادر فى البطلان لن يلقى تسجيلاً سابقاً.

٣ - دعوى فسخ عقد بيع عرفى. وحكمها حكم الدعوى السابقة.

٤ - دعوى تسليم العقار المبنى، لأن التسليم شيء ونقل الملكية شيء آخر.

٥ - دعوى المطالبة بالثمن لأن الثمن لا شأن له بنقل الملكية.

أسبقية التسجيل:

قد يشتري شخص عقاراً من مالكه وقبل أن يسجل عقد البيع يبيع المالك العقار مرة أخرى لشخص جديد ويقوم هنا الأخير برفع دعوى صحة ونفاذ العقد ويسجل صحيفة الدعوى قبل أن يرفع المشتري الأول دعوى أخرى بصحة ونفاذ العقد. ثم يصدر حكم بالصحة والنفاذ للمشتري الثانى.

ما الحكم فى مثل هذا الفرض؟

الحكم هو أن السابق تسجيلاً هو الذى ينتقل إليه الملك فإذا

صدر حكم لصالح المشتري الثانى ثم سجله صار مالكا(١).

ولكنه لا يعتبر مالكا إلا من وقت تسجيل الحكم نفسه، إذ بتسجيل الحكم فقط تنتقل الملكية. ولكن تسجيل صحيفة الدعوى إنما هو إجراء تحفظى لحماية رافع الدعوى من أى تصرف لاحق فى العقار المبيع.

ومع ذلك يجب أن نورد التحفظات الآتية:

١ - إذا كان المشتري اللاحق تسجيلاً قد اشترى العقار من شخص يملكه ثم سجل البيع أو حكم بصحة ونفاذ البيع فإنه هو الذى يمتلك دون المشتري السابق فى التسجيل لأن هذا الأخير قد اشترى من غير مالك.

٢ - إذا كان هنالك تواطؤ بين البائع والمشتري الثانى على تفويت الصفقة على المشتري فقد أدى هذا الفرض إلى إنقسام بين الفقهاء ولكنه انتهى بحكم من محكمة النقض قرر بأن العبرة بأسببية التسجيل ولو كان هنالك تواطؤ بين البائع والمشتري الثانى السابق فى التسجيل(٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن «إذا كان المشتري قد سجل عقده الذى شمل الأمليان موضوع عقد البدل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ هذا العقد، فإن ملكية هذه الأمليان تكون قد انتقلت إلى المشتري من تاريخ تسجيل عقده ولم يعد بذلك لمعد البدل الصادر إلى الطاعن محل يرد عليه فإذا قضى الحكم المطعون فيه - فى هذه الحالة - برفض طلب صحة ونفاذ عقد البدل فإنه لا يكون مخالفاً للقانون». (نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦، منج أحكام النقض من ١٧ ص ٧٠٨).

(٢) د. مختار القاضى - المرجع السابق - ص ١١١.

٢ - تسجيل عقد البيع لا قيمة له إذا كان البيع باطلا، أو حكم بفسخه فإن مثل هذا التسجيل يلقى ويستفيد من إلقاء التسجيل كل من اشترى شراء صحيحا ولو كان عقده مسجلا بعد البيع الباطل الملقى.

٤ - ويلاحظ أن «الأفضلية في التسجيل لا تثبت لرافع دعوى صحة التعاقد إلا إذا كان مستحقا لها يدعيه وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان المبيع المحدد في صحيفة الدعوى هو ذاته المبيع الذي كان محلا للبيع، لأن أساس الشهر هو إتحاد العقار في كل من التصرف وإشهار التصرف» (١).

القيد:

يكون القيد بالنسبة للحقوق العينية العقارية التبعية وقد تناولت هذه الحقوق المواد ١٢، ١٩، ٥٨ من تشريع تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ (٢) وهي:

(١) نقض مدني في الطعن رقم ٢٦٧، لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢٧ يناير سنة ١٩٨١.

(٢) فقد نصت المادة ١٢ على أن «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 على الغير».

ونصت المادة ١/٥٨ على أن «على أصحاب رهن الحيازة العقاري وحقوق الإمتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون. أي المدتين أطول، فإذا لم يتم القيد في خلال المدة المتقدمة لا يكون الحق بعد انقضاءها نافذا بالنسبة إلى الغير. ويترتب -

الرهن الرسمي (وهو دائما على عقار) الإختصاص (وهو دائما على العقار) الإمتياز الوارد على العقار والرهن الحيازي الوارد على عقار كما يعد من ضمن المحررات الواجب قيدها أيضا تغيير الدائن الأصلي في الديون المضمونة بتأمين عيني عقارى، ويكون القيد بتسجيل ملخص التصرف والبيانات الجوهرية فيذكر في الرهن الرسمي : مثلا:

أولا: البيانات الجوهرية المتعلقة بشخصية طرفيه على اسم ولقب كل منهما وسنه وجنسيته ومحل الإقامة واسم أبيه وجده لأبيه، وكذلك اسم الشهرة وكل البيانات التي تفيد في التعرف على طرفى الرهن

اسم مالك العقار (لأنه قد يكون شخص غير المدين هو مالك العقار وقبل أن يرهن عقاره خدمه للمدين).

ثانيا: البيانات المقيدة فى تعيين ومعرفة العقار محل الرهن من ذلك بيان موقعه ومساحته وحدوده وإن كان من الأرض الزراعية يذكر الناحية والحوض ورقم التطلعة وإن كان من أراض البناء يذكر اسم القسم والشارع والحارة.

- على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل المقدم المرتب له».

ونصت المادة ١٩ على إن «لايصح التمسك قبل التغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهن ولا التمسك بالحق الناشء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد، إلا إذا فضل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلي».

ثالثاً : موضوع المحرر المراد قيده من ذلك قيمة الدين وميعاد استحقاقه وفوائده.

ويقصد بالقيود أن يكون وسيلة لاكتساب أسبقية بالنسبة للغير. مثال ذلك:

شخص رهن عقاره إلى آخر ونسى أن يشهر العقد عن طريق القيد.

قام نفس الراهن برهن العقار مرة أخرى وقيد الرهن.

يعتبر الذي قيد الرهن داننا في المرتبة الأولى. والذي لم يقيد داننا في المرتبة الثانية. فإذا رهن العقار لثالث، وقيد هنا عقد الرهن صار الدائن الثالث مرتبها في الدرجة الثانية وينخفض مركز المرتهن الثاني الذي لم يقيد رهنه إلى المرتبة الثالثة وهكذا.

وإذن فالقيود ليس هو الذي ينشئ الرهن وإنما يحفظ مرتبة الرهن، فإذا نشأ عقد رهن رسمي بين دائن ومدين ولم يقيد، فإن العقد يوتى أثره رغم ذلك مادام لا يوجد مرتهن آخر قيد رهنه، فإذا وجد صار المرتهن الآخر مرتبها من الدرجة الأولى أى يتقاضى دينه بضممان العقار قبل أى دائن آخر لم يقيد رهنه، أو قيد رهنه ولكن فى وقت لاحق.

ويستقط القيد كل عشر سنوات ولذلك يجب تجديده، فإذا لم يجدد سقطت مرتبة الدائن المرتهن بالنسبة للأخرين الذين جددوا قيودهم (١).

(١) د. مختار القاضى. المرجع السابق، ص ١١٣.

التأشير على هامش القيد:

قيد الرهن كما قلت عبارة عن سجل يوضع إلى جانب مستندات الملكية بالنسبة للعقار موضوع التعامل فيكون بذلك لدينا عقد سجل ناقل للملك، وسجل للقيد وردت فيه بيانات الرهن الضرورية.

فإذا ما طرأ أى تغيير على القيد أشر على هامش القيد به.
ومثال ذلك شطب الرهن أو الإختصاص إذا ما وفى الدين.

السجل الشخصى والعينى

يوجد نظامان للشهر العقارى هما نظام السجل الشخصى ونظام السجل العينى.

النظام الشخصى أو الشهر الشخصى:

هو النظام الذى يتم فيه الشهر عن طريق جعل أسماء المتعاقدين الذين صدرت منهم التصرفات أساما للشهر ويكون العقار موضوع التصرف فى المرتبة التالية. مثال ذلك: (أ) باع إلى (ب) عقارا يبدأ التسجيل باسم مشتري العقار الذى أصبح مالكا. وباع العقار الذى زالت ملكيته عن هذا الباع.

فإذا ما أراد شخص أن يبحث عن عقد البيع عن هذا العقار لا يمكنه أن يهتدى إلى هذا التصرف إلا عن طريق البحث فى اسم المشتري أو الباع.

ولذلك ينشأ سجل عام أو سجلات محلية يرصد بها كل تصرف منشئ لحق عينى عقارى وتوضع لهذا السجل قهارس منتظمة بأسماء من قاموا بالتصرفات، ويعد هذا الشهر طريقا من طرق العلنية أكثر منه طريقا لانتقال الملكية أو الحقوق العينية.

وهذا النظام معيب:

أولا من ناحية الترتيب، إذ الترتيب فيه يتم وفقا لأسماء الأشخاص، فصاحب المصلحة لا يعرف من السجلات إلا الشخص الذى تصرف فى العقار، ولا يدل ذلك حتما على كل تصرف وقع على

عقار معين، فقد يتصرف شخصان في عقار واحد، أحدهما مالك حقيقي له والآخر ليس مالكا له ويسجل كل منهما التصرف باسمه، ولذلك، فإن المشتري في هذه الحالة يمكنه أن يتصرف مع شخصين، مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم، كما يمكنه التعامل مع المشتري من المالك الحقيقي، ففي الحالة الأولى يكون التعامل معيا ويعتبر مليما في الحالة الثانية.

ثانيا من ناحية الحجية، إذ أنه لا يعطى المتصرف إليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه له بصفة نهائية، بل قد يتعرض للمنازعة في المستقبل وقد يحكم بزوال تصرفه وبزوال الحق. فإذا حدث وكان التصرف مشوبا بعيب أو قابلا للإبطال، فإن هنا العيب أو البطلان يلازم التصرف حتى بعد إظهاره، ومتى قضى ببطلان التصرف أو بنسخه زال كل أثر للتسجيل. ولا يخفى ما في هنا من تعريض المعاملات لعدم الإستقرار ويقضى على الثقة المتطلبة بين الناس.

ثالثا ويعيب هنا النظام أيضا أن الكشف عن التصرفات التي تقع على العقار المراد بيعه يكون بالإسم الثلاثي للمتعاقد (إسمه، وإسم أبيه ووجهه) وقد تشابه الأسماء فيحصل تلاعب في نقل ملكية الغير، ويزداد هنا العيب في مصر لأنه لم يعم فيها استعمال إسم للأسرة بجانب إسم الشخص، ويؤدي هنا العيب إلى أنه لا يمكن للباحث أن يطمئن إلى أنه امتدى إلى الشخص الذي يهيمه البحث عنه أو إلى الشخص الذي يريد التصرف، ويتطلب منه ذلك أن يستوثق من مجموعات الأسماء التي يتكون منها الإسم الكامل للشخص وهنا

النظام للشهر يسود بلاد العالم اللاتيني إذ هو النظام القائم في فرنسا^(١) وبلجيكا وإيطاليا، وفي مصر كقاعدة عامة.

رابعاً : كما يعيب هذا النظام تفرقه بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية ويأخذ بالتسجيل بالنسبة للأولى وبالقيود فيما يتعلق بالثانية والتأشير الهامشي لشهر بعض الحقوق الأخرى، كما يفرق هذا النظام في نطاق الحقوق العينية الأصلية بين التصرفات والأحكام المنشئة وبين الأحكام والتصرفات الكاشفة. فيرتب على عدم التسجيل بالنسبة للأولى عدم الإحتجاج بها لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير، ويرتب على تخلفه فيما يخص الثانية عدم الإحتجاج بها في مواجهة الغير فقط.

السجل العيني LIVRE- FONCIER

هو قيام التسجيل أساساً على العقار نفسه لا على الأشخاص بمعنى أن كل عقار يوضع له رسم يبين مساحته وحالته ورقم القطعة أو المنزل، فمن شاء أن يسأل سأل عن العقار نفسه لا عن صاحبه فإذا أعطى بيانات عن العقار أعطوا له صاحبه ومرتهنه. فيرتب السجل - طبقاً له - على حسب أرقام العقارات لا على حسب أسماء الأشخاص. فتخصص فيه صفحة لكل عقار من عقارات الجهة التي ينتظمها السجل العيني. ويثبت فيها اسم مالكة وقت إنشاء السجل أو اسم أول متصرف إليه بعد الإنشاء.

(١) فقد صدر في يناير سنة ١٩٥٥ مرسوم تسري أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦. ينظم الشهر في الحقوق العينية الأصلية والتبعية بصفة عامة.

ونظرا لأن الذى يقوم بعمل السجل العينى عن كل قطعة هو قاض مختص من وظيفته فحص المستندات عن القطعة موضوع التعامل فإنه متى تم الفحص واستقر مركز العقار موضوع التعامل صارت هذه البيانات الواردة عن القطعة ذات حجية مطلقة على الكافة، فلو حدث فيما بعد أن حكم بفسخ أو بطلان عقد بيع صادر عن هذه القطعة لم يعتد به وما على المتضرر إلا أن يرفع دعوى تعويض على من باع له أو اشتري منه هذا العقار الذى حكم ببطلانه أو فسخه.

وهنا النظام يتفادى عيوب النظام السابق، فلا يكون الراغب فى الكشف عن العقار بحاجة إلى معرفة أسم مالكة أو مالكيه السابقين ولا يحتاج إلى فحص مستنداتهم ولا يخشى - لذلك - من تشابه الأسماء وتعددها، كما أن هنا النظام، يجعل الكشف سهلا ميسورا، ويكفى الإطلاع على صفحة واحدة من السجل وهى تلك الخاصة بالعقار محل التعامل للوقوف على مالكة عندئذ. وبذلك لا يحتاج الأمر إلى البحث فى فهرس وسجلات متعددة بقدر تعدد ملاك العقار كما هو الحال فى الشهر الشخصى.

ورغم ذلك فإن هنا النظام بالغ الدقة ويتطلب مصاريف كثيرة وذلك لأنه يحتاج إلى مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته وأطواله وبيان حدوده المميزة له تمييزا دقيقا ولذلك لم تأخذ بهذا النظام إلا البلاد التى تنتشر فيها الملكيات الكبيرة، فيسهل حصرها وتحديدتها وإفراد صفحة لكل منها. كما ينتشر فى البلاد المتقدمة إقتصاديا. فضلا عن أن هنا النظام يعطى للبيانات المثبتة

بالسجل قوة مطلقة - حتى ولو كان الواقع غير ذلك، ويتعارض مبدأ القوة المطلقة مع مبدأ العلالة التي توجب أن يكون من قيد اسمه بالسجل العيني هو المالك الحقيقي للعقار.

وقد أصدر المشرع المصرى التشريع رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بالأخذ بنظام السجل العيني على أن ينطبق تدريجيا على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة، وقد أصدر وزير العدل عدة قرارات بتحديد المناطق التي يجرى مسحها مسحا حديثا وتطبيق قانون السجل العيني فيها.

والله ولي التوفيق والسداد

أهم المراجع

أولاً : باللغة العربية :

- ابن القيم - فى تهذيب السنن، ج ٥٥ .
- أنور سلطان - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٥٥ .
- الكاسانى - بدائع الصنائع - ج ٦ .
- السنهورى - الوسيط - ج ٤ .
- _____ - تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعى - المحاماة - م ٤١ عدد ١ - ص ١٠٧ .
- جميل الشرقاوى - شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة والإيجار - سنة ١٩٦٤ .
- _____ - رسالة «نظرية البطلان» .
- خميس خضر - العقود الكبيرة - عقد البيع - سنة ١٩٧٢ .
- حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - القاهرة - سنة ١٩٧٩ .
- سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - العقود المسماة - عقد البيع - سنة ١٩٩٠ .

- سمير عبدالسيد تناغو - عقد البيع - منشأة المعارف - سنة
١٩٧٢ .
- شوقي وهبه وفهمى مشرقى - الصيغ القانونية للأوراق القضائية
- الطبعة الثانية - سنة ١٩٧٢ .
- عبدالمنعم البدرأوى - الوجيز فى عقد البيع - سنة ١٩٧٠ .
- عبد الحى حجازى - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٥٤ .
- زهدى يكن - عقد البيع فى القانون اللبنانى - الطبعة الأولى .
- مختار القاضى - عقد البيع والكفالة - سنة ١٩٧٢ .
- محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى
- سنة ١٩٥٢ .
- محمد على عرفه - شرح قانون الإصلاح الزراعى - ج ٢ .
- محمد عبدالجواد - مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة -
المحاماة - س ٢٩ - عدد ٢ - ص ٣٤٥ .
- محمد سيد عبدالنواب، محمد عبدالوهاب فرغلى - قوانين تنظيم
الملكية العقارية والصيغ القانونية لمحركات الشهر
والتوثيق - عالم الكتب .
- محمد لبيب شنب، مجدى صبغى - شرح أحكام عقد البيع -
القاهرة - سنة ١٩٦٨ .

- محمد عبدالظاهر حسين - المدخل للدراسات القانونية - نظرية القانون - سنة ١٩٩٢ .

- منصور مصطفى منصور - تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ١ (١٩٥٩) - ص ٥٧٦ .

- _____ - مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة - سنة ١٩٥٧ .

- نزيه محمد الصادق المهدي - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - سنة ١٩٩٠ .

- يحيى إسماعيل - دعوى صحة التعاقد في ظل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ - مجلة القضاة الفصلية - العدد الأول - يناير - يونيو سنة ١٩٩٢ .

- يوسف القرضاوى - بيع المرابحة للأمر بالشراء، كما تجرّه المصارف الإسلامية - سنة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

ثانيا : باللغة الفرنسية :

- AUBRY et RAU, Cours de droit civil, Français 1947.
- BERNARD, GROSS, la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, these, 1964.
- BOYERS, la promesse synallagmatique de vent Rev. Trim. Dr. Civ. 1949, P. 7.
- COLIN - CAPITANT et de la Morandiere: cour elementaire de droit civil Français 1948.
- COURBE, obsesous, Cass. Civ. 9-3-1983, J.C.P, 1984,11, 20296.
- GAUDMENT, traite generale des obligations, Paris, 1931.
- JOSSERAND, traite de droit civil Français, T, 2.
- LARROUMET, obs. Sous, Cass, Civ. 28-11-1979,D,1980, Inf rap. P. 566.
- LUC. BIHI, le droit de la vente, DALLOZ, 1986.
- WAGNER, Obs. Sous. Paris, 24-3-1982, D, 1984, Inf, rap. P. 188.
- PLANIOL - RIPERT et HAMLET, Traite pratique de droit civil Français, T, 10.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة
	المبحث الأول :
٧	الدعاوى المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد
	المطلب الأول :
٨	دعوى البطلان
١٠	أساس بطلان بيع ملك الغير
	المطلب الثانى :
٢٠	دعوى العنول
	المطلب الثالث :
٢٧	دعوى نفاذ الوعد
	المطلب الرابع :
٣٣	دعوى تكملة الثمن أو دعوى القين الفاحش
	المطلب الخامس:
٤٠	دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت
٤٤	إثبات مرض الموت
٤٦	السبب فى تقييد التصرف
٤٦	تأثير المرض فى بيع المريض
٤٩	عدم الإضرار بالغير حسن النية

الصفحة

الموضوع

- المبحث الثاني :
- ٥٠ الدعاوى المتعلقة بمرحلة مابعد التعاقد
- المطلب الأول :
- ٥١ دعوى العيب الخفى
- المطلب الثاني :
- ٥٦ دعوى عدم صلاحية المبيع
- المطلب الثالث :
- ٥٩ دعوى إستحقاق المبيع
- المطلب الرابع :
- ٦٧ دعوى الظروف الطارئة
- المطلب الخامس :
- ٧٢ دعاوى العجز والزيادة فى المبيع
- المطلب السادس :
- ٧٥ دعوى بيع العينة
- المبحث الثالث :
- ٨٠ الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد
- المطلب الأول :
- ٨١ دعوى صحة التوقيع

الصفحة	الموضوع
	المطلب الثاني :
٨٤	دعوى صحة ونفاذ عقد البيع
	المطلب الثالث :
١١٣	دعوى الفسخ
١١٣	الفسخ القضائي
١١٣	شروط استعمال حق الفسخ القضائي
١١٦	أحكام الفسخ
١١٧	الفسخ بحكم القانون
١١٩	الفسخ الإتفاقي
	المبحث الرابع :
١٢٢	نظام الشهر العقاري ونقل ملكية العقار المبيع
١٢٢	التوثيق والشهر
١٢٥	طرق الشهر
١٣٥	التسجيل
١٣٠	حكم البيع قبل وبعد التسجيل
١٣٥	حكم عقد البيع المسجل
١٢٨	أهم الدعاوى واجبة الشهر بالنسبة لعقد البيع
١٢٩	بعض الدعاوى غير واجبة الشهر
١٢٩	أسبقية التسجيل
١٤٤	التأشير على هامش القيد
١٤٥	السجل الشخصي

الصفحة

الموضوع

١٤٥

السجل الشخصي أو الشهر الشخصي

١٤٧

السجل العيني

١٥٠

أهم المراجع

١٥٠

أولا : المراجع باللغة العربية

١٥٢

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية