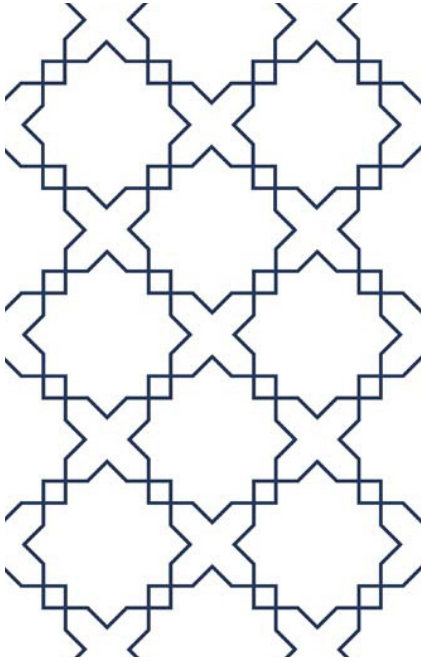
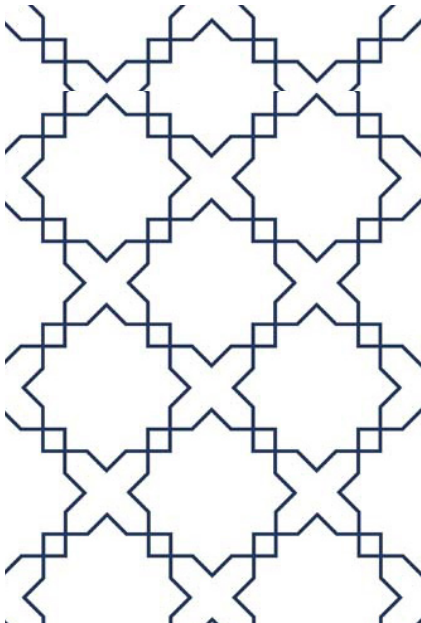




التعليق على حكم قضائي



حق الدائن الذي يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين بشأنه

د. درع حماد
جامعة الفلوجة

مقدمة:

يمثل الضمان العام الوسيلة التي يستطيع الدائن من خلالها الحصول على دينه ، وهذا الضمان العام ليس شيئاً غير الذمة المالية للمدين، والذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات في الحال أو في المستقبل، فالذمة تتكون من نوعين من العناصر: عناصر ايجابية وهي حقوق الشخص سواء كانت حقوقاً مباشرة على الشيء كالحقوق العينية أو حقوقاً من خلال ذمة شخص آخر ويطلق عليها الحقوق الشخصية وعناصر سلبية تمثل الديون التي على الشخص لصالح غيره، ويتحدد محتوى الذمة المالية من تفاعل عناصرها الايجابية مع عناصرها السلبية، فاذا زادت العناصر السلبية على العناصر الايجابية كانت الذمة المالية فقيرة لا تستطيع الوفاء بحقوق الدائنين جميعاً، فيقتسمون عناصر هذه الذمة قسمة غرماء، وإذا كان العكس بحيث كانت العناصر الايجابية أكبر من العناصر السلبية كانت الذمة المالية مليئة وقادرة على سداد حقوق جميع الدائنين، فتكون العناصر الإيجابية في الذمة المالية هي التي تضمن عناصرها السلبية، فاذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزامه جاز للدائن أن يطلب التنفيذ على العناصر الايجابية في ذمة المدين واستيفاء حقه منها، ولهذا كانت مصلحة الدائن أن تبقى ذمة المدين في حالة امتلاء فلا تزيد عناصرها السلبية على عناصرها الايجابية.

لكن المدين قد يعتمد بوسيلة أو أخرى الى إضعاف ذمته المالية لتكون بعيدة عن متناول دائنيه مادام المدين حر بالتصرف بأمواله، ذلك أن مديونية المدين لدائنيه لا تغل يده عن التصرف، بل ومن الأفضل أن يبقى يتصرف في عناصر ذمته المالية، لأن من شأن تصرفه أن يزيد من العناصر الايجابية لذمة المدين على نحو يخدم دائنيه في نهاية المطاف، بل ويبقى تصرف المدين صحيحاً نافذاً بحق دائنيه حتى لو ترتب على التصرف إنقاص الضمان العام، ذلك أن فكرة الضمان العام تنصرف الى ذمة المدين وقت الحجز عليها، أما الاموال التي تصرف فيها قبل ذلك فليس للدائنين الاعتراض عليها.

بيد أن هذا الاصل العام لا يعمل به على اطلاقه اذا اختلت أحوال المدين وبان سوء تصرفه وقصده السيء وترتب على ذلك عدم وجود أموال في ذمته المالية تكفي لسداد حقوق دائنيه، فنحن هنا أمام مدين سيء النية يعتمد الى تهريب أمواله بعيداً عن متناول دائنيه فلا يجدوا في ذمته المالية ما يكفي لسداد ديونهم ، فيمنح القانون للدائن في هذه الحالة دعوى يطلق عليها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، فالغرض من الدعوى هو المحافظة على الضمان العام من تصرفات المدين الضارة بدائنيه ، وبقول آخر هي تهدف الى حماية الدائن من تصرفات المدين ومحاولته تهريب أمواله بعيداً عن دائنيه حتى لا يظفروا بها والتنفيذ عليها. ويشير الواقع العملي أن دعوى عدم نفاذ التصرفات كانت من أكثر الدعاوى رواجاً وفاعلية في الحفاظ على الضمان العام من

بين الوسائل الى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين رغم صعوبة شروطها وخصوصا تلك الشروط المتعلقة بالجانب النفسي وهو سوء النية.

أولاً: الوقائع.

تتحصل وقائع الدعوى كما عرضها الحكم التمييزي ، بأن المدعي (خالد) اقام دعواه أمام محكمة بداءة المسيب مدعياً انه مشتر لسهام في العقار المرقم (؟) وانه حصل على إقرار بذلك أمام القضاء وقد سدد ثمن تلك السهام الى المدعى عليه الاول، وان عقد الشراء ثابت التاريخ من تاريخ تصديقه في ٢٠١٢/١٢/١١ وان المدعى عليه الاول قام ببيع سهامه في العقار المذكور الى المدعى عليه الثاني لذا طلب الحكم بعدم نفاذ تصرف المدعى عليه الاول للمدعى عليه الثاني بحقه ، فأصدرت محكمة بداءة المسيب حكمها برد الدعوى، فتم الطعن بالحكم المذكور استئنافاً، فقضت محكمة استئناف بابل بفسخ الحكم البدائي والحكم بعدم نفاذ تصرف المستأنف الاول الى المستأنف الثاني (المدعى عليه الاول والمدعى عليه الثاني) وإعادة تسجيل السهام المباعة بأسم المستأنف الاول بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية، فطعن المستأنف عليه بالحكم المذكور تمييزاً فاصدرت حكمها كما سيرد في الفقرة الاتية.

ثانياً: الحكم محل التعليق

الحكم الصادر من محكمة التمييز بالعدد: ١٧٣٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٨/٢٠ والذي تضمن الاتي «.... إنه صحيح وموافق لأحكام القانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه الهيئة بالعدد ٤٠١٥/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١١/٣٠ وقد تأيد للمحكمة من خلال التحقيقات التي أجرتها أن المدعي اشترى من المدعى عليه الاول وبعقد خارجي سهامه في العقار المرقم ١٠/١١ مقاطعة ٢٦ جويه وحصل على اقرار قضائي بالبيع المذكور أمام محكمة بداءة المسيب باضبارة الاقرار المرقمة ٣٦/ق م/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٢/١١ الا ان المدعى عليه المذكور باع سهامه الى المدعى عليه الثاني بعقد خارجي محرر بتاريخ ٢٠١٨/١/٩ وتم نقل ملكية السهام بأسم المدعى عليه الثاني بالقيد ٤١ ت ٢٠١٨/٢ حيث أن إقرار المدعى عليه الاول بيع سهامه الى المدعي ثابت التاريخ بموجب اضبارة الاقرار المرقمة ٣٦/ق م/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٢/٣ وهو تاريخ اسبق من تاريخ بيع سهام المدعى عليه الاول الى المدعى عليه الثاني وبذلك فان شروط المادتين ٢٦٣ و ٢٦٤ من القانون المدني متوفرة في دعوى المدعي مما يستوجب الحكم بعدم نفاذ تصرف المدعى عليه الاول والمتضمن بيع سهامه في العقار المرقم (١٠/١١)

مقاطعة ٢٦ الجوية الى المدعى عليه الثاني وهذا ما قضى به الحكم المميز فقرّر تصديقه ورد الطعن التمييزي.....».

ثالثاً: التعليق

يمثل الحكم التمييزي الذي جاء مصدقاً لحكم محكمة الاستئناف مرتبكا في صياغته وأسبابه وانطوى على خطأ في فهم نصوص القانون التي تنظم دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه وعلى النحو الآتي:

إن المدعي اقام دعواه على أساس قيام المدين بالتصرف بسهامه ونقل ملكيتها الى شخص آخر مطالباً بعدم نفاذ التصرف المبرم بين الاثنين بحقه مستنداً في ذلك أن التعهد الصادر من المدعى عليه جاء بتوقيع قاض بموجب اضبارة معدة لهذا الغرض، وأنه بموجب هذا الإقرار أصبح التصرف ثابت التاريخ ومن ثم يكون حجة على الغير بما تضمنه، وثبوت تاريخ المستند على النحو الوارد في الشرح لا خلاف عليه، فاحدى وسائل ثبوت التاريخ هو توقيع قاض عليها رغم انه ليس من مهام القضاة توثيق العقود أو أخذ إقرار المتعهد عليها الا على سبيل القضاء المستعجل وقد أشارت اليه المادة (١٤٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ اذ تقضي في فقرتها الاولى بأنه « ١- يجوز لمن بيده سند عادي أن يطلب من القضاء المستعجل دعوة من ينسب اليه هذا السند ليقره أنه يخطئه أو بضمنه ايهامه ولو كان الالتزام به غير مستحق الاداء». اذ الغاية من من أخذ اقرار الطرف الاخر حرمانه من أنكار السند الصادر من قبله اذا نشب النزاع بين الطرفين بشأن العقد، ومع ذلك تبقى هذه المسألة غير ذات قيمة بالنسبة لدعوى عدم نفاذ التصرفات.

ما القيمة القانونية لتأشير القاضي على التعهد بنقل ملكية عقار .

سادت ظاهرة في السنوات الاخيرة وهي الحصول على توقيع القاضي على المستندات العادية، ويشيع عند عمليات ترويج بيع العقار الذي لم تنتقل ملكيته بعد الى وجود توقيع قاض على الورقة، بما يوحي أن هذه الورقة صارت ورقة رسمية وان المتعهد لا يمكنه التملص من التزاماته بموجب الورقة، فما نصيب هذا القول من القانون؟

إن وضع القاضي توقيعاً على ورقة عادية ليس من شأنه أن يضيف قوة اثبات مضافة الى السند العادي، فهو يبقى سنداً عادياً ولا يتحول الى سند رسمي، كما ان هذا التوقيع ليس من شأنه أن يصحح عيوب التعهد بنقل الملكية إن كان معيباً كعدم تحديد

المبيع تحديدا نافيا للجهالة أو عدم ذكر الثمن رغم أن الطرفين يريدان البيع، لكن الاثر الوحيد لتصديق الاقرار من قبل القاضي هو تحديد ثبوت تاريخ المستند العادي، إذ السندات العادية لا يحتج بها في مواجهة الغير من تاريخها الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا، فالتصديق أو الإقرار لا يزيد من القوة الثبوتية للسند ولا ينقصها، وإنما يجعله نافذا بحق الغير من هذا التاريخ الثابت. والواقع أن القاضي لا يملك سلطة توثيق التصرفات العقارية، بل حتى الكاتب العدل لا يملك مثل هذه السلطة، لأن الكاتب العدل لا يجوز له توثيق أي تصرفات أو مستندات حدد القانون جهة معينة لتوثيقها، والتصرفات العقارية حدد القانون دائرة التسجيل العقاري جهة رسمية لتوثيق التصرفات المنشئة لحق عيني على عقار، وهو معنى الشكلية التي تطلب القانون استيفائها لاكتساب التصرف ركن الشكلية.

هل التعهد بنقل ملكية عقار استوفى الشكلية القانونية بالتصديق عليه من قبل القاضي؟

إن عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل قانونا، ذلك لأن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هو الشكل الرسمي الذي تطلبه القانون لقيام عقد بيع العقار، ولا يغني عن ذلك أي شكلية أخرى، فلو تم توثيق العقد أمام القاضي أو أمام الكاتب العدل، فإن هذا التوثيق لا يقدم ولا يؤخر في العقد، فيكون عقدا باطلا لا يولد حقا ولا التزاما، لأن ركن الشكلية لم يتم الايفاء بمطالباته.

واذا كان قد قام جلد مستفيض لدى الشراح العراقيين بشأن أساس التعويض الذي نص عليه المشرع العراقي في المادة (١١٢٧) من القانون المدني، فذهب فريق الى اننا أمام عقد غير مسمى، وهذا العقد غير المسمى أما انه نشأ ابتداءً على هذا النحو أو أنه تحول من عقد مسمى الى عقد غير مسمى، فيما ذهب فريق آخر الى أن التعهد بنقل الملكية ليس الا واقعة قانونية يرتب القانون عليها اثرا وهو التعويض، فعند من يرى انه عقد غير مسمى ابتداءً أو أنه تحول الى ذلك لاحقا، فإن هذا العقد هو الذي يفسر التعويض المشار اليه في المادة (١١٢٧) لكنه لا يفسر التعديلات التي جرت على النص المذكور أذ حل محل النص المتقدم قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ اذ يبقى حق المشتري (الدائن) في طلب مملك العقار عند توفر شروط معينة لم يجد له أساس عند هؤلاء، بل ويغالي البعض في القول بإدعاء أن التعهد بنقل ملكية عقار أصبح عقدا رضائيا وأن مملك العقار للمشتري اذا توفرت شروطه هو تنفيذ عيني جبري للالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وقد سبق لنا أن اشرنا الى عدم صواب هذا

التوجه رغم أنه يمثل الرأي الغالب لدى الشراح، لأن هذا العقد الرضائي غير قادر الى انتاج اثاره وترتيب حكمه الا اذا توفرت شروط معينة، مما يعني أن مثل هذا التكييف محل نظر وان المشرع العراقي عندما قرر التعويض أو طلب التمليك عند التعهد بنقل ملكية عقار نظر اليه على أنه واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا بدليل عدم قدرة المتعهد له على طلب تملك العقار استنادا الى مجرد العقد، وانما لابد أن يكون قد أحدث منشآت أو غراسا عليه وأن يكون إحداث المغروسات وتشيد المنشآت قد تم بدون معارضة تحريرية من المتعهد. وفي كلتا الحالتين لا قيمة قانونية للتأشير على التعهد بنقل الملكية .

إن القضاء وضع المسألة في تصور مقلوب، وكان أس المشكلة أن التعهد بنقل ملكية العقار كان نافذا بحق المشتري الثاني ومن ثم فان اسبقية ثبوت حقه تعطيها الاولوية على المشتري، والامر على خلاف ذلك تماما ، فلدينا عقد بيع تم استيفاء متطلباته وانتقلت الملكية الى المشتري الثاني، أما المشتري الاول فليده التعهد بنقل الملكية فقط، وهذا التعهد لا يغني ولا يضمن بالنسبة له في هذه الظروف حتى لو كان التعهد الذي لديه ثابت التاريخ، واذا راجعنا نصوص قانوننا المدني لا نجد فيها أي شرط يتضمن وجوب أن يكون سند الدائن ثابت التاريخ للطعن بتصرفات مدينه، وقد يكون لثبوت تاريخ السند العادي أهمية في دعوى نفاذ التصرف اذا تضاربت أقوال ذوي الشأن بخصوص اسبقية حق الدائن على التصرف الذي صدر من المدين وأن التاريخ الثابت يحسم النزاع حول هذه المسألة، أما ما عدا ذلك فليس لثبوت التاريخ أي أهمية وهي مسألة فرعية تتعلق بتفصيلات دعوى عدم نفاذ التصرف وفي هذه الحدود الضيقة فقط.

إن دعوى عدم نفاذ التصرف تشترط أن يكون حق الدائن مستحق الاداء، ولا يمكن القول أن حق الدائن مستحق الاداء استنادا الى التعهد مجردا من أي ظروف أخرى، فقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٨ يشترط لحق المتعهد له بطلب تملك العقار المبيع أن يكون قد أحدث فيه منشآت أو غرس مغروسات أو يكون قد سكن العقار اذا كان المبيع من العقارات السكنية ، ومعنى هذا أن هذه الشروط اذا لم تتحقق ليس للدائن أن يطلب تملك العقار، بل حتى إن توفرت هذه الشروط وكان المشتري قد اقام المغروسات أو المنشآت بعد أن وجهت له معارضة تحريرية من المتعهد، فان شروط التمليك تكون قد تخلفت، فاذا لم يكون بمقدور المشتري طلب تملك العقار، فان معنى ذلك أن حقه غير مستحق الاداء اياً كان الأساس الذي تقوم عليه دعوى التمليك، لكن لم نلاحظ من حيثيات الحكم التمييزي أي بحث في مدى توفر شروط التمليك وهو الشرط الضروري لقبول دعوى عدم نفاذ تصرف المدين بحق دائنه.

بل العكس من ذلك كان مدار بحث القضية هو أسبقية التعهد بنقل ملكية العقار على التصرف بالعقار بيعاً الى المشتري من خلال دائرة التسجيل العقاري وهي مسألة ليست ذات أهمية في سياق الدعوى المنظورة اذ يمكن اثبات أسبقية تصرف المدين للدائن بوسائل الاثبات المعتبرة قانوناً وهذا يكفي قدر تعلق الامر بهذا الشرط ولا نحتاج الى ثبوت تاريخ التصرف بحق المتصرف اليه الثاني.

إن دعوى عدم نفاذ التصرف غايتها الضرب على المدين المتلاعب الذي يريد تهريب أمواله عن متناول دائنيه والمتصرف اليه الذي توطأ مع المدين وهو يعلم ان التصرف يترتب عليه عجز المدين عن الوفاء بالتزامه، فكل من المدين ومن تصرف له المدين اشخاص يحدوهم التلاعب لابعاد أموال المدين عن متناول الدائنين، فيعقدون التصرف لتحقيق هذه الغاية، وهذه الغاية غير النبيلة تنزع من المتصرف اليه أي حماية يتمسك بها ولا حاجة للقول أن التعهد نافذا بحقه، كما نعلم أن دعوى عدم نفاذ التصرف بحق الدائن دعوى دقيقة فيها خروج على الأصل العام وهو حق المدين في التصرف بعناصر ذمته المالية، فليست المديونية سبباً لغل يد المدين عن التصرف، بل وربما كان ابرام المدين للصفقات من شأنه أن يقوي ذمته المالية بمقدار ما يكسبه من الصفقات التي يبرمها، ولهذا لم يرد من بين شروط الدعوى أن يكون التصرف الذي أنشأ المديونية للدائن نافذاً بحق المتصرف اليه على أساس أنه ثابت التاريخ بتوقيع قاض أو كاتب عدل أو موظف عام مختص عليه، فيكون القرار التمييزي بحث في مسائل لا تستحق البحث فيها، بل ولا تستحق مجرد الإشارة اليها وأهممل بحث المسائل الجوهرية التي يتعين أن تكون عقدة النزاع بين الطرفين .

إن الغاية من اشتراط القانون أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، هو أن هذا تاريخ نشوء حق الدائن يحدد ما اذا كان المدين يريد اضعاف عناصر ذمته المالية لحرمان الدائن منها عند التقدم الى الضمان العام أو لا ، فليس بوسع الدائن أن يشتكي من تصرف المدين وادعاء تهريب أمواله اذا لم يكن حقه سابقاً على التصرف، فالدائن غير موجود وقت تصرف المدين، ولا يمكن حرمان المدين من التصرف بعناصر ذمته المالية لاحتمال ترتب دين عليه لبعض الدائنين، فلا شك أن حرمان المدين من التصرف بذمته المالية في مثل هذا الظرف يخالف العقل والمنطق، ولهذا فان المشرع عندما وضع شرط أسبقية نشوء حق الدائن، فانه راعى مثل هذا المنطق، فوجود دين بذمة المدين يترتب عليه مراعاة كل الحالات التي من شأنها أن تضعف ضمان دائنية وأن يمتنع عن أي تصرف يؤدي الى الحيلولة بين الدائنين واستيفاء حقوقهم، فاذا عمد الى التصرف بعناصر ذمته المالية تهرباً من حقوق دائنيه وأدى هذا التصرف الى اعساره أو زيادة إعساره، حق على القانون أن يحمي الدائن من مغبة تصرفات المدين المتلاعب.

وفضلا عما تقدم، فإنه حتى لو توفرت شروط دعوى منع التصرف من حيث اسبقية حق الدائن واستحقاقه، فإن ذلك لا يكفي لرفع دعوى عدم نفاذ التصرف، فشرط الدعوى هو أن يؤدي التصرف الى اعسار المدين أو زيادة اعساره، ومفهوم الاعسار هنا له معنيان، الاول، معنى عام وهو زيادة ديون المدين على حقوقه، أو انه يكون بالاصل معسرا لكن يترتب على التصرف زيادة حالة الاعسار لديه، وهذا النوع من الاعسار يتعلق بالديون التي تترتب في الذمة بحيث تكون هذه الذمة ضامنة للوفاء بها، أما المعنى الثاني للإعسار فهو الاعسار الذي يتعلق بالاعيان، بمعنى عندما يكون المدين قد تعهد باعطاء شيء معين وتصرف في هذا الشيء المعين، وكان هذا الشيء من الاشياء القيمة، فإن تصرف المدين بهذا الشيء واخرجه من ذمته المالية وادخله الى ذمة الغير بأي تصرف ناقل للملكية يعتبر تصرفا مؤديا الى الاعسار اذ يتعذر على المدين الوفاء باعطاء العين التي تعهد بها وبرز امثله التعهد موضوع الدعوى، فالمدين تعهد بنقل ملكية عقار، لكنه تصرف بالعقار للغير على نحو اخرجه من ملكه، فاصبح مستحيلا عليه أن يفي بالتزامه، ولهذا يكون المدين معسرا بهذا المعنى، لانه تعذر عليه الوفاء بالتزامه وهذا هو الاعسار بمعناه الخاص بالنسبة لدعوى عدم نفاذ التصرف.

واذا كانت المحكمة لم تطرح هذا المسألة على بساط البحث فانها تعتبر من المسائل المفروغ منها خصوصا وان الخصوم لم يطرحوا دفعا بشأنها. فضلا عن أن القضاء العراقي استقر ومنذ أمد بعيد على الأخذ بفكرة المعنى الخاص للاعسار وإن لم يشر اليه صراحة، فالمعنى الخاص للاعسار في دعوى عدم نفاذ التصرف لا يقوم على أساس حساب ما للمدين من حقوق وما عليه من التزامات، وانما مدى قدرة المدين على الوفاء بعين ما التزم به اذا كان المدين قد تصرف بهذا الشيء واخرجه من ملكه حتى لو كانت حقوق المدين تزيد على التزاماته بعد أن تصرف بذلك الشيء، فيكون شرط الاعسار قد توفر فيه.

قضى الحكم التمييزي بتأييد الحكم الصادر من محكمة استئناف بابل ”... بفسخ الحكم البدائي والحكم بعدم نفاذ تصرف المستأنف الاول الى المستأنف الثاني (المدعى عليه الاول والمدعى عليه الثاني) وإعادة تسجيل السهام المباعة بأسم المستأنف الاول.....“، والحقيقة أن هذا الحكم يتضمن فقرتين متناقضتين لا تشبه أحدهما الاخرى فشتان ما بين دعوى عدم نفاذ التصرف وبين إعادة تسجيل السهام المباعة بأسم المدعى عليه الاول (البائع) ومعنى إعادة التسجيل أن المحكمة تقرر بطلان التصرف، فكيف يستوى عدم نفاذ التصرف وبطلانه في نفس الوقت، فدعوى عدم نفاذ التصرف يترتب عليها نوعين من الآثار حسب مركز أطرافها في الدعوى، فبالنسبة للدائن، فإن التصرف المطعون فيه كأنه لم يقع ويظل المال الذي انتقلت ملكيته الى المتصرف اليه جزءاً من

نفاذ تصرف المدين بحق الدائن، أن تصرف المدين يعتبر كان لم يكن بالنسبة للدائن، ولهذا اشترط المشرع في حق الدائن أعلى مراتب القوة وهو أن يكون مستحق الاداء، وقوة حق الدائن هو ما يجب أن ينصرف اليه البحث والتقصي ليكون سببا لإجابة الدعوى أو رفضها، وبحث شرط الاستحقاق في حق الدائن تبدو مسألة في غاية التعقيد، فالتعهد بنقل ملكية عقار لم يستوف الشكلية المقررة قانونا هو عقد باطل، فكيف يمكن أن نتحدث عن موعد أستحقاق؟

الواقع أن عقد بيع العقار غير المسجل هو عقد باطل، لكن قرار مجلس قيادة الثورة المشار اليه انفا أجاز للمتعهد له طلب تملك العقار بشروط معينة، فاذا توفرت هذه الشروط يمكنه رفع دعواه أمام القضاء لطلب تملك العقار، فالتحقق من أستحقاق حق الدائن يقتضي بحث توفر شروط التمليك في دعواه وهي أن يكون لديه تعهد بنقل ملكية عقار صادر من المتعهد (البائع) وان المتعهد له (المدعي) قد أحدث منشآت أو غراسا أو سكن العقار بدون معارضة تحريرية سابقة على تشييد المنشآت أو غرس الاشجار أو سكنى العقار، وهي النقطة الجوهرية مدار بحث الحكم القضائي، لكنه أغفل عنها وبحث في مسائل غير جوهرية ولا تقدم شيئا للحكم القضائي اثباتا أو نفيًا، لكن السؤال هو هل يمكن بحث الشروط الموضوعية للحق الذي يستند اليه المدعي في دعواه؟

أن البحث في حق المدعي هو لغرض ثبوت توفر شرط الاستحقاق، وهذا الثبوت يتعلق بتوفر شرط التمليك في طلب المدعي، لان شروط التمليك اذا لم تكن متوفرة ما جاز للمتعد له طلب التمليك ومن ثم لا يجوز له رفع دعوى عدم نفاذ التصرف .

لكن بحث توفر شرط الاستحقاق ببحث توفر شرط التمليك ينقلنا الى منطقة نقاش أخرى تتعلق بمدى حجية الحكم الصادر في دعوى عدم نفاذ التصرف في بحثه شروط التمليك، فمن المعلوم أن المدعي لم تنتقل اليه ملكية العقار ولم يرفع دعوى التمليك بعد وقام المتعهد بنفل ملكية العقار الى شخص اخر بغية حرمان المتعهد له من طلب تملك العقار، فبادر المتعهد له الى رفع دعوى عدم نفاذ التصرف، فهل الحكم الصادر في الدعوى الذي اثبت توفر شروط التمليك من عدمه للتحقق من توفر شرط الاستحقاق في الدعوى يكون حجة بما فصل فيه من الحقوق بين الطرفين نفيًا أو اثباتا بحيث يمكن الدفع في مواجهة المتعهد له أن حكما سابقا اثبت عدم توفر شروط التمليك أو العكس أن يقدم المدعي الحكم القضائي الصادر بدعوى عدم نفاذ التصرف في دعواه طلب تملك العقار، فلا يحتاج الى اثبات جديد؟

نعتقد ان الحكم الصادر في دعوى عدم نفاذ التصرف في بحثه توفر شرط الاستحقاق من خلال بحث توفر شروط التمليك ليست له حجية في الاثبات على أساس قوة الامر

المقضي به ، فموضوع شروط التملك ليست اصلا في دعوى عدم نفاذ التصرف الا بالقدر الضروري للتحقق من توفر شرط الاستحقاق، كما أن هذا البحث لم ترتبط به فقرة حكمية في المنطوق تؤسس عليه، وانما مسألة عارضة جاءت في الحكم للتحقق من توفر شرط الاستحقاق ، ولهذا على المدعي أن يقدم ما يثبت توفر شروط التملك، قد يكون من بيان ادلته الثبوتية هو الحكم الصادر بدعوى عدم نفاذ التصرف يقدمه لتستأنس المحكمة به ويساعد في تكوين قناعتها، لكن هذا الحكم لا يحوز حجية الامر المقضي به. ولما كانت المحكمة الموقرة لم تلتفت الى ذلك وبحثت في أمور غير منتجة في الدعوى وأهملت ما هو منتج وضروري ومع ذلك أصدرت حكما في الدعوى فان حكمها جاء معيبا بالقصور في التسبيب، لأن الأسباب التي عرضتها المحكمة لا ترقى لأن تكون أسباباً صحيحة، بل يمكن القول ان التسبيب الوارد في الحكم ينزل منزلة الانعدام، فالاسباب غير المنتجة في الدعوى لا تعد أسباباً ناقصة أو غير مكتملة ، بل أسباباً منعدمة تنال من سلامة الحكم القضائي.