

نسألكم الدعاء
لزميلنا الذي قام
بتصوير هذه
الرسالة

بيع العقار في القانون المدني العراقي

رسالة مقدمة الى

كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد
وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في

القانون

من قبل

أسعد عبيد عزيز الجميلي

باجران

الدكتور / غني مسنون طه

حزيران ١٩٨٤ م

رمضان ١٤٠٤ هـ

بيع العقار في القانون المدني العراقي

كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد
وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في
القانون

أسعد عبد العزيز الحميلي

الدكتور / غني مسون طه

حُزَيْرَان ۱۹۸۴ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ الْحَيْنِ"
"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"

صَرْفُ الْعَظِيمِ

آيَةُ قِصَمِ 'أ' سورة المائدة

أشهد بأن اعداد هذه الرسالة جرى تحت اشرافي * وهي جزء من
متطلبات درجة ماجستير في القانون *

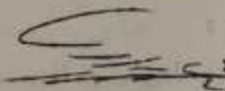
التوقيع : 

الدكتور : غني حمون طه

((المشرف))

التاريخ : / / ١٩٨٤

بناءً على التوصيات المتوفرة * ارفع هذه الرسالة لل مناقشة

التوقيع : 

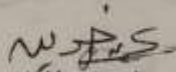
الاسم : الدكتور علي غالب الماني

رئيس لجنة الدراسات العليا

قسم القانون

التاريخ : / / ١٩٨٤

نشهد باننا اعضاء لجنة المناقشة * اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة
" بيع المقار " في القانون المدني السراقي وقد ناقشنا الطالب احمد
عميد عزيز في محتوياتها وفيما له علاقة بها * ونعتقد بانها جديرة بالقبول
بدرجة (مستوفي) لنيل درجة ماجستير في القانون *

التوقيع :  : التوقيع : 
الاسم : الدكتور طه نوري الملا حوش الاسم : الدكتور غني حنون طه
((عضو)) ((عضو))

التوقيع : 
الاسم : فائق محمود الشماع
((الرئيس))
التاريخ : / / ١٩٨٤

صدق من قبل كلية القانون والسياسة *
التوقيع : 
الاسم : الدكتور محمد الدوري
عميد كلية القانون والسياسة
التاريخ : / / ١٩٨٤

الأهداء :

الحى من سهرت وكابدت الحياة
من امهات ... الحى والرفيع الحنو

الحى روى والرفيع الصافرة ...

اهرب هذا الجهد المتواضع

اسعدك

"شكراً وتقدير"

لا يسعني بعد ان انتهيت من كتابة رسالتي - بمون الله وتوفيقه -
الا ان اتقدم بجزيل شكرى وعيى امتناني لاحتاذى الفاضل الدكتور غنسي
حسن طه ، لقبوله الاشراف على هذه الرسالة ، ولما ابداه من جهـد
متواصل ومن مساعدة ، ومتابعة مستمرة ، كان لها الاثر المعلن في اكـمال
هذا البحث .

كما اقدم شكرى وامتناني لاهي وزميلي نوري حمد خاطر على المساعدة
التي ابداعا لي خلال مراحل البحث .

كما اتوجه بالشكر الى الاخ الزميل ياسين محمد الجبوري والاخ الزميل
صبرى حمد خاطر لما ابدياه من مساعدة .

ولا يسعني الا ان اشكر ايضا الاخوة العاملين في مكتبة كلية القانون
والسياسة والمكتبة المركزية والمكتبة الوطنية ومكتبة المعهد القضائي .
وفقههم الله جميعا . . .

اسعد عبيد عزيز الجميلي

"المحتويات"

<u>الموضوع</u>	<u>رقم الصفحة</u>
التمهيد	١٠
الفصل الاول - انعقاد بيع العقار في القانون المدني العراقي	٢١ - ١٠٧
المبحث الاول - العقار باعتباره ركنا من اركان البيع (محل بيع العقار)	٢٢
المطلب الاول - ان يكون العقار موجودا	٢٢
المطلب الثاني - ان يكون العقار مميّنا او قابلا للتعيين	٤٠
المطلب الثالث - ان يكون العقار قابلا للتعامل فيه ..	٤٧
المبحث الثاني - الشكلية باعتبارها ركنا من اركان البيع ..	٥٣
المطلب الاول - الشكلية في القانون الروماني	٥٣
المطلب الثاني - الشكلية في القانون الحديث	٥٦
المبحث الثالث - التسجيل وانظمته والظمن به	٦٤
المطلب الاول - معنى التسجيل وانواعه	٦٤
المطلب الثاني - التسجيل والظمن بضرورة المقعد	٦٩
المطلب الثالث - بطلان التسجيل	٧٦
المبحث الرابع - علاقة بيع العقار بنظام التسجيل العقاري ..	٨٤
المطلب الاول - اتجاهات التشريعات المبريكة والعالمية	٨٤
المطلب الثاني - الاجراءات الشكلية للتسجيل فسي السجل العقاري	٩٥
المطلب الثالث - تسجيل البيع الجارية من قبيل الجهات الرسمية والقضائية والقسرات التي لها قوة الحكم القضائي	١٠٢

الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الثاني - آثار بيع العقار	١٠٩ - ١٦١
المبحث الاول - انتقال ملكية العقار بعد التسجيل	١٠٩
المبحث الثاني - التزامات البائع	١١٢
المطلب الاول - نقل الملكية	١١٣
المطلب الثاني - التزام البائع بتسليم المبيع	١٢٣
المطلب الثالث - التزام البائع بالضمان	١٤٢
المبحث الثالث - التزامات المشتري	١٥٥
المطلب الاول - الالتزام بدفع الثمن	١٥٦
المطلب الثاني - الالتزام بنفقات عقد بيع العقار	١٥٨
المطلب الثالث - التزام المشتري بتسلم العقار	١٦٥
الفصل الثالث - بيع العقار خارج دائرة التسجيل المقسار	
(التمسد بنقل ملكية عقار)	١٦٣ - ٢٦٣
المبحث الاول - تكييف التمسد بنقل ملكية عقار	١٦٩
المطلب الاول - اتجاه الفقه العراقي في تكييف التمسد بنقل ملكية عقار	١٦٩
المطلب الثاني - اتجاه القضاء العراقي في تكييف التمسد بنقل ملكية عقار	١٩٢
المبحث الثاني - آثار التمسد بنقل ملكية عقار	٢٠٦
المطلب الاول - الآثار المترتبة نتيجة النكول عسـن التمسد	٢٠٦
المطلب الثاني - الآثار المترتبة على تسليم المقسار الى المشتري	٢٢٧
المبحث الثالث - التمسد بنقل ملكية عقار وقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧	٢٣٨

رقم الصفحةالموضوع

٢٤٣	المطلب الأول - شروط تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة ليستحق الدائن التمويض او طلب التسك
٢٥٨	المطلب الثاني - خيار المتعهد له (المشتري) التسك بقرار مجلس قيادة الثورة
٢٦٠	المطلب الثالث - سريان قرار مجلس قيادة الثورة - من حيث الزمان
٢٦٥	الخاتمة
٢٧٦	المصادر

"تمهيد"

نستهل بحثنا ٥ ببح المقارن في القانون المدني العراقي بهذا التمهيد الذي سنتناول فيه أهمية عقد البيع وتسميته ٥ ونسج على بيان موجز لأهمية المقارن ولماذا هذه الأهمية ٥ حيث أرى أنه من المفيد قبل الدخول في بحث بيع المقارن ان نمطي فكرة موجزة عن عقد البيع وأهميته وعن أهمية الملكية المقارنية ٥

١- أهمية عقد البيع وتسميته :

قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا انفقوا مما رزقناكم من قبل ان يأتي يوم لا بيع فيه ولا خلة ولا شفاعة ٥ والكافرون هم الظالمون " (١) .

ان الحاجة أساس كل شيء فهي التي تدفع الانسان الى التعامل وإبرام الصفقات ٥ والتاريخ يدل على ذلك ٥ فقد توجب على الناس منذ ان وجدوا على سطح الارض ان يجتمعوا جماعات ٥ وان كانت طبيعة الانسان في بداية حياته هنيئة على التوحش ٥ فكان يحوز الشيء لسد ريقه من الجوع وكان يستند كل الاساليب المستندة الى القوة البدنية للحصول على حاجته جماعة او على انفراد ٥ اذن لم يكن هناك في ذلك الوقت مجال على الاطلاق لنشوء فكرة الملكية الفردية الخاصة (٢) .

وبعد فترة من التاريخ عرف الانسان تقسيم العمل (٣) والتخصص في مجال معين من هذه الاعمال وعلى الاخص في الزراعة ٥ مما ادى الى الزيادة في الانتاج وبالتالي الى نشوء فائض في حوزة بعض الافراد ٥ فنشأ اثر ذلك نظام المبادلة الاقتصادية اي (البقاينة) ٥ ثم نشأت بعد ذلك صور التصرفات القانونية المعروفة في الوقت الطاهر كالأجارة والإطارة ٥

استمرت عملية البقاينة كأساس للتصرف القانوني الوارد على نقل ملكية الاصول رد طويلا من الزمن ٥ ولكن ازاء الصعوبات التي واجهت الافراد من جراء عملية البقاينة ٥ لأنها تخلق نوعا من عدم الموازنة بين اطراف المبادلة في التصرف نظرا لاختلاف قيمة الاصول وابعاد التوازن بينهما ٥ يجمع المصالح

(١) الآية ٢٥٤ سورة البقرة ٥ وقال تعالى " واحل الله البيع وحرم الربا " .

(٢) انظر : الدكتور همام الصراف ٥ عقد البيع في القانون المدني الكويتي ٥ ط ١ ٥ دار البحوث العلمية ٥ الكويت ٥ ١٩٧٥ ٥ ص ١٢٨ .

(٣) انظر : الدكتور همام الصراف ٥ المصدر السابق ٥ ص ١٢٨ .

قاصوا عن تلبية الحاجة في اوانها ، لذلك بحث الانسان عن وسيلة اخرى تسمى
التعامل للحصول على الاشياء التي تخلق التوازن في القيمة المالية ، فوجدت
التقود خير مقياس لتقييم السلع والاشياء ولتسهيل التعامل بين الناس .
ان عقد البيع من اهم الحقوق المحمية واكثرها شيوعا ، فالمطابقة كما قلنا
اساس كل شيء ، وعقد البيع يعتبر الوسيلة القانونية الفعالة في حصول الانسان
على ما يحتاجه ، لذلك أخذ عقد البيع الحيز الاكبر كوسيلة للتعامل بين الناس
سواء في الماضي او الحاضر ، فعقد البيع يمتد اليوم عمادا في التجارة الداخلية
والخارجية (١) .
ولم يبق بعد اولت التشريعات الحديثة العناية الكبيرة لعقد البيع فكانت له
حصة الاسد من الحقوق المحمية في هذه التشريعات .

عقد البيع في التشريعات اللاتينية :

التشريعات اللاتينية ، والقانون ، الفرنسي بالخصوص ، خلقة مكملة لطققات
نمو القانون الروماني وتناوره . فقد كان الرومان لا يرتبون اى اثر على التصرف
القانوني ما لم يتم وفق اجراءات شكلية شديدة ، بحيث يمتطون للمادة اهمية
اكثر مما يمتطون للانسان من ثقة في التعامل ، بمعنى آخر كان المال ووجوده
وحيازته هو مدار التصرف القانوني . فعقد البيع في القانون الروماني لم يكن ناقلا
للملكية بل كان البائع يلتزم فقط بتسليم المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة
والانتفاع به (٢) ، مع ضمان عدم التضرر من قبل البائع لهذه الحيازة . انهماء
كما يبدو لاول وهلة ، حيلة قانونية يقبلها القانون الروماني اكثر مما هي عقيد
بيع ، والسبب في ذلك يعود الى ان الرومان لا يمتنعون بحق الملكية الا للرومان
انفسهم . ولما كانت ضرورات الحياة تقتضي التعامل مع غير الرومان ، فقد اضطروا

(١) انظر استاذنا الدكتور سعدون الصامري ، عقد البيع والايجار ، الطبعة
الثالثة ، بغداد ١٩٧٤ ، ص ٨ ، الدكتور غني حمون طه ، الوجيز
في العقود المحمية ، ج ١ ، عقد البيع ، بغداد ١٩٦٩-١٩٧٠ ، بداية
المصارف ، ص ١٩ - ٢٠ ، ف ٢١ و ٢٢ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور سعدون الصامري ، المصدر السابق ، ص ٩ .

الى جعل اثر البيع قائما على تكوين المشتري من الانتفاع بالمال وحيازته حمالة
عادية .

ان فكرة البيع هذه انتقلت من القانون الروماني الى القانون الفرنسي القديم
بالسلم وهو الاسامي عند البيع في القانون الروماني بنقل الحيازة التي ترتب
اثر انتقال الملكية الى المشتري في القانون الفرنسي القديم ، فمجرد التعاقد
لا تنتقل ملكة المال محل التعاقد . فمقد البيع في القانون الفرنسي القديم عند
غير ناقل للملكة ، بل يجوز للمشتري ان يبيع يده على البيع بمقتضى **المادة (١)** ،
كأثر يترتب على عقد البيع وبالتالي فان بيع ملك الغير ينمقد صحيحا .

وسعد ان شرح القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ ، تطورة فكرة التسليم
كاللزام رئيسي عند البيع ، فصوت المادة (١٥٨٢) من القانون المدني الفرنسي
البيع بأنه " اتفاق يلتزم بموجبه احد الطرفين بتسليم البيع ويلتزم الطرف الاخر
بدفع ثمنه " . واذا كان المشرع الفرنسي قد اكد على التسليم كأساسي عند البيع
فانه افتقر ان تسليم المال البيع يتم بمجرد التعاقد ، وهذا ما اكدته المادة
(١١٣٨) من القانون الفرنسي " الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد اتفاق الطرفين
التعاقدين " ، وكذلك المادة (١٥٨٣) من نفس القانون التي تنص بان : " البيع
يكون تاما بين الاطراف وان الملكية تنتقل الى المشتري في مواجهة البائع بقسوة
القانون من وقت الاغراق على البيع والثمن ولو لم يتم تسليم البيع او دفع الثمن " **(٢)** ،
يبدو ان المشرع الفرنسي ، وكذلك المشرع المصري والسوري ، يترقبون
عند البيع بآثاره دون ان يديروا الى مفهوم عقد البيع بالنظر الى اعتباره **عقدا (٣)** .

(١) انظر استاذنا الدكتور سعدون الحامري ، المصدر السابق ، ص ٩٩
الدكتور خيبر خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، الطبعة الثانية ،
القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ١١ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور علي حمون ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٠٤ ف ٣٥٤ .

(٣) عرفت المادة (١٨٤) من القانون السوري عند البيع بأنه : " عقد البيع
عقد يلتزم به البائع بتسليم الشيء البيع للمشتري وينقل ملكيته اليه مقابل
الثمن الذي يلتزم به المشتري بأدائه اليه " . وعرفت المادة (٤١٨) من
القانون المدني المصري الجديد البيع بأنه : " البيع عقد يلتزم به البائع
ان ينقل للمشتري ملكية الشيء او حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي " .

البيع في الفقه الاسلامي :

يقول استاذنا الدكتور سعدون السامري ان حكم البيع فسي فقه الشريعة الاسلامية هو التملك والتملك ه تملك البيع وهو المقصود من عقد البيع ه وابتلاك الثمن وهو الوسيلة اليه (١) .

وعرفت المادة (٣٤٣) من مرشد الحيوان البيع بأنه "تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنًا للبيع" . (٢) وعرفته مجلة الاحكام المدنية في المادة (١٠٥) بأنه "مادة مال بمال ويكون مضمداً وغير مضمداً" .

ان هذه التعاريف لا تفرق بين البيع والمقايضة ه وبين البيع وبيع اخرى مثل بيع النقد بالنقد (الصرف) ه وبيع مال آجل بثمن عاجل (السلم) (٣) . ويستأز تعريف الفقه الاسلامي لعقد البيع ه بأنه يبين بان البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على انشاء التزام بالتسليم او التزام بنقل الملكية كما ذكرنا فسي التشريع الفرنسي (مادة ١٥٨٢) والمصري (مادة ٤١٨) ه فالتانون المصري على ان عقد البيع ينشئ "التزاماً بنقل الملكية على البائع للمشتري تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد" (٤) .

= انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ه الوسيط في شرح القانون المدني ه المقود التي تقع على الملكية ه الجزء الرابع ه المجلد الرابع ه البيع والمقايضة ه دار احياء التراث العربي ه بيروت ه بدون تاريخ ه ص ٢٠ ه ف ٩ ه الدكتور فني حنون طه ه عقد البيع ه المصدر السابق ه ص ٢٣ ه ف ١٨ .

(١) انظر استاذنا الدكتور سعدون السامري ه المصدر السابق ه ص ١٢ .
(٢) وعرفه الصلاة الحلبي ه صاحب تذكرة الفقهاء ه بأنه "انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بحوث بقدر على وجه التراضي" . انظر الصلاة الحلبي (الحسين ابن الجليل) ه تذكرة الفقهاء ه ج ٧ ه كتاب البيع ه ١٩٥٥ ه ص ٣ .

(٣) انظر المادة (١٢٠) من مجلة الاحكام المدنية .

(٤) انظر استاذنا الدكتور سعدون السامري ه المصدر السابق ه ص ١٣ ه استاذنا الدكتور فني حنون طه ه عقد البيع ه المصدر السابق ه ص ٢٤ ه الدكتور عبد الرزاق السنهوري ه البيع والمقايضة ه المصدر السابق ه ص ٢٢ ه الدكتور جابر الصراف ه عقد البيع ه المصدر السابق ه ص ٥٨ - ٥٩ .

البيع في القانون المدني العراقي

وقد نهج المشرح العراقي نهج الفقه الاسلامي في تعريفه لمقد البيع واعطى مفهومًا واسعًا له . فقد عرفت المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي عقد البيع بأنه : " مبادلة مال بمال " ، وهو تعريف مأخوذ من المادة (١٠٥) من مجلة الاحكام المدلية التي تعرف البيع بأنه : " مبادلة مال بمال ويكون بمقتضاها وغير بمقتضى " . ومقتضى المادة (٥٠٧) من القانون المدني ان : " البيع باعبار البيع اما ان يكون بيع الممين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع الممين بالميمين وهي القايضة " .

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي جرى ، في تعريف البيع ، على نهج الفقه الاسلامي فجعل البيع مالا للبيع المطلق والصرف والقايضة . ولم ير حاجة للاشارة الى بيع السلم الذي اشارت اليه المادة (١٣٠) من مجلة الاحكام المدلية ، اذ لم يعد هناك مقتضى لاتفراد السلم بالذكر بعد ان اصبح بيع الاحوال المستقبلية جائزا بوجه عام . لا بيع السلم فحسب . فالشرح العراقي اجاز اسلا ان يكون حصل الالتزام مقدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعون تعيينها نائبا للجهالة والغرر (م ١٢٩ ف ١ و ٥١٤ ف ٢ مدني عراقي) ، فتطاول المشرح العراقي بذلك من قيود السلم المصروفة في الفقه الاسلامي (١) .

ويصاب على التصريف الذي اوردته المشرح العراقي للبيع انه غير مانع وغير دقيق . اما انه غير مانع ، فلأنه يشمل ، غير البيع ، القايضة والصرف ، وذلك لانه اذا كان بمصرف فقهاء الشريعة الاسلامية قد عرفوا البيع بأنه : " مبادلة مال

(١) انظر الدكتور المنهوري ، البيع والقايضة ، المصدر السابق ، ص ٢٠ هامش رقم ٣ ، استاذنا الدكتور في حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢١ ف ٢٤ ، استاذنا الدكتور سعدون الناصري ، المصدر السابق ، ص ١٤ ، الدكتور حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المبسطة ، عقد البيع ، طبعة الرابعة ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة بغداد ١٩٥٣ ، ص ١٨ ف ١٥ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم شورت ، شرح احكام عقد البيع ، الطبعة الثانية ، طبعة الرضا في بغداد ١٩٧٦ ، ص ١١ ف ٦ ، هامش رقم ٢ .

بطل " غلائهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة او الصرف او السلم . فالبيع عند هم
 اما ان يكون بيع سلمة سلمة وهو المقايضة (م ١٢٢ مجلة) هـ او بيع السلم
 بالنقد وهو البيع المطلق (م ١٢٠ مجلة) هـ او بيع النقد بالنقد وهو الصرف
 (م ١٢١ مجلة) هـ او بيع مال آجل بثمن عاجل هـ اى بيع الدين بالثمن وهو
 السلم (م ١٢٣ مجلة) (١).

اما كون تصرف عقد البيع الذى اورد به المشرع المراقى غير دقيق فلان
 اقتصر على وصف وتصرف عملية البيع نفسها دون ان يمتد بالنظر على اشخاصه
 او اثره (٢).

نقد كان الاجر بالمشرع المراقى ان يشره على الاقل هـ في التصرف السدى
 اورد له لمقد البيع الى الآثار التي تترتب على هذا المقد وهي انتقال ملكية البيع
 الى المشتري بمجرد تمام البيع هـ والى ضرورة كون الثمن الذى يلتزم به المشتري بهلشا
 من النقود هـ لان هذا هو ما يميز البيع عن المقايضة (٣).

ان المشرع المراقى في تصرفه لمقد البيع ركز على مفهوم عقد البيع لا على
 آثاره هـ وهذا يملك فيه يتفرد به المشرع المراقى عن بقية التشريعات المدنية
 الاخرى هـ فهو اقرب الى اداء الفكرة الصحيحة عن البيع من تلك التشريعات (٤).
 وهذا ايضا ما يميز هذا التصرف عن تصرف اخرى اورد بها المشرع للمقود المساءة
 حيث يملك فيها يملك التشريعات الحديثة هـ فانه في تصرفه لهذه المقسود

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حمون طه هـ عقد البيع هـ المصدر السابق هـ
 ص ٢١ ف ٢٤ هـ مبر القاضي هـ شرح المجلة هـ القواعد الكلية هـ البيوع هـ
 الاجارة هـ ط ١ هـ مباحة الثاني هـ وزارة المعارف العراقية هـ ١٩٤٩ هـ ص ١٧٧.

(٢) استاذنا الدكتور سعدون الصامري هـ المصدر السابق هـ ص ١٤ هـ استاذنا
 الدكتور غني حمون طه هـ عقد البيع هـ المصدر السابق هـ ص ٢٢ ف ٢٥ هـ
 الدكتور عباس المراف هـ شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني
 المراقى هـ بغداد ١٩٥٦ هـ ص ١٦ ف ٢١ هـ الدكتور حسن طوي الذنون هـ
 عقد البيع هـ المصدر السابق هـ ص ١٨ و ١٩ ف ١٥ .

(٣) استاذنا الدكتور غني حمون طه هـ عقد البيع هـ المصدر السابق هـ ص ٢٢
 ف ٢٥ .

(٤) انظر استاذنا الدكتور سعدون الصامري هـ المصدر السابق هـ ص ١٤ هـ استاذنا
 الدكتور غني حمون طه هـ عقد البيع هـ المصدر السابق هـ ص ٢١ .

على الالتزامات كأثر مترتب على المقعد دون أن يشير إلى مفهوم هذه المقاصد لذاتها (١).

٢- أهمية المقار:

نذكر الأهمية الملكية المقارنة في الحياة الاقتصادية وضرورة ارتكازها على استمرارية نوع من الاستقرار والحداثة، فقد اكتسب المقار أهمية بالغة منذ القدم وللهذه الأهمية عدة أسباب أهمها كون الأرض من عناصر الانتاج ذات المصلحة الثابتة غير القابل للتنازع من جهة وارتباط الأرض بسيادة الدولة على كامل ترابها الوطني من جهة أخرى من هنا أوجب المشرع أحاطة التصرفات التي تترك على الحق المينى المقارى سياج من الأمن والثقة بشكل يضمن سلامة المعاملات المتعلقة بالمقار من الحبس والتزوير ويضمن حقوق الطرفين المتعاقدين والأغبياء إذ يرجعهم إلى دائرة التسجيل المقارى ويصرفون طالة المقار من الناحيتين المادية والقانونية (٢).

فمن الناحية المادية يصرف المتعاملون بالمقارات حدود المقار وما حقه ومشتقاته ومن الناحية القانونية يصفى المشتري المقار من حيث ملكيته للبائع أو من حيث ما قد يشتمل من قيود وتكاليف.

أما أهمية التسجيل من الناحية القانونية فالأصل أن القانون إذا فرض شكلا مميذا للمقعد دون بيان الأثر المترتب على عدم استيفائه أي هذا يشترط القانون شكلا خاصا ويترتب الحكم دون تخصيص فيعتبر استيفاء الشكل ركنا لوجود المقعد لا لإثباته وهذا ما نصت عليه المادة (٩٠) بدني بقولها: "١- إذا فرض

(١) حيث عرف المشرع المراتي ضمن المقود في نصوصه من القانون المدني بآثارها دون أن يحد في مفهوم هذه المقود مثال ذلك تعريف عقد القاولية في المادة (٨٦٤) بدني حيث عرفه بأنه: "القاوله عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع أو يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر".

(٢) انظر: الأهاب الوجبة لقانون التسجيل المقارى قسم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

القانون شكلا معينا للمنفعة كما يتحقق الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد تصور
بمخالف ذلك . استوفى باستيفاء هذا الشكل ايضا قبل بدء العمل على المقصد
من تعديل .

ونصت المادة (١٦٦ ف ٢) بدني على انه : " ناذرا استوفى القانون للمنفعة
استيفاء شكل معين فمبدأ الشكل تسجيل مواعيد ايضا في الاثنان الابتدائي المسمى
يشتمل وهذا بابرام هذا المنفذ .

يتبين ان نموذجا للقانون البدني المراتبي يقرر ان المنفذ الوارد على حسن
عيني عتارى لا يتحقق ما لم يستوفى الشكل الذي رسمه القانون اى تسجيله لاسي
الدائرة المختصة . وكذلك في المواد (٥٠٨ و ٦٠٢ و ٦٠٦ ف ١ و ١١٢٦
ف ٢ و ١٢٠٣ و ١٢٨٦ ف ١) من القانون البدني كلها تدل على ان المشرع اظهر
التسجيل كغايه العقد الوارد على الحقوق العينية المقاربة الا بالذي يترتب
عليه ان هذا المنفذ لا يتحقق ولا يكون له وجود اصلا (بالنسبة لنقل الملكية)
قبل التسجيل . وهذا ما تؤيده المادة (١٣٧ ف ٣) بدني والتي تنص على
انه : " ويكون باطلا ايضا اذا اشتملت بمنزلة وصفه ان يكون المنفذ عليه مجهولا
جهالة فاحشة او يكون المنفذ غير مستوفى للشكل الذي ترضه القانون .

بناء على ما تقدم يتبين ان انعقاد عقد بيع المتار لا يتم الا بالتسجيل
في دائرة التسجيل العقاري ومن الآثار التي تترتب على ذلك انتقال ملكية العقار
للمشتري من وقت التسجيل . اما قبل ذلك فليس هناك اى وجود قانوني لمنفذ بيع
المشار .

ولا شك ان وظيفة القانون في مجتمع ما هي تحقيق العدالة بين المبروراء
واستقرار الممتلكات وتأمين الامن . وعين يوجب المشرع في النصوص التشريعية
اتباع طرق معينة في الثبوت الواردة على المسارات . اى ان القانون عند مسا
يفرض شكلية معينة ويحدد طبيعتها خاصة بان غرضه من ذلك دفع النزاعات
وحماية الحقوق وتحقيق الاستقرار (١) .

(١) انظر : الدكتور نذير عبد الحسين الفضيل . التمسك بنقل الملكية العقار
ووقف القضاء العقاري منه . بحث منشور في مجلة الحقوق . العدد (١٠٤) .
السنة الخامسة : ١٩٨٣ . ص ١٥١ .

وتنتفع أهمية هذا الموضوع الحيوي من خلال اسباب متعددة منها ان سوق
القضاء المراقبي تستقبل يوميا الكثير من دعاوى بيع المقار قبل تسجيله في دائرة
التسجيل العقاري ، اى قنايا التصهيدات بنقل الملكية في المقار بفصل عدم
مراعاة المتعاقدين للملكية المفروضة قلنونا في التصهد بنقل الملكية المقارسة ،
ولكنرة حالات النكول بسبب ارتفاع اسعار المقارات في المراق ارتفاعا كبيرا بشكل
مفاجئ وسريع ، نتيجة لانفتاح الاقتصاد التي تحوزت بزيادة القدرات المادية
للدولة زيادة مساهمة الى حد كبير وادوات اليه من مردود عاشر على مدخولات
الفئات التي تتعامل بالمقارات بيما وشراء ، الامر الذي انتهى الى ارتفاع
قيمتها في سوق المعاملات . ان هذه الاوضاع تفضي في عدد من الحالات الى ان
يتنازع المتبايعون فيها بينهم حيث يجد البائع ، بعد التصهد بنقل ملكية عقاره
وقبل تسجيله في الدائرة المختصة باسم المشتري ، انه قد باع عقاره بثمن بخس
ليستج عن اجراء التسجيل لصالح المشتري الذي لا يجد من يصفه غير القضاء
فيضطر الى ان يرفع الدعوى لمحالة البائع بالتعويض او باسترداد المربون او دفع
الشرط الجزائي (١)

ومن الاسباب الاخرى التي ادت الى ارتفاع اسعار المقارات هو ازدياد الطلب
عليها بسبب الاستهلاك لافاض النفع العام بالنسبة للوحدات السكنية والاراضي ،
ولانتعاش الوضع الاقتصادي والاجتماعي الذي سبب الانشطار السريع في الماطلة
المراقية وحجتها الى الاستقرار في وحدة سكنية مستقلة (٢) .

لذلك اخترنا موضوع بيع المقار في القانون المدني المراقبي لكي نبين احكام
عقد بيع المقار بوجه عام وبان الآثار التي تترتب عليه في ضوء ما استجد من آراء
الفقهاء ، وما صدر عن القضاء المراقبي ، مثالا بمحكمة التمييز ، من افضية تشير
النقاش والتساؤل ، وتحتاج الى دراسة مستفيضة وعيقة .

(١) انظر : الدكتور عامر المراف ، بيع المقار قبل التسجيل قسي
القانون المراقبي ، بحث منشور في مجلة المدالة ، العدد ٤ ، السنة
١٩٧٦ ، ص ٨٧٣ .

(٢) انظر : الدكتور منذر الفضل ، التصهد بنقل ملكية العقار المصدر
السابق ، ص ١٥١ .

بمقد هذا التمهيد نتناول موضوع بحثنا وهو بيع المقار في القانون المدني
 العراقي ، وسوف نقسمه الى ثلاث اصول رئيسية ، نبحث في الفصل الاول منها
 انعقاد بيع المقار في القانون المدني العراقي ، وفي دراستنا لهذا الموضوع نركز
 على ركنين هما المحل (المقار المبيع) بأبعاده ركنا من ارکان البيع ، ثم الشكلية
 باعتبارها اهم ركن من ارکان بيع المقار ، وفي الفصل الثاني نبحث آثار بيع المقار .
 ثم نبحث في فصل ثالث (بيع) المقار خارج دائرة التسجيل العقاري
 (التمهيد بنقل ملكية عقار) .

ومن ثم نختم الدراسة بخاتمة نعرض فيها تصوراتنا ومقترحاتنا لما ينبغي
 ان يكون عليه موقف كل من القضاء والمشرع من (بيع) المقار قبل التسجيل .

الفصل الأول

" الفصل الاول "

انمقاد بيع المقار في القانون المدني المراقي

يشترط لانمقاد عقد البيع ، كما في سائر العقود الاخرى تواثر اركان معينة لا يتم العقد بدونها وهي الرضا والمحل والسبب . اما في بيع المقار فان المشرع المراقي قد اضاف ركنا آخرًا ، لانمقاد هذا البيع ، هذا الركن الذي جاء به المشرع المراقي هو ركن الملكية ، حيث لا يتمقد بيع المقار ولا تنتقل الملكية الى المشتري بمجرد التراضي بين الطرفين ، بل لا بد من تسجيل عقد البيع في دائرة التسجيل المقاري . فالتراضي وحده غير كاف لوجود عقد بيع المقار ، وانما يجبان يوضع التراضي بشكل معين هو تسجيله في الدائرة المختصة ، وقد نصت على ذلك المواد (٥٠٨ و ١١٢٦ ف ٢ من القانون المدني ، والمادة ٣ ف ٢ من قانون التسجيل المقاري) ، فمقد بيع المقار في القانون المراقي يعتبر عقدا شكليا لان التسجيل يتمقد به البيع حيث ينتج عندها اثره بنقل الملكية من البائع الى المشتري (المادة ١١٢٦ ف ٢ من القانون المدني) وفي بحثنا لا اركان عقد بيع المقار ، نقتصر على دراسة محل البيع (المقار المبيع) ، باعتبارها ركنا في هذا البيع ، والملكية باعتبارها اهم ركن في انمقاد بيع المقار . وسوف نقسم هذا الفصل الى اربعة محاث ، نتكلم في البحث الاول منها عن محل المقد (المقار المبيع) ، ثم نتناول البحث في الملكية باعتبارها اهم ركن في عقد بيع المقار في بحث ثان ، وفي البحث الثالث نتكلم عن التسجيل وانظمته والظمن به ، وفي البحث الرابع نتكلم عن علاقة بيع المقار بنظام التسجيل المقاري .

"المبحث الأول"

المقار باعتباره ركناً من أركان البيع (محل بيع المقار)

لا ينشأ البيع ما لم يكن له محل يضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه ، شأنه فسي ذلك شأن كل العقود (١) . وقصد بالمحل ، الشيء الذي يرد عليه التصرف ويثبت عليه أثره . وشترط فيه شروط ثلاث :

- ١- أن يكون موجوداً أو ممكناً ، وهذا هو شرط الوجود والامكان .
- ٢- أن يكون معيناً أو قابلاً للتحديد ، وهذا هو شرط التحديد .
- ٣- أن يكون قابلاً للتداول فيه ، وهذا هو شرط المشروعية .

تري كيف تطبق هذه الشروط بشأن بيع المقار ؟
بادء ذي بدء ، محل بيع المقار هو (المقار) ذاته . ولكن ما المقصود بالمقار وما هي شروطه ؟ تلك أمور نرى تفصيلها فيما يلي :-

المطلب الأول

أن يكون المقار موجوداً

طالع المشرح العراقي مفهوم المقار من خلال تقسيم ثنائي تناوله القانون المدني بالتفصيل ، حيث طلجت المادة (٦٢) من القانون المذكور مفهوم المقار بطبيعته ، في حين طلجت المادة (٦٣) مفهوم المقار بالتخصيص ، ووادئنا تفصيل لهذه الأحكام .

أولاً : المقار بطبيعته

ذكرنا سابقاً أن المشرح العراقي عرف المقار في الفقرة الأولى من المادة (٦٢) من القانون المدني بقوله " المقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن

(١) انظر : المادة (١٢٦) مدني ، وانظر أيضاً بشأن دور المحل في المقصد والالتزام ، استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، نظرية المقصد ، ج ١ ، في انحاء المقصد (أركان المقصد) ، بغداد ١٩٦٧ ، ف ٤٨٧ ص ٣٦١ ، استاذنا الدكتور غني حنون طه ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٧١ ، ف ٤٦٦ ، ص ٢١٥ .

نقله أو تحويله دون تلف يشمل الأرض والبناء والأشياء والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية * .

أذن المقارنات ذات مستقر ثابت ودائم ، فشرط الثبات والاستقرار هو الذي يضيف على الأموال صفة المقارنات بطبيعتها (١) .

من ذلك يبدو لنا بأن المقارن بطبيعته هو الأصل في الأموال المقارنة ، والأرض تعتبر المصدر الأساسي للمقارن بطبيعته ، لأن كل ما يتصل بها بشكل ثابت ومستقر بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف يعتبر عقارا بطبيعته أيضا . فـمـنـد يثبت في الأرض ثمر أو ثمرس فيها أشجار ، وهذه النباتات التي اندمجت فـمـي الأرض ، أصبحت جزءا منها ، وقد تقام منشآت فوق سطح الأرض ، أو في باطنها ، وهذه المنشآت تتصل أيضا بالأرض اتصال قرار ، فهي ثابتة اندمجت مع الأرض ، وبالتالي لا يمكن نقلها أو تحويلها دون تلف .

يحد هذا التقديم نتولى شرح هذه الأنواع من المقارنات .

١- الأرض

أن الأرض كما قلنا معين لا ينضب للموارد وهي أساس مـرـجـود الانـمـاـن وأساس مـعـيـشـته . فالأرض سواء كانت أرضا فضاء أو أرضا زراعية ، وأيا كان موقعها سواء في المدينة أم في الريف ، وأيا كان نوعها صخرية أو جيرية أو رملية ، فهي عقار بطبيعته ، فهي دائما لها مكان ثابت واستقرار دائم (٢) ، وتشمل الأرض سطحها بغض النظر عما يقام عليها أو ما يتصل بها بفعل الإنسان ، وكذلك تشمل باطنها بما تحويه في الباطن من أحجار ومعادن . أما بشأن المناجم ،

(١) - انظر : زهدى يكن ، شرح مفصل جديد لقانون الملكية المقارنة والحقوق المعينة غير المنقولة ، ج ١ ط ٣ ، بيروت (بدون تاريخ) ، ص ٣٧ ، استاذنا الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ، الجزء الأول ، ص ٨ ، ف ٩ .
حامد مصطفى ، القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، الملكية
واسبابها ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ، بغداد ١٩٥٣ ، ص ١٢ -
١٤ فقرة ١٢ ، استاذنا محمد طه البشير والدكتور غني حسن طه ،
المصدر السابق ، ص ١٤ فقرة ٦ .

(٢) - انظر : الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٠ .

هل هي جزء من الأرض مندمجة فيها ؟ أم أنها عقار بطبيعته مستقل عن الأرض ، بحيث يمكن أن تترتب عليها حقوق مستقلة عن الأرض (١) ؟ جاء المشرع المراقسي بنص مطلق في القانون المدني ، حيث أشار في معرض تعريفه للعقار بطبيعته إلى المناجم كمثال للعقار بطبيعته ، فالمناجم عقار بطبيعته مستقل عن الأرض . كذلك اعتبر المشرع المصري المناجم عقارا بطبيعته مستقلا عن الأرض ونظمها بقوانين خاصة . فالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ، وهو أول تشريع خاص بالمناجم والمهاجر ، نصت المادة ١٤ منه على أن " تعتبر المناجم أموالا ثابتة ، وكذلك تعتبر من الأموال الثابتة الآلات والآبار والمخارات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم . على أن المعادن المستخرجة من المناجم تعتبر من المنقولات " . ثم صدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وهو آخر تشريع خاص بالمناجم والمهاجر ، وقد فصل بين ملكية سطح الأرض ، وبين ملكية ما يوجد في باطنها من المواد المعدنية وخامات المهاجر فجعلها ملكا للدولة ولو كانت في أرض مملوكة للأفراد .

أما المتعلق فهي جزء من الأرض ولا شك ، ولا يمكن اعتبارها عقارات بطبيعتها مستقلة عن الأرض لأن ملكيتها غير منفصلة عن ملكية الأرض ، وهي تتبع الشروط الجارية على هذه الملكية (٢) .

٢- النبات :

وهو كل ما تنبته الأرض من ثمار وحصول وزرع ، وكل ما يخرس فيها من

(١) انظر : زهدى يكن ، المصدر السابق ، ص ٥٠ ؛ استاذنا محمد طه البشير والدكتور غني حسن طه ، المصدر السابق ، ص ١٤ ، فقرة ٦٤ ؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٠ ، فقرة ٩ .

(٢) انظر : زهدى يكن ، المصدر السابق ، ص ٣٩ . أما الكثر المدعون في الأرض أو المخبوء ، فيها فلا يمكن اعتباره عقارا بطبيعته لأنه منقول بطبيعته ، وإن كان المشرع المراقسي اعتبره مملوكا لملك الأرض إلا إذا ثبت عكس ذلك ؛ انظر نص المادة (١١٠) من القانون المدني المراقسي .

اشجار ونخيل يكون عقارا بطبيعتها ما دامت جذوره ممتدة في باطن الارض (١) .
 فالمختار الذي يميز هذه النباتات من حيث انها عقارات بطبيعتها هو
 اتصالها بالارض ، بواسطة امتداد جذورها في باطن الارض ، ولا يمكن نقلها
 او فصلها عن الارض لان ذلك يؤدي الى تلفها ، فالنبات ايا كان نوعه وغاياته
 يكون عقارا بطبيعتها ، سواء كان شجرا او نباتات صغيرة ، وبغض النظر ايضا عن
 الوقت الذي تبقى فيه النباتات مخروسة في الارض ، فالمشتلات عقارات بطبيعتها ما
 دامت مدمجة في الارض ، وان كان من الصعب عليها ان تأخذ حكم الارض ،
 اى اعتبارها عقارات بطبيعتها ، لانها معدة للقلع ، ويمكن اعتبارها منقولات
 حسب المآل .

واذا زال الاتصال لاي سبب سواء كان بفعل الانسان او بفعل الطبيعة ،
 فانه يؤدي الى زوال صفة العقار بطبيعتها وتسمير منقولات بذاتها .
 اما المنقولات حسب المآل ، وهي عقارات اصلا ومنقولات حكما ، فهي
 استثناء يرد على المقار بطبيعتها .

" وفكرة المنقول بحسب المآل تقابل بالنسبة للمنقول فكرة المقار بالتخصيص
 بالنسبة للمقار . فكما ان المقار بالتخصيص استثناء يرد على الاصل العام بالنسبة
 للمقار لانه . . . منقول يكسب صفة المقار حكما ، فان المنقول بحسب المآل
 استثناء يرد على الاصل العام في المنقول حيث يصبح عقارا بطبيعتها منقولا بالنظر
 الى ما سيؤول اليه حاله في المستقبل " (٢) .

فالمنقول بحسب المآل عقار بطبيعتها يكون محدا ليصبح منقولا بـ ارادة
 الطرفين المتعاقدين ، ولا بد من اتفاق المتعاقدين ، اذ ان المقار لا يصبح
 منقولا بحسب المآل بحكم القانون (٣) ، كما لو بيع بناء محدا للهدم او المحصولات

(١) انظر : الدكتور السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ،
 ص ٢٢ ، فقرة ١٠ .

(٢) انظر : الدكتور غني حسون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ،
 ص ٣٠ فقرة ٢١ .

(٣) انظر : الدكتور غني حسون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ،
 ص ٣٠ ف ٢١ والهامش رقم ٢ .

والثمار المدة للجني أو خشب الأشجار المدة للقلع والشتات الممدة للبيع^(١)، فانها تباع باعتبارها منقولات بحسب المال . اذن الارادة هي التي تجعل من العقار بطبيعته منقولا حكما وليس القانون .

ولا توجد قاعدة قانونية عامة تنظم المنقولات بحسب المال لا في القانون المدني العراقي ولا المصري ولا الفرنسي^(٢) ، وان كانت هناك نصوص متفرقة في القوانين المدنية ام في قوانين المرافعات تطبق هذه النظرية في حالات خاصة عامل فيها المشرع المقارات المدة للانفصال عن اصل بقائهما معاملة المنقولات^(٣) ، كالمادتين (١٣٧٣ ف ١ ، ١٣٧٤) مدني عراقي^(٤) ، والمادتين (١١٤٢ ف ١ ، ١١٤٣ ف ١) مدني مصري^(٥) ، والمادة

(١) انظر : الدكتور عيود عبد اللطيف البلداوي ، المصدر السابق ، ص ٢١ .
(٢) انظر : استاذنا محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٨ ف ٩ ، والدكتور غني حسون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٣١ ف ٢١ ، والدكتور السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢١ ف ٢٦ ، وحامد مصطفى ، الملكية واسبابها ، المصدر السابق ، ص ٢٢ ف ٢١ .

(٣) انظر : الدكتور غني حسون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٣١ ف ٢١ ، واستاذنا محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٨ ف ٩ .

(٤) تنص المادة (١٣٧٣ ف ١) من القانون المدني العراقي على انه : " المبالغ المنصرفة للبذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المتأخرة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في اعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها حق امتياز على المحصول الذي صرفت في انتاجه " . وتنص المادة (١٣٧٤ ف ١) مدني عراقي على انه : " اجرة المبانى والاراضي الزراعية لثلاث سنوات او لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للموَجو بمقتضى عقد الايجار ، لها جميعا حق امتياز على ما يكون موجودا في المين الموجهة مملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي " .

(٥) تنص المادة ١١٤٢ ف ١ من القانون المدني المصري على انه : " المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المتأخرة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في اعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها حق امتياز على المحصول الذي صرفت في انتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة " . وتنص المادة ١١٤٣ ف ١ مدني مصري على انه : " اجرة المبانى والاراضي الزراعية لسنتين او لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، وكل حق

(٢٤٨ ف ١١) من قانون المرافعات المدنية المراقى ، والمادة (٤٩٩) مرافعات
مصرى (١) .

" ويمكن ان يستخلص من هذه النصوص قاعدة عامة ، واعتبار هذه النصوص
مجرد تطبيق لها . وهذه القاعدة هي : حيث ينظر القانون (في حقوق الامتياز
وفي حجز المنقول) او المتماقدان (في بيع المحصول والثمار وخشب الاشجار
وانقاض البناء ومنتجات المناجم والمناجر) ، الى عقار بطبيعته على انه موشك
ان يؤول منقولا بحصده او هدمه او قطعه او اقتالعه ، ويجزى التعامل على اساس
ايولة المقار منقولا ، فان المقار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول ، ويكون
منقولا بحسب المال " (٢) . واعتبار مثل هذه المقارات منقولات حكما ذا اهمية
كبيرة حيث ان هذه الاموال تتجرد من قيود التسجيل الواردة على العقارات ،
وما يسهل التعامل بها فهي تخضع للقواعد التي تحكم المنقولات ، وعندئذ تجرى
احكام المنقول على هذه الاموال . ومنها ان ملكيتها تنتقل بمقد البيع او الهبة
دون حاجة لتسجيلها بدائرة التسجيل المقارى . واذا قام نزاع بشأنها ، فالمحكمة
المختصة هي ليست محكمة المقار ، وانما هي محكمة المدعى عليه ، وان اجراءات
الحجز المتبعة فيها هي الاجراءات التي تجرى على المنقول ، وليست تلك التي
تجرى لتنفيذ المقارى (٣) .

= آخر للموَجَر بمقتضى عقد الايجار ، يكون لها جسيما امتياز على ما يكون
موجودا بالمين الموجهة وملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول
زراعي " .

(١) تنص المادة (٢٤٨ ف ١١) من قانون المرافعات المدنية المراقى على
انه : " لا يجوز حجز او بيع الاموال المبينة فيما بعد ، لاقتضاء الديون
سواء كان الحجز احتياطيا او تنفيذيا : - ١ - جميع الاثمار والخضراوات
وجميع المحصولات الارضية قبل ان تكون لها قيمة مادية " . وتنص المادة
(٤٩٩) من قانون المرافعات المدنية المصرى على انه : " لا يجوز حجز
الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها باكثر من خمسة وخمسين
يوما ، والا كان الحجز باطلا " .

(٢) انظر : الدكتور السنهورى ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ .

(٣) انظر : الدكتور محمود عبد اللطيف البلداوى ، المصدر السابق ، ص ٢٢ .

ويشترط لاعتبار المنقول بحسب المآل ان يكون الانفصال عن الارض او الشجر امرا محتوما محقق الوقوع ، فالارادة وحدها لا تكفي لانخفاء صفة المنقول على المقسار ، بل يجب ان يقوم الواقع الى جانب الارادة وان يكون المقار ممددا بالفعل للانفصال عن الارض في مستقبل قريب وان يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال . وقد يستخلص من هذا المصير المحتوم من طبيعة الاشياء ، كما في المحصول والثمار ، فبهذه الاموال ليست معدة للبقاء في الارض ، بل هي لا شك ستفصل عنها وتصبح منقولا عند نضوجها .

ويشترط ايضا لاعتبار المنقول بحسب المآل ان يكون التعامل قد جرى لا على اساس حقيقة المقار في الحال بل على اساس ما يصير اليه في المآل ، فاذا باع صاحب المحصول او الثمار محصوله او ثماره ، لمشتري ، فكل منهما قد نظرت في هذا التعامل الى المحصول او الثمار لا على انه متصل بالارض او قائم على الشجر ، بل على انسيه قد تم حصده او قطفه فاصبح منقولا ، فهما يتبايeman في منقول لا في عقار (١) .

ويستثني قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ايضا الزوائد المتصلة بالمقسار ، ويعتبرها في حكم المنقولات الا في حالة وجودها اثناء وضع اليد عليها لاجل التنفيذ عليها ، فقد نص هذا القانون في المادة (١٠٥ ف ٣) على انه : " تدخل في المبيع الزوائد المتصلة بالمقار بعد وضع اليد عليه " . فمفهوم المخالفة لهذا النص هو ان الزوائد المتصلة بالمقار ، وهي تشمل الثمار وما في حكمها تعتبر منقولات بحسب المآل قبل وضع اليد ، فاذا رهن المالك مثلا المقار لا تدخل هذه الزوائد ضمن المال المرهون وله حق الانتفاع بها بجميع اوجه التصرف ، على عكس ما ذهب اليه القانون المدني العراقي في المادة (١٢٩٢ ف ١) " يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقارا " .

(١) انظر : الدكتور المنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٧٤ ف ٣٠ .

٣- المباني والمنشآت :

المباني والمنشآت بصورة عامة عقارات بطبيعتها وذلك لاندماجها في الارض، والاندماج كما ذكرنا سابقا هو الذي ينفذ على المال صفة المقار، فالارض هي ايضا مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت^(١) . فالمباني والمنشآت قبل تشييدها على الارض كانت عبارة عن مواد وادوات عنقولة ، لكن تشييدها واندماجها في الارض جعلها ثابتة ومستقرة ، وبالتالي فلا يمكن نقلها او تحويلها دون تلف ، اى الا اذا هدمت ، وكل مال يدخل تحت هذا الوصف يعتبر عقارا بطبيعته ، كالمساكن والمصانع والمكاتب والمخازن والسدود والجسور والقناطر ... الخ .

ولا يشترط بالتشيد ان يكون فوق سطح الارض ، فمن الممكن ان يكون فسي باطن الارض ، ومن ثم تكون المنشآت عقارات بطبيعتها ، مثل ذلك الانفاق والمجاري والآبار والانابيب المدفونة في باطن الارض . ولا يشترط ايضا في ذلك وحدة الملك وانما يجوز ان يكون الباني غير مالك الارض او العكس^(٢) ، ويجوز ايضا ان تكون المباني مشيدة بصورة مؤقتة ، فلا يشترط ان تكون مشيدة على سبيل الدوام ، ما دامت قد اندمجت بالارض . فاكشاك الحوانيت والاستحمام المتكونة من الخشب لا يمكن اعتبارها كذلك لانها لم تندمج في الارض ، ولم تكن مشيدة على سبيل القرار ، فاكشاك يمكن حلها ونقلها واقامتها في مكان آخر دون اى تلف يصيبها . ويضاف الى البناء والمنشآت الاموال المكتملة لها ، والتي لا يكون البناء كاملا بدونها ، بحيث تندمج فيه ولا يمكن فصلها عنه الا بالفك او الهدم او التلف^(٣) ، هذه الاموال تكون عقارا بطبيعتها حتى لو امكن فصلها عن المقار بدون تلف ، كالمهايك والاتصال لانها مكتملة للمقار . ويدخل في حكم هذه الاموال الميازيب والهالكونات والمصاعد

(١) انظر : الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٥ - ٢٦ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٩٠ / ص ٩٦٣ في ١٠ / ٦ / ١٩٦٣ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الاول ، ص ١٩ .

(٣) انظر : الدكتور السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .

والأحواش والمكيفات الهوائية والدوشات في أجهزة التواليت ، وما إلى ذلك .
فهذه الأموال عقارات لأنها تثبت في البناء على سبيل القرار ومكملت له .

وتذهب أيضا غالبية أهل الفقه إلى اعتبار الطواحين من قبيل المقسرات بطبيعتها ، إذا توافرت فيها شروط معينة وهي : أن تكون مثبتة على دعائم أولا ،
وان تكون جزءا من البناء بحيث لا يمكن فصلها عن الأرض إلا بفك أجزائها الرئيسية
ثانيا ، فبأندماجها على هذا النحو تكون عقارات بطبيعتها (١) .

في الحقيقة ان اعتبار الطواحين او الأموال المكمل للمقار التي ذكرناها
سابقا عقارات بطبيعتها محل نظر لان القانون المدني العراقي عرف المقار بنسب
مطلق ، بانه كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف يعتبر
عقارا بطبيعته ، وهذا المعيار غير متوفر في الأموال المكمل للمقار والطواحين ايضا ،
هذا اذا اخذنا بظاهر النص ، ولكن يمكن الاخذ بروح النصوص والتقييد بالالفاظ
والمباني ، ومعيار التلف ليس بمعيار قلمي يمكن الركون اليه لتحديد كون هذا
المال عقارا بطبيعته ام لا (٢) .

اما القضاء العراقي فقد استند في احكامه الى معايير مختلفة لتحديد كون
هذا المال عقارا بطبيعته ام عقارا بالتخصيص ام نقولا ، فقد ذهبت محكمة التمييز
الى انه : " بالتدقيق والمداولة في الموضوع اتضح ان المحكمة ردت الدعوى بداعي
انها تتعلق بمال غير منقول وما لم يسجل في الطابو فالتقيد الواقع عليه يعتبر باطلا
ولا يحتاج الى الحكم بفسخه دون ان تلاحظ ان المقد حاصل تبادل تم الاتفاق
بين المتداعين على تعيين من تواجها الوارد ذكرها في السند المبرز ولما كان
المقد الواقع على الخراس وما يتيمه يعتبر صحيحا بحكم المادة ٦٤ من قانون

(١) انظر : زهدى يكن ، المصدر السابق ، ص ٤٨ ، وقد نص المشرع الفرنسي
صراحة في المادة (٥١٩) من القانون المدني على اعتبار الطواحين مسن
قبيل المقار بطبيعتها ، بشرط ان تكون مثبتة بدعائم فسي الأرض ، وان
تكون جزءا من البناء ، اما المشرع العراقي فلم يشر الى ذلك .

(٢) انظر الدكتور المنهوي ، حقيق الملكية ، المصدر السابق ،

اصول المحاكمات الحقيقية ولم يكن من قبيل الاموال غير المنقول والممنوع بيعها قانونا والتي لا يفيد الحكم قبل تسجيل العقود الواقعة عليها في دائرة الدائري . . . (١) .
 وقد ذهبت محكمة التمييز ايضا الى انه : اذا كانت الارض غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري فيعتبر البناء المشيد عليها بحكم المنقول (٢) . وفي قرار آخر ذهبت هذه المحكمة الى ان المحدثات المنشأة على ارض اميرية تعتبر من المنقولات (٣) .
 ورد في القرار ان البناء او المنشآت التي تشيد على الارض الاميرية غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري تأخذ حكم المنقول ، وهذا يؤثر للنظام ، افلا ينبغي القول بذلك انه يمكن كسب المقار استنادا الى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ؟ في اعتقادنا لا يمكن ان تأخذ المنشآت في مثل هذه الحالة حكم المنقول على الرغم من اقامتها على ارض غير مسجلة في الدائرة المذكورة متى ما انطبق عليها صيغ التمييز بينها وبين المنقول ، حيث ان نقلها وتحويلها يؤدي الى تلفها وغياب الفائدة المستفادة من نقلها وتحويلها . ناهيك عن ان المقار عندما يكون غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري تطبق بشأنه احكام التناقص المكسب ، ولا يمكن بأي حال ان يأخذ حكم المنقول . كما قضت بانفسه :
 " وحيث ان الذي تراه هذه المحكمة هو ان المنشآت المشيدة على ارض اميرية عرفة تعتبر منقولا فيتم البيع الواقع عليها بمجرد تراخي الطرفين وتنقسل

-
- (١) قرار رقم ١٢/١٩٤٥ و ١٠ تموز ١٩٤٥ ، مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، تشرين الاول ، ١٩٤٥ ، ص ٣٥٣ - ٣٥٤ ، وانظر : القرار المرقم ١٢/ب/١٩٤٥ والمؤرخ ٩ تشرين الاول ١٩٤٥ ، مجلة القضاء ، العددان الرابع والخامس ، كانون الاول ١٩٤٥ ، ص ٥٤١ - ٥٤٢ .
 (٢) قرار رقم ٤١٧ / مدنية ثالثة / ١٩٧٦ بتاريخ ٢٨/٣/١٩٧٦ ، مجموعة الاحكام المدنية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الاول ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص ٦٨ .
 (٣) انظر القرار المرقم ٧٥٣ و ١٢٩٧ / مدنية ثالثة / ١٩٧٤ والمؤرخ ١٩/٨/١٩٧٤ ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، المنسقة الخامسة ، بدون سنة طبع ، ص ٧٧ .

ملكية البيع الى المشتري لمجرد ارتباط الايجاب بالقبول (١) ، كما ذهبت هذه المحكمة الى انه : " وحيث ان المنشآت التي تقام على ارض الغير لا تتصف بالاستقرار الدائم فتعتبر من الاموال المنقولة التي يجوز التصرف بها وبيعها بحقد خارجي والتعاقد عليها يعتبر بانها رغم عدم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري لذا فلا ينطبق عليها حكم المادة ٦٢ من القانون المدني " (٢) .

(١) انظر : القرار المرقم ٨٤٠ / مدنية اولى / ١٩٧٨ / والمؤرخ ١٩ / ١١ / ١٩٧٩ ،
مجوعة الاحكام المدنية ، العدد الرابع ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ ، ص ٣٤ ؛
وانظر : القرار المرقم ١٣٥٩ / مدنية ثانية / ١٩٧٧ / والمؤرخ ١٨ / ٨ / ١٩٧٨ ،
مجوعة الاحكام المدنية ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ،
ص ٣٧ ، والذي جاء فيه : البناء المشيد على ارض اميرية صرفة يعتبر منقولاً .
(٢) انظر : القرار المرقم ٢٠٣ / مدنية ثالثة عقار / ١٩٧٣ / والمؤرخ ٨ / ٨ / ١٩٧٣ ،
النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ص ١٦٩ ، وانظر :
القرار المرقم ٥٠٢ / مدنية اولى / ١٩٧٥ / والمؤرخ ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ ،
مجوعة الاحكام المدنية العدد الرابع ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص ٢٥ ، والذي
جاء فيه : ان فك المصمل الذي كان موجودا في العقار المستملك ونصبه
في مكان آخر ، ولا يصيب مكانه من تلف اثناء النقل والفك ، والارباح التي
قاتت او ستقوت على صاحب المصمل من جراء توقف المصمل عن الانتاج ،
واجور العمال التي يدفعها خلال تلك الفترة ، وقيمة التأسيسات المائية
والكهربائية ، كلها لا يستحق صاحب المصمل التحويل عنها لكونها ليست
عقارا ولا حقا عينيا متملقا بمقار) ، وانظر ايضا القرار المرقم ٥٧ / مدنية
ثالثة عقار / ١٩٧٢ / والمؤرخ ١٣ / ٣ / ١٩٧٢ ، النشرة القضائية ، العدد
الاول ، السنة الثالثة كانون الاول ١٩٧٣ ، ص ٨٩ ، والذي جاء فيه :
يعتبر البناء المحدث في ارض اميرية صرفة تجاوزا ، بحكم المنقول لانه ليس
له مستقر ثابت اذ هو قابل للقلع من قبل وزارة المالية متى شاءت لذا فان
البيع والتصرفات التي تجرى عليها خارج دائنة الدايو تعتبر صحيحة ؛
وذهبت هذه المحكمة في قرارها المرقم ١٢ / مدنية ثانية / ١٩٧٤ / والمؤرخ
٢٣ / ٥ / ١٩٧٤ المنشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة
الخامسة ، ص ١٢٤ ، الى انه : المنشآت المقامة على ارض الغير تعتبر
منقولة يصح التصرف بها بنفس الطريقة التي يتم بها التصرف بالمنقول ،
وفي قرار آخر برقم ٤١٧ / مدنية ثالثة / ١٩٧٦ وتاريخ ٢٨ / ٣ / ١٩٧٦
منشور في مجوعة الاحكام المدنية ، العدد الاول ، السنة السادسة ،
١٩٧٦ ، ص ٦٨ ، ذهبت الى انه : " ولما كانت القدعة المذكورة
غير مسجلة في السجل العقاري فان البناء المشيد على هذه الارض يعتبر
بحكم المنقول " .

ثانيا : المقار بالتخصيص (المقار المصري)

نرى المشرع العراقي في المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي عكس المقار بالتخصيص حيث عرفه " يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضمه مالكه في عقار مملوك له . رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله " (١) .

فالمقارات بالتخصيص " هي اموال منقولة ، ولكن مالکها اراد ان يلحقها بشيء ثابت اي بعقار ، ويخصصها لخدمته ، فاعتبرت عقارا بطريق التبعية لشيء ثابت بطبيعته . واعتبرت عقارا حكما لا حقيقة ، اي ان ثباتها امر مستمد من القانون وليس من طبيعتها وواقفها . وسمى هذا النوع من المقار المصري او الاقتراضي ايضا . " (٢)

ان فكرة التخصيص اشبه بالحيلة القانونية (٣) ، وذلك توصل الى شمول بعض المنقولات باحكام المقارات لان هذه المنقولات ضرورية لاستغلال وخدمة العقار ، وتسهيلا لذلك افترض عقارا حكما . فالفائدة المتوخاة من وضع هذه القاعدة هي تجنب الانحرار التي تنتج من بقاء المنقول منقولا حسب طبيعته ، لانه لو بقي المنقول ، الذي رصد لخدمة المقار ، منقولا لتمثرت عملية استغلال المقار والانتفاع به ، لان المنقول اشبه بدقيق الرمل الذي يوضع في كف اليد حيث يتسرب من بين انامل يديك على الرغم من احتياكك لقدم سقوط اي ذرة من الرمل ، وذلك لكون المنقول سريع التداول والانتقال وبالتالي تنتفي صفة الاستقرار ، وعلاجا لذلك افترض عقارا حكما .

(١) كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٨٢) من القانون المدني المصري بقولها " ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضمه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا المقار واستغلاله " . اما المادة (٥٢٤) من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على ان " الاشياء التي يضمها مالك المقار في عقاره لخدمة هذا المقار واستغلاله ، تكون عقارا بالتخصيص " .

(٢) انظر : الدكتور عهود البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الاعلى ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ١٩٧٥ ، ص ١٣ .

(٣) انظر : زهدى يكن ، المصدر السابق ، ص ٥٨ .

وننقد جانب من الفقه فكرة العقار بالتخصيص لانها مبنية على الاقتسار على القانوني ، وهذا الى امكان استبدال فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية (١) ، الى بقاء المنقول على طبيعته ويعتبر تابعا للعقار الذي رصد المنقول لخدمته او لاستغلاله ، ولا يجوز الفصل بينهما ما داما مملوكين لمالك واحد الا بإرادة هذا المالك (٢) . وعلى هذا يحتفظ المنقول بطبيعته . ويرتب انصار هذه الفكرة نفسا لاثار المترتبة على فكرة العقار بالتخصيص ، فالخلاف اذن نظري لا عملي ، اما من الناحية العملية فالاثار القانونية متشابهة .

ومن تطبيقات المقارنات بالتخصيص (٣) في الاستثمار الزراعي تعتبر عقارات بالتخصيص مضافات المياه لارواء الارض الزراعية ، وخلايا النحل ، والسداد ، وفي الاستغلال الصناعي تعتبر عقارات بالتخصيص ، ادوات النجارة مثلا ، وشاحنات نقل المواد الأولية ، وسيارات نقل العمال .

وبالنسبة للاستغلال التجاري ، تعتبر عقارات بالتخصيص سيارات الشحن التي تنقل البضائع الى العملاء . وهناك امثلة كثيرة اخرى كالاثاث الموجودة في الفنادق لخدمة النزلاء ، والمنقولات الموجودة في المستشفيات والمدارس .

شروط العقار بالتخصيص

يتبين من المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي ان شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص هي : (٤)
الشرط الاول - ان يكون المال الاعلى عقارا بطبيعته ، وقد تكلمنا عن المقارنات بطبيعته تفصيلا في المطلب الاول .

-
- (١) انظر : زهدى يكن ، المصدر السابق ، ص ٥٩ .
(٢) انظر : الدكتور المنهجي ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٦١ .
(٣) انظر : مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .
(٤) انظر : مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .

الشرط الثاني - ان يرصد المنقول لخدمة المقار او لاستغلاله ، اى يجب ان يخص

المنقول لخدمة المقار لا لخدمة شخص المالك .

الشرط الثالث - وحدة الملك ، اى ان يكون مالك المقار ومالك المنقول السندى

رصد لخدمة المقار او لاستغلاله واحدا ، فلا يعتبر عقارا بالتخصيص

المنقول المملوك للمستأجر (١) الذى يخصه لخدمة المقار او لاستغلاله ،

وكذلك المنقولات التى يخصها صاحب حق الانتفاع او صاحب حق

الاستغلال ، اما صاحب حق التصرف فى الاراضى الاميرية (٢) ، وان لم

اجد نصا يشير الى ذلك فانا ارى ان المنقولات المملوكة لصاحب حق

التصرف ، والتى يخصها صاحب حق التصرف لخدمة او لاستغلال

الاراضى الاميرية تعتبر عقارات بالتخصيص (٣) .

الشرط الرابع - ان يكون وضع المنقول لخدمة المقار او استغلاله ، بمعرفة المالك

نفسه ، ويمكن ان يكون بمعرفة النائب القانوني .

(١) انظر : استاذنا الدكتور سعيد عبدالكريم مبارك ، المصدر المسمى ،

ص ١١ ، الدكتور محمد عبداللطيف البلداوى ، المصدر السابق ، ص ١٤ ،

استاذنا محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، المصدر السابق ،

ص ١٦ ف ٧ .

(٢) قررت محكمة التمييز : ان البناء المنشأ على ارض اميرية تجاوزا يعتبر بحكم

المنقول ولا يحد عقارا بالتخصيص . رقم القرار ٦٣ / حقوقية / ثلاثة / ١٩٧٠

بتاريخ ١٤ / ١ / ١٩٧٠ (النشرة القضائية ، العدد الاول ، المنة

الاولى ، ص ٩٣ .

(٣) ان علة عدم اعتبار المنقولات التى يخصها مالكا (المستأجر او المنتفع

او صاحب حق الاستغلال) للمقار بطبيعته ، عقارات بالتخصيص ، هي

ان يامان هو لاء في اى وقت ازالة هذه الصفة والتالى يمتل الانتفاع من

المقار بطبيعته . اما صاحب حق التصرف فيعتبر بمثابة المالك للاراضى

الاميرية فالعلة من التخصيص متوفرة ، والتالى يمكن اعتبار المنقولات التى

يخصها صاحب هذا الحق لخدمة المقار او لاستغلاله

عقارات بالتخصيص .

النتائج المترتبة على اعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص (١) :-

١- من حيث الحجز : لا يحجز على المقار بالتخصيص ولا يباع تنفيذاً بشكسل مستقل عن المقار الاصلي ، وانما يباع ويحجز تبعا للمقار الملحق بسببه ، وتسرى عليه اجراءات الحجز العقاري (٢) . فقد نصت المادة (١٦٦٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ على انه : " لا يجوز حجز او بيع الاسواق المبينة ادناه لقاء الدين ، " المقار بالتخصيص الا تبعا للمقار السبذي خصص له " .

٢- من حيث البيع والوصية والهبة : يمدد المقار بالتخصيص من توابع المقار الملحق به (المقار بطبيعته) فانه يدخل في بيعه وهبته وفي اى تصرف آخر تبعا لهذا المقار من غير ذكر (م ٥٣٧ مدني عراقي و ٤٣٢ مدني مصري) (٣) .

٣- من حيث الرهن : اذا رهن المقار الاصلي رهنا حيازا او تأمينا ، يدخل المقار بالتخصيص حكما ، دون حاجة الى النص في عقد الرهن ، الا اذا اتفق على خلاف ذلك . فقد نصت المادة (١٢٩٢) من القانون المدني العراقي على انه " ١- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المتمثلة عقارا . ٢- ويشمل بوجه خاص ، الاشجار والابنية التي تكون قائمة وقت الرهن على المقار المرهون ، او تستحدث بعده ، وحقوق الارغواق ، والمقار بطريق التخصيص ، وجميع التحسينات والانشاءات التي اجريت في

(١) انظر : الدكتور عهود عبداللطيف البلداوي ، المصدر السابق ، ص ١٦ ، الدكتور المنهوي ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٥٢ ف ٢١ ، استاذنا الدكتور سعيد عبدالكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص ١٢ .
(٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٨ ف ١٨ ، استاذنا سعيد عبدالكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص ١٢ ، الدكتور عهود البلداوي ، المصدر السابق ، ص ١٢ .
(٣) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٢٩ ف ١٨ .

المقار المرهون • " ونفسر المعنى أيضا في باب الرهن الحيازى تحت المادة (١٣٣٠) من القانون المدني العراقي •

٤- من حيث الاستعمال : الاستعمال لا يرد الا على المقارات وحقوق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة والحقوق المبنية الاعلى الاخرى المتعلقة بالمقار (١) ، دون المنقولات • فالدولة لها سلطة تقديرية في استعمال المقارات بالتخصيص ، حسب طبيعة المقار المستعمل ، فاذا كان مخصصا لامتلاك الادوات والسيارات التابعة للمنصع والمخصصة لخدمته ، امسا اذا كان المقار المستعمل ، ارضا زراعية ، استعملت لغرض شق شارع مثلا ، او بناء دائرة حكومية ، فليس من مصلحة الادارة استعمال ماكنة الحراثة المخصصة لخدمة الارض الزراعية •

اما بالنسبة لزوال صفة المقار بالتخصيص عن المنقولات المندة لخدمة المقار او لاستثماره ، فتزول صفة التخصيص بحدّة طرق • فقد تزول بسبب مصادى يعود الى فعل المالك (٢) او لسبب اجنبي ، كهلاك المقار بالتخصيص او المقار الاصلي ذاته ، كأن يكون مصنعا واحترق • اما الفعل المادى الذى يعود الى المالك فهو لاستخدام هذه المنقولات لغراضه الشخصية بصورة مستمرة ودائمة • وقد تزول صفة التخصيص عن المنقول لسبب قانوني كأن يبيع المالك المنقولات مستقلة عن المقار ، او بالمكس (٣) • ويجوز ان يكون الزوال بسبب حيازة الشسير للمنقولات المخصصة لخدمة المقار واستغلاله ، بحسن نية تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، كأن يبيع المستأجر هذه المنقولات الى الغير ، وكما ان الغير حسن النية بحيث لا يعلم بأن هذه المنقولات غير مملوكة للمستأجر ذاته •

(١) المادة ٢ من قانون الاستعمال رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ •
(٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٣٠ ف ٢٠ •
(٣) انظر : الدكتور السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٥٨ ف ٢٣ •

وهناك من يذهب الى القول بأنه اذا باع المالك المنقولات الى المستأجر ، بقيت هذه المنقولات مخصصة لخدمة المقار او لاستغلاله ، فلا تزول صفة التخصيص عن هذه المنقولات وذلك لان المظهر الخارجي يدل على ان نية المالك بفصل هذه المنقولات عن المقار منعدمة (١) .

يتبين مما تقدم ان فكرة المقار بالتخصيص ، اى اخفاء صفة المقار على منقول بطبيعته عن طريق الافتراض القانوني ، فكرة قلقة غير مستقرة . فالمنقول يصير عقارا بالتخصيص ثم يعود منقولا ثم يصبح عقارا بالتخصيص في ظروف شتى ، وهكذا تثبت هذه الصفة ثم تزول ثم تعود ، وتضيق بين ثبوتها وزوالها وعودتها فكرة المقار ، وهي فكرة تقييد الثبات والاستقرار (٢) .

هذا هو مفهوم المقار بالتخصيص الذي يعتبر مع المقار بطبيعته محلا لمقد بيع العقار .

وعليه متى توفرت الشروط السالفة البيان في المال واعتبر عقارا ، بطبيعته او بالتخصيص ، صح اعتبار هذا المال محلا لمقد بيع المقار . وبالمعكوسية تخلفت المستلزمات المشار اليها آنفا ، وتبين انه لا وجود للمحل وقت إبرام الاتفاق على بيع المقار ، اعتبر المقد باطلا .

ولكن قد يثار السؤال حول جواز إبرام عقد بيع لمقار يمكن الوجود مستقبلا . ترى هل يصح هذا المقد ام لا ؟

تنص المادة (٥١٤) في فقرتها الثانية بأنه : " يصح بيع الاشياء والحقوق المستقبلية اذا كانت محددة تحديدا يمنع الجهالة والغرر " . هذه هي القاعدة العامة في القانون المدني .

ولكن يبدو من نصوص المواد (٢٥ ، ٢٦ ، ٧٣) من قانون التسجيل العقاري ، بان تطبيق هذه القاعدة العامة المشار اليها ، يبدو امرا غير مقبول

(١) انظر : زندي يكن ، المصدر السابق ، ص ٧٤ .

(٢) انظر : الدكتور السنهوري ، حق الملكية ، المصدر السابق ، ص ٦٠ ف ٢٣ .

في الفقه (١) ، حيث تفيد هذه النصوص بما لا يقبل الشك عدم جواز بيع مسج
المقار المستقبلة (٢) .

في الخلاصة ، يمكن القول اذن بأن عقد بيع المقار يستلزم وجود المقار
ذاته حال الاتفاق في نحو المعلومات التي سبق بيانها .

- (١) انظر : استاذنا المرحوم محمد طه البشير واستاذنا الدكتور غني حسون
طه ، الحقوق المدنية الاعلية والتبعية ، المصدر السابق ، ص ٣٨٨ .
- (٢) تنص المادة (٢٥) من قانون التسجيل المقارى بانه : " يستند فسي
تسجيل المقار الى الخرائط الاتية : ١- الخارطة العامة للمنظمة
لاغراض التحرير التمهيدي او المسح العمومي . ٢- خارطة التهيئة
(الكادسترو) . ٣- خارطة المقار المنظمة من دائرة التسجيل
المقارى بصورة مطابقة لسجله والمستندة الى كشف اصولي " . وتنص
المادة (٢٦) من نفس القانون بانه : " ١- تعتبر كل من خارطة
المقار والتسمية جزءاً متما للسجل المقارى . ٢- لا يمتد بالخارطة
المادة ما لم تطبق موقمياً بموجب كشف اصولي يمين شكل وساحة وحدود
المقارات الداخلة فيها " . وتنص المادة (٢٣) من القانون بانسه :
" ١- يجب ان يكون السجل المقارى محتوياً على الاوصاف القائمة للمقار
والحقوق المترتبة له او عليه وعلى جميع المساهم او الحصص المسجلة مسس
المقار سواء تعلق التسجيل بمسهم المقار ام بجزء مشاع منه . ٢- تدوين
المساهم او الحصص التي لم يكتسب تسجيلها شكله النهائي في حقل خاص
من السجل ، وينقل هذا السجل تديلاً الى سجل آخر يشمل عم المقار
عند البت قانوناً في ذلك التسجيل " . عدلت هذه المادة بقانون التعديل
الثاني لقانون التسجيل المقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ بالقانون رقم
٣١ لسنة ١٩٨٢ والمنصور بالوقائع العراقية العدد ٢٨٢٦ في ٢٢ آذار
١٩٨٢ السنة الرابعة والمشرور ، رقم القرار ٣١٥ وتاريخه ٢٨/٢/١٩٨٢
وهذا التعديل يحمل نفس المعنى المراد من نص المادة (٢٣) بشأن
وجود المقار محل العقد عند التعاقد .

المطلب الثاني ان يكون المقار مميّنا او قابلا للتميين

تقضي القواعد العامة بضرورة تعيين محل المقد تميّنا نافيا للجهالة الفاحشة ولا وقع المقد باطلا ، وهذا الخصوص قضت المادة (١٢٨) من القانون المدني بأنه : " ١- يلزم ان يكون محل الالتزام مميّنا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تميّنه بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقست المقد او بيان الإصاف المميزة له ٢- على انه يكفي ان يكون المحل معلوما عند الماقدين ولا حاجة لوعفه وتصرفه بوجه آخر ٣- فإذا كان المحل لم يمين على النحو المتقدم فالمقد باطل " .

فهذه المادة تؤكد بما لا يقبل الشك على ان يكون المقار المبيع (محلل المقد) مميّنا تميّنا كافيا يمنع الجهالة الفاحشة . والمقار يمين من حيث طبيعته ومن حيث موقعه . فمن حيث الطبيعة يحدد ما اذا كان المقار ارضا زراعية ام ارضا محددة للبناء ام منزلا ام حديقة ام مضمنا ، ويبين كذلك ما اذا كان البيع واقما على الملكية التامة ام على ملكية الرقبة ام على حق النفقة . امسا من حيث موقعه فتعيّن مساحته وحدوده والجهة الواقع بها المقار والملاصقات المميزة له عن غيره . ففي الاراضي الزراعية يجب ذكر رقم القطعة والحدود واسم المحافظة والقضاء والناحية التي تقع فيها الاراضي الزراعية ، اما في المباني فيذكر رقم البني والشايج والمدينة (١) .

اذن تعيين المقار المبيع (محل البيع) يتم بذكر مساحته وحدوده وتسلمه وموقعه بالاضافة الى الكشف عليه ، وتقديم خارطة المقار (خارطة المساحة الظاهر) فالمقار يكون مميّنا استنادا الى السند والبطاقة ، والاشارة العامة والخارطة . فالسند ، وهو وثيقة صادرة بموجب السجل العقاري بعد اكتساب التسجيل شكله النهائي ، بالمصادقة عليه من قبل هيئات التدقيق بمقتضى

(١) انظر : استاذنا المرحوم محمد طه البشير واستاذنا الدكتور فني حمون طه ، الحقوق المدنية الاعلية ، المصدر السابق ، ف ٥١ ، ص ٣٨٤ .

احكام القانون (١) .

فالسند سواء كان مضمورا او مكتوبا يجب ان يكون مطابقا للسجل المقارن .
ويجب ان تصادق على مطابقته للسجل بمئة التدقيق ومدير التدقيق او من يخولسه
لضمان صحتها من شائبة التزوير والتصحيح (٢) .

اما الاثبات العامة . فهي مجموعة الوثائق والمعاملات المختصة بتفسير
بمين التي تحتوي على جميع الحقوق المتعلقة بالمقار . ان الاثبات العامة قيمة
قانونية في تعيينه تعيينا كافيا . لانها تحتوي على مجموعة من الوثائق والمستندات
المتعلقة بالتصرّات المقاربة اعتبارا من القيد الاول الى آخر تصرف جرى على
المقار . ان المعلومات المثبتة في السجل المقار تستند الى المستندات
والوثائق الموجودة في الاثبات العامة . وانها اي الاثبات تعتبر بمثابة للسجل
المقار وجزء منه في الحكم والاثار (٣) .

اما البطاقة . فيدون فيها الاوصاف الثابتة للمقار والمعاملات المسجلة
عليه وروائع التسجيل .

اما الخارطة . فهي مرسم هندسي يبين فيه شكل المقار وساحته
وحدوده وواقعه . فالخارطة بما هي الا مرجع ثقة لتحديد الموقع والشكل الهندسي
للمقار . وساحته . والمعلومات المدرجة في السجل المقار والمتعلقة بالحدود
والمساحة والمواقع . كل هذا يستند الى خارطة المقار (خارطة الطابعية) .

(١) انظر : المادة (١٣٣) من قانون التسجيل المقار رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

(٢) انظر : المادة (١٠) من قانون التسجيل المقار رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

(٣) انظر : المادة (٢٣) من قانون التسجيل المقار رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

والتي تنص بانه : " ١- تخصص بطاقة لكل عقار اعطي له رقم خاص

(تسلسل) في سجل الاسماء ورقم قطعة من المقاطعة بموجب اعمال

التسوية . ويحدد شكل البطاقة بتعليمات يصدرها المدير العام .

٢- تدون في البطاقة الاوصاف الثابتة للمقار والمعاملات المسجلة عليه

وروائع التسجيل . ٣- تحفظ المعاملات التي يتم تسجيلها مع وثائق

التسجيل المستندة اليها بتسلسل سنوي في الجداول التي يحددها

وطريقة حفظها بتعليمات يصدرها المدير العام . ٤- تحفظ الطلبات

والمخابرات المتعلقة بالمقارات من غير المعاملات المشار اليها في الفقرة

(٣) من هذه المادة في الاثبات العامة للمخبرات . "

وخارطة المقارما هي الا جزأ مما للسجل المقارى (١) .

ان التسجيل المقارى في المراق يستند الى كل من السجل المقارى الذى يتم فيه تسجيل التصرف المقارى ، وانخبة المقار التي تحفظ فيها مستندات التصرف المقارى ، ويؤمر فيها عدد التسجيل لتكون دليلا لمعرفة السجل المختص بذلك المقار ، حيث تقم دائرة التسجيل المقارى بفتح انخبة خاصة لكل وحدة عقارية اعطي لها رقم خاص ، اى رقم التسلسل في السجل الاساسى الذى ينظم عدد اجراء التحرير التمهيدى او عدد تجزئة المقار الواحد الى عدة عقارات بنتيجة القسمة او الانفraz . والارقام التي تخصر للوحدات المقارية عدد اجراء التحرير التمهيدى تكون ارقاما صحيحة اما الارقام التي تخصر للوحدات المقارية المفردة فتكون ارقاما كسرية .

وفي كل الحالات ينبغي فتح انخبة خاصة لكل وحدة عقارية مستقلة سواء تخصر لها رقم صحيح او رقم كسرى تحفظ في هذه الانخبة كافة المستندات والوثائق والمعاملات المتعلقة بالوحدة المقارية .

وكما رأينا ان التسجيل المقارى في المراق ، المستند الى المقار كوحدة اساسية في التسجيل ، يعتمد في تعيين هذا المقار تعيينا ثانيا للجهة الفاحشة الى اسراربعة هي :

١- السجل المقارى .

٢- بطاقة المقار .

٣- الانخبة العامة .

٤- خارطة المقار (خارطة الطابو)

والخارطة التي يستند اليها في تعيين المقار وتسجيله هي الخارطة العامة المنظمة لانغراض التحرير التمهيدى او المسح المموي .

(١) انظر المادة (٢٦) من قانون التسجيل المقارى ، والتي تنص بانفسه :

" ١- تعتبر كل من خارطة المقار والتسوية جزأ مما للسجل المقارى .

٢- لا يستند بالخارطة العامة ما لم تطبق موقعا بموجب كشف اصولي يمين شكل ومساحة وحدود المقارات الداخلة فيها " .

ان اول عمل تقوم به دائرة التسجيل العقاري عند فتحها في مكان ما هو القيام باجراء التحرير التمهيدى للمقاررات الواقعة ضمن حدود البلدية لذلك المكان (١) . والخارطة تعتبر جزءا شاملا من السجل العقارى لانها تنظم وتسق اجراءات خاصة والاستناد الى كشف اصولي يجرى بموجبه التحقيق عن شكل المقار حسب اوصافه المبينة في السجل العقارى . ولذلك تعتبر متممة للاوصاف المبينة في السجل وتابعه له في الحكم . وحيث ان اجراءات تنظيم الخارطة بهذا الشكل هي من اختصاص رواجيات دوائر التسجيل العقارى حسب احكام القانون فـلا مجال للاعتداد على الخرائط المنظمة من جهات اخرى والاستناد اليها فـي تنظيم خارطة المقار . دون مراعاة للشروط التي عينها القانون للتأكد من تنظيم الخارطة طبقا للاوصاف المبينة في السجل العقارى . وان هذا الشرط لا يتحقق الا بتطبيق الخارطة موقفا على المقار بموجب كشف اصولي يجرى بموجبه التحقق من شكل المقار المبينة اوصافه وحدوده وساحته وطائفة في السجل (٢) .

- (١) انظر : المادة (١٤) من قانون التسجيل العقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ هـ والتي نصت بانه : " سجلات الاساس هي التي دامت او تنظم استنادا الى تحقیقات معلية بصورة يبدئية بشأن عائدة الحقوق المبنية الاعلى للمقاررات التي لم يسبق تسجيلها وتتكون من السجلات الاتية :-
- ١- سجل التحرير التمهيدى (سجل الاساس) هو السجل الذى ينظم عند اجراء التحرير التمهيدى فيها يختص بمنطقة اعمال كل دائرة تسجيل عقارى ويجرى تنظيمه على اساس فتح سجل خاص لكل محله تمطص للمقاررات الكائنة فيها ارقام متسلسلة (تسلسل المقار) مع تمييز اوصافها ووضعها وقت قيدها في السجل .
 - ٢- سجل التفقيش (يوقلمة تحقق او يوقلمة اساس) - هو سجل التحرير التمهيدى القديم المناسم في السند المشانئ الذى سجلت فيه المقاررات وطائفتها ضمن مناطق معينة لم يسبق تسجيلها تمهيدا لاعطاء سندات خاصة لكل عقار واقع ضمنها .
 - ٣- سجل اليوقلمة تحصيل - هو السجل القديم المنظم في السند المشانئ المنقول من سجل التفقيش (يوقلمة تحقق او يوقلمة اساس) يمدد ونسخ الرسم القانونى عنها والذى استند اليه في اصدار سندات اليوقلمة تحصيل .
- (٢) انظر : عبدالمزى حماني ، التصرف العقارى ، محاضرات مطبوعة بالرونيو ، ص ١٢ - ١٣ .

فالمعينة والكشف من أهم الأدلة في المسائل المادية • وقد تكون في بعض الحالات الدليل القاطع الذي لا يخفى عنه دليل موات • فبالنسبة للتصرفات المتعارية من المتذر الحصول على المعلومات التي تعرق قانون التسجيل العقاري على تثبيتها في السجل كالأوصاف القائمة للمقار • والحقوق المترتبة له أو عليه وتقدر قيمته الحقيقية وتنظيم الخارطة به • أن لم تكن له خارطة صحيحة بمجرد فحص السجل والاشارة • أو بملاحظة الخارطة العامة في دائرة التسجيل العقاري • لأن أوصاف المقار تشير من وقت لاخر بسبب تشييد البناء • أو غرس الأشجار • أو إجراء التمديلات في المنشآت المسجلة في دائرة التسجيل العقاري كما أن اقياس المقار في الأخرى تتغير عنها للحصول تخمينات في المقار • أو تعديل في استعمالها أو بسبب أعمال المنفعة العامة أو تهمل للحالة الاقتصادية الناشئة في البلد •

أن تنظيم الخارطة للمقار لا يتم إلا بالاستناد إلى مسح موقعي لقياس ابتدءه وانقضاءه • ويمكن الحصول على هذه المعلومات بصورة دقيقة وحقيقية إذا ما انتقلت هيئة خاصة من دائرة التسجيل العقاري إلى موقع المقار وشاهدت بنفسها أوصافه القائمة • والتضارعات الطارئة عليه • ولاحظت درجة عمرانه • ووقفه بالنسبة للبيمار البارزة في المنطقة • وبواسطة التحقيق والتدقيق المحلي وحده • يمكن تعيين المقار محل المقعد تعييناً نوعياً للجبال • وصرفه أوصافه الثابتة الكاملة وقت الكشف • واستناداً إلى ذلك يمكن تنظيم خارطة صحيحة للمقار والحصول على ما هو المطلوب تثبيته في السجل العقاري بصورة حقيقية •

فالوحدة المتعارية يجب أن يكون لها تسلسل واحد من دفتر الاسماء ورقم قطعة من مقاطعة معينة باعتباره عقاراً مستقلاً • ويستقر بحيزه • له أمارات يثبت في الأرض وفي موقع معين بحيث يمكن تحديده وتعيينه وتثيقه عن وحدة عقارية أخرى (١) •

(١) انظر : المواد (٧٩ • ٨٠ • ٨١) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ •

فالوحدة المقارنة هي التي يمكن تسجيلها في السجل العقاري على أنها وحدة مستقلة مخصص لها رقم تسلسل أو رقم قطعة مستقل . أما العقار الذي لا يمكن تسجيله في السجل العقاري بهذا الأسلوب ، فلا يعتبر وحدة عقارية بمفهوم التسجيل وإن اعتبر كذلك بالمفهوم القانوني ، فالنخيل عقار بطبيعته بسبب اتصاله بالأرض (م ٦٢ مدني) فإذا زال اتصاله بالأرض زالت عنه صفة العقار (١) .

وبناءً على ما تقدم يمكن حصر الأوصاف الثابتة للعقار والتي يمكن عن طريقها تمييزه تمييزاً كافياً ناغياً للجهالة الفاحشة بما يلي (٢) :

- ١- موقع العقار ، المكان الذي يستقر فيه (المحلة أو المنطقة أو المقاطعة) .
- ٢- التسلسل أو رقم القطعة والمقاطعة ، وهو الرقم المخصص له والمثبت في السجل العقاري لتمييزه عن غيره من الوحدات المقارنة .
- ٣- الحدود ، الحاجز الذي يفصله عن عقار آخر .
- ٤- الصنف ، نوع العقار وهل هو وقف أم ملك صرف ، أو مملوك للدولة .
- ٥- الجنس ، وصف العقار من حيث الاستغلال والاستعمال ، كدار أو فندق أو أرض زراعية ، أو بستان أو غير ذلك .
- ٦- المساحة ، قياس المسطح المحصور للعقار بقدرة بالامتار أو الدوام أو الأوك .
- ٧- المشتتات ، ما أحدث أو أنشئ أو غرر أو زرع في الأرض الموجودة . وقست اجرا ، الكشف .
- ٨- حقوق الارتفاق ، جميع الحقوق المترتبة للعقار أو عليه كحق المرور والمجسرى والمسيل .

(١) أنظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٥٦٣ - ٥٦٧ .

(٢) أنظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون تقدير قيمة العقار ومناقضه رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٨ ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ١١ .

هذا وتجدر الإشارة الى ان قانون التسجيل العقاري قد اوجب اجسرا
معاملات التسجيل للتصرفات العقارية في دائرة التسجيل العقاري المختصة بموقع
المقار على سبيل النقص باعتبارها الدائرة التي تختص وحدها بتسجيل جميع
التصرفات العقارية (م ٢) من قانون التسجيل العقاري وان هذه التصرفات لا تمسك
الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري (م ٣ ف ٢) من نفس القانون .

ولكي يمكن تسجيل التصرف العقاري في المراق وفقا للاصول المقررة في نظام
السجلات المدنية يلزم ان يرد هذا التصرف على عتار سجل بسجل عقارى حديث
تأسيسا على مبدأ ان المقار لا يكون قابلا لاجراء التصرفات العقارية الا بعد تحديده
وتثبيت ملكيته وفق الاجراءات الخاصة بالقيد الاول في السجل العقاري . وتنظيم
سجل دائمي حديث خارج بالمقار يشتمل على البيانات الخاصة بشخصيته المادية
وحقوقه المدنية (١) .

فاذا كان المقار في الاعل غير سجل بسجل دائمي قديم فانه يخضع
لاجراءات التسجيل المجدد . اما اذا كان المقار سجل بسجل دائمي قديم فيجوز
تعديله بسجل حديث . وان كان سجله مفقودا فتفتح بشأنه اجراءات التأسيس
بالاستناد الى السند الصادر بموجب السجل المفقود (٢) .

ويقتضي ان تدون في السجل العقاري عائدة الحقوق العقارية الاصلية
الخاصة بتمام المقار بموجب آخر معاملة تسجيل جارية بشأن هذا المقار . كما يقتضي
ان تدون فيه البيانات الدالة على الشخصية المادية للمقار محل هذه الحقوق حتى
يكون السجل الدائم في حقيقة الامر الصورة المادقة لحوال المقار من الناحيتين
المادية والقانونية بوصفهما النهائي (٣) .

(١) انظر : عبدالمعز حساني ، معاصرات في التصرف العقاري ، القيت على
الدورة التدريبية في مدينة التسجيل العقاري العامة ، مطبوعة بالرونيوس ،
١٠٠٠ .

(٢) انظر : المواد (٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧ ، ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١) من
قانون التسجيل العقاري .

(٣) انظر : عبدالمعز حساني ، معاصرات في التصرف العقاري ، ص ٩ - ١٣ .

وعليه فإن أول ما يدرج في السجل من بيانات هو رقم التسلسل الخاص بالمقار من محله باعتباره عنواناً دالاً على شخصية المقار . ويذكر بجانبه اسم الوحدة الإدارية الكائن فيها المقار ثم تدرج حدود غذا المقار وساحته بالاستناد إلى الخارطة المنظمة وفق لأصول السليمة في السجل الفني مع الوصف المادي (جنس المقار) والمشتلات وقيمتها المقدرة ، كما يدرج في السجل صنف المقار (نوعه القانوني) كونه عقاراً مملوكاً لافراد أو مملوكاً للدولة أو عقاراً موقوفاً ، ويذكر في حقل خاص اسم صاحب الحق الذي يملك السلطات المباشرة على المقار بتناعه بحسب طبيعته القانونية . وهو المالك في المقار المملوك وصاحب حق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة المنشأ عليها حق تصرف لافراد . وجهة الوقف في المقار الموقوفة . وفي حقل آخر تبين ماهية معاملة التسجيل والاجراءات الخاصة بها . وفي السجل حقول أخرى مخصصة لارتقاقات المقار وحق المقر وأوصاف مجالات التأمينات المعنية الخاصة بهذا المقار ، عليه ولما تقدم يمكن القول بأن السجل العقاري الدائمي وحتوياته وطاقة المقار وخارطته المنظمة وفق كصف اصولي ، من قبل المختصين في امور التسجيل العقاري ، تدل دلالة قاطعة على ان المقار محل عقد البيع معينا تعيينا قانونيا للجهة الفاعلة والنظر . تلك هي الاساليب المتعلقة بتعيين محل بيع المقار ، والذي ينهي ايضا ان يكون قابلاً للتداول فيه كما يلي :

المطلب الثالث

ان يكون المقار قابلاً للتداول فيه

يشترط في محل العقد (المقار المبيع) ان يكون ما يصح التداول فيه . فعقد بيع المقار كقاعدة عامة لا يرد في الاصل الا على المقار . بيد انه لا يصح بيع كل العقارات ، بل ينهي ان يكون المقار المبيع ما يصح التداول فيه . فاذا كان محل عقد بيع المقار لا يجوز التداول فيه وقع عقد بيع المقار باطلاً . وهذا الخصوص نصت المادة (١٣٠ ف ١) من القانون المدني بأنه : " يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً " .

وتطبيقا للقواعد العامة يجب ان يكون المقار المبيع بما يجوز التمايل فيه
فلا يصح بيع عقارات الدولة او المقار العامة ولا المقار المرفقة وفقا صحيحا
ولا يجوز بيع عمار المحجورين (م ١٣٠ ف ٢) مدني .
صطلق على شرط المشروعية في التمايل الجارى في دوائر التسجيل المقارى
بأعمال المشروعية (اعمال الفحص والتدقيق) (١) .

اذن لكي يصلح المقار المبيع ان يكون محلا لمقتد بيع المقار . ينبغي ان
يكون صالحا للتمايل فيه . ولكن يلاحظ بان المشرع المراتي لم يورد نصا خاصا
في عقد البيع ، يتناول فيه الاموال التي يجوز بيعها او لا يجوز كما عملت بعض
التشريعات الاخرى (٢) . ولكن المشرع المراتي قرر بأنه : كل شيء لا يخرج عن
التمايل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية والاشياء
التي تخرج عن التمايل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر
بها . والاشياء التي تخرج عن التمايل بحكم القانون هي التي لا يجيز
القانون ان تكون محلا للحقوق المالية (٣) .

اذن القانون يخرج بعض الاموال عن التمايل . فيكون التمايل فيها غير
مشروع اما لورود نص خاص يحرم التمايل فيها . واما لان في هذا التمايل مخالفة
لقواعد النظام العام والآداب العامة (٤) .

(١) انظر : عبدالمزيز حساني ، محاضرات في التصرف المقارى ، مطبوعة
بالرونيو ، ص ١٢ .

(٢) كالتقانون المدني الفرنسي الذي قضى في المادة ١٥٩٨ منه بأنه : " كل
ما يدخل في التمايل يمكن بيعه ما لم تمنع ذلك قوانين خاصة " . راجع :
استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر الماسبق ،
ف ٣٠٩ ، ص ١٧٨ ، ملحق رقم ٤٣ .

(٣) انظر : المادة (٦١) من القانون المدني والتي تنص بأنه : " كل شيء
لا يخرج عن التمايل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا
للحقوق المالية " .

(٤) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر الماسبق ،
ف ٣١٢ ، ص ١٨٠ ، انظر لنفس المؤلف مصادر الالتزام ، المصدر
السابق ، ف ٤٨٤ ، ص ٢٣٠ ، استاذنا الدكتور الحكيم ، نظرية
المقتد ، المصدر السابق ، ف ٥١٩ ، ص ٣٧٨ ، استاذنا الدكتور
العامري ، عقد البيع والايجار ، المصدر الماسبق ، ص ٨٠ .

فهناك عقارات غير قابلة للتمامل فيها رغم انها عقارات • فدائرة التسجيل
المقار تتناول عن طريق الفحص والتدقيق فحص بطاقة المقار وانجبارته وسجله
لنشر التثبت من مطابقة البيانات المدرجة في استمارة التسجيل للمجل المقارى
ذو الحكم الثابت ومعاملة التسجيل الخاصة به في الاخبار (١) • كما يتم التاكيد
من عدم وجود موانع او قيود تحول دون ابرام العقد وتسجيله •

وما اكثر هذه القيود والموانع • فهناك قوانين تفرض قيودا على التصرف
بالمقار بالاضافة الى ذلك قرارات مجلس قيادة الثورة ومنجل اهم هذه الموانع فيما
يلسى :

١- الموانع التي تمنع اجراء التسجيل سواء تحلقت بالمقار نفسه او باصحاب
الحقوق العقارية • وقد عينت المادة (٩٦) من قانون التسجيل المقارى
هذه الموانع بانها :

- أ- الحجز الواقع على المقار من سلطة قضائية او رسمية مخولة قانونا •
- ب- المحجورون لذاتهم او بقرار من المحكمة •
- ج- الموانع الاخرى المثبتة في سجل المقار وانجبارته التي تمنع اجراء
التصرفات القانونية الا اذا زالت تلك الموانع وفقا لاحكام القانون •
- د- موانع التسجيل الاخرى هي مثلا قرار محكمة البداية بعدم اجراء اية
معاملة تسجيل على عقار معين لاغراض الاستملاك •

٢- ومن امثلة هذه الموانع ما جاء في ندر المادة الثانية من قرار مجلس قيادة
الثورة المرقم ٢٢٢ في ١٩٧٧/٢/٢٦ والتي نصت على انه : " يمنع

= الدكتور المصطفى • شرح عقدي البيع والايجار • المصدر السابق •
ف ٢٣٤ - ٢٣٦ • ص ٩٧ - ٩٨ • الدكتور عبد الميزز طمر • عقد
البيع والقاسرة • ١٩٦٧ • ف ٥٣ • ص ٦٠ • الدكتور الذنون • عقد
البيع • المصدر السابق • ص ٨٨ وما بعدها • استاذنا الدكتور الحكيم
واستاذنا البكرى واستاذنا المرحوم البشير • الوجيز في نظرية الالتزام عسي
القانون المدني • ج ١ • صادر الالتزام • بنسداد ١٩٨٠ • ص ٩٩ •
(١) انظر : المادة (٨٤ ف ٢ و ٣) من قانون التسجيل المقارى رقم
٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل •

اغراض الاراضي الزراعية والبساتين * مهما كان حجمها * الواقعة خضراء
 حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الاساسية لاغراض غير زراعية * * *
 ٣- قضى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩١٧ والمؤرخ ١٩٨١/٦/٢١ * بعدم
 جواز تسجيل اي تصرف من التصرفات المقاربة على البساتين والاراضي
 الزراعية المملوكة ملكا صرفا للاشخاص الطبيعية والمنوية (باستثناء الجصيات
 التمازنية لبناء المساكن) الواقعة ضمن المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم
 الاساسية * اذا كانت التصاميم المذكورة تقرر لها استعمالات غير زراعية *
 وتملك الى الدولة وتسجل باسم امانة العاصمة او البلديات ذات العلاقة
 (تبعا لموقعها) (١) * وهناك قرارات متعددة صادرة من مجلس قيادة
 الثورة تحل نفس المعنى (٢) .

٤- اذا كان المقار ارضا زراعية او بستانا فلا يجوز تسجيل البيع او الانسراح
 عليه اذا ادى ذلك الى ايجاد حصر واسم او قطع نقل عن الحصر
 الاقتصادي المصين في قانون رقم (١٣٧) لسنة ١٩٧٦ *
 ٥- ومن قرارات مجلس قيادة الثورة ايضا القرار الذي يمنع به تسجيل التصرفات
 المقاربة الناقلة للملكية الواردة على المقارات كافة الواقعة ضمن حدود
 التصميم الاساسي لمدينة بغداد ما لم يكن من تنتقل اليه الملكية من اتخذ
 احدى المناطق او المحلات الكائنة ضمن حدود التصميم المذكور محلا
 احياديا لسكناه * ويستثنى من ذلك نقل الملكية بسبب الارث *

(١) نشر هذا القرار في الوقائع العراقية * المجلد ٢٨٣٩ * السنة الثالثة
 والمشرور * ١٣ تموز ١٩٨١ * ص ٦٦١ *
 (٢) انظر : القرار المرقم ١٦١١ والمؤرخ ١٩٨٢/١٢/٢٣ المنشور في الوقائع
 العراقية * المجلد ٢٩١٦ * السنة الخامسة والمشرور * ١٠ كانون
 الثاني ١٩٨٣ * ص ١٩ * انظر كذلك في نفس المجلد اعلاه القرار المرقم
 ١٦١٠ والمؤرخ ١٩٨٢/١٢/٢٣ * ص ١٩ * انظر كذلك القرار المرقم
 ١٢٠ والمؤرخ ١٩٨٢/١/٢٠ المنشور في الوقائع العراقية * المجلد
 ٢٨٦٩ * السنة الرابعة والمشرور * ١ شباط ١٩٨٢ * ص ٨٧ *

وقصر مجلس قيادة الثورة تملك الأراضي المخصصة لبناء المساكن ودور السكنى والشقق السكنية الواقعة ضمن حدود التصميم الاساسى لمدينة بغداد بما تملكه الدولة او امانة العاصمة او القطاع الاشتراكي وفق شروط حددتها قرار مجلس قيادة الثورة المذكور ، وعرف في الفقرة الرابعة المعدلة السكن الاعتيادي بقولها : " يتوفر شرط السكن الاعتيادي في المناطق والمحلات الثلاثة ضمن حدود التصميم الاساسي لمدينة بغداد بمن كان مسجلا كذلك في احصاء ١٩٧٧ (١) او اى احصاء آخر سابق له " (٢) .

ارى ان سبب صدور هذا القرار جاء لاجل تقليص حجم السكن ووضع حدود ثابتة لمدينة بغداد والتأكيد على التوسع العمودي دون الافقي ، ومن ثم حل ازمة السكن في هذه المدينة ، ولكن في الحقيقة ان هذا القرار لم يضع الحسب السليم ، فلماذا نقيّد التصرفات الواردة على المقار ؟ ولم نقيّد التوسع الافقي في البناء ونفسره على التوسع العمودي ، فتقيّد التصرف الوارد على المقارات السكنية لا يضع اى حل لمشكلة السكن في مدينة بغداد ، لا بل يزيد المشكلة تعقيدا .

٦- هناك قرارات اخرى متفرقة لمجلس قيادة الثورة تقيّد التصرف الوارد على المقار ، وبالاخص الأراضي التابعة للدولة ، وكذلك قطع الأراضي السكنية الموزعة من قبل جهات بناء المساكن ، حيث يقيّد من يملكها بالتصرف بها لمدة معينة تناول او تقصر حسب نوع الملائمة (٣) .

- (١) كان قبل تعديل هذه الفقرة احصاء ١٩٦٥ .
 (٢) انتظر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٥٦٢ والمؤرخ ١٤/١٢/١٩٨٢ المنشور في الوقائع المراقية ، العدد ٢٩١٨ ، السنة الخامسة والمشمرون ٣ كانون الثاني ١٩٨٣ ، ص ٥ ، وانتظر قرار تعديل قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٥٦٢ في ١٤/١٢/١٩٨٢ بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٨٠ والمؤرخ ٩/٧/١٩٨٣ ، المنشور في الوقائع المراقية ، العدد ٢٩٢٢ ، السنة الخامسة والمشمرون ٢٨ شباط ١٩٨٣ ، ص ١٥٠ .
 (٣) انتظر : القرار المرقم ١٢٠ والمؤرخ ١٠/١٢/١٩٨٢ المنشور في الوقائع المراقية ، العدد ٢٨٦٩ ، السنة الرابعة والمشمرون ١٥ شباط ١٩٨٢ ، ص ٨٧ ، وانتظر : القرار المرقم ٣٢٦ والمؤرخ ١٧/٣/١٩٨٣ المنشور في الوقائع المراقية ، العدد ٢٩٣٢ ، السنة الخامسة والمشمرون ٤ نيسان ١٩٨٣ ، ص ٢٣٤ .

فإذا كان المقار بحسب طبيعته المادية والقانونية قابلاً لاجراء التصرف
المقارى محل التسجيل فيقتضي كذلك ان لا تكون هناك موانع تسجيل متعلقة
بالمقار ذاته .

فهذه الموانع تؤدى من حيث النتيجة الى عدم قابلية المقار لاجراء
التصرفات العقارية عامة ومنها بيع المقار (١) .

والمعكوس ، انتفاء الموانع يجعل المقار قابلاً للبيع متى توفرت فيه مستلزمات
شرط الوجود والتميز .

(١) انظر : عبدالمعز حساني ، محاضرات في التصرف المقارى ، ص ١٥٠ .

"المبحث الثالث"

المشكلة باعتبارها ركنا من أركان الميثاق

لا بد لنا مقدما ان نتكلم عن المشكلة بوجه عام وتطورها في القانون الروماني والقانون الحديث بشي* من الإيجاز* ونميز بين نظرة القانون الروماني للمشكلة وبين نظرة القانون الحديث*.

المطلب الأول

المشكلة في القانون الروماني

(يقارن بتكاز بين الشكل في القانون القديم* حيث كان يحل محل الإرادة فيوجد المقعد بوجود الشكل حتى لو كانت الإرادة غير موجودة* وبين الشكل في الوقت الحاضر* حيث يقم الى جانب الإرادة دون ان يحل محلها* فهو ضروري ولكنه لا يكفي بل لا بد ان يقتن بارادة صحيحة) (١).

ان الانسان في العصر الروماني كمرحلة من مراحل تطوره كان اكثر اهتماما بالذات المحسوس من اهتمامه بحقائق الامور* لا يميز بين الجوهر والإرادة (٢)*. صمود ذلك الى الموائل الاجتماعية التي ادت الى انتشار المشكلة الرمزية المجردة عن الإرادة* وذلك لولع الاقدمين ولما غطيا متاعلا في النفوس بتجسيم المعتقدات واعلائها كيانا يدرك بالرويا او بالسمع يرمز به اليها* كان الانسان في حاجة الى اظهار المعتقدات واعلائها للحواش وكانت هذه الحاجة تتجلى في كل جوانب النظام الاجتماعي* سواء في ذلك الجانب الخاص بالدين او بالحياة الدينية او القانونية* فمب المشكلة كان يحرك العالم الروماني بأسره* كله يحجب بالشكل.

(١) انظر: الدكتور عبد الرزاق السنهوري* التصرف القانوني والواقعة القانونية* صحاحرات القيت على طلبية الدكتوراه* سنة ١٩٥٣ - ١٩٥٤* ص ٢٠.

(٢) انظر: استاذنا الدكتور هاشم الحافظ* تاريخ القانون* بغداد* ١٩٨٠* ص ٤٨.

ويحاول أن يرسم لكل نواحي النشاط الانساني اشكالا محددة وان يصيب غير المرنيات في اشكال تروى (١).

بهذه الصورة سادت الاشكال المحصورة كل المجتمعات القديمة ويظهر هذا متجليا في عالم القانون حيث كان الارلون يتشبهون بالحاج بالرموز المادية. فالعلاقات القانونية ما كانت لتتغير الا برسم تتناولها الحواس سواء في علاقات القانون العام او الخاص، واجتمعت في هذه الظاهرة اغلب الشرائع القديمة باستثناء الشريعة الاسلمية (٢). ويحسب القانون الروماني اسبقها جميعا في هذا المسار، فالسماغة القانونية الرومانية لا تترك سجلا للشك في ان المنصر السادي او الشكل هو المحور الذي تدور حوله كل خواص النظم القانونية.

فالشكليات القديمة كما يقول الدكتور محمود ابو عافية (٣) ظاهرة طبيعية عادية تجد مبعثها في اعماق نفوس تملكت بالرموز، لم تخلقها ارادة مشرع دفعتهم اغراض معينة، وانما انبثقت من تمثيل الشعب البسيط الساذج (٤). اذن الارادة ظاهرة صناعية بعيدة عن نفوس الروائيين، ولذا ينهض في ان تسب في قالب شكلي مادي يحل محلها، ونما على ما تقدم فان صدر الالتزام هو الشكليات الرمنية، فينتهي من هذا ان التصرف في القانون الروماني متمثل

(١) انظر: الدكتور محمود ابو عافية، التصرف القانوني المجرد، القاهرة، ١٩٤٨، ص ٧٦.

(٢) انظر: الدكتور محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص ٨، الدكتور علي بدوي، مكانة الشريعة الاسلمية في الفقه الحديث، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، السنة الاولى، ص ٧٣١ - ٧٣٥، حيث يقول: "اما الشريعة الاسلمية فهي في جوهرها وبند نشوئها مجردة من الشكليات قائمة على المساواة في التعامل وعلى نية الدافعين في التعاقد وعلى روح العدالة الطبيعية بين الناس، فلا تستلزم لانجام المقد صيغة رسمية ولا توجب لانقال الملكية وصفا خاصا من الانواع، وانما يلتزم المدين بسداد وتنقل الملكية بمجرد الاتفاق الخالي من الاجراءات والشكل".

(٣) انظر: الدكتور ابو عافية، المصدر السابق، ص ٩٨، بالامارة السلي ايهونج روج القانون الروماني، الترجمة الفرنسية، ص ٦، ص ١٦، وسافيني، نظام القانون الروماني، الترجمة الفرنسية، ص ٣، ص ٢٥١.

بالشكلية . وهذه الصورة تكون الشكلية قد غشلت بين ظاهر الحال والحقيقة (١) .
 نخلص مما تقدم الى ان القانون الروماني لا يمتد بالارادة ، وانما بمجسود
 اكمال التصرفات القانونية المرسومة ، وانما الارادة فلم يكن يحيا بوجودها وصحتها (٢) .
 ونتيجة لعدم اعتماد القانون الروماني بالارادة فانه لم يكن يسمح لها بابرام عقود
 لم يكن قد نص عليها ، بالاضافة الى ذلك كان القضاء لا يستطيعون الخروج على
 المفهوم الحرفي للتصور المكتوبة ، فالقاضي الروماني كان يقيد الحرية في تطبيق
 القانون . ولكن غاشم العدالة المستوحاة من قانون الشوب والمستقاة من القانون
 الطبيعي ، بالاضافة الى اتساع الدولة الرومانية ونمو التجارة الذي شاعف المعاملات
 واظهر ضرورة الاسراع في ابرامها ، ازاد الدقيق بما يتفق في الشكلية من وقت طال
 او قصر ، زد على ذلك تأثر الفقهاء الرومان بتيار الافكار الاغريقية الشرقية التي
 تنتصر للحقيقة على الشكل (٣) ، كل هذه العوامل دفعت الرومان الى البحث
 والتقصي عن الحقيقة والجوهر دون الشكل ، فتخلوا تدريجيا عن الشكلييات ،
 فسحوا لارادة ان تبرم عقودا لم يكن القانون قد نص عليها ، ثم اباح القاضي لنفسه
 ان يطبق القانون بشيء من الحرية والمرونة ، وهذه الصورة اخذ القانون الروماني
 بالتخلي تدريجيا عن الشكلية الحرفية (٤) .

بهذه الصورة ارتسم الطريق واسحا لبدء سلطان الارادة وشجعت بسوادره
 بظهور العقود الرئائية الى جانب العقود الشكلية (٥) ، واستمر القضاء الرومانيون
 يميلون الارادة برعايتهم ، ويحمونها بشتى الوسائل والدعوى والمستندة

-
- (١) انظر : الدكتور ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ١٠ .
 - (٢) انظر : استاذنا الدكتور غاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، المصدر السابق ، ص ٢٣ . ان صور الشكلية التي كانت سائدة في المذهب الروماني والتي بها يتم انشاء التصرف القانوني والتالي نقل الملكية (الاشهاد والدعوى الصورية) .
 - (٣) انظر : الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ١١ .
 - (٤) انظر : عبد الرحمن البزاز ، مبادئ اصول القانون ، ع ١١٥٤ ، ص ٤٣ .
 - (٥) انظر : الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ١١ .

الى فكرة المدالة ، حتى اذا ما جاء مصمم جستييان كان قانون المصوب قد ابتلع
القانون المدني (١) . ولكن رغم كل الجهود المبذولة من قبل الفقهاء ، والذين
عزموا على التخلص من الشكليات واتجهوا نحو الاخذ بروح النصوص لا بحرفيتها ،
ظلت الشكليات مفروسة في نفوس الروائيين ، وهكذا ظلت الشكليات مأزومة للقوانين
التي تنهل من القانون الروماني (٢) .

اما بالنسبة الى الشريعة الاسلامية ، فان فقهاء الشريعة الاسلامية عرفوا
بيع المقار بأنه عبارة عن عقد مبنء مجرد ارادة الطرفين المتعاقدين ، وسواء
ذلك ان عقد بيع المقار عقد رئائي حكمه حكم بيع المنقول سواء بمساواة (٣) .

المطلب الثاني

الشكليات في القانون الحديث

من المسلم به ان التقنيات المعاصرة تجعل للارادة المكان المطلق فسي
ترتيب الاثار القانونية ، فكما كان الشأن دائما في الشريعة الاسلامية ، نجد
في القانون الحديث ، ان الارادة هي قوام التصرف القانوني . والقاعدة العامة
في القوانين الحديثة ان الارادة حرة طليقة في اختيار شكل التعبير عما تستهدفه
ما لم يفرض عليها شكلا معيناً في التعبير عنها (٤) . فالمرع العراقي في المادة
(٧٣) مدني يعرف العقد بأنه " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد

- (١) انظر : الدكتور محمود ابو طافية ، المصدر السابق ، ص ١١ .
- (٢) انظر : الدكتور صوفي حسن ابو طالب ، الوجيز في القانون الروماني ،
القاطرة ، ١٩٦٥ ، ص ١٥٧ .
- (٣) انظر : الدكتور عمار حسن الصراف ، مخرج عقدي البيع والايجار في القانون
المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٤٠ .
- (٤) انظر : الدكتور عادل سيد فهم ، التكيف القانوني للاتفاق المايستق
على تسجيل بيع او رهن المقار في العراق ، بحث منشور في مجلة القانون
والاقتصاد التي كانت تصدرها هيئة القانون والاقتصاد بجامعة البصرة ،
العددان الثالث والرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٠ ، مجلة جامعة البصرة ،
كلية الحقوق ، ص ٢٢٩ وما بعدها .

الماقدين يقول الآخر "....." والایجاب والقبول ليس الا تمهين عن الارادة والتعبير عن الارادة لا يمكن ان يصدر الا من الانسان ومن الانسان الذي يصرح الدخول في عارقة تماقدية فقط (١) .

ان حرية الارادة هذه ما هي الا رد على الشككية في القانون الروماني ، واثر للمذهب الحر المتمثل (بمبدأ سلطان الزادة) . ولكن مبدأ سلطان الارادة لم يمد له ذلك السلطان الواسع الذي اعترف له به انصار المذهب القسري ، نتيجة للانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ من قبل خصومه ، لذلك لم يمد لارادة الحرية المطلقة والسلطان الواسع الذي اعترف به المذهب القسري . ولكن رغم هذا ظلت القاعدة العامة هي ان الارادة حرة في ان تقوم بما تشاء من التصرفات القانونية وان ترتب عليها ما تشاء من الآثار .

ذكرنا بان القانون الروماني لا يعترف لارادة بدور في انشاء التصرف القانوني ، وان كان قد اعترف ففي مجال محدود . في حين ان القانون الحديث يعتبر الارادة جوهر التصرف القانوني (٢) ، وترتب على ذلك اختلاف وتليفة الشكل في القانون الحديث عن وتليفته في القانون الروماني . ويظهر الفرق بين الشككية الرومانية والشككية الحديثة في ناحيتين : (٣) ناحية الموامل الاجتماعية للشككية ، وناحية الوظيفة القانونية للشككية . فمن حيث الموامل الاجتماعية للشككية ، لم تمد الشككية في القانون الحديث نحرها من الروتين المقسد (٤) ، فهي بسيدة كل البعد عن المراسيم والالفاظ الرسمية والحركات التمثيلية التي كانت موجودة في القانون الروماني القديم . بالاضافة الى انها بعيدة عن التقييد

- (١) انظر : استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية المقسد ، الجزء الاول ، في انعقاد المقسد (اركان المقسد) شركة الطبع والنشر الانطية - بندا ، ١٩٦٢ ، ص ٦٨ و ٦٩ ، ف ٩٠ .
- (٢) انظر : الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٣ ، ف ١٠ .
- (٣) انظر : الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٣ ، ف ١٠ .
- (٤) انظر : الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٤ ، ف ١١ .

لأنها تنحصر في الكتابة الرسمية ، فالشكل لا ينشأ نشأة طبيعية كما هو عليه في القانون الروماني ، وإنما هو إجراء صناعي أو أداة تقنية ابتكر لأهداف مقصودة أهمها الدعوة إلى التصرُّف أو تيسير الدلائل ، والتثبت من إعلان الإرادة وذلك حماية للمتعاقدين من التدليس والأكراه ، وشهرة للتصرف على الماء لكي يتصرفوا ويترروا عندما يقدرمون على التعامل بالحوال . أن الشكلية في القانون الروماني كانت تحقق نفس هذه الأغراض ولكن لم تنقرر من أجلها ، وإنما تقررت الشكلية في القانون الروماني كما ذكرنا لأسباب فطرية ودينية . فالشكل في القانون الحديث دائماً ذو هدف لا يتقرر إلا في الحدود التي يمكن فيها أن تتحقق أغراض معينة يرسمي إليها المشرع (١) .

أما العامل الثاني المتعلق بالوظيفة القانونية للشكل ، ففي القانون الحديث يدين التصرف القانوني بكيانه للإرادة ، ذلك هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يسود الآن قانون التصرفات ، وإن كان هذا المبدأ كما ذكرنا يخضع لعدد متزايد من القيود القانونية الشكلية والموضوعية لأجل إعطاء إرادة الفرد صبغة اجتماعية قبل أعمالها قانوناً (٢) . هذه القيود الشكلية والموضوعية تؤكد مبدأ سلطان الإرادة ما دامت ترمي إلى هدف عام هو تنسيق اتجاهات الإرادة مع المصلحة العامة . وليس في هذه القيود ما ينفي الحقيقة القانونية التي ينحصر فيها جوهر التصرف القانوني ، وهي أن : " الإرادة تتجه إلى أحداث أثر قانوني ، والنظام القانوني يولد هذا الأثر لأن منشأ التصرف إرادة " (٣) . والتفسير عسير الإرادة يتطلب إعلانها ولهذا فهي تحتاج إلى مظهر تظهر به إلى العالم الخارجي . وقد يشترط القانون لإعلان الإرادة أن تتخذ شكلاً رسمياً بالمعنى القانوني ، وبانعدام هذا الشكل لا ينشأ التصرف القانوني ، ولكن مع كل هذا لا يعتبر الشكل هنا جوهر التصرف القانوني وإنما الإرادة .

(١) انظر : الدكتور محمود أبو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٥ ف ١١ .

(٢) انظر : الدكتور محمود أبو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٦ ف ١٢ .

(٣) انظر : الدكتور محمود أبو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٧ ف ١٢ .

من هذا يتبين ان انعدام الشكل ينسخ الارادة خارج نطاق القانون اي يجعلها منعدمة قانونا ، ولكن ذلك الانعدام قانوني بحيث لا يمنع الارادة من ان توجد في عالم الواقع ^(١) . وهذا ما قرره فعلا المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه : " ١- اذا فرض القانون شكلا معيناً للمقد فلا ينمقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك " ٢- ويجب استيفاء هذا الشكل ايضا فيما يدخل على المقد من تعديل " او بحجارة اخرى " يستطيع القانون ان يعسل الى اقامة قرينة لا تثقل اثبات الحكم ، ومنهونها ان التمييز لا يوجد الا اذا وضع في الشكل الذي يحدده القانون ^(٢) . وتختلف هذا الشكل يعني ان النية لم يغير عنها ^(٣) والدليل على ذلك هو ان اصابة الارادة بأي عيب من الميوب تعرض التصرف القانوني الى البطلان او التوقف حتى لو اتخذ الشكل الذي يفرضه القانون مثلهم الصحيح .

اما اعتبار الشكل دليلا كتابيا لاثبات الامر آخر . فالاثبات الكتابي ليس تبهيرا عن ارادة ، بل هو ردء للحق . فالنزاع الذي يثار حول سند الاثبات لا يتصل بوجود الارادة او التمييز عنها ، فمسند الاثبات لا يتضمن التمييز عن الارادة بحيث تصبح عند انعدام السند غير معبر عنها . بل هو يقرر حقوق الاطراف . لذلك فان انعدام سند الاثبات لا يعني بطلان التصرف . فالحق الذي يحويه سند الاثبات ناشئ عن تصرف قانوني يستند من الارادة نفسها ^(٤) .

يتبين لنا من اعتبار الشكل الرسمي ركنا في التصرف القانوني عدة خصائص اوجزها الدكتور قلادة بثلاث نقاط ^(٥) هي :

- (١) انظر : الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ٦٤ ف ١٥ .
- (٢) انظر : الدكتور عادل سيد فهم ، المصدر السابق ، ص ٢٣٠ .
- (٣) انظر : الدكتور وليم سليمان قلادة ، التمييز عن الارادة في القانون المدني المصري ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٦٦ ف ١٩ .
- (٤) انظر : الدكتور وليم سليمان قلادة ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .
- (٥) انظر : الدكتور قلادة ، المصدر السابق ، ص ٩٢ - ٩٣ ف ٢٤ و ٢٥ .

- ١- تتطلب الصفة الجوهرية للشكل (بأعتباره ركنا للائتمقاد) ارادة موجسودة صحيحة يعتبر عنها الشكل الرسمي .
 - ٢- وهي تتطلب ان يكون التمييز الرسمي الخارجي في انطباق تام مع الارادة الباطنة .
 - ٣- والجزء الذي يتوجب على تخلف هذا الشكل هو جزء المنصر الناقص ، اى انعدام المقد في عالم القانون . والواقع انه لو كان هناك شكل يفسر مبدأ سلطان الارادة فليس هو الشكل الرسمي . بل هو شكل الائتمات . ذلك انه حين يكون نظام الائتمات قانونيا اى حين تكون ادلة الائتمات محددة قانونا ، فان اشتراط الائتمات يكون بطريق مميّز ، كما ان حججة الدليل قد تموتان البحث عن النية الحقيقية (١) .
- واذا كانت الشكلية تؤدي الى شي من ذلك ، فليس هذا راجعا الى عفتها الجوهرية ، بل الى وظيفتها الناشئة من دورها كدليل للائتمات . ان الشكل الرسمي في نظام الائتمات يقدم لنا التمييز النموذجي عن الارادة ، الذي ينظمه القانون صراحة (٢) . وتحسن لا ننكرها للشكل الرسمي (الجوهرى) حسن دور في الائتمات . فان الشكل الرسمي لانعدام التصرف القانوني يعتبر في القانون السراقي دليلا قاطعا في الائتمات . ولكن لا بد من وضع المعيار المميز بـسـمين الشكل للائتمات والشكل للائتمقاد .
- يتضمن مبدأ سلطان الارادة مبدأ آخر هو مبدأ الرضاية او مبدأ الحرية في اختيار شكل اعلان الارادة ، فالقاعدة العامة هي ان الامراد لهم حرية اختيار شكل اعلان الارادة ، ما دامت تدل على وجه يفي في ناسر القانون لان تناف اليها الآثار المنشودة . وذلك معناه ان اعلان الارادة يجب دائسا ان يتخذ شكلا ما يظهر به في العالم الخارجي ، ولكن كلمة " شكل " لا تطلق قنيا ، وفقا للفقهاء السائد ، الا على الشكل الذي يرسمه القانون او افراد يكون

(١) انظر : الدكتور قزادة ، المصدر السابق ، ص ٩٣ ف ٢٥ .

(٢) انظر : الدكتور قزادة ، المصدر السابق ، ص ٩٣ ف ٢٥ .

جزءه تخلفه بطلان التصرف . هذا النوع من الاشكال عموما يسمى بالشكل للثبوت او الجوهري او المنشئ . وهو نوع يمارس الشكل للاثبات او الشكل القسري . وتختلف هذا النوع الاخير من الاشكال لا يؤثر في وجود او صحة الإرادة ، وانما يقتصر امره على تقييد الاثبات بوسائل معينة دون غيرها (١) .

هذه التفرقة وما تثيره من صعوبات لا تمنعنا اننا الا في الحدود التي تدور فيها مبدأ سلطان الإرادة . لذلك نترك جانبها " الشكل للاثبات " ما دام لا يمس جوهر التصرف ، ولا يمتنعنا الا الشكل للثبوت الذي ينصب اليه اثره جوهريا فيما يتعلق بتكوين التصرف .

فالشكل الرسمي المتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري فسي السراق ، يلعب دورا في توفير المصلحة اللازمة للتصرفات الواردة على العقار . فهو من اهم النظم الضرورية لحماية الاغيار ولضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها . اذ من طريق هذا النظام يتم اعلان التصرفات التي تسرد على العقار فيتمتع لكل ذي مصلحة العلم بالملكية او بأى حق عيني آخر وما قد يسرد عليها وما لا يخفى الذين تثبت لهم (٢) . فاعلان الحقوق المدنية يكون باثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس معرفة الاطلاع على ما جاء فيها من بيانات . اما بشأن تشجيع الاثبات العقاري فالمقصود به تمكين مالك العقار من الاستفادة منه باعتباره اداة ائتمان بحيث يستطيع اذا رغب الاقتراض للحصول على مال معين ان يجد بسهولة من يقبل باقراضه بضمان العقار (٣) .

(١) الدكتور محمود ابو عافية ، المصدر السابق ، ص ٥٨ ف ١٣ .

(٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق .

ص ٢٢٠ ف ٣٨١ .

(٣) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ ف ٣٨١ ، الدكتور عا مري حسن الصراف ، عقد البيع فسي القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٠ وما بعد ذلك ، الدكتور السنهوري ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٤ ، ف ٢٥٠ ، الدكتور سليمان مرقس والدكتور محمد علي امام ، عقد البيع في التقنين المدني ، مصر ١٩٥٥ ، ص ٢٢٢ وما بعد ذلك ، الاستاذ جميل الشرفاوى ، البيع والمقايضة ، القاهرة ١٩٦٦ ، ص ١٤٠ .

ورغم الانتقادات الموجهة لذهب القانون العراقي ، ورغم صحة هذا الانتقادات ووجاهتها الا انها لم تقلل من أهمية نظام التسجيل العقاري . حيث يبرر شراح القانون المدني ^(١) الشكل الرسمي في التصرف الوارد على المقسار والمنصوص عليه في المادتين (٥٠٨ و ١١٢٦) ^(٢) مدني عراقي على اعتبار ان الاموال العقارية كانت ولا تزال عماد الثروة القوية خصوصا في بلدان العالم الثالث التي تعتمد على الزراعة كمورد رئيس . ان نظام التسجيل العقاري يلصق وراءه توفير المصلحة اللازمة للتصرفات الواردة على العقار وذلك (لحماية الاغيار ولضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها) اذ عن طريق هذا النظام يتم اعلان التصرفات التي ترد على العقارات فيتم تسجيلها لكل ذي مصلحة العلم بالملكية او باى حق عني آخر مما قد يرد عليها وبالاشخاص الذين تثبت لهم ^(٣) .

واذا كان هذا التبرير صحيحا ، فانه يصح اذا كان التسجيل وسيلة لنفاذ التصرف اى نقل الملكية العقارية ، واذا كان شرطا للثبات ، اما اذا كان كركن لانعقاد التصرف فهذا امر لم نرثه من احكام الشريعة الاسلامية . فقد لاحظنا سابقا تعريف فقهاء الشريعة الاسلامية لبيع العقار ، فهم لا

(١) انظر : استاذنا الدكتور غني حسن طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ ، الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، بغداد ، ١٩٥٩ ، ص ١١٢ ، والدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٩ ، نوري احمد منصور ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة المددلة العراقية التي تصدرها وزارة العدل ، العدد الرابع - السنة الخامسة (تشرين الاول - تشرين الثاني ، كانون الاول) ١٩٧٩ ، ص ١٠٢٣ ، والدكتور المنهوي ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٤ - ٤٣٥ .

(٢) تنص المادة (٥٠٨) من القانون المدني على انه : " بيع العقار لا يتم الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نعر عليه القانون " وتنص المادة (١١٢٦) مدني وفي فقرتها الثانية على انه : " والمقصد الناقل لملكية عقار لا يتم الا اذا رويتم فيه الطريقة المقررة قانونا " .

(٣) انظر : استاذنا الدكتور غني حسن طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ .

يشترون لانعقاد الشكل الرسمي ، فبيع المقار لدى هؤلاء الفقهاء ينمقد
بمجرد الايجاب والقبول ، فهو عقد رضائي حكمه حكم بيع المنقول سواء بسواء (١) .
ومع ذلك فان الشريعة الاسلمية لم تتخل عن الشكلية ، بل اخذت بهما
كوسيلة للاثبات قال تعالى " يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل
مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل " .

اذا كانت الشكلية تنهضها القانون الروماني ، فالرومان كما ذكرت سابقا
كانوا يملطون للمال اسمية اكثر من الانسان وارادته (٢) .

-
- (١) انظر : الدكتور عباس حسن الصراف ، عقدى البيع والايجار في القانون
المدني المراقي ، المصدر السابق ، ص ١٤٠ وما يمد بها .
(٢) اذا كان الرومان هم الذين اوجدوا الشكلية ، فانهم لم يفرقوا بين المقار
والمنقول بشأن الشكلية ، فمقد البيع في القانون الروماني لا ينقل الملكية
بذاته بل الذي ينقلها هو احد الاوضاع المادية التي كانت سائدة في هذا
القانون وهي عناصر الشكلية في القانون الروماني ، كالامهاد او التنسازل
القضائي (الصورة) والقبض ، وكل ما يترتب على عقد البيع من آثار هو نقل
الحيازة . انظر : عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية المقاريسمة
بالتصرف القانوني ، العقد والارادة المنفردة ، رسالة ماجستير قدمت الى
كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، سنة ١٩٨٣ ، ص ١٥٧ .

"المبحث الثالث"

التسجيل وأنظمته والظمن به

في هذا المبحث نتكلم في نظام التسجيل : معناه وأنواعه والظمن بصورته
المقد ومطلاته وعلاقة التسجيل بالتصرف الوارد على العقار ، وموقف التشريعات من
ذلك .

المطلب الأول

معنى التسجيل وأنواعه

التسجيل ، اجراء شكلي يتم بالتحرير الحرفي للمحررات المتعلقة على التصرفات
او التحرير الحرفي لكل تصرف عقارى من شأنه انشاء حق من الحقوق المبنية
الاصلية والتسمية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة ،
كما لو حضر الطرفان الى الدائرة المختصة واغاد ا شخصيا بالعلاقة القانونية ، او
بواسطة نائب بابرام التصرف بالشروط التي اشققا عليها ثم يقوم الموظف المختص
باثبات هذه الاقوال بالسجل الخاص (١) .

ونظام التسجيل العقارى يقسم الى نوعين نظام التسجيل الشخصي ونظام
التسجيل الميني .

١- نظام التسجيل الشخصي : وهو يتم طبقا لاسماء الاشخاص الذين يصدر عنهم
التصرف وليس باعتبار موقع العقار محل التصرف ، ومن هنا سمي بنظام التسجيل
الشخصي . ويترتب على ذلك ان من يريد من ذوى العلاقة معرفة حقيقة التصرفات

(١) انظر : الدكتور عمار الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،
المصدر السابق ، ص ٣٩١ ف ٥٤٥ .

ومن طرق الشهادة الاخرى (القيد) يقتصر على تحرير البيانات الجوهرية
الواردة في التصرف وهي البيانات التي يهم ذا الصلة بهم ذلك الملمس
بها . ان القيد يحصل الى حد ما نفس معنى التسجيل وهذه التفرقة
ليصلها اثر كبير .

المقاربة يلجأ الى مكتب التسجيل المقارى لمعرفة ما اذا كان المقار قد وقع عليه تصرف من شخص معين هو مالك الحالي او مالك السابق او شخص آخر (١). ينتقد الفقه هذا النظام وقد ذهب بعض الكتاب الى انه معيب من ناحيتين : فهو معيب من ناحية الترتيب في التسجيل وفقاً لاسماء الاشخاص ، فصاحب المصلحة لا يمر من سجلاته الا الشخص الذي تصرف في المنار ، وقد يتصرف شخص بمقار غير ملوك له وسجله باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقي ايضاً في المقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ويترتب على ذلك تنازع خطيرة (٢) ، وبالتالي يكون التماسيل مخيباً . ويصاب على هذا النظام من جهة اخرى من حيث الحجية ، فان التصرفات التي تشهر بمقتضاها لا يجرى التحرى عن صحتها بل تشهر كما هي ، فان كانت صحيحة بقيت كذلك وان كانت مخيبة ، او كانت مزورة بقيت على حالتها مخيبة او مزورة ، فهذا النظام لا يؤدى الى اغفاء الحجية المطلقة على التصرف سواء اكان في حقيقته سليماً او مزوراً (٣).

- (١) انظر : عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ ، وايوب الهويس ، اشارات السجل المقارى ، مجلة المحامين التي تصدرها نقابة المحامين السوريين ، العدد ٩٤٦ ، سنة ١٩٧٦ ، ص ١٧٧ ، الدكتور اساميل غانم ، الوجيز في عقد البيع ، الناشر مكتبة عدالله وهبه ، ١٩٦٣ ، ص ١٣٩ ، الدكتور عبد المنيز عامر ، عقد البيع ، طبعة دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص ١٣٣ ، الدكتور عمار الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٤ وما بعدها .
- (٢) انظر : الدكتور المنهجي ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٦ ، عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ - ١٦٥ .
- (٣) انظر : الدكتور عمار الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٦ .

يجب عدم الخلط بين النظام الشخصي وبين السجل الشخصي ، حيث يعرف المشرع العراقي في المادة (١) من قانون التسجيل المقارى الحالي السجل الشخصي بأنه : " السجل الشخصي : السجل الذي ينظم باسماء اصحاب الحقوق المبنية الاصلية والتبعية منقولاً من السجل المقسارى " والسجل الشخصي المقصود بالقانون ، عبارة عن مصنف ابجدي يتضمن اسماء اصحاب الحقوق المبنية الاصلية والتبعية ، واصناف المقاررات المسجلة ، وان هذه المعلومات تنقل عادة من السجل المقارى ، وهو تابع للسجل المقارى المنقول منه في الحكم والاثار ، وقد نصت على ذلك المادة (١٥) من قانون التسجيل المقارى بقولها : " السجلات الشخصية لا تنفرد بحكم

٢- **نظام التسجيل المدني** : يقوم هذا النظام على تعيين المقارنات بذاتها **سما** واعطاء رقم محين لكل منها ، ويتم تخصيص صحيفة لكل عقاري في السجل العقاري (١) ، يذكر فيها رقمه ، ومنطقته ، واسم مالكه ، واصفاه بصورة عامة من حيث نوعه وساحته والابنية والاغراض القائمة عليه ، كما يشتمل على جميع المعاملات التي تجري على العقار ذاته .

فإذا اراد احد معرفة حالة العقار والحقوق المترتبة عليه ، لم يكن بحاجة الى معرفة اسم مالكه وإنما يكفي ان يعرف رقم العقار ومنطقته فيرجع الى الصحيفة المخصصة له في السجل العقاري ليأخذ صورة تامة وواضحة عنه . ولهذا شبه الفقهاء نظام السجل العقاري بسجل الاحوال المدنية بالنسبة للأشخاص فكما ان سجل الاحوال المدنية يبين حالة كل شخص وما يطرأ عليها فكذلك هو شأن السجل العقاري فيما يتعلق بالمقارنات وبذلك يقتضي هذا النظام على الميسوب والاطباء المترتبة على تشابه الاسماء حيث يتم التسجيل فيه على اساس مواقع المقارنات (٢) .

ومن جانب آخر ، يرى البعض (٣) ان الملكية او الحق المدني تنقل بالبيع والتسجيل وحده مستقلا عن التصرف ، الذي القى على عاتق المالك السابق الالتزام بنقل الملكية او الحق المدني ، وذلك يكون للتسجيل اثره القاطع في نقل الملكية بحيث لا يؤثر في ذلك ان يكون التصرف باطلا . وذلك لان هذا النظام يأخذ

= مستقل بل تكون تابعة للسجل العقاري المنقولة منه في الحكم والاثبات .
" والتابع لا يفرد بالحكم وعليه لا تكون له شخصية السجل العقاري .

انظر : مصطفى حبيب ، المصدر السابق ، ج ١ ، ص ٢٩ .

(١) يعرف قانون التسجيل العقاري في المادة (١) منه السجل العقاري بأنه :
" السجل العقاري : السجل الذي تثبت فيه التسجيلات العقارية وفقق
نصوص القانون ويستند اليه في اصدار السند " .

(٢) انظر : عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ ، وللترجع راجع :
اميل تيان ، القانون المدني اللبناني ، النظام العقاري في لبنان ، معهد
الدراسات العربية المالي ، ط ١ ، ١٩٥٥ ، ص ٤ .

(٣) انظر : اميل تيان ، المصدر السابق ، ص ٤ ، عبد المنعم يحيى جواد ،
المصدر السابق ، ص ١٦٩ - ١٧٠ .

بفكرة (القوة المطلقة للتسجيل) ، أي أن التسجيل يظهر العقد من الميوب التي كانت ملققة به فلا يجوز المطعن فيه بالباطل أو الفسخ أو بأي سبب آخر (١) .
 أن هذا الرأي صحيح وفقاً للقانون المصري لأن العقد ينمقذ بمجرد توافق الارادتين وأما الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . ولكن هذا محل نظر في حالة كون التسجيل ركناً في العقد لأن مجرد الانعقاد في هذه الحالة تنتقل الملكية بقوة القانون .

يتميز هذا النظام في أنه محكم من ناحيتين (٢) : ناحية الترتيب وناحية حوسنة الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تسجل التصرفات المقاربة وفقاً لأسماء الأشخاص كما هو عليه نظام التسجيل الشخصي ، بل تسهر التصرفات المقاربة وفقاً للمقار المتصرف فيه ذاته ، ولذلك سمي نظام التسجيل الميني ، فهو يعتمد المقار أساساً لهذا التسجيل ، فلكل عقار مكان خاص في السجل المقارى ، ويثبت فسي هذا كسل ما يقع على هذا المقار من التصرفات وما تنقله من الحقوق . حيث يكون المسجل الميني بما يحتويه من بيانات تتعلق بموقع المقار وحدوده ومساحته وأوصافه ، وما هو مسجل فيه من حقوق مينية عقارية هو الصورة الحقيقية للمقار من الناحية المادية والقانونية (٣) . وكذلك يثبت في هذا السجل اسم المالك الأخير للمقار والتصرفات المينية التي وما تكون قد وقعت منه على عقاره والتي من شأنها أن تنقله بتكاليقها (٤) . وبناءً على ما تقدم يحتاج كل متعامل في المقار أن يقدم

-
- (١) الدكتور اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .
 (٢) انظر : الدكتور المنهري ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٤٣٧ ، وانظر : خلاف ذلك : الدكتور عباس الصراف حيث يقول أنه محكم من ناحية الترتيب ، أما من ناحية الحجية فنحن لا نملك أن نسم الحكم كما فعل المرحوم الأستاذ المنهري فنجعل كل أنظمة الشهر الميني محكمة من هذه الناحية . انظر مؤلفه عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٩ .
 (٣) انظر : مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .
 (٤) انظر : الدكتور عباس الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٨ .

على التمايل وهو مطمئن انه انما يتمايل مع المالك الحقيقي للمقار استنادا لما هو مسجل في السجل الميني للمقار (١) . اما كونه محكما من ناحية الحيوية فالصرفات التي تسجل لا يتم تسجيلها الا بعد التحري عن صحتها تحريا دقيقا فيستقصى عن موقع المقار وعن حدوده ومساحته ثم عن اسماء من وقع التصرف عنهم وعن اهلبيتهم ثم عن التصرف ذاته هل صدر من مالك المقار الحقيقي ام لا وهل هو صحيح فيسجل . ام معيب فيمتنع عن تسجيله . ويشرف على هذا كله قاض هو الذي يأمر بمسند التحري البالغ باجرا . التسجيل . والنتيجة المترتبة على التحري ان التصرف الذي يسجل في السجل العقاري تكون له حجية كاملة تجاه النام كافة . فينتقل الحسب الميني الى المتصرف له لا استنادا على التصرف الذي يسجل في السجل العقاري بل بناء على اعلان الحق العقاري نفسه . فالتمجيل لا التصرف الصادر من المتماقدين هو الذي ينتقل الحق . وصحة التجميع في نظام التسجيل الميني هو نقل الحق الميني لا مجرد اعلان التصرف (٢) .

قد يكون في هذا النظام نوع من الصعوبة من الناحية العملية لما يكلف الدائرة المختصة من اجراءات عملية من كشف وتقدير وغير ذلك . ولكنه يبقى نظاما مفضلا . كما وجدنا سابقا . لانه يؤدي الى استقرار التمايل . فصاحب المصلحة يكون على اطلاع كاف بالمقار وبالكه . والصرفات والحقوق الواردة عليه .

ان هذا النظام هو المتبع في العراق منذ عام ١٨٥٧ م والى الان في ظل قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (٣) .

-
- (١) راجع : البحث الذي قدمه عبدالمزيز الحساني في ندوة جمعية الحقوقيين العراقيين يوم ١٩٧٢/٨/٧ . الموسم اختتمات السجل العقاري في العراق .
 (٢) انظر : الدكتور الاستاذ السنيهوري ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٧ . انظر : بنفسه المصنف الدكتور المصطفى ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٩ .
 (٣) انظر : البحث الذي قدمه عبدالمزيز الحساني في الندوة التي عقدت في جمعية الحقوقيين في ١٩٧٢/٨/٧ . مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .

المطلب الثاني التسجيل والظمن بصورة المقعد

تنص المادتان (١٤٩ و ١٢٠٤) مدني والفقرة الأولى من المادة (١٠) من قانون التسجيل المقاري صراحة على عدم جواز الظمن بالصورة (١) .
وبالنظر لهذا الإطلاق في نصوص هذه المواد يذهب الدكتور الصراف إلى القول : " فقد تنازع الرأي وجهتا نظر متعارضتين : تقول الأولى بصران النسخ إلى غير المتماقدين من الناس . وينتهي على هذا أن الضم لا يحتطج أن يظمن بصورة الثمن وأنه أكبر في الظاهر مما اتفق عليه المتماقدان حقيقة . لكي يصل بذلك إلى أن يدفع - للشقة - ذلك الثمن الحقيقي . وإنما يجبر على دفع الثمن المسمى في عقد بيع العقار كما هو وارد في سجل (الطالب) . وذهب الوجهة الأخرى إلى أنه من المدل أن يعطى غير المتماقدين مئة الظمن في التصرف بالصورة لكي يمنح المتماقدين من الميث بحقوق غيرهما . وإلى هذا الرأي يذهب الأستاذ شاكر ناصر حيدر . ونحن نميل إلى الأخذ بالرأي العكسي مستفيدين من إطلاق النص ومن حجة مفادها أنه إذا أتيح لغير المتماقدين أن يظمن بالصورة فإن هذا الظمن لا يقيد بحكم القواعد العامة في الإثبات بطريقتة من الطرق . وإنما يجوز للغير أن يظمن بالصورة بكافة طرق الإثبات نظراً لأن المقعد لا يعتبر في حقهم سوى واقعة مادية . فإذا أبيع لهم هذا الظمن وعلى

- (١) انظر : مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .
- تنص المادة (١٤٩) مدني على أنه : " لا يجوز الظمن بالصورة فسي التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الدايو . " وتنص المادة (١٠ ف ١) من قانون التسجيل المقاري على أنه : " تمتنع السجلات الدائمة وسجلات التسمية وسجلات التأمينات المينية وصورتها المصدقة وسنداتها أساساً لإثبات حق الملكية والحقوق المينية الأخرى وتمتبر حجة على الناس كافة بما دونها ما لم يظمن فيها بالتزوير ولا يقبل الظمن بالصورة في التصرفات المسجلة فيها . " وتنص المادة (١٢٠٤) مدني على أنه : " لا يجوز الظمن بالصورة في التصرفات الواقعة على الأراضي الأميرية ، بعد تسجيلها في دائرة الدايو . "

هذه الصورة ، استطاع الضمير ان يأخذ المقار بالصفة ولا يدفع غير الثمن الذي يقول به هو نفسه متى ما اشهد على قوله شاهدان وحسب ! ولعل من الواضح ان في هذا الخطر (١) بحيث لا يمكن القول بعلل الاطلاق . نرى الاحوال الاخرى غير حالة الاداء بالصفة قد يؤدى اعطاء الحق للاختيار كدائتي البائع في ابطال العقد الى الحاق الضرر بالمشتري . ونترتب على قولنا انه لا يستطيع احسد لا من المتعاقدين ولا من الغير ان يضمن بصورة العقد ، وبأن العقد في حقيقةه قيمة لا بيع ، او ان البائع لم يقصد من العقد بيعا وانما قصد الى تهريب ايراسه عن الدائنين . (٢) فالمرجع المراقى اذا منع سماع دعوى الصورة بشأن التبرعات

- (١) الاصح ان يقال ما في هذا الرأي من خطر .
 (٢) انظر : الدكتور عما موحسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجاره المصدر السابق ، ص ١٥٩ - ١٦٠ ، ونشر المحنى استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ هامش رقم ٢ ، حيث يتسول : " واذا كان لا يجوز للبائع ولا للمشتري الضامن بالصورة بعد تسجيل الاتفاق على البيع في الدائرة المختصة فاننا نعتقد بأنه لا يجوز للشير كذلك ومنهم القبيح الضامن في صورة البيع المذكور " مصطفى حديد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ١٧٨ ، حيث يقول : " ان النصين الواردين في القانون المدني (م ١٤٩) وقانون التسجيل العقاري (م ١/١٠) صريحان في هذا المجال (ولا سماع للاجتهاد في مورد النص) واذا ما اخذنا بالاراء التي نودنا عنها واعتبر المنع من سماع دعوى الصورة قاعرا على المتعاقدين دون سواهما ، يصبح حكم النصين المذكورين مصطلا عن العمل في شق منهما ، وبخالف لقصد المشرع ، ولذلك لا مجال للضمن بالصورة في التصرفات المسجلة في السجل العقاري . " الاستاذ المرحوم منير القاضي ، ملتقى البهيون ، الشرح الموجز للقانون المدني المراقى ، المجلد الاول ، الباب التمهيدي ونوعية الالتزام العامة ، مطبعة الماني - بغداد ، ١٩٥١ - ١٩٥٢ ، ص ٢٤٦ ، حيث يقول : " ان العقد اذا وقع على عقار وسجل في دائرة الدايو يعتبر انه هو العقد الحقيقي نظرا الى الطرفين والسبب الدبير ، ولا يسمح للضمن بالصورة مطلقا . وهكذا جميع التصرفات المتعلقة برقبة المقار ، من وقف وغيره . استقرا للمعاملات . " عبد النعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٢٩٩ - ٣٠٣ ، حيث يقول : " اما الرأي الاخر فقد ذهب الى شمول حكم المادة (١٤٩) للمتعاقدتين والتفسير . ونرى ان هذا الرأي هو الاجدر بالاتباع للاسباب الاتية : ١ - من خلال اطلاقنا على حجج اصحاب الرأي السابق ، لم نجد فيها مبيها قانونيا يدعونا الى اقتصار حق المنع الوارد في المادة (١٤٩) مدني على المتعاقدين .

الواردة على المقار بمحمد تسجيله .

وكما وجدنا الفقه في العراق قد اعتمد على ان هذا المنع يسرى بحسب المتعاقدين الا انهم اختلفوا بخصوصه سواء بحسب الغير .
وقد ذهب فريق كبير من الفقهاء العراقيين الى ان المنع الوارد في المادة (١٤٩) يقتصر على المتعاقدين فقط ولا يشمل الغير ، ودعوا رأيهم بالحجج الاتية :
١- ان المدالة تستلزم اعطاء الحق للغير للظن في التمرات المتعارضة السورية وذلك لكي نستطيع ان نمنع المتعاقدين من الميث بحقوق غيرهم ،

بينما على المكسر من ذلك نجد ان المادة (١٤٩) مدني صريحة بمسند التفريق بين المتعاقدين والغير . كما ان تفسيرهم للمادة (١٤٩) ليس تؤيده محكمة التمييز " هذا ما قال به انصار الرأي الاول . انظر : آراء انصار الرأي الثاني ، الرأي المتكسر في استاذنا الدكتور غني حسن طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ - ٢٢٨ حيث يقول : " . . . ونحن نميل الى ترجيح الرأي الثاني لما في حجج انصاره من وجاهة ، خاصة وان نص المادة (١٤٩) هو استثناء من احكام المقود السورية ودعوى صورية العقد . " ومن انصار الرأي الثاني استاذنا الدكتور سميدون المامري ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ - ١٠٥ حيث اورد عدة حجج لدعم رأيه ، والاستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية المقارنة ، الجزء الاول ، الملكية وحقوق التصرف ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف - بغداد ، ١٩٥٢ ، ص ١٣٩ - ١٤٤ ، حيث يقول : " . . . الظاهر من اطلاق النص (يقصد المادة - ١٤٩ -) ان المنسوخ شامل لجميع الحالات ، ولكن طبعا لتواعد المدالة والتواعد العامة ولقصد الشارع ، يجب ان يقتصر المنع على المتعاقدين ولا يشمل الغير ، وعلى ذلك فلا مانع مثلاً من سماع دعوى الشفيع بان ثمن المبيع هو غير الثمن المسجل واقل منه . " ، انظر لتفسير المؤلف ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية الاصلية ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٦ ، ص ١٥٠ - ١٥٢ ، فقرة ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢ ، حامد مصطفى ، الملكية المتعارضة في العراق ، الحقوق المدنية الاصلية ، جامعة الدول العربية ، ميسر الدراسات العربية العالية ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٤٣ ، الدكتور صالح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق المدنية الاصلية ، شركة المطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٠ - ١٩٦١ ، ص ٣٠٢ ، الدكتور حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق المدنية الاصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٠ ، استاذنا الدكتور سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق المدنية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٥٥ - ١٥٧ .

فإن منع الشفيع من الطعن بضرورة الثمن يؤدي إلى تعطيل أحكام الشفعة ، وذلك بمجرد توطؤ البائع مع المشتري على زيادة الثمن زيادة صورية لمنسج الشفيع من احتمال حقه في الشفعة ، وإجباره على اخذ المقار بالثمن المسمى وهو ثمن صوري قد يكون مرتفعا جدا ، وترتب على ما تقدم انتقاسا الشرع الذي استهدفه المشرع من الاخذ بالشفعة ، وهذه النتيجة تجافي المدالة وتضر بحقوق الغير .

٢- ان المادة (١١٢٨) بدني نصت على ان : "الشفعة هي حق تملك المقار المبيع ولو جهرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة" وهذا النص - كما يزعمون - واضح في ان الثمن الذي ينبغي على الشفيع دفعه هو الذي دفعه المشتري . كما ان المادة (١١٤٠) من القانون المدني العراقي صريحة حينما نصت على ان : "على الشفيع عند دفعه الدعوى بالشفعة (١) ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المبيع في دائرتها مبلغا يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فان لم يتم الايسداع سقطت شفيعته" . ويقول استاذنا الدكتور سعدون المامري (٢) ان المقصود بكلمة المبيع الواردة في المادة (١١٢٨) هو (المقار الذي تم بيعه بالتسجيل) " والواقع ان الفقه في العراق يرى ان (المبلغ الواجب ايداعه هو نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع لا نصف الثمن المتفق عليه بضرورة صورية ولا نصف قيمة الشيء المبيع سواء زادت قيمة الشيء المبيع عن الثمن المتفق عليه ام قلت" (٣) .

(١) يلاحظ ان تعبير الدعوى بالشفعة صياغة غير دقيقة وفضل لو تكون الصياغة (دعوى الشفعة) .

(٢) راجع : استاذنا الدكتور سعدون المامري ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

(٣) انظر : استاذنا الدكتور سعدون المامري ، المصدر السابق ، ص ١٠٥ .

بالإشارة إلى الاستاذ الدكتور صالح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق المدنية الاصلية ، المصدر السابق ، ص ٣٠٤ .

٣- ان عدم السماح للشير بالطعن بصورة التصرفات التي تم تسجيلها في السجل العقاري ، يترتب عليه فتح الباب امام المدنيين لشهرس اموالهم عن الدائنين عن طريق تسجيل عقود بيعها في السجل العقاري دون ان يقصدوا البيع حقيقة " وهذه النتيجة التي يوصلنا اليها الاخذ بالرأى الماكس ، نتيجة غريبة . لا تتفق مع العدالة ولا مع روح القانون الذي يهدف الى محاربة النشور . (١) .

وقد ذهب فريق آخر من الفقهاء العراقيين - كما رأينا - الى ان المنع الوارد في المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي يسرى على المتعاقدين والشير سواء بسواء ، ودعم هذا الفريق رأيهم بالحجج الآتية :

١- ان الحجج التي يستند عليها الفريق الاول " لا يمكن ان تعتبر كاساس مقوى لاجازة الطعن بالصورية من قبل الشير ، فالمشرع العراقي لم يقصد في المادة (١٤٠) مدني افتراض وجود ثمن حقيقي و ثمن آخر صوري في نفس الوقت والا لما كان بحاجة الى النص في المادة (٤٥٤) (٢) من القانون المدني على ان سجلات الطابو الدائمة وسنداتها حجة على النا من كافة بما دون بها باستثناء اجازته الطعن فيها بسبب التزوير . فمباراة الثمن الحقيقي الواردة في المادة (١٤٠) مدني يقصد بها الثمن الذي سجل في دائرة التسجيل العقاري ليسرالا ولهذا قررت محكمة التمييز (٣) بأن عبارة نصف الثمن الحقيقي الواردة بالمادة (١٤٠) مدني تشمل البدل الذي حصل الاتفاق عليه والمسجل في الطابو مجردا عن المصاريف . ولا بد لنا من الاشارة الى ان

(١) راجع : استاذنا الدكتور محمد بن الحاموي ، المصدر السابق ، ص ١٠٥ ؛

كذلك راجع : عبد المنعم يحيى جواد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .

(٢) الفيت هذه المادة بصدور قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وذلك حينما نصت المادة (١٤٧) منه على انه : " اولا - تلغى المادة (١٣) والباب الساد من المتن المواد (٤٤٤ - ٥٠٥) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . " .

(٣) القرار المرقم ١٧٤٣ ج ١٩٦٧/١٩٦٨ والمؤرخ ١٩٦٨/١/٢٥ ، مجلة القضاء ، العدد الثاني ، ١٩٦٨ ، ص ١٠٤ .

المشرع العراقي استمد المادة (١١٤٠) حرفياً من المادة (٩٤٢) من القانون المصري وتبعا لذلك فقد وردت فيه عبارة الثمن الحقيقي لأن المادة ٩٤٢ من القانون المصري تنصت تلك العبارة . وعلى كل حال فإننا نعتقد بأن قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد أبعد كل شك بهذا الخصوص عندما أشار بكل عراحة الى عدم جواز الدفن بالصورة نفسها التصرفات المسجلة في السجلات الدائمة وسجلات التسمية وسجلات التأييدات المينية وسورنا المصدقة وسنداتها حيث اعتبرها حجة على الناس كافة باستثناء حالة الدفن بالتزوير فيها . بل وحتى قبل صدور قانون التسجيل العقاري المشار اليه اعلاه فإن القضاء العراقي لم يجز الدفن بصورة التصرفات الواقعة على المقابر بعد تسجيل تلك التصرفات . (١) .

٢- اما الحجة التي تقول بان من المدالة ان يعطى غير المتماقين مكتسبة الدفن بصورة البيع المسجل في السجل العقاري لكي يتمتع المتماقين من الميث بحقوق غيرهما . فانه بالمقابل قد يؤدي الى نتائج خطيرة حيث ان هذا الدفن لا يقيد بحكم القواعد العامة في الاثبات بطريقة مسن الطرق . وانما يجوز للخير ان يضمن بصورة التصرف المسجل بكافة طسرى الاثبات نظرا لان المقصد لا يمتثل في حقهم سوى واقعة مادية . فاذا ابيع لهم هذا الدفن وعلى هذه الصورة فإن الشفيع يمكنه ان يأخذ المقسار بالثمن الذي يدفعه هو نفسه متى ما اشهد على ادعائه شاهدين وحسب ! ولا يخفى على احد ان في هذا من الخطر بحيث لا يمكن القول به على الإطلاق (٢) . وفي الاحوال الاخرى غير حالة الادعاء بالشفعة قد يسودي

(١) انظر : قرار محكمة التمييز المرقم ٥٨٣ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ والمصدرين ١٩٧١/٦/١٠ ، النشرة القضائية ، ١٩٧٢ ، العدد الثاني ، السنة الثانية ، ص ١٤٣ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ ، هامش رقم ٢ .

(٢) انظر : الدكتور عمار الصراف ، شرح عقد البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ ، فقرة ٣٦٧ ، انظر : ونفس المعنى عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٣٠٢ ، الدكتور عمار الصراف ، شرح عقد البيع فسي القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٣١ ، هامش رقم ١ .

اعطاء الحق للتفسير كدائني البائع في ابطال العقد الى الحاق الضرر بالمشتري . واذا كانت هذه الحالة قد عرضت على التشريع المصري ، فلماذا نفرسها نحن على انفسنا واستطاعتنا تجاوزها (١) . وهذا الصور يقبول الاستاذ محمد كامل مرسي " يجوز للشفيح ان يثبت بالبينة ان الثمن الوارد بالعقد يملو عن الثمن الحقيقي بقصد منه من استعمال حقه في الاخذ بالشفعة . لان الاثبات بالبينة جائز . ولكن تطبيق المبدأ المتقدم قسدا ينتج عنه حرر بليغ ، اذ ان البيع الصحيح يكون معرضا لنتيجة شهادة شهود كاذبين يأخذ الشفيح بمقتضاء العقار بثمن اقل من ثمنه الحقيقي ، لذلك يجب على القضاة ، كما قررت محكمة الاستئناف ان يشددوا باكثر ما يمكنهم قبل الحكم بالشفعة . " (٢) .

ونحن نميل الى ترجيح الرأي الذي يقول بان المنع الوارد في المادة (١٤٩) يصرى على المتعاقدين والغير سواء بسواء ، ذلك لان نصيحي كل مسن المادتين (١٤٩) مدني والمادة (١٠ ف ١) من قانون التسجيل المقارن صريحة كل الصراحة " ولا مساح لاجتهاد في مورد النص " (المادة ٢ مدني) اما عن الحجة التي تقول ، ان عبارة (الثمن الحقيقي) الواردة في المادة (١١٤٠) مدني ، يقصد بها الثمن الذي تم به البيع حقيقة وليس الثمن المسجل في دائمة التسجيل المقارن وقد يكون هذا الثمن اقل بكثير من الثمن المسمى الذي سجل في دائرة التسجيل المقارن لان المشرع استعمل عبارة (الثمن الحقيقي) ولم يستعمل عبارة (الثمن المسمى) وقد وجدنا ان هذه الحجج مردودة ولسبب جوهرى هو ان المشرع المراقى استعار هذا اللفظ من المشرع المصري في المادة (٩٤٢)

-
- (١) انظر : عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٣٠٢ .
 (٢) انظر : الاستاذ الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، ج ٣ ، في الاستيلاء والاتصاف والشفعة ، ط ٢ ، الطبعة الماليسية ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص ٤٦٤ .

اعطاء الحق للتفسير كدائني البائع في ابطال العقد الى الحاق الضرر بالمشتري . واذا كانت هذه الحالة قد عرضت على التشريع المصري ، فلماذا نفرسها نحن على انفسنا واستطاعتنا تجاوزها (١) . وهذا الصواب يقسول الاستاذ محمد كامل مرسي " يجوز للشفيح ان يثبت بالبينة ان الثمن الوارد بالعقد يملو عن الثمن الحقيقي بقصد منه من استعمال حقه في الاخذ بالشفعة . لان الاثبات بالبينة جائز . ولكن تطبيق المبدأ المتقدم قسود ينتج عنه حرر بليغ ، اذ ان البيع الصحيح يكون معرضا لنتيجة شهادة شهود كاذبين يأخذ الشفيح بمقتضاء العقار بثمن اقل من ثمنه الحقيقي ، لذلك يجب على القضاة ، كما قررت محكمة الاستئناف ان يشددوا باكثر ما يمكنهم قبول الحكم بالشفعة . " (٢) .

ونحن نميل الى ترجيح الرأي الذي يقول بان المنع الوارد في المادة (١٤٩) يصرى على المتعاقدين والغير سواء بسواء ، ذلك لان نصيحي كل مسن المادتين (١٤٩) مدني والمادة (١٠ ف ١) من قانون التسجيل المقارن صريحة كل الصراحة " ولا مساخ للاجتهاد في مورد النص " (المادة ٢ مدني) اما عمن الحجة التي تقول ، ان عبارة (الثمن الحقيقي) الواردة في المادة (١١٤٠) مدني ، يقصد بها الثمن الذي تم به البيع حقيقة وليس الثمن المسجل في دائسرة التسجيل المقارن وقد يكون هذا الثمن اقل بكثير من الثمن المسمى الذي سجل فسي دائرة التسجيل المقارن لان المشرع استعمل عبارة (الثمن الحقيقي) ولم يستعمل عبارة (الثمن المسمى) وقد وجدنا ان هذه الحجج مردودة ولسهب جوهرى هو ان المشرع المراقى استعار هذا اللفظ من المشرع المصري في المادة (٩٤٢)

-
- (١) انظر : عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٣٠٢ .
 (٢) انظر : الاستاذ الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، ج ٣ ، في الاستيلاء والاتصاف والشفعة ، ط ٢ ، الطبعة الماليسية ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص ٤٦٤ .

مدني بصرى ، والتشريع المصري يجيز الطعن بسورية عقد البيع الوارد على المقار والمجل لأنه يعتمد نظام التسجيل الشخصي على خلاف التشريع العراقي الذي يأخذ بنظام التسجيل الميني وقد عرفنا ان هذا النظام محكم ولا يجوز الطعن بالتسجيل طبقا له . فالتسجيل حجية مطلقة وعلى الناس كافة (١) .

المطلب الثالث

بطولان التسجيل

ان عقد البيع غير المسجل الوارد على المقار لا ينقل الملكية لوحده وذلك في القوانين التي لا تفصل بين المقد النسي . لالتزام وبين واقعة التسجيل باعتبارها المصدر الوحيد لنقل الملكية المتعارية سواء تلك القوانين التي تنهج نظام التسجيل الشخصي ام نظام التسجيل الميني (٢) ، كذلك لا ينقل التسجيل لوحده الملكية ما لم يكن التصرف الوارد على المتار صالحا من جميع الوجوه ، فالتسجيل ما هو الا وسيلة لاعلان التصرفات المقصود بها نقل الحقوق المدنية (٣) . فالتسجيل اذن ركن من اركان العقد في التصرف المتعارى بحيث لا يعتمد به قانونا ، وهذا يعني ، ان التصرف والتسجيل في التصرفات المتعارية هما قسي

- (١) وقد نصت المادة (٢٢) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٢٩ على ان : "اولا - السندات الرسمية حجة على الناظرين فيها من امور قام بها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه او وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالبارق المقررة قانونا . اما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات واقرارات فيجوز اثبات عدم صحتها طبقا لاحكام هذا القانون . ثانيا - تعتبر من قبيل السندات الرسمية ، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع واحكام المحاكم وسجلات التسجيل المتقار وما هو في حكم ذلك ."
- (٢) انظر : الدكتور عمار الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٢ ، هناك رقم (١) .
- (٣) انظر : الدكتور عمار الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٢ ، الاستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ١١٨ .

حقيقة الامر ، هل قانوني موجد ، يترتب على اتعاه ، اكتساب المتصرف اليه الحق
الديني المقارن المتصرف فيه .

وقد قصد المشرع العراقي عند وضع تصور قانون التسجيل المقارن انفسه
قد حقق التوافق التام بين الحكم المقرر للتصرف المقارن في الفقه الاسلامي وبين
ما استقر عليه العمل في دوائر التسجيل المقارن ، يلزم التسجيل في التصرفات
المقارنة كافة .

ان الحكم المقرر في الفقه الاسلامي للتصرفات المقارنة ، انها بذاتها
تكتسب المتصرف اليه ملكية الدين محل التصرف (١) .

ويقتضي التوثيق بين التكمين ، الحكم القاضي بان التصرف المقارن بذاته
هو الذي يكتسب الحقوق الدينية المقارنة ، والحكم القاضي يلزم التسجيل فسي
التصرف المقارن لاكتساب المتصرف اليه الحق الديني المقارن . هو في جملة
اخذها تابعها للاخر ما دام كلاهما لازمين للشرع ذاته وان نفاذ حكمها مما لا
منع منه .

ولما لم يكن ممكنا وفقا للقواعد الموسومة في القانون المدني ، ان يتيح التصرف
التسجيل ، بحكم ان التصرف هو الذي يكتسب الحقوق الدينية عامة ، وصورة مباشرة ،
وفقا للحكم المقرر في الفقه الاسلامي ومجلة الاحكام الصادرة من ثم في القانون
المدني ، فلا بد اذن من تسمية التسجيل للتصرف ، حتى يترتب على اجتماعهما
نفاذ الحكم المترتب على كل منهما . وتتمين هذه التسمية في اعتبار التسجيل ركنا
من اركان الانعقاد في التصرفات المقارنة واجبة التسجيل في دائرة التسجيل
المقارن ، بحيث لا تنشأ هذه التصرفات ولا يترتب لها بالتالي حكمها القانوني
فيما بين المتصرف والمتصرف اليه والاعيار الا بالتسجيل في السجل المقارن (٢) .

(١) انظر : الدكتور المنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع ، ج ٦ ، ص ٥٥ .

(٢) انظر : عبدالمزیز حساني ، التصرف المقارن ، المصدر
السابق ، ص ٣٢ .

لذلك ينبغي لانتقال الملكية بالبيع ان يكون هناك عقد صحيح خال من عيوب
الارادة صادر عن مالك فاذا كان عقد البيع باطلا لسبب او لآخر من اسباب البطلان
فان تسجيل هذا العقد في السجل العقاري لا ينقل الملكية الى المشتري . كذلك
عقد البيع الوارد على المقار اذا كان صادرا من غير مالك فلا ينقل الملكية الى
المشتري حتى ولو سجل في السجل العقاري . ومن الممكن تسور حدوث النقل
والتسجيل من شخص غير مالك في نظام التسجيل الميني اذا تقدم هذا البائع على
انه هو المالك الحقيقي بوثائق ومستندات مزورة ثبت تزويرها بعد التسجيل (١) .
كذلك ان التسجيل لا يمنع من المطالبة بابطال عقد البيع الوارد على المقار اذا
تبين ان الارادة غير سليمة او شابها عيب من العيوب ومبرر عن ذلك بان التسجيل
في السجل العقاري لا يصح عقدا باطلا (٢) . وقد قالت محكمة النقض المصرية
في هذا الخصوص ان من الخطأ القول بأن الملكية العقارية تنتقل بالتسجيل وحده
بل هي تنتقل بأمرين احدهما اصلي واساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية
وثانيهما تمثلي ومكمل هو التسجيل فاذا انعدم الاول فلا ينبغي منه مجسـسـرد
التسجيل (٣) .

اذن فالتسجيل لا يمنع من طلب الحكم ببطلان عقد بيع المقار . اما بشأن
ابطال التسجيل في ظل قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، فانه من
الصعوبة بمكان لدقة الاجراءات التي تجرئها دائرة التسجيل العقاري ، ولكن مع
ذلك قد تظهر اسباب موضوعية تدعو الى الابطال ، لذلك نظم قانون التسجيل
العقاري احكام البطلان فنص في المادة (١٣٩) على انه " ان يتم ابطال التسجيل

-
- (١) انظر : الدكتور عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،
المصدر السابق ، ص ٤٣٢ ، هامش رقم (٢) .
 - (٢) انظر : الدكتور عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،
المصدر السابق ، ص ٤٣٢ ، الاستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ، شرح
احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١١٨ .
 - (٣) انظر : الدكتور عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،
المصدر السابق ، ص ٤٣٢ ، بالاشارة الى نقض مصري ١٩٤٣/٧/٣ مجموعة
محمود عمر ، العدد الرابع ، رقم ٦٧ ، ص ١٨٣ .

المقارى استنادا الى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لاحكام هذا القانون اما اذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز ابطاله الا بكم قضائي حائز درجة البتات * ٢- اذا ابطال التسجيل يطل السند فيما له " يصدر قرار الوزير بابطال التسجيل * بسبب مخالفة التسجيل لاحكام القانون او استنادا الى وثائق او بيانات غير قانونية عند تمذرا اصلاحها بالطرق الاصولية * وذلك بناء على توصية الهيئة الاستشارية في مديرية التسجيل المقارى العامة المؤيدة من المدير العام (١) * واذا حكم بالبطالان * فان ذلك يودي الى اعادة الحقوق المينية الاصلية في المقار الى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد * اى قبل التسجيل * لان انه يندم ركن من اركان العقد يطل ذلك العقد (٢) *

هذا ويتبع بطلان التسجيل بطلان السند الذى صدر فيما للتسجيل حكما (المادة ١٣٩ ف ٢ من قانون التسجيل المقارى) *

وبخصوص ابطال التسجيل المقارى * استنادا للمادة (١٣٩) من قانون التسجيل المقارى * بقرار من وزير المدل قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي * نصت المادة (١٤٠) من نفس القانون بانه : " يصدر الوزير قراره بالابطال بسبب مخالفة التسجيل لاحكام القانون او استنادا الى وثائق او بيانات غير قانونية عند تمذرا اصلاحها بالطرق الاصولية وذلك بناء على توصية الهيئة الاستشارية في مديرية التسجيل المقارى * استنادا للمادة (١٤٠) من قانون التسجيل المقارى *

- (١) انظر : المادة (١٤٠) من قانون التسجيل المقارى *
- (٢) تنص المادة (١٣٨) بدني على انه : " ١- العقد الباطل لا ينقصد ولا يفيد الحكم اصلا * ٢- فاذا بطل العقد يمد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتمسك طرفا * " وتنص المادة (١٤١) من قانون التسجيل المقارى على انه : " ١- عند ابطال التسجيل الميني تمام الحقوق المينية الاصلية فسي المقار الى الحالة التي كانت عليها قبل التسجيل * ٢- تعتبر جميع الحقوق المينية التسمية واشارات الحجز الواقعة بعد التسجيل باطلا فيما لابطال التسجيل الميني * " *

التسجيل العقاري العامة المؤيدة من المدير العام * .

وتلبيق هذه المادة يقتضي ما يلي :

اولا - ان يكون التسجيل مخالفا لاحكام القانون ومستندا الى وثائق وبيانات غامضة
قانونية : حيث ان البيانات التدقيق اذا وجدت في معاملة التسجيل نواقص
واخطاء جوهرية تؤثر على صحة التسجيل ومن امثلة هذه النواقص والاطلا تسجيل
معاملة افراز خالفا لاحكام نظام الطرق والبنية ، او كانت مساحة القطع المسجلة
اقل من الحد الاقتصادي المسموح في قانون تنظيم الحد الاقتصادي في الاراضي
رقم ١٣٢ لسنة ١٩٧٦ ، او تسجيل وقف او وصية على حق التصرف في الاراضي
الملوكة للدولة خالفا للمادة (١١٧٢) من القانون المدني ، او كانت الوثائق
والبيانات التي استند عليها التسجيل غير قانونية ، كاستناد التسجيل على وكالة
منى على تنظيمها خمسة عشرة سنة خالفا لحكم المادة (٢٠١) من قانون التسجيل
المقاري ، او كان الموكل متوفيا اثنا تسجيل التصرف بموجب الوكالة لان الوكالة
تنتهي بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية او بانتهاء العمل الموكل
فيه او بانتهاء الاجل المسموح للوكالة (م ٩٤٦) من القانون المدني ، او كان الوكيل
ممنولا وسجل التصرف المقاري نيابة عن الموكل ، او عدم التقيد بالمواعيد القانونية
بالنسبة لاعلان التسجيل المجدد ، او عدم صحة البيانات المقدمة لاثبات الحوسبة
وفيرها من المخالفات - ترفض تصديق المعاملة ، وما عليها الا رفع تقرير بذلك
الى مدير التدقيق الذي يرفعه بدوره مع معاملة التسجيل الى مدير التسجيل المقاري
العام لاحالة المعاملة الى الهيئة الاستشارية في مديرية التسجيل المقاري العامة
للنظر فيها وتدقيقها وفقا للاصول ومن جميع الوجوه في ضوء الاعتراضات المرفوعة
من قبل هيئة التدقيق ، وملاحظات دائرة التسجيل المقاري المختصة ومطالبة
مدير التدقيق او مدير الحقوق ، فاذا وجدت الهيئة الاستشارية ان معاملة تسجيل
التصرف المقاري مخالفة لاحكام قانون التسجيل المقاري والقوانين الاخرى ذات الصلة
ترفع توصيتها بابطال التسجيل (١) .

(١) انظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل المقاري ، ج ٢ ، المصدر

السابق ، ص ١٠٧ .

ثانياً - تمذد اصلايح المخالفة القانونية واكمال النواقص في الوثائق والبيّنات
المستند اليها التسجيل بالطرق الاصولية :- حيث ان هناك مخالفات
قانونية واخطاء ونواقص من شأنها ان تؤثر على صحة تسجيل التصرف الوارد على
عقار ، ولكن يمكن علاجها واصلاحها بطريقة اصولية كاعتراف الورثة بالبيع بالنسبة
للكالة المنتهية بموت الموكل ، فاذا اقر الوكيل بالبيع رغم ان وكالته قد انتهت
بموت موكله بتاريخ سابق لتاريخ الاقرار بالبيع ، واعترف الورثة الذين هم الخلف
النام للموكل ، فعلا شائبة على الاقرار بمداعتراف الورثة (١) .

اذن عند وجود مخرج قانوني لاكمال النقص وتصحيح الخطأ لا يلجأ الى
الابطال وترفع الهيئة الاستشارية توصيتها بتصحيح الخطأ واكمال النواقص ، فيتم
اعادة المعاملة الى دائرة التسجيل العقاري المختصة لاكمال النواقص .

ولكن في الحالات التي يتمذد فيها اصلايح المخالفة القانونية واكمال النقص
وتصحيح الخطأ ، كتمذد اخذ اعتراف الورثة بالبيع او اعتناح الموكل عن تجديد سند
او تأكيد الوكالة المنتهية بمعنى المدة القانونية ففي مثل هذه الحالة ليس للهيئة
الاستشارية الرفع توصيتها بابطال تسجيل التصرف الوارد على عقار (٢) .

ثالثاً - صدور توصية الهيئة الاستشارية في مديرية التسجيل العقاري المأمومة
بابطال تسجيل التصرف الوارد على عقار ، على ان تكون التوصية مؤيدة
من مدير التسجيل العقاري النام :- حيث ان وجود هذه المخالفات
القانونية والاطا والنواقص لا تكفي لوحدها لاصدار الوزير قراره بابطال التسجيل
بل لا بد من ان يقتنن ذلك بتوصية الهيئة الاستشارية على ان تحظى هذه
التوصية بتأييد من مدير التسجيل العقاري النام ، فتوصية الهيئة الاستشارية
بابطال التسجيل غير كافية لوحدها ، كما ان تأييد المدير العام بالابطال يسدون

(١) انظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج ٢ ،
المصدر السابق ، ص ١٠٨ .

(٢) انظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج ٢ ،
المصدر السابق ، ص ١٠٩ .

وجود توصية من الهيئة الاستشارية لا يكفي لوحدها أيضا ، لان الشروط التي حددتها المادة (١٤٠) من قانون التسجيل العقاري يجب ان تكون متبعة لتكون بالتالي اساسا يستند عليه الوزير عند اصدار قراره بالابطال .

ترى ما هو الحل الواجب في حالة نشوء خلاف بشأن التوصية بين المدير العام والهيئة الاستشارية ؟

نقدم القول بأن توصية الهيئة الاستشارية بابطال التسجيل لوحدها غير كافية ، كما ان تأييد المدير العام بموقع الخطأ القانوني لوحده دون توصية الهيئة الاستشارية لا يكفي لاصدار الوزير قراره بابطال التسجيل . ولكن في الحياة العملية يمكن ان تصدر الهيئة الاستشارية توصيتها بابطال التسجيل او بصحته ولكن المدير العام لا يقتنع بتوصية الهيئة الاستشارية ولا يؤيدها .

لم يعالج قانون التسجيل العقاري هذه المسألة رغم انها تشكل واقعة قانونية تحتاج الى التوفيق بين وجهات النظر المتعارضة ، وهذا يعتبر نقضا في التشريع لم يحسب له المشرع حساب لانه نادر الوقوع لافتراض الانسجام بين المدير العام والهيئة الاستشارية . ولكن في التطبيق العملي تحصل حالات من هذا النوع تحتاج الى ايجاد حل لها .

والاحظ عند حصول خلاف بخصوص التوصية بين المدير العام والهيئة الاستشارية ، يصرغ المدير العام بموضع الخلاف على الوزير او يحال من قبله الى مجلس شورى الدولة (ديوان التدوين القانوني سابقا) لتدقيق المعاملة من الناحية القانونية وابسدا رأيه فيها ، فان ايد مجلس شورى الدولة رأى الهيئة الاستشارية ووافق الوزير عليه فيكون المدير العام ملزما باتباع قرار مجلس شورى الدولة (١) . وعندئذ يصاد النظر في الموضوع من قبل المدير العام والهيئة الاستشارية في ضوء قرار مجلس شورى الدولة وتصدر الهيئة توصيتها بموجبه ويؤيدها المدير العام بموجبه ايضا ، وبمسند ذلك ترفع التوصية الى الوزير اذا كانت صادرة بالابطال .

ومن نافلة القول ان الهيئة الاستشارية غير مخولصة بتعديق معاملتها

(١) انظر المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة

تسجيل التصرف الوارد على عقار في حالة موافقتها للقانون وما عليها الا رفع توصية
بصفة التسجيل الى مدير التسجيل العقاري العام وعند تأييدها من قبله يطلب
من هيئة التدقيق اعادة تدقيق معاملة تسجيل التصرف العقاري بموجب توصية الهيئة
الاستشارية وتنديقها * ولا يحق لهيئات التدقيق او الدوائر المختصة بمذ ذلك
الاصرار على وجهة نظرها لان التوصية تكون ملزمة لهما * وكل ما تقدم لا يخل بحقوق
المتضرر من مراجعة القضاء لاثبات الخلل (١) .

ومخصوصا الخالف بين المدير العام والهيئة الاستشارية فقد جاء في قرار
لديوان التدوين القانوني في ١٥/١٠/١٩٧٨ بانه : " (١) لما كانت المادة
(١٤٠) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد اشترطت لسدور قرار
الوزير بابطال التسجيل العقاري (بسبب مخالفته لاحكام القانون واستنادا الى
وثائق او بيانات غير قانونية يتمذرا اصلاحها بالطرق الاعولية) وجود توصية من الهيئة
الاستشارية يؤيد هذا مدير التسجيل العقاري العام * ولما كانت الهيئة الاستشارية
قد اوصت بتنديق المعاملة وليس بابطالها * فعملية يرى الديوان ان عدم قناعة
المدير العام للتسجيل العقاري بتوصية الهيئة الاستشارية لا تكفي وحدها لطلب
ابطال المعاملة بسبب عدم توافر الشروط المنصوص عليها في المادتين (١٣٩ و ١٤٠)
من قانون التسجيل العقاري * (٢) اما بعدد المبررات القانونية التي اوردتها
الهيئة الاستشارية بتوصيتها المتخذة بتاريخ ٢٠/٩/١٩٧٧ حول الموضوع المستفسر
عنه فان الديوان يؤيد وجهة النظر الواردة فيها وكونها تستند الى اسباب قانونية
لا تمارض واحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للزراعة رقم ١٣٧ لسنة
١٩٧٦ منها وان مديرية بلدية كربلاء بكتابتها المرقم ١٥٦٢٣ والمسمى
١٩٧٦/١١/٢٤ قد بينت بان القطعة موضوع الاستيضاح تقع خارج حدود البلدية
وان رئاسة المنطقة الزراعية لمحافظة كربلاء قد ايدت عدم معارضتها من اجراء هذه
المعاملة بكتابتها المرقم ١٠٣٨٤ في ٣٠/٥/١٩٧٧ * .

(١) انظر : مصداقسي مجيبه * شرح قانون التسجيل العقاري ج ٢ ،
المصدر السابق ، ص ١١٠ .

" المبحث الرابع "

ملاقة بيع العقار بنظام التسجيل العقاري (١)

ان اجراء التسجيل يختلف اثره من تشرح الى آخر من التشريعات المالية .
فهناك اتجاهات اربعة ، كل اتجاه يرتب اثرا معيناً على التسجيل . فنتناول هذه
الاتجاهات الاربعة بايجاز غير مغل قبل شرح نظام التسجيل في القانون العراقي (٢) .

المطلب الاول اتجاهات التشريعات المصرية والمالية

الاتجاه الاول : مجوعة القوانين التي تعلق انتقال الملكية في مواجهة الغير فسي
بيع العقار على التسجيل :

ان اثر التسجيل هنا يقتصر على سريان انتقال حق الملكية من طريق البيع
في مواجهة الغير ، فالمقد هنا ينمقد ويكون صحيحاً ، وينفذ بين المتعاقدين ،

- (١) يستخدم الدكتور عا مر الصراف لفظ الشهر العقاري بدلا من نظم التسجيل
المقاري ، وذلك تأثرا منه بالكتاب المصري ، ان مصطلح نظم الشهر
المقاري لا ينسجم وتانون التسجيل المقاري الحالي ، انظر موله عقد البيع
في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٤ ، انظر لنفسه
المؤلف بحث بعنوان بيع المقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، منشور
في مجلة المدالة التي تصدرها وزارة العدل ، العدد الرابع ، النسخة
الثانية (تشرين الاول - تشرين الثاني - كانون الاول) ١٩٧٦ ص ٨٧٨ .
- (٢) انظر : الدكتور عا مر الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ، ص ٨٧٩ .
اثرنا ان نأخذ بتقسيم الدكتور عا مر حسن الصراف لاتجاهات التشريعات
المالية في الطبيعة القانونية للتسجيل في عقد البيع لانه تقسيم سلس
وسهل . على ان الدكتور الصراف يذهب الى اعتبار اتجاه التشريع الانكليزي
والتشريع السوداني اتجاهات مستقلة لوحده ، ولكن في الحقيقة انه نفس
اتجاه المشرع المصري ومن في حكمه ، لان الاثر الذي رتبته المشرع
الانكليزي على المك ومن ثم التسجيل نفس الاثر الذي رتبته المشرع المصري
والتشريعات الاخرى التي اخذت بحكم القانون المصري .

فهو عقد رهنائي بما ومن المتعاقد من جالا انه لا يحد نافذا في مواجهة الغير الا
بعقد التسجيل . ومن القوانين التي اخذت بهذا الاتجاه ، القانون الفرنسي ،
اما من القوانين السرية ، فالقانون التونسي ، هو القانون السري الوحيد الذي
ملك مملك القانون الفرنسي (١) .

ان هذا الاتجاه قد يثير من الناحية العملية كثيرا من المنازعات ، ففقد
يتم المالك ببيع العقار موتين ، فالا يسجل التصرف باسم المشتري الأول ، وانما
يسجله باسم المشتري الثاني ، فلا يكون عند ذلك غير عقد البيع الثاني هو النافذ
بعق النير .

الاتجاه الثاني : مجموعة القوانين التي تعلق انتقال الملكية بوجه عام في بيع
العقار على التسجيل :

ان هذا الاتجاه يعني بأنه لا تنتقل ملكية العقار في عقد البيع لا بالنسبة
للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل لدى الدائرة المختصة حسب النظام
المتبع في التسجيل .

ان اغلب التشريعات المدنية السرية اخذت بهذا الاتجاه وعلى رأسها
القانون المدني المصري في المادة (١٣٤ ف ١) والتي نصت على انه : " فسي
المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق الميمنية الاخرى سواء اكان ذلك فيما
بين المتعاقدين ام كان في حق الغير ، الا اذا روعيت الاحكام المبينة في قانون
تنظيم الشهر العقاري " ونصت المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري
المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على ان " جميع التصرفات التي من شأنها انشاء
حق من الحقوق الميمنية العقارية الاصلية او نقله او تغييره او زواله ، وكذلك الاحكام
النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه
التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها
لا تنشا ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم .

(١) انظر : الدكتور عباس الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ،
جزء ٨٧٩ وما بعده .

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بمسمين ذوي الشأن" (١) ، ونصت المادة المباشرة من نفس القانون على أن : " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق المدنية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، وترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويصرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً مورثة " (٢) .

الاتجاه الثالث : مجموعة القوانين التي تنطبق إبرام بيع المقار على التوثيق ، ونقل ملكية المقار على التسجيل :

من القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري (٣) .

فمقتد بيع المقار في القانون الألماني كتصرف قانوني وارد على المقار ، لا ينمقد إلا بالتوثيق لدى الكاتب العدل أو القاضي ، وانمقاده بهذه الصورة لا يرتب سوى التزامات شخصية ، أما انتقال الملكية العقارية كأثر مترتب على بيع المقار فلا يتم إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة (٤) . وقد نصت المادة (٣١٣) من القانون الألماني على أن : " المقتد الناقل لملكية عقار يجب توثيقه أمام القضاء أو لدى موثق المقتود ، أما المقتد الذي يبرم من دون مراعاة هذا الشكل فأنفسه

(١) انظر : الدكتور المنهوي ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٦٣ .

(٢) انظر : الدكتور المنهوي ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٦٤ ، من القوانين العربية التي أخذت بهذا الاتجاه القانونيون الليبي ، الجزائري ، المغربي ، السوري ، اللبناني ، والقانون الكويتي والسوداني . ومن القوانين الأجنبية القانون الانكليزي ، انظر : الدكتور عباس الصراف ، مجلة العدالة ، المصدر السابق ، ص ٨٨٤ - ٨٩٢ .

(٣) انظر : الدكتور عباس الصراف ، مجلة العدالة ، المصدر السابق ، ص ٨٩٢ .

(٤) انظر : الدكتور عباس الصراف ، مجلة العدالة ، المصدر السابق ، ص ٨٩٣ - ٨٩٤ .

يقع صحفاً في كل مضمونه إذا انتقلت حيازة العقار إلى المشتري ويجرى تسجيله في السجل العقاري. (١) • إذن المقعد الذي لا يوثق أمام الكاتب العدل أو القاضي يكون عقداً صحيحاً في القانون الألماني ولكن بشرطين: أولهما أن يحصل تسليم العقار من البائع إلى المشتري • وثانيهما أن يجري تسجيله في السجل العقاري • وقد أوضحت المادة (٨٧٣) من القانون الألماني كيفية انتقال ملكية العقار بعد إبرام التصرف المكي بمقتضى المادة (٣١٣) فقضت بأنه: "يلزم للتصرف بنقل ملكية عقار أو ترتيب حق عيني آخر عليه اتفاق إرادة الطرفين ثم تسجيل هذا الاتفاق في السجل العقاري • وقبل التسجيل لا يرتبط المتعاقدان بما اعتقا عليه بعد ذلك إلا إذا جرى تحرير اتفاقهما أمام القضاة أو لدى موثوق المقعد أو إذا تم هذا الاتفاق في المكتب العقاري أو جرى إخطاره به أو إذا أصدر المصرف تصريحاً يعلن فيه رضاه بقبول التسجيل للمصرف إليه في المجلد العقاري. (٢) •

فمقد بيع العقار في القانون الألماني عقد شكلي • وقد يبرر هذا الاتجاه بأنه حماية للمشتري لكي يتروى كثيراً عندما يقدم على شراء عقار معين • فالقانون الألماني كما وجدنا أخذ بمبدأ عدم انتقال ملكية العقار إلا بالتسجيل • أما التصرف الناقل للملك فيشترط لإبرامه شروطاً شكلية خاصة (٣) •

-
- (١) انظر: الدكتور عمار الصراف • مجلة العدالة • المصدر السابق • ص ٨٩٢ • هامش رقم ٢٩ •
- (٢) انظر: الدكتور عمار الصراف • مجلة العدالة • المصدر السابق • ص ٨٩٣ - ٨٩٤ •
- (٣) انظر: الدكتور عمار الصراف • مجلة العدالة • المصدر السابق • ص ٨٩٤ • الدكتور محمود أبو عافية • المصدر السابق • ص ٢٠ • حيث يقول: "نفي القانون الألماني - كما كان الحال في القانون الروماني - يفصل المشرع بين التصرف المنشئ للالتزامات والتصرف الناقل للملكية • وينبغي على هذا الأخير صفات التجريد فأعداً عمله فصلاً تاماً عن التصرف الأول • فالبيع العقاري مثلاً • يتم بمجرد التراضي ويقتصر أثره على إنشاء الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين • ومنها - بالنسبة للبائعين - الالتزام بنقل الملكية • أما نقل الملكية فعلاً من ذمة البائع إلى ذمة المشتري • فيقع في العقار بناءً على تصرف شكلي يعمد أمام موظف مختص •

وكذلك القانون السويسري أخذ بنفسه الاجتهاد ، فاشتراط لانتماء المقتصد
الوارد على عتار اينما التوثيق بوثقة رسمية ، ومن ثم التسجيل في دائرة التسجيل
لأجل انتقال الملكية العقارية ولكن ومع ذلك فان القانون الالمانى احتاط أكثر
وسجل على أطراف المساقعة صلية نقل الملكية فإذا سلم البائع المشتري المقار محل
التصرف ، أى نقل المعاينة الى المشتري ومن ثم جرى تسجيله في السجل العقاري ،
فان المقتد يكون صحيحاً وثامناً دون حاجة الى التوثيق لدى موثق العقود (١) .
ومختصر قواعد نقل ملكية المقار في القانون السويسري فقد نصت المادة
(٢١٦) من قانون الالتزامات السويسري بأن : " بيع المقار لا يتمقصد الا
إذا كتب في ورقة رسمية " . ونصت المادة (٦٥٦) من القانون المدني السويسري
في فقرتها الاولى على ان : " القيد في السجل العقاري ضروري لكسب الملكية
العقارية " . وقررت المادة (٦٥٧) من القانون المدني السويسري القاعدة العامة
التي تعتبر المادة (٢١٦) تطبيقاً لها بأن : " العقود التي يكون موضوعها
نقل الملكية لا تكون صحيحة الا اذا اجريت وفقاً للشكل الرسمي " . ونصت المادة
(٩٦٥) من نفس القانون على ان : " لا يجوز اجراء اية معاملة تتعلق بالمسجل
العقارى (مثل القيد او التمييز او الشطب) قبل ان يقوم طالب التسجيل باثبات

= ثم يسجل في دفتر خاص يسمى بالسجل العقاري (المادة ٨٧٣ مدني
المانى " ؛ الدكتور منصور محمود وجهه ، نظام المسجل المدني وأدخاله
في الاقليم المصرى ، القاهرة ١٩٦١ ، ص ٧٥ ، حيث يقصد :
" والاتفاق بين المتصرف والمكتسب الذى تتطلبه المادة (٨٧٣) مدني
المانى حتى يكون هناك نقل ملكية عتار ، يتحقق بحضور الطرفين أمام
القاضي ، والتبشير عن ارادتين متقابلتين احداًهما بالتصرف في الحق
والاخرى باكتساب الحق . والقاضي يصطفيهما السند المتضمن لهذا
الاتفاق ثم يتكفل بتنفاذه بالاشراف على قيده في المسجلات العامة . والتصرف
الذى لا يتم في هذه الصورة يكون باطلاً ولا اثر له اذا جرى القيد رغم
ذلك ، فان المسجل المدني يكون غير صحيح ويكون الطلب تصحيحه طبقاً
لمصر المادة ٨٩٤ مدني . اما اذا جرى التصرف طبقاً لهذه الاجراءات
فان الملكية تنتقل " .

(١) انظر : الدكتور عمارى الصراف ، مجلة المداهة ، المصدر السابق ،

ص ٨٩٥ - ٨٩٧ .

عنه في التصرف وفي السند الذي يستند اليه لاجرائها ومستطاع تأييد
سند بانها اتباعه الشكل المطلوبة . (١) .

ويقول الدكتور عمار الصراف بخصوص نظام الشهر العقاري المتبع في الاتحاد
المصري : " اما من حيث الاندماج بنظام الشهر فلا شك في ان النظام المعمول به
في الاتحاد المصري يعتبر من خيرا الانظمة على المستوى العالمي " (٢) .

الاتجاه الرابع : مجموعة القوانين التي تملق انعقاد بيع المقار ونقل الملكية
على التسجيل :

ومن هذه التشريعات القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية
والقانون المدني الاردني ، والقانون المدني العراقي (٣) .

فالقانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفياتية يشترط
لانعقاد التصرف الوارد على عقار ، الشكل الكتابي او التوثيق ومن ثم التسجيل
لدى اللجنة التنفيذية لمجلس نواب الكادحين بالمنطقة او المدينة ، هذا اذا كان
عقد الشراء والبيع لبيت سكني او جزء من بيت موجود في المدينة او في بلد تشيوسه
المدينة بصفاتها ، اما اذا كان عقد الشراء والبيع لبيت سكني او جزء من بيت موجود
في مكان ريفي مأسول فيجب ان يبرم في الشكل الكتابي ويسجل لدى اللجنة التنفيذية
للمجلس القروي لنواب الكادحين ، ويؤدي عدم مراعاة هذه القواعد الى بطلان

(١) انظر : جميع النصوص اعلاه في بحث الدكتور عمار الصراف ، مجلة المدالة ،
المصدر السابق ، ص ٨٩٥ .

(٢) انظر : الدكتور عمار الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ، ص ١٢١ ،
ص ٨٩٢ ، الدكتور منصور محمود وجيه ، المصدر السابق ، ص ١٢١ ،
حيث يقول تحت عنوان تفوق التشريع المصري على التشريعات السابقة
في مضمون الشهر العقاري : " والنظام المصري هو بكل تأكيد اكبر
النظم اتقانا في الوقت الحاضر ، ان يجمع المزايا الاساسية لكل من
النظامين الالمانى والاسترالى ، ويتميز بوجود مساحة تفصيلية مثالية كما
يمتاز بانه يقضي بقيد حقوق الارتفاق وكافة الحقوق الصينية الاخرى بالانفاذ
الى قيد حق الملكية والرهن " .

(٣) انظر : الدكتور عمار الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ،
ص ٩٠٧ .

المقد (١).

في القانون الاردني : يقول الدكتور منذر عبد الحسين الفاضل : " اذا كان نقل الملكية من آثار عقد البيع ومن التزامات البائع الاساسية حيث تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع الا اذا نص القانون او الاتفاق على خلاف ذلك ، فان المشرع الاردني قد اخذ بهذا المبدأ ولكنه اوضح بشأن نقل ملكية العقار في المادة (٤٩٦) مدني اردني ما يلي : " اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري تسليماً للمبيع في حالة معينة او اذا اوجبت النصوص التشريعية اعتبار بغير الحالات تسليماً اعتبر التسليم قد تم حكماً " . والتسليم العكسي نصت عليه المادة ٤٩٧ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها ما يلي : " يتم التسليم حكماً بتسجيل البيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي " .

يتضح من ذلك ان المشرع الاردني لم ينص على الملكية في بيع العقار على انها ركن في انعقاد عقد البيع وانما اعتبر هذا العقد رضائياً يكفي لانعقاده توافراً لكان المقد الاساسية . وان كنا نعتقد ان اللجنة المكلفة باعداد مشروع القانون المدني لم تكن موفقة في صياغة النصوص المتعلقة بنقل ملكية العقار " (٢) .

ولكن رأى الدكتور منذر الفاضل محل نذر لان المادة (١١٤٨) مدني اردني صريحة كل الصراحة ، حيث نصت على ان : " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق المبنية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق النير الا بالتسجيل وفقاً لاحكام القوانين الخاصة به " . ونصت المادة (١١٤٩) من نفس القانون على انه : " التصديق بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتمان اذا اخل احد الطرفين بتعهداته

(١) انظر المادة (٢٣٦) من القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفياتية ؛ وانظر : الدكتور عباس الصراف ، المصدر السابق ، ص ٩٠٩ - ٩١٠ .

(٢) انظر : الدكتور منذر عبد الحسين الفاضل ، التصديق بنقل ملكية العقار صوف القضاء الصراحي منه ، مجلة الحقوق ، العدد ٤١ ، الصفحة الخامسة عشرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٦٠ و ١٦١ .

موا. اكان التمهيد قد اشترط في التصديق ام لم يشترط*.

ملاحظة: ان ندر المادة (١١٤٩) مدني اردني شبيه بندر المادة (١١٢٧)

مدني عراقي. الا ان صياغة النصوص المراتي ادى من صياغة النص الاردني. حيث
ان صياغة النص الاردني غير دقيقة وغير موفقة. وقد نصت المادة (١٦) من قانون
النسبة الاردني على انه: "في الاماكن التي تمت التسمية فيها لا يعتبر البيع
والبيادة والامتياز والمقاسمة في الاراضي صحيفا الا اذا كانت المعاملة قد جرت
في دائرة التسجيل العقاري" (١). من هذا يتبين ان التصرفات الواردة على
الاراضي لا تتخذ صيغة الا بالتسجيل لدى الدائرة المختصة. ويقبول
حسن الفكهاني: "جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق
المينية الاعلى او نقله او تغييره او زواله. وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء
من ذلك يجب شهرها بدائرة التسجيل. ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق
المنارة اليها لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى
غيرهم". (٢). ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية
بين ذوي الشأن. ويلاحظ ان هذا النظام القانوني للمقار. لا تنطبق احكامه
الا بالنسبة للحقوق المينية الاعلى او التسمية التي ترد على عقار. والمشعر
الاردني يفرق بالنسبة للمقارات بين التصرفات التي تنشأ او تنقل او تنسب او
تنهي حقا عينيا اصليا. وبين التصرفات التي تكشف عن حق عيني اعلى او التسي
تنشأ او تقرر حقا عينيا تبعا. فبالنسبة للدائرة الاولى يربط بين اثر التصرف او
انتاج اثر التصرف سواء فيما بين ذوي الشأن اى الاطراف. او بالنسبة للتفسير
وبين اشهاره بطريق التسجيل. ايا كان الاثر الذي يمكن للتصرف ان يؤدي اليه.

(١) انظر: الدكتور جمال الصراف، مجلة المدالة، المصدر السابق.

١٩٩٠.

(٢) انظر: حسن الفكهاني - محام - الوسيط في شرح القانون المدني
الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، الجزء الاول، الدار العربية للموسوعات،
القاهرة ١٩٧٨، ص ٤٨٠.

أما بالنسبة للمدانة الثانية وفيها يصح المبرع التصرف الكاشف عن حق عيني اعلى والتصرف العيني لحق عيني تهمي في مجوعة واحدة ، فان هذه التصرفات تنفي اثرها فيما بين ذوي الشأن او الاطراف دون حاجة الى تسجيل التصرف ، اما بالنسبة للتبرع فلا يحتج بها الا بالاشهاد (١) .

بعد استعراض هذه الانتجاهات يبدو لنا بأن الانتجاه الثاني هو الاسلم لكنه يملق كما رأينا انتقال الملكية على التسجيل ، فلا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للتبرع الا بالتسجيل . وبالتالي نشأ في مشكلة كون المقار وظيفية تسليمه فسيبر ظاهرة بصورة مادية ، وكذلك حماية اطراف المدانة والايجار .

في القانون العراقي : لقد جعل القانون العراقي التصرفات الواردة على المقار لا تتم الا بالتسجيل في دائرة التسجيل المقارى . فالشكسية ركن لانعقاد بيع المقار يترتب على عدم مراعاتها بطلان العقد (٢) .

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٦

تنص المادة (٥٠٨) بشأن عقد بيع المقار على ان : " بيع المقار لا يتم الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي ندر عليه القانون " . وتنص المادة (٦٠٢) مدني على ان : " اذا كان الموهوب مقارا وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة " وتنص المادة (١٠٧١ ف ٢) مدني على ان :

- (١) انظر : حسن الفكهاني ، المصدر السابق ، ص ٤٨٠ .
- (٢) انظر : استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ ف ٦٠٠ ؛ استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ ف ٣٧٨ ؛ استاذنا الدكتور سعدون المامري ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ ؛ الدكتور عامر الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ، ص ٩٠٩ ؛ وانظر : لشرف المؤلف عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٤٠ ف ٣٢٠ ؛ وشرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٠٧ ؛ شامخ رقم ٢ ؛ الدكتور حسيب علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ الفترتين ١٤٧ و ١٤٨ ؛ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٨ شامخ رقم ١ .

• لا تتم القسمة الرئائية في العقار ، الا بالتسجيل في دائرة الدايو " (١) .
وتنص المادة (١١٢٦ ف ٢) مدني عراقي على انه : " والمقتد الناقل
للكية عقار لا يتمتع الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا " . ونصت المادة
(١٢٠٣) مدني على ان : " لا يكون الا فراغ معتبرا ، الا اذا اجري وسجل رسمي
دائرة الدايو وفقا للاجراءات المقررة قانونا " . ونصت المادة (١٢٨٦ ف ١) مدني
على ان : " لا يتمتع الرهن التأمني الا بتسجيله في دائرة الدايو " .
ونصت المادة (١٣٢٤) مدني على ان : " اذا وقع الرهن العقاري على
عقار ، فيشترط ايضا لتأمنه ان يسجل في دائرة الدايو وفقا للاوضاع المقررة قانونا " .
وبكذا يتضح ان المشرع جاء بنصوص متعددة نصت على اعتبار التسجيل
لانتماء التصرف الواردة على عقار (٢) .

(١) ان كلمة (الدايو) التي تحني الانقياد او الطاعة او احصاء للاطلا للتعبير
عن حق التصرف ، ومن البذل الذي يدفع الى الخزينة مقابل حق التصرف ،
لا تعطي المعنى الصحيح للدائرة المختصة بتسجيل المقسما
فصلنا عن انها كلمة اجنبية وعلى الاغلب تركية لم يتوصل الباحثون السمي
مصدرها ونشئها بصورة اكدية ، لهذا استبدلت تسمية دائرة الدايو
بدائرة التسجيل العقاري في قانون التسجيل العقاري الحالي رقم
٤٣ لسنة ١٩٧١ ، انظر : مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ،
ص ٢٣ - ٤٥ .

(٢) لم يرتب المشرع العراقي في القانون المدني وفي المادة (١٢٦٦ ف ٢) والتي
تنص على انه : " وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة الدايو على
التسجيل ، باعتباره ركنا لنشوء التصرف ، مصدر حق المساطحة . ولكن
المشرع تأخر ذلك في قانون التسجيل العقاري الحالي وفي المادة
(٣ ف ٢) . وقد كانت محكمة التمييز ولا زالت تعتبر تسجيل العقد توثيقا
لحق المساطحة للتوثيق وليس ركنا لانتماء هذا التصرف ، حيث ذهبت
هذه المحكمة في قرارها المرقم ٨٢ مدنية اولى ١٩٧٥ على ان : " تسجيل
حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري هو للتوثيق لا لانتماء ويعتبر
المقتد صحيحا ناعدا ولو لم يسجل في الدائرة المذكورة " . ان كان مسما
ذهبت اليه محكمة التمييز صحيحا في ظل القانون المدني استنادا للمادة
(١٢٦٦) مدني السالفة الذكر ، فانه لم يعد كذلك بعد صدور قانون
التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، فالمادة الثالثة صريحة حوسبت

٢- قانون اصلاح الزراعي رقم ١٢٧ لسنة ١٩٧٠

نص هذا القانون في المادة السابقة منه على انه : " لا يمتد في تطبيق احكام هذا القانون - ١- بتصرفات صاحب الارض التي ترسب حقوقا عينية على ما جاز الحدود المقررة بالمادة الثانية اذا لم تكن هذه التصرفات مسجلة في دواشير الطابو ، ولا يمنع ذلك من بقاء حق التصرف اليه في الرجوع بحقه على التصرف " .

٣- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١

نص هذا القانون في الفقرة الثانية من المادة الثالثة على انه : " لا يمتد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " . والتصرف العقاري يعني ، في هذا القانون ، كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاعلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة (المادة ٣ ف ١) .

ان المشرع العراقي في هذا القانون جاء بمنع مطلق شمل جميع التصرفات الواردة على العقار ، وبذلك يكون قد قطع كل شك بشأن التسجيل وطبيعته . والمصدر التاريخي للنصوص المتقدمة هي القوانين الصادرة في ظل الحكومة الشمانية وكذلك القوانين الصادرة في ظل الحكومة العراقية في عهد الاستقلال . والقانون الاول الذي اصدرته الدولة الشمانية بخصوص التصرف بالاقوال العقارية هو نظام سندات التملك المؤرخ في ٢٨ رجب سنة ١٢٩١ هـ ، وقد قسرت المادة الاولى منه اعطاء سندات " طابو " بجميع الاملاك الكائنة في المدن والقرى

= نصت على انه : " لا يمتد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " . والتصرف العقاري حسب منطوق الفقرة (١) من المادة الثالثة من هذا القانون هو : " كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاعلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة " .

والقبسات . وقد نصت هذه المادة ايضا على منع التصرف في هذه الاملاك بسدون سند طاو . وفي ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٠ هـ جريدة صدرت الارادة السنية بلزم تسجيل البيع في دائرة الطابو ومنح المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بالبيع الواقعة خارج دائرة الطابو بموجب سندات عادية او حجج شرعية (١) .

وفي سنة ١٣٣١ هـ صدر قانون التصرف بالاموال غير المنقولة ناقلا نفسهم الاحكام . وقد كان من نتائج هذه النظمه والقوانين المتماثلة في العراق ان البيع الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري (الطابو) يعتبر باطلا ولا اثر له والنتيجة المترتبة على عدم تسجيل البيع هي عدم انتقال الملكية ، وكانت المحاكم العراقية تلتزم بهذه النتائج بكل دقة وبدون اي تردد ، وناه على ما تقدم يمكن القول ان بيع العقار في العراق كان وما يزال عقدا شكليا لا ينشأ الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري (الطابو سابقا) (٢) .

المطلب الثاني الاجراءات الشكلية للتسجيل في السجل العقاري

يلزم للتسجيل في ظل قانون التسجيل العقاري اجراءات شكلية معينة يجب اتباعها لتسجيل التصرف بالعقار في دائرة التسجيل العقاري فيجوز اولا اقرار الشاقيين بالتصرف حصرا في دائرة التسجيل المختصة واعلم رئيس الدائرة او من يخوله ، وينتقد هذا التصرف ، ثانيا ، في مجلس التعاقد بايجاب وقبول طرفي العقد او من ينوب عنهما امام الموظف المختص ، ثم يوقع المتعاقدان على شرح الاقرار المدون في الاستمارة الخاصة بالتسجيل في السجل ، ويصادق الموظف

(١) انظر : الدكتور عمار الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ، ص ٩٠٨ ، وللتوضيح انظر : الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، احكام الراسي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ٥٥ و ٦٦ وما بعدها .

(٢) انظر : الدكتور عمار الصراف ، مجلة المدالة ، المصدر السابق ، ص ٩٠٩ .

المختص على اقرار المتعاقدين وتوقيعهما (١) .

لنا يثور التساؤل هل ان التسجيل في دائرة التسجيل العقاري يعتبر مصدرا للحق المينني العقاري هو التصرف ؟ بعض القوانين قررت صراحة ان التسجيل في السجل العقاري هو مصدر الحقوق الميننية العقارية . ومن هذه القوانين : القانون السوري واللبناني والمصري والقانون التونسي (٢) .

اما القوانين الاخرى التي لم يرد فيها نص يقرر صراحة ان التسجيل في السجل العقاري هو مصدر الحق المينني العقاري ، فيعتبر التصرف هنا هو مصدر الحق (٣) . فما هو الحكم بالنسبة للعراق في ظل القانون المدني وقانون التسجيل العقاري ، وخاصة ان هذين القانونين لم ينصا صراحة على ان التسجيل في السجل العقاري هو مصدر الحق . فهل يمكن القول ان التصرف هو مصدر الحق في ظلهما ؟ لا يمكن القول ان التصرف هو مصدر الحق في ظل القانون المدني وقانون التسجيل العقاري ، لانه لكي يكون التصرف مصدرا للحقوق

-
- (١) للتوسع في اجراءات تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري ، انظر : استاذنا الدكتور سميدون المامري ، المصدر السابق ، ص ١٠١ وما بعدها . وانظر كذلك المواد (٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥) من قانون التسجيل العقاري والمواد (٨٧ - ٩٥ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١٣٣ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٨) من نفس القانون . استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي ، مجموعة اعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ، ص ٢١ - ٢٦ مارس (آذار) ١٩٧٢ ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، وثائق ونصوص - ١٠ - ١٩٧٣ ، ص ٣٨٥ ، الاستاذ عبد الميز الصلبي ، تطور التسجيل العقاري في العراق ، مجموعة اعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥ وما بعدها .
- (٢) انظر : استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي ، ج ١ ، في السجل العقاري ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٣ ، ص ٣٣ .
- (٣) انظر : استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي ، المصدر السابق ، ص ٣٣ .

ينتهي ان يكون هذا التصرف صحيحا ، فاذا ما كان التصرف باطلا ففي هذه الحالة لا يترتب عليه اي اثر قانوني . وقد وجدنا سابقا ان تصور القانون المدني وقانون التسجيل العقاري تفني بان التصرف الوارد على المقار لا ينفذ الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري . وعدم الانفاذ والبدلان شي واحد (١) .

اذا فما هو مصدر الحق الميني العقاري في القانون العراقي ؟ يقسمول استاذنا الدكتور الحكيم في هذا الشأن ما يلي : التصرف الوارد على الاسواق المقارية في القانون العراقي تصرف شكلي يعتمد قوته من التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . وفي هذه الحالة يمكن القول بان مصدر الحقوق المينية المتعارية في القانون العراقي انما هو الاتفاق زائدا التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . وفي هذه الحالة ينبغي ان يتم الاتفاق في الدائرة المختصة ذاتها بحضور الموظف المختص وتسجيل الاتفاق في السجل العقاري وتوقيع الطرفين المتعاقدين في السجل ومصادقة الموظف المختص على ذلك كله (٢) .

فاذا جرى تسجيل التصرف الوارد على المقار في الدائرة المختصة ، ترتب عليه في الحال ، اكتساب المتصرف اليه ، ملكية الحق الميني العقاري ، المتصرف فيه بالاستناد الى عمل قانوني موحد هو نتائج تسجيل التصرف الوارد على المقار . وعليه فان مصدر اكتساب الحق الميني العقاري ، المتصرف فيه ، وفقسما للقانون العراقي - ليس هو التصرف العقاري قبل تسجيله ، لان التصرف في هذه الحالة غير منصف باعتباره تصرفا مكسبا للحقوق المينية المقارية والتالي لا يترتب اية آثار قانونية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . كما انه ليس هو التسجيل وعده ، لان التسجيل لا يعتبره القانون العراقي عملا قانونيا مستقلا . فلا يصلح اذن ان يكون سببا صحيحا لاكتساب الحقوق المينية المقارية . انما هو واحد اركان التصرف العقاري وليس حكم مستقل يختص به .

(١) انظر : استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل

العقاري العراقي ، المصدر السابق ، ص ٣٣ .

(٢) انظر : استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل

العقاري العراقي ، المصدر السابق ، ص ٣٣ .

وهذا يكون المصدر لهذه الحقوق ، بموجب ما تقدم ، هو التصرف الإرادي
(الاتفاق) في حالة تمام تسجيله في الدائرة المختصة . ومعنى آخر ان اسمه
التصرف العقاري المسجل .

بمذ ان يكتسب التسجيل شكله النهائي بالمصادقة عليه من قبل هيئات
التدقيق المختصة وفق المادة (١٣٣) (١) من قانون التسجيل العقاري ، يصدر
عن ذلك سند رسمي يشمل صورة مطابقة للسجل العقاري بمذ استيفاء التسجيل
شكله النهائي ، هذا السند يحضر بمذ نسخ يعلم الى اطراف المرافقة ويكسبون
يوثما من قبل اطراف المرافقة والجهة المختصة بالضرورة ايضاً ، ويكون له حجية
على الناس كافة ، ونعوظطمي من حيث الثبوت (٢) .

وقد نصت المادة (١١٣) من قانون التسجيل العقاري على انه " اذا امتنع
نفس من المتباقيين عن التوقيع في السجل بمذ اخذ الاقرار والتوقيع فسي
الاستمارة فيعتبر العقد منقداً وتسجل الساملة بموجه على ان توضح كيفية
الامتناع عن التوقيع في الاستمارة والسجل من قبل الموظف المختص . "

وهذا يعني بأن الاقرار امام الموظف المختص له حجية كاملة ، لذلك نمان
اقرار اطراف المرافقة بالتصرف الوارد على المقار امام الموظف المختص وتوقيعهم
على شرح الاقرار في استمارة التسجيل التي هي جزء من السجل في الحكم والاشار
يجعل العقد منقداً ومستوفياً للشكل الذي نعر عليه القانون والتالي يعتبر عقداً

-
- (١) تنص المادة (١٣٣) من قانون التسجيل العقاري على انه " يكتسب
التسجيل العقاري شكله النهائي بالمصادقة عليه من جهات التدقيق
المختصة بمقتضى احكام هذا القانون وان لم يصدر سنده . "
- (٢) يعرف قانون التعديل الثاني لقانون التسجيل العقاري رقم ٢١ لسنة
١٩٨٢ المنشور في الوقائع المراقبة العدد ٢٨٧٦ في ٢٢ آذار ١٩٨٢
بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٣١٥ في ١٩٨٢/٢/٢٨ ، فسي
المادة (١) البند اول السند بأنه " السند : وثيقة صادرة بموجب
السجل العقاري بمذ اكتساب التسجيل شكله النهائي " وكان يعرف فسي
المادة (١) من قانون التسجيل العقاري بأنه " السند : الصورة المطابقة
للسجل العقاري بمذ استيفاء التسجيل شكله النهائي . "

صحيحاً مرتباً للأثار القانونية بالنسبة للمتماندين والذهير ، لأن الامتناع عن التوقيع في السجل لا يوجب كلاً ، كحصول خالف بين أطراف الحاققة على توزيع المصاريف أو تقسيم البدل أو دفع الذميمة ، لا يؤثر على صحة العقد ولا يؤثر التسجيل (١) .

لأن التوقيع في السجل لا يمسر جوهر التصرف الوارد على العقار ، فهو استكمال للشكليات التي ندر عليها القانون ، وعلى الموظف المختص تثبيت واقعة الامتناع عن التوقيع في الاستمارة والسجل (٢) . ولكن ما الحكم إذا كان الامتناع عن التوقيع في السجل ما يبرره بحيث لو ثبت أدى إلى بطلان عقد بيع العقار ؟ قد يقال إنه يمكن اللجوء إلى القضاء ليفصل في النزاع ، ولكن الوقت قد يدول والتمقيدات تكسره وما أن التسجيل كما ندر قانون التسجيل العقاري لا يكتسب شكله النهائي إلا بالمصادقة عليه من قبل هيئة التدقيق (المادة ١٣٣) ، لذا أرى أن (المادة ١١٣) تحتاج إلى دقة أكثر ، فموظف المختص جهة رسمية يمثل المصلحة العامة للمجتمع ، فقد يتبين له فضلاً عن امتناع أحد أطرفي الحاققة عن التوقيع في السجل كان لسه ما يبرره فحسباً للنزاع ودفعاً لإطالة الوقت ورعاية لمصالح أطراف الحاققة ، أرى أنه لا يعتبر التسجيل قد تم إذا لم يوقع أطراف الحاققة في السجل العقاري . لأن السجلات العقارية هي التي تثبت حق الملكية والحقوق العينية الأخرى وهي على ثلاثة أنواع : السجلات الدائمة ، وسجلات التسوية ، وسجلات التأمينات العينية (٣) . وقد نصت المادة (١١) من قانون التسجيل العقاري على أنه : " تختص (٤) السجلات الدائمة بتسجيل المعاملات الواردة على حق الملكية والحقوق العينية الأصلية المنصوص عنها " . فالتسجيل في السجلات العقارية

(١) انظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٢١ ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ٤٤ وصلاً بمبدأ .

(٢) انظر : مصطفى مجيد ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

(٣) انظر : المادة التاسعة من قانون التسجيل العقاري .

(٤) يلاحظ أن تعبير " تختص " غير دقيق فالمجلات لا تختص وإنما تخصص ، انظر : استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي ، المصدر السابق ، ص ٣٠ ، الملحق رقم (٩) .

المتقدمة بنو الذي يؤدي الى نشوء الحق المينى العقارى ، اعليا كان او تبخيا ،
 بالتسجيل . ففى هذه المسجلات هو مصدر الحق ، منافا الى التصرف الذى تم بسون
 الطرفين . لذلك فلهذه المسجلات قوة اثبات ملقة على الناس كافة . والتسجيل فيها
 يظهر المقد من الميوب التى شايته . وقد نصت على هذه الحجية الفقرة الأولى
 من المادة (١٠) من قانون التسجيل العقارى بقولها : " تمتد المسجلات
 الدائمة ومسجلات التسوية ومسجلات التأمينات المينية وصحرا المصدقة وسنداتها
 اساسا لاثبات حق الملكية والحقوق المينية الاخرى وتعتبر حجة على الناس كافة
 بما دون بها ما لم يظمن فيها بالتزوير ولا يقبل الطعن بالصورية فى التصرفات
 المسجلة فيها . " .

والمادة (١١٤) من قانون التسجيل العقارى تثير الاستغراب اكثر من
 المادة (١١٣) السابقة الذكر ، حيث نصت على انه : " اذا ابرم العقد وتأخر
 تسجيل المعاملة فى وقته سبوا فباعتبار المقد منقدا من تاريخ الاقرار على ان
 سجل المعاملة حينئذ ويشار الى ذلك فى السجل . " ونصت المادة (٣) فسي
 فقرتها الثانية من نفس القانون على انه : " لا ينمقد التصرف العقارى الا بالتسجيل
 فى دائرة التسجيل العقارى . " فكيف نوفق بين هذين النصين المتعارضين ؟
 انك من يذهب الى اعتبار ان المقد منقدا من تاريخ الاقرار امام الموظف المختص
 طبقا لقاعدة الاثر الرجعى (١) . اى انه بعد ان يتم التسجيل يعتبر المقسد

(١) انظر : مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ج ٢ ، ص ٤٥ وما بعد .
 فهو يقول : " قد يقال بأن حكم هذه المادة يتعارض مع حكم المصادرة
 ٢/٣ التى تنص على (لا ينمقد التصرف العقارى الا بالتسجيل فى دائرة
 التسجيل العقارى) . وعلى هذا يجب اعتبار المقد منقدا من تاريخ
 التسجيل وليس من تاريخ الاقرار لان التسجيل هو ركن لانقاده حسب
 القانون المرافى . وبناء على ذلك فان التصرف العقارى قبل التسجيل
 غير موجود وباطل لا تترتب عليه آثار لا بين المتعاقدين ولا تجاه الاغيار ،
 بخلاف قوانين بعض الدول العربية كونسرا التى تعتبر الملكية منتقلة من وقت
 المقد لا من وقت التسجيل لان سبب نقل الملكية هو المقد وليس التسجيل
 وكذلك ورد نفس المبدأ فى نظام الشهر العقارى المصرى . غير انه يلاحظ
 بأن المادة المشروحة قد علقت ذلك الحكم اى (اعتبار المقد منقدا

بمقتدا من تأريخ الاقرار وبأثر رجعي طبقا للمادة (١١٤) من قانون التسجيل
المقارن . ان نص هذه المادة يعد من صرامة نصوص المادة (٣) والمادة (١٣٣)
من القانون ذاته لان غايتين المادتين تتصان صراحة على ان التسجيل واجراءات
التسجيل اعدت بما يكمل للاخر ، ولكن السؤال يطرح نفسه هل للتسجيل اثر
رجعي ؟

المقد لا يتمقد الا بالتسجيل ، فهل يمكن القول ان المقد قد تم الباحة
في حين انه لم يسجل الا اليوم . . . ان الحقوق المبنية لا تنشأ او تنتقل او
تزول الا بتوافر الاركان المطلوبة في مثل هذه التصرفات ، فلو قارنا بالمحل كركن
في التصرف هل يمكن القول ان المقد قد تم في حين ان المحل لم يوجد ولم
يسمى بعد ؟ وهل يترتب على وجوده بعد ذلك اثر رجعي ؟

ان الشكلية ركن في عقد بيع العقار وبناء عليه فان المقد لا يتم الا في لحظة
اجرائها . لان ليس للحقوق المدنية ان تنشأ او تنتقل او تزول الا بالتسجيل
في السجل العقاري (١) .

بناء عليه لا يمكن القول بأن السهو عن التسجيل يكون مبررا للقول بفسان

= من تاريخ الاقرار) بالتسجيل ايضا . ويعني ذلك بان التسجيل هو الذي
ينبغي على المقد هذه الميزة القانونية . ان اعتبار المقد بمقتدا بأثر
رجعي هو لاعتبارات املت بها ضرورة ضمان الحماية القانونية للتصرفات
المقارنة ، وتأمين الاستقرار والطمأنينة لها بما ينجم مع الهدف الاساسي
للتسجيل المقارن من جهة ، واحترام ارادة المتعاقدين من جهة اخرى .
وما ان استمارة التسجيل في الاسماء التي يبنى عليها التسجيل في السجل
المقارن م (٨٦ - ٨٦) ، وان التسجيل ليس بمعمل مستقل ولا يجسرى
بمزيل عن المراسم الاخرى التي حددتها القانون في المواد من (١٠٧ -
١١٢) . وكل عمل منها يعتبر متما للاخر للترابط الموجود بينهما . وسيلة
للغاية وهي (التسجيل) فتعتبر جميعها عملا قانونيا واحدا يسري
الى اكتساب المتصرف اليه الحق المبنى المقارن . . .

(١) الاستاذ شاكرا ناصر حيدر ، الحقوق المدنية المقارنة ، المصدر
السابق ، ص ١٣١ .

المقصد من عقد من تاريخ الأقرار فالمقصد لا ينقصه الا بتاريخ تمام التسجيل .
ولهذا فان ندر المادة (١١٤) من قانون التسجيل العقاري ليس في محله .

المطلب الثالث

تسجيل البيع الجارية من قبل الجهات الرسمية والقضائية والقرارات التي لها قوة الحكم القضائي

ان بعض الجهات الرسمية تقوم ببيع عقاراتها سواء كان ذلك بطريق المزايعة
ام بدونها . كما ان المحاكم تصدر قراراتها ببيع العقارات عند ازالة الميسر
لعدم قابلية المقار للقسمه او قيام دوائر التنفيذ ببيع المقارات في حالة التنفيذ
الاجبري . وكذلك هناك قرارات لها قوة الحكم القضائي تصدر عن جهات
غير قضائية (ادارية) . فالقرارات الصادرة عن وزارة المالية بتمليك المرسعات
والعقارات ، والقرارات الصادرة عن لجان الاستيلاء وتوزيع الاراضي ، تعتبر بمثابة
قرارات لها قوة الحكم القضائي فيجب تسجيلها في السجل العقاري . والسؤال
الذي يثور هنا هل يعتبر التسجيل لهذه التصرّفات ركنا لانعقاد التصرف السوارد
على العقارات لا ؟

لم يكن المشرع العراقي في القانون المدني واضحاً بهذا الشأن . ففسي
المادة (٨٩) جاء بنص مطلق ، وقد نصت هذه المادة على انه : " لا يتم المقصد
في المزايدات الا بمرسوم (المزايدة) ويسقط المظاء بمظاء ازيد ولو وقع باطللاً
او باقوال المزايدة دون ان ترسو على احد . هذا مع عدم الاخالف بالاحكام
الواردة في القوانين الاخرى . " (١) . ما عاتق هذا النص بالتسجيل كركن لانعقاد

(١) هناك خلاف فقهي في العراق ، فيعد صدور قانون التنفيذ رقم ٤٥
لسنة ١٩٨٠ تشبيخاً لحصول الجهة التي تختص ببيع العقارات الموثقة
بالرهن ، هل هي دائرة التنفيذ ام دائرة التسجيل العقاري ، لان قانون
التنفيذ لم يحسم الموضوع بشكل صريح كما يقول البعض . وقد ذهب مجلس
شورى الدولة في قراره الرقم ١٩٨١/١٢ وتاريخ ١٩٨١/٢/١٨ الى انه
" حيث ان بيع العقار الموثق برهن او ما هو بحكمه انما هو من اختصاص
دائرة التسجيل العقاري اصلاً ، وذلك استناداً لنص المادة (١٦١) من
قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، بدلالة البند (اولا - و)

من المادة (١٤) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠. وحيث ان النصوص الواردة في قانون التنفيذ بشأن بيع العقار بالمزايدة لا يترتب عليها النساء نصرة قانون التسجيل العقاري الخاصة بالمزايدة. وحيث انه لا يوجد نص صريح في قانون التنفيذ يقضي بحجب اختصاص مديرية التسجيل العقاري العامة في بيع العقار المرهون بالمزايدة. وحيث ان المادة (١٢٨) من قانون التنفيذ التي نصت على عدم العمل بأي نصوص متعارضة واحكامها لا تخفي الناء احكام البيع بالمزايدة الواردة في قانون التسجيل العقاري. وحيث ان المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ قد حددت الحالة التي يجوز فيها لدائرة التنفيذ بيع الاموال المرهونة تأمينا لدين.

لذا يرى المجلس ان دائرة التسجيل العقاري المختصة هي التي تقسم ببيع المقار الموثقة برهن او ما هو بحكمه او حق امتياز بناء على طلب تدوير عن الدائن المرتهن بتحصيل دينه. وتطبق احكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على اجراءات البيع والمزايدة ما لم يرد به نص في قانون التسجيل العقاري. وعلما باحكام المادتين (١٦١) و (١٨٥) من قانون التسجيل العقاري. لان قانون التنفيذ لم يمدل او يلغى احكامهما. انظر قرار في الوقائع المدنية. نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل العدد ٥٢. تشرين الثاني (١٥-١) ١٩٨١. السنة الثالثة. ص ٤٩٣. في اعتقادي ان هذا القرار غير عوفى. فالدائرة المختصة ببيع المقار الموثق بالرهن هي دائرة التنفيذ. وليس دائرة التسجيل العقاري وذلك لاسباب التالية :-

١- ان قانون التنفيذ اشار في المواد (٩١ - ١٠٧) معنا الى ان بيع الممرزاد يخفى النظر عن سبب البيع للمقارات ويتم عن طريق دائرة التنفيذ. ان نص المادة (١٢٨) من قانون التنفيذ صريح جدا فهو يقرر " يلغى قانون التنفيذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ وتحديلاته. ولا يحمل بأي نص يتعارض احكام هذا القانون ".

٢- ان استناد مجلس شورى الدولة على المادة (١٤) البند اولا - ومن قانون التنفيذ وكذلك المادة (١٠٧) من نفس القانون لا تمنعانه فهاتان المادتان ليستا له وانما عليه. وهما تدلن على ان بيع المقار المرهون يتم عن طريق دوائر التنفيذ. وهنا عليه. فان دائرة التنفيذ هي الجهة المختصة ببيع المقار الموثقة برهن او ما هو في حكمه او حق امتياز لانها هي الجهة المسؤولة عن التنفيذ الجبري لوفاء المدين بالتزاماته.

وفي رأيي انه في حالات البيع بالمزايدة ليس للتسجيل ، حتى في ظل قانون التسجيل العقاري الحالي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، الاثر الناقل للملكية المقارنة ، فلا تنتقل الملكية الا بالتسجيل ، في دائرة التسجيل العقاري ، اذن البيع بالمزايدة للمقارنات ينمقد صحيحا ولكن لا ينفذ الا بالتسجيل في السجل العقاري ، وان كان نص المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري لا يذهب الى هذا الجواز ، فهي تقضي بانه : " لا ينمقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " ولكن قانون التنفيذ باعتباره قانونا لاحقا يشير الى هذا الاثر ضمنا في المواد (١٠٣ و ١٠٤) (١) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .

وهناك قرارات لمحكمة التمييز في هذه المسألة ، منها القرار السدي ذهبت فيه محكمة التمييز الى انه : " تنتقل الملكية برسم المزاد وليس برسم طرعا تسجيليا في دائرة الطابو تطبيقا للمادة (٧٥) تنفيذ (قديم) " . ٢ - تنتقل الملكية بدفع الثمن وحمل المالك الجديد محل المالك السابق امتثالا للمادة ٧٨٨ مدني " (٢) . وذهبت محكمة التمييز في قرار آخر الى انه : " تنتقل ملكية ومناقع العقار الموقوف الذي صدر الحكم بشفيعته الى المشتري عند دفع البدل بمسدد الاحالة القطعية ولا يثير من ذلك عدم تسجيل البيع في الطابو " . (٣) .

(١) تنص المادة (١٠٣) من قانون التنفيذ على انه " على مديرية التنفيذ بمسدد الاحالة واستلام الثمن ان تطلب من دائرة التسجيل العقاري المختصة تسجيل المقارنات المبيع باسم من احيل عليه نهائيا " . وتنص المادة (١٠٤) من نفس القانون على انه " للمشتري طلب نسخ المزايدة بطلب يتقدم به الى المنفذ المعدل اذا لم يسجل المقارنات باسمه في دائرة التسجيل العقاري خلال ثلثين يوما من تاريخ دفعه رسم التسجيل وصاريته ما لم يكن ذلك ناشئا بسبب منه " .

(٢) انظر : القرار المرقم ٧٧/حقوقية/١٩٦٧ والمؤرخ ١٣/٤/١٩٦٧ ، فسمي مؤلف مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ج ١ ، ص ٨٤ .

(٣) انظر : القرار المرقم ٤٦/ج/١٩٦٣ والمؤرخ ٢٠/٣/١٩٦٣ ، في مؤلف مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ص ٨٣ ، والذي جاء فيه : " القرار - لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح وذلك لان المبيع التي تقوم بها محاكم البداية عند بيع الاعيان الموقوفة بمسدد صدور الحكم =

أما صور البيع الأخرى التي تجريها الجهات الرسمية ، فهناك من يجتهد في مرمى النهر ويقول بأن التصرفات التي تجريها الجهات الرسمية على المقساره والآخر البيع ، تتخذ بدون استيفاء الشكل الرسمي الذي ندر عليه القانسون ، وبعبارة أخرى أن بيع المقار من قبل جهة رسمية يتم بمرسو الزايدة ، ودون تسجيل البيع الوارد على المقار في المجل المقارى ، أما أن التسجيل ليسوكتا في مثل هذه البيع ، وأما وسيلة لاثبات (١) . ويبرر ذلك بأن الناية من التسجيل لسم تعد لها النعمة في التصرفات التي تجريها الجهات الرسمية والقضاة أيضا ، لأن هذه الجهات عندما تقوم بالبيع مثلا تملن عنها في لوحة الاعلانات وكذلك فسي الصحف المحلية ، ببيان جنسها ومساحتها وقيمتها وأن هذا يعحق امريسن : الامر الاول ، أن مقرى المقار يكون على بيئة من الوضوح المادى للمقار ويستطيع معرفة الاوصاف الكاملة وطاقتيه . أما الامر الثانى ، فان هناك فترة زمنية تمر بمرين نشر الجهة الرسمية للعلن عن البيع في الصحف المحلية وبين يوم الزايدة ، فيكون للمشتري في هذه الحالة ان يتيسر ويتروى وأن يرى المقار موضع البيع مسج فلا يفس عليه أى شىء ، وكذلك يكون الاخبار على علم بهذا البيع ، يترتب على ما تقدم من التبريرات ان الملة التي غرض المشرع المراقى الشكلية من اجلها تسد انتفت - فان كان القول بالمالف الذكر يصح على البيع في المزاد من قبل الجهات الرسمية ، فلا يصح في البيع الأخرى التي تجريها الادارة بدون مزاد ، مثل توزيع

= يتميتها تتبع الاحكام المنصوص عليها في قانون التنفيذ بالنسبة لبيع مسير المنقول ، وعليه فمئند دفع البدل الى المحكمة التي قامت بالبيع من قبسل المشتري بعد الاحالة القطعية تنقل ملكية المبيع اليه وتملك منافعه منذ ذلك التاريخ أى تاريخ دفع البدل لانه ليس باستطاعته بعد ذلك ان ينكل عن الشراء . أما تسجيله في دائرة الدلا بوغاي ذلك محتم على المحكمة القيام به حسب نحر المادة ٧٥ من قانون التنفيذ ، وتأخير لا يثير مسن الحق الذى اكتسبه المشتري بملك المبيع وقت دفع البدل وعليه كان على المحكمة ان تعتبر الميزة دائرة الرقاف مالكة للعين موضع الدعوى مسن تاريخ دفعها البدل في محكمة البداية فذا ايها الى خلاف ذلك نقس

أجل بمصلحة المميز لذا قرر نقضه .
(١) مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٧٤ .

الأراضي السكنية من قبل جهات الإسكان والمليديات على المواطنين ضمنه نائمه
قد يبيع ولا شك ، إذن فما هو الحل ؟

قد يصح -إذا التزم قبل صدور قانون التسجيل العقاري - في ظل القانون
المدني - وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري في كثير من أحكامه - فقد ذهبت
محكمة التمييز إلى أن البيع الواقع على الأموال غير المنقولة من قبل الدائمين
الرسمية تعتبر صحيحة وملزمة ولو لم يتم تسجيلها في دوائر الطابو طالما جرت
وفقاً لأحكام القوانين المرعية (١) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ -م- كل نزاع
حيث نص صراحة على التسجيل كركن لانعقاد التصرف الوارد على العقار في جميع
التصرفات - فقد نصت المادة الثالثة وفي فقرتها الثانية على أنه : " لا يتمسك
التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " ونصت المادة (٢٠٨)
من نفس القانون على أنه : " ١- يجري تسجيل البيع أو الافراج المستند إلى حكم
قضاءي حائز على درجة البتات وقابل للتنفيذ بدون حاجة إلى الاقترار (٢) ولا
يخضع التسجيل في هذه الحالة إلى القيود المنصوصة قانوناً على التصرفات الرئائية
٢- يسجل البيع أو الافراج العقاري من قبل الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية المخولة
بذلك قانوناً بالاستناد إلى كتاب صادر عنها دون حاجة إلى الاقترار " .

قد يشير نص المادة (٢٠٨) بمقتضى النقاش حول الركن الميكلي ، ولكن يفهم
منها بأن الكتاب الرسمي أو القرار القضائي الصادر من الجهات المختصة يعتبر حجة
كافية يقوم مقام الاقترار الذي يؤيده طرناً المقدم امام دائرة التسجيل العقاري .

- (١) انظر : القرار المرقم ١٢٥٦/ج/٦٥/ والمؤرخ ١٩٦٥/١١/٢٥ ؛ والقرار
المرقم ٤٥٠/حقوقية ثانية/١٩٧٠ والمؤرخ ١٩٧٠/٤/١٥ في مؤلفي
مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .
- (٢) انظر الفقرة الأولى من المادة (٢٠٨) من قانون التسجيل العقاري
حيث تشير في طرنها الأخير إلى أنه : " ولا يخضع التسجيل في هذه
الحالة إلى القيود المنصوصة قانوناً على التصرفات الرئائية " ، في الحقيقة
ان هذا النص غامض ، وكان على المشرع المصري ان يكون أكثر
وضوحاً في ذلك .

لذلك فالتصرفات الواردة على العقار الساددة عن جهة رسمية لا تتمتع إلا بالتسجيل في سجل العقارى ، وذلك استنادا الى النصوص التي ذكرناها سابقا ولا اجتهاد في مورد النص (م ٢٠) مدني (١) .

بعد هذا الشرح عن الركن الشكلي لمقتد بيع العقار ، نجمل الشروط العامة للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، وهي (٢) :-

١- توفر الأركان الموضوعية (التراضي ، المحصل ، المبيع) والتي يجب توافرها في كل عقد .

٢- وجوب انعقاد البيع حصرا في دائرة التسجيل العقاري ، أعلا لمبدأ التخصص وتفرغ دائرة معينة للتسجيل العقاري (٣) ، لأنها هي الجهة المختصة بتسجيل التصرفات الواردة على العقار .

٣- اخذ اقرار المتعاقدين عقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٨) من قانون التسجيل العقاري على انه : " يجرى الاقرار بالتصرفات العقارية أو يمسسه معاملة أخرى خاصة لاقرار في دائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار ضمن مملوكة اختصاصها ويجوز ان يتم خارجها ضمن مملوكة اختصاص يطلب يبين فيه المذرك الذي يحول دون الحضور للدائرة " .

٤- التسجيل في سجل العقارى . وتسجل كل معاملة في صفحة مستقلة مسن المجل الخاص بها . ما لم توجد اسباب قانونية تستدعي مزج تسجيل اكثر من معاملة في سجل عقارى واحد . (المادة ١١٢) من قانون التسجيل العقاري .

٥- عدم وجود موانع أو قيود قانونية تحول دون إبرام العقد والتسجيل .

- (١) تنص المادة الثانية من القانون المدني على انه : " لا يصح للاجتهاد غسي مورد النص " ، وانظر : مصطفى مجيد ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٥١ .
- (٢) انظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ١٩٧٩ ، ص ١٢-١٤ .
- (٣) انظر : المادة الثانية من قانون التسجيل العقاري التي نصت على ان يمس " تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام النهائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق المقررة الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام " .

المجلد الثاني
المجلد الثاني

الفصل الثاني

"الفصل الثاني"

آثار بيع المقار

ينجام التسجيل في السجل العقاري بمقتضى بيع المقار ، ولكل عقد آثار
يرتبطها وقت انعقاده ، وآثار بيع المقار في انتقال الملكية بمقتضى التسجيل ،
والالتزامات الشخصية التي تترتب في ذمة كل من طرفي العقد .

"المبحث الأول"

انتقال ملكية المقار بمقتضى التسجيل

إذا تم تسجيل (بيع) المقار في دائرة التسجيل العقاري انعقد البيع
وانتقلت ملكية المقار إلى المشتري من تاريخ التسجيل . فليعمل للتسجيل اثر رجعي
يمتد إلى يوم الاتفاق . وأما من هذا الحكم عنوان بيع المقار لم يولد - كمقتضى
ناقل للملكية - إلا من تاريخ التسجيل في السجل العقاري ، ومنه ذلك عموماً
أن المبيع المراقى في القانون المدني وقانون التسجيل قرر صراحة بأن ليس بمقتضى
بيع المقار أي وجود قبول التسجيل (١) .

وتترتب على ما تقدم أن مالك المقار إذا تصرف في المقار المملوك لغيره
بالبيع إلى شخص معين ، وسجل هذا البيع في السجل العقاري ، وكان المالك
قد سبق له وأن باع المقار نفسه إلى شخص آخر إلا أنه لم يسجل البيع الأول فبقي
السجل العقاري ، فإن الذي يملك المقار هو من سبق في تسجيل عقده ،
وليعمل للمشتري الأول أي حق سوى حقه في طلب التعويض عن الأضرار التي تصيبه
من جراء نكول البائع عن البيع ، ولا يستلزم الطعن في العقد المبرم حتماً
لو كان هناك توافقاً بين البائع والمشتري الثاني على التسجيل نكالية بالمشتري

(١) انظر الدكتور عمار حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار ،
المصدر السابق ، ص ١٥٧ ، الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون
المدني الجديد ، الحقوق الخيرية المقاربة ، المصدر السابق ،
ص ١٣١ .

الاصل هو ان الاسبقية في التسجيل لا يمتد بها الا اذا كان البائع واحدا . اما اذا تمده البائسون ففي هذه الحالة يمتد البحث عن المالك الاعلى ، واذا كانت هذه الحالة لا تنور في البلاد التي تتبع نظام التسجيل العقاري الميني كما هو الحال عندنا في العراق ، ولكن مع هذا يجوز تصور امكان تطبيق هذه القاعدة في ظل القانون العراقي . فاذا باع شخص آخر عقارا محجلا بدائرة التسجيل العقاري وسجل عقد البيع ، ولكن السند ابطل لاي سبب من اسباب البطلان ، ونفرض ان هذا الابطال كان بسبب ان البائع لا يملك العقار وانما المالك الحقيقي شخص آخر ، ثم باع المالك الحقيقي عقاره الى شخص وسجل عقد البيع في السجل العقاري ، فان الملكية في مثل هذه الحالة تنتقل الى المشتري الذي اشترى العقار من مالكه الحقيقي ، ولا يجوز للمشتري من غير المالك ان يدعي بثبوت حق له على العقار المبيع (٢) .

تنازع المشتري من المورث والمشتري من الوارث :

اذا ما عهد مالك لعقار معين الى التصرف في العقار المملوك له بالبيع الى شخص معين ولم يحجل عقد البيع هذا في السجل العقاري ، ثم مات مالك العقار ، وباع الورثة العقار مرة ثانية الى مشتر ثان وسجل عقد البيع الاخير في السجل العقاري ، فان الملكية تكون للمشتري الثاني اي المشتري من الورثة ، ولا يترتب للمشتري الاول اي المشتري من المورث قبل الورثة اي حق سوى الحق الشخصي بالتصديق الذي قد يترتب له قبل المورث لو كان هو الممتنع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية حال حياته ، كان باع الملك الى مشتر ثان ونقل له ملكيته بالتسجيل في الدائرة المختصة . وهذه القاعدة من التطبيقات الاصلية لحكم

(١) انظر الدكتور عمار حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار ،

المصدر السابق ، ص ١٥٨ .

(٢) انظر الدكتور عمار حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار ،

المصدر السابق ، ص ١٥٨ .

(١) انظر الدكتور عمار الصراف : شرح عقدي البيع والايجساره
الصدر السابق : ص ١٥٩ .

" الببحث الثاني " التزامات البائع

يرتب عقد البيع في ذمة البائع ، طبقا لما اوردته القانون المدني المراتبي ،
التزامات ثلاث هي : ١- نقل الملكية (المواد ٥٣١ - ٥٣٥) ، ٢- تسليم
الببيع (المواد ٥٣٦ - ٥٤٨) ، ٣- ضمان الببيع ، فكل تعرض واستحقاق
(المواد ٥٤٩ - ٥٧٠) . وهذه الالتزامات تنشأ في ذمة البائع بموجب عقد
البيع ذاته دونما حاجة للنس ، عليها في اتفاق خامس (١)

ان عقد البيع في القانون المدني ينقل ملكية الببيع من البائع الى المشتري
مباشرة ودون ان ينشئ في ذمة البائع التزاما شخصيا بنقلها . ومع ذلك ، وتمشيا
مع النهج الذي سار عليه المشرع العراقي ، في تبيب هذه الالتزامات ، فاننا
سندرس نقل الملكية ضمن الالتزامات التي يفرضها عقد البيع على عاتق البائع .
وعلى هذا فاننا سنبحث التزامات البائع في مطالب ثلاثة ، نخصر ، المطلب الاول
منها لنقل الملكية ، ونخصص المطلب الثاني لالتزام البائع بالتسليم ، اما
المطلب الثالث فنخصصه لالتزام البائع بالضمان . وسنركز في دراسة هذه المطالب
الثلاث على المسائل المتعلقة بالاستقارات فقط دون المنقولات .

(١) انظر استاذنا الدكتور غنمي حصون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ج ٢٠٠ ف ٣٤٩ ، الدكتور السنهوري ، عقد البيع والمقايضة ،
المصدر السابق ، ج ٤٠٥ ف ٢٢٦ ، استاذنا الدكتور كمال تاسيم
ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ج ١٠٧ ف ٥٤ ، الدكتور
حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ج ١٢٠ ف ١٣٥ ،
الدكتور عمار الصراف ، شرح عقود البيع والايجار ، المصدر السابق ،
ج ١٢٧ ف ٢٩٤ ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،
المصدر السابق ، ج ٣٥٠ ف ٤٩٩ ، استاذنا الدكتور مسعودون
العامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ج ٩٣ .

المطلب الاول نقل الملكية

ان النشوء الرئيسي من عقد البيع هو نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري . ولكن عقد البيع في القديم لم يكن يولد التزاما بنقل الملكية ، فلم يكن عقدا ناقلا للملكية ، كما هو الحال في القوانين الحديثة . ولكنه تطوّر بعد ذلك تدرجا حتى أصبح هذا العقد في القوانين المعاصرة ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد انعقاده ، دون ان يقتصر على التزام شخصي بنقلها في ذمة البائع اذا توافرت شروط معينة (١) . يقول الدكتور حسن علي الذنون في هذا الصدد ما يلي : " ان التزام البائع بنقل ملكية المبيع المبيعة الى المشتري هو اهم التزاماته جميعا من الناحية العملية الواقعية ، وذلك لاننا نعرفنا ان المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على ملكية المبيع لاننا عرفنا ان المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على ملكية المبيع المبيعة ، ومع هذا فقد اقبل المشرع الفرنسي في المادة (١٦٠٣) منه ذكر التزام البائع بنقل الملكية ، واكتفى بالاشارة الى التزامه بالتسليم والضمان ، ويحلل الفقهاء سبب هذا الانتقال الى ان الملكية في فرنسا تنتقل من تلقاها نفسها بمجرد تمام عقد البيع ، وان المشرع الفرنسي اكتفى ببيان هذا الحكم في المادة (١٥٨٣) فلم يرفأه من تكراره في المادة (١٦٠٣) " (٢) .

على انه يحسن بنا ان نقدم بكلمة موجزة عن التطور التاريخي للبيع كنقطة ناقل للملكية لمعرفة ما دارا على طبيعة هذا العقد من تحول كبير .

-
- (١) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٠ ف ٣٥٠ ؛ الدكتور المنهري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٦ ف ٢٢٨ .
- (٢) انظر الدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ ف ١٣٧ .

التطور التاريخي للبيع كمقد نازل للملكية :

القانون الروماني :

سبق وان بينا ان البيع في القانون الروماني لم يكن عقدا ناقلا للملكية بذاته ، بل كان لا بد من اجل ذلك ، ما لم يتفق الطرفان في المقد سراحة على التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري ، من اتباع الاوضاع المادية الخاصة المصروفة في هذا القانون كالاشهاد او التسليم او التقادم او التنازل القضائي (١) . بل انه لم يكن من اثر عقد البيع ان يرتبني ذمة البائع التزاما بنقل الملكية الى المشتري . وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع هو ان يتفصل الى المشتري حيالة البيع حيالة هادئة وانتفاع به ، بموجبها يضح المشتري يده على البيع كمالك دون ان يتصرف له احد ودون ان يتصرف له البائع نفسه . فكان البائع ، الى جانب التزامه بنقل هذه الحيالة ، يلتزم ايضا بضمان التصرف الصادر عنه شخصيا او السادر من الغير . وكان هذا يعتبر كافيا لتحقيق الغرض الذي يستهدفه عقد البيع ، فما دام المشتري وانما يده على البيع يحوزه حيالة هادئة وينتفع به بجميع الطرق المشروعة ، دون ان يتصرف له احد في ذلك ، فما عليه الا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وقد كان من نتائج ذلك ان البائع في القانون الروماني يصح ان يستوفي الملكية عنده دون ان ينقلها الى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق بثيمته هو التزام البائع بعدم التصرف له . ومن نتائج ذلك ايضا ان القانون الروماني كان يجيز بيع ملك الغير ما دام البائع ، دون ان يكون مالكا ، قادرا على نقل حيالة البيع الى المشتري واستطاع في الوقت ذاته ان يبيع اي تصرف قد يصدر من الغير ويكدر على المشتري حيالته الهادئة (٢) .

(١) انظر : استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠١ ، والدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٧ ، ف ٢٢٩ .
(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ ، ف ٣٥٢ ، والدكتور انور سلطان ، العقود المعقدة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ١٨ - ١٩ ، ف ١١ ، والدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٧ ، ف ٢٢٩ ، والدكتور محمد جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، الكويت ، ١٩٧٤ - ١٩٧٥ ، ص ١٧٠ ، ف ٨٥ ، والدكتور عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون

على ان البيع في القانون الروماني ، اذا كان لا يستلزم نقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها والدليل على ذلك اسرار : اولهما - انه كان يجوز للمشتري ان يشترط في عقد البيع على البائع ان ينقل له ملكية المبيع ، وكما ان هذا الشرط صحيحا وجائزا لانه يتألف مع طبيعة البيع ، وهذا كان على البائع ان ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يقتصر على نقل الحيازة المباشرة . وثانيهما - انه كان لا يجوز للبائع ان يشترط على المشتري الا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتناقض مع طبيعة عقد البيع ، ومن ثم كان غير جائز (١) .

اما السبب في ان القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلا للملكية ، ولم يكن لينشئ له حقا عينيا على المال المبيع قبل استنفاد الاجراءات الشكلية فيرجع الى ان حق التملك والزام السير كان قاصرا على الرومان وحدهم ، فمفسر ان ضرورات الحياة الزمت التعامل مع غير الرومان ، فاضطر المشرع الروماني بموجب قانون المنسوب الى التوفيق بين هذه الضرورات وبين احكام القواعد القانونية القديمة ، فرتب للبيع اثر واحد هو التزام البائع بتكسيب المشتري من وضع اليد ومن حيازة المال المبيع حيازة عادية ، حتى يتيسر للرومان التعامل مع غيرهم (٢) .

- = المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ ف ٤٧ ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٨ - ١٩ ف ٢٤ و ٢٥ ، الدكتور سليمان عرقس ، والدكتور محمد علي اسام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ١٩٥٢ - ١٩٥٣ ، ف ٩ ، الدكتور انور صليان والدكتور جلال المدوي ، الموجز في العقود المسماة الجزء الاول ، البيع ، القاهرة ١٩٦٤ ، ف ٤٧ .
- (١) الدكتور السنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٧ - ٤٠٨ ف ٢٢٩ ، استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ف ٣٥٢ .
- (٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ ف ٣٥٢ ، الدكتور عمار الصراف ، شرح عقد البيع فسي القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ - ٥٦ ف ٤٨ ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، ص ١٨ - ١٩ ف ٢٤ .

القانون الفرنسي :

وقد انتقلت أحكام القانون الروماني في هذا الصدد الى القانون الفرنسي القديم ، فكان عقد البيع لا ينقل الملكية من البائع الى المشتري ولا يوجب التزاما بنقلها . فانتقال الملكية من البائع الى المشتري لم يكن من جوهر عقد البيع . غير ان الفقهاء الفرنسيين لم يستبقوا من طوق نقل الملكية ، وهي الاجراءات الملكية والاضاع المادية الخاصة التي كانت سائدة في القانون الروماني ، سوى التسليم ، بحمد ان احتفى الاشهاد والتنازل القضائي . فكان الالتزام بالتسليم من التزامات البائع الرئيسية في عقد البيع فحق تم تنفيذه ، انتقلت ملكة المسال البيع الى المشتري . فالبيع في القانون الفرنسي القديم لم يكن ينقل المسمى المشتري سوى الحياة الهادئة على اساس انه مالك . اما الملكية فلم تكن تنتقل اليه الا بالقبض (١) .

على ان تطور القانون الفرنسي القديم طوال عراجله ادى الى ان يكون البيع سبيلا غير مباشر لنقل الملكية ، حيث جرى العمل في هذا القانون على تسهيل انتقال الملكية الى المشتري بالاكتفاء بالتسليم المسمى . ومن ثم السكت الناصر ان يجعلوا هذا القبض ايا صوريا ، فكانوا يكتبون في بيعهم ان القبض قد تم . ففقد كان يستلزم من التسليم الفعلي بمجرد ذكر حصول التسليم فسمي المقعد . وقد شاع ادراج هذا النصف في العقود بحيث اصبح شرطاً مألوفاً لا يخلو منه عقد ، مما حدا ببعض فقهاء القانون الفرنسي القديم الى القول بان

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٣ ف ٣٥٣ ، الدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٨ ف ٢٣٠ ، الدكتور عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٩ - ٢٠ ف ٢٦ ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٥٦ - ٥٧ ف ٤٩ و ٥٠ ، الدكتور انور سلطان ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ١٩ ف ١٢ ، استاذنا الدكتور سعدون الصاوي ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٠ ف ١٦ ، الدكتور حمسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٦ ف ١٢ ، الدكتور محمد جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ ف ٨٥ .

انتقال الملكية أصبح يتم بمجرد انعقاد العقد (١) .

وعندما وضع التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) سنة ١٨٠٤ رأى واضعوه نبع الفكرة الرومانية التي سادت حتى القرن الثامن عشر وأقرار نتيجة التطور الحاصل ، فخطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ناقلاً للملكية بمجرد الاتفاق على المال المبيع وضمنه . فالبيع ذاته يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية إلى المشتري . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة (١٥٨٢) من التقنين المدني الفرنسي تعرف البيع بأنه : " اتفاق يلتزم به أحد الطرفين أن يسلم شيئاً ولتزم الآخر بدفع ثمنه " فهذه المادة لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم ، وقد جعلت هذه المادة بعض الفقهاء يأخذ على هذا التصريف سكوتة عن الإشارة إلى التزام البائع بنقل ملكية المال واكتفاءه بالنظر على الالتزام بالتسليم مما يشير بأن المشرع الفرنسي لم يستطع أن يتخلص تماماً من أثر الفكرة الرومانية (٢) ، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن عقد البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية . من ذلك المادة (١٥٨٣) من نفس التقنين الذي يقضي بأن : " البيع يكون تاماً بين الأطراف وإن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على البيع والتمن ولم لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن " . يضاف إلى ذلك ما تقرره المادة (١١٣٨) من أن : " الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين " وما ورد في المادة (٧١١) من أن الالتزام يعتبر طريقاً

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٣ ف ٣٥٣ ، الدكتور المنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٩ ف ٢٢٠ ، الدكتور عجمي ، الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ٢٠ ف ٢٦ ، استاذنا الدكتور سعدون الحامري ، في البيع والإيجار ، المصدر السابق ، ص ١٠ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٤ ف ٣٥٤ ، الدكتور المنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤١٠ ف ٢٢٢ .

من طرق اكتساب الملكية . فمن التقريب بين هذه النصوص يتبين ان عقد البيع في القانون الفرنسي ينقل ملكية المال المبيع ولا يقتصر على انشاء التزام بمصلحته^(١).

في الفقه الاسلامي :

وقد كان للشرعية الاسلامية قصب المبيع بين التفسيرات الاخرى فسي جعل ملكية المال المبيع تنتقل بمقتضى عقد البيع ذاته وبإشارة . ذلك لان حكم البيع عند الفقهاء المسلمين هو التملك والتسلط : تملك المبيع وهو المقصود من البيع ، واستلاك الثمن وهو الوسيلة اليه (٢) .

وقد عرفت المادة (١٠٥) من المجلة عقد البيع بأنه : " مبادلة بمال بمال ويكون متقدداً وغير متقدداً " . وتعرف المادة (٣٤٣) من مرشد الحيران البيع على النحو الاتي : " عقد البيع هو تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع " . وعرفت المادة الحلبي بأنه : " انتقال عين مملوكة من شخص لآخر الى غيره بمؤخر مقدراً على وجه التراضي " (٣) .

يتبين من هذه النصوص ان الملك ينتقل بالبيع في الفقه الاسلامي ، ولا يقتصر على انشاء التزام بالتسليم او التزام بنقل الملكية كما هو الحال في القانونين الفرنسي (مادة ١٥٨٢) والمصري (مادة ٤١٨) . ففي القانون المصري ينشأ عقد البيع التزاماً بنقل الملكية يتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد نشوئه فتنقل الملكية من البائع الى المشتري ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد . وثاناً ان الفقه الاسلامي اقرب الى اداء الفكرة الصحيحة عن جوهر البيع

(١) نقلاً عن استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٤ ف ٣٥٤ ، وانظر ايضاً الدكتور السنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤١٠ - ٤١١ ف ٢٣٢ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٤ ف ٣٥٥ ، استاذنا الدكتور سعدون العامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٢ ، الدكتور عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ٢١ ف ٣٢ .

(٣) العلامة الحسن بن المطهر ، تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، كتاب البيع ، النجف ١٩٥٥ ص ٣ .

من القانون المصري والقانون الفرنسي (١) .

على أن بعض المصاح يلاحظون على تصرف الشريعة الإسلامية للبيع أنه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الأشياء المستقلة في الأموال التي يجوز فيها هذا البيع ، لأن المثليات المبيعة لا تنتقل ملكيتها إلا بأغراضها ولأن الأشياء المستقلة لا تنتقل ملكيتها إلا بعد وجودها ، فلا يترتب على البيع في هاتين الحالتين سوى إنشاء التزام بنقل الملكية (٢) .

ولكن إذا كان ما لاحظته الفقهاء على تصرف الشريعة الإسلامية للبيع ، أنه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الأشياء المستقلة ، فإن كان هذا يصدق بالنسبة لما أورده الفقهاء المسلمون من تصرف لمقد البيع ، فإنه يصدق حتى بالنسبة لأحداث القوانين ، إذ لا يمكن تصور انتقال ملكية البيع إلى المشتري بمجرد التماقد إلا إذا كان شيئاً معيناً بالذات . أما إذا كان البيع من الأشياء المثلية ، أي المصينة بالنوع ، فلا تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بقرره . وكذلك لا تنتقل ملكية البيع إلى المشتري في الحال إذا كان البيع شيئاً مستقبلاً إلا بصد وجوده وتعيينه (٣) .

القانون المدني العراقي :

أما المشرع العراقي فقد تأثر بالفقه الإسلامي من جهة والقانونيين الفرنسيين والحدوي من جهة أخرى ، فأقر بانتقال ملكية البيع من البائع إلى المشتري مباشرة ولم يرضأ التزاماً بنقلها لأن المادة ٥٣١ تنص بأنه : " إذا كان البيع عيناً

- (١) انظر استاذنا الدكتور محمدون الحامري ، في البيع والإيجار ، المصدر السابق ، ص ١٣ ، الدكتور السنيهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٩ ف ٢٣١ ، استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥ ف ٣٥٥ .
- (٢) نقلاً عن استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥ ف ٣٥٦ .
- (٣) استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥ ف ٣٥٦ .

محنة بالذات او كان قد بيع جزاءه ، ونقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وانما اذا كان البيع لم يمين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالانوار * .
فالملكية في القانون المدني العراقي تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع مع الاحتياط بالنسبة للمقار حيث لا بد لانعقاد البيع وانتقال الملكية الى المشتري من تسجيل العقد في الدائرة المختصة (دائرة التسجيل العقاري) .

ولكن يلاحظ ان المشرع العراقي تأثر عنه بالفقه الشري الذي استمد من طريق القانون المصري طاء فتكلم عن (الالتزام بنقل الملكية) فقد جاء في كتاب الالتزامات ، عند الكلام عن آثار الالتزام ، نص المادة (٢٤٧) مقسرا ان : " الالتزام بنقل الملكية او اى حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " (١) . والمشرع العراقي منقاد من قبل بعض الفقهاء العراقيين (٢) من حيث اخذ نص المادة (٢٤٧) نقلا عن القانون المدني المصري الذي تأثر بدوره بالفقه الشري . فاستاذنا الدكتور سعدون المامري يقول في هذا الصدد ما يلي : " . . . وقد كان الاولى بالمشرع العراقي فيما يتعلق بالتصوير الفني لكيفية انتقال الملكية ان يتخذ موقفا واضحا وان لا يحوسر عن النهج الذي اختاره لنفسه وهو الالتزام باحكام الفقه الاسلامي في هذه المسألة بالذات لان هذا الفقه كما بينا اقرب الى اداء الفكرة الصحيحة عن البيع مسن القانونيين الفرنسي والمصري " (٣) . ويذهب استاذنا الدكتور الحكيم الى القول : " جرت عادة الفقهاء الشرعيين والقوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المدني العراقي ، على استعمال تعبير " الالتزام بنقل الملكية " ونحن لا نرى لهذا التعبير

(١) يطابق نص المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر استاذنا الدكتور سعدون المامري ، المصدر السابق ، ص ١٤ ؛ استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ؟ ، المصدر السابق ، ص ٦٦ وما بعدها .

(٣) انظر استاذنا الدكتور المامري ، المصدر السابق ، ص ١٤ .

تطبيقاً عليها ، لأن هذا الالتزام لا يمكن ان ينشأ . ذلك ان الرضائية لما كانت هي الاعل في العقود فالملكية تنتقل بمجرد نشوء عقد البيع ، وبغير حاجة الى اية شكلية او اجراءات اخرى ، وهذا ما يترتب عليه عدم امكان نشوء التزام خاص بنقل الملكية ، وانما ينشأ على عاتق البائع التزام بتسليم البيع . وعليه فنفس المادة (٢٤٧) من القانون المدني السراقي الذي يقضي بان : (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) ، هذا النص لا معنى ولا تطبيق عملي له ، لما قدمناه من عدم امكان نشوء التزام اسمه الالتزام بنقل الملكية .

ان النور المتقدم في الحقيقة ، بقية من بقايا القانون الرضائي " (١) هذا ولا حظ ايضاً بأنه ورد في كتاب الحقوق السيئة الاعلية نص خاص باكتساب الملكية عن طريق المقعد هو نص المادة (١١٢٦) الذي يقرر بأنه : "١- تنتقل الملكية بالمقعد في المنقول والمقار . ٢- والعقد الناقل للملكية عقار لا ينقسم الا اذا رويته فيه الطريقة المقررة قانوناً " .

ما تقدم يمكن القول بأن الاعل في القانون المدني السراقي كما عرّفه الحال بالنسبة للقوانين المعاصرة الاخرى ، هو ان عقد البيع عقد ناقل للملكية بمجرد الاتفاق ، وليس منثلاً لالتزام في ذمة البائع ينقلها الى المشتري . فملكية المال البيع تنتقل الى المشتري بمجرد البيع ذاته ، اذا توافرت شروط معينة ، وذلك دونما حاجة الى اي اجراء آخر كتسليم المال البيع او دفع الثمن (٢) .

(١) انظر استاذنا الدكتور الحكيم ، هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية ، وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ؟ ، المصدر السابق ، ص ٣٦ ومما بعدها ، وانظر في الرد على الدكتور الحكيم مقال الدكتور عباس الصراف " ملاحظات حول الالتزام بنقل الملكية " منشور في مجلة كلية الشريعة ، العدد الاول ، السنة الثانية ، ايار ١٩٦٨ ، ص ١ ومما بعدها ، الاستاذ سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المجلس الاول ، عقد البيع ، الفقرة ١٩٦٨ ، هامش رقم ٢ ، ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٠٧ ف ٢٥٧ .

وما ان عقد بيع المقار لا يتمقد في القانون العراقي الا بالتسجيل . فـلا
وجود اذن للالتزام بنقل الملكية لان التسجيل ينقل الملكية بقوة القانون . ولنا مسودة
الى هذا الموضوع عند الكلام في الفصل الثالث عند الكلام عن كيفية التمهد بنقل ملكية عقار .

الزام البائع بأعمال التمهدية الضرورية لنقل الملكية :

تنص المادة (٥٣٥) من القانون المدني العراقي بانه : " يلتزم البائع
بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري وان يكف عن اي عمل من شأنه
ان يجعل نقل الملكية مستحيلا او عسيرا " . وذلك انه اذا كان القانون ذاته قد
نقل بنقل ملكية المال المبيع من البائع الى المشتري بمجرد الاتفاق اذا توفرت شروط
معيّنة ، فان البائع ملزم بالقيام بأعمال يكون من شأنها التمهد لنقل الملكية
او بالامتناع عن اتيان اعمال تحول دون انتقال الملكية الى المشتري (١) .

فمن جهة ، يلتزم البائع بأعمال ايجابية تتمثل بنشاط ما ي يكون من شأنه
ان يمهّد لنقل الملكية ، فاذا كان البيع عقارا ، يلتزم البائع بتقديم المستندات
اللزّمة للتسجيل كالمستندات التي تثبت ملكيته للمال المبيع وشهادة دائمة
الضربة المقارنة ، وشهر حق الارث الواجب حصوله قبل التسجيل ، وبيان بحدود
المقار ، وكذلك الحضور الى الدائرة المختصة لتعيين الموظف المختص
التصديق على توقيعهم ، وشطب التكاليف المقررة على المقار قبل البيع اذا كان
هذا المقار قد بيع خاليا من كل تكليف (٢) .

ومن جهة اخرى ، فان البائع يلتزم بالتزامات سلبية تتمثل بالامتناع
عن التصرف بالمقار تصرفا يضر بالمشتري ، فهو يمتنع عن القيام باي عمل من
شأنه ان يحول دون انتقال الملكية الى المشتري ، فيستنع عن تسجيل عقد بيع
المقار لصحة الغير ، بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري

(١) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٢٨ ف ٣٩٤ ، الدكتور المنهري ، البيع والمقايضة ، المصدر
السابق ، ص ٤١٤ ف ٢٣٥ .

(٢) راجع : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٢٨ ف ٣٩٥ ، الدكتور المنهري ، البيع والمقايضة ، المصدر
السابق ، ص ٤١٤ ف ٢٣٥ .

الاول - فيجب ان يكف البائع عن هذه الاصل - ان من شأنه ان يجعل نقل الملكية الى المشتري مستحيلا (١) . وكذلك يلتزم البائع بالامتناع عن القيام بكسل ما من شأنه ان يلحق باليمين المبيعة تلفا او تخريبا (٢) .

المطلب الثاني التزام البائع بتسليم المبيع

الالتزام الرئيسي الثاني من التزامات البائع في مواجهة المشتري هو ان يقوم بتسليم المقار المبيع اليه . ولا حظ بأن غقه القانون الوضعي يرى ان الالتزام بالتسليم عبارة عن التزام مستقل عن التزام البائع بنقل الملكية (٣) وان كانت توجد فيما بين الالتزامين رابطة ضرورية (٤) . اما غقهاء المريعة الاسلامية فيرون ان الالتزام بالتسليم هو التزام تابع مخرج عن التزام البائع بنقل الملكية . او بمباشرة اخرى هو نتيجة لترتيب الملك للمشتري (٥) .

امية التسليم

رأينا سابقا بأنه كان لتسليم المبيع الى المشتري اهمية خاصة في القانونيين الروماني والفرنسي القديم حيث لم يكن فيهما عقد البيع ناقلا للملكية بحد ذاته .

- (١) راجع : الدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤١٦ ف ٢٣٥ ، استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ ف ٣٩٦ ، الدكتور عامر الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ - ١٢٩ الفقرتين ٢٩٧ و ٢٩٨ .
- (٢) انظر الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ ف ٣٩٦ .
- (٣) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، عقد البيع والمقايضة ، القاهرة ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ص ١٢٩ ، انظر عكس ذلك الدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٥٥٦ ، الدكتور محمود جصال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٢١٧ ف ١١٣ .
- (٤) انظر الدكتور عامر الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٨ ، ف ١١٣ .
- (٥) انظر الدكتور الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٨ ف ٦٠٣ .

فالمشتري لا ينبغي من شرائه مجرد ان يوصف بأنه مالك للمال الذي اشتراه . بل هو يقصد من وراء ذلك الاستفادة من المال المبيع وتحقيق المنافع التي عسي السبب من شرائه المال ، وهذا لا يتحقق بمجرد انتقال الملكية الى المشتري بل من طريق حيازته له . واذا كان المشتري يحتطيح ان يتصرف في المال المبيع بمجرد انتقال الملكية اليه ولو قبل التسليم كقاعدة عامة (مادة ٣٢٠ مدني عراقي) . الا ان التسليم اهمية كبيرة من الناحية العملية لانسه يمكن المشتري من الانتفاع الفعلي بالمبيع . كما ان الفقهاء المسلمين اولوا التزام البائع بالتسليم غاية خاصة ووردت في مجلة الاحكام التدلية نصوص صريحة تتعلق بهذه المسألة (١) .

ولكن رغم ان التسليم اصبح مجرد اثر من الآثار التي تترتب على عقد البيع دون ان يكون لازماً لانتقال الملكية الى المشتري ، كما تقتضي بذلك القوانين الحديثة ، الا ان هذا لا ينفي اهمية التسليم وما له من آثار خطيرة على عقد البيع بصورة خاصة (٢) .

والواقع ان المشرع العراقي ، كما يقول استاذنا الدكتور الحامري ، قد اسهب في ايراد احكام التسليم اسهاباً غفلاً في بعض الاحيان ، ولعل ذلك يرجع الى ما كان للتسليم من اهمية بالغة ، فقد كان من الاجراءات الناقلة للملكية في القانون الروماني (٣) .

- (١) انظر المواد ٢٦٢ - ٢٩٢ من المجلة ؛ وانظر : استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ - ٢٣٠ ف ٣٩٨ ؛ استاذنا الدكتور الحامري ، في البيع والايجاره ، المصدر السابق ، ص ١١٠ وما بعدها ؛ استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٩ ف ٦١ ؛ الدكتور عياض الصراف ، شرح عقد البيع والايجاره في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها ، الفقرات ٣٦٩ و ٣٧٠ و ٣٧١ ؛ شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٩ ، الفقرات ٦٠٥ و ٦٠٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ ؛ الدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ ف ١٥٨ .
- (٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٠ ف ٣٩٩ .
- (٣) استاذنا الدكتور الحامري ، في البيع والايجاره ، المصدر السابق ، ص ١١١ .

والترام البائع بالتسليم هو من مقتضيات عقد البيع ودون حاجة للتعريض
في عقد البيع ، والبائع يلتزم به سواء كان البيع منقولا أم عقارا (١) .
وسنقصر في دراستنا لاحكام التسليم على اهم السائل المتعلقة بالمقارنات
دون النقولات .

طرق التسليم :

تنص المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى على
انه : " تسليم البيع يحصل بالتسليم بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به
المشتري من قبضه دون حائل " . وتنفي المادة (٤٣٥ ف ١) من القانون المدني
العراقي بانه : " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من
حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد
اعطه بذلك " . وحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .
يتضح من هذه النصوص ان التسليم قد يكون تسليميا ماديا او منوصيا
او كما يسميه الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم ان التسليم قد يكون حقيقيا او
حكما (٢) .

التسليم المادي :

يقصد بالتسليم المادي او الحقيقي هو التسليم الذي يصحبه مظهر خارجي
او عمل مادي محصور ، هو نقل حيازة المال المبيع (المتار المبيع) نقلا ماديا
من تحت يد البائع الى يد المشتري (٣) . والصورة الواضحة للتسليم المادي

(١) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ع ٢٣١ ف ٤٠٠ ، والدكتور سليمان مرقور ، والدكتور محمد علي امام ، عقد

البيع في التقنين المدني الجديد ، المصدر السابق ، ع ٣٠٤ ف ١٨١ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور المامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ،

ع ١١٢ ، واستاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر

السابق ، ع ٢٣٢ ف ٤٠٢ .

(٣) انظر الدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ع ١٤٤ ف ١٦٠ ، واستاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ،

المصدر السابق ، ع ٢٣٢ ف ٤٠٣ ، واستاذنا الدكتور المامري ،

في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ع ١١٢ .

في قبض المشتري للمال المبيع (المقار المبيع) حيث نصت الفقرة الثانية مسن
المادة ٣٨٨ بدني عراقى على انه : " اذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو
يقبضه وسكت يعتبر ذلك اذنا من البائع له في القبض " . فالتسليم يلزم ان يسودى
الى وضع المقار المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع ان ينتفع به الانتفاع
المشيد من دون اى مانع . فيعتبر البائع قد نفذ التزامه متى ما وضع المقار المبيع
تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن المشتري من حوازه ماديا ولا عبوة بعد ذلك
ان يستولي ماديا على المقار المبيع او انه لم يستول عليه (١) .

فالتسليم هو اقباض البائع للمال المبيع (المقار المبيع) الى المشتري
فعلا فهو يستلزم عملا ايجابيا من جانب المشتري هو استيلاءه ماديا على المقار
المبيع (٢) . وهناك الى جانب التسليم الحقيقي " التسليم القانوني " او كما
يطلق عليه الدكتور المنهوى التسليم الفعلي حيث يجمع بين صورتى التسليم
المادى والتسليم القانوني تحت عنوان التسليم الفعلي (٣) . والتسليم القانوني
هو الذى يتم بوضع البائع المقار المبيع تحت تصرف المشتري واعانه بذلك ولو لم
يقبضه تسليم من جانبه . فما دام المشتري قادرا على وضع يده على المقار المبيع
والانتفاع به دون عائل تائه يعتبر متسلما له ولو لم يضع يده عليه (٤) . وطلة ذلك
هو ان التسليم المادى يستلزم عملا ايجابيا من جانب المشتري . فاذا امتنع شذا
الاخير تعطلت عملية التسليم . ولهذا عقد احتراز القانون من وضع البائع تحسنت
رحمة المشتري فاعتبره موفيا لالتزامه بالتسليم في احوال كهذه (٥) .

- (١) انظر استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر
السابق ، ص ١٣١ ف ٦٢ .
- (٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٣٢ ف ٤٠٣ .
- (٣) انظر الدكتور المنهوى ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٥٨٩
ف ٣٠٦ هامش رقم ٣ .
- (٤) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٣٢ ف ٤٠٤ .
- (٥) الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ ف ٤٠٤ ،
الدكتور عمار الصراف ، شرح عقدى البيع والايجار في القانون المدني
العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٦٢ ف ٣٧٤ .

معتبر من قبل التسليم القانوني . اعداد البائع للمشتري لتسليم العقار
البيع حيث يكون هذا الاعداد بمثابة وضع البيع تحت تصرف المشتري (١) .
والتسليم يتم وفقا للطريقة التي تتألف مع طبيعة العقار المبيع (المسال
البيع) حيث نصت المادة (٤٣٥ ف ٢) من القانون المدني المصري على انه :
" يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " . ان هذه المادة
تقرر قاعدة عامة يمكن الاخذ بها في القانون المدني العراقي على الرغم من عدم
وجود نص مماثل فتسليم المبيع يختلف باختلاف ما اذا كان عقارا او متوقلا او مجسدا
حق منقضى (٢) .

اذن التسليم يختلف باختلاف طبيعة المال المبيع وما ان العقار هو محل
عقد البيع ، فيكون تسليمه بالتخلي عن حيازته من قبل البائع الى المشتري ، لتسليمه
من الاستيلاء عليه فاذا كان العقار المبيع من الباني فعلى البائع ان يخليه
وان يفر مالاً من اثاث واجمعة فيه ، واذا كان ارضا زراعية ، وجب عليه ان يتركها
وان يأخذ مالاً فيها من آلات ومواشي ونحو ذلك مما لا يدخل في البيع ، كما يجب
عليه الامتناع عن زراعتها وكيف عن جني المصنولات (٣) . واذا كان العقار مؤجرا
فعلى البائع اخراج المستأجر الا اذا كانت الاجارة نافذة في حق المشتري وفي
هذه الحالة يتعين على البائع الامتناع عن قبض الاجرة (المادة ٧٨٦ مدني
عراقي) (٤) .

(١) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ ف ٤٠٤ .

(٢) استاذنا الصامري ، في البيع والايجاره ، المصدر السابق ، ص ١١٢ .

(٣) راجع استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ ف ٤٠٦ ، استاذنا الدكتور الصامري ، في البيع والايجاره ،
المصدر السابق ، ص ١١٢ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح
احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ ف ٦٢ .

(٤) الدكتور عامر الصراف ، شرح عقدي البيع والايجاره في القانون المدني
العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ ف ٣٧٧ ، الدكتور انور سلطان ،
شرح عقدي البيع والتأجير ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ ف ١٥٧ ، الدكتور
حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٦ ف ١٦٢ .

والتغلي عن حيازة المقار وان كانت كائنة في بعض الحالات لتعام التسليم
 ما لو كان البيع ارضا فشا تملكها البائع بعضي المدة ، الا انه قد يقتضي الاسره
 في احوال اخرى ، لكي يتمكن المشتري من الاستيلاء على المقار البيع ان يتسلم
 البائع بمثل آخر كتسليم مفاتيح البناء او الارض المسورة او عقود الايجار الواقعة
 على المقار . حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين او تسليم مستندات
 التملك . والمقصود بهذه المستندات ليس عقد البيع الاخير ، بل المستندات
 والمستندات التي تثبت ملكية البائع للمقار البيع وقت البيع لان هذه المستندات
 تكون ضرورية للمشتري ليسهل عليه التصرف في المقار الذي اشتراه فيما بعد لانه
 ملزم باثبات ملكية من تلقى الحق عنه (١) .

التسليم الممنوع :

اما التسليم الممنوع او الحكيم فهو ذلك التسليم الذي
 لا يصحبه تسليم مادي اى التسليم الذي لا تتقبل
 فيه حيازة المقار البيع الى يد المشتري . فهو الذي يتم بمجرد اتفاق الطرفين
 على اعتباره حاصلا ودون ان يكون له مظهر خارجي او عمل مادي محصور ينسب
 عنه . وتم دون ان يكون هناك حاجة الى استيلاء مادي . فالذي يميز التسليم
 الممنوع عن التسليم المادي هو ان التسليم الممنوع يتم بتغيير صفة الحائز
 او بمجرد تغيير النية ، بالاتفاق بين المتعاقدين دون ان يتم نقل حيازة المقار

(١) راجع : الدكتور عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون
 المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ ف ٣٧٧ ، استاذنا
 الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٤ ف ٤٠٦ ،
 استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر
 السابق ، ص ١٣٣ هامش رقم ١ ف ٦٢ ، الدكتور انور سلطان ، شرح
 عقدي البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ ف ١٥٧ ، الدكتور
 عبدالمعز عامر ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢١ ف ١٥٤ ،
 الدكتور محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع ، المصدر السابق ،
 ص ٢٢١ ف ١٢٣ ، الدكتور توفيق حسن فيج ، عقد البيع والمقايضة ،
 المصدر السابق ، ص ٢٢٣ ف ١٣٣ ، استاذنا الدكتور الماسري ،
 في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١١٢ ، الدكتور الذنون ،
 عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٦ ف ١٦٢ .

الموج ماديًا إلى المشتري (١) . فالسليم الحكمي يتميز عن التسليم الحقيقي بأنه
إتفاق أو تصرف قانوني وليس عملاً ماديًا . وقد يكون ذلك في العقار كما قد يكون
في المنقول (٢) .

صور التسليم الممنوع :

وللتسليم الممنوع ثلاث صور نص عليها القانون المدني العراقي . أما الصورة
الأولى ، فقد أشار إليها القانون المدني العراقي في المادة (٥٣٤) بقوله :
" إذا كانت الممين البيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاعتراها حسن
المالك فلا حاجة إلى قبض جديد . سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان
أو يد امانة " . وبناءً على ذلك فإن التسليم يتم بتغيير نية المشتري في حيازة
العقار المبيع ، فإذا كان العقار المبيع في حيازة المشتري لسبب آخر غير البيع ،
فإن يكون غاصبا له أو مستأجرا أو مرتهنا له رهنا حيازيا ووقع البيع فإن الأمر
لا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد لتتمام التسليم . بل أن التسليم يعتبر حاصلا
بتغيير النية ، أي بالاتفاق بين الطرفين على بقاء العقار المبيع في حيازة المشتري

- (١) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٣٦ ف ٤١٠ ؛ استاذنا الدكتور المامري ، في البيع والإيجار ،
المصدر السابق ، ص ١١٣ ، والدكتور الذنون ، عقد البيع ، المصدر
السابق ، ص ١٤٤ ف ١٦٠ ؛ استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح
احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ و ١٣٤ ف ٦٦ ؛ الدكتور
الصراف ، شرح عقود البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، المصدر
السابق ، ص ١٦٢ ف ٣٧٥ ؛ وشرح عقد البيع في القانون المدني
الكميتي ، المصدر السابق ، ص ٤٤٧ ف ٦١٧ ؛ والدكتور انور سلطان ،
شرح عقود البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ١٧١ و ١٧٢ ف ٦٠ ؛
الدكتور توفيق حسن فري ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ،
ص ٢٢٦ ف ١٣٤ ؛ والدكتور محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد
البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ ف ١٢٤ .
- (٢) راجع : الدكتور الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكميتي ، المصدر
السابق ، ص ٤٤٧ ف ٦١٧ ؛ والدكتور توفيق حسن فري ، عقد
البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ ف ١٣٤ ؛ والدكتور
السنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٥٩٣ ف ٣٠٨ .

مع تغيير المثة ، فيحد ان كانت حيازته للمقار بنية النصب والايجسار او
الوديعة او الاطارة او الرهن الحيازي مثلاً ، يصبح حائزاً له بصفته مالكا ، وان
كانت الحيازة المادية باقية كما كانت ، ولكن نية المشتري تنهت في حيازته
للبيع (١) .

واما الصورة الثانية للتسليم الممنوع ، فهي ان يحتفظ البائع بحيازته
للمقار المبيع بعد البيع ، فيحد ان كان يجوز المال بصفته مالكا له قبل البيع
ان حيازته هذه تستمر ولكن ليس باعتباره مالكا وانما بصفته اخرى بعد البيع .
فاذا اجر المشتري المقار المبيع بعد البيع وقيل قبضه ، الى البائع او باعه منه
او وهبه اياه او رهنه له او تصرف له فيه تصرفا آخر يستلزم القبض ، اعتبر
المشتري قابضا للمقار المبيع وهذه الحالة تنجح في الفرض الحكمي للدالة السابقة
اذ قد يستبقي البائع المقار المبيع بعد حصول البيع لا على اساس انه مالك له
لان الملكية قد انتقلت منه بمجرد عقد البيع ، وقد خرج المقار عن ملكه ، بل
بسبب قانوني آخر هو عقد الايجار او عقد البيع الثاني او عقد الهبة او الرهن
او غير ذلك (٢) . وقد نصت على هذه الصورة الفقرة الاولى من المادة (٥٤٠)

- (١) راجع : استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ،
المصدر السابق ، ص ١٣٤ ف ٦٢ ، واستاذنا الدكتور غني حسون
طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ و ٢٣٧ ف ٤١١ ، واستاذنا
الدكتور سعدون العامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ،
ص ١١٣ ، والدكتور المنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ،
ص ٥٩٣ ف ٣٠٨ ، والدكتور انور سلطان ، شرح عقدي البيع
والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ ف ١٦٠ ، والدكتور توفيق
حسن فني ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ ف ١٣٤ ،
الدكتور محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٣٣ ف ١٢٤ ، والدكتور الصراف ، شرح عقد البيع في القانون
المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٤٤٧ ف ٦١٧ .
- (٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٣٧ ف ٤١١ ، واستاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام
عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ ف ٦٢ ، واستاذنا الدكتور
سعدون العامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١١٤ ،
الدكتور الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر
السابق ، ص ٤٤٨ ف ٦١٨ .

بقولها : " اذا اجر المشتري المبيع قبل قبضه الى بائعه او باعه منه او وهبته
اياء او رهنه له او تصرف فيه اي تصرف آخر يستلزم القبض اعتبر المشتري قابضاً
للمبيع " . وكلتا صورتين المأبقتين ليستا الا تطبيقاً لبدأ عام في انتقال الحيازة
من شخص الى آخر انتقالاً حكماً (١) .

اما الصورة الثالثة ، للتسليم الممنوع ، فتمتدح عندما تنتقل حيازة
انتقال المبيع مادياً من البائع الى شخص ثالث يستبرئها عن المشتري في تسليم
المقار المبيع . وهذه الصورة تختلف عن صورتى التسليم الممنوع المأبقتين في
ان حيازة المقار المبيع تنتقل فيها انتقالاً مادياً الى شخص آخر غير المشتري ،
وهو شخص تماقد مع المشتري ، واستلزم التماقد ان يقبض المقار المبيع ، فاذا
اجر المشتري المقار المبيع قبل قبضه لشخص البائع او باعه او وهبته او رهنه او
تصرف فيه بأي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه الماقد من الغير ، قام هذا
القبض مقام قبض المشتري ، وبمبادرة اخرى يعتبر المشتري قابضاً للمقار المبيع .
فالتسليم هنا تسليم مادي بالنسبة الى الماقد الذي ابرمه هذا الشخص مسرع
المشتري ، فيعد قبض هذا الشخص قبضاً فعلياً ، وهو ينفذ الوقت تسليم ممنوع
بالنسبة الى عقد البيع ، ويقوم القبض الاول مقام القبض الثاني او التسليم الاول مقام
التسليم الثاني (٢) . وقد نصت على ما تقدم الفقرة الثانية من المادة (٥٤٠) من
القانون المدني على انه : " واذا اجره قبل قبضه لشخص البائع او باعه او وهبته
او رهنه او تصرف فيه اي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه الماقد قام هذا القبض

-
- (١) الدكتور الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر
السابق ، ص ٤٤٨ ف ٦١٩ ، الدكتور السنهوري ، البيع والمقايضة ،
المصدر السابق ، ص ٥٩٤ ف ٣٠٨ .
- (٢) راجع : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٢٣٧ ف ٤١١ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام
عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ ف ٦٢ ، استاذنا الدكتور
ممدون المامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١١٤ ،
الدكتور الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر
السابق ، ص ٤٤٨ ف ٦١٩ .

مقام فخص المشتري * . ولم يشر القانون المدني المصري السابق هذه الصورة الثالثة من صور التسليم الحكمي * ومع ذلك فإن الدكتور المنهجي يذهب إلى أن الإخذ بهذه الصورة في القانون المصري لأنها تتفق مع القواعد العامة (١) .

نطاق الالتزام بالتسليم : الأصل أن البائع لا يلتزم بتسليم المال المبيع نفسه فمستحيل أن نطاق التزامه بالتسليم يمتد كذلك إلى توابع المبيع ولو لم يجسر ذكرنا صراحة في عقد البيع * وقد نصت المادة (٥٣٧) من القانون المدني العراقي على أنه : " يدخل في البيع من غير ذكر : أ - ما كان في حكم جزء من البيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الدور من الشراء فإذا بيعت بقرة حلب لأجل اللبن دخل تبويضها الرضيع * ب - توابع المبيع المنصلة المستقرة فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار * وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المشروسة على سبيل الاستقرار * ج - كل ما يجري العرف على أنه من مشتقات المبيع " (٢) .

يتبين من ذلك أن المشرع العراقي سلك على شعر الطريقة التي سار عليها الفقهاء المسلمون في إيراد الأمثلة التوضيحية ضمن النصوص العامة * ويظهر هذا الأمر في النسخ الحديث من عيوب التشريع * لأن سرد الأمثلة التوضيحية لم يمسد بنجواب مع مقتضيات الصياغة الفنية في القوانين المصاغة (٣) . لأن سرد الأمثلة

(١) راجع : الدكتور المنهجي * البيع والمقايضة * المصدر السابق * ص ٥٩٤ ف ٣٠٨ .

(٢) وهذه المادة مستمدة من الفقه الإسلامي ومن المواد (٢٣٠ و ٢٣١ و ٢٣٢ من مجلة الأحكام العدلية والمواد ٤٦٩ - ٤٨٠ (مرشد البحران بصفة بصفة خاصة) .

(٣) راجع : الدكتور حسن علي الذنون * عقد البيع * المصدر السابق * ص ١٥١ ف ١٦٥ * استاذنا الدكتور غني حنون طه * عقد البيع * المصدر السابق * ص ٢٣٩ ف ٤١٣ * استاذنا الدكتور سعدون الحاموي * في البيع والإيجار * المصدر السابق ص ١١٦ و ١١٧ * الدكتور عباسي * المرافع * شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي * المصدر السابق * ص ١٦٥ و ١٦٦ ف ٣٨٦ * استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت * شرح أحكام عقد البيع * المصدر السابق * ص ١٣٦ هامش رقم ٣ .

يدخل في مهمة الفقه لا في مهمة التشريع .

أما المشرع المصري فقد أخذ بتحديد طام من ملحقات البيع ، حيث ترك تحديد ذلك الى ما تقضي به طبيعة الاموال وعرف الجهة وقصد المتماقدين . فقد قضت المادة (٤٣٢) من القانون المدني المصري بانفسه : " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتماقدين " . ونطاق التسليم يشمل العقار وملحقاته . والمرجع الاول في تحديد ملحقات العقار المبيع هو اتفاق المتماقدين (١) . اما اذا لم يوجد اتفاق بين المتماقدين او غير ذلك ، يمكن الركون اليه في تحديد ملحقات العقار المبيع وجب عندئذ الاشتداد بما تقتضيه طبيعة الاشياء . ويقول استاذنا الدكتور سعدون الحامري في هذا الخصوص ما يلي : " . . . ومع ذلك فالظاهر من نص المادة (٥٣٧) مدني عراقي ان تحديد الملحقات يرجع لظروف كل حالة ، وهو يختلف في بيع عثماني في آخر ، ولذلك يجب الرجوع اولا الى اتفاق المتماقدين الذي قد يحدد ما يستبر من ملحقات العقار المبيع ، فان لم يوجد اتفاق ، وجب التزام حكم الصرف ، فاذا لم يوجد اتفاق او عرف وجب الاعتداد في تحديد الملحقات بدبيعة المبيع وجنسه " . وتلحق الملحقات بالعقار دون حاجة الى الترخيل بها الا اذا تضمن الاتفاق على غير ذلك ، وملحقات العقار المبيع ، كما تكلفنا عنها تكميلا فسي التبريد بالعقار ، هي الاموال التي بدونها لا يتمكن المشتري الانتفاع بالعقار المبيع ، وملحقات العقار تشمل جميع ما اعد بصفة دائمة لاستعماله (٢) ، فهي

(١) ولا يدخل في بيع الارض الزراعية ما حصده البائع من المحاصيل وتولسى خزنه ولكن اذا اشق الطرفان المتماقدان على اختيار المحصول الذي تم حصده من ملحقات الارض ، فان البيع يشمل وصيته بالتالي من ملحقات الارض . ولا يستلزم الامر ذكر التوايح في العقد لانها تدخل ضمن العقار المبيع متى كان البيع مطلقا (محكمة التمييز - رقم القرار ٦٤٠ / مدنية رابعة / ١٩٧١ ، تاريخ القرار ١٩٧١ / ٦ / ٦ ، النشرة القضائية ١٩٧٢ ، المجلد الثاني ، السنة الثانية ، ص ١٠٦) .

(٢) راجع : استاذنا الحامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .
(٣) راجع : استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

تعمل مفاعله ومستندات تملكه وتقوم التأمين التي عقدت لضمانه عند المسالك والدعاوى التي ترتبط به كدعوى ضمان المقاول والمهند من المصارى عن كل خلل أو تهديم يصيب البناء مثال: خمس سنوات من تسلمه وذلك طبقاً للمادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي ، ودعوى البائع على ما قام به المستأجر من بناء غشي الأرض الموضوعة ، وكذلك عقود الإيجار باعتبارها نافذة في حق المشتري ودعوى ضمان الاستحقاق وضمان الميوب الخفية التي للبائع تجاه بائعه ، أما دعوى الثمن التي تعود للبائع تجاه بائعه ودعوى التخصيص التي له ضد الغير في حالة وقوع تخريب أو تلف في العقار المباع فإنها لا تنتقل إلى المشتري (١) . ومعتبر كذلك من ملحقات العقار حقوق الارتفاق المقررة له على عقار آخر والمنقولات المملوكة لمالك العقار نفسه والمخصصة لخدمة العقار أو لاستغلاله والتي يتناولها اصطلاح العقار بالتخصيص (م ٦٣ مدني عراقي) ، ومعتبر كذلك من ملحقات العقار جميع توابعه المتصلة المستقرة التي لا تفصل الانفكاك عنه بدون ضرر يصيبه (م ٣٧ ص ب) . ويترتب على هذا ان بيع المنزل يشمل الاغيا المثبتة في المصلحة بسبب كالمعامل المثبتة في الجدران والتماثيل المثبتة على قواعد متصلة بالجدران والامسران المثبتة في الملايح والتاسيسات الكهربائية ودون الصابيح والثريا المعلقة والمرايسل . وتعتبر التاسيسات الكهربائية من مشتلات العقار المباع عرفاً وتدخل في البيع من دون ذكر (٢) . ويشمل بيع الاراضي الزراعية ما كان من توابعها من مواش واللات ومخازن وما لم ينضج من المحصولات والثمار والاشجار المخروسة فيها على سبيل الاستقرار

= ص ٢٤٠ ف ٤١٥ ؛ الدكتور سليمان مرقس ، الدكتور محمد علي اسام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، المصدر السابق ، ص ١٩١ ؛ الدكتور انور سلطان ، الدكتور جلال المدوي ، البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧ .

- (١) راجع الدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٥٨٢ ف ٣٠٣ ، ص ٤ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٣٩ ف ٦٤ .
- (٢) محكمة تمييز العراق (رقم القرار تمييز ٢٠٠٥ / ١٩٥٣ تاريخ القرار ١٠٤ / ١ / ٧) ، مجلة القضاء ، السنة الرابعة عشرة ، العدد الثاني ، ص ٩٠ .

(م ٥٣٧ ف ب مدني) ، ولكنه لا يشمل ما نضج من محصولات او ثمرات ولا الشجيرات المزروعة في ارضه ، او التي اعدت للنقل في (المنادين) (١) .
 ويشمل بيع الدار الحديقة والارض المخصصة له والمتصلة بجدار الحديقة مع اخذ مساحة الارض ، طبقا لما هي عليه في دائرة التسجيل العقاري ، ينظر الاعتبار . ويشمل بيع المصنع آلاته وجميع مهماته الضرورية لتشغيله ، ويشمل بيع الفندق ومؤسساته (٢) .

الحالة التي يجب ان يسلّم عليها المقار البيع :

لم يرد في القانون المدني العراقي بيان للحالة التي يجب ان يسلّم عليها المقار البيع ، بل ترك هذه المسألة لاحكام ولا رادة الطرفين المتعاقدين (٣) .
 اما التشريع المدني المصري فقد قرر في المادة ٤٣١ بانه : " يلتزم البائع بتسليم البيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع " . وترتب على ذلك انه

-
- (١) انظر استاذنا الدكتور سعدون المامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١١٨ ، استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٤٠ و ٢٤١ ف ٤١٦ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ الفقرتين ٦٣ و ٦٤ ، الدكتور عامر الصراف ، شرح عقد البيع والايجار فسي القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ و ١٦٩ ف ٣٨٩ .
 - (٢) راجع : الدكتور الصراف ، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ ف ٣٨٩ .
 - (٣) راجع الدكتور حنون طه ، في الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٥١ ف ١٦٦ ، استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٤٣ ف ٤٢٢ .

لا يجوز للبائع ان يحدث في المقار المبيع تنغيرا يفعله لانه ملزم بحفظه بحالته الى وقت تسليمه للمشتري ، فاذا كان المبيع معينا بالذات فينبغي ان يسلم السمسار الممتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، ولو كان على حالة سيئة ، لانفسه يفترض بالمشتري انه يحلم بحالة المقار المبيع علم اليقين . فاذا احدث البائع تنغيرا في المقار المبيع كان يهدم جزءا من المقار الذي باعه او يبني قسم سوق الارض المبيعة ، جاز للمشتري ان يلزمه باعادة الحالة الى ما كانت عليه وقت التعاقد اذا كان هذا ممكنا . اما اذا تضرر ذلك فيجوز له ان يطالب بفسخ البيع مع التعويض طبقا لاحكام القواعد العامة . كما يجب على البائع ان يسلم السمسار نفس المقار المبيع المتفق عليه لا مالا آخر حتى ولو كان مساويا له فسي القيمة او كان خيرا منه (١) .

فاذا احدث البائع مع ذلك تنغيرا في المقار المبيع ، فيلاحظ في هذه الحالة ما اذا كان التنغير مضرًا بالمشتري او كان نافعا له . وحق المشتري في حالة تغير المقار المبيع ، الاعتراض على هذا التنغير عند تسليمه للمقار المبيع او بعد وقت مناسب . ويقع على البائع عبء اثبات عدم تغير المقار المبيع عسمن حالته وقت البيع لان البائع مدين بالتسليم ويقع بالتالي عليه اثبات براءته . اما اذا سكت المشتري عند تسليمه المقار المبيع وضعت عدة طويلة على ذلك سكت دون ان يصدر خلالها اعتراض منه فانه لا يستطيع الادعاء بتغير حالة المقار المبيع لان سكوتة هذا قد يفسر بانه قد تنازل عن حقه في الاعتراض او ان حالة المقار المبيع لم تتغير عما كانت عليه وقت البيع (٢) .

ولكن اذا حصل التنغير في حالة المقار المبيع وكان مضرًا بالمشتري

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٤٤ ف ٤٦٣ ، والدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٥٢ ف ١٦٧ ، واستاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٢ ف ٦٥ .

(٢) راجع استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٢ ، قاسم ، رقم ٢ .

حق لهذا الأخير مطالبة البائع بالتنفيذ المبني وذلك باعادة المقار البيع الى الحالة التي كان عليها وقت البيع متى كان ذلك ممكنا اما اذا تعذر التنفيذ المبني جاز للمشتري المطالبة بالتعويض او بالفسخ مع التعويض ان كان لفسخه يقتضى (١) . ويكون البائع مسؤولا عن التفسير الحاصل في المقار البيع ، سواء كان ذلك التفسير بفعل الغير او بفعل البائع او نتيجة لخطأ منه او كان بسبب القوة القاهرة حيث يكون البائع هو المسؤول في جميع تلك الاحوال عما يصيب المقار البيع من هلاك او تلف باستثناء ما اذا كان الهلاك او التلف قد حدث بفعل المشتري او بفعله . اما اذا تفسر المقار البيع الى الاحسن عما كان عليه وقت البيع كما لو اقام البائع بناء على الارض المبيعة فيحق للمشتري ، في حالة عدم وجود اتفاق مع البائع ، مطالبته باعادة المقار البيع الى الحالة التي كان عليها وقت العقد اي ان يقوم البائع بازالة البناء على نفقته . وحق للمشتري ان يبقي البناء على ان يدفع قيمته للبائع مستحقا للقلع لان البائع كان يعلم بانفسه يقوم البناء على ارض مملوكة للغير .

اما اذا كان التفسير نحو الاحسن ليسر بفعل البائع وانما بسبب اجنبي كما في حالة زيادة مساحة المقار البيع نتيجة للاتفاق طمي النهر بها ففسان هذه الزيادة تكون من حق المشتري ولا يدفع بالتالي عنها شيئا للبائع (٢) . ولكن يجوز للطرفين المتماقدين الاتفاق على قيام البائع بتسليم المقار البيع الى المشتري بمدة فك الرهن المثقل به في الوقت الذي كان المقار المذكور موقفا بالرهن وقت البيع . والدائر الى ان البائع هو الذي يتحمل تبعه هلاك او تلف المقار البيع قبل التسليم فانه اذا قام بالاتفاق على المقار البيع لشخص حفظه من التلف او الهلاك فلا يستطيع بمدة ذلك الرجوع على المشتري لاسترداد ما

(١) استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٢ .

(٢) استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ .

انفق على المقار المبيع لذلك الغرض (١) .

حكم نقص المقار المبيع او زيادته :

لاحظنا سابقا ان البائع يلتزم بتسليم المقار المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد الا اذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك . يلتزم البائع ايضا الى ذلك بموجب عقد البيع بان يسلم المقار المبيع الى المشتري بالمقدار المتفق عليه في العقد . ولهذا نقدر طالع المشرح العراقي حكم هذه المسألة في المسود (٥٤٣ - ٥٤٦) من القانون المدني وهذه المواد مستمدة من الفقه الاسلامي (٢) . والمشرح العراقي في مسألته الزيادة او النقصان في البيع ميز بين المثليات التي يضرها التبعيض وبين المثليات التي لا يضرها التبعيض . واني ارتأى الى عدم التطرق الى هذين الموضوعين لانهما لا يتصلقان بموضوعنا الى الحد الذي يحتم علينا دراستهما ، واكتفي بالاشارة الى ان حق المشتري في فسخ البيع او اخذ المقار المبيع بما يقابله من الثمن ، في حالة وجود نقص في المقار المبيع ، يثبت لذلك المشتري سواء سمي الثمن بسعر المفرد او كان الثمن اجماليا . كما وان الحق في الزيادة يثبت للبائع في الحالتين اي سواء كان الثمن بسعر الوحدة او كان اجماليا على حد سواء .

وسواء كان المبيع من الاموال المثلية التي يضرها التبعيض او من المثليات التي لا يضرها التبعيض فان المشرح قيد حق المشتري ، في طلب الفسخ فيمسا

- (١) انظر استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤١ ف ٦٥ هامش رقم ١ .
- (٢) راجع المواد ٢٢٣ - ٢٢٩ من مجلة الاحكام المدلية ، والمواد ٤٤٨ - ٤٥٣ من مرشد الحيوان ، واستاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقود البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٤٤ و ٢٤٥ ف ٤٢٥ ، واستاذنا الدكتور الصامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١١٩ ، واستاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ ف ٦٥ ، الدكتور حمن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٥٢ ف ١٧١ .

إذا كان البيع ناقصا وحق البائع في الزيادة التي تظهر في البيع ، بالتقديس
التاليين (١) :-

- ١- ان تتجاوز الزيادة او النقص خمسة في المائة من مقدار الشيء المبيع .
 - ٢- ان ترفع الدعوى خلال مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر من تاريخ تسليم المبيع
- تعليلها فمعليا لان هذه الصورة من التسليم هي التي تمكن المشتري او البائع حسب الاحوال من الكشف عن الزيادة او النقص في المبيع بينما لا يسمح التسليم الممنوع بتحقيق هذا الهدف ولهذا لم يؤخذ بنظر الاعتبار في حساب المدة المذكورة . والسبب الذي جعل المشرع يحدد المقوط بمدة قصيرة هي ثلاثة اشهر وذلك رغبة منه في استقرار التعاملات ، ذلك ان بقاء احد الطرفين المتعاقدين مهتدا فترة طويلة بالرجوع عليه من المتعاقدين الاخر بسبب وجود زيادة او نقص في مقدار المبيع مما يؤدي الى زعزعة المركز القانوني لكل من المتعاقدين وبالتالي الى عدم استقرار التعامل (٢) .

وقد نصت على كل ما تقدم المادة (٥٤٦) من القانون المدني العراقي على انه : " ١- في الاحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع الا اذا كان النقص او الزيادة جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع " . ٢- وعلى كل حال لا تسع دعوى المشتري او البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة اشهر من وقت تسليم المبيع تعليلها فمعليا " .

(١) استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ ف ٦٨ ، استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٤٩ ف ٤٣٢ .

(٢) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠ ف ٤٣٢ .

زمان التسليم ومكانه وصاريه :

اما زمان ومكان وصاريه التسليم ، فزمان التسليم كقاعدة عامة هو ان يعلم المبيع وتواجمه الى المشتري عند نقده الثمن ، ما لم يتفق على خلاف ذلك او كما يقضي به الصرف (المادة ٣٦٦ مدني عراقي) ، ومكان التسليم قطعا بالنسبة للمقار يكون في المحل الكائن به المقار (١) ، اما الصاري كقاعدة عامة تكون على البائع ما لم يتفق على خلاف ذلك او ما يقضي به الصرف (المادة ٤٢٢ مدني عراقي) .

الاثار المترتبة على التسليم :

١- تبيعة الهلاك ، تقع تبيعة الهلاك كقاعدة عامة على المشتري بعد التسليم ، وبالتالي يلزم المشتري بدفع الثمن . فاذا هلك المقار بعد التسجيل والتسليم فلا جدال في ان تبيعة هلاك المقار تكون على المشتري سواء كان التسليم ماديا او مضمنا . ولكن المشكلة تثور اذا حصل الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل ، فما الحكم في هذه الحالة ؟ يقول استاذنا الدكتور غني حسون طه ان الهلاك على المشتري ، فبذمه يد ضمان لا يد امانة ، فالمشتري وضع يده على المقار بقصد تملكه ، ولم يقصد البائع من تسليم المقار الى المشتري ان يكون وديعة او امانة وانما لاجل نقل ملكيته الى المشتري (المادة ٤٢٧ مدني عراقي) (٢) ، حيث نصت الفقرة الاولى من هذه المادة على انه : " ١- تكون اليد ضمانا اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانة اذا حاز الشيء " لا يقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك " .

(١) انظر الدكتور المصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٧٥ ف ٤٠٦ ، استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٥٢ ف ٤٣٦ .
(٢) للتوسع انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٦٧ - ٢٦٩ الفقرات ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨ .

أما إذا هلك المقار قبل التسليم وقبل التسجيل ، فالهالك يكون على البائع ، وكذلك الأمر أيضا إذا هلك المقار بعد التسجيل وقبل التسليم فيكون على البائع ، وبالتالي لا يلتزم المشتري بدفع الثمن ، وقد يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو يقضي المحرّف بغير ذلك ، ورغم هذا أرى مع الدكتور عباس الصراف واستاذنا الدكتور غني حنون طه أنه إذا هلك المقار تحت يد المشتري ، وكان بانتظار تسجيل العقد في السجل العقاري ، بدون تعديته ولا تنصير ، فإن البائع يتحمل تبعته هذا الهالك ، لأن القانون العراقي ، كما نعلم ، نص صراحة على أن عقد بيع المقار عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل في السجل العقاري ، وعليه أنه لا يوجد عقد بيع قبل التسجيل فلا البائع يكون بائعا ولا المشتري يكتسب شيئا قبل حصوله (١) . وهذا الحكم واجب التطبيق ، كما يقول الدكتور الصراف ، لأنه هو الذي يتمشى مع القواعد العامة في القانون المدني العراقي ، وواجب التطبيق أيضا لما توجي به العدالة كذلك فإن المشتري وقد حصل من تملك المقار ، وشراءه قبل التسجيل لا يمكن أن تلقى على طاقه تبعته هلكه بفحص السجل القوة القاهرة ، ولا تحمل ما لا يخلق .

ويخلص الدكتور الصراف إلى أن البائع يتحمل تبعته هالك المقار فسي

حالتين :

- الاولى - إذا هلك المقار بعد التسجيل وقبل التسليم .
 - الثانية - إذا حدث الهالك قبل التسجيل وبعد التسليم .
- ولا يتحمل المشتري بهذه التبعة إلا إذا حدث التسجيل والتعليم معا (٢) .

(١) انظر الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، الصادر المابثق ، ص ١٨٢ ، فقرة ٤٣١ .

(٢) انظر الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، الصادر المابثق ، ص ١٨٨ ، فقرة ٤٣١ و ٤٣٢ .

٢- ان اخلال البائع بهذا الالتزام يترتب عليه مسؤولية عقدية ، ويجوز للمشتري ان يجهز الثمن كسوة للدفع بعدم التنفيذ مقابل اخلال البائع بالتزامه بالتسليم . وله ايضا وفق القواعد العامة ان يطلب الفسخ او التنفيذ الصيني .

المطلب الثالث

التزام البائع بالضمان

الالتزام بالتسليم لا يكفي لبراءة ذمة البائع من التزاماته التي يفرضها عليه عقد البيع ، فالمشتري لا يستطيع ان يحقق الغرض الذي قصد من وراء شرائه للمقار بمجرده التسليم ، وانما لا بد ان يحوز المقار حياة فادئة كما ذكرت سابقا . ويقسم التزام البائع بالضمان الى قسمين : ضمان التمريض والامتحقاق ، وضمان الميوب .

اولا - ضمان التمريض : ويقسم بدوره الى نقطتين :

١- ضمان التمريض الشخصي (التزام سلمي) :

التزام البائع بعدم التمريض شخصيا للمشتري ، يقتضي امتناعه عن كل فعل من شأنه الحيلولة دون انتفاع المشتري بالمقار المبيع سواء كان هذا الفصل ماديا او قانونيا (١) . وقد نصت المادة (٥٤٩) مدني عراقي على انه "١- يضمن البائع عدم التمريض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بمضيه سواء كان التمريض من فعله او من فعل اجنبي يدعي ان له حقا على البيع وقت البيع يحتج به على المشتري . ٢- ويثبت ضمان التمريض ، ولو لم ينص عليه في العقد ."

(١) انظر الدكتور جبار حسن الصراف ، عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٩٢ ، فقرة ٤٤٤٣ .
استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢ ف ٤٧٢ .
استاذنا الدكتور الماسري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٢٩ و ١٣٠ .

أ- التصوي المادي : وهو كل فصل يصدر من البائع يكون من شأنه
 أن يخل بانتفاع المشتري بالمقار البيع دون أن يستند في أجرائه إلى حسيق
 بديمه (١) . وبناء عليه فمالك المقار الذي يباعه إلى مشتر معين لا يستطيع أن
 يذبح المقار البيع إلى مستأجر معين لأن هذا التصرف يخل بانتفاع المشتري
 بالمقار البيع . وكذلك لا يستطيع بائع المحل التجاري أن يفتح محلاً تجارياً
 بنفسه وفي شعر المكان الذي يقع فيه المحل التجاري البيع وذلك تلبية للعادة
 وجوب تنفيذ العقود بحسن نية . وكذلك لا يستطيع البائع لطاحون مراعاة منحه
 لمصلحة الخاضعة كمالك للمراعي المجاورة لها . أن يتخذ إجراءات إدارية بقصد
 إضرار المشتري . من شأن هذه الإجراءات خفض ارتفاع الماء الذي يتم بتدوير
 هذا الطاحون عن المستوى الذي كان عليه وقت البيع (٢) .

ب- التصوي القانوني : وتمثل بأدعاء البائع بمواجهة المشتري بحسيق
 قانوني على المقار البيع من شأنه لو ثبت حرمان المشتري من سلطاته كمالك للمقار
 البيع ، فإذا باع الشركاء على الشيوع حصصهم ، فلا يستطيع أحدهم بعد ذلك
 أن يتمرش للمشتري فيطلب إبطال البيع بناء على أنه قد ظهر أن أحد البائعين
 من الشركاء على الشيوع لم يكن مالكا وقت البيع . وكذلك لا يستطيع من باع عقاراً

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٧٤ ، فقرة ٤٧٧ ، وبالإشارة إلى مازو ، ج ٢ ، ف ٩٥٦ ، وشنوب
 ف ١٢٥ ، واستاذنا الدكتور السامري ، في البيع والإيجار ، المصدر
 السابق ، ص ١٣٠ ، والدكتور السنهوري ، البيع والمقايضة ، المصدر
 السابق ، ص ٦٦٦ ف ٣٣٠ ، والدكتور عباس الصراف ، شرح عقدي
 البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٩٢ ،
 الفقرات ٤٤٣ و ٤٤٤ و ٤٤٥ ، واستاذنا الدكتور كمال قاسم شمسروت ،
 شرح أحكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ ف ٨٠ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٧٤ ،
 فقرة ٤٧٧ ، والدكتور عباس الصراف ، شرح عقدي
 البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، ص ١٩٢ ، الفقرتين
 ٤٤٤ و ٤٤٥ ، والدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر
 السابق ، فقرة ١٩٨ ص ١٨٣ .

لم يكن يملكه ، ان يطلب ابطال عقد البيع واسترداد المقار المبيع بناء على عسسي استعمال حقه في عدم اقرار عقد البيع بعد ان يصبح مالكا للمقار بطريق قانوني كالبراءة او التقادم المكسب او الشراء من المالك الحقيقي او الوصية ، لان البائع يمان والقاعدة هي ان " من التزم بالضمان امتنع عليه التمرن " (١) . و بناء عليه لا يستطيع البائع ان يرفع دعوى الاستحقاق على المشتري الا اذا استند على عسسي سبب قانوني جديد لاحق لسقد البيع (٢) . ولكن لا يشترط لاعتبار الفصل تعرضا ان يكون خطأ في حد ذاته . فمتى صدر الفصل الواحد من البائع ، وكان من شأنه الاخلال بانتفاع المشتري بالمقار المبيع ، قد يعتبر تعرضا قانونيا . اما اذا صدر الفصل من غير البائع لا يعتبر في هذه الحالة عملا غير مشروع . وقد لاحظنا سابقا ان منافسة بائع المحل التجاري لمشتريه تعتبر تعرضا ، ولكن هذه المنافسة لا تعتبر تعرضا اذا قام بها شخص آخر غير البائع وتعتبر المنافسة اذا جاءت من شخص غير البائع عملا مشروعا . وتفسير ذلك هو ان البائع في مركز قانوني يختلف عن الغير وذلك لان البائع عندما ابرم عقد البيع قد التزم ان لا يفوت منفعة المقار السدي باعه على المشتري (٣) . ولكن ليس كل ما يقوم به البائع من افعال قانونية وضايق بها المشتري في انتفاعه بالمقار المبيع او يؤدى الى انتزاع المقار الذي باعته من تحت يد المشتري يعتبر تعرضا له . فلا مسؤولية على البائع ما دام يرتكن فسي عمله الى حق مقرر في القانون فللبائع ان ينفذ على المقار المبيع بدين له فسي ذمة المشتري ، وله ان يأخذ المقار المبيع بالشفعة اذا باعه المشتري الى شخص

-
- (١) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٧٤ و ٢٧٥ ، فقرة ٤٧٨ ، انظر كذلك ونفس المتن الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدى البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٩٣ و ١٩٤ ، فقرة ٤٥٠ .
- (٢) انظر الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدى البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ ، فقرة ٤٥٠ .
- (٣) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٧٥ ، فقرة ٤٧٩ ، بالاشارة الى مرقص ، ف ٢٠٢ ، ص ٣٨٣ ، وشنب ، ف ١٢٥ ، ص ١٦٩ - ١٧٠ .

اجنبي فيكون له كذلك ان يملك المتار المبيع بالتقادم (١) . ولم ذا ينشئ
ان تفرق بين التمريض الذي يجب امتناع البائع عنه وبين ما قد يقوم به البائع
من افعال استنادا الى القانون او الى عقد البيع ذاته (٢) . اذن التمريض الذي
يستند الى حق منحه القانون للبائع او يقضي به الاتفاق . فلا يمكن القول بانسه
الخلال بالتزام الضمان لان البائع يمارس عقلا . والتزام البائع بعدم التمريض
للمشتري التزام بالامتناع عن عمل هو التمريض للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالمقار
البيع . فهو اذن التزام غير قابل للتجزئة او الانقسام حتى لو كان المقار ذاته
قابلا لان ينقسم او يتجزأ . لان ضمنون التزام البائع بعدم التمريض للمشتري هو
امتناع عن عمل . فكل عمل ايجابي مخالف لهما كان يسيرا يعتبر اخلالا بالتزام
كله (٣) .

وناء على ما تقدم لو تعلق هذا الالتزام بصفة اكثر من شخص واحد
فانه لا ينقسم على المدينين المتعديدين بل يكون كل منهم مدينا بالتزام
كله (٤) . وتأسيسا على ذلك فلو تعدد البائسون كما لو كان شخصان يملكان

(١) انظر الدكتور المنهري . البيع والمقايضة . المصدر السابق .
ع ٦٣١ . هامش رقم ١ فقرة ٣٣١ . انظر كذلك الدكتور غني حسون
طه . عقد البيع . المصدر السابق . فقرة ٤٧٩ . ع ٢٧٥ .
(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه . عقد البيع . المصدر السابق .
فقرة ٤٧٩ . ع ٢٧٥ .

(٣) انظر الدكتور غني حسون طه . عقد البيع . المصدر السابق . فقرة
٤٨٠ . ع ٢٧٦ . وينفذ المسمى الدكتور المنهري . البيع والمقايضة .
المصدر السابق . فقرة ٣٣٢ . ع ٦٣٣ .

(٤) انظر الدكتور المنهري . البيع والمقايضة . المصدر السابق . فقرة
٣٣٢ . ع ٦٣٣ . انظر كذلك استاذنا الدكتور كمال قاسم شمسوت
ش . احكام عقد البيع . المصدر السابق . فقرة ٨٠ . ع ١٧١ و ١٧٢
و ١٧٣ . انظر كذلك استاذنا الدكتور سعدون المصري . نسي
البيع والايجار . المصدر السابق . ع ١٣١ .

بالتزامه بان تموض فملا للمشتري ، تولد من الالتزام الاعلى بحد التوضى التزام جزائي بالتوضى . وهذا الالتزام الجزائي هو الذى يسقط بالتقادم ، فاذا لم يطالب به المشتري خلال فترة التقادم وهي خمس عشرة سنة من تاريخ التوضى فملا ، سقط بالتقادم ولا يجوز للمشتري بعد انتهاء مدة التقادم ان يطالب به البائع (١) . فاذا اخل البائع بالتزامه بحد التوضى للمشتري في انتفاعه بالمسكن المبيع ترتب على ذلك التزام جزائي . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الحالات التي يظهر فيها ضمان التوضى .

فاذا كان تموض البائع للمشتري تموضا ماديا ، كمنافسة المشتري في التجسر المبيع او البناء على الارض المبيعة ، وجب على البائع تعويض المشتري عن الاضرار التي اصابته جراء هذه المنافسة ، وللمشتري ان يطلب وقف استمرار هذا التموضى وزالة ما ترتب عليه من آثار . وفي الوقت ذاته ينبغي على البائع ائصال المحل التجارى الذى انشاء والمنافس للمحل المشتري او الكف عن الاستمرار في البناء على الارض المبيعة وعدم ما بني منه فملا . وقد يلجأ القاضي الى الحكم على البائع بتهديد مسد مالي عن كل يوم او اسبوع او شهر يتأخر فيه عن ائصال المتجر لمنعه من الاستمرار في تموضه المادى للمشتري . وهكذا يكون التزام البائع بالضمان قد نفذ تنفيذا عينيا ، ولكن التنفيذ العيني لا يمنع الا الاثار التي تترتب على التموض في المستقبل ولهذا يجوز للمشتري ان يطالب بالتوضى عن الاضرار التي لحقت به جراء التموض الحاصل قبل الحكم بازالته (٢) .

اما اذا كان تموض البائع للمشتري يركن الى تصرف قانوني عاود

(١) انظر الدكتور المنهوى ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، فقرة ٣٣٥ ، ص ٦٣٦ ، ٦٣٧ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حمون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ٤٨١ ، ص ٢٧٦ و ٢٧٧ ، انظر في هذا المعنى الدكتور المنهوى ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، فقرة ٣٣٥ ، ص ٦٣٦ و ٦٣٧ ، استاذنا الدكتور سعدون المامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٣١ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ٨١ ، ص ١٧٤ - ١٧٦ ، الدكتور الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، فقرة ٧٤١ ، ص ٥٥٤ و ٥٥٥ ، الصراف ، شرح عقد البيع والايجار ، المصدر السابق ، فقرة ٤٥٢ ، ص ١٩٤ .

بأنه كما لو ادعى على المقار المبيع حقا متخافض مع حقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع، بأن باع المقار، مثلا، مرة ثانية لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل، في مثل هذه الحالة لا يخفى من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول لمسبقه في التسجيل، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتمريض على البائع، أما بموجب استحقاق الغير للمقار، وأما بموجب ضمان البائع للتمريض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه (١). كذلك لو كان البائع قد باع عقارا لا يملكه في تاريخ البيع ثم تملكه بعد ذلك بأيام سبب من أسباب كسب الملكية فرفع الدعوى مطالبا باسترداد المقار المبيع، فيكون الجزاء في هذه الحالة رد دعوى البائع لأنه ملزم بالضمان، والقاعدة أن "ممن وجب عليه الضمان امتنع عليه الترضي" أو "من سمى في نفي ما تم عن جهته نفسه مردود عليه" كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية. وبذلك يصل المشتري إلى الحكم برفض دعوى البائع، ويكون الالتزام بالضمان قد نفذ تنفيذا عينيا (٢).

كما يمكن أن يكون الجزاء عدم سريان بعض تصرفات البائع القانونية فسي مواجهة المشتري، واستنادا لأحكام القواعد العامة فإنه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ عقد البيع وذلك لأن البائع اخل بالتزام من التزاماته، ناهيك عن حقه في المطالبة بالتعويض عن كل ضرر لحق به بسبب اخلال البائع بالتزامه (٣).

٢- ضمان الترضي الصادر من الغير (التزام ايجابي)

يعني هذا الضمان حماية المشتري من كل تعرض صادر من الغير بدفع هذا الترضي بكل الوسائل، وهذا الالتزام التزام بنتيجة وليس بوسيلة، وقد فسخ

(١) انظر الدكتور المنهوي، عقد البيع والمقايضة، المصدر السابق،
فقرة ٣٣٥، ص ٦٣٧.

(٢) انظر استاذنا الدكتور سعدون الماعري، في البيع والايجار، المصدر السابق، ص ١٣١ و ١٣٢، استاذنا الدكتور غني حنون طه، عقد البيع، المصدر السابق، فقرة ٤٨١، ص ٢٧٢، الدكتور المنهوي، البيع والمقايضة، المصدر السابق، فقرة ٣٣٥، ص ٦٣٧.

(٣) انظر الدكتور غني حنون طه، عقد البيع، المصدر السابق، فقرة ٤٨١، ص ٢٧٢.

البائع بأنه بذل عناية كافية ليعول دون تعرض الغير لا يكتفي به باعتباره البائع مخلصاً بالتزامه بالضمان بمجرد ان يكسب الغير دعواه ويحكم له بثبوت حق على المتسماح البائع (١) يتعارض مع حقوق المشتري التي ألت إليه بناء على عقد بيع المقار .

وضمان تعرض الغير يقتصر على التضمن القانوني فقط (٢) ، أي من يدعي بحق على المقار كان له قبل بيع المقار ، والتضمن الذي يصدر من الغير يكسبون بالضرورة مستنداً الى حق قانوني يتعلق بالمقار البائع . والتضمن من الغير يكسبون بعدة صور ، فقد يكون بواسطة اعداء المشتري بتخلية المقار مثلاً ، أو بأن يرفض دفع استحقاق يدعي بحق الملكية أو أي حق يحمي أصلي أو تيمني آخر . غير انسه يشترط الالتزام البائع بالضمان في حالة تعرض الغير لتوافر الشروط الثلاثة الآتية (٣) :
 ١- يجب ان يستند الغير في تعرضه للمشتري الى حق قانوني يدعيه على المقار البائع ما يحتج به على المشتري ، ويتحقق التزام البائع بالضمان سواء كان الحق الدعي به يقوم على أساس ماطل أو صحيح وسواء كان ذلك الحق ثابتاً أو غير مستمر ثابت (٤) ، إذ ان البائع لا يضمن التضمن المادي الصادر عن الغير كسرقة البائع

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ٤٨٢ ، ص ٢٧٨ ، والدكتور سليمان مرقس ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ ف ٢٠٤ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها ، استاذنا الدكتور سعدون المامري ، في البيع والإيجار ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ وما بعدها .
 (٢) انظر الدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٨٥ ف ٢٠٠ .

(٣) انظر استاذنا الدكتور المامري ، في البيع والإيجار ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ ، والدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٧٨ ف ٤٨٣ ، والدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٦٤٠ ف ٣٣٩ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ ف ٨٢ ، والدكتور الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٥٥٥ - ٥٥٧ الفقرتين ٧٤٣ - ٧٤٦ ، والراف ، شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٩٥ - ١٩٦ ، الفقهيات ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ .

(٤) الدكتور المنهوي ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٦٤٦ ف ٣٤١ ، الدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٨٦ ف ٥٠٠ .

أو اغتصابه • صقع على طابق المشتري وحده • دفع هذا التمريض بكل الوسائل التي قررها القانون لحماية الملكية ووضع اليد • وهذا ما يستفاد ضمنا من قول الفقرة الأولى من المادة (٥٤٩) : " • • • أو من فعل اجنبي يدهي ان له حقا على البيع وقت البيع يحتج به على المشتري " •

والحق الذي يدعيه النير على المقار البيع هو التمريض الذي يضمنه البائع قد يكون حقا عينيا أو حقا شخصيا • فإذا ادعى النير بأنه المالك الحقيقي لكل المقار البيع أو لجزء منه • هذا الادعاء يعتبر تمريضا قانونيا للمشتري • أو ان يدعي شخرا ان له على المقار البيع حق ارتفاق أو انتفاع أو سكنى أو ان يحتجز على المقار البيع على انه موهون لديه وفاء • لدين له في ذمة البائع • فهذا الشخص يدعي في مثل هذه الاحوال حقا عينيا على المقار البيع (١) • وقد يكون الحق الذي يدعيه النير حقا شخصيا كما لو ادعى بأنه مستأجر للمقار البيع من البائع بنقد ايجار سابق في تاريخه على البيع فيحتج به على المشتري • فإذا لم يكن المشتري طالبا بذلك الحق فان ادعاء المستأجر يعتبر تمريضا يضمنه البائع للمشتري (٢) •

٢- يشترط كذلك لتحقيق ضمان البائع للتمريض الصادر من النير ان يكون الحق الذي يدعيه النير سابقا على البيع • سواء كان هذا الحق قد ترتب على فعل مسن البائع كأن يكون البائع قد رتب للنير حق رهن على المقار البيع قبل بيعه • أو

(١) = الدكتور غني حمون طه • عقد البيع • المصدر السابق • ص ٢٢٩ و ٢٨٠ ف ٤٨٤ • الدكتور كمال قاسم ثروت • شرح احكام عقد البيع • المصدر السابق • ص ١٧٨ • ط ١ رقم ١ •

(١) انظر استاذنا الدكتور الصامري • في البيع والايجار • المصدر السابق • ص ١٣٣ • واستاذنا الدكتور غني حمون طه • عقد البيع • المصدر السابق • ص ٢٢٩ ف ٤٨٤ • واستاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت • شرح احكام عقد البيع • المصدر السابق • ص ١٧٨ و ١٧٩ • الدكتور المنهوي • البيع والمقايضة • المصدر السابق • ص ٦٤٦ ف ٣٤١ •

(٢) استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت • شرح احكام عقد البيع • المصدر السابق • ص ١٢٩ ف ٨٢ • الصامري • في البيع والايجار • المصدر السابق • ص ١٣٣ • واستاذنا الدكتور غني حمون طه • عقد البيع • المصدر السابق • ص ٢٢٩ ف ٤٨٤ •

يرجع لمبب اجنبي كما اذا ادعى النير اكتسابه ملكية المقار البيع قبل البيع بالتقادم او كان قد صدر قبل البيع قرار باستملاك المقار البيع للمنظمة العامة . ولهذا فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٥٥٠) من القانون المدني العراقي على انه :
 " اذا استحق البيع للنير وكان الاستحقاق واردا على ملك البائع ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد " .

اما اذا كان النير يستند في تصرفه للمشتري الى حق تال لسبق البيع كما لو نزع ملكية المقار البيع بعد البيع للمنظمة العامة فان الاصل ان البائع لا يكون غائبا لمثل هذا التصرف . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٥٠) من القانون المدني العراقي على انه : " اذا ما ورد الاستحقاق بامر صادر في البيع وهو نفسي ملك المشتري كما لو اثبت المستحق انه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع " .

٣- يشترط ايضا لثبوت الضمان على البائع ان يتصرف النير فعلا للمشتري . فلا يكفي مجرد خشية المشتري من تصرف النير له ، او مجرد ظهور حق للنير على المقار البيع ما دام لم يحصل للمشتري تصرف فعلي في انتفاعه بالمقار البيع . وحيازته حيازة هادئة . فاذا ظهر ان المقار البيع مرهون للنير لا يجوز للمشتري الرجوع بالضمان على البائع الا اذا تصرف له الدائن المرتهن لاحتمال عدم وقوع التصرف ، ان من الجائز ان يقيم البائع بمقدار دينه او يقيم الدائن المرتهن بالحجز على عقار آخر مرهون لديه بنفسيه الدين فلا يكون ثمة مجال للتصرف من جانب النير (١) . على انه يلاحظ ان المشتري يحق له قبل وقوع التصرف ان يجهز الثمن اذا اظهر سبب يخشى منه نزع ملكية المقار البيع حتى يزول هذا الخطر وذلك تطبيقا للقواعد العامة (٢) .

(١) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٨١ ،
 ن ٤٨٦ ، استاذنا الدكتور السامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ،
 ص ١٣٤ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ،
 المصدر السابق ، ص ١٨٠ و ١٨١ .
 (٢) استاذنا الدكتور السامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ،
 ص ١٣٤ .

ان الاخلال بضمان التصرف سواء كان صادرا من ذات البائع او من التسيير في ضوء ما ذكرنا ، يرتب على البائع مسؤولية عقدية ، ويجوز للطرفين المتعاقدتين بالتراضي ان يزيدا في ضمان الاستحقاق او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان ، يفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد ابان منه للمشتري ، ويقع باطلا كل شرط يمسك الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تمتد اخفاء حق المستحق (المادة ٥٥٦ من القانون المدني العراقي) (١) .

ثانيا - الالتزام بضمان الميوب الخفية :

لا يكفي ان يضمن البائع للمشتري حياة العقار المبيع حياة ، فائدة بضمانة التصرف والاستحقاق ، بل يجب عليه ، فضلا عن ذلك ، ان يضمن للمشتري الانتفاع الفيد بالعقار المبيع . ويتحقق الانتفاع الفيد بالعقار المبيع عن طريق التزام آخر يرتب على عاتق البائع ، وهذا الالتزام هو ضمان الميوب الخفية التي قد تظهر في العقار المبيع بعد التسليم وذلك لكي تتم الفائدة المرجوة للمشتري في الانتفاع به اذ ان ظهور عيب في العقار المبيع من شأنه ان يضايق المشتري في انتفاعه به او قد يكون من شأنه ان يحرمه من هذا الانتفاع ، ولذلك فان البائع يضمن للمشتري خلو العقار المبيع عن الميوب الخفية (٢) .

(١) لم يحدد المشرع العراقي مدة معينة لضمان التصرف والاستحقاق ، فيشار التساؤل هل يبقى البائع ملتزما لمدة غير محددة ، وهذا الامر غير مقبول مطلقا ونعني المدالة .

- ان ضمان الاستحقاق يحمل نفعا معنويا ضمان التصرف الصادر من التسيير فلا داعي لفصله عن هذا التصرف الصادر عن الغير على خلاف ما يذهب اليه الشراح .

(٢) انظر الدكتور ج. الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥ ف ٤٧٧ ، والصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٥٩٥ ف ٧٩١ ، استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٣٠٤ ف ٥١٤ ، استاذنا الدكتور المامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٤٧ ، استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢١٢ و ٢١٣ ف ٩٧ .

تنص المادة (٥٥٩) مدني عراقي على انه : " لا يضمن البائع مبيعاً قديماً كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بمساً ينبغي من المئابة ، الا اذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اخفى عنه العيب غشاً عنه . "

اما العيب الخفي ، فهو العيب الذي لا يكشفه الشخص المعتاد اذا وجد بنفس ظروف المشتري الخارجية ، اثناء تعلم المقار محل البيع (١) .

يعرف القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٥٥٨) مدني العيب بانه : " والعيب هو ما ينقرض من المبيع عند التجار وارباب التجارة او مما يفت به غرض صحيح اذا كان الفالب في امثال المبيع عديم . ويكون قديماً اذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد او حدث بعده ، وغوي يد البائع قبل التسليم . " ويشترط المشرع لضمان العيب شروطاً معينة وهي ان يكون خفياً ، وقديماً ، وجسماً (٢) ، والخفاء كما ذكرنا هو الذي لا يستطيع الشخص المعتاد كشفه وقت التسليم . اما الجسامة فتسأل موضوعية بقدرها القاضي ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه .

- (١) انظر الدكتور غني حنون طه ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .
انظر كذلك مؤلفه عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ٥٢٠ ، ص ٣٠٦ .
- (٢) انظر الدكتور الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، فقرة ٧٩٧ ، ص ٦٠١ ، الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ٥١٧ ، ص ٣٠٥ ، استاذنا الدكتور سمسون الساعدي ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٤٨ ، ويذكر استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ان شروط العيب اربعة فهو يضيف الى ما ذكرناه شروط عدم علم المشتري بوجود العيب (راجع مؤلفه شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ٩٨ ، ص ٢١٥ ، وانظر الدكتور سمسون الحنهوري ، الوسيط ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة فقرة ٣٦٤ ، ص ٧١٧ ، حيث يقول " ١٠٠٠ ان العيب في البيع حتى يوجب النقصان يجب ان تتوافر فيه شروط اربعة : (١) ان يكون مؤثراً (٢) وان يكون قديماً (٣) وان يكون خفياً (٤) وان يكون غير معلوم للمشتري " .

وقد يلعب المرفد دورا كبيرا في ذلك (١).

أما ما يراد في القدم فهو ان يكون الميب الخفي موجودا بالمقار محصل البيع قبل التسليم.

وفي الحقيقة ان الميوب الخفية كثيرا ما تثير النزاع وعلى الآخر في المبائني والمنشآت، فالبايع وخصوصا اذا كان تاجرا قد يحاول ان يحصل على اكبر ربح باية وسيلة كانت لذلك احتياط المشرع كثيرا. ان مدة الضمان ستة اشهر من وقت التسليم (المادة ٥٧٠ مدني عراقي) الا اذا كان الخفاء نتيجة لفشور من البايع، فتتضح مدة الضمان للتقادم الطويل وفق قواعد المسؤولية التقصيرية (المادة ٢٣٢ مدني عراقي). فاذا اكتشف المشتري الميب الخفي وتحققت الشروط التي ذكرناها سابقا كان له الرجوع على البايع بدعوى الضمان وله ان يطلب التمييز او التفسير العيني، او الفسخ وفق القواعد العامة.

(١) يقول استاذنا الدكتور غني حنون طه " لا يضمن البايع كل عيب يظهر فسي السبع، اذ لو ايجز للمشتري الرجوع على البايع بالضمان لاي عيب مهما كان تأخرها لفاقت حركة التعامل وتزعزعت الثقة المتبادلة بين الناس. ولهذا فان البايع لا يكون ملزما بالضمان الا اذا كان الميب مؤثرا او جسيما". راجع مؤلفه عقد البيع، المصدر السابق، فقرة ٥٢٣، عن ٣٠٨.

"المبحث الثالث"

التزامات المشتري

مقابل التزامات البائع والتي ذكرناها سابقا يلتزم المشتري أيضا بمدة التزامات .
 ان التزام المشتري الرئيسي هو دفع الثمن في الزمان والمكان المعينين في البيع
 (م ١٦٥٠) من القانون المدني الفرنسي . فيقتضى عقد بيع العقار يلتزم
 المشتري بان يدفع الثمن الى البائع ، وان يدفع مصروفات عقد البيع
 وتكاليف البيع ، وان يتسلم العقار المبيع . وهذه الالتزامات تترتب في ذمة
 المشتري بمجرد إبرام البيع دون حاجة الى النص عليها في عقد بيع العقار (١) .
 وقد عالج المشرع العراقي التزامات المشتري في المواد (٥٧١ - ٥٨٧) من
 القانون المدني ، وقد استقى احكام هذه النصوص من فقه الشريعة الاسلامية
 ومن القوانين المدنية الحديثة (٢) . ونسرد في لبحث هذه الالتزامات في مطالب

ثلاثة .

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقيد البيع ، المصدر السابق ،
 ص ٣٣٢ ف ٥٦٤ ، الدكتور عباس السراف ، شرح عقدي البيع
 والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ ف ٥٤٦ ،
 الدكتور خميس خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، القاهرة ١٩٧٢ ، ص
 ٢٤١ ف ١٤٤ ، الدكتور توفيق حسن فني ، عقد البيع والمقايضة ، مصر
 ١٩٧٠ ، ص ٥١٩ ف ٢٧١ ، والدكتور انور سلطان ، العقود المسماة ،
 شرح عقدي البيع والمقايضة ، بيروت ١٩٨٣ ، ص ٢٨٠ ف ٢٦٥ ، استاذنا
 الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٧١
 ف ١١٧ ، استاذنا الدكتور السامى وفي البيع والايجار ، المصدر السابق ،
 ص ١٦١ .

(٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
 ص ٣٣٢ ف ٥٦٤ .

المطلب الاول الالتزام بدفع الثمن

ان التزام المشتري بدفع الثمن انما هو التزام ترتب في ذمته بسبب التزام البائع بتسليم المقار المبيع اليه وتمكينه من حيازته حيازة هادئة والانتفاع به انتفاعا تاما .

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه عراحة او نمنا او ما يحدده المصرف دون زيادة او نقصان الا اذا كان هناك مقتضى للزيادة والنقصان (١) .

اما بشأن الفوائد ، فالاعل ان المشتري لا يلتزم الا بدفع الثمن المتفق عليه ، ولكن استثناء من هذه القاعدة ، وفي احوال ثلاث ذكرها المشرع في الفقرة (١) من المادة ٥٧٢ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه : " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء ، الا اذا اعذر المشتري او سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلا ان ينتج ثمرات او إيرادات اخرى . وذلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بخيره . ٢- والزيادة الحاصلة في المبيع بمسند المقد وهل القبض ، كالشجرة والنتاج تكون حقا للمشتري وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بخير ذلك . "

ويضاف الى ذلك اتفاق المتباقيدين على اداء المشتري لفوائد الثمن بنسبة انعقاد المبيع او من اي تاريخ لاحق على البيع .
بالاضافة الى ذلك يلتزم المشتري بان يدفع تكاليف المقار المبيع من وقت تمام البيع كالضرائب ونفقات الحفظ وصيانة المقار المبيع واستغلاله (المادة ٥٧٢ مدني عراقي) .

والخاصة ، فان المشتري يلتزم فضلا عن الوفاء بالثمن ان يدفع فوائد القانونية

(١) يجوز انقاص الثمن في حالة استغلال البائع لطيش او عدم خبرة المشتري او ضعف ادراكه ولحق المشتري من ذلك غبن فاحش (المادة ١٢٥ مدني عراقي) وكذلك بالنسبة للبائع .

والاتفاقية على النحو الذي تقدم ، بالإضافة الى تكاليف العقار البيوع من وقت البيع .

مكان وزمان دفع الثمن : اما مكان وزمان دفع الثمن ، فمكان دفع الثمن هو المكان الكائن فيه العقار ما لم يقض الاتفاق او العرف بشير ذلك ، فان هذا الفرض اذا كان الثمن مستحق الاداء وقت التسليم ، ولكن ما الحكم اذا كان اداء الثمن غسبير مستحق الاداء وقت التسليم ؟ في هذه الحالة نرجع الى القواعد العامة ، ويكون الوفاء في موطن المشتري (موطن المدين) وقت الاستحقاق ، ما لم يقدر الميسر او الاتفاق بشير ذلك (١) .

اما زمان دفع الثمن ، فاذا كان الثمن غير موبجل بالاتفاق او لم يحدد اصلا بهاداً لدفع الثمن ، فيكون الدفع موبجلاً بمجرد تمام العقد ، ويكون في عقد بيع العقار عادة دفع الثمن قبل التسجيل من الناحية العملية اذا كان الثمن موبجلاً ، اما اذا كان الثمن موبجلاً حسب الاتفاق او العرف ، فيكون الدفع موبجلاً (٢) .

-
- (١) انظر استاذنا الدكتور سعدون المامري ، في البيع والايجار ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ و ١٦٤ ، واستاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، المصدر السابق ، فقرة ١٢٣ ص ٢٨١ - ٢٨٣ .
- (٢) يكون للمشتري هنا حق حصر الثمن اذا كان لذلك مقتضى اي حالة احوال البائع بالزماناته ، ولكن هذه العملية نادرة في عقد بيع العقار ، لان المشتري لا يقدم على الشراء وابرام العقد الا بعد التأكد من كل الشروط والظروف التي تحيط بابرام عقد بيع العقار . وحالات حصر الثمن مقررة بنصر المادة (٥٢٦) مدني عراقي .

المطلب الثاني الالتزام بنفقات عقد بيع المقار

عقد بيع المقار قد يتطلب مصاريف ثقل وتكثر بحسب الظروف كنفقات كتابته ورسم تسجيله ورسم الطوابع ومصروفات الكشف على المقار واجرة الدلال وغير ذلك، فمن يتحمل بهذه المصاريف من المتعاقدين ؟

نصت المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي على انه " نفقات عقد البيع ورسم التسجيل ويبرأ من الرسم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك مسن مصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بخير ذلك . " (١) . وما ان عقد بيع المقار يتطلب اجراءات شكلية كثيرة متعلقة بالتسجيل ، فان المشرع كان صريحا بذلك ، فالمشتري هو الذي يلتزم بهذه النفقات الا اذا قضى الاتفاق او العرف بخير ذلك .

فالمشتري يتحمل نفقات عقد بيع المقار ورسم التسجيل واجرة الدلالة وانساب المحامي الذي قام بتنظيم العقد وتسجيله ، ومصروفات الكشف عن المقار البيع ، الى غير ذلك من المصروفات (٢) .

ولكن الامر لا يتعلق هنا بالنظام العام ، حيث يجوز الاتفاق على خلاف ذلك ، بحيث يتحمل البائع المصروفات التي كان يتحمل بها المشتري ، كما ان العرف يقضي بخير ذلك ايضا . ومن الحالات التي يوجد فيها عرف يخالف ذلك حالة الدلالة ، اذ جرى العرف في العراق على ان تكون اجور الدلالة منصفة بين

(١) المادة ٥٨٣ مدني عراقي تقابل المادة (٤٦٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه : " نفقات عقد البيع ورسم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بخير ذلك " .

(٢) انظر : الدكتور المنهوري ، عقد البيع ، الصادر المابسط ، ص ٨٤٦ ف ٤١٩ ؛ الدكتور توفيق حسن نجح ، عقد البيع والمبايعة ، ص ٥٢٠ ف ٢٢١ .

البائع والمشتري . ففي مثل هذه الحالات يتمين اتباع المرفود من النمر .
ولما كان البائع ملزماً بإثبات ملكيته ، فإنه يتحمل المصروفات الناشئة لذلك
وحده ، ما لم يتفق على غيره . كما يلتزم البائع كذلك بكل ما من شأنه أن يسبب
إلى نقل الملكية ، ولهذا فإنه يلتزم بمصاريف الانتقال إلى دائرة التسجيل
المنازى لأنه ملتزم بذلك وعليه نفقات تنفيذ التزامه (١) .

فإذا لم يكن في الأمر اتفاق ولم يوجد عرف يمين على مصروفة من يتحصل
نفقات عقد بيع العقار وجب الرجوع إلى المادة (٥٨٣) من القانون المدني
المراقبي التي تقر بأن المشتري هو الذي يتحمل بمصاريف عقد البيع .
ويلاحظ بأن المشرع بالزام المشتري وحده بنفقات عقد البيع قد خالف
القواعد العامة ، ذلك أن هذه النفقات لا تتحدد المشتري وحده ، بل وفيفسد
البائع كذلك بحيث كان المنطوق أن يتحمل المتعاقدان هذه النفقات بنسبة (٢) .
وقد اختلف الفقهاء في مصاريف تطهير العقار من الرهن التأنيقية المقيدة
عليه والترتبة من جهة البائع . ولكن الراجح في الفقه وفي القضاة أنها تقع على
عائق البائع لا المشتري لأنها ليست من مصاريف البيع ، بل مصاريف تخلية يتحملها
البائع (٣) .

إن التزام المشتري بدفع نفقات عقد بيع العقار ، يترتب عليه ، أنه إذا
دفعها فليحمله حق أن يرجع بشي منها على البائع لأنه أي المشتري قد أوفى
بالتزام في ذمته ، أما إذا قام البائع بدفع هذه النفقات فإن له حق الرجوع على

(١) انظر : الدكتور توفيق حسن نرج ، عقد البيع والمقايضة ، المصدر

السابق ، ص ٥٢٠ ف ٢٧١ هامش رقم ٣ .

(٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حمون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ص ٣٥٢ ف ٣٥٣ ، هامش رقم ٤١ بالاشارة إلى عبد الباقي ف ٣٨٦ ،

نقلاً من شنب ف ٢١٩ .

(٣) انظر : استاذنا الدكتور غني حمون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ص ٣٥٣ ف ٣٥٣ ، الدكتور حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر

السابق ، ص ٣١٠ ف ٣٢٩ ، استاذنا الدكتور سميدون المنازى ، في

البيع والإيجار ، المصدر السابق ، ص ١٨٦ .

على المشتري بما دفعه - وللبائع في رجوعه على المشتري بما دفعه
من نقود جميع الضمانات المقررة له في الرجوع على المشتري
بالتن ومن بين ذلك حصر المبيع عنه حتى يسترد منه هذه المصاريف (١).

المطلب الثالث

التزام المشتري بتسلم المقسار

ان عملية تسليم المشتري للمبيع حلقة متكاملة لالتزام البائع بالتسليم ، فكمال
التزام مكل لالتزام الآخر .

فالمشرع عندما ألزم البائع بالتسليم ، ألزم بنفسه الوقت المشتري بالتسلم
(المادة ٥٨٦ مدني عراقي) .

فما فائدة تسليم البائع للمقار المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري بحيث
يستطيع هذا الأخير حيازته والانتفاع به دون عائق ، اذا لم يتم المشتري بقبض
المقار المبيع والاستيلاء عليه استيلاء فعلياً ؟

اما بشأن زمان وكان التسليم ، فكلاهما مرتبطان بزمان وكان تسليم البائع
المقار المبيع .

اما نفقات التسليم فهي على المشتري ما لم يقف الاتفاق او العرف بخلاف
ذلك (المادة ٥٨٧ مدني عراقي) .

وربما الاخل بالتزام التسليم على المشتري سوء ودية مقدية ، فالبايع له حق
طلب الفسخ او التنفيذ الميني والتعويض ان كان له متقاضى . ويجب ان يكون كمال
ذلك سبباً باعذار المشتري بأن ينفذ التزامه .

فللبائع ان يطلب من القضاء الحكم على المشتري بتنفيذ التزامه عيناً بارغامه
على تسليم المقار المبيع ، وله في سبيل ذلك ان يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية
عن كل يوم يتأخر فيه عن التسليم مثلاً وذلك لحمله على القيام به (٢) .

(١) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ص ٣٥٣ ف ٥٩٣ .

(٢) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ص ٣٥٢ ف ٦٠١ و ٦٠٢ .

وللبائع ان يطلب وضع العقار المبيع تحت يد عدل على نفقة المشتري وقام ذلك
تمام الايداع والتالي مقام التسليم نفسه (المادتين ٣٨٦ و ٣٨٧ ف ٢) من القانون
المدني المراقي .

وللبائع اذا اعياه سلوك طرق التنفيذ العميني ان يطلب ، بعد اصدار المشتري ،
فسخ البيع . ويخص هذا الطلب لسلطة القاضي التقديرية ، فلم ان يستجيب لسه
او يرفضه ويحيطي للمشتري بهلة لتسلم العقار المبيع ما لم يشتمل عقد بيع العقار على
شرط فاسخ اتفاق يقضي باعتبار السقوط فسخا اذا تأخر المشتري في تسليم العقار
المبيع في ميعاده المحدد لذلك طبقا للقواعد المقررة في الفسخ (١) .

وسواء اختار البائع التنفيذ العميني لالتزام المشتري بالتسلم او فسخ البيع
فان له في الحالتين المطالبة بالتمويض عما اصابه من ضرر بسبب اخلال المشتري
بالتزامه بتسلم العقار المبيع (٢) .

(١) انظر : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،
ص ٣٥٨ ف ٦٠٣ .

(٢) انظر : الدكتور المشهور ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٤٢٥ ، استاذنا الدكتور
غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٣٥٨ ف ٦٠٤ ، الدكتور
عامر الصراف ، شرح عقد البيع والايجار ، الفقرات ٥٨٤ - ٥٨٦ ، استاذنا
الدكتور المامري ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٨٨ .

الفصل الثالث

" الفصل الثالث "

بيع المقار خارج دائرة التسجيل العقاري (التمهيد بنقل ملكية مقار)

تمهيد

يتجه القانون الحديث الى عدم الاعتراف بالشكل الجوهري (المنشئ) *
 ويؤيد ذلك الى ان نقطة البداية في النظرية الحديثة للتصرف القانوني * هي
 مبدأ سلطان الارادة * وهذا المبدأ لا يعد متطابقا مع فكرة الشكل الجوهري
 بالمعنى الصحيح * ولهذا يتوجب علينا ان نمتري بان الشكل وظيفة اقرارية
 فقط لا تسريجو هو التصرف * واذا ان هذا النوع من الشكل يقتصر هو الاخر على
 وظيفة مظهرية بحتة (١) * دون الاعتراف للشكل باعتباره ركنا في العقد *
 التصرف القانوني * وهذه هي الوظيفة المنفصلة للشكلية في عقد بيع المقار فلا يمس
 من الفصل بين التصرف المنشئ * للحق الشخصي وبين التصرف الناقل للحق الميني *
 بحيث نجعل الثاني يعتمد على الاول *

ان هذا المبدأ سليم ومعقول جدا * فارادة الانسان المجردة من القيد
 في انشاء التصرف القانوني تعطي معنى حقيقيا لهذا التصرف * فقيد الشكل يشكل
 دائما عقلا كبيرا على اطراف العلاقة القانونية * فالقانون يهيئ الوسائل الكافية
 لحماية اطراف العلاقة والاختيار من الضرر الناتج عن الاخلال بالتزام معين مهما كانت
 قيمة وحصل هذا الالتزام * فعملينا ان لا نضع قيودا ننقل به ارادة شخص في انشاء
 التصرف القانوني * اما تقييد الاثر الذي انشاء التصرف القانوني فهو امر معقول فسي
 التصرف العقاري وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري وقالبية التشريعات (٢) *
 ولكن نجد ان المشرع العراقي في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري
 اتجه الى اعطاء المقار أهمية كبيرة في التعامل لانه اعتبر الشكل كحد رئيسي *

- (١) الدكتور محمود ابو عافية * المصدر السابق * ص ٥٦ * ف ١٢ *
 (٢) انظر الدكتور توفيق حسن نجيب * عقد البيع والمباينة * المكتسب
 المصري الحديث للطباعة والنشر * الاسكندرية ١٩٧٠ * ف ١٢٢ ص ٢٠١ *

لا تصرف يرد على المقار ، اى لا ينشأ التصرف بدون الشكل (١) ، فهو لم يحدد
 من النزاع الذى يحصل بين اطراف المرافقة ، ولو اجبرنا احصائية لوجدنا ان المقار
 وما يدور حوله من نزاع قانوني ، هو المجال الواضح لعمل القضاء المدني العراقي .
 ان الاتفاق الذى يقع خارج دائرة التسجيل المقارى ، على بيع المقساره
 والذي عبر عنه المشرح العراقي بالتسهد ، يقع بمدة صيغ :

المهلة الاولى - اذا كان البيع قد تم باتفاق شفهي ولم ينفذ هذا الاتفاق فسي
 دائرة التسجيل المقارى ، حيث يمكن ان يكون هذا الاتفاق شفهيها اذا اقربسه
 الدلفان ولكن امتنع احد عن تسجيل التسهد (٢) .

المهلة الثانية - اذا كان البيع قد تم باتفاق تحريري بين البائع والمشتري ولم
 ينفذ هذا الاتفاق في دائرة التسجيل المقارى .

المهلة الثالثة - اذا كانت معاملة بيع اصولية قد قدمت الى دائرة التسجيل
 المقارى من قبل الدلفين ، وملئت عقول الاستمارة النموذج التي تقدم الى دوائر
 التسجيل المقارى ، وقطعت المعاملة مراحل معينة ، كان يكون قد حولت
 المعاملة الى الكشف او حولت الى دوائر الخيرية ، ولكن لسبب من الاسباب يحصل
 النكول من احد الطرفين فما الحكم ؟

اعتبر قانون التسجيل المقارى ان البيع قد سجل وبالتالي انعقد عقد
 بيع المقار بأخذ اقوار كل من البائع والمشتري ، وتدينه من قبل الموظف المختص
 في الاستمارة ، وسوقا بتوقيع المتعاقدين في الاستمارة يعتبر المقدم منقذ
 (المادة ١١٣ من قانون التسجيل المقارى) ، فقبل التوقيع اى الاقرار يمكن
 لاحد الطرفين النكول .

بهذه الصيغ يمكن ان يحصل بيع المقار خارج دائرة التسجيل المقارى
 (التسهد) .

(١) انظر المادة (٣) من قانون التسجيل المقارى ، والمواد (٥٠٨ و ١١٢٦)

مدني .

(٢) انظر الدكتور عادل سيد فهمي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ ، الدكتور

وليم سليمان قلادة ، المصدر السابق ، ف ١٨ ، ص ٦٣ .

الاسباب التي تدفع اطراف المناقشة الى بيع المقار مقابل دائرة التسجيل العقاري

نحن لا نريد ان نبحث هذا الموضوع من جوانبه القانونية فقط وانما يتوجب علينا ان نبحثه من جوانبه الاجتماعية والاقتصادية . لنكتين الاسباب التي تدفع اطراف المناقشة الى التمسك والابتعاد عن التسجيل في الوقت المناسب .

١- ان التنمية الشاملة التي شهدتها القطر في السنين الاخيرة ، أدت وشكل واضح الى الهجرة المتزايدة من الريف الى المدينة حيث تركت الوف السوائل القلاخسية مساكنها في الريف واتجهت الى مراكز المدن ، وما استتبع ذلك من الحاجة الملحة الى وحدات سكن تستوفيهم . هذا بالانفاة الى وجود عدد كبير من الجاليات الصربية والاجنبية ، كل ذلك أدى الى نشوء ازمنة سكن خائفة . ان هذا الوضع أدى الى ايجاد مناخ عام لنشوء طبقة مستغلة من تجار الاراضي حيث استغل هؤلاء حاجة المواطنين السعي وحدات سكن ، فقاموا ببيع اراضي غير مخرزة اصلا ولا تملك لان تكون محسلا للبيع ولا يمكن تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري لتعارض ذلك مع القوانين النافذة .

٢- عدم حرر بعض الجهات الرسمية على حسن تطبيق القوانين والانظمة ، ولا ينبغي على احد ان كثيرا من الوحدات السكنية داخل المدن ، قد بنيت تجاوزا ، سواء على الاراضي المائدة للدولة او المائدة للأشخاص ، وتركزت مواقع التجاوز بالقرب من مراكز المدن وبعضها تقع داخل التصميم الاساسي ، وهناك امساك ذوو ملكيات زراعية تقع بالقرب من المسكن او داخلها في حدود البلدات ، وان اكثر اراضيهم مملوكة للدولة وليس لهم عليها سوى حق التصرف ولا من ان تقوم الجهات الادارية بتطبيق القوانين النافذة ، بأن تحل محل هؤلاء المالك التاركين زراعة مثل هذه الاراضي ، وتقوم بتوزيعها توزيعا اصوليا على المستحقين ، فان هذه الجهات تناهت عن التجاوزات على هذه الاراضي ، وعندما قام التجاوزون بانعام تجاوزاتهم ، ظهر المالك والتجأوا الى المحاكم واثاموا الدعاوى لرغبتهم

هذه التجاوزات ، فيخطر التجاوز تحت الحاجة الملحة السمس ان يتفق مع مالك الأرض او مالك حق التصرف على شراء الجزء المتجاوز عليه خارج دائرة التسجيل العقاري وبأسعار خيالية لقاء تنازل المالك عن تنقيده حكم ازالة التجاوز ، إضافة الى ان كثيرا من أراضي الدولة قد تم التجاوز عليها بملم الاجهزة الادارية دون اتخاذ اي اجراء لمنع هذه التجاوزات ، ومن نتائج ذلك ان ظهرت الى الوجود وحدات سكنية بل مجمعات سكنية مبنية على أراضي الدولة ، لا تزال مفعلا لبيع خارج دائرة التسجيل العقاري ، على الرغم من صدور عدة قرارات من مجلس قيادة الثورة تنظم حالة التجاوز وتمنع القيود البانمة لذلك (١) .

٢- عدم وجود تخطيط مبرمج في توزيع الأراضي او القطع السكنية الموزعة من قبل الدولة او جهات الإسكان : فالذي يحدث في كثير من الحالات ان يحصل منتسبو الدولة والجهات على قطع في منطقة لا يرغب المكن فيها لسبب او لآخر ، فيضطروا الى بيعها خارج دائرة التسجيل العقاري ، لعدم امكانية بيعها في الدائرة المذكورة الا بعد تصحيح جنسها ، وعلى امسك ان يشتري قطعة اخرى في منطقة سكنية ثانية . وبالإضافة الى ذلك هناك قرارات صادرة من مجلس قيادة الثورة تمنع بيع هذه الأراضي الا بمسند تشييد لها او مضي فترة زمنية تطول او تقصر ، مما يدفع مالك هذه القطعة الى بيعها خارج دائرة التسجيل العقاري .

٣- (الروشن) في تصديق تصاميم المدن او الوحدات الادارية المستحدثة ، إضافة الى ان تصاميم المدن المصدقة تحتوي على (بلوكات) للسكن وان نفس هذه (البلوكات) عند افرازها الى قطع سكنية تحتاج الى اجراءات معقدة ، والذي حصل فعلا ان ، في الغالبية المطلقة من الاقضية والنواحي المستحدثة ، عددا من الدور السكنية والمرصات والباني الماسة دون ان تكون لهذه الابنية اية سجلات ، وان المئات من البيوت تقع على المقاسرات

(١) قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٤٩٧ في ١٤ / ١٠ / ١٩٧٩ ، قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٣٩٧ والمؤرخ ٢٨ / ١٠ / ١٩٧٧ .

في مثل هذه المدن خان دائرة التسجيل العقاري .
 وجوب الدلائل والمقاييس لا يزال يشكل سببا من اسباب الاستفسار
 الذي يتناهى مع صحة دوائر التسجيل العقاري ، فالدلائل والمقاييس
 يجدون حالتهم المشوهة في اننا لا يتقنون اعادة تسجيل البيع في دوائر
 التسجيل العقاري .

وقد يوجد سبب آخر وهو الجهل حيث لا يدرك اطراف المراقبة المختصة
 التسجيل ، وهذا ما يحصل كثيرا في الريف السراقي ، مما يؤدى الى وجود
 اراء زراعية واسعة يباع خان دائرة التسجيل العقاري ، وما يستتبع ذلك
 من نزاعات اقل ما يترتب عليها عب على القضاء .

٦- التهريب من النسيبة : حيث ان بيع المنار خان دائرة التسجيل العقاري
 لا يمر بأية مراسم رسمية مما يؤدى الى التهريب من الضرائب والرسم ، ولا سيما
 رسم التسجيل العقاري ونسبة الدخل .

٧- من الاسباب التي تدفع المتعاقدين الى ابرام التصهد ببيع المنار خان
 دائرة التسجيل العقاري ، هو الاكتفاء بالتوثيق لدى كاتب المدل اعتقادا
 منهم بان هذا التوثيق قد تم امام موظف مختص وان له من القوة ما لا يستطيع
 منها اى طرف التخلل من التزامه . ولكن المشرع السراقي التفت الى هذه
 الظاهرة السلبية فمنح كاتب المدل تنظيم او توثيق التصرفات العقارية بمسورة
 مباشرة او غير مباشرة ، وذلك بالتأنيون رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٧ (المصادرة ١١
 فقرة ٣) (١) .

بالإضافة الى ذلك لا يمكن تصور حصول الاغتناء على بيع المنار بسمين
 البائع والمشتري وقت التسجيل ، بل لا بد من الاتفاق المسبق ، نظرا
 لاجية المقار الاقتصادية .

(١) منشور في الوقائع المراقبة ، المجلد ٢٥٧٣ ، السنة التاسعة عشره
 ٢٨ شباط / ١٩٧٧ .

وطى الرزم من أن يصفى التشريعات الحديثة تجعل من الملكية ركنا لا يتفقاد
مقد بين النصار ، ولكن لا بد من الاتفاق المصوب لطوني المند ، نارا لا ميسسة
النصار الاقتصادية ، وقد يرتب هذا الاتفاق التزاما شخصيا في ذمة احسند
البارخين اذا توافرت شروطه .

يبدوان المشرع المراقبي في المادة ١١٦٢ مدني اراد ان يطبي الطريق
التسديد وذلك باعطائه الحرية الكاملة للتراجع عن هذا التسديد ، ولم يرتب سوى
الزام بالتسديد اذا كان له مقتضى . وقد يكون القرار رقم ١١٦٨ الصادر سنة ١٩٧٧
من مجلس قيادة الثورة ، قد عد من حسرية التسديد في التكل ، ولكن تبقى المشكلة
ذاتها ، وسوف نعالجها فيما بعد .

بعد هذا التسديد سوف اتناول في هذا الفصل ثلاثة مواضع في ثلاثسمة
باحث ، في المبحث الاول اتكلم عن تكييف التسديد بنقل ملكية عمار متناولا بذلك
انجاء الفقه والقضاء المراقبي .

وفي المبحث الثاني اتكلم عن آثار التسديد بنقل ملكية عمار .

اما في المبحث الثالث فسوف ابحت في قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٦٨
لسنة ١٩٧٧ وعلاقته بالتسديد بنقل ملكية عمار .

"المبحث الأول"تكييف التمسيد بنقل ملكية عقار

نشر المادة ١١٢٧ مدني عراقي على ان : " التمسيد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتمهيد اذا اخل احد الطرفين بتمهيد سواء اشترط التمهيد في التمسيد ام لم يشترط " . كما ذكرنا ان الالتئان على بيع العقار بين البائع والمشتري قبل ابرام عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري امر لا بد منه ولكن كيف نثبت بين نشر المادة اعلاه وبين نص قانونية اخرى تنص على ان عقد بيع العقار لا ينفذ الا بالتسجيل (المادتان ٥٠٨ و ١١٢٦ مدني) وكذلك نشر المادة (٣) ٢ من قانون التسجيل العقاري .

ونتناول في هذا البحث اتجاه الفقه ثم القضاء في تكييف التمسيد بنقل ملكية عقار وفق المادة (١١٢٧) مدني .

المنهج الاولاتجاه الفقه العراقي في تكييف التمسيد بنقل ملكية عقار

اختلف الفقه العراقي حول تكييف التمسيد بنقل ملكية عقار ، والحق انها ليست مسألة سهلة فهناك تصادم في الحقوق التي تحتاج الى ان تؤسج نفسي الميزان .

ان كل اتجاه حتى الى ان يدعوا به بالحجج التي قد تكون غير كافية او مقنعة في رأي البعض الاخر . فنجب لزاما علينا بحث اتجاهات الفقهاء العراقيين ونقسمها الى ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الاول (١)

يذهب هذا الاتجاه الى ان بيع العقار في القانون المدني

(١) يمكن ان يكون التمسيد بنقل ملكية عقار هو عقد غير رسمي عند ثبوته ، ولكن النكول عن التسجيل في الدائرة المختصة يعتبر خطأ جسيما يؤدي الى سرر غير متوقع عند التماقد ، وبالاخص بعد الزيادة الناجمة للمعارات عسسي السنوات الاخيرة والنسر غير المتوقع يستحق عنه التمييز على اساس المسؤولية التقديرية ، لان المسؤولية المقدية تقتصر على النسر المتوقع (المسادة ١٦٩ مدني عراقي) .

المراعي لا يعتقد ما لم يستوف شرط التسجيل ، وبالتالي فإنه قبل استيفائه هذا الشكل يعتبر في حكم المدمم فلا يصح التصكك بما ورد فيه من شروط مثل الشروط الجزائي ، ويخيف الدكتور الذنون بأن احترام القضاء المراعي للشروط الجزائي الذي يدرجه الطرفان في مثل هذه التصرفات لا يعتقد إلى أسرار سليم من الناحية القانونية (١) . وعليه فإن أسرار التمييز في النكول عن التمسيد وفق المسادة (١١٢٧ مدني) هو العمل الناري أن مسؤولية من تمسيد بنقل ملكية عقارية إذا نكل عن التسجيل مسؤولية تفسيرية لا تعاقدية ، لكون التصرف الوارد على النكار باطل كبيع ما لم يستوف الشكل الذي رسمه القانون (٢) .

ومن أضرار هذا الاتجاه أيضا الاستاذ شاكر ناصر حيدر حيث ذهب إلى أن البيع الخارجي (غير المسجل) لنكار يكون باطلا حتى ولو كان ذات النكار التصرف فيه غير مسجل من الأسرار في المسجل النكار ، بل حتى ولو كان هذا البيع صادرا من الحكومة في بيع ألاكها الخاصة ، لأن جميع نصوص القانونيين المدني المراعي تدل على أن المشرع جعل التسجيل ركنا من أركان انعقاد العقد ، ولما كان الأمر كذلك فلا يوجد عقد أصلا ما لم يسجل في دائرة التسجيل النكار ، قبل التسجيل يكون (باطلا بطائنا حلقا) ، لا أنه مع ذلك يجوز في حالة نكل أحد

- (١) الدكتور الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ - ١٣٠ ف ١٤٨ .
- (٢) انظر الدكتور الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ف ١٤٨ ، ص ١٢٨ ، حيث يقول : " ٠٠٠ أنه إذا انصب العقد على ملكية عقارية وكان غير مسجل فإن الملكية لا تنتقل لأن العقد يعتبر باطلا أو غير منمقد لانعدام ركسن من أركانه ، ولهذا السبب لا يجوز للمشتري أن يلجئ إلى طلب التنفيذ العملي القهري لإلزام خصمه بالتنفيذ وإنما يقتصر حقه في مثل هذه الحالة على طلب التمييز كما تصرح بذلك المادة (١١٢٧) . ويجب أن لا يغرب عن البال أن أسرار التمييز في هذه الحالة هو العمل الناري ومسئولية أخرى أن مسؤولية من تمسيد بنقل ملكية عقارية إذا نكل عن التسجيل مسؤولية تفسيرية لا تعاقدية ولم ذا قررت المادة السالفة أن التمييز لا يتم سحرا" .
- اشتراط في التمسيد أم لم يشترط " : انظر لنفس المؤلف ، صرح القانونيين المدني المراعي ، أحكام الالتزام ، مطبعة المعارف - بغداد ١٩٥٢ ، ف ١٨ و ١٩ ، ص ١٤ - ١٦ .

الطرفين وأخيراً بتسميته بالتقديري في الدائرة المختصة أن يطالب الدارق الأخير بالتسوية، وأما من المطالبة فقد هي المسؤولية التقديرية لا التقديرية، وإذا كان الأصل باطلاً فإن كل ما يترتب عليه من التزام يمتنع بحل كذلك تبعاً لقاعدة (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) و (البنفي على الباطل باطل) ولهذا فمسألة الشرط الجزائي لا يكون محتمراً في هذه المسألة وما التمييز المنصور عليه غسي المادة ١١٢٧ مدني سوى اقترار من المشرع بالمثل به وفق قواعد المسؤولية وليس المسؤولية لا المسؤولية التقديرية (١).

وطبقاً لهذا الاتجاه فإن المقدم غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري باطل ولا يفيد الحكم ولا ينشئ التزامات على كل من الطرفين، فشرط التمييز الوارد فيه يعتبر باطلاً، ولو أثير باعتباره التزاماً تبعياً، أما الالتزام بالتسوية فصدره القانون وليس المقدم، فيصبح عقد بيع العقار منتجاً لجميع آثاره من وقت تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وتنقل الملكية للمشتري والبيع من تاريخ هذا التسجيل وليس هناك من وجود قانوني لهذا المقدم قبل تمام هذا التسجيل في الدائرة المختصة (٢).

والقول بهذا المعنى أعمال للمؤلف الاتفاق السابق على التسجيل السدي اعتبره هذا الرأي باطلاً، وبالتالي يكون تسديداً ببيع عقار ومن ثم مسؤولية عقدية وليس تقديرية.

- (١) انظر الأستاذ شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق المدنية الاعلى، طبعة اسعد، بغداد ١٩٧١، ص ٥٥ و ٥٦ و ٥٧.
- (٢) انظر الأستاذ شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني، الجديد، الحقوق المدنية الاعلى، ج ١، ص ١١٧ حيث يقول: "٥٠٠٠ ما تقدم يظهر ان قاعدة التسجيل العقاري، وهي المدنية، بقيت كما كانت عليه قبل نفاذها، وهي ان التسجيل في الدار يعتبر ركناً في التصرفات العقارية، وعلى ذلك فالصرف بمقتار خارج دائرة الدار غير معتبر، أي ان التصرف غير المسجل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً"، انظر نشر المصدر ونفس المؤلف، طبعة ١٩٦٦، ص ١٢١، هامش رقم ١.

بالإضافة إلى ذلك فإن النمل النار حسب قواعد المسؤولية التقسيمية
 فهو متوقع عادة ، فكيف القول بذلك ، أن في هذا الرأي سادرة على المطلوب .
 أن التسجيل في السجل العقاري يتم تنفيذا للاتفاق السابق بين الطرفين ،
 فإذا قلنا الاتفاق باطل فمعنى ذلك إمكان الرجوع في التسجيل وهذا لم يقل بسبه
 أحد (١) ، فالتصديق ليس بباطل ، لأنني اتصفت ببيع عقار أو اعدك ، لا يمتشي
 أنني بملك بل اعدك فمتى ما يملك بصد ذلك خارج دائرة التسجيل العقاري ويظل
 المقصد يعني أنني لم أوف بوعدي وأن التصديق لا زال قائما وأنني يجب أن أبيعك
 بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري . فلا يمكن أن تهدر إرادة أطراف الماتقة
 وكما ذكرنا أن السككية لا تعدم الإرادة وإنما تنقدها ، ولهذا لا يمكن الاجتهاد
 على حساب إرادة أطراف الماتقة ، فالباطل وفق القاعدة العامة يعدم وجوب
 العقد ، ولا يمكن الإجماع على تنفيذه ، وإذا نفذ أحد المتعاقدين التزمه كسان
 له الرجوع في التنفيذ واسترداد ما دفع . لأن التصديق بتسجيل البيع بدائسرة
 التسجيل العقاري ليس بمقصد باطل (٢) . فما معنى التصديق الذي نصت عليه
 (البادة ١١٧٢ مدني) هل هو بيع ؟ ونحن قلنا لا بد من الاتفاق الابتدائي
 قبل التسجيل لأن العقار مال لم يركل مال يل له أهمية كبيرة في التعامل اليومي
 للأشخاص ، بالإضافة إلى ذلك ما هو الحكم بشأن الشرط الجزائي ؟ يقول استاذنا
 الدكتور الحكيم " . . . ونحن نبيل إلى إعطاء الدائن (المشتري) في حالة
 رفض المدين (البائع) تسجيل المقصد في دائرة التسجيل العقاري - وكذلك إذا
 نكل المشتري عن المقصد - الحق في المطالبة بالشرط الجزائي . فما دام القانسون
 قد نمر على وجوب التصديق ، فليس هناك تصديق غير من التصديق الذي قد صدر
 المتعاقدان حين التعاقد . ثم أن هناك فائدة كبيرة في الأخذ بالشرط الجزائي

- (١) انظر استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانسون
 المدني ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، ط ٣ ، بغداد ،
 ١٩٧٧ ، ص ٨٠ ، ص ٤٥ و ٤٦ و ٤٧ ، وأما رقم ٤٧ .
 (٢) انظر استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، في أحكام الالتزام ، المصدر
 السابق ، ص ٤٧ ، وأما رقم ٤٧ .

وهي انه يحسم النزاع على مقدار التمسوي الزائد نفسه الى الدائن . فقد يدعي عذا ان النسر الذي اصابه اكبر من مبلغ الشرط الجزائي ، وقد يدعي المدين ان التمسوي الذي اصاب الدائن اقل من هذا المبلغ ، او يدعي عدم وجود نسر مطلقا . فمما اذا سحنا للمحكمة ان تأخذ الشرط الجزائي بيمين الاختيار ، مع مراعاة احكام المسادة (١٧٠) من القانون المدني التي تجيز للمحكمة الزيادة فيه او النقص منه ، فائتسبا تتجنب الخطر في مشكلة تقدير التمسوي ، وترفع كذلك عن طلق الدائن بم اثبات النسر ، فهذا المبدأ يقع على عاتقه في المسؤولية التقديرية (١) .

الابناء الثاني : وبذلك هذا الاتجاه الى ان عقد بيع العقار وان كان باطلا

بوجهه فيما لندم استيفائه المكل المقرر قانونا الا انه قد صحح باعتباره عقدا غير سعي يتضمن التزاما على طلق البائع بنقل الملكية ، وقد تحول عقد بيع العقار طبقا لاحكام المادة (١٤٠) مدني عراقي التي تنص على انه : " اذا كان العقد باطلا وثاقت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي وثاقت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد " . وحيث ان المرحلة التي تسبق التسجيل في (بيع العقار) تعد باطلة وفقا لاحكام القانون العراقي ، فقد استند الدكر الصراف الى نظرية تحول العقد في هذا الخصوص حيث يرى بانه اذا كان صحيحا القول بأن عقد بيع العقار قبل تسجيله في الدائسرة المختصة يمد عقدا غير منقذ طالما لم يسجل في السجل العقاري ، الا انه مسمن الخطأ الذهاب الى انه عقد منعدم الآثار تماما ، اذ ليس هناك ما يمنع مسمن ان ينتج هذا العقد الباطل بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين لا بوجهه واقعة قانونية وانما لانه عقد صحيح ووقعه (غير رسمي) يقتضاء القيام بعمل هو الذي اصاب الى دائرة التسجيل العقاري لاجراء نقل ملكية العقار ووقعه ملزم للدافين في مسو نواع المسؤولية العقدية وهذا العقد الصحيح هو الذي تحول اليه عقد بيع مسمح

(١) اناسر استاذنا الحكيم ، في احكام الالتزام ، المصدر السابق صف ٨٠ ، ص ٤٦ والمهام ، رقم ٤٥ .

المقار الباطل طبقاً للمادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي (١). بذلك يكون التمييز مستنداً الى هذا العقد الصحيح غير المسمى وليس الى المقصد الباطل (٢).

ان هذا الاتجاه منقاد ايضاً عنقني الشئ الثاني الخارج بالتحويل يمكن التحويل بانه عقد رضائي صحيح يتحقق في افضل منذ البداية دون حاجة الى هذا التحويل ودون حاجة لتسجيله ، وهذا التصور يقول الدكتور السنبهري : " ... وقد قسم خلال في الفقه العراقي في قيمة العقد غير المسجل في دائرة الدائره . والتصور القانونية الواجب النظر اليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدني عراقي : "بيع المقار لا يتم الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى التكل الذي نجر عليه القانون . " (٢) م ١١٢٦ مدني عراقي : " ١ - تنتقل الملكية بالعقد عسسي

- (١) الدكتور السراف : بيع المقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، مجلة المدالة ، ج ١ ، ص ١٩٧٧ ، ص ٢١ - ٢٣ .
- (٢) الدكتور السراف : شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٤ - ٣٤٦ ، ص ١٤٦ - ١٤٣ ، حيث يقول : " ... ونخلص من كل هذا الى ان الشرط الجزائي صحيح حتى ولو بطل العقد كبيع عتار . فالشرط الجزائي انما يستند الى العقد الصحيح الذي هو عقد التزام يحمل مقتضاه الذهاب الى دائرة الدائره لاجراء نقل الملكية ، وهذا العقد الصحيح هو الذي تحصل اليه عقد بيع المقار الباطل . كما ان الشرط الجزائي صحيح حتى ولو كان مشروطاً من جانب واحد " ، انظر : لنسرا المؤلف ، مجلة المدالة ، العدد الرابع ، المصدر السابق ، ص ٩٤٤ - ٩٤٥ ، حيث يقول : " ... اما نحن فما زلنا الى الان هذا رأينا لا نتزحزح عنه ولذلك يكون الاجتهاد باقامة المسؤولية العقدية على اساس من نظرية حصول العقد هو الاصل من السلم الذي يناسب واقع الحال . " ، نوري احمد منصور ، المصدر السابق ، ص ١٠٥١ ، حيث يقول : " ... وكان مقتضى من هذه الاتجاهات هو تأييدنا للاتجاه الذي يرى بأن عقد بيع المقار قبل التسجيل هو عقد غير مسمى تحول عن العقد الباطل مقتضاه القيام بعمل عسسي الذهاب الى دائرة التسجيل المقار لنقل ملكية المقار من البائع المسمى المشتري طبقاً لاحكام المادة (١٤٠) مدني . لما في هذا الرأي من تحقيق للمدالة ولكونه لم يحمل على تجسيد بقية التصور القانونية الاخرى ولم يحصل فصول شروط مقالة البيع الخارجي التي اشق عليها الدرفان . "

المنقول والستار . ٢ - والمقد الناقل لملاكية عتار لا يتمقد الا اذا روعيت نفسه
الطريقة المقررة قانونا " . (٣) م ١١٢٧ مدني عراقي : " التمسيد بنقل ملكية
عتار يقتصر على الالتزام بالتموين اذا اخل احد الطرفين بتمسده ، سواء اشترط
التموين في التمسيد ام لم يشترط " .

ويؤخذ من هذه النصوص : اولا - ان بيع المتارفي القانون العراقي تمسده
شكلي لا يتم الا بالتسجيل في دائرة الدايو ، ومن ثم لا تنتقل الملكية الى المشتري
والنصفه الى الغير وفيما بين المتعاقدين (١) الا بالتسجيل في هذه الدائرة
ومن وقت هذا التسجيل . ثانيا - التمسيد السابق على البيع - وهو التمسيد
المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي - عقد غير مسمى ه فهو اذن ليس
بعقد بيع . ولكنه عقد ملزم ه اذا به اخل (٢) المدين التتم بالتموين . وهذا
التموين ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لان مصدره هو هذا التمسيد
الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فاذا اشق المتعاقدان في هذا التمسيد
على مقدار التموين - وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي - جاز للقاضي الحكم بما
اشق عليه المتعاقدان ه كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائي اذا اثبت
المدين ان التقدير كان فادحا ه او بعدم استحقاقه اصلا اذا اثبت المدين ان
الدائن لم يلحقه اي ضرر ه وكل هذا تطبيقا للقواعد المقررة في الشرط
الجزائي (انظر م ١٧٠ مدني) واذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائي ه
فان هذا لا يمنع القاضي من تقدير التموين عن السر الذي اصاب الدائن من
جرا . اخل المدين بالتزامه ه طبقا للقواعد المقررة في هذا الموضع (انظر
المادة ١٦٩ مدني عراقي) ه ومصدر هذا التموين الذي يقدره القاضي هو
كمصدر الشرط الجزائي ه المسؤولية العقدية دائما وليس المسؤولية التقصيرية .
ويؤخذ من ذلك الى القول بأن مصدر التموين عن الاخلال بالتمسيد بنقل ملكية

-
- (١) الصحيح ان يقال : ومن ثم لا تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين
والنصفه الى الغير .
(٢) الصحيح ان يقال : اذا اخل به المدين .

المستأثر المتصور عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي . هو المصدرة ووليّة التصفية ليس
بالقول السليم ، اذ المصدر هو المصدرة ووليّة المقيدة (١) . وكذلك القول بأن
هذا التمسيد المتصور عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي يتحول من عقد بيع
باطل الى عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولنا هنا حاجة الى التحول ، فان المقيد
ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيفاً علنياً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بمسند
ذلك الى عقد غير مسمى (٢) . وقد كان من الخير ان يجعل هذا التمسيد
المتصور عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي ملزماً بنقل الملكية علناً ، فلا يقتصر
على الالتزام بالتعويض ، وهذا هو ما يقرره القانونان الالمانى والسويسرى ، وكلاهما
اخذ كالتانون العراقى بنظام السجل المرقى (٣) .

ولو اكتفى هذا الاتجاه بالهدايات وفق الاتجاين المايقين لكان التمسيد ،
وعلى لو سلمنا جدلاً بهذا الاتجاه فانه قد يصح اذا اشترط في التمسيد التعويض
الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، اما اذا لم يكن كذلك فكيف نستطيع ان نقول
ان ارادة الطرفين اتجهت الى عقد آخر غير مسمى ، ومن قال ان ارادة الطرف
الذى تنصر نتيجة لتكول الطرف الاخر اتجهت الى العقد غير المسمى لان المقيد
غير المسجل باطل (٤) .

والاكثر من ذلك ان الدكتور الصراف يقول ان عقد بيع المقار اذا كان باطلاً
فان الشرط الجزائي يستحق بموجب نظرية التحول الى عقد صحيح الذى هو
عقد التزام يحمل مقتضاء الذهاب الى دائرة (الطالب) التسجيل المرقى لاجراء
نقل الملكية (٥) . واذا كان كذلك فماذا يعنى التمسيد وفق (المادة ١١٢٧ مدني) ،

(١) قارن الدكتور الذنون ، ف ٤١٨ .

(٢) قارن الدكتور الصراف ، ف ٣٣٩ .

(٣) انظر الدكتور الصمورى ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٨ ،
طبعة (١) .

(٤) انظر الدكتور عادل سيد فهم ، المصدر السابق ، ص ١٣١ ، هامش (٦) ،
حيث يقول " فلا يمكن افتراض هذا التحول اذا كانت نية المتعاقدين لسم
تنصرف الى ابرام عقد من نوع آخر غير المقيد الشكلي " .

(٥) الدكتور عمار الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدنى
العراقى ، المصدر السابق ، ف ٣٤٩ ، ص ١٥٢ .

الم يمكن اثباتاً عقائداً الالتزام بحمل وهو التسجيل (١) . لكنه اذا كان يصح وصف
الذهاب الى دائرة التسجيل المقارن بأنه التزام ، فهل ان هذا المقعد لا ينشأ
حوى هذا الالتزام ؟ اما اذا فهم ذلك على انه الالتزام بنقل الملكية ، فذلك
ما ستراه بعد قليل . ثم ان الذهاب الى دائرة التسجيل ليس التزاماً خاصاً ينشأ

(١) وهذا الدكتور عادل سيد فهميم الى انه : " . . . وانما الاصل ان
يقال : ان الالتزام بنقل الملكية المقارنة في العراق شأن التمسك
بالرهن كلاًهما عقد غير مسمى يدخل في طائفة العقود التي يلق عليها
الفقه الاسلامي وصف " العقود غير اللازمة " . وهو تصوير اسلامي بحسب
مجهول في القوانين الحديثة . فهو عقد لا يولد التزامات بالتمسك الفني
للا التزام المدني . اي ذلك الذي يمكن تنفيذه جبراً على المدين . انما
تكون التمسكات المتولدة عنه اشبه شي بالالتزام الطبيعي ، فهي عقود
لا تلزم طاقدها بملك التحصيل منها ، فلا يستطيع الطرف الآخر اللجوء
الى القضاء طالبا التنفيذ العملي او حتى التنفيذ بمقابل بحسب نص
المادة ٢٤٦ مدني عراقي المشار اليها . ذلك انه ما دام ان التمسك
له في هذا المقعد لا يستطيع ان يطالب بابرام العقد الشكلي ، فان عدم
ابرام المقعد من جانب التمسك لا يمكن ان يمتنع اخلالاً بالالتزام تعاقدى
سابق ، ولا يتأتى الحكم عليه بالتصديق لهذا السبب . انظر الدكتور
عادل سيد فهميم ، المصدر السابق ، ج ٢٤٨ ، ارى ان رأى الدكتور
فهميم محمل نظر ، لان القانون المدني العراقي لم يأخذ بالمقعد تفسير
اللائم وفقاً للتصوير الاسلامي ، هذا من جهة ، من قال ان المقعد تفسير
اللائم لا يرتب اي اثر قانوني ؟ من جهة اخرى . (انظر استاذنا الدكتور
عبد المجيد الحكيم ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، ط ٥ ، المصدر السابق ،
ج ٣١٤ و ٣١٥ ف ٥٧١) ان رأى فهميم هذا فيه عمادة على المطلوب ،
فهو اعدم كل اثر يترتب على التمسك اولا وهذا خروج عن قصد المشرع ،
وفي هذا رجوع الى المسؤولية التقديرية ثانياً . يبدو انه اراد ان يمتنع
هذا التمسك وهذا بالتعاقد ولكن لم يستلج ان يبرر ذلك لمراعاة الشكلية
في القانون المدني العراقي (المادة ٩١ ف ٢ مدني) والتي نصت
على انه : " فاذا اشترط القانون للمقعد استيفاء شكل معين فهذا الشكل
تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن هذا ابرام هذا
المقعد " .

من عقد خاص ، وإنما هو امر لا بد منه لاتمام التصرف نفسه (١) .

الاتجاه الثالث : ذهب سبب انحصار هذا الاتجاه الى اعتبار بيع المتار خان دائرة التسجيل المتأري عقدا غير مسمى ابتداء ، وليس بمقد بيع ، وان هذا العقد غير المسمى الذي نشأ بين الطرفين المتعاقدين ، هو عقد صحيح ملزم يترتب على الاخلال به سوء ودية عقدية ، وتقتصر هذه المسؤولية على التضييق فقط .

ان هذا الرأي هو الذي اخذت به غالبية الفقه العراقي ، بالامانة السبب القضاء العراقي ، وان كان القضاء العراقي مترددا في بعض احكامه او مرتبكاً احيانا . ان المشرع العراقي في (المادة ١١٢٧ مدني) خفي على القواعد العامة الواردة في (المادة ٢٤٦ مدني) فهو اقتصر على التضييق دون التنفيذ الميني الجبري المتمثل بالالتزام بنقل الملكية بالتسجيل وفق القانون الانساني والموسم للذين لما اينما اخذا بالمشكلة كركن لاتخاذ ، وهذا المسلك منتقد من قبل الفقه العراقي ، وان كان قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ اخذ بالتنفيذ الميني (٢) في حالات معينة كما سنبينه فيما بعد .

(١) انظر : استاذنا الدكتور غني حمون طه ، التصديق بنقل ملكية عقار وضيق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي ، مجلة العلم القانونية والمياسية ، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكليسة ، مايسر ١٩٨٤ ، ص ١٢٦ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور سعدون المعاري ، المصدر السابق ، ص ١٠٨ . حيث يقول : " . . . وهذا الحكم الذي تقره المادة (١١٢٧) مدني عراقي يعتبر خروجاً على القواعد العامة في التنفيذ الميني اذ الاصل كما تقتضي المادة (٢٤٦) مدني عراقي ، ان يجبر المدين على تنفيذ التزامه تشديداً عينياً متى كان ذلك ممكناً ، كما ان القواعد العامة تقتضي بأن " يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري وان يكف عن اي عمل يجعل نقل الملكية مستحيلاً او عسيراً " كما تنص المادة (٥٣٥) مدني عراقي ولكن استثناءً من هذه القواعد لا يجبر المتعهد بنقل الملكية على تنفيذ التزامه عينياً حتى اذا لم يكن في التنفيذ الميني اي ارتفاق بالنسبة له ، وحتى لو ترتب على الاكتفاء بالتضييق عن عدم التنفيذ الميني ضرر

وقد ذهب الدكتور السبوري الى اعتبار التصهد السابق على بيع العقار
عقدا غير مسمى وليس بحقد بيع وإنما عقد ملزم اذا اخل به المدين التمسك
بالتحريض سواء اشتراط التحريض في التصهد ام لم يشترط (١) ، وإلى هذا الرأي
ينظم استاذنا الدكتور الحامري (٢) .

كما يؤيد هذا الاتجاه استاذنا الدكتور غني حنون طه حيث يقول :
..... ولكن الراجع ، على ما نعتقد ، هو ان التحريض من الاضطرار
بالتصهد المنصور عليه في المادة (١١٢٢) من القانون المدني ينشأ عن
مسؤولية عقدية لا عن مسؤولية تقصيرية ، لان مصدره هذا التصهد الملزم وهو
عقد غير مسمى وليس بحقد بيع ، ولكنه عقد ملزم اذا اخل المدين بما يترتب هذا
العقد في ذمته من التزامات التزم بتحريض المتعاقد الاخر (٣) .

والى هذا الرأي انظم استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، حيث يقول :
" فاذا لا يوجد قانونا عقد بيع طالما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري فان
تزامني الطرفين قبل التسجيل لا يمكن مع ذلك انكاره . فالترابي المذكور هو
عقد ولكنه ليس بمسند بيع حيث يلزم لانعدام البيع كما بينا اعلاه تسجيله بينما لم
يسجل العقد في الدائرة المختصة فهو اذن عقد غير مسمى من شأنه ان يرتب
التزامي ذمة كل من الطرفين المتعاقدين (٤) .

= جميع بالمشتري (الدائن) . ان مملك القانون المدني العراقي منتقد
من الكافة ، وقد كان من الخير ان يكون التصهد المنصور عليه مسمى
المادة (١١٢٢) مدني عراقيا ملزما بنقل الملكية عينا ، وان لا يقتصر
على الالتزام بالتحريض " .

(١) انظر السبوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤٣٨ و ٤٣٩
تأشير رقم : ١ .

(٢) استاذنا الدكتور الحامري ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

(٣) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ،

ص ٢٣٢ - ٢٣٣ ف ٣٨٥ .

(٤) استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ ف ٦٠ .

ما تقدم يتبين لنا ان غالبية الفقه (١) تنجبه الى اعتبار التمسيد بنقل ملكية المصار قبل التسجيل . في القانون المدني المراقي . وهذا غير

(١) انظر الاستاذ الدكتور السنجري . البيع والمقايضة . المصدر السابق . ص ٤٣٨ و ٤٣٩ الهامش رقم (١) . استاذنا الدكتور في حمون طبعه . عقد البيع . المصدر السابق . ص ٣٨٥ . ص ٢٢١ - ٢٢٣ والم اشسرين ٣٦ و ٣٧ . والدكتور منذر عبد الحسين الفاضل . المصدر السابق . ص ١٦٥ . واستاذنا الدكتور سعدون السامري . المصدر السابق . ص ١٠٧ وما بعدها . واستاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت . المصدر السابق . ص ٦٠ . ص ١٢١ وما بعدها . واستاذنا عبد الباقي البكري . شرح القانون المدني المراقي . الجزء الثالث . تنفيذ الالتزام . مطبعة الزمزم . بغداد ١٩٧١ . ص ١٠٤ . ص ١٠٥ وما بعدها . واستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم . احكام الالتزام . المصدر السابق . ص ٨٠ . ص ٤٥ . ص ٤٧ . والهامش رقم ٤٧ . ويبدو ان استاذنا الدكتور الحكيم يتوعد غسي تكييف بيع المصار خارج دائرة التسجيل المتقار فيقول : " ... وذلك لا نكون امام عقد باطل . بل امام عقد صحيح . مع غاقر واحد عسوان الملكية لا تنتقل ١٠٠٠ الا بعد تسجيل العقد في دائرة التسجيل المتقار . ولكن ما هي طبيعة هذا العقد الصحيح . هل هو عقد مسمى (عقد بيع) ام عقد غير مسمى (وليس بمقتضى بيع) ؟ وبعد هذا التكييف يرجع استاذنا الحكيم ويقول : " ... وهنا يثور التساؤل بالنسبة للتكييف القانوني للتمسيد بنقل ملكية المصار فهو لا يمكن الاجبار على تنفيذه . ومعنى ذلك انه غير مرسوم قانونا . ولكن المدين اذا امتنع عن التنفيذ يحكم بالتمويض . وهذا تعارض . والالتزام في هذه الحالة يصبح بسمي خصائي كل من الالتزام الطبيعي والالتزام المدني . فالالتزام الطبيعي لا يجبر المدين على تنفيذه وهذا كذلك . يمكننا القول بان التمسيد بنقل ملكية المصار في القانون المدني المراقي هو التزام بدلي الخيار فيه لكل من الطرفين . فالباثع بالخيار بين التسجيل في دائرة التسجيل المتقار وبين دفع التمويض . والمقري كذلك بالخيار بين الشراء وبين دفع التمويض . وهذا يظهر بصورة واضحة من عبارة المادة (١١٢٧) نفسها . فهي تقول : " ... الالتزام بالتمويض اذا اخل احد الطرفين بتمسده " وهذا كذلك يشبه (المبرون) . اري ان راي استاذنا الحكيم محصل نظر لان الالتزام المنصور عليه في المادة ١١٢٧ مدني . لا يجمع بين خصائص الالتزام الطبيعي والالتزام المدني . كما يقسول . بل هو التزام مدني قرره المشرع المراقي ونحو قانوني . اما انه التمسيد

سمى ينشئ عند النكول و (بحكم القانون) الحكم بالتموين دونما حاجة
الى القول او الاستئانة بنظرية تحول العقد و دون الركون السى قواعد
السؤولية التقصيرية .

بدلي الخيار فيه لكل من الطرفين . فهذا غير وارد و وطى اى اسرار ان
الخيار فيه لكل من الطرفين - كما يقول استاذنا - كما تصرف ان الالتزام
يكون بدليا اذا كان محل التزام المدين مالا واحدا ولكنه يستلزم ان
يفي بمال آخر بدلا من محل التزام الاصيل وان يجبر الدائن على قبول
هذا المال بدلا من المال الاصيل . وهذا ما جاء به المادة (٣٠٢) مدني
عراقي) حيث نصت على انه : " ان يكون الالتزام بدليا اذا لم يكن محله
الا شيئا واحدا ولكن تجرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا آخر .
٢ - والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد
طبيعته) وفي الالتزام البدلي يكون الخيار للمدين فقط . وهذا ما
لا ينسجم مع رأى استاذنا حينما يقول : الخيار فيه لكل من الطرفين . وهذا
الصور يقول استاذنا الدكتور غني حسون طه : " نقول أولا بانفسه لا
يصح وصف ((التمسيد بنقل ملكية عقار)) بانه التزام بدلي ، فالتمسيد
اتفاق او عقد غير مسمى على ما يذهب اليه جانب كبير من الفقه و تنشأ عنه
التزامات قد يوصف بعضها ، اذا اريد له ذلك ، بانه التزام بدلي ،
ذلك ان الالتزام البدلي ، في القانون المدني العراقي وفي قوانين اخرى ،
وصف يلحق محل الالتزام وليس الرابطة التي تنشئ الالتزام .
ومن جهة اخرى ، فانه اذا اريد وصف التمسيد الذي يشترط فيه
الطرفان في التمسيد ، ولا يمكن ان يكون الامر غير ذلك ، بانه التزام
بدلي ، فان القواعد التي تحكم هذا النوع من الالتزام لا تسمح بوصف
التمسيد بانه التزام بدلي وليس من المستور ان تتجه ارادة الدائنين
في التمسيد بنقل الملكية الى ترك الخيار للمدين ان شاء وفي بحمل
التزام الاصيل ، وان شاء دفع التمسيد المشتروط . كما ان هذا التمسيد
جزاء لا خال احد الدائنين بتمسده ، وليس في الالتزام البدلي شيء يمن
ذلك فالمدين ، وهو يستعمل خياره ، انما يستعمل حقا ثبت له ابتداء عند
الاتفاق ، فيختار بين ان يوفي بالتزامه بمحله الاصيل او البدل ، وله ان يجبر
الدائن على قبول هذا البدل ، فهو يوفي بالتزامه باستعمال خيار ثابت
له ، ولا يخل باى التزام ليلصق جزاء ذلك بالتمسيد ، انظر استاذنا
الدكتور غني حسون طه ، التمسيد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من
القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ .

ولكن هنا يثار التساؤل هل حقاً ان التمسيد بنقل ملكية عقار هو عقد غير
مسمى ، وهل ان لهذا العقد وجود ، واذا كان الجواب بالاجاب فهل ينشأ
هذا العقد التزاما بنقل الملكية ؟ .

يقول استاذنا الدكتور غني حسون طه : " ان الطابق وصف () العقد غير
المسمى () على اى اتفاق قد يتم بين طرفين لم يتول المشرع بعد تنظيم احكامه
في قواعد خاصة . يعني انه عقد ، على كل حال ، ولا بد لكي يكون هناك عقد
ان تنبج ارادة الطرفين الى احداث اثر قانوني ، وهذا الاثر قد يكون انشاء
التزام او تسديله او نقله او انهاء . ولا يتصور في حالة التمسيد بنقل ملكية
عقار سوى ان ارادة الطرفين قد اتجهت الى انشاء التزام بنقل هذه الملكية .
فهل ان ارادة الطرفين قد اتجهت حقيقة الى شي من ذلك ؟ ام انها اتجهت
الى بيع وشراء ، ولولا ان المشرع اخضع مثل هذا الاتفاق لشكلية خاصة ، لكان
هذا البيع بالنسبة للطرفين تاما ونهائيا وترتب عليه جميع آثاره ، ومنها انتقال
الملكية " (١) .

اذن لا يمكن وصف التمسيد بنقل ملكية عقار بأنه عقد غير مسمى لان نسبي
المادة (١١٢٢) مدني ملزم للطرفين ، فهناك تمسيد او التزام مقابل . واذا
كانت الالتزامات متعاقبة حسب نصوص المادة (١١٢٢) بوصفها هذا العقد بالتمسيد
بنقل ملكية عقار قد توحي بأنه عقد ملزم لطرف واحد ، ذلك ان التمسيد او
الالتزام بنقل الملكية لا يمكن ان يترتب الا في ذمة احد الطرفين وهو من يتصرف
بحال لاخر معاونة او تبرع ، اما الطرف الاخر فيتلقى الملكية من المتصرف بمقابل

=
وصح كل هذا يردف ويقول الدكتور الحكيم في مقال آخر " بان بيع المقار
خارج الدايو باطل او معدوم لتلف ركن من اركانه " ، انظر
بحثه الموسوم " هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان
يكون للالتزام اثر ؟ " بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني
السنة الحادية والعشرون ، آذار ١٩٦٦ ، ص ٤١ .
(١) استاذنا الدكتور غني حسون طه ، التمسيد بنقل ملكية عقار ، المصدر
السابق ، ص ١٢٥ .

أوبدن مقابل ، ولكن عبارات المادة (١١٢٧) الأخرى " . . . إذا اخل أحد الطرفين بالتعهد . . . " توحي بأن هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين بناء على هذا فإن التعهد سيكون بعبارة يرتب في ذمة كل من الطرفين التزامات البيع المتعارف عليها . وهذا غير ممكن لأن العقد الوارد على عقار قبل التسجيل لا يعتبر بيعاً (١) .

ومن جهة أخرى فإن وصف التعهد بأنه عقد غير مسمى يعني ابتداءه إخضاع اتفاق الطرفين لأحكام القواعد العامة في نظرية العقد ، والتي من شأنها التنفيذ المينى الجبرى . بينما المادة (١١٢٧) تقتصر على التوضيح إذا اخل أحد الطرفين بالتعهد . وهذا حكم مقصود . لأن المبيع لو أراد اعتبار التعهد عقداً غير مسمى ، لاكتفى بأحكام القواعد العامة دون أن يورد المادة (١١٢٧) . علماً أن مسامحة أحكام القواعد العامة حتى النهاية ، يعني الأخذ بالتنفيذ المينى الجبرى للتعهد . وهذا التفاف على قواعد الملكية ، وهي في القانون العراقي ركن انعقاد وليست شرطاً لانتقال الملكية (٢) .

فما المقصود بالتعهد بنقل ملكية عقار ؟

من المنصور أن يكون التعهد بنقل ملكية عقار وعدا ببيع عقار إذا توفرت له شروط معينة وسجل في الدائرة المختصة وذلك تائيداً لنظر المادة (١٩١ ف٢) من القانون المدني .

ولكن التعامل يجرى على خلاف ذلك . فالذى يحصل في الحياة العملية هو اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبراهمه ويوصف هذا الاتفاق بأنه (بيع) أو (مقابلة بيع) وعلى الأغلب يتم هذا الاتفاق بشرط المعين أو شرط جزائي ، ولا ينقص هذا التصرف سوى التسجيل في السجل العقاري ليكون

(١) استاذنا الدكتور غنسي حسن طه ، التعهد بنقل ملكية عقار ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .

(٢) استاذنا الدكتور غنسي حسن طه ، التعهد بنقل ملكية عقار ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .

بمما نأما مستوفيا بجميع أركانه • ولم يحسد ثغري الحياة المدنية ان تقدم احد
الى الدائرة المختصة طالبا تسجيل وعد ببيع عقاره • علما ان الدوائر المختصة
تنتج عن تسجيل الوعد ذلك ان دائرة التسجيل العقاري لا تسجل مستوى
التزامات التي تنشأ او تنقل حقوقا عينية اما عقد الوعد فلا تترتب عليه سوى
حقوق والتزامات شخصية فنصوص المادة (٩١) من القانون المدني ما هي الا
نصوصية (١).

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه • التصهد بنقل ملكية عقار • المصدر
السابق • ص ١٢٣ هامش رقم ٩ •

ومن المتصور ايضا ان التصهد بنقل ملكية عقار ببيع ابتدائي • والاتفاق
الابتدائي هو الذي يلتزم بمقتضاه احد الطرفين بالبيع والآخر بالخسر
بالشراء بشئ معين على ان يقوم بتحرير البيع النهائي في ورقة رسمية
او عرقية • ليستثنى للمشتري تدبير الثمن • وان تسجيل البيع يقتضي
اجراءات تستغرق مدة من الزمن ويريد كل من الطرفين ان يلزم الآخر بمقتضى
ابتدائي الى ان تتم الاجراءات اللازمة • ولكن البيع الابتدائي ببيع تمام
تترتب عليه الآثار التي تترتب على البيع النهائي • وانما الآثار التي تترتب
على البيع لا تنفذ في الحال • بل يتفق الطرفان على تأجيل تنفيذها
الى اجل معين • وانما كان العقد الابتدائي عقدا شكليا وجب ان يستوفي
الكل المطلوب لكي يمكن الحكم بصحة التعاقد • اما اذا اريد بهذا
البيع ((الاتفاق الابتدائي)) الذي يشير اليه المشرع العراقي فسي
المادة (٩١) من القانون المدني فانه لا يعد وان يكون سوى وعد
متبادل بالبيع والشراء الذي يعتبر مرحلة تمهيدية لايبرام بيع في المستقبل
والذي يتميز عن البيع الابتدائي الذي لا يعقبه ابرام عقد نهائي وانما
مجرد القيام باجراءات معينة او تهيؤ امر معين • (راجع استاذنا
الدكتور غني حسون طه • التصهد بنقل ملكية عقار • المصدر السابق •
ص ١٢٤ •

وقد ينصرف الذهن الى ان التصهد بنقل ملكية عقار عقد من عقود
انتقال الملكية المعروفة في القوانين الجبرمانية • ولكن فكرة التصرف المجرد •
رغم ما تحسقه من فوائد كثيرة فان القوانين اللاتينية والفرنسية • ومن بينها
القانون المدني العراقي • تعطى نظرية السببية كبيرة لان القاعدة
في هذه القوانين هي ان يكون الالتزام مسببا • وعلى هذا فان اكسسان
وجود عقود انتقال الملكية كتطبيق من تطبيقات التصرف المجرد امر بميسر

على التمسيد بنقل ملكية عقار عقد مسمى ؟ .

على يمكن التصور ان التمسيد بنقل ملكية عقار عقدا مسمى ، يمد صدر
قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ باعتباره ان المشرع عملاً
بمجلس قيادة الثورة قد تدخل ونظم احكام التمسيد بنقل الملكية المتعارفة ، سواء
نمياً يتعلق بمقدار التمسيد ، او نمياً يستلزم من صور التنفيذ الميني الجبري لمحصل
الالتزام في الحالات التي تلزم التمسيد بنقل ملكية عقاره الى التمسيد لسمه
(المشتري) ؟

لا يمكن ان تصور ان التمسيد بنقل ملكية عقار هو من المقود المسماة وذلك
لاسباب عديدة منها :

١- ان احكام المادة (١١٢٢) لم ترد في باب المقود المسماة ، وانما
وردت في باب اسباب كسب الملكية ، فالمادة (١١٢٦) من القانون المدني قد نصت
في فقرتها الاولى بانتقال الملكية بالمقد في المنقول والمتار ، وقضت في النقصة
الثانية بعدم انعقاد المقد الناقل لملكية عقار الا اذا رويتم فيه الطريقة المقررة
قانوناً فانكشفت امام مشرع القانون المدني العراقي حقيقة المشكلة فعلاجها علاجاً
جزئياً (حالاً نصفياً) فاعطى الى وضع المادة (١١٢٢) مدني (١) .

عن الانتراض وغير مقصور . وحتى لو امكن ، بالنظر لتشابه الاوضاع ، تصور
ان التمسيد بنقل الملكية في القانون العراقي هو عقد انتقال الملكية
المعروف في القوانين الجبرمانية ، وان التمسيد بنقل الملكية ينشئ التزاماً
بنقلها في ذمة التمسيد ، فان الامر يختلف ، حيث لا تنتقل الملكية نفسياً
القوانين الجبرمانية بمجرد نشر الالتزام بنقلها ، وانما لا بد من عقد آخر
هو عقد انتقال الملكية ، فانه يكمن ان التمسيد والتمسيد له ، في القانون
العراقي ، لا يذهبان الى الدائرة المختصة لاعلان اتفاقهما على نقل
الملكية وانما لا يبرام عقد البيع او التصرف نفسه ، اذ لا عقد ولا تصرف دون
تسجيل ، اما نقل الملكية فانه يترتب على ذلك ، ولا دخل لاراد الطرفين
فيه . (راجع استاذنا الدكتور غني حنون طه ، التمسيد بنقل ملكية عقاره
المصدر السابق ، ص ١٢٥ .

(١) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، التمسيد بنقل ملكية عقار ، المصدر
السابق ، ص ١٢٢ .

٢- ان الالتزام على تنظيم الجزاء الذي يترتب على الاختلال بالالتزامات التي ينشأ عنها من العقود ، اذا كان لمثل هذه الالتزامات من وجود ، فمستلزم يترتب بهذا العقد الى مرتبة العقود المسماة (١) .

٣- اذا اعتبر التصهد المنصوص عليه بالمادة (١١٢٧) من القانون المدني عقداً مسمى ، فان هذا يعني تكريماً للتعامل بالمعيار خاص الدائرة المختصة ، وقراراً بصحة هذا التعامل ، واعداداً لقواعد الملكية وهي في القانون العراقي من النظام العام وركن انعقاد وليست مجرد شرط لانتقال الملكية ، واعتباراً التصهد عقداً مسمى تنجيزاً على المنازعة بالعقارات وارتفاع استناداً ارتفاعاً رتبياً ، والتي طعن فيها القطر في السنوات الاخيرة ، الشيء الكثير (٢) .

هل هناك التزام بنقل الملكية ؟

ان عقد البيع في القانون العراقي عقد ناقل للملكية بذاته وليس منشئاً للالتزام بنقلها . فملكية المبيع تنتقل الى المشتري بمجرد الاتفاق ، اذا توافرت شروط معينة ، دون حاجة الى اجراء آخر كسليم المبيع او دفع الثمن (٣) .

فالمرجع العراقي تأثراً عنه بالفقه الاسلامي من جهة ، والقسانونسيون الفرنسي والمصري من جهة اخرى ، اقر انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشتري مباشرة وليس منشئاً للالتزام بنقلها لان المادة ٥٣١ تنص بأنه : " اذا كان المبيع عناً معينة بالذات او كان قد بيع جزائياً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، واما اذا كان المبيع لم يمين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالاتفاق " . فالملكية في القانون المدني العراقي تنتقل من البائع الى المشتري من تاريخ تسجيل العقد في الدائرة المختصة (دائرة التسجيل المتاري) .

(١) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، التصهد بنقل ملكية عقاره المصدر السابق ، ص ١٢٨ .

(٢) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، التصهد بنقل ملكية عقاره المصدر السابق ، ص ١٢٨ .

(٣) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، التصهد بنقل ملكية عقاره المصدر السابق ، ص ١٢٨ .

ولكن يا أحمق! إن المشرع العراقي تأثراً منه بالفقه الشيعي الذي استمدّه من طريق القانون المصري طارحاً فتكلم عن ((الالتزام بنقل الملكية)) فقد جاء نصي كتاب الالتزامات في هذا الكلام عن آثار الالتزام في المادة (٢٤٧) مفسراً أن: "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 الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" (١). والمشرع العراقي منتقد من قبل بعض الفقهاء العراقيين (٢) من حيث أخذه بنص المادة (٢٤٧) نقلاً عن القانون المدني المصري الذي تأثر بدوره بالفقه الشيعي فما استأذنا الدكتور سعدون الحامري يقول في هذا الصدد ما يلي: "... وقد كان الأولى بالمشرع العراقي فيما يتعلق بالتحويل التني لكيفية انتقال الملكية أن يتخذ عوقاً واضحة وأن لا يجهل عن النهج الذي اختاره لنفسه وهو الالتزام بأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة بالذات لأن هذا الفقه كما بينا اقرب إلى أداء الفكرة الصحيحة عن البيع من القانونيين الفرنسي والمصري" (٣).

ويذهب استأذنا الدكتور الحكيم إلى القول: "جرت عادة الفقهاء المسلمين والقوانين المدنية الحديثة ونسبوا القانون المدني العراقي في على استعمال تعبير ((الالتزام بنقل الملكية)) ونحن لا نرى لهذا التعبير تلبيةً علياً لأن هذا الالتزام لا يمكن أن ينشأ ذلك أن الرضائية لما كانت هي الأصل في العقود فالملكية تنتقل بمجرد نشوء عقد البيع وبغير حاجة إلى أية شكلية أو إجراءات أخرى وهذا ما يترتب عليه عدم إمكان نشوء التزام خارج بنقل الملكية وانمسا ينشأ على طائفة البائع التزام بتسليم المبيع وعليه فنص المادة (٢٤٧) من القانون

- (١) يطابق نص المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري.
- (٢) انظر استأذنا الدكتور سعدون الحامري في المصدر السابق ص ١٤.
- استأذنا الدكتور محمد المجيد الحكيم في هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن أن يكون للالتزام أثر؟ في المصدر السابق ص ٦٦ وما بعدها.
- (٣) انظر استأذنا الدكتور الحامري في المصدر السابق ص ١٤.

المدني العراقي الذي يقتضي بان : (الالتزام ينقل الملكية او اى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالصفات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) هـ هذا النص لا معنى ولا تطبيق عملي له هـ لما قد ساء من عدم امكان نفوذ التزام اسمه الالتزام ينقل الملكية .

ان النمر المتقدم في الحقيقة هـ بقية من بقايا القانون الروماني (١) . كذلك ورد في كتاب الحقوق العينية الاصلية نص خاص باكتساب الملكية عن طريق الحقد الوترى المادة (١١٢٦) الذي يقرر بأنه : * ١- تنتقل الملكية بالحقد في المنقول والستار ٢- والحقد الناقل للملكية عقار لا ينحقد الا اذا رويته الطريقة المقررة قانوناً .

ما تقدم يمكن القول بأن الفصل في القانون المدني العراقي هـ كما هو الحال بالنسبة للقوانين المعاصرة الاخرى هـ هو ان عقد البيع عقد ناقل للملكية بمجرد الاتفاق هـ وليس من شرط الالتزام في ذمة البائع نقلها الى المشتري . فملكية المال المبيع تنتقل الى المشتري بمجرد البيع ذاته هـ اذا توافرت شروط معينة هـ وذلك دونما حاجة الى اى اجراء آخر كتسليم المال المبيع او دفع الثمن (٢) .

وما ان عقد بيع العقار لا ينحقد في القانون العراقي الا بالتسجيل فضلاً عن وجود اذن للالتزام بنقل الملكية لان التسجيل ينقل الملكية بقوة القانون .

(١) انظر استاذنا الدكتور الحكيم هـ هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية هـ وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ؟ المصدر السابق هـ ص ٣٦ وما بعدها ؛ وانظر في الرد على الدكتور الحكيم مقال الدكتور عباس السراف (ملاحظات حول الالتزام بنقل الملكية) منشور في مجلة كلية الشرطة هـ العدد الاول السنة الثانية هـ ايار ١٩٦٨ هـ ص ١ وما بعدها ؛ الاستاذ سليمان مرقس هـ الحقود المسماة هـ المجلد الاول هـ عقد البيع هـ القاهرة هـ ١٩٦٨ هـ ملحق رقم ٢ ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٢) انظر استاذنا الدكتور غني حنون طه هـ عقد البيع هـ المصدر السابق هـ ص ٢٠٧ ف ٣٥٧ .

وهذا المصنف يقول استاذنا الدكتور غني حسون طه: "... حقا، ان الالتزام بنقل الملكية لا يمكن ان يكون له معنى الا في ظل القوانين القديمة، كالقانون الروماني، حيث لم يكن المبيع ناقلا للملكية من تلقاء نفسه وانما كسان يرتبني ذمة البائع التزاما بنقل الملكية وفق الوضاع والاجراءات المقررة لنقلها. ان الالتزام بنقل الملكية لا يتصور ان ينشأ الا في العقود التي ترد على الملكية. ولو تنهنا هذه العقود في القانون المدني المراثي لتبين ما عية هذا الالتزام وتنظيم القانون له وكيفية تنفيذه، لما وجدنا لهذا الالتزام اثر... اسما ما نصت عليه المادة (٢٤٢) من القانون المدني بقولها: "الالتزام بنقل الملكية اذ اى حق يعني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محملا للالتزام شيئا مينا بالذات يملكه الملتزم. وذلك دون اخل بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" فامر يدعو الى الدهشة... لانه من غير المقبول ان ينقل الالتزام من تلقاء نفسه حقا، ومباراة اخرى كيف يمكن ان ينتج الالتزام، وتواثره، اثره... (١).

وهذان تبين لنا ان التصهد وفق المادة (١١٢٢) من القانون المدني ليس له وجود كمقد، وانه حتى لو كان عقدا فانه غير ناقل للملكية ولا منشئ للالتزام بنقلها، ذلك ان انتقال الملكية او نشوء الالتزام بنقلها لا يتصور الا في العقود الناقلة للملكية، وانه ليس هناك ما يسمى بالالتزام بنقل الملكية - كما رأينا - فما المقصود بالتصهد اذن؟ هل يمكن القول مع استاذنا الدكتور غني حسون طه، بأن ما يوصف بالتصهد بنقل ملكية عقار لا معنى له (٢)؟

ان المشرع المراقي، بعد ان اعطى المصلحة التي تنشأ عن اشتراط الملكية كركن انعقاد في التصرف الوارد على عقار وعدم الاعتداد به ان لم يستوف الشكل الذي رسمه القانون من جهة والاتفاقات التي تجرى خارج الدائرة المختصة،

(١) استاذنا الدكتور غني حسون طه، التصهد بنقل ملكية عقار، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٢) استاذنا الدكتور غني حسون طه، التصهد بنقل ملكية عقار، المصدر السابق، ص ١٣١.

حيث ان العمل جرى على ذلك ، من جهة اخرى ، جاء بحل وسط ، فهو ارادة من جانب عدم الاعتراف بالتصرف الوارد على عقار الا اذا رويته الدارقة المشورة فاننا ، و اراد ان يمتد بارادة الطرفين بحيث لم يهدر كل اثر لارادتها ، حسن جانب آخر ، طالما ان الرئائية اساسا التصرفات القانونية ، ولكن هذا الاضرار لا يمل الى حصد الالتفات على المشكلة ، لانه ليس من المنطق ان يقر المشرع بالمسكلة باعتبارها ركنا في التصرف الوارد على عقار ، ثم يأتي بنسخها من انفسه ذلك ، بحيث يحصل من الارادة لوحدها كافيته لنقل ملكية العقار عن طريق الزام الناقل بالتسجيل في الدائرة المختصة .

ان الالتزام ، الذي رتبته القانون في المادة (١١٢٢) من القانون المدني ، ليرمى تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية - كما يقول استاذنا الدكتور غنمي حمون طه - الذي يجب ان يحكم جميع التصرفات القانونية . فمبدأ حسن النية في نطاق التصديق الوارد على عقار يقتضي القيام بجميع الاعمال اللازمة لانتفاءه من بينها الذهاب الى الدائرة المختصة لتسجيل العقار باسم التصديق له (المشتري) لكي يستوف هذا التصرف اركانه ، وتترتب عليه آثاره ، ومن بينها انتقال الملكية من المتصرف الى المتصرف اليه (١) . فالحكم الوارد في المادة (١١٢٢) من القانون المدني ما هو الا حكم خارج عن المشرع المراقى الذي نشره عندما انكشفت امامه حقيقة المشكلة والتي حاول معالجتها عاجلا جزئيا ((الحمل النصفي)) . وقد طبق المشرع هذا المبدأ في باب البيع حينما نص ، في المادة (٥٣٥) من القانون المدني المراقى بانه : " يلتزم البائع بنقل الملكية مستحيلا او عسيرا " .

وذلك انه ، اذا كان القانون ذاته قد تكفل بنقل ملكية المال المبيع حسن البائع الى المشتري بمجرد الاتفاق اذا توافرت شروط معينة ، فان البائع ملزم بالقيام باعمال يكون من شأنها التصديق لنقل الملكية او بالامتناع عن اتيان اعمال

(١) استاذنا الدكتور غنمي حمون طه ، التصديق بنقل ملكية عقاره المصدر السابق ، ص ١٣١ .

بحول دون انتقال الملكية الى المشتري (١) .

من جهة ، يلتزم البائع باعمال ايجابية تشمل بمشاط مادي يكون من شأنه ان يسهل لنقل الملكية ، فاذا كان المبيع عقارا ، يلتزم البائع بتقديم المستندات اللازمة للتسجيل كالمستندات التي تثبت ملكيته للمال المبيع وشهادة دائرة التسجيل ، وشهر حق الارث الواجب حصوله قبل التسجيل ، وبيان بعدم رد المقسار ، وكذلك الحضور الى الدائرة المختصة لتسكين الموظف المختص من التمديق طسسي توفيقه ، وشطب التكاليف المقررة على السائر قبل البيع اذا كان هذا المقار قدس بيع غالبا من كل تكليف (٢) .

ومن جهة اخرى ، فان البائع يلتزم بالتزامات سلبية تشمل بالامتناع عن التصرف بالمقار تمونا يضر بالمشتري ، فهو يمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه ان يحول دون انتقال الملكية الى المشتري ، فيمتنع عن تسجيل عقد بيع المقسار لمصلحة الغير ، بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الاول .
فيجب ان يكف البائع عن هذه الاعمال ، اذ من شأنها ان تحصل نقل الملكية الى المشتري مستعجلا (٣) . وكذلك يلتزم البائع بالامتناع عن القيام بكل ما من شأنه ان يلحق بالمين المبيعة تلفا او تخريسا (٤) .

(١) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ ف ٣٩٤ ، والدكتور السنبوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤١٤ ف ٢٣٥ .

(٢) راجع : استاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ ف ٣٩٥ ، والدكتور السنبوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤١٤ ف ٢٣٥ .

(٣) راجع : الدكتور السنبوري ، البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٤١٦ ف ٢٣٥ ، واستاذنا الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ ف ٣٩٦ ، والدكتور هما ، الصراف ، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص ١٧٨ - ١٧٩ الفترتين ٢٩٧ و ٢٩٨ .

(٤) انظر الدكتور غني حنون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ ف ٣٩٦ .

المطلب الثاني

اتجاه القضاء العراقي في تكليف التمسيد بنقل ملكية عقار

ان القضاء دورا كبيرا في ترسيخ القواعد القانونية وخلق الافكار الجديدة ، التي تكون اكثر انسجاما مع الواقع العملي والحياة اليومية ، فموضوع التطبيق القضائي للنصوص القانونية على وقائع الحياة المتناحقة تبرز جملة حقائق اهمها (١) :
 ١- ان القضاء هو الجهاز الأكثر قدرة على التعامل مع النصوص القانونية باعتبارها المكلف أصلا بمهمة تطبيق القانون ، وهو الساحة الرحبة التي تطسرح عليها الخصومات القضائية كي نجد الحلول المناسبة لها بما يحقق للمعدل .
 ٢- وان عمل القضاء للتوصل الى التطبيق القضائي السليم للقانون لا يأتي الا من خلال محاكمة عقلية ومنطقية ، ويحد ان يستكمل كل طرف من اطراف الخصومة ما لديه من ادلة لتأييد دعواه او دفع لرد الدعوى عنه ، بحيث تتاح الفرصة الكاملة للخصم لبيان وجهات نظرهم المختلفة بما يمكن القاضي من استخلاص الرأي النهائي بشكل مطمئن اليه .

٣- ان التطبيق القضائي للنصوص هو اعم مظهر من مظاهر تطبيق القانون نظرا لما للقضاء من قدرة على فهم النصوص وتفسيرها بما يتفق واهدافها ، وما يمد لها صورتها الواقعية من خلال الاحكام التي تصدر في الوقائع المعروضة .
 ازاء هذه الحقائق فلا غرابة في ان تكون للاحكام القضائية تلك القيسة القانونية الكبيرة ، بحيث تكون حجة على الناس كافة حقيقة بما حصلت فيه ، سواء كان ذلك الفصل متعلقا بشخص الانسان وعرضته او امواله او حقوقه والتزاماته ، وبالتالي يكون مصدرا خصبيا للرأي والتعليق .

(١) انظر السيد اكرم يوسف ابراهيم ، التمسيد بنقل ملكية عقار ، دراسة منشورة في الوقائع القضائية ، مجلة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٥١ ، السنة الثالثة ، تشرين الاول (١٦-٢١) ١٩٨١ ، ص ٤٧٥ .

كما نرجو من القضاء العراقي ان يخلص القاعدة القانونية العلمية التي تكون
مسارا ثابتا ومستقرا ، بحيث يكون منهجا يستقي المخرج منه القواعد القانونية
ويوردا . نصيا لمنهل الفقه ، ولكن هذا الرجاء لم يتحقق كما ينبغي بل كسسان
القضاء العراقي مترددا . ففي موضوع بحثنا هذا نلاحظ ان القضاء المدني
العراقي ، قبل وبعد صدور القانون المدني ، كان يردد الاحكام القانونية بمناها
الناشر (١) ، وما يقول به الفقه ايضا . نحن نعرف بأن للقضاء دورا حتى نسبي
حسم الخلاف الفقهي ولا ادل على ذلك القضاء الفرنسي . ان قرار الحكم الذي
يصدر من قبل القضاء المدني العراقي في اقله دون تسبيب قانوني وموضوعي ، انما
يلجأ الى التاكيد على المسائل الاجرائية في النزاع المعروض امامه اكثر من المسائل
الموضوعية .

ولهذا فان القضاء العراقي لم يأخذ بأي اتجاه ثابت ومستقر يكيف فيه بيع
المقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، وهذا غلب الفقه العراقي بأن القضاء
اعتبر بيع المقار خارج دائرة التسجيل عقدا غير مسمى ، صحيح ان اغلب القرارات
القضائية التي تصدرها محكمة التمييز بهذا الخصوص اعتبرت التمسك بمسند
غير مسمى وليس بمسند بيع ، ولكن هذا لا يعتبر اتجاها سار عليه القضاء ، لان

(١) انظر الدكتور عمار السراف ، بيع المقار قبل التسجيل في القانون العراقي ،
القسم الثالث ، مجلة العدالة ، المجلد الاول ، السنة الثالثة (كانون
الثاني - شباط - آذار) ١٩٧٢ ، المصدر السابق ، ص ٥٥ ، حيث يقول :
" . . . لقد قصت طبيعة الاشياء على القاضي العراقي ان يتلمس الطريق
الى الحل العملية التي يقرنها واقع المشاكل المنبثقة عن بيع عقار لم
يسجل بعد في دائرة الشهر العقاري على مسرح المحاكم ولكن القضاء
عندنا كان يصدر في ذلك اكثر الاحيان لا عن ايمان حقيق من فهم نص
القانون ولا عن تطبيق دقيق لاصول القواعد العامة فيه . ويصدق هذا
بوجه خاص فيما يتعلق بالقانون المدني الجديد ذلك ان قضاةنا يتناقض
مع نفسه في كل جزئية من جزئيات القضايا والوقائع المتكررة . . . " (راجع
ايضا مؤلفه شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ،
المصدر السابق ، فقرة ٣٤٥ ص ١٥٠ .

في احكام اخرى ذهب الى خلاف ذلك . ودليلنا على ذلك اقسية المحاكم ذاتها .

موقف القضاء العراقي من تكليف البيع الخارجى لهل صدور التأسيسون المدلىسى

فقد اعتبر القضاء العراقي ٥ قبل صدور القانون المدني ٥ البيع التسي
يعتقد على الاطراف خارج دائرة الدايو الواردة على الاموال غير المنقولة باطلية .
فقد جاء في حكم له علي : " ان البيوعات التي يعتقد على الاطراف خارج دائر
الايو لايال غير المنقولة لا تنفذ الحكم اصلا ولا تحتاج الى الفسخ لان التسجيل
في دائرة الدايو يعتبر ركنا لانفاذا " (١) ٥ مستندا بذلك على قانون التصرف
بالاموال غير المنقولة الصادر في (جمادى الاولى ١٣٣١ هـ الموافق ١٩١٦ م)
حيث تنص المادة الاولى منه على انه : " ينحصر اجراء المعاملات المختصة
بالصرف في الاراضي الاميرية والموقوفة بدوائر الدفاتر الخافاني ويحظى الصرفون
سندا خافانيا ولا يجوز سماح الدعوى في المحاكم الشرعية والقناية واجراء امسة
مخالفة كانت في دوائر الحكومة على الاراضي التي لم يكن فيها سند خافانسي ٥
ان التصرف في الاموال غير المنقولة بلا سند ممنوع ٥ وذلك في الاماكن التي يتم
تدبيرها وتسجيلها وفقا للقانون ٥ ويسرى هذا الحكم على جميع المستلاك
المرقة والاقاف " .

ان ما سار عليه القضاء وفي اغلب قراراته على اعتبار البيع الطاعلة قسسي
الاموال غير المنقولة غير معتبرة ما لم تسجل في دوائر الدايو ٥ وعليه فان التصرف
الخارج دائرة الدايو باطل بطلانا مطلقا وعلى ذلك يصبح التسجيل

(١) انظر القرار المرقم ٢٠٤ س - ١٩٤٣ ٥ والمؤرخ ١٩٤٤/٢/٢١ منشور
في المبادئ القضائية ٥ القسم المدني ٥ عهد الرحمن الصائم ٥ بتعداد
١٩٥٢ ٥ بنسبة ٣٩٥ س ١٣٤ ٥ انظر كذلك عهد الرحمن
الصائم ٥ المصدر السابق ٥ القرار المرقم ٣٢٢ ب - ١٩٤٥ والمؤرخ
١٩٤٦/٦/٢٨ ٥ بند ٣٥٥ س ١٢٢ .

(١) انظر الاستاذ شاكرون ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاعلية، حق الملكية، المصدر السابق، فقرة ١٢٠، ص ١٠٧، يذهب السيد عبد المنعم يحيى جواد الى ان: "... من الواضح ان الغرض من المانع في قولهم ان التصرف بالعقار خارج الطابو يمنع لاطلاقه الى سند، فانه صحيح وان كان خارج دائرة الطابو... لان النص المذكور لم يمتنع عراحة على بطلان التصرفات التي تتم خارج الدائرة المختصة وكل ما ذكره هو منع سماع الدعوى والتصرف الا بالاستناد الى سند..." (راجع رسالته المصدر السابق، ص ٢١٥). انظر بتفسير المبنى الاستاذ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني المصري والمصري، الجزء الاول، في الحقوق العينية الاعلية، جامعة السودان الحربية، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦٤، ص ١٦٩، حيث يقول: "وظاهر من النص ان المشرع قصد تعهيد الطريق لتطبيق قانون التمييز وتسجيل جميع العقارات واصدار سندات بها ليضمن بذلك استقرار المعاملات السيادية على عمارات الدولة والمقاييس...".

المملوك... له... هذا فهو قد حصر المعاملات بدوائر الطابو ومنع سماع الدعوى والتصرف الا بالاستناد الى السندات التي تعطيها هذه الدوائر لاصحاب الاملاك المعهدة. وعلى هذا بالتصرف الممنوع، هو تصرف من لا يحمل سندا بما يتصرف او بما يملك. اما من يحمل السند وهو قد حصر ملكه او انتقل اليه من غيره فان تصرفه لا يدخل في عموم المنع تطبيقا لقوله "ان التصرف بالاعوال غير الموقوفة بلا سند ممنوع". واري ان ما ذهب اليه الاستاذ حامد مصطفى وعبد المنعم يحيى جواد محتمل نظرا لذلك ان الفقه والقضاء استقر على بطلان التصرف الواقع على العقار خارج دائرة الطابو (راجع الاستاذ شاكرون ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاعلية، الجزء الاول، في حق الملكية، المصدر السابق، فقرة ١٢٠، ص ١٠٧، هامش ٤٥، حيث يقول: "... ولكن القضاء استقر اخيرا الى اعتبار هذه المقود باطلية بطلانها مطلقا ولا تحتاج الى قرار ما لم يفسح سببا او ابطالها وهذا ما ذهب اليه محكمة التمييز في قرارها المرقم ٤٦٠ والمؤرخ في ٣ مارس سنة ١٩٤٢ الذي اصدرته ببيئتها العامة... كما ان قانون المحاكم الصلحية قد نص على مثل هذا الحكم بالمسادة (١٦) الملغاة بالمادة (١٣٨١) مدني)".

موقف القضاء العراقي من تكييف البيع الخارجي
بعد صدور القانون المدني

أما موقف القضاء العراقي من تكييف بيع المتار ، غير المسجل في الدائرة المختصة ، بعد صدور القانون المدني فقد اتجه الى عدة اتجاهات :

الاتجاه الاول :

اعتبار بيع العقار خارج دائرة التسجيل المتار عدم اثره حيث ذهبت الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز الى انه : " وما ان هذا البيع باطل فليس ولا يرتب اي اثر قانوني لوقوعه خارج دائرة التسجيل المتار فيصبح المدعى وهو المشتري محققا بطلب استرداد ما دفعه للمدعى عليه البائع من مبلغ علسى حساب الثمن " (١) . وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر الى انسائه : " الوكالة الدورية هو بيع العقار خارج دائرة الطابو الذي يعتبر باطلا من الامار ولا يفيد الحكم اصلا فلا يتعلق بالعقد الباطل حق النير ولا تسلم له الوكالة لعدم لزوم هذا العقد ولا يمكن اعتباره وصفا من اوصاف العقد المذكور او حقا من حقوقه " (٢) ، وقد ذهبت هذه المحكمة في قرار آخر الى ان المدعى : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز القانوني يرد دعوى المدعى جاء موافقا للقانون لان بيع العقار لا ينشأ الا اذا سجل في الدائرة

- (١) قرار رقم ٧٦٦ / م / ٤ / ١٨١ ت ٥٧٦ بتاريخ ١٩٨١ / ١٢ / ٨ القرار غير منشور .
(٢) قرار رقم ٤٣ / مدنية ثالثة عقار / ١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢ / ٢ / ٢ القرار غير منشور ، انظر كذلك قرار محكمة التمييز المرقم ٩٦ / مدنية ثالثة / ١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢ / ٥ / ٢٤ والذي جاء فيه " وحيث ان بيع المقسار في خارج دائرة الطابو لا ينشأ لهذا فلا يحق للبائع الدالبة ببيع ثمن - لعدم وجود عقد بيع قانونا - منشور في النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العدد الثاني ، المنسقة الثالثة ، نيسان ١٩٧٤ ، ص ٣١ .

المختصة واستوفى الشكل الذي نمر عليه القانون تطبيقاً لأحكام المادة ٥٠٨ من
القانون المدني * وأن بيع العقار بحقد تحريري خارج دائرة الظاهر يعتبر باطلاً
بحكم الفقرة الثالثة من المادة ١٣٧ من القانون المدني والحقد الباطل لا ينقذ
ولا يفيد الحكم أصلاً بحكم الفقرة (١) من المادة ١٣٨ من القانون المدني وذلك
تسحب الاعتراضات التمييزية غير واردة (١) * * * * * وقد ضمت محكمة التمييز
في قرار آخر لها إلى أنه : * * * * * وحيث أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل
المطابق باطل لعدم استيفائه الشكل الذي تفرضه القانون ولتقديده ركا من أركانه
والمتد الباطل لا ينقذ ولا يفيد الحكم أصلاً بموجب الفقرة (١) من المادة
(١٣٨) مدني والمادة (٥٠٨) منه والمادة (٢٠٣) من قانون التسجيل العقاري
لذا فلا يجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيله
باسمه في دائرة التسجيل العقاري وإنما يكون من حقه استرداد المبلغ المدفوع
منه للبائع المميز (٢) نستنتج من هذه القرارات بأن القضاء المراقي اعتبر

(١) قرار رقم ١٤٧/حقوقية غير المنشول/١٩٦٨ ع بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢ منشور
في قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات المادرة سنة ١٩٦٨ ع
دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد ١٩٧١ ع، ص ٢٢٩، انظر
أيضاً القرار رقم ٢٥٣٩/حقوقية/١٩٥٦ الصادر عن الهيئة الخامسة
لمحكمة التمييز بتاريخ ١٩٥٧/٣/٧ والتأني بأنه : لدى التدقيق
والمدولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز ظهر أن أصرار المحكمة
على حكمها المنقوض غير صحيح حيث أن البيع وقع على عقار خارج دائرة
الظاهر ولم يوقعه ولا يفيد الحكم ولكل من الطرفين الرجوع عنه منذ وقسم
المقد، انظر كذلك حكم محكمة التمييز المرقم ٣٧١/حقوقية/١٩٥٧
وحكمها رقم ٢٥٠٢/حقوقية/١٩٥٦ وكل هذه الأحكام نشرت في مجموعة
الاستاذ سلمان بيات، القضاء المدني المراقي، الجزء الثاني،
بغداد ١٩٦٢ ع.

(٢) قرار رقم ٧٨٧/مدنية أولى/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٨٠/٧/٣ منشور في
مجموعة الأحكام المدنية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة
العدل، المجلد الثاني، السنة الطادية عشرة ١٩٨٠ ع، ص ٢٦٩، وقد طبعت
محكمة التمييز في قرار آخر لها إلى أنه : * * * * * وحيث أن بيع المقار
لا ينقذ إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري لذا يكون عقد البيع

أي اتفاق بينهما كانت صيغته خارج دائرة التسجيل العقاري عدم الاثرو ولا يفيد الحكم ، وهذا يكون قد اخذ بالاتجاه الاول للفقهاء العراقي . ولذلك بين يدى هسان

الذي تستند عليه الميزة في دعواها باطل لا يترتب عليه حكم وعليه تكون دعوى الميزة قد اقيمت دون سند قانوني . . . الامر الذي يقتضي منحه رد . . . لان دعوى ابطال بيع العقار بسبب عدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري . . . لانه باطل قانونا ولا يستلزم اقامة الدعوى لابلالة قرار رقم ٩٣٠ / مدنية اولى / ١٩٧٧ بتاريخ ١٠ / ٤ / ١٩٧٨ منشور في جريدة الاحكام المدنية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ١٢ ، وقد ذهبت هذه المحكمة في قرار آخر الى انه : " . . . لذا فان المشتري (المميز) لا يحق له سوى استرجاع المبلغ المدفوع من قبله البالغ (٣٠٠٠) دينار مع المبلغ الذي صرفه على البيانات والكشوفات لاعداد الأوراق لأجل التسجيل . . . لان عقد بيع العقار لا ينفذ الا اذا سجل في الدائرة المختصة وفقا لاحكام المادة ٥٠٨ مدني . . . ويحظر باطلا وحاد الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (الفقرة الثانية من المادة ١٣٨ مدني) اما الاعتراضات التمييزية حول وجوب الحكم بالتعويض لأجل اخلال المدعية بالعقد فهذه الاعتراضات غير واردة . . . " قرار رقم ٣٢٩ / مدنية اولى / ١٩٧٥ بتاريخ ١٧ / ٩ / ١٩٧٥ منشور في جريدة الاحكام المدنية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثالث ، السنة السادسة ١٩٧٥ ، ص ٢٢ ، وقد ذهبت في قرار آخر الى انه : " . . . وحيث ان بيع العقار لا ينفذ الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري واستوفى الشكل الذي ندر عليه القانون كما تنص المادة (٥٠٨) من القانون المدني لذا فان عقد البيع الواقع بين المميز والمميز عليهم ما دام لم يسجل في السجل العقاري يكون باطلا ولما كان العقد الباطل لا ينفذ ولا يفيد الحكم اصلا واذا بطل العقد يمسك المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد كما تقتضي المسادة (١٣٨) من القانون المدني لذا يكون من حق المميز المشتري استرداد المبلغ الذي دفعه للمميز عليهم البائسون . . . " قرار رقم ٦٦٣ / مدنية ثانية / ١٩٧٣ بتاريخ ١٦ / ١٢ / ١٩٧٣ منشور في النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الثاني بمحكمة التمييز ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، تشرين الاول - تشرين الثاني - كانون الاول ، لسنة ١٩٧٣ ، ص ٦٤ ، وقد ذهبت هذه المحكمة في قرار آخر الى انه : " . . . ولا يصبح عقد بيع العقار باطلا الا بتسجيله في دائرة الطابو وفقا لاحكام المادة ٥٠٨ مدني . . . "

الى ان البيع الخارجي باطل والتفسير الذي تنسب عليه المادة ١١٢٢ مدني

ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الدايو فيعتبر المقتد باطلا ومصاد
 المخالفات الى الحالة التي كانت عليها قبل المقتد استنادا الى الفقرة
 الثانية من المادة (١٣٨) مدني وحيث ان المحكمة التزمت بالقواعد
 المذكورة اعلاه عند اصدار حكمها فلذا فان الحكم المميز صحيح ووافيق
 للقانون ... قرار رقم ٥١٨ / مدنية ثانية / ١٩٧٣ بتاريخ
 ١٩٧٣/١١/٢١ منشور في النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني
 بمحكمة التمييز ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، تشرين الاول ، تشرين
 الثاني ، كانون الاول ١٩٧٣ ، ص ٦٥ ، وقد ثبت في قرار آخر للمجلس
 انه : " ... لان بيع المتار لا يتمم ما لم يستوف الشكل المقرر في
 القانون وهو تسجيله في دائرة الدايو استنادا الى نصوص المادة - ٥٠٨
 مدني - ويترتب على ذلك بطلان هذا البيع الذي لم يستوف شكله
 الذي غرضه القانون ولا يترتب عليه حكم فمن حق المشتري والحالة هذه
 استرداد ثمن البيع الذي دفعه الى البائعين ... قرار رقم ٥٦٠
 و ١٤٠ / مدنية ثالثة / ١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/٨/١٠ منشور في النشرة
 القضائية التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز ، العدد الثالث ،
 السنة الثالثة ، تشرين الاول ١٩٧٢ ، ص ٣٢ ، وفي قرار آخر ثبتت
 محكمة التمييز الى انه : " ... وحيث ان بيع المتار في خارج دائرة الدايو
 لا يتمم لهذا فلا يحق للبائع المطالبة ببقية الثمن - لعدم وجود
 عقد بيع قانونا - ... قرار رقم ٩٦ / مدنية ثالثة / ١٩٧٢ بتاريخ
 ١٩٧٢/٥/٢٤ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة
 الثالثة ، نيسان ١٩٧٢ ، ص ٣١ ، وقد ثبت هذه المحكمة ايضا للمجلس
 انه : " بيع المتار خارج دائرة الدايو باطل ولا يعتد به لعدم استيفائه
 الشكل الذي عينه القانون المادتان ٩٠ و ٢/١١٢٦ مدني " قرار رقم
 ٦٩ / مدنية رابعة / ١٩٧١ بتاريخ ١٩٧١/٦/٢ منشور في النشرة القضائية ،
 العدد الثاني ، السنة الثانية ، تشرين الثاني ١٩٧٢ ، ص ١٠٧ ، انظر
 كذلك القرار المرقم ١٦٢ / هيئة موسعة اولى / ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠/٧/٢٥
 والذي جاء فيه : " ... وحيث ان بيع المتار لا يتمم الا اذا استوفى
 الشكل المنصوص عليه في القانون وسجل في الدائرة المختصة مسادة
 ٨٥ مدني فلذا قرر تصديق الحكم المميز ... القرار غير منشور .

اساسه المسؤولية التصرفية وهذا هو المسلك الاول للمقنن المراتي (١).

الاجراء الثاني : اعتبار بيع العقار مخار دافرة التسجيل العقاري عند صحيح

ذهب محكمة التمييز في حكم لها الى انه : " . . . لدى التدقيق في
والدولة وجد ان الميز عليه (الشخص الثالث) قادر محدود بمقد قد اشترى
الدار موضوع الدعوى من الميزة بهية . بمقد بيع خارجي من الكاتب العدل
يبدل بمقد الف وخمسائة دينار قيمته منه نقدا . وقد صادقت الميزة على ذلك
بالواقعة . وان هذا المقد وان لم ينفق لعدم استينائه الشكل الذي ترسبه
التانون يقتضي ما نصت عليه المواد (٩٠ و ٥٠٨ و ١١٢٦) من القانون المدني
الا انه من جانب آخر يبيع للمشتري الميز عليه التصرف في منطقة العقار البيوع
بعد ان قامت الميزة بتسليمه اليه . واستلمت البدل منه . والتصرف بالتمسكة
كما يصح باسعمال العقار موضوع الدعوى يصح باستعماله بالاجارة وان يكون
الامر كذلك فان ما قام به الميز عليه المستاجر محمد علا قادر من ايداع لدى
الكاتب العدل باسم الطرفين المتنازعين - الميزة والشخص الثالث الممسوز
عليه - صحيح في القانون وعلى الميزة ان تقوم بالاجراءات القانونية اللازمة
لانها عاقبتها المقدية مع الشخص الثالث قبل ان تبادر الى مطالبة الميز عليه -
المستاجر - ببدل الاجارة . . . " (٢).

وفي قرار آخر قضت محكمة استئناف بغداد بانه : (ان عقد بيع المقسار
خارج دائرة التسجيل العقاري وان لم تنتقل به ملكية العقار غير انه عند صحيح

(١) وهناك مداخلات اخرى ضمن هذا الاجراء . فقد جاء في قرار آخر " عقد
البيع الخارجي وان كان باطلا الا ان التصرف الذي يشترط فيه على
الداري الناكل صحيح . . . " (قرار رقم ٢٠٢٣ / ملحق / ١٩٦٨ بتاريخ
١٩٦٨ / ١٢ / ٢٨ منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس
مطبوعة الحكومة ، بغداد ١٩٧١ ، ص ٣٢٥ .

(٢) قرار رقم ٥٩٥ / مدنية ثالثة / ١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٧ / ١٠ / ٣ منشور في
مجلة الاحكام المدنية ، العددان الثالث والرابع ، الحنة الخامسة ،
١٩٧٧ ، ص ٢٦ .

الأم وتنفذ لكل طرف المشتري ملزم بتسليم الثمن والبائع ملزم بتسجيل البيع في
الدائرة المختصة . فإذا نكل البائع الثمن برد المبرور وما استلم من الثمن وسحب
إدائه التمسح . وإذا نكل المشتري سقط حقه في المبرور والثمن بالتصحيح (١) .
وفي قرار آخر في هيئة العامة لمحكمة التمييز (٢) التي أنه : " لدى

- (١) قرار رقم ٤ / استثنائية / ١٩٧١ منشور في النشرة القضائية . المسند
الثاني . السنة الأولى . بشداد ١٩٧١ . ص ١٣٨ .
(٢) يقول الأستاذ سلمان بيات بهذا الخصوص ما يلي : " أو رد بمسعى
إعطاء محكمة التمييز مخالفات قيمة في بعض القرارات حول جواز المطالبة
بالتأمينات بسبب نكول المتعاقد على مال غير منقول - نستطيع اجابها
بما يلي : يجب وإن الاتجاه الأخير لمحكمة التمييز هو اختيار شرط التحام
عدم تسجيل عقد بيع لنمو المنقول في دائرة الدايو .
- أن عقد البيع الواقع على المال غير المنقول خارج دائرة الدايو لا يعتبر
باطلاً بل يكون العقد غير ناقل لملكية البيع إلا بتسجيله في الدايو وهذا
الامر بعد ذاته لا يؤثر على قانونية الفقرة المتعلقة بالانصرار لمؤسسة
المطالبة بها .

- أما الالتزام الأول (البيع) فهو عقد صحيح إلا أنه غير منقذ إلا ان يلحقه
التسجيل ولا يقال له عقد باطل لأن في قوانين الاراضي والمجلة ولا تسي
القانون المدني ، لأن العقد الباطل وهو ما عقد ركنا من أركانه لا ينقذ
بالتسجيل .

- أما الالتزام الثاني (تنفيذ العقد وتقريره وعدم النكول عنه) - فهو التزام
جائز في المجلع والقانون المدني ملزم لطرفيه وليفرقه ما يترك التمسك
بالأول أو الآداب فإذا اشتراط الحادان فيه شرطاً جزائياً نفذ عليهما .
ليس في فقرات الشرط الجزائي الثالث ما هو مخالف للقانون

أولاً - لأن اشتراط إعادة المبرور عند عدم تنفيذ العقد جائز
وثانياً - التصويف بمبلغ معين عن النكول جائز بمقتضى أحكام المجلة
وأصول المرافعات الحقوقية وثالثاً - اشتراط التصويف عن الانصرار الأخرى
غير النكول جائز أيضاً وغير ممنوع بأحكام المجلة لأن القاعدة الشرعية
تقول (كل شرط جائز اشتراط في عقد لازم يصبح لازماً) .

- أما الاحتجاج بأن العقد باطل فالقاعدة أنه لا بطلان إلا بغير وليس
في المجلة ولا في قوانين الاراضي أو المدني نمر على البطلان وكل مسأ
ورد فيها أن العقد الذي يقع على المتارخاني الدايو (غير منقذ
حتى يسجل) وقرى بين (عدم الانقضاء) و (البطلان) .
(راجع سلمان بيات القضاء المدني المراقى الجزء الثاني ، شركة
الابح والنشر الأهلية ذ م م . ١٩٦٦ ، ص ٢٨ و ٢٩ .

التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز وبعد ان التاريخ كانا عليه (المدعي عليه) دارة الى طالب التصحيح (المدعي) على دائرة التسجيل المتأري (الطالب) واستدعاء منه جزء من الثمن المفقود عليه . وان من جملة مساوئ هذا العقد توكيل المدعي عليه (البائع) وكيلين ذوي سمعة ونفوذ لتسجيل هذا البيع في دائرة الدأبو وكذلك اباحة البائع للمشتري اشغال الدار المبيعة والتصرف بها كصرف المالك بملكه . فوانس من هذا العقد الخارجي انه ولو انصب على بيع عمار خارج دائرة التسجيل المتأري غير انه اشتمل على التزامات اخرى يعتبرها القانون صحيحة وترب آثارها القانونية وهي التزامه بنقل ملكية دار سكناه الى طالب التصحيح وبإباحته له حق اشغالها والتصرف بها . وما ان التزام المدين بنقل ملكية الدار المشتقة مسكنا له الى دائسته انواسق ط من جانبه لحق التسك يسكنى الدار هذا الحق المقرر بالفقرة ١٨ من المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات المدنية التي تستثني مسكن المدين من الحجز والبيع لاستيفاء الدين منه . كما ان اباحته لدائسته اشغال الدار والتصرف فيها هو الآخر تنازل عن حقه في سكناها . فلهذه الاسباب يكون طالب التصحيح (المدعي) محقا في طلب تصديق الحجز الاحتياطي الواقع على الدار فمانسا لاستيفاء الدين المدعي به من المذلولب التصحيح تحده (المدعي عليه - البائع) فكان على محكمة البداية ان تلاحظ هذه الجهة وتقرر تصديق الحجز المقرر عليها تطبيقا للمادة ١٣٩ من القانون المدني باعتبار ان بيع الدار باطل فسل والالتزام بنقل الملكية واباحة الاشغال والتصرف صحيحان ليجي قرارها متفقا مع حكم المادة ١٥٠ منه التي تستلزم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تشق مع ما يوجهه حسن النية " (١) .

(١) قرار رقم ٢٤١/هيئة عامقأولى/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٣/٤/٢١ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، نيسان - مايس - حزيران - ١٩٧٣ ، ص ٥١ ، انظر ايضا القرار الرقم ١٢٠٨/مدنية ثالثة/١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٢/١٠ ، منشور في النشرة القضائية =

تتقن من هذه القرارات بأن القضاء السراحي بمنزلة أو أخرى أشهر البيوع
الخارجي عقدا صحيحا وهذا التواء يتفرد به القضاء السراحي عن النقد. ولكن
القضاء لم يكتف على تحديد ما هيبة هذا العقد سراحة .

الاجراء الثالث : اعتبار بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقدا غير مسمى وليس بمقتد بيع

لقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الي انه : " لدى التدقيق والمداولة :
تبين ان اعتراضات طالبة التصحيح قد ردت عليها محكمة التمييز في قرار مسمى
اعلاء والمراد تصحيحه . وتنسب اليه هذه المحكمة انه وان كان بيع العقار لا
ينعقد الا اذا سجل بدائرة الدايو (مادة ٥٠٨ مدني) الا ان التصديق السابق
على البيع المنسوبة اليه في المادة ١١٢٧ من القانون المدني هو عقد غير مسمى
وليس بمقتد بيع . ولكنه عقد ملزم للطرفين اذا اخل احد المتعاقدين به التمسك
بالتعهد الاتفاقي . وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية . ولهذا فانه محل للقبول
ان العقد موضوع الدعوى باطل وان كل ما يبنى على العقد الباطل باطل فليس
ايضا " (١) . وفي قرار آخر ذهبت محكمة التمييز الى نفس المذهب حسب

= العدد الاول ، السنة الخامسة ، كانون الثاني - شباط - آذار - لسنة
١٩٧٤ / ٤٧ ، والذي جاء فيه : " لدى التدقيق والمداولة : تبين
ان تكييف العقد المنعقد بين المتعاقدين يعتبر تسديدا ينقل ملكية عقار
وتدقيق عليه المادة ١١٢٧ من القانون المدني ويستفاد من منطوق
هذه المادة ان هذا التصديق صحيح في مضمونه " . وانظر ايضا
القرار المرقم ١٠٥ / مدنية اولى / ١٩٧١ بتاريخ ١٠ / ٢١ / ١٩٧١ منشور
في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ايلول ١٩٧٣ .

س ٣٤ .

(١) انظر القرار المرقم ٩٨٧ / حقوقية / ١٩٦٨ بتاريخ ١٥ / ١٢ / ١٩٦٨ منشور
في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، القرارات المادرة سنة ١٩٦٨ ،
دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة - بغداد ١٩٧١ ، ص ٣٢٢ ، انظر
القرار المرقم ١١١ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ والمؤرخ ١٧ / ٦ / ١٩٧٠ النشرة
القضائية ، ١٩٧١ ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، ص ١١٢ ، حيث
جاء فيه : ان الدعوى بطلب تسجيل عقار بيع خارج دائرة الدايو (وحاليا

إعلاء * بيع العقار لا يثبت إلا بالتسجيل في دائرة الطابو ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من وقت التسجيل في دائرة الطابو، إلا أن التمسيد السابق على التمسيد المزمع بين الدائرتين المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني هو قصد غير مسمى وليس يثبت بيع ولو ملزم للطرفين إذا اخل به أحدهما التزم بالتعويض (الشرط الجزائي) وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية، فإذا انقضى الطرمان على مقداره جاز للمحكمة الحكم به ولها أن تخففه إذا أثبت أحدهم الطرفين أن تقديره كان عادلاً وفق المادة ١٧٠ مدني وذلك عند التمسيد على الناكث عن تنفيذ العقد ... (١).

أذن يمكن القول بأن القضاء العراقي اعتبر التمسيد بنقل ملكية عقار قبل التسجيل عقداً غير مسمى وليس يثبت بيعه وذلك بالامتناع إلى ما ذكرناه من قرارات قضائية أغلبها تصحح بأن التمسيد قبل التسجيل ما هو إلا قصد غير مسمى وليس يثبت بيعه، ولكنه عقد ملزم إذا اخل به أحد الدائرتين المتعاقدتين التزم بتعويض المتعاقد الآخر، وهذا ما يذهب إليه الغلبة الفقهية العراقية.

= التسجيل العقاري) باسم المشتري غير صحيحة لأن الحق في حاليته الإخلال بالتمسيد يقتصر على التعويض وتقضي محكمة التمييز بأن التمسيد إذا تمسك بالبائع العقاري خارج دائرة الطابو ينقل ملكية عقاره إلى المشتري وحدد في المقدم مبلغ التعويض الذي يلزم به في حالة تكملة أنه يلزم بالتعويض المحدد بالعقد في حالة ثبوت إخلاله بتمسده (انظر القرار المرقم ٤٦٩ / مدنية ثالثة / ١٩٧١ والمؤرخ ١٩٧١/٧/٢٨، والنشرة القضائية ١٩٧٣، العدد الثالث، السنة الثانية، ٢٤٤، كما وثقني هذه المحكمة بأن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد السدي يلتزم به البائع بنقل ملكيته في الطابو والمقرى بقول المبيع ودفع الثمن، لأن العقد صحيح وإن لم تنتقل به ملكية العقار (انظر القرار بلا رقم تاريخه ١٩٧٠/٣/١٥، النشرة القضائية ١٩٧٠، العدد الأول، السنة الأولى، ٤٧).

(١) انظر القرار المرقم ٢٢٣٧ / حقوقية / ١٩٦٥ والمؤرخ ١٩٦٥/٦/٢١ منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، بغداد، ١٩٦٦، ١٢٣.

وإذا كان القناء الحراقي قد اعتبر البيع الخارجي قدما غير مسمى وليس
يحسد بيعه، فيجب أن يقتصر دور المحكمة على الحكم بالشروط الجزائي (التصنيف)
دون اعتبار ما يرد في التصديق الخارجي من شروط أخرى، إذ لا يمكن الحكم
في حالة الإخلال بالقدرة سوى التصديق عن الشر الذي يوجب المتناقد من
جزاء نكول المتناقد الآخر ولا يمكن الحكم على الناقل بشيء ذلك، ما يرد في
القدرة من جزاءات أو شروط أخرى (المادة ١١٢٧). في حين أن المحاكم
أخذت تحكم بالشروط الجزائي المتفق عليه واعتبار بقية الشروط والجزاءات الأخرى
صحيحة كالسبون أو إباحة منافع المقار للمشتري.

إن أحكام القناء الحراقي لم تقتصر على مسألة الحكم بالتصديق حسب
نص المادة (١١٢٧) مدني، فالقضاء لم يقف عند الرأي الذي اعتبر بيع المقار
غير المسجل قدما غير مسمى أصلا ناشئا عن ندر المادة (١١٢٧) مدني.
في قرار لمحكمة استئناف بغداد جاء فيه (....) وهذا المقدار لم
ينتقل به ملكية المقار غير أنه عقد صحيح نافذ لأن كل طرف فيه ملزم بالقيام
بما تصد به فالمشتري ملزم بتسليم الثمن والبائع ملزم بتسجيل البيع في دائرة
الابوفاذا نكل البائع الزم يرد السبون وما استلم من الثمن مع اداء التصديق
وإذا نكل المشتري سقط حقه في السبون والزم بالتصديق (....) (١). محكمة
التمييز في هذا القرار حكمت بالسبون ولا يمكن ذلك قط بالاستناد الى نص
المادة (١١٢٧) مدني لأن نصها جاء تطبيقا تشريعا قاعرا على مسألة
الحكم بالتصديق.

(١) انظر القرار المرقم ١٤/استئنافية/١٩٧٠ والمؤرخ ١٩٧٠/٦/٧، النشرة
القنائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١، ص ١٣٨-١٤٠.

"المبحث الثاني"

آثار التمسيد بنقل ملكية عقار

ان بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري كثيرا ما تثير المشاكل وذلك عند نكول أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه بالتسجيل . فقد يفتق الطرفان على شرط جزائي ، وقد يكون أحدهما دفع شيئا للآخره وربما يكون المشتري قد سلم العقار المبيع ودفع الثمن للبائع قبل التسجيل ، كما قد تثار مسائل أخرى منها حالة البناء والشعرات والنسب . وعليه سوف نقسم هذا البحث الى مطلبين نتكلم في المطلب الاول عن الآثار المترتبة نتيجة النكول عن التمسيد ، وفي المطلب الثاني نتكلم عن الآثار المترتبة نتيجة لتسلم العقار الى المشتري .

المطلب الاول

الآثار المترتبة نتيجة النكول عن التمسيد

تنص المادة (١٦٨ مدني) على انه : " اذا امتنع على الملتزم بالمقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتحويل لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه . وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " .

وما ان (المادة ١١٢٧ مدني) تنص على ان : " التمسيد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتحويل ، اذا اخل أحد الطرفين بتعهدده ، مستواه اشترط التحويل في التمسيد ام لم يشترط " . فان هذا يعني استحالة التنفيذ الحيني الجبري وفق المادة (١٦٨ مدني) .

ان هذه الشبهة - كما يقول الفقه العراقي في شرح هذه المادة - خلقت مشاكل لدى الفقه والقضاء . فذهب الفقه الى القول انه كان على المشرع العراقي ان يلزم الناكل من اطراف الحاققة بالتنفيذ الحيني بنقل ملكية العقار ، ويسبق ما ذهب اليه المشرع المصري ، لان في هذا خروجاً على القواعد العامة للالتزام

المدني (١) - هذا هو النقد الذي وجهه الفقه الى المشرع العراقي (٢).

- (١) انظر استاذنا الدكتور سعدون الحامري - المصدر السابق - ص ١٠٩ حيث يقول : " ان مصلك القانون المدني العراقي منتقد من الكافة وقد كان من الخير ان يكون التمسيد المنصور عليه في المادة (١١٢٢) مدني عراقي ملزما بنقل الملكية عنها ، وان لا يقتصر على الالتزام بالتصديق وهذا ما يقرره القانونان الالمان والسويسري ، وكانما يأخذ كالتانون العراقي بنظام المحجل العقاري " استاذنا الدكتور غني حنون طسبه - عقد البيع - المصدر السابق - ص ٣٨٢ ، ص ٢٢٤ - حيث يقول : " ... وفي هذا الحكم الذي يأخذ به القانون العراقي ، ونحو حكمه منتقد ولا شك ، خرج على القواعد العامة في التنفيذ المدني . ففقد كان منطلق هذه القواعد يقتضي باجبار البائع على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً كلما كان ذلك ممكناً ولم يكن في هذا التنفيذ المدني ارضاءاً للمدين (م ٢٤٦ مدني) . ومن الواضح انه ليس في التنفيذ المدني لالتزام التمسيد بنقل ملكية عقاري ارضاءاً بالنسبة له وليس فيه مساواة بخصمه او بعقوبته " استاذنا الدكتور كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ٦٠ ، ص ١٢٢ ، ص ٢ - حيث يقول : " ويصاب على المشرع العراقي بانسه لم يترك من وسيلة امام المشتري في حالة امتناع مالك العقار من تسجيل العقد الا وسيلة المطالبة بالتصديق بينما كان يجدر به اعطاء المشتري وسيلة اكثر فعالية الا وهي وسيلة ارقام المالك على التسجيل وهذا مما اخذت به الكثير من التشريعات المدنية ، خصوصاً وان القانون المدني العراقي اقر مبدأ التنفيذ المدني الجبري بمادته (٢٤٦) وذلك تعسفي حالة اخلال احد الطرفين المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، كلما كان ذلك ممكناً ولم يكن في هذا التنفيذ ارضاءاً للمدين . وعليه فقد كان الاولى بسسه ان لا يقصر الامر على اعطاء المشتري الحق في المطالبة بالتصديق فقط وانما اعطاء المشتري حق طلب التنفيذ المدني الجبري ايضاً " ... " .
- الدكتور حسن علي الذنون - عقد البيع - المصدر السابق - ص ١٢٨ .
- (٢) كما رأينا في الفصل الاول ان المشرع المصري اعتبر عقد بيع العقار عقداً رهائياً ولكن لا تنتقل الملكية بمجرد التعاقد وانما يلتزم البائع بنقل الملكية العقارية بالتسجيل في الدائرة المختصة ، وقد شيا المشرع المصري للمشتري دعويين لالزام البائع لتنفيذ التزامه ، وهما دعوى صحة التعاقد ، وهي دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً لعقد بيع صحيح نافذ ، وترتب على ذلك انه اذا كان التنفيذ المدني غير ممكن لا تقبل دعوى صحة التعاقد .

تقدم الى انه اذا اخل احد الدافعين المتعاقدين بالتزامه الذي ينشوء في ذمته التمسك المنصور عليه في المادة (١١٢٧) بدني وفساد يجوز تنفيذ هذا التمسك تنفيذا عينيا ، وبالتالي فان التمسك له لا يجوز ان يلجأ الى طلب التنفيذ المعيني الجبري ، ولمذا قضت محكمة التمييز بسلان الدعوى بطلب تسجيل عقار ببيع خارج دائرة الدالو باسم المشتري غير صحيحة لان الحق في عالة الاعمال بالتمسك يقتصر على الالتزام بالتسليم (١) .

ومن هذا التقديم اتناول اولا التمسك عن الضرر بسبب النكول ، ثم السريون محوزا شرعي باحكام القنا العراقي .

والدعوى الاخرى هي دعوى صحة التوقيع ، وهي دعوى يقيمها المشتري القصد منها اثبات صحة توقيع البائع على ورقة عقد البيع موقعة من قبل البائع سواء باعنا او ختم او بصفة ايهامه ، وبالسبب منسوبة المشتري الذي طالب به الى الدائرة المختصة (مكتب التوثيق) للتدقيق على توقيعه المثبت على تلك الورقة العرفية تمهيدا للتسجيل . (راجع الدكتور المنعم وري ، البيع والمقايمة ، المصدر السابق ، فقرة ٢٧٤ و ٢٧٥ ، ص ٤٨٨ - ٥٠٣ ، والهامش رقم ٢ من ص ٤٨٨ ، الدكتور محمود جمال الدين زكي ، عقد البيع ، ص ٥٥٠ بدون سنة طبع ، ص ٢٠٦ ، الدكتور عمار الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٥٦١ و ٥٦٩ ، ص ٤١١ - ٤١٨ . وهذا فان هناك فرق كبير بين القانون المصري والقانون العراقي بخصوص نقل ملكية العقار . فالملكية في القانون العراقي ركن ولكيما في القانون المصري ليست كذلك . فالمقد غسبي القانون المصري ينفذ رجائيا ، ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير دون التسجيل ، لذلك ثارت مشكلة بيع العقار مرة ثانية وتسجيل عقد المشتري الثاني قبل الاول وكتب في ذلك الكثير .

(١) قرار رقم ١١١ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ بتاريخ ١٧ / ٦ / ١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، ١٩٧١ ، ص ١١٢ .

ان المادة (٢٠٩) من القانون المدني (١) تثبت طرق التمييز تاركسة للمحكمة اختياراً ما تراه ملائماً لإصلاح الضرر (٢) . فان اخلال احد طرفي الماتقة بالتسديد يشترط عليه التزام بالتمييز عن الضرر الذي يصيب الطرف الاخر من جراء هذا الاخلال ، فلا بد ان من توفر اركان المسؤولية التقديرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما انخافه الى الاعذار . ويتحقق الخطأ في هذه الحالة بمجرد نكول احد الطرفين عن تنفيذ التزامه ، فافاد نكل المتسدد عن تنفيذ التزاماته بتسجيل السند في دائرة التسجيل العقاري اعتبر الخطأ متحققاً . ان القضاء المراقبي اقام المسؤولية التقديرية هذه على اساس الخطأ ، المتشمل بالنكول ، فبالنكول تترتب المسؤولية (٣) ، فقد ذهبت محكمة التمييز الى ان احتياج البائع عن التسجيل بسبب الاستحالة وهو عدم موافقة وزارة الاصلاح الزراعي لا يلزم البائع بالتمييز ، اذن هنا محكمة التمييز تحققت من عدم تواثر ضرر الخطأ (٤) . وفي قرار آخر تقرر محكمة التمييز (٥) ان سكوت المشتري عن مطالبة المالك

- (١) تنص المادة ٢٠٩ مدني على انه : "١- تبين المحكمة طريقة التمييز تبعا للظروف ويصح ان يكون التمييز اقساطا او ايرادا موزعا ويجوز نسي هذه الحالة التزام المدين بان يقدم تأجيلا . ٢- وقد ر التمييز بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وضاء على طلب المتضرر ان تأمسر باعادة الحالة الى ما كانت عليه او ان تحكم باداء امر معين او برد المشال في المثلثات وذلك على سبيل التمييز ."
- (٢) استاذنا الدكتور غني حنون طه ، صادر الالتزام ، المصدر السابق ، ف ٩٠٨ ، س ٤٨١ .
- (٣) انظر عبد المنعم يعقوب جواد ، المصدر السابق ، س ٢٣٥ .
- (٤) قرار رقم ٣٢٩ / مدنية اولى / ١٩٧٥ بتاريخ ١٧ / ٩ / ١٩٧٥ منشور في جريدة الاحكام المدنية التي تصدرها قسم الاعام القانوني بوزارة العدل ، العدد الثالث ، السنة السادسة ١٩٧٥ ، س ٢٢ .
- (٥) قرار رقم ١٣٢٥ ح ١٩٥٨ بتاريخ ١١ / ١١ / ١٩٥٨ منشور في مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية المراقية ، المسدد الاول ، السنة السابعة عشرة ، مطبعة الثاني بشداد همارت ١٩٥٩ ، س ٦٩ .

في بيع العقار خارج دائرة الطابو عدة لحظة من الزمن وعدم اجابته المنذر البائع
او اتخاذ اى خطوة تدل على اعظم ارادته لدليل واضح وثيقة قاطعة على عدوله
من تنفيذ العقد . ونظرا للاتفاق الواقع بين الطرفين فليس للمشتري حق الادعاء
بإعادة المبيعون .

وفي قرار آخر ذهب القضاء العراقي الى اعتماد الخطأ كإلزام للمصروف وليس
المقضية ، فقد ذهبت محكمة التمييز الى انه : " ... فلا تصحيف ، لان التمييز
الذي اشارت اليه المادة (١١٢٧) مدني لا يترتب عند عدم تنفيذ التصديق بنقل
الملكية اذا لم يكن هناك تصحيف ... " (١) .

اما ركن الضرر فلا بد من تحققه فصلا ، فاذا لم يوجد فلا يكون التمييز
مستحقا ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ، ولا يسأل الدائن بضرر (٢) ، وفي قرار
تمييزي ذهبت محكمة التمييز الى انه : " اذا نكس البائع عن تسجيل المقسار
المبيع في دائرة التسجيل المقاري وثبت من تقرير الخبراء عدم ارتفاع قيمة المقسار
للفترة بين تاريخي البيع والنكول فلا يلزم البائع بالتصحيح الاتفاقي وانما يحكم بفائدة
المبيعون الذي قبضه " (٣) .

فيثبت من ذلك ان المحكمة حين لا تجد ضررا لا تحكم بالتصحيح ... ولكنها
حين تتحقق منه تجد ان لا تتوانى في الحكم به ، فقد قضت محكمة التمييز ان :
" اذا تصدق ببيع المقار خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقار الى المشتري وحسب
في العقد مبلغ التصحيح الذي يلزم به في حالة نكوله فانه يلزم بالتصحيح المحدد

(١) قرار رقم ٥٤ / استئنافية / ١٩٧١ بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٤ ، منشور في النشرة

القضائية التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز ، المجلد الاول ،

السنة الثانية ، آذار ١٩٧٢ ، ص ٦٠ .

(٢) انظر عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ .

(٣) قرار رقم ٣٣٣ / مدنية اولى / ١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٥/١/١٥ منشور في قسمي

مجوعة الاحكام المدنية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ،

المجلد الاول ، المنة السادسة (كانون الثاني - شباط - آذار)

١٩٧٥ ، ص ٣١ .

في المقدم فسي حالة ثبوت اخلاصه بتسديد (١) ، وقتت في قرار آخر بشأن :
 " عند البيع الخارجي وان كان باطلا الا ان التسديد الذي يشترط فيه على الطرف
 الناكل صحيح وذلك وفق المادة ١١٧٧ من القانون المدني " (٢) .
 يلاحظ بهذا الشأن ، ان ما اشار اليه الدكتور الصراف من اطلاق بقوله :
 " " يقتضينا بادى الامر ان نقرر اننا لم نجد في جميع احكام القضاء حكما
 الزم احد المتناقدين بالتسديد تطبيقا للقواعد العامة وان جميع الاحكام
 التي رجعت اليها بشأن التسديد في عقد بيع المقار قبل التسجيل انما تقتصر
 على الشرط الجزائي (التسديد الاتفاقي) وحسب (٣) اطلاق محل نظر .
 الا اننا على الرغم مما اورده الاستاذ الدكتور ، فان القضاء العراقي يلجأ الى
 ذلك في اغلب الاحوال . فنجد ان محكمة التمييز قضت في قرار لها - سابق لتاريخ
 بحث الدكتور الصراف - بما يلي : " ولما كان بيع المقار خارج دائرة
 الطابو لا يعتبر بيعا صحيحا بموجب المادة ٥٠٨ من القانون المدني فمسألة
 مجال لاعتبار الجزء المدفوع من الثمن ايضا تمهيدا ، لان التكييف القانوني له
 انه جزء من بدل المبيع يدفع مقدما بينما التسديد لا يحكم به الا عند وقوع النكول
 واخلاقا احد الطرفين بتسديده ووقع ضرر يستوجب التسديد " (٤) .
 ما ذهب اليه الدكتور الصراف راجع الى ان مثل هذه التسديدات لا تخلو عسادة
 من الشرط الجزائي الا ان ذلك لا يعني ان المحكمة لا تحكم بالتسديد الا في

- (١) قرار رقم ٥٦ / مدنية / ١٩٧٢ ، عن عبدالمستم يحيى جواد ، الممسدر
 السابق ، ص ٢٣٢ .
 (٢) قرار رقم ٢٠٢٣ / صلحية / ١٩٦٨ بتاريخ ١٢ / ٢٨ / ١٩٦٨ منشور في قضاء
 محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، القرارات المادة سنة ١٩٦٨ ،
 دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة - بغداد ١٩٧١ ، ص ٣٢٥ .
 (٣) انظر الدكتور عمار الصراف ، بيع المقار قبل التسجيل في القانون العراقي ،
 مجلة العدالة ، العدد الاول ، السنة الثالثة ، المصدر السابق ،
 ص ٨ .
 (٤) قرار رقم ٥٩ / هيئة عامة / ١٩٧١ بتاريخ ١ / ٢٢ / ١٩٧٢ منشور في النشرة
 القضائية ، العدد الاول ، السنة الثالثة ، كانون الاول ١٩٧٣ ، ص ٧٩ .

حالة وجود شرط جزائي منشور عليه في المقعد . صحيح ان القنا السراقي كان يحكم بالشروط الجزائي ، والمهيب لا يحزى الى القنا ، وانا الى اولى المناقشة نلتوا لما للمقار من اعمية وما يتوجب من ضرر جراء النكول ، فالمقعد يحسب ذلك بالتصويص الاتفاقى والذي عادة يكون تصويصا مستقلا ، ومع ذلك فمسكان القنا السراقي حكم بالتصويص دون وجود الشرط الجزائي ، فقد ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر لها الى انه : " . . . اما مطالبة الميز بتكليفه من جعل البيع الواقع بيما صحها عهد المطالبة لا وجه قانوني لها اذ ليس للمشتري بمقد باطل الزام البائع عن طريق القنا بتسجيل البيع باسمه في الدواشير المختصة وان نعر المادة ١١٢٧ بدني صحيح بان التصيد ينقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتصويص اذا اخل احد الطرفين بتصيده وهذا المبدأ المسام الذى قرره هذه المادة صراحة هو الذى حصر الحقوق بالمطالبة بالتصويص دون سواء " (١) .

اما المعيار الذى استقر عليه القنا السراقي لتقدير قيمة الاضرار الناتجة عن النكول ، فهو الفرق بين قيمة المقار وقت النكول وشن المقار المنصوب عليه في المقعد (٢) . ففي قرار لمحكمة التمييز اشارت الى ذلك ، حيث تقبلت قول انه : " اذا قدر الفرق بين قيمة المقار المبينة في ورقة البيع وبين قيمته يوم النكول من قبل الخبراء بمبلغ معين فليس للمحكمة الحكم بالتصويص الاتفاقى الذى يزيد كثيرا على ذلك المبلغ قبل التحقق من الضرر الذى لحق الدائن وتخفيض التصويص الاتفاقى بما يناسب الضرر الواقع على ان لا يقل عن التصويص الذى قدره الخبراء وذلك حسب المادة ١٢٠ من القانون الدني . " (٣) ، وفي

(١) قرار رقم ١٣٦ / هيئة موسعة اولى / ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨١ / ٤ / ٤ منشور في مجلة القنا ، مجلة فصلية حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العدد ان الثالث والاربع ، السنة الخامسة والثلاثسون ، حزيران - كانون الاول ١٩٨٠ ، ص ٢٨٦ .

(٢) انظر جلد المنصم يمين جواد ، المصدر السابق ، ص ٢٤٧ .

(٣) قرار رقم ٤٤٠ / حقوقية / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩ / ١٠ / ٨ منشور في الوقائع المدنية ، نسخة شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد السابع ، السنة الاولى ، كانون الاول ١٩٧٩ ، ص ١٥٧ .

قرار آخر تقول : " . . . وأن الاخلال بتسديد نقل ملكية العقار يقتصر على الالتزام بالتصويف استنادا الى احكام المادتين (١٧٠ و ١١٢٧) مدني وأن التصويف يشمل ما لحق المشتري (المميز عليه) من خسارة وما ناتج من كسب بسبب نسياع الحق عليه (الفقرة الثانية من المادة ١٦٩ مدني) لذا فان جنوح المحكمة الى الحكم بالتصويف استنادا الى احكام المادتين ١٧٠ و ١١٢٧ مدني محسوس الا ان تقدير التصويف يجب ان يكون على اساس تقدير قيمة العقار يوم النكول وهو تاريخ الانذار الصادر في ١٩٧٢/٨/٢٣ والفرق بين هذه القيمة والتمس المنصور عليه في العقد هو التصويف الواجب الحكم على المميزين وعيشتان الخبير قد قدر التصويف على خلاف ذلك مما اخل بمسحة الحكم ، لذا قرر نقس الحكم المميز . . . (١) .

الشرط الجزائي :

يتبين مما سبق ان التصويف الاتفاقي تتضمنه اغلب قرارات القضاة العراقيين في الحكم بالتصويف وفق المادة ١١٢٧ مدني ، ان هذا التقدير الجزائي الذي يقدر قبل حصول الضرر ، يعتبر وسيلة لتجنب تدخل القضاء في تقدير الضرر (٢) ، وهو بالضرورة مفيد للدائن من ناحية الاثبات ، فهو يفيده من اثبات الضرر الذي يصيبه عند اخلال مدينه بتنفيذ التزامه (٣) . ومع ذلك فللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالشرط الجزائي ، فقد لا تحكم به لعدم تحقق الضرر ، لان الشرط الجزائي تعويضي ، والتصويف يشترط به توافق اركان المسؤولية العقدية ،

- (١) قرار رقم ٣٣٠ / مدنية ثانية / ١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٣/٨/١١ منشور في النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، تموز - آب - ايلول ١٩٧٣ ، ص ٥٠ .
- (٢) الشرط الجزائي له ضرورة مهمة في التصدي ببيع المقار ، وذلك لكي يكسب الساج الذي به يدفع المتعاقد الى التسجيل ، وطادة يكون التصويف مرغما .
- (٣) انظر استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٧١ و ٧٢ ، ص ٤٠ .

إضافة إلى ذلك للمحكمة أن تنظر التمييز الاتفاقي أو تنهيه بقدر يناسب والنسب
الطاعل (المادة ١٧٠ مدني عراقي) . وما يؤكد ذلك قرارات محكمة التمييز .
وفي قرار لها ذهبت إلى أنه : " . . . وقد حكمت المحكمة بالتمييز الاتفاقي
بالمائة ثلاثة آلاف دينار دون ملاحظة أحكام الفقرة الثانية من المادة ١٧٠ نصبي
القانون المدني التي أوجبت أن يكون هناك سرور لحق الدائن وأجازت للمحكمة
تقدير التقدير المتفق عليه إذا كان خارجا عما يناسب السرور الواقع وطسب أن
لا يقل عن الحد الأدنى المبين أعلاه في قرار مجلس قيادة الثورة وعلى المدعي
أن يثبت أن الدائن لم يدمقه سرور من جراء الفكول . . . " (١) .

وجاء في قرار آخر " . . . إذا اخل به أحد عما التزم بالتميز (الشرط
الجزائي) وهذا التميز ينشأ عن مسؤولية نقدية ، اشق الدوائن على تقديره
بإجازة للمحكمة الحكم به ولها أن تنقضه إذا اثبت أحد الدافين أن تقديره
كان نادحا (المادة ١٧٠ مدني) وذلك بعد التصرف على التاكيل عن تنفيذ
التقدي . . . " (٢) . والشرط الجزائي لا يكون مستحقا في الحالات التالية (٣) :
١- إذا لم يتم أحد المتعاقدين وفي السالب المستحق بإعذار الطرف
الأخر لتنفيذ التمسك فإنه يسقط حقه في الشرط الجزائي ، وهذا ما نصت عليه
المادة (٢٥٦ مدني) بقولها : " لا يستحق التمييز إلا بعد إعذار المدعي من
ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

(١) قرار رقم ٤٤٠ / حقوقية / ١٩٧٦ بتاريخ ١٠ / ٨ / ١٩٧٦ منشور في الوقائع
المدلية ، نشرة شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد السابع ، السنة
الأولى ، كانون الأول ١٩٧٦ ، ص ١٥٨ ، انظر كذلك القرار المرقم
٣٣٣ / مدنية أولى / ١٩٧٤ والمؤرخ ١٥ / ١ / ١٩٧٥ منشور في مجوعة
الحكام المدنية التي تصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ،
العدد الأول ، السنة السادسة ، كانون الثاني ، مطابع آذار ١٩٧٥ ،
ص ٣١ .

(٢) قرار رقم ٢٩٣٧ / حقوقية / ١٩٦٥ بتاريخ ٢١ / ٦ / ١٩٦٥ ، منشور في مجلة
القضاء ، العدد الثاني ، السنة الطادية والمشرور ، بشداد ١٩٦٦ ،
ص ١٢٣ .

(٣) استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، أحكام المقترام ، الصادر سابقا ،
ص ٨١ ، ص ٤٨ و ٤٩ .

قد يثار النقاش حول المادة (٢٥٨ مدني) التي تنفي بانه: "اذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن بسبب فعل المدين وطى الاثر اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني فلا ضرورة للاعذار" قد يقال لا ضرورة للاعذار في التمسيد وفق المادة (١١٢٢) مدني، ولكن نقول انه في النكول نكسون ازا تميض، فانه يمكن الاستغناء عن الاعذار (١) لان التميض الاتفاقي لا يستحق الا بتوافر شروط المسؤولية المدنية اعانة الى الاعذار والتمسيد له الذي تأسر من نكول التمسيد، فمقدما يوضح دعوى لا يقصد بها سوى المطالبة بالتصويض عن الضرر الذي لحقه من جراء النكول.

٢- اذا تمذر تنفيذ الالتزام تمذرا يصل الى حد الاستطالة التي تحول دون التسجيل، ومشرط ان يكون عدم التنفيذ او استحالته غير راجعة للسبب المدين ولا يسببه، بل ناتجة عن سبب اجنبي لا يد للمدين فيه، فلا يحكم بالشرط الجزائي. وهذا ما اشارت اليه الفقرة الاولى من المادة ١٢٠ مدني بقولها: "١- يجوز للمتقدين ان يحددوا مقدما قيمة التميض بانفسهم عليها في العقد او في اتفاق لاحق هراعي في هذه المسألة احكام المسود ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨". فالمادة (١٦٨) تنص على انه: "اذا استحال على الملتزم بالسند ان ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتصويض لعدم الرضا بالتزامه (٢) ما لم يثبت ان استطالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يسد له فيه. وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه". اما المسود الاخرى التي تحيل اليها المادة (١٢٠) فتتكم عن كيفية وضرورة الاعذار والحالات التي لا ضرورة فيها له لاستحقاق التميض، وهذا الصنف قسنت محكمة التمييز في حكم لها بانه: "لا يلزم بائع السيارات طاق دائرة التسجيل العقساري بالتصويض اذا استحال عليه تسجيل البيع في الدائرة المذكورة بسبب عدم موافقة

(١) استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر السابق،

ج ٨١، ص ٤٩.

(٢) لا داعي للتعليل في النص (راجع استاذنا الدكتور الحكيم، احكام

الالتزام، المصدر السابق، ج ٨١، ص ٤٩، طابع ٤٨.

وزارة الاسكان الزراعي ووجود دعوى ازالة المبيع على قسم من القطع المبيعة * (١).
وقعت هذه المحكمة في قرار آخر لها بأنه : " اذا تمذر تنفيذ الالتزام تمسكرا
يصل الى حصد الاستطالة فان يجوز الحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه " (٢).
— اذا كان المشتري طالما بعدم ملكية البائع للمبيع سقط حقه في المطالبة
بالشرط الجزائي . فقد قضت محكمة التمييز بأن : " اذا كان المشتري يعلم ان
الدار التي بيعت اليه خارج الطابو لا تعود للبائع لعدم تسجيلها في الطابو من قبل
المشتري الاول باسمه واستحال تسجيل الدار باسم البائع بسبب دعوى
ازالة المبيع فان يستحق المشتري الثاني الشرط الجزائي " (٣).

ولكن القضاء المراقبي ذهب الى اكثر من ذلك حيث اعتبر الملك غير المسجل
باسم البائع بكل الحالات . وحتى لو كان المشتري لا يعلم بأنه غير سجل باسم
البائع (حسن النية) فانه لا يستحق التعويض . وهذا المتيقن قضت محكمة
التمييز في حكم لها بأنه : " اذا لم يكن الملك مسجلا باسم الشخص السدي
تعاقد لتسجيله باسم الغير فيكون هذا التعهد غير ملزم له . . . لان المدعى
عليهم لم يتأخروا عن تنفيذ التعهد الذي ارتبطوا به مع المدعي المسجل
١٩٦٤/٧/٢٢ . وانهم استجابوا لانذار المدعي وحضروا في دائرة الطابو في يوم
١٩٦٦/٧/٢٢ الى نهاية الدوام الرسمي لتنفيذ التعهد دون ان يحضر
المدعي وقد تأيدت هذه الجهة بالاستشهاد الصادر عن مديرية ابوالنجف

(١) قرار رقم ٣٢٩ / مدنية اولى / ١٩٧٥ بتاريخ ١٧/٩/١٩٧٥ م منشور رسمي
مجوعة الاحكام المدنية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، تمسك

— آ ب — ايلول ١٩٧٥ م ص ٢٢ .

(٢) قرار رقم ٣٥٤ / حقوقية / ١٩٥٨ بتاريخ ١٠/٤/١٩٥٨ نقلا عن استاذنا
الدكتور عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٨١

ص ٤٨ .

(٣) قرار رقم ١٥٥٥ / حقوقية / ١٩٥٨ بتاريخ ١٧/١١/١٩٥٨ م منشور رسمي
مجلة القضاء ، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ،
العدد الاول ، السنة السابعة عشرة ، مطبعة الماني ، بغداد ، مارت

١٩٥٩ م ص ٥٩ .

بتاريخ ١٩٦٦/٧/٢٨ ومحدد ٣١٦٦ بعد ان كانوا قد اظهروا استعدادهم لتنفيذ القسمة موضوعة التصهد بالانذار الذي اجابوا على انذار المدعي السدي دعاهم للحضور في دائرة البوغيضلا عما تقدم من اسباب فان هذه المحكمة تجد ان التصهد المؤرخ ١٩٦٤/٧/٢٦ الذي تم بين الدرفين (المدعي والمدعى عليهم) قد جرى في وقت لم يكن الملك تسلم ٣٩٢ مشواي والذي عسو مخرج التصهد مسجلا باسمائهم في دائرة الطابو حيث ثبت ان الملك المذكور قد سجل مجددا باسماء الدرفين على وجه الشيوخ بتاريخ ١٩٦٦/٧/١١ (١) .

(١) قرار رقم ٦٤ ج ١٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/١٢/٢٦ منشور في مجلة القضاء العدد الاول ، السنة الخامسة والعشرون ، مطبعة الثاني ، بتعداد ، كانون الثاني ، مطا ، آذار ، ١٩٧٠ ، ص ٨٦ ، هناك قراران تعيينان احدهما اعتبر الاجرة التي يدفعها المشتري عن كل شهر الى البائع عسي شرط جزائي وليس ايجارا ، وفي القرار الاخر اعتبرت المحكمة عقد الايجار اقالة للتصهد . فالقرار المرقم ١٧٤ / ت ب / ١٩٨٠ والمسنون ١٩٨٠/٧/٢ منشور في الوثائق المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٢٨ ، السنة الثانية ، تشرين الاول (١ - ١٥) ١٩٨٠ ، ص ٤٩٦ ، يعتبر الاجرة التي يدفعها المشتري للبائع بمثابة شرط جزائي ، فقد جاء فيه ما يلي : " لدى التدقيق والمداولة - وجد ان الثابت من اوراق الدعوى ان المدعي عليه المميز قد باع داره السمس المدعي بموجب عقد خارجي تضمن اتفاق الدرفين على بقاء البائع في البيع مدة عشرة اشهر بعد تسجيل البيع ونقل ملكية البيع الى المشتري - المدعي - وتضمن العقد الخارجي على ان يدفع البائع بعد انقضاء الاشهر المشرة خمسة وعشرين دينارا عن كل شهر يبقى في البيع وثبت من استمارة مسورة السجل العقاري للدار ان البيع قد سجل في سجلات التسجيل المقار في نيسان ١٩٧٩ . وان الاشهر المشرة انقضت بحلول شهر آذار ١٩٨٠ . وان المدعي المشتري قد انذر المدعي عليه بلزوم تسليم البيع فلم يدفعه للمدعي بحجة انه مستأجر للدار التي باعها الى المدعي وحيث ان المدعي اذا سجل بيع الدار في الدائرة المختصة فان الشرط الوارد في عقد البيع الخارجي بان يدفع البائع للمشتري بدل ايجار شهريا محدد عند امتناع البائع عن تسليم الدار للبيع خلال مدة معينة يعتبر شرطا جزائيا وليس شرط عقد ايجار بين المشتري والبائع فمن حق المدعي المشتري ان يخصص الدار المسكك بالزام البائع - وهو المدعي عليه - (المميز) في هذه الحالة

٤- إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه سرور ، ففي هذه الحالة لا يحكم بالشرط الجزائي ، الا اذا لحق الدائن سرور من عدم قيام المدين بالتنفيذ او تأخر فيه (١) . وقد قننت بهذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) مسنن القانون المدني التي نصت على انه : " ولا يكون التسوية الاتفاقية مستحقة اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه سرور " . نعم دام الشرط الجزائي اتفاقا على تقدير التسوية ، فلا تصح اذا لم يكن هناك سرور (٢) .

٥- يتسلم المبيع غالبا من الشرائع ونظرا لما قننت به المحكمة في حكمها المميز نجا ، حكمها موافقا للقانون فقرر تصديقه ورد الدائمين التمييزية وتحيين سجل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ١٩٨٠ / ٧ / ٢ ، وفي القرار المرقم ٣٠ / حقوقيه / ١٩٨٠ والمؤرخ ١٩٨٠ / ٧ / ١٢ منشور في الوقائع المدنية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٣١ ، السنة الثانية ، كانون الاول (١٥-٣١) ١٩٨٠ ، ص ٦٩-٥٧٠ ، والذي يعتبر عقد الايجار اقالة للتسديد ، فقد جاء فيه ما يلي : " ليس المستسرى الحغار خارج دائرة التسجيل العقاري ان يدلب تملكه الحغار وفقا لتسوار سجل بقيادة انشور المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧ / ١١ / ٢ ما دام قصد استأجر الحغار بعد ذلك من مالكه ، حيث يعتبر عقد الايجار اقالة لعقد البيع السخارجي . لان عقد البيع السخارجي قد انقضى بالاتفاق على مسنن الايجار بتاريخ لا علق للتسديد السخارجي استنادا للمادة ١٨١ مدني ، ولا يقدح بصحة هذا التقايل كون هذا العقد باطلا ، وانه يتضمن بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري وان التقايل ينبغي ان يرد على عقد صحيح ذلك لان المادة ١٣٦ من القانون المدني قد اوضحت اذا كان المقصد في حق منه باطلا فلهذا الشق وعده الذي يبطل اما الباقي فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا . وعليه فان التسديد المذكور يمكن الاتفاق على اقالته عن جانب طرفيه لانه تضمن تسديدا بنقل ملكية عقار وان الاتفاق به يلمس من طرفه المخل بتنفيذ التزامه بطريق التسوية المنصوص عليه في التسديد السخارجي ويعتبر عقدا صحيحا مستقلا بذاته "

(١) انظر استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، المصنف

السابق ، ف ٨١ ، ص ٤٩ و ٥٠ .

(٢) وهذا المعنى قننت محكمة الامور المستعجلة بالقاهرة بما يلي : " ومما ان الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد البيع الرسمي غرضي الواقع قد يسر اتفاقي للتسوية وليس مصدرا لالتزام به ، وبالتالي فلا يكتفي بمجرده لالتزام

وفي هذا المسمى قامت محكمة التمييز في حكم لها بأنه : لا يلزم التاكيد
من بيع المتار خارج دائرة التسجيل المقراري بالتصنيف، الاتفاقية إذا اتيست ان
المشترى لم يصبه ضرر من هذا النكول لعدم تأثير قيمة المتار البيع. (١)
وفي حكم آخر لمحكمة التمييز جاء فيه : ان التصنيف الاتفاقية ملتبس
استحقاقه على حقوق الضرر ويجوز تخفيفه اذا اثبت المدين ان التقدير كان عادلا
ومع ان الكشف قد عين الضرر الواقع لذا يصبح الحكم الصادر به موافق للقانون (٢).

ثانيا - الميسون :

ولما ان الميسون مقدار من المال يدفعه احد المتعاقدين ، غالبا ما يكون
المشترى او من في مركزه كالمستأجر ، للطرف الاخر عند ابرام العقد ، وذلك
لكلالة ما على ان المقدار اصبح باطلا لا يجوز الرجوع فيه ، ولما على انه ثمن
للمدول عن المسقة ونقد العقد (٣) . ورأينا ايضا ان المنع المراقبي اخذ بالاتجاه

= المدين بأداء التصنيف ، وانما يجب توفير الضمان والضرر والاعذار
بالمادة (٢٢٣) من التقنين المدني . ومن ثم فلا يستحق الجزاء المشروط
الا اذا كانت استعانة التنفيذ راجعة الى خطأ المدين ، شأنه شأن
التصنيف تماما . كما انه يشترط تواثر الضرر . فهو بذاته مناط تقدير الجزاء
المشروط (تقدير الضمان الواجب اداءه) ويترتب على هذا انتفاء الضرر
يستتبع سقوط الجزاء المشروط . واذا كانت قيمة الضرر اقل من مقدار الجزاء
المشروط وجب انقاص هذا المقدار حتى يكون معادلا لتلك القيمة (م ٢٢٤ من
القانون المدني المصري - تقابل م ١٢٠/٢ عراقى) وما انه على ضوء هذا
البيد ، التي اخذ بها المشرع في التقنين المدني الجديد ينسحب ان هذا
الجزاء المنصوص عليه في عقد البيع الرسمي وهو شرط جزائي التزام غير محقق
الرجوع (قرار رقم ١٩٥٠/٣٦٠٣ بتاريخ ١٩٥٠/١١/٢١ ،
القضاء المدني المراقبي ، سلمان بيات ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر
الاعلمية ذ م م ١٩٦٢ م ٦١٩) .

- (١) قرار رقم ٣٠٢/مدنية ثالثة/١٩٢٢ بتاريخ ١٩٢٢/٥/٢٤ منشور في النشرة
القضائية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، نيسان ١٩٢٤ م ٣٠ .
- (٢) قرار رقم ٢٣٥/حقوقية/١٩٥٧ بتاريخ ١٩٥٧/٣/٥ (القضاء المدني
المراقبي ، سلمان بيات ، الجزء الاول ، ١٩٦٢ م ٢١٦ ، انظر كذلك
القرار المرقم ١٥٢٦/حقوقية/١٩٥٥ بتاريخ ١٩٥٦/١/٣ م ٢٠٧) .
- (٣) انظر الدكتور عا ، بالصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،
المصدر السابق ، ف ٢٨٩ م ٢٠٢ .

الجزائي والذي يعتبر المبرور دليلاً على أن المصدق أصبح باطلاً لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا اشق على مخالفة ذلك (المادة ٩٢ مدني) (١) .

فالمبرور كالشروط الجزائي . مبلغ يحدد له المتعاقدان سلفاً كجزءاً لعدم تنفيذ العقد . ولكنه يختلف منه من حيث أنه يشترط للحكم به كجزءاً لعدم تنفيذ العقد . ان يترتب ضرر للمتعاقد الآخر نتيجة عدم تنفيذ العقد . فترفع الضرر كما وجدنا شرطاً للحكم بالشروط الجزائي . أما المبرور المدعى ابتداءً فلا يمكن إيجاره تسوية عن الضرر الناتج نتيجة للفقول عن عقد البيع وإنما هو جزء مسبق بدل بيع العقار إذا تم عقد بيع العقار (بالتسجيل) . ولكن يحكم به كجزءاً للمدول في حالة النكول . سواء حصل الضرر أم لم يحصل (٢) .

(١) انظر عبد المنعم يحيى جواد . المصدر السابق ص ٢٤٦ . واعتادنا الدكتور عبد المجيد الحكيم . أحكام الالتزام . المصدر السابق ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) يذهب الدكتور الصراف - تحت عنوان المبرور والقسط المصجل مسبقاً - إلى القول : هناك أحوال كثيرة يدفع فيها المشتري للبائع مبلغاً من المال في عقد بيع العقار ويصبح هذا المبلغ في يد البائع ضماناً بمن له قيم المشتري بتنفيذ التزاماته المقدية . وقد ثار الخلاف في الفقه والقضاء بشأن علاقة هذا الجزء المصجل في الثمن بالمبرور . ونحن نرى أنه لا عائق من حيث الطبيعة بينهما على الإطلاق وإن كان الأمر ينتهي في النهاية بكليهما إلى نتيجة واحدة في نقطة واحدة هي حالة مسبقاً إذا جرى تنفيذ العقد من قبل الطرفين المتعاقدين بكامله سواء كان المبلغ المدفوع عربوناً أم قسطاً مسبقاً من الثمن فإنه يحتسب جزءاً من الثمن المثقف عليه . أما إذا كان في الإمكان تصور أن يكون المال المدفوع كمبرور مالا من غير النقود فلا علاقة بالبائع لهذا المبرور بقسط مصجل حيث لا قسط على الإطلاق وكذلك فإنه لا يمكن القول بالتسوية بين عربون المدول وبين القسط المصجل من الثمن وذلك أن عربون المدول يفسر في فيه أن يكون لكل من الطرفين الحق في المدول قبل التنفيذ . أما بالنسبة للقسط المصجل من الثمن فأداه يعتبر بدءاً بالتنفيذ وبالتالي فلا يمكن أن يتصور كونه عربون مدول . غير أن عربون المدول يمكن أن يؤدي إلى نفس النتيجة التي ينتهي إليها القسط المصجل من الثمن فيمسك إذا جرى التنفيذ وكان دائمه هو المشتري . أما إذا كان الذي قد دفعه المبرور - سواء أكان عربون مدول أم عربون بقا - هو البائع فلا يمكن

حكم المبرون في عقد بيع المقارطاري والسيرة التسجيل المقساري:

مطار التماسول حول المبرون في عقد بيع المقارطاري دائرة التسجيل
المساري، فما هو الحكم اذا نكل احد طرفي الماركة عن هذا التمسيد، فما
مستلزم قواعد الملكية المتعلقة بالمقود الواردة على ملكية مقارطوالت الرئاسية
والمبرون (١). ولما كانت المقود الواردة على الملكية المقارية لا تتقيد الا
بالتسجيل، فان الامر يصعب جدا.

يمكن القول ابتداءً ان المبرون لا يمكن اعتباره تسمية مطلقاً، همسا ان
الرئاسية هي الاصل والملكية هي الاستثناء، لذلك يتوجب علينا استبعاد الملكية
هنا، لاننا لا نلنا اعم عاركة قانونية رئاسية، فحليها ان تطبق قواعد المبرون
وقد المادة (٩٢ مدني) فانها لم يشر طرفا العلاقة الى طبيعة المبرون فنهنا
يكون المبرون للدلالة على ان العقد اصبح باتاً، فانها نكل احد طرفي الماركة
عن تنفيذ التزامه يكون للطرف الاخر ان يطالب بالتاكل بتنفيذ التزامه تنفيذاً
هنينا والتسوية ان كان له مقتضى، وهذا غير مشور في ظل القانون المدني

في هذه الحالة ان نقصور وجود اية عاركة من حيث الدائمة بين المبرون
ومن القسط المسجل من الثمن (راجع الدكتور الصراف، بيع المقسار
قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، ١٩٧٦، ص ٩٥٤)،
رائنا في الفصل الاول بان المبرون ليس له اي دور في عقد بيع المقسار
المسجل، لان الملكية كافية لكي يستبر العقد باتاً، وان ما يدفع بمسند
تمام العقد من قبل المشتري يستبر قسطاً من الثمن، ولكن ما قاله الدكتور
الصراف ليس مطلقاً لان الجاري عرفاً في التعامل ان المبرون الذي يدفع
من قبل المشتري سواء كان للبيات او للمدول هو جزء من الثمن، لان
نية المتعاقدين تنبج الى اعتباره كذلك، لكن في حالة الاختال بالالتزام
يكون الامر على خلاف ذلك، فالمبرون هو اذن جزء من بدل بيع المقسار
ولا يمكن ان تنصور في الحياة العملية ان يدفع المبرون من قبل البائع كما
يقول الصراف، فنهذا اعتراض بمسند جدا (انظر استاذنا الدكتور
عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر السابق، ص ٨١ مكمسره
ص ٥٠ - ٥٣).

(١) انظر استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر
السابق، ص ٨٠، ص ٥٥.

المراقبي لعدم امكانية التنفيذ النهائي للمبيع غير المسجل . فإذ يكون هناك مجسمات
الا للمدالية بالتصنيف وفقا للمادة ١١٢٧ من القانون المدني .

اما اذا اريد للمريون ان يكون جزءا للمدول كان لكل منهما المدول عمن
المقد ، فان عدل من دفع المريون ، وجب عليه تركه ، وان عدل من قبضه وجب
عليه رده . مناقشة (م ٩٢ مدني) : وما اتجذر الاشارة اليه ان المريون لا يمكن
ان يعتبروا في حال من الاحوال تمويضا لان التمويض موجودا . وعندما مع الضرر (١) .
وهنا يثور التساؤل : هل يمكن ان يرد المريون في ضد (بيع) المقار
خارج دائرة التسجيل المقار ؟ وما حكمه ؟ سنجيب على ذلك في شرونا معسرنا
على القضاء المراقبي من قضايا ، لنبين موقفه ومن ثم مسألة المريون وحكمها .

موقف القضاء المراقبي :

اما بالنسبة لاتجاه القضاء المراقبي معنلا بمحكمة التمييز فانه وفي جيب
قراراته التي اطلعنا عليها يعيز بين المريون والشرط الجزائي ، فلم يعتبر المريون
كنموذج عن النكول (٢) . فقد قررت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بانه : " . . . وتري

(١) انظر استاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، المصنف
المايق ، ف ٨١ مكرر ، ص ٥٢ حيث يقول : " والاصل ان يعتبر دفع
المريون دليلا على ان المقد أصبح باطلا لا يجوز العدول منه ، وهذا
ما اخذت به الفقرة الاولى من المادة ٩٢ . في هذه الحالة قواعد الشكسية
المتعلقة ببيع المقار التي تأخذ بها ويعتبر المقد غير منقذ ، كما
نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١٢٦) مدني ، وذلك على النحو
الذي رأيناه . وعندئذ يصار الى التحويل بمقتضى المادة (١١٢٧) فسادا
نكل من دفع المريون وجب عليه التحويل . فاذا كان التحويل الذي تحكم
به المحكمة مساهما لمبلغ المريون فعليه ان يتركه . واذا كان اقل منه استرد
الباقى ، واذا كان اكثر منه فعليه ان يدفع الباقي . واذا نكل من قبضه
المريون فعليه ان يرد . ويدفع للطرف الاخر التحويل الذي تحكم به
المحكمة " .

(٢) انظر نوري احمد منصور ، بيع المقار خارج دائرة التسجيل المقار في
القانون المراقبي ، بحث منشور في مجلة المدالة التي تصدرها وزارة العدل ،
العدد الرابع ، السنة الخامسة (تشرين الاول - تشرين الثاني - كانون
الاول) ١٩٧٩ ، ص ١٠٣٨ .

هذه المحكمة أن يبيع العقار هو عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل بدائرة الدائري
 لأن المادة (٥٠٨) من القانون المدني قد نصت على أن يبيع العقار لا يتم
 إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون -
 وأن المادة (١١٢٢) من القانون المدني قد نصت على أن التمسد ينقل ملكية
 عقار يقتصر على الالتزام بالتصوير إذا اخل أحد الطرفين بتمسده سواء امتنع شرط
 التصوير في التمسد أم لم يشترطه - ومعنى كلمة - يقتصر - أنه لا سجل للحكم
 عند النكول إلا بالتصوير، تطبيقاً للمادة المذكورة ولا يجوز أن يمارى المبرسون
 لأنه لم يصرح بها - ذلك لأن الفقرة ١ من المادة (٩٢) من القانون المدني
 قد نصت على أنه يعتبر المبرسون دليلًا على أن العقد أصبح باطلاً لا يجوز المدول
 منه إلا إذا قضى الاتفاق بخير ذلك - ومودى ذلك أن المبرسون لا يكسبون إلا
 في العقود الصحيحة الباتة ولكون دفع المبرسون دليلًا على أن العقد أصبح باطلاً
 لا على أنه جزء للمدول عن العقد - ولما كان يبيع العقار خارج دائرة الدائري
 لا يعتبر بيمًا صحيحًا بموجب المادة (٥٠٨) من القانون المدني فلا مجال
 لأخبار الجزء المدفوع من الثمن أيضًا تمسدها - لأن التكيف القانوني له أنه جزء
 من بدل المبيع يدفع مقدما بينما التصوير لا يحكم به إلا عند وقوع النكول وأحوال
 أحد الطرفين بتمسده ووقوع ضرر يستوجب التصوير ولم إذا كان على محكمة
 الاستئناف أن تقرر تأييد الحكم الابتدائي المتمم الحكم للمدعي بالبلغ المدفوع
 من قبله ولكل من الطرفين الحق برفع دعوى مستقلة بالتصوير إن أعياه ضرر حسن
 جراء هذا النكول عند توافر شروطها (١) .

يبدو - من خلال هذا القرار وفي قرارات أخرى لمحكمة التمييز - الفسوق
 واضحاً بين المبرسون والتصوير - كما أن القضاء العراقي كان متردداً في الحكم
 بالمبرسون وفق المادة (٩٢) من قانوننا المدني - لأنه لم يناقش طبيعة المبرسون -
 بل هو عربون بثبات عربون عدول - وهذه مسألة مهمة - فإن معرفة طبيعتها

(١) قرار رقم ٥٩/هـ/مئة طبة/١٩٧١ بتاريخ ١٩٧٢/١/٢٢ منشور في النشرة
 القضائية - العدد الأول - السنة الثالثة - كانون الأول
 ١٩٧٣ - ص ٢٩

المربون ضرورة لتسنى لنا بعد ذلك الحكم به اذا كان مربون عدول او ابتداءً
اذا كان مربون بنات (١) هـ لان مربون البنات كما وجدنا عبارة عن مال يودي للتنفيذ
والنقد الباطل لا يمكن تنفيذه بأي وجه فلذا ما امتنع البائع الذي تهنه مربون
بنات عن تنفيذ التمسد بنقل ملكية عقار بتسجيل المقار البيع باسم المشتري قسسي
الدائرة المختصة هـ ففي هذه الحالة يجب على البائع (الناكل) رد المربون السبي
ساحبه حكم عليه بالتصوير اذا توافرت لذلك شروط القانونية وربما يقرر القاضي
استجابة الى طلب المشتري ببيع المربون عن البائع واحتسابه من مبلغ التصوير (٢) هـ
فالتقسيم المراقبي مثلاً بحكمة التمييز لم يجد الا ما سار القانوني الثابت المسبب
ليحكم بالمربون وفي الفقرة الثانية من المادة (٩٦) مدني هـ تأخينا يذهب السبي
عدم اعتبار التمسد بنقل ملكية عقار عقداً صحيحاً هـ واحياناً اخرى يستوره بحسب
صحة هـ ولذلك فان الاند بـ لالة المربون يأتي في ضوء ذلك فالقضاء المراقبي
كما وجدنا غير مستقر في اتجاه ثابت لتكييف التمسد بنقل الملكية المراقبة كذا
نرى بان القضاء المراقبي غير مستقر على رأي ثابت في تكييفه للمربون هـ فبينما يذهب
الى رأي في قضية مدينة يهود يذهب الى رأي آخر في قضية مشابهة (٣) هـ نفس
قضية اشترى شخص داراً ودفع عربوناً ولكنه نكل عن الشراء واقام الدعوى لاسترداد
المربون هـ ردت محكمة بداءة كراء الدعوى هـ وجاءت القضية امام محكمة التمييز
فثبت الحكم محللة ذلك بان المربون لا يكون الا في العقود الصحيحة والنقود
بمنح الدعوى يعتبر باطلاً لانه وقع خارج دائرة التسجيل العقاري هـ
وفي قضية اشترى شخص داراً ودفع عربوناً ونكل عن الشراء ايضاً واقام
الدعوى مطالبا باسترداد المربون هـ ردت محكمة بداءة بشداد الدعوى ايضاً هـ
وجاءت القضية امام محكمة التمييز فصادقت على الحكم هـ وفي قضية ثالثة اشترى شخص

- (١) راجع عبدالمنعم يحيى جواد هـ المصدر السابق هـ ص ٢٤٨
(٢) انظر الدكتور عباس الصراف هـ القسم الاول من بحثه الموسوم ببيع العقار قبل
التسجيل هـ المصدر السابق هـ ص ٩٥٥
(٣) انظر امتاننا الدكتور عبدالعزيم الحكيم هـ احكام الالتزام هـ المصدر
السابق هـ ف ٨١ مكرر ٤ ص ٥٣

دارا ودفع عنونا ونكل البائع عن البيع فاعلم المشتري الدعي بالبا استرداد
الدينون والحكم على البائع بما يساويه . حكمت له محكمة صلح الكنف بذلك وما دقت
محكمة التمييز على الحكم (١) .

وقد اقرنا هذين القرارين ، اللذين ذهبت فيهما المحكمة الى انه :
• لا يمكن الحكم بالدينون لكون العقد غير صحيح . فقد قررت بأنه : " لسدي
التدقيق والمداولة - وجد ان بيع العقار لا يتمدد خارج دائرة الطلب بموجب
المادة (٥٠٨) من القانون المدني وحيث ان المبلغ الدعي به هو جزء من ثمن
الدار المبينة خارج دائرة الطلب . فمن عسق المميز استرداد . ولا يصح تكييف
المبلغ المذكور عرسونا بموجب المادة (٩٢) من القانون المدني لان المرسوم
لا يكون الا في العقود الصحيحة بينما العقد عرسون الدعي يعتبر باطلا . اسأ
الطالبة بالتصديقي جزاء الفكول عن الفراغ يشكل دعي مستقلة وفي المسادة
(١١٢٧) من القانون المدني (٢) .

وفي القرار الثاني قنت بأنه : " اما ما اورد المميز من تمسكه بأن
المبلغ الدعي به هو عرسون وليس للمميز عليه استرداد . فلا مورد له فانوسا لان
حكم المادة (٩٢) مدني الذي تمسك باحكامها المميز في طعنه لا يمكن تطبيقه
الا في العقود الصحيحة في حين ان الاتفاق الجاري بين الطرفين لم يتمسك
التنازل عن المرسوم المدفوع في حالة المدول غرسلا عن ان حكم الفقرة (٢) من
المادة (٩١) مدني نصت صراحة على انه : " اذا اشترط القانون للعقد
امتيقا شكل معين فم هذا الشكل يجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي
يتم من هذا بابرام هذا العقد . " وما ان الاتفاق الابتدائي الجاري بين
الطرفين لم يستوف الشكل الذي اوجب القانون مراعاته فليس للمميز التمسك باحكام
المادة (٩٢) مدني لهذه الاسباب تكون الاعتراضات التمييزية غرسير

(١) نقلا عن استاذنا الحكيم ، احكام الالتزام ، المصدر العاشر ، ف ٨١

مكرر ٥٣ .

(٢) قرار رقم ٢٠١٧ / حقوقية / ١٩٦٤ بتاريخ ٨ / ٤ / ١٩٦٥ مندر في قضاة
محكمة التمييز ، المجلد الثالث ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥ ، مطبعة
الارشاد - بغداد ، ١٩٦٩ ، ص ٤٢ .

يكتل المشتري سقط حقه في الصريون والنزيم بالتصريح (١) .
 فيبين اذن ان القضاء المراتبي لا يميز في التصديق بنقل ملكية عقار بصري
 بين البتات والصريون المدول وفق المادة (١٢) من القانون المدني (٢) .

المطلب الثاني الآثار المترتبة على تسليم العقار الى المشتري

قد ينتج عن التصديق بنقل ملكية عقار تسليم العقار الى المشتري ، وقد يبقى
 تحت يد المشتري لفترة تطول او تقصر ، قبل التسجيل او التناول ، فما هو حكم
 وضع يد المشتري ؟ هل يده يد امانة ام يد امان ؟ هل هو ملحق بحسن النية
 ام سي النية ؟ وما هو حكم الثمار والانتفاع ؟ وما حكم اقامة المحدثات ؟ وهل
 يجوز للمشتري ان يجهز المنظر عن البائع اذا امتنع هذا عن رد الثمن في حالة
 نكوله ؟ هذا ما سوف اتناوله تباعا .

اولا - حكم وضع يد المشتري :

فيالتمية لحكم وضع يد المشتري ، ان تبعة الهلاك بعد التسليم تكون
 على المشتري قبل التسجيل ، فيده يد ضمان لا يد امانة ، فالتمري وضع يسه
 على المنظر بقصد تملكه ولسم يقصد البائع من تسليمه العقار الى المشتري ان

(١) قرار رقم ٤/ استئنافية / ١٩٧١ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ،
 السنة الاولى ، بغداد ١٩٧١ ، ص ١٣٨ ، في هذا القرار كانت
 محكمة الاستئناف جيدة في التفسير ، لكن الحكم لم يكن كذلك ، لان
 اذا كان الصريون للدلالة على ان العقد اصبح باثنا في كل الاحوال يرجسج
 البائع الصريون الى المشتري ، سواء كان الناكل البائع ام المشتري ، ولا نريد
 ان نساء بحثنا بالقرارات القضائية فنكتفي بهذا التدرج ، وقرارات محكمة
 التمهيد يميز كثيرة يمكن الرجوع اليها ، للمزيد انظر القرار المرقم ١٨٨٢ /
 حقوقية / ١٩٥٦ والمؤرخ ١١ / ٢٤ / ١٩٥٦ ، منشور في مجلة القضاء
 العدد الاول ، السنة الخامسة عشر ، كانون الثاني - شباط - آذار ١٩٥٧ ، ص ١١١ .

(٢) انظر عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٢٤٩ وما بعده ،
 نور احمد منصور ، المصدر السابق ، ص ١٠٤٠ - ١٠٤١ .

(١) انظر استاذنا الدكتور غني حسون طه ، عقد البيع ، الصادر السابقه
في ٤٦٨ هـ ، ص ٢٦٩ ، حيث يقول : " ... الرأى في نظرنا ان الهبات
على المشتري ، فبعد يد ضمان لا يد امانة . اذ من الواضح ان المقار
بمقتضى على اسم المراء مع تسمية الثمن ، ويد القايض بالسم مع تسميته
الثمن يد ضمان لا يد امانة كما تقدم (م ٥٤٨ ف ١ مدني) . فالمشتري قد
وسم يد على المقار بقصد تملكه ، ولم يقصد البائع من تسليم المقار اليه
ان يكون وديعة او امانة تحت يده . " الاستاذ شاكرا ناصر حيدر ، شرح
القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية العقارية ، الجزء الاول ، الملكية
وعق التصرف ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢ هـ ، ف ١٣٥ ،
١٢٩ . حيث يقول : " ... اما القانون المدني فلم يفرع عن حكم
المقبوض شي البيع الباطل ، كما هو الحال في المجلة ، ولذلك فيرجع اعتبار
البيع في البيع غير المسجل ، فمننا على المشتري القايض ، لان هذا الحكم
هو الذي يستنتج من عبارة المادة (١٣٨ ف ٢ مدني) بقولها : (فاذا بطل
العقد يصاد الموان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا
مستحيلا جاز الحكم بشيء غير مصادل) . وهو الذي يتفق مع القواعد العامة
في القانون المدني كما انه هو الذي يتفق مع الرأى الراجح عند الفقهاء
بالنسبة لبيع الباطل ، ومع احكام الشريعة الاسلامية باعتبار البيع منقذا
وصحيحا بمجرد الإيجاب والقبول ، " اما الدكتور عامر الصراف فانه
يري : " ... ومن هذا يظهر جليا انه اذا ملك المقار تحت يد المشتري
وكان بانتظار تسجيل العقد في دائرة الطابو بدون تعد منه ولا تقصيره
يتصل البائع هو نفسه بتمتع هذا الهبات " (راجع الدكتور
المراف ، شرح عقد البيع والجار في القانون المدني العراقي ، المصدر
السابق ، الفقرات ٤٢٩ - ٤٣٢ هـ ، ص ١٨٥ - ١٨٨)

(١) تنظر المادة ٤٦٦ من القانون المدني على انه : " اذا انتقل الشيء المسمى
يد فمسلر صاحبه بمقد او بغير عقد وملك دون تعد او تغيير فان كانت
اليد يد ضمان فملك الشيء على صاحب اليد . وان كانت يد امانة فملك
الشيء على صاحبه . " وتنظر المادة ٤٢٧ مدني على انه : " ١- تكون اليد
يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانة اذا حاز
الشيء لا بقصد تملكه او باجباره نائبا عن المالك . ٢- وتقلب يد الامانة
الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد عبر الشيء
عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه . "

إذا كان المقار الذي سلمه البائع للمشتري مستأنا مثلاً تنتج خساراً أو
كان البائع قد سلم المشتري مقاراً مبنياً يمكن استغلاله أو الانتفاع به ، فما هو حكم
الثوات التي يحصل عليها المشتري فيما إذا لم يجر تسجيل المقار باسمه (١) ؟
وبالحكم انتفاعه بالارث من طريق زراعتها أو يبنى فيها بناء للمكان فيه أو إيجاره ؟
يحل مرعي للموضوع في ظل القانون المدني أقول أن مجلة الأحكام العدلية جاءت
بحكم قانوني جيد بشأن ضمان النفقة في عقد البيع والتي تشمل الثمار أيضاً
حيث نصت المجلة في المادة (٥٩٨) على أنه لا يلزم ضمان النفقة في مال استعمل
بتأجيل عقد وإن كان معداً للاستغلال مثلاً لو باع أحمد لأخر حانوتاً ملكه مشتركاً
بدون إذن شريكه وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجر البيع للشريك ونهبط حصته
ليسرله أن يدالب بأجرة حصته وإن كان معداً للاستغلال لأن المشتري استعمله
بتأجيل العقد ، يعني تصرف فيه بحقد البيع فلا يلزم ضمان النفقة كذلك لو باع
أحمد لأخر رضى على أنها ملكه وسلمها ثم بعد ذلك تصرف المشتري وظهر لهيئتها
مستحق وانفذها من المشتري بعد الإثبات ، والحكم ليسرله أن يأخذ أجرة لتصرفه
في المادة المذكورة لأن في هذا تأويل عقيد (٢) .

قد يقال بأن هذا النوع لا يشترط على التمسك بنقل ملكية عسار لأن
المشتري لا يستطيع أن يحتج بالجهل بالقانون ، ولكن المشتري عادة عند
تساقده يكون ملتبساً إلى أن البائع سوف يسجل له الملك في دائرة التسجيل
باسمه ، فيقوم بالتصرف بالملك بجميع أوجه الانتفاع على أساس أنه ملكه ، انسيبه
حكم جيد لهذا لو أخذ به المشرع العراقي مستقبلاً .

ونرى الآن ما ذهب إليه الفقه والقضاء بشأن الثمار والنفقة :

- (١) انظر الدكتور السراف ، في مسح المقار قبل التسجيل في القانون
العراقي ، المصدر السابق ، ص ٩٥٩ .
- (٢) انظر مجلة الأحكام العدلية ، وزارة العدل ، بمسند ١٦٨ هـ
ص ١١١ - ١١٢ .

المختار : الأصل ان ثمار المال تكون للمالك وفق المادة (١٠٤٨) مدني التسي
 اعطت للمالك التصرف والاستعمال والاستعمال بالمال حصل حسن الملكية .
 لكن المشرع العراقي عرف الحائز حسن النية واقام له مركزا قانونيا ، فنفقده
 عونه في المادة (١١٤٨ ف ١) مدني بانه : " لا يبعد حسن النية من يجوز التسي
 وهو يجهل انه يستند على حسن التسي . وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقسم
 الدليل على خلاف ذلك . " وقضت المادة (١١٦٥ مدني) بشأن الثمار بانفسه :
 " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مستدة
 عياره . " والزوائد المقصودة هنا هي الزوائد البتلة اي الثمار .
 فبذلك يمكن من خلال هذه النصوص اعتبار المشتري ، في التمسك بتسليم
 الملكية المقاربة ، حائزا حسن النية ؟ يبدو من ظاهر النصوص التي اوردناها
 اعلاه ان المشتري لا يستحق الثمار وانما هي للبائع ، وهذا ما ذهب اليه غالبية
 الفقه العراقي (١) .

وانا اذهب الى خلاف ذلك ، حيث اعتبر المشتري ، في التمسك بتسليم
 الملكية المقاربة ، في حكم الحائز حسن النية ، والقول بخلاف ذلك يناقض
 المبدأ القائل بان المشتري وهو في الناحية الطرف الحريص على تملك العقار ، تعاقد
 مع البائع وتسلم العقار على امل تملكه وهو ملتزم الى ان البائع سوف يسجل العقار
 باسمه على اساس حسن النية ، والقانون دائما يفترض حسن النية ، والمشكلة
 بالضرورة لا تثور الا عند نكول البائع .
 اما القول بانه لا يمكن الدفع بالجهل بالقانون فهذا امر متصور ، ويمكن

(١) انظر الدكتور عباس السراف ، بيع المتار قبل التسجيل في القانون العراقي ،
 المصدر السابق ، ص ٩٥٩ حيث يقول : " يكاد يكون من المقطوع بانفسه
 ان الثمار على المتيقن المادي والقانوني تعود للبائع نفسه فهو
 ما زال مالك المتار والثمار ناتجة عنه وتابعة له والقاعدة ان التمسك
 تأسس " ، عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ،
 ص ٢٥٨ ، الأستاذ شاكر ناصر جوده الحقوق المدنية الاحلية ،
 الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .

وميز بين الإباحة الضمنية والإباحة الصريحة ، والإباحة الصريحة يسرد ذكرها مراعاة في التصهد ببيع العقار ، وقيل بأنها تعتبر بمثابة عقد جد يسد مستقل عن التصهد ببيع العقار (١) . وأخذ القضاء المراقي بنفس الممنين ، فقد جاءني أحد القرارات بأنه : " ٠٠٠٠ ان عقد البيع الواقع على عقار خان دائسرة الطابو لا ينفقد ومعتبر بحمد ذاته باطلا ولا تترتب عليه أية آثار قانونية بحكم المادة (٥٠٨) من القانون المدني وعلى هذا فليس من آثار البيع الخارجي إباحة التصرف بالمقار إلا أنه إذا اقترن مع البيع تسليم العقار والنس في سند البيع على إباحة التصرف للمشتري فإن ذلك يشكل التزامات جديدة يترتب عليها الانتفاع في الأرض في الحدود التي لا ترقى إلى إقامة المنشآت عليها لأن الحالة الأخيرة تتطلب صدور إذن مريح بها من صاحب الأرض حسب حكم المادة (١١٢١) مدني (٢) (٠٠٠٠) .

وفي قرارات أخرى ذهب القضاء المراقي إلى الإباحة الضمنية ، فقد جاء في أحد القرارات بأنه : " لدى التدقيق والمداولة ظهر أن المميزين يستندون في تصرفهم في حصة المديعي المميز عليه استنادا إلى ورقة البيع الخارجي المصدقة من كاتب عدل الرمادي وأن هذا البيع ، ولو لم يجر تسجيله في دائرة الطابو ومعد من البيع غير الممتهرة إلا أنه يعتبر أننا ضمنيا بإباحة المنفعة إذا تمت التسليم من قبل البائع إلى المشتري ويمكن إثبات هذه الجهة بالبينة الشخصية لوجود دليل قبل كتابي يعتبر بهذا ثبوت لذلك كان على المحكمة ملاحظة هذه الجهة وحيث أن نتائجها خلاف ذلك نقص يخل بصحة الحكم (٣) (٠٠٠٠) .

(١) انظر نوري أحمد منصور ، المصدر السابق ، ص ١٠٤٢ .
(٢) قرار رقم ٣٦ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢ / ٤ / ٢٢ منشور في جريدة النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، نيسان ١٩٧٤ هـ .

(٣) قرار رقم ٢٠٠٣ / حقوقية / ١٩٥٩ بتاريخ ١٩٦٠ / ١ / ١٢ منشور في مجلة القضاء ، العددان الأول والثاني ، السنة الثامنة عشرة ، كانون الثاني - نيسان ، مطبعة المانسي ، بغداد ١٩٦٠ هـ .

يبدو من هذه الأحكام القضائية أنه لا فرق هناك بين أن تكون الإباحة
عن حصة أو عن مئة فحكمها واحد وليس هناك موجب للفرقة بينهما . ولا حظ أيضا
أن القضاة عندما قرر الإباحة اعتبرنا بمثابة عقد ملزم لجانب واحد وهو البائع
ولا علاقة له بالبائع الخارجي (١) . كما رأينا في الثمار بأن المشتري ضمن النسيئة
أي بمعنى إذا لم يبيع له البائع الانتفاع بالمقار ، فله حق الانتفاع ولا تترتب عليه
أي مسؤولية لأنه تصرف بالمقار قبل تسجيله على أساس أنه سوف يبيع ملكه .

ثالثا - حكم إقامة المحدثات :

نصت المادة (١١١٩ مدني) على أنه : " إذا أحدث شخص بناء أو غراسا
أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبه
كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها . فإذا كان القلع مضرا
بالأرض ، فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع . " ونصت المادة (١١٢٠
و ١١٢١ مدني) على حالة زعم السبب الشرعي والأذن من صاحب المقار
بالبناء والغراس . تنص (المادة ١١٢٠ مدني) على أنه : " إذا أحدث شخص بناء
أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فأن
كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بمسكن
مثلها . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن
يملكها بقيمتها قائمة . " والمادة (١١٢١) تنص على أنه : " إذا أحدث شخص منشآت
بمواد من عنده على أرض غيره بأذنه فأن لم يكن بينهما اتفاق على مبيع ما أحدثه ،
فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات . ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب
المحدثات قلعها أن يؤدي إليه قيمتها قائمة . " .

يذهب الدكتور الصراف إلى أنه : " إذا اتفق الطرفان على حكم المحدثات
من بناء أو غراس ، فعمليهما العمل بهذا الاتفاق ، أما إذا لم يتفق على ذلك
ولكن أذن البائع للمشتري بإقامة المحدثات فتطبق على ذلك نص المادة
(١١٢١ مدني) كلما إذا سلم البائع المقار دون الأذن فمستند نفي المادة

(١) انظر نوري أحمد منصور ، العدد السابق ، ص ١٠٤٤ .

(١١١٩ مديني) (١) ، ويشيف الدكتور الصراف بأن تسليم المقار لا يشفي عمن
 الاذن الصحيح حتى وان علم البائع بما اقامه المشتري من محذرات .
 اما الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، فيذهب الى انه : بما ان البيع الخارجي
 عقد باطل فلا ينقل الملكية وان الجهل بالقانون لا يعتبر عذرا ، فالقانون
 ان المشتري قد بنى او غمر على ارض يعلم بأنها لم تنتقل اليه ، فلا يكون عليه
 هذا جنبا على زعم سبب شرعي او يحسن نية او يتأصل ملك وانما يكون حكمه حكم
 البناء او الترميم على ارض التبرع بسوء نية (٢) فيكلف المشتري - حسب رأى حيدر -
 بخلق المحذرات على نفقته واعادة الارض الى صاحبها وان كانت قيمة المحذرات
 قائمة اكثر من قيمة الارض ، اما اذا كان القلح مضرا بالارض ضررا فاحشا فلما حسب
 الارض ان يتملك المحذرات بقيمتها مستحقة للقلح طبقا للمادة (١١١٩ مديني) (٣) .
 اما اتجاه القضاء المراقبي مثلا بمحكمة التمييز ، فيبدو انه غير مستقر على
 اتجاه ثابت ، فقد قضت محكمة التمييز بانه : لا تعتبر تصرفات المشتري بزم شرعي
 الا اذا تم تسجيل البيع في دائرة المطابو . فتشيد المشتري دارا على ارض مستأجرة
 يعتقد خارجي لا يعتبر تصرفا بزم شرعي تشمله المادة (١١٢٠ مديني) بل تشمله
 المادة (١١٢١ مديني) . وقد جاء في هذا القرار ما يلي : " لدى التدقيق في
 والمداولة وبعد ان المحكمة اصدرت قرارها مستندة الى ان تصرف مورث المدعي -

-
- (١) انظر الدكتور الصراف ، بيع المقار قبل التسجيل في القانون المراقبي ،
 المصدر السابق ، القسم الاول ، ص ٩٥٨ .
 (٢) انظر الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق المدنية الاصلية ،
 الجزء الاول ، بغداد ١٩٦٩ ، ص ٥١٩ ، وذلك يكون الاستاذ حيدر لم
 يصبأ بالاذن سواء اذن البائع ام لم يأذن ، فالامر هنا لا يتعلق ببيان
 البيع الخارجي من عدمه - كما نستقد - بقدر ما يتعلق لمصرف
 اذا كان البائع قد اذن للمشتري اذنا صريحا بانامته المحذرات ام لسم
 يأذن وذلك يختلف الحكم بسبب من هذا الاذن من عدمه .
 (٣) انظر الدكتور الصراف ، بيع المقار قبل التسجيل في القانون المراقبي ،
 القسم الاول ، المصدر السابق ، ص ٩٥٨ هامش ١٣٩ .

بني على زعم شرعي بينما ترى هذه المحكمة ان تشييد سورث المدعية دارا على سبي
ارض اشتريتها بحقد خان دائرة الطابو لا يعتبر تصرفا بزعم شرعي يشمل حكم المادة
(١١٢٠ مدني) وانما يعتبر تشييد دار للدار باذن من مالك الارض وحقد بيع
خان دائرة الطابو امرا يخضع لحكم المادة (١١٢١ مدني) فما لم يتم تسجيل
البيع في دائرة الطابو لا تعتبر تصرفات المشتري بزعم شرعي (١).

وتتشدد محكمة التمييز بالاذن وفق المادة (١١٢١ مدني) فهي تتطلب
ان يكون صريحا ، فقد قررت بانه : " اذا اقترن مع البيع تسليم المقسار
والشرعي سند البيع على اباحة التصرف للمشتري فان ذلك يشكل التزامات جديدة
يترتب عليها الانتفاع في الارض في الحدود التي لا ترقى الى اقامة المنشآت
عليها لان الحالة الاخيرة تتطلب صدور اذن صريح بها من صاحب الارض حسب
حكم المادة (١١٢١ مدني) ولما كان سند بيع الارض الذي يتسك به المدعى
عليه (م) في حياته وورثته من بعده جاء خاليا من النص على الاذن باقامة المنشآت
على الارض ولم تستطع الميزة تقديم المستسك المؤيد لوجود الاذن الصريح
على ذلك تصبح اعتراضاتها التمييزية غير واردة (٢).

ان تطبيق المادة (١١٢٠ مدني) بشأن المعدلات ، بحق المشتري ،
هو الافضل لان المشتري يكون عادة حسن النية ، فالمشتري ضد تسليمه للمقار
اثنا التمهيد وقبل التسجيل كان يعتقد ان المقار سوف يصبح ملكه (٣).

رأبما - حق المشتري في حصر المقار :

يذهب بعض المراجع المراقبين ، الى انه : يجوز للمشتري حق حصر المقار
اذا امتنع البائع عن رد الثمن في حالة نكوله ، وان اختلفوا في التسيب ، فالاستاذ

- (١) قرار رقم ٨٣٠ / حوقية / ١٩٦٠ بتاريخ ١٩٦٠ / ٦ / ١١ منشور في مجلة
القضاء ، العددان الرابع والخامس ، السنة الثامنة عشرة ، مطبعة العائسي ،
تشرين الثاني - كانون الاول ، بغداد ١٩٦٠ ، ص ٦٠٨ .
- (٢) قرار رقم ٣٦ / هيئة طاعة اولى / ١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢ / ٤ / ٢٢ منشور في
النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، نيسان ١٩٧٤ ، ص ١١ .
- (٣) انظر استاذنا محمد طه البشير واستاذنا الدكتور غني حصون طه ، المصدر
السابق ، ص ١٧٠ - ١٧٢ .

ياكر ناصر حيدر يقول : " . . . انه تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني ، يكون لكل من الطرفين حق الرجوع على ما قبضه ، وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الطرفين ، يصح هذا الحكم سواء كان البيع باطلاً من الأصل ، كما في حالة البيع غير المسجل ، او انه كان صحيحاً ثم فسخ لسبب من الاسباب . . . ويقول : ينص القانون المدني في المادة (١٣٨ ف ٢) على انه : " اذا بطل المقصد يناد الطرفان الى الطالبة التي كانت عليها قبل العقد " ، وهذا لا يتحقق الا اذا كان لكل من الطرفين هذا الحق . (١)

ذهب السيد عبد المنعم يحيى جواد الى انه : " بما ان التمسيد ينتقل ملكية عقار عقد غير معصى فيكون للمشتري حق حبس المقار اذا امتنع البائع عن رد الثمن (المادة ٢٨٢ ف ١ مدني) " (٢) . وذهب القضاة المدني المراتبي مثلاً بمحكمة التمييز الى انه : يجوز حق الرجوع استناداً الى الفقرة الثانية من المادة (١٣٨ مدني) لان عقد بيع المقار باطل ، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز : " . . . ولا يصح عقد بيع المقار باطلاً الا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لاحكام المادة (٥٠٨) مدني . ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر المقصد

(١) انظر الاستاذ شاكور ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية الاصلية ، الجزء الاول ، فسي حق الملكية ، المصدر السابق ، فقرة ١٤٢ ، ص ١٣١ ، الدكتور الصراف ، بيع المقار قبل التسجيل في القانون المرافق ، القسم الاول ، المصدر السابق ، ص ٩٦١ ، حيث يقول : " . . . ان للمشتري حق حبس البيعة الى ان يتم له استيفاء الثمن من بائعه وهو رأي سليم مأخوذ به في المحاكم . "

(٢) انظر عبد المنعم يحيى جواد ، المصدر السابق ، ص ٢٥٣ ، تنص المادة (٢٨٢ مدني) على انه : " ١ - لكامل من الستم باداء شيء ان يستصح عن الرجوع ، ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب الستم المدين وكان مرتبطاً به . ٢ - اذا قدم الدائن تأمينا كافياً للرجوع بالتزام سقط حق المدين في الامتناع عن ادا ما التزم به . "

باطلا ويصاد المتماقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل المقد استنادا الى
 الفقرة الثانية من المادة (١٣٨) مدني ، وحيث ان المحكمة قد التزمت بالقواعد
 المذكورة اعلاه عند اصدار حكمها ، لذا فان الحكم المميز صحيح ووافي للقانون
 اما الاعتراضات التمييزية المتعلقة بعدم جواز حجز دار السكن فغير وارد لان البائع
 عند بيعه داره يعتبر قد اسقط من جانبه حقه في التمسك بان الدار هي للسكنى
 او يطلب استثنائها من الحجز بموجب الفقرة (١٨) من المادة (٢٤٨) من قانون
 المرافعات (١)

(١) قرار رقم ٥٢٨ / مدنية ثانية / ١٩٧٣ بتاريخ ١١ / ٢١ / ١٩٧٣ منشور في
 النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، عدد
 سنة طبع ، ص ٦٥ .

"المجلس الثالث"

التمهيد بنقل ملكية عقار وقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧

الاصل ان بيع العقار لا يتم الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري
حراً ، وقد نصت على ذلك كما رأينا سابقا المواد (١١٢٦ و ١١٢٧ و ١١٢٨) من
القانون المدني ، والمواد (٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) من قانون التسجيل العقاري ، اما
التمهيد بنقل ملكية عقار فيقتصر على الالتزام بالتمهيد عند احوال احد الطرفين
بتمهيد سواء اشترط التمهيد في التمهيد ام لم يشترطه وذلك بعد انذار التمهيد
بوجوب تنفيذ تمهيد (المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ١١٢٧ مدني) (١) ، ويسند ان
المشروع اورد استثناء على اصل المتقدم نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المرقم
(١١٩٨ والمؤرخ ١١/٢/١٩٧٧) ، بالاختصاص في الفقرة (ب) من البند اول من
القرار .

القرار : " استنادا الى احكام الفقرة (١) من المادة الثانية والاربعين من
الدستور المؤقت قرر مجلس قيادة الثورة بجلسته المنعقدة بتاريخ ١١/٢/١٩٧٧ ما
يلي :

اولاً - (٢) - يقتصر التمهيد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتمهيد اذا اخسل

(١) انظر باقر الخليلي ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، دراسة
منشورة في الوثائق المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ،
العدد ١٩ ، السنة الثانية ، حزيران (١٥ - ٣٠) ١٩٨٠ ، ص ٢٩٣ .
(٢) عدلت الفقرتان (١) و (ب) من البند اول من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم
١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ بقرار مجلس قيادة الثورة ١٤٢٦ قسسي
١٩٨٣/١٢/٢١ بحيث أصبحتا تشملان نقل حق التصرف .
قرار رقم ١٤٢٦

استنادا الى احكام الفقرة (١) من المادة الثانية والاربعين من الدستور
المؤقت - قرر مجلس قيادة الثورة بجلسته المنعقدة بتاريخ ١١/٢/١٩٨٣
ما يلي :

١ - عدلت الفقرتان (١) و (ب) من البند (اولا) من قرار مجلس قيادة الثورة
المرقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ على الوجه الاتي : -

احد الطرفين بتمهده سواء اشترط التمويه في التمهده ام لم يشترط فيه ، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المصينة في التمهده وقيمتها عند النكول ، دون اخلال بالتمويه عن اى ضرر آخر .

ب- اذا كان المتتمهده له قد سكن العقار محل التمهده ، او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتتمهده فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتتمهده له تملك العقار بقيمتها المصينة في التمهده ، او المطالبة بالتمويه على الوجه المذكور في الفقرة (١) من هذا البند مضانا اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول .

ثانيا- تصل محكمة البداية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القرار ويكون قرارها قابلا للطعن فيه تمييزا لدى محكمة الاستئناف التابعة لها تلك

١- يقتصر التمهده بنقل ملكية عقارا وحق التصرف فيه على الالتزام بالتمويه اذا اخل احد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط التمويه في التمهده ام لم يشترط فيه ، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المصينة بالتمهده وقيمتها عند النكول ، دون اخلال بالتمويه عن اى ضرر آخر .

ب- اذا كان المتتمهده له قد سكن العقار محل التمهده او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى او مشروعات بدون معارضة تحريرية من المتتمهده فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتتمهده له تملك العقار او حصة التصرف فيه بقيمتها المصينة في التمهده او المطالبة بالتمويه ، على الوجه المذكور في الفقرة (١) من هذا البند ، مضانا اليه قيمة المحدثات او المشروعات قائمة وقت النكول ، كل ذلك دون الاخلال باحكام قانون تدعيم الحد الاقتصادي للزراعي رقم ١٢٧ لسنة ١٩٧٦ .

٢- يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، ويصرى على ما سبقه من قرارات او تمهيدات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية .

المحكمة خلال ثلثين يوما من تاريخ التبليغ به ، وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن غير قابل للدخول فيه من طريق تصحيح القرار (١) .

ب- تعتبر الدعاوى المشمولة بحكم هذا القرار من الدعاوى المستعجلة .

ثالثا- لا يعمل بأى نص قانوني أو قرار أو اتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار .

رابعاً- ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويحرم على ما سبقه من وقائع أو تصديقات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية * .

وقد ورد في الأسباب الموجبة لقرار مجلس قيادة الثورة انه : " حماية للثروة العقارية باعتبارها جزءاً مهماً من الثروة القومية ولاعتيها الكبيرة من النواحي الاقتصادية والاجتماعية بالنسبة للدولة والافراد فقد اشقت معظم التشريعات على اصحاب بعض التصرفات العقارية الى اجراءات شكلية معينة بحيث لا يعتد بساى تصرف منها ما لم يستوف الشكل المعلن في القانون ، وهذا اخذ القانون المراقى بقرار بأن المقعد الناقل لملكية عقار لا ينمقد الا اذا رويحت فيه الطريقة المقررة قانونا (التسجيل في دائسرة التسجيل العقارى) وان التمسد ينقسل

(١) نص قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ على ان القرارات الصادرة من محكمة البداية في الدعاوى الصادرة بموجب تكون تابعة للتمييز لدى محكمة الاستئناف ويكون قرارها غير تابع لتصحيح القرار في محكمة التمييز ، وفي هذا نمر يندوى المناققة ، لان هذه الدعاوى ليست مسمن الدعاوى البسيطة المتشابهة ، اذ لا بد للفصل فيها من تعيين الطسرف الناكل عن بيع العقار وتقدير قيمة العقار وتقدير التمييز عن النكول وتقدير قيمة المحدثات والفصل فيما اذا كانت شروط تلك العقار متحققة ، وهذا يستوجب ان يكون القرار الصادر فيها تابعاً لطرق الطعن المقررة بقانونسوف المرافعات المدنية ، اى الاستئناف والتمييز وتصحيح القرار التمييزى اسوة بالدعاوى الاخرى ، نعمانا للتثبت من صحة تطبيق القانون واطمئنانا لسذوى المناققة وكذلك لوحدة الاجتهاد في البداى القانونية لان اعتبار القرار الصادر من محكمة الاستئناف نهائيا قد يؤدى الى تباين الاجتهاد بين محاكم الاستئناف دون ان يتسنى توحيد في نمره ما تقرره محكمة التمييز فيها * .

ملكية. عتار يقتصر على الالتزام بالتموين إذا اخل أحد الطرفين بتمهده .
غير انه وجد ان البعض من تجار الارض وسما سرتها من قولهم الجشع والادع
قد استغلوا حماية القانون لهذه الثروة العقارية باعوا الكثير من الاراضي والحدود
وغيرها من المقاربات بمقود خارجية غير مسجلة بد اثرة التسجيل العقاري ومنسند
ان جصوا الثروات الطائلة بما قيسوه من المشترين استغلوا الارتفاع المناجسي
والمصطنع في اسعار المقاربات فاعلنوا نكولهم عن البيع وهم مطمئنون الى ان هذا
النكول لا يكلنهم سوى رد ما قيسوه مع التموين الذي غالبا ما يكون مقدرا فحسي
المقد ذلك التموين الذي لا يقا موفي معظم الاحيان بالضرر الجسم السبدي
يصيب المشتري حسن النية بسبب نكول البائع سي النية . ونالوا لقطرة هذه
الظاهرة وكثرة وقائنها وضمانا لحقوق المواطنين على الرجوع المحقق للمدالسة
نقد اقتضى اصدار هذا القرار . *

ان قرار مجلس قيادة الثورة قد عالج الموضوع من الناحية الواقعية . وسن
الجانب الاجتماعي والاقتصادي . اما من الناحية القانونية . فاني ارى انفسه :
وان عالج الموضوع علاجا جزئيا وثق الفقرة (ب) من البند اولا . ولكن هذا الصالح
باعتباره علاجا قانونيا . غير متكامل بالشكل المطلوب . والمتمثل بعملية السسزام
التمهده بتسجيل العقار . باسم التمهده له . وهذا ما ذهب اليه الفقيه
المراقي ايضا . بالقول انه كان على المشرح المراقي الزام التمهده بنقل الملكية
العقارية الى التمهده له في المادة (١١٢٢ بدني) (١) . وثق ما ذهب اليه
المشرح المصري . *

ان القول بذلك فيه مصادرة على المطلوب . لان عملية الزام التمهده بنقل
الملكية . فيه التفاف على الملكية باعتبارها ركنا في الانقضاء بحيث يكسبون
للمتاقدين ان يبروا عقد بيع خارجي ويكون صحيحا ولا يبقى على التمهده سوى
الالتزام بنقل الملكية . أي ان عقد بيع المقار في ضوء قرار مجلس قيادة الثورة رقم

(١) انظر استاذنا الدكتور سمعون الصامري . المصدر السابق . ص ١٠٩
الدكتور السنهوري . البيع والمقايضة . المصدر السابق . ص ٤٣٨ و ٤٣٩
شامري رقم ٠١

١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ أصبح عقدا رضائيا وليس عقدا شكليا لان المشتري يستطيع الزام خصمه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وذلك بمجرد ان يسكن في العقار البيع او ان يحدث فيه ابنية او منشآت دون معارضة من البائع ، فالبايع ملزم بتسجيل العقار البيع باسم المشتري ، وبالتالي لا يبقى للشككية كركن في الانقضاء اي اثر ، اى سلب ما اعطاه المشرح باليد اليمنى باليد اليسرى .

وعليه - وحسب اعتقادي لا يمكن القول بذلك ، فالدعوة الى النفاذ الشككية كركن في الانقضاء افضل من القول بتمديد المادة (١١٩٧ بدني) لانها فسي الحقيقة وردت لاجل الحد من صرامة الشككية في بيع العقار ، فمن المستحسن القول بأن قرار مجلس قيادة الثورة يسرى على الماضي فقط ، لانه كما وجدنا في المشرع الموضوع من الناحية الواقعية ومن الجانب الاجتماعي والاقتصادي على الوجه المحقق للمدالة فيما بين المواطنين (١) ، وان كان في ذلك مبالغة للمبادئ الدستورية حول مريان القانون ، وهذا سنتناوله فيما بعد . فنقسم هذا البحث الى خمس ثلاث مطالب نتناول في المطلب الاول شروط تطبيق القرار وفي المطلب الثاني خيار التمسك له بالتمسك بقرار مجلس قيادة الثورة وفي المطلب الاخير نبحث فسي مريان قرار مجلس قيادة الثورة من حيث الزمان .

(١) انظر الاسباب الموجبة لفساد مريان مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ .

بعد هذا سوف نورد تطبيقات قضائية لحالة ما اذا طلب المتعهد لسمه التمهيضي جراً* نكول المتعهد عن نقل ملكية المقار اليه .

فقد ذهبت محكمة استئناف التأميم الى انه : اذا نكل البائع عن تسجيل بيع المقار في دائرة التسجيل المقارى وطلب المشتري الزامه بالتمهيضي الاضاقسي فللمحكمة ان تحكم باقل من مبلغ هذا التمهيضي على ان لا يقل عن الفرق بين قيمة المقار المهيضة في التمهيض وقيمتها عند النكول حسب تقدير الخبراء* (قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢) (١).

وذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه : لا يسرى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ على بيع المقار من غير مالكه (٢).
وذهبت محكمة استئناف نينوى الى انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز الصادر في الدعوى الحادثة غير صحيح قانوناً ذلك ان المقار موضوع الدعوى قد تم استملاكه بمبلغ (١٨٠٠) دينار وهذه القيمة قد تحددت بصورة قاطعة بحيث لا مجال بعد هذا للرجوع الى تقدير القيمة من قبل خبير . فكان على المحكمة تطبيقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر برقم ١١٩٨ وتاريخ ١٩٧٧/١١/٢ ان تعتبر بدل الاستملاك المذكور وتدره الف وثمانمائة دينار قيمة المقار ليوم النكول ثم تطلع منه قيمة المقار المهيضة في عقد البيع الخارجي وتقتضي بالفرق بمسحون القيمتين استناداً للفقرة الاولى (١) من القرار المذكور وحيث ان المحكمة سارت في الدعوى بخلاف ذلك عليه قرر نقض الحكم المميز الصادر في الدعوى الحادثة (٣). "

وذهبت محكمة استئناف بغداد الى انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان

(١) قرار رقم ٨٦ / تمييزية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٧/٥ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثالث ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٠١ .

(٢) قرار رقم ٣٥٩ / مدنية ثانية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٦/٢٥ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٠ .

(٣) قرار رقم ٧٧٣ / حقوقية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٦/٧ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٢١ .

الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك ان الثابت من الوثائق المروضة على المحكمة ان المميز هو الناكل وان المحكمة انتدبت خبيراً قدر فرق السعر بين قيمة المقار المبينة في التمهيد وقيمتها بتاريخ التناول . وان الدفع الذي تقدم به وكيل المميز مردود قانوناً اذا ان قيس المشتري للبدل المدع من قبل البائع لدى الكاتب العدل لا يسقط حق مطالبته بالتصوير اذا ان البيع الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري باطل طبقاً لحكم المادتين (١٣٢ ف ١ و ٥٠٨) من القانون المدني . والمقعد الباطل لا تسرى عليه الاقالة . لان الاقالة نسخ في حق الماقد يسكن . والمقعد الباطل لا يلحقها الفسخ (م ١٨٣ مدني) لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزية (١) ولكن القضاء العراقي ليس لديه اتجاه ثابت يسير عليه كما وجدناه سابقاً . فقد ذهبت محكمة التمييز الى انه : ليس لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري افعال الدار استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٦ ما دام عقد البيع قد اقبل وذلك بايداع البدل لدى الكاتب العدل وتسلمه من قبل المدعي عليه (٢) . وما يدل على ان القضاء العراقي قراراته متناقضة وفي فترات متقاربة القرار التالي : حيث ذهبت محكمة استئناف بغداد الى انه : يستحق مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري التصحيح الاتفاقي بسبب نكول البائع عن تسجيل البيع لدى الدائرة المختصة . سواء تنصر المشتري من هذا النكول ام لم يتنصر (قرار مجلس

(١) قرار رقم ١٩٦٣/١٩٦٣/حقوقية/١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٨/٢/٢٦ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٢٤ .

(٢) قرار رقم ٢٢٢/٢٢٢/مدنية ثانية/١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٩/١٠/١٤ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الرابع ، السنة الماشرة ١٩٧٩ ، ص ٦٠ ؛ انظر ايضاً قرار محكمة استئناف بغداد المرقم ٩٥٥/حقوقية/١٩٧٩ والمؤرخ في ١٩٧٩/٦/١٦ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الماشرة ١٩٧٩ ، ص ٢٣٨ والذي ذهبت فيه المحكمة الى انه : ان تسلم مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري بدل البيع لا يسقط حقه في مطالبة البائع بالتصوير لنكوله عن تسجيل البيع في الدائرة المختصة حسب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢ .

قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١١/٢/١٩٧٧ (١) ولم تلتفت المحكمة الى احكام الفترة اولا - ١ - من قرار مجلس قيادة الثورة المذكور والتي حددت التمريض بشروط ان لا يقل مقداره عن الفرق بين شن المقار المدين في التمسيد وقيمته عند النكول ، دون الاخلال بالتمريض عن اي شرط آخر .

وفي قرار آخر قد ثبت محكمة استئناف بغداد الى ان مرور مدة احسدى عشرة سنة على تاريخ التمسيد ببيع المقار من مراجعة المشتري للبائع لتسجيل البيع بدائرة التسجيل العقاري دليل على عدول الدلفين عن تنفيذ التمسيد وليس للمشتري في هذه الحالة مالا لية البائع بالتمريض الاغاثي (٢) . في حين ان قرار مجلس قيادة الثورة لم يحدد مدة معينة للمدالية بالتمريض .

وقد ثبت محكمة استئناف بغداد في قرار آخر لها الى : ان بيع المدعي للمقار الذي اشتراه من المدعي عليه خارج دائرة التسجيل العقاري الى شخص آخر ، ثالث لا يسقط حق المدعي في التمريض بسبب نكول المدعي عليه عن التسجيل لان للشخص الثالث حق الرجوع بالتمريض على المدعي فيما اذا نكل عن نقل ملكية المقار اليه وذلك بسبب نكول المدعي عليه عن التسجيل ويكون تعديد مقدار التمريض غير ملزم لاطراف التمسيد لان تقديره يكون بالفسوق بين قيمة المقار في التمسيد وقيمته وقت النكول (٣) .

ثانيا - شروط تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة اذا طلب التمسيد له التملك وفق الفترة (ب) من البند اولا :

١ - وجود تمسيد ، والبالغ ان يكون من البائع ، مضمونه نقل ملكية عقار

(١) قرار رقم ٢٦١١ / حقوقية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٩ / ٢ / ٢ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، المصدد الثالث ، السنة الماششرة ، ص ١٠٤ .

(٢) قرار رقم ١٢١٠ / حقوقية / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩ / ٢ / ٢ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، المصدد الثالث ، السنة الماششرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٠٥ .

(٣) قرار رقم ٢٦٩٩ / حقوقية / ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠ / ٤ / ٢٠ منشور في مجموعة الاحكام المدنية ، المصدد الثاني ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٠ ، ص ١٤٧ .

السعى المشتري أو نقل حق التصرف قد ثار الخلاف حول لزوم تثبيت التصهد بصورة تحريرية أو عدم لزوم ذلك لأجل تطبيق القرار المذكور . ذهب رأى السعى أن قرار مجلس قيادة الثورة في البند (أولا) ورد بصورة مطلقة غير مقيد بمشكل معين ، والمطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يتم الدليل على التقييد نفا أو دلالة (المادة ١٦٠ مدني) . ذهب رأى آخر إلى أن قرار مجلس قيادة الثورة يتطلب وجود مستمك تحريري يبين فيه قيمة العقار والتصهد كشرط لتطبيق القسار (أي اعتبار الكتابة ركنا في التصهد) (١) . أن التصهد ينقل ملكية العقار وأن كان يأخذ شكلا تحريريا عادة قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، إلا أن الكتابة ليست ركنا فيه بحيث يدور معها وجودا ونفا ، وإنما هي وسيلة من وسائل إثباته ، لأن الملكية التي أوجب القانون تحققها لنقل ملكية العقار هي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، وليست الكتابة ، البراد (٥٥٠٨ ١١٢٦ ف ٢ ، ٩٠ ، مدني) ، والمادة (٣ ف ٢٠٣٥٢ ف ١) من قانون التسجيل العقاري ، لذا فإن تحرير التصهد ليس ركنا فيه ، غليس في المسادة (١١٢٢) من القانون المدني ولا في قرار مجلس قيادة الثورة المرقسم ١١٢٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ ، وهما السندان القانونيان الرئيسان لطلب الترخيص بسبب النكول عن التصهد بنقل ملكية عقار ، ولطلب تملكه استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المذكور ، ما يوجب تدوين التصهد كشرط للاعتداد به ، والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يتم الدليل على التقييد نفا أو دلالة (المسادة ١٦٠ مدني) .

أما أهمية الكتابة ، فبجانب إثبات التصهد عند انكاره ، فإن زادت قيمته على خمسين دينارا يجب إثباته بالبينة التحريية ، وإن قلت قيمته عن ذلك سك جاز إثباته بالبينة الشخصية ، وهذا العجز عن الإثبات بإى البينتين يضح الماحز

(١) انظر باقر الغليلي ، كتابة التصهد بنقل ملكية عقار ، دراسة منشورة في الوثائق المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٣٤ ، السنة الثالثة ، شباط (١٥-١) ١٩٨١ ، ص ٦٠ .

من الاتهامات حتى تحليف خصمه اليمين الخاصة عن ذلك (المادتان ٧٧ و ١١٨ من قانون الاتهامات) . اما وجود التمسيد فأماه الرضا لا الشكل لعدم اشتراط شكلا خاصا لذلك (١) . خاتما لما فصل المشرح بالنسبة لممارسة التمسيد (البائع) للتمسيد له (المشتري) في سكنى المقار او احدات ابنية او منشآت فيسسه ، وذلك يلزم صدور معارضة تحريرية وصريحة من قبل البائع تمنع بها المشتري من سكنى المقار او احدات ابنية او منشآت فيه ، وذلك نفى اية قيمة للمعارضة الشفهية وهذا ما لم يفعله بالنسبة للتمسيد ذاته ، ولا يجوز الاجتهاد فسي مورد النص (م ٢ مدني) او تحيله من المدني ما لا يحتمل . ولكن محكمة التمييز ثبتت رأيا مغايرا ، فقررت عدم اعتبار التمسيد بنقل ملكية المقار ولو اقر به الخصم ، ما لم يدون بصورة تحريرية ، لانه كما يصوره القرار التمييزي عقد شكلي يستند شكلية من اشتراط قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ، فنقد جاء في قرار محكمة التمييز : " لدى التدقيق والمداولة تبين ان التمييز واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف الدالر على القرار المميز والالتحمة التمييزية وجد ان المميز يدعي بشرائه المقار خالي داترة التسجيل العقسارى شفاذا من وكيل المميز عليهم وانشا المحدثات عليه وايد الوكيل اثناء المرافسة اقوال المميز وبما ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١١/٢/١٩٧٧ والذي يعتبر قانونا يتطلب وجود مستمسك تحريري ثابت التاريخ وعلى ان تسمى فيه قيمة المقار وحيث ان هذه الامور من الامور الشكلية التي يقتضي توافرها في عقد البيع حتى يمكن القول بصحة العقد لان القرار المشار اليه فرضها في محكمته يستبرالمقد باطلا وذلك تطبيقا لاحكام المادة ١٣٧/٣ من القانون ومنه المدني وان المقد الباطل لا ينقذ ولا يفيد الحكم - المادة ١٣٨ مدني - وان الاقرار او الاجازة لا تصحان المقد الباطل - المادة ١٤١ مدني - وعليه كان الواجب على المحكمة ان تسرد الدعوى لعدم استيفاء الشكل

(١) انظر باقر العليلي ، كتابة التمسيد بنقل ملكية عقار ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

في العقد موضوع الدعوى (١٠٠٠) (١) .

وهذا الرأي كما وجدنا لا يجد سنداً في قرار مجلس قيادة الثورة الذي استند اليه لعدم نفي القرار على وجوب تدوين التمسيد بمستند تدوين كسباً يمنع من عبارته ولذلك يعتبر التمسيد تاماً ولو صدر بصورة شفوية شأنه في ذلك شأن باقي التصرفات القانونية الرضائية يمكن الاستناد اليه في طلب تملك العقار أو طلب التصحيح بسبب النكول عن التنفيذ إذا ثبت التمسيد بالاشهاد أو الكتابة أو الشهادة أو النكول عن اليمين على حسب الأحوال ولينظر للقواعد المقررة في المواد ٦٨ و ٧٧ و ١١٨ من قانون الاثبات .

٢- ان يكون التمسيد صادراً من المالك فإذا لم يكن المقار للتمسيد تليسه للمشتري طلب تملكه استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المذكور .

هذا ما يستنتج من القرار وان لم ينص عليه صراحة وهذا ما اشار اليه القرار التمييزي غير المنشور والمرقم (٢٨٦ / حقوقية / ١٩٧٩) بقوله : " ١٠٠٠ الا ان سن شروط تاييد قرار مجلس قيادة الثورة ان يكون البائع مالكا للمقار المبيع وسجلاً باسمه في السجل العقاري ، وحيث ان البائع لا يملك القطعة حتى الان ففسان طلب المدي بتمليك الدار استناداً الى القرار المذكور غير وارد " .

وفي قرار آخر ذهبت محكمة استئناف بغداد الى : ان عدم تسجيل الدار باسم البائع في دائرة التسجيل العقاري وقت البيع لا يمنع مطالبته المشتري للبائع بتسجيل المبيع باسمه استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمسنون ١٩٧٧/١١/٢ ما دامت الدار قد سجلت باسمه ذلك باسم البائع عن طريق

(١) قرار رقم ١٩٧ / تمييزية / ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠ / ٨ / ٢٦ منشور في الوقائع المدنية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، المجلد ٣٤ ، السنة الثالثة ، شباط (١٥٠١) ١٩٨١ ، ص ٦٠ ؛ انظر القرار الصادر من استئناف الحكم الذاتي بمرقم ٢١ / ت / ١٩٧٩ وتاريخ ١٩٧٩ / ٨ / ٤ والذي جاء فيه : ليعلم المشتري المقار خارج دائرة التسجيل العقاري طلب تملكه بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمسنون ١٩٧٧/١١/٢ اذا لم يستند الشراء الى محرر كتابي ، مجموعة الاحكام المدنية ، المجلد الثالث ، المنة العاشرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٠٩ .

التسجيل المجدد (١) .

وفي قرار آخر ذهبت محكمة استئناف التأييم الى انه : لمشتري المقسار خارج دائرة التسجيل العقاري من ميراث المدعى عليه ان يطلب تملكه المقسار اذا حكمه او احدث فيه ابنية دون معارضة تحريرية من البائع او ورثته وذلك حتى ولو سجل الوارث المقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري (٢) .

وذهبت محكمة استئناف بابل الى انه : اذا لم يكن المقار المبيع ملكا للبائع فليس للمشتري طلب تملكه استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ لان من شروط القرار المذكور ان يكون البائع بالکسا للمقار المبيع وسجلا باسمه في السجل العقاري (٣) . وقضت محكمة التمييز بانه : لا يسرى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢ على بيع المقار من غير مالک (٤) .

٣- ان يكون التمسيد منصبا على نقل الملكية (او حق التصرف فيه) (٥) . وقد كان قبل تعديل القرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ حق التصرف غير مشمول بهذا القرار وذلك حسب القضاء الى اشتراط هذا الشرط ايضا ، فقد قررت محكمة استئناف بغداد ان : التمسيد بنقل حق التصرف غير مشمول بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ لاقتصار حكم القرار على نقل ملكية المقار . وما جاء في هذا القرار : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز جاء اتباعا لقرار محكمة التمييز المرقم ١١٠٥/مدنية رابسة / ١٩٧٨

-
- (١) قرار رقم ٢٦٣/حقوقية/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٣/٦ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الاول ، السنة الماشرة ١٩٧٩ ، ص ١٦١ .
- (٢) قرار رقم ١٤/تمييزية/١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠/٤/٩ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٠ ، ص ١٤٨ .
- (٣) قرار رقم ٢٨٦/حقوقية/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٦/٢٤ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الماشرة ١٩٧٩ ، ص ٢٤٣ .
- (٤) قرار رقم ٣٥٩/مدنية ثانية/١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٦/٢٥ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٠ .
- (٥) تعديل قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ بقرار مجلس قيادة الثورة ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٣١ .

بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢٢ في موضوع دعوى المدعي الذي هو المدا لية بالمشروط الجزائي بسبب نكول المميز - المدعي عليه - عن تسجيل سهامه في القطعتين ٢٢ و ٣٢ عا طمة ١٧ الثمانية بأسم المميز عليه - المدعي - المشتري بدائسرة التسجيل المقارن المختصة وحيث تبين من استمارة صورة السجل المقارن الدائمي للقطعتين ان جنسهما بمستان مغروسة وتسقى سيحا وصنفهما بملوكة للدولة وسابقا اميرية ممنوعة باللزعة مساحة الاولى خمسة دوانم واربعة عشر اولكا والثانية ثلاثسنة دوانم وثلاثة اولكات وحيث ان احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢ لا يشمل التمسيد بنقل حق التصرف وانما تقتصر على هذه الاحكام على التمسيد بنقل ملكية عقار حسيما هو واضح من نص الفقرة اولا - أ - منه كما ايد ذلك قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز المرقم ٤٨/هيئة عامة/١٩٧٨ وتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٥ لذلك يكون النظر في الطعن التمييزي المقدم من اختصاص محكمة التمييز وخارج اختصاص هذه المحكمة وعليه قرر اعادة اجابة الدعوى الى محكمة التمييز (١) "....." وذهبت محكمة التمييز الى انه : لا يمتنع ببيع حق التصرف بأرض اميرية لما لم يسجل لدى دائرة التسجيل المقارن لعدم شموله بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ الذي اقتصر على التمسيد بنقل ملكية المنار الملوكة ملكا صرفا للبائع (٢) .

وذهبت الهيئة العامة لمحكمة التمييز الى : " ان احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ لا تشمل التمسيد بنقل حق التصرف وانما تقتصر على التمسيد بنقل ملكية عقار حسيما هو واضح من نص الفقرة اولا - أ - من القرار (٣) "....." وذهبت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قرار آخر لها الى

(١) قرار رقم ١١٢٨/حقوقية/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٧/٤ ، الوقائع المدلية ، نشر في جريدة شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٤ ، المنسقة الاولى ، ايلول ١٩٧٩ ، ص ٨٠ .

(٢) قرار رقم ١٢٠٢/مدنية ثانية/١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٨/٤/٢ ، مجموعة الاحكام المدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ١٨ .

(٣) قرار رقم ٤٨/هيئة عامة/١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٥ ، مجموعة الاحكام المدلية ، العدد الاول ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٣١ .

ان: " التمهيد ينقل حق التصرف بالارض المملوكة للدولة لا يتدرج تحت احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ لاقتصار هذا القرار على التمهيدات بنقل الملك الصرف . . حسب ما نلوا من نص من نعر الفقهية اولا . ١ - من القرار المذكور (١) . . . وفي قرار آخر لمحكمة التمييز ذهبت فيه الى انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان طلب التصحيح لا يستند الى سبب مسن الاسباب الواردة في المادة ١/٢١٩ من قانون المرافعات المدنية اما استناد طالبي التصحيح في طلبهم الى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١١ / ٢ / ١٩٧٧ فان احكام هذا القرار تختص ببيع الملك الصرف خارج دائرة التسجيل العقاري لان هذا البيع خارج دائرة التسجيل العقاري يعتبر تمهيدا بنقل الملكية ولا تشمل احكام القرار المذكور الاراضي الاميرية الممنوحة باللمزة او الممنوحة بالملامسة لان البائع لا يملك الرقبة وانما له حق التصرف فقط فبيعه لا يعتبر تمهيدا بنقل ملكية كي تشمل احكام القرار المذكور . وانما بيحه واقع على حق التصرف وهو غسور معتبر لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري . وحيث ان القطعة موضوع الدعوى اميرية ممنوحة (اصبحت مملوكة للدولة وحق التصرف فيها للمدعين) ورقبتها ليست ملكا صرفا للمصالح عليهم لذا فان بيع حق التصرف فيها خارج دائرة التسجيل العقاري غير مشمول بقرار مجلس قيادة الثورة الانف الذكرنا استناد طالبي التصحيح الى احكام هذا القرار غير وارد . . . (٢) .

هذا ما سار عليه القضاء المراقبي قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٤٢٦ والمؤرخ ١٩٨٣/١٢/٢١ المعدل لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ حيث اصبح حق التصرف مشمولا بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ .

- (١) قرار رقم ٤٠٧ / هيئة عامة / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٩/٢٩ ، مجموعة الاحكام المدنية ، المجلد الثالث ، السنة الماشرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٥ .
- (٢) قرار رقم ٥٨٦ / مدنية ثانية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٩/٢/١٣ ، مجموعة الاحكام المدنية ، المجلد الاول ، السنة الماشرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٦ ، انظر كذلك القرار المرقم ١٢٤ / مدنية ثانية / ١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٧٩/٣/١٢ ، مجموعة الاحكام المدنية ، المجلد الاول ، السنة الماشرة ، ١٩٧٩ ، ص ٢٤ .

١٠ ان يكون مشتري العقار قد سكنه او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى او
 بنى مساكن . ولم يحدد القرار المذكور طبيعة البناء او المنشآت او المشروعات
 وانما تركها للقضاء . فنهى اذن مسألة موضوعية يتدبرها القضاء . وقد ذهبت محكمة
 التمييز في قرار لها الى انه : " وحيث ان مجرد تسييج الميز لهذا العقار
 بحاجة من الطرفين (الطوف) و فرمواشجار النخيل فيها لا يكفي لانها بتملكه
 استنادا لاحكام القرار اعلاه ، لان المبنة في تلك عقار متعهد بنقل ملكيته طبقا
 لاحكام هذا القرار هي سكنى المتعهد في العقار محل التمسك او بما يحدثه
 فيه من ابنية او منشآت اخرى " . . . (١) . ونذكر ان قرار مجلس قيادة الثورة
 استبعد الخواص من شموله بحق التملك قبل تعديل القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٢ .
 ولم يحدد المصير ايضا في هذا القرار مدة السكن هل هي يوم ايمان ام سنة
 ام اكثر ؟ فالمسألة باجمعيها متروكة اذن لتقدير القضاء (٢) .

١١ ان يتم سكن المشتري او احدائه الابنية او المنشآت او المشروعات نفسه
 العقار دون معارضة تعزيرية من البائع ، وهذه المعارضة تكون من طريق اخطار
 تعزيري يوجه من البائع الى المشتري . فالمعارضة الشفهية لا تنفع . فقد جاء
 في قرار لمحكمة التمييز انه : " . . . يحق لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل
 العقاري من مورث المدعى عليه ان يطلب تملك العقار اذا سكنه او احدث فيه ابنية
 دون معارضة تعزيرية من البائع او وارثه وذلك حتى ولو سجل الوارث العقار
 باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، اذ لا تركة الا بعد مداد الديون " . . (٣) .

-
- (١) قرار رقم ١٥٨ / تمييزية / ١٩٨٠ بتاريخ ١٢ / ١٠ / ١٩٨٠ ، الوقائع
 المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٤٤٣ ، السنة
 الثالثة ، حزيران (١٦ - ٣٠) ١٩٨١ ، ص ٢٨٢ .
 (٢) انظر القرار المرقم ١٦٩ / تمييزية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨ / ٧ / ٨ ، مجموعة
 الاحكام المدلية ، العدد الثالث ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٠٩ ،
 والذي جاء فيه : يقصد من سكن العقار المبيع خارج دائرة التسجيل
 العقاري بدون معارضة تعزيرية من المتعهد الوارد في قرار مجلس قيادة
 الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧ / ١١ / ٢ ، التصرف في العقار المذكور .
 (٣) قرار رقم ١٤ / تمييزية / ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠ / ٤ / ١٩ ، الوقائع المدلية ،
 نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٢٦ ، السنة الثانية ،
 تشرين الاول (١٥ - ١) ١٩٨٠ ، ص ٤٥٥ ، انظر القرار المرقم

هذه هي الشروط الأساسية العامة لتطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ . وقد استنتجت من قرارات القضاء المراقبي قواعد عامة أخرى يطبقها هذا القضاء ، وهذه القواعد هي :

١- ان لا تعضي مدة مرور الزمان اذا تمسك الخصم بها ، فقد ذهبت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية الى انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون حيث ان الميزة (المدعية) قد استندت بطلبها لتملك قطعة الارض على وسائل مضت عليها مدة مرور الزمان المانع من سماع الدعوى وقد دفع وكيل المميز عليه - وكيل المدعى عليها بالتقادم المسقط قبل الدخول باساسها لذلك قرر تصديق الحكم ... " (١) . وذهبت هذه المحكمة في قرار آخر لها الى انه : اذا مضت مدة مرور الزمان على التمسك بنقل ملكية عقار ، فليس للمتسهم له مطالبة ورثة المتسهم بتملكه العقار استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ لان سكوتة عن تلك المطالبة مدة مرور الزمان يحمل على انصراف نيته عن الشراء (٢) .

- = ١٠٠ / هيئة عامة / ١٩٧٨ / والمؤرخ ١٩٧٨ / ١٠ / ٢١ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ١٤ ، والسدي جاء فيه لمشتري الدار خارج دائرة التسجيل المقار ان يطلب من المحكمة تسجيل الدار باسمه اذا كان قد سكنها طبقا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ .
- (١) قرار رقم ٢٣٣ / حقوقية / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩ / ٤ / ٢٥ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الماشرة ١٩٧٩ ، ص ٢٣٤ .
- (٢) قرار رقم ٤٧٥ / حقوقية / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩ / ٥ / ١٣ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الماشرة ١٩٧٩ ، ص ٢٣٥ ، انظر ايضا القرار المرقم ٣٦٢ / حقوقية / ١٩٨٠ والمؤرخ ١٩٨٠ / ٣ / ١٩ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الاول ، السنة الحادية عشرة ١٩٨٠ ، ص ١٢٦ والذي جاء فيه : ليس لمشتري العقار خارج الدائرة المختصة ان يطلب الحكم بتملكه له استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ اذا مرت على التمسك مدة مرور الزمن وتمسك الخصم بذلك ، لان قرار مجلس قيادة الثورة المذكور لم يقيد احكام التقادم الواردة في المادة ٤٢٩ مدني .

٢- ان لا يكون هناك مانع قانوني من تلك المقارة اى تمذر تسجيل المقار قانونا . ففي قرار تمييزي ذهبت المحكمة الى انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان التمييز واقع ضمن المدة القانونية بقرار قبوله شكلا . ولدى عطف النظر على القرار التمييزي تبين ان القطعة ٢٧٢٢/٣ مقاطعة ٦١ ناحية الحسينية / كربلاء / كانت تعود الى المميز عليه السيد فهد المالية بموجب القيد العقاري المرقم ٢٨ نيسان / ١٩٧١ جلد ٢٤٢ وانه نقل ملكيتها الى المميز عليه السيد ويتم رؤسنى قانون تأمين السكن المرقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٣ وقد سجلت باسم المميز عليه ثم استحصل المميز عليه السيد وزير المالية حكما من محكمة صلح كربلاء بحدود ٨٨٧ / ص / ١٩٧٦ في ١٩ / ١٢ / ١٩٧٦ يتضمن الزام المميز عليه يتم بابطال قيد القطعة المذكورة واعادة تسجيلها باسم وزارة المالية لثبوت كون المميز عليه يتم حصل من وزارة المالية على قطعة سكنية اخرى المرقمة ٢٧٢٨/٣ مقاطعة ٦١ بموجب قانون تأمين السكن المرقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٣ كما تبين ان المميز عليه يتم باح القطعة موضوع الدعوى على الميزة وشولها البناء عليها بموجب الورقة المادية المؤرخة فسي ٩٧٦/٦/٢٩ وحيث ان الميزة تطلب الزام المميز عليهما بتمليكها القطعة ٢٧٢٢/٣ مقاطعة ٦١ ناحية الحسينية باعتبار انها بنت دارا عليها وسكت السدار المذكورة وفقا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١١/٢ / ١٩٧٧ وحيث ان الطلب المذكور يتعارض مع قرار محكمة صلح المشار اليه والذي لا يجوز التعرض له الا عن طريق اعتراض الشير لذلك فان الطلب غير وارد من هذه الجهة كما ان غاية المشرح بالنسبة لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١١/٢ / ١٩٧٧ هو الزام اليائمين للمقار والقادرين على تسجيله باسم المشتري والناقلين عن البيع للحد من تمتعهم ونكولهم عن تنفيذ التزاماتهم . اما اذا كان البائع لا يستطيع قانونا تنفيذ عقد البيع فلا مجال لتطبيق القانون المشار اليه لذلك فالحكم المميز القاضي برد الدعوى صحيح وموافق للقانون (١) .

٣- ان لا يكون في البيع الخارجي جهالة فاحشة يتمذر منها تعيين المقار البيع .

(١) قرار رقم ٤٣١ / حقوقية / ١٩٧٩ بتاريخ ١٨ / ٩ / ١٩٧٩ مجموعة الاحكام المدنية العدد الثالث ، السنة المباشرة ١٩٧٩ ، ص ١٠٨ .

ففي قرار تمييزي ذهبت المحكمة الى : " ان بيع نصف الارض التي سيحصل عليها البائع من لجنة توزيع الاراضي التي ينتمي اليها يعتبر باطلا موضوعا لجهالة البيع جهالة فاحشة (المادة ١٣٧ مدني) وليس للمشتري اللب بملكية الارض استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢ لانطلاق هذا القرار على بيع المقارات الباطلة شكلا دون البطلان موضوعا " (١) . وفي قرار تمييزي آخر ذهبت المحكمة الى انه : " اذا خلا التصديق بنقل ملكية عقار من تمهين رقم السمار وموقعه ومساحته وحدوده ليكون مجهولا جهالة فاحشة تبطل الاعتراف من حيث موضوعه لا من حيث شكله فقط ولا تنطبق عليه احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ " (٢) .

٤- ان يكون المقار المتناقد عليه دارا للسكن او ارضا معدة لذلك وليعمر ارضا زراعية او بستانا .

نقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه : " ليس لمشتري الارض الزراعية ان يطلب الحكم على البائع بتسجيل البيع لدى لدى دائرة التسجيل المقار وفي احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ لاقتصار القرار على دور السكن والاراضي المعدة لذلك " (٣) . وفي قرار تمييزي آخر ذهبت الى ان : " البعائين غير مشمولة باحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ ولا يستطيع مشتريها خالي دائرة التسجيل المقار ان يجبر بائنها على تسجيلها باسمه لدى الدائرة المختصة بحجة غرضه الاشجار واحداثه بعض المنشآت في البستان المذكورة " (٤) .

-
- (١) قرار رقم ٣/ت.ب. ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٢/١٤ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الاول ، المنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٢١ .
- (٢) قرار رقم ١٩/ت.ب. ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٦ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٢٤ .
- (٣) قرار رقم ٤٠/ت.ب. ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٣ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الرابع ، المنة التاسعة ١٩٧٨ ، ص ٢٠١ .
- (٤) قرار رقم ١٦٤٤/حقوقية/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٢/١١ ، مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثالث ، السنة العاشرة ١٩٧٩ ، ص ١٠١ .

٥٥ - إذا كان المشتري قد استحصل حكماً بالتصفير اكتسب الدرجة القطعية ،
 فيكون قد اسقط حقه بطلب تملك الدار البيعة خارج دائرة التسجيل العقاري
 استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ (١) .

٥٦ - لا يحق للمشتري طلب التملك إذا كان البائع قد انذر المشتري بنكولسه
 عن البيع قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢
 واج المقار في دائرة التسجيل العقاري بعد صدور القرار المذكور وقبل اقامة
 المشتري الدعوى بطلب تملك الدار (٢) .

٥٧ - إذا ارتهن مشتري الدار خارج دائرة التسجيل العقاري فخر الدار بمقد
 رهن تأميني مؤثق في دائرة التسجيل العقاري فلا يحق له طلب تملك السند
 استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ ، لان
 الرهن دليل على عدول الطرفين عن تنفيذ التزامهما حول عقد البيع الخارجي (٣) .
 ٥٨ - ليس لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ان يطلب تملكه
 المتار وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ ،
 دام قد استأجر المقار بعد ذلك من مالكه حيث يعتبر عقد الايجار اقالة لمقصد
 البيع الخارجي (٤) .

٥٩ - ليس لمشتري الدار خارج دائرة التسجيل العقاري الذي طالب باسترداد
 البدل بدائرة التنفيذ وعجز لقاءه على الدار البيعة ان يطلب تملك السند

(١) انظر القرار المرقم ١٣٢٠/حقوقية/١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٧٩/٦/٢٥ ،
 مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الماشسة ١٩٧٩ ،
 ص ٢٣٩ .

(٢) انظر القرار المرقم ٥٧٤/حقوقية/١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٧٩ / ٤ / ٢ ،
 مجموعة الاحكام المدنية ، العدد الثاني ، السنة الماشسة ١٩٧٩ ،
 ص ٢٤١ .

(٣) انظر القرار المرقم ١١٣/حقوقية/١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٧٩/٧/٤ ، مجموعة
 الاحكام المدنية ، العدد الثالث ، السنة الماشسة ١٩٧٩ ، ص ١٠٣ .

(٤) انظر القرار المرقم ٣٠/حقوقية/١٩٨٠ والمؤرخ ١٩٨٠/٧/١٢ ، مجموعة
 الاحكام المدنية ، العدد الثالث ، السنة الطادية عشرينية ،
 ١٩٨٠ ، ص ٩٦ .

المذكورة بمدد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١١ / ٢ / ١٩٧٧ لان ذلك يعتبر نكولا منه عن الشراء كما ان سكوت الطرفين رغم مرور اكثر من عشر سنوات على التصهد يدل على عدولهما عن تنفيذ الالتزام (١) .

ومن نافلة القول ان البائع لا يستطيع ان يجبر المشتري في التصهد بنقل ملكية العقار على شراء العقار وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١١ / ٢ / ١٩٧٧ لان الاباحية المذكورة في القرار لا يستفيد منها الا المتصهد له فقط ، فقرار مجلس قيادة الثورة الاتف المذكور اباح للمتصهد له (المشتري) ان يملك العقار المبيع في المقصد الخارجي بقيمته المبينة في التصهد دون ان يبيع للبائع اجاره على ذلك ومن حق المشتري استعادة ما دفعه من مبلغ على حساب المربون لبطان البيع بسبب عدم تسجيله في الدائرة المختصة (٢) .

المطلب الثاني

خيار المتصهد له (المشتري) التمسك بقرار مجلس قيادة الثورة
المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧

للمدعي الحق في رفع احدى دعويين الى القضاء ، وهما اما المطالبة بالتصهي او المطالبة بتملك العقار .

اولا - دعوى التصهي : حيث تتأكد المحكمة المختصة عند طلب المدعي التصهي من وجود التصهد ومن عائدية المال الى البائع ، وتتأكد من توافر شروط التصهي من اعداد وتوافر اركان المسؤولية التقديرية ، وشرط في التصهي ايضا ان لا يقلل

(١) انظر القرار المرقم ٤٥٩ / حقوقية / ١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٧٩ / ٦ / ١٧ ، مجموعة الاحكام المدلية ، المجلد الثاني ، السنة العاشرة ١٩٧٩ ، ص ٢٣٥ .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز المرقم ٧٨٧ / مدنية اولى / ١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٨٠ / ٧ / ٣ ، مجموعة الاحكام المدلية ، المجلد الثاني ، السنة الحادية عشرة ١٩٨٠ ، ص ٢٦ .

من الفرق بين قيمة المقار عند التصهد • وثيمته وقت النكول • دون الإختلال
بالتصهد عن أى ضرر آخر • ويثبت ذلك عن طريق الكشف الذى تجر به المحكمة
بالاستماعة بذوى الخبرة • وبعد أن تتأكد المحكمة من كل ما تقدم تصدر قرارها
في الحكم بالتصهد •

ثانيا - دعوى طلب التملك : للمشتري بموجب الفقرة (ب) من البند الاول مسكن
القرار المذكور • حق طلب الحكم له بتملك المقار بقيته الممينة في التصهد •
وعلى المحكمة أن تثبت من ملكية البائع للمقار • ومن السبب الذى يستند اليه
المشتري بطلب التملك • فان كان مستندا الى سبب صحيح • فان المحكمة تجرى
الكشف على المقار • بمعرفة خبير لتثبيت حالة المحدثات ونوعها وهل تستبر من
قبيل المنشآت ام الابنية • فان اثبت المدعي ان ما احدثه من منشآت او ابنية
في القطعة محل البيع • دون معارضة تحريرية من البائع • وثبت نكول المدعى
عليه • تحكم المحكمة بتمليك المدعي المقار موضوع الدعوى بالبدل الوارد فسخي
التصهد • ومن ثم اشعار مديرية التسجيل المقارى لتسجيل المقار باسم المدعى
(المشتري) •

اما اذا استند المدعي في دعواه الى سكن المقار من قبله • فتكليف
المحكمة المدعي باثبات ذلك • وتجري الكشف على المقار • للتأكد من يشتمل
حقيقة وان طلب المدعي الاستماع الى البيئة الشخصية اضافة الى المعاينة • فللمحكمة
الحق في الاستماع اليه لكونها واقعة مادية يجوز اثباتها بالبيئة الشخصية (١)
(المادة ٧٦ من قانون الاثبات) • وبعد أن تثبت المحكمة من سكن المدعى
للمقار • ونكول المدعى عليه • تحكم عند ذاك بتمليك المدعي (المشتري)
للمقار موضوع الدعوى بالبدل الوارد في التصهد بنقل ملكية المقار واشعار مديرية
التسجيل المقارى لتسجيل المقار باسم المدعي • المواد (٤) و ٥١ من قانون
التسجيل المقارى •

(١) انظر المواد (١٢٥ - ١٣٣) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة
١٩٧٩ •

المطلب الثالث

سريان قرار مجلس قيادة الثورة من حيث الزمان

ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ جسا*
بعض استثنائي في البند الرابع منه حيث نص على انه : " ينفذ هذا القرار من تاريخ
نشره في الجريدة الرسمية ويسرى على ما سبقه من وثائق او تمهيدات ما لم يكن
قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية " .

هل يسرى هذا القرار على المستقبل بالنسبة للبيع الخارجية الواقعة بعد
نفاذه ؟

يثار هذا التساؤل لان القضاء المراقبي ذهب الى خلاف ما ورد في هذا
القرار . حيث ذهبت محكمة استئناف نينوى الى ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم
١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ يقتصر سريانه على التمهيدات السادة قبل
نفاذه فقط . فقد قررت بان : " ٠٠٠ عقد البيع قد جرى بتاريخ ١٩٧٩/٢/٨ الى
بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ وعليه نأبى
القرار المذكور لا يسرى على عقد البيع موضوع هذه الدعوى وذلك لان قرار مجلس
قيادة الثورة المشار اليه قد ورد لانفااء الشرعية على العقود السابقة عليه من بيع
خارجية للمقار بعد ان ارتفعت اسعار المقارات ارتقا فاحشا خلال فترة زمنية
قصيرة نسبيا مما حمل الكثير من بائعي المقارات على التكل من تلك البيوع
التي كانت في الاصل تعتبر باطله لعدم اكتسابها الشكل القانوني - السادة ١٣٨
مدني - الامر الذي عالجته المشرع باصدار القرار المشار اليه . هذا من ناحية ومن
ناحية ثانية فان المشرع وفي قانون كتاب المدول رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٧ بمادته
الحادية عشرة فقرة ٢ قد منح كاتب المدل من تسجيل التصرفات الجارية على
المقارات وذلك قصد المشرع حصر المسائل التصرفية للمقار بدائرة التسجيل
المقار ليكون من الاولى عدم اعتبار العقود الخارجية للتصرفات التي تجري على
المقار وانفااء الصفة القانونية عليها لكل ما تقدم يكون المقصد من هذه الدعوى
باطلا شكلا وموضوعا . وحيث ان المحكمة بحكمها المميز قد ذهبت بخلاف ذلك واستنادا
الى المادة ٢١١ من قانون المرافعات المدنية المدل قرر نقضه

وأعادة اوراق الدعوى الى معكمتها (١)

وأذا ناقشنا الموضع من الناحية القانونية البحتة فإن اتجاه محكمة الاستئناف غير سليم ، فالدستور المؤقت الحالي ينص في المادة (٤٢ ف ١) ، على ان لقرار مجلس قيادة الثورة قوة القانون ، فهو اذن كالقانون يسرى على التصرفات والوقائع الحاصلة بعد نفاذه ويصدر لتنظيم الاوضاع القانونية التي تنشا بعد صدوره فيكون له اثر مباشر ولم يقل احد بعدم جواز ذلك (٢) ، وهذه قاعدة مسلم بها من قبل الفقه والتشريعات نصت عليها القوانين ومقر الدساتير اظهارا لاعيمتها ، والقانون اذن لا يسرى الا على المستقبل لذلك نص الدستور العراقي المؤقت النافذ والصادر بتاريخ ١٦ تموز لسنة ١٩٢٠ ، في المادة ٦٧ منه والتي جاء فيها : " ١ - تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويحل بها من تاريخ نشرها الا اذا نص فيها على خلاف ذلك . ب - ليس للقوانين اثر رجعي الا اذا نص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسم المالية " .

وهذا المعنى نصت ايضا المادة الاولى - ثانيا - من قانون النشر في الجريدة الرسمية المرقم ٧٨ لسنة ١٩٢٢ على انه : " جميع ما ينشر في الوائح المراقبة النص الرسمي المعمول عليه ويحل به من تاريخ نشره الا اذا نص قيسه على خلاف ذلك " .

فمصرحة هذه النصوص لا تمنح اذن بتطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٢٧/١١/٢ على الماضي فقط ، وانما يسرى على المستقبل ايضا ، لان في ذلك تقييدا لاطلاق النصوص دون دليل على ارادة التقييد ، واخذنا بالدلالة في مقابلة التصريح ، واجتهادا في مورد النص ، وتعميلا له من المعنى

-
- (١) قرار رقم ١٣ / ت . ب / ١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠ / ٢ / ٩ ، الرئاسي - المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ١٩٩ ، السنة الثانية حزيران (١٥ - ٣٠) ١٩٨٠ ، ص ٢٩٣ .
- (٢) انظر باقر الخليلي ، بيع المقار خان دائرة التسجيل المقاري ، المصدر السابق ، ص ٢٩٤ .

فوق ما يحتمله ويخالف ما يؤيد اليه لفعله (المواد ١٥٧ و ١٦٠) من القانون المدني ، وتطبيقا لتلك النصوص، قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بقرارها المرقم ٥٨٧ / هيئة عامة / ١٩٧٩ والمؤرخ ١٩٨٠ / ٤ / ٢٦ بأن القانون يعتبر نافذا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية حتى ولو لم يرد فيه تعريضا . ومن نافذة القول الإشارة الى ان عبارة " يسرى على ما سبقه من وقائع وتسهلات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية) الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧ / ١١ / ٢ ، لا تتعارض ولا تلغي العبارة السابقة لها القاضي بأن " ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية " الدالة على سريان القرار على المستقبل ولا يقصد بها حصر حكم القرار بالماضي فقط وإنما يراد بها سريان القرار بأثر رجعي إضافة الى سريانه على المستقبل لان القانون لا يسرى عادة على الماضي ، غالاثر الرجعي للقانون غير ممكن الا اذا نص القانون عليه صراحة ، (المادة ١٠ مدني) (١) ، فالقانون كما قلنا لا يسرى على الماضي الا اذا نص على ذلك او كان متملقا بالنظام العام او الآداب او كان

(١) جاء في قرار مجلس العدل ، العدد ٦٢١٥ / ٢ / ١٠ / ٣ وتاريخه ١٩٨٣ / ٤ / ٢٣ ، الى ان قرار مجلس قيادة الثورة يسرى على المستقبل " أولا - فيما يتعلق باحكام قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٩٧٧ / ١١ / ٩٨ نود ان نبين بحدود مدة التقادم وسريان احكام القرار ونطاق شموله ان المجلس اقر عدم تعطيل القرار للقواعد العامة لمرور الزمان عليه فان مسرور الزمان يسرى على التعهد بنقل الملكية ابتداء من تحرير المستند ، وان احكام القرار تسرى على الوقائع السابقة على صدوره واللاحقة له " وجاء ايضا في قرار مجلس شورى الدولة المرقم ١٩٨١ / ٢٣ والمؤرخ ١٩٨١ / ٤ / ١٨ والمنشور في مجلة العدالة العدد الثاني ، سنة ١٩٨١ ، " ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧ / ١١ / ٢ يسرى على الوقائع الواقعة بعد نفاذه (ان قاعدة سريان القانون من حيث الزمان والتي نصت عليها المادة الماشرة من القانون المدني ، تقتضي سريان احكام القانون اعتبارا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية او التاريخ المحدد لنفاذه ، ويستمر نافذا الى حين تحديله او النسخ بتشريح لاحق . ولما تقدم فان هذا القرار يسرى حكمه على المنشور الخارجية التي تهرم بعد نفاذه ايضا) "

السلح للمتهم (م ٦ عقوبات) * وقد نصت على هذه القاعدة العامة المادة الماشرة من القانون المدني بقولها : " لا يحمل بالقانون إلا من وقت سيرورته نائماً هذا بالإسرى على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نعرني القانون الجديد يقضي بنسب ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب " .

اذن * وللاعتبارات المتقدمة يكون قرار مجلس قيادة الثورة شاملاً للجميع البالية شكلاً سواء أبرمت قبل صدوره أو بعده * .

ولكن لو ناقشنا القرار من الناحية الموضوعية والواقعية * نقول بان انجساح محكمة استئناف نينوى * صحيح للأسباب التالية :-

١- ان القرار من خلال قراءتنا للأسباب الموجبة * جاء ليحل مشكلة اجتماعية واقتصادية حلت وسببت مشاكل تتعلق بالسكن وأزمته * وبالنزاعات الكثيرة التي تثار امام المحاكم * بعد الارتشاح المناجى * والفاحش للتحققات غسي المدن * .

٢- ان تدقيق قرار مجلس قيادة الثورة على الوقائع الصادرة بعد نفاذه * يؤدي الى مشاكل اكثر مما حلت قبل صدوره لان المراءين والمتنفذين * سيستغلون هذا القرار مطبأة للمشتري * .

٣- ان هذا القرار يؤدي الى زعزعة الشكلية التي اعترطها القانون * فالسزام المتهمد بالتسجيل * سوف يهدم الشكلية كركن في العقد * اذا ما منسحى الشكلية اذا اعدينا المتهمد له الحق بالزام المتهمد بالتسجيل ؟ نقسرار مجلس قيادة الثورة لم يصدر ليعدل المادة (١١٢٧ مدني) * وليس هو عطلها * وانما جاء ليحل مسألة واقعية * فهو جاء ليحل بعض المشاكل التي نجمت عن خلال التماسل بالتمتار * خالفاً للقانون وعدم مراعاة الشكلية المقررة فيه ولجوء الكثير الى التناول للأسباب التي ذكرناها * لذا يجسبان يكون القرار يشمل الماضي فقط اى حل المشاكل التي برزت دون السماح الى التادى والاعتراك بمقود ابرمت خالفاً للقانون * .

المختار

"الخاتمة"

من خلال دراستنا لموضوع بيع المقار في القانون المدني العراقي ، تطرقنا في الفصل الاول الى الشككية في بيع المقار ، وتبين لنا ان بيع المقار في القانون العراقي هو من العقود الشككية ، (المواد ٩٠ و ٥٠٨ و ١١٢٦ ف ٢ مدني و المواد ٣ ف ٢ و ٢٠٣ ف ١ من قانون التسجيل العقاري) ، فلا يتم عقد الا اذا استوفى الشكل المنصوص عليه في القانون وهو التسجيل في المجل العقاري وان الشككية في القانون العراقي ركن انعقاد وليست مجرد شرط لانقال الملكية . وتبين لنا كذلك ان ملكية المقار تنتقل الى المشتري بعد التسجيل في المجل العقاري ومن وقته وليعبر من تاريخ التمسيد ، صيغة اخرى انه ليس للتسجيل اثر رجعي . وظهر لنا كذلك ان الشككية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلوها . وان الشككية التي تطلبها المشرع العراقي بخصوص هذا المقعد صارت الى الحد الذي يهدر حقوق المواطن رغم اكمال الشروط الموضوعية للواقعة القانونية لعدم اعتباره البيع الطاعل امام دائرة الكاتب المدل . ان دعم الماهيم الاستراتيجية ومسايرة التطور الاقتصادي والاجتماعي تحتم على المشرع تبسيط الشككية لحماية المواطن حسن النية ، وهذا ما ندر عليه قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ بقوله : " تبسيط الشككية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التضييق بالحقوق الخاصة على ان لا يترتب على عدم الاعتداد بها اضرار المصلحة العامة " .

وتكلمنا عن التسجيل وانظمته وعرفنا ان هناك ثلاثين رئيسين : هما نظام التسجيل الشخصي ونظام التسجيل الميني ، وقد فضلنا نظام التسجيل الاخير على نظام التسجيل الشخصي ، لما فيه من مزايا ووجدنا ان هذا النظام هو المتبع في العراق منذ عام ١٩٥٧ م والى الان في ظل قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ . وتكلمنا عن التسجيل والظمن بضرورة المقعد ووجدنا ان هناك وجهتي نظر متعارضتين ، تقول الاولى ببيان المنع الى غير المتعاقدين ، وتذهب الثانية الى ان هذا المنع يقتصر على المتعاقدين فقط ولا يشمل الغير ، وقد رجحنا الرأي الذي يقول بان المنع الوارد في المادة (١٤٩) مدني يمسرى على المتعاقدين والغير سواء بسواء ، وذلك لما فيه من وجهة ولا تصور كسل سن

المادتين (١٤٩ مدني) والمادة (١٠ ف ١ من قانون التسجيل العقاري) صريحة كل الصراحة ولا يساغ للاجتهاد في مورد النص (المادة ٢ مدني) . وتكلمنا عن بطلان التسجيل وتبين لنا ان التسجيل لا ينقل الملكية لوحده ، ما لم يكن التصرف الوارد على عقار صالحا من جميع الوجوه ، فالتسجيل ما هو الا وسيلة لاعمال التصرفات المشهود بها نقل الحقوق المدنية . اذن فالتسجيل لا يمنع من طلب الحكم ببطلان عقد بيع العقار .

وتكلمنا عن اتجاهات التشريعات العربية والمالية بخصوص عقد بيع العقار ، ووجدنا ان هناك اتجاهات عديدة بشأن الموقف من بيع العقار وكيفية انتقال الملكية فيه واوضحنا ان هذه الاتجاهات يمكن ان تصب في اتجاهات اربعة رئيسية : الاتجاه الاول ، مجموعة القوانين التي تعلق انتقال الملكية على مواجهة النير في بيع العقار على التسجيل ، والاتجاه الثاني ، مجموعة القوانين التي تعلق انتقال الملكية بوجه عام في بيع العقار على التسجيل ، والاتجاه الثالث ، مجموعة القوانين التي تعلق ابرام بيع العقار على التوثيق ونقل ملكية العقار على التسجيل ، والاتجاه الرابع ، مجموعة القوانين التي تعلق انقضاء بيع العقار ونقل الملكية على التسجيل . وقد اوضحنا موقف كل قانون من هذه القوانين وبيانا الآثار التي تترتب على الاحكام والقواعد المعمول بها في هذه الاتجاهات اربعة ، ووجدنا ان المشاكل العملية التي تظهر جراء تطبيق احكام القوانين انما تظهر في القوانين التي تشترط لانقضاء البيع وانتقال الملكية في وقت واحد حصول التسجيل ، ومن هذه القوانين القانون العراقي ، فقد اثار موقف هذا القانون الجدل والنقاش في الفقه والقضاء العراقيين ، علما ان سبب هذه المشاكل التي واجهها المتعاملون بالمقارات وهذا الجدل ، هو الاتجاه الذي سار عليه مشرع القانون العراقي حيث اعتبر بيع المقار وفقا لنص المادة (٥٠٨) عقدا غير منقصد وكرر الحكم في المادة (١١٢٦ ف ٢) التي قضت بأن العقد الناقل للملكية عقار لا ينقذ الا اذا روعي فيه الطريقة المقررة قانونا ، ثم جاء قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ مؤكدا موقف القانون المدني حيث نصت المادة (٣ ف ٢) على انه : (لا ينقذ التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرته التسجيل العقاري) .

لذلك نقترح ان يصار في المشرع الجديد للقانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري وكافة التشريعات ذات العلاقة الى اعادة النظر في موقف المشرع العراقي الحالي ، اذا ما اراد حماية المشتري وتحقيق العدالة ، والاخذ بما تذهب اليه اغلبيه قوانين البلدان العربية والتي تجمل عقد بيع العقار عقدا رضائيا ولكنه لا ينقل الملكية الا بالتسجيل في السجل العقاري وعدم اعتبار الشكلية ركن انعقاد وانما مجرد شرط لانتقال الملكية ، وهذا تسوّل المشاكل المعروضة امام القضاء العراقي ، ويمكن المشتري في حالة نكول البائع ان يطلب التنفيذ الميئي الجبري بالشكل المعمول به في القانون المدني المصري عن طريق دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوثيق .

ووجدنا ان اشتراط انعقاد عقد بيع العقار امام دائرة التسجيل العقاري يضر بالمعاملات المالية ويولد ارباكا للمتعاملين انفسهم ويمرقل معاملاتهم ذلك انه من الصعوبة بمكان ، عمليا ، ان يجري تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري في نفس اليوم الذي اثنى فيه الطرفان على البيع حتى لو ارادا ذلك ، الا بعد مضي وقت ليس بالقصير ، وذلك من اجل استكمال الاجراءات الرسمية ومنها استكمال اوراق ومستندات تؤيد بأن المتعاقدين قد سددوا ما عليهما من غرائب مستحقة للدولة او انهما مدفون من اداء الضرائب وهذه الاجراءات تستغرق وقتا طويلا . ولهذا يقترح الدكتور الصراف على المشرع العراقي ، اذا لم يرد ان يتنازل عن شكلية عقد بيع العقار ، ان يسلك المسلك الجرماني وذلك بأن يشترط توثيق عقد بيع العقار لدى الكاتب العدل كركن لانعقاده ، ثم يشترط انتقال ملكية العقار بالتسجيل في السجل العقاري ، ويقول : بأن هذا الامر معسور من الناحية العملية ويوجد عندنا في العراق جهاز قانوني قادر على اداء هذه المهمة داخل المحاكم فلا يلقي المشتري بعد ذلك عننا عندما يمتنع البائع عن اجراء التسجيل في الدائرة المختصة ما دام انه سوف يكون باستطاعته تسجيل العقد الرسمي عن طريق حاكم التسجيل (١) .

(١) الدكتور الصراف ، مجلة العدالة ، المصدر السابق ، ص ٢٦ .

ولكن توثيق عقد بيع المقار امام الكاتب المدل كركن لانعقاده يومى السى
ازدواجية في الملكية اذ ان توثيق عقد بيع المقار من الكاتب المدل يوهبهم
الطرف الاخر بان العقد اصبح باتا والتالي يحلثن بان الملكية قد انتقلت بهذا
التوثيق في حين انها لا تزال معلقة بالامانة الى ان نقل الملكية فعلا من ذمة
البائع الى ذمة المشتري يقع بناء على تصرف شكلي يعقد امام موظف مختص تسم
يسجل في سجل خاص هو السجل العقاري ، فعقد انتقال الملكية هذا عقد
مجرد تنتقل به الملكية حتما سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحا
او ميبيا . واذا اتضح بعد ذلك ان العقد كان ميبيا وان الملكية انتقلت
دون سبب ، فليس من انتقلت منه سوى الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها
هي دعوى الكسب دون سبب . ثم ان قانون الكتاب المدول رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٧
منع الكاتب المدل من تنظيم او توثيق التصرفات العقارية بصورة مباشرة او غير
مباشرة . ناهيك عن المصاريف والرسوم التي يتكدها اطراف عقد بيع المقار .

وتكلمنا في الفصل الثاني عن آثار بيع المقار . وتبين لنا انه اذا تسم
تسجيل بيع المقار في دائرة التسجيل العقاري انعقد البيع وانتقلت ملكية المقار
الى المشتري من تاريخ التسجيل . وتكلمنا عن التزامات البائع . وتبين لنا انه
يترتب على عقد البيع في القانون المدني المراقي التزامات ثلاث هي : نقل
الملكية وتسليم المبيع وضمانه .

وتكلمنا عن التزامات المشتري وتبين لنا ان التزام المشتري الرئيسي هو
دفع الثمن في الزمان والمكان المعينين في البيع ، ملتزم المشتري كذلك بان يدفع
مسرورات عقد البيع وتكاليف المقار المبيع وان يتسلم المقار المبيع وهو
الالتزامات تترتب في ذمة المشتري بمجرد إبرام البيع دون حاجة الى التمسك
عليها في عقد بيع المقار .

وتكلمنا في الفصل الثالث عن بيع المقار خارج دائرة التسجيل العقاري
(التمسك بنقل ملكية عقار) ، ووجدنا ان التوجه في القانون الحديث هو
الى عدم الاعتراف بالشكل الجوهرى (المنشئ) صعود ذلك الى ان نقطة البداية
في النقلة الحديثة للتصرف القانوني : هي مبدأ سلطان الارادة . وقد بينا
الاسباب التي تدفع اطراف الماتقة الى بيع المقار خارج دائرة التسجيل

المقار • وتكلمنا عن التكييف القانوني للتصهد بنقل ملكية عقار • ورأينا ان الفقه المبراني قد اختلف بشأن المسؤولية الناشئة عن عقد بيع المقار قبل التسجيل • وقد غرق الرأي بشأن ذلك مذهبين فذهب رأي الى ان اساس التمييز هو الممل الناز • اي ان مسؤولية من تصهد بنقل ملكية عقار اذا نكل عسسن التسجيل هي مسؤولية تصيرية لا تعاقدية •

وذهب رأي نفس المذهب الاول • حيث يتفق معه من حيث النتيجة • صراحة اخرى اعتبر هذا الرأي اساس التمييز وفق المادة (١١٢٧) المسؤولية التصيرية لا المقدية • لان المقد غير المسجل يحتير باطلا بطلاننا مطلقا فلا يفيد الحكم ولا ينشئ التزامات على كل من الطرفين • وما ان الشرط الجزائي الوارد في ذلك العقد ما هو الا التزام تبهي • فيجب ان يبطل تبعا لبطلان العقد •

واخذ رأي آخر بنظرية تحول المقد • ومقتضى هذا الرأي هو • ان عقد بيع المقار وان كان باطلا بوصفه بيما لمدم استيفائه الشكل المقرر قانونا الا انه عقد صحيح باعتباره عقدا غير مسمى يتضمن التزاما على طاق البائع بنقل الملكية • وقد تحول عقد بيع المقار طبقا لاحكام المادة (١٤٠) مدني الس عقد صحيح • لا من ناحية كونه عقد بيع عقار • وانما من حيث انه عقد غير مسمى يقتضاه القيام بمعمل • فيصح في هذه الحالة الشرط الجزائي الذي يتفق بموجب الطرفان •

وذهب رأي آخر الى انه التزام بدلي الخيار فيه للطرفين •
وذهب رأي آخر الى انه عقد غير مسمى يدخل في طائفة العقود التي يطلق عليها الفقه الاسلامي وصف "المقود غير اللازمة" وهو تعبير اسلمسي بحث غير مبرور في القوانين الحديثة • فهو عقد لا يولد التزامات بالمعنى الفني للالتزام المدني • اي ذلك الذي يمكن تنفيذه جبرا على المدين • انما تكون التصهدات المتولدة عنه اشبه بالالتزام الطبيعي • فهي عقود لا تلزم عاقد ها ويملك التخلل منها •

وذهب رأي آخر الى اعتبار بيع المقار خارج دائرة التسجيل المقار • عقد غير مسمى ابتداء • وليس بمقود بيع • وان هذا المقد غير المسمى الذي

نشأ بين الطرفين المتعاقدين ، هو عقد صحيح ملزم يترتب على الإخلال بسسه مسؤولية عقدية ، وتقتصر هذه المسؤولية على التمسح فقط ، ووجدنا ان هذا الرأي الأخير هو الذي اخذت به غالبية الفقه السراقي ، بالإضافة الى القضاء السراقي ، وان كان القضاء مترددا في بعض أحكامه أحيانا او مرتبكا أحيانا أخرى .

وتبين لنا ان المشرع السراقي في المادة (١١٢٧) مدني قد غنى عيسى القواعد العامة الواردة في المادة (٢٤٦) مدني ، فحصر حق التمسح له عيسى التمسح دون التنفيذ الميني الجبري المتمثل بالالتزام بنقل الملكية بالتسجيل . وقد ناقشنا ، الآراء العابقة بخصوص التكييف القانوني للتمسح بنقل ملكية عقاره وتبين لنا بأنه لا يوجد التزام بنقل الملكية في القانون السراقي لان التسجيل ينقل الملكية بقوة القانون ، وهذا كيفنا التمسح بنقل ملكية عقار . صرح استاذنا الدكتور غني حسون طه - بأنه حكم خاص اضطر المشرع السراقي السس تقريره تأشيا لبعض النتائج التي تترتب على عدم القيام بما يقتضيه اتمام التصرف القانوني الوارد على عقار ، فهو تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية الذي يجب ان يحكم جميع التصرفات .

وتكلمنا عن اتجاه القضاء السراقي في تكييف التمسح بنقل ملكية عقاره ورأينا ان القضاء السراقي اتجه الى ثلاثة اتجاهات : الاتجاه الأول ، اعتبر بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عديم الأثر ، والاتجاه الثاني ، اعتبره عقد صحيح ، والاتجاه الثالث ، اعتبره عقدا غير مسمى وليس بمسند بيع .

وحشنا في آثار التمسح بنقل ملكية عقار ورأينا ان الآثار تترتب نتيجة التمسح النكول عن التمسح ، وهذه الآثار هي التعويض وآثار أخرى تترتب نتيجة تسليم العقار الى المشتري . ووجدنا ان عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري وان لم يستوف الشكليات باطل شكلا وصححا موضوعيا ويرتب التزامات شخصية بين المتعاقدين رغم بطلانه ، وهذه الالتزامات توجب الحكم بالتعويض والشرط الجزائي والسريون اذا كان قد دفع كقابل للمدول ، كما ان التمسح يعتبر ناقلا لهذه الالتزامات الشخصية تجاه الوارث والخلف الخاص .

وتبين لنا ان القضاء المصري عرف حالة يحق بموجبها للمشتري ان يسجل عقد البيع الخارجي في الدائرة المختصة عن طريق دعويين هما دعوى صحة

التماثل ودعوى صحة التوقيع . وتكلمنا عن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ والذي عطل أحكام المواد (٩٠ و ٥٠٨ و ١١٢٦ ف ٢ و ١١٢٧) من القانون المدني والمواد ٣ ف ٢ و ٢٠٣ ف ١ من قانون التسجيل العقاري ، وقلنا ان المشرع العراقي اورد استثناء على الاعمال المتقدمة ، وهو الشككية . ووجدنا ان الاسباب التي جعلت المشرع العراقي ، مثلاً بمجلس قيادة الثورة ، يصدر هذا القرار ، هو ان الكثير من تجار الارض قد استغلوا حماية القانون لهذه الثورة العقارية وابعوا الكثير من الاراضي بمقود خارجية غير مسجلة بدائرة التسجيل العقاري ، ومن ان جمعا الثروات بما قبضوه من المشتري استغلوا الارتفاع المفاجئ في اسعار العقارات فاعلنوا نكولهم عن البيع . ووجدنا ان قرار مجلس قيادة الثورة قد طالج الموضوع من الناحية الواقعية ومن الجانب الاجتماعي والاقتصادي لكي يمنع المستغلين من تجار الاراضي وسامرتها ان يكسبوا دون سبب . وتبين لنا ان شروط تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة اذا طلب التمسيد له التمييز وفق الفقرة (١) من البند (اولا) هي : ان يكون هناك تسيد صادر من مالك العقار وضمن هذا التمسيد هو نقل ملكية عقار او نقل حق التصرف فيه ، وان يكون التمسيد باطلا شكلا وليس موضوعا ، وان يخل بائع العقار او بائع حق التصرف فيه بتمسده ، وعدم مضي مدة مرور الزمان المنصوص عليها في القانون المدني . ووجدنا ان القرار المذكور لم يحدد مدة معينة للمطالبة بالتمييز وفق الفقرة (١) من البند (اولا) . وتبين لنا ان شروط تطبيق القرار اذا طلب التمسيد له التملك وفق الفقرة (ب) من البند (اولا) هي : وجود تسيد من البائع المالك مضمونة نقل ملكية عقار او نقل حق التصرف فيه ، وان يكون مشتري العقار قد سكه او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى او مشروعات ، وان يتم سكن المشتري او احدثائه الابنية او المنشآت او المشروعات في العقار دون معارضة تحريرية من المالك البائع . وتبين لنا وجود خلاف حول لزوم تثبت التمسيد بصورة تحريرية او عدم لزوم ذلك لاجل تطبيق القرار المذكور ، ورجحنا الرأي الذي يعتبر التمسيد تاما ولو صدر بصورة شفوية شأنه في ذلك شأن باقي التصرفات القانونية الرضائية ، ويمكن الاستناد اليه في طلب تملك العقار او طلب التمييز بسبب النكول عن التمييز

إذا ثبت التمسك بالقرار أو الكتابة أو الشهادة أو النكول عن اليمين على حسب الأحوال وطبقا للقواعد المقررة في المواد ٦٨ و ٧٢ و ١١٨ من قانون الانبثات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٩ هـ لأن الكتابة للانبثات وليست للتمسك . وتبين لنسأ أن البائع لا يستطيع أن يجبر المشتري في التمسك بنقل ملكية عقار على شسراء المقار وتسجيله باسمه في السجل العقاري هـ استنادا للقرار المذكور هـ لأن الإباحة المذكورة في القرار لا يستثيد منها إلا التمسك له (المشتري) فقط هـ ووجدنا أن التمسك له (المشتري) بالخيار في رفع احدى دعيتين إلى القضاء هـ وهما دعوى المطالبة بالتصحيح ودعوى طلب التملك وتبين لنا أن قرار مجلس قيادة الثورة شامل للبيع الباطل شكلا هـ سواء أبرمت قبل صدوره أو بعده هـ لأن القرار جاء مطلقا هـ والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يرد تقييده هـ لذلك فإنه يسرى على الماضي وعلى المستقبل من الوقائع التي تتم بعد نفاذه هـ ووجدنا أن قرار مجلس قيادة الثورة لا يمنع من تطبيق الأحكام العامة الواردة في القانون المدني والتي تتعلق بمرور الزمان (التقادم) وكذلك السبب الاجنبي هـ والجهالة الفاحشة في المقد وكذلك الأحكام الخاصة بالحصة الشائعة هـ وتبين لنسأ أن الفقه والقضاء المراقبين يرى أن المشكالية المشار إليها في المسادة (٥٠٨) مدني تعتبر نصا عاما يسرى على العقود الرضائية ولا يستد إلى العقود الجبرية التي تتم في دوائر الدولة من طريق المزايدة وفقا للقوانين الخاصة بقانون بيع وإيجار املاك الحكومة وقانون إدارة البلديات وقانون التنفيذ وهذا ما ذهبنا إليه محكمة التمييز في قراراتها (١) . ولذلك فإن ملكية المقار في البيوتات التي

(١) انظر : القرار المرقم ٢٠٩٣/ج/ ١٩٦٥ في ١٩٦٦/٦/٦ هـ منشور في مجلة القضاء هـ العدد الثالث هـ ١٩٦٦ هـ ص ٥٥ هـ وانظر القرار المرقم ١٣٢/ج/ ١٩٦٩ والمؤرخ ١٩٦٩/٦/٢٥ هـ القضاء هـ العدد الثالث هـ ١٩٦٩ هـ ص ١٩٦٧ هـ وانظر : استاذنا الدكتور كمال قاسم شسروت المصدر السابق هـ ص ١٢١ هامش رقم ١ هـ عامر خطاب ص هـ بيع المقار على طريق المزايدة هـ همداد (بدون تاريخ) هـ ص ٧١ هـ وانظر قرارات محكمة التمييز المرقمة ٦٤/ج/ ١٩٧١ والمؤرخ ١٩٧١/١/١٢ هـ القضاء هـ ١٩٧١ هـ العدد ٤١ هـ السنة ٢٦ هـ والقرار المرقم ٤٥٠/حقوقية ثانية / ١٩٧٠ والمؤرخ ١٩٧٠/٤/١٥ هـ النشرة القضائية هـ ١٩٧١ هـ العدد ٢ هـ السنة ١ هـ ص ١٠٨ هـ

تجربتها الدولة تنتقل من تاريخ رسو المزايدة عملاً بأحكام المادة ٨٩ من القانون المدني ، وقد قلنا بأن التصرفات الواردة على العقار الصادرة عن جهة رسمية لا تحقد الا بالتسجيل في السجل العقاري . وتبين لنا ان هناك تناقضاً فسي احكام محاكم الاستئناف حيث تصدر قراراتها بصفتها التمييزية في قضايا مماثلة ولكنها متباينة في الاجتهاد بين محكمة واخرى ، ونشأ هذا التناقض هو ما جاء في القرار رقم (١١٩٨) حيث نص ، هذا القرار على ان : القرارات الصادرة من محكمة البداية في الدعاوى الصادرة بموجبه تكون تابعة للتمييز لدى محكمة الاستئناف ، ويكون قرارها غير تابع لتصحيح القرار في محكمة التمييز ، وهذا امر غريب وارد ، لان حق تصحيح القرار موجود بالنسبة لقضايا تقل اهمية عن بيع العقار ، وفي هذا ضرر بذوى المصلحة ، لان هذه الدعاوى ليست من الدعاوى البسيطة المتشابهة . وقد اقترحنا ان يكون القرار الصادر فيها تابعاً لطرق الطعن المقررة بقانون المرافعات المدنية ، اي الاستئناف والتمييز وتصحيح القرار التمييزي ، ضماناً للتثبت من صحة تطبيق القانون وتأميناً لذوى المصلحة ، وكذلك لوحدة الاجتهاد في البداية القانونية .

وتبين لنا ان محاكم الاستئناف المراقبة تختلف بشأن تفسير سريان قرار مجلس قيادة الثورة ، من حيث الزمان ، فهناك محكمة تقول انه لا يسرى الا على الماضي ، بينما محكمة اخرى تقول يسرى على الماضي والمستقبل في آن واحد . وتبين لنا ان هناك تصديقات كثيرة قد جرى توثيقها امام دائرة الكانتسب المدل رغم المنع الوارد في المادة (١١ ف ٣) من قانون الكتاب المدول . ووجدنا ايضا ان بعض القرارات الصادرة من محاكم الاستئناف المراقية تستخدم عبارات غير دقيقة حين وصفها بالتصرف القانوني الوارد على عقار قبيل تسجيله ، فاحياناً تدفع بالمقد ، او بانه عقد ابتدائي ، ثم في احيان اخرى تصفه بأنه تصد ، وترتب على هذا التباين ارباكاً وضغاً في قيمة قرارات محاكم الاستئناف ، وهذا يستوجب توحيد استخدام المصطلحات والدقة في ايرادها . وتبين كذلك ان هناك اختلافاً بين المحاكم المذكورة بخصوص اثبات التمسك بنقل ملكية عقار ، حيث تذهب محكمة الى القول : ان مجرد اقرار الخصم

او نكوله عن اداء اليمين يكتفي لاثبات التمسيد * ونقا للقواعد العامة في الاثبات
 بينما ترى محاكم اخرى * وجوب كتابة التمسيد في مستند تحريري * وان مجرد
 اقرار الخصم لا يكتفي * ورغم هذا فان التمسيد واقعة قانونية تخضع في اثباتها
 للقواعد العامة الواردة في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة
 ١٩٢٩ *

ان هذا التباين في القرارات الصادرة من محاكم الاستئناف يؤدى الى
 الاجحاف بحقوق المواطنين حين تصدر محكمة قرارا عكس قرار محكمة اخرى
 قضية مماثلة *

المستاد

المصادر

المصادرالكاتب

- ١- الدكتور انور سلطان والدكتور جلال المدوي :
- الموجز في العقود المسماة ، ج ١ ، البيج ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
- ٢- الدكتور انور سلطان :
- العقود المسماة ، شرح عقدى البيع والمقايضة ، بيروت ، ١٩٨٣ .
- ٣- الدكتور اسماعيل غانم :
- الوجيز في عقد البيع ، الناصر مكتبة عبدالله وهدية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
- ٤- أميل تيان :
- القانون المدني اللبناني ، النظام المقارن في لبنان ، مطبعة
الدراسات العربية المالي ، ط ١ ، ١٩٥٥ .
- ٥- المسألة الحسن بن المطهر :
- تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، كتاب البيع ، النجف ، ١٩٥٥ .
- ٦- الدكتور توفيق حسن فني :
- عقد البيع والمقايضة ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ .
- ٧- الدكتور جميل الشوقى :
- البيع والمقايضة ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
- ٨- الدكتور حسن علي الذنون :
- شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، ج ٣ ،
بغداد ، ١٩٥٣ .
- شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق المبنية الاعلى ، بغداد ،
١٩٥٤ .
- النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- شرح القانون المدني العراقي ، احكام الالتزام ، مطبعة المصارف ،
بغداد ، ١٩٥٢ .
- ٩- حامد مصطفى :
- القانون المدني العراقي ، ج ١ ، الملكية واسبايقها ، بغداد ،
١٩٥٣ .

- الملكية العقارية في العراق ، الحقوق الميراثية الأصلية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

- القانون المدني العراقي ، ج ١ ، الملكية العقارية في العراق ، ج ٢ ، حق الملكية والحقوق المشترقة عن الملكية ، جامعة السدول العربية ، معهد الدراسات العربية المالية ، المطبعة الحالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

١٠- حسن الفكهاني :

- الوسيط في شرح القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، ج ١ ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

١١- الدكتور حسن الخطيب :

- نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية ، مطبعة حداد ، البصرة ، (بدون تاريخ) .

١٢- الدكتور حميد خضر :

- عقد البيع في القانون المدني ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

١٣- زهدي يكن :

- شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق الميراثية غير المنقولة ، ج ١ ، ط ٣ ، (بدون تاريخ) .

١٤- الدكتور سعدون الحامري :

- الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج ١ ، في البيع والايجار ، ط ٣ ، بغداد ، ١٩٧٤ .

١٥- الدكتور سعيد عبدالكريم مبارك :

- شرح القانون المدني العراقي ، ج ١ ، الحقوق الميراثية الأصلية ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٧٣ .

١٦- الدكتور سليمان مرقس والدكتور محمد علي امام :

- عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، مصر ، ١٩٥٦ .

- عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ، ١٩٥٢ - ١٩٥٣ .

١٧- الدكتور سليمان مرقس :

- العقود المسماة ، المجلد الاول ، عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٨ .

- ١٨- شاكرو ناصر حيدر :
- احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، بغداد ، ١٩٤٧ .
 - شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية المقارنة ، الملكية وحق التصرف ، ج ١ ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٥٢ .
 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية الاصلية ، ج ١ ، ط ١ ، في حق الملكية ، بغداد ، ١٩٥٦ .
 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المدنية الاصلية ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٥٩ .
 - الوجيز في الحقوق المدنية الاصلية ، ج ١ ، في حق الملكية ، بغداد ، ١٩٦٩ .
 - الموجز في الحقوق المدنية الاصلية ، بغداد ، ١٩٧١ .
- ١٩- الدكتور صوفي حسن ابو طالب :
- الوجيز في القانون الروماني ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
- ٢٠- الدكتور صلاح الدين الناهي :
- الوجيز في الحقوق المدنية الاصلية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٠ - ١٩٦١ .
- ٢١- الدكتور عباس المصراف :
- شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٥٦ .
 - شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ط ١ ، ١٩٧٥ .
- ٢٢- الدكتور عبد المجيد الحكيم :
- الوسيط في نثرية المقد ، ج ١ ، في انمقاد المقد (اركان المقد) ، بغداد ، ١٩٦٧ .
 - الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٩ .
 - دراسة في قانون التسجيل المقارن العراقي ، ج ١ ، في المجمل المقارن ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٣ .
 - الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، ط ٥ ، بغداد ، ١٩٧٤ .
 - الموجز في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، في احكام الالتزام ، ط ٣ ، بغداد ، ١٩٧٧ .

٢٣- الدكتور عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير :
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، ج ١ ، صادر الالتزام ،
بغداد ، ١٩٨٠ .

٢٤- عبد الباقي البكري :
- شرح القانون المدني العراقي ، ج ٣ ، تنفيذ الالتزام ، بغداد ،
١٩٧١ .

٢٥- الدكتور عهود عبد اللطيف البلداوي :
- الحقوق الميضية الاصلية ، بغداد ، ١٩٧٠ .
- الحقوق الميضية الاصلية ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٧٥ .

٢٦- الدكتور عبد الميز عامر :
- عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٢٧- عبد الجبار ناجي الماصالح :
- مبدأ حسن النية في تنفيذ المقسود ، رسالة ماجستير ، ط ١ ، بغداد ،
١٩٧٥ .

٢٨- عبد المنعم يحيى جواد :
- كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، (المقدم والارادة المنفردة) ،
رسالة ماجستير ، آذار ، ١٩٨٣ .

٢٩- الدكتور عبدالرزاق المنهوري :
- الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر
الالتزام ، ج ١ ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
- التصرف القانوني والواقعة القانونية ، محاضرات القايت على طلبية
الدكتوراه سنة ١٩٥٣ - ١٩٥٤ .
- الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ،
دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ .
- الوسيط في شرح القانون المدني ، المقود التي تقع على الملكية
ج ٤ ، البيع والمقايضة ، بيروت ، (بدون تاريخ) .
- الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج ٨ ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٣٠- الدكتور عبد الحي حجازي :
- المدخل لدراسة الملم القانوني ، ج ٢ ، الحق ، الكويت ،
١٩٧٠ .

- ٣١- الدكتور عبدالسلام ذهني :
- مذكرات في القانون الروماني ، نظرية الاشياء ، مصر ١٩٦٦-١٩٦٣ .
- ٣٢- عبدالرحمن البزاز :
- جادى اصول القانون ، بغداد ١٩٥٤ .
- ٣٣- عبدالعزيز الحصاني :
- التصرف العقاري وحكمه القانوني ، محاضرات القايت على السدورة
التدريبية قسسنفي عديريقالسجبل المقارى المامة ، مطبوعة
بالروزيو .
- ٣٤- عامر خطاب عمر :
- بيع المقار عن طريق المزايدة ، بغداد ، (بدون تاريخ) .
- ٣٥- الدكتور غني حسون طه :
- الوجيز في المقود المساة ، ج ١ ، عقد البيع ، بغداد ١٩٦٩ -
١٩٧٠ .
- الوجيز في النظرية المامة للالتزام ، الكتاب الاول ، صادر الالتزام ،
بغداد ١٩٧١ .
- الحقوق المينية في القانون المدني الكويتي ، ج ١ ، حق الملكية ،
مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٧ .
- ٣٦- الدكتور كمال قاسم ثروت :
- شرح احكام عقد البيع ، ط ٢ ، بغداد ١٩٧٦ .
- ٣٧- مصطفى مجيد :
- شرح قانون التسجيل المقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج ١ ، بغداد ،
١٩٧٣ .
- شرح قانون التسجيل المقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج ٢ ، بغداد ،
١٩٧٨ .
- شرح قانون التسجيل المقارى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج ٣ ، بغداد ،
١٩٧٩ .
- شرح قانون تقدير قيمة المقار ونائمه رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٨ ، ط ١ ،
مطبعة المعارف ، بغداد ١٩٧٩ .
- ٣٨- الدكتور محمود ابو عافية :
- التصرف القانوني المجرد ، القاهرة ١٩٤٨ .

- ٣٩- محمد هاشم البشير والدكتور هاشم الحافظ :
- القانون الروماني ، الاموال والالتزام ، بغداد ، ١٩٨٠ .
- ٤٠- محمد هاشم البشير والدكتور غني حنون طه :
- الحقوق المينية ، الحقوق المينية الاعلى - الحقوق المينية
التمهية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢ .
- ٤١- الدكتور منصور محمود وبيته :
- نظام السجل الميني وادخاله في الاقليم المصري ، القاهرة ، ١٩٦١ .
- ٤٢- منير القاضي :
- شرح المجلة ، ج ١ ، القواعد الكلية ، البيع - الاجارة ، ط ١ ، وزارة
المعارف والمراقبة ، بغداد ، ١٩٤٩ .
- ملحق البحرين ، بغداد ، ١٩٥١ - ١٩٥٢ .
- ٤٣- محمد يوسف موسى :
- الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، ١٩٥٢ .
- ٤٤- الشيخ محمد ابو زهرة :
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ط ١ ، ١٩٣٩ .
- ٤٥- الدكتور محمد كامل موسى :
- شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق المينية الاعلى ، اسباب
كسب الملكية ، ج ٣ ، في الاستيلاء والالتحاق والشفعة ، ط ٢ ،
بصر ، ١٩٥٢ .
- ٤٦- الدكتور محمد لبيب شنب :
- شرح احكام عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
- ٤٧- الدكتور منصور مصطفى منصور :
- عقد البيع والمقايضة ، القاهرة ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ .
- ٤٨- الدكتور محمود جمال الدين زكي :
- عقد البيع ، مصر ، (بدون تاريخ) .
- قانون عقد البيع في القانون المدني ، الكويت ، ١٩٧٤ - ١٩٧٥ .
- ٤٩- الدكتور هاشم الحافظ :
- تاريخ القانون ، بغداد ، ١٩٨٠ .
- ٥٠- الدكتور وليم سليمان قلادة :
- التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٥٥ .

المصادر

- ١- ايوب الهويضي :
- اشارات السجل العقاري ، مجلة نقابة المحامين السورية ، المجلد ٦ - ٩ سنة ١٩٧٦ هـ ، ص ١٧٧ وما بعدها .
- ٢- اكرم يوسف ابراهيم :
- التمسيد بنقل ملكية عقار ، دراسة منشورة في الوقائع المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٥١ ، السنة الثالثة ، تشرين الاول (١٦-٣١) هـ ١٩٨١ ، ص ٤٧٥ وما بعدها .
- ٣- باقر الخليلي :
- بيع المقار خان دائرة التسجيل العقاري ، دراسة منشورة في الوقائع المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، المجلد ١٩ ، السنة الثانية ، حزيران (١٥-٣٠) هـ ١٩٨٠ ، ص ٢٩٣ وما بعدها .
- كتابة التمسيد بنقل ملكية عقار ، دراسة منشورة في الوقائع المدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٣٤ ، السنة الثالثة ، شباط (١٥-١) هـ ١٩٨١ ، ص ٦٠ .
- ٤- الدكتور عباس الصراف :
- الصربون واحكامه في القانون المدني العراقي ، مجلة القضاء ، المجلد ١٩٥٨ ، العدد ١ ، السنة السادسة عشرة ، كانون الثاني - نيسان هـ ١٩٥٨ ، ص ١٥ وما بعدها .
- ملاحظات حول الالتزام بنقل الملكية ، مجلة كلية الشرطة ، المجلد ١ ، السنة الثانية ، ايار هـ ١٩٦٨ ، ص ١ وما بعدها .
- بيع المقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، مجلة المدالسة ، العدد ٤ ، السنة الثانية ، (تشرين اول - تشرين ثاني) هـ ١٩٧٦ ، ص ٨٧٣ وما بعدها ، مجلة المدالسة ، كانون اول (١٩٧٦ هـ) ، ص ٨٧٣ وما بعدها ، مجلة المدالسة ، العدد ١ ، السنة الثالثة ، (كانون الثاني - شباط - آذار) هـ ١٩٧٧ ، ص ٥ وما بعدها .
- ٥- الدكتور عبد المجيد الحكيم :
- هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر؟ بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد ٢ هـ ١٩٦٦ ، ص ٣٦ وما بعدها .

- شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي ، مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد المريسية ، ٢١-٢٦ مارس (آذار) ، ١٩٧٢ ، ص ٣٧٣ وما بعدها .
- ٦- الدكتور علي بدوي :
- مكانة الشريعة الإسلامية في الفقه الحديث ، مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة الأولى ، ص ٧٣١ وما بعدها .
- ٧- الدكتور طادل سيد فهم :
- التكيف القانوني لثغرات السابق على تسجيل بيع اورهن العقاري
المراق ، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة البصرة ، المجلد ١٠
الثالث والرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٠ ، ص ٢٢٩ وما بعدها .
- ٨- عبدالمعز الصماني :
- اختصاصات السجل العقاري في العراق ، بحث قدمه في ندوة
جمعية المحققين العراقيين يوم ١٩٧٢/٨/٧ .
- تطور التسجيل العقاري في العراق ، مجموعة أعمال الحلقة الدراسية
لقوانين الشهر العقاري في البلاد المصرية ، ٢١-٢٦ مارس (آذار)
١٩٧٢ ، ص ٣٦٥ وما بعدها .
- ٩- الدكتور غني حسن طه :
- التمسيد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي ،
مجلة العلوم القانونية والسياسية ، عدد خاص بمناسبة اليوبيل العاشر
للكلية ، مارس ، ١٩٨٤ ، ص ١٢١ وما بعدها .
- ١٠- الدكتور منذر عبدالحسين الفضل :
- التمسيد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه ، مجلة الحقوقية ،
العدد ٤١ ، السنة الخامسة عشرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٥١ وما بعدها .
- ١١- نوري احمد منصور :
- بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، مجلة
المدالة ، العدد ٤ ، السنة الخامسة ، (تشرين الاول - تشرين
الثاني - كانون الاول) ، ١٩٧٩ ، ص ١٠٦٣ وما بعدها .

"مجاميع القرارات القضائية"

- ١- عبد الرحمن الصالح :
- المبادئ القضائية في القسم المدني ، بغداد ١٩٥٧ .
- ٢- سلمان بيات :
- القضاء المدني العراقي ، ج ١ - وج ٢ ، شركة الطبع والنشر
الاهلية ، ١٩٦٢ .
- ٣- مجلة القضاء :
- الاعداد : ٣ و ٤ و ٥ السنة الرابعة ، ١ السنة الخامسة عشرة ،
١ السنة السابعة عشرة ، ١ و ٢ و ٤ و ٥ السنة الثامنة عشرة ،
٢ السنة الحادية والعشرون ، ٢ السنة الثالثة والعشرون ،
١ و ٢ السنة الرابعة والعشرون ، ١ السنة الخامسة والعشرون ،
٣ و ٤ السنة الخامسة والثلاثون ، ٢ السنة السادسة والثلاثون .
- ٤- مجلة العدالة ، العدد ٢ ، ١٩٨١ .
- ٥- قضاء محكمة التمييز :
- المجلد الاول ، المجلد الثالث ، القرارات الصادرة سنة ١٩٥٦ ،
المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ .
- ٦- النشرة القضائية :
- الاعداد : ١ و ٢ السنة الاولى ، ١ و ٢ و ٣ و ٤ السنة الثانية ،
١ و ٢ و ٣ السنة الثالثة ، ٢ و ٣ و ٤ السنة الرابعة ، ١ و ٢ و ٣
السنة الخامسة .
- ٧- مجموعة الاحكام المدلية :
- الاعداد : ١ و ٣ و ٤ السنة السادسة ، ١ السنة السابعة ، ٣ و ٤
السنة الثامنة ، ١ و ٢ و ٣ و ٤ السنة التاسعة ، ١ و ٢ و ٣ و ٤
السنة العاشرة ، ١ و ٢ و ٣ السنة الحادية عشرة .
- ٨- الوقائع المدلية :
- الاعداد : ٤ و ٧ السنة الاولى ، ١٩ و ٢٦ و ٢٨ و ٣١ السنة
الثانية ، ٣٤ و ٤٣ و ٥١ السنة الثالثة .

"قرارات المحكمة التمييز غير منشورة"

- ١- القرار المرقم ٧٦٦/م/٤/١٩٨١ ت ٥٧٦ والمؤرخ ١٩٨١/١٢/٨ .
- ٢- القرار المرقم ٤٣/مدنية ثالثة عقار/١٩٧٢ والمؤرخ ١٩٧٢/٣/٢ .
- ٣- القرار المرقم ١٦٢/هيئة موسعة أولى/١٩٨٠ والمؤرخ ١٩٨١/٢/٢٥ .

"القوانين"

- ١- مجلة الاحكام المدلية .
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ .
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٤- الدستور المؤقت الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠ .
- ٥- قانون اصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ .
- ٦- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
- ٧- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٨- قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ .
- ٩- قانون الكتاب المدول رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٧ .
- ١٠- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
- ١١- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .
- ١٢- قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

"الوقائع العراقية"

- الاعداد : ٢٥٧٣ و ٢٦٢١ و ٢٨٣٩ و ٢٨٦٩ و ٢٨٧٦ و ٢٩١٨ .
- و ٢٩١٩ و ٢٩٢٧ و ٢٩٣٢ و ٢٩٧٤ .

SUMMARY

In this thesis we have researched the conclusion of sale of Estate , contract in Iraq civil code. This contract can not be concluded unless it is recorded officially in the concerned body , " Estate Recording office" .

Any Estate is divided in the : Estate by its nature and Estate by specialization .

We have discussed the idea of formalization as a constituent element of sale of Estate through historical perspective from the Romans up to modern times.

Since the Iraqi Civil Code has considered "formalization as a constituent element in sale of Estate, we have discussed the case in sale of Estate takes place outside the "Estate recording office", exposing office" , exposing its nature and its effects trying to state that failing in transferring the property of Estate in this case does not stop in compensation only but the seller would be obliged , in certain cases , to execute his undertaking by recording this agreement in the official body , " Estate Recording Office " .

This is in harmony with the Revolution command council Resolution No 1198 for the Year 1977 according to which certain rules have been changed . This Resolution has been a subject of a study to analyse its elements and conditions .