

القيود الواردة على حرية الإرادة باكتساب الملكية اتفاقاً

الاستاذ المساعد الدكتور

عزيز جواد

المقدمة

القاعدة العامة في القوانين الحديثة ان مجرد اتفاق شخصين على شي ما يستتبع التزامهما او احدهما في حدود ما اتفقا عليه بالاتفاق يصبح ملزماً بمجرد توافر الرضا لدى طرفيه دون حاجة الى اجراء اخر، طالما ان هذا الاتفاق لا ينطوي على مخالفة للنظام العام او حسن الاداب، وتفسير ذلك ان القوانين الحديثة تأخذ كقاعده عامة بالمبدأ المعروف بمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بان الإرادة وحدها تكفي لنشؤ الالتزام.

ان هذه القاعدة لم تكن وليدة اليوم، لذلك لا بد من معرفة التطور التاريخي لها. القانون الروماني: لم يكن القانون الروماني يعطي الإرادة السلطان الذي نراه اليوم في القوانين الحديثة، فلا يكفي ان يتفق شخصان على امر حتى يكتسب اتفاقهما قوة ملزمة وحتى ياخذ القانون ماخذ اعتبار، وانما كان من الضروري لكي يصبح الاتفاق ملزماً، ان يصاغ في قالب معين او ان يحاط بظروف خاصة، فاتفاق الإرادتين اذن لا يكفي في ظل القانون الروماني لقيام عقد او نشؤ التزام، وقد عبر الفقهاء الرومان عن هذه القاعدة بقولهم: ان الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام او ان "الاتفاق المجرد لا يتولد عنه دعوى"، فالمبدأ السائد في القانون الروماني اذن هو مبدأ الشكلية الذي يقضي بضرورة ان تصاف الى عنصر الرضا عناصر اخرى لكي يصبح الاتفاق ملزماً⁽¹⁾.

(1) محمود سلام زنتاتي، نظم القانون الروماني - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٦٦ - صفحة ١٤٤.

- اذا كان القانون الروماني لم يعرف مبدأ سلطان الارادة وهو ذلك المبدأ الذي ظهر في العصور الوسطى تحت تاثير القانون الكنسي والذي انتقل بعد ذلك الى التقنيات الحديثة، ومن بينها القانون الفرنسي، اذ من خلال احكام المواد ٧١١ و ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، نجد ان الملكية تنتقل بتاثير الالتزامات اذ ان العقد المعقود هو الذي يحكم بين اطراف العلاقة، يعني ذلك ان القانون الفرنسي الذي يعتبر الملكية حق مقدس قد اقر حرية التملك، ونقل الملكية كاتر من اثار العقد، فالعقد سواء كان بيع او هبة، فهو ينقل بحد ذاته الملكية او الحق العيني من الناقل الى المكتسب منذ لحظة انعقاد العقد بدون حاجة الى اجراء اية عملية اخرى حتى لو كان الشيء محل العقد لم يسلم، وفي الحالة الاخيرة التي يحتفظ البائع بالشيء، فانه لم يعد مالكا وانما يكون المالك (المشتري)^(١).

- ان مبدأ حرية التعاقد مبدأ هام في الشريعة الاسلامية، فالارادة المجردة تكفي لاكتساب حق من الحقوق او للتحمل بالتزام من الالتزامات، لاتخضع في هذا لاي قيد من قيود الشكلية، كما كان الحال في القانون الروماني، ومنشأ هذا الدور الذي يعطي للارادة في الشريعة الاسلامية هو القران والحديث^(٢).
على انه بجانب هذا المبدأ الجوهري، مبدأ حرية التعاقد، توجد بعض الاستثناءات، فهناك عقود لاتكفي فيها مجرد الارادة، بل لابد من اتخاذ شكلية معينة، كالاشهاد في عقد الزواج والقبض في الهبة.

(١) انظر: الكنسي في: القانون المدني - الاموال، منشورات دلولز - الطبعة الثانية - صفحة ٤٤٠،
فقرة رقم ٨-٥.

(٢) قال الله تعالى " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود، وافوا بالعهد ان العهد كان مسئولاً، واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم، ولا تتقضوا الايمان بعد توكيدها، وقال النبي (ص): لا امان لمن لا امانة له، ولا دين لمن لا عهد له.

موقف القانون العراقي:

المبدأ العام في القانون العراقي ان الايجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد (المادة ٧٣/مدني) وان الملكية تنتقل بالعقد في المنقول والعقار (المادة ١/١١٢٦ مدني) واكد المشرع العراقي مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الارادة في نقل الملكية في مواد عنيده، فالمادة ٢٤٧/ مدني قضت بان الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وفي عقد البيع ايضاً، اكد المشرع ان الملكية تنتقل كآثر من اثار عقد البيع دون حاجة الى اتباع اية اجراءات، فقد جاء في المادة ٥٣١/مدني (اذا كان المبيع عيناً معينة بالذات او كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، واما اذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالافراز).

ان هذا المبدأ العام، والذي يتفق واحكام الشريعة الاسلامية، قد اورد المشرع العراقي عليه استثناءات من شأنها ان تقيد الارادة في تكوين العقد، وفي نقل الملكية، فالعقد الناقل لملكية العقار لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون، وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(١)، وهذا القيد الشكلي الذي لم تقره بعض القوانين، كالقانون الفرنسي، قد توسع في القانون العراقي عندما اشترطه المشرع كركن من اركان بيع المركبة المشمولة باحكام قانون المرور رقم ١٩٧١/٤٨^(٢). وهناك استثناء اخر اوردته المشرع العراقي على حرية الارادة في اكتساب الملكية، اخذاً بنظر الاعتبار طبيعة العقد، ففي عقد الهبة اذا كان محله منقولاً، فلا تتم الهبة إلا بالقبض (المادة ٦٠٢ مدني).

اذا كان هذا الاستثناء يتفق مع احكام الفقه الاسلامي، فانه قد اضاف استثناء اخر يتعلق بعقد القرض واصبح هذا العقد من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض وهذا ما ورد في المادة ١/٦٨٦ مدني، بالقول: (يملك المستقرض العين المقرضه

(١) انظر : المواد ٩٠، ٥٠٨، ٢/١٢٦ و ٦٠٣/مدني.

(٢) المادة الخامسة فقرة ٥، من قانون المرور رقم ١٩٧١/٤٨ المعدل.

بالقبض ويثبت في ذمته مثلها). يذهب العلامة المرحوم السنهوري الى ان المشرع العراقي كان متأثرا بالقانون المصري الذي كان متأثرا بالقانون الفرنسي الذي تأثر بدوره القانون الروماني^(١).

اهمية البحث:

ان ما دفعنا الى دراسة هذا الموضوع عدة اسباب اهمها:

- ١- لاحظنا ان المشرع العراقي قد توسع في تقييد حرية الارادة في تكوين العقد وفي نقل الملكية، فهو قد قيد حرية الارادة اذا كان محل العقد مركبه مشموله باحكام قانون المرور، اذ ان العقد لا يتم إلا بالتسجيل، كما انه كان قد توسع في القيد العيني متجاوزا احكام الشريعة الاسلامية، وهو ما نراه في عقد القرض.
- ٢- ان المشرع العراقي قد رتب اثارا في عقد بيع العقار تختلف عن عقد بيع المركبة اذا تخلف شرط التسجيل.
- ٣- ان القضاء لم يستقر على راي ثابت فيما يتعلق بالاثار التي تترتب على حالة نكول بائع العقار عن التسجيل.

خطة البحث: تكون خطتنا في معالجة موضوع البحث على النحو الاتي:

الفصل الاول: ماهية القيود، ويتكون من مبحثين:

المبحث الاول: التسليم

المبحث الثاني: التسجيل

الفصل الثاني: اثار القيود، ويتكون من مبحثين

المبحث الاول: حكم العقد عند تحقيق القيد.

المبحث الثاني: حكم العقد عند عدم تحقق القيد.

(١) انظر السنهوري- الوسيط ج ٥ صفحة ٤٢، محمود سلام زناتي: المصدر السابق-ص ١٤٩.

الفصل الاول

ماهية القيود

نقصد بالقيود التي ترد على حرية الارادة باكتساب الملكية اتفاقاً، هي تلك الاحكام التي وضعها المشرع لتمكن من انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد، بل لا بد من تحقق هذه الاحكام لكي ينعقد العقد وتنتقل الملكية.

وهذه القيود هي التسليم باعتباره ركنا من اركان العقد والتسجيل في الدائرة المختصة.

لذلك سنبحث في المبحث الاول في التسليم ونخص المبحث الثاني الى التسجيل.

المبحث الاول: التسليم

سنبحث في مقدمة هذا المبحث الاصول التاريخية للتسليم وشروطه وكيفية تحققه، ثم نقسمه الى مطلبين، المطلب الاول سيخصص الى التسليم الذي لا يقيد الاراده، والمطلب الثاني سيتناول التسليم الذي يقيد الاراده.

في ظل القانون الروماني، من اجل نقل الملكية يقتضي اجراء عمليتين قانونيتين الاولى هي ان العقد ليس له اثر إلا بانشاء التزامات على طرفي العقد، وخاصة بالنسبة الى الناقل، اذ يلتزم بنقل ملكية الشي وتسلمية الى المكتسب، اما العملية الثانية، فهي التزام الناقل بتمكين المشتري من حيازة الشي وجعله تحت سلطته، وهذه العملية ذات طابع علني، او على الاقل ان تكون ذات مظهر اشهادي يدل على انتقال الملكية او الحق العيني^(١).

وفي قانون جستنيان، اصبح التسليم الطريقة الوحيدة لنقل الملكية بصوره اختيارية (بالعقد) واصبح يؤدي الى اكتساب الملكية المدنية في كل الحالات^(٢).

(١) انظر اليكس فيي: مصدر سبق ذكره، ص ٤٤٠.

(٢) محمد سلام زناتي: المصدر السابق، صفحة ٣٧٣.

اما في ظل القانون الفرنسي الحالي، فان شرعي القانون يعتقدون انه لافائده من الرجوع الى القواعد التقليدية، اذ ان العقد يجعل المكتسب مالكا دون حاجة الى العنصر المادي التقليدي (التسليم)، هكذا عبرت المادة ١١٣٨ عن هذا الراي بالقول: ان الالتزام بتسليم الشي يكتمل بمجرد تراضي الطرفين ويجعل المكتسب مالكا، ويتحمل مخاطر الشي منذ لحظة انعقاد العقد. أي ان الالتزام بالتسليم ينشا منذ لحظة انعقاد العقد^(١).

واكد المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في عقد الهبة، اذ قضت المادة ٩٣٨/مدني فرنسي- تكتمل الهبة بمجرد تراضي الطرفين- وان ملكية الشي الموهوب تنتقل الى الموهوب له دون حاجة الى أي اجراءات رسمية.

- اما موقف الشريعة الاسلامية، فان التسليم لايعتبر قيذا على حرية الارادة باكتساب الملكية، اذ ان الملكية تنتقل مباشرة ويصبح المشتري للعقار او للمنقول مالكا للمبيع بمجرد انعقاد العقد^(٢). لان الارادة تلتزم وتلتزم بمجرد صدورها واقترائها باراده اخرى^(٣)

إلا ان الفقه الاسلامي يقرر استثناء على هذه القاعدة، ففي عقد الهبة فانها لا تتم إلا بالتسليم او بالقبض.

-القاعده العامة في القانون العراقي، ان التسليم لايعتبر قيد على الاراده وهو ما نراه في المواد ١/١١٢٦ و ٢٤٧ و ٥٣١/مدني. ولكن يرد على هذه القاعدة استثناءات من شأنها ان تقيد الاراده، ويقتصر ذلك على المنقول دون العقار وفي عقدي الهبة والقرض دون عقد البيع (المواد ٦٠٢ و ١/٦٨٦ مدني).

(١) اليكس في - مصر سبق ذكره- صفحة ٤٤٠.

(٢) السنهوري- الوسيط - الجزء ٤- ص ٤٠٩.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم- الوجيز في القانون المدني/الجزء الاول- ص ٣٨.

المطلب الاول: التسليم لايقيد الاراده

من بين التزامات البائع، تسليم المبيع الى المشتري عند نقده الثمن (المادة ٥٣٦-مدني) ولايتحقق إلا بتوافر الشروط التالية:

١- ان يكون المسلم مالكا للشيء واهلا لنقل ملكيته: وهذا الشرط ماهو إلا تطبيق للقواعد العامة من ان التسليم يصدر من مالك الشيء، إلا انه قد يصدر التسليم من غير المالك اذا كان له حق التصرف في الشيء، إلا انه قد يصدر التسليم عن غير المالك اذا كان له حق التصرف في الشيء كما هو الحال بالنسبة للولي او القيم، كذلك ينبغي ان يكون اهلا للتصرف فيه، فالتسليم لايترتب عليه انتقال الملكية اذا كان الناقل غير اهل للتصرف في ملكه اذا وقع من مجنون او سفيه او صبي غير مميز.

٢- لكي يكون التسليم منتجا لاثره فانه لابد من أن يكون العقد نافذا وصحيحاً، اذ ان التزام البائع بالتسليم ماهو إلا التزام تبعية للالتزام الاصيلي، فاذا كان العقد باطلا بطل التسليم.

٣- ان يكون المبيع عيناً معيناً بالذات، واذا كان معيناً بالنوع او مثلياً فانه لابد من افرازه (المواد ٢٤٧-٢٤٨-٥٣١ مدني)

اما الكيفية التي يتم بها التسليم فهي: ان يكون تسليم فعلي، وبه يتم وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، او ان يكون التسليم حكماً، ويتم بمجرد تراضي المتعاقدين على ان المبيع تم تسليمه، فهو بمثابة اتفاق او تصرف قانوني وليس بعمل مادي، فاذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك، فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع بد ضمان او يد امانة^(١).

والتسليم الذي لايقيد الاراده في تكوين العقد ونقل الملكية قد يرد على عقار وقد يرد على منقول.

(١) انظر المواد ٥٣٨ و ٥٣٩ مدني عراقي.

أولاً: التسليم في العقار

بموجب احكام القانون المدني، فان بيع او هبة العقار لا يتم إلا بتسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، وبالتسجيل تنتقل الملكية، ولكن قد يتم التسليم قبل التسجيل او ان يتم التسجيل ولم يتم البائع بالتسليم، فما هي طبيعة التسليم؟
أ- طبيعة التسليم قبل التسجيل

القاعده العامة في القانون العراقي ان بائع العقار غير ملزم بتسليم العقار الى المشتري قبل التسجيل، اذ ان العقد لا يعتد به في هذه المرحلة، ولا يستطيع المشتري مطالبة البائع بوجوب تسليم العقار حتى لو كان قد دفع الثمن الى البائع. ولكن قد يتفق طرفان على بيع عقار، وقبل القيام بعملية التسجيل قام البائع بتسليم البيع الى المشتري، فهل يغني التسليم عن التسجيل؟

بموجب القانون العراقي فان التسجيل ركن من اركان بيع او هبة العقار، لذلك فان التسليم لا يغني عن التسجيل، والتسليم في الفرضية اعلاه يعتبر من وجهة نظر قضاء محكمة التمييز عمل من اعمال الاباحة^(١). ولا تتوفر فيه شروط الغصب والمطالبة بالمثل^(٢)، وتنتهي الاباحة في العقود التي تتطلب شكلية معينه باقامة الدعوى بطلب استرداد الثمن وليس من وقت صدور الحكم^(٣).

(١) محكمة التمييز: ٣١٤/حقوقية/٦٦/هيئة عامة، في ١٩٦٦/١٢/٢٤، المشاهدي، ص ١٨١، " اذا سلم بائع العقار المبيع خارج دائرة الطابو ذلك العقار الى المشتري فيعتبر ذلك اباحة منه للمشتري للتصرف في العقار".

(٢) محكمة التمييز: رقم ١٢٠٠/م/٩٧١/٤ في ١٩٧١/١٠/٢٥ المشاهدي، ص ١٨٣: " ان تسليم الدار في اتفاق البيع خارج دائرته الطابو يعتبر اباحة للتصرف ولا تتوفر فيه شروط الغصب والمطالبة باجر المثل".

(٣) محكمة التمييز: ٢١٧/٢١٨- مدنية منقول/ ٨٤-٨٥ في ١٩٨٤/١١/٧. مجموعة الاحكام العنلية ١٩٨٤-ص ٣٣.

ب- طبيعة التسليم بعد تسجيل العقار:

قد يتفق طرفان على بيع العقار، ويتم تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لما تطلبه القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، إلا ان البائع لم يقم بتسليم العقار المبيع، فهل يغني التسجيل عن التسليم، ويعتبر المشتري متسلماً بمجرد التسجيل؟

ذكر المرحوم استاذنا شاكراً ناصر^(١) قراراً لمحكمة الصلح مصادق عليه من قبل محكمة التمييز بالقرار المرقم ٩٩٣-٩٤٧ في ١٧/١١/١٩٤٧. جاء فيه "ان المشتري يعتبر متسلماً للدار بحجة تسجيلها باسمه في الطابو"

يرى الاستاذ شاكراً ناصر عكس ذلك ويقول: ان هذا الرأي غير صحيح، ذلك لان التسجيل في الطابو انما هو ركن في بيع العقار، فيه يتم انتقال ملكية المبيع الى المشتري، ولا يعتبر المشتري متسلماً للعقار بمجرد تسجيله باسمه في الطابو، اذ بالتسجيل يتم البيع ولكن لا يتم التسليم، فالتسجيل لا يغني عن التسليم.

اننا نتفق مع رأي الاستاذ شاكراً ناصر، ذلك لان القانون العراقي اعتبر ان الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد وبعد استيفاء الشكل الذي تطلبه القانون، اما التسليم فهو احد التزامات البائع، به يضع البائع الشي تحت تصرف المشتري وضماً يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يحزه بالفعل.

ثانياً: التسليم في المنقول

القاعدة العامة في القانون العراقي، ان ملكية المنقول تنقل بمجرد انعقاد العقد دون حاجة الى شكلية معينة، والتسليم ماهو إلا التزام تبعية لا يقيد الارادة، ولكن المشرع العراقي وفي قانون المرور اورد استثناء على هذه القاعدة، واعتبر عقد بيع المركبة من العقود الشكلية التي لا تتم إلا بالتسجيل في دائرة المرور (المادة الخامسة

(١) الاستاذ المرحوم شاكراً ناصر، الحقوق العينية الاصلية- بغداد- ١٩٧١، ص ١٤٧.

- فقرة (د) من القانون رقم ١٩٧١/٤٨ المعدل) اذا ما هو حكم التسليم قبل التسجيل، وما هو حكمه بعد التسجيل؟

يتفق القضاء في المنقول كما هو عليه في العقار، من ان التسليم قبل التسجيل يعتبر من اعمال الاباحة، ولا يصح الحكم باجر المثل إلا من التاريخ الذي تم بموجبه الرجوع عن الاباحة وعندئذ تحكم المحكمة باجر المثل^(١). اذا تم التسجيل ولم يتم التسليم فانه وكما قلنا بالنسبة للعقار، فان التسجيل لا يغني عن التسليم، اذ بالتسجيل تنتقل الملكية، اما التسليم فهو التزام تبغي يطالب بتنفيذه عندما يتم عقد البيع، فاذا اتفق طرفان على بيع سيارة وتم اتخاذ الاجراءات اللازمة لتسجيل العقد في دائرة المرور، فان الملكية تنتقل الى المشتري بمجرد انعقاد العقد وتمام الشكلية ويستطيع المشتري التصرف في المنقول ولو قبل القبض (٥٣٢-مدني)، ولكن كل هذا لا يعني ان التسليم باعتباره التزاما على البائع (٥٣٦-مدني) قد تم، اذ ان التسليم يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل (٥٣٨-مدني)

المطلب الثاني: التسليم بقيد الارادة في المنقول دون العقار

راينا بان القاعده العامه في القانون العراقي بان التسليم لا يقيد الاراده لا في المنقول ولا في العقار، ولكن المشرع العراقي نظر الى بعض العقود نظره خاصه، ترجع الى طبيعه هذه العقود، اما لخطورتها كما في عقد الهبة، او لطبيعه المحل كما هو في عقد القرض، وجعل التسليم قيدا على الاراده، لا يتم العقد إلا بالقبض او بالتسليم، وسنرى اولاً، التسليم في عقد الهبة، ثم التسليم في عقد القرض ثانياً.

(١) محكمة التمييز: ٨٠/موسعة ٦٠دق/١/١٩٩٠ في ٣٠/٦/١٩٩٠- مجلة القضاء، العددان الاول والثاني/ ١٩٩١، ص ٢١٨: "لا يجوز مطالبه مشتري السيارة باجر مثل استعمالها عند اعادتها للبائع، لان الاستعمال هنا نتيجة اباحة البائع للمشتري باستلامها والانتفاع بها، لقاء انتفاع البائع بثمنها، لذا لا يصح الحكم باجر المثل إلا من التاريخ الذي تم بموجبه الرجوع عن الاباحة وعندئذ تحكم المحكمة باجر المثل.

أولاً: التسليم في عقد الهبة.

وفقاً لقانوننا المدني، فإن نقل ملكية الموهوب المنقول لا تشترط فيه الشكلية الرسمية، كما هو عليه الحال إذا كان الموهوب عقاراً (٦٠٢)، وإنما يتم عقد هبة المنقول بالقبض تطبيقاً لنص المادة ٦٠٣ مدني (لا تتم الهبة في المنقول إلا في القبض)

والقبض الناقل لملكية المنقول الموهوب يكون حكماً أو فعلياً، فالقبض الحكمي لهبة المنقول يتم إذا كان الموهوب بيد الموهوب له عند عقد الهبة، بصيغة ودیعة أو عارية أو رهناً حيازياً أو غصباً، صحت الهبة رتمت ولا لزوم إلى قبض آخر^(١).

وبذلك قضت المادة ٦٠٦/مدني، (إذا وهب احد ماله لمن كان هذا المال في يده اعتبرت الهبة مقبوضة دون حاجة إلى قبض آخر)، كما ان هبة الدين إلى المدين لا تحتاج إلى القبض لتحقيق القبض الحكمي فيها، إذا لم يردده الموهوب له وبه تتم الهبة ويسقط الدين في الحال (المادة ٦٢٣/مدني).

وصورة التسليم الحكمي تتحقق إذا كانت هبة المنقول للصغير من الولي أو من هو في حجره فإنه لا يحتاج إلى قبض حيث يعتبر الصغير مالكا للمال الموهوب بمجرد ايجاب الواهب مادام المال في يده، أو كان ودیعة أو عارية عند غيره ولا يحتاج إلى القبض (٦٠٤-مدني).

أما القبض الفعلي فيسري في شأنه القواعد العامة في التسليم لعدم النص عليه في احكام الهبة وفقاً لاحكام المادة ٥٣٨-مدني.

والقبض أو التسليم في عقد الهبة هو ركن من اركان العقد، إذ لا يتم العقد بدونه، ويترتب على عدم تسليم المنقول الموهوب إلى الموهوب له، بان الموهوب باق في ملك الواهب، ولا يجبر الموهوب له الواهب على التسليم^(٢).

(١) انظر: قرار محكمة التمييز رقم ٣٥٧/٤م/٧٨ في ١٨/٤/٩٧٨، المشاهدي، ص ٧١٥ (إذا كان المال

الموهوب تحت يد الموهوب له فيكون ذلك قبضاً للموهوب تتم به الهبة)

(٢) انظر د. حسن على دنون، العقود المسماة، شركة الرابطة للطبع والنشر صفحة ٣٢.

بالتأكيد ان مثل هذا الشرط من شأنه ان يقيد حرية الارادة في تكوين العقد وفي نقل الملكية واكتسابها، وهو استثناء للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١/١١٢٦ مدني.

ولكن هذه القاعدة تطبق على المنقول غير الخاضع للتسجيل، كما هو عليه في المنقول بصورة عامة، ولكن ماهو الحكم بالنسبة للمنقول الخاضع للتسجيل، كما هو عليه في نقل ملكية المركبة الخاضعة لاحكام قانون المرور؟ أي ان العقد في هذه الحالة، عقدا عينيا لاشتراط التسليم، وفي نفس الوقت عقدا شكليا لاشتراطه التسجيل في دائرة المرور، فهل يشترط تنفيذ هذين الركنين لكي يتم عقد الهبة وتكتسب ملكية الموهوب؟

يذهب العلامة السنهوري^(١)، مستندا الى رأي القضاء المصري من انه اذا وثقنا هبة المنقول في ورقه رسمية، انعقدت الهبة دون حاجة الى أي اجراء اخر شأنها في ذلك شان هبة العقار، فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقه رسمية الى القبض، فالقبض في هبة المنقول ليس اجراء واجبا الى جانب الورقة الرسمية، بل هو اجراء يغني عن الرسمية، فلا محل للجمع بين الرسمية والقبض. ان وجهة نظر القضاء المصري، لا بد من اخذها بنظر الاعتبار، اذ ان التشريع المصري كالتشريع العراقي، اشترط القبض والتوثيق بورقة رسمية لكي تتم الهبة، وان اجتماع العينية والشكلية في عقد واحد من شأنه ان يقيد الارادة وبصورة شديده، كما ان التسجيل في دائرة المرور من شأنه ان يغني عن القبض، فالعقد يعتبر صحيحا وتاما اذا كانت الهبة منصبه على مركبة خاضعة لاحكام قانون المرور قبل التسليم، ويترتب على هذا الرأي ان التسليم يعتبر التزاما تبعا، يلزم الواهب القيام به وفقا للقواعد العامة بالتسليم.

(١) السنهوري، الوسيط، الجزء ٥، ص ٥٣.

ثانياً: التسليم في عقد القرض

القرض هو ان يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها (المادة ٦٨٤-مدني)، ويفهم من هذا التعريف ان القرض عقد رضائي لاعيني فان التسليم لم يذكر فيه على انه ركن من اركان العقد، بل ذكر في المادة ١/٦٨٦: يملك المستقرض العين المقرضه بالقبض ويثبت في ذمته مثلها.

اختلف المشرع العراقي في عقد القرض عن المشرع المصري (المادة ٥٣٨/مدني مصري) اذ ان عقد القرض في القانون المصري عقد رضائي، اما تسليم الشيء فهو التزام ينشئه العقد وليس ركناً فيه ومن ثم فالقرض ليس عقداً عينياً في القانون المصري، خلافاً للقانون العراقي الذي يلتقي بدوره مع القانون المصري السابق (م ٤٦٥-٤٦٦/مدني سابق) الذي يلتقي مع القانون الروماني^(١). ويترتب على ان القبض او التسليم ركن من اركان العقد في القانون العراقي، ان عقد القرض من العقود العينية، فلا يتم إلا بالتسليم ويصبح المقرض مالكا للشيء المقرض بتسلمه وتكون تبعة الهلاك عليه، اما قبل التسليم فلا التزام على المقرض، لان العقد لم يتم، واذ هلك الشيء هلك على المقرض^(٢).

(١) انظر السنهوري، الجزء ٥ - صفحة ٤٢١.

(٢) حسن علي الذنون - العقود المسماة، فقرة ٢٢٣-٢٢٤.

المبحث الثاني: التسجيل هل يقيد الارادة؟

الاصل ان القانون اذا فرض شكلاً معيناً للعقد دون بيان الاثر المترتب على عدم استيفائه، فانه يعني ان استيفاء هذا الشكل هو شرط لوجود العقد لا لاثباته^(١). هذا ماقرره القانون العراقي في المادة (٩٠) بقولها: اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، مالم يوجد نص بخلاف ذلك، واكد هذا المبدأ باكتساب الملكية بالعقد في المادة ٢/١١٢٦ بالنص: والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا اذا روعيت فيه الطريقة المقرره قانوناً. ويقصد بالطريقة المقرره في القانون لنقل ملكية العقار هي المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري رقم ٩٧١/٤٣، حيث قضت المادة ٣ فقرة ٢، بان التصرف العقاري لا ينعقد إلا في دائرة التسجيل العقاري. ولم يقتصر التسجيل كركن من اركان العقد على العقار، بل توسع ليشمل المنقول ايضاً: اذا اعتبرت المادة الخامسة ف٥ من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ٩٧١ المعدل، بان عقد بيع المركبة لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة المرور.

المطلب الاول: التسجيل يقيد حرية الارادة في العقار.

المبدأ العام في القانون العراقي هو ما ورد في المادة ٢/١١٢٦ من القانون المدني، وينصرف هذا المبدأ في عقد البيع وعقد الهبة، فالمادة ٥٠٨/من القانون المدني قضت بان بيع العقار لا ينعقد إلا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي نص عليه القانون. وفي عقد الهبة، نصت المادة ٦٠٢/مدني، بانه (اذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة).

(١) شاكر ناصر - المصدر السابق - ص ٥٤.

وأستقر الفقه والقضاء العراقيين من ان عقد بيع او هبة العقار من العقود الشكلية، فقضت محكمة تمييز العراق بان بيع العقار هو عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(١).

راينا، بان التسليم في العقار لا يعتبر ركنا من اركان العقد، سواء كان بعقد بيع او هبة، فالتسليم التزام تبعي، يلزم البائع بتنفيذه عندما يستكمل العقد اركانه المقرر قانونا ومن بينها التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ويترتب على ذلك، ان عقد بيع العقار قبل التسجيل وبعد التسليم، لا يخول المشتري التصرف بالعقار، فلو كان المشتري مستاجرا، وتم التعاقد ولكن لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري، فانه لا يجوز للمشتري المستاجر التصرف بالعقار اذ ان الملكية لا تنتقل له إلا بعد التسجيل.

والتسليم في هذه الحالة يعتبر في رأي القضاء من اعمال الاباحة وليس غصباً^(٢). وفي عقد الهبة، اذا كان الموهوب له قد استلم العقار الموهوب، وتوفر الواهب قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فان الموهوب له لا يستطيع ان يتمسك بالتسليم لاجل اثبات صحة الهبة، اذ ان عقد الهبة لا يتم إلا بالتسجيل اذا ورد على عقار.

المطلب الثاني: التسجيل هل يقيد الارادة في المنقول؟

القاعده العامه في القانون المدني العراقي هي ان ملكية المنقول تنتقل بمجرد انعقاد العقد (١/١١٢٦) مدني، دون حاجة الى تسجيل العقود والتصرفات الواردة عليه، لذلك (كان القانون يفرق بين العقار والمنقول في بعض الاحكام، فالمنقول يقترن التصرف فيه في الغالب بتسليمه الى الطرف الاخر، والحيازة في المنقول سند

(١) رقم ٥٩/هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩٧١/١/٢٤. المشاهدي ص ١٨٣.

(٢) محكمة التمييز رقم القرار : ١٢٠٠/٤م/ ١٩٧١ في ١٩٧١/١١/٢٥، ان تسليم الدار في اتفاق البيع خارج دائرة الطابو يعتبر اباحة للتصرف ولاتتوفر فيه شروط الغصب والمطالبة باجر المثل منشور في النشرة القضائية- العدد الرابع- السنة الثانية، صفحة ٣٦.

الملكية، ولذا وكقاعده عامه ليس هناك ضرورة لتسجيل العقود والتصرفات الواردة عليه^(١).

ولكن، قوانين خاصة^(٢)، نظمت استثناء على القاعده العامه المنصوص عليها في القانون المدني وجعلت التسجيل في المنقول ركناً من اركان العقد، اذ ورد في المادة الخامسة فقرة (٥) من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ المعدل بان (بيع المركبه لاينعقد إلا اذا سجل في دائرة المرور المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة).

اما قبل هذا القانون فان تسجيل السيارة لم يكن يعتبر ركناً من اركان عقد بيع السيارة بل هو عمل تنظيمي^(٣)، كما ان اثار عدم التسجيل هو حق طلب فسخ العقد بعد الانذار^(٤)، وليس بطلان العقد كما هو عليه في التسجيل باعتباره ركناً من اركان العقد طبقاً للماده ١٣٧/مدني.

اذا فالقاعده العامة في القانون العراقي، ان التسجيل لايقيد الاراده في تكوين العقد ونقل الملكية، والاستثناء هو ما ورد في القوانين الخاصة، كما هو عليه في قانون المرور رقم ٤٨/١٩٧١ المعدل.

ولكن ماثير التساؤل في قانون المرور، وفي المادة الخامسة فقرة (٥) منه ان التسجيل يشترط في البيع، اذ ورد في النص (لاينعقد بيع المركبه....)، فهل يقتصر التقييد على عقد البيع دون عقد الهبة؟

ورد في المادة الخامسة فقرة (١)، بوجوب تسجيل جميع المركبات في سجلات التسجيل عدا العربات والدراجات الهوائية او ما يستثنى بقانون خاص،

(١) الاستاذ شاكر ناصر: المصدر السابق، صفحة ٤٩.

(٢) انظر المادة الثانية من قانون تسجيل المكائن رقم ٣/١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ٢/٥٦ (ان بيع المعمل المحتوي على مكائنة لاينعقد مالم يسجل العقد لدى كاتب العدل، وصدور شهادة تسجيل استناداً لعقد البيع)

(٣) تمييز العراق: رقم ١٧٧١/حقوقية/٩٦٧ في ١٥/٧/٩٦٨. المشاهدي، ص ١٦٦.

(٤) تمييز العراق: رقم ٧٣١/حقوقية ثانية/٩٨١ في ٢/٢/٩٧٢. المشاهدي، ص ١٦٧.

وبينت الفقرة (٣) من المادة الخامسة الاجراءات الواجب اتباعها لتسجيل السيارة عند انتقال ملكية المركبه الى شخص اخر باحد اسباب التملك، وهذه الاجراءات هي، حضور المالك السابق والمالك الجديد لدى ضابط التسجيل والاعتراف امامه بذلك لتاثير ذلك في سجل التسجيل ودفع الرسوم المقرر لنقل الملكية.

نفهم من هذه النصوص ان التسجيل اجراء تنظيمي، يشمل جميع العقود التي من شأنها ان تنتقل الملكية، كالبيع والهبة، فلم يورد المشرع مثل هذا النص، وبالتالي فان عقد الهبة يعتبر صحيحاً قبل التسجيل، ولكن لا تنتقل الملكية إلا بالتسليم باعتباره ركناً من اركان نقل ملكية المنقول في عقد الهبة (٦٠٣/مدني).

يترتب على هذا الراي، انه اذا استلم الموهوب له السيارة الموهوبة، وتوفي الواهب قبل التسجيل، فان الملكية تنتقل لان ملكية المنقول تنتقل بالتسليم في الهبة. هذا الراي يتناقض مع اجراءات التسجيل المنصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة الخامسة من قانون المرور والتي تطلبت حضور المالك السابق والمالك الجديد امام ضابط التسجيل.

نعتمد بان هذا التناقض خلقه المشرع، نظرا لوجود نقص في التشريع مما يقتضي وضع قاعده عامه، باعتبار العقد الناقل لملكية السيارة باطل اذا لم يسجل في دائرة المرور، ليسري على عقد البيع وعلى عقد الهبة، ولا يكون التسليم وحده كافيا لنقل ملكية السيارة الموهوبة، بل لابد من اتباع الاجراءات الخاصة للتسجيل المنصوص عليها في المادة الخامسة -فقرة ٥- من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١.

الفصل الثاني

اثار القيد

راينا في الفصل الاول، بان التسجيل والتسليم هما القيود التي تقيد الارادة في تكوين العقد ونقل الملكية عندما يقرر المشرع بان العقد لا يتم او لا ينعقد بدون تحققها وفق الاجراءات التي رسمها القانون، فاذا نفذ المتعاقدان التسجيل، او التسليم فان العقد يتم او ينعقد وينتج اثاره، ولكن قد ينكل أحد المتعاقدين، فيمتنع عن القيام بالتسجيل او التسليم، وفي هذه الحالة فان العقد لا ينعقد ولكن ماهي الاثار التي تترتب على النكول او الامتناع.

هذا ما سنراه في هذا الفصل بعد ان نقسمه الى مبحثين، المبحث الاول سنستعرض فيه حكم العقد عند تحقق القيد، والمبحث الثاني الذي سيخصص الى حكم العقد عند عدم تحقق القيد.

المبحث الاول: حكم العقد عند تحقق القيد

نقسم هذا المبحث الى مطلبين، المطلب الاول يتعلق باثار تحقق التسليم، والمطلب الثاني سيكون مخصص لاثار تحقق التسجيل.

المطلب الاول: اثار تحقق التسليم

يتم التسليم بوضع الشي محل العقد، تحت تصرف المكتسب في الزمان والمكان المعنيين، ففي عقد الهبة تنتقل ملكية الموهوب الى الموهوب له (المادة ٦١٣/مدني) ومن المقرض الى المقترض، والاثار تتعلق بالمتعاقدين من جهة، وبالغير من جهة اخرى.

اولاً: اثار تحقق التسليم على المتعاقدين

في عقد الهبة الذي محله منقولاً، او في عقد القرض الذي غالباً ما يكون محله مبلغ من النقود، فان قيام الواهب بتسليم الموهوب، فعلياً او حكماً، او قيام المقرض

بتسليم المقرض مع قانونية اركان العقد الاخرى، فان الملكية تنتقل من الواهب الى الموهوب له، او من المقرض الى المقرض، ويترتب على ذلك النتائج التالية.

اذا كان الشي محل العقد قد سلم تسليمًا حكميًا، أي انه كان بيد الواهب او المقرض، وهلك هذا الشي بسبب اجنبي فانه يهلك على المكتسب، كما ان ثمار الشي تكون له، واذا ما هلك الشي بسبب حادث وكان مؤمنا عليه، فان التعويض يكون لمصلحة المكتسب. كما ان دائني الموهوب له او المقرض يستطيعوا ان يحجزوا على الشي لانه بالاستلام دخل في الذمة المالية، وعلى العكس من ذلك لا يستطيع دائنو الواهب او المقرض اتباع الحجز على الشي محل العقد بعد التسليم لانه خرج من الذمة المالية.

هذه الاحكام تنطبق على المنقول بصورة عامة، إلا انها لا تنطبق على المركبه الخاضعة لاحكام قانون المرور، اذ ان ملكية المركبه لا تنتقل بالتسليم، وانما تنتقل بالتسجيل في دائرة المرور، ويصبح التسليم اثر من اثار العقد وليس ركنا من اركانه، ويستطيع الموهوب له ان يطالب الواهب او ورثته بالتسليم اذا تم التسجيل، اذ يعتبر العقد صحيحاً قبل التسليم. ولكن هل يستطيع احد المتعاقدين الرجوع عن التسليم؟

ان الرجوع عن التسليم يعني الرجوع عن العقد، وحيث انه، وتطبيقاً للقواعد العامة، فان الرجوع عن العقد لا يتم إلا اذا كان هناك سبب قانوني، ولكن هناك احكام خاصة بعقد الهبة اجازت الرجوع عن الهبة او التسليم كاتر من اثار فسخ الخطبة باعتبار ان الخطبه هي الدوافع للهبة، وبهذا قضت محكمة تمييز العراق بانه (اذا كانت الاموال المدعى بها قد سلمت من قبل المدعي الى المدعي عليها على اساس الخطبة، ثم فسخت الخطبه، فيتعين على الموهوب له ان يردها للواهب، اذا طلب ذلك، مادام الموهوب قائما وممكنًا رده بالذات عملاً باحكام المواد ٦١٢

و٦٢٣/مدني عراقي و ٣/١٩ من قانون الاحوال الشخصية رقم
١٩٥٩/١٨٨ المعدل^(١)

ثانياً: اثار تحقق التسليم على الغير:

قلنا في الفقرة السابقة، بان التسليم باعتباره ركن من اركان عقد الهبة وعقد القرض، فبتحققه تنتقل الملكية ويخرج الشي من ملكية الناقل الى ملكية المكتسب، وهذا يعني بان دائني او ورثة الاول (الناقل) لا يستطيعوا ايقاع الحجز او المطالبة بالشي محل العقد بعد التسليم، وعلى العكس من ذلك لدائني وورثة الثاني (المكتسب) حق ايقاع الحجز او المطالبة بالشي الذي دخل في الذمة المالية للمكتسب بعد التسليم. ولكن من أي تاريخ اثار التسليم؟ لما كان التسليم ركن من اركان العقد فبتحققه تنتقل الملكية، لذلك فان سريان اثار التسليم على الغير يكون من تاريخ التسليم سواء كان التسليم فعلياً او حكماً وعلى الغير اثبات هذا التاريخ.

والسؤال الذي يمكن ان نطرحه، هل يجوز للغير الطعن بالتسليم؟

ان التسليم ركن من اركان العقد في عقد الهبة وفي عقد القرض، فالطعن به يأتي من خلال الطعن في العقد، والغير يستطيع ان يطعن بالعقد على اساس بطلان العقد، اذ ان التمسك بالبطلان يجوز للمتعاقدين كما يجوز للغير، وللغير ايضاً ان يطعن بعدم نفاذ التصرف بحقه استناداً للمادة ٢٦٣/مدني التي اجازت لكل دائن اصبحت له مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضاربه ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه.

ففي عقد الهبة التي اشترط القانون فيها ان لا تكون ضاربه بالدائنين (المادة ٦١٠/مدني)، ونفذ التسليم، فان التصرف لا ينفذ في حق الدائن (الغير) حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية، وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشاً (المادة ٢/٢٦٤ مدني)

^(١) محكمة تمييز العراق: رقم ٤٣٢/استئنافية/١٩٨٥ في ١٤/١/٩٨٧، المشاهدي، صفحة ٧١٧.

ولكن عدم نفاذ التصرف لا يؤدي الى اعادة الشيء، وانما يبقى العقد صحيحاً وناظداً بين المتعاقدين، ولكنه لا ينفذ بحق الغير.
إلا انه يجوز للغير (ورثة الواهب) طلب ابطال الهبة، التي ستؤدي الى الرجوع في التسليم، اذا قتل الموهوب له الواهب عمداً (المادة ٦٢٢/مدني).

المطلب الثاني: اثار تحقق التسجيل

تسجيل العقد في دوائر الدولة الرسمية، ركن من اركان العقد الناقل لملكية العقار سواء بالبيع (المادة ٥٠٨ مدني) او بالهبة (٦٠٢ مدني)، وركن من اركان عقد بيع المركبه الخاصة للتسجيل وفقاً لاحكام قانون المرور رقم ١٩٧١/٤٨ المعدل.

وبتحققه تنتج اثار بالنسبة للمتعاقدين من جهة وبالنسبة للغير من جهة اخرى.

اولاً: اثار تحقق التسجيل بالنسبة للمتعاقدين

ان العقد الشكلي لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل الذي فرضه القانون (المادة ٩٠/مدني) وبانعقاد العقد بعد التسجيل تنتقل الملكية سواء بالنسبة للتصرفات الناقلة لملكية العقار كالبيع (المادة ١١٢٦/٢ مدني) والهبة (٦١٣/مدني) او بالنسبة لبيع المركبه الخاضعة لاحكام قانون المرور (المادة الخامسة فقرة ٥ مرور)، عليه فان الاثر الاساسي للتسجيل بالنسبة للمتعاقدين هو انتقال الملكية متى كانت مملوكة للبائع او الواهب عند انعقاد العقد او تمام العقد، اذ ان بيع ملك الغير لا ينتقل الملكية ما الى المشتري ولو سجل^(١).

يترتب على انتقال الملكية من البائع الى المشتري او من الواهب الى

الموهوب له مايلي:

يكون للمشتري او الموهوب له حق التصرف في العقار او المركبه باعتباره

مالكا لها ولو قبل ان يتسلم الشيء محل العقد، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٥٣٢- مدني:

(١) السنهوري- الوسيط- ج٤- صفحة ٥٠٩.

للمشتري ان يتصرف في المبيع عقاراً كان ام منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض.

يترتب على انتقال الملكية بالتسجيل، ان الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض والتسجيل، كالثمره والنتاج لا تكون حقاً للمشتري، ولا يتحمل تكاليف المبيع، اذ ان الحكم الوارد في المادة ٢/٥٧٢، مدني يسري على عقود البيع الرضائية والتي تنتقل الملكية فيها عند انعقاد العقد.

اذا افلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ولكن بعد تسجيل العقد وفقاً لما تطلبه القانون، جاز للمشتري ان ياخذ عين المبيع من تفليسه المشتري باعتباره قد اصبح مالكا له، دون ان يزاحمه فيه دائنو البائع. يبقى ان نتساءل، من أي تاريخ تنتقل الملكية، هل من تاريخ انعقاد العقد او من تاريخ التسجيل؟

اعتقد، بان القانون العراقي اعتبر ان تاريخ التسجيل هو الوقت الذي تنتقل الملكية، وليس للتسجيل اثر رجعي، اذ بالتسجيل يتم العقد^(١).

ثانياً: اثار تحقق التسجيل بالنسبة للغير

وفقاً لاحكام المادة ٤٥٤ مدني، تعتبر الوثائق الرسمية، ومن ضمنها سجلات الطابو الدائمة، وسندياتها، وسجلات التسوية تعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها مالم يطعن بها بالتزوير.

والمقصود بسند الطابو الدائم، هو سند العقار المسجل في دائرة التسجيل العقاري، كما ان النص يشمل سجلات المرور باعتباره من الوثائق الرسمية. نفهم من نص المادة ٥٤٥/مدني، ان الغير لا يستطيع ان يطعن بانتقال الملكية بعد تسجيل العقد، ويسري على العقار والمنقول، إلا على اساس الطعن بالتزوير، حتى ان القانون وفي المادة ١٤٩/مدني، لم يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري.

(١) انظر: الاستاذ شاکر ناصر - المصدر السابق - صفحة ٥٩.

نقف قليلا عند نص المادة ١٤٩/مدني، اذ ان هذا النص يسري على العقار دون المنقول، ولكن بعد صدور قانون المرور لسنة ٩٧١، الذي اعتبر التسجيل ركن من اركان العقد، فهل يسري نص المادة ١٤٩ على المركبة ايضاً بعد تسجيلها. لصراحة النص، الذي يقتصر تطبيقه على العقار دون المنقول، فان الطعن في الصورية بالنسبة للمنقول (المركبة) جائز بالنسبة للغير.

الاخذ بهذا الراي يهدد مبدأ استقرار المعاملات، وهو الهدف من تبني مبدأ عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، إلا اننا امام نص صريح، فانه لا بد من تطبيق القواعد العامة في الصورية وبجواز الطعن في التصرفات الواقعة على منقول (المركبة) بعد تسجيله في دائرة المرور.

ولكن، ولكي نكون امام قواعد قانونية منسجمة، فانه لا بد من اضافة نص الى قانون المرور ياخذ بالمبدأ الوارد في المادة ١٤٩/ من القانون المدني، إلا ان الموضوع الاكثر اهمية هو من أي تاريخ يسري اثر التسجيل بالنسبة للغير؟ الجواب على هذا السؤال نجده في قرار لمحكمة تمييز العراق^(١)، يتبين منه، ان تاريخ التسجيل هو الوقت الذي ينعقد فيه العقد اذ به تنتقل الملكية وتاريخه يسري على المتعاقدين وعلى الغير، اما التصرفات القانونية قبل التسجيل ليس لها اثر على المتعاقدين او على الغير، ورد في القرار ما يلي:

(ردت محكمة تمييز العراق، دعوى المدعي المطالب باعادة السيارة اليه عينا او قيمتها ان كانت هالكة، اذا كان قد اشترى السيارة من غير مالكةا الشرعي وباعها الى اخر، فقام هذا ببيعها الى ثالث، والثالث الى رابع، والرابع الى خامس، وتمت جميع هذه البيوع خارج سجل المرور، وقام مالكةا الشرعي المسجله باسمه في دائرة المرور بتسجيلها باسم المشتري الخامس دون الحصول على موافقة المشتري والمدعي بتسجيلها، لان مالك السيارة له حق التصرف فيها حتى لو كانت

(١) محكمة تمييز: ٣٠٦/موسعة اولي/٩٨٨ في ٢٨/٣/٩٨٨. منشور في مجلة القضاء/١٩٩٠/العدد الاول. صفحة ١٩٥

بايدي الغير، فالسيارة تكون قد استردت حقيقة وحكماً، ولا وجه والحالة هذه طلب المدعي الحكم له باسترداد السيارة لاستحالة ذلك عملياً وقانونياً)

والسؤال الذي يمكن ان نثيره ايضاً فيما يتعلق باثر التسجيل على الغير، هل يستطيع الحائز، واضع اليد الدفع بالتقادم، حتى اذا انتقلت ملكية الشيء، سواء ان عقارا او منقولاً بالتسجيل الى شخص اخر؟

راينا بان المادة ٤٥٤ اعتبرت السندات الرسمية، ومن ضمنها سندات التسجيل العقاري، تعتبر حجة على الناس كافة، لذلك لا يستفيد الحائز للعقار بالدفع بالتقادم اذا كان مسجلاً باسم شخص في دائرة التسجيل العقاري، لان التقادم لا يسري على سندات التسجيل العقاري وسجلاتها.

اما فيما يتعلق بالمنقول (المركبه)، فهل يستطيع الحائز التمسك بقاعدة الحيازه في المنقول سند الملكية، او التمسك بقواعد التقادم اذا كانت ملكية السيارة قد انتقلت من شخص الى اخر وسجل هذا التصرف في سجلات المرور؟

القاعده العامة في القانون العراقي هي ان (من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد) المادة ١/١١٦٣ مني عراقي.

نعتقد ان هذه القاعده تطبق على المنقول الذي تنتقل ملكيته بمجرد انعقاد العقد، اما في المنقول الذي تنتقل ملكيته بالتسجيل، فانه لا يمكن التمسك باحكام هذه القاعده، لان الملكية لا تثبت إلا بالتسجيل بالنسبة الى المركبه، كما انه لا يستطيع الحائز الدفع بالتقادم لان التقادم مثلما لا يسري على سندات التسجيل العقاري فانه لا يسري ايضاً على سجلات المرور.

قد يتصرف مالك الشيء تصرفاً ضاراً بدائنيه، كأن يهب داراً او مركبه، وسجل هذا التصرف في دائره المختصة، فهل للغير حق اقامة دعوى يطلب فيها بطلان التصرف.

الواقع، ان القانون اعطى الحق للغير بجواز اقامة دعوى على مدينه اذا كان قد صدر منه تصرفاً مالياً من ذمته المالية ويجعله معسراً، وتسمى هذه الدعوى

بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين بحق دائنيه، ومن اثارها ان العقد يبقى قائماً نافذاً بين المتعاقدين، إلا انه لا ينفذ بحق الغير، وقد تدخلت محكمة التمييز في هذا المجال، الاول يتعلق بالعقار^(١)، والثاني بالسيارة^(٢).

المبحث الثاني: حكم العقد عند تخلف القيد

نقصد بتخلف القيود، عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ القيد، أي بتنفيذ التسليم، او النكول عن تسجيل العقد باسم المشتري او الموهوب له، لذلك سنبحث في حكم تخلف التسليم (المطلب الاول) ثم في حكم تخلف التسجيل، (المطلب الثاني).

المطلب الاول: حكم تخلف التسليم

البحث في اثار تخلف التسليم، يقتضي بيان الاثار بالنسبة للمتعاقدين اولاً ثم بالنسبة الى الغير

اولاً: اثار تخلف التسليم بالنسبة للمتعاقدين

لبيان اثار تخلف التسليم يقتضي تحديد طبيعة العقد عند تخلف التسليم.

(١) تمييز العراق: ١٢/هيئة عامة/٩٧٢ في ٩/١٢/٩٧٢- منشور في- النشرة القضائية العدد الرابع: السنة الثالثة، صفحة ٦٩: (ان دعوى عدم نفاذ التصرف لا تؤدي الى ابطال قيد الطابو، بل يكفي بتأشير الحكم في دائرة التسجيل العقاري بعدم نفاذ التصرف بحق المدعي فقط ويبقى عقد البيع قائماً بين طرفيه منتجا لآثاره بحقها.

(٢) تمييز العراق: ٢٢/استئنافيه/٨٥-٨- في ٢٢/٦/٩٨٦، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول والثاني/١٩٨٦ صفحة ٥٣.

(عدم نفاذ البيع الواقع بين المستأنف والمدعي عليه الاول بخصوص السيارة المذكورة وفسخ الفقرة الحكمية الخاصة بابطال تسجيل السيارة الجاري باسم المستأنف، حيث ان اثار الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين يكون قاصراً بالنسبة للدائن المستأنف عليه فقط، ولا ينصرف الى العلاقة العقدية الموجودة بين المستأنف والمدعي عليه الاول، لان الدعوى البوليسية هي دعوى عدم النفاذ بحق الدائن فقط، وليس دعوى بطلان، بل يبقى العقد قائماً بين المتعاقدين).

اختلف الفقه في تحديد طبيعة العقد اذا ماتخلف التسليم، فيذهب البعض^(١) الى ان عقد القرض وعقد الهبة من العقود العينية، والتسليم هو ركن من اركان العقد، يترتب على ذلك بان تخلف ركن التسليم يؤدي الى بطلان العقد، وتطبيقاً للقواعد العامة في البطلان، من كون العقد لاينتج اثاراً، لذلك لايجوز للموهوب له اجبار الواهب على تنفيذ التزامه بالتسليم، او مطالبة الواهب بالتعويض عن الضرر الذي قد تولد له على اساس المسؤولية التعاقدية، وانما يمكن المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية اذا توافرت شروطها.

اما الراي الاخر، فيرى وفي نطاق عقد القرض، كان المقترض في القانون المصري القديم يستطيع ان يجبر المقرض على الوفاء بالتزامه عندما كان القرض عقداً عينياً، ولكن لا بمقتضى عقد القرض الذي كان لا يتم إلا بتسلم النقود الى المقرض، بل بمقتضى الوعد بالقرض، فهو عقد ملزم للمقرض بمجرد التراضي، ويضيف السنهوري (على انه لا توجد اهمية عملية من القول بان القرض عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم، مادامت الرضائية هي الاصل في التعاقد^(٢)).

الواقع، ان القانون العراقي لم يتضمن نصاً يقضي ببطلان العقد العيني اذا تخلف التسليم، كما نراه في العقد الشكلي في المادة ٣/١٣٧ التي قضت باعتبار العقد باطلاً اذا لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون، ولكن تكيف الفقه العراقي للتسليم كركن من اركان العقد، فان تخلفه يؤدي الى ابطال العقد، وهذا يعني تطبيق القواعد العامة في البطلان المنصوص عليها في المادة ٢/١٣٧ مدني التي ورد فيها (فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل....)

يترتب على هذا الراي، انه لايجوز لاي من المتعاقدين الزام الطرف الاخر بتسليم الشيء محل العقد، اذ لا يترتب على البطلان أي اثر، إلا انه اذا ماتولد ضرر عن تخلف التسليم فللمتضرر الحق بالمطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية، وليس على اساس المسؤولية التعاقدية.

(١) د.حسن الذنون، في العقود المسماة/بغداد/١٩٥٤ فقرات ٢٢٣ و ٢٢٤

(٢) السنهوري- الوسيط، الجزء الخامس، صفحة ٤٢٢ و ٤٥١.

نعتقد، بأنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي بصورة مطلقة خاصة بعد التطور التشريعي بالنسبة الى بيع المركبه، اذ لا يتم عقد بيع المركبه إلا بالتسجيل، ويترتب على ذلك كما قلنا، بان تسجيل عقد بيع السيارة يغني عن التسليم، عليه فان هبة السيارة وتسجيلها باسم الموهوب له يغني عن التسليم ايضاً، ويصبح العقد تاماً استناداً الى قانون المرور وتنقل الملكية بالتسجيل، اما التسليم الذي لا تتم الهبة بدونه فيصبح التزاماً تبعياً، يستطيع الموهوب له الزام الواهب بالتسليم.

كما انه وفي عقد الهبة ايضاً، فاذا كانت بعوض، وقام الموهوب له بتنفيذ الشرط، ولم يقم الواهب بتسليم الهبة بصوره كامله، يجوز في هذه الحالة للموهوب له طلب فسخ الهبة، والمطالبة بالتعويض ليس على اساس عقد الهبة، وانما على اساس عقد اخر تحول اليه العقد الباطل.

اما فيما يتعلق بعقد القرض، الذي لم يظهر المشرع العراقي حدا ادنى من الوضوح لاعتبار التسليم ركن من اركان العقد، او حتى لتام العقد كما في عقد الهبة، اذ يبدو لنا ان نص المادة ١/٦٨٦ مدني عراقي قد اعتبر القبض التزام بنقل الملكية وعند تحققه تنتقل الملكية ويثبت في ذمة المقترض مثلها، ومما يدعم راينا هذا، ان الفقرة (٢) من المادة ٦٨٦/٢ قد فرقت بين مرحلة ما قبل القبض، وما بعد القبض، فهي قد وصفت مرحلة قبل القبض بالعقد، ومرحلة ما بعد القبض، بعقد القرض، اذ ورد فيها: فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض.

يترتب على هذا الرأي، ان تخلف التسليم في عقد القرض يؤدي الى بطلان عقد القرض، ولكنه يتحول الى عقد اخر، ما هو في حقيقته إلا وعد بالقرض، وعند ذلك يستطيع الموعود له ان يجبر الواعد على تنفيذ وعده، فيتسلم منه الشئ الموعود بقرضه، كما انه يستطيع المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية التعاقدية، وليس على اساس المسؤولية التقصيرية.

اما فيما يتعلق بتبعية الهلاك عند تخلف التسليم، فان نص المادة ٢/٦٨٦ مدني واضح، فقد اعفى المستقرض من الضمان اذا لم يسلم محل العقد اليه.

ثانياً: اثار تخلف التسليم بالنسبة للغير

تطبيقاً للقواعد العامة للبطلان، اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان (المادة ١٤١/مدني) وحيث ان تخلف التسليم باعتباره ركناً من اركان العقد يؤدي الى بطلان العقد، عليه يجوز للغير ان كان ذو مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وحيث ان الشيء محل العقد بقي تحت يد الواهب او المقرص، أي من ضمن الذمة المالية، يستطيع ان يوقع الحجز عليه، ويستحصل منه دينه

المطلب الثاني: اثار تخلف التسجيل

عرفنا بان المقصود بالتسجيل هو تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري اذا كان العقد ناقلاً لملكية عقار، سواء كان العقد بيعاً او هبة، كما نقصد به التسجيل في دائرة المرور اذا كان العقد ناقلاً لملكية سيارة بيعاً، ولكن ماهو الحكم اذا تخلف التسجيل، أي اذا امتنع احد الطرفين من تسجيل العقد.

الواقع ان المشرع العراقي رتب اثاراً على تخلف التسجيل في العقار تختلف عن اثار تخلف التسجيل في المنقول (المركبة). لذلك سنبحث اولاً في اثار تخلف التسجيل في العقار، ثم في اثار تخلف التسجيل في المنقول (السيارة) ثانياً.

اولاً: اثار تخلف التسجيل في العقار

المبدأ العام في القانون العراقي هو بطلان العقد الناقل لملكية العقار اذا تخلف ركن التسجيل (٣/١٣٧/مدني) سواء كان نقل الملكية يتم بيعاً (المادة ٥٠٨)، او يتم هبة (المادة ٦٠٢) مدني.

ولكن حصل تطور تشريعي في العراق على هذا المبدأ، من شأنه ان يلزم المشتري البائع بتسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري اذا امتنع الاخير عن ذلك، وورد هذا الاستثناء في قرارين لمجلس قيادة الثورة المنحل هما، قرار رقم ١٩٧٧/١١٩٨ المعدل بالقرار رقم ١٩٨٣/١٤٢٦، عليه سنبحث المبدأ العام في الفقرة الاولى ثم في الاستثناء.

أ-المبدا العام، بطلان العقد:

لاخلاف بين الفقهاء من ان تخلف التسجيل يؤدي الى بطلان العقد، واستقر القضاء ايضا على هذا الراي نظرا لصراحة النصوص، ولكن الذي يثير الخلاف بين الفقهاء وموقف محكمة التمييز هو: اثار بطلان العقد الناقل لمكليه عقار خاصة بالنسبة للمتعاقدين، اما بالنسبة للغير فان الخلاف اقل حده، ولايتعدى إلا ان يكون تطبيق للقواعد العامة.

١- اثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين

القاعدة العامة في القانون العراقي هي: ان العقد الباطل لايفيد ولايقيد الحكم اصلا، واذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل (المادة ١٣٨/مدني).

انن، يترتب على العقد الباطل، ونقصد به هنا، عقد بيع العقار الخارجي أي قبل التسجيل انه عدم ولاينتج أي اثر، كما لايمكن التمسك بما ورد فيه من شروط، ولكن المشرع العراقي رتب اثاراً في المادة ١١٢٧ مدني والتي اختلف الفقهاء في بيان الاساس القانوني لها، ويقول النص:

(التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد او لم يشترط)

ولكننا قبل ان نبدأ في بيان الاساس القانوني للتعويض المقرر في المادة ١١٢٧ مدني، لابد وان نبين موقف محكمة التمييز من اعادة الحال الى ماكان عليه في العقود الشكلية.

اعادة الحال الى ماكان عليه، هي من الاثار القانونية لبطلان العقد المقرره في المادة ١٣٨/مدني، وقد ذهبت محكمة التمييز بهذا الاتجاه فقضت: في العقود

الباطله لعدم اتمام الشكلية اللازمة لها، لايحال بين احد المتعاقدين وبين طلب العوده الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملاً باحكام ماده ٩٠٠ و ١٣٨/مدني^(١).
واعادة الحالة التي كانا عليها المتعاقدان قبل العقد تعني: (ان البائع لا يستحق المبيع بسبب بطلان عقد البيع لعدم اتمام الشكلية المقرره قانوناً)^(٢)، واذا كان المشتري قد سلم جزء من الثمن من حق المشتري استرداد الجزء المسلم الى البائع.
ولايصح تكيفه عربوناً، لان العربون لا يكون إلا في عقد صحيح^(٣)، كما انه اذا استمكنت جهة العقار قبل التسجيل فلا يرتب للمشتري حقاً في مشاركة مالكه ببديل استملاكه الذي هو حق خالص لهم، وانما هو يعطي الحق للمشتري في استرداد مادفعه ثمناً بعد ان استحال على البائعين اجراء التقرير لسبب اجنبي لايد لهم فيه^(٤).
ولكن اذا امتنع البائع من رد ثمن العقار، بعد ان نكل البائع بتسجيل العقار باسم المشتري فان (لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ان يحجز على العقار لقاء مادفعه من بدل حتى وان كان العقار داراً للسكن، لان بيع العقار بعد تنازلاً عن التمسك بكونه داراً للسكن)^(٥).

وفي كل الاحوال، فان على المشتري ان يعيد تسليم الدار بالحالة التي كان عليها وقت الاستلام، وبخلاف ذلك فانه ملزم بدفع التعويض عن الضرر، ودفع التعويض يستحق ايضاً اذا استحال اعادة الحال الى ماكان عليه (المادة ١٣٨/مدني)

(١) تمييز العراق: رقم ٣٨٩/٩٨٤-٩٨٥، في ١/٥/١٩٨٥/المشاهدي، ص ١٦١.

(٢) تمييز العراق: رقم ٦٨٧/مدنية منقول/٨٤-٨٥ في ٢١/٥/٩٨٥، المشاهدي ص ١٦١.

(٣) تمييز العراق: رقم ٦٤ في ٤/٨/٩٦٥، المشاهدي، ص ١٨١.

(٤) ٣٩٨/مدنية اولى/١٩٨٨ في ٢٢/٦/١٩٨٨، مجموعة الاحكام الدولية، العدد الثاني/١٩٨٨، صفحة ٤٠.

(٥) تمييز العراق: ١٥٨/١/٩٧٣ في ٢١/١١/٩٧٣- النشرة القضائية- العدد الرابع- السنة الرابعة، صفحة ٦٥.

التعويض:

راينا بان القواعد العامة لبطلان العقد تقضي بعدم ترتيب أي اثر على العقد الباطل، ولكن المشرع العراقي رتب اثراً ورد في المادة (١١٢٧) وهو التعويض، فما هو الاساس القانوني لهذا التعويض.

الواقع، ان الفقه اختلف في تحديد الاساس القانوني، فمنهم من يتمسك بأن العقد الخارجي لنقل ملكية عقار باطل، ولا ينتج أي اثر، وان ما ورد في المادة (١١٢٧) اساسه المسؤولية التقصيرية (العمل الضار) وهو نكول البائع عن تسجيل العقد في الدائره المختصة^(١). ويذهب اخرون الى ان اساس المقرر في المادة ١١٢٧/ هو المسؤولية التعاقدية، والمقصود بالعقد، ليس العقد الناقل لملكية العقار غير المسجل، وانما اعتبر العقد قبل التسجيل، عقد غير رسمي^(٢). او انه عقد غير مسمى تحول عن العقد الباطل تطبيقاً لنظرية تحول العقد (المادة ١٤٠/مدني)^(٣)، ويذهب راي ثالث الى ان (الاتفاق الذي يتم بين الطرفين قبل الذهاب الى دائرة الطابو اتفاق صحيح لاستيفائه شروطه واركانه اللازمة، ولكنه لاينتج اثراً، وهو انتقال الملكية)^(٤).

نلاحظ ان المشرع العراقي لم يسلك سلوكاً قانونياً موحداً في احكام العقد الباطل. فهو وفي ظل قوانين خاصة، نجد انه قد رتب اثاراً على العقد الباطل، كما هو عليه في عقد الزواج الباطل، وكذلك عقد العمل الباطل^(٥)، كما انه وفي نطاق عقد

(١) انظر د.حسن ذنون على ذنون: شرح القانون المدني، ج٣، ١٩٥٣ صفحة ١٢٨ فقرة ١٤٨.

المرحوم شاکر ناصر، الحقوق العينية الاصلية، بغداد/١٩٧١، ص٥٦.

وكذلك (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد)، بغداد، ١٩٥٩، ص١١٧.

(٢) عبد المجيد الحكمي، واخرون، الوجيز في القانون المدني/١٩٨٠.

(٣) د.عباس الصراف: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة العدد الرابع، السنة الثانية/٩٧٦، ص٨٧٣.

(٤) د.عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني/احكام الالتزام/١٩٦٧، ص٣٧ و٣٨.

(٥) المادة ٩٥، من قانون العمل رقم ١٩٨٧/٧١.

بيع العقار الخارجي، قد رتب اثاراً عليه، إلا وهو الزام البائع الناكل عن طريق القضاء بتسجيل العقار باسم المشتري وذلك في نطاق ضيق، وحالات محددة^(١). وعلى العكس من ذلك، نجد ان المشرع قد تمسك بنظرية البطلان ولم يرتب اثار على عقد بيع السيارة غير المسجل وفقاً لاحكام قانون المرور.

الواقع ان المشرع العراقي قد خلق قواعد قانونية مختلفة لاثار العقد الباطل بسبب عدم توفر الشكلية، وهذا امر قد يثير الفوضى امام القضاء، ولا يؤدي الى استقرار التعامل.

وعلى كل حال، فان اراء الفقهاء التي بحثت في اساس التعويض المقرر في المادة ١١٢٧، تتفق بالحكم بالتعويض، ولكن الراي الذي يعتبر ان اساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية يترتب عليه عدم الحكم بالتعويض الاتفاقي، اما الراي الذي يقول ان اساس التعويض هو المسؤولية التعاقدية، يترتب عليه الحكم بالشرط الجزائي والعربون.

القضاء العراقي، شأنه شأن الفقه، ذهب باتجاهين: الاتجاه الاول، يرى ان العقد الخارجي عقد صحيح، او عقد غير مسمى اصلاً، والاتجاه الاخر وهو ما استقر عليه القضاء مؤخراً، من ان العقد الخارجي عقد باطل لا يترتب اثاراً، ولا يمكن الحكم بالتعويض الاتفاقي او العربون، كما لا يمكن الزام البائع الناكل بتسجيل العقار. فالاتجاه الاول، نراه في قرارات عديده لمحكمة التمييز، ففي قرار صدر عام ١٩٦٥، بينت محكمة التمييز الطبيعة القانونية لعقد البيع الخارجي، فقضت: (ان التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني، عقد غير مسمى وليس عقد بيع، ولكنه ملزم للطرفين، فاذا اخل احد المتعاقدين به التزم بالتعويض، وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقديه)^(٢). وفي قرار اخر اكدت المحكمة هذا الاتجاه ولكن على اساس ان العقد الخارجي عقد صحيح وناقض لازم اذ جاء في

(١) سناتي على ذلك بعد قليل.

(٢) محكمة التمييز: رقم ٢٢٣٧/حقوقية ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٥/٢١، مجل القضاء، العدد الثاني، ١٩٦٦، صفحة ٢٣.

القرار (وهذا العقد وان لم تنتقل به ملكية العقار، غير انه عقد صحيح ونافذ لازم، كل طرف به يلزم بالقيام بما تعهد به، فالمشتري ملزم بتسليم الثمن، والبائع ملزم بتسليم المبيع في دائرة الطابو، فاذا نكل البائع الزم برد العربون، وما استلم من الثمن مع اداء التعويض، واذا نكل المشتري سقط حقه في العربون والزم بالتعويض، فالطرفان اتفقا على جعل العربون تعويضاً عن الاخلال بالتعهد، وبناء على نكول المشتري المميز فقد سقط حقه في العربون).^(١)

وعلى العكس من ذلك، فقد ذهبت محكمة التمييز باتجاه مغاير للاتجاه السابق فلم تعتبر العقد الخارجي إلا عقداً باطلاً، وقضت بالتعويض الوارد في المادة ١١٢٧/مدني فقط، فقد جاء باحد قراراتها: (ان بيع العقار هو عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل، ونظراً لحكم المادة ١١٢٧ التي تنص على ان التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، ومعنى كلمة (يقتصر) انه لا سبيل للحكم عند النكول إلا بالتعويض، تطبيقاً للمادة المذكورة ولا يجوز ان يصر الى العربون لانه ليس تعويضاً)^(٢)

واكدت محكمة التمييز اتجاهها هذا، في قرار يعتبر حديث نسبياً، اذ جاء فيه: (ليس لبائع الدار الاحتفاظ بجزء من العربون الذي دفعه اليه مشتري الدار بعد ابطال البيع لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري، بحجة ان المبلغ الذي احتفظ به بعد صرفه لتسديد اجور المجاري والتبليط وغيره للدار المبيعة، بل ينبغي رد جميع مبلغ العربون الى المشتري طالما ابطلت معاملة البيع)^(٣).

(١) محكمة التمييز: ٤/استئنافية/ ١٩٧١ في ١٩٧٠/٦/٧. انظر كذلك قرارات محكمة التمييز: ١٨٠٢ و ١٨٠٣/ حقوقية/٥٨/بغداد- سلمان البياتي/ج٢-١٩٦٢، ص٥٤٣.

وكذلك قرار رقم بلا في ١٥/٣/١٩٧٠/النشرة القضائية- العدد الاول- السنة الاولى-ص٤٧.

(٢) محكمة التمييز: رقم ٥٩- هيئة عامة- ١٩٧١ في ١٩٧٢/١/٢٢، النشرة القضائية، العدد الاول- السنة الثالثة- ١٩٧٣-صفحة ٢٩.

(٣) حمة التمييز: رقم ١٤٦١/٣م/١٩٨٨/منقول/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٦/٢٩، مجموعة الاحكام العدلية/ العدد الثاني/١٩٨٨، صفحة ٣٨٠.

وفي قرار لمحكمة التمييز اكدت بطلان هذا العقد، ووجهت المحكمة بعد الاستماع الى مثل هذه الدعاوي اذ جاء في القرار (في العقود الباطله لعدم اتمام الشكليه اللازمه لها... وبناء على حكم القانون يمتنع على المحاكم ان تستمع الى دعاوي نقل الملكية هذه.)^(١)

اما تقدير التعويض، فلم يحدد القانون المدني معياراً خاصاً لتقدير التعويض تطبيقاً للماده ١١٢٧/مدني، وانما اخضعها الى القواعد العامة في تقدير التعويض، ولكن القضاء المدني سبق ان وضع معياراً لتقدير التعويض الناتج عن النكول عن التعهد بنقل الملكية عقار اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز: (ان تطلب المحكمة من الخبير التحقيق في الطابو، فان حصلت زيادة في قيمته كان ذلك هو الضرر الذي لحق المشتري الواجب تعويضه بالحكم به)^(٢)

وفي سنة ١٩٧٧ اخذ المشرع هذا العيار، وأصبح مقيداً لحرية القاضي بتقدير التعويض، اذ ورد في قرار مجلس قيادة الثورة المنخل المرقم ١٩٧٧/١١٩٨ المعدل بالقرار رقم ٩٨٣/١٤٢٦.. على ان لا يقل مقدار التعويض عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن أي ضرر اخر)

٢- اثار البطلان بالنسبة للغير:

لما كان العقد الناقل لملكية عقار قبل التسجيل باطلاً في القانون المدني العراقي، فانه يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان (المادة ١٤١/مدني)، وبناء على هذا الحكم، فان الغير يستطيع ان يطعن بالتصرف الباطل، من حيث ان الملكية لا تنتقل بالعقد الباطل، ويستطيع في هذه الحالة ان يستحصل على دينه من عقار

(١) محكمة التمييز: رقم ٨٥٠٨٤/٣٨٩ في ١٩٨٥/١/٥، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول والثاني - ١٩٨٥، صفحة ٢٠.

(٢) محكمة التمييز: رقم ١٧١/حقوقية/٩٦٣ في ١٩٦٣/٢/١٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الاول، صفحة ٤٧.

البائع (المدين) كما انه يستطيع ان يطعن اذا كان ضاراً به، كما في عقد الهبة، او ان يطعن بصورة العقد، الواقع ان هذه الاثار يستطيع ان يقوم بها الغير حتى بعد التسجيل.

قد يتفق مالك العقار مع شخص على بيع هذا العقار، وقبل تسجيل العقد توفي البائع، ولكن قام الوريث ببيع ذات العقار على شخص اخر، فما هو اثر هذا التصرف بالنسبة للمشتري من المورث، والمشتري من الوارث.

يقول استاذنا المرحوم شاكراً ناصر: (ويلاحظ ان الارث والانتقال وان كان يجب تسجيله في الطابو، إلا ان عدم التسجيل لايجعله باطلاً، فالتسجيل في هذه الحالة ليس بشرط لاستحقاق الورثة او اصحاب حق الانتقال للعقار المورث بل شرط لامكان تصرفهم فيه)^(١).

بناء على هذا الرأي، وعلى احكام القانون العراقي، الذي لا تنتقل ملكية العقار إلا بالتسجيل، فان المشتري من الوارث لا ينفذ بحقه العقد المعقود بين المورث والمشتري، ولو كان تاريخ العقد سابقاً للعقد الثاني.

ويؤيد هذا الاتجاه ماورد في قانون التسجيل العقاري من اجراءات واجب اتباعها لتسجيل العقار، فقد ورد في المادة ١/١٠٩: (ينعقد التصرف القانوني لمجلس عقد واحد وبايجاب وقبول طرفي العقد، او من ينوب عنهما امام الموظف المختص بعد قيامه بتلاوة شرح الاقرار للتصرف المذكور عليها، كما درج في استمارة التسجيل).

اي ان اجراءات التسجيل لا بد وان تجري بين احياء، سواء كان التصرف الناقل لملكية العقل رسمياً، او هبة (المادة ٢/٢١٢) من قانون التسجيل العقاري. ولكن يستطيع المشتري من المورث ان يتمسك بالعقد، اذا ثبت ان العقار كان مرهوناً رهناً تاميناً لديه، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية، ليس على اساس العقد، وانما على اساس الحق العيني الذي للمشتري على المورث.

(١) استاذنا المرحوم: شاكراً ناصر: الحقوق العينية الاصلية ١٩٧١/بغداد، صفحة ٥٥.

ب- امكانية اجبار البائع على التسجيل:

قلنا، بان العقد الناقل لمكليه عقار خارج دائرة التسجيل العقاري، لا يلزم البائع بنقل الملكية، لان العقد باطل، و الباطل لاينتج أي اثر عليه.
إلا ان هذا المبدأ العام، ورد عليه استثناء^(١)، بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨/١٩٧٧ المعدل بالقرار رقم ١٤٢٦/١٩٨٣، اذ ورد في الفقرة ب من البند أولاً: (اذا كان المتعهد قد سكن العقار محل التعهد او احدث ابنية او منشآت او مغروسات بدون معارضه تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المعينه في التعهد او المطالبه بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافاً اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول....)

اذا تأملنا النص، لا بد وان نميز بين امرين، الامر الاول، مطالبة احد طرفي التعاقد بتعويضه عن الاخلال بالتعهد بمقتضى الفقرة (أ) من القرار، وهذا يستند بدوره الى نص المادة ١١٢٧/مدني، والامر الثاني الذي يهمننا في هذه الفقرة، مطالبة المتعهد له بتملك العقار او حق التصرف فيه بمقتضى الفقرة (ب) من نفس القرار.
الواقع، ان هذه المطالبه غير مطلقه، وانما محدده بشروط، كما ان القضاء ساهم في تحديد هذه المطالبه من حيث العقود.

بالنسبة للشروط، فهناك نوعين من الشروط، تصرف ايجابي يصدر من المشتري وهذا التصرف اما ان يكون السكن في العقار^(٢). او ان يحدث ابنية او

(١) انظر قرار محكمة استئناف منطقة الحكم الذاتي بصفتها التمييزية المرقم ٥٣/ت/١٩٩١ في ١٩٩١/٦/٢٩، اذ ورد فيه: (ولما كان عقود بيع العقارات عقود شكلية اصلاً ولا بد ان يوثق سند كتابي، وان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ المعدل بالقرار ١٤٢٦ وان جاء استثناء من احكام القانون المدني بالنسبة لتلك العقود...) غير منشور.

(٢) محكم التمييز: رقم القرار ١٠٠/هيئة عامة/٩٧٨ في ٢١/١٠/٩٧٨/المشاهدي صفحة (المشتري) الدار خارج دائرة التسجيل العقاري ان يطلب من المحكمة تسجيل الدار باسمه اذا كان قد سكنها طبقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١١/٢/١٩٧٧).

منشآت اخرى او مغروسات، وتصرف سلبي من البائع، او المتعهد وهو عدم صدور معارضه تحريرية^(١).

اما القيد الثاني فقد فرضه القضاء، اذ يقتصر تطبيق النص على عقود البيع، ولا يشمل العقود الاخرى الناقلة لملكية عقار كعقد الهبة^(٢).

المطلب الثاني: احكام تخلف التسجيل في المنقول (المركبه)

بموجب المادة ٩٠ من القانون المدني، فالعقد لا ينعقد اذا لم يستوف الشكل المقرر قانوناً، يسري هذا النص على العقار والمنقول.

مشرع القانون المدني افرد نصوصاً فيما يتعلق بالشكلية في العقود الناقلة لملكية العقار (٥٠٨-٦٠٢/مدني). اما بالنسبة للمنقول، فان الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد (٢٤٧ و ١١٢٦/مدني). ولكن هذه القاعدة، وكما قلنا ورد عليها استثناء في قانون رقم ١٩٧١/٤٨ المعدل، اذ بموجب المادة الخامسة فقرة خامساً، فان العقد لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة المرور، أي انه العقد يعتبر باطلاً لانه لم يستوف الشكلية المقرره قانوناً (المادة ٢/١٣٧ مدني) وذهبت محكمة التمييز بهذا الاتجاه في قرارات عديده وقضت بان عقد بيع السيارة، دون استيفاء الشكل القانوني في دائرة

(١) انظر: الدكتور غازي عبد الرحمن ناجي، نظره في قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ و ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١، واثرها على شرط تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري/مجلة القضاء/الاعداد، الاول والثاني والثالث والرابع / ١٩٨٥ صفحة ٤٠.

(٢) رقم القرار ٩٨٠/٤م/٦٣٥٠ في ١٩٨٠/٧/٢٦، المشاهدي. صفحة ٧١٥ (للزوج ان يرجع عن هبة العقار لزوجته اذا لم تكن الهبة مسجلة لدى دائرة التسجيل العقاري، وليس للزوجه طلب تملك العقار استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢، لان هذا القرار يسري على البيوع الخارجية التي ثبت فيها عوض للعقار المبيع).

المرور المختصة، هو عقد باطل اساساً بحكم القانون^(١). اذ ان عقد بيع السيارة من العقود التي اشترط بها القانون شكلاً معيناً^(٢).
ولما كان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً، وانما يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل (المادة ٢/١٣٨)، عليه فاننا سنرى كيفية اعادة الحال الى ما كان عليه، والتعويض العادل بالنسبة للمتعاقدين من وجهة نظر محكمة التمييز، وكذلك اثر العقد الباطل بالنسبة للغير.

اولاً: الاثار بالنسبة للمتعاقدين

قد يتفق بائع ومشتري على بيع سيارة، ويقوم البائع بتسليم السيارة الى المشتري ويدفع الثاني الثمن الى الاول، ولكن قد يمتنع احدهم عن القيام بتسجيل العقد في دائرة المرور المختصة تنفيذاً لاحكام المادة الخامسة فقرة خامساً من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١، قلنا بان محكمة التمييز اعتبرت مثل هذا العقد باطلاً، مما يستدعي اعادة السيارة من المشتري الى البائع، وارجاع الثمن من البائع الى المشتري ولكن برزت في التطبيق مشاكل عديدة، فيما يتعلق باعادة السيارة والمطالبه باجر المثل، وبالتعويض الناتج عن استعمال السيارة غير الاعتيادي، وكذلك التعويض عن الضرر الذي اصاب السيارة.

إلا انه قبل ان نستعرض هذه المشاكل، لا بد وان نؤكد بانه في حالة نكول المشتري عن تسجيل العقد في دائرة المرور، فان البائع لا يستطيع الزامه بالتسجيل^(١).

(١) محكمة التمييز: ٣م/١٥١٢ منقول/٩٨٨ في ٩٨٨/٨/١٥، مجموعة الاحكام العدلية، ٩٨٨ العدد الثالث، ص ٢٧.

(٢) محكمة التمييز: رقم ٥٥/الهيئة المدنية للمنقول/٨٤-٨٥ في ٩٨٤/٩/١٨، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٤- العدد الاول والثاني والثالث والرابع/صفحة ٢٩.

فيما يتعلق باعادة السيارة، فانه يحق للبائع المطالبه باسترداد السيارة المبيعه في حالة وجودها^(٢)، وتمتد هذه المطالبه من واضع اليد طالما لم تسجل باسمه في دائرة المرور المختصة^(٣)، وعلى من تسلمها استناداً الى عقد البيع ان يردها الى مالكةا بالحالة التي كانت عليها وقت العقد^(٤).

ولكن محكمة التمييز لم تذهب بهذا الاتجاه بصورة مطلقة، فقضت: بعدم احقية المطالبه باعادة السيارة رغم ان العقد لم يسجل في دائرة المرور وبررت رفضها، بأن واضع اليد على السيارة قد ارتكب جريمة اختلاس وتقرر مصادرتها وجرى بيعها بالمزايدة العلنية، وسجل ثمنها ايراداً للخزينة^(٥).

يبدو لنا ان المحكمة اعتبرت مصادرة السيارة وبيعها بالمزايدة بمثابة استحالة تمنع من اعادة السيارة، اذ انه اذا تعذر اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد يصار الى تعويض معادل يقدر في تاريخ العقد، وبعد ثبوت تلف السيارة على ان يقدر الخبراء هذا التعويض^(٦).

اما اذا اعيدت السيارة من قبل المشتري الى البائع، ليست بالحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، فانه يحق للبائع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصاب

(١) محكمة التمييز: رقم ١١٩٧/م٣/منقول في ١٩٨٨/٦/١، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨٨/العدد الثاني/صفحة (٥٠).

(٢) محكمة التمييز: ١٠٦٥/مدنية منقول ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٤/١٢، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨٨/العدد الثاني/صفحة (٤٥).

(٣) محكمة التمييز: ١٠٢٠/م.منقول ١٩٨٦ في ١٩٨٧/٥/٢٧، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨٧/العددان الاول والثاني/صفحة (٣٤).

(٤) محكمة التمييز: ١٩٨١/٥١١ في ١٩٨١/٤/٢٦، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨١/العدد الاول والثاني/صفحة (١٦).

(٥) محكمة التمييز: ٣٠٣/استئنافية/٥٠٨٤ في ١٩٨٦/٦/٢٩، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨١/العدد الاول والثاني/صفحة (٤٦).

(٦) محكمة التمييز: ١٠٦٥/مدنية منقول ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٤/١٢، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٨-العدد الثاني/صفحة (٦٥).

السيارة واشترطت محكمة التمييز ان يكون هذا الضرر ناتجاً عن الاستعمال غير الاعتيادي للسيارة^(١).

أي ان الضرر الناتج عن الاستعمال العادي لا يدفع عنه تعويضاً، ومثل هذا المعيار من الصعوبة اركون اليه، إلا انه يخضع الى تقدير قاضي الموضوع، كما اشترطت محكمة التمييز ان يكون قد حصل خلال فترة وجودها بحوزة المشتري - لكي يكون من حق البائع الرجوع عليه بالتعويض لتلافي الضرر الحاصل^(٢). اما الاضرار التي تحصل بالسيارة بعد ايداعها لدى شخص ثالث بناء على قرار من المحكمة المختصة. فلا يسأل عنها المشتري^(٣).

راينا، ان مشروع القانون المدني، قد الزم من يخل بتعهده، بنقل ملكية عقار ان يدفع تعويضاً (١١٢٧/مدني)، وتدخل المشرع في تقدير التعويض، وهو الفرق بين قيمة العقار عند التعاقد وقيمه عند النكول (قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١٩٧٧/١١٩٨ و ١٩٨٣/١٤٢٦).

لم يتضمن قانون المرور مثل هذه الاحكام، كما انها مقتصرة على العقار دون المنقول، لذلك لجأت المحاكم الى تطبيق القواعد العامة للبطلان، على اساس انه عدم ولا ينتج أي اثر، ففضت في قرارات عديده، بعدم مسؤولية مشتري للسيارة خارج دائرة المرور، عن نقصان قيمتها نتيجة تبدل الاسعار عند اعادتها الى البائع لبطلان العقد، كما لا يسأل عن الشرط الجزائي المثبت في العقد^(٤). وعن الضرر الحاصل عن

(١) محكمة التمييز: ١١٨/منقول ٩٨٧-٩٨٨ في ١٨/٨/١٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨٧-العدد الثالث-صفحة (٢٠).

(٢) محكمة التمييز: ١٠٢/مدنية منقول ٩٨٧-٩٨٨ في ١٢/٨/١٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية، ١٩٨٧-العدد الثالث-صفحة (١٩).

(٣) محكمة التمييز: ٤٠٢/استئنافية ٨٦-٨٧ في ٩/١٢/٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٧-العدد الرابع/صفحة (٢٦).

(٤) محكمة التمييز: ٢٣٢/استئنافية ٨٦-٨٧ في ٢٣/٥/٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٧-العدد الثالث-صفحة (٤٦).

الهبوط بأسعار السيارات^(١). ولايسال ايضاً عن نقصان قيمتها بسبب فرق اسعار السوق خلال الفترة الممتدة بين تاريخ البيع وتاريخ التمسك بالبطلان^(٢). ويلاحظ، ان محكمة التمييز لم تشترط ان يكون البيع صادراً من مالك السيارة لكي يكون له الحق بالمطالبة باسترداد السيارة والمطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل. اذ قضت باحقية بائع السيارة وان لم يكن مالكاها بالمطالبة باسترداد السيارة او التعويض عن الضرر الحاصل. هذا وترى محكمة التمييز ان رد الدعوى بحجة ان السيارة المباعة غير المسجلة باسم المدعي غير مقبول قانوناً، اذ كان على المحكمة ادخال المالك الاصلي المسجلة باسمه السيارة شخصاً بجانبه للتثبت من موافقته على تسليم السيارة للمشتري من عدمه^(٣).

غالباً، ومن الناحية العملية، يقوم بائع السيارة بتسليمها الى المشتري قبل تسجيل العقد في دائرة المرور، ويستعمل المشتري السيارة، ثم ينكل احد الطرفين ويمتنع عن تسجيل العقد، فيقوم البائع باقامة دعوى طالباً اجر المثل، نظرت محكمة التمييز في قضايا عديدة، ومن خلال قراراتها نفهم (بان البائع لايجوز له مطالبته مشتري السيارة باجر مثل استعمالها، لان الاستعمال هنا نتيجة اباحة البائع للمشتري باستلامها^(٤). وان تصرف المشتري فيها يكون مقابل تصرف البائع بالثمن^(٥). وتكون الاباحة كاملة عند دفع المشتري كامل الثمن.

(١) محكمة التمييز: ١١٨/منقول ٨٦-٩٨٨ في ١٨/٨/٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٧-العدد الثالث/صفحة (٢٠).

(٢) محكمة التمييز: ٩٦٧/م.منقول ٨٦-٨٧ في ٢٣/٥/٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٧-العددان الاول والثاني/صفحة (٣٨).

(٣) محكمة التمييز: ١٦٢/هيئة عامة ٨٥-٨٦ في ١٥/٤/٩٨٦، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٦-العددان الاول والثاني/صفحة (١٢).

(٤) محكمة التمييز: ٨٠/موسعة اولى ١٩٩٠ في ٣٠/٦/١٩٩٠، مجلة القضاء-العددان الاول والثاني-١٩٩١/صفحة (٢١٨).

(٥) محكمة التمييز: ٥١١/منقول ٨٧-٨٨ في ٣٠/١١/٩٨٦، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٧-العدد الرابع/صفحة (١٣).

اما اذالم يدفع المشتري المبلغ كاملاً، فانه يستحق المنفعة بنسبة المبلغ المدفوع من قبله للبائع^(١). فاذا كان المميز لم يدفع من ثمن السيارة سوى الثلث، فيكون ملزماً باجر مثلها بقدر الثلثين الباقيين^(٢)، وذلك عن المدة التي تتعدم فيها الاباحة وكما ورد في قرار لمحكمة التمييز، (عن المدة الممتدة من تاريخ اقامة المشتري دعواه باسترداد الثمن لغاية اعادة السيارة له رسمياً)^(٣)

ثانياً: الآثار بالنسبة للغير

يتفق الفقه والقضاء على ان عقد بيع السيارة الخارجي عقد باطل، ولا تنتقل به الملكية، عليه فان الغير ان كان دائناً له حق التمسك ببطان العقد، والحجز على السيارة واستحصال دينه، حتى لو كانت قد انتقلت الى يد المشتري، او ان الطرفين قد حررا عقداً ولا يجوز الدفع في الحيازة في المنقول سند الملكية، او ان يتمسك بالعقد الخارجي، هذا ولا يجوز لورثة مشتري السيارة بالعقد الخارجي، حتى لو كان البائع قد استلم الثمن من المورث، اذ ان عقد التسجيل من العقود التي اشترط لها القانون شكلاً معيناً^(٤).

(١) محكمة التمييز: ١٦٢/هيئة عامة ٨٥-٨٦ في ٩/٤/٩٨٦، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٦-العددان الاول والثاني /صفحة (١٢).

(٢) محكمة التمييز: ١٠٤٢/مدنية منقول ١٩٨٨ في ١٩/٤/٩٨٨، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٨-العدد الثاني /صفحة (١٢).

(٣) محكمة التمييز: ٢٤٢/استئنافية ٨٦-٨٧ في ٣٠/٦/٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٧-العدد الثالث /صفحة (١٢).

(٤) محكمة التمييز: ٥٥/الهيئة المدنية - منقول - ٨٤-٨٥ في ١٨/٩/٩٨٤، مجموعة الاحكام العدلية/١٩٨٤-الاعداد الاول والثاني والثالث والرابع/صفحة (٢٩).

الخلاصة

من خلال دراسة التطور التشريعي لتنظيم حرية الارادة باكتساب الملكية اتفاقاً تبين لنا، ان المشرع العراقي لم ينهج منهجاً معيناً، وانما نراه قد توسع في القيود تارة وخفف من هذه القيود تارة اخرى، كما انه حينما توسع في القيود فانه قد رتب اثاراً مختلفة عند تخلف هذا القيد، كما نلاحظ ان المشرع العراقي لازال متمسكاً بالقواعد التي وضعها فيما يتعلق بالقيد العيني.

لاحظنا ان المشرع قد وسع القاعده العامة باكتساب الملكية اتفاقاً، وهي ان الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد (المادة ١/١١٢٦ مدني). كما لاحظنا الاستثناء الوارد على هذه القاعده العامة، وهو ان انتقال ملكية العقار لا تتم إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري (١١٢٦/مدني)، سواء كان هذا الانتقال يتم بعقد بيع (٥٠٨/مدني) او بعقد هبة (٦٠٣/مدني). أي ان المشرع العراقي كان قد اقتصر هذا القيد على العقار دون المنقول، إلا انه، وبموجب قانون المرور قد توسع في تطبيق المبدأ الوارد في القانون المدني على بيع المركبه، واعتبر عقد بيع المركبه باطلاً اذا لم يسجل في دائرة المرور.

مقابل هذا التوسع، نجد ان المشرع العراقي وفي نطاق العقار، انه قد خفف من قيد التسجيل وذلك بموجب قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ٩٧٧/١١٩٨ و ١٩٨٣/١٤٢٦. اذ اصبح هذا القيد وفي حالات محدده، ليس ركناً من اركان العقد وانما اشترط الانتقال الملكية، فالعقد يعتبر صحيحاً ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ولما كان العقد صحيحاً، فقد اجاز المشرع للمشتري الزام البائع الناكل قضائياً بتسجيل العقار لدى دائرة التسجيل العقاري.

اما فيما يتعلق باثار العقد الذي يتخلف فيه شرط التسجيل، فقد راينا، بان المشرع المدني اقر مبدأ التعويض عند نكون احد طرفي العقد (المادة ١١٢٧/مدني) فيما يتعلق بالعقار فقط، وجاءت قرارات مجلس قيادة الثورة اعلاه، لتؤكد هذا المبدأ وتتدخل في تحديد مقدار التعويض وهو الفرق بين قيمة العقار عند التعاقد وقيمته عند النكول.

هذا المبدأ، لم يستمر بإقراره المشرع العراقي حينما اعتبر التسجيل في دائرة المرور ركن من اركان بيع المركبه، وبذلك فان القاضي يقضي بالتعويض عند نكول احد طرفي عقد بيع عقار، ولكنه لا يقضي بهذا التعويض حينما يتعلق الامر بعقد بيع مركبه، وهذا ما رايناه.

اما فيما يتعلق بسياسة المشرع العراقي بالتمسك بالقيود، فهو ما نراه في القيد العيني، التسليم، اذ انه ومنذ تنظيم التسليم كركن من اركان بعض العقود كما في عقد هبة المنقول، والقرض، فان المشرع لازال متمسكاً بهذه القيود، دون ملاحظة التطور التشريعي في التشريعات الحديثة التي تحاول ان تتخلص من هذه القيود، باعتبارها تتناقض مع مبدأ حرية الاراده في انعقاد العقود.

المصادر

- ١-الدكتور حسن على الذنون: العقود المسماة- شركة الرابطة للطبع والنشر.
- ٢- الدكتور شاكر ناصر: الحقوق العينية الاصلية/بغداد/١٩٧١.
- ٣-الدكتور عباس الصراف: بيع العقار قبل التسجيل في القانون المدني، مجلة العدالة- العدد الرابع- السنة الثامنة/١٩٧٦
- ٤-الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الرابع- مطابع دار النشر للجامعات المصرية-١٩٦٠.
- ٥- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الاول- مطابع النهضة العربية -١٩٦٠.
- ٦-الدكتور عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- الجزء الاول- شركة الطبع والنشر الاهلية- بغداد.
- ٧- الدكتور عبد المجيد الحكيم وآخرون: القانون المدني واحكام الالتزام - الجزء الثاني - طبع على نفقة جامعة بغداد-١٩٨٦.
- ٨- الدكتور غازي عبد الرحمن ناجي: نظره في قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ و ١٤٢٦ في ١٢/٢١/١٩٨٣.
- ٩-الدكتور محمود سلام زناتي: نظم القانون الروماني/ دار النهضة العربية- بيروت-١٩٦٦.