

ثنائية التنظيم القانوني للتصرف الناقل للملكية

م.م. عصام مرعي نعيمه

جامعة سومر/ كلية القانون

esam.russia.1911@gmail.com

قبول البحث: 10/11/2025

مراجعة البحث: 17/10/2025

استلام البحث: 16/09/2025

الملخص:

دعت الضرورة الملحّة لحماية حق الملكية إلى زيادة الضمان في التصرفات العقارية وغير العقارية المفتقرة الشكلية التي رسمها القانون والمبنية على حسن النية تحقيقاً لمبدأ استقرار هذه التصرفات، عبر ما يسمى بثنائية القواعد المنظمة لها بعد اخضاع التصرف إلى قاعدتين نافذتين، أحدهما اقتصرت على الالتزام بالتعويض، والآخر ناقلة للملكية، تحقيقاً للأمن القانوني في هذه التصرفات عبر التمسك بالحق الذي سعت إليه الإرادة وقت العقد.

الكلمات المفتاحية: ثنائية التنظيم القانوني، ثنائية التنظيم القانوني للتصرف، مبررات الثنائية واثاره.

Abstract

The urgent need to protect property rights called for increased guarantees in real estate and non-real estate transactions that lack the formalities prescribed by law and are based on good faith, in order to achieve the principle of stability of these transactions. Through what is called the duality of rules governing it, after subjecting the transaction to two applicable rules, one of which is limited to the obligation to compensate, and the other transfers ownership, in order to achieve legal security in these transactions by adhering to the right that the will sought at the time of the contract.

Keywords: Dual legal regulation, dual legal regulation of the act, justifications for duality and its effects.

المقدمة

تعد ثنائية التنظيم القانوني تطبيقاً فعلياً لمبدأ استقرار المعاملات في التصرفات الناقلة للملكية غير الموثقة رسمياً، خارج عن المألوف، لأن التصرفات التي تخرج عن إطار شكليتها القانونية لا ترتب اثرها المقصود بعدها باطلاً بحكم النص، خصوصاً تلك التي تعد الشكلية ركناً جوهرياً في العقد، ومحددة بقواعد امرة ما زالت تحتفظ بسريانها، بيد أن المشرع العراقي تهاون قليلاً بهذا الركن في اضيق التصرفات، عبر ما يسمى بثنائية التنظيم القانوني¹، لظروف استدعت ذلك، ولا يعني ذلك الاستغناء عن القاعدة الأولى وإنما تبقى محققة بسريانها وهي الأصل والثانية تمثل الاستثناء منها، في حالات ضيقة جداً.

أهمية البحث:

تبُو أهمية هذا البحث في تحديد القواعد القانونية المتعددة والمتتسقة نحو تنظيم بعض التصرفات الواردة على الأموال المنقوله وغير المنقوله التي نظمها المشرع العراقي بأكثر من قاعدة قانونية سارية المفعول لدرجة يمنح أحدهن الأولية على الأخرى عند التطبيق تماشياً ومستجدات المجتمع، وبما ينعكس إيجاباً أو سلباً على الأثر المترتب جراء هذا

¹، ثنائية التنظيم القانوني، هي خضوع تصرف معين إلى أكثر من قاعدتين قانونيتين في تنظيمه، لتحق أحدي هاتين القاعدتين محل الأخرى مع احتفاظ القاعدة المستبعدة ضمنها أو صرامة بسريان نفاذها في حيز التطبيق.

التطبيق، خصوصا فيما يتعلق منها بحماية الحق المترتب على هذا تصرفات.

ان إشكالية هذا البحث تدور حول مجموعة من التساؤلات أهمها:

1- ما مفهوم ثنائية التنظيم القانونية؟

2- ما مدى ثنائية التنظيم للقواعد الناكلة لملكية المال المنقول؟

3- ما مدى ثنائية التنظيم للقواعد الناكلة لملكية العقار؟

4- ما مبررات واثار هذه الثنائية واثارها؟

منهجية البحث:

في سبيل الإجابة على التساؤلات المطروحة عبر إشكالية هذا البحث: فقد اعتمدنا على منهجين علميين وهما المنهج التحليلي والمنهج المقارن بتناول النصوص التشريعية المدنية والآراء الفقهية ذات الصلة بالبحث، والاستدلال ببعض التطبيقات القضائية في محاكم التمييز والاستئناف العراقية من احكام وقرارات وصولا الى ما استقرت عليه هذه المحاكم في اخر احكامها وقراراتها القضائية.

خطة البحث:

لبيان وظيفة هذا البحث فقد حدد موضوعه في مبحثين وخاتمة وكما يلي:

المبحث الأول: مفهوم ثنائية التنظيم القانوني.

المبحث الثاني: مبررات الثنائية واثارها.

الخاتمة: تضمنت نتائج ومقررات.

المبحث الأول: ثنائية التنظيم القانوني.

يراد بثنائية التنظيم القانوني هو خضوع نشاط معين في المجتمع الى قاعدتين قانونيتين عند التطبيق من حيث الشكل او الموضوع، لدرجة ان احدى هاتين القاعدتين تحل محل الأخرى في التنظيم والتطبيق ضمنا او صراحة مع احتفاظ القاعدة المستبعدة بالسريان دون الغاء او تعديل الأخيرة تلبية لمتطلبات المجتمع، لأن الهدف من وضع القواعد القانونية هو التوفيق بين المصالح المتنافسة والمعارضة للأفراد داخل المجتمع بما يساهم في تحسين علاقتهم ببعضهم¹، وفي سبيل تحقيق استقرار المعاملات فقد واجهت المحاكم العراقية في بعض النزاعات المعروضة أمامها تكرار القاعدة

¹ محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلي الحقوقية، سنة 2010، ص 43.



القانونية المنظمة لموضوع هذه النزاعات مما فعل ما يدعى بثنائية التنظيم القانوني، بسبب منح القاعدة القانونية اللاحقة صفة الالتزام صراحة لمواجهة هذه التغيرات التي طرأت على حياة المجموعة وفق صياغة منطقية، ولا يعني هذا الاستغناء عن القاعدة السابقة وإنما الإبقاء عليها مع احتفاظها بجميع خصائصها دون اجراء أي تعديل كلي أو جزئي صراحة أو ضمنا.

المطلب الأول: ثنائية القواعد الناقلة لملكية المنقول

تعد الشكلية ركناً أساسياً لبعض العلاقات العقدية، لدرجة أنها تمثل الضابطة التي يمكن من خلالها نقل ملكية المال أو الانتفاع به أياً كان محل هذه العلاقات، وبدون هذه الضابطة فإن التصرف لا ينبع أثره التام ومرجح أن يكون مصيره البطلان بحكم القانون، فهي الأسلوب أو الوسيلة التي يحددها القانون للأشخاص عند التعبير عن ارادتهم كقاعدة عامة في تنظيم نشاط قانوني معين¹، بيد أن هذه الوسيلة أو الأسلوب المفترض اتباعه وفق القانون ليس محدداً وإنما هو متعدد حسب ما يشترطه القانون بناءً على ما تقرره الأسباب الموجبة للقاعدة، وحسب ما يراه المشرع مناسباً للعمل المراد تنظيمه، فمن الممكن أن تتخذ الشكلية هيئة الكتابة التي يتطلب اتمام التصرف وفقها كشرط لصحتها وأن لم تشرط فمن الممكن اتمامه شفوياً²، فالغاية التي تسعى ورائها الشكلية هي تحقيق أكبر قدر ممكن من الاستقرار في المعاملات المالية بعدها وسيلة اثبات ناجعة لإثبات ماهية التعامل، إلى جانب ذلك فإنها تحد من تغيير الطرف الآخر من العلاقة ، لأنها تمنحه الوقت الكافي قبل الاقبال على التعبير عن ارادته بما ينسجم ومبادئ العدل والانصاف.³.

1- الثنائية في نقل ملكية المنقول

عند الحديث عن كيفية نقل ملكية شيء منقول، فمن الواجب أن نفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع لأهمية هذا التفريق في تحديد وقت انتقال ملكية الشيء ، فبالنسبة للشيء المعين بالنوع فتنقل ملكيتها بعد تعينها بالفرز⁴، أما الشيء المعين بالذات تنتقل ملكيته بمجرد إتمام العقد وبحكم القانون دون الحاجة إلى أي اجراء شكلي آخر⁵، إلا إذا نص القانون على شكلية معينة يتم بموجبها انتقال ملكيته⁶، وذات الامر ما ذهب اليه المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود حين اشترط على المشتري عدم مخالفة أي نص عند اكتساب ملكية المبيع المعين بالذات⁷، بينما الامر لا يكون كذلك في التشريع المدني العراقي، بسبب ثنائية القواعد المنظمة لكيفية انتقال حق الملكية في هذا

¹ ادم وهيب، شرح قانون المرافعات، دار الكتب، سنة 1988، ص 16.

² فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 2008، ص 360.

³ محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعية الإسلامية، ار النهضة العربية، سنة 1994، ص 21

⁴ أنور سلطان، العقود المسماء، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، سنة 1980، ص 139.

⁵ نبيل إسماعيل، العقود المسماء، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص 246.

⁶ سنة 1948، نص المادة (204) "الالتزام بنقل الملكية او اى حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل - انظر القانون المدني المصري، رقم (131) (131)

⁷ انظر القانون الموجبات والعقود اللبناني، نص المادة (294) " (294)

" ان المشتري يكتسب حتماً ملكية المبيع اذا كان عيناً معينة عندما يصبح البيع تماماً باتفاق المتعاقدين ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة. ويكون الأمر كما تقم حتى في الحالتين الآتتين: (1) اذا كان التسليم أو دفع الثمن مريوطاً باجل. (2) اذا كان البيع منعقداً على شرط الالغاء

النوع من الأشياء ومنها المركبات فتارة نجدها تنتقل وفق السياق العام المتبع لدى التشريعات المدنية الأخرى باتباع الشكلية المنصوص عليها في القانون عبر تسجيلها فيدائرة المختصة بنقل ملكيتها بموجب عقد بيع يسجل في ذات الدائرة وبخلاف ذلك فإن عقد بيع المركبة لا ينبع أثره¹، وتارة أخرى تنتقل ملكية المركبات وفق قاعدة أخرى لم تطرق الشكلية المنصوص عليها في القاعدة السابقة .

وقد ذهبت بهذا الاتجاه محكمة التميز الاتحادية في أحدي تطبيقاتها القضائية حينما اجازت لمشتري المركبة حق نقل ملكيتها عن طريق إقامة دعوى مدنية أمام المحكمة المختصة (محكمة البداء) ، ولكن تجاهه دعوه بالقبول فقد الزمت المشتري بالتزامين موضوعين لا شكليين كما فعلت القاعدة الأولى، فان الالتزام الأول أن يكون قد أوفى جميع ما بذمه من ثمن بيع المركبة قبل إقامة الدعوى ، اما الالتزام الثاني فتمثل بأن يكون المشتري حائزًا للمركبة وقت إقامة الدعوى²،والجدير بالذكر فان القاعدة القانونية الوارد ذكرها في القسم(7/5) من قانون إدارة المرور فظاهر الامر هي من قواعد النظام العام الخاصة بنقل ملكية المركبات وجذاء التصرف المخالف لها هو البطلان، إضف الى ما تقدم فان النص المذكور قد ورد نصاً عاماً، بينما نجد أن هذه القاعدة ليست منفردة في تنظيم نقل الملكية، وإنما تزاحمتها قاعدة قانونية ثانية سارية المفعول ايضاً، فتنت بدلالة مختلفة في تنظيم التصرف الناقل لملكية المركبات عبر إقامة دعوى مدنية أمام المحكمة المختصة³،وفي محاولة لتدارك هذه الثنائية في التنظيم جهاد المشرع العراقي الى دمج القاعدتين في نص تشريعي واحد في نسخة تعديل أجريت على قانون المرور العراقي⁴ .

¹ قانون المرور العراقي رقم (86) لسنة 2004،القسم 7 /5

" لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة (3) ثلاثة من هذا التقسيم، الا ما استثنى بقانون".

² قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية، رقم 503، تسجيل مركبة/2008 في 7/6/2008،مشور على الرابط <https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/647-m596>

³ قرار مجلس قيادة الثورة ،رقم (166) لسنة 1999

" أولاً - اذا تعذر اتمام نقل ملكية المركبة الى المشتري في مديرية المرور المختصة خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (4) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم بـ (63) والملحق في 1994/6/7 (المعدل) البالغة (30) ثلاثة يوما من تاريخ توقيع العقد الخارجي بسبب غياب مالكيها او مجهوله محل اقامته او وفاته ، وللمشتري الحق باقامة الدعوى لنقل ملكيتها اليه امام المحكمة المختصة ، اذا اوفى بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع وكانت المركبة في حيازته ، على ان تدعى مديرية المرور العامة للدخول شخصا ثالثا في الدعوى للاستيضاح منها عن سلامه عقد البيع وفقا لسجلاتها .

ثانيا - ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وتسرى احكامه بأثر رجعي على الواقع السابقة لنفذاه .

⁴ انظر قانون المرور رقم(8) لسنة 2019 العراقي، نص المادة(10/أولاً وثانياً وثالثاً ورابعاً)" اولا : لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة تسجيل المرور المختصة وفقا للقانون. ثانيا : عند نقل ملكية المركبة فعلى البائع والمشتري او وكيلهما القانوني الحضور امام ضابط التسجيل في دائرة التسجيل والاقرار بذلك امامه ويفسر ذلك في وسائل التسجيل بعد تقديم الوثائق الثبوتية للطرفين ودفع الرسوم المقررة قانونا .

ثالثا : لا يشترط حضور البائع امام ضابط التسجيل في دائرة التسجيل في الحالات الآتية:

ا - تسجيل المركبة لأول مرة بالاستناد الى كتاب الهيئة العامة للكمارك او الشركة العامة لتجارة السيارات والشركة العامة لصناعة السيارات والمكائن ويطلب حضور المشتري او وكيله القانوني وتقديم الوثائق وتبثيت بصماته في وسائل التسجيل.

ب - صدور قرار من المحكمة المختصة مكتسب درجة الابنات بتسجيل المركبة او البيوعات الصادرة عن دوائر التنفيذ ورعاية القاصرين.

ج - بيع المركبات من دوائر الدولة والقطاع المختلط.

رابعا: اذا تعذر اتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (30) ثلاثة يوما من تاريخ توقيع العقد المورى الخارجي المبرم لاسباب خارجة عن اراده المشتري ، فللهاizer او المشتري اقامة الدعوى لنقل ملكيتها او تسجيلها باسمه امام المحكمة المختصة ."-

2-ضمان البيع الخارجي للمنقول

الأصل أن دائرة المرور تنفرد بنقل ملكية المركبات بعدها الجهة المختصة بذلك، بيد أن اللجوء إلى المحكمة المختصة لنقل هذه الملكية هو استثناء من الأصل ليتمثل ثالثي في تنظيم التصرف الناقل للملكية عند تعذر حضور البائع إلى ذات الدائرة خلال مدة أقصاها ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ إبرام عقد البيع، ومراعاة لحاجة أفراد المجتمع لمثل هذا ثالثية تلبى حاجاتهم الفعلية ، وسعياً منها إلى حماية الحقوق المترتبة على عقد البيع الخارجي عبر ضمان حق المشتري بقاعدة قانونية تعزز الثقة بين الطرفين في هذا النوع من البيوع عند تغيب أو غياب البائع لأي سبب كان¹، ولم يقف ضمان المشرع العراقي عند المشتري فقط وإنما تغده ليشمل حتى حائز المركبة الذي لا تربطه علاقة عقدية مباشرة بمالك المركبة وإنما عن طريق المشتري.

ومن الملاحظ على إحاطة حائز المركبة بهذا نوع من الحماية أسوة بالمشتري لها محسن ومساوئ من الناحية الموضوعية، فمن محسناتها أن المشرع وفر الحماية القانونية لحائز المركبة بعده فرد من أفراد المجتمع ومن الواجب ضمان حقه أسوة بالمشتري بموجب قاعدة قانونية ملزمة الاتباع من الجميع، أما عن مساوئها فمن المعلوم أن إجازة هذا نوع من الدعاوى للحائز يزيد من إطالة أمد الخصومة أمام المحاكم العراقية، بسبب أن بيوع المركبات في كثير من الأحيان تمر بسلسلة من العلاقات العقدية المتقلقة بين عدد من الأشخاص من غير الساكنين في ذات المدينة، مما يجعلها معقدة ومضيعة لوقت المحكمة عند توجيهه الخصومة في الدعوى المقدمة من قبل الحائز خصوصاً إذا لم يكن الحائز هو المشتري الثاني أو لا تربطه علاقة مباشرة بالمشتري الأول، لذا ومن وجهة نظر متواضعة كان الأولى بالشرع العراقي أن يجعل نطاق تطبيق القاعدة سالفة الذكر يشمل فقط المشتري الأول والحائز منه لما لذلك من أهمية في سهولة توجيه الدعوى وتلبيتها وبقية إجراءاتها هذا من جانب ومن جانب آخر المساهمة في حث المشتري ومن يليه على الإسراع في نقل ملكية المركبة بما يعكس إيجاباً على استقرار المعاملات الخاصة بهذا نوع من البيوع داخل المجتمع.

المطلب الثاني: تعدد القواعد الناقلة لملكية العقار

أثارت ثنائية القواعد القانونية المنظمة لحالة معينة الكثير من المنازعات بين الأشخاص من الناحية العملية، لأن هذه الثنائية تجيز في ظاهرها تأرجح خضوع التطبيق لأكثر من قاعدة قانونية على ذات التصرف العقاري المنشئ للحق واحتمالية خروجه من الشكلية المقررة بالنص، سواء من حيث إنشاء هذه العلاقات أو من حيث الآثار التي تترتب عليها وكيفية انقضائها، بيد أن هذا التنظيم يعد تنظيماً شكلياً يختلف تماماً عن تنظيمها موضوعياً من حيث الانشاء واثره المترتب، وأن هذه الثنائية قد تساهم وبشكل كبير إلى انتقاء الأسباب الجدية التي أحاطت هذه التصرفات وقت صدورها، بسبب أن تنظيم هذا نوع من التصرفات بشكلية قانونية محددة يجعل من حل النزاع الدائر حولها أمراً يسيراً على المحكمة من جهة ومن جهة أخرى فإنه ييسر على طرفيه إثبات الحق المدعى به عند مواجهة الطرف الآخر من العلاقة أو الغير².

¹ انظر قانون إدارة المرور العراقي، رقم (8) لسنة 2019، نص المادة (10/اولاً) " لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة تسجيل المرور المختصة وفقاً للقانون".

² انظر القانون المدني الأردني، رقم (43)، لسنة 1976، نص المادة (1148)

1- التعهد بنقل ملكية العقار

نظمت بعض التشريعات المدنية التصرفات العقارية وفقاً لشكلية معينة واعتمدتها شرطاً أساسياً لصحتها وبدون هذه الشكلية المحددة مسبقاً لاتباعها تعد التصرفات بحكم التصرفات الباطلة التي لا تنتج أي أثر ، ومن بين هذه التشريعات التي جعلت من الشكلية شرطاً لصحة التصرف، التصرف المتعلق محله بعقار وعنته من العقود الخاصة للشكلية، القانون المدني المصري حينما قصر نقل ملكية العقار على اتباع شكلية معينة بينها قانون تنظيم الشهر العقاري¹، بحيث ان التصرف الصادر لنقل ملكية عقار لا ينتج اثره ما لم يتم تسجيله في الدائرة المختصة²، لذا شملت جميع التصرفات العقارية العينية والاصلية سواء المراد منها نقل او تغيير او زوال الحق، فلابد من شهرها عن طريق تسجيلها في الدائرة المختصة والا عدت باطلة الاثر سواء بين اطراف العلاقة ام تجاه الغير³، بينما عدت بعض القوانين ان التصرفات الناقلة لملكية العقار لا تخضع للشكلية القانونية كشرط أساسى لصحتها وان العقود المبرمة لبيع عقار هي من العقود الرضائية وبالإمكان نقل ملكية العقار الى المشتري اعتماداً على الورقة العرفية التي نظمها مع البائع⁴، وعند المقارنة بين هذه القوانين والتشريع المدني العراقي فأننا نجد ان المشرع العراقي قد اتبع نظاماً ثانياً في تنظيم التصرفات الواردة على العقار فتارة نجده يخضعها للشكلية وهي التسجيل في الدائرة المختصة لإنجاح اثرها⁵، وعد التصرف العقاري لا ينعقد ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري⁶، وبخلافه فأن العقد يعتبر باطلأً لخلاف احد اركانه وهو ركن الشكلية، ويقتصر اثر عقد البيع الرضائي(الخارجي) المتضمن التعهد بنقل ملكية عقار على تعويض المتعهد له عما فاته من كسب ، بسبب اخلال البائع بتعهده⁷، وللمشتري الحق في المطالبة باسترداد ما دفعه للبائع من ثمن عن قيمة العقار ولا يحق للبائع حبس ما قبضه من عربون كتعويض عن نكول المشتري، بسبب ان العقد المبرم بينهما غير صحيح وبالتالي فانه عقد باطل لعدم استيفائه الشكلية المطلوبة بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري⁸، وتارة أخرى لم يخضعها لقواعد الشكلية كشرط لصحتها وانما عدتها من العقود الرضائية، ومن بينها العقد الخارجي المبرم بين البائع والمشتري المتضمن نقل ملكية عقار فالرغم من عدم اتباعهم الشكلية القانونية بتسجيله في الدائرة المختصة الا انه قد اعتبره عقداً صحيحاً متنجاً لأثره بنقل ملكية العقار معلقاً على سكن المتعهد له العقار محل التعهد او احدث فيه منشآت او مغروسات بدون أي معارضة تحريرية من المتعهد(مالك العقار) بعدها سبباً لملك العقار بقيمتها المسماة في التعهد، ومنح المتعهد له حق اللجوء الى المحاكم لإنجبار المتعهد مالك العقار(البائع) بنقل ملكية العقار عن طريق التفدي العيني الجبri، يضاف الى ما تقدم فأن للمشتري (المتعهد له) عند نكول المتعهد الحق في المطالبة بفرق البدلين للعقار من وقت امضاء التعهد حتى وقت النكول دون ان يمنع هذا من استحقاق المتعهد له لتعويض اخر عما أصابه

¹ لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لاحكام القوانين الخاصة.

² انظر القانون المدني المصري، رقم 1313 لسنة 1948، نص المادة (1934) في المواد العقارية لاستقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا اذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

³ حسن على ذنون، شرح القانون المدني العراقي، سنة 1953، ص 129.

⁴ انظر قانون تنظيم الشهر العقاري، رقم (114) لسنة 1946، نص المادة (9)

⁵ انظر القانون المدني الفرنسي، رقم 1804 لسنة 1583، نص المادة (1583).

⁶ انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951، نص المادة (508) "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون."

⁷ انظر قانون تنظيم الشهر العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري. - انظر قانون التسجيل العقاري، رقم 1127 لسنة 1970، نص المادة (2/3)

⁸ انظر القانون المدني العراقي، رقم (40) لسنة 1951، نص المادة (1127)

⁹ قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 744/مدنية، في 28/3/1974، منشور في الشرة القضائية، العدد 1، السنة 5، سنة 1974، ص 46.



من ضرر¹، ومن اهم التطبيقات القضائية لذلك ما ذهبت اليه احدى المحاكم العراقية من أن سكن المتعهد له العقار موضوع التعهد واجراء بعض التحويرات عليه يعد سبباً كافياً لتملكه²، وعند العودة الى نص المادة (1127) من القانون المدني العراقي نجد ان نقل التعهد بنقل الملكية قد اقتصر على التعويض فقط دون التطرق الى ما يسمى بفرق البدلين كما هو الحال في نص القرار (1198)، فيتضح لنا أن هذه الثنائية في القواعد القانونية المنظمة لهذه التصرفات نتج عنها اختلاف حول اختيار القاعدة القانونية التي ستختص بالفصل في النزاع الدائر حول هذه العقود خصوصاً وان كلا القاعدتين ساريتي المفعول.

2- انتقال ملكية العقار

كثيراً ما تباينت التشريعات المدنية حول أثر تسجيل التصرف الناقل لملكية العقار وشهره في السجل العقاري ومدى أهمية ذلك في انشاء الحق محل التصرف العقاري وفاعليته في مواجهة الغير، فمنها من عد التسجيل في الشهر العقاري شرطاً لانتقال ملكية العقار وأن عدم تسجيل التصرف في الشهر العقاري يجعل منه غير منتج الأثر ليس فقط في نقل ملكية العقار وإنما في تغييره وزواله ايضاً سواء في مواجهة الطرف الآخر من العقد ام الغير، وإن أثره لا يعدو من كونه التزام شخصي بين طرفي العلاقة، بعد التصرف غير المسجل فاقداً لقيمة القانونية عند الاحتياج به في مواجهة الغير حتى لو كان موثق بحكم نهائي³، وأيدت ذلك محكمة النقض المصرية حينما اعتبرت إنشاء حق ملكية العقار يكون من تاريخ تسجيل العقد في سجل الشهر العقاري لا من تاريخ سابق له وبناءً على ما تقدم فإن التصرف ينبع أثره من تاريخ توثيقه رسمياً ولا ينسحب اثره الى تاريخ ابرام العقد⁴، وفي قانون تنظيم الشهر العقاري الفرنسي المتميز بطابعه المالي اكثر مما هو قانوني مهمته تنظيم جمع الحقوق المالية والرسوم والذي اعتبر تسجيل التصرف العقاري الناقل لملكية العقار انما هو وسيلة معتمدة في دعم الحق محل التصرف تجاه الغير وليس وسيلة لمنه، لأن إشهاره في السجل يكسب صاحبه حجية كافية عند مواجهة الغير وأهمية هذا الاشهار تكمن بتاريخه المثبت في السجل الخاص به ليتم اعتماده عند الفصل في الادعاء بالأولوية من قبل المتنازعين عليه فيتضح ان المشرع الفرنسي قد فصل تماماً بين الاشهار كوسيلة للإثبات وبين نقل ملكية العقار كعقد ينطوي ضمن العقود الرضائية التي تنتقل بها ملكية الاشياء بمجرد انعقاد العقد بالتراضي⁵. وفي ذات الاتجاه ذهب المشرع الليبي في قانون التسجيل العقاري واملاك الدولة الى اعتبار توثيق التصرف في السجل العقاري انما هو لغرض الاثبات بعدما اعتبر ما مقيد من بيانات في التصرف المسجل في السجل العقاري لها قوة اثبات رسمية⁶.

¹- انظر قرار مجلس قيادة الثورة رقم(1198) في 11/12/1977 المعدل بموجب القرار (1426) في 21/12/1983

²- قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التميزية، رقم القرار 57/حقوقية/2000 في 16/4/1999، هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد، التعهد بنقل ملكية عقارات بغداد، سنة 2001، ص 97.

³- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري، المعدل في 1976 رقم (114) لسنة 1946، نص المادة (9، 10)

⁴- محكمة النقض المصرية، رقم القرار 936، سنة قضائية 48، مكتب فني 32، في 20/12/1981.

⁵- وبين فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، سنة 2014، ص 91-92. -

⁶- انظر قانون التسجيل العقاري واملاك الدولة الليبي، رقم 17، لسنة 2010، نص المادة (2).



وفيما يخص موقف المشرع العراقي حيال نقل ملكية العقار فقد اتبع معياراً مزدوجاً ففي قانون التسجيل العقاري لا ينتج التصرف اثره بنقل ملكية العقار ما لم يسجل في دائرة التسجيل لعقاري¹، بينما يضفي القانون المدني التام القانوني على العقد الوردي على العقار واعتباره منعقداً بمجرد رسو المزايدة²، هذا من جانب ومن جانب اخر هناك ثنائية واضحة في القواعد القانونية المحددة للجهة المختصة بعملية نقل أو بيع العقار المنتقل بالرهن أو ما في حكمه من حقوق تتبع ذلك بعد نقل الملكية، فقد نص صراحة على أن عملية نقل ملكية أو بيع العقار الموثق برهن أو حق امتياز أو أي حقوق أخرى تكون من اختصاص دائرة التسجيل العقاري حصراً³، ثم أورد أكثر من قاعدة قانونية مشابهة في قانون التنفيذ فمنها ما اشارت صراحة بنقل ملكية العقار المباع بالزيادة بعد دفع المشتري البدل ورسوم التسجيل قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وقاعدة أخرى اشارت ضمناً على ان دائرة التنفيذ هي الجهة المختصة ببيع العقار المنتقل بالرهن عن طريق المزايدة⁴، وبعد قانون التنفيذ صدر لاحقاً فانه لم يرد في نصوصه ما يشير الى الغاء القاعدة المعمول بها في قانون التسجيل العقاري أو الحلول محلها لذا بقيت كلا القاعدتين نافذتين على الرغم من ان قانون التنفيذ اشار بوضوح الى عدم العمل بأي نص يتعارض واحكامه⁵، وأن هذه التعددية سحب المشرع العراقي الى عدم تسجيل التصرف ركنا اساسيا في التصرف وبخلافة لا ينتج العقد اثره تعزيزاً لمبدأ شكلية العقود الواردة على العقار واخضاعها لقانون التسجيل العقاري تارة، وتارة اعتماد تاريخ رسو المزايدة قبل الاحالة القطعية لنقل ملكية العقار وأن مهمة دائرة التسجيل تتحصر بالتوثيق فقط، فملكية العقار المحجوز تنتقل الى المشتري بقرار من المنفذ العدل ثم يوثق في دوائر التسجيل العقاري⁶.

المبحث الثاني: مبررات ثنائية التنظيم وأثارها

في سياق تحقيق مصلحة مشروعية، عامة او خاصة، تكمن غاية ثنائية التنظيم القانوني عند مقارنة بعضها مع البعض الآخر لتنظيم مسألة معينة، لعلة ما استجد من تعدد وتشعب في نشاطات الافراد داخل المجتمع، حتى دعت ضرورة ذلك الى تدخل السلطة الحاكمة لإنجاد التنظيم القانوني المواكب لهذه المستجدات، بما يسهم في تحقيق التوافق بين المصالح المتعارضة، وحقيقة الامر لا يمكن عدها قواعد مكررة، لعدم تطابقها من الناحيتين الشكلية والموضوعية على الرغم من تناولها لذات المسألة ويعود سبب ذلك لأنهما شرعاً من أجل حاجة ما دعت لذلك ، ولو أنهما تحت ظل مسمى ذات النشاط ،فهما ينظمان ما استجد في المجتمع لأسباب اجتماعية او سياسية او اقتصادية، والا ما الحكمة من الثنائية؟ اذا ما انفردت القاعدة السابقة بتنظيمها بما لا ينعكس اثره سلباً على الحق المراد حمايته، لذا ستناول مبررات هذه الثنائية ودورها في تحقيق المصلحة والاثر المترتب عليها.

¹ انظر قانون التسجيل العقاري، رقم43، لسنة1971، نص المادة (2/3)

² انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة1951، نص المادة(89)

³ انظر قانون التسجيل العقاري العراقي، رقم43، لسنة1971، نص المادة(161).

⁴ انظر قانون التنفيذ العراقي، رقم40، لسنة1980، نص المواد (107,90, 102/ثانيا).

⁵ انظر قانون التنفيذ العراقي، رقم 40، نص المادة (128).

⁶ قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار 2684، في 22/7/2007، علاء صبرى التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات 2007، 2006، 2005، بغداد، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 74.

المطلب الأول: دور ثنائية التنظيم في تحقيق المصلحة

يلعب تبني التنظيم القانوني في نقل ملكية شيء ما، دوراً بارزاً في تحقيق المصلحة المنشودة منه بعد ان تشرع الجهة المختصة لقاعدة قانونية تعالج مسألة معينة قد سبق ونظمت بنصوص ما زالت سارية المفعول، هو امر خارج عن المألوف، لذا ينبغي عند تشرع القاعدة الجديدة، أن تحيطها أسباباً حقيقة موجبة سواء كان ورائها تحقيق مصلحة عامة او مصلحة خاصة، لأن الغاية من وضع القواعد القانونية هو التوفيق بين المصالح المتنافسة والمتعارضة للأفراد داخل المجتمع بما يساهم في تحسين علاقتهم ببعضهم¹، وفي سبيل تحقيق استقرار المعاملات فقد منحت القاعدة القانونية اللاحقة صفة الازام صراحة لمواجهة هذه التغيرات التي طرأت على حياة المجموعة وفق صياغة منطقية، ولا يعني هذا الاستغناء عن القاعدة السابقة وإنما الإبقاء عليها مع احتفاظها بجميع خصائصها دون اجراء أي تعديل كلي او جزئي صراحة او ضمناً.

1-دور ثنائية التنظيم في تحقيق المصلحة العامة

من بين الأهداف الأساسية لتشريع القاعدة القانونية وتقنيتها جلب المنفعة العامة ويتحقق ذلك عندما لا تؤدي القواعد القانونية اللاحقة الى زعزعة استقرار المراكز القانونية او تعريض مصالح المجتمع العليا للضرر، بل العكس اذ لابد ان تكون داعماً أساسياً للأمن القانوني الذي بدوره ي العمل على ضمان عدم تعرض المصلحة العامة المكونة من مجموعة من الحقوق للضرر الى جانب التشريع السابق، ولأجل المحافظة على هذه المصلحة يجب ان تبني القاعدة القانونية الجديدة وفق معايير عامة فعالة تعمل على تحقيق الفائدة للمجتمع لا خاصة تقتصر على مصالح طرف العلاقة العقدية، نظراً لارتباط الوثيق بين القاعدة الجديدة والمصلحة العامة بعدها نتيجة منطقية عند وضعها موضع التطبيق بما تولده من أمن قانوني عام يعكس الجودة العالية لفاعليتها التشريعية²، والا لا حاجة من تشريعها في ظل وجود القاعدة السابقة اذا ما كانت الأخيرة تفي بالغرض المنشود منها فما تتحقق القاعدة الجديدة من بعد قانوني او اجتماعي واقتصادي يساهم في تعظيم المصلحة العامة عند تطبيقها بما تحدثه من نتائج عادلة ومنصفة، فالبعد القانوني تتحققه القاعدة عند انطلاقها بأهداف سامية نحو ما استجد في حياة المجتمع من عوامل مؤثرة لتعبر عن ضمير الجماعة، فمن الممكن ان تتحقق المصلحة العامة بالبعد الاجتماعي الذي يساهم الى حد كبير في تعزيز مبادئ العدل والانصاف وحسن النية الذي تفرضه العدالة الاجتماعية في التعاملات، وقد تعلم القاعدة الجديدة على تأمين المصلحة الاقتصادية العامة عبر بعدها الاقتصادي لأنها تحد من حرية إرادة الأفراد بما يتلاءم ومبادئ النظام العام الاقتصادي دون التعدي على المصالح الاقتصادية الخاصة بأطراف العلاقة العقدية³، وتلمس السعي وراء تحقيق المصلحة العامة عبر ثنائية القاعدة القانونية في مبدأ استقرار المعاملات امراً لابد منه بعده مبدأ ملائم للمصلحة العامة فمن أجل العمل بهذا المبدأ يتحتم على المشرع ايلاء اولوية للمصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، لأن حاجة المجتمع يلبيها الوضع الظاهر فيما استقرت عليه الأشياء محل النزاع لأنها تقتضي قبولها بما هي عليه لاستقرار المعاملات في ظل الحركة الدائمة في انتقال ملكية الأشياء بين افراده⁴، لذا نجد المشرع العراقي قد ذهب بهذا الاتجاه حينما تعامل مع مقتضب

¹ محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلي الحقيقة، سنة 2010، ص 43.

² جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني، منشورات مجلس النواب، دار اي رقاق للطباعة والنشر، سنة 2020، ص 22

³ مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحثون، الطبعة الأولى، سنة 1992، ص 34-35.

⁴ محمد شريفو معاقسي رشيد، نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات، رسالة ماجستير، جامعة اكلي محمد اولحاج-البورة، سنة 2019، ص 41.



عقار الغير بقواعد قانونية مزدوجة فتارة الزم الغاصب برد المال المغصوب الى صاحبه مع اجر مثله مع الزام الغاصب بضمان التلف او النقص في قيمة العقار ولو لم يكن بتعدي من الغاصب¹، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية في احدى تطبيقاتها القضائية حينما ألزمت المدعى عليهم برفع التجاوز عن جزء العقار المغصوب من قبلهم بالتجاوز عليه بالبناء وفق مرتبس الخبر المباح، وعد المدعى عليهم شاغلين لهذا الجزء بدون سبب مشروع لذا زتمهم برد الجزء المغصوب لصاحب مع دفع اجر مثله بعد رفع التجاوز²، وتارة أخرى نظم غصب العقار بطريقة مغایرة على الحالات السابقة بتاريخ 22/2/1987 وفق قواعد قانونية لاحقة متماشياً ومبدأ استقرار المعاملات حينما اعطى الحق لمغتصب العقار الحق في تملكه لقاء دفع تعويض لصاحب يعادل قيمة العقار وقت الكشف سواء كان مغتصب لجزء او لكل العقار دون الاعتداد برضاه او عدم رضا صاحب العقار على يتم ذلك بعد اجراء كشف موعدي عليه وأيما كان العقار المغتصب مملوكاً لاحد افراد المجتمع ام للدولة وسواء كان مملوكاً ملكاً صرفاً ام حق التصرف فيه ام كان متعلق بحق مساطحة او حق انتفاع³، وعند التمعن بكل القاعدتين يمكن تخيل التباين الواضح بينهما، فالاولى راعت مالك العقار بحماية ماله عندما ألزمت المغتصب برد المال المغتصب مع دفع اجر مثله عن فترة فوات المنفعة عن صاحبه بينما الثانية فإنها راعت المغتصب على حساب مالك العقار حينما اعطته حق تملك المغتصب من العقار دون الرجوع إلى إرادة صاحب العقار، بيد أن في ثنائية التنظيم هذه راعى المشرع المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة ،

¹ انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951، نص المادة (197) "المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واداً تلف العقار او طرأ على قيمته ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان".

² قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2316، هيئة المدنية عقار/2012، في 8،7،2012، المختار من محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، عدنان العنبي، دار الكتب والوثائق، بغداد، سنة 2013، ص 70.

³ قرار مجلس قيادة الثورة رقم (527) لسنة 1985، المعدل بالقرار المرقم (109) لسنة 1987 "ستاداً إلى أحكام الفقرة (عاشرأ) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (527) في 5/5/1985، المعدل بالقرار المرقم (109) في 22/2/1987". أصدرنا التعليمات الآتية:

مادة 1

يلغى البند (ثالثاً) من التعليمات رقم (3) لسنة 1985 ويحل محله ما يأتي:

ثالثاً تقرر اللجنة اعتبار الأوضاع الراهنة للوحدات العقارية أوضاعاً قانونية، وتتخذ بشأن ذلك الإجراءات الآتية:

1- تبلغ أصحاب العقارات التي حصلت فيها زيادة أو نقص في المساحة بسبب التجاوز بين عقارين أو أكثر أو الزحف الحاصل من مقطع عقاري أو أكثر، جراء الخطأ في ثبيت الحدود أو تغيير موقع الشوارع المحيطة بهذه العقارات بموعد الكشف الذي تجريه اللجنة على أن يجري التبليغ وفقاً لأحكام قانون المرفعات المدنية رقم (183) لسنة 1969.

2- جراء الكشف الموعدي على العقارات المشمولة بالتجاوز أو المقطع العقاري محل الزحف التي حصل فيها تغيير في المساحة دون العقارات الأخرى الكائنة ضمن المقطع العقاري.

3- تحديد مقدار التعويض بقيمة المساحة المتتجاوز عليها بتاريخ الكشف، باعتبارها مملوكة للدولة وحق التصرف فيها للأفراد، أو كان عليها حق مساطحة أو حق انتفاع ويوزع مبلغ التعويض بين أصحاب حقوق الملكية في الوحدة العقارية المتتجاوز عليها، وفق القواعد المنصوص عليها في قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (53) لسنة 1976 وقانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 بحسب الأقضاء.

4- إصدار قرار بتصحيح السجل العقاري والخاتمة لكل من الوحدات العقارية المشمولة بالتجاوز، والزام مالك العقار المتتجاوز بدفع مبلغ التعويض إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة.

مادة 2

يلغى البند (ثامناً) من التعليمات، ويحل محله ما يأتي:

ثامناً تسرى أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (527) في 5/5/1985 على الحالات السابقة لتأريخ صدور القرار المرقم (109) في 22/2/1987 والحالات التي تستجد بعد هذا التاريخ.

مادة 3

تنفذ هذه التعليمات من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.



حينما سعى الى تحقيق اكبر قدر من الاستقرار في المعاملات ، فلو أعيد الحال الى ما كان عليه قبل الغصب لما اخذ المشرع بمقدار النفع والضرر بالمصلحة العامة لذا فمن البديهي توقع تعرض مصلحة المجتمع للضرر، لذلك قدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ثم أن المشرع لم يهدر مصلحة مالك العقار المغتصب للضرر ا، وإنما ألزم المتجاوز او المتباوزين بدفع قيمته بمسمى مبلغ التعويض على ان يقدر وفق الأسعار السائدة وقت الكشف على المال المغتصب محاولة منه رفع اكبر قدر من الغبن عن صاحب العقار واحادث توازن مقبول على اقل تقدير بين المصلحة العامة والخاصة، ويحسب على المشرع العراقي أنه لم يحسم طريقة مبلغ تعويض صاحب العقار المغصوب، وإنما تركها من صلاحيات دوائر التنفيذ، وبالتالي ستخضع لطريقة التقسيط.

2- دورها في تحقيق المصلحة الخاصة

لم تقف ثنائية التنظيم عند تحقيق المصلحة العامة، وإنما تحركت نحو المصلحة الخاصة لتحقيقها، عبر تضمين هذه القواعد وسائل حماية مدنية هدفها حماية مصلحة معينة بمعزل عن مصلحة المجتمع إذا ما أنكرها الغير او اعتدى عليها¹، ولأن تحقيق المصلحة يؤدي الى حماية الحق او اقتضائه، لذا لابد من عددها مصلحة قانونية مادية او معنوية تستند الى مركز تجيزه قواعد قانونية تكفل نظر وقبول الدعوى المقدمة بشأنها والا عد مصلحة اقتصادية² وتتجلى صورة ثنائية التنظيم في التسابق بين النصوص الموضوعية، ومن بينها القواعد المنظمة للتصرف العقاري وما يرتبه من أثر قانوني بشأن نقل ملكية العقار ، فالاصل ان عقد بيع العقار لا ينتج أي اثر قبل تسجيله في سجلات التسجيل العقاري³، بيد أن المشرع العراقي اردد القاعدة بقاعدة أخرى تنظم ذات الموضوع لكن بطريقه مختلفة، سعيا منه الى تحقيق مصلحة خاصة لا عامة عبر حماية حق المشتري من الضرر بعد سكن العقار او احداث مشيدات عليه عند امتلاع البائع عن تفزيذ تعهده⁴. وامتدت هذه الثانية حتى بلغت القواعد الإجرائية ايضاً، بيدا انها ثنائية مقيدة بقيدين هما درجة القربي ونوع الدعوى لمن يحق لهم حضور المرافعات كوكلاء عن الخصوم، ليتجلى هذا التسابق على حماية هذه المصلحة بين قاعدتين نافذتين بتشريعين مختلفين فقانون المحاماة العراقي قد حصر إجازة الحضور للأقرباء من الدرجة الأولى والثانية فقط وبنوع محدد كدعوى الإصلاح الزراعي والتسوية والصلحية والاحوال الشخصية⁵، بينما في قانون المرافعات المدنية نجد قاعدة قانونية تنظم ذات الموضوع لكن ب نطاق أوسع من حيث درجة القرابة وبنطاق ضيق من حيث نوع الدعوى، فقد أعطت حق الحضور للترافع في الدعوى نيابة عن الخصوم الى الاقرباء من الدرجة الرابعة، بيد ان الحضور مقيد بثلاث أنواع من الدعوى وهي الدعوى الصلحية والشرعية والاحوال الشخصية⁶.

¹ محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلي الحقوقية، جزء ثانٍ، سنة 2006، ص 514.

² عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، جزء اول، سنة 1970، ص 90.

³ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، العاشر لطباعة الكتاب، الجزء الثالث، بدون سنة، ص 9.

⁴ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الثاني، العاشر لطباعة الكتاب، بدون سنة، ص 20.

⁵ انظر قانون المحاماة العراقي، رقم 173، سنة 1965، نص المادة (22/أولا).

للمتقاضين في دعوى الإصلاح الزراعي ودعوى التسوية والدعوى الصلحية ودعوى الأحوال الشخصية أن يوكلا عنهم أقربائهم من الدرجة الأولى أو الثانية في المرافعة، ولمن ينوب عن غيره بحسب الولاية أو الوصاية أو القيمة أو التولية هذا الحق أيضاً

ثانياً - المحامي المتყاد أن يمارس المحاماة بالوكالة عن زوجه أو صاحله أو فروعه فقط..

⁶ انظر قانون المرافعات المدنية، رقم 83، سنة 1969، نص المادة (1/51).



المطلب الثاني: انعكاس ثنائية التنظيم على الالتزامات العقدية.

تحلّ اثار ثنائية التنظيم القانوني بشكل أساسي في التوجهات الحقيقة التي انصرفت لها الإرادة الحقيقة للمتعاقدين، كونها تخضع لها من حيث التنظيم، لذا فمسئولة ما تتركه هذه الثنائية من اثار لا تتوقف عند إرادة بعض او كلا طرفي العلاقة العقدية، وانما تتعادها لتحقق ادلة فعالة في تحقيق مصالح اجتماعية واقتصادية خاصة وعامة تتسمج والأسباب الموجبة التي قصدها المشرع بتعييره الصريح او الضمني، فأهمية بعض التصرفات باطلة كأصل عام لا يمكن ان ترتب اثارها القانونية بعدها تصرفات باطلة، ومن وجها نظر القانون فإنها تقود الى نتائج تناهض قواعد العدل والانصاف من حيث الأثر، لذا فان هذه الثنائية التنظيمية لتصرفات الأفراد تحول دون اهدار المصلحة المقصودة وراء التصرف، على الرغم من انها متأرجحة في احكامها، لعلها تخلق أكبر قدر من التوازن فيما بين مصالحهم المتضادة ، وجاء هذا التأرجح يتزاحم عندنا اثنين أحدهما ينعكس بشكل إيجابي على المصلحة محل التصرف والأخر سلبي، وكما سنبيهـما :

الفرع الأول: الأثر الإيجابي.

قد ينبع عن ثنائية التنظيم المشاركة على سبيل الشيوع في تنظيم بعض التصرفات محل التشارك الى انتاج كامل للالتزامات المتعاقدين، مسايرة بذلك ما اتجهت اليه اراداتهم الحقيقة لا الصورية وقت التعاقد بما يحقق اثراها العادل لكليهما، بصرف النظر عن السياق القانوني الشكلي الواجب اتباعه من قبلهم وفق القواعد السابقة، ففي ظل القواعد الموجبة الاتباع عند نقل ملكية العقار لا يعد التصرف باطلا غير منتج لأثاره لعدم مراعاته الشكلية المطلوبة، كما لوعت مثل هكذا تصرفات عقارية منتجة لبعض الاثار الايجابية الشخصية بين المتعاقدين، ملقية بآثارها الإيجابية لصالح من يتمسك بتنفيذ العقد، لأن العقد الباطل وفق القاعدة الأولى، من الممكن تحويله الى عقد صحيح وفق القاعدة الثانية وعده التزام مقتضاه الذهاب الى دائرة التسجيل العقاري لنقل ملكية المبيع بعده عقدا غير مسمى لا بوصفه واقعة قانونية¹، منسجمة من حيث اثراها الإيجابي مع نية اطراف العقد وقت ابرامه، فحتى لو كان باطلا من حيث ظاهره، فإنه صحيحا متى ما توافرت فيه أركان عقد اخر انصرفت اليه نية عاقدية وقت التعاقد²، بيد أن ما تقدم لا يعني أن اثر التصرف ينحصر نطاقه عند حدود المتعاقدين ، وانما كسائر التصرفات التي يتسع نطاق اثراها نحو الغير ايضا³.

والجدير بالذكر فان ثنائية التنظيم المحببة لطلب المشتري بنقل ملكية العقار المباع خارج دائرة التسجيل او المركبة المباعة خارج دائرة المرور يعزز المركز القانوني للمشتري حسن نية بما يحقق العدالة، فتعاقده مع البائع وتسليم المبيع بعد دفع ثمنه يُظهر اطمئنانه الى حضور البائع ونقل ملكيته⁴.

"وللحكم أن تقبل من يوكلونه عنهم من أزواجهم وأصهارهم وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة وذلك في الدعاوى الصالحة والشرعية ودعوى الأحوال الشخصية، ويكون لهؤلاء مراجعة طرق الطعن في الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى، ويكون ذلك بوكالة مصدقة من الكاتب العدل أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى، ولم ينوب عن غيره بسبب الولاية أو الوصاية أو القيمة أو التولية هذا الحق أيضا".

¹ سعيد مبارك، طه الملا، صاحب عبيد، الموجز في العقود المسماة، دار العائلة، بدون سنة، ص 93-.

² انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951، نص المادة (140).

"إذا كان العقد باطلاً وتواترت فيه أركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتها تصرف إلى إبرام هذا العقد".

³ ايد الملوكي، تحول العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصر عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع، العدد الأول والثاني، سنة 2006، ص 70-71.

⁴ اسعد عبيد الجميلي، بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، سنة 1984، ص 230-.



الفرع الثاني.

يظهر الأثر السلبي كنتيجة حتمية عند تعدد القواعد القانونية المتزاحمة في التطبيق على تصرف ما، والسبب يعود إلى أن أحدي هاتين القاعدتين ستنسبعد الأخرى لتحمل محلها، رغم ان القاعدة المستبعدة لا زالت محتفظة بسريانها في تنظيم ذات التصرف، ولم ت تعرض للتعديل أو للإلغاء، فالجانب الاستبعادي أكثر سلبي يبرز عند تعطيل نبغي أو كلي للقاعدة التي يخضع لها التصرف، ومن الممكن أن يؤدي هذا الاستبعاد إلى تعطيل حماية الحق الخاص كجزاء البطلان المفروض على التصرفات المخالفة للقواعد الواجبة الاتباع لتعلقها بالنظام العام وفقاً لمقتضى المصلحة العامة¹، فالحكم بصحة العقد الباطل من الناحية الشكلية، هو تعطيل لقواعد الشكلية وسلب دورها الفعلي في إخضاع العقد لها ومعرفة من يجب عليه الضمان، فحكم الهاك الواقع على محل العقد الباطل يختلف من حيث تحمل تبعة الهاك فيما لو عدم ذات العقد صحيحاً، فالقاعدة التي تعد المبيع في البيع خارج دائرة التسجيل مضموناً على المشتري القابض²، ترتب اثراً سلبياً على المشتري بعد العقد قد انتج جميع اثاره بمجرد الایجاب والقبول لتفق الى جانب البائع عند التسلیم الحقيقي للمبيع بعيداً عن الشكلية التي فرضتها القاعدة المستبعدة، وهو خلاف ما اتجهت اليه رغبة المشرع العراقي حينما جعل من الشكلية مصدراً منشئاً لكل تصرف عقاري مولياً أهمية كبيرة للعقار³، بينما الأثر سيكون مختلفاً لو خضع العقد الى القاعدة القائلة بأن البائع نفسه يتحمل تبعة الهاك قبل تسجيل المبيع في دائرة التسجيل العقاري بعد هكذا بيع واقع خارج التسجيل باطلاً⁴، يضاف لما تقدم فإن استبعاد قواعد الشكلية فيما تتعلق بالأموال المنقوله وغير المنقوله يجعلها متساوية مع غيرها من الاموال التي تنتقل ملكيتها بالحياة، وبالتالي يحرم من فائدته تسجيلها وشهرها لمنع تعرض الطرف الآخر للضرر عند بيعها او رهنها لأكثر من طرف، بعيداً عن القاعدة التي تعمل على ارساء الأسس القانونية التي تؤمن استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية⁵.

الخاتمة

نستخلص في ختام هذا البحث أن المشرع العراقي قد أولى بعض التصرفات الواردة على عقار او منقول عناية خاصة، فلم يكتفي في تنظيمها بأحكام قاعدة قانونية واحدة وإنما أجاز لها ان تخضع من حيث الشكلية والموضوعية لأكثر من قاعدة قانونية، مما ترتبت عليه اثار إيجابية وسلبية مبررة برغبة المشرع في مساعدة حاجة افراد المجتمع، حتى انتهينا بمجموعة من النتائج والمقترنات أهمها:

¹ جاك جاستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، طبعة أولى، سنة 2000، ص 146.

² شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعرفة، سنة 1952، ص 129.

³ قانون التسجيل العقاري، رقم (43)-لسنة 1971، نص المادة (3).

⁴ 1- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة

2- لا ينعد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري

⁵ عباس الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، بغداد، سنة 1956، ص 185-186.

⁶ شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص 110.



النتائج:

1- التباهي الواضح في موقف المشرع العراقي من التصرف العقاري، فتارة نجده لا يأخذ بالتصريف العقاري ما لم ينعقد وفقاً لقواعد الشكلية، وتارة أخرى ينعقد ويرتب أثره في نقل ملكية العقار دون الحاجة لهذه القواعد. وذات الموقف بالنسبة للتصريف الناقل لملكية المركبات.

2-لقد أدت هذه الثنائية القانونية المنظمة لتصريف ما، إلى استبعاد احدى القواعد للأخرى بداعي الاستثناء غير المبرر في الكثير من التطبيقات، مما نجم عنه استغناء كلي عن القاعدة السابقة إن لم يكن استغناءً عن جزء من القاعدة كما لو استغنى عن جزء البطلان لعدم اتباع الشكلية التي حددتها هذه القاعدة.

3- على الرغم من الآثار السلبية التي رافقت الشائبة المنظمة لصرف ما، الا ان هناك اثارا إيجابية لامست حاجة المجتمع الحقيقة، ودورها كبير في تحقيق المصلحة الخاصة الى جانب المصلحة العامة.

المقتـات:

1- الإبقاء على الشكلية أو الاستغناء عنها في العقد الناقل لملكية عقار، لأن تشريع نص يجيز انعقاد العقد في ظل وجود قاعدة توجب الشكلية كشرط أساسى لانعقاده يخلق هو من الإشكال عند تطبيقه، النص القانونى على العقد.

2-تعديل نص المادة (1127) من القانون المدني العراقي وكما يلي: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على التعويض شرط الا يكون تتفقد التعهد ممكنا، متى، ما أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض، في، التعهد ام لم يشترط).

3- تعديل قانون المرور العراقي بإضافة نص يبيح للمشتري تملك المركبة عند وفاة مالكها البائع وكما يلي (بحق المشتري المركبة من مالكها تملكها بعد وفاته على ان يكون حائزها للمركبة ودفع ثمنها المقدر في عقد البيع الخارجي)، اسوة باحرازه تملك العقار بالتعهد بنقل ملكته ولما لذلك من تسهيل للاحرازات.

المصادر

أولاً / الكتب القانونية:

- 1- محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2010، ص 43.
 - 2- ادم وهيب، شرح قانون المرافاتع، دار الكتب، سنة 1988، ص 16.
 - 3- فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 2008، ص 360.
 - 4- محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، ار النهضة العربية، سنة 1994، ص 21.
 - 5- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، سنة 1980، ص 139.
 - 6- سنبل إسماعيل، العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص 246.
 - 7- حسن على ذنون، شرح القانون المدني العراقي، سنة 1953، ص 129.¹
 - 8- ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، سنة 2014، ص 91-92.²

- 9- محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ، القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة 2010 ، ص 43.

10- جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني ، منشورات مجلس النواب ، دار ابي رقاق للطباعة والنشر ، سنة 2020 ، ص 22.

11- مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، مؤسسة بحسون ، الطبعة الأولى ، سنة 1992 ، ص 34-35.

12- محمد شريفو معقاسي رشيد ، نظرية الوضع الظاهر وواستقرار المعاملات ، رسالة ماجستير ، جامعة اكلي محدث اولجاج-البورة ، سنة 2019 ، ص 41.

13- محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، جزء ثانٍ ، سنة 2006 ، ص 514.

14- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، جزء اول ، سنة 1970 ، ص 90.

15- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، العاتك لطباعة الكتاب ، الجزء الثالث ، بدون سنة ، ص 9.

16- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثاني ، العاتك لطباعة الكتاب ، بدون سنة ، ص 20.

17- سعيد مبارك ، طه الملا ، صاحب عبيد ، الموجز في العقود المسممة ، دار العاتك ، بدون سنة ، ص 93.

18- اياد الملوكى ، تحول العقد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصر عن كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد السابع ، العدد الأول والثاني ، سنة 2006 ، ص 70-71.

19- اسعد عبيد الجميلى ، بيع العقار في القانون المدني العراقي ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، سنة 1984 ، ص 230.

ثانياً / القوانين:

- 1- انظر قانون التسجيل العقاري واملاك الدولة الليبي، رقم 17، لسنة 2010، نص المادة (2).

القانون المدني المصري، رقم 1313 لسنة 1948،

2- انظر قانون التسجيل العقاري، رقم 43، لسنة 1971، نص المادة (2/3).

3- انظر قانون التنفيذ العراقي، رقم 40، لسنة 1980، نص المواد (102، 90، 107).

4- انظر قانون المرافعات المدنية، رقم 83، سنة 1969،

5- انظر قانون التنفيذ العراقي، رقم 1980، 40، نص المادة (128).

6- انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951.

7- انظر قانون المحاماة العراقي، رقم 173، سنة 1965، نص المادة (22/أولا).

8- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري، المعدل في 1976 رقم (114) لسنة 1946، نص المادة (9، 10).

9- قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1970،

10- قانون المدني الفرنسي، رقم 1804، لسنة 1583، نص المادة (1583).

11- قانون إدارة المرور العراقي، رقم (8) لسنة 2019

12- قانون تنظيم الشهر العقاري، رقم (114) لسنة 1946،

13- انظر القانون الموجبات والعقود اللبناني،

14- انظر القانون المدني الأردني، رقم (43)، لسنة 1976،

15- قانون المرور العراقي رقم (86) لسنة 2004.

ثالثاً / القرارات:

¹ قرار مج قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 744/مدنية، في 28/3/1974، منشور في النشرة القضائية، العدد، السنة 5، سنة 1974، ص 46.

² انظر قرار مجلس قيادة الثورة رقم (1198) في 21/12/1983/12/1977 المعدل بموجب القرار (1426) في 21/11/1977

³ قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، رقم القرار 57/حقوقية/2000 في 16/4/1999، هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد، التعهد بنقل ملكية عقارات بغداد، سنة 2001، ص 97.

⁴ محكمة النقض المصرية، رقم القرار 936، سنة قضائية 48، مكتب في 32، في 20/12/1981.

⁵ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2316، هيئة المدنية عقار/2012، في 2012، 7، 8، المختار من محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، عدنان العنكي، دار الكتب والوثائق بغداد، سنة 2013، ص 70.

⁶ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 503، تسجيل مركبة/2008 في 6/7/2008، منشور على الرابط

<https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/647-m596>

⁷ قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار 2684، في 22/7/2007، علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات 2006، 2007، 2008، بغداد، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 74.

⁸ قرار مجلس قيادة الثورة، رقم (166) لسنة 1999

⁹ قيادة الثورة رقم (527) لسنة 1985، المعدل بالقرار المرقم (109).