

ثنائية التنظيم القانوني للتصرف الناقل للملكية

م.م. عصام مرعي نعيمه

جامعة سومر/ كلية القانون

esam.russia.1911@gmail.com

10/11/2025: قبول البحث	17/10/2025: مراجعة البحث	16/09/2025: استلام البحث
------------------------	--------------------------	--------------------------

الملخص:

دعت الضرورة الملحة لحماية حق الملكية الى زيادة الضمان في التصرفات العقارية وغير العقارية المفترقة للشكلية التي رسمها القانون والمبنية على حسن النية تحقيقاً لمبدأ استقرار هذه التصرفات، عبر ما يسمى بثنائية القواعد المنظمة لها بعد اخضاع التصرف الى قاعدتين نافذتين، احدهما اقتصر على الالتزام بالتعويض، والاخرى ناقلة للملكية، تحقيقاً للأمن القانوني في هذه التصرفات عبر التمسك بالحق الذي سعت اليه 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 اطار شكليتها القانونية لا ترتب اثرها المقصود بعدها باطلة 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 محتفظة بسريانها وهي الاصل والثانية تمثل الاستثناء منها، في حالات ضيقة جداً.

أهمية البحث:

تبدو أهمية هذا البحث في تحديد القواعد القانونية المتعددة والمتسابقة نحو تنظيم بعض التصرفات الواردة على الأموال المنقولة وغير المنقولة التي نظمها المشرع العراقي بأكثر من قاعدة قانونية سارية المفعول لدرجة يمنح احدها الأولوية على الأخرى عند التطبيق تماشياً ومستجدات المجتمع، وبما ينعكس إيجاباً او سلباً على الأثر المترتب جراء هذا

¹ - ثنائية التنظيم القانوني، هي خضوع تصرف معين الى أكثر من قاعدتين قانونيتين في تنظيمه، لتحل احدى هاتين القاعدتين محل الأخرى مع احتفاظ القاعدة المستبعدة ضمناً او صراحة بسريان نفاذها في حيز التطبيق.

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

ان إشكالية هذا البحث تدور حول مجموعة من التساؤلات أهمها:

1- ما مفهوم ثنائية التنظيم القانونية؟

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

3- ما مدى ثنائية التنظيم للقواعد الناقلة 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 حُدد موضوعه في مبحثين وخاتمة وكما يلي:

المبحث الأول: مفهوم ثنائية التنظيم القانوني.

المبحث الثاني: مبررات الثنائية واثارها.

الخاتمة: تضمنت نتائج ومقترحات.

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، ولأن الهدف من وضع القواعد القانونية هو التوفيق بين المصالح المتنافسة والمتعارضة للأفراد داخل المجتمع بما يساهم في تحسين علاقاتهم 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 الحلبي 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 إجراء أي تعديل كلي أو جزئي صراحة أو ضمناً.

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 أيما كان محل هذه العلاقات، وبدون هذه الضابطة فأن التصرف لا ينتج أثره التام ومرجح أن يكون مصيره البطلان بحكم القانون، فهي الأسلوب أو الوسيلة التي يحددها القانون للأشخاص عند التعبير عن إرادتهم كقاعدة عامة في تنظيم نشاط قانوني معين¹، بيد أن هذه الوسيلة أو الأسلوب المفترض اتباعه وفق القانون ليس محدداً وإنما هو متنوع 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 إتمام التصرف وفقها كشرط لصحتها وأن لم تشترط فمن الممكن إتمامه شفويًا²، فالغاية التي تسعى وراءها الشكلية هي تحقيق أكبر قدر ممكن من الاستقرار في المعاملات المالية بعدّها وسيلة اثبات ناجعة لإثبات ماهية التعامل، إلى جانب ذلك فإنها تحد من تغيير الطرف الآخر من العلاقة، لأنها تمنحه الوقت الكافي قبل الإقبال على التعبير عن إرادته بما ينسجم ومبادئ العدل والإنصاف³.

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 تعيينها بالفرز⁴، أما الشيء المعين بالذات فتنقل ملكيته بمجرد إتمام العقد وبحكم القانون دون الحاجة إلى أي إجراء شكلي آخر⁵، إلا إذا نص القانون على شكلية معينة يتم بموجبها انتقال ملكيته⁶، وذات الأمر ما ذهب إليه المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود حين اشترط على المشتري عدم مخالفة أي نص عند اكتساب ملكية المبيع المعين بالذات⁷، بينما الأمر لا يكون كذلك في التشريع المدني العراقي، بسبب ثنائية القواعد المنظمة لكيفية انتقال حق الملكية في هذا

¹ آدم 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 والشرعية الإسلامية، ار النهضة العربية، سنة 1994، ص 21.

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

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

⁶ لسنة 1948، نص المادة (204) "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل -انظر القانون المدني المصري، رقم (131)

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

" ان المشتري يكتسب حتما ملكية المبيع إذا كان عينا معينة عندما يصبح البيع تاما باتفاق المتعاقدين ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة. ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحالتين الآتيتين: (1) إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطا باجل. (2) إذا كان البيع منعقدا على شرط الإلغاء

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

وقد ذهبت بهذا الاتجاه محكمة التمييز الاتحادية في إحدى تطبيقاتها القضائية حينما اجازت لمشتري المركبة حق نقل ملكيتها عن طريق إقامة دعوى مدنية أمام المحكمة المختصة (محكمة البداية) ، ولكي تجابه دعواه بالقبول فقد ألزمت المشتري بالتزامين موضوعيين لا شكليين كما فعلت القاعدة الأولى، فإن الالتزام الأول أن يكون قد أوفى بجميع ما بذمته من ثمن بيع المركبة قبل إقامة الدعوى ، أما الالتزام الثاني فتمثل بأن يكون المشتري حائزاً للمركبة وقت إقامة الدعوى²، والجدير بالذكر فإن القاعدة القانونية الوارد ذكرها في القسم (7/5) من قانون إدارة المرور فظاهر الأمر هي من قواعد النظام العام الخاصة بنقل ملكية المركبات وجزاء التصرف المخالف لها هو البطلان، إضف الى ما تقدم فإن النص المذكور قد ورد نصاً عاماً، بينما نجد أن هذه القاعدة ليست منفردة في تنظيم نقل الملكية، وإنما تزامنها قاعدة قانونية ثانية سارية المفعول أيضاً، فُتنت بدلالة مختلفة في تنظيم التصرف الناقل لملكية المركبات عبر إقامة دعوى مدنية أمام المحكمة المختصة³، وفي محاولة لتدارك هذه الثنائية في التنظيم جَهِدَ المشرع العراقي الى دمج القاعدتين في نص تشريعي واحد في نسخة تعديل أُجريت 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 التمييز الاتحادية العراقية، رقم 503، تسجيل مركبة/2008 في 2008/7/6، منشور على الرابط

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

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

" أولا - 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) والمؤرخ في 1994/6/7 (المعدل) البالغة (30) ثلاثين يوماً من تاريخ توقيع العقد الخارجي بسبب غياب مالكيها او مجهولية 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 شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منها عن سلامة عقد البيع وفقاً لسجلاتنا.

ثانياً - ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وتسري احكامه بأثر رجعي على الوقائع السابقة لنفاذه.

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

ثالثاً : لا يشترط حضور البائع امام ضابط التسجيل في دائرة التسجيل في الحالات الاتية:

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

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

ج - بيع المركبات من دوائر الدولة والقطاع المختلط.

رابعاً: اذا تعذر اتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ توقيع العقد المبرم لاسباب خارجة عن ارادة المشتري ، فللحائز 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 الى المحكمة المختصة لنقل هذه الملكية هو استثناء من الاصل ليمثل تنثي في تنظيم التصرف الناقل للملكية عند تعذر حضور البائع الى ذات الدائرة خلال مدة أقصاها ثلاثون يوم تبدأ من تاريخ ابرام عقد البيع، ومراعاة لحاجة افراد المجتمع لمثل هكذا ثنائية تلبي حاجاتهم الفعلية ، وسعياً منه الى حماية الحقوق المترتبة على عقد البيع الخارجي عبر ضمان حق المشتري بقاعدة قانونية تعزز الثقة بين الطرفين في هذا النوع من البيوع عند تغيب او غياب البائع لأي سبب كان¹، ولم يقف ضمان المشرع العراقي عند المشتري فقط وانما تعداه ليشمل حتى حائز المركبة الذي لا تربطه علاقة عقدية مباشرة بمالك المركبة وانما عن طريق المشتري.

ومن الملاحظ على إحاطة حائز المركبة بهكذا نوع من الحماية اسوة بالمشتري لها محاسن ومساوئ من الناحية الموضوعية، فمن محاسنها أن المشرع وفر الحماية القانونية لحائز المركبة بعده فرد من افراد المجتمع ومن الواجب ضمان حقه اسوة بالمشتري بموجب قاعدة قانونية ملزمة الاتباع من الجميع، اما عن مساوئها فمن المعلوم أن إجازة هكذا نوع من الدعاوى للحائز يزيد من إطالة امد الخصومة أمام المحاكم العراقية، بسبب أن بيوع المركبات في كثير من الأحيان تمر بسلسلة من العلاقات العقدية المتنقلة بين عدد من الأشخاص من غير الساكنين في ذات المدينة، مما يجعلها معقدة ومضيعة لوقت المحكمة عند توجيه الخصومة في الدعوى المقامة من قبل الحائز خصوصاً اذا لم يكن الحائز هو المشتري الثاني او لا تربطه علاقة مباشرة بالمشتري الأول، لذا ومن وجهة نظر متواضعة كان الأولى بالمشرع العراقي أن يجعل نطاق تطبيق القاعدة سائلة الذكر يشمل فقط المشتري الأول والحائز منه لما لذلك من أهمية في سهولة توجيه الدعوى وتبليغاتها وبقية إجراءاتها هذا من جانب ومن جانب اخر المساهمة في حث المشتري ومن يليه على الإسراع في نقل ملكية المركبة بما ينعكس إيجاباً على استقرار المعاملات الخاصة بهكذا 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 انشاء هذه العلاقات او 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 الى انتفاء الأسباب الجدية التي أحاطت هذه التصرفات وقت صدورها، بسبب أن تنظيم هكذا نوع من التصرفات بشكالية قانونية محددة يجعل من حل النزاع الدائر حولها امراً يسيراً على المحكمة من جهة ومن جهة أخرى فانه ييسر على طرفيه اثبات الحق المدعى به عند مواجهة الطرف الاخر من العلاقة او الغير².

¹ -انظر قانون إدارة المرور العراقي، رقم (8) لسنة 2019، نص المادة (10/ولا) "

" لا ينعقد بيع المركبة الا اذا 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 محل بعقار وعدته من العقود الخاضعة 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 والاصولية سواء المراد منها نقل او تغيير او زوال الحق، فلا بد 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 أساسي 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 فأنا نجد ان المشرع العراقي قد اتبع نظاماً ثنائياً في تنظيم التصرفات الواردة على العقار فتارة نجده يخضعها للشكلية وهي التسجيل في الدائرة المختصة لإنتاج اثرها⁵، وعد التصرف العقاري لا ينعقد ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري⁶، وبخلافه فأن العقد يعتبر باطلاً لتخلف احد اركانه وهو ركن الشكلية، ويقتصر أثر عقد البيع الرضائي (الخارجي) المتضمن التعهد بنقل ملكية عقار على تعويض المتعهد له عما فاتته 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 عدها من العقود الرضائية، ومن بينها العقد الخارجي المبرم بين البائع والمشتري المتضمن نقل ملكية عقار فبالرغم من عدم اتباعهم الشكلية القانونية بتسجيله في الدائرة المختصة الا انه قد اعتبره عقداً صحيحاً منتجاً 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 سببا لتملك العقار بقيمته المسماة في التعهد، ومنح المتعهد له حق اللجوء الى المحاكم لإجبار المتعهد مالك العقار (البائع) بنقل ملكية العقار عن طريق التنفيذ العيني الجبري، يضاف الى ما تقدم فأن للمشتري (المتعهد له) عند نكول المتعهد الحق في المطالبة بفرق البديلين للعقار من وقت امضاء التعهد حتى وقت النكول دون ان يمنع هذا من استحقاق المتعهد له لتعويض اخر عما أصابه

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

¹ - انظر القانون المدني المصري، رقم 1313 لسنة 1948، نص المادة (1/934)

في المواد العقارية لاستقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ألا اذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري".

² - حسن على دنون، شرح القانون المدني العراقي، سنة 1953، ص 129.

³ - انظر قانون تنظيم الشهر العقاري، رقم (114) لسنة 1946، نص المادة (9)

⁴ - انظر القانون المدني الفرنسي، رقم 1804، نص المادة (1583)

⁵ - انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951، نص المادة (508) "بيع العقر لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون".

⁶ 43 لسنة 1970، نص المادة (2/3) "لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري". - انظر قانون التسجيل العقاري، رقم 1127

⁷ - انظر القانون المدني العراقي، رقم (40) لسنة 1951، نص المادة (1127)

⁸ - قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 744/مدنية، في 1974/3/28، منشور في النشرة 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 التحويلات 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 البديلين 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 اهمية ذلك في انشاء الحق محل التصرف العقاري وفاعليته في مواجهة الغير، فمنها من عدت التسجيل في الشهر العقاري شرطاً لانقال ملكية العقار وأن عدم تسجيل التصرف في الشهر العقاري يجعل منه غير منتج الأثر ليس فقط في نقل ملكية العقار وانما في تغييره وزواله ايضاً سواء في مواجهة الطرف الاخر من العقد ام الغير، وإن أثره لا يعدو من كونه التزام شخصي بين طرفي العلاقة، بعد التصرف غير المسجل فاقداً لقيمته القانونية عند الاحتجاج به في مواجهة الغير حتى لو كان موثق بحكم نهائي³، وأيدت ذلك محكمة النقض المصرية حينما اعتبرت أنشاء حق ملكية العقار يكون من تاريخ تسجيل العقد في سجل الشهر العقاري لا من تاريخ سابق له وبناءً على ما تقدم فان التصرف ينتج اثره 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 لمنحه، لأن إشهاره في السجل يكسب صاحبه حجية كافية عند مواجهه الغير واهمية 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 1977/11/2 المعدل بموجب القرار (1426) في 1983/12/21

² -قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، رقم القرار 57/حقوقية/2000 في 1999/4/16، 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 1981/12/20.

⁵ ويس 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 يضيف القانون المدني التمام القانوني على العقد الورد 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 المثقل 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 او 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 بالمزايدة 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 المثقل بالرهن عن طريق المزايدة⁴، وبعد قانون التنفيذ صدر لاحقاً فإنه 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 سحبت المشرع العراقي الى عد تسجيل التصرف ركناً أساسياً في التصرف وبخلافه 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 واثارها

في سياق تحقيق مصلحة مشروعة، عامة او خاصة، تكمن غاية ثنائية التنظيم القانوني عند مقارنة بعضها مع البعض الاخر لتنظيم مسألة معينة، لعل ما استجد من تعدد و تشعب في نشاطات الافراد داخل المجتمع، حتى دعت ضرورة ذلك الى تدخل السلطة الحاكمة لإيجاد التنظيم القانوني الموالي لهذه المستجدات، بما يساهم في تحقيق التوافق بين المصالح المتعارضة، و حقيقة الامر لا يمكن عدّها قواعد مكررة، لعدم تطابقها من الناحيتين الشكلية والموضوعية على الرغم من تناولها لذات المسألة ويعود سبب ذلك لأنهما شرعتا من اجل 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 يعكس أثره سلباً على الحق المراد حمايته، لذا سنتناول مبررات هذه الثنائية ودورها في تحقيق المصلحة والاثار المترتب عليها.

¹ -انظر قانون التسجيل العقاري، رقم 43، لسنة 1971، نص المادة (2/3)

² -انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951، نص المادة (89)

³ -انظر قانون التسجيل العقاري العراقي، رقم 43، لسنة 1971، نص المادة (161).

⁴ -انظر قانون التنفيذ العراقي، رقم 40، لسنة 1980، نص المواد (107، 102/ثانياً).

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

⁶ -قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار 2684، في 2007/7/22، علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات 2008، 2007، 2006، بغداد، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 74.

المطلب الأول: دور ثنائية التنظيم في تحقيق المصلحة

يلعب تنثي التنظيم القانوني في نقل ملكية شيء ما ،دوراً بارزاً في تحقيق المصلحة المنشودة منه بعد ان تشريع الجهة المختصة لقاعدة قانونية تعالج مسألة معينة قد سبق ونُظمت بنصوص ما زالت سارية المفعول، هو امر خارج عن المؤلف، لذا ينبغي عند تشريع القاعدة الجديدة، أن تحيطها أسباباً حقيقية موجبة سواء كان ورائها تحقيق مصلحة عامة ام مصلحة خاصة، لأن الغاية من وضع القواعد القانونية هو التوفيق بين المصالح المتنافسة والمتعارضة للأفراد داخل المجتمع بما يساهم في تحسين علاقاتهم ببعضهم¹، وفي سبيل تحقيق استقرار المعاملات فقد منحت 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 او جزئي صراحة او ضمناً.

1- دور ثنائية التنظيم في تحقيق المصلحة العامة

من بين الأهداف الأساسية لتشريع القاعدة القانونية وتقنينها 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 يعمل على ضمان عدم تعرض المصلحة العامة المكونة من مجموعة من الحقوق للضرر الى جانب التشريع السابق، ولأجل المحافظة على هذه المصلحة يجب ان تبنى القاعدة القانونية الجديدة وفق معايير عامة فعالة تعمل على تحقيق الفائدة للمجتمع لا خاصة تقتصر على مصالح طرفي العلاقة العقدية، نظراً للارتباط 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 تحققه القاعدة الجديدة من بعد قانوني او اجتماعي واقتصادي يساهم في تعظيم المصلحة العامة عند تطبيقها بما تحدثه من نتائج عادلة ومنصفة، فالبعد القانوني تحققه القاعدة عند انطلاقها بأهداف سامية نحو ما استجد في حياة المجتمع من عوامل مؤثرة لتعبر عن ضمير الجماعة، فمن الممكن ان تحقق المصلحة العامة بالبعد الاجتماعي الذي يساهم الى حد كبير في تعزيز مبادئ العدل والانصاف وحسن النية الذي تفرضه العدالة الاجتماعية في التعاملات، وقد تعمل القاعدة الجديدة على تأمين المصلحة الاقتصادية العامة عبر بعدها الاقتصادي لأنها تحد من حرية إرادة الافراد بما يتلاءم ومبدأ النظام العام الاقتصادي دون التعدي على المصالح الاقتصادية الخاصة بأطراف العلاقة العقدية³، ونلمس السعي وراء تحقيق المصلحة العامة عبر ثنائية القاعدة القانونية في مبدأ استقرار المعاملات امراً لا بد منه بعده مبدأ ملازم للمصلحة العامة فمن أجل العمل بهذا المبدأ يتحتم على المشرع ايلاء اولوية للمصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، لان حاجة المجتمع يليبها الوضع الظاهر فيما استقرت عليه الأشياء محل النزاع لأنها تقتضي قبولها بما هي عليه لاستقرار المعاملات في ظل الحركة الدائمة في انتقال ملكية الاشياء بين افراده⁴، لذا نجد المشرع العراقي قد ذهب بهذا الاتجاه حينما تعامل مع مغتصب

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

² - جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني، منشورات مجلس النواب، دار ابي رزاق للطباعة والنشر، سنة 2020، ص 22

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

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

عقار الغير بقواعد قانونية مزدوجة فتارة ألزم الغاصب برد المال المغصوب الى صاحبه مع أجر مثله مع الزام الغاصب بضمان التلف او النقص في قيمة العقار ولو لم يكن بتعد 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 مرتسم الخبير المساح، وعد المدعى عليهم شاغلين لهذا الجزء بدون سبب مشروع لذا ألزمتهم برد الجزء المغصوب لصاحبه مع دفع اجر مثله بعد رفع التجاوز²، وتارة أخرى نظم غصب العقار بطريقة مغايرة على الحالات السابقة لتاريخ 1987/2/22 وفق قواعد قانونية لاحقة متماشيا ومبدأ استقرار المعاملات حينما اعطى الحق لمغتصب العقار الحق في تملكه لقاء دفع تعويض لصاحبه يعادل قيمة العقار وقت الكشف سواء كان مغتصب لجزء او لكل العقار دون الاعتداد برضا او عدم رضا صاحب العقار على يتم ذلك بعد اجراء كشف موقعي عليه وأيما كان العقار المغتصب مملوك لاحد افراد المجتمع ام للدولة وسواء كان مملوكا ملكا صرفا ام حق التصرف فيه ام كان مثقل بحق مساطحة او حق انتفاع³، وعند التمعن بكلا القاعدتين يمكن نتخيل التباين الواضح بينهما، فالأولى 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 المُغْتَصَب من العقار دون الرجوع الى 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 عقارا يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واذا 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 العنبيكي، دار الكتب والوثائق بغداد، سنة 2013، ص70.

³ قرار مجلس قيادة الثورة رقم (527) لسنة 1985، المعدل بالقرار المرقم (109) لسنة 1987 " ستندأ إلى أحكام الفقرة (عاشراً) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (527) في 1985/5/5، المعدل بالقرار المرقم (109) في 1987/2/22. 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-تبليغ 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 تثبيت الحدود أو تغيير مواقع الشوارع المحيطة بهذه العقارات بموعد الكشف الذي تجريه اللجنة على أن يجري التبليغ وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية رقم (183) لسنة 1969.
- 2-إجراء الكشف الموقعي 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 المتجاوز عليها بتاريخ الكشف، باعتبارها مملوكة ملكاً صرفاً، ولو كانت مملوكة للدولة وحق التصرف فيها للأفراد، أو كان عليها حق مساطحة أو حق انتفاع ويوزع مبلغ التعويض بين أصحاب حقوق الملكية في الوحدة العقارية المتجاوز عليها، وفق القواعد المنصوص عليها في قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (53) لسنة 1976 وقانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 بحسب الاقتضاء.

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

مادة 2

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

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

مادة 3

تتخذ هذه التعليمات من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

حينما سعى الى تحقيق اكبر قدر من الاستقرار في المعاملات ، فلو أُعيد الحال الى ما كان عليه قبل الغصب لما اخذ المشرع بمقدار النفع والضرر بالمصلحة العامة لذا فمن البديهي توقع تعرض مصلحة المجتمع للضرر، لذلك قدّم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ثم أن المشرع لم يهدر مصلحة مالك العقار المغتصب للضرر ا، وإنما ألزم المتجاوز او المتجاوزين 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 واحداث 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 لا بد من عدها مصلحة قانونية مادية او معنوية تستند الى مركز تجيزه قواعد قانونية تتكفل نظر وقبول الدعوى المقامة بشأنها والا عدت 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، فالأصل ان عقد بيع العقار لا ينتج أي أثر قبل تسجيله في سجلات التسجيل العقاري³، بيد أن المشرع العراقي اردف القاعدة بقاعدة أخرى تنظم ذات الموضوع لكن بطريقة مختلفة، سعيًا منه الى تحقيق مصلحة خاصة لا عامة عبر حماية حق المشتري من الضرر بعد سكن العقار او احداث مشيدات عليه عند امتناع البائع عن تنفيذ تعهده⁴. وامتدت هذه الثنائية حتى بلغت القواعد الإجرائية أيضاً، بيد انها ثنائية مقيدة بقيدين هما درجة القربى 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 كدعاوى الإصلاح الزراعي والتسوية و الصلحية والاحوال الشخصية⁵، بينما في قانون المرافعات المدنية نجد قاعدة قانونية تنظم ذات الموضوع لكن بنطاق أوسع من حيث درجة القرابة وبنطاق ضيق من حيث نوع الدعاوى، فقد أعطت حق الحضور للترافع في الدعوى نيابة عن الخصوم الى الاقرباء من الدرجة الرابعة، بيد ان الحضور مقيد بثلاث أنواع من الدعاوى وهي الدعاوى الصلحية والشرعية والاحوال الشخصية⁶.

¹ محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، جزء ثاني، 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، العاتك لطباعة الكتاب، الجزء الثالث، بدون سنة، ص 9.

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

⁵ انظر قانون المحاماة العراقي، رقم 173، سنة 1965، نص المادة (2/22/أولاً)

" للمقاضي في دعاوى الإصلاح الزراعي ودعاوى التسوية والدعاوى الصلحية ودعاوى الأحوال الشخصية أن يوكلا عنهم أقربائهم من الدرجة الأولى أو الثانية في المرافعة، ولمن ينوب عن غيره بحسب الولاية أو الوصاية أو القيومة أو التولية هذا الحق أيضاً

ثانياً - المحامي المتقاعد أن يمارس المحاماة بالوكالة عن زوجه أو أصوله أو فروعه فقط..."

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

المطلب الثاني: انعكاس ثنائية التنظيم على الالتزامات العقدية.

تتجلى اثار ثنائية التنظيم القانوني بشكل أساسي في التوجهات الحقيقية التي انصرفت لها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، كونها تخضع لها من حيث التنظيم، لذا فمسألة ما تتركه هذه الثنائية من اثار لا تتوقف عند إرادة بعض او كلا طرفي العلاقة العقدية، وانما تتعداها لتتخذ اداة فعالة في تحقيق مصالح اجتماعية واقتصادية خاصة وعامة تتسجم والأسباب الموجبة التي قصدها المشرع بتعبيره الصريح او الضمني، فأهمية عد بعض التصرفات باطلة كأصل عام لا يمكن ان ترتب اثارها القانونية بعدها تصرفات باطلة، ومن وجهة نظر القانون فإنها تقود الى نتائج تناهض قواعد العدل والانصاف من حيث الأثر، لذا فان هذه الثنائية التنظيمية لتصرفات الافراد تحول دون اهدار المصلحة المقصودة وراء التصرف، على الرغم من انها متأرجحة في احكامها، لعلها تخلق أكبر قدر من التوازن فيما بين مصالحهم المتضادة، وجراء هذا التآرجح يتزاحم عندنا اثرين أحدهما ينعكس بشكل إيجابي على المصلحة محل التصرف والآخر سلبي، وكما سنبينهما :

الفرع الأول: الأثر الإيجابي.

قد ينتج عن ثنائية التنظيم المشاركة على سبيل الشيوخ في تنظيم بعض التصرفات محل التشارك الى انتاج كامل للالتزامات المتعاقدين، مسايرة بذلك ما اتجهت اليه اراداتهم الحقيقية لا الصورية وقت التعاقد بما يحقق أثرها 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 لوعدت مثل هكذا تصرفات عقارية منتجة لبعض الاثار الايجابية الشخصية بين المتعاقدين، ملقية بأثارها 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 اثارها الإيجابي مع نية اطراف العقد وقت ابرامه، فحتى لو كان باطلا من حيث ظاهره، فانه صحيحا متى ما توافرت فيه اركان عقد اخر انصرفت اليه نية عاقيه وقت التعاقد²، بيد أن ما تقدم لا يعني أن أثر التصرف ينحصر نطاقه عند حدود المتعاقدين، وانما كسائر التصرفات التي يتسع نطاق اثارها نحو الغير ايضا³.

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

"وللمحكمة أن تقبل من يكوونه عنهم من أزواجهم وأصهارهم وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة وذلك في الدعاوى الصلحية والشرعية ودعاوى الأحوال الشخصية، ويكون لهؤلاء مراجعة طرق الطعن في الاحكام الصادرة في هذه الدعاوى، ويكون ذلك بوكالة مصدقة من الكاتب العدل أو المحكمة المنظورة امامها الدعوى، ولم ينوب عن غيره بسبب الولاية أو الوصاية أو القيمومة أو التولية هذا الحق أيضا".

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

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

" إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

³ اياد 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 المتزامنة في التطبيق على تصرف ما، والسبب يعود الى أن احدى هاتين القاعدتين ستستبعد الأخرى لتحل محلها، رغم ان القاعدة المستبعدة لا زالت محتفظة بسريانها في تنظيم ذات التصرف، ولم تتعرض للتعديل أو للإلغاء، فالجانب الاستبعادي كأثر سلبي يبرز عند تعطيل نسبي أو كلي للقاعدة التي يخضع لها التصرف، ومن الممكن أن يؤدي هذا الاستبعاد الى تعطيل حماية الحق الخاص كجزاء البطلان المفروض على التصرفات المخالفة للقواعد الواجبة الاتباع لتعلقها بالنظام العام وفقا 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 الهلاك الواقع على محل العقد الباطل يختلف من حيث تحمل تبعة الهلاك فيما لو عد ذات العقد صحيحا، فالقاعدة التي تعد المبيع في البيع خارج دائرة التسجيل مضمونا على المشتري القابض²، ترتب اثرها السلبي على المشتري بعد العقد قد انتج جميع اثاره بمجرد الايجاب والقبول لتقف الى جانب البائع عند التسليم الحقيقي للمبيع بعيدا عن الشكلية التي فرضتها القاعدة المستبعدة، وهو خلاف ما اتجهت اليه رغبة المشرع العراقي حينما جعل من الشكلية مصدرا منشأ لكل تصرف عقاري موليا أهمية كبيرة للعقار³، بينما الأثر سيكون مختلفا لو خضع العقد الى القاعدة القائلة بأن البائع نفسه يتحمل تبعة الهلاك قبل تسجيل المبيع في دائرة التسجيل العقاري بعد هكذا بيع واقع خارج التسجيل باطلا⁴، يضاف لما تقدم فإن استبعاد قواعد الشكلية فيما تتعلق بالأموال المنقولة وغير المنقولة يجعلها متساوية مع غيرها من الاموال التي تنتقل ملكيتها بالحيازة، وبالتالي يحرم من فائدة تسجيلها وشهرها لمنع تعرض الطرف الاخر للضرر عند بيعها او رهنها لأكثر من طرف، بعيدا 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 يكفي في تنظيمها بأحكام قاعدة قانونية واحدة وانما أجاز لها ان تخضع من حيث الشكلية والموضوعية لأكثر من قاعدة قانونية، مما ترتبت عليه اثار إيجابية وسلبية مبررة برغبة المشرع في مسايرة حاجة افراد المجتمع، حتى انتهينا بمجموعة من النتائج والمقترحات أهمها:

¹ - جاك جاستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، طبعة أولى، سنة 2000، ص146.

² - شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، سنة 1952، ص129 -.

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

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

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

⁴ - عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، بغداد، سنة 1956، ص185-186.

⁵ - شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص110.

النتائج:

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

2- لقد أدت هذه الثنائية القانونية المنظمة لتصرف ما، الى 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 استغني عن جزاء البطلان لعدم اتباع الشكالية التي حددتها هذه القاعدة.

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

المقترحات:

- 1- الإبقاء على الشكالية أو الاستغناء عنها في العقد الناقل لملكية عقار، لأن تشريع نص يجيز انعقاد العقد في ظل وجود قاعدة توجب الشكالية كشرط أساسي لانعقاده يخلق جو من الارباك عند تطبيق النص القانوني على العقد.
- 2- تعديل نص المادة (1127) من القانون المدني العراقي وكما يلي: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على التعويض شرط الا يكون تنفيذ التعهد ممكناً، متى ما أخل أحد الطرفين بتعهد سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط).
- 3- تعديل قانون المرور العراقي بإضافة نص يبيح للمشتري تملك المركبة عند وفاة مالكيها البائع وكما يلي (يحق لمشتري المركبة من مالكيها تملكها بعد وفاته على ان يكون حائزاً للمركبة ودفع ثمنها المقدر في عقد البيع الخارجي)، اسوة بإجازة تملك العقار بالتعهد بنقل ملكيته ولما لذلك من تبسيط للإجراءات.

المصادر

أولا /الكتب القانونية:

- ¹ - محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2010، ص 43.
- ² - ادم وهيب، شرح قانون المرافعات، دار الكتب، سنة 1988، ص 16.
- ³ - فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 2008، ص 360.
- ⁴ - محمد جمال عطية، الشكالية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشرعية 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 - نبل 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. -

- 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 رقرق 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 محند اولحاج-البويرة، سنة 2019، ص 41.
- 13 - محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، جزء ثاني، 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 المسماة، دار العاتك، بدون سنة، ص 93.
- 18- اياذ 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.
- 19- اسعد عبيد الجميلي، بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، سنة 1984، ص 230.

ثانيا /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 (107،90، 102/ثانيا).
- 4 انظر قانون المرافعات المدنية، رقم 83، سنة 1969،
- 5 -انظر قانون التنفيذ العراقي، رقم 40، 1980، نص المادة (128).
- 6-انظر القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951.
- 7-انظر قانون المحاماة العراقي، رقم 173، سنة 1965، نص المادة (2/2/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، 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 1974/3/28، منشور في النشرة القضائية، العدد، السنة 5، سنة 1974، ص 46.

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

³ -قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، رقم القرار 57/حقوقية/2000 في 1999/4/16، 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 فني 32، في 1981/12/20.

⁵ -قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2316، هيئة المدنية عقار/2012، في 2012، 8، 7، 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 2008/7/6، منشور على الرابط <https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/647-m596>

⁷ -قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار 2684، في 2007/7/22، علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات 2008، 2007، 2006، 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).