

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الثاني عشر

حق الملكية

(المواد 802 - 874)



9 شارع سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

19 شارع بيرم التونسي - زينهم - السيدة زينب

ت: 23960443 - 23953301 - 01117997998

Email- dar.mahmoud88@hotmail.com

2- الميراث وتصفية التركة

مادة (875)

- 1- تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها.
- 2- وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية.

الشرح

1- التعريف بالميراث:

الميراث هو أيلولة جميع حقوق الشخص المالية إثر وفاته إلى ورثته بقوة القانون، ودون اعتداد بإرادة المورث. فالميراث يتحقق بناء على واقعة مادية هى الموت. ويطلق على الأموال التى تنتقل من المورث إلى ورثته اصطلاح "التركة"، لأن المورث يتركها بوفاته إلى ورثته.

ويعد الميراث سببا لكسب حق الملكية، كما يعد أيضا سببا لكسب بعض الحقوق المتفرعة عنها، بالتفصيل الآتى.

ففيما يتعلق بحق الانتفاع، القاعدة أنه ينتهى بموت المنتفع الذى كسبه ابتداء، فلا ينتقل إلى ورثته (م992)، ولكن المنتفع إذا نزل عن حقه للغير، ثم مات الغير، فإن حقه يؤول إلى ورثته مادام المنتفع الأصل على قيد الحياة.

ويسرى ذلك على حق الاستعمال وحق السكنى فإذا نزل صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى عن حقه إلى الغير انتقل الحق بموت صاحبه الجديد إلى ورثته، ولكن ينتهى بوفاة صاحب الحق الأصل.

غير أنه يلاحظ أنه لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى. إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م997).

وفيما يتعلق بحق الارتفاق فهو ينتقل بالميراث تبعا لانتقال ملكية العقار إلى الوارث لأن حق الارتفاق يتقرر لمصلحة العقار المرتفق، فلا ينقضى هذا الحق بتغيير مالك هذا العقار (1).

(1) الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة 2000 ص 53 - الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص458.

ويتحقق بالميراث الخلافة للوارث، سواء كان الميراث فى كل التركة أو فى حصة منها فيكون الوارث خلفا عاما للمورث.

كما تتحقق الخلافة أيضا بالوصية، وهى تختلف عن الميراث فى أنها تصرف انفرادى بإرادة الموصى حيث يتلقى الموصى له المال الموصى به بمقتضى الوصية. ومن ثم يتحدد مركز الموصى له بحسب المال فإن كان مالا معيناً من أموال التركة كان الموصى له خلفا خاصا للموصى، وإن كان كل التركة أو حصة منها كان الموصى له خلفا عاما، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون الموصى له فى ذات المركز القانونى للوارث تقريبا.

غير أن الميراث والوصية يختلفان من حيث الوقت الذى تترتب فيه أحكام كل منهما كما سنرى⁽¹⁾.

2- الحقوق التى تنتقل بالميراث:

لم يعرف قانون الموارث التركة ولم يبين الأموال التى تورث. ومن ثم يرجع فى تعريف الأموال إلى القانون المدنى. والمال فى القانون المدنى هو الحق ذو القيمة المالية، أى كان ذلك الحق، سواء أكان عينيا أم كان شخصا⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن كون الشئ مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالا فلا ينتقل هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات وإذا كانت المادة 54 من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام الموارث على قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فإن المراد بهذه الإحالة هو أن تطبق أحكام القانون المحال عليه فى مسائل الإرث، ككون الإنسان وارثا أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث ذاته. أما الأشياء التى هى موضوع هذا الحق فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعا لأحكام القانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال. والمال فى عرف القانون هو كل شئ متقول نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره. وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس

(1) الدكتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية 1964 ص 713 وما بعدها.

(2) الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الخامس أسباب كسب الملكية "الميراث وتصفية التركة" سنة 1371 هـ 1951 م ص 46 وما بعدها.

يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور. والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية: وهى النفع والتقوم وقابلية الاستثناء، فوجب اعتباره مالا يورث، لاحقا متصلا بشخص الشفيع".

(طعن رقم 16 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/31)

والحقوق المالية التي تنتقل إلى الورثة هو الحقوق التي يتركها المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته، فلا حق للورثة فيه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 89 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/7)

ذلك أن الحقوق المالية التي تصرف فيها المورث حال حياته وصحته تصرفا منجزا - سواء كان التصرف لأحد ورثته أو لغيرهم - لا تعتبر ضمن التركة ولاحق للورثة فيها ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث. لأن التحايل الممنوع على أحكام الإرث، لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتمدة شرعا، كاعتبار شخص وارثا، وهو فى الحقيقة غير وارث، أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلية، ولا شأن له بالتصرفات المنجزة الصادرة من المورث حال صحته لأحد من ورثته أو لغيرهم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتمدة شرعا، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله

حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 38 لسنة 36 ق جلسة 1970/3/31)

2- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث، لتعلق الإرث بالنظام العام، هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما كان متصلا بقواعد التوريث، وأحكامه المعتمدة شرعا، كاعتبار شخص وارثا، وهو في الحقيقة غير وارث، أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية، كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث".

(طعن رقم 89 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/7)

3- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتمدة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث قبل وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 599 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/15)

4- "وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام وكل تحاييل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلية باطل بطلانا مطلقا بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذي ينشأ عنه هذا التحاييل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم 71 لسنة 1946 وقد اعتبرت تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملًا من الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة، وقد أجازت استثناء بموجب أحكام

الشرعية الإسلامية من المبدأ القاضي ببطان التعامل في التركة المستقبلية - وهي تصح طبقاً للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث وذلك عملاً بالمادة 37 من قانون الوصية المشار إليه".

(طعان رقما 634، 637 لسنة 61 ق جلسة 1995/7/6)

وتعتبر من قبيل الحقوق المالية التي تنتقل إلى الورثة الحق في إبطال العقد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر - مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة 111 من القانون المدني - فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه. وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته".

(طعن رقم 42 لسنة 24 ق جلسة 1958/2/27)

وموت المضرور في الحال نتيجة الاعتداء عليه، يلحق به ضرراً مادياً، ينتقل الحق في التعويض عنه إلى ورثته.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا تسبب وفاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة، ولا يكون المضرور في هذه اللحظة أهلاً لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم. ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته، ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم الموت الذى أدى إليه الفعل الضار باعتباره من مضاعفاته. وإذا كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو خطأ يلحق بالمضرور ضرراً مادياً محققاً، إذ يترتب عليه علاوة على ما يصاحبه من آلام حرمانه من الحياة في فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم يعجل المسئول عن الضرر بوفاته.

وإذا كان الثابت من التقرير الطبى أن فصل مورث الطالبات من عمله - في النيابة

العامّة - هو الذى أدى إلى ازدياد حالته المرضية سوءاً، وعجل بوفاته، وكان الفصل ليس له ما يبرره وتم على خلاف أحكام القانون، فإنه يكون فعلاً ضاراً تتوافر به أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ومن ثم يتعين إلزام المدعى عليهما بما يستحقه المورث من تعويض عما أصابه من ضرر مادي تقدره المحكمة بمبلغ يوزع بين الطالبات طبقاً للفريضة الشرعية".

(الطلب رقم 4 لسنة 43 ق "رجال القضاء" جلسة 1974/3/7)

2- "إذا كان الضرر المادي الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات في الحال فإنه يكون قد حاق به عند وفاته متمثلاً في حرمانه من الحياة وينتقل الحق في جبره تعويضاً إلى ورثته".

(طعن رقم 1466 لسنة 48 ق جلسة 1980/1/23)

وحق الإيجار من الحقوق المالية التي لا تنتهي بموت المؤجر أو المستأجر إلا ما استثنى. فإذا مات المؤجر بقى المستأجر يؤدي الأجرة لورثته. وإذا مات المستأجر كان على ورثته أن يؤدي الأجرة للمؤجر في حدود التركة التي ورثوها من المستأجر ويمتد العقد إلى الورثة حتى نهاية مدته فقد نصت المادة 601 مدني على أن:

"1- لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

2- ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة 563، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر".

وتنص المادة 602 على أنه: "إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد".

وينتقل خيار العيب وخيار الشرط وغيرهما إلى ورثة المتوفى لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه في المال.

وينتقل أجل الدين إلى ورثة المتوفى. لأن الأجل حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فى انتقال الخيارات إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق المذهب الذى انتحاه القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤملات والدعاوى وآجال الديون. فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه. والمنافع المملوكة للشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها. ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجزها ثم مات قبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصه وأولويته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلى ورثته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الدين. وكل هذا كما هو صحيح فى القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء، وغير صحيح عند أبى حنيفة".

(طعن رقم 95 لسنة 8 ق جلسة 1939/6/8)

2- "إن القانون المصرى قد خلا فى النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه. وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفعى وهل ينتقل للورثة أو لا ينتقل. والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال. ولا يغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية فى مذهب أبى حنيفة - لا تجيز انتقال خيار الشفعة إلى وراث الشفعى".

(طعن رقم 95 لسنة 8 ق جلسة 1939/6/8)

3- "حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث على ما جرى به قضاء هذه المحكمة".

(طعن رقم 311 لسنة 23 ق جلسة 1957/3/7)

أما إذا كان الحق الذى خلفه المورث ليس حقا ماليا فإنه لا ينتقل إلى الورثة، مثل حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال. وكذلك إذا كان الحق الذى خلفه المورث ماليا ولكنه يتصل بشخصه أو بمشيئته لا بماله. كالحق فى النفقة، سواء كان الدائن بها زوجة أو قريبا، وذلك ما لم يأذن القاضى بالاستدانة واستدين بالفعل. وكالحق فى الرجوع فى الهبة فهو حق متصل بشخص

الواهب، فلا ينتقل منه إلى ورثته، بل يسقط بموته، وقد أكدت هذا المعنى المادة 502 مدني حيث جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفي العقد، الواهب أو الموهوب له⁽¹⁾.

ومن الحقوق المتعلقة بشخص المورث حكم المادة الأولى من القانون رقم 513 لسنة 1953 التي تقضى بعدم جواز الحجز على خمسة الأفدنة المملوكة للمزارع، فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة 234 من القانون المدني ضامنة للوفاء بديونه، وإذ كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم 513 لسنة 1953 من أنه "لا يجوز التنفيذ على الأراضي الزراعية التي يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنه، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ، جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها" يعتبر استثناء من هذا الضمان، فإنه شأن كل استثناء لا ينصرف إلا لمن تقرر لمصلحته وهو المدين وإذ كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عيني يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها، بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث، وكان حق الدائن في ذلك أسبق من حق الوارث الذي لا يؤول له من التركة إلا الباقي بعد أداء الدين، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر، وحرّم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أعيان التركة استنادا إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقررة بالقانون رقم 513 لسنة 1953 بالنسبة إلى خمسة أفدنه، فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 56 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/23)

وقت انتقال الملكية إلى الورثة:

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الخامس أسباب كسب الملكية "الميراث وتصفية التركة" سنة 1371 هـ - 1951م ص 48 - الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط الجزء التاسع الطبعة الثانية 1992 ص 112.

3- (أ) رأى الفقه الإسلامى وفقه القانون المدنى :

لا خلاف فى فقه الشريعة الإسلامية حول وقت انتقال أموال التركة إلى الورثة إذا مات المورث غير مدين أصلاً، فيتملك الورثة أعيان التركة فور وفاة المورث. أما إذا مات المورث مديناً، فالتركة تكون مدينه، وهنا فقد اختلف الفقهاء فى وقت انتقال التركة إلى الورثة.

فذهب المالكية إلى أن التركة المدينة، سواء كانت مستغرقة بالديون أو غير مستغرقة - لا تنتقل إلى الورثة فور الوفاة قبل سداد الديون، وإنما تبقى على حكم ملك المتوفى.

وذهب الحنفية فى المذهب الجديد وأشهر الروايات عن أحمد بن حنبل وبعض الشيعة الإمامية الإثنا عشرية إلى أن التركة ولو كانت مستغرقة بالدين تثبت فيها ملكية الورثة، فتكون على ملكهم، ولكن الديون تكون متعلقة بها، إذ هم خلفاء الميت، وتتحقق هذه الخلافة بمجرد الوفاة، إذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها إلا لمانع يمنع عمل الأسباب، والموت سبب للتوريث فتتحقق الورثة فوراً، ووجود الديون متعلقة بالتركة، وكونها مشغولة بحاجة الميت لا يمنع تحقق الورثة، إذا كان ذلك التعلق للإستيثاق من الأداء ولضمان حقوق الغرماء، وذلك ليس بمانع من تحقق الورثة، كما لم يمنع الرهن ملكية العين المرهونة للمدين، ومثل تعلق الديون بالتركة، كمثل الرهن، فهما فى الجملة سواء.

وقد فرق الحنفية بين التركة المستغرقة بالديون والتركة غير المستغرقة. فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون، فإنها تكون كلها مشغولة بحق الميت، فلا تنتقل بل تبقى على حكم ملكه لبقاء ذمته بقاء حاجته فى ماله.

أما إذا كانت غير مستغرقة بالدين، فذهب رأى فى الفقه الحنفى إلى أن ملكية الورثة تكون من وقت الوفاة فى الجزء الذى لا يقابل الدين فالمشغول بالدين من التركة لا تثبت ملكيتهم فيه، بل يكون على حكم ملك الميت أو على ملكه على اختلاف تعبير الكتب⁽¹⁾.

ورأى الشافعية فى المذهب الجديد وأشهر الروايتين عن أحمد بن حنبل وبعض

(1) راجع فى تفصيل هذه الآراء الشيخ أحمد إبراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ص 357 وما بعدها - الشيخ على الخفيف مدى تعلق الحقوق بالتركة مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص 156 وما بعدها - الشيخ محمد أبو زهرة أحكام التركات والمواريث - دار الفكر العربى ص 21 وما بعدها.

الشريعة الإسلامية الإثنا عشرية هو الذى يرجحه المحدثون من فقهاء الشريعة⁽¹⁾.

ولقد كان لهذا الخلاف أثره عند شرح القانون المدنى، فذهب بعضهم إلى أن أموال التركة تبقى على حكم ملك المتوفى إلى أن تسدد الديون. بينما ذهب البعض الآخر - وهو الرأى السائد حالياً - إلى أنها تكون ملكاً للورثة من وقت الوفاة⁽²⁾.

ويرجح هذا الرأى ما تقضى به المبادئ العامة فى القانون المدنى، فالأصل أن المسببات لا تتراخى عن أسبابها إلا لمانع، والموت سبب الإرث فتتحقق الورثة فور وفاته وأثر الإرث هو تملك الورثة ما تركه المورث ولذا تثبت الملكية فور الوفاة بلا خلاف إذا لم تكن هناك ديون، فإذا وجدت الديون فذلك لا يمنع من ثبوت الملك للورثة إذ القول بتأخير انتقال الملك إلى ما بعد سداد الديون لم يقصد به إلا الاستيثاق لأداء الديون، ولذلك قال أنصار هذا الرأى إن الأموال تبقى على حكم ملك المتوفى أو فى ملكه، وهو ما لا يمكن أن يكون إلا حكماً مجازياً إذ يفترض استمرار شخصية المورث بعد وفاته أو استمرار ذمته كما يقال، ويمكن الوصول إلى نفس النتيجة دون اللجوء إلى المجاز بأن يثبت الملك للورثة منذ تحقق سببه وهو الوفاة وتبقى الديون متعلقة بالأموال الموروثة للاستيثاق من أداء الدين، وليس ذلك بمانع من التملك كما لا يمنع الرهن ملكية المدين للعين المرهونة، فتعلق الديون بأموال التركة لا يختلف فى الواقع عن تعلق الدين المضمون بالرهن بالمال المرهون⁽³⁾.

4- (ب) حكم قانون المواريث:

تنص المادة الأولى من القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن المواريث على أن: "يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى".
فالتركة طبقاً لهذه المادة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، سواء كانت التركة

(1) الشيخ أحمد إبراهيم ص 374-169، 201 وما بعدها - عبد المنعم الصده نظرية الحق 1949 ص 68، 69 وقد عدل عن رأيه بعد ذلك - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق 1957 ص 62.

(2) منصور مصطفى منصور ص 461 - الدكتور محمد وحيد الدين سوار الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة ص 716 - الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة 2000 ص 54.

(3) منصور مصطفى منصور ص 461 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 716.

مدينة أو غير مدينة، وسواء كان الدين مستغرقا لها أو كان غير مستغرق. وذلك استنادا إلى الأسباب التى ذكرناه بالبند السابق.

وبذلك يكون قانون المواريث قد أخذ بمذهب الشافعية الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين وبعض الشيعة الإمامية الإثنا عشرية.

ولكننا سنرى أن التركة تتشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد نص المادة 1/87 من القانون المدنى أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفا على شهره. والنص فى المادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 غير مقصود به- كما ورد فى مذكرته الإيضاحية - الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنى التى تتناول انتقال الحقوق بالميراث ... فالتصرف الصادر من الوارث فى حق عيني عقارى تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقار تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التى يلتزم بها البائع ومن بينها الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد 2/879، 897، 900، 914 من القانون المدنى أن المشرع المصرى قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما التزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، الخ".

(طعن رقم 939 لسنة 46 ق جلسة 1981/6/24)

2- "المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن تركة المدين تتشغل بمجرد الوفاة بديون والتزامات المتوفى بما يخول لدائنيه استيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم مادام أن الدين قائم لأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وترتبا على ذلك يكون دفع المطالبة الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة يكفى أن يبيده البعض منهم فيستفيد منه البعض الآخر. وإذ قضت محكمة الاستئناف بقبول الدفع بانقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون

أحدهم - الطاعن - الذى قضى برفض الدفع بالنسبة له وبإلزام التركة ممثلة فى شخصه بالدين فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 420 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/29)⁽¹⁾

ولذلك جرى قضاء محكمة النقض على أن شخصية الوارث تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته، لا بذمة ورثته، ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة.

إذ قضت بأن:

1- "المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقى إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح".

(طعن رقم 7 لسنة 23 ق جلسة 1956/6/28)

2- "من المعول عليه فى ظل القانون المدنى القديم وقبل العمل بأحكام قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث وأنه لذلك لا محل لإجراء المفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقى إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح ولا يغير من هذا النظر أن يكون المشتري من الوارث قد توافرت له الشروط

(1) وقضت محكمة النقض - فى ظل القانون القديم - بأن:

1- "إن الدين، وإن كان مستغرقا للتركة، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته .. الخ".

(طعن رقم 100 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/7)

2- "تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادرا من غير مالك، وبالتالي سببا صحيحا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى إبطال التصرف إضرارا بدائن التركة. لكن الحكم الصادر - على هذا الأساس - بملكية المشتري للعين المبيعة لا يكسبه هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى الخ".

(طعن رقم 141 لسنة 15 ق جلسة 1947/2/27)

اللازمة لاعتباره من الغير فى حكم المادة 270 من القانون المدنى لأن إعمال حكم انتقال الملكية بالنسبة للغير فى هذا الصدد لإجراء المفاضلة بين عقدين لا يصح فى حالة بطلان أحد العقدين لصدوره من غير المالك الحقيقى".

(طعن رقم 227 لسنة 34 ق جلسة 1968/5/7)

3- "شخصية الوارث- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته، لا بذمة ورثته، ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً، إلا إذا أصبح الوارث مسؤولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعاً لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسؤولاً عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 157 لسنة 39 ق جلسة 1974/10/15)

4- "إذا كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وكانت التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة فإن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تتشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن الدعوى الحالية أقيمت على مورث الطاعنين بطلب فسخ عقد البيع الصادر من المورث إلى المطعون ضده بالنسبة إلى الأطيان التى تثبت ملكيتها للغير وإلزام المورث برد ثمنها، وإذ انقطع سير الخصومة فى الدعوى لوفاة المورث ثم قام المطعون ضده بتعجيلها فى مواجهة الورثة (الطاعنين) بذات الطلبات فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من إلزام الطاعنين شخصياً بأن يدفعوا للمطعون ضده ثمن الأطيان المشار إليها ولم يحمل التركة بهذا الالتزام يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 950 لسنة 45 ق جلسة 1978/6/19)

5- "متى كانت شخصية الوارث مستقلة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - عن شخصية المورث، وكانت التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، فإن ديون المورث تتعلق بتركته التى تظل منشغلة بمجرد الوفاة بحق عيني تبعى لدائتى

المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها، ولا تتشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، ويكون للوارث أن يرجع بما أوفاه عن التركة، من دين عليها، على باقى الورثة بما يخصهم منه كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية، فإن كان بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن الأصلي فى مباشرة إجراءات استيفاء حقه إذا أحاله إليه".

(طعن رقم 1313 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/30)

6- "إذ كان الثابت أن الطاعن قد أقام الدعوى ابتداء ضد المطعون ضده الأول والمطعون ضدها الثانية عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها قصر المرحوم ... بطلب إلزامهم بأن يدفعوا له من تركة مورثهم مبلغ 955 جنيهاً إلا أن محكمة أول درجة قصرت قضاءها على الحكم بإلزام المطعون ضدها الثانية عن نفسها وبصفتها بأن تدفع المبلغ المطالب به من تركة مورثها، وإذ كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يديه البعض ليستفيد منه البعض الآخر، فإن ورثة المدين باعتبارهم شركاء فى تركة كل منهم بحسب نصيبه إذا أبدى أحدهم دفاعاً مؤثراً فى الحق المدعى به على التركة كان فى إيدائه نائباً عن الباقيين فيستفيدون منه وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة لما كان ذلك فإن استئناف المطعون ضدها الثانية للحكم الابتدائى الصادر ضد التركة يعتبر مرفوعاً منها بصفتها نائبة عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الاستئناف بحيث يفيدون من الحكم الصادر فيه برفض الدعوى الموجهة إلى التركة، وإذ كان المطعون ضده الأول وارثاً فإنه يفيد من هذا الحكم ويكون النعى عليه بمخالفة القانون لقبوله الاستئناف المرفوع من المطعون ضده الأول - أياً كان وجه الرأى فيه - نعيًا غير منتج إذ أنه لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحتة".

(طعن رقم 434 لسنة 50 ق جلسة 1985/5/27)

5- آثار انتقال التركة إلى الورثة من وقت وفاة المورث لا من وقت سداد الدين :

يترتب على انتقال التركة إلى الورثة من وقت وفاة المورث، لا من وقت سداد الدين المثقلة به التركة عدة آثار من بينها:

(1) تملك الورثة نماء التركة :

فإن التركة قد تنمو فى الفترة التى بين الوفاة وسداد الديون كشجر أثمر أو زرع حصد، ودابة سمنت أو نتجت، وكذلك غلات التركة أو خراجا لها. فإن نماء التركة يكون من حق الورثة، ولا تتعلق به حقوق الدائنين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن الدين، وإن كان مستغرقا للتركة، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته. وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتائجها يكون حقا خالصا للورثة فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط. وقد قال بهذا رأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية فى تفسيره قاعدة "لا تركة إلا بعد وفاء الدين" وهو قول يتفق وأحكام القانون المدنى. فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه فى التمسك بقاعدة "لا تركة إلا بعد وفاء الدين" فى وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه فى التركة، مادام الدين غير ثابت ومحل نزاع غير جدى".

(طعن رقم 100 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/2)

(2) تملك الورثة ما يجد من الملك، والذى باشر المورث أسبابه ولم يتركه الملك فيها إلا بعد موته:

ومثل ذلك أن يكون المورث قد حفر حفرة فى ملكه، ليصطاد فيها حيوانا فوقع فيها الصيد بعد موته، فإنه يكون حكمه حكم سائر التركة، فيكون ملكا للورثة كنماء الملك، ولا يتعلق به حق الدائنين.

(3) ثبوت الشفعة:

وذلك بأن يكون فى التركة حصة شائعة فى عقار، وللميت شريك فيه، فباع الشريك حصته، فيكون للورثة الحق فى أخذ هذا الجزء من العقار بالشفعة⁽¹⁾.

(4) حق الورثة فى التعويض عن الأضرار اللاحقة بعقار مورثهم:

إذ يجوز للورثة بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار ضمن التركة، ولو قبل تسجيل العقار باسمهم المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بهذا العقار⁽²⁾.

(1) الأستاذ محمد أبو زهرة أحكام التركات والموارث ص 28 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 138.

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 719.

(5) التصرف فى التركة وقسمتها :

يحوز لكل وارث التصرف فى نصيبه من التركة وقسمة أموال التركة مع باقى الورثة.

6- قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون :

هناك قاعدة شرعية فى الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون. فإذا مات المورث عن دين فى ذمته بقى الدين فى تركته، ولا ينتقل إلى ورثته، فالتركة تتشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة. وليس للدائنين أن ينفدوا على أموال الوارث الشخصية، فالتركة وحدها هى المسئولة عن ديونها ولا تختلط بأموال الوارث، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما يؤول إليه من أموال التركة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث هو أنه حين يرث الدائن المدين فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد الديون التى عليها ومن بينها دينها له وبعد ذلك يرث الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة فلا ينقضى دينه باتحاد الذمة بالنسبة لنصيبه الميراثى".

(طعن رقم 221 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/13)

وترتيباً على ما تقدم، لا يعد الوارث حائزاً للعقار المرهون من المورث فى صدد التنفيذ العقارى، وبالتالي لا محل لإنذاره بالدفع أو التخلية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الحائز في التنفيذ العقارى الذى أوجبت المادة 626 من قانون المرافعات السابق⁽¹⁾ إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار هو - كما عرفته المادة 2/1060 من القانون المدنى - كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين، مما مؤداه - وعلى ما قررته الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن الوارث لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضى بالألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن، ولما كانت الطاعنة من ورثة المدين فلا تعتبر حائزة للعقار المرهون موضوع التنفيذ بحيث يلزم إنذارها كمقتضى المادة 626 سالفه الذكر".

(طعن رقم 371 لسنة 39 ق جلسة 1974/10/22)

7- الديون المستحقة على التركة :

تنص المادة الرابعة من القانون رقم 77 لسنة 1943 على أن يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى:

أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.

ثانياً : ديون الميت.

ثالثاً : ما أوصى به من الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة، فإذا لم يوجد ورثة قضى من التركة بالترتيب

الآتى:

أولاً : استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ثانياً : ما أوصى فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء

ألت التركة وما بقى منها إلى الخزنة العامة.

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى مؤلفات شرح المواريث.

8- تعيين الورثة وتحديد أنصائبهم فى الإرث :

تنص الفقرة الأولى من المادة 875 مدنى على أن تعيين الورثة وتحديد أنصائبهم

فى الإرث وانتقال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين

(1) المادة 411 من قانون المرافعات الجديد.

الصادرة فى شأنها.

وقد صدر بتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم، وما يتعلق من أحكام أخرى من أحكام الميراث القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن الميراث. ودراسة هذا القانون تدخل فى مؤلفات شرح الموارث. إلا أننا هنا نشير إلى أن الأحكام الواردة بهذا القانون عامة التطبيق، فتسرى على المصريين جميعا، مسلمين أو غير مسلمين.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها هى التى تتطبق على ميراث المصريين جميعا، مسلمين أو غير مسلمين. ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق.

ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذى يحدد الورثة مبدئيا، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة فيطبق نهائيا، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا مخالفة ما جرت عليه التقاليد، من أن الشريعة الإسلامية هى التى تحدد الورثة من أول الأمر، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا.

وقد قضى المشروع على هذا الخلاف، فإن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق أولا وأخيرا، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة فى أى فرض من الفروض.

2- وتطبق الشريعة الإسلامية فى كل أمر يتعلق بالميراث، فهى التى تعين الورثة، وتقسّمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد، وما إلى ذلك من أحكام الميراث، وتحدد نصيب كل وارث، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث. ومن هنا وجب تطبيق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون، وهى القاعدة التى ينظمها المشروع تنظيما عمليا فى النصوص التالية"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - قبل صدور التقنين المدنى الجديد - بأن :

"إن القاعدة الأساسية فى موارث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ما لم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير

ذلك.

والقانون الصادر فى 14 مايو سنة 1883 بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة، بل إن المادة 16 منه وهى التى أشارت لمسألة المواريث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية، بل كل ما فى الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الوراثة متى قبل كل الوراثة اختصاصها أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا بل لابد من أن يتفق كل الوراثة على ذلك فيعمل باتفاقهم الذى هم أحرار فيه ماداموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم".

(طعن رقم 9 لسنة 4 ق جلسة 1935/5/30)

9- تعلق أحكام الإرث وتعيين أنصبة الوراثة بالنظام العام:

أحكام الإرث وتعيين أنصبة الوراثة مما يتعلق بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير الجماعة. فلا يجوز الاتفاق مثلا على جعل وارث غير وارث أو العكس أو زيادة أو إنقاص نصيب أحد الوراثة عن النصيب المحدد له قانونا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لانتهاكه الإجازة ويتاح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوراثة طرفا فى الاتفاق".

(طعن رقم 125 لسنة 34 ق جلسة 1967/11/21)

2- "أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية والتى استمد منها قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير الجماعة".

(طعن رقم 482 لسنة 50 ق جلسة 1981/16/14)

3- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام - وعلى ما جرى

به قضاء هذه المحكمة - هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتمدة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث. لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 599 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/15)

4- "وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلية باطل بطلانا مطلقا بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذي ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم 71 لسنة 1946 وقد اعتبرتها تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملًا من الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة، وقد أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضي ببطلان التعامل في التركة المستقبلية - وهي تصح طبقا للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث وذلك عملا بالمادة 37 من قانون الوصية المشار إليه".

(طعان رقما 634، 637 لسنة 61 ق جلسة 1995/7/6)

10- شهر حق الإرث:

كان الشارع في التقنين المدني القديم ومن بعده قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923 يقصر نظام التسجيل على العقود، وهي تبرم بين الأحياء. وكان انتقال الملكية بسبب الوفاة سواء بالميراث أو الوصية خارجا عن نطاقه لأن الميراث واقعة مادية، والوصية تصرف بإرادة منفردة وليس عقدا، ومضافا إلى ما بعد الموت وليس بين الأحياء. وقد عمد الشارع في قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 إلى سد هذا النقص وأوجب تسجيل جميع التصرفات فامتد بذلك إلى الوصية، كما أحاط بواقعة الميراث وأوجب تسجيل حق الإرث.

فنص القانون فى المادة 13 منه على أنه: "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات 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 من الوارث فى حق من هذه الحقوق.

ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة".

ويلاحظ منذ البداية أنه لا أثر لعدم شهر حق الإرث على انتقال ملكية العقارات من المورث إلى الوارث بالوفاة، ذلك أن الانتقال يتم على أثر وفاة المالك وبالوفاة تنتهى شخصية المورث، فيجب أن تنتقل الملكية فوراً إلى الوارث، فلو جعل المشرع شهر حق الإرث شرطاً لانتقال الملكية لبقيت عقارات التركة بلا مالك فى الفترة بين الوفاة والشهر.

وإنما يقتصر جزاء عدم شهر الإرث على عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من الحقوق التى آلت إليه بالميراث⁽¹⁾.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى ما يأتى:

ولعل نص هذه المادة، والمادة التى تليها (وهى خاصة بالتأشير بديون المورث على هامش تسجيل حق الإرث) أهم ما أتى به المشروع المرفق من أحكام جديدة فى صدد المحررات الواجب شهرها. ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها فى هاتين المادتين تمهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية، إذ لوحظ فى شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر فى الماضى كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية فى البلاد.

وإذ كانت أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث، لا على تصرف من التصرفات القانونية، فلم يكن هناك وجه لجعل انتقال الحق إلى الوارث متوقفاً على شهره. فلا يترتب إذن على نص المادة (13) إخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنى التى تتناول انتقال الحقوق بالميراث. ولكن رؤى إيجاب شهر حق الإرث إذا تصرف الوارث فى عقار تلقاه

(1) محمد كامل مرسى ص 193 - منصور مصطفى منصور ص 464 - الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 282.

بالميراث، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير، وذلك ضبطاً لأصل الملكية في التصرفات وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية كما تقدم القول.

ولهذا تقضى المادة (13) بأنه إلى أن يتم تسجيل حق الإرث لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من المورث فى حق من الحقوق العينية العقارية.

وجدير بالذكر أن التصرف الصادر من الوارث فى حق عيني عقارى تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف. فإذا باع الوارث عقارا تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التى يلتزم بها البائع، ومن بينها الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، ومن بينها شهر حق الإرث.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد نص المادة 13 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث، وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة، واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته".

(طعن رقم 1139 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/24)

2- "شهر حق الإرث. ليس شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية للورثة من وقت الوفاة. عدم شهر حق الإرث. جزؤه. منع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى عقارات التركة دون منع التصرف ذاته. م 13 ق 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى".

(طعن رقم 3687 لسنة 62 ق جلسة 1993/7/28 - غير منشور)

11- لا يلزم شهر كل عقارات التركة:

واضح من نص المادة (13) أنه لا يلزم شمول الشهر لكل عقارات التركة، فيجوز أن يقتصر الشهر على جزء من العقارات، وعندئذ يعتبر الجزء الذى يتم الشهر بالنسبة إليه وحدة تبنى على أساسها تصرفات الورثة، بمعنى أن تتحدد سلطة التصرف فى هذا

الجزء كما لو كان هو كل التركة فلا يكون لكل وارث سلطة التصرف إلا فى نصيبه فى هذا الجزء.

12- من الذى يقوم بشهر حق الإرث؟

تنص المادة 48 من قانون تنظيم الشهر العقارى (مستبدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1976) على أن يقدم الطلب الخاص بشهر الإرث للمأمورية التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها ويجب أن يكون موقعا من الوارث طالب الشهر أو من يقوم مقامه أو من ذى شأن وأن يشتمل على اسم المورث ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وديانته وجنسيته ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته وأسماء وريثته وألقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم والبيانات المتعلقة بالعقار والحقوق العينية المقررة عليه والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث وذلك وفقا للبنود ثالثا وخامسا وسادسا وسابعا من المادة 22".

ويبين من هذه المادة أن طلب شهر حق الإرث يقدم من:

- 1- الوارث، فهو غالبا صاحب المصلحة فى تسجيل حقه.
- ويقوم مقامه فى إجراءاته النائب القانونى عنه إذا كان غير ذى أهلية.
- 2- كل ذى مصلحة ذلك أن اصطلاح "ذوى الشأن" الوارد بالمادة يتسع هنا لكل ذى مصلحة فى إتمام إجراءات الشهر.

ومن ثم يجوز للمتصرف إليه من الوارث كالمشتري والمرتهن لعقار من عقارات التركة طلب شهر حق الإرث إذ أن شهر التصرف الصادر للغير يستلزم حتما شهر حق الوارث، وبالتالي إذا لم يكن الوارث قد قام بشهر الإرث فعلا كان للمتصرف إليه طلب شهر حق الإرث على العقار موضوع التصرف تمهيدا لشهر تصرفه.

ومما يجدر التنويه إليه أنه يجوز للمتصرف إليه أن يلزم الوارث الذى تصرف إليه، بشهر حق الإرث حتى يتمكن من شهر التصرف الصادر إليه⁽¹⁾.

- 3- الدائن: إذ للدائن مصلحة فى شهر حق الإرث ليتمكن من التأشير بدينه على هامش الشهر حفظا لحقه فى مواجهة من يتلقى حقا عينيا على عقارات التركة. فقد يضار الدائن من انتظار قيام الوارث بشهر حق الإرث، وقيامه باتخاذ هذا الإجراء بمناسبة التصرف فى عقار من عقارات التركة، فبباعت الدائن بسبق شهر هذا التصرف

قبل أن ينتبه إلى شهر حق الإرث، وبذلك يفلت العقار من تتبع الدائنين⁽¹⁾.

13- الأوراق التي يجب إرفاقها بطلب شهر حق الإرث:

يجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث الأوراق الآتية:

- (1) الإشهاد الشرعى أو الحكم أو غير ذلك من المستندات المثبتة لحق الإرث.
- (2) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن وجد.
- (3) كشوف رسمية عن عقارات المورث مستخرجة من دفاتر التكليف وضريبة العقارات المبنية.
- (4) سندات ملكية المورث للعقارات المذكورة على أن يراعى فى شأنها حكم المادة 23. فإذا تعذر تقديمها فتتبع الأحكام الواردة فى المادة (23 مكررا)، وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث فيرفق بالطلب المستند المثبت لحق الإرث (م48).

والمادة 23 التى أشارت إليها المادة 49 تنص على أن:

"لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا لأحكام المادة السابقة إلا:

- (1) المحررات التى سبق شهرها.
 - (2) المحررات التى تتضمن تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون.
 - (3) المحررات التى تثبت تاريخها قبل سنة 1924 من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى.
 - (4) المحررات التى تحمل تاريخا سابقا على سنة 1924 إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون فى محررات تم شهرها أو نقل التكليف بمقتضاها لمن صدرت لصالحه.
- وذلك كله بشرط عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المالك الحقيقى (هذه الفقرة الأخيرة مضافة بالقانون رقم 25 لسنة 1976).

والمادة 23 مكررا (المضافة بالقانون رقم 25 لسنة 1976) تقضى بأنه "إذا كان أصل الملكية أو الحق العينى محل طلب الشهر لا يستند إلى أحد المحررات المنصوص

(2) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثانى أسباب كسب الملكية 1955 ص 598.

عليها فى المادة السابقة وطلب صاحب الشأن إسناده إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، فعلى المأمورية تحقيق وضع اليد للتثبت من مدى توافر شروطه وفقا لأحكام القانون المدنى ثم تحيل الطلب إلى مكتب الشهر مشفوعا برأيها.

وتتولى لجنة تشكل بمكتب الشهر برئاسة أمين المكتب وعضوية أقدم اثنين من الأمناء المساعدين والأعضاء الفنيين النظر فى الطلب والاعتراضات المقدمة بشأنه، وتصدر قرارها مسببا بقبول الطلب أو رفضه.

وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى تحقيق وضع اليد، والمستندات الواجب تقديمها وطرق النشر والإعلان وكيفية الاعتراض أمام اللجنة.

ويستحق على الطلب رسم نسبى قدره (1%) من قيمة العقار أو الحق العينى موضوع الطلب، فضلا عن مصروفات النشر والانتقال.

ولا تسرى أحكام الفقرات السابقة على العقارات المنصوص عليها فى المادة 970 من القانون المدنى ولا الأراضى الفضاء. كما لا تخل أحكام هذه المادة بحق ذوى الشأن فى الالتجاء إلى القضاء العادى للمنازعة فى موضوع الطلب".

وتنص المادة 24 (المستبدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1976) على أن: "يؤدى رسم قدره مائتا قرش عند تقديم الطلب.

ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب".

14- شهر حق الإرث بدون رسوم:

تنص الفقرة الأولى من المادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن: "شهر حق الإرث يتم بدون رسم". وقد قصد من ذلك حث الورثة على شهر حق الإرث.

وهذا لا يعفى الوارث طالب الشهر من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ، لأن هذه الرسوم مقابل خدمات تقوم بها الهيئة التى تبشر إجراءات الشهر لمصلحة الوارث نفسه، فضلا عن أنها رسوم بسيطة لا تؤدى إلى إرهاق الورثة.

ودفعاً لأى لبس صدر القانون رقم 63 لسنة 1948 يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم 92 لسنة 1944 بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ تجرى على أن: "كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التسجيل على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث".

ولما صدر القانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر قسم الرسوم إلى ثلاثة أنواع: رسم مقرر - رسم حفظ - رسم نسبي.

ونص في المادة 33 منه على ألا يؤدي رسم نسبي على شهر الإرث، ونص في المادة 16 منه على أنه يؤدي رسم الحفظ على المحررات المشار إليها في المادة (15) - ومن بينها المحررات واجبة الشهر - ولو كانت غير خاضعة للرسم النسبي.

15- قيد حق الإرث في القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني:

لا يسرى قانون نظام السجل العيني إلا على الأقسام المساحية التي يصدر قرار من وزير العدل بسريانه عليها. ويحدد القرار التاريخ الذي يبدأ منه هذا السريان. على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل (م 1/2 من قانون الإصدار).

ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها في المناطق التي لم يطبق نظام السجل العيني فيها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة (م 2/2 من قانون الإصدار).

وتنص المادة (30) من قانون نظام السجل العيني المستبدلة بالقانون رقم 83 لسنة 2006 على أن:

"يجب على الوارث قيد حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية وذلك بقيد السند المثبت لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث".

ولا يجوز قيد أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق إلا بعد إتمام القيد المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

ويجوز أن يقتصر قيد حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة عقارية تبني على أساسها تصرفات الورثة.

ولا يجوز قيد أى تصرف من الوارث طبقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا في حدود نصيبه الشرعى في كل وحدة.

ولا يجوز قيد أى تصرف في أى عين من الأعيان التي انتهى فيها الوقف إلا بعد قيد إلغائه.

وفي جميع الحالات السابقة يكون القيد بدون رسم".

وبهذا النص الجديد ساوى المشرع بين الأحكام الواردة به، وتلك المنصوص عليها فى المادة (13) من قانون تنظيم الشهر العقارى. فأصبح الجزاء الذى يترتب على عدم قيد حق الإرث، هو عدم قيد أى تصرف من الوارث فى حق من هذه الحقوق، ومفاد ذلك أن تصرف الوارث فى عقارات التركة جائز، ولكن يكون قيده فقط غير جائز.

وأصبح من الجائز أن يقتصر قيد حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة عقارية تبنى على أساسها تصرفات الورثة.

كما أصبح قيد حق الإرث بغير رسوم ولو تم بعد أكثر من خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث، على خلاف ما كانت تنص عليه المادة قبل تعديلها⁽¹⁾.

يلحظ أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة. أما القيد فى السجل العينى فله هذه الحجية. وعلى هذا نصت المادة 37 من قانون نظام السجل العينى بقولها:

"يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل"⁽²⁾.

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة 1998/6/6 فى القضية رقم 42 لسنة 17 قضائية "دستورية" بعدم دستورية ما نصت عليه المادة المذكورة من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، وسقوط نص المادة 38 من قانون السجل العينى (الحكم منشور ببند 267).

16 - تنظيم حماية حقوق دائنى التركة :

ينظم التقنين المدنى طريقين لحماية حقوق دائنى التركة هما:

(1) كانت المادة قبل تعديلها تنص على أن:

"يجب قيد حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث. وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق. ويكون قيد حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العينى، وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى الثانية من قانون الإصدار".

(2) السنهاورى ص 257 وما بعدها.

الطريق الأول:

طريق الإجراءات الجماعية، وهو ما يطلق عليه التصفية الجماعية للتركة. وتنظمه المواد (876 - 913 مدنى).

الطريق الثانى:

طريق الإجراءات الفردية.

وتنظم هذا الطريق المادة 914 مدنى، وتكملها نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى وقانون تنظيم السجل العينى. وسنعرض للطريقين المذكورين فى شرح المواد التالية.



تعيين مصف للتركة :

مادة (876)

إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجبا لذلك، من تجمع الورثة على اختياره. فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء.

الشرح

17- التصفية الجماعية :

الأصل أن تتم تصفية التركة، بأن يحصل كل صاحب حق تعلق بها على حقه، بإجراءات فردية، فيعمل كل دائن من دائنى المورث على استيفاء حقه من أموال التركة، ما بقى منها فى أيدى الورثة وما تصرفوا فيه، الأمر الذى قد يترتب عليه من الناحية الواقعية أن يتميز دائن على غيره نتيجة السبق فى اتخاذ الإجراءات، مع أنهم جميعا من الناحية القانونية فى مركز واحد، كما قد يبادر بعض الورثة إلى التصرف فى أعيان التركة، ويصلون بهذا من الناحية الواقعية إلى الحصول على أكثر مما يستحقونه. وقد يتعامل بعض الأشخاص مع الورثة بشأن أعيان التركة، ثم يضارون بسبب تنفيذ الدائنين على هذه الأعيان فى أيديهم.

وقد استحدثت المشرع فى التقنين الحالى نظاما لتصفية التركات تصفية جماعية، تهدف إلى حماية مصالح جميع ذوى الشأن من الورثة والدائنين والغير (المواد 876-913) ونظرا إلى أن التصفية الجماعية تنتطوى على إجراءات طويلة ونفقات كبيرة فهى لا تصلح إلا للتركات الكبيرة إذا كثرت الحقوق التى لها والديون التى عليها أو إذا تباينت عناصرها بحيث تتطلب حصرا دقيقا⁽¹⁾.

وقد جاء بالذاكرة الإيضاحية للقانون المدنى :

"أوجد المشروع من الموضوعات الجديدة ما كان ينقص التقنين الحالى أشد النقص. من

ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ... والموضوعان الجديران بأن ينوه بهما تنويها خاصا هما تنظيم الإعسار وتصفية التركات⁽¹⁾.

كما جاء بها: "ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات، فإن إغفال هذا النظام فى التقنين المدنى الحالى أوقع القضاء والفقهاء فى كثير من الارتباك، وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص تنظم بها تصفية التركة وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدث⁽²⁾".

18 - التصفية الجماعية للتركات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية:

التصفية الجماعية للتركات التى نظمها التقنين المدنى لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، بل تتعلق بالأموال ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها:

"أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد 875 وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة 99 مرافعات تدخل النيابة فى القضايا المتعلقة بها - ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ونص فى الفقرة الثانية من المادة 875 منه على اتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون - ولا يغير من هذا النظر ما أورده المواد 939 و 940 و 947 وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون 126 لسنة 1951 تحت عنوان "فى تصفية التركات" ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية".

(طعن رقم 39 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/16)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص 23.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 201.

19- نظام التصفية الجماعية اختياري:

ذكرنا سلفاً أن التصفية الجماعية - وكما سنرى - تتطوى على إجراءات طويلة ونفقات كبيرة. وأن ذلك يؤدي إلى إرهاب التركات الصغيرة، ولذلك ترك المشرع أمر تعيين المصفي لمشئنة المورث أولاً، ولرغبة ذوى الشأن ثانياً، ولتقدير القاضى أخيراً - كما سنرى - وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أنه: "أما المصفي فقد يعينه المورث وإلا عينه القاضى، وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختياري لذوى الشأن وللقاضى الخ"⁽¹⁾.

20- حالة عدم تعيين المورث وصيا للتركة:

إذا لم يعين المورث وصيا لتركته كان لذوى الشأن طلب تعيين مصفيا للتركة برفع دعوى بالإجراءات المعتادة⁽²⁾.

والمقصود بذوى الشأن كل ذى مصلحة فى هذا الطلب، وبالأخص دائنى التركة العاديين الذى يعينهم مصير التركة أكثر ممن عداهم⁽³⁾. وكذلك الوارث أو الموصى له⁽⁴⁾.

وللقاضى أن يجيب طلب تعيين المصفي أو رفضه، إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها، فقد وضع نظام التصفية، لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلت الديون وتعقدت شئونها، فالإجراءات التى نظمها المشرع فى هذا الصدد، إنما تكفل إصلاح ما ينشأ عن اختلاف الورثة على تصفية التركة أو إهمالهم فى ذلك من كبير ضرر.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى أنه :

- (1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 201 - محمد وحيد الدين سوار ص 731 وما بعدها.
- (2) السنهورى ص 166- وعكس ذلك محمد كامل مرسى 160 فيذهب إلى أنه يؤخذ من نص الفقرة الأولى من المادة 879 من القانون المدنى التى تقول "على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام" أن طلب تعيين المصفي لا يقدم فى صورة صحيفة دعوى، بل يتخذ شكل الأوامر على العرائض، فهو من سلطة القاضى الولائية، لا القضائية.
- (3) محمد على عرفه ص 619.
- (4) عبد المنعم الصده ص 750.

"فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد، وللقاضى أن يجيب الطلب، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة، إما لانعدام الديون، أو لتفاهتها، أو لتفاهة التركة نفسها"⁽¹⁾.

أما إذا رأى القاضى تعيين مصف للتركة، واتفق ذوو الشأن على تعيين شخص معين مصفيا سواء كان وارثا أو غير وارث تعيين على المحكمة تعيينه مصفيا، ولا تستطيع تعيين غيره ولو عارض فى اختياره الدائنون أو الموصى لهم. أما إذا لم يجمع الورثة على اختيار أحد، عينت المحكمة بنفسها المصفى، ويكون من الورثة بقدر المستطاع، وذلك بعد أخذ رأى الورثة.

ولا تنقيد المحكمة برأى الأغلبية فى تعيين الوصى، فالمحكمة أن تعين المصفى الذى اختارته الأقلية دون الذى اختارته الأغلبية، كما لها ألا تأخذ برأى الأغلبية أو الأقلية وتعين مصفيا غير الذى اختارته، لأن المحكمة لا تنقيد إلا بالإجماع⁽²⁾.

21- المحكمة المختصة بتعيين المصفى :

كان مشروع المادة 876⁽³⁾ يتضمن نصا يجعل الاختصاص بتعيين المصفى "للقاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث". إلا أن لجنة القانون المدنى حذفت هذه العبارة وأحلت محلها عبارة "عينت المحكمة" لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان، وقد وافق المجلس على ذلك⁽⁴⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 201.

(2) السنهاورى ص 167 - محمود جمال الدين زكى ص 296.

(3) وكانت برقم (945).

(4) وفيما بلى المناقشات التى دارت باللجنة فى هذا الخصوص:

"تليت المادة 945 التى تحدد المحكمة التى لها حق تعيين المصفى للتركة إذا لم يعين المورث وصيا لتركته، فاعترض عليها سعادة العشماوى باشا من حيث تضمنها قاعدة خاصة بقانون المرافعات إذ لا لزوم لإحكام قواعد هذا القانون فى القانون المدنى خصوصا وأن مشروع قانون المرافعات الخاص بالأحوال الشخصية فى طريقه إلى البرلمان. =

= قرار اللجنة:

وبإعمال قواعد قانون المرافعات، تكون المحكمة المختصة قيمياً بتعيين المصطفى هى المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة التركة لا تجاوز عشرة آلاف جنيه⁽¹⁾، وتكون المحكمة المختصة هى المحكمة الابتدائية إذا تجاوزت قيمة التركة هذه القيمة (م 42، 47 مرافعات). أما المحكمة المختصة محلياً بنظر الدعوى، فهى المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ذلك أن المادة 53 مرافعات تقضى بأن: "الدعاوى المتعلقة بالتركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى" ولئن كانت صفة التركة لا تدخل فى نطاق حصرية هذه المادة، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر فى المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هى المحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة أى التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث⁽²⁾.



وافقت اللجنة على وجهة نظر سعادة العشماوى باشا ورأت حذف عبارة "عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث إذا رأى" والاستعاضة عنها بعبارة "عينت المحكمة إذا رأت" وتعليل ذلك أن المحكمة المختصة يتكفل بها قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 209 وما بعدها).

(1) وإن كانت هذه التركات لا تصفى فى الغالب لتفاهة قيمتها.

(2) السنهاورى ص 165 وما بعدها.

مادة (877)

- 1- لمن عين مصفيا أن يرفض تولي هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها وذلك طبقا لأحكام الوكالة.
- 2- وللقاضى أيضا، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصطفى واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك.

الشرح

22- رفض المصطفى تولي المهمة :

لا يجبر المصطفى على تولي مهمة التصفية، فله أن يرفض توليها إذا صدر أمر من القاضى بتثبيت الوصى الذى عينه المورث أو إذا كان القاضى هو الذى قام بتعيينه.

23- تنحى المصطفى عن مهمته بعد توليها :

المصطفى وكيل عن الورثة، ومن ثم له أن يتنحى عن مهمة التصفية بعد قبولها، شأنه فى ذلك شأن كل وكيل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والمصطفى وكيل عن الورثة، فله أن يرفض تولي المهمة، وله أن يتخلى عنها بعد قبولها، شأنه فى ذلك شأن كل وكيل"⁽¹⁾.

24- عزل المصطفى :

كما أن القاضى هو الذى يعين المصطفى، فهو الذى يملك عزله. ويعزل القاضى المصطفى إما بناء على طلب أحد ذوى الشأن - وقد سبق تعريف ذوى الشأن - أو النيابة العامة أو دون طلب. وقد أضيف حق النيابة العامة فى طلب عزل المصطفى حال مناقشة مشروع المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وقد جاء بتقرير اللجنة أنه "قد روعى فى التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه". وتثبت سلطة القاضى فى عزل المصطفى، سواء كان المصطفى هو الوصى الذى عينه

المورث أم عين بإجماع الورثة أم كان مختارا من القاضى (1).
ويعزل المصطفى إذا توافر ما يبرر عزله كعدم كفايته أو عدم أمانته أو إهماله أو
تقصيره (2).

وقد اعتبرت محكمة النقض أن المصطفى الذى أسقط بعض أعيان التركة من قائمة
الجرد وتقاعس عن تنفيذ الحكم الذى يلزمه بتعديلها، وعدم إيداعه حسابا عن نتيجة
إدارته لأموال التركة، كل ستة أشهر، فى قلم كتاب المحكمة، تنفيذًا للحكم الذى عينه
مصفيا، يكون قد ارتكب أخطاء فى تنفيذ مهمته توجب عزله.

إذ قضت بتاريخ 16/5/1963 فى الطعن رقم 39 لسنة 28 ق بأن:

"وحيث إن الحكم الابتدائى بنى قضاءه بعزل الطاعن على أمرين: أولهما - عدم
اضطلاع بقائمة الجرد كما يجب وأن ما أهمل الطاعن فى إدراجه فى القائمة وصدر
الحكم المعارض فيه بتعديل القائمة - قد رفع عنه الطاعن استئنافا قضى برفضه واستدل
الحكم بذلك على أنه انتوى السير فى المهمة فى غير الطريق السوى. وثانيهما - أنه
كلف فى الحكم الصادر فى الدعوى رقم 472 سنة 1952 كلى مصر بأن يودع قلم
الكتاب كل ستة أشهر حسابا عن نتيجة إدارته لأموال التركة. ولم ينفذ ذلك كما تدل
الشهادة الرسمية المؤرخة 30 أكتوبر سنة 1955 وقد استعصى بذلك على باقى الورثة
ملاحظة أموال التركة وما يجرى بشأنها - وانغلق الباب على من يريد العلم بحالها حتى
يمكن محاسبته على الوفاء بديون التركة - وقد أخذ الحكم المطعون فيه بهذه الأسباب.
وقال فى خصوص الأمر الثانى إن دعوى التصفية لاتزال حتى اليوم خالية من كشف
الحساب رغم مضى ستة أعوام سويا على هذا الحكم، وفى هذا وحده ما يكفى لعزله إذ لا
مراء فى أن المستأنف قد أراد بهذا الامتناع أن يحول بين شريكته وبين مراقبة عمله مراقبة
صحيحة. وأنه رغب فى ترك الأمر مجهلا إلى ما شاء الله مع أن القيود التى فرضها عليه
الحكم الصادر بتعيينه مصفيا قصد بها وضعه تحت مراقبة الشركاء والمحكمة فى وقت واحد
ومنعه من التلاعب - ومادام أنه لم يحفل بهذه الشروط فقد حق عليه العزل - ومن حيث
إنه عن الدعوى رقم 1264 سنة 1954 كلى مصر وما قيل من إيداع قائمة الحساب
وأوراقها فقد بان من كتابين بعث بهما مكتب الخبراء الحكومى التابع لوزارة العدل أن

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 218 - محمد كامل مرسى ص 161.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 297.

المصطفى لم يكن حتى يوم 6 سبتمبر سنة 1956 قد أودع شيئاً من الكشوف المطلوبة منه - وكان هذا التأخير من جانبه سبباً في تأجيل العمل ولقد دل هذا على عدم صدق الرجل في كل خطوة من خطوات دفاعه - والسيدتان ليستا ملزمتين بالتقريب عن هذا الحساب في دعوى غير التى أمر الحكم بإيداعه فيها - وهذا الذى أقام عليه الحكم المطعون فيه قضاءه لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ولا إخلال فيه بدفاع الطاعن - ذلك أن ما قرره فى شأن مسلك الطاعن فى قضية تعديل قائمة الجرد إنما يستند إلى الحكم الابتدائى الصادر فى تلك الدعوى. إذ يبين منه أن الطاعن قد دفعها بعدم قبولها شكلاً وبسقوط الحق فى رفعها كما طلب وقف السير فيها ثم تمسك بعدم قبول الاعتراضات المقدمة من المطعون عليها الثانية لتقديمها بعد الميعاد - وقد استدلّت محكمة الموضوع بحق على أن هذا المسلك من الطاعن فيه التواء عن الطريق السوى - فلم تكن بحاجة إلى ضم تلك الدعوى وضم قضية الاستئناف الخاصة بها - وما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه فيما ورد به بخصوص استئناف الحكم الصادر بتعديل قائمة الجرد هو نعى عار من الدليل لأن الطاعن لم يقدم الحكم الاستئنافى الصادر فى هذا الشأن - وكذلك استدلّت المحكمة عن خطأ مكتب الخبراء المرسل إلى المحكمة الابتدائية فى دعوى الحساب رقم 1264 سنة 1954 كلى مصر والذى لم يجده الطاعن أنه قد تراخى فى تقديم الكشوف المطلوبة منه حتى تاريخ ذلك الخطاب فى 6 من سبتمبر سنة 1956. واعتبرت هذا إخلالاً من الطاعن بواجباته. وفى هذا الذى قرّره فى هذا الخصوص ما يحمل الرد الضمنى على طلبه ضم دعوى الحساب ومحاضر أعمال الخبير - ولما كانت الأسباب التى ساقته المحكمة لتبرير عزل الطاعن على ما سبق بيانه - سائغة ومقبولة وكافية لحمل الحكم فلا سبيل إلى الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض لتعلقه بأمر موضوعى.

وتنحى المصطفى عن نظر الدعوى أمر يتعلق بشخصه ولا مصلحة للخصوم فيه.

ولم يوجب القانون اختصام الدائنين فى دعوى عزل المصطفى أو استبدال غيره به.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنحى المصطفى عن نظر الدعوى أمر يتعلق بشخصه ولا مصلحة للخصوم

فيه".

2- "إذ تنص المادة 2/877 من القانون المدنى على أن "للقاضى إذا طلب إليه أحد

ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب عزل المصطفى واستبدال غيره به متى وجدت

أسباب مبررة لذلك" - وكان لا يوجد فى نصوص القانون ما يوجب اختصاص الدائنين فى دعوى عزل المصطفى أو استبدال غيره به، بل تكفل القانون المدنى - بما استحدثه من أحكام نظم فيه تصفية التركات وإجراءاتها - بصيانة حقوق الدائنين ولو ظهوروا بعد تمام التصفية وجعل لهم باعتبارهم من ذوى الشأن الحق فى طلب عزل المصطفى واستبدال غيره به متى وجدت أسباب مبررة. فإن الحكم المطعون فيه إذا التزم هذا النظر وأقام قضاءه على أن دعوى عزل المصطفى لا تمس نظام التصفية فى شئ وإنما هى تتعلق بشخص المصطفى وما هو منسوب إليه ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فيها قياما على أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكا لأقل الأنصبة فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 39 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/16)



مادة (878)

- 1- إذا عين المورث وصيا للتركة، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين.
- 2- ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصطفى من أحكام.

الشرح

25- وجوب تثبيت الوصى الذى عينه المورث للتركة :

قد يرى المورث تعيين وصيا لتركته. فعندئذ يقتصر دور القاضى على أن يقر هذا التعيين فيأمر بتثبيت الوصى المعين من قبل المورث. ولايجوز للورثة أو الدائنين أن يعارضوا فى تثبيت الوصى الذى يعينه المورث.

26- سريان الأحكام التى تسرى على المصطفى الذى تعينه المحكمة على الوصى الذى يعينه المورث :

تسرى على الوصى الذى يعينه المورث وتأمر المحكمة بتثبيته، ما يسرى من أحكام على المصطفى الذى تعينه المحكمة، وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة⁽¹⁾.



مادة (879)

1- على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين، وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية.

ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل.

2- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة 914.

الشرح

27- قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام:

متى قام القاضى بتعيين المصفى على النحو المتقدم، أو قضى بتثبيت الوصى الذى عينه المورث، وجب على كاتب المحكمة من تلقاء نفسه قيد أمر التعيين أو التثبيت فى اليوم الذى صدر فيه الأمر. ويكون القيد فى سجل عام يرتب على حسب أسماء المورثين. ويقيد فى هامش السجل ما يصدر فى شأن المصفى من عزل أو تنازل⁽¹⁾.

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص218 - ويرى البعض أنه كان من الأفضل أن يتم شهر هذه الأوامر فى نفس السجلات المخصصة لشهر حقوق دائنى التركة طبقا للمادة 14 من قانون الشهر العقارى، حتى لا يختلط الأمر على الباحث عن حالة التركة، فيضطر للاستيثاق من حالتها إلى استخراج شهادة بذلك من أكثر من جهة واحدة. فتكليف كاتب المحكمة بحفظ سجلات عامة لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء التركة يعود بنا القهقرى إلى تعدد جهات الشهر الذى كان مثار الشكوى قبل صدور قانون الشهر العقارى، واستطرد أنه لفت النظر إلى هذه الظاهرة التى لم تكن محل اعتبار عند مناقشة المشروع فى مجلس النواب لعدم صدور قانون الشهر عندئذ، وأشار بوجوب تعديل الفقرة الأولى من المادة 879 بحيث تصبح "على كاتب المحكمة أن يبلغ =

ولهذا القيد أهمية كبرى فهو الذى يكفل إعلان أن التركة قد خضعت لإجراءات التصفية، وهو الذى يحدد الوقت الذى تصبح فيه التصفية جماعية فيمتنع اتخاذ أى إجراء فردى. فيستطيع الدائن إذا مات مدينه الوقوف عما إذا كانت التركة قد أخضعت للتصفية الجماعية فلا يتخذ إجراء فرديا أم لا، عن طريق الاطلاع على هذا الدفتر الأبجدى الذى يرتب بأسماء المورثين كما يتسنى له العلم باسم المصطفى وما إذا كان قد تنحى أو عزل ومن حل محله⁽¹⁾.

28- أثر قيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة 914. والمادة المذكورة - كما سنرى - تنص على أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفدوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون. والتأشير المنصوص عليها فى المادة 914 هو تأشير دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث - كما سنرى - ومن ثم فإنه يترتب على قيد الأمر أثران هامين هما:

أولاً: يمتنع على الورثة من وقت قيد الأمر التصرف فى أموال التركة أو استيفاء ما للتركة من ديون إما مباشرة أو بطريق غير مباشر عن طريق المقاصة.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 884).

ثانياً: لا يجوز لدائنى التركة من وقت قيد الأمر اتخاذ أى إجراء على التركة أو الاستمرار فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصطفى.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 883).

= مأمورية الشهر المختصة يوماً فيوماً بالأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وتثبيت أوصياء التركة للتأشير بها فى هامش تسجيل السندات المتصلة بحق الإرث أو لتسجيلها إن لم يكن حق الإرث قد أشهر بعد" (محمد على عرفه ص 620). ويقول الدكتور السهنورى ص 168 هامش (1): إنه إذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر فى مسائل التركات، إلا أنها من جهة أخرى تقتضى أن يتم شهر أمر تعيين المصطفى فى مكاتب للشهر فتتعدد بتعدد عقارات التركة، إذا كانت هذه العقارات تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد.

مادة (880)

- 1- يتسلم المصطفى أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة. وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته.
- 2- ونفقات التصفية تتحملها التركة، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية".

الشرح

29- تسلم المصطفى أموال التركة :

يجب على المصطفى بمجرد تعيينه أو تثبيته حسب الأحوال أن يتسلم أموال التركة ممن يحوزها، كوارث أو قريب للمتوفى أو وديع أو مصرف ليتولى تصفيتها تحت رقابة المحكمة التى عينته.

كما يتسلم أوراق المتوفى ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه، ويتولى سداد الديون. وذلك كله طبقا للإجراءات التى تبينها المواد التالية.

30- أجر المصطفى :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن للمصطفى أن يطلب من القاضى الذى قام بتعيينه أجرا عادلا على الجهد الذى يبذله والوقت الذى ينفقه فى مهمته، وتلزم التركة بهذا الأجر. ويستوى أن يكون المصطفى وارثا أو غير وارث ولاشك أن تقدير الأجر يخضع لتقدير القاضى، ويراعى فيه ضخامة التركة أو تعدد عقاراتها وتباعدها.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل العمل بأحكام الكتاب الرابع من قانون المرافعات الملغى- أن اختصاص المحكمة التى عينت المصطفى بتعيين أجر للمصطفى لا يحجب اختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصطفى.

إذ قضت محكمة النقض بتاريخ 1980/3/26 فى الطعن رقم 649 لسنة 42 ق

بأن :

"أجازت المادة 880 من القانون المدنى لمصطفى التركة أن يطلب من المحكمة الابتدائية التى عينته أجرا على قيامه بمهمته، وأن ذلك لا يحجب اختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه

المصفي عن الأعمال التي قام بها، وهو اختصاص مقرر بصريح نص الفقرة الخامسة من المادة 950 من قانون المرافعات (بخصوص تصفية التركات) الواردة في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الرابع المضاف بالقانون رقم 126 لسنة 1951 بشأن الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

31- نفقات التصفية:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن نفقات التصفية تتحملها التركة. فالتركة هي التي تتحمل نفقات التصفية، وهي تشمل المصروفات القضائية لتعيين المصفي وقيد الأمر بتعيينه، وشهر حق الإرث، ومصروفات الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، كوضع الأختام أو ايداع النقود ومصروفات الإعلانات المختلفة لدعوة دائني التركة أو مدينيتها للتقدم بما لهم من حقوق أو عليهم من ديون، ومصروفات الجرد والفصل في المنازعات المتعلقة به، ومصروفات التصفية من بيع للأموال واستيفاء للحقوق، ومصروفات تسليم أموال التركة، بعد الوفاء بالديون إلى الورثة، ويدخل فيها أخيراً أجر المصفي الذي تحدده المحكمة له⁽²⁾.

ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية. أي المرتبة الأولى من حقوق الامتياز العامة، وهذا أمر ظاهر فإن نفقات التصفية. بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل.

ولا تشمل المصروفات، مصروفات قسمة أموال التركة، بعد سداد ديونها، وإنما تسرى على هذه المصروفات ما يسرى على مصروفات القسمة بوجه عام. لأن القسمة لا تدخل في إجراءات التصفية، هذه الإجراءات التي تنتهي بتسوية ديون التركة وصيرورة

(1) وعكس ذلك طعن رقم 104 لسنة 25 ق جلسة 1959/12/17 إذ جاء به:

"مؤدى نص المادة 881 من التقنين المدني الجديد أن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة"المقدم لها طلب التصفية وليس من قاضى الأمور الوقتية، وليس أقطع في الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة "بالمحكمة" لا بقاضى الأمور الوقتية، من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها ودون طلب ما - وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية".

(2) السنهاورى ص 180 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 300 وما بعدها.

التركة خالية من الديون.

مادة (881)

على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما. ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة.

الشرح

32- إجراءات المحافظة على التركة:

يجب على المحكمة المختصة أن تتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ويكون ذلك بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كالوارث والدائن أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة إذا رأت المحكمة ما يقتضى ذلك.

ومثل ذلك أن تأمر المحكمة بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة فى خزانة المحكمة أو فى جهة أمينة أخرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فالقاضى يتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن، أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسه، كأن يأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة فى جهة أمينة"⁽¹⁾.

وقد رأينا فى البند السابق أن محكمة النقض ذهبت فى حكم قديم لها صادر بتاريخ 1959/12/17 فى الطعن رقم 104 لسنة 25 ق إلى أن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية وليس من قاضى الأمور الوقتية، إلا أنها عدلت عن ذلك فى حكمها

الصادر بتاريخ 1980/3/26 فى الطعن رقم 649 لسنة 42 ق وذهبت إلى أن اختصاص المحكمة المذكورة بالإجراءات التحفظية لا يحجب اختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصطفى، إذ لو كان هذا الاختصاص لقاضى الأمور الوقتية لكان اختصاصه باتخاذ الإجراءات التحفظية قياسا على ذلك.



مادة (882)

- 1- على المصطفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته، وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة بالمقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث.
- 2- وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية.

الشرح

33- تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة على المصطفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه.

وكانت الفقرة الأولى من المادة - كما وردت بالمشروع التمهيدى - تنص على أن يقوم المصطفى فى الحال بالصرف من مال التركة "على تجهيز الميت" إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب استبدلت بالعبارة السابقة عبارة "لتسديد نفقات تجهيز الميت" ذلك أنه فى الغالب الأعم يكون تثبيت المصطفى أو تعيينه بعد دفن الميت فلا يكون ثمة محل للصرف "على تجهيز الميت"⁽¹⁾، وبناء على هذا التعديل يقوم المصطفى بتسديد نفقات تجهيز المورث إلى من أداها من أقاربه أو غيرهم⁽²⁾.

وبناء على ذلك أصبح لا محل للقيد الوارد بمذكرة المشروع التمهيدى من أن يكون صرف المصطفى من مال التركة على تجهيز الميت (إن أدركه قبل الدفن).

وكانت الفقرة الأولى من المادة - كما عدلتها لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب - تقصر الصرف من مال التركة "لتسديد نفقات تجهيز الميت" إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضافت إلى الفقرة "ونفقات مأتمه" إلى "نفقات تجهيز الميت" لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 222 وما بعدها.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 301.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 223 وما بعدها.

وجعلت الفقرة الأولى تسديد النفقات المذكورة بحسب حالة المورث، والمقصود بذلك حالته المالية و الاجتماعية والعرف الجارى بالنسبة لأمثاله. وألزم النص المصفى بأداء هذه النفقات، لأن نفقات تجهيز الميت ومصاريف مأتمه مقدمة على غيرها.

34- استصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة لمن كان يعولهم المورث :

تنص الفقرة الثانية من المادة فى عجزها على أنه يجب على المصفى أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية. فيشترط لصرف النفقة المذكورة توافر شروط ثلاثة:

الشرط الأول :

أن يكون المنفق عليه وارثا :

فإذا كان الشخص الذى يعوله المورث ليس وارثا فلا نفقة له، وذلك حق، لأن النفقة واجب شخصى ينتهى بوفاة الواجب عليه، فنفقة الأقارب واجب شخصى على القريب الموسر لقريبه المعسر العاجز، فإذا مات انتهى ذلك الواجب، فإذا كان له أخ يعوله، والأخ ليس بوارث لوجود الإبن فلا يستحق نفقة، وكذلك إذا كانت له زوجة مسيحية وهو مسلم ولم يوص لها لا تعطى نفقة لأنها لا ترث، وإن كان يعولها فى حياته⁽¹⁾. ويأخذ حكم الوارث صاحب الوصية الواجبة⁽²⁾.

الشرط الثانى :

أن يكون المنفق عليه ممن يعولهم المورث حال حياته :

يشترط بالإضافة إلى الشرط الأول وهو كون المنفق عليه وارثا للمتوفى، أن يكون المتوفى يعوله حالة حياته. فإذا كان للمورث ابن لايعوله لكونه غير عاجز عن الكسب، فلا يأخذ النفقة.

وينتقد البعض هذا الشرط لأن الوارث الذى كان المورث لا يعوله قد يكون فى حالة عسر شديد، وفى ذات الوقت هو مالك لجزء من التركة، وقد يكون هو المنفرد بالإرث

(1) محمد أبو زهرة ص 74.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 223.

فيها، ومع ذلك لا يأخذ النفقة الضرورية منها وبالتالي لا يأخذ الوارث الفقير نفقة من ماله، لأن القانون اشترط لمن تجب له نفقة ماله أن يكون الميت يعوله⁽¹⁾.

الشرط الثالث:

أن يستصدر المصفى أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف النفقة:

يشترط أن يصدر بهذه النفقة أمر من قاضى الأمور الوقتية، بناء على طلب المصفى.

وكان نص الفقرة الأولى من المادة - كما وردت بالمشروع التمهيدي - تنص على استصدار الأمر من قاضى الأمور المستعجلة، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جعلت صدور الأمر من قاضى الأمور الوقتية، لأنه أيسر وأسرع حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى بل يكتفى بطلب يقدم للقاضى ويؤشر عليه⁽²⁾.

35- تقدير النفقة:

النفقة التى نصت عليها المادة هى "النفقة الكافية بالقدر المقبول". وهى تخضع لتقدير المصفى تحت رقابة قاضى الأمور الوقتية.

36- خصم النفقة من الميراث:

تخصم النفقة التى تعطى للوارث الذى كان يعوله المتوفى من نصيبه فى الإرث قبل تسلمه.

37- اختصاص قاضى الأمور الوقتية بالمنازعات المتعلقة بالنفقة:

يختص قاضى الأمور الوقتية بالمنازعات المتعلقة بالنفقة، ومثل هذه المنازعات اعتراض باقى الورثة أو الدائنين على فرض النفقة المؤقتة لعدم توافر شروط استحقاقها أو لزيادتها على النفقة الواجبة، أو اعتراض الوارث الذى تقررت له النفقة على مقدارها طالبا زيادتها.

ويكون فصل قاضى الأمور الوقتية فى هذه المنازعات نهائيا.

(1) محمد أبو زهرة ص 74- محمد كامل مرسى 165 وهامش (1).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 222 وما بعدها.

مادة (883)

1- لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذه إلا فى مواجهة المصفي.

2- وكل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن.

الشرح

38- عدم اتخاذ الدائنين أى إجراء على التركة من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي :

من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي تبدأ الصفة الجماعية للتصفية كما تقدم. وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة لدائنى التركة، فلا يستطيع هؤلاء اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعا، بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفي باعتباره وكيلًا عن الورثة فى التصفية الجماعية.

وكل توزيع فتح ضد المورث حال حياته، ولم تقفل قائمته النهائية، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن، حتى يتم حصر ديون التركة جميعا وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض وتسوى الديون جملة واحدة⁽¹⁾.

وهذه التسوية تتم فى التركة الموسرة بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بجرد التركة وإذن المحكمة بالسداد بالنسبة للديون التى لم يقر فى شأنها نزاع أو بعد الفصل نهائيا فى النزاع بالنسبة للديون التى توزع فيها (891). أما بالنسبة للتركة

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 227- وكانت الفقرة الأولى من المادة - كما وردت بالمشروع التمهيدى- تنص على أن: "وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة" ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 225 وما بعدها)، ولكن نصت على هذا الحكم المادة (2/1085 مدنى) بقولها "ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار فى التركة". لأنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم، فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين، كرهن أو امتياز أو اختصاص.

المعسرة فتنم تسوية الديون جميعا، أى حتى ما لم يقر فى شأنها نزاع، بعد الفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة⁽¹⁾. وبذلك يضمن المشرع المساواة بين كافة الدائنين.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "استحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى".

(طعن رقم 7 لسنة 35 ق جلسة 1969/3/20)

2- "ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصطفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصطفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة 885 من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصطفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصطفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية حوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى إدارتها نيابة عنهم، وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفيا للتركة قد اختصم فى الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده منها وأنه حمل لواء المنازعة فى تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاصا صحيحا يتفق مع صفة النيابة التى أسبغها عليه القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر فى هاتين الدعويين قد صدر ضد التركة فى مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانونى لها".

(طعن رقم 364 لسنة 44 ق جلسة 1978/2/13)

غير أن هذا لا يخل بحق الدائن صاحب حق التقدم قانونا كالدائن المرتهن أو

صاحب حق الامتياز من استيفاء حقه فى المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين.



مادة (884)

لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة 901 أن يتصرف فى مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة.

الشرح

39- حظر تصرف الوارث فى مال التركة قبل تسلم شهادة التوريث :

يترتب على قيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى أو بتثبيت وصى التركة، أن يتمتع على الورثة التصرف فى مال التركة رغم كونهم ملاكاً لهذه الأموال، حتى تكون التصفية شاملة لجميع عناصر التركة، ومن ثم لا يجوز للوارث من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى أن يتصرف فى مال من أموال التركة حتى تسلم إليه شهادة التوريث⁽¹⁾. فإذا صدر مثل هذا التصرف كان غير نافذ فى حق سائر من تعلقت حقوقهم بالتركة سواء كانوا ورثة أو موصى لهم أو دائنين. ويستطيع المصطفى أن يتجاهل هذا التصرف ويسير فى إجراءات التصفية على اعتبار أن المال الذى ورد عليه التصرف مازال باقياً فى التركة⁽²⁾.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"أما الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف فى مال التركة قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أى بعد تصفية الديون. وهذه المسألة الأساسية فى إجراءات التصفية هى التى تحقق المبدأ القاضى بالآلا تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقاً عملياً... الخ"⁽³⁾.

كذلك لا يجوز للوارث أن يستوفى ديناً من ديون التركة، سواء كان ذلك بأن يستوفى الوارث الدين من المدين مباشرة أو كان بطريق المقاصة بأن يجعل الوارث ديناً عليه قصاصاً بدين التركة. وتتحقق هذه الصورة الأخيرة إذا كان مدين المورث دائناً للوارث، حيث لا يجوز للوارث فى هذه الحالة أن يتمسك قبله بالمقاصة. وفى الحالة العكسية، وهى حالة ما إذا كان دائن المورث مديناً للوارث، لا يستطيع هذا الدائن كذلك أن يتمسك

(1) وهى الشهادة التى وفقاً للمادة 901 تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه، وتعين ما آل إليه من أموال التركة.

(2) عبد المنعم الصده ص 755 - محمود جمال الدين زكى ص 298 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 228.

قبل الوارث بالمقاصة، ويرجع ذلك إلى أنه لا يجوز إجبار الوارث على الوفاء من ماله الخاص بدين على المورث، ذلك أن دائنى المورث ينحصر ضمانهم فى أموال تركته، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة⁽¹⁾.

فشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية، وشأن المصفى هو شأن أمين التفلسية، وكما تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نصوص المواد 844، 899، 900، 901 من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة مادامت التصفية قائمة".

(طعن رقم 284 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)



مادة (885)

- 1- على المصطفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى ما لها من ديون.
- 2- ويكون المصطفى، ولو لم يكن مأجورا مسئولا مسئولية الوكيل المأجور. وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية.

الشرح

40 - اتخاذ المصطفى الوسائل التحفظية والقيام بأعمال الإدارة:

يجب على المصطفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، كتجديد قيد رهن يضمن دينا للتركة فى ذمة الغير، وقطع تقادم يسرى لمصلحة الحائز للعقار فى التركة ثم يرفع دعوى الاستحقاق عليه، وإيقاع حجز تحفظى على مستأجر لعقار فى التركة تأخر فى دفع الأجرة. وإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شخص ثالث، كان على المصطفى أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين.

وقد تقتضى التركة إدارة أموالها، فيجب على المصطفى أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، كإيجار عقارات التركة وقبض أجرتها وجنى المحصولات بالأراضى الزراعية فيها وبيعها.

ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصطفى بقبض الديون المستحقة للتركة والتي تكون قد حلت وأن ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تقتضى التصفية من جانب المصطفى أن يقوم بإدارة التركة مؤقتا حتى تتم تصفيتها فيتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، كقيد رهن أو تجديد قيد أو إيقاع حجز تحفظى أو قطع تقادم. ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة كقبض الغلة وجنى

(1) السنهورى ص 188 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 302 وما بعدها.

المحصول وبيعه والإيجار لمدد قصيرة وتجديد الإيجار، وهو الذى يستوفى ما للتركة من ديون كما تقدم، وينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها.... الخ" (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا عين المورث اثنين من ورثته منفذين لوصية فإنه يجوز لأحدهما أن يمثل الآخر فى اتخاذ إجراء فى الميعاد المعين له بما يدفع ضررا عن التركة وهو ما لا يحتاج الأمر فيه إلى تبادل رأى. وإذن فمتى كان أحد منفذى الوصية قد طعن بطريق النقض فى الحكم الصادر ضد مصلحة التركة فإن الدفع بعدم قبول هذا الحكم لانفراد أحد المنفذين بالتقرير به دون الآخر يكون على غير أساس".

(طعن رقم 237 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/12)

2- "لما كانت دعوى الشفعة كى تكون مقبولة يتعين رفعها على البائع والمشتري وإن تعددوا وكان أحد المطعون عليهم هو أحد أوصياء التركة البائعين وقد اختصم فى الدعوى أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف فإنه يتعين لقبول الطعن أن يعلن به المطعون عليه المذكور ولا يغير من ذلك أن يكون الورثة ممثلين فى الطعن أو أن يكتفى فيه بإعلان باقى أوصياء التركة".

(طعن رقم 284 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)

3- "متى تعدد أوصياء التركة البائعين للأطيان المشفوع فيها ولم يرخص بانفرادهم فى العمل فإن اختصاصهم فى دعوى الشفعة هو مما يلزم معه تبادل رأى فيما بينهم، وكان عليهم أن يعملوا مجتمعين وذلك وفقا للمادتين 2/885، 707 من القانون المدنى".

(طعن رقم 284 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)

4- "إذا كان الطاعن لم يودع صورة رسمية من الحكم الصادر بتعيين مصفيا لتركة المرحومة ولم يقدم هذه الصورة حتى حجز الطعن للحكم، وكان لا يغنى عن ذلك مجرد الإشارة إلى رقمه أو تقديم صورة عرفية منه حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع أن تقف على مدى صفة الطاعن فى النيابة عن التركة وتمثيلها فى هذا الطعن وفقا للمادة 1/885 من القانون المدنى فإن الطعن يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة".

(طعن رقم 3388 لسنة 54 ق جلسة 1988/3/28)

41- مسؤولية المصفى ولو لم يكن مأجورا مسؤولية الوكيل المأجور:

يكون المصفى، ولو لم يكن يكن مأجورا، مسئولا مسؤولية الوكيل المأجور. وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية.

وقد نصت على مسؤولية الوكيل المادة 704 مدنى بقولها: "1- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

2- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد".

- راجع فى تفصيل مسؤولية الوكيل بالأجر عقد الوكالة بالمجلد التاسع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "... وفى هذا مسئؤل مسؤولية الوكيل المأجور، أى ملتزم ببذل عناية الرجل العادى حتى ولو لم يكن مأجورا بالفعل، بأن لم يطلب من القاضى تقدير أجر له. ويعمل برقابة القاضى. ولهذا أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية يحددها"⁽¹⁾.



مادة (886)

- 1- على المصطفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيتها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.
- 2- ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان، وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث، وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

الشرح

42- توجيه المصطفى تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيتها :

أوجب النص على المصطفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيتها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، ذلك أن المصطفى قد لا يتيسر له بالوسائل الأخرى التى سنراها الوقوف على كافة دائنى ومدينى التركة حتى يتمكن من إجراء التصفية على الوجه الأكمل، فحرص على أن يعلم الكافة ببدا إجراء التصفية. ولكى تتحقق العلانية التى ينشدها المشرع نص على ثلاثة طرق لنشر هذا التكليف:

- 1- لصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسى لمركز الشرطة فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان.
- 2- لصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث، باعتبار المحكمة الجزئية أقرب من آخر موطن للمورث من المحكمة الابتدائية.
- 3- نشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار. ولم يضع النص ترتيبا معيناً لهذه الطرق، يجب اتباعه فى القيام بتوجيه التكليف⁽¹⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 304 - كان المشروع التمهيدي ينص فى الفقرة الثانية من المادة على أنه "يجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موطناً للمورث أو على =

وكل ما استلزمه ألا تقل المهلة التي تحدد فيه عن ثلاثة أشهر من تاريخ نشره آخر مرة، وإذن يجب أن يحدد المصفي ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور في المرات الأولى من النشر، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة.

= باب آخر محل كان مقرا لأعماله، وعلى الباب الرئيس لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركية، وعلى الباب الرئيسى لديوان كل من المركز والمديرية أو لديوان المحافظة التي تقع في دائرتها هذه الأعيان، وعلى اللوحات المعدة لنشر الإعلانات داخل جميع المحاكم التي بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التي تقع بدائرتها أعيان التركية، ويجب أن ينشر التكليف في الجريدة الرسمية وفي ثلاث من الصحف اليومية الكبرى". فرأت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذف الفقرة الثانية، وتعديل الفقرة الأولى من المادة على الوجه الآتى: على المصفي أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركية ومدينىها ينشر فى صحيفتين من الصحف اليومية الكبرى بدعوههم فيه أن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف ... وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دار نقاش حول إرجاع الفقرة الثانية التى حذفها مجلس النواب، فذهب رأى إلى إرجاعها واختصار إجراءات النشر واللصق التى تنص عليها، ورأى ذهب إلى عدم إرجاعها، لأن إجراءات اللصق على باب العمدة وغير ذلك من الأمكنة فيها تشهير بالمورث.

وأخيرا رأت اللجنة إبقاء الفقرة الأولى من المادة بالصيغة التى تقدمت بها الحكومة، ولم تقر مجلس النواب على حذف الفقرة الثانية، بل عدلتها تعديلا يوجب أن يلصق التكليف على باب مقر العمدة ومركز البوليس والمحكمة الجزئية وأن ينشر فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار، حتى تكون إجراءات الشهر محققة من الناحية العملية للغرض الذى توخاه النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 232 وما بعدها).

ولذلك جاء بالمشروع التمهيدى ما يأتى:

"هذه سلسلة من النصوص تبسط إجراءات جرد التركية وهى تتكون من الحلقات الآتية:

1- تكليف علنى يوجهه المصفي لدائنى التركية ومدينىها، ليقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، فى ظرف ثلاثة أشهر من آخر تكليف ينشر. ولما كان محتملا أن يكون المصفي غير عالم بكل الدائنين والمدينين، لذلك يجب عليه أن يلصق التكليف فى جهات معينة. موطن المورث، ومقر العمدة، وديوان المركز أو المديرية أو المحافظة التى تقع فى دائرتها أعيان التركية، ولوحة الإعلانات بمحكمة موطن المورث ومحكمة أعيان التركية، والجريدة الرسمية، وثلاث من الصحف اليومية الكبرى" مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 232 وما بعدها - ص 241 وما بعدها).

مادة (887)

- 1- على المصطفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضا أن يخطر بكتاب موسى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع.
- 2- ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

الشرح

43- إيداع المصطفى قائمة بما للتركة وما عليها قلم الكتاب :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة على المصطفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال وهذا الإجراء هو الإجراء الثانى لجرد التركة.

وعلى المصطفى أن يخطر بكتاب موسى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن كالورثة والدائنين بحصول هذا الإيداع.

وأجازت الفقرة الثانية من المادة للمصطفى أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إعداد قائمة الجرد: عندما تتجمع لدى المصطفى البيانات اللازمة عن حقوق التركة وديونها فى ظرف ثلاثة أشهر من نشر التكليف العلنى السابق الذكر، تعد قائمة تبين ما للتركة من أعيان وأموال وحقوق وما عليها من ديون، وتشتمل القائمة على تقدير لقيمة هذه الأموال ... الخ" (1).

والمصطفى غالبا ما يطلب مد هذا الميعاد لأن جمع البيانات اللازمة لإعداد القائمة يتطلب ثلاثة أشهر كما ذكرنا سلفا، ومن ثم فإن المصطفى لا يكون أمامه لإعداد القائمة وتقديمها إلى قلم الكتاب وإعلانها إلى ذوى الشأن إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان

بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائني التركة ومدينيتها وتمكن كذلك من نشره في أول يوم عين فيه.

ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ومتى تم للمصفي إعداد قائمة الجرد وجب عليه تقديمها للقاضي في ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه، وكذلك إعلانها إلى كل ذي شأن، أي للورثة ولدائني التركة ولمدينيتها وللموصى لهم، في نفس الميعاد. ولما كان جميع البيانات اللازمة لإعداد القائمة يتطلب ثلاثة أشهر كما تقدم، فإن المصفي لا يكون أمامه لإعداد القائمة وتقديمها إلى القاضي وإعلانها إلى ذوي الشأن إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائني التركة ومدينيتها، وتمكن كذلك من نشره في أول يوم عين فيه. فإن ضاق به هذا الميعاد، كان له أن يطلب إلى القاضي مدة إذا وجدت ظروف تبرر ذلك"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص242 وما بعدها.

مادة (888)

- 1- للمصفي أن يستعين في الجرد وفي تقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة.
- 2- ويجب على المصفي أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفي عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها.

الشرح

44- استعانة المصفي بخبير:

أجازت الفقرة الأولى من المادة للمصفي أن يستعين في الجرد وفي تقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة، ذلك أن أعيان التركة من منقولات وعقارات تدخل في بند الحقوق ومن ثم لزم تقويمها لتحديد قيمتها.

45- ما يجب على المصفي الرجوع إليه وإثباته :

يجب على المصفي ما يأتي:

- 1- الرجوع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستندات، ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث وديونه معتمدا على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث.
- 2- الرجوع إلى السجلات العامة، للوقوف على ما هو ثابت بها من حقوق وديون، كالتسجيلات أو القيود أو التأشيرات الموجودة في مكاتب الشهر العقاري وتكاليف الأراضي الزراعية.
- 3- ما يصل إلى علمه: يجب على المصفي أن يثبت في جرد أموال التركة ما يصل إلى علمه الشخصي عنها من أى طريق كان، لمعلومات يستقيها من المصارف أو الشركات التي يكون المورث على صلة بها، أو من عماله ومستخدميه.
- 4- ما يبلغه به الورثة: يجب على المصفي أن يستعين في الجرد بما يبلغه به الورثة من ديون على التركة وحقوق لها، ولا يقتصر الأمر على ما يبلغه به الورثة، وإنما للمصفي أن يسأل الورثة عن معلوماتهم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".. وهو على كل حال يستعين بأوراق المورث، وبما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون (كتكاليف الأقطان وسجلات العقود والتسجيلات بالمحاكم). وعليه أن يدرج فى قائمة الجرد ما يتبين من كل هذه الأوراق، وعليه أيضا أن يسأل الورثة عن معلوماتهم. وعلى الورثة أن يدلوا بكل ما يعلمونه، كما يجب على كل شخص لديه معلومات عن حالة الشركة أن يتقدم بها للمصطفى تحت مسئوليته"⁽¹⁾.



مادة (889)

يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة ولو كان وارثا.

الشرح

46- عقوبة الاستيلاء غشا على شئ من مال التركة :

تعاقب المادة بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة ولو كان وارثا.

فيخضع لهذه العقوبة من كان في حوزته قبل وفاة المورث أو بعدها مالا من أموال المورث، سواء كان وارثا أو موصى له أو من الغير ولم يبلغ عنه بنية تملكه، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه.

وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد، كعقوبة السرقة، إذا كان هناك محل لذلك. أما مجرد الإهمال في التبليغ أو تعمد عدم التبليغ ما دام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة، فلا يدخل في مدلول لفظ "استولى" الذي استعمله المشرع في المادة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد نصت المادة 1321 من المشروع على عقوبة جنائية هي عقوبة التبديد، توقع على كل من استولى غشا على مال التركة حتى لو كان وارثا، فمن كان في يده مال التركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثا. وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه، وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد، كعقوبة السرقة، إذا كان هناك محل لذلك. أما مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة، فلا يدخل في حكم المادة 1321"⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 172 - محمد على عرفه ص 630.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 242.

وعقوبة جريمة التبديد هي الحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري (م 341 عقوبات).

وعقوبة الحبس حدّها الأدنى 24 ساعة وحدّها الأقصى ثلاث سنوات (م 18 عقوبات).



مادة (890)

- 1- كل منازعة فى صحة الجرد، وبخاصة ما كان متعلقا بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوما التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد.
- 2- وتجرى المحكمة تحقيقا، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها. ويصح التظلم من هذا الأمر وفقا لأحكام قانون المرافعات.
- 3- وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال.

الشرح

47 - المنازعة فى صحة الجرد:

إذا كان هناك منازعة فى صحة الجرد، كالمنازعة التى يتقدم به دائن فى قيمة حقه، أو مدين فى صحة دينه، أو وارث فيما كان يجب إثباته من أعيان التركة أو كان ينبغى إغفاله من ديونها، أو موصى إليه فى مقدار ما أوصى له به، فكل هذه المنازعات يجب لقبولها رفعها من صاحب الشأن.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويأتى بعد ذلك تحقيق المنازعات فى الجرد، فكل منازعة يتقدم بها دائن فى قيمة حقه، أو مدين فى صحة دينه، أو وارث يدل على أعيان للتركة لم تثبت وكان يجب إثباتها، أو على ديون أثبتت وكان يجب إغفالها، أو نحو ذلك من المنازعات، يجب تقديمها بعريضة من ذوى الشأن فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت إعلانه بقائمة الجرد"⁽¹⁾.

48 - شكل المنازعة :

المستفاد من نص المادة أن المنازعة فى صحة الجرد ترفع - ليس إلى المحكمة المختصة - بل بعريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقفية ويصدر فى شأن المنازعة أمرا ولائيا عملا بالمادة 194 مرافعات، ومن ثم فإن المقصود بلفظ "المحكمة" الوارد بالمادة

890 مدنى سالف الذكر هو قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة وليس المحكمة بكامل هيئتها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 890 من القانون المدنى أن المنازعة فى صحة الجرد - وما تجريه المحكمة ابتداء فى شأن عريضتها- هو أمر ولائى على عريضة مما أناطه القانون بقاضى الأمور الوقتية عملاً بالمادة 194 مرافعات ومن ثم فإن المقصود بلفظ "المحكمة" الوارد بالمادة 890 مدنى سالف الذكر هو قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة وليس المحكمة بكامل هيئتها ويكون له أن يجرى فى العريضة أمره بالقبول أو الرفض، وهو ما يجوز التظلم منه طبقاً لأحكام المواد من 194 إلى 199 مرافعات".

(طعن رقم 661 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/9)

49 - ميعاد المنازعة:

تقدم المنازعة خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد. فميعاد المنازعة لا ينفتح إلا بقيام المصطفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطرُوا بإيداع القائمة فعلاً فلا يتقيدون بهذا الميعاد فإذا لم يتم هذا الإخطار ظل الميعاد مفتوحاً أمامهم إلى ما قبل تمام التصفية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 890 مدنى أن كل منازعة فى صحة الجرد ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع القائمة مما مؤداه أن المشرع جعل افتتاح هذا الميعاد رهناً بقيام المصطفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطرُوا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقت إلى ما قبل تمام التصفية".

(طعن رقم 661 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/9)⁽²⁾

(1) السنهاورى ص 202 منصور مصطفى منصور ص 474.

(2) ولذلك لا نقر ما جاء بمحضر الجلسة (38) من مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن هذا الميعاد "تنظيمى لمتابعة الإجراءات لا يترتب عليه سقوط حق" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 245).

50- فصل القاضى فى المنازعة :

يجرى القاضى تحقيقا فى المنازعة المرفوعة أمامه، فإذا تبين له أن المنازعة جدية أصدر أمره بقبولها، وإذا تبين له أن المنازعة غير جدية أمر برفضها. وليس للقاضى أن يضمن الأمر بقبول المنازعة تصحيح البيان الذى تتعلق به، إذ ليس له - كما يفهم بطريق الإشارة من المادة 3/890، وأعمالها التحضيرية - أن يتصدى لموضوع المنازعة⁽¹⁾. وإنما إذا صدر الأمر النهائى بقبول المنازعة لأنها جدية، ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء عينت المحكمة التى أصدرت الأمر أجلا يرفع فيه صاحب المنازعة دعواه أمام المحكمة المختصة. فترفع الدعوى أمامها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فى حدود هذه المنازعة⁽²⁾.

ويجوز لمن رفض طلبه التظلم من هذا الرفض إما أمام المحكمة المختصة أو لنفس القاضى الأمر، بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويحكم القاضى فى التظلم إما بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام (م) 199 مرافعات).

ويكون أمام صاحب الشأن اللجوء إلى الطريق العادى للتقاضى.

(1) السنهورى ص 202 وما بعدها - الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية 1974 ص 421- محمد كامل مرسى ص 173 - محمود جمال الدين زكى ص 307 - ويؤيد الدكتور محمود جمال الدين زكى رأيه بأن الحكم بتعديل قائمة الجرد، بعد أن تبين أن المصطفى "لم يقم بجرد أعيان التركة جميعها بل أسقط الكثير منها فى القائمة" قد صدر فى القضية التى نظرتها محكمة النقض برقم 39 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/16 - كما يظهر من أسباب حكمها فيها، من قاضى الأمور المستعجلة الذى حكم فيها "بالإلزام بتعديل قائمة الجرد والمودعة فى دعوى التصفية"، حين أن محكمة القاهرة الابتدائية هى التى عينت المصطفى، وهى التى عزلته وكانت بالتالى المحكمة المختصة بنظر التصفية- وعكس ذلك: محمد على عرفه ص 632 - عبد المنعم الصده ص 766 فيريان أن القاضى إذا رأى أن المنازعة جدية أصدر أمره بقبولها ويتصحيح قائمة الجرد وفقا لما انتهى إليه فى شأنها.

ونشير إلى أن محكمة النقض قد قضت فى حكمها سالف الذكر بأن:

"حكم محكمة أول درجة بتعديل قائمة الجرد ينفذ فى حق المصطفى الذى أقامته محكمة الدرجة الثانية كما كان نافذا فى حق سلفه دون حاجة إلى النص على ذلك فى منطوق الحكم الاستثنائى".

(2) جميل الشرقاوى ص 421.

51 - قضاء المحكمة المختصة فى المنازعة على وجه الاستعجال:

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن المحكمة المختصة تقضى فى النزاع سالف الذكر على "وجه الاستعجال".

وعبارة على "وجه الاستعجال" مرادفة لعبارة "على وجه السرعة" إلا أنها تختلف عن "الصفة المستعجلة" التى تتظر بها بعض الدعاوى، فالمنازعات التى يوجب القانون نظرها على وجه الاستعجال أو على وجه السرعة، هى منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد العامة لتصدر فيها حكمها موضوعيا، أما المواد المستعجلة فهى منازعات فى طلبات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملا بالمادة 45 مرافعات لتصدر فيها حكما وقتيا تكون له حجية مؤقتة ولا يجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهما فوراً بغير إبطاء.

وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1962 ينص على وجوب عرض الدعاوى التى يفصل فيها على وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة فى المحاكم الابتدائية دون عرضها على قاضى التحضير (م 118)، ويمنع الطعن بالمعارضة فى الحكم الصادر فيها (م 386)، ويجعل ميعاد استئنافه عشرة أيام أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم (م 402)، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملا بالمادة 405، ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصادرة فى المواد الأخرى (م 346)، ويكتفى بالنسبة لصحف الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعى فيها موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملا بالمادة (71).

إلا أن المشرع ألغى بالقانون رقم 100 لسنة 1962 كل تفرقة بين الدعاوى التى تتظر على الوجه المعتاد وتلك التى تتظر على وجه السرعة.

ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة على إنجاز الدعوى بسرعة⁽¹⁾.

(1) راجع مؤلفنا شرح قانون المباني الجديد الطبعة السادسة 2002/2003 ص 465 وما بعدها.

تسوية ديون التركة :

مادة (891)

بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع. أما الديون التي نوزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيا.

الشرح

52- وفاء المصفي الديون التي لم يقم بشأنها نزاع:

بعد انتهاء الميعاد المحدد لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد، يقوم المصفي باستئذان المحكمة في وفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع. ثم يتولى الوفاء بها. أما الديون التي نوزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيا.



مادة (892)

على المصطفى فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال إعسارها، أن يقف تسوية أى دين، ولو لم يقم فى شأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

الشرح

53- وقف تسوية الديون فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال

إعسارها :

إذا كانت التركة فى حالة إعسار أو احتمال إعسار، تعين على المصطفى وقف تسوية أى دين، حتى إذا لم يقم فى شأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بالتركة، ثم تسوى الديون جملة واحدة لكل دائن بنسبة حقه.

أما إذا كانت التركة محققة اليسار فلا محل لتأخير سداد الديون التى لم يقم بشأنها نزاع، فيستأذن المصطفى القاضى فى وفائها، وتسوى الديون التى نوزع فيها بعد الفصل نهائيا فى النزاع⁽¹⁾.

والتركة المعسرة، هى التى تكون أموالها لا تقى بكل ديونها. أما التركة الموسرة فهى التى تساوى أموالها قيمة ما عليها من ديون أو تزيد على هذه القيمة.



(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 251.

مادة (893)

1- يقوم المصطفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية، ومن ثمن ما فى التركة من منقول. فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما فى التركة من عقار.

2- وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة. فإذا كانت التركة معسرة لزمّت أيضا موافقة جميع الدائنين. وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد.

الشرح

54- كيفية الوفاء بديون التركة :

يدفع المصطفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمة الغير بعد أن يقبضها. فإذا لم تكف فمما تشتمل عليه التركة من النقود.

ويدخل فى ذلك ربع أموال التركة ونماؤها، فيوفى المصطفى منها ديون التركة والوصايا والتكاليف⁽¹⁾.

فإن لم يكف ذلك فمن ثمن ما يبيعه بسعر السوق من أوراق مالية، فإذا لم يكف فمن ثمن ما يبيعه من منقول فى التركة.

فإذا لم يكف ذلك كله بدأ المصطفى ببيع العقارات لى يكمل الوفاء من ثمنها. وهذا ترتيب مفروض يتعين على المصطفى أن يراعيه، بحيث لا ينتقل إلى الخطوة التالية، إلا إذا كان ما حصله من نقود بواسطة الخطوة السابقة لا يكفى لتمام الوفاء. ومن ثم يبين أنه لا يجوز بيع عقار فى دين على التركة إلا بعد استنفاد ما فيها من نقود وأوراق مالية ومنقولات⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 208 هامش (1) - عبد المنعم الصده ص 272.

(2) محمد على عرفه ص 634.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويدفع المصطفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمة الغير بعد أن يقبضها، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن الأوراق المالية والمنقولات بعد أن يبيعها، فإن لم يكف ذلك كله بدأ ببيع العقارات"⁽¹⁾.

55- كيفية بيع منقولات وعقارات التركة :

الأصل أن تباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية فى قانون المرافعات. وإذا كانت التركة موسرة فيجوز أن يتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى كإدخال تعديل فى الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية فتحذف بعض الإجراءات أو تضاف إجراءات أخرى، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد أو على إطالتها. كما يجوز اتفاقهم على أن يتم البيع بالممارسة⁽²⁾. ويجوز ما تقدم جميعه إذا كانت التركة معسرة بشرط أن يوافق جميع الدائنين. وأيا كانت الطريقة التى يتم بها البيع وفقا لهذه القواعد، فإنه يكون للورثة رغم أنهم مالكون للتركة الحق فى أن يدخلوا فى المزاد. ويجوز ذلك من باب أولى لدائنى التركة وللموصى لهم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويدفع المصطفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمة الغير بعد أن يقبضها، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن الأوراق المالية والمنقولات بعد أن يبيعها، فإن لم يكف ذلك كله بدأ ببيع العقارات. وتباع المنقولات والعقارات وفقا للأوضاع المقررة فى البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة، وكذلك الدائنين إذا كانت التركة معسرة، على غير ذلك. وللورثة والدائنين أن يدخلوا فى المزاد"⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 251.

(2) فقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن المادة أنه استفسرت اللجنة فى صدد الفقرة الثانية عن المقصود بعبارة "إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى" فأجيب بأن الورثة قد يتفقون على إدخال تعديل فى الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية. ووافقت اللجنة عليها دون تعديل... (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 251).

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 251.

مادة (894)

للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة 544.

الشرح

56 - حلول الدين المؤجل :

الأصل أن الديون المؤجلة لا تحل بموت المورث، وقد لاتحل هذه الديون إلا بعد مواعيد طويلة. ولكن تسهيلا لتصفية التركة دون انتظار حلول هذه الديون. ولأنه قد يكون للورثة مصلحة فى التعجيل بوفاء الديون المؤجلة حتى تخلص لهم حصصهم الإرثية خلوصا تاما. فقد خرج الشارع عن هذا الأصل وأجاز للقاضى بناء على طلب جميع الورثة أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة 544، التى تنظم الوفاء بالقرض قبل حلوله وهى تقضى بأن: "إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان، ولا يجوز من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه"⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا كان الدين بفائدة وجب على المصطفى بعد انقضاء ستة أشهر على الأقل، ولو كان ذلك قبل موت المورث أن يعلن الدائن بتعجيل الوفاء. وعندئذ تقضى المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية بحلول الدين المؤجل، وبوفاء الدين فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان. وعلى ذلك يتقاضى الدائن فوائد سنة على الأقل: ستة أشهر انقضت قبل إعلانه بالتعجيل، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل⁽²⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 769 - محمد وحيد الدين سوار ص 741 وما بعدها.

(2) السنهورى 211 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 769 - محمد وحيد الدين سوار ص 741 وما بعدها.

أما إذا كان الدين المؤجل لا فوائد عليه فالتعجيل لا يضر الدائن فى شئ بل يفيد، فلا يقدر له تعويض، ولكن لا يخصم منه شئ نظير التعجيل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فقد يكون من مصلحة الورثة جميعا الحكم بحلول الديون المؤجلة. فإذا انعقد إجماعهم على ذلك، طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن. وفى تعيين هذا المبلغ يراعى القاضى تعويض الدائن عما فاتته من ربح بسبب الوفاء المعجل، دون أن يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة (القانونية أو الاتفاقية حسب الأحوال) عن ستة أشهر، إلا إذا كان هناك اتفاق سابق على طريقة هذا التعويض عند الدفع المعجل فيتبع. أما إذا كان الدين المؤجل لا فوائد عليه، فالتعجيل لا يضر الدائن فى شئ بل يفيد، فلا يقدر له تعويض، ولكن لا يخصم منه شئ نظير التعجيل"⁽¹⁾.



مادة (895)

1- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلا لصافي حصته في الإرث.

2- وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها.

3- وفي جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص.

الشرح

57- توزيع الديون المؤجلة وأموال التركة في حالة عدم اتفاق الورثة على طلب حلول الدين المؤجل:

إذا لم يتفق الورثة جميعاً على حلول الديون الآجلة، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل، تولت المحكمة توزيع هذه الديون على الورثة، مراعية في ذلك أنه إذا طرح ما يختص به منها كل وارث مما أعطى من أموال التركة كان الباقي معادلاً لصافي حصته في الإرث⁽¹⁾.

وهذه عملية حسابية دقيقة قد تستعين فيها المحكمة بخبير.

(1) وكانت الفقرة الأولى من المادة - كما وردت بالمشروع التمهيدي - تنص على أن: "وللقاضي إذا شاء أن يستعين بخبير في ذلك" إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترحت حذف هذه العبارة، لأنها من قبيل التزيد الذي تغنى عنه القواعد العامة.

58 - ترتيب تأمين كاف لكل دائن من دائنى التركة :

يترتب على توزيع الديون المؤجلة وأموال التركة التى عرضنا لها فى البند السابق، أن تنثور مشكلة تتمثل فى أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمه إلا جزء من التركة، هو الجزء الذى وقع فى نصيب هذا الوارث. وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين.

ولما كان المفروض أن التركة موسرة، لأن التركة المعسرة تحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين، فالمفروض تبعا لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به، ولكى يكون الدائن مطمئنا على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم، بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكملى من ماله الخاص أو مطالبة بأية تسوية أخرى، كتقديم كفيل عينى أو شخصى أو عقد تأمين لمصلحة الدائن. فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافى، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة وضمانه هو كل أموال التركة، ما وقع منها فى نصيب الوارث وما وقع فى نصيب الورثة الآخرين، مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المادة تتضمن فى فقرتيها الثانية والثالثة استثناءات من القواعد الخاصة بالتأمينات العينية. فالتأمين الذى تقرره المحكمة على العقار يشبه حق الاختصاص فى كونه يترتب بأمر من القاضى على عقار، ولكنه يختلف عنه فى أن دين الدائن مؤجل ولم يصدر به حكم.

كما أن التأمين الذى تقرره المحكمة على منقول يشبه حق الرهن الحيازى فى كونه يرد على منقول، ولكنه يختلف عنه فى أن مصدره هو القاضى وليس اتفاق الطرفين⁽²⁾.

59 - شهر التأمين الذى يرد على عقار :

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 258 - السنهورى ص 213 -

عبد المنعم الصده ص 769.

(2) عبد المنعم الصده ص 770 وما بعدها.

فى كافة الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص⁽¹⁾.



(1) وكان نص المادة كما ورد بالمشروع التمهيدى برقم (1328) ينص على:

"1- فإذا لم ينعقد إجماع الورثة على ذلك، تولى القاضى الجزئى توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يكون النصيب الذى يختص به كل وارث فى مجموع ما وقع له من ديون وأموال معادلاً لصافى حصته فى الإرث، وللقاضى، إن شاء، أن يستعين بخبير فى ذلك.

2- ويراعى القاضى أن يكون الضمان الذى يعطى لكل دائن من دائنى التركة هو عين الضمان الذى كان له حياة المدين، أو ضمان يعادله، مع استثناء ما يترتب على تجزئة الدين. فإن استحالة تحقيق ذلك، ولو بإضافة تأمين تكملى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، فإن الدين، إذا كان غير قابل للتجزئة يظل محتفظاً بهذه الصفة".

وفى لجنة المراجعة اقترح تعديل الفقرة الثانية بما يجعل الحكم أوضح فى ترتيب تأمين كاف لكل من الدائنين، سواء من كان له تأمين سابق أو من لم يكن له، وكذا اقترح إضافة فقرة ثالثة تتضمن شهر جميع التأمينات خصوصاً التى لم تكن قائمة من قبل أو لم تكن أشهرت، كما اقترحت بعض تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى بما يجعل حكمها أوضح. فوافقت اللجنة على ذلك وأصبح النص على النحو الراهن.

مادة (896)

يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقا للمادة 894.

الشرح

60- دفع الوارث القدر الذى اختص به من الديون المؤجلة :

رأينا أنه يلزم لتعجيل الديون المؤجلة اتفاق الورثة جميعا على ذلك، فلا يكفى اتفاق بعضهم ولو كانوا أغلبهم على ذلك. غير أن النص أتاح للوارث الذى يرغب بعد توزيع الديون المؤجلة على الورثة فى أن يدفع القدر الذى اختص به إلى الدائن قبل حلول أجله، أن يقوم بذلك.

وفى هذه الحالة يطلب من المحكمة القضاء بحلول الدين المؤجل الذى وقع فى نصيبه، وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقا لأحكام المادة 894 مدنى، والتي أوردنا أحكامها سلفا. (راجع بند 56).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فإذا قسمت الديون المؤجلة على الورثة على النحو المتقدم ورأى بعض الورثة تعجيل دفع الديون التى اختصوا بها، جاز لهم أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقا للأحكام التى تقدم ذكرها"⁽¹⁾.



مادة (897)

دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم.

الشرح

61- دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة :

قد لا يعلم بعض دائنى التركة بالتكليف الذى وجهه المصطفى إلى الدائنين ليتقدموا بحقوقهم، بل قد لا يعلمون بوفاة مدينهم وبالتالي لا تظهر ديونهم فى قائمة الجرد، ويظلون فى الغالب مجهولين حتى تتم التصفية.

ولا ضير فى ذلك على الدائن الذى كان له حق عينى تبعى على عين أو أكثر فى التركة، إذ يستطيع بما له من ميزة التتبع أن ينفذ على الأعيان المثقلة بحقه فى أى يد تكون⁽¹⁾.

أما الدائنون العاديون الذين لم تكن لهم تأمينات على أموال التركة فتبقى حقوقهم عليها طالما بقيت هذه الأموال فى أيدى الورثة، ويستطيعون التنفيذ على أى عين منها فى يد الوارث، ليستوفوا حقوقهم، ليرجع هذا الأخير، على بقية الورثة، بقدر حصة كل منهم، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"من المحتمل أن دائنا للتركة، وليس له تأمين خاص على عين من أعيانها، ولم يعلم بالتكليف الذى وجهه المصطفى للدائنين فلم يظهر فى قائمة الجرد، حتى تمت عملية التصفية، واستولى كل وارث على نصيبه من التركة خالصا من الديون، يستطيع هذا

(1) ويندر أن يتحقق عدم ظهور مثل هذه الديون فى قائمة الجرد لأن المصطفى ملزم - كما رأينا - بأن يثبت فى القائمة ما يكون ثابتا فى السجلات العامة ومنها سجلات الشهر العقارى التى ترد فيها القيود الخاصة بالتأمينات العينية الضامنة (مصطفى منصور مصطفى ص 478).

الدائن دون شك الرجوع على أموال التركة ما بقيت في أيدي الورثة ... الخ" (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه وإن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة في صحة الجرد في ميعاد ثلاثين يوما، إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهنا بقيام المصفي بإخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطرأوا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة، ومن ثم فإن هؤلاء أن يرفعوا منازعتهم في صحة الجرد إلى المحكمة في أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية، ونص المادة 897 من القانون المدني من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا في قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجالا لاستثناء من لم يخطر منهم بإيداع تلك القائمة، هذا إلى أن استثناء هؤلاء يترتب عليه إهدار الصفة الجماعية للتصفية وتقويت ما هدفه المشرع منها من تحقيق المساواة بين الدائنين وتأمين الغير الذي يتعامل مع الورثة في أموال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه".

(طعن رقم 7 لسنة 35 ق جلسة 1969/3/20)

62- عدم رجوع الدائنين على من كسب بحسن نية حقا عينيا على أموال التركة:

دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لا يستطيعون الرجوع على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال.

فإذا تصرف الورثة في أموال التركة بنقل ملكيتها أو بترتيب حق عيني عليها وكان المتصرف إليه حسن النية، لا يعلم بحق الدائنين على تلك الأموال، امتنع على هؤلاء الدائنين تتبعها حتى ولو كانوا قد قاموا بالتأشير بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة التالية لحصوله، أو كان حق الإرث لم يسجل، لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائني التركة الذين لم يتقدموا في التصفية وتحمي الغير الذي يتعامل مع الورثة بعد انتهائها. ولا يجوز من ثم للدائنين الذين لم يظهروا في التصفية تتبع أعيان

التركة فى يد المتصرف إليه، أو التقدم على دائن رتب له الوارث تأميناً عينياً عليها⁽¹⁾. وإنما يجوز للدائنين أن يرجعوا على الورثة بسبب إثرائهم، أى بقدر ما يكون قد أخذ مقابلاً لمال التركة، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة.

والرجوع هنا يكون بسبب إثراء الوارث على حساب الدائن، وهذا لا يخل بحق هؤلاء الدائنين فى التنفيذ على أعيان التركة الأخرى التى لازالت فى يد الورثة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ولكن إذا تصرف الوارث فى مال التركة لأجنبى حسن النية وجب أن يحمى هذا الأجنبى، وليس للدائن إلا الرجوع على الوارث فى حدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقابلاً لمال التركة، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة"⁽²⁾.



(1) السنهورى ص 218 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 313 - منصور مصطفى منصور ص 478 - محمد كامل مرسى ص 181 - الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص 57 وما بعدها - وقارن محمد على عرفه ص 634 إذ يستثنى من هذا الحكم الدائنين الذين أشروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث طبقاً للمادة 14 من قانون الشهر العقارى، ويذهب إلى أن حقهم يتجدد فى تتبع أعيان التركة تحت يد الغير وفقاً لما تضمنته هذه المادة من أحكام.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 260.

مادة (898)

يتولى المصطفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

الشرح

63- تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف :

يتولى المصطفى أولاً تسوية ديون التركة، فلا تركة إلا بعد سداد الديون، فإذا قام بتسوية هذه الديون، نفذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

والوصية مؤخرة عن ديون التركة، ولكنها مقدمة على الإرث. وهى تنفذ فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديونها، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة. وقد تكون الوصية بجزء شائع من التركة أو بمنفعتها أو بنقود. وفى هذه الأحوال تخرج الوصية أولاً إذا وسعها الثلث أو أجازها الورثة. وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع مثلاً كان الموصى له شريكاً للورثة فى التركة بمعنى أن التركة تكون مملوكة للجميع على الشيوع فى آن واحد، لكن يعزل الثلث أو الربع الموصى به أولاً من أصل التركة، ثم يقسم الباقي بين الورثة على حسب قواعد الميراث الشرعى، حتى إذا كان فى المسألة عول كان على الورثة وحدهم، وإن كان فيها رد كان لهم وحدهم. فينبغى أن يلاحظ هذا لأن التعبير بكلمة شركة ربما يوهم مشاركة الموصى له للورثة مطلقاً، لكن الواقع هو أن يفصل له الجزء الشائع الذى أوصى به له أولاً من الكل ثم يقسم الباقي على الورثة بحسب أحكام المواريث وهذا بالإجماع.

ومادامت التركة بحسب الفرض موسرة تعين على المصطفى أن يوفى بالديون من غير الأعيان الموصى بها، حتى يمكنه بعد وفاء الديون تنفيذ الوصايا، فإذا تعذر ذلك ووفيت بعض الديون من ثمن الأعيان الموصى بها كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الديون (م39 من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية)⁽¹⁾.

وإذا تم الوفاء بالوصايا فإنه يتم الوفاء بالتكاليف كضريبة التركات قبل إلغائها. وهذا يطبق على كافة التركات ولو لم تخضع لنظام التصفية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بعد سداد ديون التركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف، ومن التكاليف ما عسى أن يكون على التركة من ضريبة لخزينة الدولة"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 262 – وقد قضت محكمة النقض بأن:

"نشوب نزاع بين طرفى الخصومة حول ما انصرفت إليه إرادة الموصى بشأن تحديد الموصى به دون ما تم شطبه من عبارات فى الوصية. تمسك الطاعنون بأن محل الوصية ثلث الأراضى الزراعية والعقارات وانقضاءه بعد الشطب ودلوا بتقديرات الضرائب. دفاع جوهرى. مواجهة الموصى لها بعدول الموصى عن إرادته بجعلها ثلث جميع ممتلكاته. مؤداه. منازعة فيما انصرفت إليه إرادة الموصى. أثره. التزام الحكم المطعون فيه عند الفصل فى صحة الوصية مراعاة ما انصرفت إليه إرادة الموصى. مواجهته للدفاع بقالة عدم تأثر صحتها بالشطب. خطأ وقصور. علة ذلك".

(طعون أرقام 1716، 1717، 1763 لسنة 68 ق جلسة 2011/2/26)

تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :**مادة (899)**

بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى.

الشرح**64- أيلولة أموال التركة إلى الورثة بعد تنفيذ التزاماتها :**

بعد أن يقوم المصطفى بتنفيذ التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف، يكون الباقي ملكا خالصا للورثة إذ يؤول إليهم ملكية هذا الباقي. وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث، لا من وقت التسليم فحسب. ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنتظر فى شئون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف فى أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى"⁽¹⁾.



مادة (900)

- 1- يسلم المصفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة.
- 2- ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها.

الشرح

65- تسليم المصفي الورثة ما آل إليهم من أموال التركة :

يلتزم المصفي بتسليم الورثة ما آل إليهم من أموال التركة، بعد الوفاء بالديون والوصايا والتكاليف كل بحسب نصيبه في الإرث. وقد ذكرنا سلفا أن ملكية الورثة لهذه الأموال تثبت من تاريخ وفاة المورث لا من وقت التسليم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بعد سداد الديون والوصايا والتكاليف يكون ما بقى من التركة ملكا خالصا للورثة، فيسلمه المصفي لهم، كل بحسب نصيبه في الإرث، وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث لا من وقت التسليم ... الخ"⁽¹⁾.

66- تسلم الورثة بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة :

يجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها.

ذلك أن المصفي بعد انتهاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد قد يبين له أن التركة ظاهرة اليسار وأنه ليس فى حاجة إلى الاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى ج 6 ص 266.

ففى هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصطفى بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه فى الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها المصطفى فى تصفية التركة. فيسلمه المصطفى ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائى فى الميراث.

وللمصطفى أن يسلم الأشياء والنقود سلفة الذكر إلى الوارث بكفالة أو بدون كفالة، بحسب يسار التركة، فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسليم الوارث لشيء من أموال التركة أى خطر، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين فى النهاية أن المال الذى تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال.

وما يتسلمه الوارث من الأشياء والنقود يستطيع التصرف فيه من يوم تسلمه دون الانتظار لتسلم شهادة الإرث⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويستطيع الوارث من وقت تسلمه لشهادة الإرث أن يتصرف فيما آل إليه من مال التركة بل يستطيع أن يتصرف فيها قبل ذلك إذا انقضى الميعاد المقرر لتقديم المنازعات فى قائمة الجرد (خمسة عشر يوماً) وطلب الوارث من المصطفى أن يتسلم بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة كلها أو بعضها فى مقابل تقديم كفالة أو دون تقديمها، فما تسلمه من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه"⁽²⁾.



(1) السنهاورى ص 226.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 266.

مادة (901)

تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة.

الشرح

67- تسليم المحكمة كل وارث شهادة بالإرث:

لكي يكون لدى الوارث سند بملكيته للأموال الموروثة أوجب النص على المحكمة أن تسلم إلى كل وارث شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه وتعين ما آل إليه من أموال التركة.

ويشترط لتسليم المحكمة هذه الشهادة إلى الوارث أن يقدم للمحكمة إعلاما شرعيا بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلام كحكم يقضى باستحقاقه في الإرث. وتعتبر "شهادة الإرث" هذه، وثيقة هامة، فهي سند الوارث في انتقال ملكية المال الموروث إليه.

ولا يجوز له قبل تسلمها التصرف في الأموال الموروثة. ويستطيع كل وارث أن يشهر حقه في الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة إذ هي تتضمن كل البيانات اللازمة⁽¹⁾.

ولا يستطيع الوارث أن يقرر للغير حقا عينيا على عقار من عقارات التركة الموروثة إلا إذا أشهر حقه في الإرث⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ولكي يكون لدى الوارث سند بملكيته للأموال الموروثة نص المشروع على أن القاضى الجزئى يسلم إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا بالوراثة، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال

(1) محمود جمال الدين زكى 316 - محمد على عمران ص 59.

(2) محمد على عمران ص 59.

التركة. ويستطيع الوارث من وقت تسلمه لشهادة الإرث أن يتصرف فيما آل إليه من مال التركة ... الخ⁽¹⁾.

68- الإعلام الشرعى ودعوى الوفاة والوراثة :

تنظم استصدار الإعلام الشرعى المادتان 24، 25 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية. فيجب على طالب إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أن يقدم طلبا بذلك إلى المحكمة المختصة⁽²⁾ مرفقا به ورقة رسمية تثبت الوفاة وإلا كان الطلب غير مقبول.

ويجب أن يشتمل الطلب على بيان آخر موطن للمتوفى وأسماء الورثة والموصى لهم وصية واجبة وموطنهم إن وجدوا، وعلى الطالب أن يعلنهم بالحضور أمام المحكمة فى الميعاد المحدد لنظر الطلب، ويحقق القاضى الطلب بشهادة من يوثق به وله أن يضيف إليها التحريات الإدارية حسبما يراه، فإذا ما أنكر أحد الورثة أو الموصى لهم وصية واجبة ورأى القاضى أن الإنكار جدى، كان عليه أن يحيل الطلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل فيها (م24).

ويكون الإشهاد الذى يصدره القاضى وفقا لحكم المادة السابقة حجة فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ما لم يصدر حكم على خلافه (م25).

وكانت المحكمة الجزئية تختص نوعيا بنظر الطلب (م9/ أولا-8) من القانون رقم (1) لسنة 2000. ويثبت الاختصاص المحلى للمحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى فى مصر.

غير أن القانون رقم 10 لسنة 2004 جعل الاختصاص بإصدار إشهادات الوفاة والوراثة لرئيس محكمة الأسرة، ويجوز له أن يحيلها إلى محكمة الأسرة عند قيام نزاع جدى فى شأنها (م3/3).

ويحوز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أم فى صورة دفع فى الدعوى التى يراد فيها الاحتجاج بالإعلام الشرعى.

ويجوز للوارث رفع دعوى بإثبات الوفاة والوراثة ابتداء أمام المحكمة المختصة،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 266.

(2) أصبح الاختصاص الآن لرئيس محكمة الأسرة كما سنرى.

ويشترط لقبول هذه الدعوى ذكر المال إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولاً ثم إثبات المال.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إنكار الوراثة، الذى يستدعى استصدار حكم شرعى لإثباتها، يجب أن يكون صادرا من وارث حقيقى ضد آخر يدعى الوراثة. فإذا أنكرت وزارة المالية، بصفتها حالة محل بيت المال، الوراثة لصاحب المال الذى تحت يدها على من يدعيها فإنكارها هذه الوراثة عليه لا يستدعى استصدار حكم شرعى لإثباتها، لأنها ليست إلا أمانة فقط على مال لا وارث له. فيكفى من يدعى استحقاقه لمال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعى".

(طعن رقم 21 لسنة 1 ق جلسة 1932/5/26)

2- "لا تثريب على المحكمة إن هى اعتمدت فى قضائها بثبوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد".

(طعن رقم 117 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/17)

3- "إن حجية الإعلام الشرعى تدفع وفقا لنص المادة 361 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة، وهذا الحكم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى. فإذا كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصة أصلا بالحكم فيه فإن قضاءها فيه لا يعتبر إهدارا لحجية الإعلام لا تملكه المحكمة قانونا بل هو قضاء من محكمة مختصة يخالف ما ورد فى الإعلام بتحقيق الوفاة والوراثة، وهذا القضاء أجازته المشرع وحد به من حجية الإعلام وذلك إفصاحا عن مراده من أن حجية الإعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحيث تقوم به السلطة القضائية المختصة".

(طعن رقم 29 لسنة 26 ق "أحوال شخصية" جلسة 1958/6/19)

4- "تدفع حجية الإعلام الشرعى بحكم من المحكمة المختصة. وهذا الحكم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى متى كانت الهيئة التى فصلت فى الدفع مختصة أصلا بالحكم فيه. وقضاؤها هذا لا يعتبر إهدارا لحجية الإعلام لا تملكه المحكمة، بل هو قضاء من

محكمة مختصة يخالف ما ورد في الإعلام بتحقيق الوفاة والوراثة. وهذا القضاء أجازة الشارع وحد به من حجية الإعلام الذي يصدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحيث تقوم به الجهة القضائية المختصة".

(طعن رقم 24 لسنة 29 ق "أحوال شخصية" جلسة 1962/5/9)

5- "مؤدى المادة 361 المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع أراد أن يضيف على إشهاد الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافه، ومن ثم أجاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع".

(طعن رقم 45 لسنة 31 ق "أحوال شخصية" جلسة 1964/3/11)

6- "تحقيق الوفاة والوراثة حجة فى هذا الخصوص ما لم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق".

(طعن رقم 32 لسنة 32 ق "أحوال شخصية" جلسة 1966/6/29)

"ذات المبدأ طعن رقم 2 لسنة 35 ق "أحوال شخصية" جلسة 1966/5/11"

7- "حجية الإعلام الشرعى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تدفع وفقا لنص المادة 361 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة وهذا الحكم كما يكون فى دعوى أصلية، يصح أن يكون فى صورة دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى".

(طعن رقم 35 لسنة 39 ق "أحوال شخصية" جلسة 1974/1/30)

8- "لئن كان ذكر المال شرطا لصحة دعوى الوراثة، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولا ثم إثبات المال، فلا مجال لاشتراط تحديد واضع اليد على هذا المال. ولما كان يبين من صحيفة الدعوى المقامة من المطعون عليهم الآخرين أمام محكمة أول درجة أنها تضمنت أعيان التركة المخلفة عن المتوفى، وهو ما يشكل دعوى المال التى يشترط أن تنتظمها دعوى الإرث، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون لسماح الدعوى رغم خلوها من ذكر واضع اليد على تركة المتوفى - يكون ولا أساس له".

(طعن رقم 15 لسنة 43 ق جلسة 1976/1/14)

9- "إذا كان الإعلام الشرعى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحيث تقوم به السلطة

القضائية المختصة. . وكانت المحكمة قد رجحت البيئة فإن مفاد ذلك أنها لم تجد فى تحريات الإِشهاد ما يستأهل الرد عليها".

(طعن رقم 8 لسنة 44 ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/1/21)

10- "متى كان لا تثريب على المحكمة إن هى اعتمدت على التحريات الإدارية التى تسبق صدور إعلام الوفاة والوراثة عملا بالمادة 357 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغائها بالقانون رقم 68 لسنة 1964 فإنه لا على الحكم المطعون فيه إذا هو اعتد بأقوال عمدة الناحية التى أدلى بها فى تلك التحريات رغم أنه لم يشهد بها أمام المحكمة باعتبارها من الدلائل فى الدعوى بثبوت الوفاة والوراثة ولا يغير من ذلك أن الحكم أسبغ على هذه الأقوال خطأ وصف الشهادة لأن ذلك لم يكن له من أثر على قضائه".

(طعن رقم 20 لسنة 44 ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/2/25)

11- "إذ كانت الدعوى الماثلة هى دعوى إرث تنظرها وتفصل فيها المحاكم بصفتها القضائية ولا يشترط القانون فيها إجراء تحريات مسبقة من الجهات الإدارية وكانت التحريات المشار إليها فى المادة 357 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية معدلة بالقانون رقم 72 لسنة 1950 قبل إلغائها بالقانون رقم 68 لسنة 1964 يقتصر نطاق تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة وإثبات الوراثة التى تختص بها المحاكم الجزئية وتصدر فيها بصفتها اللوائية لشهادات متعلقة بحالة الإنسان المدنية تكون حجة فى خصوصها ما لم يصدر حكم على خلافها عملا بالمادة 361 من ذات اللائحة. وقد أصبح إجراء هذه التحريات - حتى فى هذا المجال - متروكا لمحضر تقدير المحكمة وفقا للتعديل الذى جرى على المادة 359 من اللائحة بمقتضى القانون رقم 68 لسنة 1964 آنف الإشارة، فإن النعى على الحكم- بأنه أغفل القيام بهذا الإجراء - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 11 لسنة 43 ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/3/17)

12- "الاتفاق فى مذهب الحنفية على أن إقرار الوارث بوارث آخر من شأنه أن يؤدى إلى معاملته بإقراره فى صدد استحقاق المقر له بالميراث فى تركة الميت فى غيره من الحقوق التى ترجع إليه، ويؤخذ المقر بإقراره لأن له ولاية التصرف فى مال نفسه طالما كانت الدعوى من دعاوى المال، دون ما اعتداد بما إذا كان المقر له وارثا حقيقة

بل يكتفى بأن تعتبر صفته بحسب الظاهر".

(طعن رقم 32 لسنة 45 ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/11/24)

13- "يدل نص المادة 361 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 والمعدل بالقانون رقم 72 لسنة 1950- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أن تحقيق الوفاة والوراثة حجة فى هذا الخصوص ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق، وإنكار الوراثة الذى يستدعى استصدار مثل هذا الحكم يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة".

(طعن رقم 2330 لسنة 52 ق جلسة 1987/4/2)

14- "قواعد تحقيق الوفاة والوراثة الواردة بالبواب الأول من الكتاب السادس من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم تشترط لقبول طلب تحقيق الوفاة والوراثة وصحة الإعلام الشرعى الذى يضبط نتيجة له أن يحصل الطالب على حكم مثبت لسبب الإرث المدعى به، بل أجازت لكل مدع للوراثة أن يتقدم بطلبه إلى المحكمة حتى إذا ما أثير نزاع أمامها حول هذا السبب وتبين للقاضى جديته رفض إصدار الإشهاد وتعين على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى".

(طعن رقم 43 لسنة 50 ق جلسة 1981/6/23)

15- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إنكار الوراثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعى يجب أن يصدر من وارث حقيقى ضد آخر يدعى الوراثة وبنك ناصر الاجتماعى لا يعتبر وارثا بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك".

(طعن رقم 59 لسنة 59 ق "أحوال شخصية" جلسة 1990/2/27)



مادة (902)

لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزا، إلا إذا كان هذا الوارث ملزما بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون.

الشرح

69- طلب الوارث تسليم نصيبه في الإرث مفرزا:

تكون أموال التركة بعد تصفيته مملوكة للورثة ملكية شائعة. ولذلك أجازت المادة لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزا، ويكون المصفي ملزما بإجابته إلى طلبه إلا إذا كان الوارث ملزما بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق كحالة ملكية الأسرة أو بموجب نص في القانون كما هو الحال في الشيوع الإجباري.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يسلم المصفي أموال التركة للورثة شائعة فيما بينهم. لكن يجوز لكل وارث أن يطلب من المصفي تسليم نصيبه مفرزا، إلا إذا كان مجبرا على البقاء في الشيوع باتفاق مع الورثة كما في ملكية الأسرة، أو يبقى في الشيوع كما في الشيوع الإجباري، أو تبعا لتقدير القاضى، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدي إلى نقص محسوس في قيمة المال"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 268. وكانت المادة- كما وردت في المشروع التمهيدى

برقم (1335) تتضمن فقرة ثانية نصها الآتى:

"ومع ذلك فللقاضى الجزئى أن يأمر، بناء على طلب ذى شأن، بوقف تقسيم التركة أو بعض أعيانها، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدي إلى نقص محسوس في قيمة المال" إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 268).

مادة (903)

1- إذا كان طلب القسمة واجب القبول، تولى المصطفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع.

2- فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك، فعلى المصطفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقا لأحكام القانون، وتستتزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين.

الشرح

70- إجراء المصطفى لقسمة أموال التركة :

إذا كان طلب الوارث القسمة واجب القبول، بمعنى أن الوارث لم يكن ملزما بالبقاء الشيوخ بناء على اتفاق أو نص فى القانون. فإنه يتعين على المصطفى إجراء القسمة بطريقة ودية ليجيبه إلى طلبه. ولكن لا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع.

فإذا لم ينعقد إجماع الورثة على القسمة، يكون على المصطفى أن يرفع دعوى القسمة وتستتزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين، فيوزع عبؤها على سائر الورثة كل بنسبة نصيبه فى الميراث.

ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ويترتب عليها نفس الأحكام⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزا تولى المصطفى تجنيب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة. فإن لم يتفقوا جميعا رفع دعوى القسمة، وتكون نفقاتها على التركة.

ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة ويترتب عليها نفس الأحكام"⁽²⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 317 - منصور مصطفى منصور ص 479.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 269.

مادة (904)

تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم، وتسرى عليها أيضا الأحكام الآتية:

الشرح

71- سريان القواعد المقررة فى القسمة على قسمة التركة :

تسرى على قسمة التركة - التى تجرى وفقا للمادة 903 القواعد المقررة فى القسمة، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة ويترتب عليها نفس الأحكام"⁽¹⁾.



مادة (905)

إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع استئزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استئزال، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية.

الشرح

72- عدم اتفاق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث:

قد يكون فى التركة أوراق عائلية أو أشياء تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث كمذكراته وأصول مؤلفاته وشهاداته وأوسمته وصوره الفوتوغرافية وملابسه الرسمية، وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة التى كان يحوزها والمكتب الذى كان يجلس عليه والقلم الذى كان يكتب به.

فإذا لم يتفق الورثة على تقسيم هذه الأوراق والأشياء فصلت المحكمة المختصة بنظر التصفية فى شأنها، مراعية فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية.

فقد تأمر المحكمة ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة، وقد تعطيها لوارث معين هو أجدر الورثة باقتنائها بعد استئزال قيمتها من نصيبه فى الإرث، أو دون استئزال إذا كانت قيمتها عاطفية بحتة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، كملابسه ومذكراته، وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وما إلى ذلك. هذه يقدر القاضى بشأنها، إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها، ظروف العائلة والظروف الشخصية للورثة، فقد يأمر ببيعها، وقد يعطيها لوارث معين بعد استئزال قيمتها من نصيبه فى الإرث أو دون الاستئزال"⁽²⁾.

(1) السهنورى ص 230- محمود جمال الدين ص 318- محمد على عرفه ص 635.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 272.

مادة (906)

إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به. وثمان هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل.

الشرح

73- ما يتبع بشأن المستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى:

تتناول المادة ما يتبع إذا كان من بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها.

ومثل ذلك بستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور أو مصنع أو محل تجارى. وقد أوجبت المادة تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به.

وأوجبت تخصيص المستغل برمته حفاظا على قيمته لأن تقسيمه يؤدى إلى الانتقاص من قيمته والوارث الذى يخصص له المستغل هو أقدر الورثة على الاضطلاع به، كأن يكون له خبرة بمجال المستغل، بصرف النظر عن درجة قرابة الوارث للمتوفى. ويقوم ثمن هذا المستغل بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة. فالعبرة فى تقويم ثمن المستغل بقيمة المستغل ذاته لا باعتبار قيمة إيراده، لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة القائم به⁽¹⁾.

(1) فكانت المادة 1339 من المشروع التمهيدي التى أصبحت برقم 906 تنص على أن "يراعى فى تقدير الثمن قيمة ما ينتجه هذا المستغل"، وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقا عليها أن يقدر الثمن "بمراعاة قيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط"، ثم عدل النص فى لجنة المراجعة، وأصبح ثمن المستغل "يقدر باعتبار قيمة إيراده". ولكن فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأى "أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده =

وبعد تقويم المستغل يستنزل من نصيب الوارث الذى اختص به، فإذا لم يف نصيبه بقيمة المستغل ألزم بقيمة الفرق⁽¹⁾.

أما إذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل.

وقد أضيف هذا الحكم حال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ. وجاء بتقريرها أن القصد من هذه الإضافة "مواجهة حالة التساوى فى القدرة على الاستغلال وهى حالة أغفلها المشروع وجعل المزايدة فى القيمة مناطا للترجيح"⁽²⁾.

وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال، يبيع المستغل لأجنبى طبقا للقواعد المقررة فى القسمة، ووزع ثمنه على الورثة. وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة. ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله رضى بدفع ثمنه، أعطى له، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 906 من القانون المدنى على أنه "إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به، وثن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة، فإذا تساوت قدره الورثة على الاضطلاع بالمستغل، خُصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل" يدل على أنه متى كان ضمن أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى، كبستان غُرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور، وكمصنع وكمحل تجارى، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية فلا يصح تقسيمه وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته،

= وإنما بحسب قيمته، لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل" ولذلك استبدلت عبارة "يقوم بحسب قيمته" بعبارة "يقدّر باعتبار قيمة إيراده" الواردة فى المادة 906 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 274 وما بعدها).

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 274.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 275.

(3) السنهاورى ص 232.

فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله، ويقدر ثمنه بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد، يستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أُعطى له المستغل، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق، فإذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الاستغلال، أُعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل، فإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال، يبيع المستغل لأجنبى طبقاً للقواعد المقررة فى القسمة، ووزع ثمنه على الورثة، بما مؤداه أن تخصيص المستغل لأحد الورثة متى استوفى شرائطه مقدم على بيعه لأجنبى، فإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة، ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه أُعطى له، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث".

(طعن رقم 6106 لسنة 79 ق جلسة 2010/12/28)



مادة (907)

إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

74- عدم ضمان باقى الورثة المدين عند اختصاص أحد الورثة بدين للتركة :

لا تدخل الديون التى للتركة على الغير، وهى الحقوق الشخصية التى للمورث على مدينه، فى الشيوخ مع بقية أموال التركة، بل تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بحسب نصيبه فى الميراث. فإذا اختص أحد الورثة بمقتضى القسمة بالحق كله، كان ذلك بالنسبة للمدين حوالة حق من الورثة إلى أحدهم الذى وقع هذا الحق فى نصيبه، لا تكون نافذة فى مواجهته إلا بقبوله لها أو إعلانها بها. وتقضى القواعد العامة فى حوالة الحق بأن لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان (م1/309 مدنى). فالمحيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ولا يضمن يسار المدين فى هذا الوقت إلا باتفاق خاص. أما المادة 907 فقد شددت الضمان الذى تقرره القواعد العامة، فجعلت باقى الورثة ضامنين للوراث الذى وقع الحق فى نصيبه إعسار المدين وقت القسمة، ولكنهم لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك"⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 233 وما بعدها. محمود جمال الدين زكى ص 319 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 276.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"... كما أن ما يدعيه من أن دين الأجرة غير قابل للانقسام غير صحيح في القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصلاً للمورث إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية، إذا كان ذلك، فإن العذر الذي استند إليه الطاعن لتبرير حقه في الرجوع في إقراره بالتنازل يكون منتقياً".

(طعن رقم 413 لسنة 30 ق جلسة 1965/12/16)



مادة (908)

تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية.

الشرح

75- وصية المورث بقسمة أعيان التركة على ورثته :

قد يحرص الشخص قبل وفاته على أن يجنب ورثته ما قد تنثره قسمة التركة من خلافات تؤثر فيما بينهم من عاطفة، وتؤدى إذا تعذر التغلب عليها وديا إلى الالتجاء للقضاء لإجراء القسمة مما يقتضى جهدا ونفقات، فيتولى هو عملية القسمة، وخاصة أن علمه بعناصر تركته ومصالح الورثة يجعله أقدر من غيره على توزيع التركة. ولهذا أجازت المادة للمورث أن يوصى بقسمة أعيان التركة على ورثته، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه.

وهذا الحكم يتفق ونص المادة 13 من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية التى تجرى على أن: "تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون الوصية عن المادة 13 منه: "مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التى يراها، فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له، ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة). وبناء على ما جاء بالمادة 38 من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة، يجوز للمورث أن يزيد فى بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة، فإن كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد، قسم الثلث بين أصحاب الأنصاء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم، ورد الباقي إلى التركة".

وبالتالى يجوز للمورث عن طريق الوصية، قسمة أعيان التركة على ورثته بأن يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه الذى يستحقه فى التركة وأن يوصى بأن يكون

لكل منهم أو لبعضهم ما عينه له.

كما يجوز له أن يحابى بعض الورثة فيزيد في أنصبتهم عما يستحقونه في التركة، وفي هذه الحالة تكون الزيادة وصية، ومن ثم يجب ألا يتجاوز مجموعها ثلث التركة، باعتبار هذا الثلث هو المقدار الذى تنفذ الوصية فيه من غير حاجة إلى إجازة الورثة. فإن كانت الزيادة أكثر من الثلث توقف نفاذ الوصية في الجزء الزائد على الثلث على إجازة الورثة. فإذا لم يجز الورثة هذا الجزء الزائد قسم الثلث بين أصحاب الأنصبة المزیدة بنسبة ما زاده المورث لكل منهم ورد الباقي إلى التركة⁽¹⁾.

ولما كانت قسمة المورث تتم بطريق الوصية فإنه يجوز له أن يرجع عنها دائماً كلها أو بعضها كما هي القاعدة في الوصية (م 18 من قانون الوصية) ولكنها تصبح لازمة بوفاة الموصى، دون حاجة إلى قبول من جانب الورثة الذى عينت أنصباؤهم كى يتحقق هذا اللزوم⁽²⁾.

والقسمة في هذه الصورة تتم بإرادة منفردة هي إرادة المورث، فهي قسمة مضافة إلى ما بعد الموت، أداها الفنية هي الوصية. ولذلك فالقواعد التى تحكمها تجمع بين أحكام الوصية وأحكام القسمة كما يتضح مما يلى.

فباعتبارها وصية، أى تصرف قانونى، تخضع فيما يتعلق بإرادة الموصى وخلوها من العيوب وأهليته، وكذلك فيما يتعلق بالإثبات لأحكام الوصية. فلا تسمع الدعوى المبنية على وصية بالقسمة - عند الإنكار - إلا إذا كانت الوصية ثابتة فى ورقة رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه، أو فى ورقة عرفية مصدقا على توقيع الموصى عليها (م 2 من قانون الوصية)⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قد يتولى المورث نفسه قسمة تركته على الورثة بوصيته قبل وفاته، فيجب أن تكون الوصية بورقة رسمية، وأن تراعى فيها القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة، وبتحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية، فإن جازت الوصية لوارث جاز للمورث أن يزيد فيما أفرزه

(1) المذكرة التفسيرية لقانون الوصية - محمد كامل مرسى الوصية وتصرفات المريض مرض الموت 1369هـ - 1950 ص 153.

(2) عبد المنعم الصده ص 780 وما بعدها.

(3) منصور مصطفى منصور ص 482.

من نصيب أحد الورثة، بالقدر الذى تجوز فيه الوصية... الخ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص فى المادة 908 من القانون المدنى على أن "تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية" لا يفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه فى التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب. ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته وتكون فى صورة وصية".

(طعن رقم 154 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/31)



مادة (909)

القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما. وتصبح لازمة بوفاة الموصى.

الشرح

76- جواز الرجوع فى الوصية بالقسمة :

إن القسمة كما تكون منجزة يمكن أن تكون مضافة إلى ما بعد الموت، وهى كأي وصية أخرى لا تلزم المورث فيجوز له الرجوع فيها دائما ولا تصبح لازمة إلا بوفاة. وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى (برقم 1342) تنص على أن: "القسمة المضافة إلى بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان فى ورقة رسمية". إلا أن المادة عدلت إلى وضعها الحالى بلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب وذلك للتنسيق بينها وبين المادة 13 من مشروع قانون الوصية⁽¹⁾.



مادة (910)

إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث.

الشرح

77- أموال المورث التى لم تدخل فى القسمة :

قد لا يستطيع المورث وقت القسمة أن يحصر على وجه اليقين كل الأموال التى سيزورها عند موته، كما أن المورث قد يمتلك أموالا جديدة بعد القسمة، فلا تكون قد دخلت بالتالى فى قسمته، فى هذه الحالة تنتقل ملكية هذه الأموال جميعها إلى الورثة ملكية شائعة طبقا لقواعد الميراث.

وقد سكت المشرع عن حالة ما إذا كان المورث قد تصرف فى بعض ما تناولته القسمة من أموال. ويرى أغلب الشراح أن القسمة فى هذه الحالة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة وذلك لأن هذا التصرف يهدم القسمة بحيث يستحيل إجراؤها على النحو الذى جاء فى الوصية. كما أنه لما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية، فإن تصرف المورث فى بعض الأموال التى أدخلها فى القسمة يعتبر عدولا منه عن الوصية، فتسقط القسمة⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 239 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 781- محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية ج5 ص 188- محمود جمال الدين زكى ص 321 - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص 484- محمد وحيد الدين سوار ص 748 فيريان أن التصرف فى المال وإن كان يدل على الرجوع فى الوصية بالنسبة للأموال المتصرف فيها إلا أنه لا يدل حتما على قصد الرجوع فى الوصية بأكملها، بل يكون استخلاص قصد الرجوع فى الوصية بالقسمة جميعا مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وفقا للظروف، مراعىا فى ذلك مدى تأثير التصرف على كيان القسمة فى جملتها، فإذا لم تستفاد نية الرجوع فتطبق القواعد الخاصة بحالة ما إذا لم يدخل فى القسمة جميع الورثة والتى سيأتى ذكرها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ففيما يتعلق بالأموال، إذا لم تدخل في القسمة أموال تركها عند موته، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة"⁽¹⁾.



مادة (911)

إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة، فإن الحصة المفترزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقا لقواعد الميراث.

الشرح

78- موت واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة :

إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة، ولم تتغير أنصباء الباقي بعد الموت، فإن الحصة المفترزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة جميعا بنسبة حصة كل منهم فى الميراث، سواء منهم من دخل القسمة ومن لم يدخل فيها.

ويطبق نفس الحكم إذا قام مانع يمنع إرث واحد أو أكثر ممن دخلوا فى القسمة كما لو قتل أحدهم المورث عمدا.

وإذا كان من مات من الورثة المحتملين ولدا للمورث وترك فروعا تجب لهم وصية واجبة، فإن نصيبه يؤول إلى فروعه فى حدود أحكام الوصية الواجبة⁽¹⁾.

79- زيادة الورثة وقت الموت :

إذا زاد عدد الورثة وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، ولم تتغير أنصباء من دخل فى القسمة منهم بعد هذه الزيادة، فإن القسمة تظل نافذة بالنسبة إلى من دخلوا فيها. إذ أنه يجوز أن يقتصر المورث على تعيين نصيب بعض الورثة دون البعض الآخر (م908 مدنى، 13 من قانون الوصية).

وعلى ذلك يكون ما جاء بملذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

"وفيما يتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، فإن القسمة

(1) منصور مصطفى منصور ص 484- وقارن محمد وحيد الدين سوار ص 748 فيرى أن حكم القسمة يبقى نافذا على الأحماد أيضا لأنهم يحلون محل والدهم بنصيبه فى الإرث على أن هذا الحل يجب ألا يتجاوز ثلث التركة طبقا لقواعد الوصية الواجبة، أما ما يفيض عنه فيؤول شائعا إلى باقى التركة.

تصبح باطلة"، إنما تنصرف إلى الحالة التي يدخل فيها جميع الورثة الوصية بالقسمة⁽¹⁾. أما إذا حجب أحد الورثة بوارث وجد بعد القسمة، وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب، فإن القسمة تبطل، وذلك لأن هذا التغيير في الأنصبة يهدم القسمة بحيث يستحيل إجراؤها على النحو الذي جاء في الوصية⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"(ب) وفيما يتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية.. وإذا نقصوا بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث، ولم تتغير أنصباء الباقي بعد هذا الموت، فإن الحصة المفزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث وإن حجب أحد منهم بوارث بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب بطلت القسمة"⁽³⁾.



-
- (1) السنهورى ص 241 - عبد المنعم الصده ص 782 وكانت المادة 1344 من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة 911 مدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن: "إذا لم يدخل فى القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث، كانت القسمة كلها باطلة".
- إلا أن اللجنة التشريعية بمجلس النواب رأت حذف هذه الفقرة لتتسق مع المادة 13 من مشروع قانون الوصية وليتمكن المورث من إفراز نصيب بعض الورثة إذا رأى الاقتصار على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 282 وما بعدها).
- (2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 287.
- (3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 287.

مادة (912)

تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن.

الشرح

80 - سريان أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن على القسمة المضافة إلى ما بعد الموت :

تسرى على القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن.

ومن ثم تسرى على قسمة المورث أحكام القسمة المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق وبامتياز المتقاسم. وقد خصت هذه الأحكام بالذكر نظرا لأهميتها.

أما الغبن فلم يجعله الشارع سببا من أسباب الطعن فى هذه القسمة. على اعتبار أن كل ما يزيد فى نصيب الوارث عن استحقاقه فى التركة يعتبر وصية فتسرى عليه أحكامها وبذلك يندفع التداخل بين أحكام الوصية والأحكام المتعلقة بالغبن⁽¹⁾.



(1) وكانت الفقرة الأولى من المادة 1345 من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة 912 مدنى) تنص على سريان أحكام الغبن على القسمة المضافة إلى ما بعد الموت ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "قسمة المورث تسرى عليها أحكام القسمة، ولاسيما الأحكام المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق، وبامتياز المتقاسم والغبن. إلا أن الوارث الذى يطعن فى القسمة بالغبن يجب عليه أن يرفع دعواه فى السنة التالية لتسلم أموال التركة".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبعدت (الغبن) على اعتبار أن كل ما هو زيادة ستسرى عليه أحكام الوصية، وذلك حسما للخلاف الذى يوجد التداخل بين الغبن والوصية".

وقد وافق المجلس على ذلك.

مادة (913)

إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة، جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة 895، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها.

الشرح

81 - عدم شمول القسمة ديون التركة أو شمولها لها وعدم موافقة الدائنين عليها :

المقرر أن قسمة المورث ديون التركة بين الورثة لكى تكون نافذة فى حق دائنى التركة يجب أن يوافق عليها هؤلاء الدائنون. فإذا لم يوافق الدائنون على هذه القسمة أو إذا كانت القسمة لم تشمل هذه الديون فإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون. ويجب إجراء تسوية جديدة للديون بالاتفاق مع الدائنين، فإذا تعذر الوصول إلى هذه التسوية جاز لأى وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقا للمادة 895 مدنى.

فتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لضافى حصته فى الإرث (م 1/895) وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال ذلك، ولو بإضافة ضمان تكملى يقدمه الورثة من ماله الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبته المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م 2/895).

وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص (م 3/895).

إلا أن المادة أوجبت على المحكمة التى تجرى القسمة أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا قسمت ديون التركة على الورثة فى قسمة المورث وجبت موافقة الدائنين على ذلك. فإن لم تدخل الديون فى القسمة، أو دخلت ولم يوافق الدائنون، قسم القاضى الديون طبقا للأحكام التى تقدم ذكرها فى المادتين 1327 و 1328، مراعىا بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها"⁽¹⁾.



أحكام التركات التى لم تصف :

مادة (914)

إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون.

الشرح

82- الإجراءات الفردية للتنفيذ بحقوق الدائنين :

رأينا فيما سلف أن الوارث يملك أموال التركة بمجرد موت المورث، ولكنها تنتقل إليه مثقلة بحقوق الدائنين. ومن ثم إذا لم تتخذ بشأن التركة إجراءات التصفية الجماعية، فلا يكون من بد أمام الدائنين العاديين سوى التنفيذ بحقوقهم قبل المورث بإجراءات فردية يتولاها كل دائن على حدة.

وإذ كانت المادة قد تناولت حقوق الدائنين العاديين دون غيرهم من الدائنين الذين حصلوا فى حياة المورث على تأمين عيني يضمن ديونهم سواء كان رهنا أو اختصاصا أو امتيازاً، فلأن هؤلاء الدائنين يكونون فى مأمن من كل خطر يهدد حقوقهم. حيث يخولهم هذا الضمان التقدم فى استيفاء حقوقهم من المقابل النقدي للمال المحمل بالتأمين على الدائنين العاديين للتركة والدائنين التاليين لهم فى المرتبة، كما يخولهم تتبع هذا المال إذا حصل التصرف فى أى يد يكون.

غير أن هؤلاء الدائنين قد تثبت لهم مع ذلك الحقوق التى يخولها القانون الدائنين العاديين للتركة. إذ القاعدة أن الدائن صاحب التأمين العيني لا يفقد حقه فى المزاي التى يقرها القانون لكل الدائنين. وعليه إذا لم يكف المال المحمل بالضمان فى هذه الحالة للوفاء بكل الدين استطاع الدائن أن ينفذ على أى مال آخر فى التركة وأن يتتبع هذا المال فى الحدود المقررة لغيره من دائنى التركة العاديين⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 733 وما بعدها.

ونفرق فى اتخاذ الدائنين هذه الإجراءات وفى أثرها بين حالتين :

1- حالة عدم تصرف الورثة فى أموال التركة أو عدم ترتيب حق عيني عليها

للغير .

2- حالة تصرف الورثة فى أموال التركة أو ترتيب حق عيني عليها للغير .

ونعرض للحالتين على التوالى فى البند التالى :

83 - حالتا اتخاذ الدائنين إجراءات التنفيذ الفردى وأثرهما :

(أ) الحالة الأولى :

حالة عدم تصرف الورثة فى أموال التركة أو عدم ترتيبهم حق عيني عليها للغير :

رأينا أن التركة تنتقل إلى الورثة محملة بديونها، ولاستقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث ينحصر ضمان دائنى المورث فى أموال التركة، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة. ولو كانت أموال التركة لا تكفى للوفاء بديونهم.

فأموال التركة تتحمل بحق عيني تبعى لصالح الدائنين العاديين يترتب عليه أن دائنى الوارث لا يستطيعون مزاحمة دائنى المورث فى اقتضاء حقوقهم من هذه الأموال ولو رتب لهم الوارث عليها حقا عينيا، فيفضل دائنو المورث على دائنى الوارث فى هذا المجال. وتثبت هذه الأفضلية لدائنى المورث حتى لو لم يقوموا بشهر حقوقهم. فطالما كانت أموال التركة باقية على ملك الوارث فإنه يحق لدائنى المورث أن ينفذوا عليها لاقتضاء حقوقهم، حتى لو لم يقوموا بشهر هذه الحقوق رغم استطاعتهم ذلك، ولا يكون لدائنى الوارث الحق فى اقتضاء حقوقهم من ثمن هذه الأموال إلا بعد أن يستوفى دائنو المورث حقوقهم. ذلك أن القانون جعل شهر حقوق دائنى المورث بطريق التأشير الهامشى، ولم يجعله بطريق التسجيل. ومقتضى هذا أنه إذا أهمل الوارث فى شهر حق الإرث فلا يكون فى استطاعة دائن المورث أن يقوم بشهر دينه. إلا أنه مع ذلك تثبت لهذا الدائن بمقتضى ما له من حق عيني تبقى على أموال التركة الأفضلية على دائن الوارث فخفاء ديون التركة فى هذه الحالة لا يحول دون ثبوت هذه الأفضلية. حيث لا يصح أن تكون حماية حقوق دائنى المورث رهينة بمبادرة الوارث إلى شهر حقه. ولهذا فإن هذه الأفضلية تثبت لدائنى المورث حتى لو لم يقوموا بشهر حقوقهم رغم استطاعتهم ذلك.

ويتضح من هذا أن تحمل أموال التركة بحق عيني تبعى لصالح دائنى المورث هو

الذى يكفل حماية حقوقهم من مزاحمة دائنى الوارث⁽¹⁾.

وقد جاء بالذاكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنه :

"للدائن فى جميع الأحوال ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك، أى بعد شهر حق الإرث، أن ينفذ على أعيان التركة التى تكون باقية على ملك الوارث. بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع بعد تسجيل حق الإرث ولم يؤشر الدائن بدينه كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق الغير".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "ورثة المدين - باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصيبه - إذا أبدى واحد منهم دفاعا مؤثرا فى الحق المدعى به على التركة كان فى إبدائه نائبا عن الباقيين فيستفيدون منه، وذلك لأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة ويصرف النظر عن نصيب كل منهم منها. وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يبيده البعض ليستفيد منه البعض الآخر. فإذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم بدين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم فإنهم يكونون فى إبداء هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الدعوى ويفيد من الحكم بسقوط الدين بالتقادم الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا فى الدعوى".

(طعن رقم 451 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/19)

2- "المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن تركة المدين تتشغل بمجرد الوفاة بديون والتزامات المتوفى بما يخول لدائنيه استيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم مادام أن الدائن قائم لأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وترتيباً على ذلك يكون دفع المطالبة الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة يكفى أن يبيده البعض منهم فيستفيد منه البعض الآخر. وإذ قضت محكمة الاستئناف بقبول الدفع بانقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون أحدهم - الطاعن - الذى قضى برفض الدفع بالنسبة له وبإلزام التركة ممثلة فى شخصه

بالدين فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".

(طعن رقم 420 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/29)⁽¹⁾

(ب) الحالة الثانية:

حالة تصرف الورثة في أموال التركة أو ترتيبهم حق عيني عليها للغير.

(1) ويلاحظ أن الوارث لا يعتبر قائما مقام مورثه في التصرفات الماسة بحقه في التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث ويباح له الطعن فيها بكافة طرق الإثبات. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي لتكرته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون جعل للوارث مع ذلك حقوقا خاصة به لا يرثها عن مورثه بل يستمدها من القانون مباشرة وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم بالتصرفات التي تصدر من المورث على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلا على القانون ومن ثم فإن موقف الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه - سواء لأحد الورثة أو للغير - تختلف بحسب ما إذا كانت صفته وسنده وحقه مستمدا من الميراث - أى باعتباره خلفا عاما للمورث - أو مستمدا من القانون - أى باعتباره من الغير بالنسبة لهذا التصرف - فإن كانت الأولى أى باعتباره وارثا - كان مقيدا لمورثه بالالتزامات والأحكام والآثار المفروضة عليه طبقا للتعاقد والقانون - أما إذا كانت الثانية - أى باعتباره من الغير - فإنه لا يكون ملتزما بالتصرف الصادر من المورث ولا مقيدا بأحكامه ولا بما ورد في التعاقد الصادر بشأنه بل يسوغ له استعمال كامل حقوقه التي خولها به القانون في شأنها - بما لازمه اختلاف دعوى الوارث في كل من الموقفين عن الآخر من حيث الصفة والسبب والطلبات والإثبات".

(طعن رقم 1935 لسنة 49 ق جلسة 1984/5/15)

2- "الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ومن ثم فإنها تسرى عليه غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضرارا به".

(طعن رقم 1694 لسنة 49 ق جلسة 1985/4/28)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الوارث لا يعتبر قائما مقام مورثه في التصرفات الماسة بحقه في التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث، بل يعتبر في هذه الحالة في حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق لأنه في هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الإثبات".

(طعن رقم 751 لسنة 54 ق جلسة 1985/6/9)

يترتب على تملك الوارث لأموال التركة المدينة من وقت الوفاة أن يكون فى استطاعته من هذا الوقت التصرف فى تلك الأموال، حيث يقع تصرفه صحيحا باعتباره صادرا من مالك، ويترتب على ذلك قيام تعارض بين مصلحة دائنى المورث الذين تعلقت حقوقهم بأموال التركة ومصلحة المتصرف إليه. وكلتاها مصلحة جديرة بالاعتبار، الأمر الذى يوجب التوفيق بينهما. ولايكفى لحماية حقوق دائنى المورث أن يعترف لهم القانون بحق عينى تبعى على أموال التركة، بل يجب فضلا عن ذلك أن تنظم الوسيلة التى تكفل لهم الاحتجاج بحقوقهم على من صدر له التصرف، بحيث تقوم المفاضلة بين المصلحتين المتعارضتين على أساس التوفيق بينهما⁽¹⁾.

ويجب لذلك التفرقة بين التصرف فى العقار أو ترتيب حق عينى عليه وبين التصرف فى المنقول.

84 - أولا : التصرف فى العقار أو ترتيب حق عينى عليه :

تنص المادة 914 مدنى على أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون.

وعلى ذلك إذا تصرف الورثة فى عقارات التركة بعد شهر حقوقهم فى الإرث، أو رتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينيا كرهن رسمى أو رهن حيازة، فإنه يجب على الدائنين إذا أرادوا الاحتفاظ لأنفسهم بحق تتبع العقارات فى أيدي المتصرف إليهم، وبحق التقدم على الدائنين الذين رتبت لهم الورثة على العقارات حقوقا عينية، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون. والمقصود هنا قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946.

وما يسرى على الدائنين يسرى على الموصى لهم، لأنهم قد أصبحوا دائنين للتركة بمجرد موت المورث.

والقاعدة أنه لا يجوز شهر تصرف يصدر من الوارث فى حق عينى على عقار من عقارات التركة إلا إذا تم تسجيل حق الإرث. ومعنى هذا أنه إذا لم يتم تسجيل حق الإرث

(1) عبد المنعم الصده ص 736 - الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية طبعة 1999 ص 529.

فلا يستطيع المتصرف إليه أن يتوصل إلى شهر التصرف وبالتالي لا يكسب الحق في مواجهة دائنى التركة وإنما يكون بالنسبة إليهم مجرد دائن عادى⁽¹⁾.

أما إذا تم تسجيل حق الإرث فإن المتصرف إليه يستطيع أن يقوم بشهر التصرف. وعندئذ يطبق حكم المادة 14 من قانون الشهر العقارى التى تجرى على أن: "يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجرد المتعلقة بها. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل بدأ التأشير".

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى عن هذا النص:

"ترمى المادة (14) إلى تنظيم القاعدة المعروفة التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد وفاء الديون وتخول دائن التركة أن يتتبع أعيانها لاستيفاء حقه بطريق الأفضلية على الوارث ومن يتعامل معه، فأوجب على دائن التركة أن يؤشر بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات المثبتة للإرث وقوائم جرد التركة المتعلقة بها. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله. وفى هذا توفيق بين حق الدائن فى تتبع أعيان التركة وبين مصلحة الغير الذى يتعامل مع الوارث فى أن يهيأ له سبيل العلم بما لدائنى التركة من حقوق على أعيانها. وسبيل التوفيق هو إلزام الدائن بشهر دينه بطريق التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث حتى يكون له التمسك بحقه قبل من يتلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا على عين من أعيان التركة".

فى هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف فى عقارات التركة، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث فى حق من هذه الحقوق (م 1/13 من قانون الشهر

(1) نبيل سعد ص 530- وقد قضت محكمة النقض بأن "إن حق دائن التركة فى تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له - لكى ينفذ فى حق المشتري- أن يكون الدين مسجلا أو مشهرا".

العقارى⁽¹⁾.**ومن هذا يتضح أنه يجب التفرقة بين فرضين:****الفرض الأول:**

أن يؤشر الدائن بدينه تأشيراً هامشياً وفقاً لنص المادة 14 من قانون تنظيم الشهر العقارى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث.

وفى هذا الفرض يصبح حق الدائن نافذاً فى مواجهة كل من تلقى من الوارث حقاً على عقار من عقارات التركة ولو كان قد شمر هذا الحق قبل أن يؤشر الدائن بحقه. وعلى ذلك يستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على العقارات فى يد المتصرف إليه.

ويلاحظ أن الأصل فيما يتعلق بالشهر أن يحدث أثره من وقت حصوله، ولكن الشارع هنا خرج على هذا الأصل، فجعل التأشير بدين الدائن فى خلال سنة من تسجيل حق الإرث مؤدياً إلى نفاذ حقه مطلقاً قبل كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة، ولو كان المتصرف إليه قد قام بشهر حقه قبل هذا التأشير.

فقد جعل القانون للتأشير الذى يتم فى خلال السنة أثراً رجعياً، وهذه إحدى الحالات التى يكون فيها للشهر أثر رجعى بنص صريح من المشرع وذلك كما تقول المذكرة

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادراً من غير مالك، وبالتالي سبياً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة. لكن الحكم الصادر على هذا الأساس - بملكية المشتري للعين المباعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً مسقطاً للحق العينى الذى يثقلها إذ هذا الحق هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذى هو تابع له. وبقاء هذا الحق العينى على الأرض المباعة هو سند الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه. وإن فمّن الخطأ أن يقضى بإلغاء إجراءات نزع الملكية التى يتخذها الدائن على تلك الأرض إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه".

(طعن رقم 110 لسنة 15 ق جلسة 1947/2/27)

الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى⁽¹⁾.

"حماية للدائن من التصرفات التى قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه".

فإذا فرضنا مثلاً أن الوارث باع عقاراً من عقارات التركة قبل أن يسدد ديونها، وكان الدائن قد أشر بدينه فى خلال سنة من تسجيل حق الإرث، استطاع الدائن أن يتتبع العقار تحت يد المشتري فينفذ عليه بحقه، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل تأشير الدائن بدينه. وليس للمشتري من الوارث حق تطهير العقار، إذ أن التطهير إجراء استثنائى لا يثبت إلا بمقتضى نص فى القانون، ولم يرد مثل هذا النص إلا فى خصوص الرهن الرسمى وحق الاختصاص⁽²⁾.

الفرض الثانى:

أن يتم تأشير الدائن بحقه بعد مضى سنة من تاريخ شهر حق الإرث. وهنا تكون المفاضلة بين الدائن والمتصرف إليه من الوارث على أساس الأسبقية فى الشهر، فإذا كان الدائن قد أشر بدينه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف أصبح حق الدائن نافذاً فى مواجهة المتصرف إليه، وبالعكس إذا تم شهر التصرف قبل أن يؤشر الدائن بدينه فلا يكون حق الدائن نافذاً فى مواجهة المتصرف إليه⁽³⁾.

ولنوضح ذلك بمثال: فإذا فرضنا أن زيدا من الناس تلقى تركة مدينة لعمرو، ثم قام زيد بشهر حق الإرث فى أول مارس سنة 2003، وأهمل عمرو التأشير بحقه على هامش هذا التسجيل. فإذا تصرف زيد فى عقار من عقارات التركة بأن باعه إلى خالد بعقد سجل فى أول ديسمبر من السنة نفسها، وانقضى العام وعمرو باق على إهماله، أفلت هذا العقار نهائياً من نطاق الضمان، ولم يكن له أن يتتبعه تحت يد خالد الذى يستطيع أن يحتج فى مواجهته بعدم التأشير بدينه خلال المدة التى حددها القانون.

أما إذا تدارك عمرو الأمر وبادر إلى التأشير بدينه قبل أن ينتهى شهر فبراير 2004، فقد حفظ بذلك حقه فى مواجهة خالد الذى لا يستطيع أن يمنع عمرو من التنفيذ

(1) الدكتور محمود شوقى الشهر العقارى علماً وعملاً إعداد فتحي جابر العقبلى سنة 1990 ص 425.

(2) عبد المنعم الصده ص 739.

(3) منصور مصطفى منصور ص 466 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 291.

على العقار تحت يده بحجة أن تسجيل البيع سابق على التأشير بالدين، فلا عبء بمثل هذه الأسبقية إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث. وقد أراد المشرع بذلك أن يحمي دائني التركة من التصرفات التي قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بتسجيل حق الإرث، والتأشير بدينه تبعا لذلك⁽¹⁾.

أما حق التتبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات التركة وسجل المشتري المبيع، فإذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر، كان له أن يتتبع العقار المبيع تحت يد المشتري كما كان يتتبعه لو أنه كان دائنا مرتها فيستوفى حقه منه وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه، مادام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد نص المادة 14 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري مرتبطا بنص المادة 13 منه وبما أورده المشرع بالملكية لا يتم إلا على أساس الأسبقية في الشهر وإن كان إعمال المفاضلة في مقام نقل الملكية لا يتم إلا على أساس الأسبقية في الشهر طبقا للمادة التاسعة من القانون المشار إليه، إلا أن المشرع في سبيل الحد من التزام بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه في الإرث فإذا كان الإرث لم يشهر فإن المشتري من الوارث لا يستطيع الاحتجاج بعقده في مواجهة دائني التركة - ومنهم المشتري من المورث بعقد غير مسجل. أما إذا أشهر حق الإرث فقد خول المشرع دائني التركة - بما فيهم المشتري لعقار المورث إذا لم يكن قد سجل عقد شرائه - وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهي المبادرة إلى التأشير بحقوقهم في هامش شهر حق الإرث خلال سنة من حصوله، فإذا لم يؤشر الدائن بحقه إلا بعد انتهاء هذا الميعاد فإنه يفقد الحق في الاحتجاج بالتصرف الصادر إليه من المورث في مواجهة المشتري من الوارث على أساس من الحماية المقررة له بموجب المادة 14 السالفة الذكر".

(طعن رقم 57 لسنة 32 جلسة 1966/11/1)

2- "وفقا لنص المادة 1/87 من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث

بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفا على شهره. والنص فى المادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 غير مقصود به - كما ورد فى مذكرته الإيضاحية - الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنى التى تتناول انتقال الحقوق بالميراث.... فالتصرف الصادر من الوارث فى حق عينى عقارى تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقارا تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التى يلتزم بها البائع ومن بينها الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد 2/879، 897، 900، 914 من القانون المدنى أن المشرع المصرى قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما التزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقارى حماية لدائى التركة ضد التصرفات الضارة بحقوقهم نص فى المادة 14 منه على أنه يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقا لهذا النص فإن لدائن المورث - والموصى له بعقار فى التركة إذا لم يسجل يكون فى مركز الدائن - إذا أشر بدينه فى هامش تسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الوارث فى شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذى يظل رغم خفائه عالقا بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظرا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 46 قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التى ترمى إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضى سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقا عينيا على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية".

(طعن رقم 939 لسنة 46 ق جلسة 1981/6/24)

غير أنه إذا تصرف الوارث فى عقار من عقارات التركة، وكان تأشير الدائن بدينه بعد انقضاء السنة ولا حقا على شهر التصرف فلم يستطع الاحتجاج بحقه على المتصرف إليه، جاز للدائن أن يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالحرص يقتضى من كل من يريد التعامل مع وارث بشأن عقار من عقارات التركة ألا يقدم على التعامل إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشد بدينه فى خلال هذه السنة فيتعامل مع الوارث على هذا الأساس. فإما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن، أو أن يجعل الوارث يفى بالدين. فإذا لم يفعل هذا ولا ذاك، عرض نفسه لإجراءات التتبع التى يقوم بها دائن التركة.

مع ملاحظة أنه يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع فى محرر واحد، أو فى محررين يشهران فى نفس اليوم، أو يمر بين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن العادى خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سند حقه.

85- أثر شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث:

ليس مفاد ما جاء بالبند السابق، أنه لا عبرة بكل تأشير يجريه الدائن بعد مضى سنة على استطاعته ذلك، أى على شهر حق الإرث. ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 14 من قانون تنظيم الشهر العقار تنص على أن: "يحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله". أى أن العبرة فى الاحتجاج بهذا التأشير أو عدم الاحتجاج به فى مواجهة الغير، تكون بالأسبقية فى إجراء الشهر فمن سبق من الغير إلى شهر التصرف الصادر إليه من الوارث أفلت نهائيا من تتبع الدائن المتأخر عليه فى التأشير بدينه، أما من تأخر شهر حقه على تاريخ التأشير بدين الدائن، كمن سجل بيعه أو قيد رهنه بعد هذا التاريخ، فلا يكون له على دائن التركة من سبيل، بل يتقدم هذا على الدائن المرتهن فى مراتب التقضيل، كما يكون له أن يتبع العقار تحت يد المشتري المتأخر فى التسجيل⁽²⁾.

(1) السهنورى 150 وما بعدها - الصده ص 741.

(1) محمد على عرفه ص 613 - السهنورى ص 152.

ولما صدر القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى - والذى يعمل به فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل - نص فى المادة 31 منه على أنه: "يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صفح السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (قيد حق الإرث)، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بعيده قبل هذا التأشير".

86- تعدد دائنى المورث:

الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون إلا بين دائنى التركة ومن ترتبت لهم حقوق عينية على عقاراتها عن طريق التعامل مع الوارث. أما دائنو التركة فلا تهم أسبقية الشهر بالنسبة إليهم، فهم جميعا بمنزلة سواء فيما يتعلق بحقهم فى التمتع، فلا يتقدم أحدهم على آخر لكونه قد سبق فى التأشير بدينه. لكن الدائن الذى أشر بدينه فى خلال هذه السنة يستطيع أن يتتبع العقار الذى حصل التصرف فيه أثناء هذه المدة، بينما لا يستطيع ذلك الدائن الذى لم يؤشر بدينه⁽¹⁾.

ونفذ حق الدائن قبل من يتلقى من الوارث حقا عينيا على عقار من عقارات التركة فى الحدود السالفة الذكر يثبت لكل شخص يعتبر دائنا عاديا للتركة كالمشتري من المورث بعقد لم يسجل قبل الوفاة لأنه يكون مجرد دائن عادى. والموصى له بعقار فى التركة ولم يسجل الوصية، فهو دائن عادى للتركة.

87- حكم المتصرف إليه سئ النية:

لما كان القصد من تحديد مدة معينة للتأشير بدين الدائن هو حماية المشتري أو المرتهن حسن النية، أى ذلك الذى قام بكل الأبحاث والتحريات اللازمة للتحقق من سلامة العين من الحقوق، فطبيعى أنه إذا ساءت نية المشتري بأن كان عالما بالدين رغم عدم التأشير به، ولم يبق بالتركة ما يفى بسداد الدين، فقد ظهر أنه يريد الإضرار بالدائنين، فيرد عليه قصده ولا ينفذ تصرفه فى مواجهتهم، ويكون لهم حق الرجوع عليه، فإما خلى بينهم وبين التنفيذ على العين، ثم رجع على الوارث البائع بما دفع من ثمن،

وإما أدى إليهم قيمتها وقت تسلمها ورجع بذلك على الوارث. وما ذلك إلا تطبيقاً للأحكام العامة التي شرعها القانون لحماية الدائنين العاديين، فجعلت المادة 237 مدني لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه⁽¹⁾.

88 - حكم تصرف الوارث سئ النية :

إذا كان الوارث الذي تصرف في المال المتقل بالدين سئ النية، سواء كان موسراً أو معسراً فإنه تصرفه ينفذ في حق الدائن المتأخر إذا كان المشتري حسن النية. ذلك أنه قد تعلق بالعين حقان: حق الدائن وحق المشتري، ولا بد من تقديم أحدهما على الآخر. وقد نص القانون على أن يقدم أسبقهما في إجراء الشهر. فإذا أغفل دائن التركة شهر حقه خلال المدة التي حددها القانون انبنى على ذلك اعتباره مقصراً، فلا يكون له سبيل على المشتري الذي بادر إلى تسجيل حقه إنما سبيله على الوارث في هذه الحال إن أراد لتعديه على حق الدائنين بهذا التصرف فيلزمه الضمان، ويرجع الغرماء على الورثة بقدر الثمن، سواء أكان فيه وفاء بالدين أم لا، ولا رجوع لهم على المشتري بشئ⁽²⁾.

89 - ثانياً : التصرف في المنقولات :

لم يوجب القانون شهر السندات المثبتة لحق الإرث في المنقولات ولكن ذلك لا يمنع أن حقوق دائني المورث تتعلق بها كالعقارات سواء بسواء، ولكن هذه المنقولات لا تكون ضمناً كافياً لهؤلاء الدائنين. إذ يترتب على تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز المقررة بالمادة 976 من القانون المدني، تعطيل حق هؤلاء الدائنين في تتبع منقولات التركة، فلو حدث أن باع الوارث منقولاً ورثه وسلمه إلى مشتر حسن النية، لا يعلم أنه يشتري جزءاً من تركة مدينه، فإن هذا المشتري يكسب ملكية المنقول خالصة، أي خالية من حقوق دائني تركة المورث.

أما إذا كان المشتري سئ النية يعلم بانتماء المنقول إلى تركة لم تسدد ديونها بعد، فلا يستطيع التمسك بالقاعدة السابقة، ويكون لدائني التركة تتبع هذا المنقول تحت يده وحجزه وبيعه بالمزاد استيفاء لحقوقهم⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 613.

(2) محمد على عرفه ص 613 وما بعدها.

(1) السنهوري ص 156 - محمد ليبب شنب ص 55.

90- من يقوم بشهر الدين ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه: "يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية... الخ" - فقد ورد النص عاما، ومن ثم فهو يشمل أى دائن عادى للمورث سواء كان وارثا أو غير وارث. ويدخل ضمن هؤلاء الدائنين الموصى لهم سواء كانت الوصية بمبلغ من النقود أو بعين معينة، لأن الموصى لهم يصبحون دائنين للمورث بعد وفاته.

وللدائن مصلحة فى شهر حق الإرث حتى يتيسر له التأشير فى هامشه بسند دينه فيحتفظ لنفسه ولخلفه العام بكامل حقه ويضمن المحافظة على سند الدين من العبث أو الضياع. فضلا عن اضطراره فى حالة انتظار قيام الوارث أو أى ذى شأن آخر بتسجيل حق الإرث أن يوالى البحث المستمر فى دفاتر مكتب الشهر العقاري أو مختلف المكاتب التى تقع عقارات التركة فى دائرة اختصاصها حتى إذا اتضح له أن حق الإرث قد سجل قام الدائن من جانبه بالتأشير بسند دينه فى هامش هذا التسجيل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا يقتصر حكم الفقرة الأخيرة من المادة 14 من القانون رقم 114 لسنة 1946 على دائنى التركة من غير الورثة ذلك بأن هذا النص ورد بصيغة عامة وينطبق على جميع الدائنين وارثين كانوا أو غير وارثين ومن ثم فإن لدائن المورث أيا كان هذا الدين إذا أشر بدينه فى هامش تسجيل إسهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير".

(طعن رقم 195 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/29)

91- كيفية شهر الدين :

1- يجرى شهر سند الدائن العادى بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (مادة 1/37 من قانون الشهر العقاري).

2- يجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل

إقامته وعلى بيان نوع المحرر المتقدم ذكره وتاريخ ورقم شهره والسند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها وأسماء ذوى الشأن فيه. ويجب أن يكون مصحوبا بهذا السند ويسائر الأوراق المؤيدة له (م/2/37).

فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين. فإذا تمكن من إثبات الدين فى مواجهة الورثة، وحصل على حكم به، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث. ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشى تحفظ فى مكاتب الشهر فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لدينه لحفظه ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب وإعطاء طالب الشهر صورة شمسية منه. إلا أنه لم يفت المشرع أن الدائن العادى فى حاجة إلى استرداد أصل سند الدين للمطالبة به وديا أو قضائيا ولإمكان إعطاء المخالصة اللازمة عليه فى حالة الدفع أو تقديمه للمحكمة فى حالة التقاضى. ولذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة 23 من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى على ما يأتى:

"ومع ذلك يجوز للدائن بالنسبة إلى التأشير المنصوص عليها فى المادة 14 من القانون رقم 114 لسنة 1946 أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها".

ومضمون هذا النص أن للدائن العادى، إذا أراد ذلك أن يتقدم بطلب إلى أمين المكتب يطلب فيه استرداد أصل سند الدين الذى أباح التأشير الهامشى. فإنه تجب موافقة أمين المكتب على تسليم أصل سند الدين للطالب، ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كمستند من مستندات الشهر بطريق التأشير، فقد رأى المشرع أن يستعاض عن الأصل ضمن المستندات بصورة شمسية تستخرج منه على نفقة الطالب. ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الشمسية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه.

والحكمة من توقيع الدائن الصورة الشمسية هو منع كل خلاف فى المستقبل بشأن هذا السند، فقد يثار أن الصورة الشمسية خاصة بسند خلاف السند الذى يطالب به الدائن⁽¹⁾.

3- لمكتب الشهر العقارى أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند

الاقتضاء ويتبع فى التأشير الهامشى وحفظ المحررات التى يتم بمقتضاها الأحكام الواردة باللائحة التنفيذية (م3/37).

4- إذا تبين أمين مكتب الشهر أن طلب التأشير الهامشى لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موسى عليه مصحوب بإخطار وصول ويعين فى هذا الكتاب أجل لتلافى هذه الأوجه لا يجاوز شهرا، فإذا انقضى الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موسى عليه مصحوب بإخطار وصول (م38).

92- الطعن فى قرار حفظ طلب التأشير الهامشى :

لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب الشهر بدائرتها (م1/39).

ويصدر القاضى بعد سماع إيضاحات صاحب الشأن ومكتب الشهر العقارى قرارا مسببا خلال أسبوع من رفع الأمر إليه إما بتأييد الحفظ أو بإلغائه تبعا لتحقيق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير. ويكون قراره نهائيا (مادتان 35، 39).

ولا يجوز إجراء أى تأشير هامشى بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طلب التأشير إلا بعد انقضاء الميعاد المعين فى المادة 39 أو الفصل فى تظلم الطالب على الوجه المبين بها (م40⁽¹⁾).

93- التركات السابقة على العمل بالقانون رقم 114 لسنة 1946 :

اقتصر قانون التسجيل الصادر فى سنة 1923 فى شهر التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء، دون الوقائع والتصرفات التى تنقل الملكية بسبب الموت وهى الإرث والوصية، وبالتالي لم يكن حق الإرث والوصية خاضعين لنظام التسجيل، باعتبار أن الإرث ينقل الملكية بسبب الوفاة لا بين الأحياء فضلا عن أنه ليس بعقد وإنما يكون واقعة مادية، كما أن الوصية وإن كانت تصرفا قانونيا ولكنها ليست بعقد وهى من ناحية أخرى تنقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء وقد كان ذلك سببا فى قصور دفاتر

(2) محمد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقارى الطبعة الأولى 1947 ص 179.

الشهر عن أن تكشف تسلسل الملكية العقارية، ولم يكن قانون التسجيل لذلك أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العيني مع وجود هذه الثغرات فيه.

ولما صدر قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 المعمول به من أول يناير سنة 1947 أوجب تسجيل جميع التصرفات، سواء كانت بين الأحياء أو بسبب الموت كالوصية، كما نصت المادة 13 على وجوب شهر حق الإرث وهو واقعة مادية.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنه :

"ولعل نص هذه المادة والمادة التى تليها أهم ما أتى به المشروع المرافق من أحكام جديدة فى صدد المحررات الواجب شهرها. ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها فى هاتين المادتين تمهيدا وتيسيرا لوضع نظام السجلات العينية، إذ لوحظ فى شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر فى الماضى كان سببا من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية فى البلاد".

وقد استنتجت المادة 53 من قانون تنظيم الشهر العقارى حقوق الإرث السابقة على العمل بهذا القانون من إجراء الشهر، فجرت على أن: "تطبق المواد 48 وما يليها على حقوق الإرث التى تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون. أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ فلا تطبق فى شأنها المواد المذكورة إلا اختياراً".

وطبيعى أن يستتبع إعفاء هذه التركات من إجراء الشهر إعفاء الديون المتعلقة بها من التأشير كذلك، فتبقى الأحكام السابقة على القانون سارية على هذه الديون. وقد استقر القضاء وقتئذ على تقرير حق التتبع لدائى التركة دون قيد أو شرط.

ويرى جانب من الفقه - نؤيده - أنه بالنسبة للتركات السابقة سالف الذكر، يصعب القول بأن دائى التركة، حتى يحتفظ بحق التتبع وحق التقدم، يتعين عليه أن يؤشر بحقه على هامش تسجيل حق الإرث. لأن دائى التركة التى فتحت قبل أول يناير سنة 1947 كان له حق التتبع وحق التقدم، دون إجراء أى شهر للدين الذى له طبقاً للأحكام التى كان معمولاً بها قبل قانون الشهر العقارى، فمن حقه أن يطمئن إلى هذا المركز الذى كسبه، ولا يلزمه أن يتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤشر هو بحقه، مادامت تركة مورثه قد فتحت

قبل أول يناير سنة 1947⁽¹⁾.

94- محو التأشير:

لما كان التأشير بديون التركة على هامش تسجيل حق الإرث إجراء خطيرا لما يترتب عليه من حق الدائن فى تتبع أعيان التركة تحت أى يد كانت، فضلا عما يخوله إياه من أولوية على سائر دائنى الوارث سواء منهم المرتهنين أو العاديين، فقد كان طبيعيا أن يحتاط المشرع للتأثيرات الكيدية حتى لا يترتب مثل هذا الأثر الخطير بالنسبة للوارث وخلفائه جميعا إلا بناء على دين جدى فقضى فى الفقرة الأولى من المادة 18 من قانون الشهر العقارى على أن: "لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا".

ولما كان طلب محو التأشير يثبت لكل ذى شأن، فإنه يثبت للوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصى للوارث أو مشتر من الوارث يضره التأشير⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 246 - محمود جمال الدين زكى ص 283 هامش (9) - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 615 وما بعدها فيرى أنه إذا قام أحد ذوى الشأن بشهر حقوق الإرث على تركة سابقة على تاريخ العمل بأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى، فإن ذلك يستتبع حتما وجوب التأشير بديون التركة فى هامش هذا التسجيل. ذلك أن المادة 53 سالفه الذكر أعفت حقوق الإرث السابقة على العمل بهذا القانون من تطبيق أحكام المواد 48 وما يليها، وهى المواد التى تبين الإجراءات الواجبة الاتباع فى شهر حق الإرث فحسب. ولذلك يبقى النص الأمر بالتأشير بديون التركة فى هامش تسجيل حق الإرث واجب التطبيق فى سائر الحالات التى يتم فيها هذا التسجيل. وأنه يدعم هذا الاتجاه اعتبارات عملية هامة. فلا شك أن مصلحة الورثة والأغيار والدائنين عموما تتطلب إظهار ديون التركة لتحديد حالتها نهائيا. وبذلك لا تتعطل أعيان التركة فى يد الورثة إن أرادوا التصرف فيها، ولا يحجم الغير عن شرائها أو ارتهاها بما يوازى قيمتها الحقيقية خشية التعرض لمفاجآت الدائنين المستترين، كما يطمئن الدائنون نهائيا على حقوقهم فلا يضارون من إسراع الورثة إلى التصرف خلسة وعلى غير علم منهم.

فإذا أهمل الدائن التأشير بحقه رغم شهر حق الإرث، فعليه وحده تقع تبعه إهماله لانتفاء العلة التى كانت تبرر ترجيح مصلحته على مصلحة المشتري أو المرتهن حسن النية.

(1) محمد على عرفه ص 614 - محمد كامل مرسى ص 197 - عبد المنعم الصده ص 741 وما بعدها.

95- التأشير بالمحركات المثبتة للديون فى قانون نظام السجل العينى :

تنص المادة 31 من القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى على أنه: "يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صفح السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها.

ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيده قبل هذا التأشير".

كما نص فى البند (5) من (أولا) فى التصرفات والحقوق الواجب قيدها فى السجل الواردة بملحق (2) على أنه: "ويجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صفح السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها".

96- انتصاب الوارث خصما عن باقى الورثة فى التركة :

إذا كانت الدعوى مرفوعة على التركة ومصلحة جميع الورثة فيها واحدة، وليس لكل وارث دفاع شخصى فيها، اعتبر كل وارث ممثلا للباقيين فيها. وفى هذه الحالة يجوز لدائن التركة إقامة الدعوى فى وجه أحد الورثة ومطالبته بكل الدين، والحكم الذى يصدر ضده يعتبر أنه صادر ضد التركة، ولا تكون هناك مصلحة لأى من الورثة فى التمسك ببطالان الإجراءات بسبب أنها لم تحصل فى مواجهته، لأن الحكم الذى يصدر لا ينفذ إلا على التركة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ممكنا الأخذ بها لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم أو خوصم فى الدعوى طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقها، أو مطلوبا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها. أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه فى الدين ذلك النصيب المحدد المطلوب منه فى الدعوى، فإن الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود هذا

النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثاء".

(طعن رقم 70 لسنة 4 ق جلسة 1935/4/11)

2- "إن الورثة، باعتبارهم شركاء فى التركة كل منهم بحسب نصيبه، إذا أبدى واحد منهم دفاعا مؤثرا فى الحق المدعى به على التركة كان فى إبدائه نائبا عن الباقيين فيستفيدون منه. وذلك لأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وللدائنين عليها حق عيني، بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة، وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها. وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة، ويكفى أن يبيده البعض ليستفيد منه البعض الآخر من الورثة".

(طعن رقم 42 لسنة 12 ق جلسة 1943/2/18)

3- "إذا كانت المادة 450 من قانون المرافعات السابق تنص فى فقرتها الأولى على أنه "يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم" مما مفاده أن القانون أجاز لمن يمتد إليه أثر الحكم الصادر فى الدعوى ويعتبر حجة عليه مع أنه لم يكن ماثلا فيها بشخصه أن يعترض عليه بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، ذلك أن جواز الاعتراض على الحكم يرتبط ارتباطا وثيقا بحجيته، فكما كان هذا الحكم حجة على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه يكون له الحق فى سلوك هذا الطريق وكانت حجية الأحكام تتعدى الخصوم إلى خلفهم، فيكون الحكم الصادر على الخصم حجة على خلفه ومنهم ورثته، وكان الورثة يخلفون مورثهم فى صافى حقوقه ويتقيدون بالأحكام الصادرة ضده كما يفيدون من الأحكام الصادرة له، فإن المورث يعتبر بذلك ممثلا لورثته فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه، إلا أنه إذا أثبت الوارث غش مورثه أو تواطؤه أو إهماله الجسيم، كان له أن يعترض على الحكم الذى صدر ضد المورث بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة طالبا اعتباره من الغير بالنسبة إلى ذلك الحكم والنقيرير بأنه ليس حجة عليه متى كانت له مصلحة قانونية، ويكفى لذلك أن تكون صفته كوارث متحققة وقت إقامة الاعتراض".

(طعن رقم 359 لسنة 38 ق جلسة 1974/3/26)⁽¹⁾

4- "من المقرر أن القاعدة الشرعية التي تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقي الورثة فيستفيدون مما يديه من دفاع مؤثر في الحق المدعى به قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الوارث كان قد خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوبا في مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها وإذ كان أحد الطاعنين قد اعترض في حينه على قائمة شروط البيع بأوجه بطلان موضوعية منها ملكيته وإخوته بطريق الميراث للأرض المنفذ عليها ولم يشر في اعتراضه إلى صفته في تمثيل التركة أو إلى استغراقه وإخوته كل وراثتها مما لا يسعف في القول بنيابته في الاعتراض عن التركة كلها فلا ينتصب بالتالي خصما عن باقي الورثة في إبدائه".

(طعن رقم 218 لسنة 43 ق جلسة 1978/5/3)

5- "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الوارث الذي يطالب بحق للتركة ينصب ممثلا لباقي الورثة فيما يقضى به لها".

(طعن رقم 6509 لسنة 76 ق جلسة 2007/1/23)

الوصية:

مادة (915)

تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

الشرح

التشريع الذي يحكم الوصية:

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى صحة إعلان مورثة الطاعنين بالحكم الصادر ضدها في الدعوى رقم ... بصحة ونفاذ عقد البيع ورفض الادعاء بتزوير هذا الإعلان، ولم يكن قضاء الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص موضع نعي من الطاعنين، فقد أصبح الحكم الصادر ضد المورثة نهائيا وحجة على الطاعنين فيما قضى به من صحة ونفاذ عقد البيع الصادر من المورثة باعتبارهم خلفا عاما لها، بما يتمتع معه عليهم العودة للمنازعة في صحة العقد أو في صحة الحكم الصادر بصحته ونفاذه، سواء بدعوى مستقلة أو بدفع في دعوى قائمة".

(طعن رقم 346 لسنة 36 ق جلسة 1972/5/11)

97- (أ) - فى ظل التقنين المدنى الملغى :

ورد بالتقنين المدنى الملغى بعض الأحكام الخاصة بالوصية فكانت المادة 54 من القانون المدنى الأهلى⁽¹⁾ تنص على أن: "يكون الحكم فى الموارىث والوصايا على حسب المقرر فى بلد المتوفى".

وكانت المادة (55) تنص على أن:

"تراعى أيضا فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى قانون الموصى"⁽²⁾.

أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة بسبب تجاوز النصاب الشرعى أو عدم إبقاء القدر المفروض شرعا أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت إليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية"⁽³⁾.

ونصت المادة (130) على أن: "الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد العاقد"⁽⁴⁾.

كما صدر فى 23 من مارس سنة 1944 القانون رقم 25 لسنة 1944 ببيان القانون الواجب التطبيق فى مسائل الموارىث والوصايا، ونص فيه على أن: "قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فىهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالموارىث والوصايا على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى".

وكانت المحاكم الشرعية تطبق فى الوصية الراجح من المذهب الحنفى. إلى أن صدر القانون رقم 71 لسنة 1946 الذى تسرى قواعده على جميع المصريين، مسلمين أو غير مسلمين⁽⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) معدلة بالقانون رقم 26 لسنة 1944.

(2) الفقرة الأولى معدلة بالقانون رقم 26 لسنة 1944.

(3) الفقرة الثانية أضيفت إلى المادة بالقانون رقم 79 لسنة 1933.

(4) المادة معدلة بالقانون رقم 26 لسنة 1944.

(1) السنهورى ص 262- محمود جمال الدين زكى ص 322.

1- "وصية غير المسلم - كوصية المسلم - لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً، ولا تجوز بأكثر من الثلث ولا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة".

(طعن رقم 40 لسنة 3 ق جلسة 1934/6/21)

2- "إن المواريث عموماً، ومنها الوصية، هي وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة".

(طعن رقم 66 لسنة 10 ق جلسة 1943/4/1)

98- (ب) فى ظل التقنين المدنى الجديد:

رأينا أن المادة 915 مدنى تنص على أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها. فتسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها تقنيات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذى يجوز الإيصاء به، وهل تجوز الوصية لوارث، وهل تتم الوصية بالإيجاب وحده، وهل يجوز الرجوع فى الوصية، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين⁽¹⁾، ودون تمييز بينهم بسبب الملة أو المذهب.

وأصبح لا عبرة باتفاق ورثة غير المسلم على أن يكون التوريث وفقاً لشريعة المتوفى، ولا عبرة باتفاقهم أيضاً على أن يكون الفصل فى نزاع متعلق بميراث أو وصية لجهة قضائية أخرى. وذلك لأن الأحكام الواردة بالمادتين 875، 915 من القانون المدنى متعلقة بالنظام العام، كما أن توزيع الاختصاص بسبب ولاية القضاء من الأمور المتعلقة بالنظام العام أيضاً، ومن ثم يقع الاتفاق المخالف لها باطلاً.

ولا يعترض على ذلك بما نصت عليه المادة الأولى من القانون الصادر فى 23 مارس سنة 1944 التى تجيز لورثة غير المسلم أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى والتى كان من مقتضاها اختصاص المجالس المالية بنظر المنازعات المتعلقة بالميراث و الوصية إذا كان الورثة غير مسلمين وانفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لقانون ملة المورث أو الموصى، وذلك قبل إلغاء القانون لأن مثل هذا النص أصبح

(2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 293 وما بعدها.

ملغيا بعموم نص المادتين 875، 915 من القانون المدنى الجديد، فقد أفرغ المشرع نص هاتين المادتين فى صيغة أمر، مما ينبغى معه القول بعدم جواز الاتفاق على العكس. فإذا كان الاتفاق على تحكيم قانون الملة باطلا، فإن بطلانه يستتبع حتما خروج الاختصاص بنظر مسائل الموارىث والوصايا من ولاية أية جهة قضائية أخرى غير المحاكم الشرعية المختصة وحدها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن الميراث والوصية. وقد أكد ذلك ما ورد صراحة بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة 875 من القانون المدنى، فقد جاء فيها أن: "الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها هى التى تنطبق على ميراث المصريين جميعا، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين، حتى لو اتفق الورثة جميعا على ذلك وما جاء بها من أن "الشريعة الإسلامية هى التى تنطبق أولا وأخيرا، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة فى أى من الفروض"⁽¹⁾.

وقد صدر فى 1946/6/24 القانون رقم 71 لسنة 1946 بشأن الوصية، وبدأ العمل به اعتبارا من أول أغسطس سنة 1946، ويسرى القانون المذكور على جميع المصريين، مسلمين وغير مسلمين فى أحكامه الموضوعية و الشكلية، وقد استمدت أحكام هذا القانون من الشريعة الإسلامية.

وقد جاء فى مذكرته التفسيرية أن لجنة الأحوال الشخصية (التي قامت بأعداده) جعلت أساس مشروع هذا القانون كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، كما تقضى بذلك مذكرة وزارة العدل التى صدق عليها مجلس الوزراء فى 9 ديسمبر سنة 1936. وقد تداركت اللجنة النقص الموجود فى كتاب محمد قدرى باشا، وعالجت كثيرا من المسائل التى تدعو إليها الحاجة ووضعت لها الأحكام المناسبة.

وجاء فى ختام المذكرة التفسيرية أن أحكام القانون قد وضعت طبق ما قضت به المصلحة بدون تقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة. ولكن إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة كما تقضى بذلك المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931. والمعلوم أن المادة المذكورة ألغيت بإلغاء المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بمقتضى القانون رقم (1) لسنة 2000 (بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى

(1) محمد على عرفه ص 637 وما بعدها.

فى مسائل الأحوال الشخصية) وحلت محلها المادة الثالثة من قانون إصداره التى نصت فى فقرتها الأولى على ذات الحكم.

99- سريان قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 على الوصايا الصادرة

من متوفى بعد العمل به :

يسرى القانون رقم 71 لسنة 1946 على الوصايا التى صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكامه، ولو كان تاريخ صدور الوصية سابقا على العمل بأحكامه. فالعبرة فى تطبيق هذا القانون بتاريخ وفاة الموصى، لا بتاريخ إنشاء الوصية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها، وتكون محكمة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية. وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون".

(طعن رقم 213 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/23)

2- "لا تكون الوصية لازمة إلا بوفاة الموصى ومن حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته، ولا تتحدد شروط الوصية - بصفة نهائية - إلا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الإرادة منه ومن ثم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه وبالتالي يسرى القانون رقم 71 لسنة 1946 الخاص بالوصية على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه. فإذا كانت الوصية لوarith وتوفى الموصى فى تاريخ لا حق للعمل بالقانون رقم 71 سنة 1946 سالف الذكر فإنها تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وفقا للمادة 37 من القانون المذكور، والحكم المطعون إذ انتهى إلى عدم نفاذ هذه الوصية إطلاقا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 414 لسنة 26 ق جلسة 1962/6/21)

3- "متى كان الثابت أن الموصى توفى سنة 1944 فإن وصيته لا يحكمها قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 وإنما يحكمها أرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة على ما تقضى به المادتان 55 من القانون المدنى القديم و 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية".

(طعن رقم 71 لسنة 32 ق جلسة 1967/11/30)

100- الأحكام الموضوعية للوصية بالنسبة للأجانب:

تنص الفقرة الأولى من المادة (17) من التقنين المدني على أن: "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته".

وعلى ذلك فإن الأحكام الموضوعية لوصية الأجنبي يسرى عليها قانون جنسية هذا الأجنبي، فهو الذى يحدد حق الإيصاء والقدر الجائز للإيصاء به والجزاء المترتب على مجاوزة هذا القدر، وأهلية الموصى. فقد اعتد المشرع بظرف إسناد يترتب عليه عدم تعدد القوانين الواجبة التطبيق على التركة بتعدد أقاليم الدول التى توجد فيها أعيان التركة، وهو ظرف الجنسية⁽¹⁾.

ويجب مراعاة ما جاء بملذكرة المشروع التمهيدى من أنه:

"... بيد أنه يقصد عادة من إخضاع الوصية - وما فى حكمها - لقانون جنسية الموصى وقت الإيصاء تنظيمها بوصفها مجرد تصرف قانونى دون مساس بالناحية الموضوعية التى ترتبط ارتباطا وثيقا بالميراث وتخضع للقانون الذى يسرى عليه"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "طبقا للمادة 55 من القانون المدني الملغى والمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 91 لسنة 1937 تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقت وفاته، وبصدور القانون رقم 147 لسنة 1949 بنظام القضاء - وهو يسرى بأثر فوري من تاريخ العمل به فى 15 أكتوبر سنة 1949 - وطبقا للمادة 12 منه أصبحت المحاكم هى المختصة بمسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين وهى تطبق فى شأن الوصية أحكام القانون الذى تشير به قواعد الإسناد لا الشريعة الإسلامية".

(طعن رقم 8 لسنة 35 ق "أحوال شخصية" جلسة 1967/7/26)

2- "وفقا للمادة 28 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام

(1) المستشار محمد شتا أبو سعد التقنين المدني الجزء الأول ص 202.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص 274.

مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين".

(طعن رقم 8 لسنة 35 ق "أحوال شخصية" جلسة 1967/7/26)

3- "الشروط الموضوعية للوصية موضوع النزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذى تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون اليونانى وهو قانون الموصى وقت موته، ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبى، واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها، وإذ كان الطاعنون لم يقدموا ما يفيد أن نصا فى القانون اليونانى يترتب البطلان على انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء، فليس يجدى فى هذا المقام التحدى ببطلان الوصية استنادا إلى حكم قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946".

(طعن رقم 59 لسنة 39 ق "أحوال شخصية" جلسة 1975/2/12)

101- شكل الوصية بالنسبة للأجانب:

تنص الفقرة الثانية من المادة 17 مدنى على أن:

"ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت".

فقد ترك المشرع للموصى الأجنبى الخيار فى اتخاذ شكل الوصية إما اتباع الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته. وإما الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية. وقد قصد بذلك التيسير على الأجنبى الموصى.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1974/12/4 فى

الطعن رقم 27 لسنة 37 ق "أحوال شخصية" بقولها:

"النص فى الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون المدنى المصرى على أن "يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية..". يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية فى التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته وإما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول

الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الإجراء، أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراء وهى قاعدة تسيير جنبا إلى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشكل الذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار المخول للوصية فى سلوك أحد الطريقين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويا على مخالفة للنظام العام، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له".

راجع شرح المادة (17).

102- الوصية من مسائل الأحوال الشخصية :

تعتبر الوصية من مسائل الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبًا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية فيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نطاقها النظر فى المسائل التى قد

(1) راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد الأول

تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها".

(طعن رقم 40 لسنة 30 ق جلسة 1934/6/21)

2- "أدخل المشرع المصرى الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما تتصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال فى الدولة، ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية، فإن وجود عقارات التركة التى خلفتها الموصية فى مصر لا علاقة له بتوثيق الوصية فى حد ذاتها".

(طعن رقم 27 لسنة 37 ق "أحوال شخصية" جلسة 1974/12/4)

103- تعريف الوصية:

تعرف الوصية المادة الأولى من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية⁽¹⁾ بأنها:

"تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت"⁽²⁾ ومعنى الإضافة إلى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذى تم فى حال الحياة لا يكون إلا بعد الموت⁽³⁾. والوصية كالميراث، ليست سببا لكسب حق الملكية وحده، بل تعتبر كذلك سببا لكسب الحقوق العينية الأصلية الأخرى، وذلك على النحو التالى:

ففيما يتعلق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى تنتهى بوفاة صاحب الحق الذى اكتسبه ابتداء وعلى ذلك لا يجوز له أن يوصى بحق لغيره. ولكن إذا نزل عن حقه لغيره، فيجوز لهذا الغير أن يوصى بالحق فينتقل بوفاته إلى الموصى له، ولكنه ينتهى بوفاة صاحبه الأصل. هذا عن انتقال الحق، أما كسبه ابتداء فيجوز بمقتضى الوصية، فيجوز للمالك أن يوصى بحق من هذه الحقوق، فينشأ الحق ابتداء على أثر وفاة المالك. وفيما يتعلق بحق الحكر، يجوز لصاحب الحق أن يوصى به فينتقل إلى الموصى له عند وفاة الموصى أما الإيصاء بإنشاء حق الحكر ابتداء، فلم يعد ممكنا فى ظل نصوص التقنين المدنى الحالى، ذلك أن الحكر لا يتقرر إلا على أرض موقوفة

(1) جاء بالمذكرة التفسيرية للقانون أن لجنة الأحوال الشخصية (التي قامت بإعداده) جعلت أساس مشروع هذا القانون كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، كما تقضى بذلك مذكرة وزارة العدل التى صدق عليها مجلس الوزراء فى 9 من ديسمبر سنة 1936. وقد تداركت اللجنة النقص الموجود فى كتاب محمد قدرى باشا، وعالجت كثيرا من المسائل التى تدعو إليها الحاجة ووضعت لها الأحكام المناسبة. وجاء فى ختام المذكرة التفسيرية أن أحكام القانون قد وضعت طبق ما قضت به المصلحة بدون تقييد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة. ولكن إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة كما تقضى بذلك المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.

(2) وينتقد البعض هذا التعريف بأنه لا يحدد معنى الوصية من حيث الحقوق التى يكسبها الشخص بمقتضاها كما هو المألوف فى التعاريف الوضعية للتصرفات القانونية المختلفة (عبد المنعم الصده ص 783 هامش (2)).

(3) تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ - محمد كامل مرسى ص 50.

(م1/1012) والوقف باعتباره شخصا معنويا هو المالك.

فلا يتصور أن يصدر منه، ولو عن طريق ممثله وهو الناظر، تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فهو لا يموت.

وفيما يتعلق بحق الارتفاق، إذا أوصى شخص بعقار له وكان هناك ارتفاق مقرر لمصلحة هذا العقار انتقل الارتفاق إلى الموصى له تبعا لانتقال ملكية العقار المرتفق. كما يجوز لمالك العقار أن يوصى بإنشاء حق ارتفاق عليه، وعندئذ ينشأ الارتفاق ابتداء على أثر وفاة الموصى⁽¹⁾.

وجاء بالمذكرة التفسيرية لقانون الوصية عن تعريف الوصية الوارد بالمادة الأولى منه، أن تعريف الوصية في الأصل (أى كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدرى باشا قاصر، فعدل عنه إلى التعريف الوارد في المادة الأولى ليشمل جميع مسائل الوصية⁽²⁾). فهو يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى له من أهل التملك، كالوصية لمعين بالاسم أو بالوصف وهو ممن يحصون أو معين بالوصف ممن لا يحصون، كالوصية للفقراء وما إذا كان الموصى له جهة من جهات البر، كالملاجئ والمدارس. ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطا فيه معنى التملك، كالوصية بالإبراء من الدين، وما إذا كان الموصى به إسقاطا محضا، كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة، وما إذا كان الموصى به حقا من الحقوق التى ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطا ولكنه مالى لتعلقه بالمال، كالوصية بتأجيل الدين الحال والوصية بأن يباع ماله من فلان. والمراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث المورث، مالا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التى تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث بسبب الموت⁽³⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 487 وما بعدها.

(2) والتعريف الذى تشير إليه المذكرة التفسيرية وارد بالمادة (530) من كتاب الأحكام الشرعى لمحمد قدرى باشا ونصها:

"الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

=

(3) وقد قضت محكمة النقض بأن:

= "الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة، وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدنى وقانون الوصية رقم 71 لسنة 1946، ولا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى في تحديد القدر

ونظرا لأن الوصية من مباحث مسائل الأحوال الشخصية فسنتصر هنا على التصدى لبعض المسائل التى تتصل غالبا بالمواد المدنية.

104- الخلافة العامة والخلافة الخاصة:

إذا كانت الوصية بحصة من مجموع التركة، فيكون الموصى له خلفا عاما للموصى ويكون مركزه كمركز الوارث. أما إذا كانت الوصية بعين معينة أو بحصة شائعة فى عين معينة أو بحصة شائعة فى نوع من أموال التركة، كان الموصى له خلفا خاصا للموصى⁽¹⁾.

والموصى له يتقدم على الورثة فى استيفاء حقه من أموال التركة، بعد الوفاء بالديون، فلا يأخذ الورثة إلا ما بقى من هذه الأموال بعد الوفاء بنفقات تجهيز المتوفى وسداد الديون وإعطاء الموصى له ما يستحقه بموجب الوصية.

105- الوصية استثناء من بطلان التعامل فى التركة المستقبلية:

الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت، وبالتالي تكون استثناء من الحكم القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلية، إذ هى تعامل من الوصى فى تركته المستقبلية بإرادته المنفردة. وقد أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل فى التركات المستقبلية باطل بطلانا مطلقا بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذى ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم 71 لسنة 1946 وقد اعتبرت تصرفا فى التركة مضافا إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملًا من الموصى فى تركته المستقبلية بإرادته المنفردة، وقد أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلية - وهى تصح طبقا

الذى تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع".

(طعن رقم 7 لسنة 42 ق "أحوال شخصية" جلسة 19/1/1977)

(1) نبيل سعد ص 533.

للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتتفد من غير إجازة الورثة إذا كانت فى حدود الثلث وذلك عملا بالمادة 37 من قانون الوصية المشار إليه".

(طعان رقما 634، 637 لسنة 61 قى جلسة 1995/7/6)

106- انعقاد الوصية :

تنص المادة الثانية من قانون الوصية فى فقرتها الأولى على أن: "تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة". فوصية الناطق لا تتعقد إلا بالعبارة أو الكتابة، ولا تتعقد بإشارته. وهو مذهب الحنفية. والأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لا يستطيع النطق إذا كان يعرف الكتابة لا تتعقد وصية إلا بها.

أما إذا كان لا يعرف الكتابة فإن وصيته تتعقد بإشارته المفهمة. ولكن لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه، بل يكفى أن يكتبها له غيره فيقرأها أو يقرأها له غيره فيوقعها. وهذا مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، فعنده الإيجاب يكون بالقول أو بالفعل الذى يدل على الرضا، والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب. وباقى أحكام هذه الفقرة أخذت من أقوال فى مذهب أبى حنيفة، ومن إطلاق النص الذى نقله الحنفية عن الشافعية بالتسوية بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لا يقدر على النطق⁽¹⁾.

وعلى ذلك لا يشترط لانعقاد الوصية أن تكون بمحرر رسمى كما هى الحال فى الهيئة⁽²⁾.

(1) المذكرة التفسيرية لقانون الوصية - محمد كامل مرسى ص 59.

(2) وكان نص الفقرة الثانية من المادة (2) من مشروع قانون الوصية عند تقديمه للبرلمان كالاتى: "ويجب أن يحضر بالوصية عقد رسمى أو عقد عرفى بشرط التصديق على إمضاء الموصى أو ختمه، وإلا كانت الوصية لاغية". فرأت لجنة العدل بمجلس الشيوخ تعديلها بما يجعلها = مطابقة فيما يختص بالوصية لأحكام المادة 98 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، مع إضافة حالة التصديق الرسمى على توقيع الموصى على ورقة الوصية أو الرجوع فيها.

وقد جاء فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ أن المشروع كان يرى أن تساير الوصية العقود الأخرى: كالوقف والهيئة، فاشتراط لصحتها عقدا رسميا أو عقدا عرفيا مصدقا على توقيعه على الوجه الوارد الفقرة الثانية. ولكن اللجنة رأت أن الوصية تختلف بطبيعتها عن هذه العقود،

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قدمت شهادة صادرة من محفوظات التوثيق بمصلحة الشهر العقاري تفيد أنه أثبت بدفاتها حضور الموصى مورث الطاعنة، وطلب التصديق على توقيعه على محرر موضوعه إقرار منه بأن يوصى بعد وفاته بثلاث تركته من منقول وعقار إلى بنت شقيقه المطعون عليها وأنه وقع بإمضائه في نهاية ما أثبت بالدفتر عن موضوع المحرر بالإضافة إلى توقيع شاهدين، فإن هذه الشهادة، وهي ورقة رسمية لم تتنازع الطاعنة في مطابقتها للأصل تصلح مسوغا لسماع الدعوى بها. لما كان ما تقدم، وكان القانون لم يشترط لانعقاد الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمي من الموصى وإنما اعتبر الكتابة من صيغ الوصية مسويا بين أن تكون بخط الموصى أو خط سواه، وكانت الشهادة الرسمية المشار إليها والصيغة الواردة بها تظهر إرادة الموصى وتبين مقصوده منها وتوضح الموصى إليه والموصى به وقدره فإن الحكم إذ خلص إلى أنها كما تكفي مسوغا لسماع الدعوى تقوم سندا أيضا على صحة صدور الوصية، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 7 لسنة 47 ق "أحوال شخصية" جلسة 1979/3/21)

2- "مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 أن المشرع فرق بين انعقاد الوصية وبين شرط سماع الدعوى بها، فاعتبرها تصرفا ينشأ بإرادة منفردة، تتعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق. ولا يشترط في الإيجاب ألفاظ مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه، سواء كانت صيغته بالعبرة الملفوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه. وما شرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة

فقد تكون في وقت اشتداد المرض أو في ظروف حرجية يجب التيسير فيها، فرأت الرجوع إلى الأحكام الواردة في لائحة المحاكم الشرعية، وفيها الضمان الكافي، غير أنها لاحظت أن من المشقة على الناس أن تكون ورقة الوصية عرفية مصدقا على توقيعها، ومع ذلك لا تصلح مسوغا لسماع دعوى الوصية أمام المحاكم الشرعية، كما جرى على ذلك بعض قضاتها، فقررت تسوية هذه الحالة بالحالات الأخرى والنص على حكمها رفعاً للبس والاختلاف في الأحكام. ويراعى أن ما أدخل من تعديل لا يفسر بأنه رجعية للقانون، بل هو تصريح بما تحتمله نصوص القانون القائم.

1911 شكلا معينا بأن تحرر بها ورقة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه، أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضاءه، مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها".

(طعن رقم 7 لسنة 47 ق "أحوال شخصية" جلسة 1979/3/21)

107- القدر الذى تنفذ فيه الوصية :

تنص المادة 37 من قانون الوصية على أن:

"تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه.

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة".

وهذه الوصية يطلق عليها الوصية الاختيارية. أما الوصية الواجبة فقد نصت

عليها المادة 76 من قانون الوصية بقولها:

"إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات".

وتنص المادة 77 على أن:

"إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله. وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى التلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية". ونحيل فى شرح هذه المواد إلى مؤلفات المواريث.

108 - عدم سماع دعوى الوصية عند الإنكار:

تنص المادة 2 من قانون الوصية فى فقرتيها الثانية والثالثة على أن: "ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها"⁽¹⁾.

وهاتان الفقرتان لا تتناولان انعقاد الوصية أو صحتها وإنما تتناولان حالة إنكار الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى.

فإذا كانت الوصية غير منكورة سمعت الدعوى بها. والإنكار المقصود هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصومة فإذا أقر المدعى عليه بالوصية

(1) وقد قضت على حكم هاتين الفقرتين من قبل المادة 98 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 وتجرى على أن:

"لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحد منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المورث أو المعتق إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر".

إلا أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سالفة الذكر قد ألغيت بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية (م 4 من قانون الإصدار).

بكتابة عليها إمضاءه أو أمام قاض فى مجلس قضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "الوصية وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 71 لسنة 1946 "تتعد بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزا عنها، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة"، أما الكتابة المنصوص عليها فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة، فهى مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليست ركنا فيها، فلو أقر الورثة بالوصية، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضى بالوصية".

(طعن رقم 234 لسنة 37 ق جلسة 1973/11/21)

2- "مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 أن المشرع فرق بين انعقاد الوصية وبين شروط سماع الدعوى بها، فاعتبرها تصرفا ينشأ بإرادة منفردة، تتعد بتحقيق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق. ولا يشترط فى الإيجاب ألفاظا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه، سواء كانت صيغته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه. وما شرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة 1911 شكلا معيناً بأن تحرر بها ورقة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضاءه، مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها".

(طعن رقم 7 لسنة 47 ق "أحوال شخصية" جلسة 1979/3/21)

وواضح من الفقرتين السابقتين أنهما تفرقان بين الوصية التى حدثت قبل سنة 1911، وبين الوصية التى حدثت منذ هذا التاريخ وذلك على النحو الآتى:

1- الوصية الحاصلة قبل سنة 1911 الأفرنية:

يجب لسماع الدعوى أن توجد أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

(ب) الوصية التى تحصل منذ سنة 1911 الأفرنية:

ويجب لسماع الدعوى بها أن تتخذ أحد أشكال ثلاثة:

- 1- أن توجد أوراق رسمية تدل على الوصية.
- 2- أن توجد أوراق عرفية مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه تدل على الوصية.

3- أن تكون ورقة الوصية مصدقا على توقيع الموصى عليها.

والورقة الرسمية هى الورقة التى يحررها موظف عام مختص بتحريرها. وكل ما تشترطه المادة هو أن تكون الوصية ثابتة بأوراق رسمية، سواء كان ذلك بورقة رسمية صادرة من الموظف العام أو ذكر عرضا فى محرر رسمى، أو أشير إلى وجود الوصية فى تحقيق رسمى أدلى به المورث بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 على أنه"فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها"يدل على وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بما ينبئ عن صحتها، وإذ كان محضر إيداع الوصية - الذى تم بالشهر العقارى أمام الموثق - قد تضمن بيان الموصى والموصى إليه وأن الموصى به مبين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصى إيداعه، وهى بيانات تنبئ عن صحة الدعوى، فإن هذا المحضر يكون مسوغا لسماعها، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز سماع الدعوى فإن يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 15 لسنة 37 ق "أحوال شخصية" جلسة 1969/12/31)

2- "يشترط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى ما ينبئ عن صحتها، درءا لافتراء الوصايا وتحرزلا عن شبهة تزويرها، مفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها، يكفى فيه مجرد ذكرها

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد الثالث ص530.

عرضا فى محرر رسمى، أو الإشارة إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك، ومن ثم فإنه لا يلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى".

(طعن رقم 7 لسنة 47 ق "أحوال شخصية" جلسة 1979/3/21)

والأوراق العرفية المكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه، تتطلب أمرين: أن تكون مكتوبة بخط المتوفى ذاته، وأن تحمل فى ذات الوقت إمضاءه. فلا يكفى أن تكون الأوراق مكتوبة بخط المتوفى ولكنها لا تحمل إمضاءه، أو مكتوبة بخط الغير وتحمل إمضاء المتوفى⁽¹⁾.

أما ورقة الوصية المصدق على توقيع الموصى عليها، فلا يشترط فيها أن تكون محررة بخط الموصى بل يجوز أن تحرر بخط الغير، وإنما يجب أن تحمل توقيع الموصى، سواء بالإمضاء أو الختم أو البصمة. وأن يصدق على هذا التوقيع من مكتب التوثيق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان الحكم المطعون فيه، إذ انتهى فى قضائه إلى أن الورقة العرفية المتنازع عليها لا تعتبر "إشهادا بوقف ولا الأطيان المذكورة بها موقوفة سواء أكان عدم صدور الإشهاد لأمر واقع من المتوفى أو من غيره" فقد قرر أن مورثة الطاعنين تتمسك فى دفاعها بأن هذا المحرر إن لم يكن إشهادا بوقف فهو وصية ورد على هذا الدفاع بأن "المادة الثانية من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 تشترط فى الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى أو يحرر بها عقد عرفى يصدق فيه على إمضاء الموصى بخطه وموقع عليها بإمضاءه فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ولم يتحقق شئ من ذلك ولم تتقدم المدعية بما يدل على وجود وصية"، فإن الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية بقولها "وأما الحوادث الواقعة فى سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها"، وقد تحجب بهذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين من أن المحرر المتنازع

عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاءه وتحقيقه وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به جه الرأى فى الدعوى ومن ثم يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 39 لسنة 30 ق "أحوال شخصية" جلسة 1963/3/20)

109- شهر الوصية بالنسبة للعقارات:

لم ينص القانون المدنى الملغى على شهر الوصية بالنسبة للعقارات. وكانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923 لا تشترط التسجيل إلا فى العقود "الصادرة بين الأحياء" ومن ثم كان لا يشترط تسجيل الوصية لأن الوصية ليست عقدا من ناحية، ولا بين الأحياء من ناحية أخرى. وكان هذا نقصا فى نظام الشهر إذ يودى إلى قطع التسلسل فى انتقال الملكية العقارية. وقد تدارك الشارع هذا النقص فى قانون تنظيم الشهر العقارى فلم يأت فى نص الفقرة الأولى من المادة 9 منه، المقابلة للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون التسجيل الملغى بعبارة "الصادرة بين الأحياء"، واستبدلت كلمة "التصرفات" بكلمة "العقود"، وذلك حتى يشمل مدلول نص المادة (9) التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ومع أن نص الفقرة الأولى من المادة 9 المذكورة، بعد الحذف المشار إليه، عام فى حكمه يتناول كل التصرفات التى يكون موضوعها حقا من الحقوق العينية العقارية الأصلية، فقد عنى قانون تنظيم الشهر العقارى بتخصيص الوصية بالذكر. فنص فى الفقرة الأولى من المادة 9 على أن: "جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية". ولم يبين قانون تنظيم الشهر العقارى ما إذا كان شهر الوصية يحصل فى حياة الموصى أو بعد وفاته.

غير أن تسجيل الوصية يكون بعد وفاة الموصى لأن الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت. ومعنى ذلك أن التصرف لا يحدث أثره إلا بعد الموت وقبول الموصى له للوصية (م 30).

كما أن للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة⁽¹⁾. (م 18).

غير أنه لا يوجد ما يمنع الموصى من أن يسجل وصيته حال حياته⁽¹⁾. وفي هذه الحالة لا يؤثر مكتب الشهر العقارى بنقل التكليف، لأن الحق لا ينتقل إلا بعد وفاة الموصى، فإذا ما توفى الموصى وجب على صاحب الشأن أن يقدم المستندات المثبتة للوفاة وقبول الموصى له ويطلب التأشير فى هامش تسجيل الوصية بما يفيد ذلك، وبعد إجراء التأشير يخطر مكتب الشهر الجهاات المختصة لنقل التكليف لاسم الموصى له.

ونشير فى هذا المقام إلى ما تنص عليه المادة 24 من قانون الوصية فى فقرتها الثانية من أنه: "إذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد الورثة انفسخت الوصية، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده". ذلك أن الوصية تصرف غير لازم فى حق الموصى له، فله أن يقبلها بعد موت الموصى، وله أن يردّها، فإن قبلها صارت لازمة، وإن ردها زالت. وإذا لزمّت الوصية بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى استقر الحق الموصى به نهائياً فى ذمة الموصى له، فإذا رد الموصى له الوصية بعد هذا القبول، وقبل منه ذلك الورثة كلهم أو بعضهم، كان هذا اتفاقاً جديداً يعود بمقتضاه الحق الموصى به إلى التركة. ولذلك فإن التعبير عن هذا الاتفاق فى النص المذكور بأنه فسخ للوصية تعبير غير صحيح. إذ الفسخ لايجرى إلا على العقود الملزمة للجانبين، كما أنه لايقع إلا إذا تخلف أحد المتعاقدين بتقصير منه عن الوفاء بالتزامه، ولذلك فهو يعتبر جزاء للقوة الملزمة للعقد إلى جانب المسؤولية العقدية، بحيث لايمكن طلبه إلا حيث يمكن أن تقوم هذه المسؤولية. وليس هناك شئ من ذلك فيما نحن بصده، حيث يتعلق الأمر باتفاق جديد مستقل عن الوصية ينزل الموصى له بمقتضاه عن حقه الذى كسبه بموجب هذه الوصية. ولذلك فإن هذا الاتفاق يجب تسجيله إذا كانت الوصية قد سجلت، حتى يتم شهر عودة الحق إلى التركة، أما إذا لم تكن الوصية قد سجلت فلا تغدو ثمة حاجة إلى تسجيل الاتفاق⁽²⁾.

110- جزاء عدم شهر الوصية :

بعد أن نصت المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى فى فقرتها الأولى على وجوب

(2) عبد المنعم الصده ص 789 وهامش (3) - محمود شوقى ص 280- محمد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقارى الطبعة الأولى 1947 ص 39 وما بعدها - وقد أخذ بذلك المنشور 7000 / 1947 مشار إليه فى مؤلف يحيى عمار الوقف - الشفعة - الوصية ص 25.

(1) عبد المنعم الصده ص 790 - محمد على عرفه ص 651 وما بعدها.

شهر الوصية بطريق التسجيل، أردفت في فقرتها الثانية أنه: "ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم" كما نصت في فقرتها الثالثة على أنه:

"ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".

ومن ثم فإنه يترتب على عدم تسجيل الوصية ما يأتي:

1- أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل سواء بين ذوى الشأن أو الغير فبالنسبة لذوى الشأن يبقى العقار في التركة، ملكا للورثة، ولا ينتقل إلى الموصى له. وهى لا تنتقل أيضا بالنسبة إلى الغير. وينبنى على ذلك أن الورثة إذا رتبوا على العقار الموصى به حقا عينيا وسجل هذا الحق قبل تسجيل الوصية، فلا يحتج بالوصية على من ترتب له الحق العيني وقام بتسجيله.

أما إذا أشر الموصى له بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة التالية لهذا التسجيل، كان له أن يسجل الوصية في خلال هذه السنة. فإذا قام بالتسجيل في خلال هذه المدة، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به، ولو سجل هذا الأخير حقه العيني قبل تسجيل الوصية⁽¹⁾. أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة، فالعبرة بتاريخ التسجيل، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به.

2- أن الوصية غير المسجلة يقتصر أثرها على الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن فيلترزم الورثة بمقتضاها أن يسلموا العقار الموصى به إلى الموصى له. كما يلزموا بنقل ملكية هذا العقار إليه، وذلك بالمساهمة في إجراءات التسجيل إذا كان المحرر المثبت للوصية غير مصدق فيه على توقيع الموصى عليه. ومقتضى هذا أن يكون للموصى له في هذه الحالة أن يطالبهم بإقرار بالوصية مصدق على توقيعاتهم عليه، كي

(2) السنهاورى ص 320 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 49 وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 79 فيذهب إلى أنه إذا تصرف وارث الموصى قبل ظهور الوصية في العين الموصى بها، وسجل التصرف له قبل تسجيل الوصية، فإنه يكون قد تصرف فيما لا يملك، وتطبق على التصرف الأحكام الخاصة بذلك.

يسجل هذا الإقرار فيتم بذلك شهر الوصية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر أن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بالتسجيل، إلا أن الوصية غير المسجلة بمجرد وفاة الموصى ترتب وطبقا للمادتين الرابعة من قانون المواريث رقم 77 سنة 1943، 37 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 فى ذمة الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة التزامات شخصية منها التزامهم بتسليم العقار الموصى به والتزامهم بعدم تعرضهم له فيه ومن مقتضى ذلك بقاء العقار الموصى به فيما ينفذ من الوصية دون حاجة إلى إجازة الورثة فى يد الموصى له إذا كانت تحت يده من قبل فلا يحكم بتسليمه لهم ولا يجوز للوارث ادعاء ملكيته، وإن تراخى نقل ملكية العقار الموصى به إيضاء صحيحا وناظرا إلى ما بعد تسجيل الوصية لا يحول دون تمسك الموصى له الذى قبل الوصية ولم يرددها بالالتزامات الشخصية المترتبة عليها قبل الورثة".

(طعن رقم 419 لسنة 42 ق جلسة 1983/2/27)

111- الوصية بالمنقول:

إذا كان الموصى به حقا منقولا، أى حقا عينيا محله شئ منقول، فإن ملكية هذا الشئ تنتقل إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصى ما لم تحدد الوصية موعدا لاحقا لانتقال الحق⁽¹⁾.

112- كيفية شهر الوصية:

(أ) الوصية التى يشهرها الموصى له بعد وفاة الموصى:

نفرد فى كيفية شهر الوصية التى يشهرها الموصى له بعد وفاة الموصى بين صورتين لكل منهما حكمها.

الأولى: أن تكون الوصية موثقة فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى.

ففى هذه الصورة يقدم الموصى له الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق. ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وانحصار إرثه فى ورثته،

وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدي من طلبات ومشروعات، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له.

الصورة الثانية:

إذا كانت الوصية محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه. فقد يستطيع الموصى له الاتفاق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وإقرارها من ورثة الموصى. وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث. ويقدم الموصى له لمكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة بإقرارها. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدي من طلبات ومشروعات، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة.

ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد، وتخطر الجهات المختصة، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به، ولأسم الورثة بالقدر الباقي بعد الوصية.

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة، فعليه استصدار حكم من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها. ويسجل عريضة الدعوى، كما يؤشر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث، وعليه عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها، أن يؤشر به على هامش تسجيل الوصية وتنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له بهذا التسجيل، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من يوم التسجيل⁽¹⁾.

(ب) الوصية التى يشهرها الموصى حال حياته:

يقدم الموصى المحرر المدون به الوصية بعد توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه لمكتب الشهر العقارى المختص وعليه من التأشيريات ما يفيد استيفاء مراحل الشهر

(1) محمود شوقى ص 281 وما بعدها - السنهورى ص 322 وما بعدها.

التمهيدية من طلبات ومشروعات، فيقوم المكتب بتسجيله والامتناع عن التأشير عليه بخاتم ناقل للتكليف إذ أن الملكية تتراخى إلى ما بعد وفاة الموصى، فإذا ما حل وقت نفاذ الوصية يتقدم صاحب الشأن بالمستندات المثبتة لوفاة الموصى وقبول الموصى له الوصية وبطلب من المكتب التأشير بهذه المستندات على هامش تسجيل الوصية بما يفيد وفاة الموصى وقبول الموصى له فيقوم المكتب بإجراء التأشير اللازم وإخطار الجهة المختصة وكذا المحافظة المختصة لنقل التكليف لاسم الموصى له⁽¹⁾.

(ج) الوصية الواجبة:

إذا وجد أصحاب وصية واجبة، يبدأ بتحديد نصيبهم في قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث، وما يتبقى يكون تركة لباقي الورثة يوزع بينهم حسب الفريضة الشرعية. ويقدم الإعلام الشرعى ومعه قائمة الجرد إلى مكتب الشهر العقارى المختص، وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدي من طلبات ومشروعات. يقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرها، وإرسال الصور للجهات المختصة، ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المتوفى⁽²⁾. وإذا كان الإعلام الشرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة وجب عليهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم. وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث الذى يجب أن يبادر إلى إجرائه أصحاب الحق فى الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة بإثبات أحقيتهم لنصيبهم فى التركة⁽³⁾.

(2) محمود شوقى ص 280.

(3) محمود شوقى ص 283- السنهورى ص 324 وما بعدها.

(1) محمود شوقى ص 283- وقد تناول المنشور رقم (41) فى سنة 1948 إجراءات إيداع الوصايا المظروفة والمختومة. فنص على توثيق المحضر اللازم بإيداع الوصية المظروفة والمختومة، بحضور شاهدين تتوافر فيهما الشروط المنصوص عليها فى المادة (56) من تعليمات التوثيق، على أن يذكر فى المحضر اسم الموصى طالب الإيداع ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه ووصف شامل للمظروف المختوم المطلوب إيداعه مبينا لونه ونوعه وما عليه من كتابة خارجية وأختام وإثبات واقعة عدم معرفة ما بداخله. ويحفظ المظروف المذكور داخل مظروف أكبر منه، يرفق بأصل محضر الإيداع، ويوقع المحضر كل من الموثق والموصى والشاهدين بعد تحصيل الرسم المستحق.

وتفتح الوصية بعد وفاة الموصى بحضور أربعة شهود على الأقل إثنان منهما تتوفر فيهما شروط المادة (56) من تعليمات التوثيق والآخران من أقارب الموصى أو وريثاه.

ويحرر بفتح الوصية محضر يذكر فيه اسم طالب الفتح وعلاقته بالموصى والمستند المثبت لذلك، وإثبات الحالة التي كان عليها المظروف قبل فتحه، ونص الوصية وواقعة قراءتها على الشهود وطالب الفتح، ثم يوقع الموثق والطالب والشهود على المحضر.

ويستحق عن محضر فتح الوصية (أسوة بالرسم المستحق على محضر الإيداع) رسماً آخر فضلاً عن الرسم النسبي وغيره المستحق على الوصية ذاتها (راجع يحيى عمار ص 28 وما بعدها).

ويرى الأستاذ يحيى عمار أن هذا المنشور محل نظر، ذلك لأن القانون (المادة التاسعة من قانون الشهر) أوجب شهر التصرفات الناقلة للملكية، ونصت صراحة على "الوصية والوقف" ومن المقرر أن شهر هذه التصرفات يتم بطريق التسجيل الحرفي، ومن ثم فالقانون لا يعرف الوصايا المظروفة ولا يقر أن يتم شهر الوصية بطريق الإيداع.

ويستطرد أنه يؤكد ذلك أن المادة (57) من قانون الشهر العقارى نصت بأنه استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية (المحررات التي تثبت تاريخها قبل سنة 1924 من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان متوفى ص 29).

غير أننا نشير إلى أن الموصى يحق له فى أى وقت استرداد وصيته إذا أراد العدول عنها، ولا يجوز لمكتب التوثيق الممانعة فى ذلك. وهذا ما أشار إليه المنشور الفنى رقم (7) الصادر بتاريخ 1995/11/12 من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق الإدارة العامة للبحوث القانونية.

=

وننشر هذا المنشور فيما يلى:

وزارة العدل

=

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق

الإدارة العامة للبحوث القانونية

منشور فنى رقم (7) بتاريخ 1995/11/12

إلى مكاتب الشهر العقارى وأمورياتها ومكاتب التوثيق وفروعها.

لما كانت إجراءات إيداع الوصايا المظروفة تحول دون اطلاع الموثق على ما هو بداخل المظروف المودع وأنه من حق الموصى أن يسترد المظروف باعتبار أن له حق الرجوع فى الوصية طالما كان حياً ولا يوجد سند من القانون بإلزام الموثق بفض المظروف لمعرفة ما يحتويه من بنود فى الحالىين.

لذلك فلا يستحق رسوم نسبية على إيداع مثل هذه الوصايا أو سحبها لتعذر تقدير هذه الرسوم من جهة أخرى لعدم قيام المصلحة بأداء أية خدمة تستحق عليها هذه الرسوم.

113- شهر الوصية فى قانون نظام السجل العينى :

تنظم شهر الوصية فى القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى المادة 26 من هذا القانون- وهى تقابل المادة 9 من قانون تنظيم الشهر العقارى - إذ تنص على أن:

"جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها فى السجل العينى. ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".

ونحيل فى شأن أحكام القيد والجزاء المترتب على عدم إجرائه إلى ما ذكرناه بالنسبة للشهر فى قانون نظام الشهر العقارى.

أما عن إجراءات القيد، فتقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العينى التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية (م46).

ويجب أن تشمل الطلبات فضلا عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة على البيانات التى تحدها اللاحة التنفيذية.

ويجب أن يرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات

أما إذا فتحت الوصية بعد وفاة الموصى فإن الرسوم النسبية تستحق عليها عقب توثيق محضر فتحها ويتعين مطالبة أصحاب الشأن بها فوراً بمجرد إثبات هذا الفتح فإذا لم تسدد فتتخذ الإجراءات القانونية لتحصيل هذه الرسوم ولا تسلم أية صورة من الوصية أو محضر فتحها إلا بعد تمام السداد الفعلى تنفيذاً للمادة 37 من التعليمات المالية طبعة 1993.

بناء على ما تقدم

تلغى الفقرة الأخيرة من المادة رقم (161) من تعليمات التوثيق طبعة 1993. لذا يقتضى العلم بما تقدم ومراعاة تنفيذه والعمل بمقتضاه ،

رئيس قطاع

الأمين العام

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق

المذكورة وفقا لما توضحه اللائحة.

وتقيد الطلبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية وترقم الطلبات بأرقام مسلسلّة ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل في الطلبات (م47). ويرجع إلى اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار وزير العدل رقم 825 لسنة 1975 لبيان الإجراءات والأوضاع والبيانات المشار إليها فيما سلف. ويراعى أن أحكام قانون نظام السجل العيني لا تسرى إلا على الأقسام المساحية التي يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها. ويحدد القرار التاريخ الذي يبدأ فيه هذا السريان، على أن يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل (م2).



مادة (916)

- 1- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.
- 2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.
- 3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

الشرح

114- التحايل على أحكام الوصية :

الأصل أن للشخص الحرية فى أن يتصرف فى أمواله كيف يشاء، بعوض أو على سبيل التبرع، مادام التصرف ينتج أثره حال حياته، وليس لورثته المحتملين الحق فى الاعتراض على شئ من ذلك. أما حق الشخص فى الإيضاء وهو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع، فمحدود بثلاث التركة بحيث لا تنفذ الوصية فى حق الورثة فيما يجاوز الثلث إلا بإجازتهم.

غير أن هذه الحرية تنقيد بالنسبة إلى التصرفات التى تصدر فى مرض الموت. ويرجع ذلك إلى أن حق الورثة يتعلق بأموال الميت من وقت نزول هذا المرض. فالقوة الإسلامية يجعل ثبوت حق الورثة فى خلافة الميت من هذا الوقت، وذلك على أساس أن المرض الذى أفضى إلى الموت هو سببه العادى، إذ أن الحقوق والأمور تضاف إلى أسبابها. ومقتضى هذا أنه إذا صدرت من المريض تصرفات تتطوى على تبرع جرى عليها حكم الوصية. وذلك نظرا إلى حالته النفسية التى يشعر معها أنه مشرف على الموت، حيث يفسر تبرعه وهو فى هذه الحالة بأنه وصية. ولهذه العلة ذاتها يجرى حكم المريض مرض الموت على الأصحاء الذين تتابهم هذه الحالة فى ظروف يغلب عليها

الموت، كالمحكوم عليه بالإعدام ومن يكون فى سفينة أشرفت على الغرق ومن عقد نيته على الانتحار.

أما إذا تصرف الشخص فى ماله بطريق الوصية، وهى كما رأينا تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فإنه حريته فى الإيضاء تكون مقيدة على النحو الذى قدمناه، حيث لا تنفذ الوصية فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة.

وهذا التقيد فى صورتيه هاتين قد يدفع إلى التحايل على أحكامه. فقد يخلع الطرفان على التصرف الصادر فى مرض الموت ثوب المعاوضة مع أنه فى الحقيقة تبرع، وقد يستتر الموصى الوصية فى شكل تصرف منجز حال الحياة. ويكون الغرض فى الحالين هو الهروب من تطبيق أحكام الوصية. وللوقوف فى وجه هذا التحايل أقام الشارع قرينتين قانونيتين لتخفيف عبء الإثبات الذى يقع على الورثة طبقا للقواعد العامة إذا أرادوا الطعن فى التصرف الذى يصدر من المورث على هذا النحو أو ذاك. الأولى فى حالة التصرف فى مرض الموت، وقد نصت عليها المادة 916 مدنى، والثانية فى حالة التصرف إلى وارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع وقد نص عليها فى المادة 917 مدنى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وعرض المشروع لمسألتين فى الوصية على جانب كبير من الأهمية: الأولى التصرف الصادر فى مرض الموت، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية. والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحياة العين وبحقه فى الانتفاع مدى حياته، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية".

115 - كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت بقصد التبرع

يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت :

تنص الفقرة الأولى من المادة 916 على أن: كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

(1) عبد المنعم الصده ص 803 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 492.

ويقرر هذا النص الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت، كما ورد في المادة 477 مدنى تطبيقاً لهذا الحكم العام على بيع المريض مرض الموت. فقد وضع الشارع في الفقرة الأولى من المادة 916 القاعدة الموضوعية التي تسرى على كل تصرف يصدر في مرض الموت، فالتصرف الذي يصدر من شخص، وهو في مرض موته، قاصداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. ولا ينفذ من ثم في مواجهة الورثة، فيما زاد على ثلث التركة، إلا إذا أجازوه بعد وفاة المورث.

وهذه القاعدة في التصرفات التي تصدر في مرض الموت كما يفيد منها الورثة فإن دائنى التركة يفيدون منها كذلك لتعلق حقهم بأموال الميت وقت نزول هذا المرض كما هي الحال بالنسبة إلى الورثة. بل إن تعلق حق الدائنين بهذه الأموال من وقت المرض أكثر فاعلية من تعلق حق الورثة بها. وذلك نظراً إلى أن حقوق الدائنين مقدمة على حقوق الموصى لهم والورثة. فإذا كانت التركة مستغرقة بالدين فلا ينفذ في حق الدائنين أى تبرع أو محاباة صدر في مرض الموت، ولو أجازها الورثة⁽¹⁾.

116- شروط اعتبار التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت:

يشترط لاعتبار التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت تسرى عليه أحكام الوصية ما يأتى:

(1) عبد المنعم الصده ص 805- ويذهب الأستاذ محمد أبو زهرة في مؤلفه سالف الذكر ص 17 إلى أن التقنين المدنى قد خلا من الاحتياط للدائنين من التصرفات الصادرة في مرض الموت، إذ ليس في مواده ما يسوغ للدائن الاعتراض على تبرعات مرض الموت بعد حدوث الموت إذا كانت التركة مستغرقة بالدين. وقد رد على هذا القول بأن في نصوص القانون المدنى ما يكفل المحافظة على حق دائن التركة في هذه الحالة.

فالمادة 875 مدنى تقضى بسريان أحكام الشريعة الإسلامية في شأن انتقال أموال التركة إلى الورثة. ومؤدى هذا أن يكون انتقال الأموال بالحالة التي تقرها هذه الشريعة. وهي تجعل حق الدائنين متعلقاً بأموال الميت من وقت نزول مرض الموت، فلا يحتاج عليهم بأى تبرع صدر في هذا المرض إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، حيث يكون لهم أن يقتضوا ديونهم من ثمن المال المتبرع به باعتباره من أموال التركة، وفي هذه الحالة لا يأخذ من صدر له التبرع وهو في حكم الموصى له ولا الورثة شيئاً (عبد المنعم الصده ص 806 الهامش).

(أ) - أن يكون المتصرف مريضاً مرض الموت :

يشترط أن يكون الشخص الذى يصدر منه التصرف مريضاً مرض الموت أما إذا صدر التصرف فى غير مرض الموت فلا تعلق لحق الوارث بأموال مورثه، ويكون للمالك أن يتصرف كما يشاء فى أمواله معاوضة أو تبرعا، ولو أدى تصرف المورث إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم⁽¹⁾، مادام المتصرف كامل الأهلية وقت التصرف.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا تنقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم مالم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب".

(طعن رقم 2 لسنة 6 ق جلسة 1936/6/4)

2- "التحاييل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كاعتبار شخص وارثاً وهو فى الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية. ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحاييل على قواعد الإرث على ما ذكر. هذا والاعتراض بأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرفات الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصرف منجزاً، إذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الشخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه".

(طعن رقم 91 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/23)

3- "التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته. أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه. ولا

يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه قد صدر في مرض موت المورث فيعتبر حينئذ في حكم الوصية لأن في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه في القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث أما إذا كان مبنى الطعن غير ذلك فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذا الحال إنما يستمد من مورثه - باعتباره خلفاً عاماً له - فينقيد الوارث في إثبات هذا الطعن بما ينقيد به المورث من طرق الإثبات".

(طعن رقم 220 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/13)

117- المقصود بمرض الموت:

يرجع في تحديد مرض الموت إلى الفقه الإسلامي مفسراً بقضاء المحاكم. وقد نصت المادة (1565) من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقه الحنفى - على أن: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً 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 فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت".

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت أولها: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه. وثانيهما: أن يغلب فيه الموت. وثالثهما: أن ينتهي بالموت فعلاً. إذ من شأن هذه العلامات مجتمعة - وهي أمور موضوعية - أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف على الموت.

ويلحق بالمريض مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً في حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل في برائه وحجز لتنفيذ الحكم وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف الأول للقتال أو في موضع الخطر أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية، أو كان في بلد

عمه الوباء القاتل إذا توفى فى هذه الحالة⁽¹⁾.

ونحيل فى شرح الأحكام التفصيلية لمرض الموت إلى المجلد الخامس شرح المادة (477).

(ب) - أن يصدر من الشخص ثمة تصرف:

ولايهم نوع هذا التصرف فيستوى أن يكون بيعاً أو هبة أو إقراراً أو إبراءً أو غير ذلك من التصرفات.

وسواء صدر التصرف لوارث أو لغير وارث.

غير أنه لا يشترط أن يحتفظ البائع بحياسة العين محل التصرف والانتفاع بها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان المشرع فى المادتين 477، 916 من التقنين المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصوداً به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالة أن يحتفظ بحياسة المبيع والانتفاع به طوال حياته على نحو ما اشترط فى المادة 917 من التقنين المدنى وإذ خلص الحكم المطعون فيه سائغاً إلى أن تصرف المورثة للطاعن بموجب العقدين صدر فى مرض الموت فإن ما استطرده إليه الحكم بعد ذلك فى التدليل على احتفاظ المورثة بالحياسة وبحقها فى الانتفاع طوال حياتها هى أسباب نافلة ويكون النعى عليها غير منتج".

(طعن رقم 1011 لسنة 47 ق جلسة 1983/12/27)

(ج) - أن يكون المقصود بالتصرف التبرع:

أما إذا كان التصرف معاوضة حقيقية، نفذ التصرف فى مواجهة الورثة. فإذا تضمنت المعاوضة محاباة كالبيع بأقل من ثمن المثل، كانت المحاباة تبرعاً. ومقتضى هذا طبقاً لحكم الوصية- أن التصرف ينفذ فى حق الورثة فى القدر المتبرع به أو المحابى به إذا خرج هذا القدر من ثلث التركة، أما إذا زاد هذا القدر على ثلث التركة فلا ينفذ التصرف فى الزيادة إلا بإجازة الورثة، ولا يعتد بإجازتهم إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث لأن حق الوارث لا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث.

(1) راجع شرح المادة (477).

وقد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً لذلك في عقد البيع إذ نصت المادة 477 مدنى على أن: "1- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته.

2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقره أورد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

3- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 916".

ثم نصت المادة 478 مدنى على أن: "لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة".

(طعن رقم 109 لسنة 38 ق جلسة 1973/4/10)

وبينما تلقى المبادئ العامة على الورثة عبء إثبات أن التصرف قد قصد به التبرع، فإن الشارع قد أعفاهم من ذلك، بمقتضى قرينة قانونية، أقامها لمصلحتهم على أن التصرف في مرض الموت، إنما قصد به التبرع، ليلقى على المتصرف إليه عبء نفي هذه القرينة. بإقامة الدليل على أن التصرف قد صدر في مرض موت مورثهم ليعتبر التصرف على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك وأنه حقيقة، دفع للمورث مقابلاً لما ناله⁽¹⁾. وبذلك يكون المشرع قد يسر على الورثة إثبات قصد التبرع، وهو أمر نفسى كثيراً ما يصعب إثباته. وعلى هذا نصت الفقرة الثالثة من المادة 916 بقولها: "وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

(1) محمود جمال الدين زكى ص 328 - محمد وحيد الدين سوار ص 759- الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية ص 67 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"عم النص فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانونى يصدر فى مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، مادام يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض مادامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، بما فيها البيئة والقرائن"⁽¹⁾.

118- إثبات ورثة المتصرف أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو

فى مرض الموت :

لما كان أساس تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة، هو صدور التصرف فى مرض الموت، فقد قررت الفقرة الثانية من المادة أنه: "على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".
 فورثة المتصرف (المتوفى) لهم إثبات أن تصرف مورثهم صدر منه وهو فى مرض الموت، بكافة الإثبات لوروده على واقعة مادية⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقصد التبرع مفروض مادامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق بما فيها البيئة والقرائن"⁽³⁾.
 ونقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 916 على أنه: "لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً". والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث وظاهر هذا النص أنه إذا كان سند التصرف يحمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً فى وقت سابق على مرض الموت، فلا يكون هذا التاريخ حجة على الورثة. وصياغة النص على هذا النحو جاءت معيبة. لأن الورثة لا يعتبرون

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 297.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 329.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 297.

من الغير فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية الصادرة بالمعنى المقصود فى المادة (15) من قانون الإثبات⁽¹⁾ (التي حلت محل المادة 395 مدنى) وذلك لأنهم خلف عام لمورثهم، فيسرى فى حقهم ما كان ساريا فى حقه، ومن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف الصادر منه حجة عليهم كما كان حجة عليه ولو كان التاريخ غير ثابت.

والصحيح، أنه رغم أن هذه الورقة تحمل تاريخا سابقا على مرض الموت ، مع ادعاء الورثة أن التصرف صدر فى مرض الموت ، ولكن الورقة قدم تاريخها على وقت المرض للحيلولة دون الطعن فى التصرف ، يعتبر غشا وتحايلا على القانون، أريد به الإخلال بحقهم الشخصى فى الميراث ومثل هذا الغش والتحايل يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ومن بينها البينة والقرائن⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقا فى ماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية لوارث آخر. وهذا الحق يكون كامنا ولا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث فى كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه، وتطبق عليه كما تنطبق على الأجنبى عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات. فإذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم فى الطعن يطعنون على السند الذى تستمسك به

(1) تنص هذه المادة على أن: "لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت... إلخ" - ومؤدى هذا أن تاريخ الورقة العرفية التى يحتج بها على الغير، إذا لم يكن ثابتا بإحدى الوقائع التى تقطع بصحته على نحو ما ذكرته هذه المادة، فلا تكون له حجية قبل الغير. وذلك بمعنى أن الغير الذى يحتج ضده بهذه الورقة لا يكون فى حاجة إلى أن ينازع فى صحة تاريخها، وإنما حسبه أن يتمسك بعدم ثبوته حتى تعتبر الورقة بالنسبة إليه بدون تاريخ. ويترتب على ذلك أن التصرف الوارد فى الورقة لا يكون نافذا فى حق الغير (عبد المنعم الصده ص 806 هامش 1).

(2) السنهورى ص 295 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 806 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 326 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 493 وما بعدها.

الطاعة بأنه تصرف إنشائى من المورث أخرجه فى صيغته مخرج تصرف إقرارى بقصد إنشاء وصية للطاعة مع أنها من وراثته الذين لا يصح لهم إلا بإجازة سائر الورثة، وقدم خصوم الطاعة وهم من الورثة أمام المحكمة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه هو وصية لم يجزها سائر الورثة، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند فلا تثريب عليها فى ذلك".

(طعن رقم 65 لسنة 5 ق جلسة 1936/2/27)

2- "إن الوارث وإن كان لا يرتبط بالتاريخ العرفى الوارد فى ورقة التصرف الصادر من مورثه متى كان له قانونا حق الطعن فى ذلك التصرف، إلا أنه ليس له أن يطالب بعدم الاحتجاج عليه بذلك التاريخ لمجرد كونه غير ثابت بصفة رسمية، بل كل ماله هو أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن التصرف المطعون فيه لم يصدر فى تاريخه العرفى وإنما صدر فى تاريخ آخر ليتوصل من ذلك إلى أن صدوره كان فى مرض الموت فيكون باطلا. ذلك لأن حق الوارث يتعلق قانونا بمال مورثه بمجرد حصول مرض الموت فلا يملك المورث بعده حق التصرف فى ماله الذى يعتبر فى حكم المملوك لوارثه، مما يقتضى أن تكون العبرة فى هذه المسألة هى بصدور التصرف فعلا فى أثناء مرض الموت بصرف النظر عن التاريخ الموضوع له. وإذن فإذا كان الحكم لم يعتبر التصرف الصادر من المورث لبعض الورثة لمجرد كون تاريخه عرفيا وأن المورث توفى على إثر المرض، دون بحث فى حقيقة التاريخ المدون فى العقد والتحقق من أن التصرف إنما صدر فعلا فى مرض الموت، فإنه يكون مخطئا فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 64 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/15)

3- "وإن كانت المادة 916 من القانون المدنى قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذى يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ لاحق توصلوا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم".

(طعن رقم 45 لسنة 34 ق جلسة 1967/5/11)

4- "إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التى عينها القانون، ولا يحتج على

الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت".

(طعن رقم 816 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/6)⁽¹⁾

5- "الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستند الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام".

(طعن رقم 1636 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/24)

119- إثبات المتصرف إليه أن التصرف ليس تبرعاً:

بعد أن جعل المشرع إثبات ورثة المتصرف حصول التصرف في مرض الموت قرينة على أنه قصد به التبرع، فلا ينفذ إلا في حدود الثلث بغير موافقة الورثة، وبموافقتهم فيما عدا ذلك. أتاح لمن صدر له التصرف إثبات عكس ذلك، وأن التصرف في حقيقته كان معاوضة لينجو من عدم نفاذ التصرف إلا في حدود الثلث في مواجهة الورثة. ذلك أنه من المحتمل - وإن كان ذلك نادراً - أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته

(1) كما قضى ذات الحكم بأن:

"إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع - المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - في وقت مبكر لم يكن قد أصبح فيه وارثاً 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 التي تخوله حقا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. كما أن توقيع العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثاً وقت توقيعهما كشاهد طبقاً لما تقدم ذكره".

معاوضة لا تبرعا، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع⁽¹⁾.



(1) وحال مناقشة لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ للمادة اعترض سعادة الرئيس على الفقرة الثالثة منها من حيث إلقاء عبء الإثبات على الموصى له. فرد عليه معالي السنهوري باشا قائلاً إن عبء الإثبات ألقى على الموصى له كي يثبت عكس ما يدعى عليه من أن التصرف تبرع.

فوافقت اللجنة على المادة دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص298) - راجع أيضاً المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى الصورية فى ضوء الفقه والقضاء 1986 ص 201.

مادة (917)

إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقد دليل يخالف ذلك.

الشرح

120- التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين وحق الانتفاع بها مدى الحياة يعتبر وصية :

تنص المادة على أنه "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأى طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقد دليل يخالف ذلك". وقد أتى هذا النص ليعالج مسألة تضاربت الأحكام بشأنها تضاربا كبيرا، حتى أصبحت الأقضية فى شأنها أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة⁽¹⁾. فكثر

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 301- فقد ذهبت المحاكم فى شأن أمثال هذه التصرفات مذاهب شتى، فمنها ما كان يقر ظاهر العقد ويجرى عليه حكمه. ومنها ما كان ينفذ إلى حقيقة التصرف ويجرى عليه حكم الوصية.

وقد قررت محكمة النقض مرارا أن ما تحصله محكمة الموضوع، فى هذا الشأن لتكوين اقتناعها بحقيقة العقد ليس إلا تحصيلاً لفهم الواقع فى الدعوى، ومن ثم فلا رقابة عليها فى هذا الصدد متى استدلت على صدق نظرها بأدلة سائغة أوردتها فى حكمها من شأنها أن تؤدى إلى ما رتبته عليها (طعن رقم 43 لسنة 10 ق جلسة 1940/12/26).

وعلى ذلك فإذا قضت المحكمة باعتبار العقد ساترا لوصية، وكان مما استخلصت منه نية إضافة التملك إلى ما بعد الموت أن البائع بقى منتفعا بالأطيان التي تصرف فيها، فلا مخالفة فى ذلك للقانون. (طعن رقم 50 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/29) - وبهذا المعنى طعن رقم 83 لسنة 20 ق جلسة 1952/3/6.

وأنه إذا قررت المحكمة فى حكمها أن اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف فى العين المباعة ما بقى حيا ليس من شأنه أن يجعل العقد وصية واستخلصت من التحقيق الذى أجرته أن المطعون عليها وضعت يدها على العين المباعة عقب صدور البيع لها وأنها دفعت الثمن وانتهت من كل ذلك إلى القول بأن العقد يعتبر بيعا منجزا لا وصية فإنها لا تكون قد خرجت =

ما يلجأ الشخص إلى التصرف لأحد ورثته بتصرف يخرج في صورة بيع أو هبة ليؤثره بجزء من تركته، والمتصرف لا يقصد في الحقيقة إلى تملك منجز، بل إلى تملك مضاف إلى ما بعد الموت. ولذلك نراه يقرن هذا التصرف الناجز في مظهره بما يكشف عن حقيقته، فيحتفظ لنفسه بحيازة العين، إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين، أو من أى طريق آخر يرمى إلى احتفاظه بحيازة العين مدى حياته كتأجيرها مدى الحياة.

وكانت العلة في كثرة هذا النوع من التصرفات هو عجز المورث عن الإيصاء لوارثه قبل صدور قانون الوصية، إذ كانت القاعدة الشرعية أنه "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها باقى الورثة" فمتى كان التصرف وصية لم يجزها الورثة فهو تصرف باطل، فتقاديا لهذا البطلان يلجأ المورث إلى ستر وصيته في شكل تصرف منجز⁽¹⁾.

وهذا الحكم الجديد، وإن كان يؤدي إلى تقليل الالتجاء إلى هذا الضرب من التحايل، إلا أنه لا يعنى انقطاع مثل هذا التحايل تماما، فقد يلجأ إليه المورث إذا أراد أن يحايل أحد الورثة بما يزيد على ثلث التركة.

121- شروط القرينة المنصوص عليها بالمادة:

يشترط لتوافر القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون التصرف صادرا إلى أحد الورثة، والعبرة في تحديد صفة الوارث بوقت وفاة المتصرف لأن هذه الصفة لا تتحدد إلا بوفاة المتصرف.

فلا عبرة إذن بمن كان سيثبت له حق الإرث إذا توفي المورث وقت التصرف⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"دلت المادة 917 من القانون المدنى على أنه من بين شروط إعمال هذا النص أن يكون المتصرف إليه وارثا للمتصرف وإذ كانت هذه الصفة لا تتحدد إلا بوفاة المتصرف،

= فى تفسيره عن ظاهر مدلوله ويكون النعى عليها بالخطأ فى تكييف العقد لا مبرر له مادامت قد أثبتت فى حدود سلطتها الموضوعية وفى استخلاص لا عوج فيه أن التصرف لم يكن تبرعا وأنه قصد به التملك المنجز (طعن رقم 53 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/24 - راجع محمد على عرفه ص 641 وما بعدها).

(1) محمد على عرفه ص 640 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 810.

(2) عبد المنعم الصده ص 814 - محمد وحيد الدين سوار ص 760.

مما لا يصح معه وصف المتصرف إليه بأنه وارث للمتصرف مادام الأخير على قيد الحياة، فإن المورث لا يفيد من القرينة التي أقامتها هذه المادة".

(طعن رقم 113 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/5)

2- أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها: ويلاحظ أن المادة لم تشترط أن يكون المتصرف قد منع المتصرف إليه من التصرف في العين، بل هي تكتفى بأن يظل المتصرف محتفظا بالعين. والحيازة المقصودة هنا هي الحيازة المادية التي تقوم على الركن المادى للحيازة. وهى واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق. كأن يقام الدليل على أن المتصرف كان يستعمل العين بنفسه أو يقوم بتأجيرها باسمه⁽¹⁾.

ويجب أن يكون للمتصرف حق حيازة العين إما بموجب بند فى التصرف أو اتفاق مستقل عنه مع المتصرف إليه. أما مجرد احتفاظ المتصرف فعلا بحيازة العين حتى لو انتفع بها طوال حياته دون الاستناد إلى حق يستطيع التمسك به فى مواجهة المتصرف إليه، فلا يكفى لقيام القرينة القانونية.

ويجب أن يستمر الاحتفاظ بالحيازة مدى حياة المتصرف.

3- أن يحتفظ المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين مدى حياته.

ويعتبر هذا الشرط مكملا للشرط الثانى، لأن الغرض من الاحتفاظ بحيازة العين هو الانتفاع بها.

ويستوى أن يكون هذا الانتفاع بمقتضى حق عيني بأن يكون التصرف قاصرا على ملكية الرقبة ويحتفظ المتصرف بحق الانتفاع، أو يكون بمقتضى حق شخصى بأن يكون التصرف شاملا للملكية التامة ولكن المتصرف إليه يعير العين للمتصرف أو يؤجرها له مدى حياته. إنما يشترط فى جميع الأحوال أن يكون للمتصرف حق فى الانتفاع بناء على اتفاق بين الطرفين. فلا يكفى لقيام القرينة مجرد الانتفاع الفعلى الذى لا يستند إلى حق قانونى. وهذا واضح من عبارة النص حيث قدر الشارع أن من يريد التحايل على أحكام الوصية مع احتفاظه بمزايا الملكية لا يكتفى عادة بترك الأمر فيما يتعلق بانتفاعه

(1) عبد المنعم الصده ص 814 - الدكتور سعيد عبد السلام حق الملكية فقها وقضاء ص 277 - المستشار أنور العمروسى الملكية وأسباب كسبها فى القانون المدنى 2003/ 2004 ص 652 محمود جمال الدين زكى ص 332 وما بعدها.

بالعين لمشيئة المتصرف إليه. على أنه إذا كانت القرينة القانونية لا تقوم فى حالة الانتفاع طوال حياة المتصرف، فإن للمحكمة أن تستخلص من هذا الانتفاع فى ضوء ظروف الدعوى قرينة قضائية على اتجاه قصد المتصرف إلى الإيضاء⁽¹⁾.

أما إذا احتفظ المتصرف لنفسه بحق الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدة معينة. وكان المتوقع بحسب المجرى العادى للأمور أن يعيش المتصرف بعد انقضاء هذه المدة، فلا يكفى ذلك لقيام القرينة ولو مات المتصرف قبل انتظار هذه المدة⁽²⁾.

ويجب أن يكون المتصرف هو نفسه الذى ظل منتفعا بالعين طوال حياته.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "مفاد ما تنص عليه المادة 917 من القانون المدنى هو أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته - فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حياة المورث للأعيان المباعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفيذا للتوكيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته مما تتقضى به القرينة القانونية الواردة فى المادة 917 مدنى".

(طعان رقما 459، 471 لسنة 26 ق جلسة 1963/4/25)

(ب) - "المقصود بالاحتفاظ بالحق فى الانتفاع وفقا للمادة 917 مدنى هو أن يكون انتفاع المتصرف بالعين مدى حياته مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين، وإما عن طريق الإيجار مدى الحياة أو عن طريق آخر مماثل ومن ثم فلا يكفى

(1) عبد المنعم الصده ص 814.

(2) الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص 65- وعكس ذلك الدكتور عبد المنعم البدرأوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى 1957 ص 68، فيذهب إلى أنه إذا اشترط فى التصرف أن يظل المتصرف منتفعا بالعين مدة معينة (عشر سنوات مثلا)، ثم توفى خلال هذه المدة، فهل يعتبر الشرط الثالث متوافرا نحن نرى ذلك، إذ العبرة ببقائه فعلا منتفعا بالعين طوال حياته.

لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررا لهذا الغير، كما لا يكفي أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله حقا في الانتفاع".

(طعان رقما 459 و 471 لسنة 26 ق جلسة 1963/4/25)

(ج) - "القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 917 من القانون المدني لا تقوم - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه مستندا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه".

(طعن رقم 69 لسنة 32 ق جلسة 1966/10/25)

(د) - "مفاد نص المادة 917 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن القرينة التي تضمنها لا تقوم إلا باجتماع شرطين (أولهما): هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها (وثانيهما): احتفاظه بحقه في الانتفاع بها، على أن يكون احتفاظه بالأمرين مدى حياته، ولقاضي الموضوع سلطة التحقق من توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه، وذلك في ضوء ظروف الدعوى التي أحاطت به، مادام قد برر قوله في هذا الخصوص بما يؤدي إليه".

(طعن رقم 181 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/16)

(هـ) - "لا تقوم القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 917 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعين المتصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه ومستندا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه".

(طعن رقم 89 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/7)

(و) - "إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى بأسباب سائغة احتفاظ المورث بحيازته

للعين المتصرف فيها - واعتبر قيامه بتحصيل أجرتها بعد التصرف فيها إنما كان لحساب أولاده القصر - المتصرف إليهم - بصفته وليا طبيعيا عليهم، ولم يكن لحساب نفسه لعدم استناده فى ذلك إلى مركز قانونى يخوله حق الانتفاع بتلك العين، فإن الحكم المطعون فيه، وقد قضى باعتبار البيع منجزا مستوفيا أركانه القانونية ومنها الثمن، وأنه صدر من المورث فى حال صحته، ولا يقصد به الوصية، مستندا فى ذلك إلى أسباب سائغة تكفى لحمل قضائه ولا فساد فيها، فإن النعى عليه بالقصور فى التسبب والفساد فى الاستدلال يكون على غير أساس".

(طعن رقم 89 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/7)

(ز) - "مجرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد أن كان قد تصرف إليهما فى حق الرقبة، لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة 917 من القانون المدنى، إذ لا يعدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع النص على تجيز التصرف، وهو ما لا يحول بين الطاعنات - باقى الورثة - وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع".

(طعن رقم 471 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/30)

122- إثبات شروط القرينة:

يقع عبء إثبات توافر الشروط الثلاثة اللازمة لتوافر القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى على من يتمسك بهذه القرينة، سواء كان وارثا أو دائنا للتركة. وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية⁽¹⁾. ولا ينال من وجود هذه القرينة عدم ذكر الشرطين الثانى والثالث من شروطها بالعقد، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "... ولا يجوز التحدى بعدم توافر هذين الشرطين أو أحدهما استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه".

(طعن رقم 187 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/29)

2- "من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان صحيحا أن القرينة التى

(1) السنهورى ص 311 الهامش - عبد المنعم البدرأوى ص 67 وما بعدها.

نصت عليها المادة 917 من القانون المدني، لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، إلا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضي الموضوع من استعمال سلطته في التحقق من توفر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير منقيد في ذلك بما ورد في العقد من نصوص صريحة دالة على تجهيزه، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع، متى كان قد طعن في العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث".

(طعن رقم 471 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/30)

3- "لا يجوز التحدى بعدم توافر شرطى القرينة الواردة في المادة 917 من القانون المدني أو أحدهما استنادا إلى ما جاء في صياغة العقد بشأنه، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هي بذاتها موضوع الطعن عليه".

(طعن رقم 908 لسنة 47 ق جلسة 1981/2/17)

4- "جرى قضاء هذه المحكمة على أن القرينة المنصوص عليها في المادة 917 من القانون المدني لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بالعين التي تصرف فيها واحتفاظه بحقه في الانتفاع بها مدى حياته... إلا أن خلو العقد من النص عليها لا يمنع محكمة الموضوع إذا تمسك الورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين رغم عدم النص عليهما في العقد من التحقق من توافرها للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه في ظروف الدعوى وملابساتها".

(طعن رقم 608 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/11)

5- "إذ كانت الطاعنة قد دفعت بصورية العقود محل الدعوى (العقود الصادرة من مورثها للمطعون ضده الأول) وسأقت تأييدا لذلك قرائن منها احتفاظ المورث بحيازته العقارات محل هذه العقود وانتقاعه بها مدى حياته، وصدور العقود أثناء مرضه غير أن الحكم في مقام الرد على هذا الدفاع اكتفى بالقول بانتفاء شروط إعمال نص المادة 916 من القانون المدني وهو ما لا يواجه ما شهد به شهودها وما ساقته من قرائن مما يعيبه بالقصور في التسبيب".

(طعن رقم 187 لسنة 67 ق جلسة 2009/12/28)

6- "وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك بأنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة

- أن الوارث يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث، فيعتبر هذا وذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام ويكون له إثبات الصورية التى تمس حقه فى الميراث بكافة طرق الإثبات".

(طعن رقم 4646 لسنة 70 ق جلسة 2012/3/21)

7- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك بأنه لما كان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة 917 من القانون المدنى أن يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته، فإذا توفرت هذه القرينة أعفت من طعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقلت عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه. وكانت أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد فى الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم العناصر الواقعية التى تثبت لديها أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما فى حالة عدم اللزوم المنطقى للنتيجة التى انتهت إليها المحكمة بناءً على تلك العناصر التى تثبت لديها بأن الأدلة التى قام عليها الحكم ليس من شأنها أن تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه أو استخلص من الأوراق واقعة لا تنتجها. وكان من المقرر أيضا أن استناد الخصم إلى دفاع قد يترتب على تحقيقه تغيير الرأى فى الدعوى أو إلى أوراق أو مستندات لها دلالة معينة فى شأن ثبوت هذا الدفاع أو نفيه يوجب على محكمة الموضوع أن تعرض لتلك الأوراق والمستندات وتقول رأيها فى شأن دلالتها إيجابا أو سلبا وإلا كان حكمها قاصر البيان. وكان التناقض الذى يفسد الحكم هو ما تتعارض فيه الأسباب فتتماحى بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه، أو يكون واقعا فى أسبابه بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه وهو فى مجال بحثه للقرينة المنصوص عليها فى

المادة 917 من القانون المدني قد استدلت على حيازة المورثة - البائعة - للحصة المبيعة من مجرد الإنذار المرسل منها إلى المطعون ضده الأول وعرضها عليه نصيبه فى ربع حصته فى كامل العقار وعدم إشارتها به إلى البيع الصادر منها إلى الطاعنة - مثار النزاع - ومن إقرارها فى صحيفة طعن فى دعوى أخرى فى تاريخ لاحق على البيع بامتلاكهم جميعا العقار على الشيوخ كل بمقدار ثمانية قراريط، وهو من الحكم استدلال فاسد إذ أن تلك المستندات لا تقطع باحتفاظ المورثة بحيازة المبيع أو بحقها فى الانتفاع بها طيلة حياتها، فضلا عن أن ما أورد بأسبابه من اطمئنانه لتوفر شرط الاحتفاظ بالحيازة وبخس الثمن كان يقتضى - بفرض صحته - القضاء بالصورية النسبية واعتبار التصرف وصية مضافة إلى ما بعد الموت، إلا أنه انتهى إلى القضاء بصورية العقد صورية مطلقة وأردف ذلك بعبارة أنه قد استقر فى يقين المحكمة أن العقد لم يدفع به ثمن ودون أن يعرض لدفاع الطاعنة من قيامها بسداد الثمن المسمى بالعقد أو لكتابتى البنك اللذين قدمتهما تدليلا على هذا السداد ومفادهما استردادها شهادات استثمار قيمتها مبلغ 52000 جنيه وإيداعها فى ذات التاريخ بحساب المورثة الثمن وقيمتها مبلغ 50000 جنيه، رغم أنه دفاع جوهرى - لو صح - لتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون فضلا عن التناقض وهو ما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 16632 لسنة 81 ق جلسة 2012/5/3)

ويخضع توافر شروط هذه القرينة من عدمه لسلطة محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التحقق من أحقية المورث فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته لحساب نفسه استنادا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه لثبوت قيام القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة 917 من القانون المدني، هو من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا".

(طعن رقم 974 لسنة 53 ق جلسة 1984/1/5)

أما إذا تخلفت شروط أى من القرينتين سالفتى الذكر أو كليهما، كان للوارث أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن القصد الحقيقى للمورث هو الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إدراكا من المشرع للأعراف السائدة فى المجتمع ورغبة منه فى احترام أحكام المواريث فإن ما ورد بنص المادتين 916، 917 من القانون المدنى لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينتين قانونيتين لصالح الوارث حماية لحقه، إذ من شأن أى منهما أن تعفيه من إثبات أن تصرف مورثه ينطوى على وصية فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه، إلا أنه يبقى للوارث عند تخلف شروط أى من القرينتين أو كليهما أن يدلل بكافة طرق الإثبات على أن القصد الحقيقى للمورث هو الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت، ويتعين على قاضى الدعوى أن يتصدى لما يقدمه الوارث من أدلة وقرائن وبقيمه فى ضوء ظروف كل دعوى وملابساتها ولا يكفيه القول أن شروط هذه القرينة أو تلك لم تتوافر".

(طعن رقم 187 لسنة 67 ق جلسة 2009/12/28)

123- الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية، فى حقيقته

دفع بصورية العقد صورية نسبية:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها الصادر بتاريخ 1973/3/10 فى

الطعن رقم 109 لسنة 38 ق والذى ذهبت فيه إلى أن:

"الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصف بأنه دفع بالبطلان، إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورة نسبية بطريق التستر، لا يسقط بالتقادم، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما، واعتبار العقد الظاهر لوجود له، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم، فلا يمكن أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن".

124- القرينة المنصوص عليها بالمادة لا تتعلق بالنظام العام :

القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للمحكمة التصدى لها من تلقاء نفسها، ويجب التمسك بها من صاحب المصلحة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التمسك بالقرينة الواردة بالمادة 917 من القانون المدنى إنما يكون من صاحب المصلحة وليس لمحكمة الموضوع أن تتصدى له من تلقاء نفسها".

(طعن رقم 11 لسنة 49 ق جلسة 1983/1/2)

وهذه القرينة من أمور الواقع ومن ثم لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تحقيق القرينة المنصوص عليها فى المادة 917 من القانون المدنى بشرطيتها، وجواز التدليل على عكسها من أمور الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع. وإذ كانت الطاعنة لم تتمسك بذلك أمام تلك المحكمة، فإنه لا يقبل منها التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 239 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/18)

125- تطبيق القرينة من حيث الزمان :

القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى استحدثت فى التقنين المدنى الجديد كما ذكرنا سلفاً، ومن ثم لا يكون لها أثر رجعى فلا تنطبق على التصرفات التى أبرمت قبل تاريخ نفاذ هذا التقنين وهو 15 أكتوبر سنة 1949. ذلك أن القرينة القانونية تكون على صلة بالناحية الموضوعية للحق، شأنها فى ذلك شأن الأدلة التى تعد مقدماً وهى الأدلة الكتابية، فتأخذ حكمها. وقد نصت المادة 9 مدنى- المنطبقة- فى خصوص هذه الأدلة على أنه: "تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدماً النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى ينبغى فيه إعداده". والشارع فى القرينة القانونية يستمد من واقعة معينة دليلاً لصالح المدعى يغنيه عن الإثبات بطريق آخر. وبذلك يعتبر هذا

الدليل أنه قد أعد وقت قيام الواقعة، ويكون الفارق بينه وبين الأدلة الكتابية أن القانون قد تكفل بإعداده بينما تعد هذه الأدلة بواسطة الأفراد. وعليه تخضع القرينة لحكم القانون المطبق وقت قيام الواقعة التى تستمد منها القرينة. وقد نصت المادة 19 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى فى هذا المعنى على أنه: "تسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية". ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة لعدم الحاجة إليها⁽¹⁾. وبالإضافة إلى ذلك فإن للقرينة القانونية طابعا استثنائيا من ناحيتين: الأولى خروجها على القاعدة العامة فى محل الإثبات وفى عبء الإثبات، إذا أنها تنقل الإثبات من الواقعة التى كان يجب إثباتها بمقتضى القاعدة العامة فى محل الإثبات إلى واقعة أخرى متصلة فيصبح الإثبات من السهولة بحيث يترتب عليه فى الواقع انتقال العبء الحقيقى للإثبات إلى عاتق الطرف الآخر فى الخصومة، والثانية مخالفتها لمبدأ اقتناع القاضى، حيث يتعين على القاضى أن يأخذ بحكمها متى توافرت شروطها، فلا تكون له سلطة تقدير مدى مطابقتها لحقيقة الواقع. ولا يعقل أن ينصرف حكم الاستثناء إلى وقائع حصلت قبل النص عليه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"القاعدة الواردة بالمادة 917 من القانون المدنى مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى. والقرينة التى استحدثتها هذه المادة لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا لا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم. ولقد كان من المقرر فى ظل القانون الملغى أن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات، فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها كسائر

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص 227.

(2) عبد المنعم الصده ص 815 وما بعدها - المستشار أنور العمروسى الملكية وأسباب كسبها فى القانون المدنى 2004/2003 ص 655 - عبد المنعم البدرأوى ص 69 وما بعدها.

القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره".

(طعن رقم 395 لسنة 27 ق جلسة 1964/5/14)

126- أثبات توافر شروط القرينة:

إذا توافر الدليل على توافر شروط القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى، تعين على القاضى أن يجرى حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية، ومن ثم لا ينفذ التصرف فى حق الورثة إلا إذا خرجت العين من ثلث التركة، ولا ينفذ فى حق الدائنين إطلاقاً إذا كانت التركة مستغرقة بالدين لأن الديون مقدمة على الوصايا كما ذكرنا سلفاً. وعلى المحكمة إن خلصت إلى وصف التصرف بأنه وصية أن تستظهر عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقدار الثلث الذى يجوز فيه الإيصاء بغير إجازة وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقق مما إذا كان يدخل فى حدود الثلث فتقضى بصحته فإن تجاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل فى حدوده.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الوصية تنفذ من غير إجازة الورثة فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديون الميت وهو ما يوجب على المحكمة - إذا وصفت العقد بأنه وصية - أن تستظهر عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقدار الثلث الذى يجوز فيه الإيصاء، بغير إجازة - وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقق مما إذا كان يدخل فى حدود الثلث فتقضى بصحته فإن تجاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل فى حدوده".

(طعن رقم 1532 لسنة 55 ق جلسة 1991/10/9)

127- يجوز للمتصرف إليه إثبات عكس القرينة:

القرينة المنصوص عليها فى المادة 917 قرينة غير قاطعة، ومن ثم يجوز للمتصرف إليه أن ينقض هذه القرينة بالدليل العكسى، ويجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق. كأن يثبت أن التصرف فى حقيقته بيع، وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن. أو يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف. وحينئذ يعتد

بالتصرف الذى قام بإثباته⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مجرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد أن كان قد تصرف إليهما فى حق الرقبة، لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة 917 من القانون المدنى، إذ لا يعدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع النص على تنجيز التصرف، وهو ما لا يحول بين الطاعنات - باقى الورثة - وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع".

(طعن رقم 471 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/30)

128- يجوز للموارث إثبات أن التصرف يخفى وصية دون الاستناد إلى

القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى :

يجوز للموارث - دون التمسك بالقرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى - أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية التصرف الذى أبرمه المورث وأنه يقصد به الإيضاء، لأن تصرف المورث هو تصرف صورى يخفى وصية افتئاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر، يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف. فما يفعله المورث هو من قبيل الغش والاحتتيال على القانون.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة 917 من القانون المدنى أن يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحياسة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته إلا أن ذلك لا يحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة 101 من قانون الإثبات فى استنباط القرائن القضائية التى لم يقررها القانون وأن تستند إليها فى إثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود. لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية افتئاتا منه على

(1) السنهورى ص 314 وما بعدها - الدكتور سعيد عبد السلام حق الملكية فقها وقضاء ص 277 - محمد على عمران ص 66.

قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له إثبات صورته وأنه في حقيقته وصية بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية، وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدي المطعون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ 1967/9/15 عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوي على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التي استنبطها الحكم قد أحاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد الموت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 917 من القانون المدني.

(طعن رقم 419 لسنة 42 ق جلسة 1983/2/27)

2- "انتفاء شروط القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 917 من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يحول دون استنباط إضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن أخرى قضائية، وتقدير الأدلة والقرائن هو ما يستقل به قاضي الموضوع".

(طعن رقم 1258 لسنة 53 ق جلسة 1987/3/24)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم توافر شروط قرينة المادة 917 من القانون المدني لا يحول دون استنباط قصد الإيضاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخرى، ولئن كان استظهار هذه القرائن المؤدية إلى وصف العقد هو من المسائل التقديرية التي تستقل بها محكمة الموضوع متى كان بيانها سائعا إلا أن وصف العقد ذاته هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 1532 لسنة 55 ق جلسة 1991/10/9)

ومن القرائن التي يستدل بها على نية التبرع عدم دفع المتصرف إليه ثمننا للمبيع⁽¹⁾.

(1) وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كانت محكمة الموضوع إذ اعتبرت العقد المفرغ في صيغة عقد البيع وصية، قد حصلت ذلك مما ثبت لديها من أن المتصرف إليه لم يدفع ثمننا، وأن العقد وجد في خزانة المتصرف بعد وفاته، وأنه كان يقبض أرباح السندات التي استحققت بعد صدوره منه، فإنها تكون قد حصلت فهم الواقع في الدعوى من أدلة مقبولة فعلا من شأنها أن تؤدي إلى ما ذهبت إليه".

أو تنازل البائع عن الثمن في عقد البيع، أو كون حالة المتصرف إليه المالية تعجزه عن دفع الثمن بالرغم من ضآلته بالنسبة لقيمة المبيع. أو مصادقة المشتري على تصرف البائع في المبيع مرة ثانية⁽¹⁾ أو من عدم تسجيل العقد ولكن لا يشترط دائما لاعتبار العقد تبرعا ألا يكون مسجلا، فتسجيل العقد لا يمنع من اعتباره وصية إذا توافرت القرائن على ذلك. كما تستفاد نية التبرع من اتفاق العاقدین على عودة ملكية المبيع إلى البائع إذا توفي المشتري قبله⁽²⁾. أو بقاء البائع متمتعا بكافة مظاهر الملكية للأعيان موضوع العقد

(طعن رقم 36 لسنة 14 ق جلسة 1944/11/9)

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت المحكمة قد رأت أن العقد المتنازع عليه بين الطرفين لم يقصد به البيع بل قصد به ستر تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وذكرت في حكمها أنها قد حصلت من ظروف الدعوى وملابساتها، فلا شأن لمحكمة النقض معها متى كانت الدلالات التي أشارت إليها من شأنها أن تسوغ ذلك. وإن فلا محل للطعن عليها إذ كان سندها في قضائها باعتبار العقد المذكور وصية هو عدم تسجيله، وعدم دفع ثمن للمبيع المذكور به، وعدم تنفيذه قبل وفاة المورث، وبقائه في حوزته حتى وجد في صندوقه الخاص بعد وفاته، فإن كل ذلك جائز للاستشهاد به للنتيجة التي وصلت إليها.

(طعن رقم 33 لسنة 9 ق جلسة 1939/11/16)

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري، بعد تاريخ تسجيل عقد البيع، تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته، وتصرح فيه بأنه في حالة وفاته قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه، وتمسك ورثتها في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة لها من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيها على ريع الأرض المبيعة، واعتبرت المحكمة هذا التنازل ملغيا للقيد المتعلق بالملكية الوارد في إقرار المشتري وتمتعا لعقد البيع بجميع أركانه، زعما بأنه بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معا إلى المشتري - فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع، وإنما هو وصف وتكييف للعقد أغفلت المحكمة فيه =

من تأجيرها باسمه بوصفه مالكا لها، والتقاضى بشأنها بوصفه مالكا لها أيضا ورفع الديون العقارية المطلوبة عليها⁽¹⁾.



= عنصرا هاما هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله. ولمحكمة النقض أن تصحح هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته فتعتبره وصية من البائع لا بيعا صحيحا".

(طعن رقم 98 لسنة 2 ق جلسة 1933/3/2)

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير العقود بما تراه أدنى إلى ما نواه العاقدان بناء على ما تستخلصه من مجموع ظروف الدعوى وملابساتها. فإذا هى اعتبرت العقد موضوع الدعوى سائرا لتبرع مضاف إلى ما بعد الموت، معتمدة فى ذلك على القرائن التى ثبتت لديها من بقاء العقد فى حياة المورث وبين أوراقه بغير تسجيل إلى أن توفى، وعدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من الخمس السنوات، وبقاء المورث متمتعا بكافة مظاهر الملكية للأعيان موضوع العقد من تأجيرها باسمه وبوصفه مالكا لها والتقاضى بشأنها بوصفه مالكا لها أيضا ودفع الديون العقارية المطلوبة عليها، تم على ما استبانته من فقر المتصرف له، إلى غير ذلك من القرائن، فلا تجوز إثارة الجدل فى هذا الشأن أمام محكمة النقض مادام ما قالته من كل ذلك يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها".

(طعن رقم 51 لسنة 13 ق جلسة 1943/12/16)

راجع أيضا الدكتور أنور سلطان شرح العقود المسماة فى البيع والمقايضة الطبعة الثانية 1952 ص 36 وما بعدها - والدكتور جلال العدوى عقد البيع 1988 ص 32.

4- الالتصاق

الالتصاق بالعقار:

مادة (918)

الأراضى التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين.

الشرح

129- المقصود بالالتصاق:

الالتصاق (accession) هو اتحاد أو اندماج شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين اندماجا ماديا دون اتفاق المالكين على هذا الاندماج. والالتصاق سبب من أسباب كسب الملكية، إذ يترتب عليه أن يكسب مالك الشئ الأصلى ملكية الشئ الذى التصق به، وذلك فى الحالات التى لا ينزع فيها هذا الأخير⁽¹⁾. والالتصاق قد يكون طبيعيا أى بفعل الطبيعة، فهو يحدث بفعل الطبيعة ودون تدخل من الإنسان سواء أكان هو المالك أو سواء، وتلك حالة زيادة مساحة الأراضى المجاورة لمجارى المياه نتيجة لما تحمله هذه المياه من طمى يلتصق بتلك الأراضى. وقد يكون الالتصاق صناعيا (accession artificielle) وهو ما يحدث بفعل الإنسان سواء أكان مالك الأصل أو غيره.

ويقسم بعض الفقهاء الالتصاق إلى ثلاثة أنواع:

1- التصاق عقار بعقار: وهو لا يتحقق إلا فى صورة الالتصاق الطبيعى الناشئ عن طمى النهر، إذ يلتصق الطمى بالأراضى المجاورة. وأساس ذلك أن الطمى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة قد تحول من عقار إلى منقول تم التصق بالأرض فأصبح عقارا بطبيعته⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 327 وما بعدها- عيد المنعم الصده ص 363.

(2) عبد المنعم البدرأوى حق الملكية 1978 ص 43- محمد على عرفه ص 49 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 303 - وعكس ذلك السنهورى ص 329 هامش (2) - منصور مصطفى منصور ص 381 هامش (1) - محمود جمال الدين زكى ص 336- ويبرر=

2- **التصاق منقول بعقار:** وهو إحدى صورتى الالتصاق الصناعى، ويكون بالبناء أو الغراس أو بإقامة أعمال إنشائية على الأرض. والمنقول الذى يلتصق هكذا بالعقار يصبح بعد الالتصاق عقارا بطبيعته.

3- **التصاق منقول بمنقول:** ويكون ذلك إذا اتحد منقولان مملوكان لشخصين مختلفين بدون اتفاق بينهما بشكل يستحيل معه الفصل أو يترتب عليه تلف، وصورته امتزاج السوائل.

ولا يعتبر الشئ الذى التصق من ملحقات الشئ الأصيل⁽¹⁾. وليس صحيحا أن يقال إن حق مالك الشئ الأصيل يمتد إلى الشئ الذى التصق به باعتباره من الملحقات. ذلك أن الشئ الذى التصق لم يكن مملوكا من قبل لمالك الشئ الأصيل، وإنما يكسب المالك ملكيته بمقتضى واقعة الالتصاق. ومن هنا كان الالتصاق سببا من أسباب كسب الملكية. ولما كان الشيئان باندماجهما أو اتحادهما على أثر الالتصاق يصبحان شيئا جديدا تغلب عليه صفة الشئ الأصيل إذ أن الفرع يتبع الأصل، فإن الحقوق التى تكون قد تقررت على الشئ الأصيل، كالانتفاع والرهن والارتفاق تشمل أيضا الشئ الذى التصق به⁽²⁾ كما يمتد إليه أيضا ملكية الحائز الذى يكسب الأرض الأصلية بالتقادم، حتى ولو لم يكن قد أمضى المدة اللازمة لاكتساب الزيادة منفصلة بالتقادم⁽³⁾.

130- شروط الالتصاق:

يفترض الالتصاق توافر الشروط الآتية:

1- أن يوجد شيئان ماديان متميزان: ولذلك لا يوجد هناك التصاق حيث يجرى على شئ تحسين أو إصلاح، وإنما تطبق حينئذ القواعد الخاصة بالمصروفات المنصوص عليها فى المواد (980، 981، 982) من المجموعة المدنية. ولا يهم بعد ذلك أن يكون

= الدكتور السنهاورى رأيه بقوله إن حالة التصاق الطمى بالأرض المجاورة لا تعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار، فالطمى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو فى حالة تراكمه قد تحول من عقار إلى منقول، ثم التصق بالأرض فأصبح عقارا بطبيعته، شأنه فى ذلك شأن مواد البناء كانت منقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقارا.

(1) عبد المنعم الصده ص 364- منصور مصطفى منصور ص 282- نبيل سعد ص 301 - جميل الشراوى ص 256.

(2) عبد المنعم الصده ص 364 - عبد المنعم البدروى ص 46 وما بعدها.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 329.

الشيئان الملتصقان منقولين أو عقارين.

2- أن يكون أحد الشيئين أكبر أهمية من الآخر: ذلك أن الالتصاق يفترض وجود شئ أصلى وشئ تابع. وتثور الصعوبة فى تحديد أى الشيئين يعتبر أصلا وأيها يعتبر تابعا. قد يقال إن الأصل هو أكبر الشيئين قيمة. ولكن هذا القول يتعارض مع اعتبار الأرض دائما هى الأصل والبناء هو التابع ولو زادت قيمته على قيمة الأرض. ولذلك يبدو أن الأصل هو ما لا يتصور وجود الشئ التابع بدونه⁽¹⁾.

أما فى صورة الالتصاق بالمنقول وهى صورة نادرة، فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة مسترشدة بقواعد العدالة، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث، وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (أنظر شرح المادة 931).

3- أن يتحد الشيئان ماديا بشكل يتعذر معه الفصل بينهما بدون تلف أو استحيل، فمثلا الكنز المدفون فى الأرض لا يعتبر ملتصقا بها، إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منهما. وإذا كان صاحب الأرض يمتلك الكنز فى القانون المصرى، فإنه لا يتملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون.

4- أن يكون الشيئان مملوكين لمالكين مختلفين، فالالتصاق يفترض اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين بدون رضاء أحد المالكين أو كليهما.

5- أن يتم الالتصاق دون اتفاق بين الملاك أو على الأقل دون موافقة أحدهما، إذ لو كان هناك اتفاق بين الملاك وجب تطبيق هذا الاتفاق. ومثال ذلك أن يتفق المؤجر والمستأجر على إعطاء هذا الأخير الحق فى البناء فى الأرض المؤجرة، على أن يكون البناء مملوكا للمستأجر طوال مدة الإيجار وأن يكون له هدم ما بنى عند نهاية المدة المحددة للإيجار⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 329 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 44 - الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 203.

(2) السنهاورى ص 328 - محمد لبيب شنب ص 57- محمد على عمران ص 69 ويشير سيادته بهامش (2) إلى حكم صادر من المحكمة العليا فى ليبيا فى الطعن رقم 17/16 ق مدنى بجلسة 1971/3/2 جاء فيه :

"إن أحكام الالتصاق لا تكون منطبقة إذا كان بين الطرفين علاقة تعاقدية وتكون أحكام هذا التعاقد هى واجبة التطبيق وحدها دون سواها ولا يصار إلى غيرها".

131- ملكية الأراضى التى تتكون من طمى النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة:

تقضى المادة (918) بأن الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين، فالزيادة التدريجية غير المحسوسة التى تتكون مما يرسبه النهر من طمى على جانب الأراضى الواقعة على ضفته تكون ملكا لأصحاب هذه الأراضى، بمعنى أن ملكيتهم تمتد إليها.

ويشترط لتطبيق حكم النص ما يأتى:

1- أن تكون الزيادة الناتجة من الطمى قد أحدثها النهر. فلا يتكون الطمى فى المصارف العامة، لأن وجوب تطهيرها يمتنع معه تكون الطمى، ولأن جسورها تدخل فى الملك العام⁽¹⁾.

كما لا يعتبر من قبيل الطمى الأراضى التى ينكشف عنها البحر، ولا تلك التى تتكشف عنها البحيرات والمستنقعات. بل إن أراضى البحر تعتبر من الأموال العامة التى لا يجوز تملكها، وتعتبر أراضى البحيرات والمستنقعات ملكا للدولة ولأصحابها، بحسب ما إذا كانت مملوكة للدولة أو للأفراد⁽²⁾ كما سنرى.

2- أن تكون الزيادة الناشئة من الطمى زيادة تدريجية وتكونت بشكل غير محسوس، أى أنها نشأت من الترسيب التدريجى المتكون عاما بعد عام خلال مدة طويلة.

أما إذا حول النهر فجأة بفعل قوة الفيضان غير العادى أرضا من مكانها إلى مكان آخر، فليس هذا هو تراكم الطمى التدريجى غير المحسوس، وإنما هو طرح النهر، ولا تكون الأرض المنتزعة ملكا للملاك المجاورين بطريق الالتصاق، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة كما سنرى.

غير أن اشتراط تكون الجزء الزائد تدريجيا لا يعنى أنه يجب أن يظهر تدريجيا كذلك، فقد يظهر فجأة بعد أن يكون قد تكون تدريجيا تحت منسوب المياه، ثم انكشفت عنه المياه دفعة

(1) محمد كامل مرسى ج3 ص 66 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 51.

واحدة، وفي هذه الحالة يتوافر الشرط المطلوب⁽¹⁾.

3- أن تكون هذه الزيادة قد حصلت بفعل الطبيعة ودون تدخل من الإنسان. أما إذا حصلت بتدخل من الإنسان ويقصد تجميع الطمي كان هذا اعتداء من صاحب الأرض على مجرى النيل وكانت الزيادة من حق الدولة. كما لو وضع المالك بجوار أرضه أخشاباً أو أحجاراً تساعد على ترسيب الطمي.

أما إذا كان قد وضع هذه الأخشاب أو الأحجار بترخيص من السلطة المختصة لحماية أرضه من خطر الفيضانات فإن الزيادة التي تتكون نتيجة لذلك تكون له⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المادة 60 من القانون المدني القديم - والتي تقابل المادة 918 من القانون المدني الحالي - لا تشترط لتملك مالك الأرض التي على ساحل النهر الزيادة التي يضيفها إليها طمي النهر أن تكون هذه الزيادة من فعل الطبيعة وحدها وإنما يكفي أن تكون زيادة طبيعية أي تكونت بطريقة تدريجية غير محسوسة وإن ساهم الإنسان بفعله في تكوينها مادام هذا الفعل لا يعد في ذاته اعتداء على مجرى النهر أو على حقوق المنتفعين من مياهه ولم يقصد به إلا حماية أرضه من غوائل الفيضان لا ترسيب ما علق من الطمي بمياه النهر بالإسراع في تكوين أرض منه ولا يؤثر في حق الطاعن في تملك الزيادة التي يضيفها طمي النهر بطريق الالتصاق الطبيعي لأرضه أن يكون قد استأجرها خشية أن تضيع عليه ثمرة جهده وماله أو اعتقاداً منه أنه يستأجر ملك غيره، لأن استئجار الإنسان عينا مملوكة له لا يسقط حقه في ملكيتها".

(طعن رقم 68 لسنة 35 ق جلسة 1969/3/25)

4- أن تظهر الزيادة في الأرض فوق أعلى منسوب لمجرى النهر في وقت الفيضان العادي. أما الأراضي التي تظهر تحت هذا المنسوب فهي معتبرة جزءاً من مجرى النهر.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(3) محمد كامل مرسى ج3 ص 68 - محمد على عرفه ص 51 - عبد المنعم الصده ص 365 وما بعدها.

(1) عبد المنعم الصده ص 366 - محمد كامل مرسى ص 67 وما بعدها.

(أ) - "إذا كان الثابت من تقرير خبير الدعوى أن أجزاء الأرض المتنازع على وضع اليد عليها بعضها جسر ترعة عمومية (بحر يوسف) وبعضها من مجراه، وأن هذه الأجزاء إن كانت أصبحت فيما بعد متصلة بملك المدعين فذلك لأنهم أوصلوها به بعد أعمال المساحة، فإن وصف هذه الأجزاء بأنها حادثة من طمى النهر وخاضعة لحكم المادة 60 من القانون المدنى هو وصف غير صحيح. والتكليف الصحيح لهذه الأجزاء هو أنها من المنافع العامة التى لايجوز تملكها بوضع اليد، وإذن تكون دعوى وضع اليد على هذه الأرض غير مقبولة قانوناً".

(طعن رقم 104 لسنة 5 ق جلسة 1936/5/14)

(ب) - "إذا كانت دعوى المطعون عليهم بطلب تثبيت ملكيتهن للأرض الملتصقة بأطيانهن مؤسسة على أن هذا الالتصاق كان نتيجة لطمى جلبه نهر النيل مما يلقي على عاتقهن عبء إثبات توافر شروط التملك فى هذا النوع من الالتصاق على النحو الوارد بدعواهن وهى الشروط المستفادة من نص المادة 60 من القانون المدنى القديم، ومن بينها أن يتكون الطمى بصفة نهائية وتكون الأرض الملتصقة نتيجة للطمى قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه فى وقت الفيضان العادى، وكان لا يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أنه اعتد بهذا الشرط فى قضائه للمطعون عليهن بملكية جميع الأرض التى أوردها الخبير فى تقريره، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 213 لسنة 25 ق جلسة 1960/12/11)

5- أن تكون الزيادة متصلة بالأرض. أما لو كانت الأرض منفصلة عن الزيادة بطريق عام مثلاً، أو إذا كان الماء لايزال يجرى بين الزيادة وأرض المالك. فى هذه الحالة تكون الزيادة للدولة⁽¹⁾.

وإذا كانت الأرض مؤجرة وحصلت الزيادة، فقد اختلف الشراح فيما إذا كان حق المستأجر يمتد إلى الزيادة. والرأى المفضل هو أن حق المستأجر يمتد إليها، بشرط أن يعرض المالك بنسبتها⁽²⁾.

وهذا الرأى هو الذى أخذت به محكمة النقض فى قضائها الصادر بجلسة 1969/3/25 فى الطعن رقم 68 لسنة 35 ق (المنشور سلفاً فى هذا البند).

(1) السهنورى ص 339 - محمد ليبب شنب ص 65.

(2) محمد كامل مرسى ص 72 - السهنورى ص 341 هامش (1).

132- أحكام ملكية الطمى :

إذا توافرت الشروط التى ذكرناها بالبند السابق، أصبحت الأرض الزائدة نتيجة للطمى ملكا لصاحب الأرض المجاورة.

ويكون الطمى للمالك المجاور مهما كان تكون الساحل وطبيعة الأعمال الحاصلة من المالك بجواره، فلا يهم إن كان الساحل مكونا من صخور واتصل الطمى بهذه الصخور، أو إذا كان للمالك المجاور أرض مسورة بحائط من جهة النهر.

وقد يدق تطبيق الحكم فى حالة امتزاج ماء النهر وماء البحر عند مصب النهر. ولكن هذا لا يغير من تطبيق حكم الطمى. حتى إذا كان مد البحر قد سهل تكوينه. وإنما الصعوبة فى تعيين النقطة التى ينتهى عندها ساحل النهر فيبتدىء ساحل البحر. على أنه فيما يختص بالبحر الأبيض المتوسط فإن من المقرر فى فرنسا أن ساحله يشمل كل الأرض التى يغطيها أعلى أمواجه فى الشتاء⁽¹⁾.

ويكسب المالك المجاور الطمى بقوة القانون بمجرد وجود الطمى من غير أى إجراء⁽²⁾.

ولا يلزم الملاك بدفع ثمة تعويض إلى الدولة⁽³⁾.

ويلاحظ أنه بما أن الدولة حرة فى إجراء أعمال التطهير بالأنهار، فإنه يكون لها إذن أن تمنع الطمى الذى يكون فى طريق التكوين. من غير أن يكون للملاك المجاورين أن يرفعوا أية شكوى. ولكن متى تم تكون الطمى فإنه لا يعتبر من مجرى النهر، وليس للحكومة بإجراء أعمال التطهير أن توسع مجرى النهر وأن تتعدى على الأملاك المجاورة المزادة بالطمى، إلا باتباع إجراءات نزع الملكية⁽⁴⁾.

وإذا كانت الزيادة التى تكونت من الطمى ملاصقة لأراضى ملاك مختلفين فإن كل واحد منهم يمتلك الجزء المقابل لأرضه أيا كانت مساحته. وهو الجزء الواقع بين خطين عموديين مقامين فى نهايتى كل أرض لجهة النهر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) محمد كامل مرسى ص 80.

(2) محمد كامل مرسى ص 70 - محمد لبيب شنب ص 66 - محمد على عرفه ص 51.

(3) السنهورى ص 340.

(4) محمد كامل مرسى ص 70 - عبد المنعم الصده ص 367 - منصور مصطفى منصور ص 284.

1- "والالتصاق بفعل مياه النهر، قد يكون من طريق طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة. فالأرض التى تتكون من الطمى تكون ملكا للملاك المجاورين"⁽¹⁾.

133- حكم الزيادة الناتجة عن الطمى:

الأراضى التى يستولى عليها المالك بطريق الالتصاق الناتج عن الطمى معتبرة تابعة للأرض التى تلتحق بها، فيترتب على ذلك عدة نتائج.

1- إذا كانت الأرض الأصلية مرهونة أو محملة بامتياز، لحق الرهن أو الامتياز الزيادة أيضا.

2- إذ أوصى شخص لآخر بالأرض المجاورة للنهر شملت الأرض الطمى الحاصل بعد عمل الوصية.

3- إذا كانت الأرض الأصلية فى يد شخص وتم له الملك بالتقادم، وكانت الزيادة التى التصقت بهذه الأرض حصلت فى أثناء وضع يده، فإن الزيادة تكون له فى نفس الوقت الذى تتم له فيه ملكية الأرض الأصلية، ولو كانت الزيادة حصلت فى أواخر المدة، أى ولو كانت المدة التى مضت على الزيادة لاتكفى لكسبها بالتقادم مستقلة عن الأرض.

4- إذا بيعت الأرض تحت شرط واقف، وبعد البيع وقبل تحقق الشرط حصلت الزيادة، فالزيادة للمشتري وليس للبائع أن يطلب منه زيادة الثمن.

5- إذا كان البيع مقترنا بشرط فاسخ، وتحقق الشرط، أى انفسخ البيع، وكانت الزيادة حصلت بعد البيع، فإن الأرض تعود إلى البائع بالزيادة التى التصقت بها.

وليس للمشتري أن يطلب منه أى مقابل، ولو أن الزيادة لم تكن موجودة وقت البيع.

6- لا تلتحق الزيادة بالأرض المبيعة إذا كانت موجودة وقت البيع ولم تذكر فى العقد أو إذا كان ذلك قصد المتعاقدين.

7- إذا كان مقررا على الأرض الأصلية حق ارتفاق لمنفعة عقار آخر، وزادت تلك الأرض بالالتصاق، فإن حق الارتفاق يمتد إلى الزيادة، كما إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور إلى النهر.

8- إذا كان لأحد حق انتفاع على الأرض الأصلية فإنه يمتد إلى الزيادة التى

تلتصق بها.



مادة (919)

- 1- الأرض التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة.
- 2- ولا يجوز التعدى على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر.

الشرح

134- ملكية الأراضى التى ينكشف عنها البحر:

لا يسرى حكم الالتصاق على الأراضى التى ينكشف عنها البحر، فقد تحصل زيادة فى الأرض فى مساحة الأراضى المجاورة لساحل البحر بسبب انحسار مياه البحر عن بعض الأراضى، فتكون هذه الأراضى ملكا للدولة.

فشواطئ البحر وإن كانت تعتبر من الأملاك العامة، إلا أن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والتى تنكشف عنها مياه البحر هى من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة فيجوز للدولة التصرف فيها⁽¹⁾.

أما إذا طغت مياه البحر على الأراضى المجاورة لشواطئها فغمرتها بالمياه، فإن ملك هذه الأراضى المجاورة والمغمورة بالمياه، لا يفقدون ملكيتها، فإذا انكشفت عنها مياه البحر بعد ذلك عادت هذه الأراضى لملكها، لأن حرمان أصحاب هذه الأراضى منها كان بسبب قوة قاهرة.

كما يجوز لهؤلاء الملاك العمل على إعادة حدود أراضيهم التى طغى عليها البحر بمختلف الوسائل⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 336- محمد كامل مرسى ص 74 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 342- رمضان أبو السعود ص 207.

(2) السنهورى ص 337 - محمد على عرفه ص 61 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 261- رمضان أبو السعود ص 207.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"والالتصاق بفعل مياه البحر يكون بانكشاف البحر عن أرض كان قد طغى عليها من قبل، فترجع لصاحبها الذى كان يملكها قبل طغيان البحر عليها. أما إذا انكشف البحر عن أرض لم تكن مملوكة لأحد، فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة ولا يجوز لأحد أن يتعدى عليها"⁽¹⁾.

135 - عدم جواز التعدى على أرض البحر :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: ولا يجوز التعدى على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر. وهذا النص لا يعدو أن يكون من قبيل تحصيل الحاصل، إذ أن حظر التعدى على شواطئ البحر نتيجة حتمية لكونها من الأموال العامة التى لا يجوز وضع اليد عليها ولا تملكها بالتقادم⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وضع اليد على الأموال العامة مهما طال مدتة لا يكسب الملكية ما لم يتم بعد زوال صفة المال عنها. مثال بشأن وضع اليد على أرض طرح النهر".
(طعن رقم 184 لسنة 38 ق جلسة 1974/1/17)



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 309 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 61.

مادة (920)

ملاك الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ولا تزول عنهم ملكية ما تطفى عليه هذه المياه.

الشرح

136- ملكية الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة:

الحكم الوارد بالمادة مقتبس من المادة 558 من القانون المدنى الفرنسى. ومؤداه أنه لا محل لتطبيق أحكام الطمى أو الطرح على المياه الراكدة لمياه البحيرات والبرك نظرا لأنه لا مجال لهذه الظواهر الطبيعية فيها إذ أن مياهها راكدة ومحبوسة فى نطاق معين. والغالب أن تتكون البحيرات بفعل الطبيعة، أما البرك والمستنقعات فإنها تكون بفعل الإنسان.

وقد يحصل أن تتأثر مياه البحيرات والبرك بفعل الفيضان، فتفيض على الجانبين وتطفى على بعض الأراضى المجاورة لها. كما قد يحدث العكس فتتخفض مياهها وتنحسر عن شاطئها فتتكشف أرض الضفتين. ولكن هذا وذلك لا أثر له فى مجال الملكية. فإذا طغت المياه على الأراضى المجاورة، فإن ذلك لا يؤدى إلى زوال ملكية أصحاب هذه الأراضى، إذ أن هذه ظاهرة مؤقتة لا تلبث أن تزول بزوال سببها⁽¹⁾. بل إن من حق ملك هذه الأراضى أن يطالبوا الدولة أو الأفراد إن كانت البركة مملوكة ملكية خاصة، بالتعويض عما يلحقهم من ضرر بشرط أن يثبت أن فيضان المياه ترتب على خطأ ثابت، كما إذا كان ناتجا عن عدم التطهير وتراكم الطمى فى قاع البحيرة أو البركة مما أدى إلى ضيق مجراها، أو إذا لم تتخذ الاحتياطات الفنية الكفيلة بتسرب المياه الفائضة فى ملك المالك لا فى الأراضى المجاورة⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 60 - السنهورى ص 337 - عبد المنعم الصده ص 370 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 60.

أما إذا انكشفت مياه البحيرات أو البرك عن أرض فإنها تكون ملكا للدولة إذا كانت هذه البحيرات أو البرك مملوكة للدولة - كالشأن فى مياه البحار - أو تكون ملكا لأصحابها إذا كانت مملوكة لأحد الأفراد⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع لصاحبها. أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة. فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر"⁽²⁾.



(1) السنهورى ص 337 - نبيل إبراهيم سعد ص 304 - منصور مصطفى منصور ص 286 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 310.

مادة (921)

الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التى تتكون فى مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها.

الشرح

137- طرح النهر وأكله :

طرح النهر هو أجزاء من الأرض المجاورة له تتقلها مياه النهر بقوة اندفاعها خصوصا فى فترة فيضانه، فتجرفها من حافة مجراه فى مكان لتلقى بها على هذه الحافة فى مكان آخر فى نفس الضفة أو الضفة المقابلة، وقد يكون الطمى فى وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه، فتظهر أرضا فى وسط الماء الذى يحيطها من جميع الجهات. وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها فى وسط المجرى، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا فى مجرى النهر. وهذه العمليات جميعا تتضمن ظهور أراض جديدة فى مكان لم تكن فيه، وهذا ما يسمى بطرح النهر. والملاحظ أن ذلك يتم بسرعة لا ببطء وبالتدرج كما هى الحال فى طمى النهر.

أما **أكل النهر**، فالمقصود به الأراضى التى تختفى عن المكان الذى كانت فيه قبل اندفاع مياه النهر بقوة⁽¹⁾.

138- خضوع ملكية طرح النهر للقانون رقم 100 لسنة 1964 :

رأينا أن المادة (921) تقضى بأن الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التى تتكون فى مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها.

وينظم أحكام طرح النهر وأكله الآن، القانون رقم 100 لسنة 1964 (المعدل) بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 341 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 339 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 260.

(2) التشريعات السابقة على هذا القانون:

= كان ينظم طرح النهر وأكله قبل القانون رقم 100 لسنة 1964 التشريعات الآتية:

وأشارت المادة (2- أ) من قانون إصدار هذا القانون إلى أن أراضي طرح النهر من الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة. وحددتها بأنها الأراضي "الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعية التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه"، وقد حددت المادة (1) من القانون أن طرح النهر يكون من الأملاك الخاصة للدولة.

والنصان السابقان لا يخلان بطبيعة الحال بحكم المواد 918- 920 مدنى⁽¹⁾.

139- تنظيم حصر طرح النهر وأكله :

تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أو من ينييه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا ويودع هذا القرار مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم. ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات الحصر والمساحة (م1/11، 2).

وقد قصد من الأحكام السابقة تبسيط الإجراءات وتيسيرها من ناحية، وذلك باتخاذ القرار الوزارى الذى يصدر بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا بعد إتمام أعمال الحصر والمساحة المشار إليها - أساسا وسندا لملكية الدولة لما يستجد من طرح النهر الذى يتضمن ذلك القرار حصر مقداره، مع تقرير شهر هذا السند بطريق

= 1- اللائحة السعيدية الصادرة فى 5 من أغسطس سنة 1858، وقد أحال إليها القانون المدنى المصرى القديم (المادة 61 من القانون المدنى الأهلى والمادة 85 من القانون المدنى المختلط).

2- القانون رقم 48 لسنة 1932 الخاص بطرح النهر وأكله، وقد بقى هذا القانون قائما إلى ما بعد العمل بالقانون المدنى الجديد (الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948).

3- القانون رقم 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله المعدل بالقانون رقم 63 لسنة 1957.

4- القانون رقم 181 لسنة 1957.

5- القانون رقم 92 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون 100 لسنة 1964.

الإيداع وهو طريق من الطرق المقررة قانونا للشهر العقارى وقد سبق للمشرع الأخذ به فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة.

ومن ناحية أخرى - فقد قصد بهذه الأحكام أيضا أن يتخذ القرار الوزارى الذى يصدر بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا على النحو المتقدم- أساسا لإثبات واقعة هلاك العقارات التى تكون محلا لأكل النهر، وسندا رسميا يتم بموجب تعديل المكلفات والتأشير فى سجلات المساحة والشهر العقارى. .. الخ، وذلك تأسيسا على أن أكل النهر هو واقعة مادية يترتب عليها زوال ملكية عقار أو جزء من عقار نتيجة جرف النهر له وهلاكه تبعا لذلك هلاكها كليا⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (12) على أن يشمل زمام القرية أو المدينة بالنسبة إلى ما يستجد من طرح النهر وأكله فى تطبيق أحكام القانون المساحة المحصورة بين شاطئ النهر ومحوره بحسب طبيعته وبين خطين عموديين يبدأان من شاطئ النهر عند التقائه بحدى الزمام المرسومين على خرائط المساحة وينتهيان عند ذلك المحور.

وقد تضمنت هذه المادة بيان حدود زمام القرى والمدن بالنسبة لما يستجد فيها من طرح النهر وأكله، لاختلاف طبيعة هذا الزمام ومعايير تحديده عن طبيعة الزمام فى الأراضى الزراعية وضوابط تحديده.

140- تخصيص طرح النهر ببعض الأماكن؛

لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قرارا بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى المعادى المقررة أو بمواقع الموارد أو اللزوم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسى أو الموارد أو هذا المشروع العام بناء على طلب الوزارة المختصة. وإذا أبطل المرسى أو المورد أو المشروع العام جاز التصرف فى هذا الطرح طبقا لأحكام القانون 100 لسنة 1964 (م13).

141- التعويض عن أكل النهر؛

تلتزم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى نيابة عن الحكومة بتعويض أكل النهر الذى يتم حصره بما يعادل خمسين مثل الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه، فإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت حدوث

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1964 - راجع أيضا الدكتور أحمد سلامه القانون الزراعى الطبعة الأولى سنة 1970 ص 42 وما بعدها.

الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل فيكون تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضي الجزائر الملاصقة للنيل في البلدة الواقع في زمامها الأكل (م1/4).

ومفاد ما ورد بالمذكرة الإيضاحية أن الدولة تضمن فعل الطبيعة، ومن ثم إذا جار النهر على أرض وأكلها التزمت الدولة بالتعويض عن هذا الفعل بدفع قيمة ما أكل محسوبة على أسس معينة.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ما يأتي:

"... فإنه لا يستقيم القول بأن الحكومة تشتري الديون التي يلزمها القانون بها، وإنما الصحيح أن يقال إنها توفى بهذه الديون. كما أنه لا يسوغ القول بأن التعويض الذي تؤديه الحكومة هو ثمن لشراء حق تعويض أكل النهر، وإنما الصحيح أن يقال أن ذلك التعويض هو محل هذا الحق"⁽¹⁾.

(1) كما أوردت المذكرة الإيضاحية قبل ذلك ما يأتي:

"ورغبة في إزالة ما كان يشوب القانونين رقمي 181 لسنة 1957 و 192 لسنة 1958 في شأن طرح النهر وأكله - من أوجه التناقض بالنسبة إلى تحديد الطبيعة القانونية لتعويض أكل النهر. وتكييف العلاقة بين الحكومة وأصحاب أكل النهر، والتي كان مردها أن القانون رقم 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله كان يقضى بتوزيع أراضي طرح النهر على أصحاب أكل النهر كتعويض عيني لهم عما يفقدونه من أكل ثم تبين للحكومة أن بعض المستغلين من كبار الملاك وأصحاب رؤوس الأموال قد أقبلوا في ظل القانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه - على شراء أكل النهر بثمن بخس من صغار الملاك - من أصحاب الأكل المستحقين لأراضي طرح النهر، أو ممن يعجز منهم عن تسلم حقه في الطرح الذي يحدث في بلاد بعيدة عن موطنه في بلده الأصلية. كما أن زراع طرح النهر أخذوا يضجون بالشكوى من تسليم الطرح الذي يضعون أيديهم عليه ويقومون بزراعته - إلى أصحاب أكل النهر الحادث في مواقع وبلاد بعيدة. أو إلى التنازل إليهم عنه.

وإثر ذلك عمدت الحكومة إلى تعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه بالقانون رقم 63 لسنة 1957 الذي قضى بتخصيص طرح النهر الذي يظهر في موقع معين لتعويض أصحاب أكل النهر الحادث في ذلك الموقع بمقدار ما فقده من أكل. ثم ألغى القانون رقم 73 لسنة 1953 بأكمله واستبدل به القانون رقم 181 لسنة 1957 الذي استحدث مبدأ العدول عن توزيع أراضي طرح النهر كتعويض عيني يقتضيه أصحاب أكل النهر، =

= وقضى بتقرير تعويض نقدي تؤديه الحكومة إليهم، كما قضى بتعديل قواعد التصرف في أراضي طرح النهر بحيث يجرى توزيعها على صغار الفلاحين وفقا لقواعد تشابه قواعد التوزيع المتبعة في الإصلاح الزراعي.

وبعد إلغاء القانون رقم 181 لسنة 1957 المشار إليه، استمر تضمين هذه الأحكام التي استحدثتها - في القانون رقم 192 لسنة 1958 الذي استبدل به.

إلا أنه رغما عن تلك التعديلات فإنه كلا من القانونين رقمي 181 لسنة 1957 و 192 لسنة 1958 المشار إليهما . فقد جري علي تكييف العلاقة بين الحكومة وأصحاب أكل النهر باعتبارها بيعا وشراء. بيعا من أصحاب أكل النهر لحقهم في التعويض. وشراء من الحكومة لهذا الحق. كما جرى على وصف التعويض النقدي الذى تؤديه الحكومة إلى أصحاب أكل النهر - بأنه "ثمن" شراء حق تعويض أكل النهر. ولم يكن هذا الوصف وذاك التكييف إلا أثرين من الآثار التى تخلفت عن غير قصد - عن النظام القديم الذى كان قائما على التعويض العيني عن أكل النهر بأراضى - من طرح النهر وفقا للقانون رقم 73 لسنة 1953 وهو نظام كان يمكن فى ظله تكييف العلاقة بين الحكومة مالكة طرح النهر، وبين أصحاب أكل النهر الذين توزع عليهم أراضي الطرح بأنها بيع من الحكومة لأراضى الطرح إلى أصحاب الأكل الذين يعدون مشتريين فى هذه الحالة.

أما بعد أن عدل المشروع عن ذلك النظام فى القانون رقم 181 لسنة 1957 ثم فى القانون رقم 192 لسنة 1958 المشار إليهما - واتجه إلى أن يستبدل به نظاما جديدا مغايرا يقوم أساسا على الفصل بين تعويض أكل النهر وبين توزيع أراضي طرح النهر، ويقضى بقصر حق أصحاب الأكل على مجرد تعويض نقدي تؤديه الحكومة إليهم، كما يقضى بتخصيص أراضي الطرح للتوزيع على صغار الفلاحين".

ويرى البعض أن ذلك أمر غير سائغ وغير مقبول. ولا يقلل من عدم قبوله أن الدولة هنا تلتزم مراعاة للاعتبارات المتعلقة بالتضامن الاجتماعى، لأنه حينئذ يكون مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة أو نص القانون لا الفعل الضار الناتج عن جريان النهر. ولا يصح القول بأن الدولة تلتزم لأنها أثرت بغير سبب على أساس أن طرح النهر قد أدى إلى أن تمتلك أرضا. ذلك أنها إذ تمتلك الطرح فإن سبب التملك هنا هو نص القانون كما أنه ليس هناك ما يثبت أن الطرح قد أتى نتيجة الأكل بل إن الطرح يتكون من الطمى الذى يحمله النهر ويأتى به من بعيد ولذلك فإن المبلغ الذى تدفعه الدولة لايعتبر تعويضا بالمعنى الدقيق وإلا لكان جزاء على خطأ ولا مرتبط بالقيمة الفعلية للضرر. وإنما هو مبلغ من المال يلزم القانون الدولة بدفعه مراعاة للتكافل الاجتماعى. وينبنى على ذلك أن القانون هو الذى يحدد مقدار ما يدفع لصاحب الأكل دون أن يسمع أى اعتراض من جانب هذا الأخير. والقول بأن =

142- بطلان التصرف فى حق التعويض :

تنص الفقرة الثانية من المادة (14) على أنه:

"ولا يجوز التصرف فى حق التعويض عن أكل النهر ويقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم" - وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا البطلان بقولها: "وحماية لصغار الملاك من أصحاب أكل النهر من الاستغلال. وعملا على استقرار الحقوق لأربابها، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (14) على حظر التصرف فى حق التعويض عن أكل النهر سواء بالنزول عنه أو بحوالته إلى الغير... إلخ - وقضت ببطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم".

وواضح من النص أن حظر التصرف فى حق التعويض جاء عاما. ونرى أن العلة التى استندت إليها المذكرة الإيضاحية فى هذا الحظر غير قائمة، لأن التعويض طبقا للقانون رقم 100 لسنة 1964 يصرف نقدا إلى صاحب أكل النهر، ومن ثم لا يستطيع أن يتعرض لأى عملية بيع، ولا محل على الإطلاق لوجود شبهة استغلال. وهذا ما دعا البعض - بحق - إلى قصر الحظر على التصرف الذى ينقل الحق كبيعه أو النزول عنه أو حوالته. ولا يمتد إلى مطلق معنى التصرف القانونى، كالوكالة فى المطالبة بالتعويض سواء كانت إلى قريب أو غير قريب⁽¹⁾.

143- حق التعويض الذى سبق شراؤه بعقد مسجل بعد العمل بالقانون

73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله :

مع عدم الإخلال بالقرارات النهائية الصادرة قبل العمل بهذا القانون من اللجان المشكلة وفقا لحكم المادة (7) من القانون رقم 192 لسنة 1958 المشار إليه إذا كان حق تعويض أكل النهر قد سبق شراؤه بعقد مسجل بعد العمل بالقانون 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله فيكون التعويض الذى تؤديه الحكومة معادلا للثمن المحدد فى العقد المسجل مضافا إليه رسوم الشهر وعشرة فى المائة من جملة هذا الثمن بشرط ألا يجاوز مجموع ذلك خمسين مثل الضريبة العقارية وفقا لحكم الفقرة السابقة وإلا اقتصر على خمسين مثلا (م/3/14).

= الدولة تقى بالتزام معناه إجبارها على الوفاء وإلزامها بالفوائد وهذا أمر غير ممكن. (أحمد سلامة ص 46 الهامش).

(1) أحمد سلامة ص 53.

وقد حدا الشارع إلى هذا الحكم أن المادة (7) من القانون رقم 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله كانت تنص فى فقرتها الثالثة على أنه إذا كان حق تعويض أكل النهر قد سبق شراؤه بعد العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 (وقت أن كان التعويض عينيا) بعقد مسجل فىكون الثمن الذى تؤديه الحكومة معادلا لثمن الشراء الحقيقى والمصروفات القانونية حسبما تقدره لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الإصلاح الزراعى، بشرط ألا يجاوز الثمن والمصروفات خمسين مثلا للضريبة.

وكانت هذه المادة تعالج حالات سابقة على التعديل الذى استحدثه القانون رقم 181 لسنة 1957. ويتضمن إسناد تقرير ثمن شراء حق تعويض أكل النهر الذى تم قبل ذلك بموجب عقود مشهورة إلى اللجنة المشار إليها فى تلك المادة. الأمر الذى يؤدى إلى إطالة الإجراءات وتأخير إقتضاء ذوى الشأن لحقهم فى التعويض.

ومن ثم فإن نص الفقرة الأخيرة من المادة 14 أدى إلى درء العيوب التى كانت تشوب الأحكام الواردة فى المادة (7) من القانون رقم 192 لسنة 1958 المشار إليه والعدول عن إسناد تقدير التعويض الذى تؤديه الحكومة فى الحالات المنصوص عليها فيه إلى اللجنة المشكلة وفقا لحكم الفقرة (3) من المادة (7) سالفة الذكر، والاكتفاء فى ذلك بوضع معايير محددة وثابتة لتقدير التعويض المستحق للمشتريين لحق تعويض أكل النهر فى الحالات المشار إليها وفقا لقواعد عادلة⁽¹⁾.

144- التوزيعات التى تمت وفقا لأحكام القانون رقم 73 لسنة 1953

وأقر القانون رقم 100 لسنة 1964 اعتمادها أو أوجبه :

طرح النهر الذى تم توزيعه ابتدائيا وفقا لأحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 ولم يتم اعتماده بقرار من الوزير المختص يكون واجب الاعتماد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وذلك فى الحالات الآتية:

(أ) إذا كان الطرح قد وزع على مستحقه الأصليين مقابل أكل نهر كانوا يمتلكونه قبل العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 وحدث الأكل فى ملكيتهم بعد العمل بالقانون المشار إليه ولم يتصرفوا فيه إلى الغير .

(ب) إذا كانت ملكية الأكل قد آلت إلى الموزع عليه طرح النهر قبل العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(ج) إذا كانت ملكية الأكل قد آلت إلى الموزع عليه طرح النهر بعد العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 بغير طريق التعاقد.

فإذا كان التوزيع قد تم إلى أصحاب وكالة حصلوا عليها بعد العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه فلا تعتمد منه إلا الحالات التي تكون الوكالة فيها صادرة إلى أقارب لغاية الدرجة الرابعة.

وإذا كان الأكل قد حدث في تكليف ورثة متعددين وتم توزيع الطرح المستحق عن هذا التكليف ابتدائياً إلى أحد الورثة أو بعضهم ولم يبلغ هذا التوزيع بعد العمل بالقانونين رقمي 181 لسنة 1957، 192 لسنة 1958 في شأن طرح النهر وأكله فيعتمد هذا التوزيع بالنسبة إلى أنصبة سائر الورثة متى أقر هؤلاء بموافقتهم عليه بإقرارات مصدق على توقيعاتهم عليها طبقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية وذلك خلال موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة 1969 وإلا ألغى التوزيع بالنسبة إلى أنصبة من لا يوافق عليه من الورثة ويعفى ذوو الشأن من تقديم هذه الإقرارات ومن تقديم الاعلامات الشرعية المثبتة ولورثتهم إذا لم يجاوز ما تم توزيعه على كل منهم من الطرح نصف فدان، لقاء الأكل الذي حدث في تكليفهم المشترك وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والإجراءات التي تتبع في هذه الحالة لاعتماد التوزيع النهائي⁽¹⁾.

فإذا كان التوزيع قد تم إلى وكيل عن الورثة فلا يعتمد منه إلا ما يكون قد تم بالنسبة إلى الورثة الذين لا تتعدى قربتهم للوكيل حدود الدرجة الرابعة وبشرط ألا يكون هذا التوزيع قد ألغى بعد تاريخ العمل بالقانونين رقمي 181 لسنة 1957، 192 لسنة 1958 المشار إليهما (م72).

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون تبريراً لهذا النص ما يأتي :

"وأوردت المادة (72) الأحكام الخاصة بتصفية الحالات التي تم فيها توزيع بعض أراضي طرح النهر توزيعاً ابتدائياً طبقاً لأحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله، ولم يتم اعتماد ذلك التوزيع اعتماداً نهائياً حتى الآن.

وقد سبق أن أوضحنا في هذه المذكرة الإيضاحية - أن القانون رقم 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله كان يقضى بتوزيع أراضي طرح النهر على أصحاب أكل النهر كتعويض عيني لهم عما يفقدونه من أكل. ثم تبين للحكومة أن بعض المستغلين

(1) معدلة بالقانون 36 لسنة 1967.

من كبار الملاك وأصحاب رؤوس الأموال قد أقبلوا فى ظل ذلك القانون على شراء أكل النهر بثمان بخص من صغار الملاك - من أصحاب الأكل المستحقين لأراضى طرح النهر، أو ممن يعجز منهم عن تسلم حقه فى الطرح الذى يحدث فى بلاد بعيدة عن موطنه فى بلدته الأصلية. كما أن زراع طرح النهر أخذوا يضجون بالشكوى من تسليم الطرح الذى يضعون أيديهم عليه ويقومون بزراعته - إلى أصحاب أكل النهر الحادث فى مواقع وبلاد بعيدة أو إلى المتنازل إليهم عنه.

وإثر ذلك عمدت الحكومة إلى تعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه بالقانون رقم 63 لسنة 1957 الذى قضى بتخصيص طرح النهر الذى يظهر فى موقع معين لتعويض أصحاب أكل النهر الحادث فى ذلك الموقع بمقدار ما فقده من أكل. ثم ألغى القانون رقم 73 لسنة 1953 وأكملته واستبدل به القانون رقم 181 لسنة 1957 الذى استحدث مبدأ العدول عن توزيع أراضى طرح النهر كتعويض عيى يقتضيه أصحاب أكل النهر. وقضى بتقرير تعويض نقدى تؤديه الحكومة إليهم. كما قضى بتعديل قواعد التصرف فى أراضى طرح النهر بحيث يجرى توزيعها على صغار الفلاحين وفقاً لقواعد تشابه قواعد التوزيع المتبعة فى الإصلاح الزراعى.

وبعد إلغاء القانون رقم 181 لسنة 1957 المشار إليه، استمر تضمين هذه الأحكام التى استحدثتها - فى القانون رقم 192 لسنة 1958 الذى استبدل به.

ولما كان التطبيق العملى للقانونين رقمى 181 لسنة 1957 و192 لسنة 1958 المشار إليهما - قد كشف عن وجود حالات تم فيها توزيع أراضى طرح النهر توزيعاً ابتدائياً مطابقاً لأحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه وقت أن كان قائماً. ولم يعتمد هذا التوزيع نهائياً حتى الآن. رغم أن هذه الحالات لا تشوبها مظنة الاستغلال مما تنتفى معه الحكمة من عدم اعتماد التوزيع الابتدائى فيها، كما أن الاعتبارات المتعلقة بالعدالة تملى فى بعض هذه الحالات إقرار ذلك التوزيع.

لذلك وحسماً لمراكز المواطنين الذين تم التوزيع الابتدائى عليهم فى الحالات المشار إليها. فقد روى تضمين القانون المرافق حكماً انتقالياً يقرر تصفية تلك الحالات فى ضوء الاعتبارات المتقدمة. وبمراعاة الأهداف التى التزمها والقواعد الرئيسية التى أوردها، فقضت المادة (72) بأن طرح النهر الذى تم توزيعه ابتدائياً وفقاً لأحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله، ولم يتم اعتماده بقرار من الوزير المختص،

يكون واجب الاعتماد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وذلك فى الحالات الآتية:

(أ) حالة طرح النهر الذى وزع كتعويض عينى على مستحقه الأصليين مقابل أكل نهر كانوا يمتلكونه قبل العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 وحدث الأكل فى ملكيتهم بعد العمل بالقانون المشار إليه. ولم يتصرفوا فيه إلى الغير واستبقوه لأنفسهم حتى عوضوا عنه عينا وفقا للقانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه على النحو المتقدم.

(ب) حالة طرح النهر الذى وزع كتعويض عينى مقابل أكل نهر آلت ملكيته إلى الموزع عليهم قبل العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه.

وهاتان الحالتان لا تنثور شبهة الاستغلال فيهما باعتبار أن توزيع طرح النهر كان مقابل ما يملكه الموزع عليهم من أكل نهر منذ ما قبل تاريخ العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه، وأن استغلال ملاك الأماكن لم يبدأ إلا بعد صدور القانون رقم 73 لسنة 1953.

(ج) حالة طرح النهر الذى وزع كتعويض عينى مقابل أكل نهر آلت ملكيته إلى الموزع عليهم بعد العمل بالقانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه بغير طريق التعاقد. وهذه الحالة الأخيرة لاتنثور فيها شبهة الاستغلال أيضا إذ أن الغرض فيها أن ملكية أكل النهر المعوض عنه عينا قد آلت إلى الموزع عليهم بغير طريق التعاقد - كالميراث مثلا.

وعالجت المادة (72) كذلك التوزيع الذى يكون قد تم وفقا للقانون رقم 73 لسنة 1953 المشار إليه إلى أصحاب وكالة حصلوا عليها بعد العمل بالقانون المذكور، وقصرت هذه المادة اعتماد مثل هذا التوزيع على الحالات التى تكون الوكالة فيها صادرة إلى أقارب للموكلين لغاية الدرجة الرابعة، لانقضاء شبهة الاستغلال بين الأقارب الأقربين فى مثل هذه الحالة أيضا.

وأضافت تلك المادة أنه إذا كان الأكل قد حدث فى تكليف ورثة متعددين، وتم توزيع طرح النهر المستحق كتعويض عن هذا التكليف ابتداءيا - طبقا للقانون رقم 73 لسنة 1953 - إلى أحد الورثة أو بعضهم ممن طلبوا تعويضهم عن الأكل الذى وقع فى التكليف المشترك بينهم، ولم يبلغ هذا التوزيع بعد العمل بالقانونين رقمى 181 لسنة 1957 و 192 لسنة 1958 المشار إليهما - فإن هذا التوزيع يعتمد أيضا النسبة إلى أنصبة سائر الورثة - أخذا بنظرية الإنابة القانونية بين الورثة وقيام بعضهم مقام بعض

بالنسبة إلى جميع الأعمال التى يكون من شأنها اقتضاء حقوق التركة أو زيادة أصولها - وذلك متى أقر هؤلاء الورثة بموافقتهم على التوزيع المشار إليه، بموجب إقرارات مصدق على توقيعاتهم عليها، وذلك خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون المرافق، وإلا ألغى التوزيع بالنسبة إلى أنصبة من لا يوافق عليه من أولئك الورثة - وسقط حقهم فيه. وقضت تلك المادة أيضا بأنه إذا كان التوزيع قد تم إلى وكيل عن الورثة المشار إليهم فلا يعتمد منه إلا ما يكون قد تم بالنسبة إلى الورثة الذين لا تتعدى قرابتهم بالوكيل حدود الدرجة الرابعة وبشرط ألا يكون هذا التوزيع قد ألغى بعد العمل بالقانونين رقمى 181 لسنة 1957، 192 لسنة 1958 المشار إليهما.

ونصت المادة (73) على إلغاء جميع التوزيعات التى لا تطابق الأحكام المنصوص عليها فى المادة السابقة حتى لو كانت قد اعتمدت وتم شهرها، كما يلغى ما ترتب على هذه التوزيعات من تصرفات صادرة إلى الغير حتى ولو كان قد تم شهرها. وقضت هذه المادة بأنه فى جميع الحالات التى يلغى فيها التوزيع - تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى - بالطريق الإدارى، أراضى الطرح الملغى توزيعه ويحاسب صاحبه باعتباره مستأجرا له وذلك عن المدة من أول السنة الزراعية 1958-1959 وهى السنة التى صدر فيها القانون رقم 192 لسنة 1958 - إلى تاريخ تسليم الطرح إلى الهيئة، على أن يستنزل من قيمة الأجرة المستحقة عليه فى هذه الحالة ما يكون قد أداه عن تلك الأراضى من الضرائب العقارية وملحقاتها، وذلك سواء أكان التوزيع قد اعتمد وتم شهره أو لم يكن قد سبق اعتماده وشهره - حتى يستوى أساس معاملة أصحاب التوزيع فى الحالىين.

ونصت هذه المادة على توزيع أراضى طرح النهر الذى يلغى توزيعه وفقاً للأحكام المتقدمة - على صغار الزراع طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى القانون المرافق. كما نصت على أن تطبق على أصحاب التوزيعات الملغاة بالنسبة إلى حقهم فى التعويض عن أكل النهر أحكام المواد من (14) إلى (18).

وقضت هذه المادة فى فقرتها الأخيرة بأن تسرى أحكامها المتقدمة - على حالات التوزيع التى ألغيت بالقانون رقم 192 لسنة 1958 المشار إليه، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام النهائية الصادرة من الجهات القضائية المختصة أو القرارات النهائية الصادرة من لجان تقدير حق التعويض عن أكل النهر المشكلة طبقاً للقانون المذكورة.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 161 لسنة 20 قضائية

«دستورية» جلسة 2013/5/12 (الجريدة الرسمية - العدد 21 (مكرر) فى 26 مايو سنة 2013) بأن: بعدم دستورية نص الفقرتين الثانية والرابعة من المادة (13) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله، ونص الفقرة الأولى (بند ج) من المادة (72) والفقرة الأولى من المادة (73) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 100 لسنة 1964 بشأن تنظيم تأجير الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، فيما تضمنته من إلغاء توزيعات طرح النهر التى وزعت على من آلت إليهم ملكية الأكل بعد صدور القانون رقم 73 لسنة 1953 بطريقة التعاقد ولو كانت قد اعتمدت وتم شهرها. وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

145- إجراءات تقديم طلب التعويض وأداء التعويض:

يقدم صاحب أكل النهر طلب التعويض إلى المحافظة الكائن فى دائرتها الأكل على النموذج المعد لذلك أو بطلب مستوف للشروط والأوضاع المبينة فى اللائحة التنفيذية وذلك خلال موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة 1969 أو خلال سنتين من تاريخ حدوث الأكل أى المدينين أطول (م15 مستبدلة بالقانون رقم 36 لسنة 1967).

وكان الموعد قبل صدور القانون الأخير سنتين من تاريخ حدوث الأكل أو من تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 أى المدينين أطول.

وتؤدى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى نيابة عن الحكومة تعويض الأكل المبين فى الطلبات المقدمة وفقا للمادة (15) خلال السنة التالية لتقديمها وذلك فى حدود الاعتماد المالى المخصص فى الميزانية ووفقا لمراتب الأولوية التى تحددها اللائحة التنفيذية.

فإذا لم يف الاعتماد فيصرف التعويض من اعتماد السنوات التالية. ويكون للطلب ذات الأسبقية المقررة له فى الصرف وفقا للقواعد التى تحددها اللائحة التنفيذية (م16).

وتعفى من رسوم الدمغة الطلبات السالفة الذكر والأوراق والمستندات المتعلقة باستحقاق التعويض عن أكل النهر كما تعفى من الرسوم عمليات الاطلاع واستخراج الصور والشهادات التى تطلبها الهيئة العامة للإصلاح الزراعى من السجلات الحكومية فى طلبات التعويض عن أكل النهر ومع ذلك يستحق رسم دمغة شامل مقداره خمسون قرشا إذا زاد التعويض على العشرة جنيهات (م18).

146- جزاء تضمين طلب الحصول على التعويض بيانات غير صحيحة:

تنص المادة 17 من القانون على أن: "كل صاحب أكل نهر يضمن الطلب المنصوص عليه فى المادة (15) بيانات غير صحيحة يترتب عليها إعطاؤه حقا على غير مقتضى هذا القانون يحرم من الانتفاع بأحكامه لمدة خمس سنوات وإذا كان شراء حقه فى التعويض قد تم اعتبر عقد الشراء باطلا وكذلك التوزيع الذى يكون قد تم إليه حتى ولو كان قد تم شهره، ويلزم الطالب برد التعويض وجميع المبالغ التى يكون قد اقتضاها دون وجه حق مضافا إليها المصاريف فضلا عن تعويض يعادل خمسة أمثال الضريبة العقارية التى حوسب على أساسها وقت صرف تلك المبالغ إليه.

ويصدر وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى قرارا بذلك وتحصل تلك المبالغ بطريق الحجز الإدارى".

والمقصود ببطلان عقد شراء التعويض، هو إبطال عقود شراء حق تعويض أكل النهر الذى كان العمل جاريا على إبرامها فيما بين الحكومة وأصحاب أكل النهر وفقا لأحكام القانونين رقمى 181 لسنة 1957 و 192 لسنة 1958 سالفى الذكر.

والمقصود بإبطال التوزيع، إبطال التوزيع على من يكون قد عوض عن أكل النهر تعويضا عينيا قبل العمل بالقانون رقم 181 لسنة 1957 إذا كان صاحب الأكل قد عاد بعد بيعه حقه فى التعويض عن الأكل أو بعد انتفاعه بالتوزيع (التعويض العيني) فقدم طالبا جديدا للحصول على التعويض النقدي عن أكل النهر المقرر بموجب القانون المرافق، قاصدا بذلك التحايل على الحكومة ومتعمدا الحصول على تعويض مضاعف دون وجه حق.

ومؤدى الحكم المشار إليه إبطال عقد شراء الحكومة لحق تعويض أكل النهر وإبطال التوزيع الذى أفاد منه (التعويض العيني) وذلك وفقا لغشه وردا لتحايله غير المشروع⁽¹⁾.

وقد رصدت المادة 69 من القانون جزاء جنائيا أيضا يوقع على من يدلى بهذه البيانات هو الحبس (ومدته لا تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات) وغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.

ويعفى من العقاب كل من بادر من تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التى يكون قد أدلى بها أو اشترك فى الإدلاء بها (م69).

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

وهذه الجريمة عمدية تتطلب قصدا جنائيا خاصا هو علم الجانى أن البيانات التى يضمنها الطلب غير صحيحة ويترتب عليها إعطاؤه حقا على غير مقتضى القانون رقم 100 لسنة 1964.

147- حق وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى فى نزع ملكية العقارات المقامة عليها آلات رافعة:

تنص المادة (19) على أن:

"يكون لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى حق نزع ملكية العقارات المقامة عليها آلات رافعة مملوكة لأفراد والتى تستخدم فى رى أراضى طرح النهر المملوكة للدولة وكذلك نزع ملكية هذه الآلات متى رأى فى ذلك تحقيقا لمصلحة المنتفعين بالأراضى المذكورة على أن تؤول ملكية هذه العقارات والآلات إلى الجمعيات التعاونية الزراعية المختصة وبمقتضى الثمن والفوائد والمصروفات المستحقة من هذه العقارات والآلات من الجمعيات المذكورة طبقا للشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية".

148- رفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر:

تنص المادة 2 من القانون على أن:

"ترفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالى لتاريخ حدوث الأكل. وتربط على أراضى طرح النهر الذى يوزع أو يباع وفقا لأحكام هذا القانون الضريبة العامة للحوض الذى يقع فيه ابتداء من أول يناير التالى لتاريخ تسليمه إلى المتصرف إليه فيه، فإذا لم يكن الطرح واقعا فى حوض فتربط عليه ضريبة أقرب الحياض إليه، وإذا تعذر تحديد هذا الحوض أو تعددت الحياض القريبة فتربط الضريبة على أساس متوسط الضريبة المفروضة على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع فى زمامها الطرح".

149- التصرف فى أراضى طرح النهر:

كانت المادة الثامنة من القانون رقم 100 لسنة 1964 عند صدور القانون تنص على أن: "تؤول إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى الأراضى الزراعية الخاضعة لأحكام

هذا القانون للتصرف فيها بتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المشار إليه.

ولا يدخل فى الأراضى الزراعية التى توزع وفقا لحكم هذه المادة أراضى طرح النهر غير الثابت، التى لم يمض على ظهورها سنتان، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح الموطى التى لا تتحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة".

وقد قصد بهذا النص أن يتولى جهاز الإصلاح الزراعى المتخصص فى التوزيع - بما له من خبرة وتجربة وبما اكتسبه من كفاءة ومران توزيع الأراضى الزراعية المملوكة للدولة ملكية خاصة على صغار الفلاحين، وفقا لذات الأحكام المقررة فى قانون الإصلاح الزراعى والقوانين المعدلة، سواء فى ذلك الأحكام المتعلقة بإجراءات التوزيع وقواعده المنصوص عليها فى ذلك القانون ولأئحته التنفيذية. أو الأحكام التى تنظم العلاقة بين الهيئة العامة للإصلاح الزراعى وبين المنتفعين بالتوزيع، وبين هؤلاء وبين الجمعيات التعاونية للإصلاح الزراعى التى يكتسبون عضويتها بحكم القانون، أو الأحكام الخاصة بتقدير ثمن الأراضى الموزعة.

ولما كانت عبارة "الأراضى الزراعية" تشمل أراضى طرح النهر وفقا للتعريف الوارد فى الفقرة (أ) من المادة (2) من القانون، فإن التوزيع يشمل أراضى طرح النهر. وإذا كانت أراضى طرح النهر - عامة - لا تستقر ولا تثبت إلا بعد مضى فترة على ظهورها تقدر بنحو سنتين، كما أن بعض هذه الأراضى تغمرها مياه الفيضان السنوى ولا تتحسر عنها حتى أول شهر فبراير من كل سنة - وهى الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح الموطى.

وكان من المتوقع أن تستمر هذه الأراضى وتلك خاضعة لتأثير مياه الفيضان، إلى ما بعد إنشاء السد العالى، وبعد ذلك يتحقق بالنسبة إليها الاستقرار والثبات بعد أن يتم التحكم فى مياه الفيضان ودرء مخاطره.

لذلك فقد أوردت الفقرة الثانية من المادة حكما يقضى بأن تستبعد من نطاق الأراضى الزراعية التى توزع أراضى طرح النهر غير الثابت التى لم يمض على ظهورها سنتان،

وكذلك الأراضي الواقعة فى أسفل ميول الطرح المواطى، التى لا تتحسر عنها مياه الفيضان حتى أول شهر فبراير من كل سنة. وذلك حتى تستقر هذه الأراضي وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة، وتبعا لوضعها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة، بمصلحة الأموال المقررة- وهى السجلات الرسمية التى يمكن اتخاذها معيارا لتحديد طبيعة الأراضي المشار إليها فى ضوء نتائج معاينتها وحصرها... الخ.

ولما صدر القانون رقم 36 لسنة 1967 المعمول به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى 31 أغسطس 1967 - العدد (77) نص فى مادته الثالثة على أن يستبدل بنص الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون رقم 100 لسنة 1964 النص الآتى: "تؤول إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون للتصرف فيها طبقا لأحكام المادتين 4، 7 من هذا القانون. ولا يدخل فى الأراضي الزراعية التى توزع وفقا لحكم هذه المادة أراضى النهر غير الثابت، التى لم يمض على ظهورها سنتان، وكذلك الأراضي الواقعة فى أسفل ميول الطرح المواطى التى لا تتحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة وذلك حتى تستقر هذه الأراضي وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة".

والمادة الرابعة التى أحال عليها النص سالف الذكر تنص على تأجير الأراضي الزراعية إلى صغار الفلاحين فى حدود خمسة أفدنة لكل منهم بالشروط الواردة بها. أما المادة السابعة فتتص على أن الأراضي البور التى تستصلح وتزرع خفية والأراضي الزراعية التى تزرع خفية تحصر سنويا على زارعيها، ثم تؤجر فى السنة الزراعية التالية إلى صغار الفلاحين... الخ.

وبالبناء على ذلك فإن المادة الثالثة من القانون رقم 36 لسنة 1967 تكون قد ألغت نظام توزيع الأراضي الزراعية- ومنها أراضى طرح النهر- على صغار الفلاحين وفقا لأحكام المرسوم بقانون 17 لسنة 1952 منذ تاريخ العمل بأحكامه.

ولما صدر القانون رقم 17 لسنة 1969⁽¹⁾ استبدل النص التالى بنص المادة الثامنة: "يتم التصرف بالبيع فى الأراضي الزراعية وملحقاتها الخاضعة لأحكام هذا

(1) الجريدة الرسمية فى 23 يناير سنة 1969 - العدد (4).

القانون بمعرفة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالممارسة أو بالمزاد العلني. واستثناء من أحكام القانون رقم 29 لسنة 1958 المشار إليه تتضمن اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم والمساحة التي يجوز التصرف فيها إلى كل منهم وقواعد تقدير الثمن ومدة سداده وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى ومدى الإعفاءات التي تمنح للمتصرف إليهم من الثمن أو من متأخر الإيجار أو غير ذلك".

وقد نصت المادة الرابعة من القانون على أن يعمل بالقانون اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964.

ومفاد ذلك أن هذا القانون ألغى توزيعات أراضي طرح النهر التي تكون قد وزعت في ظل المادة الثامنة من القانون رقم 100 لسنة 1964 قبل تعديلها بالقانون رقم 36 لسنة 1967.

ثم صدر القانون رقم 7 لسنة 1991 في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأمولاك الدولة الخاصة ونص في مادته الثالثة على أن تتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف في أراضي طرح النهر، وتمارس سلطات المالك في كل ما يتعلق بها، وبالتنسيق مع وزارة الأشغال العامة والموارد المائية وقد تغيا المشرع من ذلك عدم اعتبار أراضي طرح النهر أرضاً زراعية خالصة كما نصت المادة الثانية بند (أ) من القانون رقم 100 لسنة 1964 ذلك أنها تكون في حاجة إلى استصلاح يهيئها للزراعة وهي مهمة الهيئة العامة للتعمير والتنمية الزراعية⁽¹⁾.

150- اختصاص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل في

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون - وكان قد صدر القانون رقم 31 لسنة 1984 في شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة ونص في مادته الأولى على أنه مع = عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 143 لسنة 1981 في شأن الأراضي الصحراوية، وبحق الدولة في إزالة التعديلات التي تقع على أملاكها بالطريق الإداري، يجوز للجهة الإدارية المختصة التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة إلى واضع اليد عليها قبل نفاذ هذا القانون، وذلك بالبيع بطريق الممارسة مع جواز تقسيط الثمن متى طلب شراءها خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به، وفقاً للقواعد والضوابط التي يقررها مجلس الوزراء لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

المنازعات المتعلقة بتوزيع أراضي طرح النهر:

تنص المادة 21 من القانون رقم 100 لسنة 1964 على أن: "تختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي المنصوص عليها في المادة 13 مكررا من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المشار إليه بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله - وتكون القرارات الصادرة من اللجنة نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي وتنفذ بالطريق الإداري".

والمادة 13 مكررا المشار إليها تنص على أن: "تشكل لجان خاصة لفحص الحالات المستثناة طبقا للمادة (2) ولتقدير ملحقات الأرض المستولى عليها ولفرز نصيب الحكومة في حالة الشيوخ، وتتضمن اللائحة التنفيذية كيفية تشكيلها وتحديد اختصاصاتها والإجراءات الواجب اتباعها.

وتشكل لجنة قضائية أو أكثر من مستشار من المحاكم يختاره وزير العدل - تكون له الرئاسة، ومن عضو بمجلس الدولة يختاره رئيس المجلس وثلاثة أعضاء يمثلون كلا من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ومصلحة الشهر العقاري والتوثيق ومصلحة المساحة".

وتختص هذه اللجنة دون غيرها - عند المنازعة - بما يأتى:

(1) تحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضي المستولى عليها أو التى تكون محلا للاستيلاء طبقا للإقرارات المقدمة من الملاك وفقا لأحكام هذا القانون وذلك لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه منها.

(2) الفصل في المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على المنتفعين وفى جميع الأحوال لا تقبل المنازعة بعد مضى خمسة عشر يوما من تاريخ النشر فى الوقائع المصرية عن الأراضي المستولى عليها ابتداءيا أو الأراضي التى يتم توزيعها على المنتفعين ابتداءيا، كما لا تقبل المنازعة فى القرارات الصادرة بالتوزيع الابتدائى قبل أول أكتوبر سنة 1956 وذلك فيما عدا المنازعات التى رفعت قبل هذا التاريخ.

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات التقاضى أمام اللجان القضائية، ويتبع فيما لم يرد بشأنه فيها نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية كما تبين اللائحة

البيانات التى تنتشر فى الوقائع المصرية عن الأراضى المستولى عليها أو الموزعة ابتدائيا.

واستثناء من أحكام قانون السلطة القضائية يمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات التى تختص بها اللجان القضائية المشار إليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة وتحال فوراً جميع القضايا المنظورة أمام جهات القضاء مادام باب المرافعة لم يقفل فيها - إلى تلك اللجان... الخ.

وعلى ذلك فاللجنة القضائية المشار إليها تختص وحدها بنظر المنازعات المتعلقة بتوزيع أراضى طرح النهر فى الفترة السابقة على العمل بالقانون رقم 36 لسنة 1967، وكذلك بالمنازعات المتعلقة بالتوزيعات السابقة على العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 ولم يكن قد أقفل فيها باب المرافعة أمام محكمة القضاء الإدارى قبل العمل بالقانون المذكور.

وقد ورد النص على اختصاص اللجنة القضائية بالمنازعات المذكورة عاما، ومن ثم فإنه يدخل فى اختصاصها كافة المنازعات المتعلقة بالتوزيع - كالشأن فى توزيع الأراضى المستولى عليها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعى - بدءاً من انفتاح إجراءات التوزيع بتقديم طلبات التوزيع حتى إتمام تسجيل الأرض باسم الموزعة عليه، ويندرج فيها إلغاء القرارات الصادرة بالتوزيع والتعويض عن قرارات التوزيع⁽¹⁾.

(1) وهناك لجنة أخرى نصت عليها المادة 62 من القانون رقم 100 لسنة 1964 إذ جرت هذه المادة على أنه: "إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها فى = هذا القانون أو تسبب فى تعطيل قيام الجمعية التعاونية الزراعية بالأعمال المنصوص عليها فى المادة 64 أو إذا أخل بأى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد والقانون ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برئاسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديرى الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى بحسب الأحوال. وللجنة بعد سماع أقوال صاحب الشأن أن تصدر قراراً مسبباً بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع.

وفى هذا قضت المحكمة الادارية العليا بـ:

1- "إن القانون، وقد تضمن النص على تحويل اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بطرح النهر والتعويض عن أكله إنما هو قانون متعلق بالاختصاص، لأن المشرع قصد به فى الواقع من الأمر نزع الاختصاص الوظيفى لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى، من نظر المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله، وناط الاختصاص بذلك إلى جهة أخرى".

(طعن رقم 1441 لسنة 31 ق جلسة 1969/11/8)

2- "إن القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها والذي عمل به وفقا لحكم المادة 89 منه بعد انقضاء ثلاثة أشهر على نشره الذى تم فى 22 من مارس سنة 1964 قد استحدث تنظيمًا جديدًا فى شأن المسائل المتعلقة بطرح النهر والتعويض عن أكله وقد نص فى المادة 21 منه على أن تختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى المنصوص عليها فى المادة 13 مكررا من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى والقوانين المعدلة له- بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله ومؤدى هذه المادة وقد نصت بصيغة عامة مطلقة على اختصاص اللجنة المشار إليها بالفصل فى المنازعات

وبيلغ قرار اللجنة إلى صاحب الشأن بالطريق الإدارى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره. ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه.

ولا يكون قرار اللجنة نهائيا إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم المشار إليه. وينفذ القرار بالطريق الإدارى".

وقد قصد من هذه المادة تحقيق الصالح العام ومراعاة الاعتبارات المتعلقة بالمحافظة على الإنتاج القومى بالتحقق من قيام المتصرف إليهم بزراعة الأرض على خير وجه وحسن استغلالهم لها، وتوافرهم على زيادة إنتاجها ورفع مستواها خلال المدة المبينة بالمادة، وبانقضاء هذه المدة تستقر ملكية المتصرف إليهم- ومعظمهم من صغار الزراع- التى تعد بمثابة فترة اختبار يتم خلالها التثبت من قدرتهم على الاضطلاع بمسئولية هذه الملكية والوفاء بالتزاماتها (المذكرة الإيضاحية للقانون).

المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله أن ينعقد لها الاختصاص بالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله سواء كانت فى صورة إلغاء القرارات الصادرة بتوزيع طرح النهر أو تلك المتعلقة بهذا التوزيع أم فى صورة طلب التعويض عن هذه القرارات أو التعويض عن أكل النهر ولما كان موضوع المنازعة المثارة هو طلب إلغاء القرار الإدارى الصادر بإلغاء قرار توزيع طرح النهر على المدعين فإن القرار المطعون فيه يكون بهذه المثابة من القرارات الإدارية بتوزيع طرح النهر والتى أصبح الاختصاص بالفصل فيها منوطاً باللجنة القضائية للإصلاح الزراعى منذ تاريخ العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1964 آنف الذكر.

ومن حيث إن القانون المذكور وقد نص على تخويل اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله فإنه يعد بهذه المثابة من القوانين المعدلة للاختصاص قصد به الشارع نزع الاختصاص الوظيفى لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بالفصل فى طلب إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله وناط الاختصاص بذلك إلى جهة أخرى ولما كانت المادة الأولى من قانون المرافعات القديم والجديد على السواء - تقضى بأن تسرى قوانين المرافعات بأثر حال على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى وما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ثم أخرجت هذه المادة من نطاق المذكور الاستثناءات التى نصت عليها فى فقراتها الثلاث ومفاد أولها عدم سريان القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى ولما كان الأمر كذلك فإن أحكام القانون رقم 100 لسنة 1964 المشار إليه فى شأن تعديل اختصاص المحاكم تسرى على الدعاوى التى لم يكن قد تم إقفال باب المرافعة فيها قبل تاريخ العمل بهذا القانون وهو على ما سلف بيانه بعد انقضاء ثلاثة أشهر على نشره الذى تم فى 23 من مارس سنة 1964. والدعوى الماثلة وإن كانت قد أقيمت قبل تاريخ العمل بالقانون المذكور إلا أنه لم يقفل باب المرافعة فيها إلا بعد هذا التاريخ حيث قررت المحكمة بجلسة 20 من أبريل سنة 1965 إصدار الحكم بجلسة 8 من يونية سنة 1965 مع التصريح بمذكرات فى أربعة أسابيع وكان يتعين والأمر كذلك أن تقضى المحكمة بعدم اختصاصها بهيئة قضاء إدارى بنظر الدعوى وإذ أغفلت المحكمة أعمال مقتضى

القانون رقم 100 لسنة 1964 المذكور فإنها تكون قد خالفت أحكام القانون الأمر الذى يتعين معه إلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء بعدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر الدعوى".

(طعان رقما 981، 1008 لسنة 11 قى جلسة 1973/6/30)

151 - مضمون اختصاص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر:

رأينا فيما سلف أن المادة 21 من القانون تنص على أن تختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى المنصوص عليها فى المادة 13 مكررا من المرسوم بقانون 178 لسنة 1952 بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر. ومفاد ذلك أن اللجنة المذكورة تختص بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر، سواء تعلقت بمبدأ استحقاق التعويض أو بمقداره أو بالأولوية فى تقاضيه.

أما ما عدا ذلك من منازعات فإنه يخرج عن اختصاص اللجنة.

152 - التصديق على قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

أوجبت المادة 21 من القانون رقم 10 لسنة 1964 التصديق على قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى وعلمت نهائية هذه القرارات على ذلك التصديق.

153 - تكييف تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى على القرارات الصادرة من اللجنة:

تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى على القرارات الصادرة من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى، سواء كان بالموافقة أو بعدم الموافقة يتداخل مع عمل اللجنة وهو عمل قضائى، بحيث تلحق الصفة القضائية ما يصدره المجلس من قرارات فقرار التصديق يعتبر مكملا لقرار اللجنة لأنه يتصل بتسيير القضاء أمام هذه اللجنة بنص صريح فى القانون، ومن ثم يأخذ حكمه ويعتبر قرارا قضائيا يحوز قوة الأمر

المقضى وتكون له حجبيته فيما فصل فيه من حقوق.

وفى هذا قضى بأن :

1- "لما كانت القرارات التى تصدرها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى، وهى تمارس عملا قضائيا أسنده إليها المشرع، تعتبر بحسب طبيعتها أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية، وكان مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى إذ يباشر - فى حدود اعتماده قرارات هذه اللجنة - ما اختص به بنص صريح فى القانون فإن ما يتولاه فى هذا الشأن يتداخل مع عمل اللجنة، وهو عمل قضائى على ما سلف بيانه، بحيث تلحق الصفة القضائية ما يصدره المجلس من قرارات".

(المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم 9 لسنة (1) قضائية "دستورية" -

جلسة 1981/2/7 - ذات المبدأ بذات الجلسة فى القضايا أرقام 12، 14، 19

لسنة (1) قضائية).

2- "قرار التصديق الذى يصدر فى حدود هذا الاختصاص يعتبر مكملًا لقرار اللجنة القضائية ويأخذ حكمه فيعتبر قرارًا قضائيًا يحوز قوة الأمر المقضى، وتكون له حجبيته فيما فصل فيه من الحقوق، وبعبارة أخرى فإن الصفة القضائية تلحق كذلك القرارات المكملة التى يختص مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بإصدارها، سواء صدرت بالموافقة أو بعدم الموافقة على قرارات اللجان القضائية لأنها تتصل فى الحالتين بتسيير القضاء أمام هذه اللجان بنص صريح فى القانون. ويبنى على ذلك أنه لا يجوز قانونًا لمجلس إدارة الهيئة تعديل قراره أو سحبه أو إلغائه فى أى وقت بعد صدوره لاستنفاد ولايته فى شأنه، وإلا اعتبر قراره الذى يصدر فى هذا الشأن تصديقًا من جهة إدارية لعمل قضائى اكتسب الصفة النهائية وحاز قوة الأمر المقضى به، وهذا التصديق يخالف القانون مخالفة جسيمة تتحدر بالقرار إلى درجة الانعدام".

(المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 503 لسنة 22 ق - جلسة 1981/3/31)

154 - عدم اعتماد وزير الزراعة واستصلاح الأراضى قرارات التصديق

الصادرة من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى :

أُسبغت المادة (21) سالفه الذكر النهائية على القرارات الصادرة من اللجنة القضائية بمجرد تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى. ومن ثم لا يلزم اعتمادها من وزير الزراعة واستصلاح الأراضى.

ولا يحتج فى هذا المجال بما نصت عليه المادة 11 من القانون رقم 61 لسنة 1963 بإصدار قانون الهيئات العامة من أن (تبلغ قرارات مجلس إدارة الهيئة إلى الوزير المختص لاعتمادها)، وبما نصت عليه المادة العاشرة من قرار رئيس الجمهورية رقم 1587 لسنة 1963 بتنظيم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى من أن "يبلغ رئيس مجلس الإدارة قرارات المجلس إلى وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى لاعتمادها".

ذلك أن قانون الهيئات العامة يعتبر بالنسبة لهذه الخصوصية تشريعا عاما فى حين أن ما جاء بالمادة (21) من القانون رقم 100 لسنة 1964 حكما خاصا، والقاعدة فى تفسير القانون أن الخاص يقيد العام، ولو كان الخاص سابقا على العام.

كما أن نص المادة العاشرة سالف الذكر وارد فى قرار جمهورى والنص على النهائية وارد بقانون صراحة، والقرار الجمهورى لايلغى نصا تشريعيا أعلى منه درجة.

ومن ناحية أخرى فإن القرار الجمهورى المذكور يفسر على أن اعتماد الوزير لقرارات مجلس الإدارة إنما يتناول القرارات التى لم ينص القانون على أن سلطة المجلس فيها نهائية.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

1- "ومن حيث إنه وقد رفض مجلس الإدارة التصديق فإن قراره هذا يكون نهائيا بدون احتياج لقرار تال. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه ليس صحيحا أن قرار مجلس الإدارة لا يصبح نهائيا طالما أنه لم يعتمد من وزير الإصلاح الزراعى عملا بالقرار الجمهورى رقم 1587 لسنة 1963 الصادر بتنظيم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى. ذلك أنه طبقا لحكم المادة 13 مكررا من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى المضافة بالقانون رقم 131 لسنة 1953 وقبل تعديلها بالقانون رقم 69 لسنة 1971 متى تم التصديق من مجلس إدارة الهيئة على قرارات اللجنة القضائية فإن هذا التصديق يعتبر بحكم القانون قاطعا لكل نزاع فى أصل الملكية وفى صحة إجراءات الاستيلاء. أما ما ورد فى المادة (11) من القرار الجمهورى رقم 1587 لسنة 1963 المشار إليه من أن رئيس مجلس الإدارة يبلغ قرارات المجلس إلى الوزير لاعتمادها فإنه لا يلغى نصا تشريعيا ورد فى القانون رقم 178 لسنة 1952 وهو أعلى منه مرتبة. ثم أن هذا القرار يفسر على أن اعتماد الوزير لقرارات مجلس الإدارة إنما يتناول القرارات التى لم ينص القانون على أن سلطة المجلس فيها نهائية وقاطعة إذ من المقرر أن العبرة فى نهائية القرار

الإدارى هو صدوره من سلطة إدارية تملك حق إصداره دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى. وإذا كانت قرارات مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى المشار إليها ليست قرارات مبتدأة بل هى قرارات بالتصديق بالنسبة للقرارات الصادرة من اللجان القضائية فليس هناك موجب والحالة هذه لأن يتطلب الشارع أن يلحق هذا التصديق بتصديق آخر".

(طعن رقم 364 لسنة 20 ق جلسة 1982/6/22)

2- "ومن حيث إنه تأسيسا على ما سبق ليس صحيحا فى القانون ما أورده محكمة القضاء الإدارى فى حكمها المطعون فيه من أن قرار مجلس إدارة الهيئة الصادر فى 1966/5/28 هو قرار يتعين اعتماده من الوزير المختص طبقا للمادة 11 من قانون الهيئات العامة رقم 61 لسنة 1963 وأنه من القرارات التى تختص محكمة القضاء الإدارى بنظرها وفقا للبند خامسا من المادة 10 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة. ذلك أنه مادام قد ثبت وجود عنصر الاستيلاء فى المنازعة فإنه يمتنع الطعن ابتداء على القرار الصادر بالاستيلاء أمام مجلس الدولة. يضاف إلى ذلك أن الاستيلاء نظمت أحكامه المادة 3 من المرسوم بقانون 178 لسنة 1952 والمادة 6 من المرسوم بقانون باللائحة التنفيذية لقانون الإصلاح الزراعى ولم يرد فى هذه الأحكام ما يوجب اعتمادها من الوزير المختص. وهذه النصوص ينطبق عليها ما أورده الحكم المطعون فيه من أن قانون الهيئات العامة يعتبر بالنسبة لهذه الخصوصية تشريعا عاما فى حين أن المادتين 3، 6 سالفتي الذكر تعتبر أحكامها تنظيما خاصا. والقاعدة فى تفسير القانون أن الخاص يقيد العام ولذلك فإن القرار الصادر من الهيئة بالاستيلاء يخرج عن تطبيق أحكام قانون الهيئات العامة رقم 61 لسنة 1963 ولا يجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإدارى".

(طعن رقم 78 لسنة 18 ق جلسة 1983/6/28)

155- عدم الطعن على قرارات اللجنة :

نصت المادة 21 من القانون رقم 100 لسنة 1964 على أن قرارات هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

ومن ثم لا يجوز الطعن بأى طريق من طرق الطعن على القرارات الصادرة من هذه

(1) ونشير إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ 2002/4/14 فى القضية رقم 2 لسنة 22ق "دستورية" (الجريدة الرسمية العدد 17 (تابع) فى 2002/4/27) بصدد الفقرة الأولى من المادة 13 مكررا (أ) من القانون رقم 178 لسنة 1952 "بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 13 مكررا (أ) من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعى، وذلك فما تضمنته من توقف نهائية القرار الصادر فى منازعات توزيع الأراضى على المنتفعين على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، وبعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (13 مكررا) فيما تضمنته من قصر الحق فى الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها فى البند (2) من الفقرة الثالثة من ذات المادة، ويسقط الإشارة إلى المادة 13 الواردة بنص الفقرة الثانية من ذات المادة ولزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة. وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 14 أبريل سنة 2002م الموافق 1 صفر سنة 1423 هـ.
برئاسة السيد المستشار الدكتور / محمد فتحى نجيب.. رئيس المحكمة.
وعضوية السادة المستشارين / الدكتور حنفى على جبالى وإلهام نجيب نوار ومحمد عبد العزيز الشناوى وماهر سامى يوسف والسيد عبد المنعم حشيش ومحمد خيرى طه.
وحضور السيد المستشار/ سعيد مرعى عمرو.. رئيس هيئة المفوضين.
وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن أمين السر.

أصدرت الحكم الآتى:

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 2 لسنة 22 قضائية "دستورية".

المقامة من:

السيد / حمدى إسماعيل حسين.

ضد

1- السيد رئيس مجلس الوزراء.

2- السيد رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

الإجراءات

بتاريخ الثاني من يناير سنة 2000، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طلباً للحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 13 مكرر (أ) من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي فيما تضمنه من أنه:

لا تكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها في المادة (13) والمادة (13 مكرراً) نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي.

وقد تمت هيئة قضايا الدولة مذكرتين انتهت فيهما إلى طلب الحكم أصلياً بعدم قبول الدعوى واحتياطياً برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة بإصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى قد أقام الاعتراض رقم 45 لسنة 1969 أمام اللجنة القضائية بالإصلاح الزراعي بطلب الحكم بإلغاء قرار لجنة التوزيع بحرمانه من تملك الأرض الزراعية المؤجرة له من الإصلاح الزراعي وأحقيقته في تملكها طبقاً لقانون الإصلاح الزراعي، وبتاريخ 1991/5/26 قررت اللجنة إجابته إلى طلبه. وبعد أن استصدر الأمر رقم 1 لسنة 1998 من مأمورية طهطا بمحكمة سوهاج الابتدائية بتذليل القرار بالصيغة التنفيذية تظلم المدعى عليه الثاني بصفته من ذلك الأمر بموجب الدعوى رقم 553 لسنة 1998 مدنى طهطا على سند من عدم نهائية ذلك القرار لرفض التصديق عليه من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بموجب القرار رقم 209 المؤرخ 1998/4/11، وبتاريخ 1999/1/31 =

= حكمت المحكمة بإلغاء الأمر المتظلم منه. استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم 277 لسنة 74 ق سوهاج، وأثناء نظر الدعوى دفع بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 13 مكرراً (أ) من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي، وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة 13 مكرراً (أ) من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي المطعون عليها تنص على أنه "فيما عدا القرارات الصادرة من اللجان القضائية في المنازعات المنصوص عليها في البند (1) من الفقرة الثالثة من المادة السابقة لا

تكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها في المادة (13) والمادة 13 مكررا نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي".
وحيث إن المادتين المحال إليهما في النص السالف ينصان على ما يأتي:
أولاً: الفقرة الأولى من المادة (13) "تشكل لجان فرعية تقوم بعملية الاستيلاء وحصر الأراضي المستولى عليها وتجميعها عند الاقتضاء وتوزيعها على صغار الفلاحين".

ثانياً: المادة (13 مكررا) "تشكل لجان خاصة لفحص الحالات المستثناة طبقاً للمادة (2) لتقدير ملحقات الأرض المستولى عليها ولفرز نصيب الحكومة في حالات الشبوع.".
وتشكل لجنة قضائية أو أكثر من مستشار من المحاكم يختاره وزير العدل تكون له الرئاسة ومن عضو بمجلس الدولة يختاره رئيس المجلس وثلاثة أعضاء يمثلون كلا من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ومصلحة الشهر العقاري والتوثيق ومصلحة المساحة.
وتختص هذه اللجنة دون غيرها - عند المنازعة - بما يأتي:

1- تحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضي المستولى عليها أو التي تكون محلاً للاستيلاء طبقاً للإقرارات المقدمة من الملاك وفقاً لأحكام هذا القانون، وذلك لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه منها.

2- الفصل في المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على المنتفعين

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات التقاضي أمام اللجان القضائية، ويتبع فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.....

واستثناء من أحكام قانون السلطة القضائية يمتنع على المحاكم النظر في المنازعات التي تختص بها اللجان القضائية المشار إليها

وبجوز لذوى الشأن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة في القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها في البند (1) من الفقرة الثالثة ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بذلك.

= وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة- وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية- مناطها أن تتوافر علاقة منطقية بينها وبين المصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة لنظرها لازماً للفصل فيها يرتبط بها من الطلبات الموضوعية. ولما كان جوهر طلبات المدعى في النزاع الموضوعي يتعلق بمدى أحقيته في تذييل القرار الذي استصدره من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالصيغة التنفيذية كي يصير نهائياً ودون التوقف على اتخاذ إجراء آخر، وإذ كان نص الفقرة الأولى من المادة 13 مكرراً (أ) - المطعون عليها - قد تضمن أن نهائية القرارات الصادرة في تلك

المنازعات تتوقف على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي فإن حسم المسألة الدستورية المثارة من شأنه أن يؤثر تأثيراً جوهرياً على الفصل في الطلبات الموضوعية مما تتحقق معه مصلحة شخصية للمدعي في إقامة دعواه الدستورية الماثلة وكان نص الفقرة الثالثة من المادة (13 مكرراً) قد قصر الحق في الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة في المنازعات المبينة في البند (1) من الفقرة الثالثة من ذات المادة دون تلك المنصوص عليها في البند (2) المتعلقة بمنازعات توزيع الأراضي على المنتفعين، وهو نص يرتبط بالنص الطعين ارتباطاً لزوم لا انفصام فيه فإن التحقق من مدى دستورية النص الأخير من شأنه أن يحقق أيضاً مصلحة شخصية مباشرة للمدعي، ومن ثم فإن نطاق المصلحة في الدعوى الماثلة يتسع ليشمل نص الفقرة الثالثة من المادة (13 مكرراً).

وحيث إن مبنى طعن المدعي قام على أن النص الطعين انطوى على الإخلال بالمساواة بين الخصوم في مجال الطعن على القرارات الصادرة في المنازعات التي تختص بها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، وأن توقف نهائية القرار الصادر في منازعة توزيع الأراضي المستولى عليها على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي يحول دون تحقيق الرضائية القضائية في وقت ملأ بما ينطوى على مخالفة لنص المادتين 40، 68 من الدستور.

وحيث إن المشرع قد اختص اللجنة القضائية المنصوص عليها في المادة 13 مكرراً من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي بالفصل دون غيرها فيما ينشأ عن تطبيق قانون الإصلاح الزراعي من منازعات تتعلق بتحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضي المستولى عليها، وكذلك المنازعات الخاصة بتوزيع تلك الأراضي والتي كان الاختصاص بنظرها والفصل فيها معقوداً للمحاكم قبل صدور القرار بقانون رقم 381 لسنة 1956 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي، وقد استهدف المشرع =

= من تقرير تلك الاختصاصات للجنة القضائية سرعة البت في هذه المنازعات وهو ما أفصح عنه في المذكرات الإيضاحية للقانون رقم 131 لسنة 1953 والقرار بقانون رقم 381 لسنة 1956، وقد حرص المشرع في هذين القانونين على تحقيق المساواة بين كافة المنازعات التي تختص بها اللجنة القضائية، مراعيّاً في ذلك التماثل في طبيعة هذه المنازعات، وباعتبار أن الغاية من الاستيلاء على الأراضي المنطبقة عليها أحكام قانون الإصلاح الزراعي هو توزيعها على المنتفعين الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وتأسيساً على ذلك، فقد انتهج المشرع منهجاً واحداً في شأن الإجراءات التي تتبع أمام هذه اللجنة القضائية،

فأوجب اتباع إجراءات قضائية تكفل ضمانات التقاضى، وجعل قراراتها جميعا لا تكتسب نهائيتها إلا بعد اعتمادها من اللجنة العليا للإصلاح الزراعى.

إلا أن المشرع خرج عن مقتضيات هذا المساواة عند إصداره القانون رقم 69 لسنة 1971 بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعى، فأقام تفرقة فى إجراءات الطعن على القرارات الصادرة من اللجنة القضائية المشار إليها، حيث استحدث حكما أجاز به الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا على قراراتها الصادرة فى شأن المنازعات الخاصة بتحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضى المستولى عليها. فى حين أنه لم يجر الطعن بهذا الطريق فى القرارات الصادرة من ذات اللجنة فى المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضى على المنفعين والتي لا تكتسب نهائيتها طبقا لنص المادة 13 مكررا (أ) - المطعون عليها - إلا بعد تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية

والموضوعية التى تحكم الخصومات القضائية المتماثلة، ولا فى فعالية ضمانة حق الدفاع التى يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التى يدعونها ولا فى اقتضاءها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنظمها، بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها أو الدفاع عنها أو استئنائها أو الطعن فى الأحكام المتعلقة بها. لما كان ذلك، وكان الأصل أن المتقاضين فى المنازعات التى تختص بها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى فى مركز قانونى متماثل، وكانت تلك المنازعات - وعلى ما سلف بيانه - تتماثل من حيث طبيعتها تماثلا قاد المشرع إلى توحيد الإجراءات أمامها وفى الطعن فى قراراتها قبل إصداره القانون رقم 69 لسنة 1971 بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعى، وإذ اتجه المشرع فى هذا القانون إلى تقرير حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا فى القرارات الصادرة من اللجنة القضائية فى شأن منازعات فحص ملكية الأراضى المستولى عليها، فى حين أنه حظر ذلك فى شأن القرارات =

= الصادرة فى منازعات توزيع تلك الأراضى واستوجب فى نص المادة 13 مكررا (أ) - المطعون عليها - لإسباغ النهائية على تلك القرارات تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، وبصرف النظر عن أنه حتى لم يحدد أجلاً لإتمام هذا التصديق، فإنه يكون بهذا التباين قد خلق تمييزاً لفئة من المتقاضين عن فئة أخرى فى مجال الطعن على الأحكام بالرغم من تماثل مراكزهما القانونية واتفاق طبيعة المنازعات التى يتقاضون فى شأنها، كما انطوى على إخلال بأصول القواعد الإجرائية لحق التقاضى وهو ما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة فى مجال حق التقاضى بما يوقع النصين المطعون عليهما فى حمأة مخالفة أحكام المادتين 40 و

مادة (922)

- 1- كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له.
- 2- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها".

68 من الدستور وذلك في شأن ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة 13 مكررا (أ) من قانون الإصلاح الزراعي من توقف نهائية القرار الصادر من اللجان القضائية في شأن المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي، وما اشتمل عليه نص الفقرة الأخيرة من المادة 13 مكررا من القانون السالف من قصر حق الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها في البند (1) دون المنازعات المنصوص عليها في البند (2) من الفقرة الثالثة من ذات المادة والمتعلقة بتوزيع الأراضي على المنتفعين.

وحيث إن القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 13 مكررا (أ) على النحو السالف بيانه يؤدي بحكم اللزوم إلى سقوط ما تضمنته الفقرة الثانية من ذات المادة من العبارة التي أحالت على المادة 13 مكررا، وذلك لارتباطها بما لا يقبل التجزئة بالنص الطعين مما لا يتصور معه إعمال حكمها في غيبتها.

فلهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 13 مكررا (أ) من القانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي، وذلك فيما تضمنته من توقف نهائية القرار الصادر في منازعات توزيع الأراضي على المنتفعين على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي، وبعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (13 مكررا) فيما تضمنته من قصر الحق في الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها في البند (1) دون المنازعات المنصوص عليها في البند (2) من الفقرة الثالثة من ذات المادة، وبسقوط الإشارة إلى المادة 13 الواردة بنص الفقرة الثانية من ذات المادة وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

الشرح

156- ملكية صاحب الأرض ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى؛

ذكرنا سلفاً أن الالتصاق الصناعى بالعقار يتحقق عند إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض بمواد غير مملوكة لمالك هذه الأرض. وعلى ذلك فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق إذا كان مالك الأرض قد أقام المنشآت على أرضه بمواد مملوكة له.

ونظراً لأن الغالب أن مالك الأرض هو الذى يقيم ما عليها من منشآت على نفقته فقد نص الشارع فى الفقرة الأولى من المادة على أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له". فالأصل إذن أن كل ما على الأرض أو تحتها يكون ملكاً لمالك الأرض، فقد أقام الشارع قرينة قانونية على أن البناء والغراس والمنشآت التى أقيمت على الأرض أو تحتها أحدثت بمعرفة مالك الأرض وأنها أقيمت على نفقته⁽¹⁾.

وتعتبر هذه القرينة نتيجة حتمية للمبدأ العام الذى تضمنته المادة 803 مدنى فى فقرتها الثانية ألا وهو: "ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقا"، إذ من مقتضى ذلك أن يكون لمالك الأرض حق التعلية بإقامة المبانى بالغاً ما بلغ ارتفاعها، كما أن له حق التنقيب فى جوفها أو حفر آبارها مهما كان عمقها، دون أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه، طالما أنه يتصرف فى حدود القانون.

كما تقوم هذه القرينة على أساس أن الأرض تعتبر دائماً هى الأصل - حتى ولو كانت أقل قيمة من الأبنية أو الغراس أو المنشآت الأخرى - وأن كل ما يقام عليها يعتبر فرعاً تابعاً لها، ويرجع ذلك إلى أن الأرض موجودة أصلاً ويتصور وجودها دون منشآت بينما لا يتصور قيام المنشآت دون الأرض، فهى تعتمد دائماً على الأرض⁽²⁾.

ومثال المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام فى الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقاراً بطبيعته. ويمكن نزاعها من الأرض وإعادة الأرض إلى

(1) محمد كامل مرسى ص 94.

(2) نبيل سعد ص 305 - محمود جمال الدين زكى ص 346.

أصلها. وكالمنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها، كالأنفاق والمواسير والسراديب وما إليها. ولا تدخل فى المنشآت المحاصيل الزراعية الدورية، لأن مصيرها للحصاد فلا تبقى فى الأرض على سبيل الاستقرار والدوام⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا ينطبق حكم المادة 65 من القانون المدنى الملغى إلا على المنشآت التى يقصد بإنشائها بقاءها على وجه الدوام سواء كانت بناء أو غراسا من ثم فلا مجال لإعمال حكمها على المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة".

(طعن رقم 125 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/2)

وينبنى على ما تقدم أن صاحب الأرض لا يكلف بتقديم الدليل على ملكية البناء والغراس والمنشآت الأخرى الكائنة فوق الأرض أو تحتها، فى نزاع بينه وبين آخر يدعى ملكيتها له.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق".

(طعن رقم 264 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/26)

2- "أحكام الالتصاق بالعقار أوردها المشرع فى القانون المدنى بالفصل الثانى - المنظم لأسباب كسب الملكية- من الباب الأول للكتاب الثالث، فاعتبره سببا مستقلا قائما بذاته من الأسباب القانونية للملكية، وهو سبب يرتكز فى الأصل على قاعدة أن مالك الشئ الأصلى هو الذى يملك الشئ التابع، وبالتالي فإن ملكية البناء تطبيقا لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد 922، 924، 925 من القانون من النص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها البانى استنادا إلى قواعد الالتصاق".

(طعن رقم 354 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/28)

3- "الالتصاق - طبقا لما تقضى به القواعد العامة - واقعة يرتب القانون عليها

مركزاً قانونياً هو اكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مبان وغراس ما لم يتفق على خلاف ذلك، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن عقد إيجار الأرض الفضاء قد صرح فيه المستأجر إقامة مبان عليها تؤول ملكيتها للمؤجر، وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للقواعد العامة والتزاما بحكمها، فإن مؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدثه المستأجر من مبان منذ إنشائها والتصاقها بالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق على تعليق أيلولة المبانى على إنهاء العقد مجرد إرجاء لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر لملكيتها التى تحققت منذ الإنشاء والالتصاق".

(طعن رقم 475 لسنة 51 ق جلسة 1982/5/27)

4- "الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام عليها من مبان بحكم الالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 803 لسنة 49 ق جلسة 1983/2/16)

(وانظر أيضا الأحكام المنشورة بالبند التالى).

157- إثبات عكس القرينة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة:

القرينة التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة وهى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له، قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها.

إذ نصت الفقرة الثانية من المادة على أن "يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها".

فقد أُلقت الفقرة المذكورة عبء إثبات عكس القرينة المنصوص عليها بالفقرة

الأولى من المادة على الأجنبى الذى يدعى العكس وأتاحت له إثبات ما يأتى:

1- أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته.

2- أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل.

3- أن مالك الأرض قد خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها.

ويلاحظ أن هذه الفقرة لم تعرض لكل الحالات التى يثبت فيها عكس القرينة

المنصوص عليها فى الفقرة الأولى، فلم تعرض مثلا لحالة مالك الأرض الذى أقام المنشآت بمواد مملوكة لغيره. ولهذا كان يحسن الاكتفاء بالنص على جواز إثبات العكس⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بعد أن قررت المادة 1357 قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك ما فوقها وما تحتها، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له. فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة: إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره"⁽²⁾.

فإذا أثبت ذلك فإنه تتفصل ملكية البناء أو الغراس أو المنشآت عن ملكية الأرض، وحينئذ تطبق أحكام الالتصاق.

كما أن للأجنبى أن يثبت أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها.

وفى هذه الحالة يكون هناك اتفاق على مصير هذه المنشآت ويجب إعمال هذا الاتفاق، ويمتنع التحدى بأحكام الالتصاق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "وإن كان الأصل - طبقا لنص المادة 1/922 من القانون المدنى - أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون ملكا لمالك الأرض إلا أنه يجوز إثبات عكس ذلك إذ نصت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على أنه يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته".

(طعن رقم 202 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/5)

2- "يبين من نص المادة 922 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد

(1) منصور مصطفى منصور ص 287 هامش (1).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 330.

على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذى أنشأه على نفقته فيكون مملوكا له، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة منشآت وتملكها وفى هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق".

(طعن رقم 199 لسنة 40 ق جلسة 1975/6/17)

3- "مفاد نص المادة 922 من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى قرينة لصالح الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها وإجازته فى الفقرة الثانية للأجنبى أن يثبت عكس القرينة فإن أثبت أنه أقام المنشآت من ماله، ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك المالك هذه المنشآت بالالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص وإن أثبت أنه خول من المالك فى إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدى عندئذ بقواعد الالتصاق. ولما كان الثابت من الحكم المؤيد بالحكم المطعون فيه ومن هذا الأخير حملها القضاء بتثبيت الملكية إلى البناء على مجرد إقامة المبانى له من ماله على أرض لا يملكها غير كاشفين عن اتفاق مع مالكة الأرض مؤداه، مما يخالف قواعد الالتصاق فما ترتبه من تملك مالك الأرض لما قام عليها من بناء لقاء تعويض البانى الأمر الذى يعيب الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون".

(طعن رقم 314 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/13)

4- "مؤدى النص فى المادة 922 من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذى أنشأها على نفقته فيكون مملوكا له، إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض، فإذا نجح فى إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل أن يعوض البانى وفقا للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص، كما يجوز للأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين

صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها، وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق".

(طعن رقم 354 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/28)

5- "النص في الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدني على أنه "كل ما على الأرض وتحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له"، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل على ملكيته للمنشآت. وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام تقرره المادة 2/803 من القانون المدني، بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وتحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس. إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 922 سالفه الذكر على أنه "يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التي يقيمها على الأرض، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة 3/803 من القانون المدني. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الإيجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعنة والمستأجرين السابقين لها أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مباني عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والاستيلاء عليها، كما لا يصح إبداءه إلا ممن خوله القانون حق تملكه وهو صاحب الأرض أى مالكها، ولما كان حق ملكية العقار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يسوغ له ترتيبا على ذلك طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المباني التي يحدثها الغير في الأرض التي اشتراها بعقد غير مسجل".

(طعن رقم 354 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/28)

6- "النص في الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدني على أن "كل ما

على الأرض وتحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى. يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له". يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل على ملكيته للمنشآت. وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام تقررته المادة 2/803 من القانون المدني، فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 922 سالفه الذكر على أنه ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التي يقيمها على الأرض. وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة 3/803 من القانون المدني. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الإيجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعة والمستأجرين السابقين لها أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مباني عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والاستيلاء عليها، كما ثبت من عقود الإيجار من الباطن الصادرة من الطاعة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت، فإنه لا محل للتحدى بأحكام الالتصاق. ولا يعيب الحكم إغفاله تطبيقتها".

(طعنان 635، 640 لسنة 54 ق جلسة 1984/12/27)

7- "النص في المادة 922 من القانون المدني يدل على أنه يجوز للأجنبي إقامة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشآت على نفقته وتملكها بعد أن خوله مالك الأرض الحق في إقامتها فإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خوله إقامتها على نفقته وتملكها وطلب تمكينه من إثبات ذلك بشهادة الشهود وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفي لتكوين عقيدة المحكمة في شأنه بما يغني عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لم تعرض له كان حكمها مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 2377 لسنة 51 ق جلسة 1991/2/28)

8- "لما كانت المادة 922 من القانون المدني بعد أن نصت في فقرتها الأولى على أن ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان أجازت الفقرة الثانية منها للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها وإذ كان سند هذا التحويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لا يكون الباني مالكا لما يقيمه من مبان لأن حق القرار الذي يخوله الارتكاز ببنائه على تلك الأرض التي لا يملكها هو حق عيني لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري الصادر برقم 114 لسنة 1946 إلا بالتسجيل أما قبله فإن ملكية المنشآت تكون لمالك الأرض بحكم الالتصاق وفقا للقانون".

(طعن رقم 475 لسنة 59 ق جلسة 1994/110/25 - غير منشور)

158- كيفية إثبات عكس القرينة:

للأجنبي إثبات عكس القرينة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة طبقاً للقواعد العامة. فإذا كان أساس الملكية التي يدعيها الأجنبي تصرفاً قانونياً، تعين عليه إثباته بالكتابة إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه عملاً بالمادة 60 من قانون الإثبات. ومثل ذلك أن يدعى الأجنبي وجود اتفاق بينه وبين صاحب الأرض يخوله ملكية المنشآت أو يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها. أما إذا كان أساس الملكية واقعة مادية كان له إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، ومثال ذلك أن يدعى الأجنبي أنه هو الذي أقام البناء أو الغراس أو المنشآت على نفقته⁽¹⁾.



(1) السنهوري ص 351 - رمضان أبو السعود ص 209 - عبد المنعم الصده ص 372 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 94 إذ يجيز الإثبات بكافة الطرق في الحالتين.

مادة (923)

1- يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت.

2- فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه. أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض.

الشرح

159- المنشآت التي تخضع لأحكام الالتصاق:

يشترط لخضوع المنشآت لأحكام الالتصاق عامة توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون البناء أو الغراس أو المنشآت من المستحدثات وليس مجرد تحسينات. من المتفق عليه أن أحكام الالتصاق لا تسرى على أعمال التحسينات، بل تسرى على المنشآت الجديدة أى تلك التى تكون متميزة بذاتها مستقلة بكيانها. وقد تكون تلك المنشآت الجديدة مستقلة بذاتها كبناء يقام على أرض فضاء، أو زرع أشجار فى أرض زراعية أو تتطوى على إضافات تكون بذاتها إنشاء جديدا متميزا فى كيانه بحيث يمكن نزعه على استقلال.

ولا يعتبر من قبيل الإنشاء الجديد مجرد الإضافات إلى منشآت قائمة طالما أن تلك الإضافات لا تكون فى ذاتها كيانا متميزا. فلا تسرى أحكام الالتصاق على مجرد الإضافة إلى منشآت كان قد أقامها المالك فى أرضه ولكنه لم يتمها، مثل بناء سقف على جدران سبق وأن أقامها المالك.

إنما يعتبر من قبيل المنشآت الجديدة إضافة طبقة جديدة أو عدة طبقات إلى منزل قائم إذ أن هذا العمل يعتبر من قبيل الإنشاء فيخضع لأحكام الالتصاق⁽¹⁾.

وواضح مما تقدم أنه يجب أن تتحد المنشآت بالأرض، أى تصبح عقارا بطبيعته. فلا يكفى مجرد تخصيصها لخدمة العقار إذا لم تلتصق به وفى هذه الحالة الأخيرة، أى حالة عدم التصاق الأدوات بالأرض، يجوز لمالك هذه الأدوات أن يستردها خلال خمس عشرة سنة من الحائز سئ النية، ويجوز له استردادها من الحائز حسن النية إذا كانت مسروقة أو ضائعة، خلال ثلاث سنين من يوم السرقة أو الضياع⁽¹⁾.

والمفروض بطبيعة الحال أن تكون المواد المملوكة للغير مما يستعمل فى تشييد المنشآت التى أقامها صاحب الأرض. فإذا كان الذى أقامه صاحب الأرض بناء وجب أن تكون المواد من أدوات البناء. فإذا لم تكن كذلك، كأن كانت تمثالا أو أثرا ثمينا أدخله صاحب الأرض فى البناء، فإنه لا يملكه بالاتصاق، بل يجب نزعه فى أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك، ولو ترتب على نزعه ضرر جسيم للبناء⁽²⁾.

على أن هذه الحالة لا تعرض إلا نادرا، وذلك لأن الغالب أن يملك صاحب الأرض المواد بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول. فالحكم الذى نحن بصدده لا يكون له مجال إلا حين يثبت صاحب المواد أن ملكيتها لم تنتقل إلى صاحب الأرض لعدم توفر شروط هذه القاعدة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء، أما إذا كان قد أدخل فى بنائه تمثالا أو أثرا معينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء، فلا يملكه بالاتصاق مطلقا، بل يجب نزعه فى أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك، ولو بعد السنة، بل ولو أحدث النزاع ضررا جسيما للبناء"⁽³⁾.

والأعمال التى تكون من قبيل أعمال الحفظ أو الترميمات أو الإصلاحات أو التحسينات، لا تعتبر منشآت بالمعنى المقصود فى هذا المقام. ومن أمثلتها: تقوية أساسات منزل، وإبدال أشجار صالحة بأخرى ميتة، وأعمال الرى والصرف، وترميم سقف وإصلاح دورة مياه وبياض الجدران، وطلاء الأبواب والنوافذ.

(1) محمد كامل مرسى ص 99 - السنهاورى ص 357.

(2) عبد المنعم الصده 373 - محمد كامل مرسى ص 98 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 330.

وقد ذهب رأى إلى أن هذه الأعمال تسرى عليها أحكام الإثراء بلا سبب أو الفضالة بحسب الأحوال، وإذا كان الباني حائزا فإنه تسرى عليها القواعد المقررة لاسترداد الحائز المصروفات طبقا للمواد 980، 981، 982، مع ملاحظة أن المادة 980 قد أحالت - بالنسبة للمصروفات النافعة- إلى قواعد الالتصاق الواردة في المادتين 924، 925 مدنى (1).

أما الرأى الغالب فيذهب إلى تطبيق القواعد الخاصة باسترداد الحائز للمصروفات فى جميع الأحوال أيا كان نوع التحسينات ضرورية أو نافعة أو كمالية (2)، لأن المادة 980 قد جاءت بأحكام خاصة تتعلق بالمصروفات من شأنها أن تستبعد تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب أو الفضالة، فالخاص يقيد العام (3).

والراجح أن تقدير ما إذا كانت الأعمال تعتبر من المستحدثات أم مجرد تحسينات، تعتبر من مسائل القانون التى يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض. ويستند هذا الاتجاه إلى أنه بالرغم من أن التمييز بين البناء الجديد أو المستحدثات ومجرد التحسينات، يبدو للوهلة الأولى مسألة واقع إذ يعتمد على مسائل فنية يكون تقديرها بالرجوع إلى فنون وأصول البناء أكثر من الرجوع إلى مسائل القانون، إلا أن القول بأن الأعمال من المستحدثات أو من التحسينات يعنى الاختيار بين نظامين قانونيين مختلفين. ولهذا فإن المسألة تتعلق بالتكييف والوصف القانونى للأعمال، ومن ثم فهى مسألة قانون (4).

2- أن تكون المنشآت قد أقيمت لكى تبقى على الدوام:

وقد نصت على هذا الشرط المادة 929 مدنى بقولها : "المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والماوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاءها على الدوام، تكون ملكا لمن أقامها".
أنظر فى التفصيل شرح المادة (929).

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 52.

(2) محمد على عرفه ص 81 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 298 - عبد المنعم الصده ص 393- حسام الأهوانى ص 102.

(3) الدكتور حسام الدين كامل الأهوانى الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية ص 102.

(4) حسام الأهوانى ص 101 وما بعدها ونقض فرنسى 1865/6/28 الذى أشار إليه بهامش (242) من الصحيفة المشار إليها.

3- أن تكون المنشآت ممكنا نزعها، وأن يكون فى نزعها فائدة لمن أقامها ويستنتج هذا الشرط من صياغة نصوص التقنين المدنى الجديد التى تجيز لصاحب الأرض أن يأمر الحائز سئ النية بإزالة المنشآت، كما تخول من أقام المنشآت طلب نزعها فى جميع الحالات. فإذا كانت المنشآت غير قابلة لنزعها بحكم طريقة إنشائها، كمن ينشئ قنوات ومصارف لتيسير رى أرض زراعية، ومن يحفر بئرا أو ساقية لجلب المياه منها، فإن مثل هذه المنشآت لا تخضع لأحكام الالتصاق⁽¹⁾.

ويستفاد ذلك من مجموع نصوص القانون المنظمة للالتصاق. فهى تخول مالك الأرض تارة طلب إزالة المنشآت، وتسمح للبانى تارة أخرى بانتزاع ما أقامه من منشآت، ومفاد ذلك أن المنشآت الخاضعة للالتصاق هى تلك التى تقبل لأن تنزع من الأرض، أما تلك التى لايمكن فصلها عن الأرض ونزعها فلا تكون محلا للالتصاق.

4- أن تكون المنشآت نافعة للأرض التى أقيمت فيها:

يجب أن تكون الأعمال أو المنشآت نافعة للأرض التى أقيمت فيها. وبالرغم من أن تلك الصفة لم ترد فى النصوص إلا أنه من اليسير استخلاصها، فأحكام الالتصاق تواجه من جهة الزيادة فى قيمة الأرض بسبب ما أقيم عليها من منشآت. وهذا يفترض بالضرورة أن تكون الأعمال نافعة للأرض وإلا ما كان هناك مبرر لتمليك صاحب الأرض لمنشآت لا تعود بأى نفع على أرضه.

ومن جهة أخرى، فإن المشرع فى تنظيمه لأحكام الالتصاق يحرص قدر الإمكان على تفادى الإثراء بلا سبب، فالمشرع يقيم توازنا بين ما عاد على المالك من تملكه للمنشآت بالالتصاق وتعويض البانى عما تكبده من نفقات وإذا لم تعد على مالك الأرض أى منفعة فإنه يجب استبعاد أحكام الالتصاق، وإلا فإن إلزامه بتعويض البانى يؤدى فى الواقع إلى حرمانه من الخيار بين قيمة الافتقار وقيمة الإثراء⁽²⁾.

الصورة الأولى من صور الالتصاق:

160- البانى هو صاحب الأرض بأدوات غيره:

فى هذه الصورة يقوم صاحب الأرض بإقامة البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى بمواد يملكها غيره.

(1) محمد على عرفه ص 81- محمد كامل مرسى ص 133.

(2) حسام الأهوانى ص 105.

وفى هذه الحالة تجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون البانى حسن النية.

الحالة الثانية: أن يكون البانى سئ النية.

161- الحالة الأولى:

صاحب الأرض حسن النية:

إذا كان صاحب الأرض حسن النية وقت إلحاق المواد المملوكة لغيره بعقاره، أى كان معتقداً أن هذه المواد مملوكة له، فإنه فى الغالب يمتلك هذه المواد بموجب قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" وبالتالي فإنه لا يكون قد استعمل مواداً مملوكة لغيره، إذ يصبح بمقتضى الحيازة مالكا لهذه المواد، ولا يكون فى حاجة إلى تطبيق حكم المادة 923 مدنى.

غير أن صاحب الأرض يخضع لحكم المادة المذكورة، إذا كان حسن النية ولم يتوافر لديه السبب الصحيح، وإنما كانت حيازته تقوم على سند ظنى لا وجود له فى الواقع، كما إذا كان مالك المواد قد سلمها إلى صاحب الأرض بنية إيداعها عنده فتلقاها على أنها هبة، أو أنه وجدها ضمن تركة ورثها فظن أنها كانت ملكاً لمورثه بينما الواقع غير ذلك، إذ لا يمكنه فى هذه الحالة الاحتجاج بقاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية"⁽¹⁾.

162- الحالة الثانية:

صاحب الأرض سئ النية:

يكون صاحب الأرض وقت إلحاقه المواد المملوكة لغيره بأرضه سئ النية، إذا كان يعلم أن هذه المواد غير مملوكة له، أو كان حسن النية ولكنه لم يتوافر لديه السبب الصحيح ليمتلك المواد بالحيازة على نحو ما سلف ونبين حكم هذه الحالة فيما يلى.

163- حكم المنشآت التى يقيمها البانى على أرضه بسوء نية:

يجوز لصاحب المواد طلب نزع المواد المملوكة له من الأرض على نفقة صاحب

(1) محمد على عرفه ص 66 - السنهورى ص 362 - محمود جمال الدين زكى ص 348 وما بعدها.

الأرض إذا أقام الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى المنشآت.

فإذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال الميعاد المتقدم، تملك صاحب الأرض هذه المواد بالالتصاق، وكان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان لها وجه. وتعرض لهذه الأحكام بالتفصيل فيما يأتى.

164 - (أ) - حق صاحب المواد فى المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها :

يجوز لصاحب المواد التى ألحقها صاحب الأرض بأرضه مطالبة صاحب الأرض بنزعها من الأرض واستردادها إذا توافر شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون من الممكن نزعها دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم. فإذا كان صاحب الأرض قد بنى عليها منزلا مستعملا فى بنائه حجارة أو طوبا مملوكا لغيره، فلا يتأتى نزع الحجارة أو الطوب إلا بهدم المنزل وهو ضرر جسيم تمتع معه الاستجابة إلى طلب النزع.

أما إذا كان مالك الأرض قد استعمل أخشابا مملوكة للغير فصنع منها النوافذ والأبواب أو استعمل مواسيرا مدفونة، أو أدوات صحية أو بلاطا ألصقه بالأرض مملوكا لغيره، فإن ذلك جميعه يمكن نزعها دون حدوث ثمة ضرر جسيم، وكذلك إذا أقام صاحب الأرض مشتل أشجار لم تمتد جذورها بعد امتدادا يضر بها عند نزعها.

ولم يعتد المشرع بالضرر الذى يلحق بالأرض من جراء نزع هذه المواد، غير أن الفقه يرى أنه إذا ترتب على نزع المواد ضرر جسيم بالأرض لا يتناسب مع الفائدة التى يحققها مالك المواد من نزعها، وجب عدم تلبية طلب النزع إذ يكون مالك الأدوات فى هذه الحالة مستعملا لحقه استعمالا غير مشروع، وفقا للفقرة الثانية من المادة (5) من القانون المدنى فلا يجاب إلى طلبه⁽¹⁾.

وتقدير ما إذا كان الضرر الذى يلحق بالمنشآت أو الأرض من نزع المواد جسيما أم

(1) محمد على عرفه ص 67 - السنهاورى ص 363 - الدكتور حسام الأهوانى الحقوق العينية الأصلية ص 47.

لا مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع، فهى مسألة متعلقة بالواقع لا بالتطبيق القانونى، ومن ثم فلا رقابة لمحكمة النقض على ذلك.

الشرط الثانى:

أن يرفع صاحب المواد الدعوى بنزعها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى المنشآت.

وتحديد تاريخ العلم بإدماج المواد فى المنشآت مسألة واقعية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، بما فيها البيئة والقرائن، ولا تجوز المحاجة فيها أمام محكمة النقض⁽¹⁾. وهذه السنة ميعاد سقوط، لا مدة تقادم، فلا يرد عليه وقف ولا انقطاع⁽²⁾. وإذا قرر مالك المواد استردادها ورفع الدعوى بذلك خلال المدة المحددة، فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض، ولو كان حسن النية وقت استخدامها أى يعتقد أنها مملوكة له.

165 - (ب) - تملك صاحب الأرض للمنشآت:

إذا لم يمكن نزع المنشآت التى أقامها مالك الأرض على أرضه دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت، تملك صاحب الأرض هذه المنشآت بالاتصاق.

وملكية صاحب الأرض للمواد تكون ملكية معلقة على شرط واقف، وهو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السنة، وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد فى خلال السنة، فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السنة، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الاتصاق للأدوات منذ إدماجها فى الأرض بفضل الأثر الرجعى لتحقيق الشرط الواقف، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها فى الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعى لتحقيق

(1) محمد على عرفه ص 67.

(2) السنهورى ص 366 هامش (1) - عبد المنعم الصده ص 374 - محمد لبيب شنب ص 73 هامش (23).

الشرط الفاسخ⁽¹⁾.

166 - التزامات صاحب الأرض :

1 - دفع قيمة المواد إلى صاحبها :

إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق على نحو ما سلف، كان عليه أن يدفع قيمة المواد إلى صاحبها.

وتقدر هذه القيمة بالنظر إلى وقت استخدامها أى وقت اندماجها فى الأرض بصرف النظر عن قيمة شرائها. ويلزم صاحب الأرض بأداء هذه القيمة، سواء كان حسن النية أو سيئها.

ولا تستند دعوى مالك المواد فى طلب قيمتها إلى الإثراء على حساب الغير، بل إن مصدرها المباشر نص القانون. لأن من أسس دعوى الإثراء أن يكون التعويض بأقل القيمتين إذ تنص المادة 179 مدنى على أن: "كل شخص ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة..." أما هنا فصاحب الأرض يلتزم بدفع قيمة الأدوات كاملة، أى بصرف النظر عن الثمن الذى اشترت به.

ومن ثم فإن التزامه هذا يعتبر من الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده، وبالتالي لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة طبقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة 374 مدنى⁽²⁾.

ويجوز للمحكمة أن تقضى بأن يكون الوفاء بالقيمة المستحقة على أقساط دورية بشرط تقديم مالك الأرض للضمانات اللازمة (م 982 مدنى) والتى أحالت عليها المادة 927⁽³⁾.

2 - تعويض صاحب المواد :

(1) السنهاورى ص 366 - حسام الأهوانى ص 48 وما بعدها - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص 73 وما بعدها فىرى أن ملكية المنشآت تظل لمالكها الأسمى حتى تنقضى السنة التى يجوز له استردادها خلالها.

(2) محمد على عرفه ص 68 وما بعدها - السنهاورى ص 364 وما بعدها.

(3) محمد لبيب شنب ص 75.

سواء استرد صاحب المواد موده، أو تملكها صاحب الأرض بالالتصاق، فإن مالك المواد يستطيع أن يطالب صاحب الأرض بتعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة استخدام موده.

ويقوم هذا التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. فيشترط لاستحقاقه ثبوت خطأ في جانب مالك الأرض، ولكن لا يشترط أن يكون هذا الخطأ عمدياً متمثلاً في استخدام المواد رغم علمه بملكيتها لغيره، وأن مالكةا لا يوافق على استخدامها. وإنما يجوز أن يكون هذا الخطأ غير عمدى أى إهمال. كما يجب أن يلحق صاحب المواد ضرر، إذ الضرر مقياس التعويض.

ويتحقق الضرر مثلاً إذا أثبت مالك المواد أنه كان قد أعدها لإجراء إصلاحات عاجلة في ملكه، فاضطر إلى إرجائها بسبب تعدى صاحب الأرض عليها. ويذهب رأى في الفقه⁽¹⁾ - جدير بالاعتبار - إلى أن التعويض يزيد في حالة ما إذا كان صاحب الأرض سئ النية أى يعلم أن الأدوات غير مملوكة له عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له، ويتفق هذا الرأى مع المادة 237 من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة 170 مدنى التى كانت تدخل جسامه الخطأ في جملة الظروف التى على القاضى أن يراعيها في تقدير التعويض عن الفعل غير المشروع. ولما كان مصدر التعويض هو العمل غير المشروع، فإنه يتقدم بثلاث سنوات وفقاً للقواعد العامة.

167- هل يجوز لمالك الأدوات استردادها إذا هدم البناء؟

إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق - على النحو السالف - فإنه لا يجوز لصاحب المواد استردادها، إذا هدمت المنشآت لأى سبب من الأسباب، ولو كان لم يتقاض حقه في قيمة المواد أو التعويض المستحق له، لأنه قد أسقط حقه في استرداد هذه المواد، والساقط لا يعود⁽²⁾.

وقد كان الحال خلاف ذلك في القانون الرومانى. حيث كانت الأدوات تظل على

(1) السنهورى ص 364- وعكس ذلك جمال زكى ص 348.

(2) محمد وحيد الدين سوار ص 488 - عبد المنعم البدرأوى ص 57 ومابعدها - عبد المنعم الصده ص 374.

ملك صاحبها وإنما يمتنع استردادها لأن انتزاعها يلحق بصاحب الأرض ضرراً يفوق بكثير الضرر الذى يصيب مالكها. ومن ثم كان يعتبر الالتصاق مانعاً فحسب من الاسترداد. فإذا ما هدم البناء وزال هذا المانع جاز لمالك الأدوات أن يطلب استردادها وقد أخذ بعض الفقهاء الفرنسيين بهذا الحل.

أما اليوم فإن الشارع سواء فى فرنسا أو فى مصر يعتبر الالتصاق سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية، فإذا تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق خلصت ملكيتها له نهائياً⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 374.

مادة (924)

1- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

2- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة.

الشرح

الصورة الثانية من صور الالتصاق:

168- البانى بأدوات من عنده فى أرض مملوكة لغيره بسوء نية:

تفترض هذه الصورة أن من أقام المنشآت كان يملك المواد المستخدمة فى ذلك ولكنه لم يكن يملك الأرض أى أن البانى أو الغارس أقام المنشآت أو الغراس بمواد مملوكة له فوق أرض مملوكة لغيره وذلك بسوء نية. وهذه الصورة الأكثر شيوعاً فى العمل.

169- المقصود بسوء النية:

يكون البانى أو الغارس سئ النية إذا أقام البناء أو الغراس بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، وأنه ليس له الحق فى إقامة البناء أو الغراس.

ويستوى مع هذا العلم الجهل الناشئ عن خطأ جسيم⁽¹⁾ فيعتبر سئ النية من يشتري من غير مالك إذا كان قد أهمل في مطالبة البائع بتقديم سند ملكيته أو إذا أهمل في فحص السند⁽²⁾.

وحسن النية مفترض طبقاً للمبادئ العامة ويتعين من ثم على مالك الأرض أن يقيم الدليل على أن من أقام المنشآت كان سئ النية. والعبرة في تقرير سوء النية بوقت إقامة المنشآت لا وقت حيازة الأرض ولا وقت رفع الدعوى⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذ كان الحكم المطعون فيه قد اطرح دفاع الطاعن بحسن نيته في جميع الصور وانتهى إلى أنه قد قام عامداً بهدم عقار المطعون ضدها دون مسوغ وأقام بناءً على أرض ذلك العقار المملوكة لغيره، ودلل سائغاً على علم الطاعن بإقامة البناء على ملك الغير وسوء نيته فيما أقدم عليه، وكان أمر العلم بإقامة البناء وثبوت حسن نية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفي لحمله فإن النعى على الحكم المطعون بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون في غير محله".

(طعن رقم 297 لسنة 38 ق جلسة 1974/12/9)

2- "الحائز الذي يقيم المنشآت على أرض مملوكة لغيره، يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت، والمقصود بحسن النية في تطبيق المادة 295 من القانون المدني أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا ادعى مالك الأرض أن الباني سئ النية، فعليه حسبما نقض به المادة 924 من القانون المدني أن يقيم الدليل على أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضا مالك الأرض".

(طعن رقم 19 لسنة 42 ق جلسة 1976/2/157)

وتستقل محكمة الموضوع بتقدير حسن نية الباني في أرض الغير أو سوء نيته بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفي لحمله.

(1) منصور مصطفى منصور ص 290- حسام الأهواني ص 57- نبيل سعد ص 310.

(2) حسام الأهواني ص 57.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 350 - محمد وحيد سوار ص 492.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن أمر العلم بإقامة البناء على ملك الغير وثبوت حسن نية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفي لحمله".

(طعن رقم 1323 لسنة 59 ق جلسة 1994/3/30)

170 - بناء المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي:

إذا بنى المالك في أرضه ثم زالت ملكيته بأثر رجعي، سواء كان مالكا تحت شرط فاسخ وتحقق الشرط بعد البناء. أو فسخ عقده أو أبطل بعد البناء. فمن المستقر عليه أن الباني يعتبر بانيا في ملك الغير وتسرى عليه أحكام الالتصاق. حقا عندما قام الباني بالبناء كان مالكا، فاحتمال تحقق الشرط الفاسخ أو الفسخ أو الحكم بالبطلان لا ينفي أنه المالك وقت البناء ولكن لما كان تحقق الشرط أو الفسخ أو البطلان يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، فإن الباني يعتبر قانونا كأنه لم يملك الأرض فزوال الملكية يرجع إلى تاريخ العقد نفسه. ولهذا فإنه وقت البناء يكون بانيا في أرض الغير.

ولتحديد ما إذا كان الباني يعتبر حسن النية أم سئ النية، فإن الأمر يختلف باختلاف سبب زوال الملكية بأثر رجعي على النحو التالي:

1- إذا كان سبب زوال الملكية هو تحقق الشرط الفاسخ. وكان تحقق الشرط الفاسخ لا يرجع إلى خطأ المشتري فإنه يكون بانيا في أرض غيره بحسن نية. أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشتري فإنه يعتبر بانيا في ملك غيره بسوء نية⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 402 - محمد كامل مرسى ص 145 - وقارن حسام الأهواني ص 88 وما بعدها فيذهب إلى أنه لا محل للفرقة بين حسن النية وسوئها بحسب ما إذا كان الشرط قد تحقق بخطأ من المشتري أم بدون خطأ منه. فإذا كان الشرط قد تحقق بخطأ المشتري فلا خلاف في أنه يكون عالما منذ ارتكابه الخطأ بتحقق الشرط ومن ثم يصبح من تلك اللحظة سئ النية. أما إذا كان تحقق الشرط لا يرجع إلى خطأ المشتري أو فعله فلا يكفي مجرد تحقق الشرط لاعتباره سئ النية بل يجب لذلك أن يعلم بتحقق الشرط أي بعدم أحقيته في البناء لزوال ملكيته بأثر رجعي. فيجب اعتبار الباني حسن النية حتى إثبات علمه بتحقق الشرط، أما العلم بوجود الشرط في ذاته فلا علاقة له بسوء النية أو حسنها فالشرط يكون =

2- إذ كان سبب زوال الملكية بأثر رجعى هو بطلان العقد، فإن البانى يكون سئ النية إذا كان عالما وقت البناء بسبب البطلان، أما إذ كان لا يعلم بسبب بطلان عقده كان بانيا حسن النية.

وإذا كان العقد قابلا للإبطال فإن البانى يكون سئ النية إذا كان سبب البطلان يرجع إليه كما لو كان مشتريا دلس على البائع فدفعه لإبرام الصفقة أو ناقص الأهلية وطلب هو البطلان. أما إذا كان سبب البطلان مقررًا لمصلحة الطرف الآخر فلا يكون البانى سئ النية إلا إذا كان عالما بسبب البطلان وقت البناء. ولكن إذا كان البانى بالرغم من علمه بسبب البطلان قد عول بناء على أسس معقولة على إجازة التصرف أو تصديق القضاء فإنه يعتبر حسن النية⁽¹⁾.

3- إذ كان سبب زوال الملكية بأثر رجعى هو الفسخ. ففي هذه الحالة يكون البانى سئ النية إذا كان يعلم أن ملكيته معرضة للفسخ أو وقع الفسخ نتيجة لتقصيره لعدم سداده الثمن أو جزءا منه⁽²⁾.

= بحكم الاتفاق ومن ثم لا بد وأن يكون المشتري على علم به (من هذا رأى محمود جمال الدين زكى ص 367).

- (1) السنهورى ص 400- حسام الأهوانى ص 87- عبد المنعم الصده ص 389 وما بعدها.
- (2) السنهورى ص 400 وما بعدها - عبد المنعم البدرارى ص 71- محمود جمال الدين زكى ص 366 وما بعدها - وقارن حسام الأهوانى ص 87 وما بعدها، فيذهب إلى أن هذا رأى يخلط بين الخطأ وسوء النية. فالفسخ إذا كان جزءا لخطأ عقدى ارتكبه المشتري، فلا يجب إغفال أن الفسخ يفترض أن عقدا صحيحا قد أبرم وتم تنفيذ أغلب الالتزامات الناشئة عنه كالتسليم وإتمام التسجيل الناقل للملكية، ومن ثم فإن البناء فى الأرض يصعب اعتباره دائما بسوء نية حتى ولو قضى فيما بعد بالفسخ، ولذلك يرى أن البانى لا يكون سئ النية إلا إذا كان يعلم وقت البناء بسبب الفسخ أى بعدم قدرته على الوفاء وأن مصير العقد الفسخ. أما إذا كان ميسور الحال وقت البناء ويتوقع بناء على أسس معقولة قدرته على الوفاء عند حلول الأجل فإنه يعتبر حسن النية حتى ولو تغيرت الظروف بعد البناء وفسخ العقد لعدم الوفاء بكامل الثمن فى الأجل المحدد. ويستطرد أن هذا رأى يتفق مع ما يقصده المتعاقدان، كما يتلاءم مع الظروف العملية. فلا يمكن أن يعتبر المشتري بئس مؤجل سئ النية لمجرد أنه قد بنى فى ملكه قبل أن يسدد باقى الثمن الذى لم يحل أجله بعد. والقول بغير ذلك يؤدى لحرمان المشتري من استغلال ملكه قبل الوفاء بكامل الثمن. فالخشية من عدم سداد باقى الثمن واعتباره بانيا سئ النية إذا ما فسخ وتملك البائع للبناء مقابل قيمة مستحقة الإزالة، =

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"نص المادة 160 من القانون المدنى يدل على أن فسخ العقد اتفاقاً أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد وإذا كان العقد بيعاً وفسخ رد المشتري المبيع إلى البائع ورد الثمن إلى المشتري، فإذا كان المشتري قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانياً بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة 924 من القانون المدنى التى تنص على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة، وذلك بالنسبة لحق البائع فى طلب إزالة ما يكون المشتري قد أقامه من مبان على الأرض المبيعة أو استبقاؤه مع دفع المقابل، وكذلك حق المشتري الذى أقام البناء على الأرض التى عادت ملكيتها إلى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذى يستحقه عند إزالة البناء ولا يتصور فى هذه الحالة أعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والتى تقيد حق صاحب الأرض فى طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء، ذلك أنه طالما أن العقد مازال قائماً لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد الزمنى عند طلب الإزالة لأن ذلك لن يكون إلا بعد انحلال العقد، ومن ثم فإن ذلك القيد الزمنى فى طلب الإزالة لا يسرى فى حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد إذا كان البائع عالماً بإقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفى جميع الأحوال فإن حق البائع فى طلب الإزالة يسقط بمضى خمسة عشر عاماً من تاريخ الحكم إذا كان ذلك فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون إذا احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون

= تجعل المشتري يحجم عن البناء. بل إن عدم البناء قد لا يتفق مع نية الأطراف إذا ما كان البناء والتصرف فيه قد أخذاً فى الاعتبار لتمكين المشتري من الحصول على المال اللازم لسداد باقى الثمن، وهذا ما يحدث عادة عند بيع الأرض لبنائها.

عليها، بإقامة المنشآت قبل فسخ العقد طالما أنه انتهى صحيحا إلى رفض الدفع بسقوط حقها في طلب الإزالة".

(طعن رقم 472 لسنة 44 ق جلسة 1977/12/15)

171- البائع الذي يقيم بناء بالأرض المبيعة قبل التسجيل؛

ذهبت محكمة النقض في قضاء قديم لها إلى أن البائع الذي يقيم بناء بالأرض المبيعة قبل التسجيل، ثم تم التسجيل وانتقلت الملكية إلى المشتري، يعتبر كأنه أحدث هذا البناء في أرض مملوكة لغيره، ويعامل معاملة من أقام بسوء نية بناء في أرض مملوكة لغيره، ويخضع لحكم المادة 924 مدنى.

إذ قضت محكمة النقض بأن:

1- "البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد. فإذا هو أقدم، قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره يفصل فى أمرها قياسا على حالة من أحدث غراسا أو بناء فى ملك غيره".

(طعن رقم 56 لسنة 2 ق جلسة 1932/12/8)

2- "إذا رفع المشتري دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكيته للعين المبيعة وتسليمها إليه بما عليها من مبان وقضت له المحكمة بطلباته وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع الذى يتمتع عن تسليم العقار المبيع ويبنى فيه قبل تسجيل عقد البيع مع مطالبة المشتري له بنقل الملكية يعتبر كالبانى فى ملك غيره ولا يحق له لسوء نيته، حبس البناء لاستيفاء مصاريفه، ثم رفع البائع على المشتري دعواه بطلب قيمة تكاليف البناء كاملة فقضت له المحكمة بطلبه وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع إذا بنى قبل تسجيل عقد البيع كان حسن النية فى هذا البناء لاعتقاده أنه يبنى فى أرض مملوكة له وأن هذا الاعتقاد يرفع عنه سوء النية الخاص الذى يشترطه القانون لتطبيق الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 65 من القانون المدنى، فإن هذا الحكم يقع مخالفا للحكم السابق الحائز قوة الشئ المقضى به".

(طعن رقم 134 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/29)

غير أن الوضع أصبح مختلفا بعد صدور قضاء أحدث لمحكمة النقض بتاريخ 19/6/1969 فى الطعن رقم 283 لسنة 35ق، بتاريخ 24/1/1979 فى الطعن رقم 80 لسنة 45 ق، بتاريخ 28/1/1981 فى الطعن رقم 354 لسنة 50ق⁽¹⁾، ذهبت فيه إلى أن الملكية فى العقارات لا تنتقل بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، وأن البناء الذى يقيمه المشتري بعقد لم يسجل على الأرض المبيعة هو ملك للبائع بالاتصاق، وتطبق قواعد الاتصاق بحسن النية. مما ينبى عليه أن البناء الذى يقيمه البائع على الأرض التى باعها بعقد غير مسجل يضحى مملوكا له، فهو لا يعتبر بانيا فى ملك الغير. ومن ثم فإن أحكام الاتصاق لا تنطبق فى هذه الحالة وإنما يجب تطبيق القواعد العامة التى بمقتضاها يكون البائع بينائه فى الأرض المبيعة قد أخل بالتزامه بتسليم الأرض بحالتها وقت التعاقد، وبالتالي يكون للمشتري أن يطالب بالإزالة كجزاء لإخلال البائع بالتزامه. فإذا لم يطلب المشتري الإزالة فله أن يطلب التعويض إن كان له محل، ويكون للبائع أن يرجع على المشتري بخصوص هذه المباني طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) "عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

(ب)- "استناد الحكم إلى عدم تسجيل العقد الذى اشترى به الطاعنون الأرض وأن هذه الأرض لا تدخل فى سند ملكية البائع لهم، لا يدل بذاته على أنهم كانوا سيئى النية وقت إقامة المنشآت لأن العبرة فى هذا الخصوص بأن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور وفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم 19 لسنة 42 ق جلسة 17/2/1976)

172- حكم البانى على أرض الغير بسوء نية:

(1) الحكم منشور فى شرح المادة 925.

(2) نبيل إبراهيم سعد ص 321.

وضع المشرع البانى أو الغارس بسوء نية على أرض الغير، تحت رحمة صاحب الأرض جزاء له على سوء نيته وتعيده على ملك الغير. فأجاز للمالك أن يطلب أحد أمرين:

- 1- أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه.
 - 2- أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت كما أجاز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت.
- ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى.

173- (أ) - طلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها :

يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إلزام البانى بإزالة المنشآت التى أقامها على أرضه وعلى نفقته.

وينبث لصاحب الأرض الحق فى هذا الطلب بوصفه مالكا بصرف النظر عن قيمة المنشآت بالنسبة للأرض⁽¹⁾.

كما يعد ذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية، لأن إقامة المنشآت على أرض الغير اعتداء على ملكيته، ويعتبر خطأ عمدياً لأن من أقامها بحسب الفرض، كان سئ النية يعلم أنه يقيم منشآت فى أرض غيره دون رضاه وليس له الحق فى إقامتها⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا اقتصر مدعى ملكية الأرض على طلب تثبيت ملكه المغتصب وتسليمه له خالياً مما يشغله به المدعى عليه من البناء، تاركاً له رفع أنقاض بنائه وغير منازع له فيها ولا مدع لنفسه الحق فى شئ منها، فطلبه الإزالة يكون طلباً متفرعاً حتماً عن ثبوت حقه فى الملكية.... الخ".

(طعن رقم 20 لسنة 4 ق جلسة 1934/11/15)

غير أن المادة قيدت طلب الإزالة بقيد زمنى هو ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه

(1) عبد المنعم الصده ص 376.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 35 وما بعدها.

صاحب الأرض بإقامة المنشآت. فإذا سكت ولم يطلب الإزالة في ميعاد سنة يسقط حقه في طلبها⁽¹⁾.

وفي هذا تحسين لمركز الباني سئ النية عما كان عليه في القانون القديم حيث كان لصاحب الأرض حق طلب الإزالة في أى وقت دون قيد أو شرط. والمقصود بعبارة "أن يطلب إزالة المنشآت.... وذلك في ميعاد سنة. ... الخ"، هو رفع الدعوى، ولذلك لا يعتبر ميعاد السنة مرعياً إلا إذا رفع صاحب الأرض دعواه بالإزالة خلال مدة سنة، فلا يكفى لمراعاة ميعاد السنة إبداء الرغبة فى الإزالة بأى طريق آخر، ولو كان كتاباً مسجلاً⁽²⁾.

وقد أوضحت ذلك تفصيلاً محكمة النقض فى حكمين لها ذهبت فيهما إلى أن :

1- "نصت الفقرة الأولى من المادة 923 من القانون المدنى على أنه "يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت..." ونصت الفقرة الأولى من المادة 924 من القانون المذكور على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها

(1) ويرى البعض أن ذلك يكون بمثابة اختيار ضمنى من صاحب الأرض لاستبقاء المنشآت (تعليق الدكتور السنهاورى فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 318) - محمد على عرفه ص 72 - وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص 377 هامش (1) فيذهب إلى أن هذه السنة مدة سقوط فرضها الشارع لكى يباشر خلالها صاحب الأرض حقه فى طلب الإزالة حتى لا يظل مصير المنشآت معلقاً مدة طويلة، ومن ثم فإن انقضاءها لا يفيد حتماً اختياراً ضمنياً لاستبقاء هذه المنشآت.

(2) نبيل سعد ص 311 - سعيد عبد السلام ص 298 هامش (5) - الدكتور سعيد جبر أسباب كسب الملكية 1997/1996 ص 30 هامش (1) - وعكس ذلك السنهاورى ص 380 هامش (2) - البدرأوى ص 62 فيريان أن المادة لم تشترط للمطالبة بالإزالة أن تكون برفع الدعوى، وعلى ذلك يمكن إبداء الرغبة فى الإزالة بأى شكل، والمسألة فى النهاية تكون مسألة إثبات والسند فى ذلك ما يوجد من خلاف بين نص المادة 924 ونص المادة 923 الخاصة بالبناء بأدوات الغير حيث اشترط القانون رفع دعوى باستردادها فى ظرف سنة أما المادة 924 فلم يرد فيها ذكر لرفع دعوى.

مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت.. وكلمة "يطلب" الواردة بهذا النص تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة 923 وهو "رفع الدعوى". وقد عبر القانون المدنى فى العديد من نصوصه بكلمة "يطلب" قاصدا بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة 924 بالجمع بين الحق فى طلب الإزالة والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى "الطلب" وهو "رفع الدعوى" وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو مالا يسوغ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعيا، إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء، وإلا يسقط الحق فيه".

(طعن رقم 1236 لسنة 47 ق جلسة 1987/5/17)

2- "طلب المالك إزالة المنشآت التى يقيمها الغير على نفقة من أقامها وجوب رفع الدعوى قبل انقضاء سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت م. 1/924 مدنى. لا يكفى مجرد إبداء الرغبة فى الإزالة خلال الميعاد".

(طعن رقم 1236 لسنة 47 ق جلسة 1978/5/17)

3- "لئن نصت الفقرة الأولى من المادة 923 من التقنين المدنى على ان "يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء او غراس او منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم او كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت..." ونصت الفقرة الأولى من المادة 924 من ذات التقنين على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت..." إلا أن كلمة "يطلب" الواردة بهذا النص تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة 923 وهو (رفع الدعوى) وقد عبر التقنين المدنى فى الجديد من نصوصه بكلمة (يطلب) قاصدا بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها

صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به ، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة 924 بالجمع بين الحق فى طلب الإزالة و الحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى (الطلب) وهو (رفع الدعوى) وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للتلتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا برفع طلب الإزالة الى القضاء وإلا سقط الحق فيه ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه قد خالف هذا النظر بتفسيره كلمة (يطلب) الواردة فى المادة 924 من التقنين المدنى بأنها تعنى مجرد الرغبة فى الإزالة ولو بشكوى تقدم إلى النيابة العامة فإنه يكون قد انحرف عن المعنى الذى تؤديه هذه الكلمة ، ويكون بالتالى إذ رفض على هذا الأساس دفاع الطاعنة بسقوط حق المطعون عليه فى طلب الإزالة قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 535 لسنة 52 ق جلسة 1985/5/16 - غير منشور)

4- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 924 من القانون المدنى على أنه: "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت" يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من أقامها فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه فى طلبها، كما يفيد أن كلمة "يطلب" الواردة فيه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة 923 وهو رفع الدعوى، وإذا كان من المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الميعاد، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه اعتد بيوم 1978/1/30 - تاريخ تحرير المحضر 1178 لسنة 1978 إدارى الخانكة - فى إثبات علم المطعون ضده بإقامة المنشآت وشخص من أقامها، وأن صحيفة الدعوى أودعت بتاريخ 1979/2/1 فى حين أن ميعاد السنة الذى يتعين طلب الإزالة خلاله ينتهى فى 1979/1/30 فإن طلب الإزالة يكون قد رفع بعد الميعاد، ويكون الدفع

المبدى من الطاعن بسقوط الحق فيه فى محله".

(طعن رقم 2394 لسنة 55 ق جلسة 1988/6/14 - غير منشور)

وتبدأ مدة السنة التى يتعين رفع دعوى الإزالة خلالها من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها، فعلمه بشخص من أقامها لازم حتى يتسنى له أن يوجه إليه طلب إزالتها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى الفقرة الأولى من المادة 924 من القانون المدنى على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت" يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من أقامها، فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه فى طلبها ولازم ذلك أن يكون عالما بشخص من أقامها حتى يتسنى له من بعد ذلك أن يوجه إليه طلب إزالتها على نفقته على نحو ما صرح به صدر النص لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضى حتما وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها، ومن ثم فإن ميعاد السنة الذى يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ إلا من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها. إذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتد بتاريخ علم الطاعنة بإقامة المنشآت وأجرى ميعاد السنة منه ورتب على ذلك قضاءه بسقوط حقها فى طلب الإزالة دون أن يعنى ببحث تاريخ علمها بإقامة المطعون ضده الثانى للمنشآت، وهو ما قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب".

(طعن رقم 207 لسنة 40 ق جلسة 1975/2/3)

وحق المالك فى طلب الإزالة رخصة له ناشئة عن حق الملكية، وليس لغيره الحق فى استعمالها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المنشآت التي يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية، لمالك الأرض وحده دون غيره حق طلب إزالتها. م 1/924 مدنى. القضاء لمشتري الأرض بعقد لم يسجل بإزالة تلك المنشآت خطأ فى القانون".

(طعن رقم 189 لسنة 42 ق جلسة 1976/1/13)

2- "مؤدى ما نصت عليه المادة 1/924 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحق الذى قرره المشرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية، إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها".

(طعن رقم 920 لسنة 51 ق جلسة 1985/11/20)

3- "لما كان نص المادة 1/924 من القانون المدنى يدل - وفقا لما صرحت به فى صدرها - على أن الحق الذى يقرره المشرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها، وكانت ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه".

(طعن رقم 1339 لسنة 58 ق جلسة 1990/5/13 - غير منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت سوء نية الطاعنين فى إقامة المباني وطبق على واقعة النزاع المادة 65 من القانون المدنى القديم، وكان المشروع قد خول مالك الأرض - وفقا لأحكام الالتصاق المنصوص عليها فى تلك المادة - الحق فى تملك البناء الذى يقيمها الغير فى أرضه دون رضاه وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه. وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وقضى بناء على طلب ملاك الأرض - المطعون عليهم بإزالة المباني التى أقامها الطاعنون فى أرضهم، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 163 لسنة 38 ق جلسة 1973/5/8)

وإذا انقضت مدة السنة، فإن المالك يفقد خياره، ولا يكون أمامه إلا تملك البناء طبقاً لقواعد الالتصاق. وفي هذه الحالة يتم التملك بقوة القانون باعتبار أن الالتصاق من أسباب كسب الملكية التي لا يحتاج إعمالاً لإبداء الرغبة في التملك⁽¹⁾.

174- (ب) - طلب التعويض :

يحق لصاحب البناء بالإضافة إلى طلب الإزالة، أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر، كأن تكون إقامة المنشآت سبباً في حرمانه من الانتفاع بالأرض مدة معينة أو يترتب على إزالة المنشآت ضرر بالأرض.

175- (ج) - طلب استبقاء المنشآت :

يجوز لصاحب الأرض بدلاً من طلب الإزالة، أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. فإذا طلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت، أو مضت مدة السنة التي يجوز له خلالها طلب الإزالة دون رفع دعوى الإزالة، فإنه يملك المنشآت بالالتصاق. ولكي لا يثرى صاحب الأرض بدون حق على حساب من أقام المنشآت، ألزمه النص في هذه الحالة إما بأن يدفع له قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

والمقصود بدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، هو احتساب قيمتها كما لو كانت أنقاضاً بصرف النظر عن الثمن الذي اشترت به، وعن أجره العمال وغيرها من نفقات البناء أو الغراس⁽²⁾.

أما المبلغ المساوي لما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت فيحسب كالاتي:
يقدر ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت.
ثم يقدر ثمن المثل للأرض بعد إقامة المنشآت.
ويكون الفرق ما بين الثمنين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت.
وعادة يستعين القاضي في احتساب هذه الزيادة بأهل الخبرة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد على عمران ص 79 - حسام الأهواني ص 65.

(2) السنهاوري ص 276- محمد على عرفه ص 72 - عبد المنعم الصده ص 377.

1- "مفاد نص المادتين 924، 925 من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره فيجب التفريق بين ما إذا كان سئ النية أو حسن النية، فإذا كان سئ النية أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له وبنى دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا - إذا أثبت ذلك - أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت فإذا مضت سنة أو إذا لم يجر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. أما إذا كان البانى حسن النية بأن كان يعتقد أن الأرض مملوكة له - وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه- فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة".

(طعن رقم 374 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/11)

2- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 924 من القانون المدنى على أن "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت"- مفاده أن تملك صاحب الأرض للمنشآت التى يطلب استبقاؤها بالالتصاق يكون مقابل تعويض صاحبها بأقل القيمتين المشار إليهما فى النص وهما: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أى قيمة الأنقاض بعد استنزال تكاليف الهدم، أو الفرق بين ثمن الأرض خالية من المنشآت و ثمنها بعد إقامة المنشآت عليها باعتبار أن فرق الثمن هو ما زاد فى ثمن الأرض، ولا مرأ فى أن التعويض فى هذه الحالة وإن كان مصدره القانون، إلا أنه يمثل قيمة ما أثرى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت، وهو بهذه الصفة منبت الصلة بقواعد تقدير قيمة الدعوى عليها المنصوص عليها فى المادة 37 من قانون المرافعات والتى تهدف إلى وضع معيار لتحديد الاختصاص القيمى لمحاكم الدرجة الأولى، ولمدى قابلية هذه الأحكام للطعن فيها".

(طعن رقم 338 لسنة 63 ق جلسة 2000/5/14)

والعبرة فى تقدير الزيادة فى القيمة بوقت استرداد العقار لأن المالك لا يلزم إلا بدفع

الزيادة التى يستفيد منها. ولذلك لا تحسب قيمة البناء الذى يهلك بحادث مفاجئ⁽¹⁾، فهو يهلك على محدثه.

والزيادة الواجب دفعها هى الزيادة الناتجة من البناء أو الغراس، لا الزيادة الناتجة بسبب خارج عن عمل البانى، فالزيادة العادية فى القيمة الناشئة لسبب اتساع المدينة التدريجى، لا تدخل فى التعويض الذى يجب على المالك دفعه⁽²⁾.

وصاحب الأرض يختار أقل القيمتين، والغالب أن تكون الأولى هى القيمة الأقل. وبذلك خرج المشرع فى خصوص هذا التعويض عن القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب التى نصت عليها المادة 179 مدنى وذلك نظرا لسوء نية من أقام المنشآت فبمقتضى هذه القاعدة يلتزم المثرى بأقل قيمتى الافتقار والإثراء، والزيادة فى ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء ولكن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لاتمثل قيمة الافتقار، إذ أن قيمة الافتقار عبارة عن قيمة المواد وأجرة العمل⁽³⁾.

ويجب أن يخصم من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز سئ النية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها، فإن هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها فى الأرض، والحائز يضع يده عليها وهو سئ النية فيكون مسئولا من الثمار ما حصله وما أهمل فى تحصيله (م 979 مدنى)⁽⁴⁾.

وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين ليس مصدره الإثراء بلا سبب، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلك. وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة، كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب⁽⁵⁾.

176- (د) - حق البانى فى نزع المنشآت:

(1) محمد كامل مرسى ص 117 - السنهاورى ص 376 وما بعدها هامش (3) - محمد على عرفه ص 77.

(2) محمد كامل مرسى ص 117 وما بعدها.

(3) محمد على عرفه ص 72 - عبد المنعم البدرولى ص 62 - عبد المنعم الصده ص 377.

(4) السنهاورى ص 377 هامش (1) - محمد على عرفه ص 78.

(5) السنهاورى ص 378.

للبنى أن يطلب نزع ما أقام من منشآت إذا كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، ولا يجبر البانى على الانتظار مدة السنة، وهى المدة التى يكون فيها لصاحب الأرض المطالبة بالإزالة أو الاستبقاء لما أقيم، وعندئذ يكون على صاحب الأرض أن يحدد موقفه. إما أن يوافق البانى على ما يطلب وإما أن يطلب استبقاء هذه المنشآت مقابل دفع أقل القيمتين. قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت⁽¹⁾.

(1) السنهاورى ص 379- عبد المنعم الصده ص 377- محمد على عمران ص 79 - وقارن مذكرة المشروع التمهيدى إذ نقول:

"فإذا مضت السنة، أو إذا لم يختَر الإزالة، تملك المنشآت بالالتصاق، ودفع أقل القيمتين، قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. فإذا لم يدفع أقل القيمتين كان للبنى أن يلزمه بالدفع، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له، مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص330) - ويفيد هذا القول أن حق البانى فى طلب نزع الأدوات إنما يكون عند امتناع صاحب الأرض عن دفع التعويض المستحق عليه. وليس فى النص المذكور ما يفيد هذا المعنى إطلاقاً (عبد المنعم الصده ص 377 وما بعدها هامش 2).

ويرى الدكتور البدراوى (ص377) أنه يرى أنه إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه، فلم يطلب الإزالة ولم يختَر استبقاء المنشآت، فإنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها، وذلك بشرط ألا يلحق هذا النزع ضرراً بالأرض، غير أن صاحب الأرض يستطيع دائماً أن يعطل هذا الطلب إذا اختار استبقاء المنشآت.

ويذهب الدكتور محمد على عرفه ص 73، إلى أن الفقرة الثانية من المادة 924 تقرر للبنى حق نزع المنشآت "والحق أنه من العسير فهم الحكم الذى تضمنته هذه الفقرة، إذ أنها وضعت قاعدة من مقتضاها أنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها بشرط انتفاء الضرر، ولكنها عادت فنقضت هذه القاعدة بالاستثناء الذى قيدتها به بقولها: "إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت". ومعلوم لدينا أن صاحب الأرض إما أن يطلب الإزالة وإما أن يختار الاستبقاء، فإن هو طلب الإزالة فلا يكون ثمة محل لطلب نزع المنشآت من قبل من أقامها إذ يصبح هذا الطلب غير ذى موضوع. أما إن طلب المالك الاستبقاء فإنه يتمتع عندئذ طلب النزع، فما جدوى أن يقرر المشرع فى الفقرة الثانية من المادة 924 أن لمن أقام =

= المنشآت حق طلب نزعها ؟ جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يفهم منه أن جدوى هذا الحق تظهر فى حالة ما إذا مضت مدة السنة ولم يطلب المالك الإزالة، فلا يكون له إذن إلا أن يستبقى المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين آنفا، فإذا لم يدفع أقل القيمتين كان للباني أن يلزمه بالدفع، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له، مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضررا". وعلى هذا النحو يكون حق النزع مشروطا: (أولا): بأن يسكت المالك عن طلب الإزالة أكثر من سنة، (ثانيا): ألا يبدى رغبته فى استبقاء البناء بعد مضى هذه المدة. (ثالثا): أن يجد الباني من مصلحته أن يحصل على أنقاض المنشآت بدلا من المطالبة بالتعويض المستحق عنها (رابعا): ألا يلحق نزعها ضررا بالأرض. وظاهر أن توافر هذه الشروط كلها واجتماعها يكاد أن يكون مستحيلا عملا، ومن ثم فإننا نرى أن الفقرة الثانية من المادة 924 تعتبر من قبيل التزيد الذى لا مبرر له.

وظاهر أن إضافتها كانت من فرط الحرص على محاكاة مشروع التقنين الإيطالى، مع أن طلب النزع ليس له ما يبرره عندما يكون الباني أو الغارس سىء النية".

مادة (925)

- 1- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أنه له الحق فى إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.
- 2- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجساماة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

الشرح

الصورة الثالثة من صور الالتصاق:

177- البانى بأدوات من عنده فى أرض مملوكة لغيره، بحسن نية:

تفترض هذه الصورة أن من أقام المنشآت كان يملك المواد المستخدمة فى ذلك، ولكنه لم يكن يملك الأرض. أى أن البانى أو الغارس أقام المنشآت أو الغراس بمواد له فوق أرض مملوكة لغيره وذلك بحسن نية.

178- المقصود بحسن النية:

المقصود بحسن النية أن يكون صاحب المنشآت يعتقد أنه يقيم هذه المنشآت فى أرض مملوكة له، أو يكون عالما أن الأرض مملوكة لغيره، إلا أنه يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت. مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض فى إقامة المنشآت، أو أنه منتفع رخص له مالك الرقبة فى البناء على الأرض المنتفع بها، أو كان يعتقد أن له حق حكر يخوله البناء⁽¹⁾.

(1) السنهاورى ص 386 وما بعدها- رمضان أبو السعود ص 217- سعيد عبد السلام ص 299- وكانت المادة (1360) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (325) تنص على أن: "فإذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة حسن النية. .. الخ" إلا أنه عند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قرر رئيس اللجنة أنه يحسن القول "يعلم أنها مملوكة له" بدلا من "حسن النية" حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة =

فلا يشترط إذن لتوافر حسن النية أن يكون الباني حائزاً قانونياً للأرض التي يقيم فيها المنشآت، وإنما من الممكن أن يكون حائزاً عرضياً.

والعبرة في تقدير نية الحائز هي بوقت إقامة المنشآت. فإذا كان من أقام المنشآت حسن النية وقت البناء أو الغراس، ثم طرأ بعد ذلك ما يفسد حسن نيته، فإن ذلك لا يؤدي إلى اعتباره سئ النية عند تحديد مركزه من صاحب الأرض. وبالعكس إذا قام الدليل على سوء نية الحائز وقت البناء أو الغراس، فلا يعفيه من أن يعامل على هذا الاعتبار احتجاجة بحسن نيته وقت بدء حيازته للعقار.

غير أنه يتعين على الحائز أن يكف عن الاستمرار فيما بدأ من أعمال في أرض الغير بحسن نية إذا أذره الحائز أثناء العمل بوجوب وقف الأعمال التي بدأها وبعزمه على رفع دعوى الاستحقاق لاسترداد الأرض منه، فإن استمر رغم ذلك في إنجاز ما بدأه فإنه إنما يفعل ذلك على مسؤوليته.

وقد نصت المادة 966 مدني على أنه لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير⁽¹⁾.

وحسن النية - كما قدمنا - مفترض - فلا يكلف من أقام المنشآت بإثباته، بل يقع على صاحب الأرض إثبات سوء النية لدى من أقام المنشآت.

179 - علم الباني بشراء مورثه الأرض التي أقام عليها البناء

بموجب عقد مسجل :

ينفي سوء النية عن الباني علمه بشراء مورثه الأرض التي أقام عليها البناء بموجب عقد مسجل.

= والمادة السابقة أو أن تعدل المادة السابقة بأن يستعمل فيها عبارة "سوء النية" بدلا من "العلم بأن الأرض مملوكة لغيره".

فأجابه معالي السهوري باشا بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه في هذه المادة لأنه قد يكون الباني مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه قد يعتقد أن له الحق في البناء، ثم قال إنه لا يرى استعمال عبارة "سئ النية" في المادة السابقة، لأن التعبير بعلم الباني أن الأرض مملوكة لغيره أوضح في الدلالة "على سوء النية". فعاد سعادة الرئيس واقترح أن يقال "يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها" ووافقت اللجنة على اقتراح سعادة الرئيس سالف الذكر (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 321).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وكان الطاعنون قد برروا إقامتهم المباني والمنشآت على الأرض بسبق شراء مورثهم لها بعقد مسجل وهو ما ينطوي على التحدى بحسن نيتهم وقت تشييدها فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل بحث حسن أو سوء نية الطاعنين يكون مشوباً بالقصور فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 275 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/8)

180- البناء الذي يقيمه المشتري على الأرض قبل تسجيل العقد:

(أ) - رأى قديم لمحكمة النقض:

اعتبار المشتري الباني مالكا للبناء ولا يخضع لأحكام الالتصاق:

فقد قضت محكمة النقض بتاريخ 12 يناير سنة 1950 في القضية رقم 31 لسنة

18 ق بأن:

"إن عقد البيع غير المسجل يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، وبالفاء به يصبح المبيع في حيازة المشتري له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشتري بناء على الأرض المباعة له يصبح هذا البناء عقارا ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء. ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل. ذلك أن الشفع مـشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلبه الشفعة على عقد شرائه وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالا عن الأرض. كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر في صالح مالك الأرض قرينة غير قاطعة لإثبات العكس، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار فنمـاط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء فحيثما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الالتصاق وفقا لأحكام المادة 65 من القانون المدني القديم، ووجب اعتبار البناء عقارا مستقلا عن

الأرض وملكا خالصا لمن أقامه. ولا نزاع فى أن البائع، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشتري حيازة المبيع، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

(ب) - رأى حديث لمحكمة النقض :

اعتبار البناء مملوكا للبائع بالالتصاق، واعتبار المشتري بانيا بحسن نية مما يخضع لحكم المادة 925 مدنى:

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة 922 من القانون المدنى قد أجازت نقض القرينة التى تقيمها الفقرة الأولى على ملكية الأرض لكل ما عليها من مبان، بأن يقيم الأجنبى الدليل على أنه قد أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها، إلا أنه إذا كان سند هذا التحويل هو عقد بيع فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشتري البانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشتري البانى فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشتري أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها، وهذا ما تنص عليه المادة 925 من القانون المدنى، ومن ثم فإن كل ما للمشتري البانى الذى لم يسجل عقده إذا لم يختر نزاع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقا لتلك المادة وأن يتخذ فى سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم".

(طعن رقم 283 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/16)

2- "أقام المشرع فى الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدنى قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب

الأرض ومملوكا له، وأجاز في فقرتها الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته أو أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله إقامة المنشآت وتملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشآت هو عقد البيع فإن ملكيتها لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازته والانتفاع به. إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه على الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشتري ثان سيق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، وبصبح كل ما للمشتري الأول الباني الذي يشهر عقده - إذا لم يختار نزح المنشآت بوصفه بانيا حسن النية - هو أن يطالب المشتري الثاني بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء، لما كان ذلك وكان سند المطعون ضده الثاني في إقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالثة وقد خلت الأوراق مما يفيد اشتماله على اتفاق طرفيه على تملك المطعون ضده الثاني لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها، مما ينبى عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الالتصاق وانتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعا لملكية الأرض مشتراه بموجب عقد البيع المشهر، وبالتالي فلا يسوغ لدائني المطعون ضده الثاني التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكا له، ولا يعدو العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء - وإن سماه عقد بيع - أن يكون اتفاقا على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثاني قبل مالك الأرض إعمالا لحكم المادة 925 من القانون المدني بوصفه بانيا حسن النية".

(طعن رقم 80 لسنة 45 ق جلسة 1979/1/24)⁽¹⁾

(1) كما قضت محكمة النقض بأن:

"أحكام الالتصاق بالعقار أوردها المشرع في القانون المدني بالفصل الثاني - المنظم لأسباب كسب الملكية - من الباب الأول للكتاب الثالث، فاعتبره سببا مستقلا قائما بذاته من الأسباب = القانونية للملكية، وهو سبب يرتكز في الأصل على قاعدة أن مالك الشئ الأصلي هو الذي يملك الشئ التابع، فملكية الأرض يستتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق، وبالتالي فإن ملكية البناء تطبيقا لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد 922، 924، 925 من القانون من النص

181- حكم البانى حسن النية:

يعامل القانون البانى حسن النية معاملة يراعى فيها حسن نيته، ولذلك فهي تختلف عن معاملة البانى سئ النية. ونعرض ذلك تفصيلا فيما يلى.

182- حق البانى فى إزالة المنشآت:

لم يجز القانون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت مع أن الأصل أن صاحب الأرض يثبت له بوصفه مالكا الحق فى إجبار الغير على إزالة ما أقامه على أرضه من منشآت بدون حق.

ولكن الشارع خرج هنا على هذا الأصل أخذا باعتبارات العدالة التى توجب مراعاة حسن نية من أقام المنشآت.

وإنما أعطى المشرع الحق فى طلب الإزالة لمن أقام المنشآت.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"حسن نية البانى فى أرض لا يملكها، ليس له من أثر فى تملك البناء، وإنما ينحصر أثره فى منع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقا للمادة 924 من القانون المدنى، وتخويل البانى حقا فى طلب التعويض وفقا للضوابط الواردة بنص المادة 925 من هذا القانون".

(طعن رقم 354 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/28)

ولم يقيد المشرع طلب البانى إزالة المنشآت، بعدم حصول ضرر جسيم بالأرض كما فعل فى المادتين (923، 924)، ولكن ورد ذكر هذا القيد فى مذكرة المشروع التمهيدى

بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها البانى استنادا إلى قواعد الالتصاق لا يصح إيدأؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه وهو صاحب الأرض أى مالکها، ولما كان حق ملكية العقار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يسوغ له ترتيبا على ذلك طلب أعمال قواعد الالتصاق بشأن المباني التى يحدثها الغير فى الأرض التى اشتراها بعقد غير مسجل".

(طعن رقم 354 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/28)

بقولها: "... ولم يكن نزعها يلحق بالأرض ضررا جسيما"⁽¹⁾، كما يجب الأخذ به طبقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق⁽²⁾.

وتتوافر المصلحة للبانى فى نزع المنشآت التى أقامها إذا كان نزعها لا يسبب له تلفا كبيرا، وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض من تعويض على النحو الذى سنذكره.

غير أنه إذا حدث ثمة ضرر للأرض من جراء نزع المنشآت كان البانى ملزما بتعويض صاحب الأرض عن هذا الضرر.

وهذا الحق مقرر لصاحب المنشآت وليس لصاحبه الأرض، ومن ثم لا يجوز لصاحب الأرض إجباره على ذلك.

فإذا لم يطلب صاحب المنشآت إزالتها، فمعنى ذلك أنه قبل إبقائها فى الأرض، وعندئذ يملكها صاحب الأرض بحكم الالتصاق، ويلتزم بأداء تعويض لصاحبها على النحو الذى سنذكره.

غير أنه يجوز لصاحب الأرض أن ينزل عن ميزة الالتصاق فيترك المنشآت لمن أقامها. وفى هذه الحالة يقتصر النزول على المنشآت دون الأرض التى تقوم عليها. وتثبت له هذه الملكية طبقا للقواعد العامة، إذ هو يستطيع أن يخرج من ذمته أى حق كان، فأولى ألا يصح جبره على كسب ملكية رغم إرادته، لاسيما وأن الالتصاق لا يعتبر من النظام العام. فإذا صدر منه هذا النزول، فإنه لا يلتزم بداهة بشئ نحو صاحب المنشآت⁽³⁾.

183 - التعويض المستحق للبانى :

إذا لم يطلب صاحب المنشآت الإزالة، ولم ينزل صاحب الأرض عن ميزة الالتصاق، فإن هذا الأخير يكسب ملكية المنشآت بالالتصاق ويلتزم بتعويض صاحبها. وفى هذه الحالة يخير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 331.

(2) عبد النعم الصده ص 378 - منصور مصطفى منصور ص 293 - محمد لبيب شنب ص 77

- نبيل إبراهيم سعد ص 217 - سعيد جبر ص 32 وما بعدها.

(3) عبد المنعم الصده ص 378 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 115 وما بعدها.

فقيمة المواد وأجرة العمل، هي القيمة التي افتقر بها الباني.
والقيمة الثانية هي التي اغتنى بها صاحب الأرض.
ولاشك أن صاحب الأرض يختار أقل القيمتين. وهو ما يدفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

ولا يجوز للمالك أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، كما يكون له ذلك في حالة الحائز سئ النية لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا، ومن ثم لا يوجد ثمة مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاض البناء منقوصاً منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل من القيمتين الأخريين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض، فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سئ النية⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن الخيار الذي أعطاه القانون لمالك الأرض يتضمن تفضيلاً للباني حسن النية على الباني سئ النية.

والزيادة في القيمة التي تجب مراعاتها هي الزيادة في القيمة التجارية التي حدثت في الأرض بسبب المباني، لا المنفعة التي عادت على المالك بسبب البناء.
والزيادة الواجب دفعها هي الزيادة الناتجة من البناء أو الغراس، لا الزيادة الناتجة بسبب خارج عن عمل الباني، فالزيادة العادية في القيمة الناشئة بسبب اتساع المدينة التدريجي، لا تدخل في التعويض الذي يجب على المالك دفعه⁽²⁾.

ويرى بعض الشراح أن تقدير الإثراء يكون وقت حدوثه، عملاً بالمادة 179 مدنى، والإثراء في هذه الصورة يتحقق بمجرد الالتصاق الذي يؤدي إلى تملك صاحب الأرض لما التصق به⁽³⁾.

بينما يرى البعض الآخر - وهو ما نؤيده - أن تقدير الإثراء يكون في وقت استرداد العقار لا وقت إقامة المنشآت، لأن وقت الاسترداد هو الوقت الذي يكسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشآت بالالتصاق، وأنه لا انطباق للمادة 179 مدنى الواردة في الإثراء بلا سبب، لأننا سنرى أن المشرع لم يأخذ بقاعدة الإثراء بلا سبب وإن كان قد استلهمها

(1) السنهاورى ص 388 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 117 وما بعدها.

(3) جميل الشرقاوى ص 268.

فقط. فضلا عن أن الباني وإن كان حسن النية فإنه في ذات الوقت قد تعدى على ملك صاحب الأرض، ومن ثم يجب ألا يلزم صاحب الأرض إلا في حدود الإثراء الذي دخل في ذمته بالفعل وقت استرداده الأرض بما عليها من بناء⁽¹⁾. ويجوز للمحاكم أن تعين موعدا يستعمل فيه المالك الخيار الذي خوله القانون إياه⁽²⁾.

وقواعد الإثراء بلا سبب هي القواعد التي استلهمها المشرع في تقرير هذا الحكم، بخلاف سوء النية التي رأينا فيها أن المشرع قد خرج على مقتضى تلك القواعد. ولكن ليس معنى ذلك أن يكون مصدر التزام صاحب الأرض بتعويض من أقام المنشآت بحسن النية هو قواعد الإثراء بلا سبب. فلو كانت هذه القواعد محض تطبيق للإثراء بلا سبب لما كانت هناك حاجة لإعادة تكرارها في خصوص حالة الباني حسن النية ولا اكتفى المشرع فيها بالإحالة إلى تلك القواعد. ولذا قلنا إن المشرع استلهم هذه القواعد فحسب.

ولذلك يعد مصدر التزام صاحب الأرض بتعويض من أقام المنشآت ليس هو قاعدة الإثراء بلا سبب، وإنما هو نص القانون. ومن ثم يتقادم الالتزام بالتعويض بمضى خمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات⁽³⁾.

ويترتب كذلك على أن هذا الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب، أن البناء إذا تهدم بسبب لا يد لصاحب الأرض فيه، قبل المطالبة بالتعويض، فإنه لا يلتزم نحو من أقامه بشئ⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه اعتبر القضاء بالإزالة نتيجة مترتبة على القضاء بثبوت الملكية مع أن القضاء به يكون طبقا لقواعد الالتصاق المنصوص عليها في المادة 65 من التقنين المدني السابق المقابلة للمادتين 924، 925 من التقنين المدني الحالي والتي تفرق بين إقامة المنشآت على أرض الغير دون رضا صاحبها وبين

(1) محمد كامل مرسى ص 117- عبد المنعم البدرأوى ص 65- عبد المنعم الصده ص 371.

(2) محمد كامل مرسى ص 118.

(3) السنهاورى ص 389- محمد على عمران ص 80 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص

352- عبد المنعم البدرأوى ص 65 هامش (3).

(4) عبد المنعم البدرأوى ص 65- عبد المنعم الصده ص 379.

إقامتها على أرض يعتقد من أقامها بحسن نية أن له الحق في ذلك، ففي الحالة الأولى يكون لصاحب الأرض طلب الإزالة على نفقة من أقامها وفي الحالة الثانية لا يحق له طلب الإزالة ولكن يخبر بين دفع قيمة المواد وأجرة العمل أو دفع قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت... ألخ .

(طعن رقم 275 لسنة 41 ق جلسة 1975/12/8)

184- تملك الأرض لمن أقام المنشآت:

أجازت الفقرة الثانية من المادة (925) لصاحب الأرض إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهقه أن يؤدي ما هو مستحق عنها، أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

فيشترط لتمليك المنشآت لمن أقام المنشآت، أن تكون المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها. أي أن يكون من شأن التعويض المستحق عنها أن يحمل مالك الأرض بعبء مالي يرهقه. فلا يلزم ألا يكون في قدرة صاحب الأرض أداء هذا التعويض، بل يكفي لذلك أن يكون هذا الأداء مرهقا للمالك.

فالمادة لم تأخذ بمعيار موضوعي، فلم توازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت. ولم تجعل لصاحب المنشآت أن يملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض. بل أخذت بمعيار ذاتي، هو المقدرة المالية لصاحب الأرض شخصا، فإن كان يرهقه أن يؤدي لصاحب المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت، كان له طلب تملك الأرض إلى من أقامها⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 390- محمد على عمران ص 82- محمد لبيب شنب ص 78 وما بعدها - وكانت الفقرة الثانية من المادة (1360) من المشروع التمهيدي المقابلة للفقرة الثانية من المادة (925) تنص على أنه: "إلا إذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة لا يستطيع معه صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها... الخ".
وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على عبارة: "لا يستطيع معه صاحب الأرض".

= وقد انتهت اللجنة إلى استبدال عبارة "يرهق صاحب الأرض" بعبارة "لا يستطيع معه صاحب الأرض" لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة، ووافق المجلس على هذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 321 وما بعدها).

185- تملك صاحب المنشآت الأرض بحكم القانون :

يملك صاحب المنشآت الأرض فى هذه الحالة لا بحكم الالتصاق، لأن الالتصاق إنما يكون سببا لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض. وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون بناء على إرادة منفردة من صاحب الأرض⁽¹⁾.

186- التملك رخصة لصاحب الأرض يخضع استعمالها لمطلق اختياره :

تمليك صاحب الأرض لها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل على النحو السابق. رخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 925 مدنى من أن لصاحب الأرض أن يطلب تملكها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل، إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، فإن هذه الرخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها".

(طعن رقم 283 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/19)

187- التعويض المستحق للمالك :

إذا تملك من أقام المنشآت الأرض التى أقيمت فيها المنشآت على نحو ما سلف، فقد ألزمه النص بأن يدفع لمالك الأرض تعويضا عادلا.

فهو تعويض لا يتقيد القاضى فى تقديره بالقيمة الحقيقية للأرض وفق ما تمليه القواعد العامة، بل يكون تقديره لهذا التعويض فى ضوء الظروف والملابسات التى تحيط بالحالة المعروضة عليه. ومن أهم هذه الظروف أن يكون المالك قد قصر فى تجلية الموقف بالنسبة إلى ملكه فى الوقت المناسب، وأن من أقام المنشآت حسن النية معذور فى اعتقاده، وأن الأرض يجرى تملكها لمن أقام المنشآت جبرا عليه، فهذه الظروف

وغيرها قد يكون من شأنها أن تجعل القاضي يحكم بتعويض أدنى من قيمة الأرض⁽¹⁾.

188- عدم النص على هذا الاستثناء في حالة سوء النية؛

لم ينص الشارع على الاستثناء السابق في حالة ما إذا كان من أقام المنشآت سيئ النية، لأن المالك يحق له في هذه الحالة أن يطلب الإزالة، فإذا تبين أن في أداء التعويض الواجب إرهاقا له كان في استطاعته أن يتوقى ذلك بطلب الإزالة.

189- حق الحبس؛

إذا استحق الباني تعويضا أصبح دائنا لصاحب الأرض بهذا التعويض، وله الحق في أن ينفذ على العقار أى على الأرض والبناء إذا لم يوف المالك به، ويستطيع الباني دائما أن يحبس العقار تحت يده ضمانا لوفاء المالك بالتزامه هذا. وذلك تطبيق لحكم المادة 246 مدنى التى تجرى على أن:

"1- لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم ضمان كاف للوفاء بالتزامه هذا.

2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

أما بالنسبة للباني سيئ النية، فقد ذهب رأى إلى أنه لا يثبت له حق الحبس، فحق الحبس لا يكون إلا للحائز حسن النية ذلك أن الحائز سيئ النية يكون قد حصل على الشئ بعمل غير مشروع، والمشرع استثنى في المادة سالفة الذكر من حق الحبس حالة، يكون الالتزام ناشئا عن عمل غير مشروع⁽²⁾.

إلا أن غالبية الفقه أعطت الباني سواء كان حسن النية أو سيئ النية الحق في الحبس لأن التزام الباني برد المنشآت لمالك الأرض لا ينشأ عن عمل غير مشروع، بل هو ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت نتيجة إقامة المنشآت أى وفقا لأحكام الالتصاق، وإقامة المنشآت في أرض الغير بسوء نية لا يعتبر عملا غير مشروع في

(1) عبد المنعم الصده ص 381.

(2) البدروى ص 66.

مفهوم المادة 246⁽¹⁾. ويضيف البعض أنه لا يجوز الخلط بين الالتزام برد الأرض والالتزام برد البناء، وأيا كان وجه الرأي حول الالتزام برد الأرض، فإن الالتزام بتسليم البناء ينشأ عن تطبيق أحكام الالتصاق ولا ينشأ عن عمل غير مشروع⁽²⁾.
ويبدو أن هذا الاتجاه الأخير هو الذى اعتنقته محكمة النقض عندما نقضت الحكم الذى لم يبحث القدر الواجب حبسه من الريع بالنسبة إلى التعويض المستحق الذى يختلف مقداره بحسب حسن أو سوء نية البانى⁽³⁾.

(1) السنهاورى ص 411 وما بعدها هامش (2) - عبد المنعم الصده ص 395 - محمد كامل مرسى ص 131 - حسام الأهوانى ص 82.

(2) محمد زهرة البناء فى أرض الغير دراسة مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى سنة 1982 ص 265 - حسام الأهوانى ص 82.

(3) فقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1976/4/6 فى الطعن رقم 386 لسنة 42 ق بأن:

"إذ كان للطاعنين - وهما يمتلكان بطريق الالتصاق فى المنشآت التى أقامها المطعون عليه على حصتهما فى الأرض - الحق فى ريع هذا القدر المملوك لهما وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلبهما الريع عن حصتهما فى المنشآت استنادا إلى أنه لا يكون لهما ثمة حق فيه لما للمطعون عليه من حق فى حبسه حتى يستوفى منهما ما يستحقه من تعويض عن هذه المنشآت طبقا لأحكام المادة 1/925 من القانون المدنى لأنه كان حسن النية وقت إقامتها إذ كان يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت المذكورة على أساس عقد البيع العرفى الذى كان فى يده وأنه لم يثبت من الأوراق أنه استوفى حقه فى التعويض، ولما كان حق المطعون عليه فى حبس ريع المنشآت حتى يستوفى حقه فى التعويض عنها من الطاعنين لاينفى قيام حقهما فى الريع قبل المطعون عليه وكان يتعين على المحكمة أن تبحث القدر الواجب حبسه من الريع بالنسبة إلى التعويض المستحق الذى يختلف مقداره تبعا لحسن نية المطعون عليه أو سوء نيته حسبما بينته المادتان 924، 925 من القانون المدنى وبمراعاة ما تقضى به المادة 982 من القانون المدنى التى تجيز للقاضى بناء على طلب صاحب الأرض أن يقدر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء به على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات =

= اللازمة وللمالك أن يتخلص من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها، وإذ أغفل الحكم المطعون فيه الرد على المستندات التى قدمها الطاعنان للتدليل على سوء نية المطعون عليه وهو

وحق الحبس يسرى كذلك على ريع المنشآت.
 فللبانى أن يحبس الريع المستحق حتى يستوفى ما يستحقه من تعويض من هذه المنشآت. ولكن لا يحق حبس الريع المقابل لإيجار الأرض⁽¹⁾.
 ولا يكون لمن أقام المنشآت امتياز عليها لاقتضاء التعويض. لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص القانون ومجرد حبس الشئ لا يعطى للحابس أى امتياز عليه. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 247 مدنى بقولها: "مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه".



دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور يبطله فى هذا الخصوص".

(1) نقض 1976/4/6 سالف الذكر.

مادة (926)

إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة.

الشرح

الصورة الرابعة من صور الالتصاق:

إقامة البانى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض:

190- المقصود بهذه الصورة:

تتحقق هذه الصورة بإقامة شخص منشآت بمواد من عنده فى أرض لغيره، بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض. ويكون هذا الترخيص فى العادة بندا فى عقد يبرمه المالك يسلم بمقتضاه الأرض للعائد الآخر.

ويتحقق ذلك عملا فى حالة مالك الأرض الفضاء الذى لا يتمكن من البناء فيها لضيق ذات يده، فيتفق مع شخص ملئ على أن يقيم بناء فى هذه الأرض لسكانه أو ليتخذ منه متجرا.

فإذا نظم العقد- وهو ما يحصل عادة - مصير هذه المنشآت، عند انتهاء العارية أو حق الانتفاع، فإنه تطبق الأحكام المتفق عليها وتستبعد بالتالى أحكام الالتصاق، لعدم تعلقها بالنظام العام.

أما إذا لم يوجد هذا الاتفاق، طبقت أحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة⁽¹⁾.

191- حكم الالتصاق المنصوص عليه بالمادة:

الأجنبى الذى أقام المنشآت فى هذه الصورة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره، ولكنه لا يعتبر سئ النية، إذ أنه يبنى أو يغرس بناء على ترخيص أى موافقة مالك الأرض، ولذلك ألحق المشرع هذه الحالة بحالة البانى أو الغارس حسن النية.

وبناء على ذلك لم يجز للمالك - إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشآت - أن

يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة 925 مدنى أى قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. (راجع فى التفصيل شرح المادة 925).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى المادتين 922، 926 يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها مالم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه من منشآت على هذه الأرض فتتفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض ولا شأن لهذه الحالة بأحكام الالتصاق أما إذا أقام شخص منشآت على أرض غيره مملوكة له بترخيص من مالكة دون أن يتفق فى هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها - ما لم يطلب نزعها - سوى أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المادة 925 من القانون المدنى. لما كان ذلك، وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلب ملكية البناء استنادا إلى مجرد تصريح مالكة الأرض له بإقامته دون الادعاء بحصول اتفاق على تملكه له. فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق على الدعوى حكم المادتين 925، 926 من القانون المدنى وانتهى إلى عدم ملكية الطاعن لهذا البناء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 1265 لسنة 47 ق جلسة 1982/2/18)

فإذا أقام الأجنبى المنشآت على نفقته - دون أن يعرض الطرفان لمصير هذه المنشآت - فإنها تكون ملكا لمن أقامها طول المدة التى تكون الأرض فيها تحت يده، وطالما أنها ملك له فإنه يستطيع التصرف فيها خلال هذه المدة تصرفا ماديا بالهدم، أو تصرفا قانونيا بالبيع أو الرهن. وقد نصت المادة 1038 مدنى على أنه يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقا لأحكام الالتصاق.

وإذا انتهت المدة، وكانت المنشآت قائمة، سرت عليها أحكام الالتصاق في حالة حسن النية⁽¹⁾.

فإذا فرضنا أن المالك باع الأرض بما عليها من بناء - وكان الباني لم يسجل السند الذي تضمن الترخيص له بالبناء - فلا يستطيع الباني أن يحتج على المشتري بالترخيص الصادر له من البائع بالبناء. بل كل ما له أن يرجع على المالك الأصلي بقيمة المواد وأجرة العمل أو بما يوازي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذا البناء.

ويكون الحكم كذلك إذا رهن المالك الأرض والبناء، فلا يصح للباني الرجوع على الدائن المرتهن أو الراسي عليه المزداد، بل كل ما له هو أن يرجع على مالك الأرض. ذلك أنه لا يجوز للباني أن يحتج بسنده غير المسجل على غير من تعاقد معه.

أما إذا كان الباني قد احتاط فسجل سنده، فإنه يستطيع الاحتجاج به في مواجهة كل من تعامل مع المالك الأصلي، ومن ثم يكون له الحق في حبس العين حتى يستوفى ما هو مستحق له من التعويض. وليس لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها في مواجهة الغير الذي تعامل مع مالك الأرض، إذ أن حق النزع مقرر له في مواجهة مالك الأرض، فإذا تعلق بالمنشآت حق الغير نتيجة لتصرف المالك فيها، حال ذلك دون نزعها. ولا يصح الاعتراض على هذا الرأي بأن المالك لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوقاً أكثر مما يملك، إذ أن المالك يملك التصرف في الأرض بما عليها من منشآت تملكها فعلاً بالالتصاق، فإذا تعامل معه الغير على هذا الأساس فلا يصح الاحتجاج عليه بما يحد من هذه الملكية إلا وفقاً لأحكام القانون، وهو ما يتطلب التسجيل لتغيير الوضع الطبيعي للملكية، ومن ثم فلا يجوز الاحتجاج على الغير بهذا التغيير إلا إذا كان وارداً في سند مسجل⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"أقام المشرع في الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدني قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكاً له، وأجاز في فقرتها الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته أو أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله إقامة

(1) منصور مصطفى منصور ص 300 - عبد المنعم الصده 385 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 102 وما بعدها.

المنشآت وتملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشآت هو عقد البيع فإن ملكيتها لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازته والانتفاع به. إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه على الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشتري ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، ويصبح كل ما للمشتري الأول الباني الذي لم يشهر عقده - إذا لم يختار نزاع المنشآت بوصفه بانيا حسن النية - هو أن يطالب المشتري الثاني بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء، لما كان ذلك وكان سند المطعون ضده الثاني في إقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالثة وقد خلت الأوراق مما يفيد اشتماله على اتفاق طرفيه على تملك المطعون ضده الثاني لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها، مما ينبني عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الالتصاق وانتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعا لملكية الأرض مشتراه بموجب عقد البيع المشهر، وبالتالي فلا يسوغ لدائني المطعون ضده الثاني التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكا له، ولا يعدو العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء - وإن سمياه عقد بيع - أن يكون اتفاقا على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثاني قبل مالك الأرض إعمالا لحكم المادة 925 من القانون المدني بوصفه بانيا حسن النية".

(طعن رقم 80 لسنة 45 ق جلسة 1979/1/24)

192- عدم جواز تملك الأرض لمن أقام المنشآت :

رأينا أن المادة (925) التي تناولت حكم الباني بحسن نية في أرض الغير، والتي تطبق أحكامها في حالة توافر شروط المادة (926) نصت في فقرتها الثانية على أن: "إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

غير أن هذا النص لا يسرى في حالة إقامة المنشآت بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز له تملك الأرض للباني إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ويعزى ذلك - من ناحية - إلى

الصفة الاستثنائية لهذا الحكم مما لا يجوز معه تطبيقه بغير نص - ومن ناحية أخرى - لانتفاء حكمته إذ لا يجوز للمالك الذى يرخّص بإقامة المنشآت على أرضه الادعاء بأن فى دفع التعويض عنها إرهاقا له من ناحية أخرى، ولذلك لم تحل المادة 926 على الفقرة الثانية من المادة 925، وقصرت الإحالة على فقرتها الأولى⁽¹⁾.

193 - البناء الذى يقيمه المنتفع فى الأرض المنتفع بها :

إذا بنى المنتفع الأرض المنتفع بها، فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى :

أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة فى البناء. فى هذه الحالة يكون المنتفع حسن النية، ويتملك صاحب حق الرقبة البناء بالاتصاق، وتسرى على المنتفع أحكام المادتين 925، 926 مدنى.

الحالة الثانية :

أن يكون المنتفع قد بنى بدون الحصول على ترخيص من صاحب الرقبة. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى ينص فى المادة 1242 منه على أن: "ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها" ولحذف هذا النص فى لجنة المراجعة⁽²⁾، فلا يبق إلا تطبيق القواعد العامة.

وقد انقسم الفقه فى هذه الحالة إلى رأيين:

الرأى الأول :

يذهب إلى أن المنتفع يكون فى هذه الحالة بانبا بسوء نية وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادة 924 مدنى. فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء، وإذا استبقاه تملكه بالاتصاق على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين، قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. لأن المادة 988 مدنى تنص على أن: "على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة. وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة

(1) السنهورى ص 397 - محمود جمال الدين زكى ص 364 وما بعدها.

(2) منصور مصطفى منصور ص 300- عبد المنعم الصده 385 وما بعدها.

الشيء.... الخ".

وهو ما يدل على أن ليس من حق المنتفع أن يغير حالة الأرض المنتفع بها بإقامة بناء وإذا فعل ذلك فإنه يكون قد بنى وهو سئ النية، فتسرى عليه أحكام البانى سئ النية⁽¹⁾.

الرأى الثانى:

يذهب إلى أن المنتفع الذى يقيم البناء يعامل معاملة البانى حسن النية، لأن المشرع فى التقنين المدنى الجديد اكتفى بجعل مناط حسن النية هو اعتقاد من أقام المنشآت أن له الحق فى إقامتها، الأمر الذى يسهل افتراضه بالنسبة إلى المنتفع الذى آلت إليه سلطة المالك فى الانتفاع بالشيء، مما يجعله يعتقد بحسن نية أن له حق البناء والغراس⁽²⁾. فى حين أنه كان من المتعذر افتراض حسن نية المنتفع فى ظل القانون القديم حيث كان مناط حسن النية هو اعتقاد البانى أو الغارس أنه يملك الأرض التى يبنى أو يغرس فيها، الأمر الذى لا يمكن توافره فى المنتفع وهو يعلم علم اليقين أن الأرض ملك لغيره.

حالات لا تسرى عليها أحكام الالتصاق

194- أولا: بناء المستأجر فى الأرض المؤجرة:

أحكام الالتصاق أحكام احتياطية، ومن ثم لا يصح الالتجاء إليها إلا فى الحالات التى لم يرد عنها نص خاص فى القانون. ولذلك لا يجوز الالتجاء إلى قواعد الالتصاق فى شأن ما يحدثه المستأجر من بناء أو غراس فى الأرض المؤجرة، إذ أن المشرع قد عالج هذه الحالة بنص خاص هو المادة 592 التى وردت ضمن القواعد الخاصة بعقد الإيجار.

وهذه المادة تنص على أن:

1- "إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك.

(1) السهنورى ص 398 - محمود جمال الدين زكى ص 365 - عيد المنعم البدرأوى ص 72.

(2) محمد على عرفه ص 90 وما بعدها - حسام الأهوانى ص 86.

- 2- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى.
- 3- فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنتظره إلى أجل للوفاء بها".
- ومن ثم فإن هذه المادة تكون هى واجبة الاتباع.
- وواضح أنها تضمنت أحكاما لا تتسق مع الأحكام التى تضمنتها المادتان 924، 925 مدنى⁽¹⁾.

195- ثانيا: البناء الذى يقيمه أحد الشركاء على الشيوع فى الأرض الشائعة؛

تقضى المادة 825 مدنى بأنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على ذلك. فالشريك على الشيوع يعتبر مالكا للأرض التى يملكها مع غيره دون أن تكون لأى منهم حصة مفرزة. ولهذا فإذا بنى أحد الشركاء فى حدود حصته فإنه لا يعتبر بانيا على أرض الغير، ومن ثم لا تنطبق قواعد الالتصاق على البناء الذى يقيمه أحد الشركاء على الشيوع فى الأرض الشائعة قبل القسمة. ويجب تطبيق القواعد العامة فى الشيوع. فيعتبر إقامة البناء عملا من أعمال الإدارة المعتادة التى يلزم للموافقة عليه أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الأرض الشائعة. فإذا وافقت هذه الأغلبية على البناء التزم جميع الشركاء كل بقدر حصته أن يدفعوا للشريك الذى أقام البناء ما أنفقه فى سبيل ذلك. وإذا لم تتوافر هذه الأغلبية التزم الشريك البانى بإزالة البناء الذى أقامه على أساس أنه تجاوز سلطته فيما يتعلق بإدارة المال الشائع. كما يجوز إلزامه بالتعويض عن الضرر الذى قد يلحق بالأرض من جراء إزالة البناء أو إقامة البناء ذاته.

وإذا تمت القسمة قبل موافقة الأغلبية المذكورة ووقع الجزء من الأرض المشغول بالبناء فى نصيب شريك آخر فلا تنطبق أحكام الالتصاق لأن الشريك فى لحظة البناء لم يكن بانيا فى ملك الغير. ولهذا يجب تطبيق القواعد العامة فى الشيوع بطلب إزالة البناء.

(1) محمد على عرفه ص 87 وما بعدها.

أما إذا أراد من وقعت الأرض في نصيبه استبقاء البناء فيلتزم بالتعويض.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير من معنى المادة 65 من القانون المدنى فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء وجب أن يكون ذلك فى مقابل ما يناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته، إذ أن مطالبته هذه تقيد أنه اعتمد فعل شريكه، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبرا فى حكم الوكيل".

(طعن رقم 97 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/30)

2- (أ) - "لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانيا فى ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه، فيه فإذا جاوز، اعتبر بانيا فى ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه".

(ب) - "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصف لكل منهما، وأنه لم يقم بالبناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه، بل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها، ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أنه أقام البناء بموافقة المطعون عليها، فإن ما انتهى إليه الحكم من اعتبار الطاعن بانيا سئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقا للمادة 924 من القانون المدنى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالا لأحكام الالتصاق، لا يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 1241 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/24)

196- ثالثا: البناء الذى يقيمه الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل:

إذا أقام الفضولى بناء فى أرض رب العمل، وكان إقامة البناء أمرا عاجلا فإنه فى هذه الحالة تتحقق شروط الفضالة، فلا يعتبر الفضولى بانيا فى أرض الغير، ولا تسرى

أحكام الالتصاق، وإنما تطبق أحكام الفضالة. فيجب على رب العمل أن يرد للفضولى النفقات التى صرفها فى البناء مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التى التزم بها فى أثناء قيامه بالبناء وأن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م 195 مدنى).

أما إذا لم تتوافر الصفة العاجلة فيما تم من أعمال، فقد ذهب رأى إلى تطبيق أحكام الالتصاق حيث لم يتوافر سبب لاستبعادها. وفى الغالب يتوافر لدى من قام بالأعمال صفة البانى، حسن النية، لأنه كان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامته⁽¹⁾.

بينما ذهب - بحق - رأى آخر إلى عدم سريان أحكام الالتصاق، لأن أحكام الالتصاق لا تسرى إلا إذا كان البانى قد بنى لحسابه هو، أما هنا فالفرض أنه قد بنى لحساب غيره ولكن لم تتوافر الصفة العاجلة فى الأعمال. ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامة، فيحق لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة بوصفه مالكا، وله أن يختار استبقاء البناء على أن يعرض البانى طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

ولا تسرى أحكام الوكالة على الوكيل أو من يدير عمل غيره إذا جاوز حدود السلطة المخولة إياه، فأقام منشآت على أرض الموكل أو صاحب العمل، لأنه لا يعمل لحسابه بل لحساب صاحب الأرض. وإنما تخضع العلاقة بينه وبين الموكل أو صاحب العمل لأحكام الوكالة والفضالة والقواعد العامة. فإذا كان من المستحيل على الوكيل إخطار الموكل أو صاحب العمل سلفا بما يريد إقامته من منشآت، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن هذا أو ذاك ما كان إلا ليوافق على إقامتها، اعتبرت إقامة المنشآت داخلية فى حدود الوكيل أو مدير الأعمال بحيث يسوى الموقف طبقا لما يقضى به عقد الوكالة أو عقد إدارة الأعمال. وقد نصت المادة 2/703 مدنى على هذا الحكم بالنسبة إلى عقد الوكالة، ويصح تطبيقه بطريق القياس على عقد إدارة الأعمال. وفيما عدا هذه الحالة، إذا كان عمل الوكيل أو مدير الأعمال قد توفرت فيه شروط الفضالة فإن أحكام الفضالة هى التى تسرى، وإذا لم تتوافر شروط الفضالة جرى حكم القواعد العامة، حيث يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة بوصفه مالكا، وله أن يختار استبقاء المنشآت. ويجب عليه فى

(1) السنهورى ص 424 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 376 - محمد على عرفه ص

86 وما بعدها - وإن كان يرى أن إنشاء بناء جديد لا يعتبر شأنا عاجلا.

(2) حسام الأهوانى ص 97 - عبد المنعم الصده ص 391.

هذه الحالة أن يعوض من أقامها بأقل قيمتى الافتقار والإثراء طبقا للقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب، فهو يدفع إما مقدار ما أنفق أو مقدار ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم الصده ص 391 وما بعدها - حسام الأهوانى ص 97- وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 371.

مادة (927)

تسرى أحكام المادة 982 فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة.

الشرح

197- سريان أحكام المادة 982 مدنى فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد 924، 925، 926 مدنى:

تنص المادة 927 مدنى على سريان أحكام المادة 982 فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة (924، 925، 926).
والمادة 982 المحال عليها تنص على أن:

"يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها".

فهذه المادة تعطى بعض التيسيرات للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين عليها، وهى تسرى أيضاً على المبالغ التى تدفع طبقاً للمواد 924، 925، 926 مدنى.

وهذا يعنى أن المشرع عامل المدين بالتعويض فى هذه الحالات معاملة المدين بتعويض الحائز عما أنفقه من مصروفات ضرورية ونافعة بالتيسير عليه فى الوفاء بالتعويض المستحق⁽¹⁾.

فبعد أن يقوم القاضى بتحديد أو تقدير التعويض بحسب الأحوال فإن هذا التعويض قد يكون مبلغاً جسيماً يثقل كاهل المدين به فيما إذا دفعه على الفور وجملة واحدة. فأراد المشرع التخفيف عن كاهل المدين.

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 325 هامش (1).

198- نطاق تطبيق المادة:

تسرى المادة على المدين بالتعويض أو المقابل وفقا للمواد 924، 925، 926 مدنى. وبالترتيب على ذلك يستفيد منها صاحب الأرض سواء كان البانى حسن النية أو سئ النية.

فإذا كان البانى حسن النية فغالبا ما يكون مبلغ التعويض كبيرا من جهة، كما أن المالك مجبر على تملك البناء حيث لا يحق له طلب الإزالة من جهة أخرى، (م 925)، ولذا فإن العدالة تستوجب مراعاة جانب المالك.

وإذا كان البانى سئ النية فإن أحكام المادة تسرى على مالك الأرض، وقد راعى الشارع أن البانى سئ النية فتشدد فى معاملته عن طريق تقديم تيسيرات لمالك الأرض إذا طلب استبقاء المنشآت.

إلا أنه يخرج عن نطاق تطبيق المادة، الحالة التى نصت عليها المادة 928 والتى يجوز فيها مالك الأرض بحسن نية على جزء من الأرض المجاورة - كما سنرى - بصدد أداء التعويض المستحق.

ويرى الفقه أنه لا مبرر لاستبعاد هذه الحالة من نطاق التيسيرات⁽¹⁾.

199- التيسيرات التى يجوز للقاضى منحها للمدين:

لم تحدد المادة 982 مدنى التيسيرات التى يجوز للقاضى منحها للمدين على سبيل الحصر. فيجوز له أن يعطى المدين أجلا للوفاء بالتعويض، كما يجوز أن يجعل الوفاء بالتعويض فى صورة أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة فى جميع الأحوال، كأن يقدم تأمينا عينيا أو شخصيا. ويجوز أن يكون فى صورة إيراد مرتب لمدة معلومة مع إلزام المدين بتقديم الضمانات المناسبة⁽²⁾.

وللمالك أن يجعل الوفاء بدفع مبلغ يوازى قيمة ما هو مستحق عليه مخصوما منه فوائد هذا المبلغ بالسعر القانونى أى 4% عن المدة من تاريخ الوفاء المعجل إلى تاريخ الاستحقاق المعجل⁽³⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 325 هامش (1) - منصور مصطفى منصور ص 301 هامش (2).

(2) السهنورى ص 305 - حسام الأهوانى ص 80 وما بعدها.

(3) محمد على عرفه ص 77.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... ويجوز للقاضى بناء على طلب صاحب الأرض، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة، ولصاحب الأرض أن يتحلل من تقديم الضمان، إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط".

وإذا حكم على البانى بحسن نية بدفع ريع العقار عن المدة السابقة على تاريخ الوفاء بالتعويض المستحق له عن إقامة البناء فإن له أن يطلب خصم فوائد المبلغ الذى أنفقه فى إقامة البناء من هذا الريع حتى لا يجمع مالك الأرض بين ثمرة المبنى وقيمة التعويض المستحق للبانى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العدل يأبى أن يجمع شخص بين ثمرة البدلين - المبنى وقيمة التعويض المستحق للبانى - فينتفع طرف بالشئ وعوضه، وأن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان الدفاع جوهرياً مؤثراً فى النتيجة التى انتهى إليها، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدهم بثمرات البناء الذى أقامه الطاعنان بحسن نية من مالهما الخاص عن مدة سابقة على تاريخ الوفاء بالتعويض المستحق لهما عن إقامة ذلك البناء وأغفل دفاع الطاعنين المشار إليه بوجه النعى - بخصم فوائد المبلغ الذى أنفقا فى إقامة البناء من ريع العقار إيراداً ورداً فإنه يكون معيباً بالقصور".

(طعن رقم 1248 لسنة 60 ق جلسة 1991/11/26)



مادة (928)

إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك في نظير تعويض عادل.

الشرح

200 - تعدى الباني بحسن نية على جزء يسير من أرض جاره:

تتحقق هذه الحالة بتوافر شروط ثلاثة هي:

1- أن يكون مالك الأرض قد أقام عليها بناء.

فلا يتوافر الشرط إذا لم يقيم الباني بأى بناء على أرضه وإنما بنى جزءاً يسيراً من أرض الجار. أو يكون البناء قد أقيم على أرض الجار مباشرة وكان تابعا لبناء أقامه الباني على أرضه كجراج ملحق بمنزله.

فالشارع يواجه الصورة الغالبة وهي التعدى على أرض الجار بسبب عدم وضوح الحدود بين الجيران. فلفظ "جار" يفيد أن البناء أصلاً كان على أرض الباني وبمناسبة ذلك البناء حدث التعدى على الأرض الملاصقة⁽¹⁾. أما من يبنى على أرض جاره فقط أياً كان مقدار التعدى فإنه يخضع لأحكام الالتصاق⁽²⁾.

2- أن ينحصر نطاق التعدى فى جزء يسير من الأرض المجاورة.

ولا يتم تحديد هذا القدر على أساس المقارنة بين الأرض التى أقيم عليها البناء والجزء الذى اعتدى عليه من أرض الجار، وإنما بالنظر فقط إلى مساحة الجزء الذى تم التعدى عليه فى إطار مساحة أرض الجار المعتدى عليه.

وعادة ما يتمثل هذا الجزء اليسير فى عدة أمتار أقيم عليها حائط للجار أو امتدت إليه أساسات البناء الذى يقوم به الباني. أما إذا امتد التعدى إلى جزء كبير من الأرض فلا تطبق المادة 928.

(1) حسام الأهواني ص 116 - سعيد جبر ص 36 وما بعدها.

(2) محمد على عمران ص 85 - محمد لبيب شنب ص 80.

ولا يلزم أن تكون قيمة البناء أزيد من قيمة الأرض أو تتناسب القيمتان إلى حد بعيد. فالمعيار الذى اعتمده المشرع هو معيار مساحى أساسا أى أن يكون الجزء المعتدى عليه يسيرا أما مسألة القيمة فقد يأخذها القاضى فى اعتباره عن تقدير التملك من عدمه. وتقدير مدى جسامته التعدى يخضع لتقدير قاضى الموضوع⁽¹⁾.

3- أن تكون هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية. فيجب أن يعتقد البانى أنه يبنى على أرض مملوكة له أو يحق له على الأقل البناء فيها. فهذه المادة تواجه صورة إبهام وغموض الحدود بين الملاك المتجاورين⁽²⁾. والعبرة فى توافر حسن النية بوقت البناء ولو زال بعد ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويلاحظ فى تطبيق هذا الحكم شرطان أولهما أن البانى إنما يبنى أصلا فى أرضه وقد جاوزها إلى جزء صغير ملاصق. والثانى أن هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية. وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص، فقن المشروع (م1363) هذا القضاء العادل، ودعمه بالنص الذى ينقصه"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى المادة 928 من القانون المدنى على أن "إذا كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة - إذا رأت محلا لذلك - أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل "يدل على أن العبرة فى حسن النية هو بوقت البناء ولو زال بعد ذلك".

(طعن رقم 88 لسنة 52 ق جلسة 1982/12/16)

2- "جواز إجبار صاحب الأرض على النزول لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء - وعلى ما جرى به نص المادة 928 من القانون المدنى مناطه أن يكون الجار صاحب البناء حسن النية عند البناء على الجزء الملاصق لأرضه".

(طعن رقم 1244 لسنة 54 ق جلسة 1985/4/4)

(1) حسام الأهوانى ص 116.

(2) محمد على عرفه ص 98 - حسام الأهوانى ص 116.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 332.

3- "يدل نص المادة الخامسة من القانون المدنى على أن مناط التعسف فى استعمال الحق الذى يجعله محظورا باعتباره استعمالا غير مشروع له هو تحقق إحدى الصور المحددة على سبيل الحصر فى المادة الخامسة سالفه الذكر والتي تدور كلها حول قصد صاحب الحق من استعماله لحقه أو مدى أهمية أو مشروعية المصالح التى يهدف إلى تحقيقها وذلك دون نظر إلى مسلك خصمه إزاء هذا الحق، وإذ كان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسف المطعون ضدها فى طلبها طرده من الأرض محل النزاع - وهى شريط ضيق يخترق أرضه - وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبغ من دعاوها سوى الإضرار به وأن مصلحتها فى استرداد هذه الأرض - إن توافرت - قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التى تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1244 لسنة 54 ق جلسة 1985/4/4)

4- "مؤدى نص المادة 928 من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية فإنه يجوز للقاضى استثناء من قواعد الالتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض أن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل، لما كان ذلك وكان الطاعنون قد تمسكوا فى دفاعهم أمام محكمة الاستئناف بامتلاكهم الفناء موضوع النزاع بموجب عقود مسجلة ترتد إلى العقد الصادر لهم بالسجل رقم .. لسنة 1969 توثيق المنصورة وبوضع يدهم عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية أو المقترن بحسن النية والسبب الصحيح وبأنهم كانوا حسنى النية حين أقاموا البناء وفتحوا المطات وأقاموا بإيداع ثمن الجزء المشغول بالبناء خزينة المحكمة بما يتمتع معه الحكم بالإزالة، وأن المطعون ضدهم استندوا فى ملكيتهم لهذا الفناء إلى مجرد حكم تثبيت الملكية رقم..... لسنة 1938 مدنى بندر المنصورة لم يسجل ولم يقترن بوضع اليد ولم يصدر فى مواجهة سلفهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتثبيت ملكية المطعون ضدهم للفناء وإزالة البناء وسد المطات أخذا بتقارير الخبراء رغم تباين نتائجها فى شأن ملكية هذا الفناء مع ما أقر به مورث المطعون

ضدهم فى الدعوى رقم..... لسنة 1938 مدنى بندر المنصورة من أنه مملوك له وللأسلف الأول للطاعنين بالاشتراك بينهما وأنه مخصص لمنفعة عقاريهما دون أن يضمن أسبابه ما يزيل هذا التباين أو يستجيب إلى طلب الطاعنين إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ملكيتهم لهذا الفناء بالتقادم الطويل أو القصير المقترن بحسن النية والسبب الصحيح، أو يعرض لما تمسكوا به بشأن حسن نيتهم فى إقامة المنشآت والمطلات مع أنه دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 4334 لسنة 62 ق جلسة 1994/5/18)

ولا يعد البانى حسن النية إذا نبهه الجار إلى هذا التعدى فتماضى فيه رغم ذلك. ومن ثم يجبر على إزالة ما أقامه من بناء فى أرض غيره، بصرف النظر عن مدى الضرر الذى يلحقه من جراء الإزالة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم إذا ساق قرائن معيبة ضمن قرائن أخرى استدلت بها على سوء النية، وكان لا يبين من الحكم أثر كل واحدة من هذه القرائن فى تكوين عقيدة المحكمة فإنه يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد ساق للتدليل على سوء نية الطاعنين قرائن منها أن المطعون ضدهم أنذروا الطاعنين فور بنائهم على جزء من أرضهم، وكان الثابت بهذا الإنذار أنه أعلن للطاعنين بعد أن اكتملت إقامة الدور الأول من البناء وشرعوا فى إقامة الدور الثانى بما لا يمكن أن يدل على سوء نيتهم وقت البناء، فإن الحكم وقد ساق هذه القرينة المعيبة ضمن قرائن أخرى متساندة استدلت بها مجمعة على سوء نية الطاعنين بما لا يبين منه أثر كل واحدة منها فى تكوين عقيدة المحكمة يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم 88 لسنة 52 ق جلسة 1982/12/16)

201- حكم القواعد العامة فى هذه الحالة:

مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق فى هذه الحالة أن يملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق، وذلك بأدنى القيمتين: قيمة ما أنفقه البانى فى هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد فى الجزء الصغير الملاصق بسبب

(1) محمد على عرفه ص 100.

البناء.

ويجوز للباني أن ينزع البناء من الجزء الملاصق، ويجوز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء.

غير أن هذه الحلول جميعا لا تؤدي إلى العدالة في هذه الحالة.

فكلا القيمتين سالفتي الذكر تافهة إزاء التضحية التي يتحملها الباني من أن يكون جزءا لا يتجزأ من بنائه مملوكا لجاره بالاتصاق، وتكون التضحية أكبر إذا طلب الباني نزع البناء من الجزء الملاصق.

أما تملك الجار الملاصق صاحب البناء هذا الجزء الصغير من الأرض، فهو حق له وليس التزاما عليه⁽¹⁾.

ولذلك وضعت المادة حكما خاصا لهذه الحالة نعرض له فيما يلي.

202- الحكم الخاص للحالة المنصوص عليها بالمادة: (تمليك الجزء

المعتدى عليه للباني):

أجازت المادة للقاضي إذا لم ير تطبيق قواعد الالتصاق الواردة بالبند السابق، وبناء على طلب الباني أن تقضى بتمليك الجزء المعتدى عليه للباني نظير تعويض عادل.

فالمحكمة من ناحية - لا تقضى بالتمليك إلا بناء على طلب الباني.

ومن ناحية أخرى فإن سلطة المحكمة في القضاء بالتمليك جوازية، فلها ألا تقضى بالتمليك رغم توافر الشروط التي ذكرناها سلفا، فهي تنتظر بعين الاعتبار إلى طبيعة البناء ومدى الضرر الذي يلحق الباني من جراء تملك الجار للجزء المقام على أرضه، كما تنتظر إلى الضرر الذي يلحق بالجار في حالة جبره على النزول عن ملكية الجزء المشغول بالبناء.

وتقدر في ضوء هذا النظر ما إذا كان الأولى أن تجرى حكم النص أم تطبق أحكام الالتصاق⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مؤدى نص المادة 928 من القانون المدني، وعلى ما أوضحته المذكرة

(1) السنهاوى ص 427.

(2) عبد المنعم الصده ص 383.

الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاورة من المباني قد وقعت بحسن نية، فإنه يجوز للقاضي استثناء من قواعد الالتصاق التي تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض الملاصقة أن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل، ولما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه كان حسن النية حين أقام المباني على الدكان الذى تدعى المطعون عليهن ملكيته، ولم يجاوز ملكه إلا فى مساحة صغيرة، وأنه لا يجوز فى هذه الحالة القضاء بإزالة المباني وإنما يقتصر حق المطعون عليهن على المطالبة بالتعويض وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإزالة هذه المباني دون أن يعرض لدفاع الطاعن سالف البيان ويعنى بالرد عليه، مع أنه دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى، لما كان ذلك فإن الحكم يكون مشوباً بقصور بطله".

(طعن رقم 615 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/31)

2- "أن التعويض العادل الذى يمنح لصاحب الأرض مقابل تنازله لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وعلى ما جرى به نص المادة 928 من القانون المدني هو مقابل استبقاء المباني دون إزالة وذلك على شرط أن يكون الجار صاحب البناء حسن النية عند البناء على الجزء الملاصق لأرضه وأن حسن النية يفترض مالم يقيم الدليل على العكس أو تقوم أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض".

(طعن رقم 3253 لسنة 74 ق جلسة 2005/3/13)

203- اقتصار التملك على الجزء المشغول بالبناء:

إذا قضى القاضي بتمليك أرض الجار للبانى، فإن التملك يقتصر على الجزء المشغول بالبناء كصريح نص المادة 928 مدنى، فلا يجوز تملك البانى أى مساحة أخرى لأى سبب كان. وعلة ذلك واضحة وهى أن هذه المادة أتت بحكم استثنائى مخالف للقواعد العامة التى لا تجيز نزع الملكية لمنفعة خاصة، ومن ثم لا يجوز

التوسع في تطبيقها بحال من الأحوال⁽¹⁾.

204- عدم سريان حكم المادة في حالة إقامة غراس:

يجب لسريان حكم المادة 928 أن يكون التعدي بسبب إقامة بناء، فلا تسرى المادة في حالة إقامة غراس. فالنص لم يذكر إلا البناء. ويرجع ذلك إلى أن التعدي المقصود في النص هو الذي يحدث عندما يقيم الباني أصلا بناء على أرضه، بحيث يكون البناء ما أقيم منه على أرض الباني وما أقيم على أرض الجار، كلا واحدا مترابطا ومتكاملا والمساس بجزء منه يؤدي إلى تهدم البناء بأكمله. أما الغراس فإنها بحكم طبيعتها لا تقبل أن يكون الغراس قد تعدى على أرض الجار وهو يقيمها أصلا على أرضه. فالغراس تتكون من شجيرات يمكن أن تقوم كل واحدة منها بأكملها في حيز ضيق، ومن ثم فإن التعدي على أرض الجار يكون بإنشاء غراس جديدة وليس بامتداد الغراس التي أقامها الغراس أصلا على أرضه. وينبنى على ذلك أن إزالة ما أقيم في أرض الجار لا يمس إطلاقا ما أقيم في أرض الغراس.

205- تعويض صاحب الأرض تعويضا عادلا:

أوجبت المادة 928 مدنى عند قضاء المحكمة بتمليك الباني الجزء المشغول بالبناء في أرض جاره، تعويض صاحب الأرض تعويضا عادلا. والمقصود بالتعويض العادل هو تعويض يتفق مع الظروف والملابسة لكل حالة على حدة حتى يحقق العدالة في الحالة الخاصة. فلا يلزم أن يقدر التعويض طبقا لقواعد الالتصاق، أو بقيمة الجزء المشغول بالبناء، بل تراعى المحكمة جبر كافة الأضرار التي

(1) محمد على عرفه ص 101- حسام الأهواني ص 118- وقارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة في 18 مايو سنة 1926 بـ 411/38 إذ ذهبت فيه إلى أن ترك البناء والأرض التي أقيم عليها إلى الباني حسن النية، ينطبق على جزء الأرض الذي يشغله البناء وإلى مسافة متر حول البناء ابتداء من الخط الخارجى لكل بلكون أو بروز، وذلك لتلافى الحظر الذي تنص عليه المادتان 61، 62 من القانون المختلط في شأن فتح المطلات المواجهة على ملك الجار.

وقد انتقد هذا القضاء بأنه يتنافى مع الضرورة التي قضت بترك جزء من أرض الجار للباني، إذ أن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز التجاوز عن هذا القدر بحال، ولا أقل من أن يجبر الباني على سد المطلات التي فتحها على ملك جاره (محمد على عرفه ص 101 هامش (1)- السنهاورى ص 429 الهامش- حسام الأهواني ص 118).

يتعرض لها المالك من جراء فقدته لملكه. فيجب علاوة على قيمة الأرض تعويض ما عسى أن يصيب المالك من أضرار من جراء حرمانه من هذا الجزء اليسير من ملكه⁽¹⁾.

206- عدم جواز تأجيل أو تقسيط الوفاء بالتعويض المستحق لمالك الأرض:

لا يجوز للقاضي أن يؤجل الوفاء بالتعويض المقضى به لصاحب الأرض ولا أن يقسطه على أقساط دورية. بل يجب أن يكون الحكم بالتعويض مجمدا منجزا. وهذا الرأي مستفاد حتما من المادة 927 مدني لأنها أحالت إلى أحكام المادة 982 ولكنها صرحت أن هذه الإحالة تقتصر على أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاثة السابقة عليها (924، 925، 926). ومن ثم لا يمتد حكم هذه الإحالة إلى أداء التعويض المنصوص عليه في المادة 928 مدني.



(1) حسام الأهواني ص 119 - عبد المنعم الصده ص 383 - محمد علي عرفه ص 101.

مادة (929)

المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام، تكون ملكا لمن أقامها.

الشرح

207- يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق أن تكون المنشآت قد أقيمت على سبيل الدوام:

تقضى قواعد الالتصاق بتملك صاحب الأرض لما يقام عليها من منشآت كبيرة أو صغيرة، مقصودا بها التأقيت أو الدوام، متى اندمجت فى الأرض على الوجه الذى قدمناه، ولكن الشارع استحدث فى المادة 929 استثناء عليها، مؤداه أن المنشآت الصغيره كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام تكون ملكا لمن أقامها، فهذه المنشآت تجمع بين الصغر والتأقيت. ويضاف إلى الأمثلة الواردة بالمادة الاستراحات المؤقتة والعشش وأكشاك الاستحمام. ويستوى أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية أم سئ النية.

208- حكم المنشآت الصغيرة:

ذكرنا أن هذه المنشآت لا تسرى عليها أحكام الالتصاق. وقد نصت المادة على أنها تكون ملكا لمن أقامها. ومقتضى هذا تطبيق القواعد العامة فى حق الملكية سواء بالنسبة لمالك الأرض أو بالنسبة لمالك المنشآت التى أقامها على أرض غيره. ولما كانت الملكية حقا جامعا مانعا بحيث يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يقيد أية فائدة من ملكه حتى إذا لم يلحقه ضرر من ذلك، فإنه يكون من حق المالك دائما أن يطلب إزالة هذه المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، ولكن ليس له أن يستبقئها رغم معارضة من أقامها فى تركها.

ولا يحول دون الاستجابة إلى طلب الإزالة إلا أن يكون المالك قد رخص فى إقامة هذه المنشآت، فعندئذ تسوى علاقته بمن أقامها على أساس الحكم الوارد بالمادة 926

مدنى.

كما أنه يحق للبانى أن يزيل المنشآت فى أى وقت ما لم يوجد اتفاق بينه وبين مالك الأرض على أيلولة المنشآت لمالك الأرض فى وقت معين⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ولا تنطبق الأحكام المتقدمة على الأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير ولم يكن مقصودا بقاؤها على الدوام. فهذه لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكا لمن أقامها، ويكلف هذا إذا كان معتديا بالإزالة وبالتعويض (م 1364 من المشروع وهى مأخوذة من المادة 677 من التقنين السويسرى)⁽²⁾.



(1) محمد على عرفه ص 107.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 332.

مادة (930)

إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها. وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي. كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت.

الشرح

209- إقامة أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض مملوكة ثالث:

تفترض هذه الحالة أن شخصا أقام منشآت بمواد مملوكة لغيره، في أرض مملوكة لشخص ثالث.

وعلى ذلك فإنه تنشأ في هذه الحالة علاقات ثلاث هي:

1- علاقة مالك الأرض بمن أقام المنشآت فيها.

2- علاقة من أقام المنشآت بمالك المواد.

3- علاقة مالك المواد بمالك الأرض.

ونعرض لهذه العلاقات بالتفصيل على النحو التالي.

210- أولا: علاقة مالك الأرض بمن أقام المنشآت فيها:

لم تتعرض المادة 930 لحكم هذه العلاقة.

ويرجع ذلك إلى أنها تخضع للأحكام السابق بيانها بمناسبة الصورة الخاصة بإقامة

منشآت في ملك الغير المنصوص عليها في المادتين 924، 925 مدنى.

فإذا كان من أقام المنشآت سئ النية وجب الرجوع في تحديد علاقته بمالك الأرض

إلى الأحكام التى تضمنتها المادة 924، فيجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت

على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من تاريخ علمه

بإدماج المنشآت فى أرضه، وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض، وإذا لم يطلب

صاحب الأرض الإزالة، تملك المنشآت بالالتصاق والتزم بأن يدفع لصاحب المنشآت أقل

القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت. ويجوز

لمن أقام المنشآت أن يطلب نزاعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت.

أما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية وجب الرجوع فى تحديد علاقته بمالك الأرض إلى المادة 925، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما من أقام المنشآت.

211- ثانيا : علاقة من أقام المنشآت بمالك المواد :

إذا تملك مالك الأرض المواد بالالتصاق، فليس لمالك هذه المواد استردادها لأنه ليس بينه وبين مالك الأرض ثمة علاقة وليس دائما له بالتالى. وإنما يحق له الرجوع بالتعويض على من أقام المنشآت باعتباره المعتدى على حقه فى ملكية هذه المواد.

وهذا التعويض لا يقتصر على المطالبة بقيمة تلك المواد، بل وبمقدار الخسارة التى تحملها مالكةا من جراء حرمانه منها، يصرف النظر عن حسن نية البانى أو سوء نيته. وهذا التصميم يقتضيه إطلاق نص المادة 930 عند ذكر التعويض مجردا من التحفظات التى وردت بالمواد السابقة التى لم تذكر التعويض إلا مقترنا بعبارة "إن كان له وجه" فلا بد وأن يكون لإضفاء هذه العبارة من المادة 930 مغزى خاص عناه المشرع بإسقاطها من هذا النص، وهو أن يكون من أقام المنشآت مسئولا عن التعويض قبل مالك الأدوات فى سائر الحالات.

ولا غرابة فى أن تتفرد هذه الحالة بحكم خاص من حيث استحقاق التعويض إذ أنها فى الواقع حالة شاذة بما تضمنته من عدوان مزدوج على ملك الغير وعلى مواد الغير ولا يمكن أن يفترض حسن النية فيمن يقدم على مثل هذا العدوان⁽¹⁾.

212- ثالثا : علاقة مالك المواد بمالك الأرض :

إذا تملك مالك الأرض المنشآت التى أقيمت فى أرضه بحكم الالتصاق، فإن مالك الأرض لا يسأل أمام صاحب المواد وإنما تنحصر مسئوليته قبل البانى فحسب، ولذلك لا يحق لمالك المواد طلب استردادها، وإنما له الرجوع على البانى مطالبا بالتعويض. ويكون مالك الأرض مسئولا قبل البانى عن التعويض على النحو الذى ذكرنا - سلفا. وليس معنى هذا أن مالك المواد لبس له أى رجوع على مالك الأرض. فهو يستطيع

أن يرجع على مالك الأرض بحق من أقام المنشآت فى طلب التعويض عن المواد عن طريق الدعوى غير المباشرة تطبيقاً للمادة 235 مدنى. فيطالب صاحب الأرض عن طريق هذه الدعوى بما هو ثابت فى ذمته (أى ذمة مالك الأرض) لصاحب المنشآت⁽¹⁾. ولكن قد يتعرض صاحب المواد فى هذا الرجوع غير المباشر لخطر مزاحمة دائنى صاحب المنشآت الآخرين له على مبلغ التعويض ولذلك وحماية لصاحب المواد ونزولاً على اعتبار أنه صاحب الفضل فى صيرورة صاحب الأرض مديناً لصاحب المنشآت، ولتحقق الارتباط بين الديون، منح المشرع صاحب المواد الحق فى دعوى مباشرة قبل صاحب الأرض ليختص بحق مقيم المنشآت بالتعويض الذى يستحقه عن قيمة الأدوات. ولكن هذا الرجوع المباشر محدود بما يكون باقياً فى ذمة مالك الأرض من التعويض لمن أقام المنشآت⁽²⁾.

يجب من ثم على مالك الأرض أن يتمتع عن دفع التعويض للبانى منذ أن ينذره صاحب المواد بحقه فى التعويض قبل هذا الأخير، ويكون وفاؤه للبانى رغم هذا الإنذار، غير مبرئ لذمته قبل صاحب المواد الذى يكون له الرجوع بما هو مستحق له. أما إذا لم يقم صاحب المواد بإنذار صاحب الأرض، وقام الأخير بوفاء ما بقى فى ذمته إلى صاحب المنشآت، فإنه يبرأ قبل صاحب المواد⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وفى الحالة الثالثة. إذا كان البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره، يرجع صاحب الأدوات على البانى بالتعويض من أجل الأدوات، ويرجع البانى على صاحب الأرض بالتعويض وفقاً للأحكام السابقة، ويكون لصاحب الأدوات على صاحب الأرض دعوى مباشرة بقدر ما فى ذمة صاحب الأرض للبانى (مادة 1365 من المشروع وتوافق مادة 66 من التقنين الأهلى مع غموض فى عبارة هذا التقنين"⁽⁴⁾.

(1) السنهاورى ص 435- جميل الشرقاوى ص 274- رمضان أبو السعود ص 233.

(2) عبد المنعم الصده ص 396- محمود جمال الدين زكى ص 372 وما بعدها - جميل الشرقاوى ص 274.

(3) السنهاورى ص 436- محمود جمال الدين زكى ص 373- رمضان أبو السعود ص 234.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 331 وما بعدها.

الاتصاق بالمتقول :**مادة (931)**

إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما.

الشرح**213- المقصود بالمتقول :**

كل ما ليس عقارا فهو منقول. والشئ المنقول هو الذى ينقل من مكان إلى آخر دون أن يصبه تلف.

وتسرى أحكام التصاق المنقولات فى حالة التصاق أشياء منقولة مثل السكر مع الدقيق.

ولكن لا يقتصر المنقول على الأشياء المادية، بل يعتبر منقولا الأشياء المعنوية التى ليس لها وجود مادى ومن ثم لا يتصور وجود حيز ثابت ومستقر لها. وعلى هذا فإن قوة العمل أو الطاقة البشرية تعتبر من المنقولات. فمن يقوم بتحويل أخشاب إلى كراسى أو يقوم بحفر الخشب ليحوله إلى قطعة فنية أو أخشاب مشغولة يكون قد أوجد شيئا جديدا من المادة أى الخشب والطاقة البشرية ومن ثم تتحقق صورة من صور التصاق المنقولات.

وبصفة عامة يعتبر من المنقولات التيار الكهربائى والغاز والطاقة، فالتقدم العلمى يسير الآن من المادة إلى الطاقة.

وبالرغم من أن الحيوانات تعتبر من المنقولات إلا أنها لا تخضع لقواعد الالتصاق، فالصور التى نظمها المشرع الفرنسى لالتصاق الحيوانات مثل استقرار الحمام فى برج من الأبراج تتعلق بمنقولات يمكن فصلها دون تلف ولهذا لا تخضع للالتصاق إلا بناء على نص وهو ما لا يوجد فى قانوننا، وكذلك نتاج الحيوانات يدخل فى إطار حق الملكية سواء اعتبرت من الثمار أو المنتجات⁽¹⁾.

214- شروط التصاق المنقولات :

يشترط لتحقيق الالتصاق في المنقولات توافر الشروط الآتية:

1- أن يحدث الالتصاق بين منقول ومنقول آخر. أما إذا حدث الالتصاق بين منقول وعقار، فإما أن نكون بصدد التصاق طبيعي وإما صناعي وحكمه كما قدمنا، يختلف عن حكم التصاق المنقول بالمنقول.

2- أن يكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفين، فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق إذا اتحد المالك، لأن المنقولين الملتصقين في حالتها الجديدة يكونان مملوكين لنفس المالك الواحد الذي كان يملك كل منهما.

3- أن يدمج المنقولان أحدهما في الآخر بحيث يتعذر فصلهما دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما. ويستوى أن يكون الاندماج عن قصد أو عن طريق الغلط أو قضاء وقدرًا.

فإذا كان اتحاد المنقولين لا يحول دون فصلهما دون ضرر فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق حيث يحتفظ كل من المالكين بحقه على منقوله.

ويجب على القاضي عند الخلاف أن يحكم بالملكية لكل منهما. فالمشكلة لا تثور إلا لتحديد مالك الشئ الجديد الذي نشأ من اتحاد المنقولين. وعلى هذا لا يكفي لإعمال الالتصاق أن يكون المنقولان أو المنقولات قد كونت كلا خصص لاستعمال معين، بل يجب أن يتكون عنها شئ واحد⁽¹⁾.

وهذا الاندماج يحدث في صور ثلاث هي:

الصورة الأولى: ويطلق عليها الضم أو الإضافة (adjonction) وهي أبسط صور التصاق المنقولات. فيها يتصل منقولان لمالكين مختلفين اتصالاً يجعلهما شيئاً واحداً مع احتفاظ كل منهما بذاتيته. وهو ما يحدث بتركيب حجر ثمين في خاتم من الذهب، أو بوضع صورة في إطار.

والصورة الثانية: ويطلق عليها الخلط أو المزج mélange ou confusion وهي خلط منقولين أحدهما بالآخر بحيث لا يمكن تمييز أى منهما، كخلط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر أو امتزاج سائلين مملوكين لشخصين مختلفين.

والصورة الثالثة: وهي التحويل (spécification) ويكون بأن يستعمل شخص مواد غير مملوكة له في صنع شئ جديد. ومثال ذلك صنع الملابس من القماش، أو تمثال

من قطعة الرخام أو الأثاث من الخشب⁽¹⁾.

4- ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق. فلا يكفى مجرد الاتفاق على حصول الاندماج، إذا لم يحدد مصير المنقولين بعد الاندماج.

ويستوى أن يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا. فإذا وجد هذا الاتفاق تعين إعمال هذا الاتفاق فى شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق، دون إعمال أحكام الالتصاق. وهذا ما يحدث فى حالة الاتفاق مع الحائك على خياطة الثوب، فالحائك يخلط مواد مملوكة له مع القماش الذى يقدمه عادة العميل، ولكن يستفاد ودائما وأبدا أن هناك اتفاقا على ملكية العميل للثوب مقابل الأجر المستحق للحائك. فلا مشكلة إطلاقا فيما يتعلق بالملكية نظرا لوجود الاتفاق⁽²⁾.

وعلى العموم فإن صور التصاق المنقول بالمنقول نادرة الوقوع، إذ الغالب أن صاحب أحد المنقولين يمتلك الآخر تطبيقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية⁽³⁾.

215- أحكام التصاق المنقولات:

لم يضع المشرع قاعدة عامة فى مصير ملكية المنقول الجديد الذى نشأ عن التصاق أكثر من منقول، فلا يمكن بصدد المنقولات تحديد المنقول الأصيل دائما وأبدا، فالمنقولات لا تنتهى ومن ثم يصعب أن نقرر مسبقا أن منقولا بعينه يعتبر أصلا بالنسبة لمنقول آخر⁽⁴⁾. بل ترك الأمر للقاضى يفصل فيه وفقا لمعايير مرشدة نص عليها، فله أن يقرر الحل الذى يراه محققا للعدالة فى كل حالة على حدة. فيجوز له أن يملك المنقول الجديد لأحد مالكي المادتين دون الآخر، وله أن يقسمه بينهما، إذا كانت القسمة العينية ممكنة، أو يملكه لهما على الشيوع، أو يبيعه ويوزع ثمنه عليهما بحسب قيمة الشئ الذى

(1) محمد على عرفه 113- منصور مصطفى منصور ص 303- وهذه الصور الثلاث نص عليها المشرع الفرنسى فى المواد 566- 575 من التقنين المدنى ووضع الحلول لها وهى تتشابه مع الحلول الذى نأخذ بها فى مصر كما سنرى.

(2) حسام الأهوانى ص 124.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 77 - منصور مصطفى منصور ص 303.

(4) نبيل إبراهيم سعد ص 328 - حسام الأهوانى ص 125.

كان يملكه⁽¹⁾.

الجوهري في هذا الشأن أن الحل الذي يأمر به القاضي لا يتعين بأن يكون تمليك أحد الشئيين لمالك الشيء الآخر، وهو ما يتحقق به التملك بالالتصاق بمعناه الصحيح⁽²⁾.

والقاضي في تحديده للحل في الالتصاق يسترشد بالاعتبارات الآتية:

1 - قواعد العدالة :

وهي تقضى بأن يترك صاحب الشيء الأكبر قيمة الشيء الأقل قيمة، لاسيما إذا كان التفاوت بين قيمة المنقولين كبيرة. على أن يدفع قيمة هذا الشيء لصاحبه. أو يترك صاحب الشيء الأصلي الشيء التابع على أن يدفع لصاحبه قيمته إذا أمكن التمييز في المنقولين بين ما هو أصلي وما هو تابع⁽³⁾. فإذا امتزج السمن بالعسل أو المشروبات الروحية بالماء أو الصودا فظاهر أن صاحب السمن أو صاحب المشروبات الروحية، وهو مالك الشيء الأكثر قيمة يترك العسل أو الماء أو الصودا، على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لصاحبها⁽⁴⁾.

وأن يترك من بذل عملا وجهدا في دمج الشئيين ما نتج عن هذا الدمج. فإذا حول نجار قطعة من الخشب إلى طقم صالون بعد أن دمج بها مسامير وغراء وقماش تتجيد فإن العدالة تقضى بترك النجار لهذا الطقم في مقابل تعويض يدفعه للمالك الأصلي يحدده القاضي في حكمه⁽⁵⁾.

2 - الضرر الذي حدث لكل من الطرفين نتيجة الاندماج :

فالاندماج يؤدي إلى خسارة كل من المالكين لمنقلبه المتميز. والضرر الذي يصيب كلا من المالكين من جراء ذلك ليس - في العادة - متساويا، فهو قد يكون جسيما لأحدهما ويسيرا للآخر أو أخف لأحدهما من الآخر، فيجب على القاضي تمليك الشيء

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 328 - حسام الأهواني ص 125.

(2) محمد لبيب شنب ص 60.

(3) السنهوري ص 442 - محمود جمال الدين زكي ص 374 - عبد المنعم البدرأوى ص 77 وما بعدها.

(4) السنهوري ص 442.

(5) محمد لبيب شنب ص 60.

الجديد لمالك المنقول الذى تعرض لضرر شديد نتيجة اندماج منقوله فى منقول شخص آخر⁽¹⁾.

والضرر قد يكون ماديا أو معنويا، فلو كان أحد المالكين فى حاجة ماسة لمنقوله مثل تاجر الغلال أو صاحب مخبز فإن استعمال غلاله فى صناعة حلوى يؤدى إلى إلحاق ضرر جسيم به لأنه يمس مصدر رزقه، وتمليك الحلوى يمكنه من الحصول على رزقه.

وقد يكون الضرر معنويا كما لو كان لأحد الشئيين قيمة أدبية، فإن المنقول الجديد يملك لمالك الشئ الذى يمثل قيمة أدبية لصاحبه لأن ذلك يمكنه غالبا من الاحتفاظ بتلك القيمة الأدبية من خلال تملكه للمنقول الجديد⁽²⁾.

3- حالة الطرفين:

المقصود بحالة الطرفين أساسا هو الحالة المالية لهما. فتملك أحد الملاك للمنقول الجديد يستتبع إلزامه بتعويض الطرف الآخر. ولهذا يجب مراعاة أن يكون من تؤول إليه ملكية المنقول الجديد، قادرا على الوفاء بتعويض الطرف الآخر. فالملكية تؤول لقادر على الوفاء بالتعويض متى كان الآخر غير قادر.

غير أن الحالة قد تكون صحية، كما لو اندمجت قطعة غيار فى موتور سيارة شخص معوق فالحالة إذن قد تكون مالية أو صحية أو اجتماعية أو غير ذلك⁽³⁾.

4- حسن نية كل من المالكين:

فأى من الطرفين كان حسن النية، وكان قادرا على تعويض الطرف الآخر، هو الذى يملك المنقولين بعد التصاقهما على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له، إذا كان هذا التملك يتمخض عن مصلحة له⁽⁴⁾.

والطرف سئ النية يجب أن يرد عليه قصده بحرمانه من التملك إذا كان قد سعى إلى ذلك تحقيقا لمصلحة تهمه.

أما إذا كان يترتب على الدمج نقصان قيمة الأشياء فيمكن أن تكون ملكية المنقول

(1) السنهورى ص 442 - محمود جمال الدين زكى ص 374.

(2) محمد لبيب شنب ص 61 - حسام الأهوانى ص 126.

(3) حسام الأهوانى ص 126.

(4) السنهورى ص 442 - محمود جمال الدين زكى ص 374 - حسام الأهوانى ص 126.

الجديد للمالك سئ النية مع إلزامه بالتعويض للمالك الآخر عن منقلبه بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط⁽¹⁾.

ومن الواضح أن مجال الاعتداد بنية المالكين إنما يكون إذا حصل الالتصاق بفعل إرادى صادر من أحدهما، كما لو أخذ شخص أخشابا مملوكة لآخر وصنع منه أثاثا⁽²⁾. وللقاضى إذا لم يجد مرجحا لأحد الطرفين، أن يجعل الشئ بعد الالتصاق مملوكا لهما على الشيوع، بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه كل منهما، أو يحكم ببيع هذا الشئ وتوزيع ثمنه بينهما⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن:

"حالة الالتصاق بالمنقول هى حالة يميز فيها الفقه والتقنيات الأجنبية بين فروض مختلفة (المزج والخلط إلخ) ولكن المشروع (م1366) اتبع التقنين الحالى (م92/67). وترك الأمر لتقدير القاضى يسترشد بقواعد العدالة، ويراعى فى ذلك الضرر الذى حدث، وحالة الطرفين، وحسن نية كل منهما. إلا أن المشرع نبه إلى أمر هام هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين. وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة ما بين المستصنع والصانع، فإن الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع، وهو عقد الاستصناع⁽⁴⁾.



(1) السنهورى ص 442 - محمود جمال الدين زكى ص 374 - حسام الأهوانى ص 126.

(2) محمد لبيب شنب ص 61.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 375.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 335.

5 - العقد

مادة (932)

تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة 204 وذلك مع مراعاة النصوص الآتية.

الشرح

216- انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد :

العقد سبب من الأسباب المنشئة للحقوق العينية الأصلية. بل إن العقد هو أهم هذه الأسباب جميعا. ويتم العقد عندما يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، وإذا تم هذا التبادل الإرادى فإن العقد ينعقد فى الزمان والمكان اللذين يصل بهما القبول إلى علم الموجب. ويقوم الوصول قرينة على العلم وإن كانت هذه القرينة غير قاطعة إذ يجوز إثبات عكسها (م91 مدنى).

وتسرى هذه القاعدة على عقد البيع والتصرفات القانونية الأخرى كالمقايضة والهبة، وإن كان عقد البيع يعتبر أهم هذه التصرفات جميعا نظرا لشيوع تطبيقه فى المجال العملى.

وفى هذا يختلف التقنين المدنى عن القانون الرومانى، فنقل الملكية لم يكن أثرا مباشرا لانعقاد العقد فى ذلك القانون. وبعبارة أخرى فإن توافق الإرادتين لم يكن وحده كافيا لنقل الملكية فى القانون الرومانى. بل كان كل ما يترتب على انعقاد العقد هو مجرد تمكين المشتري من الحياة الهادئة مع التزام البائع بنقل - وفقا لمبدأ حسن النية - ملكية المبيع إلى المشتري إذا كان البائع هو مالكة الحقيقى.

وكان نقل الملكية يتم باتباع إجراءات شكلية، كالإشهاد أو الدعوى الصورية وأخيرا التسليم، وهو ما استدعى التمييز بين السند (titulus) وبين وسيلة اكتساب الملكية (modus acquerendi)، فما كان للمشتري المزود بالسند إلا حق رفع دعوى شخصية على البائع دون أن يكون له أى حق عينى يخوله مطالبة المالك بتخلى المبيع إذا لم يكن قد سلمه إليه.

أما الآن فإن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، وبذلك أصبح العقد

ناقلا بذاته للملكية أو أنه بذاته وسيلة اكتسابها، هذا ما قررته صراحة المادة 932⁽¹⁾.
غير أنه إذا كان محل الالتزام عقارا، فإن ملكيته لا تنتقل إلا بإجراء خاص هو التسجيل.

وهذا ما نصت عليه المادة 204 بقولها: "وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" وما صرحت به المادة 934 كما سنرى.

ولذلك يؤخذ على المشرع أنه احتفظ في هذا النص بمبدأ انتقال الملكية في العقار بالعقد، مع كونه لا يتفق مع الأوضاع القائمة حاليا وما صرح به المشرع ذاته في المادتين 204، 934، من مجرد العقد غير المسجل من هذا الأثر. وكان مفهوما أن ينص على هذا المبدأ في القانون المدنى القديم حيث كانت الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد. أما وقد تغير الوضع فليس من المنطق فى شئ أن يحرص المشرع على مبدأ اندثر وعفت آثاره منذ صدور قانون التسجيل فى سنة 1923⁽²⁾.

والمادة 932 اشترطت لنقل الملكية بالعقد أن يكون العقد قد ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة 204، وهذه المادة هى التى تتناول ملكية الشئ المعين بالذات، وهو ما نعرض له فى البند التالى.

217- المنقول المعين بالذات:

تنص المادة 204 التى أحالت عليها المادة 932 على أن: "الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

والمنقولات المعينة بالذات هى التى تتحدد عن طريق بيان خصائصها وصفاتها، وهى التى تختلف أحادها وتفاوت ولايقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء.

والمادة (204) تنص على أن العقد ينقل الملكية فى هذه الحالة "من تلقاء نفسه" أى دون حاجة إلى أى إجراء آخر، وعلى الأخص دون أن يتوقف انتقال الملكية على تسليم المنقول.

على أنه وإن يكن التسليم غير لازم لنقل ملكية المنقولات المعينة، فإنه كثيرا ما يكون ذا أهمية قصوى من الناحية العملية، نظر الوجود قاعدة "الحيازة فى المنقول سند

(1) محمد على عرفه ص 310 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 311.

الحائز". والتي نصت عليها المادة 976 بقولها: "من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية من وقت حيازته" وما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 976 من أن "الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

فيستطيع من حاز المنقول المعين بالذات بسبب صحيح وبحسن نية أن يملك المنقول دون المتصرف إليه.

فإذا باع مالك المنقول هذا المنقول إلى مشتري ثم باعه إلى مشتري آخر، غير أن تسليم المنقول قد تم لهذا المشتري الآخر، فإن هذا المشتري يفضل المشتري الأول نظراً لتمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز برغم أنه من الناحية النظرية هو اعتبار المشتري الأول مالكا للمبيع بمجرد العقد. ولا يكون لهذا المشتري الأول سوى حقاً شخصياً قبل البائع. ولا يكون له حقاً عينياً إلا إذا تخلفت شروط قاعدة الحيازة في حق المشتري الثاني بأن كان سئ النية مثلاً، فيستطيع المشتري الأول أن يسترد حقه على المنقول باعتباره مالكا⁽¹⁾.

وقد طبق المشرع هذه القاعدة في المادة 954 مدني حيث نص على أن:

"1- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

2- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة" فاشتراط حسن النية هنا دليل قاطع على أننا بصدد توافر شروط قاعدة "الحيازة سند الحائز" مما ينفي اعتبار التسليم شرطاً لازماً لانتقال ملكية المنقول⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- يقرّر على وجوب التنفيذ العيني وجوباً نافياً للتمييز، أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات. ومؤدى هذا، أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر.

(1) رمضان أبو السعود ص 338.

(2) محمد على عرفه ص 313.

2- ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات، دون أن يرد على إطلاقه أى تحفظ أو قيد. فإذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف له فور الوقت، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة "إنزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية" بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقه. وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه، بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول. وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية، هو طريق الحيازة. ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها، وكان هذا الطلب ينصب على الآلة المتنازع عليها كما كانت قبل تثبيتها، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق عليها عقد المطعون ضده الأول، وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل، لأنه يقع على منقول. لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 452 لسنة 37 ق جلسة 1972/10/28)

2- "إذا كانت ملكية المنقول تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام البيع وكان ثمار الحقائق واقع على منقول مآلاً وكان من آثار عقد الإيجار استحقاق المستأجر لمنفعة العين المؤجرة فيتملك الثمرات خلال مدة العقد".

(طعن رقم 436 لسنة 48 ق جلسة 1981/12/8)

ويشترط لنقل الملكية بالعقد فى المنقولات المعينة بالذات ما يأتى :

أولاً: أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، وهذا الشرط بديهى. ومع ذلك فقد نص المشرع عليه صراحة فى المادة 207 مدنى.

فلو لم يكن البائع مالكا للحق المبيع، ما أمكنه نقل ملكيته إلى المشتري فور العقد. فالقاعدة أن فاقد الشئ لا يعطيه⁽¹⁾.

فكل تصرف يرد على حق مملوك للغير لا ينقل بدهاة ملكية هذا الحق. هذا ما لم يتعهد المتصرف بأن يسعى لكسب ملكية الشئ لينقلها إلى المتصرف إليه، ففى هذا الفرض تنتقل الملكية إليه بمجرد أن يصير المتصرف مالكا، دون حاجة إلى عقد جديد، ولا إلى إجراء آخر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"4- وينقرع على ما تقدم أن للدائن أن يتسلم الشئ المعين بذاته الذى التزم المدين أن يدلى به إليه، منقولاً كان أو عقاراً، بتوافر شرطين: أولهما: أن يكون هذا الشئ مملوكاً للمدين وقت إنشاء الالتزام، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك.

وثانيهما: ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عينى لأحد من الأغيار، كخلف ثان يحوز منقولاً بحسن نية، أو مشتر آخر آل إليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله. وقد نص على هذا الحكم فى المادة 175/118 من التقنين الحالى. ولم ير المشروع محلاً للتنويه به، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان محل التزام المدين عينا معينة جاز للدائن أن يحصل على وضع يده عليها مادامت مملوكة للمدين وقت التعهد أو آلت ملكيتها إليه بعده ولم يكن لأحد حق عينى عليها الخ".

(طعن رقم 164 لسنة 19 ق جلسة 1951/12/6)

ولما كانت المادة 131 مدنى أجازت أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، وذلك

(1) محمد على عمران ص 90 وما بعدها - سعيد عبد السلام ص 317.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 515.

كمن يعهد إلى صانع بصنع قطعة من الأثاث، أو إلى رسام برسم لوحة أو صورة، أو إلى نحّات بصنع تمثال، أو من يتعاقد على بناء سفينة. ففي كل هذه الفروض لا يتصور أن تنتقل الملكية بمجرد العقد لقيام حائل طبيعي دون انتقالها، هو عدم وجود الشيء محل التعاقد. ومن ثم فإن نقل الملكية يتراخى إلى ما بعد ظهور هذا الشيء في عالم الوجود. وثمة مسألة دقيقة تثور في هذا الصدد، وهي تحديد طبيعة العقد ذاته، وبعبارة أخرى تكليف التزام المتعهد. فيكون العقد منصبا على نقل الملكية إذا التزم المتعهد بإعطاء الشيء محل التعاقد، أى بنقل ملكيته عند الانتهاء من صنعه. أما إذا اقتصر التزامه على صنع الشيء. فإن العقد لا يكون من العقود الناقلة للملكية بل عقد استصناع أو إيجار خدمات.

ولهذه التفرقة أهمية قصوى، إذ لو كان العقد ناقلا للملك فإنه من المقرر أن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد الانتهاء من صنع الشيء، وبدون حاجة إلى أى إجراء آخر. وذلك لأن الشيء تصبح له ذاتية خاصة بمجرد الانتهاء من صنعه، فينتج العقد أثره في نقل ملكيته. ومن هذا الوقت يصبح لدائن المشتري حق الحجز على الشيء تحت يد صانعه، إذ أنه يحتسب عندئذ في الضمان العام لهم بدخوله في ذمة مدينهم. ولا يكون البائع بعد ذلك أن يعدم الشيء الذى انتقلت ملكيته بالعقد إلى المشتري، وإلا أصبح مسئولا عن التعويض.

على أنه نظرا لما لإنتاج الأشياء التى تعتبر من الفنون الجميلة، كالصور والتماثيل، من وضع خاص يقتضى أن تتسق مع ذوق طالبها، فإن مجرد إخطاره بالانتهاء من صنعها لا يصيره مالكا لها، بل يجب أن يعاين المستصنع الشيء بنفسه ويقره بالشكل الذى انتهى إليه. ومن ثم فإن الملكية تنتقل هنا بهذا الاتفاق الجديد على اعتماد عمل الفنان والرضاء بنتيجته. وعلة هذا الحكم كامنة فى أن التزام الفنان لايعتبر بحسب طبيعته التزاما بإعطاء شيء، بل إنه التزام بعمل. ومن ثم فإن العقد الذى يربطه بعملائه لا يعتبر بيعا، بل إجارة خدمات. ومن المقرر أن هذا العقد لاينقل الملكية بذاته، بل يلزم لانتقال الملكية اتفاق جديد بين المستصنع والصانع على انتقالها.

ومن هنا ترتب على اختلاف أساس التعاقد اختلاف النتائج، فلا تنتقل الملكية بالانتهاء من العمل، بل يظل الشيء على ملك الصانع، فيكون ضمنا لدائنيه هو لا لدائني المستصنع، كما يكون له إعدام الشيء والامتناع عن تسليمه إذا لم يرض ذوقه الفنى. وعندئذ لايسأل عن التعويض إلا على أساس إخلاله بالتزام عقدي، كالتعويض عن

التأخير في صنع الشيء في الموعد المتفق عليه.

وبعد فالمسألة جد دقيقة، وهي متصلة بتكييف العقد واستظهار نية المتعاقدين من شروط وملابسات التعاقد، فإذا فسخ قاضى الموضوع العقد وخلع عليه وصفا مغايرا لحقيقته، فإنه يكون قد أخطأ في مسألة قانونية يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

ثانيا: ألا يتفق المتعاقدان على إرجاء نقل الملكية إلى وقت لاحق. ذلك أن قاعدة انتقال ملكية الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد إلى المتصرف إليه ليست من النظام العام، خاصة وأن واجب نقل الملكية وإن كان من طبيعة العقد إلا أنه ليس شرطا أساسيا لوجوده. ومن ثم يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى وقت لاحق. وقد يعلق نقل الملكية على شرط واقف. وكثيرا ما يتفق في العمل وخاصة في بعض أنواع البيوع كالبيع بالتقسيط على تعليق انتقال الملكية إلى المشتري على شرط سداده لكافة الأقساط المستحقة عليه، فإن الملكية تنتقل إليه ويرجع تاريخها إلى الوقت الذي تم فيه إبرام البيع تطبيقا لفكرة الأثر الرجعى للشرط⁽²⁾.



(1) محمد على عرفه ص 314 وما بعدها.

(2) محمد على عمران ص 91 - محمد وحيد الدين سوار ص 520 - أحمد نجيب الهاللى شرح القانون المدني (في عقود البيع والحالة والمقايضة) الطبعة الثانية 1357 هـ 1939 ص 32.

مادة (933)

المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة

205.

الشرح

218- انتقال ملكية المنقول المعين بنوعه :

تنص المادة على أن المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة 205. والفقرة الأولى من المادة الأخيرة التى أحالت عليها المادة 933 تنص على أن: "1- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ".

فقد نص المشرع على انتقال الملكية فى المنقول المعين بنوعه بالإفراز. والمقصود بالمنقول المعين بنوعه، تعيين المنقول بالنوع الذى يتم عادة فى المثليات التى تتشابه فى أحادها، ويحل بعضها محل البعض الآخر فى الوفاء. وعادة تعين المثليات بنوعها ومقدارها. ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر عشرة أرادب من القمح أو الفول.

والمقصود بالإفراز هو التجنيب. وتجنيب المبيع المعين بالذات يتم بإفرازه. فالإفراز هو الذى يعين الشئ، وبالتالي يجعله صالحا لتعلق حق الملكية به، ويتم الإفراز عادة بأية طريقة تؤدى إليه كوضع علامة على المبيع، أو تجنيبه مع بقاءه فى مخزن البائع. فإذا ما تم الإفراز بهاتين الوسيلتين، أو بأية وسيلة أخرى تؤدى إليه، انتقلت الملكية، ولو لم يتم تسليم المبيع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلا منها، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هى عينها وقد يكون الشئ بعينه مثليا فى أحوال وقيما فى أحوال أخرى. والفصل فى كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشئ ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال، فعلى أى وجه اعتبره

قاضى الموضوع وبني اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه".

(طعن رقم 39 لسنة 3 ق جلسة 1933/11/30)

ولا يخفى ما يترتب على عدم حصول التسليم من أخطار تحقيق بالمتصرف إليه، حيث يجوز لمن تسلم هذا المنقول المفروض أن يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز.

ومعنى ما تقدم أن العقد لا يكفى بذاته لنقل الحق العيني على المنقول المعين بالنوع وإنما لابد من إجراء آخر وهو الإفراز، ولذلك يرى البعض أن العقد بمفرده ليس مصدراً للحقوق العينية الأصلية على المنقولات المعينة بالنوع بل لابد من أن تضاف إليه واقعة مادية هي واقعة الإفراز، فكأن المصدر حينئذ يكون مصدراً مركباً من العقد وهو تصرف قانوني ومن الإفراز وهو واقعة قانونية⁽¹⁾.

219- جزاء عدم إفراز المنقول المعين بنوعه :

تنص الفقرة الثانية من المادة 205 مدنى على أن: "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقسمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض".

فيقع عبء إفراز المنقول المعين بنوعه على عاتق المتصرف. فإذا امتنع عن ذلك فإن المشرع رسم للمتصرف إليه طريقاً يسلكه هو الطريق الوارد بالفقرة الثانية من المادة 205 سالفه الذكر.

ومقتضى هذه الفقرة أنه يجوز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى. ويعفى الدائن من استئذان القاضى فى حالة الاستعجال.

كما يجوز للدائن أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشئ. ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض، دون ممانعة من المدين ذلك أن من حق المدين أن

يؤدي عين المعقود عليه، لا قيمته.

وللدائن في كلتا الحالتين، حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخير في التنفيذ⁽¹⁾.



(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 517.

مادة (934)

1- فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

2- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

الشرح

220- **عدم انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى إلا بمراعاة الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى:**

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

أى أن المادة أحالت إلى قانون تنظيم الشهر العقارى فى بيان الأحكام التى تتبع فى نقل ملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى. ولذلك نصت الفقرة الثانية على أن يبين قانون الشهر العقارى التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

وسنرى أن قانون تنظيم الشهر العقارى المعمول به الآن هو القانون رقم 114 لسنة 1946 (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى.

كما يوجد تشريع لنظام السجل العينى بمقتضى القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى.

221- **الاعتبارات التى يقوم عليها نظام الشهر العقارى:**

إن شهر الحقوق العينية العقارية يكون بإثبات أسباب كسبها فى سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات، وأخذ شهادات بها، وهذا الشهر ليس أمراً مرغوباً فيه فحسب، بل هو لازم وضرورى، لتسهيل تداول العقارات وتشجيع الائتمان

العقارى. فمن يريد اكتساب حق عينى على عقار، يعنيه أن يعرف الحقوق العينية التى تثقل هذا العقار. فإذا كان العقار مرهونا، طرح مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن، وإذا كان مملوكا لغير البائع، لم يقدم على الشراء أصلا ومن يقوم على إقراض الغير فى مقابل رهن يرتب على عقار يعنيه أن يتأكد من ملكية المقترض للعقار، الذى يقدمه ضمانا للقرض، كما يعنيه أيضا أن يعرف هل أثقل العقار قبل ذلك بحقوق عينية تسبق حقه، حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المسجلين⁽¹⁾.

222- نظام السجل الشخصى ونظام السجل العينى :

للتسجيل نظامان، أولهما: التسجيل الشخصى بترتيب دفاتر التسجيل طبقا لأسماء الأشخاص الذين يصدر منهم التصرف. وثانيهما: السجل العينى والذى يقوم على ترتيب التسجيل وفقا لمواقع الأعيان، بحيث يخصص لكل عقار صحيفة مستقلة فى السجل تبين كافة التصرفات التى ترد عليه.

ونظام السجل الشخصى معيب فى ترتيبه وحجيته، فهو لا يبنى على كل ما وقع على عقار معين من تصرفات، لأنه يخصص لكل شخص صحيفة مستقلة فلا يقضى على مشكلة تشابه الأسماء، كما أنه عادة لا يتحرى عن صحة التصرفات التى تنشر فى هذا النظام. بينما لا يتم شهر التصرفات فى السجل العينى إلا بعد التحرى عن صحتها تحريا بالغا. وفى هذا النظام ليس ثمة حاجة لمعرفة اسم المالك لتبين حال عقار، بل يكفى معرفة رقم العقار والمنطقة التى يقع فيها.

وقد أوجزت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى أهم مزايا هذا النظام فى خمس نقاط هى:

1- تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفقا للبيانات الثابتة بالسجل. إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى القانون أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون ذلك أن القانون يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينى ويمثل هذا المبدأ

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 521 - وقد لاحظ سيادته بحق أن الفقه المصرى جرى على تناول شهر التصرفات العقارية فى شروح عقد البيع، مع أن موضعه الطبيعى عند تناول أسباب كسب الملكية، وهو النهج الذى سلكناه.

حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير، وبذلك يصبح من تعامل مع من قيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل مما يقتضى أن يؤشر بالدعوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه.

2- خطر التملك بالتقادم - كقاعدة عامة - فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل، فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك للعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل. ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به. كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم. وكل ذلك على التفصيل الموضح بالقانون⁽¹⁾.

3- تطبيق مبدأ المشروعية فى السجل العينى: ومعناه إجراء المراجعة السابقة لكافة السندات التى يجرى القيد فى السجل بمقتضاها حتى لا يقيد فى السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا، وحتى لا يستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها. ويؤدى ذلك حتما إلى استقرار الملكية استقرارا تاما وانعدام المنازعات أمام المحاكم فى شأنها مما يخفف العبء عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس.

4- يكفل هذا النظام تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتناسق فيها مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها. كذلك يقضى هذا النظام على المساوىء المترتبة على تشابه الأسماء ويبسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة.

5- ضمانا لاستقرار الملكية والحقوق العينية، نص القانون على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد محرر فى السجل لسلب عقار مملوك لغيره أو ترتيب حق عينى عليه مع علمه بذلك.

(1) غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 1998/6/6 فى القضية رقم 42 لسنة 17 قضائية بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العينى من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، ويسقط نص المادة 38 من هذا القانون ومن ثم أصبح من الجائز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل وهو ما يعد انتقاصا للحجية المطلقة للسجل العينى.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1998/6/6 فى القضية رقم 42 لسنة 17 قضائية "دستورية" بأن:

"وحيث إن الشهر - وكلما كان شخصا - لا يحيط بكل صور التعامل التى يكون العقار محلها، وإنما تسجيل العقود المشهورة، وفقا لأسماء أصحابها التى قد تختلط فيما بينها بالنظر إلى تشابهها وكثيرا ما يكون العقار الواحد محلا لأكثر من علاقة قانونية لا يتحد أطرافها، فلا ترصد فى صحيفة واحدة تجمعها، وإنما تتفرق مواضعها فى السجل، فلا تسهل معرفتها.

كذلك فإن تسجيل الأعمال القانونية التى يكون من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، لا يظهرها من عيوبها كلما كان الشهر شخصا، ولا يحول دون الطعن عليها والنزاع فى شأن صحتها، بما يخل بالحماية الواجبة لكل ذى شأن فيها.

ولا كذلك أن يكون السجل عينيا، متطلبا قيد الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقار الواحد، وكذلك ما اتصل بهذا العقار من الحقوق العينية التبعية، فضلا عن التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية، فى صحيفة واحدة تجمعها، تتضمن وصفا للعقار من حيث أبعاده وحدوده وطبيعته، وما تعلق به من صور التعامل على اختلافها، وما نشأ أو ارتبط بها من الحقوق العينية وأصحابها، فلا يكون قيد هذه الحقوق فى السجل إلا لإثباتها بصورة مطلقة، ضمانا لاستقرار أوضاعها، وبما يظهرها من عيوبها أيا كان نوعها أو مداها".

وقد قيل - بحق - إن نظام السجل العيني هو بمثابة نظام قيد النفوس للأفراد. وقد أخذت بهذا النظام استراليا وتونس وألمانيا وسويسرا كما أخذت به الدولة العثمانية، وعرف باسم "الطابور". وبقي هذا النظام فى البلاد العربية التى كانت جزءا من الدولة العثمانية. فهو مازال قائما فى العراق وسوريا ولبنان. وقد أدخلت عليه تعديلات كثيرة وبخاصة فى سوريا ولبنان.

ومنذ أن انعقدت أول لجنة فى مصر سنة 1904 لتعديل نظام التسجيل، كانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة على تطبيقه، إلى أن طبق هذا النظام فى عهد الثورة بصدور القانون رقم 142 لسنة 1964.

المراحل التى مر بها الشهر العقارى فى مصر:

مر الشهر العقارى فى مصر بمراحل أربع هى:

223- المرحلة الأولى:

المرحلة السابقة على التقنين المدنى القديم:

لم تعرف مصر قبل صدور القانون المدنى القديم أى نظام للشهر لانتقال الملكية فى العقارات والحقوق العينية الأخرى. إذ كان العمل يجرى فى مصر على أحكام الشريعة الإسلامية. وهى لا تعرف نظام الشهر إلا أنه عرف فى هذه المرحلة ما يسمى بنظام المكلفات الإدارية، وهو نظام إدارى وضع لجبى الضرائب العقارية، ويقضى بتحرير التصرف فى حجة شرعية وتسجيله فى سجل خاص بكل مديرية، وذلك لإثبات كل تغيير فى شخص الملتزم بالضريبة العقارية فى هذه السجلات أو المكلفات، فكان هذا النظام الذى وضع فى الأصل لتنظيم جبى الضريبة العقارية، مستخدم فى الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التى ترتبت على الأرضى⁽¹⁾.

224- المرحلة الثانية:

فى ظل التقنين المدنى القديم حتى العمل بقانون التسجيل الصادر سنة 1923 :

استمد القانون المدنى المختلط، ثم الأهلى الأحكام الخاصة بشهر التصرفات العقارية من قانون 23 مارس سنة 1855 الفرنسى.

وبمقتضى أحكام هذا القانون تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية بالنسبة إلى المتعاقدين بالعقد دون شرط آخر، إذ نصت المادة 67/45 على أنه: "تنتقل الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة، بمجرد حصول العقد المتضمن التملك متى كان المال ملكا للمالك" أما بالنسبة للغير فقد جاء فى المادة 69/47 ما يأتى: "أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون".

وقد طبق المشرع هذه الأحكام على عقد البيع، فنص فى المادة 266 على أنه:

"يترتب على البيع الصحيح ما هو آت:

أولاً: أنه بمجرد عقده تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما كوارث أو دائن سواء كان المبيع عينا معينة أو حقا معيناً أو مجرد حق متى كان مملوكاً للبائع. وينقل أيضاً الملكية في الشيوع إذا كان المبيع حصة شائعة".

وأضافت المادة 341/270 أنه:

"لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة إلا بتسجيل عقد البيع، كما سيذكر بعد، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها".

وجاء في المادة 1837/611 أن:

"الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتتة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية".

وجاء في المادة 837/611 أن:

"الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري⁽¹⁾ أو المشتتة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية".

وأضافت المادة 742/615 أنه:

"وفي حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظها بموافقة القانون".

ويخلص من النصوص السابقة أن ملكية العقار تنتقل بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين أما بالنسبة للغير فلا تنتقل إلا بتسجيل العقد. ويقصد بالغير في هذا الخصوص كل من يدعى على العقار المبيع حقا من الحقوق التي يجب أن تقيد أو تسجل كحق الامتياز أو الرهن أو أى حق آخر من الحقوق العينية العقارية، على شرط أن يكون قد اكتسب هذا الحق بعوض، وعلى شرط أن يكون حسن النية.

(1) المقصود الرهن الحيازي العقاري وكان يشهر بالتسجيل.

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف شخص فى عقاره بالبيع لشخصين على التعاقب، وسجل المشتري الثانى عقده قبل تسجيل عقد المشتري الأول فإنه كان يفضل هذا الأخير، بشرط أن يكون حسن النية وقت التسجيل. وكذلك الحال بالنسبة لكل من يكسب حقا عينيا آخر ويسجله أو يقيده قبل تسجيل البيع.

وبالعكس لا يكون للبائع وورثته والدائنون العاديون لناقل الحق حق الاحتجاج بعدم وجود التسجيل، فيجوز الاحتجاج ضدهم بعقد تصرف مدينهم حتى قبل تسجيله متى كان له تاريخ ثابت⁽¹⁾.

وقد تعددت جهات الشهر فى ظل هذا التفتين كآلاتى:

1- أقلام التسجيل بالمحاكم المختلطة (م750 مدنى مختلط وما بعدها).
2- أقلام المحاكم الشرعية المختصة بتسجيل العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية والعقود المقررة للرهن الحيازى والقسمة والوقف وتنص المادة 358 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة سنة 1910 على أن: "على كل محكمة من المحاكم الشرعية ضبط الإشهادات بجميع أنواعها وكتابتها سنداتها وتسجيلها على حسب المدون بهذه اللائحة. ولا يجوز لهذه المحاكم أن تسجل أى إشهاد بوقف أو بإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الإخراج أو غير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا كان مستوفيا الشروط المنصوص عليها فى المادة 137 من هذه اللائحة.

وقد نقل هذا النص المعدل بحروفه فى المادة 362 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.

3- أقلام كتاب المحاكم الأهلية، إذ بمقتضى المادة 47 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، "يلزم أن يكون بطرف كتبة المحاكم الابتدائية دفاتر للرهنات والتسجيل والقيد، ويجب عليهم تحرير كافة العقود والمشارطات، وتكون العقود التى يحررونها فى قوة العقود الرسمية، ويحفظ أصلها بقلم كتاب المحكمة.

ولكن النصوص المذكورة وإن كانت تقضى بإيجاد أقلام للتسجيل بالمحاكم الأهلية، فإن هذه الأقلام لم تنظم، فلم يوجد بالمحاكم الأهلية غير دفاتر لتسجيل الأوراق والأحكام المذكورة

(1) الدكتور عبد المنعم البدرولى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى 1957 ص 277 وما بعدها - الدكتور أحمد نجيب الهلالى شرح القانون المدنى (فى عقود البيع والحالة والمقايضة) الطبعة الثانية 1357هـ 1939 م ص 277 وما بعدها.

فى المادتين 540، 590 مرافعات فىما يتعلق بنزع الملكية (إعلان التنبيه بالدفع، حكم نزع الملكية، حكم رسو المزاد)، ولقيد حق الاختصاص على العقار المادة 95 مدنى والمادة 681 مرافعات)، ولتسجيل الأوراق المذكورة فى المادتين 14، 18 من قانون الشفعة، وكذلك لتسجيل بعض أوراق ذات صبغة إدارية خاصة بمسائل ردم البرك⁽¹⁾.

ويغيب نظام التسجيل فى التقنين المدنى القديم ما يأتى:

1- أنه كان يقوم على أساس الشهر الشخصى فعند الشهر يقيد التصرف بأسماء الأشخاص لا بالعقار ذاته، وقد سبق أن أوضحنا عيوب هذا النظام.

2- تعدد جهات الشهر.

3- التفرقة بين المتعاقدين والغير بالنسبة لأثر العقد المسجل.

فالعقد قبل التسجيل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين على حين أنها لا تنتقل فى مواجهة الغير إلا بالتسجيل. وفى هذه التفرقة بين المتعاقدين والغير إهدار لا مبرر له لمبدأ إطلاق حق الملكية، كذلك لم يدخل هذا التشريع فى معنى الغير جميع من يمس مصالحهم التصرف الصادر من البائع. فلم يعتبر الدائن العادى من الغير، ومن ثم لا يستطيع الاحتجاج على المشتري بعدم تسجيل عقده⁽²⁾.

4- أغفل هذا التقنين النص على وجوب تسجيل بعض التصرفات كالوقف والوصية. كما أنه لم يستلزم تسجيل حق الإرث، مما أدى إلى قيام المنازعات بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. كما لم يستلزم أيضا تسجيل التصرفات المقررة (الكاشفة) للحقوق العينية العقارية.

5- لم يتضمن ذلك التقنين أى وسيلة لتفادى سوء تحرير العقود المقدمة للشهر، ولم يضع أية ضمانات تكفل صحة التوقيعات الواردة على هذه العقود وتمنع بالتالى شهر العقود المزورة⁽³⁾.

225 - المرحلة الثالثة :

منذ صدور قانون التسجيل رقم 18/19 لسنة 1923 :

(1) الدكتور محمد كامل مرسى شهر التصرفات العقارية 1358هـ - 1939 ص 46 وما بعدها.

(2) الدكتور أنور سلطان شرح عقدى البيع والمقايضة سنة 1993 ص 185 وما بعدها.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 280.

أراد المشرع أن يتفادى أوجه النقص فى نظام الشهر المقرر فى التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بالتسجيل فأصدر القانون رقم 18/ 19 لسنة 1923 وهو المعروف بقانون التسجيل فى 26 يونية سنة 1923. وحدد لسريانه أول يناير سنة 1924 (م 17) ولا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتها رسميا، ولا على الأحكام التى صدرت قبل تاريخ العمل به بل تظل خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها (م 14).

ويلاحظ أن قانون التسجيل لم يتعرض لأحكام الشهر جميعها، وإنما اقتصر فقط على قواعد التسجيل. أما أحكام القيد الخاصة بشهر الحقوق العينية التبعية فلم يعرض لها قانون التسجيل. بل تركها للأحكام المقررة فى المجموعة المدنية القديمة. ويلاحظ من ناحية أخرى أنه لم يأخذ بنظام السجلات العينية أو العقارية، بل إن الشهر جرى فى ظل أحكامه وفقا لنظام الشهر الشخصى.

وأهم ما جاء به قانون التسجيل ما يأتى:

1- أوجب قانون التسجيل تسجيل جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك، ويكون تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص التى كان معمولا بها فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية.

2- فيما يتعلق بالجزاء المترتب على عدم التسجيل فرق القانون بين العقود والأحكام والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك وبين العقود والأحكام المقررة. فبالنسبة للعقود والأحكام الأولى تشدد المشرع فى الجزاء المترتب على عدم تسجيلها، فقرر أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم. وفى هذا يختلف حكم قانون التسجيل عن حكم التقنين المدنى القديم الذى كان يستلزم التسجيل للاحتجاج بالملكية والحقوق العينية العقارية على الغير فحسب. أما فيما بين المتعاقدين فكانت الملكية تنتقل بمجرد التعاقد. وهكذا أصبح التسجيل شرطا جوهريا لانتقال الملكية وغيرها

من الحقوق العينية الأصلية الواردة على عقار، ولم يعد يترتب على العقود غير المسجلة من الأثر سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين.

وقد تشدد المشرع في هذا الجزاء بقصد حث الأفراد على إجراء التسجيل، وتمهيدا لإدخال نظام السجلات العينية.

أما العقود والأحكام المقررة للملكية ولسائر الحقوق العينية العقارية، فقد اشترط المشرع تسجيلها لتكون حجة على الغير فقط (م2).

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بين العقود والأحكام المنشئة والناقلة والمغيرة والمزيلة من جهة وبين العقود والأحكام المقررة من جهة أخرى بقولها: "هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأنها لم تكن لمجرد عدم تسجيلها، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم الغير بها مع النص على أنها لا تكون حجة على هذا الغير إذا لم تسجل، إلا أنه لا يمكن تجريد هذه العقود والأحكام من قيمتها الجوهرية وهي الإقرار الصريح بحق ثابت الوجود. وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على عدم تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين (أى مادة للعقود والأحكام الناقلة ومادة للعقود والأحكام المقررة).

3- تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر.

حرص قانون التسجيل على تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر، للتخلص من سوء تحرير العقود المسجلة. فنص فى المادة الثالثة منه على أنه: "يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المقيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات وعلى الأخص" (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين. (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع. ويجب فى عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلا".

ونصت المادة 4 منه على أن: "المحررات العرفية التى لا تشتمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقتية. وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات فى دفتر العرائض نمرا

مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى، ويجب تقديم الطلب إليه فى مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً".

ونص فى المادة الخامسة منه على أنه: "تسهيلاً لمراعاة ما ورد فى المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التى يقضى القانون بتسجيلها".
ونص فى المادة السادسة منه على أنه: "يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل. ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها فى المادة السابعة عشرة".

فهذه المواد قد حققت تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر فى الأمور الآتية:

- 1- الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين.
 - 2- الدقة فى تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له.
 - 3- التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين⁽¹⁾.
- إذ أوجبت المادة السادسة من القانون التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل لضمان صحتها. ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين.
- وقد قصد من ذلك تلافى العقود المزورة.
- 4- **تسجيل الدعاوى:** لم يستلزم التقنين المدنى القديم تسجيل الدعاوى التى يكون الغرض منها تغيير أو زوال حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية، بالرغم من أن التسجيل لازم لتبنيه الغير إلى الأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقارات موضوع هذه الدعاوى، كما أنه ضرورى لتمكين المدعى من التمسك بالحكم الذى يصدر فيها فى مواجهة كل من آل إليه الحق من المدعى عليه. وقد عالج المشرع فى قانون التسجيل هذا النقص التشريعى فنص فى المادة السابعة منه على أنه: يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها، فإذا كان المحرر الأسمى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر".

كما نص في المادة الثانية عشرة على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها.

وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها"⁽¹⁾.

226- المرحلة الرابعة: بعد صدور القانون رقم 114 لسنة 1946

(المعدل) بتنظيم الشهر العقاري:

أصدر المشرع في 11 أغسطس 1946 القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري.

ونص في مادته الأخيرة (م61) على العمل به من أول يناير سنة 1947. وقد ألغى به قانون التسجيل رقم 18، 19 لسنة 1923 وكذلك كل نص يخالف أحكامه (م60). ولا يسرى هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة 1924 ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها (م54).

واستثناء من حكم المادة (23) من القانون تقبل للشهر المحررات التي تم توثيقها أو التصديق على توقيعات المتعاقدين فيها أو التي صدرت في شأنها أحكام بصحة التعاقد أو التوقيع قبل العمل بأحكام هذا القانون وكانت تستند في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني لمحررات عرفية تحمل تاريخاً سابقاً على سنة 1924 (م55).

ونص على أن جميع المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام (م56).

وقد تغيا المشرع بإصدار هذا القانون استكمال أوجه النقص في نظام التسجيل السابق والتي أسفر عنها العمل عند تطبيق هذا النظام. وإذا كان هذا القانون قد عجز

(1) أنور سلطان ص 190 وما بعدها .

بدوره عن إدخال السجلات العينية، فالعلة فى ذلك ما تبين من استحالة إدخال هذا النظام وتطبيقه إلا على سبيل التدرج، لأنه لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها وحتى فى المناطق التى تمت فيها المساحة الحديثة وهى تبلغ نصف مساحة البلاد تقريبا لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية⁽¹⁾. ولذلك اكتفى المشرع فى هذا القانون بالتمهيد لإدخال هذا النظام عن طريق إصلاح العيوب التى ظهرت فى قانون التسجيل السابق.

وأهم أوجه الإصلاح التى أتى بها هذا القانون هى :

1- توحيد جهات الشهر.

فقد رأينا أن جهات الشهر كانت تتعدد بتعدد جهات القضاء فبلغت ثلاث جهات، وقد أدى ذلك إلى مشقة وعنت كبيرين على الأفراد، وإلى اختلاف حجية التصرفات التى تشهر باختلاف الجهة التى يتم فيها شهرها. فضلا عما كان يتكلفه المتعاملون من جهد ووقت ومصروفات فى استخراج الشهادات العقارية من أكثر من جهة واحدة عندما يراد إجراء أى تصرف عقارى.

ولذلك نصت المادة الرابعة من القانون على أن: "تلغى أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية وتحل محلها مكاتب الشهر العقارى. ويحال ما بهذه الأقلام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب".

ونصت مادته الخامسة على أن: "يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه. وإذا كانت العقارات واقعة فى دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب إجراء الشهر فى كل مكتب منها.

ولا يكون للشهر الذى يتم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات أو أجزاء العقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه.

ويعد بكل مكتب فهرس للمحررات التى تم شهرها فيه وتحرر الشهادات العقارية التى تطلب وفقا للبيانات الواردة فى هذا الفهرس.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

ويعد بكل مكتب فهرس للمحررات التى تم شهرها فيه وتحرر الشهادات العقارية التى تطلب وفقا للبيانات الواردة فى هذا الفهرس.

ويبين فى الشهادات قلم التسجيل الذى شهرت فيه المحررات متى كان شهرها سابقا على العمل بأحكام هذا القانون (م5).

2- التوسع فى المحررات الواجب شهرها بالتسجيل:

(أنظر بنود 227 وما بعده).

3- إيجاب شهر حق الإرث:

أوجبت المادة 13 من القانون شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات 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 من الوارث فى حق من هذه الحقوق.

و قد تناولنا ذلك بالتفصيل سلفا.

4- التوسع فى الدعاوى الواجب تسجيلها أو التأشير بها.

(أنظر فى التفصيل بنود 274 وما بعده).



أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 (المعدل)

بتنظيم الشهر العقارى

(العقود والأحكام والدعاوى واجبة التسجيل)

(الطائفة الأولى)

تسجيل جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك.

227 - النص القانونى:

المادة التاسعة من القانون رقم 114 لسنة 1946 المستبدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1976 :

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

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

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.

ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة.

ويجوز لمن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة.

ولا تسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة".

التصرفات والأحكام التى توجب المادة شهرها :

(أ) التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.

228 - شمول هذه التصرفات العقود التى تبرم بين الأحياء والتصرفات

التي تعقد بالإرادة المنفردة والمضافة إلى ما بعد الموت :

التصرفات المنصوص عليها بالمادة والتي يجب تسجيلها، تشمل جميع التصرفات أيا كان سند المتصرف أو مصدره⁽¹⁾.

وقد استبدل النص كلمة "التصرفات" بكلمة "العقود" التي وردت بالمادة الأولى من قانون التسجيل، فأصبح النص الحالى شاملا ليس فقط للعقود والاتفاقات، بل شاملا أيضا للأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد⁽²⁾.

كما حذف من النص عبارة "بين الأحياء" التي كانت واردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل، فأصبح النص شاملا للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، بعد أن كان قانون التسجيل لا يتناولها.

ومثال التصرفات التي تبرم بين الأحياء: عقود البيع والمقايضة وعقود الشركات المشتملة على حصص عقارية قام بتقديمها أحد الشركاء، والعقود المنشئة لحق انتفاع أو حق استعمال على عقار أو حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر.

ومثال التصرفات التي تبرم بالإرادة المنفردة:

1 - الوقف:

وقد خصه النص مع الوصية بالذكر لأهميتهما وخطورهما. والمعلوم أنه بمقتضى المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 أصبح لا يجوز الوقف على غير الخيرات، ويعتبر منتها كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهة البر فإذا كان الوقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الربيع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتها فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات (م 1/2، 2).

2 - الوصية:

وقد رأينا أن النص خصها بالذكر. ولم تكن الوصية - كما رأينا - من التصرفات التي يجوز شهرها فى قانونى التسجيل رقمى 18، 19 لسنة 1923، لأنهما كانا يقصران التسجيل على العقود الصادرة

(1) محمد على عرفه ص 330.

(2) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى.

بين الأحياء .

على أن عدم الوجوب هذا لم يمنع من أراد تسجيل وصية من تسجيلها، وكانت تسجل فى المحكمة المختلطة بطريق الإيداع⁽¹⁾.

وقد آثار الوقت الذى يجب أن يتم فيه تسجيل الوصية جدلا واختلفت فيه الآراء.

فذهب رأى إلى أن الوصية خاضعة للشهر وقت إبرامها فإذا ما قام الموصى بتحرير الوصية فيجب عليه أن يقوم بتسجيلها.

ويرتكب هذا رأى إلى أن القانون يعتبر الوصية تصرفا من التصرفات التى تنشأ بإرادة الموصى منفردة، وعلى ذلك فتعتبر الوصية موجودة قانونا بمجرد أن يوجد محرر يتصرف فيه شخص فى تركته بعد وفاته.

فإذا ما سجل الموصى الوصية أوقفت اتخاذ الخطوات التالية للشهر أى التصوير ونقل التكليف والتنفيذ فى دفاتر المساحة والخرائط إلى ما بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له.

على أنه يترتب على الأخذ بهذا رأى عدة صعوبات من بينها :

1- إذا تم شهر الوصية ثم أراد الموصى أن يرجع عنها لوجب اتخاذ إجراء نحو التأشير بهذا الرجوع على هامش الوصية.

فإذا كان العدول عن الوصية ضمنا كأن يتصرف الموصى حال حياته فى العقار موضوع الوصية لأى شخص بالبيع أو الهبة أو الوقف فيلزم التأشير بمضمون التصرف الجديد على هامش تسجيل الوصية حتى يعلن للكافة أن الوصية قد عدل عنها رغم إجراء شهرها.

فإذا قلنا أن لشهر الوصية قبل الوفاة حجية قبل الموصى تمنعه من التصرف مرة ثانية لكان فى ذلك خروج على ما أورده القانون رقم 71 لسنة 1946 من مبادئ خاصة بالوصية، ويترتب على هذا أن يسلب الموصى حق العدول عن الوصية، ولم يقصد المشرع قطعاً إلى شئ من ذلك.

2- يتعلق انتقال الملكية نهائياً إلى الموصى له بقبول هذا الأخير للوصية. فإذا رد الموصى له الوصية التى سبق أن سجلها الموصى لوجب اتخاذ إجراء نحو شهر هذا الرد

(1) الأستاذ محمد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقارى من الناحيتين القانونية والعملية الطبعة الأولى 1947 ص 39.

إما بواسطة الموصى له أو بواسطة الورثة وذلك بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل الوصية نفسها.

وذهب رأى ثان إلى: أن الوصية موجودة منذ صدور إرادة الموصى بها إلا أن الملكية لا تثبت للموصى له إلا إذا قبل الوصية بعد وفاة الموصى، وعلى ذلك فلا يصح تسجيل الوصية إلا بعد أن تكون قد أصبحت صالحة لنقل الملكية نهائياً إلى الموصى له وذلك يتحقق بوفاة الموصى مصرًا عليها وقبول الموصى له بها.

وهذا الرأى الأخير يتفق ونص القانون إذ لم يقصد المشرع بشهر الوصية، إلا إظهار انتقال الملكية. ولا تنتقل الملكية بالشهر إلا إذا كان الموصى له قد قبل الوصية، وعلى ذلك فلا تخضع الوصية لإجراء التسجيل إلا بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له، ومع ذلك فيجوز للموصى أن يسجل الوصية بمحض اختياره⁽¹⁾.

3- إنشاء المؤسسة الأهلية:

تنص المادة 56 من القانون رقم 84 لسنة 2002 بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية⁽²⁾ على أن:

"تتأس المؤسسة الأهلية بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معينة لتحقيق غرض غير الربح المادى، وتسرى فى هذا الخصوص أحكام المادة (11) من هذا القانون".

وتنص المادة 11 سالفه الذكر على أن:

"تعمل الجمعيات على تحقيق أغراضها فى الميادين المختلفة لتنمية المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات التى يحددها القانون واللائحة التنفيذية، ويجوز للجمعية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية - أن تعمل فى أكثر من ميدان.

ويحظر إنشاء الجمعيات السرية، كما يحظر أن يكون من بين أغراض الجمعية أن تمارس نشاطاً مما يأتى:

- 1- تكوين السرايا أو التشكيلات العسكرية أو ذات الطابع العسكرى.
- 2- تهديد الوحدة الوطنية أو مخالفة النظام العام أو الآداب أو الدعوة إلى التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

(1) الشهر العقارى علماً وعملاً تأليف الدكتور محمود شوقى إعداد وتقديم فتحى جابر العقيلي سنة 1990 ص 379 وما بعدها .

(2) الجريدة الرسمية العدد 22 مكرراً (أ) بتاريخ 2002/6/5.

- 3- أى نشاط سياسى تقتصر ممارسته على الأحزاب السياسية وفقا لقانون الأحزاب، وأى نشاط نقابى تقتصر ممارسته على النقابات وفقا لقوانين النقابات.
- 4- استهداف تحقيق ربح أو ممارسة نشاط ينصرف إلى ذلك. ولا يعد اتباع الضوابط التجارية لتحقيق ناتج يساهم فى تحقيق أغراض الجمعية نشاطاً مخالفاً.
- كما تنص المادة 57 من القانون على أن:**

"يكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معاً.

ويضع المؤسسون نظاماً أساسياً يشمل على الأخص البيانات الآتية:

- (أ) اسم المؤسسة ونطاق عملها الجغرافى ومقر مركز إدارتها بجمهورية مصر العربية.
- (ب) الغرض الذى تنشأ المؤسسة لتحقيقه.
- (ج) بيان تفصيلى للأموال المخصصة لتحقيق أغراض المؤسسة.
- (د) تنظيم إدارة المؤسسة بما فى ذلك طريقة تعيين رئيس وأعضاء مجلس الأمناء وطريقة تعيين المدير.

كما يجوز إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى أو بوصية مشهورة يعد أيهما فى حكم النظام الأساسى للمؤسسة بشرط اشتماله على البيانات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة.

ويرفق باللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام نموذجى يجوز للمؤسسات الأهلية اتباعه".

ويبين مما تقدم أن إنشاء المؤسسة الأهلية يجوز أن يكون بسند رسمى أو وصية، أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد ينقل ملكية المال من مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهو شخص اعتبارى (م59).

فإذا كان المال الذى تم تخصيصه للمؤسسة لمدة معينة أو غير معينة عقاراً، فإن ملكية هذا المال لا تنتقل إلى المؤسسة إلا بالتسجيل⁽¹⁾.

4- التصرفات الإدارية:

أصبح خاضعاً للشهر كل تصرف من التصرفات الإنشائية بصرف النظر عن سنده ومصدره، ولذلك قضت محكمة النقض بأن إجراء الشهر يمتد إلى القرار الصادر من

(1) وكانت تنظم إنشاء المؤسسة المادة 69 من التقنين المدنى، إلا أنها ألغيت بالقانون رقم 384 لسنة 1956 ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم 32 لسنة 1964، وألغى القانون الأخير بالقانون رقم 153 لسنة 1999. وقد قضى بعدم دستورية هذا القانون، فصدر القانون رقم 84 لسنة 2002 الذى ألغى القانون رقم 32 لسنة 1964.

وزير المالية بتوزيع طرح البحر طبقا للمادة العاشرة من القانون رقم 48 لسنة 1933 لأن هذا القرار يعتبر سندا للملكية.

فقد قضت بأن:

"إن قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 لم يوجب تسجيل القرارات الإدارية بتوزيع طرح البحر على اعتبار أنها لم تكن من العقود الواجب تسجيلها بمقتضى هذا القانون وأنه وإن كانت التصرفات الواجب شهرها وفقا للمادة التاسعة من القانون رقم 114 لسنة 1946 تشمل إلى جانب العقود التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقا عينية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر إلا أن هذا القانون ليس له أثر رجعى فهو لا يسرى على القرارات السابقة عليه... الخ".

(طعن رقم 120 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/10)

وقد رأينا أن قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم 10 لسنة 1990 أوجب أن يوقع أصحاب العقارات والحقوق التى تقدم فى شأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة. أما الممتلكات التى يتعذر فيها ذلك لأى سبب كان فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى المختص، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (م/11/1).

أى أن الشهر هنا يتم بطريق الإيداع.

كما يجب شهر القرارات التى تصدرها جهة الإدارة بإنشاء حقوق ارتفاق بالرى أو بالصرف طبقا لأحكام قانون الرى والصرف رقم 12 لسنة 1984 (المعدل).

229- التصرفات التى من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية:

التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية، هى كافة التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية ابتداء. بصرف النظر عن سندها ومصدرها.

ومثال ذلك: عقد ينشئ حق انتفاع أو حق استعمال أو سكنى أو ارتفاق أو حكر على عقار.

أما حق الملكية فلا ينشئ العقد، لأن الإنشاء معناه الإيجاد، والملكية لا توجد ابتداء

إلا بالاستيلاء، والاستيلاء ليس بعقد ولا هو بتصرف قانوني، وإنما هو واقعة مختلطة، اختلطت فيه الحياة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال وهي عنصر إرادي، ولكن العنصر المادي هو المتغلب، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية.

وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفاً قانونياً، ولا يكون واجب التسجيل⁽¹⁾.

230- التصرفات التي من شأنها نقل الحقوق العينية العقارية الأصلية:

هذه التصرفات تحصل بتغيير المالك للعقار.

ومن أهم الحقوق العينية العقارية التي ينقلها العقد حق الملكية في العقار، وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع⁽²⁾. وتشمل هذه العقود أيضاً المقايضة والوفاء بمقابل إذا كان المقابل عقاراً وهبة العقار، وبيع حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق.

231- التصرفات التي من شأنها تغيير الحقوق العينية العقارية

الأصلية:

ومن أمثلة ذلك: عقد مغير لحق الملكية على عقار، بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف، وعقد ملكية الأسرة، وعقد مغير لحق الانتفاع لمدة معينة بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها.

232- التصرفات التي من شأنها زوال الحقوق العينية العقارية

الأصلية:

ومثال ذلك عقد ينهي حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى قبل انقضاء مدة الحق. ولما كانت الملكية حقاً مؤبداً فإنه لا يتصور إبرام عقد ينهي حق الملكية.

233- المقصود بالأحكام النهائية المثبتة للتصرفات التي من شأنها

(1) السنهاوري ص 456.

(2) ويتفق هذا الرأي مع رأي الدكتور السنهاوري ص 465 في أن البيع من العقود الناقلة للملكية، إذ يذهب البعض إلى أن البيع من العقود المنشئة للملكية (محمد على عرفه ص 331).

إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله :

أوجبت المادة التاسعة شهر جميع الأحكام النهائية المثبتة للتصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وذلك بطريق التسجيل.

ويقصد بالأحكام هنا الأحكام بالمعنى الواسع فتشمل القرارات الصادرة من جهات القضاء سواء كانت صادرة من محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف، والقرارات الصادرة من محكمين. وإنما يشترط أن تكون الأحكام والقرارات نهائية. ويرى البعض أن قانون الشهر العقارى ومن قبله قانون التسجيل لم يكن موقفا فى الصيغة التى بين بها ما يجب تسجيله من الأحكام، لأن المعروف أن الأحكام كلها مقررة للحقوق إلا ما كان بطبيعته منشأ حالة قانونية⁽¹⁾.

ويرى الفقه أنه يمكن القول أن الأحكام المقصودة بالمادة هى:

1 - أحكام مرسى المزداد :

يجب تسجيل الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزداد العلنى التى يترتب عليها نقل الملكية والحقوق العينية.

ومثل ذلك الأحكام التى تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة أو عقب زيادة العشر أو عند إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها قانون المرافعات، ويصدر حكم إيقاع البيع بديباجة الأحكام ويشتمل على صورة من قائمة شروط البيع وبيان الإجراءات التى اتبعت فى تحديد يوم البيع والإعلان عنه وصورة من محضر الجلسة ويشمل منطوقه على أمر المدين أو الحائز أو الكفيل العينى بتسليم العقار لمن حكم بإيقاع البيع عليه.

ويجب إيداع نسخة الحكم الأصلية ملف التنفيذ فى اليوم التالى لصدوره (م446 مرافعات).

(1) محمد كامل مرسى ص 116 - المستشار حامد فهمى فى بحثه نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية من وجهتها الشرعية والقانونية وأثرها فى الفقه وأحكام التسجيل مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص 47 وما بعدها.

ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل الحكم بإيقاع البيع خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره. ويكون الحكم المسجل سنداً بملكية من أوقع البيع عليه. على أنه لا ينقل إليه سوى ما كان للمدين أو للحائز أو الكفيل العيني من حقوق في العقار المبيع (م 447 مرافعات).

وإذا حكم بإيقاع بيع العقار على حائزه لا يكون تسجيل هذا الحكم واجباً ويؤثر به فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلاً وهامش تسجيل إنذار الحائز (م 448 مرافعات).

غير أن حكم مرسى المزاد لا يكون ناقلاً للملكية فى حالتين:

الحالة الأولى:

إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعاً فيكون كاشفاً عن الملكية لا ناقلاً لها. ومن ثم يجب تسجيل حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة عملاً بالمادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى لا بالمادة التاسعة من هذا القانون.

الحالة الثانية:

ما ذكرناه سلفاً من أن المادة 448 مرافعات نصت على أنه إذا حكم بإيقاع بيع العقار على حائزه لا يكون تسجيل الحكم واجباً ويؤثر به فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلاً وهامش تسجيل إنذار الحائز، لأن حكم مرسى المزاد لا يكون قد أنشأ ملكية جديدة للحائز وإنما يكون مقررراً للملكية ويجب تسجيله طبقاً للمادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن حكم مرسى المزاد لا ينشئ ملكية جديدة مبتدأة للراسى عليه المزاد وإنما يكون من شأنه أن ينقل إليه ملكية العقار المبيع من المدين أو الحائز.

إذ ذهبت محكمة النقض فى الطعن رقم 296 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/7

بأن:

"إن حكم رسو المزاد لا ينشئ - بإيقاع البيع - ملكية جديدة مبتدأة للراسى عليه

المزاد، وإنما يكون من شأنه أن ينقل إليه ملكية العقار المبيع من المدين أو الحائز، وهذه الملكية وإن كانت لا تنتقل إلى الراسى عليه المزاد ما لم يسجل حكم رسو المزاد وفقا لأحكام القانونين رقمى 18، 19 لسنة 1923 المقابلة لأحكام القانون رقم 114 لسنة 1946، إلا أن هذا التسجيل لا يمنع من أن ترفع على الراسى عليه المزاد دعوى الإبطال أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع لعيب يشوب إجراءات التنفيذ أو ملكية المدين أو الحائز".

2- أحكام الشفعة:

تنص المادة 944 مدنى على أن: "الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل"، وقد ذهبت غالبية الفقه إلى أن الحكم الصادر بالشفعة ناقل للملكية وليس مقرر لها فالشفيع لا يملك إلا بالتراضى أو بحكم القاضى، ومن ثم فإنه يجب تسجيل الحكم النهائى بثبوت الشفعة طبقا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى⁽¹⁾.

وقد أيدت هذا رأى الدوائر المجمععة لمحكمة الاستئناف بتاريخ 1922/3/29.

كما أخذت به محكمة النقض، إذ ذهبت إلى أن:

1- "إذا كان حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة. ولا سند فى القانون لدعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة للحكم ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه. ذلك بأن الشارع إذ نص فى المادة 18 من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، لا دليل الملكية أو حجيتها.

ومقتضى هذا النظر ولازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى. ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيدا حق المشتري فى البناء والغراس فى العين المشفوعة، ولا ما

(1) محمد على عرفه ص 338 - السهنورى ص 473 وما بعدها - محمد كامل مرسى الشفعة فى العقار الطبعة الثالثة 1355 هـ - 1936 ص 343 وما بعدها - محمود شوقى ص 245 وما بعدها.

جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة، فإن الشارع المصري إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية وهي مخرجة فيه، لا على فكرة الأثر الرجعي، بل على فكرة العدل والبعد عن الجوار والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفيع. وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع، فإن هذا لا يعنى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة".

(طعن رقم 85 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/31)

2- "نصت المادة 18 من قانون الشفعة - القديم - على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة، إذ هو سند تملكه. وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه، وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافية بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستئنافية، إذا العبرة في الحاليتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي.

وإن فمتى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليهم اشتروا الأطنان والتزموا بدفع ثمنها رأساً إلى البنك المرتهن لأطنان البائعين الشائعة فيها الأطنان المبيعة خصماً من دين الراهن المستحق على البائعين، ولما أن قضى بأحقية الطاعن في أخذ الأطنان المبيعة بالشفعة حل محل المطعون عليهم فيما التزموا به من دفع كامل ثمن الأطنان المشفوع فيها إلى البنك المرتهن رأساً وقام بدفع هذا الثمن إلى البنك مع فوائده من تاريخ استحقاقه، ثم أقام دعواه على المطعون عليهم يطالبهم ببيع الأطنان من تاريخ طلب أخذها بالشفعة حتى تاريخ تسلمه لها فقضى الحكم المطعون فيه برفضها - فإن الحكم

يكون قد أصاب إذ قضى برفض الدعوى فى خصوص ريع المدة السابقة على تاريخ صدور الحكم الاستئنافى المؤيد للحكم الابتدائى القاضى بالشفعة، إذ مجرد دفع الطاعن ثمن الأطيان وفوائده وحلوله محل المطعون عليهم لا يكسبه أى حق فى الريع عن المدة سالفة الذكر، إلا أن الحكم من جهة أخرى يكون قد أخطأ فى خصوص قضائه برفض طلب الريع عن المدة التالية للحكم النهائى بأحقية الطاعن فى الشفعة".

(طعن رقم 216 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/15)

3- الأحكام المثبتة لتصرف وقع شفاهة :

يندرج ضمن هذه الأحكام التى يجب تسجيلها كل حكم يصدر مثبتاً لوجود تصرف وقع مشافهة أو بكتابة غير مسجلة متضمناً إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله⁽¹⁾.

وهذه الأحكام هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بهذه الحقوق.

ومن أهم هذه الدعاوى دعاوى صحة التعاقد فى بيع العقار.

وقد يعترض على هذا الفهم بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد خص "دعاوى صحة التعاقد" بالذكر، ولم يذكرها فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة، بل ذكرها فى الفقرة الثانية من المادة 15 ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل. وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد. وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر بموجب المادتين 15، 16 من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة 1/9 من هذا القانون، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال⁽²⁾.

234- قصر التسجيل على القدر المقضى به :

تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن: "جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات، الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا

(1) محمد كامل مرسى ص 117.

(2) السنهورى ص 471 وما بعدها.

تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.
ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.

ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة.
ويجوز لمن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة.

ولا تسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة".
وقد أضيفت الفقرات الثلاث الأخيرة إلى القانون، بالقانون رقم 25 لسنة 1976.
فقد استحدث القانون الأخير بموجب هذه الفقرات الثلاث أحكاماً أجاز بمقتضاها لمن يحصل على حكم مع آخرين مثبت لحق من الحقوق العينية الأصلية أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به أو على نصيبه فى ناحية معينة بالنسبة للأراضى الزراعية أو قسم معين بالنسبة للعقارات الكائنة بالمدن وذلك تيسيراً عليه حتى لا يلزم بدفع رسوم الشهر عن كامل أنصبة الشركاء على نحو ما يجرى به العمل فى ظل القانون القائم كما رأى أن يستفيد من هذه التيسيرات من صدر لصالحه حكم بمفرده دون اشتراكه مع آخرين، إلا أن هذه الأحكام لا تسرى إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة لأن ذلك يتنافى مع طبيعة عقد المقايضة باعتبار أنه فى حقيقته بيع وشراء بالنسبة لكلا الطرفين المتقايضين⁽¹⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم 25 لسنة 1976 - تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب عن مشروع القانون المذكور.

الجزء المترتب على عدم الشهر

235- النص القانوني:

المادة 9 فقرة أولى وثانية وثالثة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة

1946:

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

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

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".

236- عدم إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية ولا نقلها ولا

تغييرها ولا زوالها سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير:

يترتب على عدم تسجيل العقد، عدم إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية ولا نقلها ولا تغييرها ولا زوالها سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

وكان القانون المدنى القديم لا يستلزم التسجيل فى العقود المنشئة أو الناقلة للملكية وسائر الحقوق العينية العقارية إلا للاحتجاج بالحق فى مواجهة الغير. أما بين المتعاقدين فقد كانت الملكية والحقوق العينية تنتقل وتنشأ بمجرد العقد، فالتسجيل لم يكن إذن سوى إجراء من إجراءات الشهر والعلانية. ورغم عدم التسجيل كان المشتري يعتبر مالكا فى مواجهة البائع وورثته ودائنيه العاديين ومن اكتسب حقا على العقار ولم يقم بشهره.

ففى ظل ذلك التقنين (قبل صدور قانون التسجيل) كان العقد ينقل الملكية فى العقارات، ولم يكن استلزام الشهر عن طريق التسجيل سوى تقييد لأثره الناقل فى مواجهة الغير.

ولما صدر قانون التسجيل نصت مادته الأولى على أن: "جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شيء من ذلك يجب

إشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم.

ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين. وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين".

وبمقارنة هذه المادة بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى يتضح أن المشرع استبقى فى القانون الأخير الحكم الذى أتى به قانون التسجيل من أن جميع الحقوق العينية العقارية الأصلية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين أصحاب الشأن ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل. كما استبقى كذلك فى المادة العاشرة حكم المادة الثانية من قانون التسجيل التى تستلزم شهر جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية حتى تكون حجة على الغير.

كذلك يستخلص من مقارنة المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى بالمادة الأولى من قانون التسجيل أن المشرع أحل كلمة (التصرفات) محل كلمة (العقود) الواردة فى المادة الأخيرة لأنها أعم فى مدلولها، فهى تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات، الأعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد، فيقع فى حكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية كقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ومحاضر مرسى المزاد المتضمنة بيع عقارات بالطريق الإدارى. كذلك أغفل المشرع عبارة "الصادرة بين الأحياء" الواردة فى المادة الأولى من قانون التسجيل، فلم يذكرها فى المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى حتى يشمل مدلول النص التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وزيادة فى الإيضاح والتأكيد رأى أن يخص بالذكر الوقف والوصية إبرازاً لأهميتهما وخطورهما⁽¹⁾.

ويترتب على عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل ما يأتى :

(أ) - أنه طالما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى

(1) أنور سلطان طبعة 1993 ص 194 وما بعدها.

ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فيها.

ولذلك إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما، فإذا قام هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فإن الملكية تخلص إليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن المادة الأولى من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 تقضى بأن جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله يجب تسجيلها، وأن عدم تسجيلها يترتب عليه ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة لغيرهم، وأنه لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وأن هذه الأحكام تعتبر مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين.

فما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أى حق فيها. وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما، فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثانى سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة. وإذن فلا يقبل من أى إنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلًا الملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعيا أن له حقا عينيا على العقار يحتج به عليه، كما أنه لا يقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله، لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ".

(طعن رقم 35 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/12)

2- "جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقا لقانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 إذا لم يتم تسجيل العقود التي من شأنها إنشاء حق الملكية أو حق عيني عقارى فإن

الملكية تظل على ذمة المتصرف فإذا هو تصرف فيها لشخص آخر بادر إلى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد هذا التسجيل، ولا محل للتحدى بسبق علم المتصرف إليه الأخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر عن ذات العقار أو سوء نيته أو توأطئه مع البائع على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة مادام أن المناط في نقل الملكية هو التسجيل بمجردة".

(طعن رقم 175 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/1)

3- "حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده. ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة 23 من قانون الشهر العقاري نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التى سبق شهرها.

فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده".

(طعن رقم 107 لسنة 30 ق جلسة 1965/1/21)

4- "لا تنتقل الملكية - فى المواد العقارية- ولا فى الحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف فى الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها. فإذا كان الثابت أن المشتري من مصلحة الأملاك لم يسجلا عقدهما فإن العين محل التعاقد تكون باقية على ذمة المصلحة البائعة فإذا خصصت للمنفعة العامة فإن تخصيصها يكون قد ورد على مال من أموال الدولة وليس على مال مملوك لأحد الأفراد وبالتالي تصبح من الأموال العامة التى لا يجوز التصرف فيها".

(طعن رقم 455 لسنة 34 ق جلسة 1968/11/21)

5- "إن القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري، يقضى بأن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى

بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت، وتسجيل الصحيفة يحفظ لرافع الدعوى حقوقه من تاريخ حصوله، بحيث أنه متى حكم له بطلانيته فإن الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلى يوم تسجيل الصحيفة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع أو ما صدر من مورثه من تصرفات أشهرت بعد هذا التاريخ، ومفاد ذلك أنه لا يكفى لاعتبار العقد مسجلاً تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد أية حجية بالنسبة لتسجيل العقد".

(طعن رقم 19 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

6- "الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، والعقد الذى لم يسجل ينشئ التزامات شخصية بين طرفيه، فإذا لم يسجل المشتري من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية، ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته...".

(طعن رقم 1475 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/30)

7- مؤدى نص المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى، أن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، فإذا لم يسجل المشتريان لعقار واحد عقديهما فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيعين، وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أى من المشترين قد استلم العقار المباع من البائع له تنفيذاً للالتزامات الشخصية التى يربتها العقد فإنه لا يجوز بعد ذلك نزع العين من تحت يده وتسليمها إلى المشتري الآخر إلا بعد تسجيل عقده.. إلخ".

(طعن رقم 11719 لسنة 75 ق جلسة 2007/4/19)

(ب) - أنه لا يجوز للمتصرف إليه أن يرفع ضد المتصرف دعوى تثبيت ملكيته للعقار المبيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشتري ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفى إلخ".

(طعن رقم 121 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/19)

(ج) - أن العقار المبيع يظل فى الضمان العام لدائنى المتصرف إلى حين التسجيل.

(د) - أنه يجوز لدائنى المتصرف أخذ حق اختصاص على العقار المبيع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد. فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه. ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه. فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين".

(طعن رقم 42 لسنة 8 ق جلسة 1939/2/9)

(هـ) أنه يجوز للدائنين أن ينفذوا على العقار محل التصرف مادام المتصرف إليه لم يسجل العقد. فقد نصت المادة 405 من قانون المرافعات على أنه: "لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة 417 ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيهه نزع الملكية".

(راجع فى حكم إقامة المشتري قبل التسجيل بناء على الأرض المبيعة بند 180)

237- المقصود بالغير فى نطاق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى :

ليس المقصود بالغير فى نطاق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى، كل أجنبى عن العقد، وإنما يقصد به كل من تلقى حقا عينيا على عقار وقام بتسجيل التصرف الذى تلقى بموجبه هذا الحق. أى تلقى حقا من الحقوق التى يجب أن تقيد أو تسجل، كحق الامتياز أو حق الرهن العقارى، أو أى حق آخر من الحقوق العينية العقارية.

فإذ تصرف شخص فى عقاره بالبيع لشخصين على التعاقب، وسجل المشتري الثانى عقده قبل تسجيل عقد المشتري الأول فإنه يفضل ولو لم يكن قد سجل عقده أو كان قد تأخر فى تسجيله. وتحديد معنى الغير على هذا النحو لا يشمل بطبيعة الحال الدائن

العادى، لأن القانون لم يلزمه بالقيام بإجراءات خاصة للتسجيل أو القيد للمحافظة على حقه.

وعلى ذلك يسرى فى مواجهته البيع الصادر من مدينه ولو لم يكن مسجلا مادام ثابت التاريخ⁽¹⁾.

238- العقد غير المسجل يرتب التزامات شخصية :

عقد البيع غير المسجل، هو عقد بيع صحيح، ولهذا فإن جميع آثار البيع فيما عدا انتقال الملكية، تترتب عليه فور انعقاده. فهو لا ينتج أثرا فى مجال الحقوق العينية، ولكنه بصفته عقدا ينشئ التزامات أو حقوقا شخصية.

وقد أشارت إلى هذا الأثر الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى، فهى تنص على أنه: "لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن". وبهذا قضت أيضا الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون التسجيل.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنه: "أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (المادة التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من قانون التسجيل ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصها اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيرا لهذه النصوص. وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه. كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ما عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل. وفى عقد البيع مثلا، يكون لمشتري العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريعه وثمراته طبقا لأحكام هذا العقد حتى قبل حصول التسجيل. وكذلك لهذا المشتري الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا، فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشتري أن يحصل فى مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلا للتسجيل".

(1) أنور سلطان شرح عقدى البيع والمقايضة 1993 ص 184.

وينبنى على ذلك أنه إذا كان العقد بيعاً مثلاً لم يسجل فإنه يترتب عليه ما يأتي:

(أ) - يلتزم المشتري بأن يقوم بدفع الثمن، وليس له أن يمتنع عن دفع الثمن بحجة أن التسجيل لم يتم. مادام أن التأخر في التسجيل غير راجع إلى تقصير البائع. وإنما يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، أو امتنع عن تحرير العقد القابل للتسجيل أو عن الحضور أمام الموظف المختص بالتصديق على التوقيعات فعندئذ يجوز للمشتري أن يدفع مطالبة البائع له بالثمن بالدفع بعدم التنفيذ.

(ب) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، كما يلزم بضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

(ج) يكون للمشتري ثمرات المبيع وريعه من وقت تمام العقد سجل أو لم يسجل. كما أن له طرد من يضع يده عليها على سبيل الغصب.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "عقد البيع غير المسجل وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع في حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

(طعن رقم 240 لسنة 36 ق جلسة 1971/4/8)

2- (أ) - "عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع في حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

(ب) - "استناد الحكم إلى عدم تسجيل العقد الذي اشترى به الطاعنون الأرض وأن هذه الأرض لا تدخل في سند ملكية البائع لهم، لا يدل بذاته على أنهم كانوا سيئى النية وقت إقامة المنشآت، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعاره قصور وفساد في الاستدلال".

(طعن رقم 19 لسنة 42 ق جلسة 1976/2/17)

3- "من المقرر أن للمشتري بعقد ابتدائي ثمار العقار وريعه من وقت تمام العقد سجل أو لم يسجل إلا أن حق المشتري في ذلك يقتصر على علاقته بالبائع ولا يجوز أن

يتمسك به إزاء الغير كمغتصب المبيع ما لم يكن قد تسلمه بالفعل ووضع يده عليه".

(طعن رقم 831 لسنة 50 ق جلسة 1984/4/29)

4- "لئن كان مؤدى الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد فيملك إلا أن حق المشتري فى ذلك يقتصر على علاقته بالبائع ولا يجوز أن يتمسك به إزاء الغير كمغتصب المبيع ما لم يكن قد تسلمه بالفعل ووضع يده عليه المشتري الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف. يستوى فى بيع العقار أن يكون العقد مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ولو لم يسجل عقده، إلا أن حق المشتري بعقد غير مسجل فى اقتضاء ثمار العقار لا يكون إلا قبل البائع ولا يجوز له أن يتمسك به قبل المستأجر من هذا الأخير ذلك أن مفاد ما تقضى به المواد 146، 604، 605، 606 من القانون المدنى - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - أن أثر الإيجار لا ينصرف لغير الخلف الخاص ولا يعد المشتري خلفاً خاصاً لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إليه بالتسجيل، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع ولا تربطه علاقة مباشرة بمستأجر العقار من البائع، فلا يستطيع مطالبته بالإيجار - بالطريق المباشر إلا إذا أحال البائع إليه حقه فى الأجرة وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها".

(طعن رقم 2354 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/15)

5- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه وإن كان للمشتري طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع - سجل العقد أو لم يسجل - إلا أن بيع العقار لا ينقل الملكية إلى المشتري قبل تسجيله، ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيكون المشتري مجرد دائن شخصى للبائع بحقوقه الناشئة عن العقد ومن ثم لا يجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد الملكية، لأنها لم تنتقل إليه بعد، سواء بتسجيل عقده، أو بتسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه.

لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك فى مذكرة دفاعه المقدمة فى 1991/4/21 بأن المطعون ضدهما لم يسجلا الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقدهما، ومن ثم لم تنتقل إليهما ملكية المبيع، وأن الحكم لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى إيراداً ولا رداً، فإنه

يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 5474 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/13)

6- "إنه لا يجوز لمشتري العقار بعقد غير مسجل أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار ومنها دعوى الفسخ وتسليم العين المؤجرة إلا إذا قام البائع بتحويل عقد الإيجار إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها لأنها بالقبول أو الإعلان تكون نافذة فى حقه طبقاً لنص المادة 305 من القانون المدنى وأن الإعلان الذى تنفذ به الحوالة بالتطبيق لحكم تلك المادة هو الإعلان الرسمى الذى يتم بواسطة المحضرين وفقاً لقواعد قانون المرافعات ويشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية وإذ كان الثابت أن عقد الإيجار المؤرخ / / سند الدعوى صادر من..... بصفته المالك المؤجر وأن عقد شراء المطعون ضده للعقار الكائن به عين النزاع لم يسجل وخلت الأوراق من أى دليل على حوالة صحيحة لعقد الإيجار من المالك السابق إلى المطعون ضده أو إعلان الطاعن بهذه الحوالة بطريق رسمى أو قبوله لها ومن ثم فإن التكليف بالوفاء الصادر من المطعون ضده يكون باطلاً حابط الأثر لصدوره ممن لا صفة له فى توجيهه الأمر الذى يتعين معه على المحكمة - من تلقاء نفسها - أن تقضى ببطالان التكليف بالوفاء لتعلقه بالنظام العام وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالفسخ والتسليم لعدم سداد الأجرة المستحقة بما ينطوى على قضاء ضمنى بصحة التكليف بالوفاء فإنه يكون معيباً".

(طعن رقم 11189 لسنة 75 ق جلسة 2006/6/1)

(طعن رقم 2786 لسنة 69 ق جلسة 2001/1/24)

7- "للمشتري بعقد ابتدائى حق طلب ريع العقار من غاصبه من وقت تمام البيع مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف دون اشتراط استلام المشتري للعقار ووضع يده عليه".

(طعن رقم 4369 لسنة 78 ق جلسة 2009/6/24)

8- "حق مشتري العقار بعقد لم يسجل فى طلب تسليم العين المباعة إليه وطرد الغاصب منها. علة ذلك".

(طعن رقم 478 لسنة 67 ق جلسة 2010/6/17)

9- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه يترتب

على عقد البيع ولو لم يكن مشهرا انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على حد سواء إلى المشتري مادام المبيع شيئا معيناً بالذات مالم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك كما تنتقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستثناء ريعها منه والمقرر أن دعوى الطرد للغصب من دعاوى أصل الحق يستهدف بها رافعها أن يحمى حقه فى استعمال الشيء واستغلاله وخلوصه له ممن يضع اليد عليه بغير حق سواء أكان الغاصب قد وضع اليد بغير سند ابتداءً أو كان قد وضع اليد بسند قانونى ثم زال سنده واستمر رغم ذلك واضعاً يده".

(طعن رقم 13680 لسنة 76 ق جلسة 2012/5/3)

(د) ينشئ البيع غير المسجل التزاماً فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري. ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لابد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقا عليه، من أجل ذلك كان للمشتري أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد.

ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه. بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد⁽¹⁾.

(هـ) - أن تبعة هلاك الشيء إذا ما هلك بقوة قاهرة فى يد المشتري حتى قبل التسجيل، تقع على المشتري مادام أنه قد تسلمه ووقع الهلاك وهو فى يده. وهذا الحكم هو نتيجة طبيعية للمبدأ الذى قرره المشرع المصرى والذى يقضى بأن تبعة الهلاك فى البيع لا ترتبط بانتقال الملكية وإنما ترتبط بالتسليم (م437).

239- إيجاب التسجيل فى التصرف لنقل الملكية لا يجعل منه ركناً فى التصرف؛

رغم أن التصرف ليس من شأنه أن ينقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو

(1) السنهورى الجزء التاسع- المجلد الأول الطبعة الثانية ص 475 وما بعدها- الدكتور عبد المنعم البدرأوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى 1957 ص 349 وما بعدها.

بالنسبة للغير، إلا بالتسجيل. فليس معنى ذلك أن التصرف أصبح بعد قانونى التسجيل والشهر العقارى عقدا شكليا، لا يتم إلا بالتسجيل، بحيث يقال إن التسجيل ركن فى التصرف. فيكون عقد البيع مثلا عقدا شكليا. إنما مازال التصرف (عقد البيع مثلا) من عقود التراضى وينتج كافة آثاره عدا نقل الملكية بالفعل. إذ يجب عدم الخلط بين أمرين: رضائية العقد أى كفاية التراضى لانعقاده. وبين قاعدة انتقال الملكية بالعقد وهى التى تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى إجراء مستقل. فقانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى لم يمسا القاعدة الأولى من أية ناحية من نواحيها، إذ مازال البيع يتم بالتراضى، ولكنه قضى على القاعدة الثانية فى البيع العقارى. فالتسجيل إذن هو إجراء قصد به أن يترتب على البيع أحد آثاره وهو انتقال الملكية. وفيما عدا هذا الأثر يظل البيع غير المسجل عقدا صحيحا ومنتجا لسائر آثاره⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "عقد البيع هو من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين. وكل ما استحدثه قانون التسجيل من أثر فى أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 266 من القانون المدنى، نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده، أصبح متراخيا إلى ما بعد حصول التسجيل. أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون.

فالبائع يبقى ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع وينقل الملكية للمشتري، كما يبقى المشتري ملزما بأداء الثمن، إلى غير ذلك من الالتزامات التى تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع".

(طعن رقم 60 لسنة 2 ق جلسة 1932/11/17)

2- "إنه لما كان قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشتري على حصول التسجيل، لم يغير شيئا من طبيعة العقد من حيث إنه من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول، فإنه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التى يوجبها عليه القانون وشروط العقد وفى مقدمتها التزام المشتري بدفع الثمن

(1) السهنورى ص 485 وما بعدها- عبد المنعم البدرأوى ص 345 وما بعدها.

إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري. ولما كان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه، وكان الخلف العام يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته- لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهدده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشتري أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع. ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته. وخصوصا إذا كان المشتري قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ".

(طعن رقم 56 لسنة 13 ق جلسة 1944/3/2)

هل للتسجيل أثر رجعى؟

240- (أ) رأى الفقه :

ذهب رأى فى الفقه إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا، إذ التسجيل -عند هذا الرأى- شرط واقف يعلق عليه انتقال الملكية بالعقد، فالعقد ينقل الملكية معلقة على شرط واقف هو إجراء التسجيل، فمتى تم التسجيل استند أثره وهو نقل الملكية إلى تاريخ العقد. غير أن هذا الأثر الرجعى قاصر على المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فليس له هذا الأثر الرجعى ولا تنتقل الملكية بالنسبة للغير إلا من وقت التسجيل، حتى لا يكون ثمة مساس بالحقوق التى يكون الغير قد اكتسبها قبل تسجيل عقد المتصرف إليه. فهذا الرأى يجعل لانتقال الملكية تاريخين، واحد فى حق المتعاقدين وآخر فى حق الغير⁽¹⁾.

(1) الدكتور عبد السلام ذهني الأموال ج2 ص 917 - السهنورى ص489 وما بعدها.

ويستند أصحاب هذا الرأى إلى حجج نظرية وأخرى ذات طابع عملى، ونوجز هذه الحجج فيما يلى:

أولاً: الحجج النظرية :

1- أن القانون حين اشترط التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لم يتعرض لبيان وقت انتقال الملكية، فهو استلزم التسجيل ولكنه لم يقرر حصول انتقال الملكية من وقت التسجيل فلا يمكن إذن الاستناد إلى نصوص القانون لنفى هذا الأثر الرجعى،

2- أنه لا تعارض بين اشتراط التسجيل لانتقال الملكية وبين أن يكون لهذا الانتقال أثر رجعي، إذ أن انتقال الملكية يتم كأثر للعقد ولكنه أثر موقوف على شرط هذا التسجيل، فالتسجيل شرط واقف لانتقال الملكية.

3- التسجيل إجراء شرع لصالح المشتري فلا يجوز أن يضار به مادام أن الغير لم يكتسب حقا على المبيع.

ثانيا: الحجج العملية:

1- أثار أنصار هذا الرأي لتبرير نظريتهم الصورة الفرضية الآتية:

"باع زيد لبكر في أول يناير بعقد عرفي غير مسجل. في هذه الحالة لا تنتقل الملكية إلى بكر، إنما مع عدم انتقالها فإن له حق مطالبة البائع بالتسليم وحق الضمان وغير ذلك. فإذا باع بكر لخالد نفس العقار في 15 يناير وتسجل هذا العقد الأخير في نفس التاريخ (أو رهن وقيد الرهن)، فلا تنتقل الملكية أيضا لخالد لأنها لم تنتقل بعد إلى البائع له وهو بكر. وإذا جاء بكر بعد ذلك كله وسجل عقده في يناير فإن الملكية تنتقل إليه لا من آخر يناير بل من أول يناير. ويترتب على ذلك أن الملكية تنتقل أيضا إلى خالد في 15 يناير، أي أن للتسجيل أثرا رجعيا. كل ذلك على شرط ألا يتعدى هذا الأثر الرجعي إلى الإضرار بحقوق الغير الذي سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل بكر. وعلى ذلك إذا فرض وباع زيد بعد أن باع لبكر نفس العقار إلى عمر في 10 يناير وسجل عمر عقده في 10 يناير دون أن يعلم بسبق تصرف البائع له في العقار إلى بكر، نفذ عقده أي عقد عمر ولا يعبأ حينئذ بتسجيل بكر في آخر يناير ولا بتسجيل خالد في 15 يناير، لأن الأثر الرجعي للتسجيل إنما يقف عند حد وجود حق مكتسب للغير، وإذا لم يوجد حق مكتسب للغير سار الأثر الرجعي في طريقه حتى تاريخ العقد، أي حتى يوم أول يناير.

2- أن الأثر الرجعي للتسجيل هو الذي يبرر حق المشتري في الثمار منذ انعقاد العقد، إذ أن الملكية تعتبر قد انتقلت إلى المشتري من يوم التعاقد وفقا للأثر الرجعي، وعلى ذلك يكون للمشتري = الحق في الثمار من هذا اليوم استنادا إلى حقه في الملكية. أما لو استبعدنا الأثر الرجعي وقلنا بترأخي انتقال الملكية إلى حين التسجيل فلن يمكن القول بإمكان إعطاء المشتري الحق في الثمار منذ انعقاد العقد.

3- إذا قضينا بأن الملكية تكون على ذمة البائع حتى يتم التسجيل فما حكم البناء الذي يقيمه البائع في العقار المبيع في الفترة بين البيع والتسجيل؟ قد تقضى الضرورة في هذه الحالة بتملك البناء للمشتري، وقد تنجح نظرية الأثر الرجعي للتسجيل في تحقيق هذه النتيجة، إذ مفهوم هذه النظرية أن العقار يعتبر فيما بين الطرفين، مملوكا للمشتري من يوم التعاقد، فكل إضافة لهذا العقار تصبح إذن مملوكة له على أساس الالتصاق، ويطبق حكم القانون فيما يتعلق بالبناء في أرض الغير، فيعتبر البائع بانيا في ملك غيره بسوء نية، ويخير المالك وهو

بينما يذهب الرأي الغالب فى الفقه إلى أنه ليس للتسجيل أثر رجعى، لأن الملكية لا تنتقل إلا بتوفر شروطها، ومن بين هذه الشروط التسجيل. فإذا تم التسجيل انتقلت الملكية وقت التسجيل لا قبل ذلك، لأن التسجيل وإن لم يكن ركنا من أركان البيع فهو ركن من أركان انتقال الملكية.

وقد صرحت المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى بأنه ليس للتسجيل أثر رجعى. فقد جاء بها:

أن "الفقرتين الثانية والثالثة من المادة التاسعة مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون التسجيل، ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصها اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيرا لهذه النصوص. وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه".

ولو أن المشرع أراد أن يترتب على تسجيل التصرفات أثر رجعى لنص على ذلك، كما نص فى المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تجرى على أن: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

المشتري بين طلب إزالة البناء على نفقة من أقامه مع التعويض إن كان له وجه، أو أن يطلب استيفاء البناء مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك وفقا لحكم المادة 924 مدنى.

4- وأخيرا قد تظهر فائدة نظرية الأثر الرجعى للتسجيل فى المثال الآتى:

باع شخص عقارا وقبل أن يسجل المشتري عقده وقع أحد دائنى البائع العاديين حجزا على هذا العقار على اعتبار أنه لم يخرج من ملكية المدين بعد، فهو إذن لا يزال فى الضمان العام للدائنين، ثم سجل تنبيه نزع الملكية، وبعد ذلك سجل المشتري عقده. إذا قلنا الأثر الرجعى للتسجيل لترتب على ذلك أن الملكية تعتبر قد انتقلت للمشتري من يوم البيع، أى قبل الحجز، فلا يستطيع الدائن أن يستمر فى الإجراءات.

أما إذا لم يكن للتسجيل أثر رجعى فيترتب على ذلك أن الملكية لا يمكن أن تنتقل للمشتري بتسجيل عقده مادام تسجيل نزع الملكية قد سجل قبل تسجيل عقد المشتري.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما⁽¹⁾.

241- (ب) قضاء محكمة النقض:

أخذت محكمة النقض بالرأى الغالب فى الفقه، وذهبت إلى أنه ليس للتسجيل أثر رجعى، ذلك أن المشرع قصد من التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد، فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه. إذ جرى قضاؤها على أن:

1- "إن قانون التسجيل الصادر فى 26 يونية سنة 1923 لم يغير طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين، وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد، بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره".
(طعان رقما 48، 53 لسنة 2 ق جلسة 5 يناير سنة 1933)

2- "إن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد. فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه. فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين".

(طعان رقم 42 لسنة 8 ق جلسة 1939/2/9)

3- "التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ولا يترد إلى تاريخ سابق عليه.

(1) محمد عرفه ص 374 وما بعدها-عبد المنعم البدرأوى ص 319 وما بعدها- أنور سلطان ص 232- سليمان مرقس فى عقد البيع ص 292- محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات العقارية ص 323 وما بعدها.

(وراجع فى الرد على حجج أصحاب الرأى المخالف عبد المنعم البدرأوى ص 321 وما بعدها - أنور سلطان ص 226 وما بعدها).

فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية، حتى إذا ما تحقق هذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي. فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلاً) بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد فإنه يكون قد أخطأ".

(طعن رقم 41 لسنة 18 ق جلسة 1949/12/22)

4- "الأصل أن أثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله أو الذى من شأنه تقرير هذه الحقوق وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي ولا يحتج على ذلك بالمواد 7، 10، 12 من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 لأن المواد المذكورة إذ أجازت تسجيل صحائف دعاوى بطلان العقود واجبة التسجيل أو فسخها أو إلغائها أو الرجوع فيها ودعاوى استحقاق الحقوق العينية العقارية ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم الذى يصدر فى هذه الدعاوى على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر التأشير بالحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة، فإنما أجازته على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار أو ديون عقارية عليه منذ تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه. وإذن فإذا كان الحكم وهو فى صدد المفاضلة بين أى المالكين أرض الشفيع أو أرض المشتري تعود عليه منفعة أكثر أسقط اعتبار الشفيع مالكا لجزء من الأطيان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد عنها لاحق لعقد المشتري الذى تولد عنه حق الشفعة، فإنه لم يخطئ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 166 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

5- "لا يترتب على التسجيل أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله. وأن القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقارى إذا أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة 15 تسجيل

دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون، انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (م 17) إنما قصد به حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها".

(طعن رقم 527 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/9)

6- "الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد، أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عيني آخر على عقار أو نقله، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين 15، 17 منه تسجيل صحف 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 الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه".

(طعن رقم 14 لسنة 38 ق جلسة 1973/2/24)

7- "يدل نص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى - على ما صرحت به مذكرته الإيضاحية وجرى عليه قضاء هذه المحكمة - على أنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها ما عدا انتقال الحق العيني فيتراخى هذا الحق حتى حصول التسجيل".

(طعن رقم 3037 لسنة 59 ق جلسة 1991/12/17)

242- التسجيل وسوء النية :

يثور البحث فيما إذا كان المتصرف إليه الثانى يستطيع الاحتجاج بتسجيله على من سبق أن تم التصرف إليه فى ذات العقار ولكنه لم يسجل عقده أو لم يسجله إلا متأخراً، حتى لو كان المتصرف إليه المسجل سئ النية عالماً بالتصرف السابق، أم أن حسن النية شرط للاحتجاج بسبق التسجيل.

ثار خلاف بشأن هذه المسألة، سواء فى ظل التقنين المدنى أو بعد صدور قانون

التسجيل ثم قانون تنظيم الشهر العقارى. وهو ما نعرض له تباعا فيما يلى.

243- (أ) التسجيل وسوء النية فى ظل التقنين المدنى القديم:

كانت المادة 270 من المجموعة المدنية القديمة (قبل صدور قانون التسجيل) تنص على أنه: "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". ويقابل هذه العبارة الأخيرة فى النص الفرنسى "de bonne foi" أى حسنى النية ومعنى هذا أن المشتري الثانى إذا سارع إلى التسجيل قبل المشتري الأول الذى لم يسجل أو لم يسجل إلا متأخرا، لا يفضل إلا إذا كان حسن النية.

وقد انقسم الفقه والقضاء فى بيان المقصود بحسن النية إلى رأيين:

الرأى الأول: أن المشتري يعتبر سئ النية لمجرد علمه بالتصرف السابق.

ويستند هذا الرأى إلى الحجج الآتية:

1- أن هذا المعنى هو المستفاد من عبارة "لا يعلمون ما يضر بها" de bonne foi الواردة فى المادة 270، فهى تعرف حسن النية بعدم العلم بما يضر بسندهم أى بصدوره من شخص سبق أن تصرف فى العقار.

2- أن من يتعامل مع البائع الذى سبق أن تصرف فى العقار مع علمه بذلك يعتبر مخطئا خطأ يستوجب المسؤولية، وخير جزاء لذلك هو عدم الاعتراف بتسجيل عقده فى مواجهة المتصرف إليه الأول.

3- أن المادة 270 تشترط للاحتجاج بالتسجيل أن يستند إلى سبب صحيح، ومن يتعاقد مع شخص يعلم أنه لم يعد مالكا نتيجة التصرف السابق لا يمكن اعتباره مستندا إلى سبب صحيح.

4- واستند هذا الرأى كذلك إلى حجج من القانون المقارن. فقال إن الرأى المذكور هو المسلم به فى بلجيكا مع أن القانون البلجيكى اقتصر على اشتراط عدم الغش، ولم يذهب إلى حد اشتراط حسن النية.

أما القضاء الفرنسى فهو يشترط لثبوت سوء النية أن يثبت التواطؤ بين البائع والمشتري الثانى، لأن القانون الفرنسى لم يشترط حسن النية للاحتجاج بالتسجيل، بخلاف

القانون المصرى فإنه لم يكتف بالتسجيل بل اشترط فوق ذلك حسن النية⁽¹⁾.

الرأى الثانى:

ذهب هذا الرأى إلى أنه لا اعتبار المشتري الثانى سئ النية لا يكفى علمه بالتصرف الأول، بل لابد من ثبوت تواطؤه مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول وتقويت الصفقة عليه. فمتى ثبت هذا لا يعتد بسبق تسجيله ولو كان عقده حقيقيا غير صورى. وهذا الرأى يأخذ بالرأى الذى استقر عليه القضاء الفرنسى، ولذلك فهو يستند أول ما يستند إلى قوة هذا القضاء. ويستند فضلا عن هذا إلى الحجج الآتية:

1- أن المشرع جعل التسجيل أساسا للعلانية والشهر، فإذا سجل العقد افترض علم الكافة به. أما إذا لم يسجل افترض أنه غير معلوم لأحد. فمدار العلانية فى ظل نظام التسجيل ليس هو علم الغير أو عدم علمه، وإنما مدارها هو التسجيل. ولذلك فإن غير المتعاقدين لا يفرض أنهم عالمون بالتصرف السابق إلا إذا كان هذا التصرف مسجلا بالفعل.

2- أن الأخذ بغير هذا الرأى يفتح المجال للمنازعات والخصومات ويرهق القضاء. لأن مسألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنة يصعب التحقق منها. فالتعويل على علم المشتري الثانى أو عدم علمه بسبق التصرف من شأنه زعزعة الثقة العقارية⁽²⁾.

الرأى الثالث:

أن المشتري الثانى لا يكون حسن النية إلا إذا كان عقده جديا، ولا يهم إذا كان يعلم بالبيع الأول أو لا يعلم. فإذا كان عقده صوريا كان سئ النية. ولا يمكنه الاحتجاج بعقد شرائه ولو كان مسجلا⁽³⁾. والرأى الأول هو الراجح⁽⁴⁾.

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى شرح القانون المدنى الطبعة الثانية 1357 هـ - 1939 هـ ص 251 وما بعدها.

(1) محمد حلمى عيسى باشا شرح البيع فى القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الإسلامية 1916 نبذة 1173 .

(2) استئناف مختلط 30 أبريل 1890، 19 فبراير 1896، 12 يناير 1898 - وقد عدلت المحاكم

المختلطة عن الأخذ بهذا الرأى (أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 249 هامش (1)).

(3) السنهاورى ص 496 وما بعدها - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 250 وما بعدها.

244- (ب) التسجيل وسوء النية فى ظل قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923:

لم يرد فى نص المادة الأولى من قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923 التى استلزمت شهر التصرفات الناقلة للملكية والمنشئة للحقوق العينية الأصلية أية إشارة إلى وجوب أن يكون المتمسك بالتسجيل حسن النية، وذلك على خلاف ما كانت تقضى المادة 270 من التقنين المدنى القديم. وإنما اكتفى المشرع بأن قرر بأنه: "يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم".

وظاهر من عدم التفرقة فى انتقال الملكية بين المتعاقدين وانتقالها فى مواجهة الغير أن قانون التسجيل استلزم التسجيل لانتقالها إطلاقاً، وبدون التسجيل لا تنتقل الملكية. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور تعليقا على المبدأ الجديد أن: "لهذا المبدأ من الوجهة العملية مزية كبرى تتحصر فى حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المعنى القانونى فى هذا الموضوع لغير المتعاقدين والقيد الوارد بعدها فى المادتين 737، 742 من القانون المدنى المختلط القائل: من يدعى حقا عينيا أوله حقوق على العقار حفظها بموافقة القانون، وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية، وعبثا يحاول الإنسان أن يستند على قواعد العدالة أو حسن نية المتعاقدين لإثبات عكس ذلك، إذ يتحتم على من آل إليه الحق أن يقوم بالتسجيل حتى يكون الجمهور على علم من أيلولة هذا الحق إليه".

ومن هذا يتضح أن العبرة بالتسجيل ولو كان من سجل عقده سئ النية. فالبائع الذى يتصرف فى العقار مرة ثانية قبل تسجيل البيع الأول يعتبر أنه يتصرف فيما يملك، ويترتب على تسجيل البيع الثانى انتقال الملكية إلى المشتري الثانى الذى سجل عقده، ولا يؤثر فى ذلك كون هذا الأخير سئ النية عالما بالبيع الأول. وعلى هذا انعقد إجماع الفقهاء وقضاء المحاكم⁽¹⁾.

غير أن الفقه والقضاء قد انقسم فى حالة التواطؤ أو التدليس بين المتصرف

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 271 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 246 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 331 وما بعدها - محمد على عرفه ص 354.

والمتصرف إليه الثاني الذي سجل عقده على الإضرار بالمشتري الأول.

فذهب رأى إلى أن هذا التواطؤ أو التدليس لا يحول دون تمسك المتصرف إليه الثاني بسبق تسجيله⁽¹⁾.

(2) وقد استند هذا الرأى إلى الحجج الآتية:

1- بمقارنة المادتين الأولى والثانية من قانون التسجيل يتبين أن هذا القانون قسم العقود والأحكام قسمين أساسيين. ففي المادة الأولى نص على العقود والأحكام المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة، وأعطاهما حكما خاصا، وهو عدم انتقال الملكية بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، ولم يجعل حسن النية شرطا للتمسك بالتسجيل. وفي المادة الثانية نص على العقود والأحكام المقررة للحقوق. وذكر أنها لا تكون حجة على الغير إلا بتسجيلها، كما أنها لا تكون حجة على الغير ولو كانت مسجلة إذا دخلها التدليس. ويظهر من ذلك أن قانون التسجيل تعتمد إغفال نظرية سوء النية فيما يتعلق بالعقود والأحكام المنشئة للحقوق العينية، كما أنه أبقى هذه النظرية بالنسبة إلى العقود والأحكام المقررة للحقوق، ولكنه خصصها بحالة التدليس فقط.

2- أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صريحة في تأييد هذا الرأى، فقد جاءت فيها الفقرة الآتية: "عبثا يحاول الإنسان أن يستند على قواعد العدالة وحسن نية المتعاقدين لإثبات عكس ذلك، إذ يتحتم على من آل إليه الحق أن يقوم بالتسجيل، حتى يكون الجمهور على علم من أولولة هذا الحق إليه". كما ورد فيها "أن لهذا المبدأ (أى مبدأ عدم نقل الملكية بين العاقدين إلا بالتسجيل) =

= من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة، وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية". ويؤخذ مما تقدم أن الشارع المصرى فى سبيل استقرار المعاملات العقارية على أساس ثابت، وتمهيدا لإدخال نظام التسجيلات التى لها قوة الإثبات، قد انتقل خطوة جريئة، وجعل أمر انتقال الملكية بين العاقدين مرتبطا بالتسجيل وحده كما قضى نهائيا على نظرية علم المشتري الثانى بالبيع الأول أو سوء نيته، ولم يستثن من ذلك إلا حالة واحدة، وهى حالة العقود والأحكام المقررة للحقوق، فلم يشترط تسجيلها لتكون حجة على العاقدين، لأنه لا يمكن تجريدها من قيمتها الجوهرية، وهى الإقرار بحق سابق الوجود، وأوجب تسجيلها لتكون حجة على الغير بشرط عدم التدليس كما تقدم.

3- لا محل للاعتراض المبني على عدم معقولية أن الشارع المصرى يأخذ بنظرية التواطؤ أو التدليس لمناسبة العقود المقررة، ثم يأخذ بخلافها فى العقود المنشئة، مع أن سوء النية واحد فى الحالتين، وذلك لأن المذكرة الإيضاحية نفسها تفسر ذلك، إذ ورد فيها ما يأتى "هذا الاختلاف فى النوع (أى بين الحالتين) الذى ينجم عنه الاختلاف فى الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين"، كما ذكرت أن البحث فى مسائل

بينما ذهب رأى ثان إلى أن التدليس أو التواطؤ يحول دون تمسك المتصرف إليه الثاني بتسجيل تصرفه⁽¹⁾.

سوء النية في حالة العقود المنشئة أصبح عبثاً، أى غير منتج، وذلك لأنه مع افتراض علم المشتري الثاني المسجل بوجود بيع أول غير مسجل، ومع افتراض سوء نيته، فإن كل ذلك مقرون بعلمه بأن البيع الأول غير مسجل، وأنه لا ينقل الملكية، وأن البائع لا يزال مالكا رغم هذا البيع الأول، وأن القانون يبيح له الإقدام على الشراء في هذه الحالة، وذلك بخلاف ما كان عليه الحال قبل العمل بقانون التسجيل، فإن المشتري الثاني في الواقع لم يكن يتلقى الملك عن مالك حقيقي، لأنه سبق أن باع وخرجت الملكية عنه بالعقد الأول غير المسجل، فاشتراط القانون لحماية هذا المشتري الثاني أن يكون حسن النية، وهذا شرط واجب في هذه الحالة كما هو ظاهر.

4- أن النظرية العكسية تتعارض تعارضاً ظاهراً مع قاعدة "عدم انتقال الملكية بين العاقدین إلا بالتسجيل" لأنه لو أعطيت المحكمة - في المفاضلة بين عقدين أحدهما مسجل والآخر غير مسجل - سلطة تقدير الظروف التي أحاطت بعقد المشتري المسجل، والقول بعدم انتقال الملكية إليه لسوء النية أو ما إليها، فإن معنى ذلك - بطريقة عكسية - أن العقد غير المسجل قد نقل الملكية. ومعنى ذلك أيضاً أن تعطى المحكمة سلطة تقرير قاعدة "عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل"، أو عدم تقريرها بحسب ظروف الحال - وهكذا تكون القاعدة قاعدة نسبية محضة، وهو أمر ترفضه البداة.

5- لا محل للتمسك بنص المادة 341/270 من القانون المدني، لأن حكم المادة قد ألغى بعد العمل بقانون التسجيل، الذي نص في المادة 16 منه على إلغاء كل نص يخالفه (محمد كامل مرسى في شهر التصرفات العقارية ص 249 وما بعدها والأحكام التي أشار إليها في الهامش).
(1) وقد استند هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

- 1- أن قانون التسجيل جعل من التدليس والتواطؤ مانعا يحول دون نفاذ العقود المقررة، فلا يعقل أن يكون هذا التدليس حلالاً بالنسبة للعقود المنشئة بالتدليس غير مشروع في جميع الأحوال.
- 2- أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم يقصد به سوى حسم النزاع في حسن النية وسوء النية، فلا يجوز أن يؤثر مجرد العلم البسيط في التسجيل والاحتجاج به. ولكنها لم تقرر أن التواطؤ على الإضرار بالمشتري الأول لا يحول دون نفاذ العقد المسجل، بل على العكس فإن القانون قرر في المادة الثانية (الخاصة بالعقود المقررة) أن التواطؤ يحول دون نفاذ العقود المسجلة.

3- أن المبادئ العامة تقضى بأن الغش يفسد كل شيء، وقانون التسجيل لا يمكن أن يكون قد نسخ هذا المبدأ العام.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأول فقضت بأن الملكية تنتقل بالتسجيل ولا يحول دون ذلك أن يكون المتصرف إليه الثانى الذى سجل عقده متواطئاً كل التواطؤ مع المتصرف على الإضرار بالمتصرف إليه الأول وتقويت الصفة عليه.

إذ قضت بأن:

1- (أ) "إن المادة الأولى من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 تقضى بأن جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله يجب تسجيلها، وأن عدم تسجيلها يترتب عليه ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة لغيرهم، وأنه لا يكون للعقد غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وأن هذه الأحكام تعتبر مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين. فما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها. وفى تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً، فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثانى سببى النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفة. وإذن فلا يقبل من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله، لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ.

(ب) - "لا يجوز التحدى بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة 270 وغيرها من مواد القانون المدنى، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ

4- إن القانون المصرى رغم اشتراطه التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لم يذهب إلى حد الأخذ بنظام التسجيل العينى الذى يجعل للقيود فى السجل قرينة مطلقة على ثبوت الحق. والرأى المخالف لا يمكن أن ينسجم إلا مع نظام السجلات العينية.

(عبد المنعم البدرأوى ص 334 وما بعدها - استئناف مصر فى 27 أبريل سنة 1932)

القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول. وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً، كما نصت المادة 16 من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه، وإذن فتلك المادة (270) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً.

(طعن رقم 35 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/12)

2- "إن الشارع فى القانون رقم 18 لسنة 1923 قد رفع تسجيل العقد الناقل للملكية فوق مستوى الدور الذى كان يؤديه من قبل، فجعل له من الأثر ما لم يكن له فى ظل القانون المدنى، إذ اعتبره هو ذاته الناقل للملكية- لا يمنع من ذلك سوء نية المتصرف أو تواطؤه مع المتصرف إليه إضراراً بصاحب عقد آخر ناقل للملكية أو مقرر لها. ولقد أشار فى المذكرة الإيضاحية إلى أنه يريد أن لا يجعل من سوء نية المتصرف إليه أو تواطئه سبباً يفسد عليه تسجيله تأسيساً على حسن النية الواجب توافره فى المعاقبات أو على مقتضيات العدالة، اكتفاء بحق المتضرر فى الرجوع على من أضر به بالتعويض عن الضرر الذى لحقه. ومن جهة أخرى يستفاد من المادة الثانية من ذلك القانون أن الشارع وإن كان قد استبقى للعقود المقررة أثرها السابق فى تقرير الملكية، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بالتسجيل، فإنه أبقى تسجيلها أقل خطراً من تسجيل العقود الناقلة، إذ اشترط لى ينتج التسجيل أثره أن لا يكون العقد المقرر قد لابس التدليس.

ومن مقتضى هذه التفرقة التى أرادها القانون بين العقود الناقلة للملكية وغيرها من الحقوق العينية وبين العقود المقررة لهذه الحقوق أنه فى مقام المفاضلة بين عقد ناقل وآخر مقرر يفضل العقد الناقل بتسجيله دون اعتبار لسوء نية صاحبه أو تواطئه مع المتصرف".

(طعن رقم 112 لسنة 14 ق جلسة 1946/3/7)

3- "إن تمسك مشتري العقار بأن العقد المسجل الصادر من البائع لمشتري آخر قد داخله الغش والتواطؤ لا يجدى. إذ العبرة فى المفاضلة بينهما بعد صدور قانون التسجيل هى بأسبقية التسجيل".

(طعن رقم 160 لسنة 17 ق جلسة 1949/1/27)

4- "إذا قام النزاع بين المدعى الذى يطلب تثبيت ملكيته للأطيان محل الدعوى وبين المدعى عليه على أن الباعنتين للمدعى لا تملكان البيع إليه بعد أن تخارجتا عن

استحقاقهما الذي منه القدر المبيع بمقتضى إقرار ثابت التاريخ صادر قبل العمل بقانون التسجيل، وتمسك المدعى بأن العقد الصادر له مسجل أما الإقرار المذكور فإنه غير مسجل، واعترض المدعى عليه بأن هذا العقد قد اقترن بالتدليس والتواطؤ وبالعلم السابق بصدور التخرج، فقررت المحكمة أنه مادام قد سجل عقد شرائها فإنه يصبح مالكا لها، فلا مخالفة في ذلك للقانون، لأن قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 الذي أقام الحكم قضاءه عليه لصدور العقد بعد العمل به قد قضى على سوء النية ونسخت أحكامه المادة 270 من القانون المدني القديم. ولا يقدح في ذلك كون إقرار التخرج ثابت التاريخ قبل العمل بقانون التسجيل مادام هذا الإقرار ليس هو سند دعوى المدعى. كذلك لا جدوى من البحث فيما إذا كان إقرار التخرج المشار إليه شاملا لجميع أطيان المقرئين أم مقصورا على بعضها إذ لا يجوز الاحتجاج بهذا الإقرار على المشتري الذي حفظ حقوقه بالتسجيل".

(طعن رقم 66 لسنة 19 ق جلسة 1951/6/7)

5- "متى كان الحكم قد قرر أن الطاعنين لم ينازعوا في أسبقية تسجيل عقد المطعون عليها الأولى، وأنه بذلك قد انتقلت إليها الملكية قانونا. فإنه يعيب الحكم إغفاله الرد على ما دفع به الطاعنون من أن هذا العقد قد صدر بالتواطؤ بينها وبين المطعون عليهما الثانية والثالث، لأن هذا التواطؤ بفرض ثبوته لا يحول دون انتقال الملكية بالتسجيل".

(طعن رقم 123 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/29)

6- "متى كان قد ثبت للمحكمة أن البيع الصادر إلى المطعون عليه قد صدر في حقيقة الأمر وواقعه من المالك الحقيقي الموقع على العقد كضامن، وأن صدور البيع في الظاهر من آخرين إنما كان الباعث عليه أن تكليف الأطيان المبيعة كان لا يزال وقت البيع باسم مورثهم، وكان قد ثبت للمحكمة كذلك أن عقد المطعون عليه قد سجل بينما أن عقد الطاعن الوارد على جزء من الأطيان المبيعة إلى المطعون عليه والصادر إلى الطاعن من نفس البائع لم يسجل، فإن الحكم إذ قضى للمطعون عليه بطلباته على أساس تفضيل عقده المسجل على عقد الطاعن غير المسجل لا يكون قد أخطأ ولا يضير الحكم ما استطرده إليه تزيدا بعد ذلك من أن عقد الطاعن لم ينفذ بسبب إخلاله بما التزم

به فيه. ويكون غير منتج ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه قضى بفسخ هذا العقد دون أن تتحقق المحكمة من صدور تنبيه إليه بالوفاء بالتزاماته قبل طلب الفسخ، وكذلك يكون من غير المنتج ما يتمسك به الطاعن من سوء نية المطعون عليه بمقولة إنه كان يعلم وقت شرائه أن البائع إليه كان قد تصرف إلى الطاعن في كل أو بعض الأطيان المبيعة، ذلك أنه لا عبرة في هذا الخصوص بهذا العلم متى كان عقد المشتري الأول لم يسجل وبالتالي لم تنتقل به الملكية من البائع".

(طعن رقم 25 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/4)

245- (ج) التسجيل وسوء النية في ظل قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946:

بالرجوع إلى نص المادتين التاسعة والعاشر من القانون 114 لسنة 1946. بتنظيم الشهر العقاري، والأولى هي التي أوجبت تسجيل التصرفات المنشئة، والثانية هي التي أوجبت تسجيل التصرفات المقررة، لا نجد فيهما إشارة إلى حسن نية المتصرف إليه الثاني أو سوء نيته.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون أنه: "في صدد التدليس لم ير محل للنص عليه لا بالنسبة للتصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة للتصرفات المنشئة لهذه الحقوق اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن".

ولا يفهم من عبارة "اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن"، أن المشرع قصد بها تطبيق قاعدة "الغش مفسد للتصرفات" بل الأولى أن تحمل هذه العبارة على أن المقصود بها هي القواعد العامة التي استقرت في ظل قانون التسجيل في نطاق النظام الذي استحدثه لنقل الملكية العقارية، ومقتضاها - كما قدمنا - أن العبرة في نقل الملكية هي بالتسجيل الذي جعل منه المشرع أداة لازمة لنقل هذه الملكية⁽¹⁾.

وليس أدل على صحة هذا النظر أن المشرع عندما أراد الاعتداد بحسن النية صرح بذلك في المادة 17 من قانون الشهر العقاري، فقرر في فقرتها الثانية قاعدة عامة تبين مدى حجية شهر الدعاوى على الغير الذي كسب حقه قبل شهرها، وأن مدى هذه الحجية هو حسن نية الغير. فإذا كسب الغير حقا مثلا من البائع المدعى عليه في دعوى صحة

التعاقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى، كان لرافع هذه الدعوى أن يفسد عليه سبقه إلى تسجيل سند حقه إذا أثبت أنه كان سئ النية⁽¹⁾.

فلو أن المشرع أراد أن يجعل الغش مفسداً للتسجيل كقاعدة عامة، لما توانى عن التصريح بذلك بنص عام، أو لصرح به على الأقل في المادتين التاسعة والعاشرة حتى يكشف صراحة عن اتجاهه إلى مخالفة القضاء المستقر وقت صدور قانون بتنظيم الشهر العقارى. أما وهو لم يفعل ذلك إلا بالنسبة إلى حالة خاصة بذاتها، وهى قيام الدعوى بين البائع والمشتري غير المسجل، فلا مناص من القول بأنه اتجه إلى عدم الاعتماد بالتواطؤ فيما عداها. وقد أخذ بهذا الرأي الغالبية العظمى من الفقهاء⁽²⁾.

(2) محمد على عرفه ص 360.

(3) محمد على عرفه ص 360 - أنور سلطان ص 219 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 339 - سليمان مرقس ص 302- وعكس ذلك السنهورى ص 499 وما بعدها - فهو يرى الوقوف عند رأى وسط، فلا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكن يكون التواطؤ مبطلاً له. وأن هذا الرأى يدعم نظام التسجيل، دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر. فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بإدخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره، ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ. ونورد فيما يلى ما ذهب إليه سيادته وما استند إليه فقد قرر:

"كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه الرأىين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء فى هذه المسألة: الرأى الذى يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، والرأى الذى يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البوليصة ودعوى الصورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا. وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية: "وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين. يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شئ. بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة إجراءات نظام السجل العينى فيما عدا إمساك السجل، والسجل العينى لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل. وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجيته، ولا داعى للتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة 1923 من عيوب جعلته غير صالح

لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني. أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح في هذا المعنى. وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً، إلى أن انتهى الرأي إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نظراً للحرص الذي كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس في المادة الثانية وعدم وجود هذا النص في المادة الأولى. ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع، فيقال إن محكمة النقض ترى في أى الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات. ولذلك رأى اللجنة أن تزيل هذا الحرج، فلا تنص على التدليس في المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة 1923، كما تزيل النص على التدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم. وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقاري غفلاً من النص على التدليس فى أى مادة من مواده، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض الأمر على القضاء.

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذى أخذت به محكمة النقض. فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص فى أن التواطؤ لا يعتد به فى العقود المنشئة، ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل فى نصوصه هذه الحجة القوية، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة، وتسكت المادة الأولى عن =

هذا النص فى العقود المنشئة، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل فى العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية. فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري النص فى المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة، كما أغفل النص على ذلك أيضاً فى المادة التاسعة فى العقود المنشئة، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية فى طائفة من العقود دون الأخرى، وأصبح أثر التدليس فى التسجيل واحداً فى الطائفتين معاً، وموكولاً أمره للمبادئ العامة على النحو الذى قصدت إليه اللجنة. وبقي الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما نرى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة، ولم يصدر كما قيل غفلاً من النص على التدليس فى أية مادة من مواده. فقد نص، فى صدد تسجيل الدعاوى، فى المادة 17 منه على أنه "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما". ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول". (مضافة بالقانون رقم 25 لسنة 1976).

ولما كانت المادة 51 من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها دعوى صحة التعاقد، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية. فإذا سجل المشتري الثانى عقده، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثانى، فله أن يحتج على المشتري الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى. والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري الثانى كان يعلم وقت أن اشترى بصور تصرف سابق من البائع فى نفس العقار. ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين 15، 17 من قانون الشهر أن حسن النية، بالمعنى الذى كان مفهوماً فى التقنين المدنى السابق، مشروط لصحة التسجيل.

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

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

وأمام هذه الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة، كما قصد إلى ذلك واضعو قانون الشهر. ومن ثم يتعين استبعاد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى الذى يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده.

أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضح قانون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة. وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطاها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بإزالته عاملاً من عوامل الاضطراب والزعزعة فى الثقة العقارية. إذ أن حسن النية مسألة نفسية، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب فى كثير من الأحيان إثباته،

وقد أخذت محكمة النقض فى ظل هذا القانون بالرأى الغالب فى الفقه.

إذ قضت بأن:

1- "تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 على وجوب شهر جميع التصرف المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير. وإذ جاء هذا النص - أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة 1923 المقابلة له - خلوا مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو إجراء المفاضلة عند تزامم المشتريين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشتري الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تتال من

ولكنه يبقى سيفاً معلقاً يهدد سلامة التسجيل، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء. فقانون الشهر العقارى، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون فى مسألة على هذا القدر من الأهمية. وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة 15 ونص المادة 17 من قانون الشهر بالحجة الحاسمة، ومن البعيد أن يكون واضعو هذا القانون قد قصدوا ما يراد استخلاصه من هذين النصين. فمن بادر إلى تسجيل سنده، وسبق فى ذلك رافع الدعوى فى تسجيل صحيفة دعواه، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يحتج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد. أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري فى دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتاً فى دعوى الاستحقاق. وتبقى دعوى صحة التعاقد، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف فى الذى اشتراه نافياً لحسن النية. فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالِكاً لما يبيع، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف، فقد يكون هذا التصرف معيباً، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته".

الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة 33 من قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل".

(طعن رقم 213 لسنة 31 ق جلسة 1966/2/15)

2- "نصت المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تزول ولا تتغير لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير، مما مفاده أن الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه وتصرف البائع إلى شخص آخر سجل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل. وإذ جاء نص المادة التاسعة المشار إليه أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 المقابل له، خلا مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن الملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشتري الذى بادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله".

(طعن رقم 59 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/7)

3- "الملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه الملكية - تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشتري الذى بادر بالتسجيل التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن وذهب إلى بطلان عقد البيع آنف الذكر الصادر له وبطلان تسجيل صحيفة دعواه واجتزأ الحكم فى ذلك بالقول بأن هناك تواطؤاً

بين الطاعن والبائعين له ودون أن يشير الحكم فى تقديراته إلى أن العقد المذكور عقد صورى غير جدى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1783 لسنة 49 ق جلسة 1983/11/30)

246 - عدم نفاذ بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى ولو كان مسجلاً :

التسجيل لا يطهر العقد من العوار الذى يصيبه، ومن ثم فإن البيع المسجل الصادر من غير مالك لا يسرى فى حق المالك الحقيقى، وكفيه التمسك بعدم نفاذ هذا البيع فى حقه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقى يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من غيره لأنه يده تكون غير مستتدة إلى تصرف نافذ فى مواجهته، وأن يطلب الربع عن المدة التى وضع المشتري فيها يده على ملك غير البائع له. إذ كان ذلك، وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلباتهم على أساس أنه كان يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولاً دون أن يتصدى لبحث عناصر دعواهم وما إذا كانت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعه ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب".

(طعن رقم 98 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/24)

247 - عدم جواز الاستناد إلى عقد البدل غير المسجل فى تثبيت ملكية

القدر الوارد به :

إذا كان عقد البدل لم يسجل فإنه لا يجوز الاستناد إليه فى طلب تثبيت الملكية للقدر الوارد به والمتقايس عليه.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها الصادر بتاريخ 1969/12/25

في الطعن رقم 397 لسنة 35 ق والذي ذهبت فيه إلى أن:

"إذا كان عقد البذل لم يسجل فإنه لا يجوز الاستناد إليه في طلب تثبيت الملكية للقدر الوارد به والمتقايط عليه، والتحدى بالإقرار القضائي الصادر من ورثة أحد المتبادلين بأحقية الطاعنين للمساحة المتبادل عليها لا محل له، ذلك أن هذا الإقرار لا يصلح سنداً لطلب تثبيت الملكية إذ ليس من شأنه أن ينقلها للطاعنين وهو لا يعدو أن يكون مجرد تأييد لعقد البذل العرفي الصادر من مورث المقربين والذي لا يترتب عليه نقل ملكية القدر المتبادل عليه لعدم تسجيله، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الإقرار فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 397 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/25)

248 - المفاضلة بين المتصرف إليهم بعقود مسجلة:

إذا تعدد المتصرف إليهم، كأن يتلقى مشتريان المبيع من مالك واحد، وقاما المشتريان بتسجيل عقديهما، فإن المفاضلة بينهما تكون بأسبقيّة التسجيل. فمن سجل عقده أولاً هو الذي يفضل عن الآخر.

وواضح أن الأسبقية في التسجيل لا يعتد بها إلا إذا كان المتصرف واحداً، فإذا تلقى مشتريان المبيع من بائعين مختلفين مثلاً، تعين البحث عن المالك الحقيقي منهما، والحكم بالمبيع لمن تلقاه عنه ولو لم يكن قد سجل عقده⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "العبرة في المفاضلة بأسبقيّة التسجيل هي أن يكون المتصرف واحداً. فإذا كان الثابت في الأوراق أن المطعون عليه الأول اشترى قطعة الأرض محل النزاع بعقد غير مسجل عن شخص كان قد اشتراها بدوره من آخرين بعقد غير مسجل، ثم أقام المطعون عليه الأول الدعوى بصحة ونفاذ البيع الصادر له من بائعه وسجل صحيفتها دون أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر لبائعه من البائعين الأصليين، فلما تبين أن البائعين قد باعوا جزءاً من هذه الأرض، عدل طلباته بأن أضاف إليها طلب الحكم بصحة

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 254 - محمد علي عرفه ص 396 - المستشار محمود رضا الخضيرى دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع الطبعة الثانية 2003 ص 398.

ونفاذ عقد البيع الصادر لبائعه دون أن يسجل صحيفة التعديل، بينما سجل الطاعنان - المشتريان الآخران - عقد البيع الصادر لهما من البائعين الأصليين، ومن ثم فإنه لا يجوز تطبيق مبدأ الأسبقية في التسجيل بين صحيفة دعوى المطعون عليه الأول وعقد الطاعنين لاختلاف المتصرف في البيعين، وإنما تكون المفاضلة بين طلبات المطعون عليه الأول المعدلة التي طلب فيها الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر لبائعه، وبين عقد الطاعنين لاتحاد المتصرف في هذه الحالة وهما البائعان الأصليان، وإذ لم يسجل المطعون عليه الأول صحيفة التعديل في حين أن الطاعنين قد سجلا عقدهما فإنها يفضلان عليه".

(طعن رقم 571 لسنة 35 ق جلسة 1970/6/25)

2- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أساس المفاضلة بسبب أسبقية التسجيل هو ورود العقود المسجلة على عقار واحد وأن تكون صادرة من متصرف واحد، فإذا لم تكن صادرة من متصرف واحد، فإن أساس المفاضلة بينها إنما يتوقف على تحديد المالك الحقيقي من بين المتصرفين".

(طعن رقم 1068 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/7)

3- "المفاضلة بين عقدين صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكون إلا بين عقدين صحيحين وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى صورية عقد البيع المسجل سند الطاعن فإنه لا مجال للمفاضلة بين هذا العقد وعقد شراء المطعون ضدهما الأول والثاني".

(طعن رقم 365 لسنة 56 ق جلسة 1991/12/19)

4- "الأسبقية في التسجيل، إنما تكون العبرة فيه بتحديد المالك الحقيقي من بين البائعين المتعديدين للمبيع، إذ يصح العقد الصادر منه وتهدر باقي العقود لعدم نفاذها في حقه وحق المشتري منه، إذ أن التسجيل وحده لا يكفي لنقل الملكية، وإنما شرط ذلك أن يكون البائع مالكا للعين المبيعة ومن ثم يفضل المشتري من المالك على المشتري من غير مالك ولو كان الأول لاحقا في التسجيل أو لم يسجل عقده أصلا".

(طعن رقم 156 لسنة 63 ق جلسة 2000/4/20)

249- لا عبرة في المفاضلة بين عقدين بإثبات التاريخ؛

العبرة في المفاضلة بين عقدين مسجلين بالأسبقية في التسجيل، ولا عبرة في ذلك

بإثبات التاريخ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لا خطأ إذا اعتبر الحكم مناط الأفضلية بين عقدين واردين على عقار وصادرين من متصرف واحد هو أسبقية التسجيل دون ثبوت التاريخ، كما لا خطأ فى القول بأنه لا يكفى لاعتبار العقد مسجلاً تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به وفقاً للمواد 7، 10، 12 من القانون رقم 18 لسنة 1923 إذ فى هذه الحالة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى".

(طعن رقم 147 لسنة 18 ق جلسة 1950/4/27)

250- الأصل أنه لا عبرة فى المفاضلة بين المتصرف إليهم بعقود مسجلة

بالأسبقية فى تقديم طلب الشهر إلى مصلحة الشهر العقارى :

ذكرنا سلفاً أن الأفضلية بين المتصرف لهم من مالك واحد تكون على أساس الأسبقية فى شهر التصرف، ومن ثم لا عبرة بأسبقية تقديم طلب الشهر، فإذا كان المتصرف إليه الثانى هو الذى سجل عقده، فإنه يفضل ولو كان المتصرف إليه الأول قد تقدم بطلب الشهر قبل أن يتقدم هو بطلبه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير. وإذ جاء هذا النص - أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة 1923 المقابل له - خلوا مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو إجراء المفاضلة عند تزامم المشتريين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشتري الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أنه مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تتال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه

بمصلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة 33 من قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون لمن سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل".

(طعن رقم 213 لسنة 31 ق جلسة 1966/2/15)

2- "مفاد نص المادة التاسعة من القانون 114 لسنة 1946 إجراء المفاضلة عند تزامن المشتريين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر طالما أن التعاقد حصل مع مالك واحد حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله، ولا يغير من ذلك وجود أسبقية لآخر فى تقديم الطلب إلى جهة الشهر العقارى إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تتال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق، كما أنه لا يغير من هذا النظر عدم مراعاة الإجراءات والمواعيد المنصوص عليها بالمادتين 33، 34 من قانون تنظيم الشهر العقارى. ذلك أن ما انتظمته هذه النصوص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعدو أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد، فالخطاب بهذه النصوص موجه إلى المختصين بمأموريات الشهر العقارى، وإذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفتها فإن الأفضلية تكون لمن سبق فى تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق".

(طعن رقم 292 لسنة 34 ق جلسة 1968/11/19)

251- العبرة - استثناء - بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر إذا شهر

المحرران فى يوم واحد:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها بتاريخ 1966/3/1 فى الطعن رقم

347 لسنة 31 بقولها:

"إذ تقضى المواد 25، 28، 31 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت فى دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقارى حسب تواريخ وساعات تقديمها فإن فى ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق فى التسجيل يتعين حتما - إنما تما فى يوم واحد - بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر. وقد عنى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة نظرا لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر فى المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد، ذلك أن مؤدى نصوص المواد 9، 15، 17 من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت. وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله حتى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقا للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات أشهرت بعد هذا التاريخ".

المفاضلة بين المشتري من المورث وبين المشتري من الوارث:

252- (أ) فى ظل التقنين المدنى القديم:

رأينا أن الملكية فى ظل التقنين المدنى القديم كانت تنتقل بين المتعاقدين بمجرد العقد ولكنها لا تنتقل بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وترتب على ذلك أن ثار الخلاف عندما يشتري شخص عقارا دون أن يسجل عقده ثم يموت البائع له ويبيع وارثه العقار نفسه إلى مشتر ثان يسجل عقده.

فهل يفضل المشتري الأول أم المشتري الثانى ؟ ذهب رأى إلى أن الوارث يعتبر امتدادا لشخصية المورث فنكون بصدد بيعين صادرين من شخص واحد فتكون الأولوية للسابق فى التسجيل أى للمشتري من الوارث.

وذهب رأى ثان إلى أن الوارث شخص مختلف عن المورث لأن الشريعة الإسلامية لا تجعل الوارث امتدادا لشخصية المورث، وعلى هذا نكون بصدد عقدين صادرين من شخصين ويجب البحث عن اشتري من المالك لتفضيله.

ولما كانت الملكية تنتقل بين المتعاقدين بالعقد فقد انتقلت من المورث إلى من اشتري منه وعندما مات المورث لم يكن مالكا فلم تنتقل ملكية العقار إلى الوارث فكأن المشتري

من الوارث قد اشترى من غير مالك فيفضل عليه المشتري من المورث الذى اشترى من المالك.

وذهب رأى ثالث إلى أنه مع التسليم باختلاف شخصية الوارث عن شخصية المورث، إلا أن المشتري من الوارث هو الذى يفضل لأنه يعتبر غيرا فلا يحتج عليه بنقل الملكية الذى تم بين المورث والمشتري الأول وتعتبر الملكية بالنسبة إليه باقية للمورث فتنتقل إلى الوارث الذى باع له ولهذا فهو قد اشترى من مالك وسبق بالتسجيل فهو الذى يفضل⁽¹⁾.

والرأى الأول هو الذى كان متبعا فى محكمتى الاستئناف الأهلية والمختلطة فكان المشتري من الوارث هو الذى يفضل على المشتري من المورث إذا سبقه بالتسجيل⁽²⁾.

253- (ب) فى ظل قانون التسجيل رقم 18، 19 لسنة 1923 :

أزال قانون التسجيل الخلاف الذى ثار فى ظل التقنين المدنى القديم فقد جعل الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. ومن ثم فإن البيع الصادر من المورث لم ينقل الملكية للمورث فتظل الملكية للبائع وتؤول عند وفاته إلى الوارث فإذا باع الوارث فهو يبيع ما يملك فإذا سجل المشتري من الوارث فهو الذى يفضل ويعتبر المشتري من المورث مجرد دائن عادى حكمه حكم باقى دائنى المورث⁽³⁾.

وقد أخذت بهذا رأى محكمة النقض إذ قضت بأن :

1- "إن المعول عليه فى القضاء المصرى هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من حيث اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث. وعلى ذلك فلا يمكن تطبيق نظرية التفاضل بين البيع الذى يحصل من المورث والبيع الذى يحصل من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين".

(طعن رقم 12 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/3)

2- "البيع لا ينقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه ببقى العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته من بعده بالإرث، فإذا

(1) راجع فى عرض هذه الآراء منصور مصطفى منصور ص 126.

(2) أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 256- حكم محكمة الإسكندرية فى 1918/7/27، حكم

محكمة مصر فى 1906/2/20 المشار إليهما فى هامش رقم (1).

(1) منصور مصطفى منصور ص 127 - أنور سلطان ص 222.

هم باعوه وسجل المشتري منهم عقد شرائه انتقلت إليه ملكيته، لأنه يكون قد تلقاه من مالكين وسجل عقده وفقا للقانون. وبذا تكون له الأفضلية على المشتري من المورث الذى لم يسجل عقد شرائه".

(طعن رقم 176 لسنة 18 ق جلسة 1950/6/1)

أما بالنسبة لمركز المشتري من المورث فلا يجوز له الطعن فى البيع الصادر من الوارث إلا باعتبار أنه دائن عادى، وبحسب رأى الرأى الراجح فى ذلك الوقت أن الدائن العادى لا يجوز له الطعن فى تصرف الوارث إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، أما إذا كانت غير مستغرقة، أو قام الوارث أو المشتري منه بسداد الدين، فإن بيع الوارث يعتبر صحيحا ويحكم بالملكية للمشتري منه⁽¹⁾.

254- (ج) فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 :

الوضع فى انتقال الملكية فى ظل القانون كما كان فى ظل قانون التسجيل، فالملكية فى العقارات لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. غير أن المفاضلة بين البيع الصادر من المورث والبيع الصادر من الوارث يختلف عما كان عليه الحال فى ظل قانون التسجيل.

ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد وضع قواعد جديدة لحماية الدائنين العاديين للتركة فنص فى المادة 13 منه على أنه: "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة"، كما نص فى المادة 14 على أنه: "يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإسهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير".

وظاهر من هاتين المادتين أن المشرع رغبة منه فى التوفيق بين حقوق الدائنين

العاديين للتركة، وبين مصلحة الغير الذى يتعامل مع الوارث يفرق بين ثلاثة فروض:

الأول: إذا لم يتم الوارث بتسجيل حق الإرث فلا يجوز شهر أى تصرف يصدر منه، ومادامت التصرفات الصادرة منه لم تشهر فلن يحتج بها فى مواجهة دائن التركة (أى المشتري من المورث). هذا مع ملاحظة أن للدائن العادى وفقا للمادة 48 من هذا القانون أن يتولى هو شهر حق الإرث إذا قعد عنه الوارث حتى لا يظل معلقا إلى أجل غير مسمى.

الثانى: إذا قام الوارث بتسجيل حق الإرث، فيجوز لدائن التركة أى يجوز للمشتري من المورث أن يؤشر بعقده فى هامش هذا التسجيل، فإذا تصرف الوارث بعد ذلك فى العقار المبيع فلن يحتج بتصرفه فى مواجهة المشتري من المورث.

الثالث: إذا قام الوارث بتسجيل حق الإرث، وقبل أن يقوم المشتري من المورث بالتأشير بعقده على هامش هذا التسجيل تصرف الوارث فى العقار المبيع لشخص آخر فلا يحتج على المشتري من المورث بالبيع الصادر من الوارث إذا كان قد أشر بعقده قبل مضى سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث، أما إذا أشر بعقده بعد انقضاء هذه السنة نفذ فى مواجهته البيع الصادر من الوارث⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مؤدى نص المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وأن العقد الذى 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 فى ذات العقار فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد. وعلى ذلك فإن عقد البيع الصادر من كل من المورث والوارث يعتبر صحيحا إلا أنه غير ناقل للملكية ولا تكون الأفضلية إلا بعد التسجيل، ومع مراعاة أحكام شهر حق الإرث المنصوص عليها فى القانون رقم 114 لسنة 1946 سالف الذكر".

(طعن رقم 73 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/1)

2 - "مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر

(1) السنهاورى ص 483 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 343 وما بعدها.

العقارى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وأن العقد الذى 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 فى ذات العقار، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد".

(طعن رقم 850 لسنة 43 ق جلسة 1977/6/28)

3- "لئن كان الأصل فى المفاضلة بين التصرفات الصادرة عن عقار واحد بصدد نقل ملكيته أنها بالأسبقية فى الشهر عملا بالمادة التاسعة من القانون 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى، إلا أن المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث أورد المادتين 13، 14 من ذات القانون فمنع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حق الإرث ومنح التعامل مع المورث وسيلة يتقدم بها على التعامل مع الوارث فأعطى للأول فرصة التأشير بحقه فى هامش شهر حق الإرث خلال سنة من حصوله فتكون له الأفضلية ويحتج بحقه هذا على كل من سبقه بإشهار حق عيني عقارى تلقاه من الوارث، ومفاد هذا أن من يتلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث قبل انقضاء سنة على شهر حق الإرث إنما يتلقاه على مخاطره وعليه أن يتوقع تقدم التعامل مع المورث عليه، ولما كانت الغاية من قيام التعامل مع المورث بالتأشير بحقه فى هامش شهر حق الإرث هى إعلان تمسكه بحقه هذا وإعلام المتعاملين مع الوارث به خلال المهلة التى حددها المشرع، وكان للمشتري من المورث الحق فى أن يرفع دعوى صحة عقده وأن يسجل صحيفتها عملا بالمادتين 15، 17 من القانون المذكور، فإنه متى تم له هذا التسجيل قبل إشهار حق الإرث أصبح فى غنى عن معاودة التأشير مرة أخرى بذات حقه فى هامش حق الإرث الذى يتم شهره فيما بعد، لأن التسجيل إجراء شهر يحاج به الكافة ويتحقق به الغاية التى تغيهاها المشرع من التأشير الهامشى المشار إليه".

(طعن رقم 539 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/18)

4- "مفاد نص المادة 14 من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية

أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث وقوائم الجرد المتعلقة بها، ويحتج بالتأشير من تاريخ حصوله إلا إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير، فإذا باع المورث عقارا ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ثم باع الوارث العقار ذاته فإن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تلي شهر حق الإرث أو أشهر دينه خلال هذه المدة حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك".

(طعن رقم 728 لسنة 46 ق جلسة 1981/5/6)

255 - تسجيل العقود المتتالية:

كانت المادة 619 من التقنين المدني القديم تقضى بأنه في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها، ومن مقتضى هذا الحكم أن (أ) لو باع عقاره إلى (ب) الذي لم يسجل عقده، ثم باع (ب) هذا العقار إلى (ج) الذي سجل عقده، ثم بعد ذلك باع (أ) نفس العقار إلى (د) الذي سجل عقده، فإن (ج) يفضل على (د) لأنه سبقه في تسجيل عقده، بالرغم من أن سند البائع له وهو (ب) غير مسجل⁽¹⁾.

وقد كان هذا الحكم منتقدا لسببين:

الأول: أن (ب) لو لم يكن قد باع العقار إلى (ج) لوجب تفضيل (د) عليه لأن عقده غير مسجل على حين أن عقد (د) مسجل. فكيف يتصور بعد ذلك أن ينقل (ب) إلى (ج) حقا أقوى من حقه أو حقا لم يكن له.

الثاني: أن نظام الشهر نظام شخصي بمعنى أنه لا يعتد فيه بموقع الأعيان بل بأسماء أصحابها، ولهذا لم يكن في استطاعة (د) أن يعلم بالتسجيل الذي قام به (ج)، وإذا علمنا أن نظام الشهر شرع لحماية الغير حسن النية، ولا جدال في حسن نية (د)، لوجب توضيح (ج) لتقصيره، إذ كان في مكنته أن يسجل العقد الصادر من (أ) إلى (ب) ليعلم الغير بخروج العقار من ملك (أ) فيمتنعوا عن التعامل معه بشأنه⁽²⁾.

ولذلك فإن قانون التسجيل نص على إلغاء المادة 619، إعمالا للمبدأ الذي أتى

(1) نجيب الهلالي وحامد زكي ص 258 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 40 وما بعدها.

(2) أنور سلطان ص 225.

به والذي يقضى بأنه عند عدم التسجيل فإن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير. وهذا يقتضى أن من لم يسجل عقده لا يكتسب الملكية، فلا يستطيع أن ينقلها إلى الغير. وأصدر وزير الحقانية في 26 مايو سنة 1926 قراراً بوجوب عدم تسجيل العقود التي تقدم للشهر إلا بعد تسجيل العقود الأصلية التي تكون مؤرخة بعد أول يناير 1924.

وهذا الحكم الأخير هو الذي أيدته قانون تنظيم الشهر العقاري بنص صريح هو نص المادة 23 وهي تقضى بأنه: "لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا: (1) المحررات التي سبق شهرها".

ومعنى ذلك أنه في حالة توالى البيوع لعقار واحد لا يستطيع المشتري الثاني تسجيل عقده إلا إذا كان عقد المشتري الأول مسجلاً. إلا أنه ورد استثناء على حكم هذه المادة في المادة 55 التي تجرى على أن: "استثناء من حكم المادة 23 تقبل للشهر المحررات التي تم توثيقها أو التصديق على توقيعات المتعاقدين فيها أو التي صدرت في شأنها أحكام بصفة التعاقد أو التوقيع قبل العمل بأحكام هذا القانون وكانت تستند في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني لمحررات عرفية تحمل تاريخاً سابقاً على سنة 1924⁽¹⁾".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً عن أن سند البائع لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده".

(طعن رقم 317 لسنة 47 ق جلسة 1980/11/18)

(1) أنور سلطان ص 226 - عبد المنعم البدرأوى ص 344 وما بعدها.

256 - جواز الاحتجاج بورقة الضد غير المسجلة بين طرفيها :

لا يمنع وجود عقد بيع مسجل، من الاحتجاج بورقة الضد غير المسجلة بين طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان من الثابت أنها ليست فى حقيقتها تقاسما بل إقرارا بصورية عقد آخر. كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخا بل إقرارا بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ، كما أنها يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها".

(طعن رقم 205 لسنة 17 ق جلسة 1949/12/1)

257 - حجية الشهر :

ليس معنى أن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، أن للتسجيل قوة فى ذاته بحيث أنه ينقل الملكية أو ينشئ الحق العينى مجردا عن التصرف الذى يستند إليه انتقال الملكية أو إنشاء الحق العينى، فهو لا يصح عيوب التصرف الناقل، وليس من شأنه نقل الملكية أو إنشاء الحق إذا لم يكن المتصرف مالكا.

فالتسجيل يجب أن يستند إلى عقد صحيح وصادر من مالك.

فالتسجيل فى قانون الشهر العقارى مهمته شهر المحرر على علته، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل، فإن كان باطلا يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصح البطلان، فالملكية تنتقل بالعقد والتسجيل، وذلك عكس الحال فى قانون السجل العينى حيث يكون للتسجيل حجية مطلقة كما سنرى⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك، إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وقضى بإبطاله، أو كان صحيحا ثم فسخ، ففى هذه الأحوال يعتبر العقد كأن لم يكن، وبالتالي يعتبر الحق كأن لم

(1) السهنورى الجزء التاسع - المجلد الأول ص 503 وما بعدها - عبد المنعم البدروى ص 310

ينتقل بالرغم من التسجيل، وهذا مع مراعاة الحماية التي قررها القانون للغير حسن النية كما سنرى في موضعه⁽¹⁾.

وكذلك إذا ثبت أن العقد المسجل عقد صوري.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) "إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده، وإنما هي تنتقل بأمرين: أحدهما أصلي وأساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيهما تبعى ومكمل، وهو التسجيل. فإذا انعدم الأصل فلا يغنى عنه المكمل. وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يحميها التسجيل".

(ب) "إن القانون لا يمنع المشتري الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذى سجل، لأنه بوصف كونه دائئاً للبائع فى الالتزامات الشخصية المترتبة على عقد البيع، وأهمها الالتزام بنقل الملكية، يكون من حقه التمسك بتلك الصورية لإزالة العقبة القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده. فمن يرفع الدعوى بصحة العقد له أن يضمناها طلب بطلان العقد المسجل من قبل لمصلحة غيره لكى يخلص له طريق نقل الملكية بتسجيل الحكم الذى يصدر له بصحة التعاقد".

(طعن رقم 79 لسنة 12 ق جلسة 1943/6/3)

2- "العقد الصورى يعتبر غير موجود قانوناً ولو سجل. فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وإبطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى لاحقاً لتاريخ العقد المسجل".

(طعن رقم 38 لسنة 13 ق جلسة 1943/11/25)

3- "إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً".

(طعن رقم 440 لسنة 30 ق جلسة 1965/5/27)

4- "التسجيل طبقاً لأحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى هو نظام شخصى يجرى وفقاً للأسماء لا بحسب العقارات وليست له حجية كاملة فى ذاته ،

فهو لا يصح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب أصحاب الشأن أو من يقوم مقامهم على ضوء البيانات التي أوجبت المادة 22 من القانون اشتغال طلبات الشهر عليها ومنها البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضي تغييرا في دفاتره والبيانات المتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف واسم المالك أو صاحب الحق العيني وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني فيه، ورقم وتاريخ شهر عقد التمليك إن كان قد شغل والأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة، فإذا ما قامت مصلحة الشهر العقاري ببحث أصل الملكية أو الحق العيني في حدود هذه البيانات والأوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقق من صحتها إلى إجراء شهر المحرر فإنها تكون قد أدت واجبها طبقا للقانون ولو لم يترتب على هذا التسجيل انتقال الحق إلى طالب الشهر ليعب في سند ملكيته أو لكون المتصرف غير مالك للحق المتصرف فيه طالما أن الأوراق والمستندات المقدمة لا تنبئ عن العيب اللاحق بسند التمليك أو تشير إلى وقوع تصرف سابق على ذات الحق محل الشهر".

(طعن رقم 541 لسنة 35 ق جلسة 28/ 5/ 1970)

5- "لا يوجب القانون في دعوى الصورية - المرفوعة من المشتري الثانى ضد المشتري الأول وهو أحد ورثة البائع - اختصام أشخاص معينين، ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر فى الدعوى حجية عليهم دون أن يؤدى ذلك إلى بطلان الحكم، لما كان ذلك فإنه لا يقبل من الطاعن - المشتري الأول - التحدى بعدم اختصام ورثة البائع له".

(طعن رقم 161 لسنة 38 ق جلسة 26/ 6/ 1973)

6- "إن الغير بالمعنى الذى تقصده المادة 344 من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى فيجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع - كمشتري ثان - أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقد جديا - كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد على عقد جدى، فالمشتري بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بالصورية أيا كان الباعث عليها، وهذا المشتري يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر

من البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة 244 من القانون المدني أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات كافة".

(طعن رقم 489 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/29)

7- "العقد المسجل - ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان مشتر آخر من ذات الصفة - يفضل العقد الغير مسجل، إلا أن الصورية تختلف عن التواطؤ مدلولاً وحكماً، لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلاً فى نية المتعاقدين، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له، لما كان ذلك وكان ثبوت صورية عقد البيع صورية مطلقة - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - يرتب بطلانه، فلا تنتقل به ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن خلص إلى أن عقد البيع الصادر إلى الطاعنة - من زوجها بشأن الأرض موضوع الدعوى - صورى صورية مطلقة رتب على ذلك انعدام العقد المذكور على الرغم من تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه، وأيد حكم محكمة الدرجة الأولى الذى قضى بصحة ونفاذ عقد البيع الابتدائى الصادر إلى المطعون ضده الأول عن ذات الأرض المشار إليها، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد طبق القانون على وجهه الصحيح، ويكون النعى على غير أساس".

(طعن رقم 549 لسنة 52 ق جلسة 1985/11/28 - غير منشور)

8- "لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمشتري سواء سجل عقده أو لم يسجله أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر من البائع له صورية مطلقة، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من البائع له إلى مشتر آخر وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدنى، وبالتالي فإن البائع لا يمثل أياً من المشترين فى الدعوى التى يقيمها المشتري الآخر بصحة عقده، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على أن البائع لمورثته مشتري العقار كان يمثلها فى دعوى صحة التعاقد رقم... مدنى أسيوط واستئنافها والمرددة بين المطعون ضدهما الأول والثالث ورتب على ذلك أن هذا الحكم حجة عليها كما أقامه على ما استخلصه من تقرير الخبير فى الدعوى... فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وخالف الثابت بالأوراق".

(طعن رقم 346 لسنة 58 ق جلسة 1999/3/5 - غير منشور)

9- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائئاً للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد وإثبات بقاء ملكية العقار لمدينه البائع، فيحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة، وكان الحكم المطعون فيه قد تدخل المطعون ضدها الأولى خصماً فى الدعوى باعتبارها خلفاً عاماً لمورثها المشتري بالعقد المؤرخ 1977/7/15 المقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى المقامة من ذات البائعة للطاعن وأجاز لها إثبات صورية عقد الأخير صورية مطلقة وإذ أفلحت فى إثبات ذلك بما أتيح لها من وسائل الإثبات المقررة قانوناً فلا عليه إذ قضى برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده المؤرخ 1981/8/16 لبطلانه دون مفاضلة بينه وعقد المطعون ضدها الأولى سالف البيان لانتفاء شروط المفاضلة بينهما فيكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 1999 لسنة 55 ق جلسة 1991/6/5 - غير منشور)

10- "إذ كان القانون لا يمنح المشتري الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة ولو كان مسجلاً ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يتمكن من تسجيل عقده هو أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه بصفته دائئاً للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أياً كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده، وكان الحكم المطعون فيه قد امتنع عن تحقيق ما تمسك به الطاعنون من صورية عقد البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول من مورث باقى المطعون ضدهم عن ذات المساحة المباعة لهم من نفس البائع على أساس أن عقد المطعون ضده الأول المشار إليه قد انحسم النزاع بشأنه بعد حلفه اليمين الحاسمة التى ردها عليه البائع مورث باقى المطعون ضدهم بما لا يجوز معه للطاعنين العودة إلى مناقشة هذا العقد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بتعديه أثر هذه اليمين إلى غير من وجهها ومن وجهت إليه".

(طعن رقم 4104 لسنة 60 ق جلسة 1995/4/6)

11- "وحيث إن هذا النعى فى محله - ذلك أنه من المقرر- فى قضاء هذه

المحكمة - أن للمشتري ولو لم يكن عقده مسجلاً أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذى سجل عقده - صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ إنه بصفته دائناً للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له التمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة - وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدنى - أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير فى أحكام الصورية ولا يغير من ذلك أن يكون هذا العقد مسجلاً فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى جدياً كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى، كما إن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى انتهى إليها، إذ يعتبر هذا الإغفال قصوراً فى أسباب الحكم الواقعية يقتضى بطلانه. لما كان ذلك، وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك أمام درجتى التقاضى بصورية عقد البيع المسجل برقم 1986/2421 الجيزة الصادر للمطعون ضده الثانى من المطعون ضده الأول الذى سبق أن باع ذات شقة النزاع إلى الطاعن بالعقد الابتدائى المؤرخ 1979/8/27 صورية مطلقة وساق على دفاعه قرائن عدة فى صحيفة الاستئناف، وصمم على ذلك فى مذكرة دفاعه أمام محكمة الاستئناف، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع الجوهري ولم يعن ببحثه وتمحيصه وصولاً إلى وجه الحق فيه، مع أنه لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور فى التسبب والإخلال بحق الدفاع مما يوجب نقضه لهذا الوجه من سبب النعى دون حاجة إلى الرد على الوجه الآخر منه".

(طعن رقم 1891 لسنة 69 ق جلسة 2001/2/25)

12- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى انتهى إليها، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً فى أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه، مما مؤداه أنه إذا طرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنتظر فى أثره فى الدعوى، فإن كان منتجاً وجب عليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا رأته متسماً بالجدية مضت إلى فحصه لتقف على أثره فى قضائها فإن هى لم تفعل كان حكمها قاصراً. وأن التملك بوضع اليد المكسب للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه

المحكمة- واقعة مادية مستقلة متى توافرت شرائطها القانونية وأنها تكفى بذاتها فى هذا الشأن وليس ثمة ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين المراد تملكها بهذا الطريق إليه والأخذ به كقرينة على توافر نية التملك لديه، وأن المشتري يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر، وله وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات كافة ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقداً جدياً، كما أن التسجيل لا يكفى لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى. لما كان ذلك، وكان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بأنهم تملكوا الأرض محل النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية بعد شرائهم لها بعقدى بيع ابتدائيين مؤرخين 1971/8/25 صادرين من مورثة المطعون ضدهم - عدا الأخير - وبأن عقد البيع المسجل سند المطعون ضدهم سالفى الذكر الصادر لهم من نفس البائعة عقد صورى وطلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية وإثبات وضع يدهم بنية التملك منذ عام 1971، وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع إيراداً له ورداً عليه ولم يقسطه حقه ويفطن لدلالته مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 871 لسنة 72 ق جلسة 2004/5/11)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

1- "إن الحقوق تنشأ وتزول بالمحررات التى تتضمنها والتى تعتبر سند إنشائها أو زوالها وأن التسجيل أو القيد ليس من شأنه أن يخلع الصحة على عقود ولدت باطلة كما أن ليس فى شأن إغفاله أن يبطل عقودا ولدت صحيحة، وكذلك الحكم فى تجديد القيد إذ يأخذ حكم القيد إن تم فى الميعاد".

(طعن رقم 1042 لسنة 9 ق جلسة 1966/2/12)

2- "ومن حيث إن القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 ينص فى المادة (9) على أن "جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام

النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.....".

وتنص المادة (10) على أن "جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير...." وتنص المادة (15) على أنه: "يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ..." وتنص المادة (23) على أنه "لا تقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا: (1) المحررات التى سبق شهرها (2) المحررات التى تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون (3)..... (4).... وذلك كله بشرط عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المالك الحقيقى".

ومن حيث إن مؤدى هذه النصوص أن المشرع أوجب الشهر عن طريق التسجيل لجميع التصرفات التى يكون محلها إنشاء أو نقل أو تغيير أو انقضاء حق من الحقوق العينية الأصلية ورتب على عدم التسجيل أثراً هو بقاء الحق على حاله وكأنه لم يرد عليه أى تصرف فلا ينشأ الحق ولا ينتقل أو يتغير أو يزول سواء فى العلاقات بين ذوى الشأن أو بين الغير إذ لا يكون للتصرف من أثر فى هذه الحالة سوى ما يترتب من التزامات شخصية بين أطرافه، وقد حدد المشرع فى صدد إجراءات الشهر دور ذوى الشأن ودور مصلحة الشهر العقارى فحدد للمصلحة المحررات التى تختص بشهرها عن طريق التسجيل أو القيد والتأشير على الهامش، كما حدد المحررات التى تقبل فى إثبات أصل الملكية أو الحق المراد تسجيله أو قيده وخول - مصلحة الشهر العقارى - بالإضافة التى أوردها بالقانون رقم 25 لسنة 1976 على المادة 23 رفض المحررات المشهورة إذا تعارضت مع مستندات المالك الحقيقى.

وترتيباً على ما تقدم فإنه بمقتضى التعديل الذى أدخله المشرع على المادة (23) من القانون فإنه أصبح لمصلحة الشهر العقارى المفاضلة بين المحررات لإثبات أصل الملكية والتى تقبل فى هذه الإثبات - بشرط عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المالك

الحقيقي، وعلى ذلك فإنه يكون لمصلحة الشهر العقاري عدم الاعتراف بالمحرر المشهر مادام أنه ثبت لها أنه يتعارض مع مستندات المالك الحقيقي أو إذا كان المحرر المشهر ظاهر البطلان ومنعدهم لانعدام محل التصرف أو لوروده على عقار غير قابل للتعامل فيه كالأموال العامة، ذلك أن التسجيل باعتباره عملاً قانونياً لا تنتقل به ملكية إلا إذا كان ناشئاً عن عقد صحيح مستكمل لأركان انعقاده ومنها ركن المحل إذ يجب أن يرد العقد على محل له وجود وقابل للتعامل فيه، ولا يمكن أن يكون من شأن التسجيل باعتباره عملاً قانونياً أن يبعث تصرفاً ولد معدوماً أو يرتب أثراً قانونياً على مثل هذا التصرف. ولا وجه للقول بأن عدم اعتداد مصلحة الشهر العقاري بالمحرر المشهر سوف يؤدي إلى إهدار الثقة بها وبعدم حجيتها في حماية الملكية، لأن الاعتراف بالتصرفات الباطلة رغم عدم صدورهما من المالك الحقيقي هو أمر يهدر الغاية من نظام الشهر وهو حماية الملكية العقارية وحماية أصحاب الحقوق العينية من عصابات اغتصاب الأراضي التي قد يتاح لها عن طريق الغش والتواطؤ من شهر بعض المحررات الناقلة للملكية على غير سند من القانون".

(طعن رقم 681 لسنة 41 ق جلسة 2000/4/9 - دائرة منازعات الأفراد)

(الهيئات والتعويضات)

258 - إثبات صورية العقد الثاني الصادر للمتصرف إليه الذي سجل عقده :

رأينا في البند السالف أنه يجوز للمتصرف إليه بعقد غير مسجل إثبات صورية العقد المسجل الصادر لآخر، ليتمكن من إهدار هذا العقد ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثره على عقده، كما لو كان التصرف بيعاً. وقد استقر قضاء النقض على أن هذا المشتري يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الآخر، وله باعتباره خلفاً خاصاً أن يثبت صورية هذا العقد بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

1- "يعتبر المشتري في أحكام الصورية من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر، ومن ثم يكون له أن يثبت صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات، وهذه القاعدة قننتها المادة 244 من القانون المدني القائم حيث نصت على أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر

بهم".

(طعن رقم 6 لسنة 35 ق جلسة 1969/2/6)

2- "استخلاص الصورية من أدلتها مما تستقل به محكمة الموضوع، لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتضت بها وأن تقييم قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله".

(طعن رقم 1617 لسنة 50 ق جلسة 1984/12/19 - غير منشور)

3- "تقدير أدلة الصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى كما أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها من إطلاقاته مادام استخلاصه سائغا مما تحمله مدلول هذه الأقوال".

(طعن رقم 732 لسنة 55 ق جلسة 1985/12/17)

4 - "إنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر من ذات البائع صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود حتى يمكن بعد تسجيل عقده هو أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنقل إليه ملكية العين المبيعة، إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له من جهة القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية يكون له أن يتمسك بتلك الصورية وأيا كان الباعث عليها وذلك لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ومن الأوراق أن الطاعن طالب التدخل في دعوى المطعون ضدها الأولى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليها وقد قرر أنه اشترى نفس هذه المساحة المبيعة ومن ذات البائعة قد تمسك بصورية العقد محل هذه الدعوى صورية مطلقة وكانت الدعوى بصحة ونفاذ العقد تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه صوري صورية مطلقة إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه، كما وأن الحكم بالصحة والنفاذ - من ناحية أخرى- يتوقف على عدم سلامة هذا الدفاع، فإن الحكم إذا واجه دفاع الطاعن بصورية العقد المشار إليه محل التداعي بانتفاء مصلحته فيه لعدم انتقال ملكية المبيع إليه يكون فضلا عن خطئه في تطبيق

القانون مشوبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 738 لسنة 51 ق جلسة 1986/1/9 - غير منشور)

5- "من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أنه يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع التالى الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا، فالتسجيل ليس من شأنه أن يصحح عقدا باطلا ويجعل العقد الصورى جديا كما أنه لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى".

(طعن رقم 1810 لسنة 52 ق جلسة 1986/1/29 - غير منشور)

6- "مشتري العقار بعقد مسجل يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الغير بالنسبة للبيع الآخر الصادر من البائع عن ذات المبيع، وله باعتباره خلفا خاصا أن يتمسك بصورية العقد الآخر صورية مطلقة حتى ولو لم يتمسك بذلك البائع بعد القضاء برفض ادعائه بتزوير ذلك العقد، إذ ليس فى القانون ما يحول دون التمسك ببطلان التصرف أو صوريته بعد رفض الادعاء بتزوير المحرر المثبت به التصرف، لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر، إذ يقتصر الأمر فى الادعاء بالتزوير على إنكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه، ولا يفيد ثبوت إسناد التصرف إلى المتصرف بطريق اللزوم صحته وجديته".

(طعن رقم 1224 لسنة 55 ق جلسة 1986/2/19)

7- "إن عبء إثبات الصورية إنما يقع على كاهل من يدعيها وتقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه واجه دلائل الصورية التى استند إليها الطاعن وأورد بأسبابه ما يفندھا بتقريره أن علم طرفى عقد الصلح بالدعوى التى أقامها الطاعن بصحة ونفاذ عقد شرائه لا يعد دليلا على صورية هذا الصلح خاصة وأن المطعون ضده الأول هو الذى اشترى العقار فى بادئ الأمر وأقام دعواه بطلب صحة ونفاذ عقد شرائه قبل أن يشتري الطاعن كما أن لجوء المتصالحين إلى الطعن بالتزوير على عقد شراء هذا الطاعن ليس دليلا أو مجرد قرينة على صورية الصلح الذى انعقد بينهما، ثم أورد الحكم فى مقام التدليل على جدية الصلح ونفى الصورية عنه الظروف التى لا يستلزم البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول وما تلاه من نزاع ثار بينه وبين البائع المطعون ضده

السابع ظل معروضا على القضاء أمدا ليس بقصير إلى أن انتهى النزاع بالصلح المطعون عليه واستخلص الحكم من تلك الظروف التي سردها أن عقد البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول كان عقدا حقيقيا ووضع موضع التنفيذ بتسليم العقار إلى المشتري ولكن للخلاف الذي نشب بين المتعاقدين ووضع العقار تحت الحراسة القضائية كطلب البائع من المحكمة الابتدائية التي أصدرت حكما قضى برفض دعوى ذلك المشتري بصحة ونفاذ عقده ولما أقام استئنافا عن الحكم الابتدائي وأثناء نظر الاستئناف انعقد الصلح الذي حسم النزاع حسما نهائيا وبمقتضاه استوفى البائع المطعون ضده السابع ثمن العقار كاملا وأقر بصحة ونفاذ البيع وتعهّد برد العقار الموضوع تحت الحراسة إلى المطعون ضده الأول ونفذ تعهده فعلا بتسليمه إليه على يد محضر بتاريخ 1976/2/24، لما كان ذلك وكان هذا الذي أورده الحكم المطعون فيه كافيا في التدليل على عجز الطاعن في إثبات صورية عقد الصلح الذي استخلص حديثه استخلاصا سائغا من واقع الأوراق المطروحة على المحكمة، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من نعي في هذا الصدد ينحل إلى جدل في مسألة مردها تقدير محكمة الموضوع مما تتحسر عنه رقابة محكمة النقض".

(طعان رقما 956، 978 لسنة 51 ق جلسة 1988/1/7)

8- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير أدلة الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بصورية عقد البيع المؤرخ 1974/2/10 على ما أورده بأسبابه من أن "لو كان العقد المشار إليه صحيحا وصادرا في تاريخه السالف بيانه لما كان ثمة ما يدفع المستأنف الأول وكيل المستأنف ضده الأخير في بيع الأرض موضوع العقد بعقد الوكالة الموثق في 1975/2/4 برقم 331 ج توثيق جنوب القاهرة - وهو تاريخ لاحق للعقد المؤرخ 1974/2/10 - وما تقاعست المستأنفة الثانية عن رفع دعواها بصحة التعاقد حتى سنة 1978 فضلا عن عدم اطمئنان المحكمة إلى أقوال شاهدي الطاعنين. وكان هذا الذي خلص إليه الحكم سائغا وكافيا لحمل قضائه بصورية عقد البيع المؤرخ 1974/2/10 الصادر للطاعنة الثانية من الطاعن الأول فإن النعي عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الدليل لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 445 لسنة 56 ق جلسة 1991/11/28)

9- "... فإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن قد اعتصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع إلى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات، لما هو مقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن للمشتري ولو لم يكن عقده مسجلاً أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده، ويصبح له بهذه الصفة - وفقاً لصريح نص المادة 1/244 من القانون المدني - أن يثبت صورية العقد الذي أضرب به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتري من نفس البائع بما يتيح له بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب. ودون حاجة إلى بحث السبب الآخر من سببي الطعن".

(طعن رقم 4446 لسنة 65 ق جلسة 1996/5/16)

259- لا تأثير للدعوى البوليصة على العقد المسجل :

يستطيع المتصرف إليه بعقد غير مسجل كالمشتري بغير عقد مسجل الذي يتصرف البائع له في نفس العقار الذي سبق أن باعه أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته وذلك باستخدام الدعوى البوليصة التي أتاحت المادة 237 مدني لكل دائن استخدامهما. ويجرى نص هذه المادة على أن: "كل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إفسار المدين أو الزيادة في إفساره وذلك متى

توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية⁽¹⁾.

ذلك أن المشتري بعقد غير مسجل يعتبر دائنا عاديا للبائع، فإذا استحال عليه الحصول على التنفيذ العيني بعد أن سبقه غيره إلى تسجيل عقده، كان له الحق في استعمال هذه الدعوى إذا توافرت لديها شروطها وأهمها أن يكون التصرف المراد الطعن فيه تاليا لحق الدائن ومسببا لإعسار المدين (البائع) بحيث يصبح مجموع أموال المدين الباقية بعد هذا التصرف غير واف بجميع ديونه الحالية والآجلة.

وهذه الدعوى، هي دعوى شخصية تعتبر مقدمة للتنفيذ على أموال المدين بمقتضى حق الضمان العام، فلا يجوز أن يلجأ إليها المشتري بعقد غير مسجل لإبطال عقد المشتري الثاني المسجل حتى يتمكن هو بعد ذلك من تسجيل عقده والحصول على ملكية العقار المبيع إليه.

وكل ما يترتب على الحكم في الدعوى البوليصة بعدم نفاذ تصرف البائع في حق دائنيه هو إمكان هؤلاء الدائنين التنفيذ بحقوقهم على العقار موضوع التصرف الذي تقرر عدم نفاذه، فلا يجوز للمشتري الأول الذي لم يكن قد سجل عقده أن يبادر بعد الحكم المذكور إلى تسجيل عقده لنقل ملكية ذلك العقار إليه⁽²⁾.

(1) وتنص المادة التالية (م238 مدنى) على أنه:

"1- إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفى لاعتبار التصرف منظويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر. =

= 2- أما إذا كان التصرف تبرعا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا.

3- وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا".

(1) سليمان مرقس في عقد البيع ص 332 - وعكس ذلك السنهاورى ج4 ص 554 وما بعدها فيرى أنه يجب الأخذ هنا بتطبيق خاص للدعوى البوليصة عندما يذكر حق الدائن في عين مملوكة للمدين، فإن المدين يعتبر في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البوليصة مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التى يركز فيها حقه، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تقى بتعويض

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن الدعوى البوليصة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليست إلا وسيلة يتمكن بها الدائن من أن يقتضى دينه من ثمن العين المطلوب إبطال التصرف الحاصل من مدينه فيها فى مواجهة المتصرف له، وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه أقام الدعوى على الطاعن بطلب تثبيت ملكيته إلى عقار اشتراه بعقد مسجل ممن باع ذات العقار إلى الطاعن بعقد لم يسجل وكان دفاع الطاعن بصفة أصلية هو أن عقد المطعون عليه عقد ضرورى لا وجود له واحتياطيا على فرض جديته فقد أضر به ومن حقه إبطال هذا التصرف وفقا للمادة 143 من القانون المدنى (القديم) وكان الحكم قد أثبت - استنادا إلى أوراق الدعوى - أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بالدعوى البوليصة إلى إجراء مفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون عليه المسجل فيكون غير منتج فى التخلص من آثار عقد المطعون عليه المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصة حتى ولو كان هو بوصفه متصرفا له والمتصرف سئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة. ومن ثم يكون كل ما يعييه الطاعن على الحكم من إغفال التحدث عن الدعوى البوليصة لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى".

(طعن رقم 205 لسنة 20 ق جلسة 1952/12/11)

2- "أ) متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشتري الذى لم يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذى سجل عقده تأسيسا على المادة 143 من القانون المدنى القديم، فإن إضافته إلى ذلك طلبا آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب الأسمى فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى البوليصة وتكون المحكمة إذ اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لمجرد هذه الإضافة

الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصة فى تصرف المدين فى العين ومن حقه أن يطالب بدلا من التعويض بالتنفيذ العينية. فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العينية وهو تملك العقار. ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسرا حتى لو كانت عنده أموال كافية تقى بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه العقار.

ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البوليصة، فيجعله غير نافذ فى حقه، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده.

وأعملت حكمها على ما بين الطلبين من تفاوت في الأثر القانوني لكل منهما ودون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالا قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه".

(ب) - "متى تحققت الشرائط المقررة لبطلان التصرف تأسيسا على المادة 143 من القانون المدني القديم فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بعث عقده الابتدائي ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده محملة بحق المشتري الذى يسجل بوصفه دائنا للبائع وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ".

(طعن رقم 231 لسنة 21 ق جلسة 1955/6/2)⁽¹⁾

3- "لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الثانى إلى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فإن ذلك الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا له والمتصرف سئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة. ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم إغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى".

(طعن رقم 332 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/26)

(1) ويعلق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم (ص 333 وما بعدها) قائلا: "ويلاحظ أن المبدأ الذى قرره هذا الحكم فى ظل نصوص التقنين المدني القديم التى كانت تعتبر أن الدائن رافع الدعوى البوليصية هو وحده الذى يستفيد من الحكم الذى يصدر فيها يكون أولى بالاتباع فى ظل التقنين المدني الحالى حيث تنص المادة 240 منه على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم. ومقتضى ذلك أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء الدائنين - لمجرد أن حقه الشخصى ثابت فى محرر صالح للشهر - أن يستأثر بثمره الدعوى البوليصية عن طريق المبادرة إلى تسجيل عقده وكسب ملكية العقار المبيع لأنه ليس له على هذا العقار أى حق أكثر من سائر الدائنين الذين تم التصرف المطعون فيه إضرارا بهم".

4- (أ) - "الدعوى البوليصة ليست فى حقيقتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين، بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقيه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما".

(ب) - "ليس من شأن الدعوى البوليصة المفاضلة بين العقود، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى، ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلى مدينه، بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين، وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين".

(طعن رقم 392 لسنة 37 ق جلسة 1972/6/13)

5- (أ) - "الدعوى البوليصة ليست دعوى بطلان بل هى فى حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضراراً بدائنه، وهى بذلك تتضمن إقراراً بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحاً قائماً بين عاقيه منتجاً كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين وإنما ترجع فقط إلى الضمان العام للدائنين، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصولاً إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين".

(ب) - "للمشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد وإثبات بقاء ملكية العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنقل إليه ملكية العين المبيعة، وهذا أمر لا يتحقق له عن طريق الدعوى البوليصة التى يقتصر الحكم فيها على عدم نفاذ تصرف المدين المعسر إضراراً بحقوق دائنيه ولا يترتب على هذا الحكم أن تعود ملكية العين إلى البائع المدين بعد خروجها بالعقد المسجل بل ترجع إلى الضمان العام للدائن وطالما كانت الملكية لا ترتد إلى ملك المدين البائع فلن يتسنى له تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري منه بعقد لم يسجل".

(طعن رقم 728 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/20)

6- "الدعوى البوليصة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست في حقيقتها إلا دعوى لعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقيه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما، وليس من شأن الدعوى البوليصة المفاضلة بين العقود بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو إلى مدينه بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين".

(طعن رقم 61 لسنة 49 ق جلسة 1982/5/13)

260- للمتصرف إليه بعقد لم يسجل التمسك لصالح المتصرف بعدم صحة التسجيلات الموقعة على العين؛

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في قضاء حديث لها ذهبت فيه إلى أن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشتري الذي لم يسجل عقده بوصفه متلقيا الحق عن البائع ودائنا له في الالتزامات الشخصية المترتبة على عقد البيع وأهمها الالتزام بنقل ملكية المبيع يكون من حقه أن يتمسك قبل الغير لصالح البائع المالك بعدم صحة التسجيلات الموقعة على العين المباعة إليه ويهدف إلى إزالة العقبة القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده بنقل ملكية العين إليه خالصة مما يشوبها".

(طعن رقم 1676 لسنة 59 ق جلسة 1993/10/28)

261- للغير حسن النية التمسك بحجية العقد المسجل حتى لو كان سوريا؛

للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر المسجل الصوري متى كان ذلك في مصلحته.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن؛

"جرى قضاء محكمة النقض على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا في مصلحته ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشرا بمضمونها على هامش

تسجيل العقد الظاهر المسجل لأن ذلك التأشير لا يؤدي إلا إلى إثبات تاريخها وإثبات التاريخ ليس فيه إشهار للورقة حتى يعترض به على الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية في طي الكتمان والخفاء. وإذن فمتى كانت الطاعنة قد باعت الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون عليها الأولى بمقتضى عقد بيع مسجل وكان المطعون عليه الثانى قد اشترى تلك الأطيان منها بعد أن اطمأن إلى ملكيتها لها فإنه يعتبر في حكم الغير بالنسبة لصورية عقد البيع. والحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن المطعون عليها الأولى قد عجزت عن إثبات علم المشتري بورقة الضد التي لم تسجل قبل صدور البيع إليه بحيث لا تسرى عليه ولا يكون لها ثمة تأثير على حقوقه المستمدة من العقد الظاهر المسجل، لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور".

(طعن رقم 152 لسنة 26 ق جلسة 1961/4/20)

262- لا مسؤولية على مصلحة الشهر العقارى إن شاب سند المالك عيب أو وقع التصرف من غير مالك : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التسجيل طبقاً لأحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى هو نظام شخصى يجرى وفقاً للأسماء لا بحسب العقارات وليست له حجية كاملة فى ذاته، فهو لا يصح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب أصحاب الشأن أو من يقوم مقامهم على ضوء البيانات التى أوجبت المادة 22 من القانون اشتغال طلبات الشهر عليها ومنها البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييراً فى دفاتره والبيانات المتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف واسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني فيه، ورقم وتاريخ شهر عقد التمليك إن كان قد شمر والأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة، فإذا ما قامت مصلحة الشهر العقارى ببحث أصل الملكية أو الحق العيني فى حدود هذه البيانات والأوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقيق من صحتها إلى إجراء شهر المحرر فإنها تكون قد أدت واجبها طبقاً للقانون، ولو لم يترتب على هذا التسجيل انتقال الحق إلى طالب الشهر ليعيب فى سند ملكيته أو لكون المتصرف غير مالك للحق المتصرف فيه طالما أن الأوراق والمستندات المقدمة لا تنبئ عن العيب اللاحق بسند التمليك أو تشير إلى وقوع تصرف سابق على ذات الحق محل الشهر".

(طعن رقم 541 لسنة 35 ق جلسة 1970/5/28)

263 - مصلحة الشهر العقارى ليست سلطة عليا فى مناقشة صحة

المستندات التى تقدم إليها

مصلحة الشهر العقارى ليست سلطة عليا فى مناقشة صحة المستندات التى تقدم إليها عند بحث الملكية وليس لها أن تهدر هذه المستندات مادامت قد حازت حجية قاطعة بما ورد فيها⁽¹⁾.

فلئن كان لمصلحة الشهر العقارى حق مناقشة مستندات الملكية التى تقدم لها بصدد شهر المحررات الواجبة الشهر، وتقصى مدى صحتها ومطابقتها للواقع استنادا إلى أن دور المصلحة فى هذا الشأن ليس دورا سلبيا يقف عند مجرد الرجوع إلى تلك المستندات - إلا أن دورها ليس كذلك دورا إيجابيا بحيث يجعل منها سلطة عليا تتناقص صحة المستندات التى تقدم إليها فى هذا الصدد، حتى ولو كانت تعتبر قانونا حجة قاطعة بما ورد فيها، مثال ذلك الأحكام النهائية المنشئة أو المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية- ومنها الأحكام الصادرة فى دعاوى الاستحقاق ودعاوى القسمة العقارية - والتى يطلب شهرها تطبيقا للمادتين 9، 10 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى - هذه الأحكام النهائية الحائزة لقوة الشئ المقضى فيه تعتبر حجة قاطعة بما ورد فيها بحيث لا يجوز إهدارها إلا بحكم آخر صادر من جهة مختصة ومن ثم فلا يجوز لمصلحة الشهر العقارى أن تنصب نفسها رقبيا على صحة ما ورد فى هذه الأحكام باعتبارها سنداً مثبتاً لأصل الحق العينى المطلوب شهره فتناقش مدى صحتها ومطابقتها للواقع⁽²⁾.

264 - عدم ترتيب البطلان على مخالفة مأمورية الشهر العقارى قواعد بحث

الطلبات المتعارضة المنصوص عليها بالمادة 33 من قانون تنظيم الشهر العقارى؛

تنص المادة 33 من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه: "إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها فى

(1) الأستاذ مجدى ندا الفتاوى والأحكام فى الشهر العقارى والتوثيق والرسوم طبعة 1991 ص120.

(2) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 564 فى

1960/7/6 منشورة بمؤلف الأستاذ مجدى ندا سالف الذكر ص 12 وما بعدها.

الدفتـر المعد لذلك وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشرا عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما، وعلى ألا تجاوز هذه الفترة سبعة أيام. وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن عقار واحد وجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشرا عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما، على ألا تجاوز هذه الفترة خمسة أيام. وتحتسب الفترات المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشرا عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال".

وقد ذهبت محكمة النقض أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبيانا للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد. وأن المشرع لم يرتب بطلان الشهر على مخالفته.

وليس للمضـرور إلا أن يطالب موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه على ذلك بالتعويض، إذا كانت المخالفة نتيجة غش أو تواطؤ.

إذ قضت محكمة النقض بجلـسة 15/2/1966 فى الطعن رقم 213 لسنة 31

ق بـأن :

"نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 على وجوب شهر جميع التصرفات المنشأة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير. وإذ جاء هذا النص أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة 1923 المقابل له - خلوا مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو إجراء المفاضلة عند تراحم المشتريين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشتري الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تتال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولا يغير من هذا النظر القول بأن

التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذي أجراه بمصلحة الشهر العقاري بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التي تقضى بها المادة 33 من قانون الشهر العقاري ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقاري اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقاري ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل⁽¹⁾.

(1) ويرى الأستاذ مجدى ندا (ص14 وما بعدها) أن محكمة النقض قد جانبت الصواب فيما انتهت إليه فى قضائها لأسباب عدة هى:

"أولاً: أن الأساس الذى بنت عليه المحكمة حكمها من حيث اعتبارها أن النصوص الواردة فى القانون والمنظمة لقواعد بحث الطلبات والمشروعات المتعارضة لا تعدو أن تكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على المأموريات اتباعها - هو قول لا دليل عليه، بل إن نصوص القانون تؤدى إلى عكس هذا المفهوم تماماً.

فمن ناحية: أن القواعد الإدارية المحضة لا ترد فى صلب القانون وإنما ترد فى المنشورات الإدارية المنظمة لقواعد العمل الإدارى بمصلحة الشهر العقاري.. وورودها فى صلب القانون على نحو ما وردت به، يكشف بجلاء عن قصد الشارع فى أنه أراد حماية مصالح صاحب الطلب الأسبق إن كان جادا فى طلبه أو مشروعه وفى نفس الوقت عدم جعل هذا الطلب أو المشروع الأسبق عقبة لا فكاك منها أمام صاحب الطلب أو المشروع اللاحق إن استبان عدم جدية صاحب الطلب أو المشروع الأسبق فى إتمام إجراءاته. لذا تدخل المشروع لإعمال الحماية الواجبة لحقوق الأطراف بأن وضع فى صلب القانون مجموعة القواعد التى تكفل احترام أسبقية صاحب الطلب أو المشروع الأسبق إن توافرت لديه الجدية، بأن يعطيه الحق فى إتمام إجراءات طلبه أو مشروعه أولاً قبل صاحب الطلب اللاحق بما يكفل له - من بعد - إتمام تسجيله أولاً فيحسم بذلك الصراع بينه وبين اللاحق له فى اتخاذ الإجراء.. وفى نفس الوقت يكفل لصاحب الطلب اللاحق - بذات هذه القواعد - تخطى الطلب السابق باعتباره عقبة تحول بين صاحب الطلب أو المشروع اللاحق فى إنجاز تسجيل عقده. ومتى كان ذلك فإن إدراج هذه القواعد فى هذين النصين على هذا النحو ليس من شأنه أن ينظم "إجراءات" فحسب بل إن من شأنه أن يرتب لأصحاب الشأن "حقوقاً" يسهر القانون على حمايتها.

ومن ناحية ثانية: أن ألفاظ النص وعباراته تكشف عن انصراف نية الشارع إلى ترتيب البطلان جزاء مخالفة ما ورد به من قواعد. وذلك مستفاد من لفظ "الوجوب" الذي استعمله المشرع في المادة 33 ق 1946/114 حيث جرى نص المادة المذكورة على أنه:

"إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها في دفتر المعد لذلك وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشراً بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام، وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر في شأن عقار واحد وجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشراً عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة.... الخ".

ومن ناحية ثالثة: أن المذكرة الإيضاحية للقانون 1946/114 تقصص عن نية المشرع في ترتيب البطلان جزاء مخالفة هذه القواعد حيث نجدها تتحدث عن أن المقصود بهذين النصين هو حماية حقوق صاحب الطلب الأسبق. حيث جاء بالمذكرة الإيضاحية ما يلي:

بيد أن إجراءات الشهر قد تتعقد في مرحلتها فقد يتزاحم طالبو الشهر وبيتغى كل منهم أن يتقدم على الآخرين وقد تقتضى المأمورية من الطالب استيفاء بيان لا يرى وجهاً له (وقد يرفض مكتب الشهر إجراء التأشير الهامشي وقد يتعدد طالبو التأشير الهامشي ويتزاحمون على الأسبقية) ولذلك أفرد المشروع لهذه الاحتمالات نصوص المواد من 33 إلى 36، فواجه في المادة (33) حالة تعدد طلبات الشهر أو تعدد مشروعات المحررات التي تقدم للمأمورية في شأن عقار واحد واحتكم في هذه الحالة إلى نظام الأسبقية المقرر في المادتين 25، 28 فأوجب أن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول والطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام، وأوجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشراً عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما على ألا تتجاوز هذه الفترة خمسة أيام، وقضى باحتساب الفترات المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال. ولا يلحق هذا الحكم ضرراً بمصلحة من يرسل إليه الطلب أو مشروع المحرر بالبريد لأن الإرسال يفترض انقضاء ثلاثة أيام دون أن يتقدم صاحب الشأن لتسلم هذا المشروع أو ذلك الطلب (المادة 26، 28)، وقد استرشد المشروع في هذه القواعد بنظام اتبعته مصلحة المساحة لحماية الموظفين من ضغط أصحاب الشأن عند التزامهم ولتحقيق العدل بين المتزاحمين وفقاً لأسبقيتهم دون نظر إلى أي اعتبار آخر. وسيكون من أثر مراعاة الأسبقية حث الأفراد على المبادرة إلى تقديم الطلبات أو مشروعات المحررات وقطع السبيل على كل محاولة ترمى إلى استغلال

الظروف والمصادفات.

=

= وتعالج المادة (34) حالة تعثر الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق المؤيدة فتلتزم المأمورية بتكليف صاحب الشأن بتلافى هذا النقص أو العيب بكتاب موصى عليه في خلال أجل لا يجاوز خمسة عشر يوماً. فإذا لم يفعل رفع الأمر إلى أمين مكتب الشهر ولأمين أن يصدر قراراً مسبباً بسقوط أسبقية هذا الطلب أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية تبعاً لما يتبين من ظروف الطالب.

وإذا كانت العدالة تقتضى ضمان تقدم صاحب الطلب الأسبق فهي تأبى دون شك تحميل أصحاب الطلبات اللاحقة تبعه تقصير من تقدمهم ولذلك كان تقرير سقوط الأسبقية جزءاً عادلاً في أحوال التقصير على أن المشروع حرص على إحاطة صاحب الطلب الأسبق الذى يصدر قراراً بسقوط أسبقيته بجميع الضمانات الممكنة فأتاح له التظلم من قرار الأمين في الحدود المقررة في المادة 34 وكفل له في هذه الحالة الانتفاع من أسبقيته فنص في الفقرة الأخيرة من المادة 34 على وجوب التقيد بالقواعد المتعلقة بمراعاة المواعيد في إبلاغ القرار الصادر بسقوط الأسبقية وفي إعادة الطلبات اللاحقة.

ومن ناحية رابعة: أن القول بعدم ترتيب البطالان جزءاً مخالفة القواعد المنصوص عليها بالمادتين 33، 34 ق 1946/114 يتعارض ويتناقض مع ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من أن الأحكام الواردة في القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى متعلقة بالنظام العام ولذلك تكون القواعد التى قررتها أمرة وواجبة التطبيق حتماً ومن ثم لاتسوغ مخالفتها.

وما دامت محكمة النقض قد استقر قضاؤها على هذا - وهو ما يتفق مع الصحيح في القانون - فإنه لا يكون هناك من مبرر لاستثناء حكم المادتين 33، 34 من القانون. والقول بغير ذلك يحمل عنا في تفسير النصوص ولا حاجة بنا إلى الخروج عن ألفاظ النص وعباراته.

ومن ناحية خامسة: أن المشرع - وحرصاً منه على إعمال مبدأ الأسبقية في التسجيل - قد قسم إجراءات الشهر إلى مراحل ثلاث:

مرحلة الطلبات، وهى التى تبدأ بتقديم الطلب إلى المأمورية المختصة وتنتهى بتسليم صاحب الشأن كشف التحديد المساحى بعد المراجعة مقبولاً للشهر. ومرحلة مشروعات، وهى التى تبدأ بتقديم مشروع المحرر النهائى إلى ذات المأمورية وتنتهى بإعادته إلى صاحب الشأن مؤشراً عليه بالصلاحيية للشهر. ومرحلة الشهر النهائى، وهى التى تبدأ بتقدير الرسوم وسدادها والتصديق على التوقيعات ثم تقديم المحرر إلى المكتب المختص وتنتهى بإعطاء المحرر رقم الشهر النهائى.

وهذه المراحل الثلاث قد حرص المشرع على وضع الضوابط التى تحكمها حماية للمتعاملين،

265- أحكام قانون تنظيم الشهر العقاري تتعلق بالنظام العام :

أحكام قانون تنظيم الشهر العقاري تتعلق بالنظام العام. ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأحكام الواردة في القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري متعلقة بالنظام العام ولذلك تكون القواعد التي قررتها قواعد أمرة وواجبة التطبيق حتماً ومن ثم لا تسوغ مخالفتها فيما يتعلق بانتقال الملكية بمقولة إن لجنة التقدير قد قدرت أصول المنشأة - المدمجة - وخصومها باعتبار أنها مملوكة للمشتري دون البائع بالمخالفة لتلك الأحكام".

(طعن رقم 182 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/26)

266 - حكم قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 :

تنص المادة 26 من القانون على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السجل العيني. ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".

وهذه المادة تطابق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري.

فالملكية لا تنتقل في التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك في الأحكام النهائية المثبتة لذلك، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا بالقيد في السجل العيني. أما إذا لم تقيد في

وحفاظا لحقوق أصحاب الأسبقيات في إطار كل مرحلة على حده.. وليس من =

= المتصور إزاء هذا السياق من الشكليات أن تكون كل هذه القواعد مجرد "قواعد إدارية" خاصة بالمأموريات لتعلق كل ذلك "بحقوق الغير" كما سبق أو أوضحنا".

السجل العينى فإنها لا تنقل الملكية وإنما ترتب فى ذمة الطرفين التزامات شخصية، فإذا كان التصرف بيعا، ظل البائع مالكا ولكنه يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى المشتري، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية.

ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع. وذلك كله بالتفصيل الذى ذكرناه بصدد قانون تنظيم الشهر العقارى.

غير أنه هناك فارقا بين قانون تنظيم الشهر العقارى وقانون السجل العينى فيما يتعلق بسبب نقل الملكية.

ففى قانون تنظيم الشهر العقارى تنتقل الملكية بالعقد والتسجيل معا. وبهذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1943/6/3 فى الطعن رقم 79 لسنة 12 ق⁽¹⁾. أما الملكية فى قانون السجل العينى فتنتقل بالقيد فقط.

ويترتب على ذلك نتائج هامة:

فالتسجيل فى الشهر العقارى لا يظهر العقد من عيوبه، فإذا كان البيع باطلا أو صوريا فلا تنتقل ملكية المبيع بالتسجيل. فالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى مهمته شهر المحرر على علاقته.

أما القيد فى السجل العينى فله حجية مطلقة باستثناء اكتساب الملكية بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل كما سنرى فى البند التالى.

267 - حجية القيد فى السجل العينى:

تنص المادة 37 من قانون السجل العينى على أن: "يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل". وتنص المادة (38) على أنه: "استثناء من أحكام المادة السابقة يقيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار.

(1) وقد جاء به: "إن الملكية لا تنقل بالتسجيل وحده، وإنما تنتقل بأمرين: أحدهما أصلى وأساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيهما تبعى ومكمل وهو التسجيل. فإذا انعدم الأصل فلا يغنى عنه المكمل. وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصحها التسجيل".

ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقا عينيا من المالك المقيد فى السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه فى المادة 32 من القانون".
ومفاد المادة (37) أن بيانات السجل العينية فى شأن الملكية لها قوة تؤكد صحتها، ولا يجوز تغييرها إذا كان التقادم سببا للملكية، ولا يجوز الطعن فى هذه البيانات بالتزوير وهو ما يعبر عنه بالقوة أو الحجية المطلقة لبيانات السجل. وأجازت المادة (38) استثناء من المادة المذكورة قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية، إلا أنها قيدت مجال أعمال هذا الاستثناء بالدعاوى التى ترفع أو التى يصدر حكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ضمن المزايا التى يحققها قانون السجل العينية: "1- تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل. إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى المشروع أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون، ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينية، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينية هو الحقيقة بالنسبة للغير، وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل.... إلخ".
ويفسر ذلك أن القانون قد كفل الإجراءات اللازمة لتحرى الدقة فى البيانات التى تثبت بالسجلات، كما أتاح الاعتراض لنوى الشأن أمام لجنة قضائية.

فقد نظمت المواد (10-20) إجراءات دقيقة لقيد البيانات فى السجل حتى يطابق الواقع بقدر الإمكان. ونظمت المواد (21-52) إجراءات الاعتراض على ما أثبت من بيانات أمام لجنة قضائية، بقصد التثبت من صحته ما أثبت بالسجلات من بيانات.
غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة 6/6/1998 فى القضية رقم 42 لسنة 17 قضائية "دستورية" بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العينية الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينية من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، وبسقوط نص المادة 38 من هذا القانون⁽¹⁾.

(1) الجريدة الرسمية العدد (25) بتاريخ 18/6/1998 ونشر الحكم فيما يلى: =

= بعد الاطلاع علي الأوراق ، والمداولة.

حيث إن الوقائع - علي ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعين قد أقاموا الدعوى رقم 381 لسنة 1993 مدني كلي الفيوم ضد السيد/ عبد المجيد سعيد عبد الله وأحمد حسن عبد الجواد والسيدة/ عليه عبد التواب قطب طالين الحكم بتثبيت ملكيتهم لسبع وعشرين فدانا كائنة بناحية جبله مركز سنورس والمبين حدودها ومعالمها في صحيفة تلك الدعوى، علي سند من أنهم حازوها بنية التملك - ومورثهم من قبلهم - مما يكسبهم ملكيتها. وبلجنة 24 يناير سنة 1995 قضت محكمة الفيوم الابتدائية بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني بالنسبة إلى 19س 13ط 14ف من أطيان التداعي والمقيدة بالسجل العيني في ملكية المدعى عليه الأول في تلك الدعوى، وبتثبيت ملكية المدعين لمساحة قدرها 19س 13ط 14ف من أطيان التداعي والمقيدة بالسجل العيني باسم مورثهم ، وأقامت قضاها في ذلك علي ما تنص عليه المادة 37 من قانون السجل العيني الصادر بالقرار بقانون رقم 142 لسنة 1964 من أن للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم علي خلاف ما هو ثابت بالسجل. فضلا عن أن المادة 38 من ذات القانون استلزمت لقيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان قانون السجل العيني علي القسم المساحي الذي تقع فيه الأرض المطلوب الحكم بثبوت ملكيتها لوأضع اليد عليها ، وقد نص قرار وزير العدل على تطبيق نظام السجل العيني علي القسم المساحي الكائنة به أرض التداعي وذلك اعتبارا من 18 / 11 / 1978.

وإذ لم يرتض المدعون الحكم الابتدائي أنف البيان ، فقد طعنوا عليه بالاستئناف رقم 269 لسنة 31 قضائية أمام محكمة استئناف بنى سويف (مأمورية استئناف الفيوم)، وأثناء نظره دفعوا بعدم دستورية ما تنص عليه المادة 37 من قانون السجل العيني من عدم جواز التمسك بالتقادم المكسب للملكية على خلاف ما هو ثابت بالسجل العيني. وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعهم هذا، وصرحت لهم برفع الدعوى الدستورية، فقد أقاموا دعواهم الماثلة وضمنوا صحيفتها طلبهم الحكم بعدم دستورية هذا الحظر وكذلك المادة 38 من قانون السجل العيني.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ارتباطها عقلا بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى، وذلك بأن يكون الفصل فى المسائل الدستورية، لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، وكان المدعون يقولون بأنهم تملكوا عقار النزاع بالتقادم المكسب للملكية، فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة=

= تتوافر بإبطال المادة 37 من قانون السجل العيني التى لا تجيز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل.

وحيث إن المادة 38 من قانون هذا السجل، وإن أجازت استثناء من المادة السابقة عليها قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إلا أنها تقيد مجال عمل هذا الاستثناء بالدعاوى التى ترفع أو التى يصدر حكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار. ومن ثم يعتبر نص المادة 38 من قانون السجل العينى ساقطا إذا ما قضى بعدم دستورية قاعدة الحظر التى قررتها الفقرة الثانية من المادة 37 من هذا القانون، تقديرا بأن الاستثناء من قاعدة يفترض بقاءها فإذا أبطلتها المحكمة لمخالفتها للدستور، سقط الاستثناء معها.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون السجل العينى الصادر بالقرار بقانون رقم 142 لسنة 1964 تنص على أن يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة به، وتقضى فقرتها الثانية بأنه لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، بما مؤداه أن بيانات السجل العينى فى شأن الملكية، لها قوة تؤكد صحتها، ولا يجوز تغييرها إذا كان التقادم سببا لكسبها.

وحيث إن المدعين ينعون على النص المطعون فيه، مخالفته أحكام المواد 8 و 40 و 34 و 68 من الدستور، وذلك من الأوجه الآتى بيانها:

أولها: أن من حاز أراض فى مناطق لم يشملها السجل العينى، يملكها بالتقادم. فإذا امتد إليها تطبيق هذا القانون، صار تملكها به مستحila، وفى ذلك إهدار لتكافؤ الفرص. فضلا عن أن النص المطعون فيه يخل باستقرار أوضاع كثير من المزارعين الذين تملكوا أراضيهم بمقتضى عقود عرفية عزفوا عن تسجيلها، ولا تزال أيديهم متصلة بها من خلال حياتها. غير أنهم فوجئوا بأن اللجان القائمة على تطبيق قانون السجل العينى لا تعير آذانها لحقوقهم، وأنها تقيد أراضيهم هذه بأسماء ملاكها القدامى أو ورثتهم بزعم أن التقادم لا يجوز أن يناهض بيانا مثبتا بالسجل العينى.

ثانيا: أن الذين يدعون الملكية بناء على أحد أسباب كسبها غير التقادم، يستطيعون تثبيتها من خلال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى ثم قيدها فى السجل العينى، فإذا كان التقادم سبب كسبها، حيل بينهم وبين إثباتها. وفى ذلك تمييز دون مسوغ بين من يملكون، وتأييد للنزاع حول الملكية.

ثالثا: أن القيد الأول بالسجل العينى يستند إلى أعمال وقرارات إدارية. وحرمان من تملك بالتقادم من تسجيل ملكيته على سند من مخالفتها للثابت بالسجل، مؤداه أن تظل هذه الأعمال والقرارات بعيدة عن الرقابة القضائية.

وحيث إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط تحد من إطلاقها، وتقيم لها تخومها التى لا يجوز اقتحامها. وكلما كان هذا

التنظيم منتهيا إلى إهدار الحقوق التي تناولها، أو مؤديا إلى إرهاب محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها، وبما ينال من مجالاتها الحيوية التي لا تقوم إلا بها، كان مخالفا للدستور. وحيث إن الدستور يكفل للحقوق التي نص عليها، الحماية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، وكان الأصل في النصوص القانونية هو ارتباطها عقلا بأهدافها باعتبارها وسائل صاغها المشرع لتحقيقها، وكان من المقرر أن الحقوق جميعها لا تنشأ ولا تنتقل إلا من خلال أسبابها التي حددها القانون، فقد صار متعيّناً أن نستظهر ما إذا كان قانون السجل العيني ملتزماً إطاراً منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كافلاً من خلالها تحقيق الأغراض التي رصد عليها، أم كان بالنصوص التي تضمنها مجاوزاً لها.

وحيث إن الشهر - وكلما كان شخصياً - لا يحيط بكل صور التعامل التي يكون العقار محلها، وإنما تسجل الحقوق المشهورة، وفقاً لأسماء أصحابها التي قد تختلط فيما بينها بالنظر إلى تشابهها. وكثيراً ما يكون العقار الواحد محلاً لأكثر من علاقة قانونية لا يتحد أطرافها، فلا ترصد في صحيفة واحدة تجمعها، وإنما تتفرق مواضعها في السجل، فلا تسهل معرفتها. كذلك فإن تسجيل الأعمال القانونية التي يكون من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، لا يظهر من عيوبها كلما كان الشهر شخصياً، ولا يحول دون الطعن عليها والنزاع في شأن صحتها، بما يخل بالحماية الواجبة لكل ذي شأن فيها.

ولا كذلك أن يكون السجل عينياً، متطلباً قيد الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقار الواحد، وكذلك ما اتصل بهذا العقار من الحقوق العينية التبعية، فضلاً عن التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية، في صحيفة واحدة تجمعها، تتضمن وصفا للعقار من حيث أبعاده وحدوده وطبيعته، وما تعلق به من صور التعامل على اختلافها، وما نشأ أو ارتبط بها من الحقوق العينية وأصحابها، فلا يكون قيد هذه الحقوق في السجل إلا لإثباتها بصورة مطلقة، ضماناً لاستقرار أوضاعها، وبما يطهرها من عيوبها أياً كان نوعها أو مداها.

وحيث إن القوة المطلقة للقيود التي يثبتها السجل العيني في صحائفه وفقاً لأحكامه، وإن كانت جوهر نظامه، ولا يتصور أن يوجد هذا السجل بدونها، ولو كان هذا القيد قد تم خلافاً للحقيقة، إلا أن شرط إجراء القيد - وعلى ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون السجل العيني - هو أن تكون الحقوق العينية التي يثبتها القيد في صحائفه، قد أنشأتها أو قررتها أسباب كسبها، تقديراً بأن أسبابها هذه، تمثل روافدها التي لا يتصور أن يتجاهلها هذا السجل، شأنها في ذلك شأن مصادر الحقوق الشخصية.

ولا يجوز بالتالي أن ينفصل قيد الحقوق العينية الأصلية عن أسبابها التي رتبها القانون المدني، وحصرها.

بل إن أسبابها هذه، هي التي يكون الاستيثاق من صحتها سابقا على قيد الحقوق التي أنشأتها أو نقلتها، فلا يكون من شأن السجل العيني تحويل بنيانها ضمانا لتقيده بالأغراض التي رصد عليها، ولأن القيد في هذا السجل لا يعتبر ركنا شكليا لا تكتمل بغيره عناصر وجود الحقوق المراد إثباتها فيه، بل تظل لهذه الحقوق - حتى وإن لم تقيد - مقوماتها باعتبار أنها ترد مباشرة إلى أسبابها التي أنتجتها، وهو ما تؤكد الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 26 من قانون السجل العيني بما قررته من أن الأعمال القانونية التي لا تقيد، لا تزول بكامل آثارها، وإن امتنع الاحتجاج بالحقوق العينية الأصلية التي أنشأتها أو نقلتها أو غيرها أو أزلتها، سواء في العلاقة بين أطرافها أو على صعيد الأغيار عنها.

وحيث إن الحياة هي السيطرة المادية على الحق أو الشيء محل الحق من خلال أعمال مادية يأتيها الحائز ابتداء أو انتقالا من الغير، ويستتقيها - ولو كان مغتصبا للحق موضوعها - مع اقترانها بقصد استعمال هذا الحق محددًا على ضوء محتواه. ولا تعتبر الحياة باجتماع عنصرها هذين، وبالنظر إلى طبيعتها - حقا عينيا أو شخصيا، ولا هي بحق أصلا، ولكنها تنقل الحقوق موضوعها - وعند توافر شرائطها - إلى من يكسبونها بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ بدئها. ولا تعتبر الحياة بالتالي مجرد قرينة لا يجوز دحضها على أن الحائز صار مالكا للشيء محلها بعد أن حازه المدة التي عينها المشرع، ولكنها تتمحض سببا مباشرا لنقل ملكية الحق موضوعها. والحياة بذلك تحيل الأوضاع الفعلية التي استقر أمرها بعد أن امتد زمنها من خلال التقادم، إلى حقائق قانونية لا تتزعزع بها الملكية بعد اكتمال الحق فيها، وإنما تخلص لحائز اتصل بها، وظهر عليها أمدا، مباشرا سلطاتها دون اعتراض من مالكيها.

وكان منطقيا أن يقدم المشرع على مصلحته التي أهمل الدفاع عنها ورد من يناهضونها على أعقابهم، مصلحة حائز اطمأن الناس إلى الأوضاع الظاهرة التي بسطها، والتي يقدرعون معها أن امتداد زمنها، يقلبها إلى ملكية كاملة، ولو كان مغتصبا للحق فيها.

وحيث إن الحماية التي أطل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تقتصر على الصور التي تظهر الملكية فيها بوصفها الأصل الذي تنفرع عنه الحقوق العينية الأصلية جميعها، وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها دون تمييز بينها، باعتبار أن المال حق ذو قيمة مالية، سواء كان هذا الحق شخصا أو عينيا أو كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية، ذلك أن الحقوق العينية التي يكون العقار محلها، تعتبر مالا عقاريا. أما ما يقع منها على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية - أي كان محلها - فإنها تعد مالا منقولا، وإلى هذه الأموال كلها، تنبسط الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية، فلا تخلص لغير أصحابها.

=

وحيث إن نظم الشهر على اختلافها - ما كان منها شخصا أو عينيا - تفترض اشتقاق الحقوق التي تسجلها أو تقيدها في صحائفها، من أسبابها التي حددها المشرع حصرا. تقديرا

=

بأن أسبابها هذه هي التي تقيمها وفقا للقانون، حتى ولو كان السجل عينيا، وكان ما يقيد في هذا السجل، إما أن يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا، وكان كلاهما مصدرا للحقوق العينية يكسبها وفقا للشروط التي نص عليها القانون، فإن استكمالها لشروطها هذه، يظل مناط صحتها.

وما تنص عليه المادة 13 من قانون السجل العيني - والتي يتعلق حكمها بالقيد الأول - من أن الحقوق التي يطلب أصحابها قيدا في السجل استنادا إلى وضع اليد لا يجوز إثباتها إذا كان في المحررات المشهورة ما يناقضها. يعتبر انفلاتا عن كل منطق.

ذلك أن التقادم، طويلا كان أم قصيرا - وعلى ما تقضى به المادتان 968 و 969 من القانون المدني على التوالي - يعتبر سببا ناقلا للملكية من أصحابها. فإذا كان طويلا تمحض حيازة استئطال زمنها مع اقترانها بقصد استعمال الحق موضوعها. فإن كان قصيرا، فإن واقعة الحيازة يظل لها دورها، وإنما ينبغي أن يدعمها حسن نية الحائز، واقتران يده على الشيء محلها بما يكون سببا صحيحا وفقا للقانون. ويعتبر كذلك كل سند يصدر عن شخص ليس مالكا للشيء. والحيازة بالتالي تناقض بالضرورة حقوق ملكية قائمة مشهر سندها.

وحيث إن القول بأن قانون السجل العيني، يعتبر - بالنصوص التي تضمنها - ملغيا أحكام القانون المدني في شأن الحيازة المكسبة للملكية، مردود أولا: بأن الأصل في النصوص القانونية، هو أن تتحدد مضامينها على ضوء موضوعها، وبمراعاة مقاصدها، وبما لا يخرج عبارة تضمنها النص عن سياقها.

ولا شأن لقانون السجل العيني بمصادر الحقوق العينية الأصلية في غير مجال إثباتها، ومن ثم يبقيا، محصا على ضوئها طبيعة الحقوق التي يراد إثباتها في السجل ونطاقها، متوخيا من رصدتها وتحقيق مشروعيتها، أن يحل تدريجيا محل نظام يكون الشهر فيه شخصا، وليس للتسجيل بمقتضاه، ما للقيد في السجل العيني من أثر.

ومردود ثانيا: بأن تعلق قيد الحقوق العينية في السجل العيني بمجال إثباتها، هو ما تنص عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون هذا السجل، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 37 من هذا القانون اللتان تصرحان بأن شهر المحررات مرتبط بإثباتها في السجل وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها في القانون، وأن مؤدى إثباتها فيه، إسباغ قوة مطلقة على بياناتها، فلا ترزعه صحتها.

ومردود ثالثا: بأن إلغاء النصوص القانونية - وعلى ما تقضى به المادة الثانية من القانون المدني - إما أن يكون صريحا أو ضمنيا. وهو لا يكون ضمنيا إلا إذا أعاد المشرع تنظيم موضوعها بما يناقض النصوص التي كان قد قررها في شأن هذا الموضوع.

ويفترض ذلك أن يكون التنظيمان القديم والجديد، دائرين حول المسائل عينها، وأنهما تعامدا بالتالي على محل واحد. ولا كذلك القانون المدني وقانون السجل العيني، ذلك أن أولهما لا

يتناول الحقوق العينية إلا على صعيد أسبابها التى تنشئها أو تنقلها، بعد استكمالها لعناصرها، ولا يتصور أن يكون قانون السجل العيني - وباعتباره لاحقا للقانون المدنى - معدلا من روافد حقوق لايعنى بغير إثباتها.

وحيث إن ما تنص عليه المادة 38 من قانون السجل العيني - واستثناء من حكم المادة السابقة عليها - من جواز قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار، مؤداه أن الحيابة فى ذاتها، لا تتناقض بالضرورة طبيعة السجل العيني، ولا تحول - بخصائصها ولا بآثارها - دون قيد الحقوق الناشئة عنها، وكان القيد وإن تناول أصلا الحقوق التى يكون سندها تصرفا قانونيا، إلا أن النصوص التى تضمنها قانون السجل العيني، لا تحول دون قيد الحقوق التى تكون الوفاة - وهى واقعة مادية - مصدرا لها.

وحيث إن مؤدى نص المادة 37 - المطعون فيه - حظر تملك الحقوق العينية الأصلية من خلال قيدها بالسجل العيني إذا كان التقادم سبب كسبها، وكانت دستورية النصوص القانونية تقتضى ارتباطها عقلا بأهدافها بما يقيم علاقة منطقية بين الوسائل وغاياتها، وكانت المذكرة الإيضاحية لهذا النص، تراه دارئا لخطرین: أولهما ألا يفاجأ من يملكون الحقوق العينية الأصلية المقيدة فى السجل، بآخرین ينازعونهم فيها من خلال اغتصابها عن طريق الحيابة ثانيهما أن من يطلبون حقوقا عينية أصلية يدعون تملكها بالحيابة، يطرحون موقفا يناهض القوة المطلقة التى أثبتتها السجل، فلا يجوز قيدها، وكان هذان الخطران متوهمين ذلك أن الحيابة لا تتمحض غصبا فى كل صورها وأحوالها، وحتى وإن كانت كذلك، فإن الأوضاع العملية التى تستمد منها، هى التى قلبها المشرع إلى حقائق قانونية يتم التعامل على أساسها، فلا تكون أوضاعها الظاهرة إلا قرین مشروعيتها. كذلك فإن التأشير الهامشى، يرد عن الحيابة المخاطر التى يدعى اتصالها بها، وبمقتضاه لا تقيد الحقوق العينية الأصلية التى تنقلها الحيابة فى السجل العيني، إلا بعد التأشير بدعواها على هامش صحيفة السجل للوحدة العقارية المتعلقة بها، وصدر حكم نهائى بصحتها يرتد أثره إلى تاريخ هذا التأشير. فلا يكون التغيير فى السجل بناء على التملك بالتقادم، إلا فى الحدود التى يقوم فيها الدليل عليه نقيا كاملا.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النص المطعون فيه قد أدخل بالحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية، ويقيم فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزا من جهة أسبابها لا يستند إلى أسس موضوعية تقتضيها طبيعة القيد فى السجل العيني، وكانت تنمى الدخل القومى وفقا = لنص المادة 23 من الدستور، لا يكفلها من أهمل أعيانا يملكها، أو تركها مواتا متخليا عنها وإنما يربعاها من اتصل بهذه الأعيان، وبسط يده عليها لإحيائها واستثمارها، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفا أحكام المواد 23، 32، 34، 40 من الدستور.

وقد جاء بأسباب حكمها :

"وحيث إن القوة المطلقة للقيود التى يثبتها السجل العينى فى صحائفه وفقا لأحكامه، وإن كانت جوهر نظامه، ولا يتصور أن يوجد هذا السجل بدونها، ولو كان هذا القيد قد تم خلافا للحقيقة، إلا أن شرط إجراء القيد - وعلى ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون السجل العينى - هو أن تكون الحقوق العينية التى يثبتها القيد فى صحائفه، قد أنشأتها أو قررتها أسباب كسبها، تقدير بأن أسبابها هذه، تمثل روافدها التى لايتصور أن يتجاهلها هذا السجل، شأنها فى ذلك شأن مصادر الحقوق الشخصية. ولا يجوز بالتالى أن ينفصل قيد الحقوق العينية عن أسبابها التى رتبها القانون المدنى، وحصرها.

بل إن أسبابها هذه، هى التى يكون الاستيثاق من صحتها سابقا على قيد الحقوق التى أنشأتها أو نقلتها، فلا يكون من شأن السجل العينى تحوير بنيانها ضمانا لنقيده بالأغراض التى رصد عليها، ولأن القيد فى هذا السجل لا يعتبر ركنا شكليا لا تكتمل بغيره عناصر وجود الحقوق المراد إثباتها فيه، بل تظل لهذه الحقوق - حتى وإن لم تقيد - مقوماتها باعتبار أنها ترتد مباشرة إلى أسبابها التى أنتجتها، وهو ما تؤكد الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 26 من قانون السجل العينى بما قررتاه من أن الأعمال القانونية التى لا تقيد، لا تزول بكامل آثارها، وإن امتنع الاحتجاج بالحقوق العينية الأصلية التى أنشأتها أو نقلتها أو غيرتها أو أزلتها، سواء فى العلاقة بين أطرافها أو على صعيد الأغيار عنها".

ومفاد قضاء المحكمة الدستورية العليا أن القوة أو الحجية المطلقة لبيانات الملكية بالسجل العينى قد أنقصها ما ورد عليها من استثناء هو جواز تملك العقارات بالتقادم على خلاف البيانات الثابتة بالسجل.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العينى الصادر بالقانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، ويسقط نص المادة 38 من هذا القانون، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أنعاب المحاماة.

(الطائفة الثانية)

تسجيل جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية

268 - النص القانوني :

المادة 10 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري :

"جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير".

269 - المقصود بالتصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية :

المقصود بالتصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، التصرفات التي تستند إلى حقوق سبق أن نشأت وجاءت التصرفات المقررة مؤيدة أو مظهرة لها. فإذا أوصى شخص لآخر بعقار وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ثم جاء الوارث للموصى وحرر عقدا للموصى له يقر له فيه بملكيته للعقار كان هذا العقد الأخير عقدا مقررًا للملكية لأن ملكية العقارات قد انتقلت فعلا بمقتضى الوصية التي قبلها الموصى له بعد وفاة الموصى⁽¹⁾.

ولا يندرج ضمن هذه التصرفات العقود الكاشفة فحسب، بل أيضا التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد.

ولا يمنع من وجوب تسجيل التصرف المقرر أن يكون التصرف الأصلي مسجلا، لأن النص لم يفرق بين الحالتين، وبالتالي يجب تسجيل العقود في الحالتين⁽²⁾.

(1) الأستاذ محمد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقاري من الناحيتين القانونية والعملية الطبعة الأولى 1947 ص 75.

(2) محمد كامل مرسى ص 165 - وعكس ذلك عبد السلام ذهني في الأموال 1926 ص 909 - ومحمد خلف ص 75 وما بعدها ويستثنى من ذلك عقد أو حكم القسمة إذ يقول: "ومن رأى أنه فيما عدا حكم القسمة لا ضرورة لتسجيل التصرف أو الحكم المقرر مادام التصرف =

والتصرفات المقررة التى يجب شهرها هى :

1 - عقد القسمة :

ذكرنا عند تناول القسمة، أن القسمة كاشفة أو مقررة للحق، وليست ناقلة له. ومع ذلك خصتها المادة العاشرة بالذكر بقولها: "ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كانت محلها أموالاً موروثة.

ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوخ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة. وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك"⁽¹⁾.

ومفاد ذلك أنه إذا آل إلى الورثة تركة ضمنها أموالاً عقارية شائعة، وأجرى الورثة قسمة هذه الأموال قسمة رضائية، فإنه يجب تسجيلها طبقاً لحكم المادة العاشرة. وكانت المادة الثانية من قانونى التسجيل رقمى 18، 19 لسنة 1923 تنص على ذلك أيضاً.

ويعزى ذلك إلى أن القسمة العقارية تعتبر مقررة للحق فى القانون المدنى الأهلى بناء على نص المادة 457 التى تجرى على أن: "وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب الشركاء تعتبر كأنها كانت دائماً ملكاً له قبل القسمة، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال".

أما القانون المدنى المختلط فقد نص فى المادة 555 على أن: "قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل مالك لحصته الشائعة لمن وقعت فى نصيبه ويترتب عليها ما

= أو الحكم بإيدان حقاً نشأ بمحرر مسجل ولم يأتيا بجديد وذلك للسبب الذى ذكره الأستاذ ذهنى بك ولأن المادة العاشرة رتبّت على عدم تسجيل التصرف أو الحكم المقرر لحق من الحقوق العينية العقارية أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير، وهذا الجزاء لا يمكن أن يقع فى حالة ما إذا كان المحرر الأصلى مسجلاً لأن الحجية ضد الغير قد قامت بهذا التسجيل من قبل فلا خوف من عدم تسجيل التصرف أو الحكم المقرر مرة أخرى، نعم أن القانون يوجب تسجيل هذه التصرفات ولكن هذا التسجيل هو لمصلحة الحق ومادام صاحب الحق لا يستفيد من هذا التسجيل والجزاء الذى رتبّه القانون لا يؤثر على حقه فليس هناك ضرورة لإجراء هذا التسجيل".

(1) أضيفت هذه الفقرة بالقانون رقم 25 لسنة 1976.

يترتب على البيع". فالقانون المختلط اعتبر القسمة عقدا منشئا لا مقررًا، والقانون الفرنسى يتفق مع القانون المدنى الأهلى، لهذا جنحت المحاكم المختلطة - بعد تردد - عن النص الصريح للمادة المذكورة، واعتبرت القسمة مقررة أسوة بالقانون الأهلى والفرنسى. ولذا رأى المشرع - منعا للبس - أن ينص صراحة على القسمة العقارية فى المادة الثانية من قانون التسجيل، وفى المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى، بل نص فى القانون الجديد على سريان حكم التصرفات والأحكام المقررة على القسمة العقارية "ولو كان محلها أموالا موروثة"، فأضيفت عبارة "أموالا موروثة"، حسما لخلاف ثار بالنسبة لقسمة العقارات الموروثة.

وسبب هذا الخلاف هو أن المادة 610/736 قديم تنص على أن ملكية العقار والحقوق المنقولة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت فى حق كل إنسان بثبوت الوارثة". وهذه المادة لم يلغها قانونا التسجيل رقما 18، 19 لسنة 1923 فرأى البعض أن القسمة العقارية إذا كان منشؤها الميراث تعتبر حقا متفرعا عنه، وعلى ذلك فهى تثبت فى حق كل إنسان، ولا تخضع لنص المادة الثانية من قانونى التسجيل إليهما⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1935/5/30 فى الطعن رقم 5 لسنة 5 ق بوجوب تسجيل القسمة العقارية مطلقا حتى تكون حجة على الغير إذ جرى قضاؤها على أن:

"... على أنه لا يصح الأخذ بها إلا فيما كان من عقود قسمة التركات صادرا قبل سنة 1924، أما الصادر منها بعد السنة المذكورة فتسرى عليه أحكام قانون التسجيل الجديد المفيدة إيجاب تسجيل عقود القسمة العقارية مطلقا حتى تكون حجة على الغير". وغنى عن القول أن خفاء القسمة التى تكون محلها أموالا موروثة يعد نقضا بينا فى نظام الشهر لأن من يتعامل مع وارث لا يكفيه أن يتأكد من صفته هذه، بل يهيمه أيضا أن يقف على حقيقة مركزه من التركة. ولا سبيل إلى ذلك إلا بشهر عقد القسمة، وإلا سهلنا للورثة السبيل إلى خداع الغير وغشهم. فقد يقبل شخص على شراء حصة شائعة أو رهنها من وارث يدعى عدم حصول القسمة بعد. فإذا هم هذا الشخص بالاستفادة من عقده، فما يسر أن يفاجأ بعقد قسمة خفى قد يكون من شأنه تجريد هذا الوارث من نصيبه فى عقارات التركة كلها بإعطائه معدلا للقسمة، أو جانبها من منقولات التركة. فإذا قلنا

(1) محمد خلف ص 74، ص 78 وما بعدها - عمر أبو شادى شهر الحقوق العقارية ص 3.

بعدم خضوع القسمة للتسجيل لراح مثل هذا الشخص ضحية حسن نيته، إذ لا يمكن نسبة الإهمال إليه وقد خفيت القسمة عليه، وأنكر الوارث وجودها، ولم يكن له سبيل إلى العلم بها. فتقاديا لمثل هذا الوضع الشاذ حرص المشرع على ألا يترك فى هذا السياق سبيلا إلى الخلاف بأن صرح بوجوب تسجيل القسمة العقارية مطلقا، حتى يكون فى وسع الغير أن يحتج بعدم التسجيل توطئة لإجراء قسمة جديدة يكفل له اشتراكه فيها رعاية مصالحه وصيانة حقوقه⁽¹⁾.

2- الصلح:

الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (مادة 549 مدنى). والصلح عقد كاشف للملكية لا منشأ لها.

فإذا كان موضوع الصلح يتضمن حقا عينيا عقاريا فإنه يخضع للشهر بطريق التسجيل فإذا فرضنا أن شخصين تنازعا على ملكية عقار ثم قررا إنهاء النزاع بينهما صلحا، فإن هذا الصلح يخضع للشهر طبقا للمادة العاشرة⁽²⁾.

فإذا كان النزاع على دار وأرض وتصلح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر، وجب تسجيل عقد الصلح فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الدار، وكذلك فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الأرض.

على أنه يحدث أحيانا أن يتضمن الصلح تصرفا إنشائيا فيخضع حينئذ لحكم المادة التاسعة التى تجعل من الشهر شرطا أساسيا لنشوء الحق حتى فيما بين المتعاقدين. فإذا ترك شخص ادعاء الاستحقاق فى تركة فى مقابل أن يقدم له الوارث الذى يستفيد من ذلك عقارا مملوكا له، فإننا نصبح بالنسبة لهذا العقار بصدد تصرف ناقل للملك يخضع فى تسجيله لأحكام المادة التاسعة لا العاشرة.

ولاشك أن للغير مصلحة جدية فى العلم بالصلح، وليس له إلى ذلك من سبيل إلا بالتسجيل. فإذا فرضنا أن (أ، ب) يتنازعان على ملكية عقار وكان (أ) هو حائز هذا العقار الظاهر عليه بمظهر المالك وقت نشوب النزاع. فإن من شأن هذا المظهر أن

(1) محمد على عرفه ص 333 .

(2) الدكتور محمود شوقي الشهر العقارى علما وعملا - إعداد فتحى جابر العقيلى 1990 ص26 - الأستاذ عمر أبو شادى شهر الحقوق العقارية طبعة 1947 ص23.

يخدع الغير ويغريهم بالتعامل معه. فإذا تصالحا على أن يتخلى (أ) عن الملكية فى مقابل مبلغ من المال، فمن شأن هذا الصلح أن تزول عنه الملكية بأثر رجعى، ويزول معها حقه فى التصرف فى هذا العقار. فإذا لم يكن مثل هذا العقد واجب التسجيل، لمهدنا له بذلك سبيل التغرير بالغير استنادا إلى مظهره السابق. فيجب إذن إعلام الكافة بزوال ملكية هذا المالك الظاهر ليتحرزوا من التعامل معه، ولا سبيل إلى ذلك إلا باشتراط تسجيل الصلح⁽¹⁾.

3- الإقرار للغير بملكية عقار:

الإقرار للغير بملكية عقار يكون تارة تصرفا كاشفا، إذا كان إخبارا بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها فيخضع تسجيله لحكم المادة العاشرة. وتارة يكون الإقرار تصرفا منشئا، فإذا أقر المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمانها مدفوع من ماله الخاص فإن هذا الإقرار يكون ليس إلا تصرفا كاشفا للملكية لا منشئا لها.

وإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع، وأراد المشتري أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا، فطولب بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار، جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشتري عقد البيع الصادر من هذا الأخير مقربين بملكية المشتري للعقار. ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو ورثته للمشتري، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة التاسعة⁽²⁾.

والإجازة إذا كانت تنصب على ذات الحق موضوع العقد، كإجازة الموكل لتصرف عقده الوكيل خارجا عن حدود وكالته، أو إجازة رب العمل لتصرف الفضولى. فالأصل أن مثل هذه التصرفات لا تسرى فى حق الأصيل ما لم يجزها، فإذا أجازها انصرفت إليه آثارها من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة. وعلى هذا النحو تكون الإجازة فى هذين الفرضين مقررة للحقوق الثابتة بالعقود التى أجازتها، فيجب إذن تسجيل ما به تكون الإجازة من المحررات وفقا لحكم المادة العاشرة. والإجازة التى تحقق عفو المجيز عما يعيب به العقد فهى تلحق العقود الباطلة بطلانا نسبيا لتطهرها من البطلان. وذلك

(1) محمد على عرفه ص 334.

(2) السنهاورى ج 9 ص 514.

كإجازة القاصر بعد بلوغ سن الرشد وإجازة من له حق الطعن بالغلط والغش والإكراه. فهي تصرف من جانب واحد، وهو في حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه في إبطال العقد، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة. ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة⁽¹⁾.

وترك الحق في التقادم تصرف صادر من جانب واحد، هو في حقيقته نزول من الخصم عن حقه في التمسك بالتقادم فإذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتمسك بالتقادم، فإنه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به. فإذا نزل عن حقه في التمسك بالتقادم، فإن العقار يبقى على ملك مالكة الأصلي، وسبب الملك هنا هو السبب الأصلي الذي تملك به هذا المالك.

أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصلي للعقار لا يزال مالكا له. ومن ثم يجب تسجيله عملا بالمادة العاشرة، ويترتب على عدم تسجيله أنه إذا تمت مدة التقادم المكسب لملكية العقار ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ثم باعه باعتباره مالكا بالتقادم لشخص آخر، جاز للمشتري أن يتمسك بالتقادم الذي تم لمصلحة البائع له (م 973/387) ولا يحتج عليه

(1) السنهوري ص 515 - حامد فهمي في نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص 17 - 63 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 335 وما بعدها فيرى أن هذا النوع من الإجازة لا يتصل بالحق موضوع العقد، فمن المقرر في فقه القانون أن العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا، فيقتصر أثر الإجازة إذن على مجرد إزالة العيب اللاحق به. وبعبارة أدق إن الإجازة هنا تحمل معنى تنازل من تقرر البطلان لصالحه من مكنة التمسك بهذا البطلان. وتلك مكنة اختيارية تسقط بترك المطالبة بالإبطال المدة القانونية، كما تسقط بصريح التنازل والترك. ولذلك لا تعتبر عند حصولها من قبيل التصرفات الإنشائية إذ ليس من أثرها إنشاء الحق لنشوئه فعلا بمقتضى العقد، ولا من قبيل التصرفات الإقرارية لأنها لا تتصل بذات الحق المقرر بالعقد، بل بالعيب اللاحق به. ومن ثم لا تحتاج إلى تسجيل ومع ذلك فقد يكون من المفيد لمن صدرت مثل هذه الإجازة لصالحه أن يعمد إلى التأشير بموجبها على هامش العقد المشوب بالعيب تصحيحا لمركزه نهائيا.

بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التي اشتراها باسمه هي في حقيقتها ملك لوالده وثمانها مدفوع من ماله الخاص - فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقررا للملكية لا منشئا لها ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم 18 لسنة 1923".

(طعن رقم 245 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/2)

2- "لم تكن الوصية واجبة التسجيل طبقا للقانون رقم 18 لسنة 1923 وإجازتها لا يجب تسجيلها كذلك لأن إجازة الوصية - على ما قرره فقهاء الحنفية - وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعا إلا أن التملك لا يعتبر منه بل يعتبر من الموصى وذلك سيرا على أصلهم المقرر عندهم الثابت وهو أن الوصية للوارث مطلقا ولغير وارث فيما زاد على الثلث تصح ولا تقع باطلة بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة فليست الإجازة إذن منشئة للحق حتى يسند التملك إلى الوارث. وعلى ذلك فإذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الإبن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنت في حدود ثلث التركة لكل منهما فهو إقرار مقرر صادر من الإبن لهما ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذي تضمن هذا الإقرار، ولا يجوز تحصيل رسم عليه عند تسجيل عقد قسمة عقارات التركة الذي حرر على أساسه باعتبار أنه من العقود الواجبة التسجيل طبقا للقانون رقم

(1) السنهاورى ص 516 - حامد فهمى البحث السالف الذكر - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 336 وما بعدها فهو يرى أن مثل هذا التصرف لا يلزم تسجيله للورثة لكونه لا يمس أصل الحق موضوع الحياة، ولكنه ينصرف إلى التنازل عن الاستفادة من قرينة بسيطة أقامها المشرع لمن تم التقادم لصالحه. فمن المقرر في فقه القانون أن اكتساب الملكية بالتقادم لا يقع حتما بقوة القانون بمجرد استكمال المدة، بل يشترط لذلك التمسك بالتقادم. وهو أمر متروك لمشئته من تم التقادم لصالحه. فإن هو أثر أن يتنازل عن التقادم سواء قبل الخصومة أو أثناءها قبل صدور الحكم النهائي، فإنه لا يكون بهذا التنازل قد تقى الملك عن نفسه، وأثبتته لخصمه، إذ أن الملك لم يثبت له بعد حتى ينفيه عن نفسه، ولم ينتف في نفس الوقت عن خصمه حتى يثبت له. بل كل ما ترتب على هذا التنازل هو ترك حقه في مباشرة مكنة اختيارية أباحها له القانون، وهى التمسك بالتقادم الذى يدونه لا تثبت له الملكية. وقد يقع هذا التنازل ضمنا فلا يسجل، فليس ثمة ما يوجب تسجيله عند التصريح به.

18 لسنة 1923 والقرار الوزاري الصادر في 26 من مايو سنة 1926.

(طعن رقم 105 لسنة 23 ق جلسة 1957/2/7)

3- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الإقرار تصرفاً مقررًا للملكية وليس منشأً لها، أي أنه إخبار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها، فإن هذا التصرف الإقرارى يكون حجة على المقر دون حاجة إلى تسجيل وفقاً لحكم المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقارى وهو ذات حكم قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 الذى وإن كان قد سوى بين التصرفات المنشئة للملكية وغيرها من الحقوق العينية، وبين التصرفات المقررة لها من حيث وجوب تسجيلها، إلا أنه فرق بين النوعين فى أثر عدم التسجيل فرتب على التصرفات الإنشائية أن الحقوق التى يقصد إلى إنشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل، بخلاف التصرفات المقررة لهذه الحقوق فإنه رتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير، مما مفاده جواز الاحتجاج بها بين المتعاقدين بغير حاجة إلى تسجيل، ولما كان المشتري من المطعون عليها العاشرة والحادية عشرة يعتبر من الغير بالنسبة للإقرار العرفى الصادر منهما للبائعين للطاعن، لأنه ثبت لهذا المشتري على العقار الذى اشتراه حق عيني مصدره تصرف قانونى يخضع للشهر وتم تسجيله بالفعل، فإن ذلك الإقرار لا يصح أن يتعدى أثره إلى هذا المشتري، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد نفى صورية عقد شراء المذكور، فإن ذلك الحكم لا يكون قد خالف القانون حين فرق بين الأثر المترتب على الإقرار العرفى فيما بين المقرين والمقر لهما من جواز الاحتجاج به بينهم حتى ولو لم يسجل. وبين أثره بالنسبة للغير فقضى بعدم تجاوز هذا الأثر إليه لأنه إقرار بملكية عقار لم يشهر عنه".

(طعن رقم 651 لسنة 42 ق جلسة 1979/1/11)

270 - المقصود بالأحكام المقررة:

رأينا أن المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى توجب تسجيل "الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية".

وتشمل هذه الأحكام:

1- الأحكام الصادرة بصحة أحد التصرفات المقررة التى تناولناها فيما تقدم. ومثال ذلك الحكم الصادر بصحة التعاقد فى القسمة والصلح الواقعين على عقار.

ومع ذلك خص قانون تنظيم الشهر العقاري "دعاوى صحة التعاقد" بالذكر في المادة 15/2 منه ضمن الدعاوى واجبة الشهر وكذلك الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى بموجب المادة 16 منه.

2- الحكم الصادر في القسمة القضائية، باعتبار هذا الحكم كاشفا عن حقوق المتقاسمين.

3- الحكم الصادر برسو المزاد على أحد الشركاء في المال الشائع، إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، لأن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها.

4- الحكم الصادر بإيقاع بيع العقار المرهون على حائزه، ذلك أن الحائز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها.

5- الحكم الاتفاقي، وهو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات. فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقي. فإذا كان محل الحكم عقارا، كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية ووجب تسجيله طبقا للمادة العاشرة⁽¹⁾.

ولا يدخل في نطاق الأحكام الكاشفة الحكم الصادر في دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن. وإنما يدخل ضمن الأحكام الصادرة في دعاوى الغرض منها الطعن في تصرف هو عقد القسمة، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة 15/1 من القانون.

ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة 16 منه⁽²⁾.

271 - آثار عدم تسجيل التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من

الحقوق العينية العقارية الأصلية:

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن:

(1) السنهوري الجزء التاسع ص 517.

(2) السنهوري ص 518.

"جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير".

فالتصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية تكون حجة على طرفيها ولو لم تسجل. أما إذا لم تسجل فلا تكون حجة على الغير.

ويشترط في الغير الذي لا يحتاج بهذه التصرفات والأحكام ما يأتي:

1- أن تكون له حقوق على العقار. والأصل أن تكون هذه الحقوق عينية. ولا يهم إن كانت هذه الحقوق ناشئة عن عقد، كما هي الحالة الغالبة، أو عن غير عقد كحق الاختصاص.

2- أن يكون حق الغير على العقار خاضعا للشهر (التسجيل أو القيد).

3- أن يكون الغير قد سجل سنده بالفعل أو قيده على حسب الأحوال⁽¹⁾.

وبالترتيب على ما تقدم فإنه في حالة القسمة غير المسجلة لا يحتج بها على كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون، وذلك كمن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع. فإذا باع شريك، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها، حصته شائعة في العقار المقسوم، وسجل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة، لم يجز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع. ويكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المباعة، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعا في حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه. أما المشتري لجزء مفرز قبل القسمة، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عيني على العقار الشائع قبل قسمته⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"ترتب المادة الثانية من القانونين رقمي 18 و 19 لسنة 1923 والتي تقابل المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 على عدم تسجيل الأحكام النهائية المقررة لحقوق الطرفين، أنها لا تكون حجة على الغير، مما يفيد جواز الاحتجاج بها بين

(1) محمد كامل مرسى ص 40.

(2) السنهاوري ص 521 وما بعدها.

الطرفين بلا حاجة إلى التسجيل. فالمشتري الذى كان قد رسا عليه المزداد ثم قضى ببطلان حكم مرسى المزداد يعتبر كأنه لم يملك العقار مطلقا فتزول عنه الملكية لتعود إلى البائع الأصلي للعقار ولو لم يسجل حكم البطلان وذلك مع مراعاة الحقوق العينية التى تكون قد ترتبت للغير قبل صدور الحكم إذا كان هذا الغير قد سجل عقده وحفظ حقه. وبعد حكم البطلان الصادر على مورث الطاعنين حجة على هؤلاء باعتبارهم خلفا للمورث فى تركته".

(طعن رقم 296 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/7)

272 - اشتراط التسجيل لمصلحة الغير:

التسجيل هنا مشترط لحماية الغير، فلا يجوز التمسك بعدم التسجيل ضده. فإذا رأى الغير من مصلحته أن يتمسك بعقد قسمة غير مسجل، فلا يقبل من أى من الشركاء أن يتمسك فى مواجهته بعدم تسجيل هذا العقد.

فإذا عقد الشركاء على الشيوخ عقدا عرفيا بقسمة المال المشاع، ونفذوه بأن وضع كل منهم يده على نصيبه المفرز الذى وقع له بموجب هذا العقد، امتنع عليهم بعد ذلك الاحتجاج فى مواجهة الغير بعدم نفاذ هذه القسمة لعدم تسجيلها. فإذا أراد الغير مثلا أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة ليدفع عن ملكه طلب الشفعة من جانب أحد المقتسمين بوصفه شريكا على الشيوخ، فلا يقبل من الشريك المتقاسم إهدار هذا الدفع من جانب الغير بحجة عدم تسجيل القسمة.

فقد شرع التسجيل لمصلحة الغير صونا لحقوقه، فعدم حصوله لا يجلب منفعة لمن لم يقم به، ومن ثم لا ينبى عليه الإضرار بالغير باستبقاء حق يزول بمجرد حصول القسمة⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوخ واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة. وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم، فعدم

حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به".
(طعن رقم 34 لسنة 11 ق جلسة 1942/1/29)

273 - قضاء النقص فى أثر تسجيل القسمة أو عدمه بالنسبة للغير:

لما كان عقد القسمة العرفى أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه من أبرز الأمثلة على التصرفات والأحكام المقررة فإننا نورد قضاء محكمة النقص فى أثر تسجيل عقد القسمة أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه بالنسبة للغير.

فقد قضت محكمة النقص بأن:

1- "متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للاحتجاج به فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة وإن كان واجبا بالنسبة للغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصى فإن هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946".

(طعن رقم 96 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/3)

2- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة. وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة. إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وفقا لما هو مقرر بالمادة 2/826 من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة. ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بفسخ عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له

بموجب تلك القسمة".

(طعن رقم 364 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/2)

3- "الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة 2/826 من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها علي من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع ، اعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع بموجب تلك القسمة".

(طعن رقم 291 لسنة 39 ق - جلسة 1975 / 1 / 30)

4 - "الغير في حكم المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 في شأن تنظيم الشهر العقاري - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - هو من تلقى حقا عينيا علي العقار علي أساس أنه مازال مملوكا علي الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلي تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، ومن ثم فإن القسمة غير المسجلة يحتج بها علي من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بمقتضى القسمة".

(طعن رقم 591 لسنة 46 ق - جلسة 1980 / 2 / 12)

5 - "مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى - وعلي ما جري به قضاء هذه

المحكمة - أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيها بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ، وأن الغير في حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة 2/826 من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة".

(طعن رقم 161 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/9)

6- "الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله، قبل تسجيل سند القسمة، فالمشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع، إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة. ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة، إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفا فيها".

(طعن رقم 1157 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/28)

7- "قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقاري، وذلك على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها إلا بالتسجيل وأنه في هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع من ثم غيرا لأنه صاحب حق شخصي".

(طعن رقم 614 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/17)

8- "الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى. ماهيته. عدم اعتبار من تلقى حقا مفرزا من أحد الشركاء غيرا ولو سجل حقه قبل تسجيل القسمة. أثره. ليس له أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته بالنسبة للجزء المفرز الذى اشتراه طالما أنه لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ولو لم تسجل".

(طعن رقم 314 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/21 - غير منشور)



(الطائفة الثالثة)

الدعاوى الواجب تسجيلها أو التأشير بها فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر

274 - النص القانونى :

المادة 15 من القانون رقم 114 لسنة 1964 :

"يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأسمى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك 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.

وتحصل التأشيريات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بجدول المحكمة".

275 - التأشير والتسجيل المنصوص عليه بالمادة :

أوجبت المادة التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع.

أما إذا كان المحرر الأسمى الوارد به التصرف لم يشهر بعد، فإنه لا يكون ثمة مجال للتأشير بداهة، ويجب تسجيل هذه الدعاوى.

كما أوجب النص التأشير بدعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية على المحرر الثابت به هذا الحق إذا كان قد سجل، فإذا لم يكن هذا المحرر قد سجل فإنه يجب تسجيل هذه الدعوى.

وأوجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية.

ونعرض لذلك بالتفصيل على النحو التالي.

276 - التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من دعاوى أو تسجيل الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر:

المقصود بالمحركات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر، هى المحررات المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى، وهى المحررات المتعلقة بجميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.

وكذلك المحررات التى تتضمن التصرفات المنصوص عليها فى المادة العاشرة من القانون وهى التصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.

ويشمل النص كذلك الأحكام الواجب تسجيلها طبقاً للمادتين 1/9، 10 سالفتى الذكر، وإن كانت المادة (15) لم تذكر صراحة الأحكام. فلا يمكن أن يؤخذ من عدم ذكرها، أن الشارع أراد قصر النص على السندات دون الأحكام، فنص المادة عام، إذ أنه يذكر المحررات واجبة التسجيل، وقد ذكرنا سلفاً أنه يجوز الحصول على حكم يحل محل المحرر لتسجيله بدلاً من المحرر⁽¹⁾.

والدعاوى التى يجب التأشير بها أو تسجيلها هى الدعاوى التى يكون الغرض منها:

الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحةً أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع.

فالدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان:

1- دعوى تنكر وجود التصرف منذ البداية، وهذه هى دعاوى الطعن ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق كانعدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب، ودعاوى الطعن بصورية التصرف، ويستوى أن يكون رافع الدعوى أحد المتعاقدين أم أحد دائنيه أم ذو مصلحة فى رفعها، ولذلك يدخل فى مدلول هذه الصيغة

دعاوى عدم نفاذ التصرف التى يطلق عليها اسم الدعاوى البوليصية، لأن هذه الدعاوى يراد بها جعل التصرف غير نافذ فى حق الدائنين من وقت صدوره لا من وقت رفع الدعاوى فحسب⁽¹⁾.

2- دعاوى لا تتكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلغائه، مثل دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته، ودعاوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشروط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، ودعاوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود مانع من موانع الرجوع.

والمادة (15) تقابل المادة (7) من قانون التسجيل بعد أن أدخل عليها المشرع من التعديلات ما تلافى به أوجه النقص التى أظهرها التطبيق العملى. من ذلك أنه وضع صيغة جامعة لدعاوى الطعن فى التصرفات، فاشتراط شهر جميع الدعاوى التى يقصد بها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا سواء كان رافع الدعاوى أحد المتعاقدين أم أحد دائنيه أم ذو مصلحة فى رفعها، ولذلك يدخل فى مدلول هذه الصيغة دعاوى عدم نفاذ التصرفات التى يطلق عليها اسم الدعاوى البوليصية كما ذكرنا سلفا.

كما استبدل المشرع عبارة "الواجبة الشهر" بعبارة "الواجبة التسجيل" الواردة فى المادة السابعة من قانون التسجيل، وبذلك جعل النص الجديد شاملا أيضا لدعاوى الطعن فى المحررات التى تشهر بطريق القيد كدعاوى شطب الرهن.

والحكمة من التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر، أو تسجيل الدعاوى، إذا كان المحرر الأسمى لم يشهر، أن الأثر المترتب على الأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى، يرجع أصلا إلى تاريخ رفع الدعاوى، فقصد المشرع إعلام الغير بهذه الدعاوى، إذ قد يتعاقدون بشأن العقارات المرفوعة من أجلها الدعاوى، حتى يكونوا على بينة من جواز تغيير أو زوال حقوق من تعاقدوا معهم فى نهاية الأمر. ومن شأن ذلك أيضا تمكين المدعى من التمسك بالحكم الذى يصدر فيما بعد بناء على طلبه ضد كل من آل إليه الحق من المدعى عليه⁽²⁾.

(1) سليمان مرقس ص 322.

(2) محمد كامل مرسى ص 179 وما بعدها.

277 - دعاوى الاستحقاق:

أوجبت الفقرة الثانية من المادة (15) تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال، وذلك أسوة بشهر دعاوى الطعن فى التصرف أو التأشير بها المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة.

ولا يقصد بدعوى الاستحقاق دعوى الاستحقاق التى يرفعها مالك العقار على واضع اليد لاسترداد عقاره، فيشترط الشارع تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ما قرره المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقارى من أن حق المدعى لا يكون حجة على الغير كالمشتري من واضع اليد الذى كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل الدعوى. فهذه النتيجة لا يمكن الأخذ بها، لأنه يستحيل تصور أن المشرع قصد تقرير مثل هذا الحكم الذى يؤدي العمل به إلى اعتبار بيع ملك الغير صحيحا وناظرا فى مواجهة المالك الحقيقى. ولذا يكون المقصود من دعاوى الاستحقاق المذكورة فى المادة (15) كل دعوى أخرى يكون غرض رافعها ثبوت أى حق من الحقوق العينية له أو لعقاره أو نفيه أو إزالته عن المدعى عليه، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشتري، لأن المقصود بها استحقاق مدعيها للعقار الذى لم يخرج قط من ملكه.

فدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحتها، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذى قام به الوارث الظاهر. فإذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق، لم يسر الحكم بالاستحقاق فى حق المشتري⁽¹⁾.

كما تشمل دعوى الاستحقاق، دعوى استحقاق أى حق عيني آخر غير الملكية، كحق الانتفاع وحق الارتفاق، ودعوى إنكار الحق العيني، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق.

278 - دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية:

تنص المادة 1/15، 2 من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن:

"يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم... فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجل تلك الدعوى.

(1) أنور سلطان ص 198 - السنهاورى ص 537.

ويجب كذلك 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".

وواضح من النص أن دعوى صحة التعاقد يكون شهرها دائما بطريق التسجيل إذ ميز النص بينها وبين الدعاوى الأخرى التى ذكرها، فلا يصح التأشير بها فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر.

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل.

أما دعاوى صحة التعاقد فتتصب، لا على تعديل حقوق سابقة، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد، فيجب تسجيلها استقلالا.

ولم تتعرض المادة (7) من قانون التسجيل الصادر سنة 1923 لهذه الدعوى، ولكن العمل ابتدعها خاصة فى عقد البيع.

وقد ذهبت محكمة النقض فى اجتهاد لها إلى أن هذه الدعاوى من دعاوى الاستحقاق مآلا، ومن ثم يجب تسجيلها.

إذ قُضت بأن :

"إن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هى التى من دعاوى الاستحقاق المنصوص عليها فى المادة السابعة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه حتى إذا حكم له فيها بعد ذلك بطلباته وتأشّر بهذا الحكم وفقا للقانون فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل الصحيفة، ويكون هذا التسجيل مفضلا على كل تسجيل لا حق له. أما دعوى صحة التوقيع فلا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من يكون بيده سند عرّفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى التوقيع. وهى بهذا الغرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها ممتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته. فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع فقط، ولذلك فهى لا تدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر.

والمناطق في تكييف الدعوى هل هي تدخل في دعاوى الاستحقاق مآلاً أم هي إجراء تحفظي بحث هو بجوهر المنازعة القائمة بين الطرفين بناء على حقيقة تشخيص غرض المدعى من دعواه.

فإذا كانت الدعوى التي رفعها المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت رافعها في صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع، وفي أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثاني، وفصلت المحكمة في الدعوى بأن فاضلت بين هذين التسجيلين، وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرمى إليه المشتري الثاني من تدخله في الدعوى - إذا كان ذلك فإن جريان الحكم في منطوقه بالقضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى صحة تعاقد، فإن أسبابه في الظروف والملابسات التي صدر فيها تدل على أن الغرض الحقيقي من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد، وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير في هذه الحقيقة إذ العبرة هي بما رُمى إليه الخصوم في دعواهم وبالطريق الذي سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها".

(طعن رقم 16 لسنة 12 ق جلسة 1942/10/29)

وهذه الدعوى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التي لا يتعرض فيها القاضي لذات التصرف موضوع السند من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقيعه، بل ينصب الحكم الصادر فيها على التوقيع فقط.

ورغم ذلك جرى العمل على شهر دعاوى صحة التوقيع والأحكام التي تصدر فيها كذلك، وقد ساند هذا العمل قضاء لمحكمة النقض بتاريخ 1944/4/6 في الطعن رقم 81 لسنة 13 ق ذهب فيه إلى أن:

"إنه وإن تكن دعوى صحة التوقيع لا يتعرض فيها القاضي لذات التصرف موضوع الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه أو توقيعه وتقرير الحقوق المترتبة عليه، ولا ينصب الحكم الصادر فيها إلا على التوقيع فقط، إلا أن تسجيل الحكم الصادر بصحة توقيع البائع على عقد بيع عرّفى ينقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري المحكوم له بصحة التوقيع ويجعله هو المالك في حق كل أحد. فإن كان البائع، الذي صدر الحكم بصحة توقيعه وأثبت عليه أنه لم يدفع دعوى صحة التوقيع بأى دفع، يطعن على العقد

بأنه قد حصل العدول عنه بعد صدوره فيجب عليه، لكي يكون هذا العدول حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على المبيع، أن يرفع - طبقاً للمادة 7 من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 - دعوى بالفسخ ويسجلها أو يؤشر بها على هامش تسجيل الحكم لصحة التوقيع، فإن هو فرط ولم يفعل وكان المحكوم له قد سجل الحكم الصادر بصحة التوقيع، ثم تصرف هذا المحكوم له في المبيع وسجل المشتري منه عقده، فإن التسجيل ينقل الملكية إلى هذا المشتري في حق البائع الأول المحكوم عليه بصحة توقيعه هو كذلك. وهذا حتى على فرض سوء نية المشتري الأخير، لأن حالته هي كحالة المشتري الثاني الذي اشترى وسجل عقده وهو يعلم بسبق تصرف البائع في العقار بعقد لم يسجل. وحالة ذلك الشخص هي كحالة المشتري الأول صاحب العقد غير المسجل والحكم في كلتا الحالتين يجب أن يكون واحداً وهو أنه لا يحتج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بالتسجيل بدعوى سوء النية - تلك الدعوى التي جاء قانون التسجيل المذكور قاضياً عليها. وبناءً على ذلك يكون الحكم برفض دعوى الملكية التي أقامها المشتري الأخير على البائع الأول مخالفاً للقانون متعيناً نقضه".

ونظراً لما أثار شهر دعاوى صحة التوقيع من إشكالات عديدة في العمل. رأى المشرع عند وضع قانون تنظيم الشهر العقاري استبعاد هذه الدعاوى من الدعاوى واجبة الشهر كما يبين من مدلول المادة الخامسة عشرة.

وسنرى أن المادة 65 من قانون المرافعات المستبدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999 نصت في فقرتها الأخيرة على ألا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها.

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 103 من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991 على أنه: "ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق".

279 - من الذي يطلب التأشير أو التسجيل؟

الذي يطلب التأشير أو التسجيل هو صاحب الشأن وصاحب الشأن هو المدعى في الدعاوى المشار إليها بالمادة (15)، لأنه هو الذي يهمله شهر دعواه، ليعلم الغير بما يهدد

حق المدعى عليه إذا ما أرادوا معاملته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليتمكن فيما بعد إذا ما صدر الحكم لمصلحته أن يرجع آثاره لليوم الذى شهر فيه دعواه، كما تنص المادة (17) كما سنرى.

280 - حصول التأشير والتسجيلات بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 15 من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن: "وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة".

والملاحظ أن النص قدم إعلان صحيفة الدعوى على قيدها، وهذا كان يتفق ونص الفقرة الأولى من المادة 75 من قانون المرافعات الملغى رقم 77 لسنة 1949 - قبل تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1962 - إذ كانت هذه الفقرة تجعل الإعلان سابقا على قيد الدعوى، إلا أنه بعد تعديل هذا النص بالقانون رقم 100 لسنة 1962 أصبح القيد سابقا على الإعلان، وهو ما نصت عليه المادة 1/67، 2 من قانون المرافعات الحالى. ولذلك أصدرت مصلحة الشهر العقارى المنشور الفنى 14/1978 بتاريخ 21/12/1978 الذى ينص على أنه: "يقتضى تطبيق المادة 15 من القانون 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى شهر عرائض الدعاوى المستخرجة من أقالم الكتاب، وعدم إيقاف إجراءات شهرها للمطالبة بما يفيد إعلانها"⁽¹⁾.

ومما يساند هذه التعليمات أن إعلان صحيفة الدعوى - فى ظل قانون المرافعات الحالى - يتم عن طريق قلم الكتاب إذ تنص المادة 67 مرافعات فى فقرتها الثانية على أنه: "وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه".

وعلى كل فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يترتب البطلان على شهر من صحيفة الدعوى قبل قيدها بجدول المحكمة وإعلانها.

إذ قضت بتاريخ 26/4/1989 فى الطعن رقم 664 لسنة 55 ق بأن:

(1) مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد المنجى عقد البيع الابتدائى الطبعة الأولى 1983 ص 361 هامش (6).

"ولئن كانت المادة 15 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 أوجبت إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة قبل شهرها إلا أنه لم يترتب جزاء البطلان لمخالفة ذلك".
والحكمة من اشتراط التسجيل هو ضمان جدية المدعى فى دعواه.

281 - الدعاوى الكيدية:

تنص المادة (18)⁽¹⁾ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن:
"لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا.
كذلك للطرف ذى الشأن أن يطلب إلى القاضى محو التأشير أو التسجيل المشار إليه فى المادة الخامسة عشرة فيأمر به القاضى إذا تبين له أن الدعوى التى تأثر بها أو التى سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض".

فلم يفت الشارع أن شهر صحف الدعاوى بطريق التسجيل أو التأشير قد يكون الغرض منه هو مجرد الكيد للمدعى عليه بالادعاء بحقوق غير جدية، حتى يحول دون تصرف المدعى عليه فى العقار محل الدعوى. وقد يتطلب الفصل فى الدعوى وقتا طويلا يظل فيه مالك العقار غير قادر على التصرف فيه بحرية نظرا لظهور تسجيل العريضة أو التأشير بها فى الشهادات العقارية التى يستخرجها المتعامل معه، مما قد يحمل هذا الأخير على الإحجام عن التعاقد معه انتظارا لنتيجة الدعوى⁽²⁾.

ولذلك أجاز الشارع لصاحب الشأن الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة بطلب محو التأشير أو التسجيل، فيقضى القاضى بذلك إذا تبين له أن الدعوى كيدية قصد منها مجرد غل يد المدعى عليه عن التصرف فى عقاره أو غل يد دائئه عن التنفيذ على العقار. فإذا رفض القاضى الطلب بقى التسجيل أو التأشير قائما إلى أن يفصل فى الدعوى الأصلية بالقبول أو الرفض.

وقد خول الشارع هذا الحق (للطرف ذى الشأن) ومن ثم يثبت هذا الحق للمدعى

(1) المادة مصححة بالمرسوم بقانون المنشور بالعدد 91 - الوقائع المصرية فى 1947/10/2.

(2) محمود شوقى ص 386 وما بعدها.

عليه، وكذلك لدائنه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن⁽¹⁾.

إنما لا يجوز لمن تلقى حقا عينيا عقاريا من المدعى كالمشتري مثلا أن يلجأ إلى هذا الطريق⁽²⁾.

ولا يجب على القاضى أن يتحرى عن شرط الاستعجال، لأن الاستعجال مقرر بنص صريح.

282- عدم اشتراط تسجيل الدعوى أو التأشير بها قبل صدور الحكم فيها :

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض فى قضاء لها ذهبت فيه إلى أن :

"النص فى المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى على أن: جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل..."، وفى المادة الخامسة عشر منه على أنه.... "يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة"، وفى المادة السادسة عشر على أن "يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها"، وفى الفقرة الأولى من المادة السابعة عشر على أنه "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة فى المادة 15 أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها..."، مؤداه أن الأصل فى التسجيل أنه لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو حق عيني آخر على عقار أو نقله وأن هذا لا ينسحب إلى الماضى، بيد أن القانون أجاز على سبيل الاستثناء تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد المتعلقة بحقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فيه على هامش تسجيل صحيفتها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل هذه الصحف واستهدف المشروع من هذا الاستثناء حماية

(1) السنهاورى ص 544.

(2) محمود شوقى ص 387.

أصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وكل ما تطلبه القانون لإحداث هذا الأثر الاستثنائى أن يسجل رافع الدعوى صحيفتها بعد قيدها بجدول المحكمة وإعلانها ثم يتبع هذا الإجراء بالتأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر بتقرير حقه على هامش تسجيل الصحيفة وحسب رافع الدعوى أن يسلك هذا السبيل لكى يجعل حقه الذى تقرر بالحكم النهائى حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار منذ التاريخ الذى سجلت فيه صحيفة الدعوى ودون اشتراط أن يكون قد تم تسجيلها فى تاريخ سابق على صدور الحكم الذى انتهت به الدعوى، إذ القول بهذا الشرط يعتبر تقييدا لمطلق عبارة النص واستحداث لقيده لم يرد به، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تقدم إلى مكتب الشهر العقارى بتاريخ 1974/1/16 بطلب تسجيل صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد بيع حصة العقار محل التداعى وذلك بعد قيدها بجدول المحكمة وعقب إعلان الصحيفة إلى المدعى عليها فى 1974/1/20 اتخذ مكتب الشهر إجراءات تسجيل هذه الصحيفة فأتى تسجيلها فى 1974/3/4 تاليا لتاريخ 1977/2/17 الذى صدر فيه الحكم بانتهاء الدعوى بتوثيق المحكمة عقد الصلح المعقود بين طرفى الخصومة، ثم باشر الطاعن إجراء تسجيل هذا الحكم والتأشير على هامش تسجيل صحيفة الدعوى فتم هذا الإجراء بتاريخ 1977/2/25، لما كان ذلك فإنه يترتب على تلك الإجراءات التى اتخذها الطاعن أن يرتد أثر التسجيل إلى تاريخ 1974/2/17 الذى سجلت فيه صحيفة دعواه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى لأسبقية تسجيل تنبيه نزع الملكية على تسجيل حكم صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى الطاعن ودون أن يعتد بانسحاب أثر تسجيل هذا الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على سند من أن هذا الانسحاب لا يتحقق إلا إذا كان الحكم قد صدر فى تاريخ لاحق لتسجيل صحيفة الدعوى فلا يكون مجديا تسجيلها إن أعقب صدور الحكم، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعنان رقما 1278، 1292 لسنة 52 ق جلسة 1988/3/10)

283 - تسجيل المشتري من المورث صحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد الصادر له يحل محل التأشير بحقه على هامش حق الإرث:

إذا سجل المشتري من المورث صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقده، فإن ذلك يغني عن التأشير بذات حقه على هامش حق الإرث.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لما كانت الغاية من قيام المتعامل مع المورث بالتأشير بحقه في هامش حق الإرث هي إعلان تمسكه هذا وإعلام المتعاملين مع الوارث به خلال المدة التي حددها المشرع، وكان للمشتري من المورث الحق في أن يرفع دعوى صحة عقده وأن يسجل الحكم الصادر فيها فتنتقل إليه الملكية فإنه متى تم له هذا التسجيل قبل إشهار حق الإرث أصبح في غنى عن معاودة التأشير مرة أخرى بذات حقه في هامش حق الإرث الذي يتم شهره فيما بعد لأن التسجيل إجراء شهر يحاح به الكافة وتتحقق به الغاية التي تغياها المشرع من التأشير الهامشي المشار إليه".

(طعن رقم 991 لسنة 61 ق جلسة 1992/6/23)

284 - لا يغني عن تسجيل صحيفة الدعوى سبق التأشير عليها من المساحة:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في قضائها الصادر في الطعن رقم 186 لسنة 20 ق بجلسة 1952/5/8 والذي ذهب فيه إلى أن: "إن المادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 إنما رتبنا على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أن يكون لها أثر من يوم حصوله إذا صدر حكم بصحة التعاقد وأشر بالحكم وفقا للقانون، فلا يغني عن تسجيل صحيفة الدعوى تأشير المساحة عليها. وإن فإنه يكون غير منتج ما تتعاه الطاعة على الحكم المطعون فيه من أنه إذ قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه للعقار موضوع النزاع قد أغفل أن المساحة أشرت على صحيفة دعوى صحة التعاقد التي رفعتها عن هذا العقار في تاريخ سابق على تسجيل عقد المطعون عليه متى كانت هي لم تسجل هذه الصحيفة إلا بعد أن سجل المطعون عليه عقد شرائه".

(طعن رقم 186 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/8)

285- سبق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يمنع من تسجيل بيع

آخر صادر عن ذات البائع:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد نص المادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري أنه وإن كان سبق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يمنع من تسجيل بيع آخر صادر من نفس البائع عن ذات العقار وانتقال الملكية بهذا التسجيل إلى المشتري فيه، إلا أنه متى صدر في تلك الدعوى حكم بصحة التعاقد وتأثر بمنطوقه في هامش تسجيل صحيفتها أصبح البيع المحكوم بصحته حجة على المشتري الآخر الذي كان قد سجل عقده بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وبالتالي زوال حجية أثر تسجيل هذا العقد قبله في نقل الملكية للمشتري به".

(طعن رقم 1148 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/5)

286 - اشتراط شهر سند البائع لانتقال الملكية:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما عن أن سند البائع لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده".

(طعن رقم 317 لسنة 47 ق جلسة 1980/11/18)

287 - التأشير بمنطوق الحكم النهائي في هامش سجل المحررات واجبة

الشهر:

كانت المادة 16 من قانون تنظيم الشهر العقاري تنص - عند صدور القانون - على

أنه:

"يؤشر بمنطوق الحكم النهائي فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها".

إلا أن المشرع أضاف فقرة جديدة لهذه المادة بالقانون رقم 25 لسنة 1976 تنص على أنه: "ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام". ومؤدى هذه الفقرة المضافة أنه لا يغنى التأشير المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة عن وجوب تسجيل الأحكام النهائية المشار إليها عملاً بالمادتين 9، 10 من القانون وذلك حتى يتيح التسجيل آثاره القانونية فى شأن نقل الملكية فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير، إذ يقتصر أثر التأشير عند إجرائه، على إحداث الأثر الرجعى للاحتجاج بالحق الصادر به إلى تاريخ شهر عريضة الدعوى، ولذلك فإنه يتعين عند تقديم هذه الأحكام للتأشير بمقتضاها على النحو سالف الإيضاح ضرورة أن تكون تلك الأحكام قد سبق شهرها بطريق التسجيل عملاً بأحكام المادتين 9، 10. وحكمة هذه الإضافة إزالة أى لبس قد يثور فى أذهان أصحاب الشأن من أن التأشير بمنطوق الأحكام النهائية فى هامش تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية بالتطبيق للمادة 16 يغنى عن تسجيلها وهو ما يتعارض مع حكم المادتين 9، 10 سالفى الذكر⁽¹⁾.

وبذلك فبعد أن كان العمل هو الذى يسمح بتسجيل الحكم، أصبح واجباً بنص القانون تسجيل الحكم بصحة التعاقد لكى تنتقل الملكية. وهذا الوجوب ينبنى على ربط نص المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بالفقرة الجديدة من المادة 16 التى أضيفت بالقانون رقم 25 لسنة 1976. فالمادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 تنص - كما سبق أن ذكرنا - على أنه بالإضافة إلى "التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله أو تغييره أو زواله" فإن "الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل".

وربط المشرع التأشير بالحكم على هامش شهر صحيفة الدعوى بتسجيل هذه الأحكام بنصه على أن يتم التأشير بمنطوق الحكم فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها "عقب تسجيل هذه الأحكام" وبالتالي أصبح واضحاً التناسق بين وجوب تسجيل الأحكام والدور الذى يقوم به التأشير بهذه الأحكام على هامش صحيفة الدعوى

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 25 لسنة 1976.

وكان هذا هو قصد الشارع من إضافة فقرة جديدة إلى المادة 16 سالفه الذكر.
ومقتضى هذا الربط منع التأشير بالحكم بصحة التعاقد حتى يتم تسجيل الحكم
بصحة التعاقد.

ويكون تسجيل الحكم وليس التأشير به هو الذى ينقل الملكية - كما سنرى - ومن
تاريخ تسجيل الحكم وليس من تاريخ التأشير⁽¹⁾.

وإذا كان المقصود بشهر الصحيفة أو التأشير بها هو الإعلام، فإن هذا الإعلام
يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده، فإنه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملاً إذ أن
هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه⁽²⁾.

والذى يسجل هو حكم صحة التعاقد وحده، ولا حاجة إلى تسجيل عقد البيع العرفى
معه، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات
الحكم⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وبذلك يكون المشرع قد رسم للمدعى فى دعوى صحة التعاقد طريقاً يمكنه من
التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل إليه الحق من البائع المدعى عليه،
وإعلام الغير بالأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى،
وإذا كان هذا الإعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده فإنه من باب أولى يتحقق
بشهر الحكم كاملاً إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد
عليه.... الخ".

(طعن رقم 668 لسنة 42 ق جلسة 1977/3/16)

**288 - وجوب التأشير بالأحكام النهائية فى خلال خمس سنوات من تاريخ
صيورتها نهائية أو من تاريخ العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 أيهما**

(1) الدكتور برهام محمد عطا الله دعوى صحة التعاقد على البيع دراسة فى القانون الوضعى
المصرى 1983 ص 315.

(2) محمد المنجى ص 387.

(3) السنهورى ج4 ص 490 هامش (2).

أطول:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقارى المضافة بالقانون رقم 25 لسنة 1976 على أنه:

"لا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول".

والفقرة الأولى من المادة 17 هى التى تنص على أنه:

"يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة (15) أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها".

ومن ثم فإنه يشترط لسريان أثر تسجيل الصحيفة المشار إليها بالفقرة الأولى أن يتم التأشير بالحكم الصادر فى الدعوى - بعد تسجيله - فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً.

والحكم يكون نهائياً إذا كان صادراً فى حدود النصاب النهائى للمحكمة التى أصدرته أو إذا انقضى ميعاد الطعن عليه بالاستئناف دون ولوج هذا الطريق أو بالطعن عليه وتأيد الحكم. أما بالنسبة للأحكام الصادرة قبل نفاذ القانون رقم 25 لسنة 1976 أى قبل 1976/5/2 فيجب التأشير بها فى خلال خمس سنوات⁽¹⁾ من نفاذ القانون وإلا انقضى أثرها بالنسبة لحماية المشتري الذى صدر له حكم بصحة التعاقد من الحقوق التى ترتبت بعد تسجيل صحيفة الدعوى. وعلى ذلك فأخر مدة يجب فيها التأشير بالأحكام الصادرة قبل نفاذ القانون 25 لسنة 1976 هو خمس سنوات من تاريخ هذا النفاذ وذلك بشرط أن تكون هذه الأحكام نهائية، وإذا كانت هذه الأحكام غير نهائية قبل نفاذه وإن صدرت قبله فإن مدة خمس السنوات تبدأ من تاريخ صيرورتها نهائية⁽²⁾.

وفوات مدة خمس السنوات لا يمنع من تسجيل الحكم الصادر فى الدعوى، غير أن

(1) صدر القانون رقم 25 لسنة 1976 بتاريخ 1976/3/23 ونشر بالجريدة الرسمية العدد (14) فى أول أبريل سنة 1976 ونصت المادة (5) على أن يعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره.

(2) برهام عطا الله ص 319.

أثر تسجيل الحكم أو التأشير به على هامش تسجيل الصحيفة بعد انقضاء هذه المدة، لا يرتد إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى⁽¹⁾، أى يزول الأثر الرجعى الذى نصت عليه المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقارى.

وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون إضافة الفقرة المذكورة بقولها: "أثبت الواقع العملى أن كثيرا من أصحاب الشأن فى دعاوى صحة التعاقد يكتفون بتسجيل الصحيفة ولا يقومون بتسجيل الحكم والتأشير به بعد ذلك اعتمادا منهم على أن تسجيله والتأشير به جائز فى أى وقت وأنهم لن يضاروا بسبب هذا التراخى لأن التأشير بالحكم بعد تسجيله سوف يرجع أثره إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى وهو أمر أدى إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها ولذا فقد رأى التدخل لوضع حد زمنى لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من الأثر الرجعى ولهذا استحدث المشروع حكما يقضى بعدم سريان الأثر الرجعى الذى تقرره الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون القائم على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا الحكم المستحدث أيهما أطول"⁽²⁾.

(3) المستشار محمود رضا الخضيرى ص 386.

(1) وضبطا للأسبقيات عند التزام وحفاظا للمراكز القانونية أصدرت مصلحة الشهر العقارى والتوثيق المنشور الفنى رقم (44) بتاريخ 1996/11/16. ونشره فيما يلى:

وزارة العدل

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق

الإدارة العامة للبحوث القانونية

منشور فنى رقم (44) بتاريخ 1996/11/16

إلى مكاتب الشهر العقارى ومأمورياتها ومكاتب التوثيق وفروعها

لما كانت المادة رقم (15) من القانون رقم 1946/114 بتنظيم الشهر العقارى تنص على أنه:

"يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأسمى لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك 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..."

ولما كانت المادة رقم (16) من قانون الشهر العقارى المشار إليه تنص على أنه:
 "يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو
 فى هامش تسجيلها. ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه
 الأحكام....". =

= ولما كانت المادة رقم (17) من قانون الشهر العقارى المشار إليه معدلا بالقانون رقم
 1976/25 تنص على أنه:

يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة (15) أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر
 بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ
 تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نيه قبل التأشير أو التسجيل
 المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة.

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس
 سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول".

ولما كان مفاد النصوص المتقدمة أن المشرع قد أوجب شهر هذه الدعاوى المشار إليها كما
 أوجب المشرع التأشير بمنطوق الحكم النهائى فى هذه الدعاوى خلال الخمس سنوات من تاريخ
 صيرورة هذه الأحكام الابتدائية. كما أوجب حصول هذا التأشير المشار إليه بالنسبة للأحكام
 الواجب تسجيلها أن يتم عقب تسجيل هذه الأحكام. وذلك حتى يمكن لهذه الأحكام جميعها من
 الاستفادة من الأثر الرجعى لشهر صف هذه الدعاوى.

وحتى يمكن ضبط أسبقيات شهر هذه الدعاوى المشار إليها أو التأشير بالأحكام النهائية
 الصادرة فيها على هامش هذه العرائض المشهورة - وحتى يمكن تحديد المراكز القانونية الناشئة
 عن شهر صف الدعاوى المشار إليها أو التأشير بالأحكام النهائية الصادرة فيها على هامش
 صف دعاويها المشهورة.

بناء عليه

يتعين على مأموريات الشهر العقارى حال بحثها لطلبات الشهر العقارى أن يتضمن بند حقوق
 الغير المقررة على العقار بإخطارات مقبول للشهر ومشروعات المحررات ما أسفر عنه البحث
 الهندسى للعقار محل التعامل من تعلية صف الدعاوى المشهورة. على أن يكون ذلك شاملا
 لموضوعها ومحلها وأطرافها ورقم الطلب والمشروع وتاريخها ورقم وتاريخ شهر هذه الدعاوى.
 وذلك ضبطا للأسبقيات عند التزام وحفظا للمراكز القانونية الناشئة عن ذلك.

289 - تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ بيع عقد لا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقد آخر على ذات العين سجلت صحيفة دعواه قبل تسجيل صحيفة الحكم الأول:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1994/6/21 فى الطعن رقم 2178 لسنة 59 ق إذ جاء به:

"مفاد نص المادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها مشترى العقار على البائع له ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة - أو تسجيله - من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، ومن ثم فإن تسجيل مورث المطعون ضدهم أولاً الحكم الصادر بصحة عقد شرائه ذات المبيع من البائعة نفسها وارتداد أثر هذا التسجيل لتاريخ تسجيل صحيفة دعواه فى 1974/9/17 لا يحول دون أن يحكم بصحة عقد شراء مورث الطاعنين، إذ الثابت من الواقع المطروح على محكمة الموضوع أنه الأسبق فى تسجيل صحيفة دعوى صحة عقده إذ سجلها بتاريخ 1974/8/12 فإذا ما أشر بالحكم الصادر بصحة عقده - أو سجله - وفقاً للقانون فإنه يكون حجة على مورث المطعون ضدهم أولاً".

(طعن رقم 2178 لسنة 59 ق جلسة 1994/6/21)

290 - الأثر المترتب على تسجيل الدعاوى أو التأشير بها والتأشير بالأحكام المسجلة:

تنص المادة (1/17، 2) من قانون تنظيم الشهر العقارى (المستبدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1976) على أن:

"يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 أو التأشير بها أن حق المدعى

إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة⁽¹⁾.

(1) وقد طعن أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادتين 9، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 فى القضية رقم 59 لسنة 17 قضائية "دستورية" إلا أن المحكمة قضت بجلسة 1997/12/6 برفض الدعوى (الحكم منشور بالجريدة الرسمية العدد 51 فى 1997/12/18). وننشر الحكم فيما يلى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعية كانت قد أقامت ضد ورثة المرحوم كمال محمد خليل، الدعوى رقم 1512 لسنة 1987 مدنى كلى شمال القاهرة، بطلب الحكم بانعدام ميراثهم فى العقار رقم 13 شارع البحرين (شامبليون سابقاً) المقام على القطعة 5 من المربع رقم 40 تقسيم مصر الجديدة، وكذلك ببطلان وشطب إشهار حق الإرث رقم 2893 فى 1986/10/2 وما يترتب على ذلك من آثار، وكان سندها فى ذلك تملكها من والدتها زهيرة حسنين كامل أرض وبناء هذا العقار، وذلك بناء على العقد المؤرخ 1961/1/3 المحكوم بصحته ونفاذه فى الدعوى رقم 773 لسنة 63 مدنى كلى القاهرة المشهورة بصحتها. كما صدرت شهادة الإفراج عن تركة المرحومة زهيرة حسنين، ثابت بها إخراج العقار المتنازع عليه من تركتها، وأنه صار مملوكاً لابنتها المدعية. هذا فضلاً عن أنها - أى المدعية - تضع يدها منذ وفاة والدتها على كامل أرض وبناء ذلك العقار.

وبجلسة 1994/5/31 قضت محكمة شمال القاهرة الابتدائية برفض طلب المدعية فى الدعوى رقم 1512 لسنة 1987 الحكم بانعدام إرث المدعى عليهم فيها، فاستأنفت حكمها أمام محكمة استئناف القاهرة تحت رقم 15441 لسنة 111 قضائية، طالبة الحكم مجدداً بطلانها السابق إيدائها أمام محكمة أول درجة. ثم دفعت أثناء نظر استئنافها وقبل الفصل فيه - بعدم دستورية المادتين 9، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى، فقررت المحكمة تأجيل نظره إلى أن تتخذ إجراءات الطعن بعدم دستورية هاتين المادتين، فأقامت الدعوى الماثلة.

وحيث إن المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى تقضى بأن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، يجب شهرها بطريق التسجيل. =

= وتنص المادة 15 من هذا القانون على ما يأتى: "يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأسمى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك 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. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بجدول المحكمة".

كذلك تنص المادة 17 من ذلك القانون بأن "ترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 أو التأشير بها، أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤثر به طبقا للقانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة.

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول".

وحيث إن المدعية تنعى على المادتين 9، 17 المشار إليهما، ترتيبهما الملكية على أساس أسبقية الشهر، ومخالفتها بالتالى لأحكام المادتين 32، 34 من الدستور اللتين تحميان الملكية الخاصة التى لا يتعارض استخدامها مع الخير العام للشعب. وسندها فى ذلك أن المادة 135 من القانون المدنى تقضى بأنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام كان العقد باطلا. ومن ثم لا يصح التسجيل عقدا باطلا، ولا يبطل عقدا صحيحا. والقاعدة أنه لا ميراث لغير وراث، ولا ميراث إلا بعد سداد الديون، ولا توريث إلا فيما يخلفه المورث وقت وفاته. وإذ كانت المادة 49 من القانون المدنى تلزم البائع وخلفه العام والخاص كليهما بضمان التعرض، وكان هذا الضمان أبديا يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر، فقد صار محتوما ألا يقبل ادعاء الوارث ملكية المبيع الذى باعه مورثه، بناء على مجرد تراخى المشتري فى التسجيل، ذلك أن من يضمن نقل الملكية لغيره، لا يجوز له أن يدعيها لنفسه. وما يجرى على البائع يجرى على خلفه، فلا يجوز للوارث التمسك ضد المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر من المورث. بل يجب أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل ملكية المبيع، ولو كان التصرف اللاحق مسجلا، صونا للنظام العام، خاصة إذا اقترن البيع بوضع اليد المكسب للملكية.

وأضافت المدعية أن الدستور حرص على صون الملكية الخاصة وكفل عدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود والقيود التى أوردها باعتبارها مترتبة فى الأصل على =

= الجهد الخاص الذى بذله الفرد بكده وعرقه، وبوصفها حافزه إلى الانطلاق والتقدم، وكانت الأموال التى يرد عليها حق الملكية تعتبر مصدرا من مصادر الثروة القومية التى لا يجوز التفریط فيها، فإن نقل الملكية لا يجوز أن يكون مرتبطا بالسبق إلى التسجيل. وإذ جرت المادتان 9، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى على غير هذا النظر، فإنهما ينحلان إخلالا بالنظام العام، وإهدارا للمادتين 32، 34 من الدستور.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ارتباطها عقلا بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى، وكانت المدعية تطلب إنفاذ عقد البيع الابتدائى المؤرخ 1961/1/3 المعقود بين المدعية ووالدتها فى شأن عقار النزاع، تأسيساً على أن عدم تأشيرها بالحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفة لا يجوز أن يسقط سند ملكيتها ولو لم يسجل، فإن مصلحتها الشخصية تنحصر فى النصوص القانونية التى تنظم الآثار التى رتبها قانون الشهر العقارى فى شأن تسجيل الأعمال القانونية أو التأشير بالأحكام الصادرة فى شأنها.

وحيث إن الملكية وإن كفلها الدستور، إلا أن تنظيمها بما لا يعطل فحواها، أو يهدر أصلها أو يغرق أجزائها، أو يعطل الحقوق المتفرعة عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، إنما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، تقديرا بأن الأصل هو إطلاقها إلا إذا قيدها الدستور بضوابط تحد منها.

وحيث إن الملكية وغيرها من الحقوق العينية الأصلية، كانت فى ظل القانون المدنى القديم تنتقل فيما بين العاقدین بالعقد دون ما ضرورة للتسجيل، وكان التسجيل فى هذا القانون شأن التسجيل وفقا لقانون الشهر العقارى القائم، لا يبطل عقد صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا، وكان كثير من المتعاقدين فى ظل القانون المدنى القديم، قد عزفوا عن شهر تصرفاتهم باعتبار أن العقد غير المسجل قد نقل إليهم الملكية فيما بينهم وبين المتعاملين معهم مما زرع أسس نظام الشهر ذاتها، ومكن كثيرا من البائعين من التعامل فى العقار الواحد أكثر من مرة بعد تصرفهم الأول فيه، وكانت الأموال التى يخلفها الشخص إرثا وكذلك وصاياه، لا تعتبر فى ظل القانون المدنى القديم تصرفا قانونيا فيما بين الأحياء، فلا يجب شهرها، إلا أن المشرع أدخل بعدئذ تطورا ملحوظاً فى قواعد الشهر التى نظمها بالقانون رقم 114 لسنة 1946 الصادر فى 1946/8/11، والمعمول به ابتداء من أول يناير 1947.

وحيث إن تطور قواعد الشهر وفقا للقانون القائم، تمثل فى النصوص التى تضمنها محددات بها المحررات التى أخضعها فى شهرها لنظام التسجيل، وكذلك تلك التى ألزمتها بالخضوع لنظام القيد. ومن ثم نص فى المادة 9 على إخضاع الحقوق العينية العقارية الأصلية سواء فى مجال إنشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لنظام التسجيل، وكذلك الأحكام النهائية التى =

= أثبتتها، فإذا لم تسجل فإن إنشاءها أو تغييرها أو زوالها لا يتم، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى غيرهم، وإنما تنحصر آثارها في مجرد التزامات شخصية ترتبها فيما بين ذوى الشأن فيها. ثم ألحق قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة انتقال الأموال إرثاً - وهى واقعة مادية - بالحقوق العينية الأصلية التى ينقلها أصحابها إلى غيرهم من خلال تصرفاتهم القانونية، محتماً تسجيل ذوى الشأن لسنداتهم التى يثبتون بها إرثهم، فإذا ما باشر أحدهم قبل هذا التسجيل، تصرفاً قانونياً فى شأن حق من الحقوق التى خلفها المتوفى، فإن شهره لا يكون جائزاً (مادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقارى).

وحيث إن هذا القانون أفرد لدعوى صحة التعاقد - وكلما كان محلها أحد الحقوق العينية العقارية الأصلية - أحكاماً اختصاصاً بها، وذلك بأن جعل تسجيل صحيفتها لازماً، فإذا ما تقرر حق المدعى بحكم، وأُشِرَ به عليها طبقاً للقانون، صار هذا الحق حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (المادتان 15، 16 من ذلك القانون).

وحيث إن ما تقدم مؤداه، أن قانون تنظيم الشهر العقارى القائم، توخى حمل المتعاملين فى الحقوق العينية العقارية الأصلية على تسجيل عقودهم، فجرد البيوع التى لا يتم تسجيلها من كل أثر فى مجال نقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الأغيار. ومن ثم أصبح نقلها فيما بين المتعاقدين مترخياً إلى ما بعد التسجيل بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيحة بمجرد عقدها، وصار الاحتجاج بها فى مواجهة الغير كذلك متوقفاً على تسجيلها، متى كان ذلك، وكانت المدعية لم تؤشر بالحكم الصادر لصالحها على صحيفة دعوى صحة التعاقد التى أقامتها ضد خصومها، وكان تسجيلها لهذه الصحيفة ليس كافياً وحده لأن ينقل إليها الحقوق التى تدعيها فى شأن العقار المتنازع عليه، وكان ورثة المرحوم كمال محمد خليل قد قاموا بشهر حق إرثهم قبل أن تؤشر هى على صحيفة دعوى صحة التعاقد التى أقامتها ضدهم بالحكم الصادر لصالحها فيها، فإن سبقهم إلى شهر هذا الحق، يكون ناقلاً من دونها للأموال التى ورثوها.

وحيث إن انتقال الملكية - وفقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى القائم - إلى الأسبق إلى تسجيل الحقوق التى يطلبها أو التأشير بها، لا يعدو أن يكون ترتيباً فيما بين المتزاحمين عليها لتقرير أولاهم وأحقهم فى مجال طلبها أو اقتضاها.

ولا مخالفة فى ذلك للحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية المنصوص عليه فى المادتين 32، 34 منه، ذلك أن الإخلال بهذه الحماية لا يتحقق - فى الأعم من الأحوال - إلا من خلال نصوص قانونية تفقد ارتباطها عقلاً بمقدماتها، فلا يكون لها من سواء. ولا كذلك الأمر فى شأن الحقوق العينية العقارية الأصلية التى تقاس أصحابها عن شهرها مع علمهم =

وهذه المادة تقابل المادة 12 من قانون التسجيل، وهى تفرق فى الحكم بين التصرفات التى يأتيتها المدعى عليه بعد تسجيل الدعوى المرفوعة عليه أو التأشير بها، وبين التصرفات السابقة على هذا التسجيل أو التأشير. ونبين ذلك تفصيلا فيما يلى:

291- أولا: الأثر المترتب على التصرفات التى يبرمها المدعى عليه بعد

تسجيل الدعوى أو التأشير بها ثم التأشير بالحكم الصادر فى الدعوى:

التصرفات التى يبرمها المدعى عليه بعد تسجيل الدعوى أو التأشير بها على حسب الأحوال، سواء كانت دعوى فسخ أو بطلان أو إلغاء أو رجوع. ... إلخ، لا تسرى فى حق المدعى ويستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق قد تقررت بتصرف رضائى صادر من البائع له أو نتيجة إجراءات تنفيذ عقارى اتخذت ضد هذا البائع. فلو كان المدعى عليه قد رتب أى حق من الحقوق العينية على العقار للغير، فلا تسرى فى مواجهة المدعى، ولو كان هذا الغير فى الواقع حسن النية يجهل أن سند سلفه مطعون فيه، لأن المشرع يكتفى هنا بالعلم القانونى المستفاد من حصول التسجيل أو التأشير، إذ كان يجب على الغير قبل الإقدام على التصرف أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة الدعوى قد شہرت. ومعنى هذا أن المدعى عليه لو كان بائعا وباع العقار لمشتري ثان وسجل الأخير عقده فى الفترة ما بين تسجيل صحيفة الدعوى والتأشير بمنطوق

= بالآثار التى رتبها المشرع على تخلفهم هذا، ولأن المشرع ما قرر نظم الشهر المطعون فيها إلا ضمانا للانتماء فى مجال التعامل فى العقار فى شأن حقوق عينية نافذة بطبيعتها فى حق الكافة، وكان لازما بالتالى أن يبسر المشرع لمن يتعاملون فيها العلم بوجودها من خلال شهر الأعمال القانونية التى تعتبر مصدرا لها، إثباتا لحقائقها وبياناتها الجوهرية، فلا يكون أمرها خافيا، وبمراعاة أن شهر هذه الأعمال وإن كان لازما، إلا أن هذا الشهر لا يحيل العقود الصادرة فى شأنها إلى عقود شكلية تفقد طبيعتها الرضائية، وإنما تظل للعقود غير المشهورة خصائصها ونواتجها، فلا تتحسر آثارها - وفيما عدا نقل الملكية - عنها. وحيث إن النصوص المطعون عليها لا تتعارض مع أى حكم آخر فى الدستور من أوجه أخرى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعية المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أنعاب الحمامة.

الحكم النهائي الصادر فيها في هامش التسجيل فإن المدعى (المشتري الأول) هو الذى يفضل.

وإذا اتخذت إجراءات نزع ملكية العقار المبيع بعقد ابتدائي، وسجل تنبيه نزع الملكية بعد تسجيل صحيفة دعوى التعاقد، تعين القضاء ببطلان تلك الإجراءات لارتداد أثر تسجيل الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "يقضى القانون بأنه في حالة تزامم مشتري لعقار واحد من مالك واحد فإن الأفضلية بينها تكون لصاحب العقد الأسبق في التسجيل. فمتى تبين أن أحد المشتريين المتزاممين قد رفع دعوى بصحة تعاقد وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشتري الآخر ثم سجل الحكم الصادر له بصحة التعاقد فإن هذا الحكم يعتبر أسبق تسجيلاً ويفضل عقد المشتري الآخر. ولا محل بعد ذلك لإقحام المادة 146 من القانون المدني لإجراء حكمها على المشتري بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد فيسرى عليه ذلك الحكم أو للبحث في أن علمه هذا كان مقترنا بعلمه بحصول تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من أثره لأن تسجيل حكم صحة التعاقد يغنى في تحقق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشتري في المادة 146 المشار إليها".

(طعن رقم 76 لسنة 24 ق جلسة 1958/3/27)

2- "مؤدى نص المادتين 9، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة لا يترتب عليه نقل الملكية إلى المشتري بل تبقى هذه الملكية للبائع وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتر آخر صادراً من مالك. ولا يحول دون الحكم للأخير بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول وصدر حكم لصالحه بصحة تعاقد".

(طعن رقم 243 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/14)

3- (أ) - "مفاد نص المادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بتنظيم الشهر العقاري أن تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشتري على البائع

بإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشتري حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. فإذا كان المطعون ضدهما قد سجلا صحيفة دعواهما (بصحة التعاقد) قبل أن يسجل الطاعن (مشتري ثان) عقده الصادر إليه من ذات البائع فإنهما لا يحتاجان بهذا التسجيل الأخير ولا تنتقل به الملكية إلى الطاعن بالنسبة إليهما وعلى ذلك فلا يحول هذا التسجيل دون أن يحكم لهما بصحة ونفاذ عقدهما العرفي حتى إذا أشر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على الطاعن".

(ب)- "تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التي يرفعها المشتري على البائع - على ما قضت به المادة 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 - يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة، سواء كانوا خصوما في تلك الدعوى التي سجلت صحيفةها أو ظلوا بعيدين عنها".

(طعن رقم 206 لسنة 34 ق جلسة 1967/10/19)

4- "لا يترتب على التسجيل أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عيني آخر على عقار أو نقله. وأن القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقاري إذ أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة 15 تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون، انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صيغة الدعوى (م17) إنما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذي يقرر حق المدعى فيها".

(طعن رقم 527 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/9)

5- "إن القانون رقم 114 سنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري، يقضى بأن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت، وتسجيل الصحيفة يحفظ لرافع الدعوى حقوقه من تاريخ حصوله، بحيث أنه متى حكم له بطلانيته فإن الحق الذي قرره الحكم ينسحب إلى يوم تسجيل الصحيفة إذا كان قد

تأثر بهذا الحكم طبقاً للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع أو ما صدر من مورثه من تصرفات أشهرت بعد هذا التاريخ، ومفاد ذلك أنه لا يكفي لاعتبار العقد مسجلاً تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد أية حجية بالنسبة لتسجيل العقد".

(طعن رقم 19 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

6- "تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التي يرفعها المشتري على البائع. على ما قضت به المادة السابعة عشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري - يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة، وإذا كان هذا الأثر لا يزول بدخول النائب القانوني عن المشتري في الدعوى للحكم له بالطلبات التي تضمنتها الصحيفة المسجلة. .. الخ".

(طعن رقم 350 لسنة 39 ق جلسة 1974/11/21)

7- "الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع - كما أن الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عيني آخر على عقار ونقله وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقاري أجاز بالمادتين 15، 17 منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهذا استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه".

(طعن رقم 890 لسنة 45 ق جلسة 1978/6/27)

8- "تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على مقتضى نص المادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بتنظيم الشهر العقاري المعدل والتأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة يترتب عليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حق المشتري إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون

حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى".

(طعن رقم 345 لسنة 48 ق جلسة 1983/1/26)

9- "مؤدى ما يرتبه القانون من زوال حجية الحق العينية بسبب لاحق أن تزول بالتبعية حجية الحكم السابق صدوره استنادا إلى هذا الحق. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الثانى سجل صيغة دعواه بصحة التعاقد قبل تسجيل الطاعنين عقد شرائهم فإن سبق حصولهم بهذا العقد على حكم نهائى بثبوت ملكيتهم لذلك العقار لا يكون حجة على المطعون ضده بعد أن قام بالتأشير بمنطوق الحكم بصحة عقده فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1148 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/5)

10- "لا يكفى مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لاعتبار العقد مسجلا ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة على أنه إذا ما صدر حكم وتأشّر به على هامش تسجيل الصحيفة فإن تاريخه ينسحب إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى".

(طعن رقم 1305 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/8)

11- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بتنظيم الشهر العقارى أن تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشتري على البائع بإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشتري حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، وإذ كان الثابت أن المطعون ضدهم الثلاثة الأول قد سجلوا صحيفة دعواهم بتاريخ 1974/9/23 عن طلب صحة العقدين فإن الطاعن الأخير يحتاج بهذا التسجيل السابق على تسجيل عقده بتاريخ 1974/11/6 ولو كان حسن النية، ولا يحول التسجيل اللاحق لعقده دون الحكم للمطعون ضدهم بصحة عقديهم".

(طعن رقم 1129 لسنة 51 ق جلسة 1984/12/20)

292 - ترتيب أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها ولو لم يكن

الغير خصما فى الدعوى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها المشتري على البائع - على ما قضت به المادة 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946- يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة، سواء كانوا خصوما فى تلك الدعوى التى سجلت صحيفةها أو ظلوا بعيدين عنها".

(طعن رقم 206 لسنة 34 ق جلسة 1967/10/19)

293 - يشترط لتحقيق الأسبقية مطابقة العقار الوارد بصحيفة الدعوى

للعقار الوارد بالعقد :

يشترط لتحقيق الأسبقية بتسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها حسب الأحوال أن يكون العقار محل التصرف كالبيع هو ذاته الوارد بالعقد لأن أساس الشهر هو اتحاد العقار فى كل من التصرف وإشهار التصرف.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأفضلية لا تثبت لرافع دعوى صحة التعاقد وفقا للمادة 17 من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946، إلا إذا كان مستحقا لما يدعيه، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان المبيع المحدد فى صحيفة الدعوى، هو بذاته المبيع الذى كان محلا للبيع، لأن أساس الشهر هو اتحاد العقار فى كل من التصرف، وإشهار التصرف".

(طعن رقم 274 لسنة 35 ق جلسة 1971/4/29)

294 - ترتيب أثر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد بإثبات

الصلح :

يترتب أثر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد من حيث ارتداد الاحتجاج به على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، سواء كان الحكم صادرا بصحة التعاقد أو بإثبات الصلح الذى انعقد بين الطرفين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"أثر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، ويستوى فى ذلك أن يكون هذا الحكم الصادر فى الدعوى هو حكم فاصل فى موضوع النزاع المردد فيها أم اقتصر على إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وجعله فى قوة السند التنفيذى إذ يعتبر توثيق المحكمة لهذا الصلح الذى انعقد بين طرفى التداعى فى نطاق تلك النصوص بمثابة حكم تنتهى به الدعوى فينتج ذات أثر غيره من الأحكام بصدد التسجيل".

(طعان رقما 906، 978 لسنة 51 ق جلسة 1988/1/7)

295 - عدم جواز شطب تسجيل عقد تال لتسجيل صحيفة دعوى صحة

تعاقد عن عقد بيع قبل الحكم فيها وتسجيل الحكم :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها:

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يكفى لنقل الملكية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به وفقا للمادتين 15، 17 من القانون رقم 114 لسنة 1946 المعدل وفى هذه الحالة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، وبأن القضاء لشطب تسجيل المشتري لعقده قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر صادر عن ذات الأطيان المبيعة والمسجلة فى تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه هو قضاء سابق لأوانه ذلك أن الحكم بشطب التسجيل لا يكون إلا بعد الحكم بصحة التعاقد والتأشير بذلك فعلا على هامش تسجيل صحيفة تلك الدعوى وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد أى حجية بالنسبة لتسجيل العقد".

(طعن رقم 2056 لسنة 58 ق جلسة 1992/6/17)

296 - ارتداد أثر التأشير بمنطوق الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة

أو التأشير بها استثناء لا يجوز التوسع فيه :

ارتداد أثر التأشير بمنطوق الحكم النهائى إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها وارد على سبيل الاستثناء فلا يصح التوسع فيه أو القياس عليه، فهو مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التى يكسبها الغير على العقار ذاته بعد

تسجيل صحيفة الدعوى، فإذا كان رافع دعوى صحة التعاقد بعد أن سجل صحيفتها قد طلب الأخذ بالشفعة فى عقار مجاور للعقار موضوع هذه الدعوى كان طلبه على غير أساس لعدم ثبوت ملكيته للمشفوع به وقت طلب الشفعة، ولأن الأثر الرجعى للتأشير بحكم صحة التعاقد لا يفيد ثبوت الملك له من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات ملكية الشفيع للأطيان المشفوع بها والتي لم يسجل عقد مشتراها إلى ما جاء بعريضة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من الشفيع من أن الشفيع يجاور الأطيان المشفوع بها من حدين وإلى تأشير مصلحة الشهر العقارى على عريضتى دعوى صحة التعاقد ودعوى الشفعة فإنه يكون - فضلا عن مخالفته للقانون - قد شابه قصور يبطله، ذلك أن هاتين العريضتين ليستا فى حد ذاتهما دليلا على الملكية كما أنهما لا يبين فيهما سبب هذه الملكية وسندها، وعقد الشفيع غير مسجل فلا تنتقل الملكية بموجبه وليس يغنى من التسجيل مجرد اتفاقات الخصوم أو إقراراتهم".

(طعن رقم 110 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/8)

2- (أ) - "من المقرر قانونا أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة، أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه، وأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وأما عقد البيع الذى لم يسجل فلا ينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه".

(ب) - "الأصل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن 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، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين 15، 17 منه تسجيل صفح 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 الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه".

(طعن رقم 14 لسنة 38 ق جلسة 1973/2/24)

3- "مفاد النص في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 أن تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع لا يكون حجة على من ترتبت لهم بعده حقوق على ذات المبيع إلا إذا تم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش ذلك التسجيل خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائياً وأن فوات هذا الميعاد دون حصول التأشير يترتب عليه وبقوة القانون زوال حجية أثر تسجيل الصحيفة قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار المبيع في تاريخ لاحق على تسجيلها".

(طعن رقم 433 لسنة 57 ق جلسة 1992/1/15)

297- **ثانياً: حكم التصرفات التي يبرمها المدعى عليه قبل تسجيل**

الدعوى أو التأشير بها:

تكون جميع التصرفات التي يبرمها المدعى عليه قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها لصالح الغير، سارية في مواجهة المدعى إذا كان هذا الغير حسن النية وقام بشهر حقه وفقاً للقانون.

ويعتبر الغير سئ النية إذا كان يعلم حقيقة، أو حكماً بالسبب الذي يستند إليه المدعى في الطعن في سند المدعى عليه، حقيقة كما لو كانت الدعوى المرفوعة على المدعى عليه هي دعوى بطلان لعيب من عيوب الرضا وكان الغير يعلم بالعيب الذي يجيز الطعن في سند سلفه وحكماً، كما لو كانت الدعوى المرفوعة هي دعوى فسخ لعدم وفاء المدعى عليه (المشتري مثلاً) بالثمن في الأجل المتفق عليه وكان مذكوراً في عقد البيع المسجل أن الثمن مؤجل، فهنا يفترض علم الغير بسبب الفسخ ولو كان في الواقع يجهله⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(1) أنور سلطان ص 200 وما بعدها - سليمان مرقس ص 323 وما بعدها.

1- "الغير سئ النية في معنى المادة 2/17⁽¹⁾ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 هو الذي كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النية في معنى المادة المذكورة لأنه يكون في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده، ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون المشار إليه يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوء الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن. فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى المادة 2/17 من القانون المذكور".

(طعن رقم 156 لسنة 21 ق جلسة 1954/5/13)

2- "النص في الفقرة الأولى من المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 على أن: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، وفي فقرتها الثانية على أن ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما. يدل على أن الغير سئ النية في معنى الفقرة الثانية من تلك المادة هو الذي كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه. أما من تعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النية في معنى المادة المذكورة لأنه

(1) كانت المادة (17) تنص في فقرة ثالثة على أن: "ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى" وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادي. وقد صححها المرسوم الصادر في 29 سبتمبر بحذفها تصحيحاً للنص.

يكون فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع ذات العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده".

(طعن رقم 3267 لسنة 59 ق جلسة 1991/4/28)

3- .. "الغير سئ النية فى معنى الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقارى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو الذى كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه بأن كان يعلم بأن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه تصرف فى العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النية فى معنى المادة المذكورة لأنه فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع ذات العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده".

(طعن رقم 433 لسنة 57 ق جلسة 1992/1/15)



(أحكام قانون المرافعات فى الشهر)

(أولا)

شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد

على حق من الحقوق العينية العقارية

والطلب العارض وطلب التدخل

298- النصوص القانونية :

الفقرة الثانية من المادة (65) مرافعات (المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991)⁽¹⁾:

"ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفة".

مادة (126 مكررا) مرافعات مضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991: "لا يقبل الطلب

العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة التى أثبت فيه".

299- إيجاب شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق

العينية العقارية والطلب العارض وطلب التدخل :

رأينا فيما سلف أن المادة (15) من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة

1964 أوجبت تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، وأوجبت المادة

16 من القانون التأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى هذه الدعاوى فى هامش

تسجيلها ثم نصت المادة 17 على أن يترتب على تسجيل هذه الدعاوى أن حق المدعى

(1) بتعديل بعض أحكام القرار بالقانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون

المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 والقوانين أرقام 222 لسنة

1955 و 107 لسنة 1976 و 136 لسنة 1981 و 228 لسنة 1989 - وقد صدر القانون فى

1991/3/13 و نشر بالجريدة الرسمية العدد (10 مكرر) فى ذات اليوم وعمل به من اليوم التالى

لتاريخ نشره (م 11 من القانون).

إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى.

أما الفقرة الأخيرة من المادة (65) مرافعات، فقد رتب على عدم شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية - كما سنرى تفصيلا - عدم قبول الدعوى، كما رتب المادة (126 مكررا) على عدم شهر صحيفة الطلب العارض أو طلب التدخل أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه، إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، عدم قبول الطلب.

وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا الحكم بقولها:

"وعلى قاعدة من هذا النظر، أصدر المشرع المصرى القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى، حيث أوجبت أحكامه شهر جميع التصرفات العقارية والأحكام النهائية التى من شأنها إنشاء أو تقرير حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وجعل المناط فى انتقال الملكية أو الحق العينى هو إجراء هذا الشهر الذى لا يغنى عنه أى إجراء قانونى آخر يرتبط بهذا القانون، ويصبح المنفذ الحقيقى لإنزاله منزلة التطبيق الفعلى للقانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر والمعدل بالقانون رقم 94 لسنة 1980.

على أن الظاهرة التى سجلها التطبيق الفعلى للقانونين معا، هى أنه بالرغم من خطورة الأثر القانونى الذى رتبته القانون رقم 114 لسنة 1946 على عدم شهر التصرفات العقارية، فإن نسبة كبيرة من المواطنين تحجم عن إجراء هذا الشهر فى اكتفاء من بعضهم بالمحركات العرفية، ولجوء من البعض الآخر منهم إلى القضاء للحصول على أحكام بصحة ونفاذ هذه المحركات دون تسجيلها، حتى أن نسبة دعاوى صحة التعاقد كما تكشف عنها الإحصاءات، تبلغ لدى كثير من المحاكم أكثر من 50% من مجموع الدعاوى المدنية المنظورة أمامها.

ولا يخفى ما لهذه الظاهرة من آثار سلبية سواء على صعيد المستوى المنشود لاستقرار الملكية العقارية أو على مستوى ما يضيع على الخزانة العامة من موارد كانت تكفل تحقيقها الرسوم المستحقة على الشهر فيما لو تم هذا الشهر".

وقد طعن فى القضية رقم 33 لسنة 21 قضائية دستورية بعدم دستورية نص

الفقرة الثانية من المادة 65 مرافعات تأسيسا على أنه قد وضع قيда على حق المواطن في اللجوء إلى القضاء بالمخالفة للمادة (68) من الدستور فضلا عن أنه يمس الحرية الشخصية ويناقض مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة 2000/11/4 برفض الدعوى، وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد (46) في 2000/11/16⁽¹⁾.

(1) وننشر فيما يلي الحكم المذكور:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 4 نوفمبر سنة 2000م الموافق 8 من شعبان سنة 1421 هـ.

برئاسة السيد المستشار / محمد ولي الدين جلال. رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: حمدي محمد علي وعبد الرحمن نصير والدكتور عبد المجيد
فياض وماهر البحيري وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله.
وحضور السيد المستشار / عبد الوهاب عبد الرازق. ...

رئيس هيئة المفوضين.

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن. أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 33 لسنة 21 قضائية "دستورية".

المقامة من

السيد / محمد الراوى جاد عبد الجليل.

ضد

1- السيد / حشمت محمود محمد الشاذلى.

2- السيدة / اعتدال محمد والى عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر.

3- السيد رئيس مجلس الوزراء.

4- السيد المستشار وزير العدل.

=

الإجراءات

=

بتاريخ الرابع والعشرين من فبراير سنة 1999، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالباً الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 65 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968. وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى. وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم 721 لسنة 1995 مدنى البلبنا ضد المدعى عليه الأول، ابتغاء الحكم بصحة ونفاذ عقد بيع أرض زراعية مؤرخ 1989/8/1، وقد تدخلت المدعى عليها الثانية خصماً فى الدعوى طالبة رفضها باعتبارها مالكة لذات العقار. وبتاريخ 1997/5/28 قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى الأصلية لعدم إشهار صحيفة إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة (65) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وبتثبيت ملكية المدعى عليها الثانية لقطعة الأرض موضوع النزاع، فأقام كل من المدعى والمدعى عليه الأول الاستئناف رقمى 146، 164 لسنة 1997 جرحاً حيث دفع المدعى فى صحيفة استئنافه بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (65) المشار إليها، وإذ قدرت محكمة الاستئناف جدية دفعه وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المادة (65) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 - قبل تعديلها بالقانون رقم 18 لسنة 1999 - كانت تنص على أن "على المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدى الرسم كاملاً وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صوراً من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب، وعليه أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة".

ثم صدر القانون رقم 6 لسنة 1991 بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه ونص فى المادة الخامسة منه على أن "تضاف إلى كل من المادتين (65)، (103) من قانون المرافعات المدنية والتجارية فقرة جديدة نصها الآتى:

مادة (65 فقرة ثانية):

"ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفةها".

= وحيث إن المدعى ينعى على نص الفقرة الثانية من المادة (65) المشار إليها أنه قد وضع قيداً على حق المواطن في اللجوء إلى القضاء بالمخالفة للمادة (68) من الدستور، فضلاً عن أنه يمس الحرية الشخصية ويناقض مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون.

وحيث إن الملكية وإن كفلها الدستور، إلا أن تنظيمها - بما لا يعطل فحواها، أو يهدر أصلها. أو يفرق أجزائها، أو يعطل الحقوق المتفرعة عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية - إنما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق تقديراً بأن الأصل هو إطلاقها إلا إذا قيدها الدستور بضوابط تحد منها، وكان المشرع قد أصدر القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري ناصاً على إخضاع الحقوق العينية العقارية الأصلية سواء في مجال إنشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لنظام التسجيل، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، فإذا لم تسجل انحصرت آثارها في مجرد التزامات شخصية ترتبها فيما بين ذوى الشأن فيها. كما جعل لتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد - كلما كان محلها أحد الحقوق العينية العقارية الأصلية - أثراً هاماً بحيث إذا ما تقرر المدعى بحكم وافر به عليها طبقاً للقانون، صار هذا الحق حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها، باعتبار أن انتقال تلك الحقوق إلى الأسبق إلى إتمام إجراءات شهرها لا يعدو أن يكون ترتيباً منطقياً وعادلاً فيما بين المتزاحمين عليها لتقرير أولاهم وأحقهم في مجال طلبها واقتضاها وحمايتها.

وحيث إن التطبيق العملي أظهر قصور القانون عن تحقيق أهدافه لإحجام الكثير من أصحاب الحقوق العينية العقارية عن شهرها اكتفاء باللجوء إلى طريق دعاوى صحة التعاقد دون تسجيلها، وكان المشرع ما قرر نظم الشهر إلا كفالة للاطمئنان في مجال التعامل في العقار، تحقيقاً للحماية التي يكفلها الدستور لحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق عينية، نافذة بطبيعتها في حق الكافة، فقد غدا لازماً - بالتالي - أن ييسر المشرع على من يتعاملون فيها العلم بوجودها من خلال شهر الأعمال القانونية التي تعتبر مصدراً لها، إثباتاً لحقائقها وبياناتها الجوهرية، فلا يكون أمرها خافياً على أولئك المتعاملين، ومن ثم فقد كان لزاماً على المشرع تأكيداً لهذه الحماية أن يتدخل مرة أخرى بالنص المطعون فيه الذي علق قبول دعوى صحة التعاقد على شهر صحيفةها.

وحيث إن من المقرر - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - أن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على حقوق يطلوبونها، فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها، أو تحول دونها، كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور =

300- شروط إعمال الفقرة الثانية من المادة 65 والمادة 126 مكررا من قانون المرافعات؛

يشترط لإيجاب شهر صحيفة الدعوى أو الطلب العارض أو طلب التدخل أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه توافر الشروط الآتية:

(أ) - أن تكون الدعوى المرفوعة، بطلب صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية.

وأن يكون الطلب العارض أو طلب التدخل محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية.

= لهذا الحق، وإنكارا لحقائق العدل فى جوهر ملامحها، ولما كانت شروط قبول الدعوى وثيقة الصلة بالحق فى رفعها، وغايتها ألا تقبل الخصومة القضائية قبل أوانها، أو بعد انتهاء النزاع فى موضوعها، أو قبل استيفائها لعناصر تكفل نضجها أو تماسكها واستوائها على سوقها. بحيث تضحي جدية بتحقيق الغاية المرجوة لحق التقاضى، فإن تدخل المشرع باعتبار شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد شرطا لقبولها بهدف الوصول بهذه الدعوى إلى غايتها وحصول المدعى على الترضية القضائية المرجوة المتمثلة فى كفالة الحماية القانونية للحقوق العينية التى يدعيها، لا يصادم حق التقاضى الذى كفله الدستور فى المادة (68) منه.

وحيث إن دعوى صحة التعاقد تستهدف مواجهة تقاعس المدعى عليه عن تسجيل حق من الحقوق العينية العقارية. بتمكين المدعى من الحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد الأصيل، فإن النص الطعين وقد ألزمه بشهر صحيفة تلك الدعوى لا يكون قد سلبه حق المفاضلة بين تسجيل العقد أو الإبقاء عليه بغير تسجيل، ومن ثم فإن القول بأنه يفرض قيда على إرادة المتعاقدين يكون وهما.

وحيث إن النص المطعون عليه يخاطب كل من يلجأ إلى رفع دعوى صحة التعاقد عن حق من الحقوق العينية العقارية ولا يقيم تمييزا بين مراكز قانونية تتحد العناصر التى تكونها، أو يناقض ما بينها من اتساق، بل يظل المخاطبون به ملتزمين بقواعد موحدة فى مضمونها وأثرها، كما لاصلة له بفرص قائمة تقدمها الدولة يجرى التزام عليها، فإن حالة مناقضته لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص تكون لغوا.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى بالمصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أنعاب الحمامة.

وقد يكون الحق العينى حق ملكية، وعلى رأس الحقوق العينية العقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار وأهم هذه العقود هو عقد البيع، فترفع دعوى صحة التعاقد على بيع عقار.

كما قد يكون الحق العينى أحد الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع أو حق السكنى أو الاستعمال أو الحكر أو حقوق الارتفاق.

كما قد يكون الحق العينى حقا عينيا تبعا كالرهن الحيازى.

ولكن يستوى بعد ذلك أن يكون العقد قد تضمن الاتفاق على إنشاء أحد هذه الحقوق أو نقله أو تغييره أو زواله، كما لو اتفق أصحاب الشأن فى العقد على إنهاء حق ارتفاق أو تفاسخ من عقد بيع عقار سبق تسجيله، أو على إنهاء حق انتفاع قبل انتهاء مدته.

ولكن يلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كان الحق الذى تضمن العقد المطلوب الحكم بصحة الاتفاق على انقضائه، مصدره العقد فإنه يتعين أن يكون هذا العقد قد سجل قبل إبرام العقد الذى تضمن الاتفاق على انقضائه، إذ فى هذه الحالة يكون محل العقد الأخير حقا عينيا عقاريا فيخضع لحكم النص، أما إذا كان العقد السابق لم يسجل بعد فإنه وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى لا ينشأ عنه سوى حق شخصى ومن ثم فإن الاتفاق اللاحق على انقضاء هذا الحق أو التفاسخ من العقد الذى تضمن الاتفاق على إنشائه أو نقله أو تغييره أو زواله لا يكون محله حقا عينيا فلا يخضع لحكم النص، وعلى ذلك إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم بصحة التعاقد الذى تضمن الاتفاق على التفاسخ من عقد بيع عرفى فإن هذه الدعوى لا تخضع لحكم النص ويسرى النص على طلب الحكم بصحة عقد القسمة الاتفاقية العقارية باعتبارها كاشفة لحق عينى عقارى، ولكن النص لا يسرى على طلب الحكم بصحة التعاقد على إنشاء أو نقل أو انقضاء حق شخصى ولو كان محله عقارا ولو كان مما يجب تسجيله كعقد وفقا لحكم المادة 11 من قانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 عقد إيجار مدته تجاوز تسع سنوات.

كما لا يسرى على دعوى طلب تسليم أطيان زراعية لأنها تستند إلى حق شخصى (1).

(1) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة 1995 ص 476- الدكتور أحمد مليجى التعليق على قانون المرافعات الطبعة الثالثة ج1 ص 407 وما بعدها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "النص في المادة 32 من القانون رقم 142 لسنة 1964 بشأن السجل العيني على أن "الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العيني، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات" والنص فى المادة 206 من القانون المدنى على أن "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم" يدل على أن المشرع فرض على المدعى اتخاذ إجراء معين هو تضمين الطلبات الواردة فى صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العيني والتأشير فى السجل العيني بمضمون الطلبات فى الدعوى وتقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر وذلك فى الدعاوى المتعلقة بحق عيني أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها وأن دعوى التسليم تستند إلى حق شخصى وبالتالي فهى ليست من الدعاوى المتعلقة بحق عيني، ولما كان هذا الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصلحة فيها ولا يتعلق بالحق فى رفعها وإنما هو قيد مؤقت إن اتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت وبالتالي فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم القبول المنصوص عليه فى المادة 115 مرافعات وبعد دفعا شكليا. لما كان ذلك وكان يشترط لإعمال هذا القيد أن تكون الدعوى متعلقة بحق عيني انصبت عليه الخصومة فيها ومن ثم فلا يكون هناك محل لإعمال هذا القيد على رفع الدعوى إذا كان المطروح فيها على المحكمة طلبا آخر.

(ب) - "إذا كان الطلب المطروح فى النزاع الماثل هو طلب تسليم الأقطان الزراعية محل عقدى البيع الابتدائيين المؤرخين 1976/2/1، 1980/2/17 (الدعوى تستند إلى حق شخصى وبالتالي فهى ليست من الدعاوى المتعلقة بحق عيني) ومن ثم فإنها لا تخضع للقيد الوارد فى المادة 32 من القانون 142 لسنة 1964 بشأن السجل العيني وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وألغى حكم أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم تسجيل صحيفتها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون إلا أنه كان عليه إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها والذى لم تقل بعد كلمتها فيه حتى لا يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضى وإذا خالف الحكم المطعون فيه ذلك وفصل فى

موضوع الدعوى فإنه يكون معيباً".

(طعن رقم 1193 لسنة 71 ق جلسة 2002/6/9)

وترتيباً على ذلك لا يخضع لحكم النص التصرفات الآتية:

1- التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوصية أو الوقف فهي تصرفات مردها الإرادة المنفردة.

2- التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد ومثالها الإقرار للغير بملكية عقار أو إقرار العقد الصادر من الغير كإقرار المالك الحقيقي بإجازة العقد الصادر في حالة بيع ملك الغير وكالإقرار الصادر بإجازة العقد القابل للإبطال، ويراعى في الإقرار أن يكون إقراراً حقيقياً بالمعنى القانوني، وليس تصرفاً منشئاً مستترا في صورة إقرار. كما أن إقرار الغير بتصرف محله عقد لا يخضع للنص إذا كان العقد موثقاً أو سبق صدور حكم بصحته إذ في هذه الحالة لن تتناول الدعوى ذلك العقد أما إذا كانت دعوى صحة الإقرار تتضمن التعرض لصحته فإنه يجب شهر صحيفتها.

3- دعاوى الطعن في التصرفات: كدعوى بطلان العقد لأى سبب من أسباب البطلان المطلق كانهدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب ودعاوى البطلان النسبى كدعاوى البطلان للغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال أو لنقص الأهلية ودعاوى صورية العقود.

4- دعاوى الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، ودعاوى الانفساخ.

5- دعاوى حل الشركة.

فجميع هذه الدعاوى لا يشترط لقبول الدعوى شهر صحيفتها لأنها إما أنها ليست عقداً وأما لأن المطلوب فيها ليس إثبات صحة التعاقد. إلا إذا أبدى فيها طلب عارض أو تدخل هجومي إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية⁽¹⁾. (ح) أن تكون هناك دعوى مرفوعة بطلب الحكم بصحة التعاقد بالشروط سالفة الذكر، أو أقيمت دعوى فرعية من المدعى أو المدعى عليه في دعوى قائمة، أو ممن

(1) المستشار يحيى إسماعيل دعوى صحة التعاقد في القانون رقم 6 لسنة 1991 بحث منشور بمجلة القضاء السنة 25- العدد الأول يناير- يونيو 1992 ص 65- المستشار مصطفى مجدى هرجه الموسوعة القضائية الحديثة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المجلد الأول الطبعة الثالثة سنة 2000 ص 805 وما بعدها.

تدخل هجوما في الدعوى أى يجب أن يكون هناك طلب مقدم إلى المحكمة بالطريق القانونى بطلب الحكم بصحة التعاقد.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه :

"... فلم يعد من الجائز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب، سواء فى ذلك اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عارض، أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة... الخ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "التعديل الحاصل بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 1991 فى مادته الخامسة على كل من المادتين 65، 103 من قانون المرافعات بإضافة فقرة جديدة إلى كل منهما تنص فى أولاهما على أنه "ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها" وفى ثانيهما على أنه "ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق" هذا التعديل وقد ورد بقانون واحد وتضمنته مادة واحدة- هى المادة الخامسة - من مواد القانون رقم 6 لسنة 1991 المشار إليه كان رائده غاية واحدة وهى - وعلى ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية - خدمة الغرض الذى تغياه المشرع من حث لأصحاب الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد فلم يعد من الجائز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب، سواء فى ذلك اتخذ شكل دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عارض أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ردد شفاهة فى الجلسة".

(طعن رقم 4685 لسنة 67 ق جلسة 2000/5/18)

2- (أ) - "وجوب شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، أو أى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من تلك الحقوق، سواء

اتخذ شلك دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عارض أو كان طلباً بإثبات اتفاق الخصوم على صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ردد شفاهة وأثبت في محضر الجلسة. جزاء عدم اتخاذ هذا الإجراء. عدم قبول الدعوى. المواد 3/65، 2/103، 126 مكرر مرافعات.

(ب) - "النص في الفقرة الثالثة من المادة (65) من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991 على أن "ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها" والفقرة الثانية من المادة (103) من ذات القانون على أن "ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق" والنص في المادة (126) مكرر من ذات القانون أيضاً على أن "ولا يقبل الطلب العارض، أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه" يدل على أن المشرع فرض على المدعى اتخاذ إجراء معين هو شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية أو أى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من تلك الحقوق، سواء اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة، أو قدم كطلب عارض من أحد طرفي الدعوى، أو من طالب التدخل في دعوى قائمة أو كان طلباً بإثبات اتفاق الخصوم على صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ردد شفاهة وأثبت في محضر الجلسة ووضع جزاء على عدم اتخاذ هذا الإجراء هو عدم قبول الدعوى".

(طعان رقما 829، 1180 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/13)

أما إذا كان المطروح على المحكمة طلب آخر غير صحة التعاقد واقتضى الأمر من المحكمة التصدي لصحة العقد كمسألة أولية في دعوى مرفوعة أمامها، كدعوى بطلب تسليم عقار نفاذا لعقد رهن حيازي أو نفاذا لعقد بيع أو بطلب ريع أو تمكين من الانتفاع أو السكنى وغير ذلك من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية. فقد ذهب رأى إلى أنه يجب في هذه الحالة شهر صحيفة الدعوى قبل الحكم فيها⁽¹⁾.

(1) المستشار يحيى اسماعيل ص 67.

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أنه لا يلزم - فى هذه الحالة شهر الصحيفة استنادا إلى ما يأتى:

- (1) أن نص الفقرة المستحدثة استثنائى فلا يجوز التوسع فى تفسيره، وقد اقتصر النص على دعوى صحة التعاقد التى ترفع بطلب الحكم بصحة العقد.
- (2) أن المادة 15 من قانون تنظيم الشهر العقارى أجازت تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وأوجبت المادة 16 منه التأشير (بمنطوق) الحكم النهائى الصادر فيها على هامش تسجيل الصحيفة، وقضاء المحكمة فى المسألة الأولية لا يرد فى المنطوق إلا إذا كان أحد طرفى الدعوى قد قدم فى هذا الشأن طلبا عارضا.
- (3) أنه لا يجوز تعليق قبول الدعوى على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ولا دخل لإرادة المدعى فيه وهو احتمال منازعة المدعى عليه⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأخير إذ قضت بأن:

1- "أ) إذ كان يشترط لإعمال هذا القيد (قيد الشهر الوارد فى المواد 3/65، 2/103، 126 مرافعات) أن يكون المطلوب فى الدعوى الحكم بصحة تعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، وأن يكون هناك طلب مقدم إلى المحكمة بالطريق القانونى بذلك، سواء أبدى هذا الطلب بصفة أصلية فى صورة دعوى مبتدأة أو أبدى فى صورة طلب عارض فى دعوى قائمة من المدعى أو المدعى عليه فيها، أو ممن يتدخل فيها مطالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى، وبالتالي فلا يكون هناك محل لإعمال هذا القيد على رفع الدعوى إذا كان المطروح فيها على المحكمة طلب آخر غير صحة التعاقد، ولو اقتضى الأمر للفصل فيه التعرض لصحة العقد كمسألة أولية يجب على المحكمة الفصل فيها قبل الفصل فى الطلب المطروح عليها، ذلك أنه لا شبهة فى أن النصوص التى وضعت هذا القيد على رفع الدعوى نصوص استثنائية لأنها تضع قيداً على حق اللجوء إلى القضاء، وهو الحق الذى كفله الدستور للناس كافة، وهو لذلك يتأبى على القيود ويستعصى عليها، وبالتالي لا يجوز القياس عليه أو التوسع فى تفسيره، والقول بغير ذلك يؤول إلى نتائج غير مقبولة عملاً إذ معناه ضرورة تسجيل صحيفة كل دعوى بطلب تنفيذ التزام من الالتزامات الناتجة عن عقد من العقود الواردة على حق عينية عقارى وهى متعددة مثل طلب البائع إلزام المشتري بسداد ثمن المبيع أو الباقي منه أو

طلب المشتري تنفيذ التزام البائع بضمان التعرض، يضاف إلى ذلك أن ما يجرى التأشير به على هامش تسجيل صفح دعاوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إعمالاً لحكم المادة (16) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 هو منطوق الأحكام الصادرة من هذه الدعاوى والقضاء في المسألة الأولية لا يرد في المنطوق إلا إذا كان محل طلب من الخصوم".

(طعان رقما 826، 1180 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/13)

2- "إذ كان الطلب المطروح في الدعوى الماثلة هو طلب تسليم العقار محل عقد البيع الابتدائي المؤرخ. .. (شقة) ومن ثم فإنها لا تخضع للقيد الوارد في المواد 3/65، 2/103، 126 مكررا من قانون المرافعات، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وألغى حكم محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم تسجيل صحيفتها، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون إلا أنه كان يجب عليه إعادة الدعوى إليها للنظر في موضوعها الذي لم تقل بعد كلمتها فيه حتى لا يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وتصدى لنظر موضوع الدعوى وفصل فيه فإنه يكون معيباً".

(طعان رقما 829، 1180 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/13)

(د) أن يكون المال محل الحق العيني موضوع التعاقد المطلوب الحكم بصحته عقارا فلا يسرى النص على طلب الحكم بصحة التعاقد على إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق عيني أصلي أو تبعي على منقول كعقد بيع أو رهن سيارة أو محل تجاري ليس من بين عناصره عقار⁽¹⁾.

301 - متى يتم شهر الصحيفة ؟

لم تحدد الفقرة الثانية من المادة (65) مرافعات وقتاً معيناً يتعين أن تشهر فيه الصحيفة.

ومن ثم فإنه يجوز شهر الصحيفة قبل قيد الدعوى وقبل إعلانها، أو بعد قيدها وإعلانها على حد سواء، طالما كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة ولم يقلل فيها باب

المرافعة⁽¹⁾.

وقد رأينا سلفاً أنه رغم أن المادة 15 من قانون تنظيم الشهر العقاري أوجبت إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بجدول المحكمة قبل شهرها، فقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1989/4/26 فى الطعن رقم 664 لسنة 55 ق بأن القانون لم يرتب جزاء البطلان لمخالفة ذلك .

ومن ثم فإن المحكمة تكون ملزمة بمنح المدعى الأجل المناسب لشهر صحيفته⁽²⁾. ويكون هذا أكثر وضوحاً إذا كان طلب صحة التعاقد قد أبدى بإثباته بمحضر الجلسة فى حالة تقديم طلب عارض أو التدخل.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان هذا الإجراء (إجراء الشهر المنصوص عليه فى المواد 2/65، 2/103، 126 مكرراً من قانون المرافعات) الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصلحة فيها ولا يتعلق بالحق فى رفعها، وإنما هو قيد مؤقت إن اتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت، وبالتالي، فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم القبول المنصوص عليه فى المادة (115) مرافعات ويعد دفعا شكلياً".

(طعان رقما 829، 1180 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/13)

302 - هل يجوز للمحكمة توقيع أحد الجزاءات المنصوص عليها فى المادة 99

مرافعات إذا لم يشهر المدعى صحيفة دعواه رغم تأجيل الدعوى لذلك؟

تنص المادة 99 مرافعات على أن:

"تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تجاوز مائتى جنيه ويكون ذلك بقرار يكتب فى محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية. ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق ولكن للمحكمة أن تقبل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً.

(1) الدكتور أحمد هندى قانون المرافعات المدنية والتجارية الجزء الثانى 1995 ص 23 وما بعدها

- محمد كمال عبد العزيز ص 478.

(2) محمد كمال عبد العزيز ص 478.

ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة تجاوز شهرا بعد سماع أقوال المدعى عليه.

وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير في دعواه خلال الخمسة عشر يوما التالية لانتهائها، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن".

ومن ثم يجوز للمحكمة أن تقضى بتغريم المدعى أو وقف الدعوى إذا لم يقيم بشهر دعواه بعد أن أجابته إلى طلب التأجيل لاتخاذ هذا الإجراء⁽¹⁾.

303 - جزاء عدم شهر صحيفة الدعوى:

جزاء عدم شهر صحيفة الدعوى، هو عدم قبول الدعوى، وجزاء عدم شهر الطلب العارض أو طلب التدخل هو عدم قبول الطلب.

وقد ورد نص صريح على هذا الجزاء في الفقرة الثانية من المادة 65، والمادة 126 مكررا من قانون المرافعات.

ولما كان عدم القبول شرطا لقبول الدعوى أو الطلب، وليس شرطا لقيد الدعوى، فلا يجوز لقلم الكتاب الامتناع عن قيد الصحيفة أو الطلب، وإلا خضع الموظف المختص للمساءلة الإدارية.

والدفع بعدم القبول لعدم الإشهار هو في حقيقته دفع ببطلان الإجراءات موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها، وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول الموضوعي، فدور المحكمة عند الفصل فيه قاصر على التحقق من شهر الصحيفة من عدمه، ومن ثم فهي لا تتصل بشئ من خصائص المصلحة في الدعوى ولا تتعرض لأي عنصر من عناصرها.

وبالبناء على ذلك فإن الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم إشهار الصحيفة لا تستتفد به محكمة أول درجة ولايتها، لأنها لم تقل كلمتها في الموضوع الأمر الذي يوجب على محكمة الاستئناف عند إلغائها حكم محكمة أول درجة أن تعيد إليها الدعوى للفصل في موضوعها دون أن تتصدى لهذا الفصل تفاديا من تقويت درجة من درجات التقاضى

(1) محمد كمال عبد العزيز ص 478 - وعكس ذلك المستشار يحيى إسماعيل ص 70، ويرى أن المحكمة يكون لها فقط أن تحكم في الدعوى بحالتها.

على الخصوم وهى من المبادئ الأساسية للنظام القضائى والمتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾. والقضاء بعدم القبول يقتصر أثره على إلغاء إجراءات الخصومة التى صدر فيها ويجوز لصاحب المصلحة إقامة دعوى جديدة يتجنب فيها العوار الذى شاب الإجراءات، دون أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. وهذا الدفع يتعلق بالنظام العام، إذ يستهدف تنظيم الملكية العقارية لتحقيق مصلحة عامة اجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. ومن ثم يجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصم⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان هذا الإجراء (إجراء الشهر المنصوص عليه فى المواد 2/65، 2/103، 126 مكررا من قانون المرافعات) الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصلحة فيها ولا يتعلق بالحق فى رفعها، وإنما هو قيد مؤقت إن اتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت وبالتالي، فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم القبول المنصوص عليه فى المادة (115) مرافعات ويعد دفعا شكليا".

(طعان رقما 829، 1180 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/13)

304 - تحصيل أمانة قضائية مؤقتا عند الشهر:

تنص المادة (24 مكررا) من القانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991 على أن:

"تحصل مؤقتا - 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 الطلب مقدارها 25% من قيمة الرسم النسبى الذى يستحق على شهر الحكم طبقا للقواعد الواردة بالمادة 21 من هذا القانون، وتخصم قيمة هذه الأمانة من الرسم النسبى المستحق عن ذلك الشهر.

(1) المستشار يحيى اسماعيل ص 69 - المستشار مصطفى مجدى هرجه ص 808.

(2) أحمد هندى ص 23 وما بعدها - محمد كمال عبد العزيز ص 478.

وفى حالة القضاء نهائيا برفض الدعوى أو عدم قبولها أو اعتبارها كأن لم تكن أو تركها أو سقوط الخصومة فيها أو فى حالة عدم شهر الحكم لتخلف أحد الشروط اللازمة قانونا لشهره والتي لا دخل لإرادة طالب الشهر فيها، يحى ما تم من شهر، ويعتبر كأن لم يكن، وترد الأمانة بغير رسوم".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون فى تبرير تحصيل هذه الأمانة ما يأتى :

"وعلى صعيد آخر، وفى مجابهة لظاهرة إحجام أغلب المتعاملين فى الحقوق العينية العقارية، وخاصة عقود بيع العقارات، عن تسجيل الحقوق التى تلقوها ولجوئهم إلى طريق رفع دعاوى صحة ونفاذ العقود المبرمة بشأن هذه التصرفات، مما أدى إلى تضخم أعداد هذا النوع من القضايا حتى أن المنظور منها أمام المحاكم الابتدائية بلغ قرابة 50% من مجموع القضايا المطروحة عليها كما سلف البيان بما يحمله هذا الأمر من آثار سلبية سواء فى تزايد أعداد القضايا أمام المحاكم فيما لا يمثل فى أغلبه خصومة حقيقية يتعين على القضاء الفصل فيها، أو فيما يؤدى إليه عدم تسجيل هذه التصرفات من ضياع الرسوم الواجبة المستحقة للدولة، أو فيما يشيعه عدم تسجيل هذه التصرفات من زعزعة فى أسس الملكية العقارية.

واستهدفا لعلاج ذلك كله فقد اتجه المشروع إلى إضافة نص جديد إلى القانون رقم 70 لسنة 1964 فى شأن رسوم توثيق والشهر برقم 24 مكررا يوجب على المدعى عند تسجيل 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 أداء 25% من قيمة الرسم النسبى المستحق طبقا لقواعد التقدير الوارد فى المادة 21 من ذات القانون ويورد هذا المبلغ إلى خزينة المحكمة المختصة كأمانة قضائية على ذمة شهر الحكم الذى يصدر فى الدعوى أو الطلب، على أن يجرى خصم المبلغ من قيمة الرسم النسبى المستحق على شهر التصرف بعد صدور الحكم وقيامه بشهره... إلخ".

وبين من هذه المادة ما يأتى :

(أ) - أنه يجب على من يرفع دعوى صحة تعاقد على حق من الحقوق العينية

العقارية أو التقدم بطلب عارض أو طلب تدخل أو إثبات التصالح فى حق من الحقوق المرفوعة به الدعوى أن يسدد للشهر العقارى أمانة قضائية مقدارها 25% من قيمة الرسم النسبى الذى يستحق على شهر الحكم أو الطلب.

(ب)- يكون أداء هذه الأمانة بعد قيد الدعوى بجدول المحكمة، ثم تقديم الصحيفة إلى مكتب الشهر العقارى المختص لتقدير قيمة الأمانة، وتودع الأمانة خزينة المحكمة.

(ج)- أن هذه الأمانة تخصم من الرسم النسبى المستحق على الشهر إذا قضى بصحة العقد وقام المدعى بشهره.

(د)- ترد هذه الأمانة إلى من دفعها فى الحالات الآتية:

- 1- إذا قضى برفض الدعوى أو بعدم قبولها.
- 2- إذا قضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن.
- 3- إذا قضى بترك الخصومة فى الدعوى.
- 4- إذا قضى بسقوط الخصومة فى الدعوى.
- 5- إذا لم يتم شهر المحرر لتخلف أحد الشروط اللازمة قانوناً لشهره، والتي لا دخل لإرادة طالب الشهر فيها.

ويشترط لاسترداد الأمانة فى الحالات الأربع الأولى أن يكون الحكم نهائياً، إما لأنه فى حدود النصاب النهائى للمحكمة التى أصدرته، أو لفوات ميعاد الاستئناف، أو لاستنفاد الطعن بالاستئناف.

أما فى الحالة الخامسة، فلا ترد الأمانة إلا إذا لم يتم شهر المحرر بسبب تخلف شرط من الشروط التى يتطلبها القانون لشهره. ويضرب البعض مثلاً لذلك بأن يتبين أن البائع لا يملك المبيع وكان المشتري قد خفى عليه ذلك، أما إذا كان يعلم فلا يسترد الأمانة⁽¹⁾.

بينما يرى البعض الآخر - بحق - أن هذا القول محل نظر لأن علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع لم يكن هو سبب عدم إتمام الشهر ثم أن بيع ملك الغير هو بيع صحيح بين طرفيه وقد يكون المشتري قد أقدم على الشراء فى ظل احتمال انتقال ملكيته

(1) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة سنة 1992 ص 317 - أحمد مليجى ص 65.

إلى البائع⁽¹⁾.

ويلحق البعض - بحق - إلى أسباب رد الأمانة سالفه الذكر، كل حالة تنقض فيها الخصومة في الدعوى بغير حكم بصحة التعاقد كالشأن في انقضاء الخصومة أو ببطلان الصحيفة أو بطلان الحكم الصادر فيها أو بعدم الاختصاص بنظر الدعوى دون إحالتها إلى محكمة أخرى⁽²⁾.

والأمانة هي التي ترد فقط، أما الرسوم فلا ترد.

305 - النطاق الزمني لسريان الفقرة الثانية من المادة (65) والمادة

(126 مكررا) مرافعات:

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أنه: "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 تنص المادة الثانية من القانون المذكور على أن: "كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك". ومفاد ذلك سريان قوانين المرافعات بأثر فوري على ما لم يكن قد تم من إجراءات، وأن أى إجراء تم صحيحا في ظل القانون القديم يبقى صحيحا في ظل القانون الجديد حتى ولو كان هذا القانون الأخير يعتبره باطلا.

وعلى ذلك فإن شرط الشهر يسرى على الدعاوى والطلبات العارضة وطلبات التدخل التي تقدم بعد العمل بالقانون رقم 6 لسنة 1991 بتاريخ 14/3/1991، أما الدعاوى والطلبات التي قدمت قبل هذا التاريخ فلا تخضع للشهر.

أما إذا كانت الدعوى قد رفعت قبل هذا التاريخ، ولكن أبدى الطلب العارض أو طلب التدخل بعده. فإنه يخضع للشهر⁽³⁾.

(1) محمد كمال عبد العزيز ص 479.

(2) محمد كمال عبد العزيز ص 479.

(1) المستشار يحيى إسماعيل ص 67 وما بعده - محمد كمال عبد العزيز ص 475 - الدناصورى وعكاز ص 65.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لئن نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة والستين من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991 على أن "لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها". بما مفاده أن المشرع اشترط لقبول دعوى صحة التعاقد شهر صحيفتها إلا أنه لما كان من الأصول الدستورية المقررة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أحكام القوانين لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع، إذ يحكم هذه وتلك القانون الذى كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين، ومن ثم فقد نصت المادة الثانية من قانون المرافعات على أن "كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص القانون على غير ذلك..." وإذ كان ما استحدثه المشرع من إضافة فقرة أخيرة إلى المادة الخامسة والستين من القانون سالف الذكر بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 1991 واشترط شهر عريضة الدعوى بصحة ونفاذ أى تصرف من التصرفات العينية العقارية وهو ما لم يكن مقرراً من قبل، ومن ثم فإنه لا يسرى إلا من تاريخ نفاذه فى 14/3/1991 على الوقائع والإجراءات والمراكز القانونية التى نشأت فى ظله دون أن ينسحب إلى تلك التى نشأت فى ظل القانون السابق".

(طعن رقم 6819 لسنة 65 ق جلسة 1998/5/27)

2- "دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية. عدم قبولها إلا إذا شهرت صحيفتها. م 3/65 مرافعات، المضافة بق 6 لسنة 1991. عدم سريان ذلك على الدعاوى التى أقيمت قبل صدور القانون الأخير. علة ذلك".

(طعن رقم 4240 لسنة 62 ق جلسة 1999/11/11)

(ثانياً)

شهر الصلح فى دعوى صحة التعاقد

على حق من الحقوق العينية العقارية

306 - النص القانوني :

الفقرة الثالثة من المادة 103 مرافعات المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991:

"ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة- بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق".

307 - الحكم الوارد بالنص :

مقتضى الفقرة الثالثة من المادة 103 مرافعات المضافة بالقانون رقم 6 لسنة 1991

أنه في حالة رفع دعوى صحة تعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية وأراد الطرفان التصالح أمام المحكمة بشأنها، فإن عليهما أن يشهرا عقد الصلح إن كان مكتوبا وصورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الصلح إن كان قد تم شفاهة وحينئذ تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لتمكينها من الشهر، إلا إذا كان الصلح مكتوبا وتم شهره قبل تقديمه.

فإذا لم يتم الشهر امتنع على المحكمة التصديق على محضر الصلح وتقضى بعدم قبوله. وإنما يجب عليها المضي في نظر الدعوى، ولها أن تتخذ عقد الصلح المكتوب أو الصلح المثبت بمحضر الجلسة سندا تقضى بمقتضاه في الدعوى، لأن المحذور على المحكمة هو التصديق على الصلح. وعندئذ يكون الحكم الصادر في الدعوى كسائر الأحكام في خضوعها لأحكام الطعن.

وينطبق هذا الحكم سواء رفعت دعوى صحة التعاقد في شكل دعوى مبتدأة، أو قدمت كطلب عارض أو طلب انبني عليه طلب تدخل في دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة في الجلسة.

ويسرى هذا الحكم ابتداء من العمل بالقانون رقم 6 لسنة 1991 بتاريخ

1991/3/14.

وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى أنه يغني عن شهر الصلح، أن تكون صحيفة الدعوى بصحة التعاقد قد سبق شهرها، ولم يتضمن الصلح غير ذات الطلبات الواردة في الصحيفة المشهورة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك

التي شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره.

إذ ذهب إلى أن:

"إذا كان هذا التعديل الوارد على النصين المشار إليهما (التعديل الحاصل بمقتضى القانون 6 لسنة 1991 فى مادته الخامسة على كل من المادتين 65، 103 من قانون المرافعات بإضافة فقرة جديدة إلى كل منهما)... تدل إشارته - وإن لم تفده عبارته على أن شهر الاتفاق على صحة التعاقد على حق من الحقوق آنفة البيان (الحقوق العينية العقارية) لا يجب ولا يلزم مادامت صحيفة الدعوى بصحة هذا التعاقد قد سبق شهرها ولم يتضمن هذا الاتفاق غير ذات الطلبات الواردة فى الصحيفة المشهورة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التى شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره إذ أن دلالة الإشارة باستقراء أساليب اللغة العربية وما قدره علماؤها - هى دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود من سياقه يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة حسب ظهور وجه التلازم وخفائه. والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص على هذا النحو من الدلالات المعتبرة فى فهم النصوص لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح بل هو قد يدل أيضا على معان تفهم من إشارته ومن قضائه وكل ما يفهم منه المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويكون النص دليلا وحجة عليه ويجب العمل به وإذا لم يفتن الحكم المطعون فيه إلى المعنى المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين 65، 103 من قانون المرافعات المشار إليه ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة 103 وحده من وجوب شهر الاتفاق فى كل حال دون أن يمعن التأمل فى المعنى اللازم للمعنى المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة 65 حسبيما سلف إيضاحه ومع ما ليس فى المعنى المتبادر من عبارة أى منهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائى الذى رفض التصديق على الصلح المقدم من أطراف النزاع لعدم شهره رغم سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وعدم انطواء اتفاق الصلح على حقوق غير ذلك التى تضمنتها هذه الصحيفة المشهورة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 4685 لسنة 67 ق جلسة 2000/5/18)⁽¹⁾

ولما كان التعديل الذى صدر به القانون رقم 6 لسنة 1991 يتعلق بتنظيم الملكية العقارية، ويستهدف تحقيق مصلحة عامة اجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصالح الأفراد، فإنه يكون متعلقا بالنظام العام مما مؤداه أن تتصدى المحكمة للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها. فإذا تبين لها عدم إتمام إجراءات الشهر قضت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التصديق على محضر الصلح.

(1) وعكس ذلك المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص 384 وما بعدها - الدكتور أحمد مليجى ص 847، إذ يرون أنه لا يغنى عن شهر الصلح سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 65 من قانون المرافعات ولا يجوز التحدى بأن الحكمة من شهر محضر الصلح تكون منتفية فى هذه الحالة، لأن شهر صحيفة الدعوى دون شهر محضر الصلح ليس من شأنه نقل الملكية التى كانت هدف الشارع. ويلاحظ أن مصلحة الشهر العقارى والتوثيق سبق أن أصدرت المنشور رقم 16 فى 1991/11/17 بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح فى الدعاوى التى سبق شهر صحيفتها. وقد جرى نص هذا المنشور على ما يأتى:

"إلحاقا بالمنشورات الفنية أرقام 2، 11 لسنة 1991 - المذاعة بشأن أحكام القانون رقم 6 لسنة 1991 بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والتجارية وتأكيدها لما سبق إذاعته من تعليمات بالمنشور الفنى 2 لسنة 1992 فقد أخطرنا السيد المستشار مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بصورة الكتاب الدورى رقم (18) لسنة 1991 المذاع على المحاكم والذى تضمن التعليمات التى تقضى بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح التى تقدم من الخصوم فى دعاوى صحة التعاقد التى شهرت صحيفتها وسددت الأمانة القضائية المستحقة عليها طالما أن الصلح قد انصب على ذات الطلبات الواردة بصحيفة افتتاح الدعوى ولم يتجاوزها إلى حق آخر من الحقوق العينية العقارية واجبة الشهر فإذا تبين تجاوز الصلح لموضوع الدعوى تعين شهره وفقا للقانون. لذا يقتضى العلم ومراعاة تنفيذ ما تقدم.

308 - التصرفات والأحكام الكاشفة في قانون السجل العيني :

تنص المادة 27 من قانون السجل العيني على أن :

"يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية. ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثاً".

فقد أوجبت المادة قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.

والمادة فى هذا تتماثل مع نص المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى.

إلا أنها تختلف عنها فى ترتيب الجزاء المترتب على عدم القيد فبينما تنص المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه يترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير، أى أنها تكون حجة على المتعاقدين ولو لم تسجل. إذ تنص المادة 27 من قانون السجل العيني على أنه يترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، أى أن التصرف أو الحكم إذا لم يقيد فإنه لا يسرى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

وتعزى هذه التفرقة إلى أن القيد فى قانون السجل العيني هو الذى ينشئ الحقوق العينية الأصلية أو يكشف عنها وليس للتصرف أثر فى ذلك.

وقد نصت المادة على سريان حكمها - كما فعل قانون تنظيم الشهر العقارى - على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثاً.

وما ذكرناه بالنسبة لأثر القسمة غير المسجلة بالنسبة للغير فى قانون الشهر العقارى يسرى هنا. إذ معنى الغير فى القانونين واحد.

وإذا باع شريك قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها فى السجل العيني، حصة شائعة فى العقار المقسوم، كان المشتري من الغير. فإذا قيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتج عليه بها، وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة وإجراء قسمة جديدة، إذ لا يزال العقار شائعاً مادامت القسمة لم تقيد.

ولا تنتج القسمة غير المقيدة أثرها بين المتقاسمين، ويعتبر كل من الشركاء مازال مالكا على الشيوع بعد القسمة غير المقيدة. وإذا وقع الشراء على جزء مفرز من المال الشائع سواء قبل القسمة أو بعدها، ولو كان قد وقع هذا النصيب فى حصة البائع، فالمشتري يعتبر قد اشتراه من مالك على الشيوع وتسرى عليه أحكام المادة 2/826 مدنى التى تجرى على أن: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة - وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق فى إبطال التصرف".

فإذا قيدت القسمة كانت حجة على المتعاقدين والغير، ويكون قيدها صحيحا، حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار فى نصيبه سئ النية، أو متواطئا. لأن القيد لا يبطله سوء النية أو التواطؤ.

غير أن التصرف غير المقيد يرتب التزامات شخصية قبل كل من المتعاقدين.

إجراءات خاصة بالدعاوى واجبة الشهر فى قانون السجل العينى :

309 - النص القانونى :

المادة (32) من قانون السجل العينى :

تنص المادة 32 من قانون السجل العينى على أنه: "الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات".

310 - الدعاوى المنصوص عليها بالمادة :

الدعاوى المنصوص عليها بالمادة، هى الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها.

وقد بينا - فيما سلف - الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى - فهى تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى.

أما الدعاوى المتعلقة بصحة تصرف من التصرفات الواجب قيدها فتشمل دعوى الطعن ببطالان التصرف ودعوى الطعن بإبطال التصرف، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن.

أما الدعاوى المتعلقة بنفاذ التصرف فتشمل الدعوى البوليصة، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت فى حق الورثة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذ كانت القوة المطلقة للقيود التى يثبتها السجل العينى فى صحائفه وفقاً لأحكامه وإن كانت جوهر نظامه إلا أن شرط إجراء القيد وعلى ما تنص عليه المادة الحادية عشر من قانون السجل العينى هى أن تكون الحقوق العينية التى يثبتها القيد فى صحائفه قد أنشأتها أو قررتها أسباب كسب ملكيتها تقديراً بأن أسبابها هذه تمثل روافدها التى لا يتصور أن يتجاهلها هذا السجل شأنها فى ذلك شأن مصادر الحقوق الشخصية ولا يجوز بالتالى أن ينفصل قيد الحقوق العينية الأصلية عن أسبابها التى رتبها القانون المدنى وحصرها. وأن نظم الشهر العقارى على اختلافها ما كان فيها شخصياً أو عينياً تفترض اشتقاق الحقوق العينية التى تسجلها أو تقيدها فى صحائفها من أسبابها (أسباب كسب الملكية) التى حددها المشرع حصراً وتقديراً بأن أسبابها هذه هى التى تقيّمها وفقاً للقانون حتى ولو كان السجل عينياً. وهو ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى مدونات حكمها الصادر فى الطعن رقم 42 لسنة 17 ق دستورية بتاريخ 1998/6/6. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وتحجب بذلك عن بحث دعوى الطاعنين بصورية عقد البيع سالف البيان فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره القصور".

(طعن رقم 3337 لسنة 67 ق جلسة 2010/2/27)

(1) السنهاوى ج9 ص539 وما بعدها - ويذهب سيادته ص 540 إلى أن النص يجب أن يشمل أيضاً دعاوى الفسخ والانسفاخ والرجوع فى الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية. لأن هذه الدعاوى وإن كانت لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف فى السجل العينى، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل.

2- "إقامة المطعون ضده الأول دعوى بتثبيت ملكيته لأرض التداعى وبطلان التصرف المشهر عنها وإلغاء كافة تسجيلاتها وإجراء التغيير فى صحف السجل العينى. تعلقها بحق عينى عقارى. خضوعها للقيد الوارد بالمادة 32 ق142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى. تعلقه بالنظام العام. خلو الأوراق مما يفيد التأشير فى السجل بمضمون الطلبات وعدم تقديمه شهادة بذلك وفقا للمادة المشار إليها. أثره. عدم قبول الدعوى. قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذى تصدى للموضوع وفصل فيه. خطأ وقصور".

(طعن رقم 559 لسنة 69ق جلسة 2011/1/8)

غير أن رأى قد انقسم فيما إذا كانت دعوى صحة ونفاذ العقد تدخل ضمن الدعاوى المقصودة بالمادة من عدمه.

فذهب رأى، إلى أن هذه الدعوى لا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى، إذ أن الحكم بصحة التعاقد، طبقا لأحكام السجل العينى لا يمكن قيده فى السجل العينى ليستغنى به عن المحرر الرسمى. وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى. ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أو طعن فى صحة التعاقد فيرفع المشتري دعوى صحة التعاقد، حتى إذا حصل على حكم لصالحه، وامتنع البائع مع ذلك عن توثيق البيع حتى يمكن قيده فى السجل العينى، لم يبق أمام المشتري إلا مطالبته بالتعويض⁽¹⁾.

ويؤيد هذا رأى ما جاء بالمذكرة الشارحة لقانون السجل العينى تعليقا على المادة 32 سالف الذكر من أنه: "وتأسيسا على مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى المشار إليه فى المادة 39 يقتضى عدم قبول دعاوى صحة التعاقد".

بينما ذهب رأى آخر إلى أن القول باستبعاد دعاوى صحة التعاقد استنادا إلى مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى، غير سديد نقله المشرع عن المرجع الوحيد الذى اعتمد عليه فى وضع قانون السجل العينى دون أن يأخذ حذره من أن ما جاء بهذا المرجع فى هذا الشأن هو رأى خاص لمؤلفه⁽²⁾. والواقع أن اشتراط الرسمية

(1) السنهورى ص 540 هامش (2).

(2) المقصود رسالة الدكتور منصور وجيه، السجل العينى وإدخاله فى الإقليم المصرى.

للقيد فى السجل العينى هو أمر مختلف كل الاختلاف عن اشتراط الرسمية لانعقاد العقد، هذا فضلا عن أن صياغة المادة 32 جاءت بعبارة عامة جامعة تشمل بغير شك دعاوى صحة التعاقد، فمما لا جدال فيه أن عبارة الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها تشمل دعاوى صحة التعاقد التى تنصب أساسا على تصرفات واجبة القيد، إذ قد يكون التصرف الذى ترفع بشأنه دعوى صحة التعاقد من التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة أو المغيرة أو المزيله لحق من الحقوق العينية العقارية، وهى تصرفات واجبة القيد طبقا للمواد 26، 27، 29 من قانون السجل العينى، ومن ثم تكون دعوى صحة التعاقد من الدعاوى المتعلقة بصحة تصرف من التصرفات واجبة القيد فالمواد 26، 27، 29 من قانون السجل العينى لم تقتصر على إيجاب قيد التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية، بل أوجبت أيضا قيد الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك. ومن هذه الأحكام أحكام صحة التعاقد، الأمر الذى يتعين معه القول بأن العبارة التى وردت فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى باستبعاد دعاوى صحة التعاقد هو لغو لايعول عليها يضاف إلى ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة 32 من قانون السجل العينى صريحة فى وجوب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. هذا وقد يقال أن هناك خطأ ماديا فى المذكرة الشارحة، وأن المقصود هو دعاوى صحة التوقيع لا دعاوى صحة التعاقد⁽¹⁾.

ويضيف بعض أنصار هذا رأى إلى الحجج السابقة، ما يمكن أن يترتب من نتائج عملية سيئة على الأخذ بالرأى الأول، إذ يؤدى العمل به إلى تحلل البائع بسهولة من التزامه بنقل الملكية إلى المشتري تمكنا من بيع العقار مرة أخرى خاصة فى ظل التطور السريع لأسعار العقارات، ولا يبقى أمام المشتري سوى دعوى التعويض يرجع بها على البائع، وفى ذلك الكثير من العنت وضياح الحقوق، فضلا عن إمكان هز الثقة فى التعامل وهو ما لا يمكن أن يرد على بال المشرع فضلا عن أن تتجه إليه إرادته، ويضاف إلى ذلك أن دعاوى صحة التعاقد يتم شهرها فعلا فى ظل نظام السجل العينى. مما يمكن معه القول بأن الجدل حول قيد هذه الدعاوى فى

(1) الدكتور إبراهيم أبو النجا رسالة فى السجل العينى فى التشريع المصرى ص 410 وما بعدها.

ظل نظام السجل العينى أصبح جدلا فقهيلا لا طائل عملى من ورائه⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى إذ قضت بأن:

"دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فى الجهات السارى نظام السجل العينى عليها. التزام المدعى بقيد صحيفتها بالسجل المعد لذلك به وتضمنين الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى والتأشير بمضمون الطلبات فى الدعوى وتقديم شهادة بذلك. م32 من ق142 لسنة 1964. استيفائه الإجراءات المنصوص عليها فى المادة المشار إليها. مؤداه. استيفاء الدعوى لشروط قبولها. أثره. التزام المحكمة بالمضى فى نظرها والفصل فى موضوعها. عدم سريان حكم المادة 3/65 مرافعات التى توجب شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فى الجهات التى يسرى نظام الشهر العقارى عليها".

(طعن رقم 8577 لسنة 65 ق جلسة 2007/6/12)

311- الإجراءات الواجب اتباعها فى رفع الدعوى:

يجب اتباع الإجراءات الآتية عند رفع الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها.

- 1- تضمنين الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات.
- فإذا كانت الدعوى صحة ونفاذ عقد بيع، وجب أن تتضمن الطلبات فى صحيفة الدعوى طلب إثبات انتقال الملكية من البائع إلى المشتري.

(1) المستشار محمود رضا الخضيرى ص 414 - ومن هذا الرأى أيضا الدكتور برهام عطا الله ص 38 وما بعدها ويقول سيادته: "وخطبت دعوى صحة التعاقد ببعض النصوص التى تؤكد أهميتها من ذلك المادة 42 من ذلك القانون التى تنص على أن: "الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات ومعنى هذا أنه سيصبح من الضرورى لقبول دعوى صحة التعاقد وغيرها من الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أن تقدم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل العينى بمضمون الطلبات التى تتضمنها هذه الدعاوى مع ضرورة أن تتضمن هذه الطلبات إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى".

وإذا كانت الدعوى بطلب بطلان عقد، وجب أن تتضمن الصحيفة طلباً بمحو القيد الخاص بهذا العقد في السجل العيني حتى إذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم عليه بمحوه ويعتبر القيد كأن لم يكن⁽¹⁾.

2- التأشير في السجل العيني بمضمون الطلبات في الدعوى، بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني على النحو سالف الذكر.

3- تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر.

312 - وضع الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم وقت العمل بقانون السجل العيني:

تنص المادة 33 من القانون على أن:

"الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة التي تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ولم تسجل صحيفة لا يجوز الاستمرار في النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التغيير في بيانات السجل وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات.

ويمنح المدعون في هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير فإذا لم تقدم في أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى".

ونبين أحكام هذه المادة فيما يلي:

1- المادة تنص على أن الدعاوى المنصوص عليها في المادة (32) إذا كانت منظورة أمام المحاكم وقت العمل بالقانون، ولم تكن صحفها قد سجلت فلا يجوز الاستمرار في نظرها إلا بعد أن تستوفى الدعوى الإجراءات الثلاثة المبينة بالمادة 32. وتلتزم المحكمة بمنح المدعى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بالقانون، للقيام بالإجراءات الواردة بالمادة 32.

غير أنه لا يتصور أن يكون قد سبق شهر هذه الدعاوى طبقاً لقانون السجل العيني، لأنها رفعت قبل صدوره وقبل صدور قرارات وزارية بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها بالتالي، وإنما المتصور أن تكون قد أشهرت طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى. وبالتالي فإن ميعاد الشهرين الذي تمنحه المحكمة للمدعى لشهر الصحيفة، لا بد أن

يبدأ من تاريخ صدور قرار وزير العدل سالف الذكر. وليس من تاريخ العمل بالقانون.

2- كانت صحيفة الدعوى قد سجلت - وهذا لا يتصور إلا طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى - فإن المحكمة تستمر فى نظر الدعوى دون التقيد بالإجراءات الواردة بالمادة 32.

3- إذا لم يقم المدعى بالإجراءات المبينة بالمادة (32) ولم يقدم شهادة تفيد القيام بها فى أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد. توقف الدعوى. والوقف وجوبى وليس متروكا لتقدير المحكمة.

والوقف هنا تعليقى بحيث لا يجوز للمدعى تعجيل الدعوى من الوقف إلا بعد القيام بهذه الإجراءات، فإذا قام بتعجيلها قبل ذلك فإن المحكمة تقضى من تلقاء نفسها بإعادة الدعوى إلى الوقف⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن مفاد نص المادتين 32، 33 من قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 أن الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواردة على هذا الحق فى الأماكن التى تخضع لأحكام هذا القانون، يجب لقبولها تضمين الطلبات فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى والتأشير بمضمونها فى السجل وتقديم شهادة تدل على حصول هذا التأشير. أما الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم وقت سريان هذا القانون، فأوجب المشرع على القاضى أن يعطى المدعين فيها مهلة شهرين لتعديل طلباتهم بما يتضمن إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى وتقديم شهادة تفيد التأشير بمضمون هذه الطلبات فى السجل، وإلا قضى بوقف الدعوى، ولا يجوز معاودة السير فيها إلا بعد إتمام هذه الإجراءات، وكانت الأحكام الواردة بهذين النصين أحكاما أمرة تتعلق بالنظام العام قصد بها حماية الملكية العقارية وتنظيم تلقاها وانتقالها، فيجوز التمسك بها فى أى حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع، وكذلك إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض وتقضى به هذه المحكمة من تلقاء نفسها متى اتصلت بواقع كان مطروحا على محكمة الموضوع ويمكن الوقوف عليه أمامها وواردا على الجزء المطعون فيه من الحكم".

(طعن رقم 1706 لسنة 8 ق جلسة 2011/6/12)

313- جزاء عدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (32) :

أوضحت المادة (32) من قانون السجل العيني في عجزها الجزاء على عدم اتخاذ الإجراءات الثلاثة المنصوص عليها فيها بقولها:

".... ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات".

فالجزاء إذن على عدم اتخاذ هذه الإجراءات هو القضاء بعدم قبول الدعوى. وتقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها، فالدفع بعدم القبول من النظام العام لأنه يستهدف تنظيم الملكية العقارية لتحقيق مصلحة عامة اجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصالح الأفراد.

وكما ذكرنا - بالنسبة للدفع بعدم القبول لعدم شهر صحيفة الدعوى طبقاً للفقرة الثانية من المادة (65) مرافعات- فإن هذا الدفع هو في حقيقته دفع ببطلان الإجراءات موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها، وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول الموضوعي، فدور المحكمة عند الفصل فيه قاصر على التحقق من القيام بالإجراءات التي أوجبته المادة 32 ولا تتصل بشئ من خصائص المصلحة في الدعوى ولا تتعرض لأي عنصر من عناصرها.

وبالبناء على ذلك فإن القضاء بعدم قبول الدعوى لا تستتفد به محكمة أول درجة ولايتها إذا لم تقل كلمتها في الموضوع، ويتعين على محكمة الاستئناف عند إلغاء حكم محكمة أول درجة أن تعيد إليها الدعوى للفصل في موضوعها حتى لا تقوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي الأمر الذي يتعلق بالنظام العام.

والقضاء بعدم القبول يقتصر أثره على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها، ويجوز لصاحب المصلحة إقامة دعوى جديدة يتجنب فيها العوار الذي شاب الإجراءات، دون أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص في المادة 32 من القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني على أنه: "الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات

الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات" يدل على أن المشرع فرض على المدعى اتخاذ إجراء معين هو قيد صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية في الجهات التي يسرى عليها نظام السجل العيني في السجل المعد لذلك به، وأن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل وفقا لهذه الطلبات وكذلك تقديم شهادة إلى المحكمة دالة على حصول التأشير في السجل العيني بمضمون هذه الطلبات، ولما كان هذه الإجراء الذي أوجبه القانون وحتى تقبل الدعوى الأصلية ليس له صلة بالصفة أو المصلحة فيها ولا يتعلق بالحق في رفعها، وبالتالي فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم قبول الدعوى المنصوص عليه في المادة 115 من قانون المرافعات، ويندرج ضمن الدفع الشكلية وبالتالي، فإن محكمة أول درجة بقضائها بعدم قبول الدعوى لعدم قيام المدعى بالإجراء المنصوص عليه في المادة 32 من قانون السجل العيني تكون قد وقفت عند حد المظهر الشكلي لرفع الدعوى، مما ينأى بهذا القضاء عن وصف الدفع بعدم القبول الموضوعي الذي تستند به المحكمة ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، مما يوجب على محكمة الاستئناف بعد إلغائها الحكم المستأنف إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها".

(طعن رقم 1561 لسنة 63 ق جلسة 2000/11/9)

(طعن رقم 1193 لسنة 71 ق جلسة 2002/6/9)

2- "وحيث إن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة 253 من قانون المرافعات أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها - كما يجوز للخصوم وللنيابة - إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم، وأن النص في المادة 32 من القانون رقم 142 لسنة 1964 بنظام السجل العيني على أن "الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه

الطلبات" يدل على أن المشرع فرض على المدعى - فى الدعاوى المشار إليها بهذه المادة بالنسبة للجهات التى يسرى عليها نظام السجل العينى - اتخاذ إجراء معين هو تضمين الطلبات الواردة فى الدعاوى طلباً إضافياً هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى والتأشير فى السجل العينى بمضمون تلك الطلبات وتقديم شهادة تدل على حصول التأشير بمضمون الطلبات على الوجه المتقدم. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الدعوى الراهنة أقيمت من المطعون ضدها الأولى بطلب تثبيت ملكيتها للمنزل مثار النزاع ومن ثم فهى من الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى تخضع للقيد الوارد بالمادة 32 من قانون السجل العينى آنفة البيان وكانت القرية الكائن بها هذا المنزل قد خضعت لأحكام قانون السجل العينى وبدأ سريانه عليها بتاريخ 1991/11/1 بموجب قرار وزير العدل رقم 2235 لسنة 1990 - قبل رفع الدعوى الراهنة - ولم تضمن المطعون ضدها الأولى طلباتها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى وخلت الأوراق مما يفيد تقديمها شهادة من السجل بمضمون ذلك - وهو إجراء متعلق بالنظام العام - فإن الدعوى تكون غير مقبولة وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن".

(طعن رقم 1800 لسنة 71 ق جلسة 2011/12/22)

وإذا قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم اتخاذ إجراءات السجل العينى، وقضت محكمة ثانى درجة بإلغاء حكمها لثبوت اتخاذ هذه الإجراءات، وجب إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لعدم استفادها ولايتها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تضمن طلبات الطاعة تثبيت ملكيتها لنصيبتها الشرعى فى منزلين بالجهات السارى عليها نظام السجل العينى. تعلقه بحق عينى عقارى. خضوعه للقيد الوارد بالمادة 32 ق142 لسنة 1964 بنظام السجل العينى. قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم اتخاذ إجراءات السجل العينى. مؤداه. عدم استفاد محكمة أول درجة ولايتها فى موضوع الدعوى. استئناف الطاعة له والقضاء بإلغاء الحكم المستأنف وقبول الدعوى تأسيساً على ثبوت التأشير بمضمون الطلبات بالسجل العينى. تصدى المحكمة للفصل

فى الموضوع بوصفها الدفع بعدم القبول بكونه الموضوعى المتعلق بشروط الدعوى وتستند به محكمة أول درجة ولايتها. خطأ".

(طعن رقم 5290 لسنة 67 ق جلسة 2010/6/26)

314- الدعاوى الكيدية:

تنص المادة 42 من قانون السجل العيني على أن: "لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة 31 فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعون فيه جدياً.

وكذلك لذى الشأن أن يطلب إلى القاضى محو التأشير المشار إليه فى المادة 32 فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض".

فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (42) لذى الشأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة 32 (وهو التأشير بمضمون الطلبات فى الدعاوى واجبة الشهر). ويأمر القاضى بالمحو إذا رأى من ظاهر الأوراق أن الدعوى غير جدية ولم يقصد بها إلا الكيد للمدعى عليه، حتى يحول دون تصرف المدعى عليه فى العقار محل الدعوى. أو غل يد دائئه عن التنفيذ على العقار وقد يتطلب الفصل فى الدعوى وقتاً طويلاً يظل فيه مالك العقار غير قادر على التصرف فيه بحرية نظراً لظهور تسجيل العريضة أو التأشير بها فى الشهادات العقارية التى يستخرجها المتعامل، مما قد يحمل هذا الأخير على الإحجام عن التعاقد معه انتظاراً لنتيجة للدعوى.

وقد خول الشارع هذا الحق (لذى الشأن)، ومن ثم يثبت هذا الحق للمدعى عليه، وكذلك لدائئه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضاً بطريق مباشر لأنه ذو شأن.

إنما لا يجوز لمن تلقى حقاً عينياً عقارياً من المدعى عليه كالمشتري مثلاً أن يلجأ إلى هذا الطريق.

ولا يجب على القاضى التحرى عن شرط الاستعجال، لأن الاستعجال مقرر بنص

صريح.

315- التأشير فى السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى

الدعوى:

تنص المادة 34 من قانون السجل العيني على أنه: "يؤشر فى السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعوى المبينة فى المواد السابقة".
فقد أوجب القانون على المدعى التأشير فى السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها.

ويكون الحكم نهائيا إذا كن صادرا فى حدود النصاب النهائى للمحكمة أو انقضى ميعاد الطعن فيه بالاستئناف أو استنفد طريق هذا الطعن.

316- أثر التأشير بالدعوى فى قانون السجل العيني:

تنص المادة (35) من قانون السجل العيني على أنه:

"يترتب على التأشير بالدعوى فى السجل العيني أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعوى فى السجل.

وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة إلى الأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار".

ويبين من هذا النص أنه يفرق فى الأثر الذى يترتب على التأشير بالدعوى

بين حالتين:

الحالة الأولى :

هى التى يؤشر فيها بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى قيدت صحيفتها فى السجل العيني، خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا. والحكم يكون نهائيا إما لصدوره فى حدود النصاب النهائى للمحكمة أو لفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف، أو لاستنفاد طريق الاستئناف.

أما بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بالقانون فتبدأ مدة خمس السنوات من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار، وهذه المادة تنص

فى فقرتها الأولى على أن: "يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العينى ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه السريان، على أن يكون التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل". ومن ثم فإن مدة خمس السنوات تبدأ بعد مضى ستة أشهر من تاريخ صدور القرار الوزارى بسريان قانون السجل العينى على القسم المساحى الذى يعينه القرار الوزارى.

ولما كانت القرارات الوزارية تصدر فى تواريخ مختلفة فإن انتهاء هذه المدة لن يكون موحدًا.

وفى هذه الحالة يكون الحكم النهائى حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى فى السجل. أى أنه جعل لهذا الحكم أثرا رجعيا يرجع إلى تاريخ شهر الصحيفة.

فإذا كانت الدعوى مرفوعة من البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد فى السجل العينى، وكان المشتري قد رتب رهنا على هذا العقار، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه فى السجل العينى. فإن الحكم النهائى الصادر بفسخ البيع إذا أشر به فى السجل يستند أثره إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ، ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية، فيزول الرهن، ويسترد البائع من المشتري العقار حاليا من هذا الحق.

أما إذا كان حق الرهن مقيدا فى السجل العينى قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ، فإن الحكم النهائى الصادر بالفسخ ولو قيد فى السجل لا يكون حجة على الدائن المرتهن ويبقى رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع. ويسترد البائع من المشتري العقار محملا بهذا الحق ولا يشترط لبقاء حق الرهن أن يكون الدائن المرتهن حسن النية، فيبقى رهنه ولو كان سئ النية أو متواطئا، إذ كان لقيده فى السجل حجية مطلقة.

وفى هذا يختلف الحكم فى قانون السجل العينى عن المقرر فى قانون الشهر العقارى، إذ طبقا للفقرة الثانية من المادة 17 من هذا القانون لا يكون هذا الرهن حجة على الدائن المرتهن الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة.

الحالة الثانية :

أن يؤشر بالحكم النهائي الصادر فى الدعوى التى شهت صحيفتها فى السجل العينى ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا. وفى هذه الحالة لا يكون لهذا التأشير أثر رجعى يمتد إلى تاريخ شهر صحيفة الدعوى، وإنما ينتج أثره من وقت التأشير به فقط.

فإذا كانت الدعوى بفسخ بيع عقار صادر من البائع ومقيد فى السجل العينى، وكان المشتري قد رتب رهنا على هذا العقار، وقيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ فإن التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان سئ النية أو متواطئا مع المشتري فيبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ عقد البيع⁽¹⁾.



(1) السنهاورى ج 9 ص 552 وما بعدها.

محتويات المجلد الثانى عشر

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	2- الميراث وتصفية التركة	
	مادة (875)	
3		
3	التعريف بالميراث.....	1-
4	الحقوق التى تنتقل بالميراث.....	2-
11	وقت انتقال الملكية إلى الورثة.....	-
11	(أ) رأى الفقه الإسلامى وفقه القانون المدنى.....	3-
12	(ب) حكم قانون المواريث.....	4-
	آثار انتقال التركة إلى الورثة من وقت وفاة المورث	5-
17	لا من وقت سداد الدين.....	
18	قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون.....	6-
19	الديون المستحقة على التركة.....	7-
20	تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث.....	8-
	تعلق أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة بالنظام	9-
21	العام.....	
22	شهر حق الإرث.....	10-
25	لا يلزم شهر كل عقارات التركة.....	11-
25	من الذى يقوم بشهر حق الإرث ؟.....	12-
26	الأوراق التى يجب إرفاقها بطلب شهر حق الإرث	13-
27	شهر حق الإرث بدون رسوم.....	14-
	قيد حق الإرث فى القانون رقم 142 لسنة 1964	15-
28	بنظام السجل العينى.....	
30	تنظيم حماية حقوق دائنى التركة.....	16-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	تعيين مصف للتركة :	
	مادة (876)	31
17-	التصفية الجماعية.....	31
18-	التصفية الجماعية للتركات لاتعتبر من مسائل	
	الأحوال الشخصية.....	32
19-	نظام التصفية الجماعية اختياري.....	33
20-	حالة عدم تعيين المورث وصيا للتركة.....	33
21-	المحكمة المختصة بتعيين المصفي.....	34
-	مادة (877)	36
22-	رفض المصفي تولى المهمة.....	36
23-	تتحي المصفي عن مهمته بعد توليها.....	36
24-	عزل المصفي.....	36
-	مادة (878)	40
25-	وجوب تثبيت الوصي الذي عينه المورث للتركة.....	40
26-	سريان الأحكام التي تسرى على المصفي الذي تعينه	
	المحكمة على الوصي الذي يعينه المورث.....	40
-	مادة (879)	41
27-	قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت	
	أوصياء التركة فى سجل عام.....	41
28-	أثر قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي.....	42
-	مادة (880)	43
29-	تسلم المصفي أموال التركة.....	43

رقم البند	الموضوع	الصفحة
30-	أجر المصفي.....	43
31-	نفقات التصفية.....	44
-	مادة (881)	45
32-	إجراءات المحافظة على التركة.....	45
-	مادة (882)	47
33-	تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه.....	47
34-	استصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بصرف	
	نفقة لمن كان يعولهم المورث.....	48
35-	تقدير النفقة.....	49
36-	خصم النفقة من الميراث.....	49
37-	اختصاص قاضي الأمور الوقتية بالمنازعات المتعلقة	
	بالنفقة.....	49
-	مادة (883)	50
38-	عدم اتخاذ الدائنين أى إجراء على التركة من وقت	
	قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي.....	50
-	مادة (884)	53
39-	حظر تصرف الوارث فى مال التركة قبل تسلم	
	شهادة التوريث.....	53
-	مادة (885)	55
40-	اتخاذ المصفي الوسائل التحفظية والقيام بأعمال	
	الإدارة.....	55

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-41	مسئولية المصفى ولو لم يكن مأجورا مسئولية الوكيل المأجور	57
-	مادة (886)	58
-42	توجيه المصفى تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيتها	58
-	مادة (887)	60
-43	إيداع المصفى قائمة بما للتركة وما عليها قلم الكتاب	60
-	مادة (888)	62
-44	استعانة المصفى بخبير	62
-45	ما يجب على المصفى الرجوع إليه	62
-	مادة (889)	64
-46	عقوبة الاستيلاء غشا على شئ من مال التركة	64
-	مادة (890)	66
-47	المنازعة فى صحة الجرد	66
-48	شكل المنازعة	66
-49	ميعاد المنازعة	67
-50	فصل القاضى فى المنازعة	68
-51	قضاء المحكمة المختصة فى المنازعة على وجه الاستعجال	69
-	تسوية ديون التركة :	
-	مادة (891)	70
-52	وفاء المصفى الديون التى لم يقم بشأنها نزاع	70

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (892)	71
-53	وقف تسوية الديون فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال إعسارها.....	71
-	مادة (893)	72
-54	كيفية الوفاء بديون التركة.....	72
-55	كيفية بيع منقولات وعقارات التركة.....	73
-	مادة (894)	74
-56	حلول الدين المؤجل.....	74
-	مادة (895)	76
-57	توزيع الديون المؤجلة وأموال التركة فى حالة عدم اتفاق الورثة على طلب حلول الدين المؤجل.....	76
-58	ترتيب تأمين كاف لكل دائن من دائنى التركة.....	77
-59	شهر التأمين الذى يرد على عقار.....	78
-	مادة (896)	79
-60	دفع الوارث القدر الذى اختص به من الديون المؤجلة.....	79
-	مادة (897)	80
-61	دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة.....	80
-62	عدم رجوع الدائنين على من كسب بحسن نية حقا عينيا على أموال التركة.....	81

الصفحة	الموضوع	رقم البند
83	مادة (898)	-
83	تتفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.....	-63
	تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :	-
85	مادة (899)	-
85	أيلولة أموال التركة إلى الورثة بعد تنفيذ التزاماتها.....	-64
86	مادة (900)	-
86	تسليم المصفي الورثة ما آل إليهم من أموال التركة....	-65
	تسلم الورثة بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التي لا	-66
86	يحتاج لها في تصفية التركة.....	-
88	مادة (901)	-
88	تسليم المحكمة كل وارث شهادة بالإرث.....	-67
89	الإعلام الشرعي ودعوى الوفاة والوراثة.....	-68
94	مادة (902)	-
94	طلب الوارث تسليم نصيبه في الإرث مفرزا.....	-69
95	مادة (903)	-
95	إجراء المصفي لقسمة أموال التركة.....	-70
96	مادة (904)	-
96	سريان القواعد المقررة في القسمة على قسمة التركة..	-71
97	مادة (905)	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-72	عدم اتفاق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث.....	97
-	مادة (906)	98
-73	ما يتبع بشأن المستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى.....	98
-	مادة (907)	101
-74	عدم ضمان باقى الورثة المدين عند اختصاص أحد الورثة بدين للتركة.....	101
-	مادة (908)	103
-75	وصية المورث بقسمة أعيان التركة على ورثته.....	103
-	مادة (909)	106
-76	جواز الرجوع فى الوصية بالقسمة.....	106
-	مادة (910)	107
-77	أموال المورث التي لم تدخل فى القسمة.....	107
-	مادة (911)	109
-78	موت واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة.....	109
-79	زيادة الورثة وقت الموت.....	109
-	مادة (912)	111

رقم البند	الموضوع	الصفحة
80-	سريان أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن على	
	القسمة المضافة إلى ما بعد الموت.....	111
-	مادة (913)	112
81-	عدم شمول القسمة ديون التركة أو شمولها لها وعدم	
	موافقة الدائنين عليها.....	112
-	أحكام التركات التي لم تصف :	
	مادة (914)	114
82-	الإجراءات الفردية للتنفيذ بحقوق الدائنين.....	114
83-	حالتا اتخاذ الدائنين إجراءات التنفيذ الفردى وأثرهما....	115
-	(أ) الحالة الأولى: حالة عدم تصرف الورثة فى	
	أموال التركة أو عدم ترتيبهم حق عيني عليها للغير...	115
-	(ب) الحالة الثانية: حالة تصرف الورثة فى أموال	
	التركة أو ترتيبهم حق عيني عليها للغير.....	118
84-	أولاً: التصرف فى العقار أو ترتيب حق عيني عليه...	118
85-	أثر شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث.....	124
86-	تعدد دائنى المورث.....	125
87-	حكم المتصرف إليه سىء النية.....	125
88-	حكم تصرف الوارث سىء النية.....	126
89-	ثانياً: التصرف فى المنقولات.....	126
90-	من يقوم بشهر الدين؟.....	127
91-	كيفية شهر الدين.....	128
92-	الطعن فى قرار حفظ طلب التأشير الهامشى.....	129
93-	التركات السابقة على العمل بالقانون رقم 114 لسنة	130

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	1946.....	
-94	 محو التأشير	131
-95	 التأشير بالمحررات المثبتة للديون فى قانون نظام	
	 السجل العينى	132
-96	 انتصاب الوارث خصما عن باقى الورثة فى التركة	132
-	الوصية :	
	مادة (915)	
-	التشريع الذى يحكم الوصية :	
-97	 (أ) فى ظل التقنين المدنى الملغى	135
-98	 (ب) فى ظل التقنين المدنى الجديد	136
-99	 سريان قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 على	
	 الوصايا الصادرة من متوفى بعد العمل به	138
-100	 الأحكام الموضوعية للوصية بالنسبة للأجانب	139
-101	 شكل الوصية بالنسبة للأجانب	140
-102	 الوصية من مسائل الأحوال الشخصية	141
-103	 تعريف الوصية	143
-104	 الخلافة العامة والخلافة الخاصة	145
-105	 الوصية استثناء من بطلان التعامل فى التركة	
	 المستقبلية	145
-106	 انعقاد الوصية	146
-107	 القدر الذى تنفذ فيه الوصية	148
-108	 عدم سماع دعوى الوصية عند الإنكار	149
-109	 شهر الوصية بالنسبة للعقارات	153

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-110	جزاء عدم شهر الوصية.....	155
-111	الوصية بالمنقول.....	156
-112	كيفية شهر الوصية.....	157
-	(أ) الوصية التى يشهرها الموصى له بعد وفاة الموصى.....	157
-	(ب) الوصية التى يشهرها الموصى حال حياته.....	158
-	(ج) الوصية الواجبة.....	158
-113	شهر الوصية فى قانون نظام السجل العينى.....	160
-	مادة (916)	162
-114	التحاييل على أحكام الوصية.....	162
-115	كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت.....	163
-116	شروط اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت.....	164
-	(أ) أن يكون الشخص مريضا مرض الموت.....	165
-117	المقصود بمرض الموت.....	166
-	(ب) أن يصدر من الشخص ثمة تصرف.....	167
-	(ج) أن يكون المقصود بالتصرف التبرع.....	167
-118	إثبات ورثة المتصرف أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت.....	169
-119	إثبات المتصرف إليه أن التصرف ليس تبرعا.....	172
-	مادة (917)	174
-120	التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين وحق	174

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-121	الانتفاع بها مدى الحياة يعتبر وصية.....	175
-122	شروط القرينة المنصوص عليها بالمادة.....	179
-123	إثبات شروط القرينة.....	183
-124	الدفع ببطالان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية في حقيقته دفع بصورية العقد صورية نسبية.....	184
-125	القرينة المنصوص عليها بالمادة لاتتعلق بالنظام العام.....	184
-126	تطبيق القرينة من حيث الزمان.....	186
-127	أثر إثبات توافر شروط القرينة.....	186
-128	يجوز للمتصرف إليه إثبات عكس القرينة يجوز للوارث إثبات أن التصرف يخفى وصية دون الاستناد إلى القرينة المنصوص عليها بالمادة 917 مدنى.....	187
-	4- الالتصاق	
-	الالتصاق بالعقار :	
	مادة (918)	
-129	المقصود بالالتصاق.....	191
-130	شروط الالتصاق.....	192
-131	ملكية الأراضي التي تتكون من طمي النهر بطريقة تدرجية غير محسوسة.....	194
-132	أحكام ملكية الطمي.....	196
-133	حكم الزيادة الناتجة عن الطمي	198

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (919)	199
-134	ملكية الأراضى التى ينكشف عنها البحر	199
-135	عدم جواز التعدى على أرض البحر	200
-	مادة (920)	201
-136	ملكية الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة	201
-	مادة (921)	203
-137	طرح النهر وأكله	203
-138	خضوع ملكية طرح النهر للقانون رقم 100 لسنة 1964	203
-139	تنظيم حصر طرح النهر وأكله	204
-140	تخصيص طرح النهر ببعض الأماكن	205
-141	التعويض عن أكل النهر	205
-142	بطلان التصرف فى حق التعويض	208
-143	حق التعويض الذى سبق شراؤه بعقد مسجل بعد العمل بالقانون 73 لسنة 1953 الخاص بطرح النهر وأكله	208
-144	التوزيعات التى تمت وفقا لأحكام القانون رقم 73 لسنة 1953 وأقر القانون رقم 100 لسنة 1964 اعتمادها أو أوجبه	209
-145	إجراءات تقديم طلب التعويض وأداء التعويض	214
-146	جزاء تضمين طلب الحصول على التعويض ببيانات غير صحيحة	215

رقم البند	الموضوع	الصفحة
147-	حق وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى فى نزع ملكية العقارات المقامة عليها آلات رافعة.....	216
148-	رفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر.....	216
149-	التصرف فى أراضى طرح النهر.....	217
150-	اختصاص اللجنة القضائية للإصلاح بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع أراضى طرح النهر.....	220
151-	مضمون اختصاص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر.....	224
152-	التصديق على قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.....	224
153-	تكييف تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح على القرار الصادر من اللجنة.....	225
154-	عدم اعتماد وزير الزراعة واستصلاح الأراضى قرارات التصديق الصادرة من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.....	226
155-	عدم الطعن على قرارات اللجنة.....	228
-	مادة (922)	234
156-	ملكية صاحب الأرض ما على الأرض أو تحتها من	234

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	بناء أو غراس أو منشآت أخرى.....	
-157	إثبات عكس القرينة المنصوص عليها بالفقرة الأولى	
	من المادة.....	236
-158	كيفية إثبات عكس القرينة.....	241
-	مادة (923)	
	المنشآت التي تخضع لأحكام الالتصاق.....	243
-159	الصورة الأولى من صور الالتصاق:	243
-	الباني هو صاحب الأرض بأدوات غيره.....	246
-160	الحالة الأولى: صاحب الأرض حسن النية.....	246
-161	الحالة الثانية: صاحب الأرض سىء النية.....	247
-162	حكم المنشآت التي يقيمها الباني على أرضه بسوء نية.....	247
-163	(أ) حق صاحب المواد فى المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها.....	247
-164	(ب) تملك صاحب الأرض للمنشآت.....	248
-165	التزامات صاحب الأرض.....	249
-166	1- دفع قيمة المواد إلى صاحبها.....	250
-	2- تعويض صاحب المواد.....	250
-	هل يجوز لمالك الأدوات استردادها إذا هدم البناء؟....	251
-167	مادة (924)	
-	الصورة الثانية من صور الالتصاق:	251
-168	الباني بأدوات من عنده فى أرض مملوكة لغيره بسوء نية.....	253

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-169	المقصود بسوء النية.....	253
-170	بناء المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى.....	255
-171	البائع الذى يقيم بناء بالأرض المباعة قبل التسجيل....	258
-172	حكم البانى على أرض الغير بسوء نية.....	260
-173	(أ) طلب إزالة البناء على نفقة من أقامها.....	260
-174	(ب) طلب التعويض.....	266
-175	(ج) طلب استبقاء المنشآت.....	266
-176	(د) حق البانى فى نزع المنشآت.....	269
-	مادة (925)	271
-	الصورة الثالثة من صور الالتصاق:	271
-177	البانى بأدوات من عنده فى أرض مملوكة لغيره	
	بحسن نية.....	271
-178	المقصود بحسن النية.....	271
-179	علم البانى بشراء مورثه الأرض التى أقام عليها	
	البناء بموجب عقد مسجل.....	272
-180	البناء الذى يقيمه المشتري على الأرض قبل تسجيل	
	العقد.....	273
-	(أ) رأى قديم لمحكمة النقض: اعتبار المشتري	
	البانى مالكا للبناء ولا يخضع لأحكام الالتصاق.....	273
-	(ب) رأى حديث لمحكمة النقض: اعتبار البناء	
	مملوكا للبائع بالالتصاق، واعتبار المشتري بانيا	
	بحسن نية مما يخضع لحكم المادة 925 مدنى.....	274
-181	حكم البانى حسن النية.....	276
-182	حق البانى فى إزالة المنشآت.....	276

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-183	التعويض المستحق للبانى	277
-184	تمليك الأرض لمن أقام المنشآت	280
-185	تملك صاحب المنشآت الأرض بحكم القانون	281
-186	التمليك رخصة لصاحب الأرض يخضع استعمالها لمطلق اختياره	281
-187	التعويض المستحق للمالك	281
-188	عدم النص على هذا الاستثناء فى حالة سوء النية	282
-189	حق الحبس	282
-	مادة (926)	285
-	الصورة الرابعة من صور الالتصاق:	
-	إقامة البانى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض	285
-190	المقصود بهذه الصورة	285
-191	حكم الالتصاق المنصوص عليه بالمادة	285
-192	عدم جواز تمليك الأرض لمن أقام المنشآت	288
-193	البناء الذى يقيمه المنتفع فى الأرض	289
-	حالات لا تسرى عليها أحكام الالتصاق	290
-194	أولاً: بناء المستأجر فى الأرض المؤجرة	290
-195	ثانياً: البناء الذى يقيمه أحد الشركاء على الشيوع فى الأرض الشائعة	291
-196	ثالثاً: البناء الذى يقيمه الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل	293

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (927)	295
-197	سريان أحكام المادة 982 مدنى فى أداء التعويض	295
-198	المنصوص عليه فى المواد 924، 925، 926 مدنى .. نطاق تطبيق المادة.....	296
-199	التيسيرات التى يجوز للقاضى منحها للمدين.....	296
-	مادة (928)	298
-200	تعدى البانى بحسن نية على جزء يسير من أرض جاره.....	298
-201	حكم القواعد العامة فى هذه الحالة.....	301
-202	الحكم الخاص للحالة المنصوص عليها بالمادة (تمليك الجزء المعتدى عليه للبانى).....	302
-203	اقتصار التمليك على الجزء المشغول بالبناء.....	303
-204	عدم سريان حكم المادة فى حالة إقامة غراس.....	304
-205	تعويض صاحب الأرض تعويضا عادلا.....	304
-206	عدم جواز تأجيل أو تقسيط الوفاء بالتعويض المستحق لمالك الأرض.....	305
-	مادة (929)	306
-207	يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق أن تكون المنشآت قد أقيمت على سبيل الدوام.....	306
-208	حكم المنشآت الصغيرة.....	306
-	مادة (930)	308
-209	إقامة أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض مملوكة لثالث.....	308

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-210	أولاً: علاقة مالك الأرض بمن أقام المنشآت فيها.....	308
-211	ثانياً: علاقة من أقام المنشآت بمالك المواد.....	309
-212	ثالثاً: علاقة مالك المواد بمالك الأرض.....	309
-	الالتصاق بالمنقول :	
-	مادة (931)	
-213	المقصود بالمنقول.....	311
-214	شروط التصاق المنقولات.....	312
-215	أحكام التصاق المنقولات.....	313
-	5- العقد	
-	مادة (932)	
-216	انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد.....	317
-217	المنقول المعين بالذات.....	318
-	مادة (933)	
-218	انتقال ملكية المنقول المعين بنوعه.....	324
-219	جزاء عدم إفراز المنقول المعين بنوعه.....	325
-	مادة (934)	
-220	عدم انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى إلا بمراعاة الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.....	327
-221	الاعتبارات التى يقوم عليها نظام الشهر العقارى.....	327
-222	نظام السجل الشخصى ونظام السجل العينى.....	328

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	المراحل التى مر بها الشهر العقارى فى مصر	331
-223	المرحلة الأولى: المرحلة السابقة على التقنين المدنى القديم.....	331
-224	المرحلة الثانية: فى ظل التقنين المدنى القديم حتى	331
-225	العمل بقانون التسجيل الصادر سنة 1923.....	331
-226	المرحلة الثالثة: بعد صدور قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923.....	335
-	المرحلة الرابعة: بعد صدور القانون رقم 114 لسنة 1946 (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى.....	338
-	أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى	
-	العقود والأحكام والدعاوى واجبة التسجيل (الطائفة الأولى)	341
-	تسجيل جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك.....	341
-227	النص القانونى.....	341
-	المادة التاسعة من القانون رقم 114 لسنة 1946	341
-	المستبدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1976.....	341
-	التصرفات والأحكام التى توجب المادة شهرها.....	341
-	(أ) التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.....	341

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-228	شمول هذه التصرفات العقود التي تبرم بين الأحياء والتصرفات التي تعقد بالإرادة المنفردة والمضافة إلى ما بعد الموت.....	342
-	1- الوقف.....	342
-	2- الوصية.....	342
-	3- إنشاء المؤسسة الأهلية.....	344
-	4- التصرفات الإدارية.....	346
-229	التصرفات التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية.....	346
-230	التصرفات التي من شأنها نقل الحقوق العينية العقارية الأصلية.....	347
-231	التصرفات التي من شأنها تغيير الحقوق العينية العقارية الأصلية.....	347
-232	التصرفات التي من شأنها زوال الحقوق العينية العقارية الأصلية.....	347
-233	المقصود بالأحكام النهائية المثبتة للتصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.....	348
-	1- أحكام مرسى المزاد.....	348
-	2- أحكام الشفعة.....	350
-	3- الأحكام المثبتة لتصرف وقع شفاهاة.....	352
-234	قصر التسجيل على القدر المقضى به.....	352
-	الجزء المترتب على عدم الشهر	354
-235	النص القانوني.....	354

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-236	عدم إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية ولا نقلها ولا تغييرها ولا زوالها سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.....	354
-237	المقصود بالغير فى نطاق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى.....	359
-238	العقد غير المسجل يرتب التزامات شخصية.....	360
-239	إيجاب التسجيل فى التصرف لنقل الملكية لا يجعل منه ركنا فى التصرف.....	365
-	هل للتسجيل أثر رجعى؟.....	366
-240	(أ) رأى الفقه.....	366
-241	(ب) قضاء محكمة النقض.....	369
-242	التسجيل وسوء النية.....	372
-243	(أ) التسجيل وسوء النية فى ظل التقنين المدنى	372
-244	(ب) التسجيل وسوء النية فى ظل قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923	374
-245	(ج) التسجيل وسوء النية فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1964	380
-246	عدم نفاذ بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى ولو كان مسجلا.....	386
-247	عدم جواز الاستناد إلى عقد البذل غير المسجل فى تثبيت ملكية القدر الوارد به	387
-248	المفاضلة بين المتصرف إليهم بعقود مسجلة.....	387
-249	لا عبرة فى المفاضلة بين عقدين بإثبات التاريخ.....	389
-250	الأصل أنه لا عبرة فى المفاضلة بين المتصرف	389

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	إليهم بعقود مسجلة بالأسبقية فى تقديم طلب الشهر إلى مصلحة الشهر العقارى.....	
-251	العبرة - استثناء - بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر إذا أشهر المحرران فى يوم واحد.....	391
-	المفاضلة بين المشتري من المورث وبين المشتري من الوارث.....	392
-252	(أ) فى ظل التقنين المدنى القديم.....	392
-253	(ب) فى ظل قانون التسجيل رقم 19/18 لسنة 1923.....	393
-254	(ج) فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946.....	394
-255	تسجيل العقود المتتالية.....	397
-256	جواز الاحتجاج بورقة الضد غير المسجلة بين طرفيها.....	398
-257	حجية الشهر.....	399
-258	إثبات صورية العقد الثانى الصادر للمتصرف إليه الذى سجل عقده.....	407
-259	لا تأثير للدعوى البوليصة على العقد المسجل.....	411
-260	للمتصرف إليه بعقد لم يسجل التمسك لصالح المتصرف بعدم صحة التسجيلات الموقعة على العين.....	416
-261	للغير حسن النية التمسك بحجية العقد المسجل حتى لو كان صوريا.....	416
-262	لا مسئولية على مصلحة الشهر العقارى إن شاب	417

رقم البند	الموضوع	الصفحة
263-	سند المالك عيب أو وقع التصرف من غير مالك..... مصلحة الشهر العقاري ليست سلطة عليا فى	418
264-	مناقشة صحة المستندات التى تقدم إليها..... عدم ترتيب البطلان على مخالفة مأمورية الشهر	418
265-	العقارى قواعد بحث الطلبات المتعارضة المنصوص عليها بالمادة 33 من قانون تنظيم الشهر العقاري..... أحكام قانون تنظيم الشهر العقاري تتعلق بالنظام	418
266-	العالم..... حكم قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964.....	423 423
267-	حجية القيد فى السجل العينى.....	424
-	(الطائفة الثانية)	
	تسجيل جميع التصرفات والأحكام	
	النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية	
	العقارية الأصلية	
268-	النص القانونى.....	433
269-	المقصود بالتصرفات المقررة لحق من الحقوق	433
270-	العينية العقارية الأصلية.....	433
271-	المقصود بالأحكام المقررة.....	440
272-	آثار عدم تسجيل التصرفات والأحكام النهائية	442
273-	المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.....	442
272-	اشتراط التسجيل لمصلحة الغير.....	443
273-	قضاء النقض فى أثر تسجيل القسمة أو عدمه	444

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	بالنسبة للغير	
-	(الطائفة الثالثة)	
	الدعاوى الواجب تسجيلها أو التأشير بها	
	فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر	
448		
448	النص القانونى	274-
448	التأشير والتسجيل المنصوص عليها بالمادة	275-
	التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما	276-
	يقدم ضدها من دعاوى أو تسجيل الدعاوى التى	
	يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى	
449	يتضمنه المحرر	
451	دعاوى الاستحقاق	277-
451	دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية	278-
454	من الذى يطلب التأشير أو التسجيل؟	279-
	حصول التأشيريات والتسجيلات بعد إعلان صحيفة	280-
455	الدعوى وقيدها بجدول المحكمة	
456	الدعاوى الكيدية	281-
	عدم اشتراط تسجيل الدعوى أو التأشير بها قبل	282-
457	صدور الحكم فيها	
	تسجيل المشتري من المورث صحيفة دعوى صحة	283-
	ونفاذ العقد الصادر له يحل محل التأشير بحقه على	
459	هامش حق الإرث	
	لا يغنى عن تسجيل صحيفة الدعوى سبق التأشير	284-
459	عليها فى المساحة	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
285-	سبق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يمنع	
	من تسجيل بيع آخر صادر عن ذات البائع.....	460
286-	اشتراط شهر سند البائع لانتقال الملكية.....	460
287-	التأشير بمنطوق الحكم النهائى فى هامش سجل	
	المحركات واجبة الشهر.....	460
288-	وجوب التأشير بالأحكام النهائية فى خلال خمس	
	سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ	
	العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 أيهما أطول	462
289-	تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد بيع لا يحول	
	دون الحكم بصحة ونفاذ عقد آخر على ذات العين	
	سجلات صحيفة دعواه قبل تسجيل صحيفة الحكم	
	الأول.....	466
290-	الأثر المترتب على تسجيل الدعاوى أو التأشير بها	
	والتأشير بالأحكام المسجلة.....	466
291-	أولاً: الأثر المترتب على التصرفات التى يبرمها	
	المدعى عليه بعد تسجيل الدعوى أو التأشير بها ثم	
	التأشير بالحكم الصادر فى الدعوى.....	471
292-	ترتيب أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها	
	ولو لم يكن الغير خصماً فى الدعوى.....	476
293-	يشترط لتحقيق الأسبقية مطابقة العقار الوارد	
	بصحيفة الدعوى للعقار الوارد بالعقد	476
294-	ترتيب أثر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة	
	التعاقد بإثبات الصلح.....	476
295-	عدم جواز شطب تسجيل عقد تال لتسجيل صحيفة	477

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	دعوى صحة تعاقد عن عقد بيع قبل الحكم فيها وتسجيل الحكم.....	
-296	ارتداد أثر التأشير بمنطوق الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة أو التأشير بها استثناء لا يجوز التوسع فيه.....	477
-297	ثانياً: حكم التصرفات التي يبرمها المدعى عليه قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها.....	479
-	(أحكام قانون المرافعات فى الشهر) (أولاً) شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية والطلب العارض وطلب التدخل	
-298	النصوص القانونية.....	482
-299	إيجاب شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية والطلب العارض وطلب التدخل.....	482
-300	شروط إعمال الفقرة الثانية من المادة 65 والمادة 126 مكررا من قانون المرافعات.....	487
-301	متى يتم شهر الصحيفة؟.....	494
-302	هل يجوز للمحكمة توقيع أحد الجزاءات المنصوص	495

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	عليها فى المادة 99 مرافعات إذا لم يشهر المدعى صحيفة دعواه رغم تأجيل الدعوى لذلك؟.....	
-303	جزاء عدم شهر صحيفة الدعوى.....	496
-304	تحصيل أمانة قضائية مؤقتا عند الشهر.....	497
-305	النطاق الزمنى لسريان الفقرة الثانية من المادة (65) والمادة (126 مكررا) مرافعات.....	500
-	(ثانيا)	
-	شهر الصلح فى دعوى صحة التعاقد على	
	حق من الحقوق العينية العقارية	
-306	النص القانونى.....	502
-307	الحكم الوارد بالنص.....	502
-308	التصرفات والأحكام الكاشفة فى قانون السجل العينى.....	505
-	إجراءات خاصة بالدعاوى واجبة الشهر فى قانون السجل العينى.....	506
-309	النص القانونى.....	506
-310	الدعاوى المنصوص عليها بالمادة.....	506
-311	الإجراءات الواجب اتباعها فى رفع الدعوى.....	510
-312	وضع الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم وقت العمل بقانون السجل العينى.....	511
-313	جزاء عدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها	513

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	بالمادة (32).....	
-314	الدعاوى الكيدية.....	516
-315	التأشير فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى	
	الصادر فى الدعوى.....	517
-316	أثر التأشير بالدعاوى فى قانون السجل العينى.....	517
-	محتويات المجلد الثانى عشر.....	521

تم بحمد الله وتوفيقه المجلد الثانى عشر

