

القانون الواجب التطبيق على التصرفات العقارية- دراسة مقارنة

م.د. رُوشنا اكرم سعد

كلية القانون/ جامعة صلاح الدين- أربيل

roshna.saad@su.edu.krd

The Law Applicable to Real Estate Transactions - A Comparative Study

Dr. Roshna Akram Saad

College of Law, University of Salahaddin, Erbil



This work is licensed under a

[Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International \(CC BY-NC 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

المخلص : ترد نوعين من التصرفات على العقار وهما التصرفات القانونية عليه التي تؤدي إلى إنشاء حقوق عينية أو إلى تغييرها أو إنهاءها بحيث لا ينعقد تلك التصرفات إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وأيضاً التصرفات المادية على العقار، التي تؤدي إلى التغيير في الحقوق العينية العقارية وهي تصحيح الجنس وإفراز والتوحيد. حدد القانون المدني العراقي قواعد الإسناد لأجزاء والمسائل ذات العلاقة بتصرفات القانونية العقارية، وفيها إشارة إلى القانون الواجب التطبيق لهذه المسائل، بحيث بعض المسائل تخضع لقانون موقع العقار ومنها التكيف الثانوي للعلاقات القانونية وطرق اكتساب الحقوق العينية على العقار وإنقضائها والالتزامات التعاقدية، وأيضاً رهن عقار ملكية الزوج للزوجة وأهلية الوجوب للأشخاص التي تقوم بالتصرفات العقارية. وأما بعض المسائل تخضع لقانون الآخر غير قانون موقع العقار ومنها التكيف الأولي وأهلية الأداء للمتصرف والآثار المترتبة على العقد الباطل والأشكالية المتممة أو المكملة للأهلية الخاصة وإجراءات التقاضي ورفع الدعوى وإثبات التصرفات. وإضافة إلى ذلك لم ينظم المشرع العراقي بعض المسائل ومنها القانون الواجب التطبيق لشكلية التصرفات القانونية على العقار صراحةً، وقانون الإرادة، أي حق الاتفاق على القانون الواجب التطبيق للشروط الموضوعية للتصرفات العقارية وحق على تجزئة العقد بقصد اختيار القانون الواجب التطبيق لكل جزء منه. وبالنسبة التصرفات المادية على العقار قدمنا الاقتراح على المشرع العراقي لتحديد قاعدة الإسناد الخاصة للتصرفات المادية على العقار، سواء التصرفات النافعة أم التصرفات الضارة، بحيث يمكن الرجوع إلى قانون موقع العقار كالقانون الواجب التطبيق.

كلمات المفتاحية: التصرفات القانونية، التصرفات المادية، شكلية للتصرفات العقارية، قانون موقع العقار، الأهلية الأداء.

Abstract : Two types of real estate transactions are listed: legal transactions that create, change, or terminate real property rights. These transactions can only

be concluded through registration with the Real Estate Registration Department. The second type is physical transactions that change real property rights, such as gender correction, separation, and unification. The Iraqi Civil Code defines the rules for assigning parts and issues related to real estate legal transactions. It also indicates the applicable law for these matters. Some issues are subject to law of the location of the real estate, including the secondary classification of legal relationships, methods of acquiring and expiring real property rights, contractual obligations, the mortgage of a husband's property to his wife, and the legal capacity of persons conducting real estate transactions. Other issues are subject to laws other than law of the location of the real estate, including primary classification, the legal capacity of the disposer, the effects of a void contract, the issues supplementary or complementary to special capacity, litigation procedures, filing a lawsuit, and proof of transactions. In addition, the Iraqi legislator has not explicitly regulated certain issues, including the applicable law for the formalities of legal transactions involving real estate, the law of will, the right to agree on the applicable law for the substantive conditions of real estate transactions, and the right to divide the contract to choose the applicable law for each part. Regarding material transactions involving real estate, we have proposed to the Iraqi legislator to determine the specific attribution rule for material transactions involving real estate, whether beneficial or harmful, so that law of the location of the real estate can be relied upon as the applicable law.

Keywords: legal actions, material actions, formality of real estate actions, law of the location of the real estate, capacity to perform.

المقدمة

أولاً: مدخل إلى موضوع البحث: يعد موضوع تنازع القوانين في التصرفات المشوبة بعنصر الأجنبي الواقعة على العقارات الموضوعات المهمة في تنازع القوانين في مجال الأموال، ويتضمن هذا الموضوع مجموعة المسائل، من أهمها طرق اكتساب الحقوق العينية العقارية وانتقالها أو زوالها، وأيضاً الشروط في التصرفات الواردة عليها، سواءً الشروط الموضوعية أم الشروط الشكلية هذا من جانب، ومن جانب الآخر إجراءات قضائية بمسائل متعلقة بنزاع على العقار، وتحتاج تلك المسائل قاعدة إسناد خاصة بها لحسم النزاع المتعلق بها.

وهناك ترد التصرفات القانونية والتصرفات المادية على العقارات، وإشارة إليها في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، وحدد القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ قاعدة الإسناد الخاصة ببعض التصرفات العقارية من خلال المواد ذات العلاقة بالتنازع القوانين، وحدد فيها القانون الواجب التطبيق، وذلك من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتداخل في التصرفات العقارية.

ثانياً: أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى الإجابة على التساؤلات الخاصة بمسائل متعلقة بتنازع القوانين في مجال التصرفات العقارية، ما يأتي:

- ١- هل تختلف قاعدة الإسناد بالنسبة لكل من التصرفات القانونية والمادية على العقار؟
 - ٢- هل هناك قاعدة الإسناد واحدة لجميع المسائل المتعلقة بالتصرفات العقارية أم لا؟
 - ٣- هل تخضع جميع طرق انتقال الحقوق العينية لقاعدة إسناد واحدة؟
 - ٤- هل أن جميع الشروط الموضوعية لتصرفات القانونية على العقار لقانون موقع العقار أو لقانون الأخرى؟
 - ٥- هل يمكن إخضاع الشروط الشكلية للتصرفات الواردة على العقار لقانون موقع العقار؟
 - ٦- هل توجد قاعدة الإسناد بشأن الاثبات التصرفات العقارية في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١؟
- ثالثاً: إشكالية البحث:** تمكن إشكالية البحث في وجود فراغ التشريعي في الاحكام المنظمة لقاعدة الإسناد والقانون الواجب التطبيق لتعاقد على العقار في القانون المدني العراقي وذلك في عدم وجود نص القانوني لتحديد قاعدة الإسناد خاصة بالتصرفات النافعة على العقار يسترشد به القاضي ليحدد بها القانون الواجب التطبيق بتلك التصرفات، وكذلك لم يحدد المشرع القانون الواجب التطبيق على الشكلية المتبعة في التصرفات الواقعة على العقار صراحةً، وأيضاً لا يسمح القانون اتفاق الأطراف على غير القانون الواجب التطبيق الوارد في القانون المدني العراقي للشروط الموضوعية. والأمر يؤدي إلى إثارة العديد من الصعوبات عند التصرفات العقارية. إضافةً إلى ذلك لم يحدد القانون المدني العراقي قاعدة إسناد لبعض المسائل التي ذات العلاقة بالتصرفات العقارية

رابعاً: منهجية البحث: اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق للتصرفات الواردة على العقار فضلاً عن عرض وتحليل الآراء الفقهاء بهذا الشأن مع إبداء رأينا في كل ذلك.

كما اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال المقارنة بين أحكام خاصة بقاعدة الإسناد الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وقانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين والقانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ وقانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٣ بإصدار قانون التسجيل العقاري في البحرين.

خامساً: هيكلية البحث: تحقيقاً لأهداف البحث، سوف نقسم البحثنا هذا إلى ثلاث مباحث، المبحث الأول بعنوان مفهوم التصرفات العقارية ونطاقها، وسيتم تقسيمه إلى المطلبين، الأول بعنوان المقصود بالتصرفات العقارية، والثاني بعنوان نطاق التصرف العقاري في قانون التسجيل العقاري، أما المبحث الثاني، فيكون بعنوان قواعد الإسناد للتصرفات القانونية العقارية، وسيتم تقسيمه إلى المطلبين، الأول بعنوان خضوع

المسائل المتعلقة بالتصرفات القانونية العقارية لقانون موقع العقار، والثاني بعنوان استثناءات على قاعدة خضوع مسائل التصرفات العقارية لقانون موقع العقار، أما المبحث الثالث يكون بعنوان قاعدة الإسناد للتصرفات المادية الواقعة على عقار، وسيتم تقسيمه إلى المطلبين، الأول بعنوان التصرفات الضارة على العقار والقانون الواجب التطبيق عليها، والثاني بعنوان التصرفات النافعة على العقار والقانون الواجب التطبيق عليها، سنختم البحث بمجموعة من الاستنتاجات التي نتوصل إليها، وما سنقدمها التوصيات التي نراها ضرورة بخصوص موضوع البحث.

المبحث الأول

مفهوم التصرفات العقارية ونطاقها

عرف المادة (١/٦٢) من القانون المدني العراقي العقار بأنه (كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية)، وهذا يعني ان العقار هو كل شيء متصل بالأرض (إقليم الدولة)، ويمتاز بثباته واستقراره وارتباطه حتمياً بالإقليم أكثر من شخص مالكة، فهو قابل للتصرف وينتقل ملكيته عبر الذم في الغالب مع ثبات موقعه في إقليم الدولة. إذن؛ مالك سلطة جامعة أن يتصرف في العقار بجميع التصرفات الجائزة قانوناً التي تشمل التصرفات القانونية والتصرفات المادية على العقار. وسنبين في هذا المبحث المقصود بالتصرفات العقارية وأنواعها ونطاق التصرفات العقارية في قانون التسجيل العقاري العراقي من خلال مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

المقصود بالتصرفات العقارية

لم يبين القانون المدني العراقي تعريف التصرفات القانونية لا صراحةً ولا ضمناً، بل اتفق الفقه القانوني^(١) على تعريف التصرف القانوني، بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق (كالهبة)، أو نقله (كالحوالة)، أو تعديله (كالتجديد)، أو إنهائه (كالإبراء)، وأيضاً لم يعرف فيه التصرف العقاري، في حين في المادة (١/٣) من القانون التسجيل العقاري عرفه بأن (هو

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٤، ص٣؛ د. عبد المنعم البدرائي، المدخل للقانون الخاص، ط١، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٢٨٨؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨، ص٥٤٨؛ د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا، ص٧٣٦؛ د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ٨٧٠. المشار لدى: أستاذنا الدكتور هيو إبراهيم قادر الحيدري، التصرف في المال الشائع، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص٢٢.

كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة)، ومقارنتها لم يشير قانون التسجيل العقاري البحريني التصرف العقاري صراحةً بل تشير المادة (١٧) فيه التصرفات التي ترد العقار وتجب قيدها في السجل العقاري^(١). في حين تقسم التصرفات بمعناه الواسع على التصرفات القانونية والتصرفات المادية. وسنبين في هذا المطلب أنواع التصرفات وهما التصرفات القانونية والتصرفات المادية من خلال فرعين مستقلين.

الفرع الأول

التصرفات القانونية

ويقصد بالتصرفات القانونية^(٢)، اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواءً كان هذا الأثر هو إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه^(٣). وتنقسم التصرفات القانونية من ناحية تعدد الإرادات أو عدمه إلى تصرفات صادرة من جانب واحد وتكون بإرادة منفردة كما في الوصية والوقف وتطهير العقار، وتصرفات صادرة من جانبين أو أكثر وتكون باتفاق إرادتين أو أكثر كما في العقود^(٤). كما ينقسم التصرف القانوني من حيث نقل الملكية إلى تصرف ناقل للملكية بإرادة منفردة كالوصية أو بإرادتين كعقد البيع، وتصرف غير ناقل للملكية مرتب لحق الشخصي كالإيجار أو مرتب لحق عيني كالرهن والانتفاع^(٥).

(١) نصت المادة (١٧) من قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٣ بإصدار قانون التسجيل العقاري في البحرين على أنه (يجب أن تقيد في السجل العقاري جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لشيء من ذلك، والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية).

(٢) استعمل أستاذنا الدكتور عبدالرحمن رحيم عبدالله عبارة (العمل القانوني) بدلاً من (التصرف القانوني) عندما عرف العمل القانوني. أستاذنا الدكتور عبدالرحمن رحيم عبدالله، التعريف بالعمل القانوني بوجه عام، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين-أربيل، السنة العاشرة، العدد (١٢) كانون الأول ٢٠١٢، ص ١٤. المشار لدى د. هيو إبراهيم قادر الحيدري، مصدر سابق، ص ٣٠، الهامش رقم (٢).

(٣) د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط ١، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٩، ص ١١٩.

(٤) د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٤٨١.

(٥) د. محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٠٩.

وكذلك يقسم التصرف القانوني من حيث آثاره إلى تصرف منشئ وتصرف كاشف، والتصرف المنشئ هو التصرف الذي ينشئ حقاً جديداً، لم يكن له وجود من قبل، حيث ينشئ لأطرافه حقوقاً لم يكن لها وجود قبل التعاقد ومثاله العقد المنشئ لحق الرهن الحيازي، وإن كانت تأتي بأثر عكسي التصرفات القانونية المنهية للحق، كالإبراء والإبطال^(١). أما التصرف الكاشف (أو المقرر) فلا ينشئ حقاً جديداً، ولا ينقل حقاً من شخص إلى آخر، وإنما يقتصر أثره على الكشف عن حق لشخص ما، كان موجوداً من قبل بمقتضى مصدر آخر، فيخلصه من أوضاع كانت تحد من فاعليته أو تشوب تحديده، لذلك فإن التصرف القانوني الكاشف ليس مصدراً للحق بالمعنى الصحيح. ومن أمثلة التصرفات الكاشفة الأحكام القضائية في أغلب صورها، فهي تكشف من خلال بحث النزاع ثبوت الحق لمصلحة أحد أطراف الخصومة^(٢).

وفي التصرف القانوني الذي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، تنحصر هذه الإرادة أما أن تكون إرادة المالك إلى إحداث أثر قانوني معين في الشيء محل الملكية عد استعمال واستغلال ملكية وهي سلطة المالك في التصرف القانوني. أو فقد تكون إرادة صاحب حق مالي آخر غير المالك، كصاحب حق عيني أصلي، كالمنتفع أو صاحب حق عيني تبعي، كالدائن المرتهن، أو صاحب حق شخصي كالدائن، أن يتصرف في حقه تصرفاً قانونياً. فيستطيع أن ينقل حقه كله إلى شخص آخر بمقتضى تصرف ناقل للملكية، كالبيع أو الهبة. ويستطيع كذلك أن يرتب للغير على الشيء حقاً عينياً، كحق انتفاع أو ارتفاق، أو يقيده رهن، كما يستطيع أن يرتب عليها حقاً شخصياً، كالإيجار^(٣).

ويختلف التصرف القانوني عن أعمال التصرف، فهو التصرف في المال ذاته (في رتبة المال) بمعنى إخراجها من ذمة صاحبه ومثاله عقد البيع والهبة، أما أعمال التصرف هو قسم من قسمين التصرف القانوني من حيث أثرها على المال الذي تجري بشأنه^(٤).

والتصرفات القانونية الواقعة على العقار قد تكون من التصرفات التي تؤدي إلى إنشاء حقوق عينية على العقار لم تكن موجودة سابقاً كعقد المساطحة، بوصفه تصرفاً منشئاً لحق عيني أصلي هو حق المساطحة، وعقد الرهن الذي من شأنه إنشاء حق عيني تبعي للعقار المرهون وهو حق الرهن، كما أن من

(١) د. مصطفى محمد الجمال و د. حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، مكتبة مسيرة الحضارة، القاهرة، بلا، ص ٢٧٦.

(٢) د. هيو إبراهيم قادر الحيدري، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٣٠. نقلاً عن: د. هيو إبراهيم قادر الحيدري، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٤) ينظر: د. هيو إبراهيم قادر الحيدري، مصدر سابق، ص ٣١.

التصرفات العقارية ما ينقل الحق العيني مثل البيع والهبة، أو يغيره، ومنها ما يؤدي إلى إنهاء الحق العيني مثل فسخ عقد الرهن^(١).

إذن، من خلال التصرفات القانونية العقارية التي ترد على العقار تؤدي إلى إنشاء حقوق عينية، سواء حق عيني أصلي كنقل ملكية أو ينشئ حق عيني تبعية كحق رهن، أو تؤدي إلى تغيير حق عيني أو إنهاءه.

الفرع الثاني

التصرفات المادية

التصرفات المادية هي الأعمال التي ترد على مادة الشيء كالأعمال التي تؤدي إلى استهلاك الشيء أو اتلافه أو التغيير فيه^(٢). إذ ينصب التصرف المادي على شيء محل الحق وليس على الحق ذاته، بخلافه يرد التصرف القانوني على حق الملكية ذاته.

والواقعة المادية هي العمل المادي حتى لو كان ثمة إرادة واختيار في إتيانه، أي أنها واقعة مادية من فعل الطبيعة أو فعل الإنسان، ويرتب القانون عليها أثراً معيناً، حتى ولو لم تكن هناك إرادة تتجه إلى إحداث هذا الأثر. فحتى لو كانت الواقعة فعلاً مادياً إختيارياً (كالفعل الضار العمدي) فإن الشخص لا يأتيه بقصد نشوء الأثر القانوني المرتب عليه، بل أن القانون هو الذي يربط هذا الأثر عليه^(٣).

والتصرفات المادية إما تكون مشروعة أو غير مشروعة، فالتصرفات المادية المشروعة تصدر من الدائن فتغني المدين دون سبب، فيلتزم المدين تجاه الدائن بأن يرد له ما اغتنى به على حسابه، وهذا الالتزام يكون مصدره القانون بصورة غير مباشرة، أما مصدره المباشر فهو العمل المادي، والتصرفات المادية غير المشروعة تصدر من المدين فتفقّر الدائن دون حق، فيلتزم المدين أن يعوض الدائن ما أصابه من ضرر، وهذا الالتزام مصدره غير المباشر هو القانون، ومصدره المباشر هو العمل المادي الضار^(٤).

وكذلك التصرفات المادية الواقعة على العقار قد تكون من التصرفات التي تؤدي إلى التغيير في الحقوق العينية العقارية كتصحيح الجنس أو الإفراز والتوحيد^(٥).

(١) خالد لفته شاكر وعبدالله غزاي سلمان، شرح قانون التسجيل العقاري قم ٤٣ لسنة ١٩٧١، دار التقني، بغداد، ١٩٩٠، ص ٥٥-٥٧.

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧، ص ٤٨.

(٣) ينظر: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مصدر سابق، ص ٤.

(٤) د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص ٧٦.

(٥) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري قم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج ١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٣، ص ٣٦.

المطلب الثاني

نطاق التصرف العقاري في قانون التسجيل العقاري العراقي

عرف التصرف العقاري في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ والتي نصت المادة (١/٣) على أنه (التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة)^(١)، يتبين في هذا النص ان لفظ (التصرف) قد جاء مطلقاً وثم إذ يشمل كلاً من التصرف القانوني والتصرف المادي إستناداً إلى قاعدة المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد نصاً أو دلالة^(٢)، ويرى البعض^(٣) لفظ (التصرف) الواردة في هذه المادة يشمل التصرفات القانونية العقارية التي تؤدي إلى تغيير في الحقوق العينية العقارية، وكذلك يشمل التصرفات المادية العقارية كتصحيح الجنس والتوحيد والإفراز، في حين يرى آخر^(٤) ونؤيده، ما جاءت في المادة (٢/٣) من القانون نفسه نصت على أنه (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) يؤكد أن مفهوم (التصرف العقاري) في هذه المادة يقصد به التصرف القانوني دون التصرف المادي، حيث أن مفهوم (الانعقاد) يقتصر على التصرفات القانونية، ولا يضاف إلى التصرفات المادية. وبذلك ما جاءت في المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري مقتصر على التصرفات القانونية العقارية ولا يتجاوزها إلى التصرفات المادية العقارية.

ونرى أن لا تتم تحديد التصرفات العقارية بإسناد إلى نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي وحده، بل إضافة إلى ذلك نمكن لتحديدها إسناد إلى القانون الفصل الخامس من القانون ذاته الذي ورد بعنوان التصرفات الفعلية الواردة على العقار، ويشمل تلك التصرفات في هذا الفصل تصحيح الجنس وإفراز والتوحيد، وخصص لهم مجموعة المواد في هذا القانون لأحكام تلك التصرفات، بحيث تصحيح الجنس هو التغييرات المادية في عقار باحداث الابنية والمنشآت أو الغراس أو اضافة محدثات أو مغروسات

(١) وتقابلها نصت المادة (١٧) من قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٣ بإصدار قانون التسجيل العقاري في البحرين على أنه (يجب أن تقيّد في السجل العقاري جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لشيء من ذلك، والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية).

(٢) المادة (١٦٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٤) نأمير فلاح محمد صالح، التعهد بنقل الحق العيني العقاري في القانون العراقي، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة

صلاح الدين، اربيل، ٢٠١٦، ص ٣٥.

جديدة^(١). وكذلك الإفراز وهو تقسيم الوحدة العقارية المسجلة إلى جزئين أو أكثر دون أي تغيير في حقوق الملكية العقارية^(٢)، وأيضاً يشمل التوحيد وهو تجميع الوحدات العقارية من صنف عقاري واحد والمتصلة ببعضها وجعلها وحدة عقارية واحدة بشرط ان تعود لمالك واحد أو ان يكون لجميع الشركاء أنصبة فيها إذا كانت شائعة^(٣).

إذن؛ بموجب قانون التسجيل العراقي التصرفات العقارية تشمل التصرفات القانونية على العقار بحيث لا ينعقد تلك التصرفات إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وأيضاً تشمل التصرفات المادية على العقار، وهي تصحيح الجنس وإفراز والتوحيد.

المبحث الثاني

قواعد الإسناد للتصرفات القانونية العقارية

يعرف جانب من الفقه قاعدة الإسناد بأنها (قاعدة قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي)^(٤)، وقد عرفها البعض بأنها (القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي)^(٥)، وتتكون قاعدة الإسناد من أربعة عناصر وهي: موضوع الإسناد (الفكرة المسندة): وهو الوضع أو الحالة الواقعية وتحدد بشأنه الحلول القانونية بسبب اتصاله بالنظام القانوني لأكثر من الدولة^(٦)، وضابط الإسناد (ظرف الإسناد)، وهو المعيار الذي يتم عن طريقه الربط بين العلاقة محل النزاع والقانون الأكثر ارتباطاً بها بوصفه القانون الأصلح أو الأنسب من بين عدة قوانين متنافسة لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. والقانون المسند اليه هو القانون الواجب التطبيق الذي يرشد اليه ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية. وآخر عنصر من عناصر قاعدة الإسناد هو عنصر وقت الإسناد وهو المعيار الزمني لضابط الإسناد^(٧).

(١) تنظر المادة (٢٧٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) تنظر المادة (٢٨٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٣) تنظر المادة (٢٩٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٤) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص ٣١.

(٥) ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٥٣.

(٦) د. عاطف عبدالحميد عبدالمجيد ندى، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل ابرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٣٤.

(٧) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٣٩ وما بعدها.

وفي غالبية التشريعات تخضع المسائل المتعلقة بال عقار من حيث التصرفات القانونية الواقعة عليه لقانون موقع العقار، أي قانون الدولة التي وجد فيها العقار، ولكن هناك بعض المسائل تكون مستثناة من خضوعها لقانون موقع العقار. وسنبين قواعد الإسناد للتصرفات القانونية العقارية من خلال مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

خضوع المسائل المتعلقة بالتصرفات القانونية العقارية لقانون موقع العقار

هناك تخضع المجموعة المسائل ذات العلاقة بالتصرفات القانونية العقارية لقانون موقع العقار، أي قاعدة الإسناد لها هي موقع العقار، إذ هناك القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها العقار، وذلك لاعتبارات سيادة الدولة والاقتصادية والعملية ومبررات حماية الأطراف والغير والأخرى. وسنبين في هذا المطلب أهم المبررات التي تؤدي إلى خضوع المسائل ذات العلاقة بالعقارات لقانون موقع العقار، وثم بيان تلك المسائل من خلال فرعين مستقلين.

الفرع الأول

مبررات خضوع المسائل التصرفات القانونية العقارية لقانون موقع العقار

أولاً: سيادة الدولة: وهذا المبرر قائم على اعتبارات سياسية مفادها أن العقار يعد جزءاً من إقليم الدولة التي يقع فيه مما يوجب خضوعه لقوانينها^(١). والأرض وما يتصل بها من عقارات جزء لا يتجزأ من التراب الوطني التي هو عنصر أساس من عناصر الدولة لاتصاله بصميم السيادة، فالأرض الذي يتكون منها إقليم الدولة فيها مستقر لجماعتها على وجه الدوام وتستمد منها عناصر مقوماتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية وتمارس سلطاتها على الأشخاص والأموال فيها^(٢).

ثانياً: اعتبارات عملية: أن أعطاء الاختصاص لقانون موقع العقار يؤدي إلى استتبات الطمأنينة في المعاملات وخضوعها لقانون واحد ولا يتغير، وذلك لثبات العقار وعدم قابليته للانتقال. فمن يرغب بالارتباط بعلاقة قانونية موضوعها مال غير منقول عليها ان يتعرف على القواعد المحلية للعقار والعمل بما ورد فيها.

(١) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٢٢، ص ١٧٧.

(٢) د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج ٣، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠٠٩، ص ١٢٩.

وإضافة إلى ذلك خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد والكشف وتقدير القيمة في حسم النزاع بالنظر لقربها من العقار موضوع النزاع وتوافر كافة المعلومات عنه لديه^(١).

ثالثاً: توحيد الاختصاص التشريعي والقضائي في المسألة: أن المحاكم المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقار وحالة التنفيذ عليه تكون عادة هي محاكم الدول التي يوجد فيها هذا العقار. على زيادة أن تلك المحكمة هي الأقدر على الفصل في تلك المنازعات لقربها من العقار، كما أنها الأنسب لكفالة تنفيذ الحكم الصادر إذ لا يتصور تنفيذ حكم متعلق بعقار خارج موقعه، وهذه المحكمة لا يتصور أن تطبق غير قانونها، ويتحقق وفقاً لهذا الفرض التلازم بين المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق^(٢).

رابعاً: حماية حقوق الأطراف والغير: حيث إنه من مبررات خضوع المال لقانون موقعه أنه يحقق الحماية القانونية للغير، يمكنه من الوقوف على النظام القانوني للمال بالاطلاع على السجلات الخاصة به ومعرفة الأعباء المترتبة عليه والتصرفات التي لحقت به، فيمكن في هذا المكان التأكد من خلو صحيفة العقار من وجود إشارة رهن أو دعوى بخصوصه أو كونه مثقلاً بأعباء وديون^(٣).

الفرع الثاني

مسائل التصرفات القانونية العقارية التي تخضع لقانون موقع العقار

يطبق قانون موقع العقار على عدة مسائل متعلقة بالعقار في مجال التصرفات القانونية العقارية، أي مجموعة مسائل القانونية ضمن موضوع التصرفات القانونية على العقار لقانون موقع العقار، كما يأتي:

أولاً: التكييف الثائوي: يتعلق التكييف الثائوي بوصف المال، أي العملية التي يتم من خلالها تحديد إذا ما كان المال عقاراً أو منقولاً.

فالتكييف المتعلق بتحديد وصف المال يتم الرجوع بخصوصه إلى قانون موقع المال وليس إلى قانون القاضي كما هو الحال بالنسبة للتكييف للعلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب التطبيق عليها. ويعتبر إخضاع التكييف القانون الدولة التي يوجد فيها المال هو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن

(١) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٢٤، ص ١٩٣ و ١٩٤.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٩١٥.

(٣) محمد وليد المصري، مصدر سابق، ص ١٧٦؛ راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٥، ص ٢١.

يتم التكييف وفقاً لقانون القاضي، وهذا الاستثناء تمليه فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات فكل ما يتعلق بنظام الأموال يجب أن يخضع لقانون موقعها استجابة لهذه الاعتبارات والمبررات السابقة^(١).

إذن؛ يخضع تكييف المال إذا كان عقاراً أو منقولاً لقانون الدولة التي يوجد فيها المال، أي قانون دولة مكان وجود المال، ويختص قانون موقع العقار في التكييف طبيعة المال من حيث كونه عقاراً، ونصت عليها المادة (٢/١٧) من القانون المدني العراقي على أنه (ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء). وبمقارنتها قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين ولا يوجد فيه نص مشابه الذي تخضع التكييف عموماً لقانون القاضي ولم يرد نص يعالج التكييف المتعلق بوصف المال وتكييفه إلى عقار أو منقول. ونصت المادة (٣) منه على أنه (القانون البحريني هو المرجع في تكييف المراكز والعلاقات القانونية)، إذ يشير هذا النص إلى التكييف المتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وليس التكييف المتعلق بتحديد وصف المال وتحديد طبيعته عقار كان أو منقول. ولكن على الرغم من غياب نص خاص يتعلق بتكييف المال إلى عقار أو منقول في قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين إلا أن قانون موقع المال هو الذي يطبق في تكييف المال وتحديد وصفه، وذلك تطبيقاً للمادة (٢) من القانون نفسه التي تقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص فيما يرد بشأنه نص، إذ يعد اختصاص قانون موقع المال في تكييف المال وتحديد وصفه من المبادئ العامة والشائعة واستقر عليه فقها وقضايا في القانون الدولي الخاص وما شاع وانتشر دولياً يعمل به حتى في حال غياب النص^(٢).

ثانياً: طرق اكتساب الحقوق العينية على العقار وإنقضائها: ومن المعروف فإن اكتساب الحقوق العينية يرجع إلى سبعة أسباب: العقد والهبة والميراث والوصية والاستيلاء والالتصاق والشفعة ومضي المدة

(١) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٦، ص ٦٢؛ د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٢) تنص المادة (٢) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين بأنه (بمراعاة حكم المادة (١) من هذا القانون، تسري مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون).

(التقدم)، ويعد الميراث والشفعة ومضى المدة من ضمن الوقائع الطبيعية، والاستيلاء والالتصاق والحيازة من ضمن الاعمال المادية^(١).

لم يبين المشرع العراقي الحكم الخاص بالقانون الواجب التطبيق على أسباب كسب الحقوق العينية على العقار صراحةً، كما فعل في طرق انتقال هذه الحقوق حيث وضع نصاً للقانون الواجب التطبيق على طرق الانتقال الحقوق العينية بالعقد والميراث والوصية وغيرها أن يكون خاضعاً لقانون الموقع العقار، ونصت المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي على أنه (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار).

أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية التي تكون تابعة لحقوق الشخصية فإنها تتأثر بالقانون الذي يحكمها وبالنتيجة فإنه لا بد لنشوئها أن يقرها كل من قانون موقع المال وقانون الحق الشخصي التابعة له^(٢). وكذلك بالنسبة لحقوق الامتياز لم يبين قاعدة الإسناد الخاصة بها في كل قانونين العراقي والبحريني، ولكن عموماً فهذه الحقوق عندما ترد على عقار يجب أن تكون مقررة في كل من قانون موقع العقار والقانون الذي يحكم الدين الممتاز^(٣).

وفيما يتعلق بالعقد كسبب من أسباب كسب الملكية فإن يختص قانون موقع العقار بأحكام الواردة في مضمون العقد المبرم بشأن العقار من حيث الشروط الموضوعية سواءً يترتب عليها الحقوق العينية باعتبار العقد سبباً من أسباب كسب الحق العيني أم الحقوق الشخصية يولده العقد من الالتزامات وترتب عليه حقوق شخصية على العقار كعقد الإيجار، ولأن خصص نص المادة (٢/٢٥) من القانون نفسه للعقود التي أبرمت على العقار ونصت على أنه (قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه)، أما إذا كان سبب الاكتساب كالميراث والوصية فإن مجال تطبيق قانون الدولة التي وجد فيها العقار ينحصر على الأثر الناقل للحقوق العينية، أما تفاصيل الميراث والوصية من حيث إبرامها وصحتها وشروطها

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٢) امين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق، فلسطين، ٢٠٠١، ص ١٢٩؛ راضي نبيه راضي علاونة، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٣) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، مصدر سابق، ص ٨١٠.

للقانون المختص فتخضع للقاعدة الخاصة بكل منهما في القانون المدني العراقي فهو قانون جنسية المورث وقت وفاته بالنسبة للميراث أو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة بالنسبة للوصية^(١).

أما بالنسبة طرق الانقضاء للحقوق العينية على العقار، على الرغم من أن القانون المدني العراقي في المادة (٢٤) لم يبين قاعدة لإسناد الخاصة لطرق انقضاء الحقوق العينية، ولكن يظهر ما جاء في سياق نص المادة (٢٤) من القانون نفسه لفظ (بنوع خاص) للطرق الانتقال، ذلك يشمل طرق الانقضاء أيضاً، لان الانتقال والانقضاء تصرفين متلازمين، لذلك يسري قانون موقع العقار على التصرفات التي تؤدي إلى انقضاء الحقوق العينية على العقار.

أما بالنسبة القانون البحريني حسم المشرع موضوع طرق كسب الحقوق العينية وانقضائها في المادة (١٥/أ) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين بحيث أخضع طرق كسب وانقضاء الحقوق العينية التي تترتب على العقار حصراً القانون موقع العقار^(٢).

ونقترح على المشرع العراقي تعديل بداية المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي على النحو الآتي: (المسائل الخاصة بالملكية العقار وحيازتها والحقوق العينية الأخرى التي تترتب عليه، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها وكسبها وانقضائها، يسري عليها قانون موقع العقار،.....).

ثالثاً: انعقاد العقود على العقار والالتزامات التعاقدية التي تترتب عليها: عرف المادة (٧٣) من القانون العراقي بأنها (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

العقود الدولية هي وسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، مثل عقد البيع الدولي وعقد التأمين وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الأشغال وعقود الاستثمار وغيرها، وترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها من الشروط ما يكفل تحقيق مصالحهم في الحدود المصلحة العامة، وهذا هو مبدأ سلطات الإرادة في علاقات القانون الداخلي، وبالخصوص القانون الواجب التطبيق من هذا النوع من العقود، فقد استقر في مختلف

(١) تنظر: المادتان (٢٣) و (٢٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) نصت المادة (١٥/أ) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين بأنها (يسري على حيازة العقار وملكيته والحقوق العينية التي تترتب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها، والتصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشكل قانون موقع العقار).

التنظيم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي الحدود التي ينشأ فيها وفقاً للقانون، إذ من الطبيعي أن يرضى الشخص التعاقد كلما كان في تلك مصلحته، فالرضا دليل وإن كان غير بات^(١).

بموجب في المادة (٢/٢٥) من القانون المدني العراقي تخضع الالتزامات التعاقدية على العقار لقانون موقع العقار، إذا العقد ابتداءً من مفاوضات مروراً بالانعقاد إلى ترتب آثاره وتنفيذه وانتهائه وبما في ذلك الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد على العقار، يسري عليها قانون الدولة التي يقع فيها العقار، علماً أن المادة (١١٩٩) من القانون نفسه وردت بأنه (لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي)، وبذلك لا يثبت حق الانتقال في الأراضي الأميرية ما بين العراقي والأجنبي، ولا بينا لمختلفي في الدين^(٢).

أخذ المشرع العراقي في الالتزامات التعاقدية بمبدأ الإرادة، أي تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي تختاره المتعاقدان بإرادتهما الصريحة، وإرادتهما الضمنية التي يمكن ان يستخلصها من ظروف الحال^(٣). أما بموجب المادة (٢/٢٥) من القانون المدني (٢- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه) العقود الواردة على العقار سواءً كان العقد مولداً للالتزام بنقل حق عيني في العقار أي باعتبار العقد سبب من أسباب كسب الحق العيني ويخضع لقانون موقع العقار، إذ لشروط الموضوعية في العقود الواردة على العقار نرجع إلى قانون موقع العقار.

يتبين لنا من هذا النص أن المشرع العراقي لم يأخذ في الالتزامات التعاقدية التي تنشأ في العقود المبرمة على العقار بمبدأ الإرادة، أي لم يترك لإرادة الأطراف لإختيار القانون الواجب التطبيق بل تخضع العقود المبرمة بشأن العقار للقانون موقع العقار، وهذه الفقرة خاصة بالعقود الواردة على العقار دون التصرفات العقارية الأخرى، بمقارنتها في قانون البحرين ترك فيه الشروط الموضوعية لانعقاد وآثار التصرفات القانونية المتعلقة بالعقار لقانون الإرادة والتي خصص لها المادة (١٥/ب) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ٢٢٥.

(٢) ينظر بهذا المعنى: قرار المحكمة التمييز العراقي رفو (١٩٦٥) المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الأول والثاني، كانون الأول، السنة الرابعة، ١٩٦٥، ص ١٥٦-١٥٧.

(٣) تنظر: المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١؛ وتقابلها المادة (١٧/أ) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين.

في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين، إذ بموجبها قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق إذا لم يتقنا الطرفان على قانون محدد قانون موقع العقار هو القانون الواجب التطبيق^(١). وهنا يثار التساؤل حول خضوع أهلية التعاقد والشكل التصرف لقانون موقع العقار أو لكل منها قانوناً خاصاً؟ لم يكن موقف المشرع العراقي واضحاً في خضوع العقود المبرمة في شأن العقار لقانون موقع العقار من حيث شكل والأهلية.

في حين يرى البعض^(٢) أن موقع العقار يسري على شكل العقود العقارية ويستند في ذلك إلى انه إذا كان القانون قد أخضع موضوع تلك العقود لقانون الموقع وهو أكثر أهمية، وأيضاً وحدة القانون واجب التطبيق العقارية يحقق يسراً للأطراف وطمأنينة في التعامل بالنسبة للآخر.

بصورة العامة تخرج مسائل الأهلية والشكل عن قانون موقع العقار، أي قرر المشرع العراقي إخضاع الأهلية لأحكام الواردة في المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي وقانون الجنسية هو قانون المختص، أما شكل التصرف فيخضع لقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة في المادة (٢٦) من القانون نفسه بحيث قانون محل إبرام العقد هو قانون المختص، على الرغم وردت المادة (٢/٢٥) من القانون نفسه مطلقاً دون استثناء الأهلية والشكل، وتشير هذه المادة إلى أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار، ويقضي بتطبيق قانون الموقع على كل ما يتعلق بالعقود الواردة على العقار، وكما هما ركن من أركان في مجال التصرفات القانونية العقارية. ولكن للأهلية والشكل التصرف المادة الخاصة بهما، لذلك أساساً لمبدأ الخاص يقيد العام لا يطبق قانون موقع العقار على الأهلية المتعاقدين والشكل التصرفات العقارية.

وفي بعض القوانين^(٣) افرد المشرع العقود المتعلقة باستغلال العقارات بحيث تخضع هذه العقود لقانون الإرادة كضابط إسناد أول وفي حال عدم اتفاق الأطراف على قانون معين فإن قانون موقع العقار هو القانون الواجب التطبيق، إذن؛ هناك القاعدة مقتصرة على العقود المتعلقة باستغلال العقارات دون العقود الأخرى

(١) نصت المادة (١٥/ب) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين على أنه (ب. يسري على التصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشروط الموضوعية لانعقادها ومن حيث الآثار التي تترتب عليها قانون موقع العقار، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

(٢) علاء الدين محمد ذيب عبابنه، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر، ط٢، ٢٠٠٩، ص ٤٣١؛ المشار لدى: راضي نبيه راضي علوانة، مصدر سابق، ص ٣٢-٣٣.

(٣) على سبيل المثال: الفصل (٦٣) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة ١٩٩٨ ونصت على أنه (تخضع العقود المتعلقة باستغلال العقارات من حيث شكلها ومضمونها إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق لقانون المكان الذي يوجد به العقار).

التي تترتب عليها الحقوق العينية. لم يورد نصاً خاصاً بهذا الشأن في كل من القانون العراقي والبحريني على غرار مشروع التونسي، بل جاءت الفقرة عامة لتشمل جميع أنواع العقود التي تبرم على العقار. خصص المشرع العراقي المادة (٢/٢٥) من القانون المدني للقانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة في شأن العقار بحيث يخضع لقانون موقع العقار، ولكن المشرع لم يحدد طائفة العقود التي تخضع القانون موقع العقار، إذن؛ تشمل هذه المادة على كافة العقود الواردة على العقار سواء أكانت عقوداً ترتب حقوقاً شخصية، أم آثاراً عينية.

وفيما يتعلق بالعقد كسبب من أسباب كسب الملكية فإن يختص قانون موقع العقار بأحكام الواردة في مضمون العقود المبرمة بشأن العقار من حيث الشروط الموضوعية سواءً يترتب عليها الحقوق العينية أم الحقوق الشخصية، ولأن خصص نص المادة (٢/٢٥) من القانون نفسه للعقار ونصت على أنه (قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه)، إذا إسناداً إلى هذا النص يمتد ليحكم الشروط الموضوعية للضرورة لانعقاد العقود التي تبرم على العقار سواء أكان العقد مولداً للالتزام بنقل الحق عيني في العقار باعتبار العقد سبباً من أسباب كسب الحق العيني، أم يولده العقد من الالتزامات وتترتب عليه حقوق شخصية على العقار كعقد الإيجار، فيخضع العقود في كلتا الحالتين إلى قانون موقع العقار من حيث الشروط الموضوعية لانعقادها.

أما بالنسبة للقانون البحريني بين فيه قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للتصرفات العقارية من حيث الانعقادها وآثارها التي تترتب على تلك التصرفات، ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق بإرادة الأطراف التصرفات صراحةً باتفاق صريح أو باتفاق ضمني إذا تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه، تخضع التصرفات من حيث الشروط الموضوعية لانعقادها ولآثارها إلى قانون موقع العقار إذا لم يتفق الأطراف على قانون المختص.

لم يبين القانون العراقي اتفاق الأطراف على قاعدة الإسناد غير القاعدة المحددة في القانون للشروط الموضوعية في العقد، أي تجزئة القانون الواجب التطبيق لأجزاء العقد. خلافاً لما وردت في المادة (١٧/ب) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين بحيث للمتعاقدان حق اختيار القانون الواجب التطبيق مختلف لكل جزء من أجزاء العقد بشرط أن يكون هذا الجزء قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء العقد^(١).

(١) نصت المادة (١٧/ب) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين على أنه (يجوز أن يختار المتعاقدان لكل جزء من العقد قانوناً واجب التطبيق إذا كان هذا الجزء قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء العقد).

ونقترح على المشرع العراقي منح حق لأطراف العقد على تجزئة العقد بقصد اختيار القانون الواجب التطبيق لكل جزء منه بشرط أن لا يكون انفصال هذا الجزء عن باقي أجزاء العقد.

رابعاً: رهن عقار ملكية الزوج للزوجة: فيما يتعلق بالرهن القانوني الذي تقرره بعض القوانين للزوجة على أموال الزوج أو للقاصر على أموال الوصي فإنه لا يكفي ان يقرر هذا الحق في قانون البلد الذي وجد فيه العقار بل لا بد ان يتقرر أيضاً بالقانون الذي يحكم الدين المضمون^(١).

إلا أنه في المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي أن جاء لفظ (الحقوق العينية) مطلقاً^(٢) وبالتالي يشمل كل من الحقوق العينية والأصلية والحقوق العينية التبعية، إذن بموجبها إذا تعلق النزاع بحق الرهن العقاري وهو حق من الحقوق العينية التبعية يخضع لقانون الموقع الذي وجد فيه العقار.

خامساً: أهلية الوجوب للشخص المكتسب للحقوق العينية: أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها، وتثبت هذه للشخص فور ولادته حي، وجميع الأشخاص مساوون في أهلية الوجوب، إذ هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، لان يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الالتزامات^(٣).

إن أهلية الوجوب عادة لا تخضع لقانون واحد، إذ مادام تتعلق بصلاحية اكتساب الحقوق والقدرة على التمتع بها فضلاً عن تحمل الالتزامات، فهي تخضع للقانون الذي يحكم نشأة ومصدر الحق نفسه، كحق في اكتساب الملكية العقار بالعقد، فإنه يخضع للقانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الذي تحكم العقد الوارد على العقار، إذن؛ تخرج أهلية الوجوب من نطاق تطبيق قانون الجنسية^(٤).

المطلب الثاني

استثناءات على قاعدة خضوع التصرفات القانونية العقارية لقانون موقع العقار

أولاً: التكيف الأولي للعلاقات القانونية: فالتكيف هو عبارة عن تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون. لتحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيداً لإسنادها لقانون معين، إذ التكيف الأولي (هو التكيف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون واجب التطبيق) وهذا التكيف

(١) د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص ١٣٠.

(٢) تنظر: المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٣١٤-٣١٥.

(٤) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٣١٦.

يخضع لقانون القاضي وفقاً لنظرية الفقيه بارتن وهو الذي ينقل القاعدة القانونية من الحالة النظرية إلى الحالة الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها^(١).

ولقد برر Bartin إخضاع التكييف لقانون القاضي بفكرة السيادة، فالمشرع الوطني عند تنازله للقانون الأجنبي لحكم علاقة قانونية على إقليم دولته فهو يضحى بجزء من سيادة قانونه لفائدة قانون الدولة الأجنبية التي سيطبق على موضوع النزاع ومادام أساس اختصاص هذا القانون هو التنازل، فيجب التقيد بحدوده وعدم التوسع فيه، وبعبارة أخرى لا ينبغي تطبيق القانون الأجنبي إلا بمقدار ما أجازته المشرع الوطني ولما كان المشرع الوطني لم يخضع التكييف لقانون آخر، فإن القاضي لا يستطيع إجراء التكييف وفق قانون آخر غير قانونه^(٢).

أخذ المشرع العراقي في المادة (١/١٧) من القانون المدني بهذا الاتجاه في التكييف للعلاقات القانونية المرفوعة أمام المحاكم العراقية، وفيه القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق لتكييف تلك العلاقات، وذلك لتحديد نوع العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها. وتقابلها في القانون البحريني بموجب المادة (٣) يخضع تكييف المراكز والعلاقات القانونية المرفوعة أمام القضاء البحريني إلى القانون البحريني.

ثانياً: أهلية الأداء للمتصرف في العقار:

أن أهلية المتصرف بالعقار للقيام بالتصرفات المتعلقة العقارية هي أهلية الأداء، وهي قدرة أو كفاءة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية. ويقصد بها صلاحية الإنسان لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً^(٣). وفي تعريف آخر أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق^(٤). وذلك لإجراء التصرفات القانونية على العقار بالوصية أو الهبة أو الوقف يجب أن يكون المتصرف أهليته كاملاً لأن تلك التصرفات ضارة ضرراً محضاً، أما بالنسبة لإجراء التصرفات العقارية الدائرة بين النفع والضرر كما بالعقد، إذا كان أهلية المتصرف كاملاً يعتبر صحيحاً، أما إذا كانت هذه التصرفات يبشرها صغير مميز فإنها تعتبر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو القيم^(٥).

(١) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ١١١ وما بعدها.

(٢) د. عزيز إطبوان، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، دار البيضاء، المغرب، ٢٠١٧، ص ١٢.

(٣) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ١٩٧٦، ص ٧٨.

(٤) د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٨١.

(٥) تنتظر: المادة (١/٩٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء، يرى جانب من الفقه^(١) إلى ان أهلية الأجنبي تخضع لقانون جنسيته، إذ يستثنى من الخضوع لقانون موقع العقار من الأهلية اللازمة للتعاقد، ويستند هذا الرأي على نص المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي الذي قضت بأن (الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته)^(٢)، إذن؛ أهلية الأجنبي لبيع العقار وترتيب بعض الحقوق العينية عليه تخرج من نطاق قانون موقع العقار وتخضع لقانون جنسيته لا للقانون العراقي، إذن؛ تخضع أهلية الأداء للقانون الشخصي للمتصرف بالعقار، وبذلك وحد القانون العراقي بين القانون الذي يحكم حالة الشخص والقانون الذي يحكم أهليته، حيث تقتضي الا تتأثر بالحدود السياسية، بحيث يلحق الشخص قانون دولته ايما ذهب أي قانون الدولة التي هو في رعاياها.

في حين يرى جانب الآخر من الفقه^(٣) ونؤيده أن قانون موقع العقار يختص بحكم كلما يتعلق بالعقد العقاري اختصاصاً شاملاً بما في تلك الأهلية، ويرى هذا الجانب إلى وجوب إخضاع أهلية الأجنبي للقانون العراقي، وذلك فيما يتعلق بالتصرف العقاري الذي ينصب على عقار كائن في العراق، ويستنده على ثلاثة مبرر: أولاً؛ بموجب المادة (٢/١٨) من القانون المدني تخضع أهلية الأجنبي المتعلقة بالتصرفات المالية التي تتعقد في العراق وتترتب آثارها فيه إلى القانون العراقي، ومن هذه التصرفات، التصرفات القانونية العقارية على عقار موجود في العراق، ثانياً؛ جاءت المادة (٢/٢٥) من القانون المدني على نحو مطلق في سريان قانون موقع العقار على العقود العقارية التي أبرمت بشأنه، دون استثناء الأهلية منه. ثالثاً؛ هي أن نص المادة (١٩٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ أوجب توافر كمال الأهلية وفقاً للقانون العراقي كشرط لانقال الملكية بأسبابها، ولا سيما العقد، اذ نصت هذه المادة إلى أنه تخضع الأمور المتعلقة بالأهلية والنيابة والوكالة للأحكام الموضوعية والشكلية المنصوص عليها في قوانينها عدا ما نص عليه هذا القانون، فهذا النص يحيل، وبطبيعة الحال، إلى القواعد الموضوعية الخاصة بالأهلية في القانون المدني، والمتمثلة بالمادة (١٠٦) التي نصت على أن سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة كاملة.

وإضافة إلى ذلك واستناداً إلى فكرة (المصلحة الوطنية) يدعو إلى الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي في الأهلية في العلاقات المالية متى كان تطبيقها يضر بصالح العاقد الوطني، إذا كان أحد الطرفين

(١) د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) وتقابلها المادة (١١) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين.

(٣) د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، مكتبة دار الثقافة، عمان، الاردن، ١٩٩٨، ص ٣٠٥.

أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الثاني تبيّنه^(١). إذ إن من مصلحة الطرفين والدولة أن تخضع الأهلية لقانون موقع العقار فالعقار دائم الوجود ويخص تلك الدولة^(٢).

وكذلك الأهلية في كل من المسائل الميراث والوصية لا تخضع لقانون موقع العقار بل تخضع لقانون الآخر، وذلك بموجب المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي يسري قانون المورث وقت موته على قضايا الميراث، إذ إن القانون الشخصي للمورث يكون هو الواجب التطبيق على الميراث، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وهو يسري على مجموع التركة دون تفرقة بن منقول وعقار، وأياً كان مكان ذلك المنقول أو العقار. وأيضاً بالنسبة الوصية تنص المادة (١/٢٣) من القانون نفسه على القانون الواجب التطبيق لقضايا الوصايا بحيث قانون الموصي وقت موته، إذ أهلية الموصي للإيصاء من المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت موته، باعتبارها من الشروط الموضوعية لصحة الوصية، إذ بموجبها إذا كان الموصي ناقص الأهلية في وقت الوصية وصار أهلاً وقت الوفاة، فإن وصيته تكون صحيحة، لذلك من أحسن أن يكون لصحة الوصية قانون جنسية الموصي وقت أبرام الوصية قانوناً مختصاً، ليس وقت موت الموصي، لان في ذلك الوقت تتم الوصية وكما يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً مالكاً لما أوصى به.

ثالثاً: شكلية التصرفات القانونية على العقار: من المعلوم أن جميع التصرفات القانونية العقارية التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو تغييره أو نقله أو زواله الشكلية باعتبارها تصرفاً تخضع لأحكام القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري من ناحية التسجيل، ولا تتعقد إلا باستيفاء الشكلية التي رسمها القانون والا يعد التصرف باطلاً^(٣).

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشكل في التصرفات القانونية العقارية، لم يحدد القانون العراقي قاعدة إسناد خاصة بشكل التصرفات العقارية، وأيضاً لم يستثنى من قاعدة خاص بشكل التصرفات التي وردت في المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي، حيث إن نص المادة (٢٦) من القانون العراقي متعلق بشكل التصرفات بشكل عام، والذي بموجبه يخضع شكل التصرف لقانون مكان إبرامه من حيث

(١) د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط١، دار النهضة العربية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٧٧.

(٢) د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٣) تنظر: المواد (١/٩٠) و (٢/١٣٧) و (٢٤٧) و (٥٠٨) و (٦٠٢) و (٢/١٠٧١) و (٢/١١٢٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وأيضاً المواد (٢/٣) و (١/٢٠٣) و (١/٢٠٩) و (١/٢١٢) و (١/٢٢٩) و (٢/٢٤٢) و (١/٢٢٩) و (١/٣٠٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

المبدأ، إذ ان مكان ابرام التصرف هو مكان نشوء العلاقة وهو بالطبع نقطة البداية للرابطة القانونية وبالنتيجة فمن المتصور خضوع العلاقة في شكلها للقانوني له. وذلك بخلاف المشرع البحريني، بحيث عمل على تخصيص قاعدة إسناد خاصة بالتصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشكل، فيطبق على هذه التصرفات قانون موقع العقار، وهذا ما ورد في المادة (١٥/أ)، وأيضاً بموجب هذه الفقرة جميع التصرفات العقارية من حيث شكل تخضع لقانون موقع العقار وليس الا عقد على العقار، في حين المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي تشمل العقود فقط دون التصرفات العقارية الأخرى.

إلا إننا نفضل بسبب كون الشكل ركن للانعقاد في هذا النوع من التصرفات القانونية بموجب القانون العراقي، فالشكل بوصفه ركناً من أركان انعقاد العقد وليس وسيلة للإثبات، إذ يعد من المسائل المتعلقة شكلية العقد وليس مجرد مظهر خارجي للتعبير عن الإرادة أو لغرض الإثبات، لذلك من أفضل خضوعه للقانون الذي يحكم موضوع العقد، وهو قانون موقع العقار بالنسبة إلى العقد العقاري. إذ إخضاع شكل العقد على العقار لقانون موقع العقار، هو في حقيقته تطبيق لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إجرائه، وهذا يعني يطابق القانون الذي يحكم موضوع العقد مع القانون الذي يحكم شكله، الأمر ما يظهر بوضوح في العقود الواردة على العقارات وهذا ما أخذ به المشرع العراقي الذي تعد العقود الواردة على ملكية عقار أو أي حق عيني عقاري آخر من عقود شكلية لا تتعد بمجرد التراضي، بل يلزم توفر الشكلية التي فرضها القانون والمتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(١)، وأكدت على ذلك المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن بيع العقار لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون. ولا يترتب عقد البيع المنعقد خارج دائرة التسجيل العقاري أي حق عيني، وإنما يمكن ان يترتب حق شخصي (التعويض) وذلك بموجب المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي^(٢).

فالشكلية المتعلقة بالتصرفات إذا كانت ركن من أركان انعقاد التصرفات المتعلقة بالعقار ومن أحسن أن تخضع لقانون موقعه، وهي عبارة عن ركن للانعقاد وفقاً للقانون المدني العراقي، إذ إنه يجب مراعاة ما هو مطبق على الأموال غير المنقولة الذي يتطلب شكلية معينة بالنسبة للعقارات وهي التسجيل في الدائرة الرسمية، وبالنتيجة فإنه وفقاً للقانون العراقي يجب إخضاع الشكل أيضاً لقانون موقع العقار.

نقترح على المشرع بهدف إزالة الخلافات للقانون الواجب التطبيق لشكلية التصرفات العقارية تحديد قاعدة الإسناد خاصة لشكلية التصرفات العقارية صراحةً على غرار المشرع البحريني.

(١) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٤٣١.

(٢) تنص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط).

وعلاوة على كل ذلك هناك الإشكالية حول خضوع شكل التصرفات العقارية لقانون مكان إبرام التصرف، وهي التصرفات التي تمت في خارج العراق على العقارات الموجودة في العراق، هل هناك يكون التصرفات صحيحاً ومنتجاً لآثاره إذا تم وفقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق وفقاً للقاعدة العامة للشكل، أي إذا إبرام العقد بموجب قانون الدولة التي تم إبرام فيها هل يكون صحيحاً بقانون موقع العقار إذا كان شكل التصرف مختلف من شكل مكان إبرام؟ لم يبين القانون العراقي والبحريني هذه الحالة، بخلاف بعض القوانين على سبيل المثال الفصل (٦٨) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة ١٩٩٨ التي بموجبها العقد صحيحاً شكلاً إذا توفرت فيه الشروط التي عيّنها القانون المنطبق على العقد أو قانون مكان إبرامه أو يكون شكل العقد المبرم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة صحيحاً إذا توفرت فيه الشروط المعيّنة بقانون إحدى هذه الدول، إذ بموجبها يكون شكل العقد صحيحاً إذ توافرت فيه الشروط الدولية التي تم إبرام العقد فيها حتى ولو الدولة إبرام العقد غير الدولة التي وجد فيها العقار.

لذلك من أحسن لإزالة هذه الإشكالية إخضاع شكل العقد العقاري إلى قانون موقع العقار، والشكالية عبارة عن الإجراءات الخاصة بالتسجيل، التي لا تكتسب الصفة الرسمية إلا إذا تمت لدى السلطة المختصة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري بالنسبة إلى العقار الكائن في العراق.

رابعاً: الآثار المترتبة على العقد الباطل: إذا كان العقد باطلاً يكون العقد كان لم يكن، والأثر المترتب هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد أي الالتزام بالرد، إذا كان أحد الطرفين المتعاقدين قد سلم الآخر شيئاً معيناً تنفيذاً للعقد، وهنا يخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، بموجب المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي وهو قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، وكذلك الحكم بالتعويض إذا استحال إعادة الحال إلى ما كانت عليه بسبب هلاك الشيء محل العقد، فإن تقدير التعويض العادل^(١) أيضاً يخضع لقانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، لأن العقد الباطل منعدم قانوناً ولا جود له، لذلك تخضع آثاره للقانون الذي يحكم الواقعة القانونية مصدر الحق وليس لقانون العقد.

خامساً: الأشكالية المتممة أو المكملة للأهلية الخاصة: وهذه الإشكالية هي عبارة عن متطلبات يفرضها القانون على الأشخاص غير كاملي الأهلية لتكون التصرفات العقارية صحيحة، ولتمكينهم من مباشرة هذه التصرفات، كالأذن الصادر عن الولي أو الوصي أو المحكمة لمباشرة تلك التصرفات، وهذه الإجراءات تتعلق بحماية الشخص ناقص الأهلية، بموجب المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي، وتخرج هذه الإجراءات من نطاق تطبيق قانون محل شكل العقد أو التصرف العقاري أي قانون موقع العقار، بل تخضع لقانون الدولة

(١) تنظر: المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

التي ينتمي اليها الشخص ناقص الأهلية أو عديم الأهلية بجنسيته بموجب المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي^(١).

سادساً: إجراءات التقاضي ورفع الدعوى: إذا رجعنا إلى المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي نجد أن قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات هو القانون الواجب التطبيق لإجراءات الدعوى، وهناك إجراءات رفع الدعوى العقارية أو الدعوى المتعلقة بالحقوق العينية، وإجراءات إصدار الحكم وتنفيذه، يخضع أشكال تلك الإجراءات لقانون القاضي أي قانون الدولة التي تقام فيها الدعاوى العقارية.

إذن؛ الدعاوى ذات العلاقة بالمسائل المستعجلة والطلبات التحفظية والوقائية كالإجراءات القضائية لأصل الدعوى وهي الدعوى المتعلقة بالتصرفات العقارية؛ تخضع للقانون العراقي إذا تقام تلك الدعوى أمام المحاكم العراقية.

أما بالنسبة لقانون البحريني حدد القانون الواجب التطبيق على المسائل المستعجلة والطلبات التحفظية والوقائية صراحةً في قانون البحريني بحيث تسري قانون المملكة البحرين هو قانون المختص لهم مهما كان القانون الواجب التطبيق على الموضوع الدعوى، ونصت على أنه المادة (تسري قوانين المملكة على المسائل المستعجلة والطلبات التحفظية والوقائية أي كان القانون الواجب التطبيق على المنازعة) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين.

في حين يرى البعض^(٢) أن اختصاص قانون الموقع العقار هو اختصاص عام يمتد ليشمل جميع الدعاوى المتعلقة بتلك الأموال سواء كانت دعوى شخصية عقارية تستند إلى حق شخصي بحت ويطلب فيها تقرير حق عيني على عقار، أم كانت دعوى عينية عقارية ترمي إلى حماية حق عيني عقاري أياً كان، كحق الملكية أو الانتفاع، أو الرهن أو الاختصاص، أو كانت دعوى مختلطة كدعوى البائع ببطلان البيع واسترداد العقار.

سابعاً: إثبات التصرفات التي ترد على العقار: لم يبين المشرع العراقي في القانون المدني الحكم الخاص بالقانون الواجب التطبيق على إثبات التصرفات العقارية لتسهيل إثبات الرابطة التعاقدية وسائر التصرفات الأخرى. وإنما بين القانون الواجب التطبيق بشأن أدلة الإثبات في قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ الذي بموجبه قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، وللمحكمة أن تنطبق القانون

(١) وتقابلها: المادة (١١/أ) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين.

(٢) د. احمد عبدالكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، دراسة مقارنة، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٨، ص٤٧٨.

العراقي إذا تبين للقاضي دليل الإثبات في القانون العراقي أيسر من الدليل الذي يشترطه قانون الدولة التي تم فيه التصرف، وذلك بموجب المادة (١٣/أولاً) من القانون المذكور، وأما بالنسبة للجوانب الشكلية في شأن الإثبات بموجب المادة (١٣/ثانياً) من القانون نفسه يطبق عليها قانون الدولة التي تقام الدعوى أمام محاكمها^(١).

بمقارنتها في قانون البحرين بين القانون الواجب التطبيق على جوانب الموضوعية في إثبات بحيث قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق، و ثم تسري قانون أحكام القانون الواجب التطبيق إذا لم يتفق عليه أو لم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه، إذ قانون الذي يحكم التصرف هو القانون الواجب التطبيق لجوانب الموضوعية بشأن الإثبات. ونصت المادة من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين على أنه (تسري على الأحكام الموضوعية بشأن الإثبات أحكام القانون الواجب التطبيق ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

نقترح على المشرع العراقي وضع القاعدة الخاصة لإثبات التصرفات العقارية من حيث الشروط الموضوعية وإجراءات الشكلية، ومن أحسن قانون لإثبات التصرفات العقارية هو القانون الواجب التطبيق باعتبار يطبق هذا القانون على الجوانب الأخرى للتصرفات التي أبرمت على العقارات.

المبحث الثالث

قاعدة الإسناد للتصرفات المادية الواقعة على عقار

التصرفات المادية الواقعة على عقار قد تكون من التصرفات التي تؤدي إلى توحيد الوحدات العقارية وتكون موجودة سابقاً كالأستيلاء^(٢)، وكذلك الإفراز الذي من شأنه تقسيم الوحدات العقارية هو القسمة العقارية، كما يعد تصحيح الجنس من التصرفات المادية العقارية، والتصرفات المادية ما تؤدي إلى تغيير مادي على العقار ومنها ما تؤدي إلى إنشاء أو أحداث الابنية أو المنشآت أو الغراس مثل الالتصاق. وهنا يثار التساؤل هل يمكن اعتبار تلك التصرفات من تصرفات نافعة أو تصرفات ضارة على العقار؟ أو هل يمكن اعتبار الآثار التي تترتب على تلك التصرفات بالالتزامات غير التعاقدية؟

(١) نصت المادة (١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على انه (أولاً: يسري في شأن ادلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي. ثانياً: يسري في شأن اجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى).

(٢) تنظر: المادة (١/٢٦٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

وللإجابة عن هذا السؤال، سوف نبحث التصرفات النافعة والتصرفات الضارة على العقار والقانون الواجب التطبيق عليها، من خلال المطلبين:

المطلب الأول

التصرفات الضارة على العقار والقانون الواجب التطبيق عليها

المقصود بالالتزامات غير التعاقدية هي الالتزامات التي تنشأ عن العمل غير المشروع والأضرار بلا سبب أي هي الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والعمل النافع^(١).

حقيقة إنه يشترط القانون في تصحيح الجنس اتحاد ملكية الأرض والمنشآت أو المغروسات القائمة عليها^(٢)، فمن يدعي خلاف هذا الأصل عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت أو الغراس، وذلك في حالة أن صاحب الأرض قد بنى أو غرس أو أقام منشآت أخرى في أرضه بمواد مملوكة لغيره دون رضا صاحب المواد. فإذا تحقق ذلك كان لصاحب المواد طلب نزعها أو استردادها، وإذا كان نزع المواد يصيب صاحب الأرض ضرر جسيم منه، فإنه يملك هذه المواد بالالتصاق، وعليه ان يدفع قيمتها لصاحبها مع تعويضه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية^(٣).

إذن؛ الالتصاق كالتصرف المادي العقاري يعني التصرفات الضارة ويترتب عليه المسؤولية التقصيرية.

مبررات سريان القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار، هي:

أن مصدر العلاقة القانونية المتولدة عن الفعل الضار، وهو العنصر الأكثر أهمية من بين عناصرها، أي مقارنة بطرفيها وهما المضرور ومرتكب السلوك الخاطئ، وموضوعها وهو الالتزام بتعويض الضرر، لأن الآثار القانونية للمسؤولية التقصيرية تترتب بالنظر إلى الواقعة القانونية التي هي مصدرها أو سببها، لا بالنظر إلى أطرافها أو موضوعها، ومن ثم كان منطقياً أن يستمد ضابط الإسناد الخاص بهذه المسؤولية من هذا العنصر، أي من مصدرها أو سببها وهو الفعل الضار^(٤).

(١) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٣٩٥.

(٢) تنظر: المادة (١/٢٨١) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

(٣) د. محمد طة البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٢، ص ١٧٠.

(٤) د. هشام صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، ط ٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ١٦ وما بعدها؛ عكاشه محمد عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات أكاديمية شرطة، دبي، ٢٠٠٣، ص ٧٥٨ وما بعدها.

وكذلك أن قواعد المسؤولية التقصيرية تهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور جراء إخلال مرتكب الضرر بالتزام قانوني عام مفاده عدم الإضرار بالغير. ولما كان المضرور - في سبيل الحصول على حقه المشروع في التعويض يملك، وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي السائدة في التشريعات المقارنة، أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يتمتع بجنسيتها، وتلك التي يتوطن أو يقيم فيها، ومحاكم الدولة التابع لها مرتكب السلوك الخاطئ وكذلك محاكم الدولة التي يوجد بها موطن هذا الأخير أو محل إقامته، إضافة إلى محاكم الدولة التي وقع فيها السلوك الخاطئ وتلك الذي تحقق فيها الضرر، فإنه ينبغي إقامة نوع من التوازن بين مصالح الأطراف في مجال المسؤولية التقصيرية، ولن يتأتى تحقيق هذا التوازن إلا بتطبيق قانون الدولة التي وقع على إقليمها الفعل الضار، إذ إن مقتضيات العدالة تقتضي أن يتم تعويض المضرور دون نقص يهدر حقوقه، أو ينتقص منها، وفي نفس الوقت دون زيادة تجحف بالمسؤول وهو ما لا يتصور حدوثه إلا وفقاً لما هو سائد من أحكام في مكان وقوع الفعل الضار.^(١)

إن السبب في تبني ضابط محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، لإسناد المسؤولية التقصيرية ذات الطابع الدولي، لقانون محل وقوع الفعل الضار، هو أن التركيز الموضوعي للعلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، والمترتبة على الالتزام غير التعاقدية، يكون بالاستناد إلى مصدرها أو واقعها المنشئة، فمحل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام هو عنصر من عناصر التركيز، والذي يمثل مركز الثقل في العلاقة الخاصة الدولية التي تنطوي على المسؤولية عن العمل غير المشروع، وبالتالي يتم التوطين أو التركيز الموضوعي لهذا العلاقة في دولة محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، وإسنادها إلى قانون تلك الدولة، بوصفه القانون الأكثر ملائمة لحكم النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع، ولأنه قانون الوسط الاجتماعي أو البيئة الاجتماعية للواقعة المنشئة للالتزام.^(٢)

وعلى الرغم لم يحدد المشرع العراقي القانون الواجب التطبيق لتصرفات المادية على العقار، ولكن لتحديد القانون الواجب التطبيق لتلك المسؤولية في القانون العراقي نستند إلى المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (١- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)، إذن؛ أن يسري على المسؤولية التقصيرية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، إذ يخضعها لقانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام أي قانون الدولة التي وقعت فيها العقار الذي وقع عليه التصرف.

(١) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥٧.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٤١٦.

ومقارنتها بقانون البحريني خصص المشرع المادة المستقلة خاصة للالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، ويسري على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع قانون البلد الذي وقع فيه العمل غير المشروع، ما لم يتم الاتفاق على اختيار قانون آخر، إذ قانون الذي يتفق عليه المتضرر والمضرر إليه هو القانون الواجب التطبيق، وإما إذا لم يتم الطرفين على قانون معين يسري على الالتزامات الناشئة عن فعل غير المشروع قانون الدولة الذي وقع فيه الفعل الضار^(١).

فالوضع الغالب ان تتحقق المسؤولية عن الفعل الضار في إطار العلاقات المتنوعة، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للروابط المتعلقة بالحقوق العينية، أن يطبق القانون المختص بكل علاقة على المسؤولية عن الفعل الضار في إطار هذه العلاقة، فالقانون الذي يحكم العلاقة الأصلية هو أكثر القوانين مناسبة لحكم المسؤولية الناجمة عن الفعل الضار المتصل بهذه العلاقة^(٢).

إذن؛ بموجب هذه القاعدة تخضع التصرفات الضارة الواقعة على العقار لقانون موقع العقار، لان هو موقع حدوث الواقعة أو التصرف المنشي للالتزام.

أما بالنسبة لأهلية المتضرر من التصرف المادي الضار على العقار للمطالبة بالتعويض هو أهلية الوجوب ويسري عليه قانون محل حدوث الضرر، أما أهلية مرتكب الفعل الضار هي أهلية أداء لا الوجوب، وتخضع لقانون جنسيته بموجب المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي، لا للقانون موقع حدوث الضرر^(٣).

المطلب الثاني

التصرفات النافعة على العقار والقانون الواجب التطبيق عليها

الفعل النافع الذي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر بشكل الذي يؤدي إلى اغتناء الذمة المالية للثاني دون سبب مشروع^(٤). ويترتب أيضاً في التصرفات المادية الواقعة على العقار إثراء دون سبب بالفعل النافع، في حالة إثراء صاحب الأرض بدون سبب على حساب صاحب المواد إذا قام صاحب الأرض بأحداث المنشآت أو الغراس على أرضه بمواد مملوكة للغير دون تعدي أو تقصير، أو إثراء صاحب

(١) نصت المادة (١/٢٥) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين على أنه (يسري على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع قانون البلد الذي وقع فيه العمل غير المشروع، ما لم يتم الاتفاق على اختيار قانون آخر).

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ٤٠١.

(٣) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامها في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٤) د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام، بغداد، ١٩٧٤، ص ٢٢٣.

الأرض دون سبب في حالة قيام شخص بأحداث المنشآت أو الغراس على أرض شخص آخر بمواد مملوكة للغير^(١). ويقصد بالفعل النافع كل عمل مشروع يصدر عن الدائن فيغني المدين دون سبب، وكسب دون سبب هو إثراء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص آخر دون سبب مشروع، ويتضمن شروط أربعة وهي: إثراء المدين وافتقار الدائن وقيام علاقة سببية بين الإثراء والافتقار، وأن لا يكون لإثراء المدين سبب قانوني^(٢).

وتختلف الآراء لتحديد قاعدة الإسناد للكسب دون سبب، بحيث يرى البعض تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها الافتقار، ويرى آخرون تطبيق قانون محل وقوع الإثراء، وقد حظي الرأي الثاني بتأييد الفقه العراقي^(٣) ويستند هذا الرأي إلى أن الإثراء هو ظاهرة الإيجابية، ولذلك فهو أكثر وضوحاً للعالم الخارجي من الافتقار، فيكون من المنطقي اعطاء اختصاص لقانون محل حصول الاغتناء تسهياً لإقامة الدعوى وتحديد أركان فعل الإثراء وتحديد المقدار الذي يجب رده وتنفيذ الحكم^(٤).

وقاعدة الإسناد للفعل النافع في القانون العراقي هي نفس قاعدة الإسناد بالنسبة للفعل الضار لان المشرع خصص قاعدة إسناد واحدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بشكل عام، وأخضعت لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (١/٢٧) من القانون المدني وهي محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام الذي يتمثل بقانون محل وقوع الفعل النافع في حالة الكسب دون سبب وهو مكان وقوع الإثراء. بمقارنتها في قانون البحريني خصص المشرع المادة الخاصة للثراء بلا سبب كما بينا في العمل غير المشروع، وخصص المادة (٢٦) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين للقانون الواجب التطبيق وكما وضع المشرع تسلسل له، بحيث قانون الإرادة الأطراف هو الأول المختص، ثم قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام في حالة عدم الاتفاق على قانون معين^(٥).

(١) ينظر للتفاصيل: د. محمد طة البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم و الآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقي، ١٩٨٠، ص ٢٨٣.

(٣) د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ١٦٦.

(٤) د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(٥) نصت المادة (٢٦) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين على أنه (يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ما لم يتم الاتفاق على اختيار قانون آخر).

ويمثل مكان وقوع الإثراء الأساس القانوني للالتزام الذي تقوم عليه فكرة الكسب دون سبب، وهذا الإسناد يقوم أيضاً على أساس التركيز الموضوعي للعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي استناداً إلى مصدرها أو واقعها المنشئة^(١).

وأيضاً توجد نفس الأسباب لاعطاء الإختصاص لقانون محل وقوع الإثراء في حالة وقوع فعل نافع على العقار، إذ هناك يطبق عليه قانون موقع العقار لأن مكان وقوع الإثراء هو نفس مكان العقار. ويكون اختصاص هذا القانون شامل ويطبق على أهلية من حصل على الإثراء لأن أهليته أهلية وجوب، أما أهلية المفتقر فهي أهلية أداء وتدخل من اختصاص قانون جنسيته ويخرج من اختصاص قانون موقع حدوث الإثراء^(٢).

ويرى البعض^(٣) وجوب أن يفسح المجال الإرادة الأطراف تؤدي دورا هاما في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، أي أنه إذا ما اتفق الأطراف، بملء إرادتهم، على تطبيق قانون دولة معينة على الالتزامات غير التعاقدية؛ وذلك اقتناعاً منهم أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم، ولكل منهم أن تطبيق هذا القانون يحقق له في الوصول إلى حل عادل وفعال للمسألة، وأنه حري بالمشرع في مثل هذه الحالات أن يقرهم على هذا الاختيار، ويحترم هذا التعيين، ويفصل القاضي بمقتضاه متى تبين له أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يخالطه التحايل، ولا يداخله التعسف، ولا يمس بحقوق الغير، وأخذت بعض التشريعات الحديثة بهذا الرأي، من ذلك المادة (٤/١٣٣) من القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة (٧١) من القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة (٤٢) من القانون الألماني الصادر عام ١٩٩٩ بشأن الالتزامات غير التعاقدية والأموال في القانون الدولي الخاص، والمادة (٣/١٢١٩) من القانون الدولي الخاص الروسي. والمادة (٨) من مشروع الاتفاقية التي أعدتها المجموعة الأوروبية للقانون الدولي الخاص بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.

ونقترح على المشرع تحديد قاعدة الإسناد الخاصة للتصرفات المادية على العقار، سواء التصرفات النافعة أم التصرفات الضارة، بحيث يمكن الرجوع إلى قانون موقع العقار كالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية المترتبة على التصرفات المادية على العقار.

(١) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، القانون الدولي الخاص، ص ٤٥٣.

(٢) عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الإقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠٠٧، ص ١٥٧.

(٣) د. محمد الروبي، مصدر سابق، ص ٨٩-٩٠.

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث إلى عدة استنتاجات، وقدمنا في ضوئها عدة توصيات، وفيما يأتي نجل أهمها:

أولاً/ الاستنتاجات:

- ١- تؤدي التصرفات العقارية إلى إنشاء حقوق عينية، سواء حق عيني اصلي كنقل ملكية، أو ينشئ حق عيني تبعية كحق رهن، او تؤدي إلى تغيير حق عيني أو إنهاءه.
- ٢- ترد التصرفات القانونية على العقار، بحيث لا ينعقد تلك التصرفات إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وأيضاً ترد التصرفات المادية على العقار، التي تؤدي إلى التغيير في الحقوق العينية العقارية وهي تصحيح الجنس وإفراز والتوحيد.
- ٣- التكيف الأولي هي عبارة عن تحليل للوقائع والتصرفات القانونية وتخضع لقانون القاضي، أما التكيف الثانوي هي العملية التي يتم من خلالها تحديد إذا ما كان المال عقاراً أو منقولاً، تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها المال، أي قانون دولة مكان وجود المال، ويختص قانون موقع العقار في التكيف طبيعة المال من حيث كونه عقاراً.
- ٤- أخذ المشرع العراقي في المادة (٢/٢٥) من القانون المدني العراقي بقانون موقع العقار كالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تنشأ في العقود المبرمة على العقار، وليس قانون الإرادة، وأيضاً هذه الفقرة خاصة بالعقود الواردة على العقار دون التصرفات العقارية الأخرى، بخلاف قانون البحريني ترك فيه الشروط الموضوعية لانعقاد وآثار التصرفات القانونية المتعلقة بالعقار لقانون الإرادة، وإذا لم يتفقا الطرفان على قانون محدد قانون موقع العقار هو القانون الواجب التطبيق.
- ٥- تخرج مسائل الأهلية والشكل عن قانون موقع العقار، أي تخضع الأهلية لقانون الجنسية المتعاقد، أما شكل التصرف فيخضع لقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة في المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي بحيث قانون محل إبرام العقد هو قانون المختص.
- ٦- لم يبين القانون العراقي على تجزئة القانون الواجب التطبيق لأجزاء العقد. بخلاف قانون البحريني بحيث فيه للمتعاقدان حق اختيار القانون الواجب التطبيق مختلف لكل جزء من أجزاء العقد بشرط أن يكون هذا الجزء قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء العقد.
- ٧- على الرغم لم يبين المشرع العراقي قاعدة الإسناد خاص بالطرق انقضاء الحقوق العينية على العقار ولكن يسري عليه قانون موقع العقار على التصرفات التي تؤدي إلى إنقضاء الحقوق العينية على العقار لان الانتقال والإنقضاء تصرفين متلازمين.

٨- تخضع التصرفات الضارة الواقعة على العقار لقانون موقع العقار، لأنه هو موقع حدوث الواقعة أو التصرف المنشئ للالتزام. أما قاعدة الإسناد للفعل النافع في القانون العراقي هي محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، والذي يتمثل بقانون محل وقوع الفعل النافع في حالة الكسب دون سبب وهو مكان وقوع الإثراء.

ثانياً: المقترحات:

- ١- نقترح على المشرع أن يسمح على الاتفاق على القانون الواجب التطبيق للشروط الموضوعية للتصرفات العقارية، ووضع ضوابط لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بحيث أن يكون القانون المتفق عليه ذات الصلة بالتصرف.
- ١- ونقترح على المشرع العراقي تعديل بداية المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي على النحو الآتي: (المسائل الخاصة بالملكية العقار وحيازتها والحقوق العينية الأخرى التي ترتب عليه، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها وكسبها وانقضائها، يسري عليها قانون موقع العقار،.....).
- ٢- نقترح على المشرع بهدف إزالة الخلافات للقانون الواجب التطبيق لشكلية التصرفات العقارية تحديد قاعدة الإسناد خاصة لشكلية التصرفات العقارية صراحةً، وخضوعه لقانون موقع العقار على غرار المشرع البحريني.
- ٣- ونقترح على المشرع العراقي منح حق لأطراف العقد على تجزئة العقد بقصد اختيار القانون الواجب التطبيق لكل جزء منه بشرط أن لا يكون انفصال هذا الجزء عن باقي أجزاء العقد على غرار المشرع البحريني.
- ٤- نقترح على المشرع العراقي وضع القاعدة الخاصة لإثبات التصرفات العقارية من حيث الشروط الموضوعية وإجراءات الشكلية، ومن أحسن قانون لإثبات التصرفات العقارية هو القانون الواجب التطبيق باعتبار يطبق هذا القانون على الجوانب الأخرى للتصرفات التي أبرمت على العقارات.
- ٥- ونقترح على المشرع تحديد قاعدة الإسناد الخاصة للتصرفات المادية على العقار، سواء التصرفات النافعة أم التصرفات الضارة، بحيث يمكن الرجوع إلى قانون موقع العقار كالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية المترتبة على التصرفات المادية على العقار.

المصادر

أولاً/ الكتب

- ١- ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

- ٣- د. احمد عبدالكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، دراسة مقارنة، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٨.
- ٤- د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.
- ٥- امين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق، فلسطين، ٢٠٠١.
- ٦- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨.
- ٧- د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٦.
- ٨- د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام، بغداد، ١٩٧٤.
- ٩- د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا.
- ١٠- د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.
- ١١- خالد لفته شاكر وعبدالله غزاي سلمان، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، دار التقني، بغداد، ١٩٩٠.
- ١٢- د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
- ١٣- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط١، دار النهضة العربية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
- ١٤- د. عاطف عبدالحميد عبدالمجيد ندى، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل ابرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ١٥- د. عبد المنعم البدرابي، المدخل للقانون الخاص، ط١، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- ١٦- د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨.
- ١٧- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
- ١٨- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٤.
- ١٩- د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
- ٢٠- د. عبدالمجيد الحكيم و الآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقي، ١٩٨٠.
- ٢١- د. عزيز إطوبان، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، دار البيضاء، المغرب، ٢٠١٧.

- ٢٢- عكاشه محمد عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات أكاديمية شرطة، دبي، ٢٠٠٣.
- ٢٣- علاء الدين محمد ذيب عابنه، تنازع القوانين في العقد الالكتروني الدولي، مؤسسة فخرابي للدراسات والنشر، ط٢، ٢٠٠٩.
- ٢٤- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠٠٩.
- ٢٥- د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٢٤.
- ٢٦- د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٧- د. محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٢٨- د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط١، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٩.
- ٢٩- د. محمد طه البشير و الدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٢.
- ٣٠- د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧.
- ٣١- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٢٢.
- ٣٢- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري قم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٣.
- ٣٣- د. مصطفى محمد الجمال و د. حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، مكتبة مسيرة الحضارة، القاهرة، بلا.
- ٣٤- د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، مكتبة دار الثقافة، عمان، الاردن، ١٩٩٨.
- ٣٥- د. هشام صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، ط٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

- ٣٦- د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.
- ٣٧- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣.
- ٣٨- د. هيوا إبراهيم قادر الحيدري، التصرف في المال الشائع، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
- ٣٩- د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.
- ثانياً: الرسائل الجامعية:**
- ١- تأمير فاتح محمدصالح، العهد بنقل الحق العيني العقاري في القانون العراقي، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، اربيل، ٢٠١٦.
- ٢- راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٥.
- ثالثاً: البحوث والدراسات القانونية:**
- ١- الدكتور عبدالرحمن رحيم عبدالله، التعريف بالعمل القانوني بوجه عام، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين- اربيل، السنة العاشرة، العدد (١٢) كانون الأول ٢٠١٢.
- ٢- عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الإقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠٠٧.
- رابعاً: القوانين:**
- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- القانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
- ٣- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
- ٤- قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٣ بإصدار قانون التسجيل العقاري في البحرين.
- ٥- قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي في البحرين.
- خامساً: القرارات القضائية:**
- ١- قرار المحكمة التمييز العراقي رقو (١٩٦٥) المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الأول والثاني، كانون الأول، السنة الرابعة، ١٩٦٥.