

حالات التعارض التنفيذ في البيوع المتعاقبة

د. وسن قاسم غني الخفاجي الباحثة. علياء حماد عبيس

كلية القانون/ جامعة بابل

Inconsistencies in execution in successive sales

Dr. Wasan Qasim Ghani Al-Khafaji Researcher. Alia Hammad Obis

College of Law / University of Babylon

Mahmed0781562@gmail.com

Abstract

Inconsistencies arise in successive sales when the sale is issued by the same seller to one or more buyers in succession, on the same sale, so that the implementation of the result falls on one of these two sales and not the other, meaning that the first contract conflicts with the second contract in the implementation phase, so the priority in this implementation of the contract will be The second, despite being later on the date of its convening without the first, contrary to the origin of the year, due to the existence of obstacles that give effect to the second contract without the first, such as the obstacle of registration, and the obstacle of possession in the transferred title of ownership.

key words: Form contract, consensual contract, consensual, transferred, incompatibility

المخلص

تنشأ حالات التعارض في البيوع المتعاقبة عندما يصدر البيع من ذات البائع للمشتريين أو أكثر على التعاقب، على المبيع نفسه، بحيث يقع التنفيذ بالنتيجة على أحد هذين البيعين دون الآخر، أي أن العقد الأول يتعارض مع العقد الثاني في مرحلة التنفيذ فتكون الأولوية في هذا التنفيذ للعقد الثاني رغم كونه لاحقاً في تاريخ انعقاده دون الأول، خلافاً لأصل العام، وذلك لوجود عقبات ترجح نفاذ العقد الثاني دون الأول، كعقبة التسجيل، وعقبة الحيابة في المنقول سند الملكية.

الكلمات المفتاحية: العقد الشكلي: العقد رضائي، التراضي، المنقول، التعارض.

المقدمة

أولاً: فكرة موضوع البحث:

يحصل طبيعياً أن يقوم مالك المبيع ببيع ملكه على التعاقب سواء كان هذا المبيع عقاراً أم منقولاً، وذلك بأن يبيع مالك العقار عقاره لمشتري ثم يبيعه المشتري الى مشتر ثان ويبيع المشتري الأخير العقار لمشتري ثالث وهكذا حتى يحصل تعاقب في البيوع من مشترٍ لآخر، لكن قد يحصل أن يبيع مالك العقار عقاره لمشتريين اثنين أو أكثر على التعاقب فيسجل المشتري الثاني عقده قبل الأول مثال ذلك تصرف البائع في عقد البيع، بالمبيع بعقد بيع آخر لاحق في تاريخ انعقاده على العقد الأول، وهذا ما سوف يحدث تعارضاً بين العقدين في التنفيذ فالبيوع المتعاقبة هنا أصبحت متعارضة، فهي متعاقبة من حيث الانعقاد، لكنها متعارضة من حيث تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، فإيهما أولى بتنفيذه العقد الأول أم الثاني، فطبقاً للقواعد العامة في القانون أن العقد الثاني يقع باطلاً لوقوعه على محل سبق وأن تم التصرف فيه ألا أنه بوجود عقبات معينة ينشأ وينفذ العقد الثاني دون العقد الأول وهي عقبة تسجيل العقد لانتقال الملكية في العقار وعقبة الحيابة بالمنقول سند الملكية.

وما نحاول بيانه في مدار هذا البحث، هو ما مدى تأثير العقد الثاني على العقد الأول، سواء تم بحسن ام بسوء نيه من قبل الطرف الثاني فيه (الشخص الثالث) ؟ وهل ان صحة العقد الثاني ونفاذه تؤدي الى ان يستحوذ على حماية القانون، ام تبقى هذه الحماية للعقد الأول باعتباره اساس العلاقة العقدية ؟ وماهي علة ترجيح نفاذ العقد الثاني رغم كونه لاحقاً في تاريخ انعقاده، خصوصاً وإن كلاً من التصرفين صحيحاً لا تشوبه شائبة البطلان ؟ وهذا ما يجعل الترجيح محل نظر لولا العلة التي اقتضته، وماهي الاثار التي يمكن ان تترتب على هذا النفاذ ؟ هذه التساؤلات هي ما سيتم الاجابة عنها في بحثنا هذا، ووفق ما سيظهر لنا في متن البحث.

ثانياً: إشكالية البحث:

تكمن مشكلة دراسة في البحث وبيان الجانب القانوني المختلف للبيوع المتعاقبة بما تتضمنه من خصوصية في التعارض مع العقد الأصلي من حيث التنفيذ الاثار التي يترتبها كلا العقدين، كذلك في كيفية تحقيق التوازن بين العقد الأول والعقد الثاني والواقعين على ذات المحل وكذلك في مسألة الاساس الذي على ضوءه تم ترجيح تنفيذ العقد الثاني على حساب الأول رغم كونه نافذاً بعد تاريخ نفاذ العقد الاول، علماً ان كل من العقدين هما صحيحين، الامر الذي يقتضي منا التعرف على علة الترجيح في العقدين الواردين على ذات المحل.

ثالثاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث

- 1- التركيز على احترام الاتفاقات العقدية والاعتراف بالمراكز القانونية الناشئة عنها.
- 2- الاعتداد قدر الامكان بعدم التأثير سلباً على العلاقة العقدية، ولو بعلاقة عقدية أخرى.
- 3- التأكيد على مبدأ استقرار المعاملات ما أمكن ذلك دون أي يصيب الضرر، اي طرف في العلاقات العقدية الناشئة.
- 4- محاولة الوصول الى الابقاء على العقد الأول الذي حصل به الاخلال بسبب تنفيذ العقد الثاني، أن كان لذلك سبيلاً.

رابعاً: منهجية البحث وتحديد نطاقه:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهجين المقارن والتحليلي وذلك لغرض الإحاطة بالموضوع من كافة جوانبه بالاعتماد على مقارنة القانون المدني العراقي بالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وتحليل النصوص القانونية المنظمة لموضوع الدراسة وبيان الاتجاهات الفقهية في هذا الصدد من أجل ايجاد تنظيم شمولي للحالات تعارض في البيوع المتعاقبة، واذا كنا قد تطرقنا في موضع في البحث، الى قانون آخر غير ما ذكر، فهو على سبيل الاستئناس والاستفادة من تلك القوانين دون اخلال بالقوانين محل المقارنة.

خامساً: خطة البحث:

سنتناول هذا البحث من خلال مبحثين، سيكون المبحث الأول عن تعارض التنفيذ في بيع العقار بالتعاقب، أما في المبحث الثاني فسننتاول تعارض التنفيذ في بيع المنقول بالتعاقب.

المبحث الأول

نظراً لأهمية بيع العقار وما يترتب عليه من آثار قانونية، فقد اختلفت التشريعات القانونية في طبيعة التصرفات العينية الواردة على العقار، وأهمها البيع، إذ أن البعض من هذه التشريعات اعتبرت هذه التصرفات شكلية يتطلب لاكمال انعقادها تسجيل التصرف في الدائرة المختصة بالتسجيل، بينما القسم الآخر من التشريعات اكتفى برضائية العقد فلم يتطلب أي شكلية لانعقاده، وإنما طلبها لانتقال ملكية العقار، وبالتالي يختلف أثر التصرف ببيع العقار لأكثر من مشترٍ واحد نتيجة لاختلاف موقف التشريعات. وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: بيع العقار في ظل التشريعات التي تعتبر البيع شكلياً.

المطلب الثاني: بيع العقار في ظل التشريعات التي تعتبر البيع رضائياً.

المطلب الأول

بيع العقار في ظل التشريعات التي تعتبر البيع شكلياً.

وفي مقدمة هذه التشريعات القانون المدني العراقي، ويظهر هذا بوضوح ببيان النصوص الواردة في هذا القانون وموقف الفقه والقضاء منها، إذ أن المشرع العراقي اعتبر الشكلية في بيع العقار ركن من أركان البيع بالنص عليها في المادة (508) من القانون المدني العراقي بقولها " بيع العقار لا ينعقد إلا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (90) من القانون ذاته على "1- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا

الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك⁽¹⁾، وهذا يعني أن القانون اشترط الشكل لوجود العقد لا لإثباته، وواضح أن العقود التي تنصب على بيع العقارات لا تتعقد ولا وجود لها أصلاً قبل التسجيل، وبالتالي يمكننا القول أن تخلف تسجيل البيوع العقارية يترتب عليه بطلان العقد واعتباره كأن لم يكن وذلك لأن المشرع العراقي جعل من تخلف الشكل سبباً من أسباب البطلان⁽²⁾.

يتضح لنا مما تقدم أن جميع النصوص تؤكد بأن التسجيل في القانون المدني العراقي يعتبر ركناً من أركان العقود الواردة على العقار، وهي من العقود الشكلية، التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وإلا عد العقد باطلاً ويكون بحكم العدم⁽³⁾.

وقد عزز القضاء العراقي في العديد من قراراته موقف القانون من جعل بيع العقار عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، حيث قررت محكمة التمييز في العراق ما يأتي ((.... ولا يصبح عقد بيع العقار باتاً إلا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لأحكام المادة (508) مدني. ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد))⁽⁴⁾.

كذلك قضت محكمة براءة المسبب بما يأتي ((أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون، وأنه إذا لم يستوفى العقد الشكل الذي فرضه القانون يكون عقداً باطلاً وأن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً وجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وإن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وحيث أنه إذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.....))⁽⁵⁾.

بالتالي فإن كافة المبيعات التي تتم في مكاتب بيع العقار هي عقود عديمة الأثر⁽⁶⁾. وكذلك الاتفاقات المتعارف عليها والتي تسبق ذلك، لا تمثل عقداً لبيع العقار في نظر القانون، وعليه يمكن القول أن عقود بيع العقار المبرمة خارج هذه الدائرة عقود باطلة لا يمكن اعتبارها عقد بيع عقار⁽⁷⁾، وذلك لتخلف الشكلية فيه، أما المشتري فيقتصر حقه في التعويض وفقاً للمادة (1127) التي تنص على أن "التعهد بنقل ملكية العقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا أحل أحد الطرفين بتعهده سواء أشرط التعويض في التعهد أم لم يشترط".

نخلص مما تقدم أن عقد بيع العقار في القانون المدني العراقي عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وعليه فإن العقد المبرم خارج هذه الدائرة عقد باطل لا يمكن اعتباره عقد بيع لتخلف الشكلية فيه التي اعتبرها القانون ركناً من أركانه.

وبهذه الوسيلة يستطيع من يريد التعامل بشأن عقار معين أن يتأكد من شخصية صاحب العقار، وأن يطمئن إلى من تعامل معه ومن شأن ذلك أن يسهل تداول الاموال العقارية وأن يشجع الائتمان العقاري⁽⁸⁾.

وكثيراً ما يحصل أن تتعاقب البيوع، أي انتقال المبيع من شخص إلى آخر بالبيع على التعاقب، وذلك بأن يبيع مالك العقار عقاره لمشتريين أو أكثر على التعاقب، أي أن يبيع المالك الأصلي للعقار، عقاره إلى مشتري أول ثم يبيع العقار ذاته إلى مشتري آخر قبل أن يسجل الأول عقده، فيسجل المشتري الثاني عقده قبل الأول، فنكون أمام عقدين متعاقبين في الانعقاد ومتعارضين في التنفيذ. فينفذ العقد الثاني دون العقد الأول، ذلك لأن الأخير، في منظور القانون ليس بعقد أولاً، فالعقد قبل التسجيل يعد باطلاً أصلاً وليس فقط غير نافذ، ومع بقاء الملكية للبائع وحرية في التصرف الآخر ثانياً، فالملكية، هنا تنتقل إلى من تم تسجيل عقده واكتمال اجراءات انعقاده.

ويترتب على ذلك، عدم امكان أي من طرفي العقد الأول اجبار الآخر على تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد، لأنه عقد ينقصه أحد اركان انعقاده وبالتالي يعتبر غير موجود فهو عدم، فالبايع لا يستطيع أن يبيع إلى أكثر من واحد، كما لا يستطيع أن يرتب على عقاره حقا لا يطلع عليه صاحب الحق الذي بعده، كذلك فإن مالك العقار ربما يتعاقد خارج دائرة التسجيل العقاري على نقل ملكية العقار إلى أكثر من مشتري. وهذا الواقع لا يبدل من الأمر شيئاً، فالعقد دون تسجيل باطل. وإذا كان المشتري الأول ضحية لمناورات تدليسيه فان له ان يطالب بالتعويض على وفق احكام المسؤولية التقصيرية⁽⁹⁾.

بالتالي فان عقد البيع الأول لا يمكن ان يتعارض مع الثاني وان المشتري الأول (المتعهد له) لا يمكنه ان يلاحم المشتري الثاني الذي انتقلت اليه ملكية العقار بعقد مسجل حتى ولو تم التسجيل بنية التواطؤ، وذلك لأن التواطؤ لا يمكن أن يعتبر مصدراً لزاماً للبائع المتعهد بتنفيذ تعهده مادام هذا التعهد لا يلزمه ابتداءً بأجراء نقل الملكية (10).

ومن مجمل ما طرح، يمكن القول بان الافتراض الذي انطلق منه البحث، وهو البيوع المتعاقبة المتعارضة، لا ينطبق والحالة المعروضة، لان الافتراض المذكور، يضع في اعتباره، صحة العقدين الأول والثاني، مع تنفيذ الاخير دون الأول. أما الحالة، هنا، فلا يكون فيها العقد الأول صحيحاً، لكونه غير مكتمل الاركان، وبالتالي بطلانه مطلقاً. أي انه لاوجود للبيوع المتعاقبة المتعارضة في بيع العقار في القانون المدني العراقي، وان هذا موقف يحمي للمشرع العراقي بجعله الشكلية ركن في انعقاد بيع العقار، وذلك لأهمية الملكية العقارية التي تعتبر من أهم عناصر الثروة القومية وللاستقرار الملكية وتدعيم الائتمان العقاري وضمان استقرار المعاملات الواردة عليها. وكذلك بث الثقة لدى الافراد وتقوية الائتمان، بما أن الشكلية القانونية تهدف الي حماية المصلحة الخاصة لطرفي التعاقد كلاهما وكذلك حماية حقوق الغير الذين يسهم التصرف وتحقيق المصلحة العامة، أي تهدف الى تحقيق المصلحة الخاصة بصوره مباشرة والمصلحة العامة بصوره غير مباشرة، وكذلك تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء، وحماية المتعاقدين من التسرع وعدم التفكير في ابرام التصرف وحثهم على التعقل والحكمة. بسبب مرور التصرف بهذه الإجراءات الطويلة والمعقدة لغرض ضمان حرية الإرادة وادراكها لما تقدم عليه.

وإذا كان هذا هو الموقف في التشريعات المدنية العراقية التي تناولت بالتنظيم مسألة بيع العقار، والشكلية المطلوبة فيه كركن لانعقاده، فان الحال يختلف بالنسبة لقرار مجلس قيادة الثورة رقم (1198) لسنة 1977 والذي نص في فقرته الثانية على أنه ((اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او أحدث فيه منشآت بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته العينية في التعهد...)) فأنه وفق هذا النص يمكن ان يحصل التعارض في البيوع المتعاقبة فيما يخص بيع العقار في القانون العراقي، وذلك عندما يتعاقد مالك العقار مع شخص على نقل ملكية العقار، خارج دائرة التسجيل العقاري، فيسكن هذا الشخص العقار أو يحدث فيه منشآت دون معارضة تحريرية، ثم يتعاقد المالك مع شخص آخر على نقل ملكية العقار بعقد يتم تسجيله هذه المرة، فأى من هذين التصرفين أولى بالتنفيذ؟.

ذهب القضاء في احد قراراته الى انه ((لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري اذا كان قد سكنه بدون معارضة من البائع ان يطلب من المحكمة تملكه العقار ولو كان البائع قد باعه بعدئذ لشخص آخر سجله باسمه في الدائرة المذكورة)) (11). وهذا يعني ان المتعهد له (المشتري الأول) هو الذي يفضل على المشتري الثاني الذي سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري، شريطة أن يكون قد سكن العقار او اقام فيه منشآت دون معارضة تحريرية من المالك، ويعتبر من الغير بالنسبة للعقد الثاني، مع أنه يرتكب خطأ بتعاقد مع البائع دون أن يسجل العقد مع علمه أن التسجيل ركن فيه، وكذلك أن البائع (المتعهد) يرتكب الخطأ ذاته بعدم تسجيل العقد، ذلك أن المشرع تدخل لحمايته في حالة سكنه العقار او بنائه فيه منشآت، لأنه وازن بين المصلحة المتوخاة من عدم تنفيذ العقد الأول وعدم الاعتراف بحق المتعهد له في التملك لوقوع التعهد خارج دائرة التسجيل العقاري، وبين الضرر الذي يلحق به حينما يطبق عليه الحكم بعد ان يكون قد سكن العقار أو اقام فيه المنشآت او الغراس دون ان تصدر من المالك أية معارضة تثير عنده القلق بان انتقال الملكية اليه لن يتم في نهاية الأمر، فوجد أن المصلحة في حماية المتعهد له من هذا الضرر أولى بالرعاية، شرط ان يكون المشتري الثاني سيء النية يعلم بوجود العقد الأول ومع ذلك يتعاقد مع البائع على نقل ملكية العقار اليه (12).

لكن الامر يختلف عندما يكون المشتري الثاني حسن النية، لا يعلم بأن البائع قد سبق له التصرف بالعقار ما دام التصرف الأول لم يجر اشهاره بواسطة تسجيله، فأن ملكية العقار تنتقل اليه اي انه عندما يتعارض العقد الأول مع العقد الثاني في مرحلة التنفيذ فأن العقد الثاني هو الذي ينفذ دون الأول، وملكية العقار تنتقل الي المشتري الثاني بموجب العقد المسجل لا الي المشتري

الأول (المتعهد له) وان كان الأخير قد سكن العقار او أقام فيه منشآت، وذلك لأن المشتري الثاني حسن النية فيكون أولى بالحماية من المشتري الأول.

وهذا يعني انه يمكن ان توجد البيوع المتعاقبة المتعارضة فيما يخص بيع العقار في القانون العراقي وذلك ضمن حالة واحدة فقط وفقا لقرار مجلس قيادة الثورة رقم 1198 لسنة 1977 وهي ان يسكن المتعهد له (المشتري الأول) العقار محل التعهد او يحدث فيه منشآت دون معارضة تحريرية من قبل البائع ثم يتعاقد الأخير مرة أخرى مع مشتري ثانٍ بعقد يتم تسجيله باسمه هذه المرة، أي ان العقد الأول يتعارض مع العقد الثاني في التنفيذ.

ومن وجهة نظرنا، ان الحكم الوارد في القوانين المدنية يعدُّ أحكم في التطبيق، بجعله تسجيل بيع العقار هو الفيصل بين نشوء البيع من عدمه، وتجاوز حصول التعارض بين عقدين سُجل احدهما والآخر لم يسجل، اما الحكم الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المذكور آنفاً، فهو مما ينشئ التعارض مدار البحث، لا على اساس تسجيل البيع، وإنما على اساس واقعة سكن العقار وبناء منشآت أو مغروسات، بجعلها سبباً صحيحاً لتملك العقار، وبغية توحيد السياسة التشريعية القائمة على وحدة الحل، نرجح الحكم الأول دون الثاني، واعتماد تسجيل البيع للقول بصحة العقد الثاني وأولويته بالتنفيذ.

المطلب الثاني

بيع العقار في ظل التشريعات التي تعتبر البيع رضائياً

ومن أمثلة تلك التشريعات، التشريع المصري والفرنسي، ويظهر ذلك بوضوح من خلال النصوص الواردة في هذه التشريعات، حيث نص القانون المدني المصري⁽¹³⁾ على رضائية بيع العقار، اضافة الى قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923⁽¹⁴⁾ وقانون تنظيم الشهر المصري رقم (114) لسنة 1946⁽¹⁵⁾ فهما أيضاً نصاً على ذات المعنى.

من خلال ما تقدم نستطيع الحكم على أن عقد بيع العقار في هذا القانون عقد رضائي، وبالتالي فإن بيع العقار غير المسجل تترتب عليه جميع آثاره، عدا نقل الملكية التي لا تنتقل ألاً بالتسجيل في الدائرة المختصة⁽¹⁶⁾.

وقد أكد القضاء المصري ذلك، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن " قانون تنظيم الشهر العقاري يتطلب لإمكان نقل الملكية وجوب تسجيل عقد البيع، وأن ذلك لا يضيء على هذا العقد شكلاً رسمياً معيناً، لأن القانون لم يغير شيئاً من طبيعة ذلك من حيث كونه من عقود التراضي، التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين، وإنما عدل فقط من آثارها القانونية بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية وحده غير مترتب على مجرد العقد بل متراخياً الى ما بعد حصول التسجيل أما آثار البيع الأخرى فإنها تترتب على مجرد العقد ذاته ولو لم يسجل " (17).

وفي قرار آخر لها " إن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين وكل ما أستحدثه قانون التسجيل من أثر في الاحكام إن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (226) من القانون المدني، اصبح متراخياً الى ما بعد التسجيل، أما أحكام البيع الأخرى، فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون، فالبائع يبقى ملتزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري، كما يبقى المشتري ملتزماً بأداء الثمن الى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع " (18).

نلخص مما تقدم أن عقد بيع العقار في القانون المصري المدني هو عقد رضائي يتم انعقاده بمجرد تلاقي الايجاب والقبول بين اطرافه، وتطلب الشهر في مثل هذا البيع لا يجعل منه عقداً شكلياً، كل ما في الأمر أن انتقال الملكية يتراخى الى أن يتم التسجيل.

أي أن العقد هنا ينعقد صحيحاً ولكن ملكية العقار لا تنتقل في عقد البيع لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل لدى الدائرة المختصة حسب النظام المتبع في التسجيل.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي⁽¹⁹⁾ فنجد أن القواعد العامة في القانون الفرنسي لا تشترط تسجيل التصرف العقاري لانتقال الملكية بين طرفيه فالعقد ينقل من لحظة إبرامه ملكية المبيع المعين بالذات، وإن كان عقاراً، ولا يشترط التسجيل إلا للاحتجاج بنقل الملكية في مواجهة الغير⁽²⁰⁾.

فعقد بيع العقار في القانون المدني الفرنسي عقد رضائي يعقد بمجرد تراضي المتعاقدين، البائع والمشتري، كما أن المادة (1582) منه تعرف البيع بأنه " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم المبيع، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه، ويجوز أن يتم بعقد رسمي أو بعقد عرفي " .

أما القانون الفرنسي الجديد النافذ (قانون العقود الفرنسي) رقم 131 سنة 2016 فقد عرف البيع في المادة (1582) المعدلة " البيع عقد يلتزم بموجبه طرف بتسليم شيء والآخر بدفع ثمنه. يمكن أن يتم البيع بسند رسمي أو بسند ذي توقيع خاص. "

حيث لا يوجد في هذا النص ما يؤثر على رضائية بيع العقار وذلك لأن الورقة الرسمية أو الورقة العرفية متطلبان لإثبات بيع العقار وليس لانعقاده⁽²¹⁾.

كما أجمع الفقه الفرنسي على أن الكتابة هنا ليست ركناً لانعقاد بل يبقى عقد بيع العقار رضائياً، وإنما هي وسيلة لإثباته⁽²²⁾.

وقد أعتمد الفقه والقضاء في تقرير رضائية البيع⁽²³⁾، ولو ورد على عقار، على المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه " يكون البيع تاماً بين الفرقاء والملكية مكتسبة حتماً للشاري تجاه البائع. منذ أن تم الاتفاق على الشيء والثمن رغم عدم تسليم شيء أو أداء ثمنه بعد. " ⁽²⁴⁾.

من خلال ما تقدم يمكن القول ان عقد بيع العقار في القانون الفرنسي عقداً رضائياً يتم بمجرد التراضي على الرغم من صدور قانون التسجيل العقاري الفرنسي، فلم يغير من رضائية ذلك العقد، وإن شرط التسجيل الذي اوجبه المشرع الفرنسي هو لأثبات الملكية وليس لانعقاد، وعليه فان عقد بيع العقار غير المسجل في القانون الفرنسي يرتب كافة آثاره فيما بين المتعاقدين ولكن لا يمكن الاحتجاج به على الغير الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري لان الملكية لا تنتقل الا بموجب هذا التسجيل، وعليه لا يجوز لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري من بيع ذات العقار لمشتري ثانٍ لأنه يكون قد باع مالم يملك.

ف نجد رغم أن التصرف ليس من شأنه أن ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا أنه ليس معنى ذلك أنه أصبح، بعد قانوني التسجيل والشهر العقاري، عقداً شكلياً، لا يتم إلا بالتسجيل، بحيث يقال إن التسجيل ركن في التصرف. فيكون عقد البيع عقد شكلياً. إنما ما زال التصرف (عقد البيع) من عقود التراضي وينتج كافة آثاره عدا نقل الملكية بالفعل.

إذ يجب عدم الخلط بين أمرين⁽²⁵⁾: رضائية العقد، أي كفاية التراضي لانعقاده، وبين قاعدة انتقال الملكية بالعقد وهي التي تقضي بأن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد دون حاجة الى إجراء مستقل. فقانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري لم يمس القاعدة الأولى من أية ناحية من نواحيها، إذ ما زال البيع يتم بالتراضي، لكنه تعلق بالقاعدة الثانية في البيع العقاري.

فبيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل. فلم يغير قانون التسجيل، ولا قانون الشهر العقاري من طبيعته ولم يجعل التسجيل ركناً في العقد بل إجراء تنفيذي للالتزام بنقل ملكية العقار المبيع⁽²⁶⁾.

فالعقد هنا، لا يولد اثراً عينياً، وإنما التزام بالتسجيل يقع على عاتق البائع⁽²⁷⁾. ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى⁽²⁸⁾. فبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه أو من طبيعته نقل الملكية، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع⁽²⁹⁾. فالتسجيل إذاً هو إجراء قصد به أن يترتب على البيع أحد آثاره وهو انتقال الملكية. وفيما عدا هذا الأثر يظل البيع غير المسجل عقداً صحيحاً ومنتجاً لسائر آثاره الأخرى⁽³⁰⁾.

وبالتالي فإن انتقال ملكية العقار في القانون المدني المصري معلق على التسجيل، أي أصبح متأخراً إلى ما بعد حصول التسجيل. فبدل أن يكون، نقل الملكية، نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده، أصبح متأخراً الى ما بعد حصول التسجيل.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فأن عقد بيع العقار ناقلاً للملكية بذاته فهو ينعقد وينفذ بين المتعاقدين بالتراضي إلا أنه يعلق انتقال الملكية في مواجهة الغير على التسجيل (31).

فالعقد هنا ينعقد ويكون صحيحاً وينفذ بين المتعاقدين لكونه رضائياً إلا أنه لا يعد نافذاً في مواجهة الغير، إلا بعد التسجيل (32).

وهنا يتضح الفرق بين التشريع العراقي والتشريعين المصري والفرنسي، حيث لم ينص القانون المصري والفرنسي على بطلان التصرف، وإنما تراخي انتقال الملكية الى ما بعد التسجيل، أما الآثار المتبقية من العقد فتكون سارية، فلم نجد نص من نصوص القانون المدني الفرنسي وقانون المدني المصري وقانون الشهر العقاري يقضي ببطلان بيع العقار غير المسجل، حيث لا يوجد نص يفيد بأن تسجيل العقد يعتبر شرطاً لانعقاد البيع، حتى يمكننا القول بأن جزاء تخالف هذا الشرط هو البطلان. كما أن القانون لم يتضمن نص يفيد أن العقد غير المسجل ينشئ التزامات أو آثار أخرى غير الالتزامات أو الآثار التي تترتب على عقد البيع، حتى يفهم من ذلك أن البيع غير المسجل يقع باطلاً، بل كل ما يترتب على البيع غير المسجل التزامات شخصية تختلف عن الالتزامات التي تترتب على عقد البيع في العادة.

ففي هذه القوانين تنشأ حالة التعارض، فعند قيام مالك العقار الأصلي ببيع عقاره لمشتري أو أكثر على التعاقب، أي لو باع (أ) الى (ب) عقاراً وقبل التسجيل باعه الى (ج)، وقام (ج) بتسجيل عقده قبل (ب) فنكون أمام عقدين متعاقبين في الانعقاد ومتعارضين في التنفيذ، فالبيوع المتعاقبة في الانعقاد هنا أصبحت بالفعل متعارضة في التنفيذ، فأى العقدين أولى بالتنفيذ، العقد الأول أم الثاني، فهنا انعقاد البيع الأول صحيحاً، وهذا يعني ان البائع حينما أبرم العقد المذكور، كان مالكاً للمبيع، وهو بموجب حق ملكيته هذا، يستطيع التصرف قانوناً به، فاذا كان العقد مما ينقل الملكية بمجرد الانعقاد صحيحاً، فنكون ملكية المبيع قد انتقلت الى المشتري (ب) بموجب هذا العقد، ونقصد به العقد الأول، وبالتالي يكون من الواضح، بان تصرف البائع بعقد البيع اللاحق (العقد الثاني) يكون معه غير نافذ، لأنه جاء من شخص لا يملك التصرف به.

هذا، على فرض انتقال الملكية بمجرد الانعقاد، الا أن هذا الامر لا يكون بذلك الواضح في حال تراخي انتقال الملكية بعد الانعقاد (33)، أي حين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وهذا يعني بقاء البائع مالكاً للمبيع حتى بعد الانعقاد، والمقصود بتلك الالتزامات هو تسجيل العقد لدى الدائرة المختصة (34)، وهذا ما نجد صداه في التشريع المدني المصري، كما اوضحنا ذلك سابقاً، في ان عقد بيع العقار لا تنتقل الملكية فيه لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير، ما لم يتم تسجيله في الدائرة المختصة، فالعقد، هنا لا يولد اثراً عينيّاً، وإنما التزاماً بالتسجيل يقع على عاتق البائع (35).

فبعد البيع تترتب عليه كافة التزاماته باكتمال انعقاده صحيحاً، وهذا يعني ان البائع يبقى مالكاً للمبيع حتى بعد انعقاد العقد، وبالتالي امكانية التصرف به، فاذا تصرف البائع بالمبيع بقصد نقل ملكية العقار للمشتري الأول، ثم تصرف به مرة أخرى بقصد نقل الملكية العقار لمشتري بادر الى تسجيله، هنا سوف ينشأ التعارض في التنفيذ بين هذه البيوع المتعاقبة، فينفذ العقد الثاني دون الأول، وتنتقل الملكية الى المشتري الثاني دون الأول الذي تراخي في تسجيل عقده، ومن هنا يفضل المتصرف اليه (المشتري الثاني) على المشتري الأول، في حال تم تسجيل التصرف (36) وبالتالي يصبح عقد البيع الثاني نافذاً بسبب سبق تسجيله، دون العقد الأول، فهنا تنشأ استحالة تحول دون قدرة البائع على تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الأول، وان اسبقية التسجيل لم تحسم التعارض في التنفيذ بين هذه البيوع المتعاقبة، ولا يكون ذا تأثير هنا بشكل خاص، حسن أو سوء نية المشتري الثاني بالعقد الثاني، إذ ان اسبقية التسجيل هي المعيار في نفاذ العقد، وعلّة الترجيح، الا انها لم تعالج مسألة التعارض بين العقدين. وهذا ما سار عليه القضاء المصري في عدة قرارات صدرت عنه (37).

كما هو الحال في التشريع الفرنسي، فما دام عقد البيع لم يشهر بعد فإن جميع التصرفات القانونية التي يجريها البائع على العقار ويتم إشهارها قبل اشهر عقد البيع تعد صحيحة وناظفة في حق المشتري (38).

لذلك اذا قام البائع ببيع عقاره بالتعاقب لأكثر من مشتري، فأن الفيصل في سريان عقد البيع يتوقف على تاريخ اشهار العقد لا تاريخ ابرامه وانعقاده.

فإذا ابرم عقد البيع الأول بتاريخ 2019\1\3 ولكنه لم يشهر إلا بتاريخ 2019\2\3، بينما ابرم البيع الثاني بتاريخ ابرم عقد البيع الثاني بتاريخ 2019\1\10 ولكنه أشهر بتاريخ 2019\1\20، أذاً العقد الثاني ينفذ دون العقد الأول وذلك لوجود علة التسجيل، وبالتالي المشتري الثاني يعد هو المالك للعقار المبيع بنظر القانون رغم ان حالة التعارض لا تزال موجودة بين العقدين. وقد وجد القضاء الفرنسي⁽³⁹⁾ بأن الحل المتقدم فيه نوع من عدم العدالة تجاه المشتري الأول، فحاول التخفيف من وطأته بالاستعانة بمبدأ حسن النية، حيث اشترط القضاء لتطبيق المعيار الفاصل في الحكم السالف الذكر أن يكون مكتسب الملكية وهو في المثال الذي أوردناه (المشتري الثاني) حسن النية أي لا يعلم بوجود عقد البيع الأول، ذلك أن علمه بالعقد الأول وأقدامه على الشراء يعد خطأ من جانبه لا يتيح له التمسك بقواعد الإشهار لاكتساب ملكية العقار المبيع.

كما يشترط أيضاً أن لا يكون المشتري الثاني على علم بالبيع الأول لحظة إبرام العقد الثاني، فإذا كان يجهل وجود البيع الأول وقت إبرامه العقد ثم علم بعد ذلك، فلا تأثير لهذا العلم المتأخر على صحة البيع الثاني، حيث يعتبر هو المالك للعقار المبيع بنظر القانون. نلخص مما تقدم أن العقد الثاني هو من يحظى بالنفوذ عند تعارض البيوع المتعاقبة، وذلك لوجود العلة التي من أجلها أصبح العقد الثاني نافذاً، وهي علة التسجيل، فلولاها لكان النفاذ من حصة العقد الأول، وهو الاولى من حيث الحماية لأنه الأسبق تاريخاً وبالتالي اولوية التنفيذ نظراً لما يستوجبه هذا التنفيذ في العقود من ابراز لمبدأ حسن النية.

المبحث الثاني

تعارض التنفيذ في بيع المنقول بالتعاقب

لا يخضع عقد بيع المنقول، كقاعدة عامة، لإجراءات التسجيل كما مر بنا في بيع العقار، إذ ان الاخير، ولأهميته، أخضعته التشريعات المختلفة لهذه العملية التي تتيح للمتصرف اليه (المشتري) امكانية التحري والاستعلام عن ملكية البائع لهذا العقار، وبالتالي اقدامه على التعاقد معه، أما المنقول، فهو لا يخضع⁽⁴⁰⁾ كما قدمنا، لهذه الاجراءات نظراً لسرعة تداوله من جهة، وقلة اهميته مقارنة بالعقار من جهة أخرى، حيث ينقل عقد بيع المنقول من تلقاء نفسه ملكية الشيء المعين بالذات، لان التزام البائع بإعطاء شيء ينفذ بعد نشوئه سواء كان تسليم المبيع ودفع الثمن واجبين على الفور ام مؤجلين الى اجل لاحق، والملكية تنتقل بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، ومؤدى هذا ان مالك منقول معين بالذات اذا تصرف فيه بالبيع لشخصين على التعاقب وجب تفضيل المشتري الأول لأن الملكية انتقلت اليه، كما أن البائع يعد متصرفاً في ملك الغير في البيع الثاني، لان المبيع خرج عن ملكه في البيع الأول، ولكن قد لا تخلص الملكية للمشتري الاول لان قاعدة (انتقال الملكية بمجرد الانعقاد) تعطلها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وهذا يعني أن التصرف الثاني المتمثل ببيع المنقول لمشتري ثانٍ، مع تسليمه هذا المنقول، يؤدي الى نتيجة تتمثل بتطبيق القاعدة الأخيرة، حيث يصبح المشتري الثاني، مالاً للمنقول عن طريقها، عند توافر شروط معينة لا مكانية تمسك المشتري الثاني بانتقال الملكية اليه. وللخوض في هذا الموضوع سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول منها لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فيما نخصص المطلب الثاني لبيان نشوء تعارض التنفيذ في بيع المنقول بالتعاقب.

المطلب الأول

قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

أن طبيعة المنقول تقتضي السرعة في التعامل، وذلك لأنها لا تخضع لإجراءات التسجيل التي يخضع اليها العقار، ولذلك يكون من العسير فحص أصل الملكية في المنقول، إذ سرعان ما ينتقل من مشتري الى آخر، ويكفي أن يراه مشتريه في يد البائع حتى تطمئن نفسه بأنه يتعامل مع مالكة، فعندما يتم انتقال ملكية المبيع المنقول المعين بالذات من المشتري الأول الى مشتري ثانٍ ثم من الاخر الى مشتري منه وهكذا، نكون امام عقد بيع متعاقب محله منقول معين بالذات، وتكون هذه التصرفات المتعاقبة سليمة

لا شائبة عليها، لأن العقد انما يتم تنفيذه ثم يتم التصرف اللاحق عليه، ولا يكون هنالك ثمة تعارض بين هذه التصرفات، الا ان المحذور في تلك التصرفات المتعاقبة تحصل عندما يقوم بائع منقول ببيعه الى مشتري اول ثم يبيعه ثانية لمشتري ثان، وتسليمه المنقول، دون المشتري الاول، فلن سوف تنتقل ملكية المنقول في هذه الحالة، الى المشتري الاول أم الثاني؟ وأيها أولى بالنفاذ العقد الأول أم الثاني؟

يمكن القول، هنا، أن تعارضاً في التنفيذ بين هذه البيوع المتعاقبة سيحصل، فالمفروض وطبقاً للقواعد العامة أن العقد الأول هو أولى بالنفاذ، لكن تصرف البائع بتسليم المبيع الى المشتري الثاني يؤدي بالنتيجة الى تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية حيث يصبح مالكاً للمنقول عن طريق هذه الواقعة القانونية.

وبالتالي نفاذ العقد الثاني دون الأول. أي أن الملكية انتقلت الى المشتري الثاني عن طريق الحيازة ولم تنتقل عن طريق البيع، وذلك لان البائع أنتفى حقه في التصرف بموجب البيع الأول، بشرط أن يكون هذا المشتري حسن النية وقت التعامل بمعنى أنه كان يعتقد أن من باعه هو المالك (41).

أي أن مضمون هذه القاعدة يتجلى في ان من يشتري منقولاً معيناً من غير مالكة ويتسلمه بحسن نية، يصبح مالكا له، بالرغم من أن البائع اليه لم يكن مالكا، فوفرت هذه القاعدة الحماية اللازمة للمشتري الثاني ووجدت الثقة لكل من يتعامل بالمنقول. حيث تذهب أغلب القوانين الحديثة الى أن انتقال الملكية في منقول معين بالذات تكون بمجرد ابرام عقد البيع كالقانون المدني العراقي (42)، والمصري (43)، والفرنسي (44). فإذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم وتصرف بالمبيع الى مشتري ثان، فإن المشتري الاول يستطيع ان يطالب البائع بتسليمه المنقول، ما دام هذا الاخير لم يتم تسليمه الى المشتري الثاني، ولو كان البائع قد تصرف بالمنقول الى مشتري ثان، وذلك لأن حق المشتري الأول مستقل عن رابطة التصرف بين البائع والمشتري الثاني فهو أجنبي عن هذا التصرف (45)، اما في حال تسلم المشتري الثاني المنقول، فلا يملك الاول مطالبته بإرجاع هذا المنقول، لأنه حينئذٍ سيتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول ان توافرت شروطها.

أي أن قاعدة (انتقال الملكية بمجرد الانعقاد) تعطلها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، فقيام بائع المنقول بتسليمه الى المشتري الثاني، يوجب تفضيله على المشتري الاول، اذا كان حسن النية ومستند في حيازته الى سبب صحيح على الرغم من أنه اشتراه من غير مالك، مع ملاحظة ان الملكية لم تنتقل اليه بمجرد العقد بل عن طريق الحيازة (46)، حيث نصت المادة (1163) من القانون المدني العراقي على أنه " 1- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد 2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح مالم يقم الدليل على عكس ذلك " (47).

فهذا النص يقرر القاعدة المعروفة في فقه القانون المدني بقاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) أو ((سند الحائز)) وفق ما يذهب إليه غالبية الفقه (48)، لأن الحيازة في القوانين المدنية لا تكسب الملكية فحسب بل كذلك الحقوق العينية الأخرى (49). حيث ان القاعدة لم تكن معروفة في القانون الروماني وذلك لأن الرومان لم يفرقوا بين العقار أو المنقول من حيث انتقال الملكية أو من حيث التملك بالتقادم، غير أنه في مطلع القرن الثامن عشر تحولت الأفكار الى ضرورة حماية حائز المنقول حسن النية مما قد يتعرض له من أخطار تهدد الثقة في المعاملات فظهرت هذه القاعدة على يد الفقهاء الفرنسيين القدامى، وبهم تأثر المشرع الفرنسي (50)، فأقر القاعدة في المادة (1141) من القانون المدني الفرنسي، و التي نصت على أنه " اذا كان الشيء الذي التزم أحد بإعطائه او تسليمه الى شخصين على التوالي منقولاً، فإن أياً منهما يجوز المنقول حيازة حقيقية يفضل ويبقى مالكا حتى لو كان سنده لاحقاً في التاريخ، بشرط أن تكون حيازته بحسن نية " فالغرض من هذه القاعدة هو توطيد الائتمان والثقة في المعاملات، فيقدم من يريد التعامل بمنقول مع الحائز، وهو آمن لا يخشى ان تمتد اليه يد شخص يثبت فيما بعد أنه المالك الحقيقي، فتسترده منه، ذلك أن حائز المنقول يبدو في نظر الناس كأنه المالك الحقيقي، وذلك كما بينا سابقاً، بأن المنقول لا يخضع لإجراءات التسجيل أو الشهر، كما هو الحال في العقارات.

ومن ثم أن هذه القاعدة، رغم فعاليتها في التطبيق، ألا أنها تتطلب توافر شروط معينة لإمكانية تمسك المشتري الثاني بانتقال الملكية اليه.

حيث يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول توفر ثلاثة شروط وهي السبب الصحيح وحسن النية، إضافة الى التسليم (الحيازة).

فالسبب الصحيح يقصد به التصرف القانوني الذي يصدر عن شخص لا يعد صاحباً للحق المراد كسبه بالحيازة، ويؤدي الى نقل هذا الحق كما لو صدر من صاحبه (51). وقد أشرت القانون المدني العراقي السبب الصحيح في المادة (1\1163) كما اشترطه القانون المدني المصري في المادة (1\976) (52)، حيث تعتبر الحيازة في المنقول ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ما لم يقد دليل على عكس ذلك (53).

ويبدو من النصوص السالفة، أن حائز المنقول لا يكلف بإثبات وجود السبب الصحيح، فوجوده يفترض من مجرد حيازة الحائز للمنقول، وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول (المشتري الأول) في وجود السبب الصحيح فعليه ان يثبت انه غير موجود، أو باطل، أو كان تصرفاً ظنياً (54)، وهذا الأمر يكفل للحائز المنقول حيازة فعالة وكبيرة (55).

أما في القانون المدني الفرنسي فان السبب الصحيح لا يعد شرطاً لتملك المنقول بالحيازة، أو بعبارة أكثر دقة أنه لا يعد شرطاً مستقلاً عن شرط حسن النية وإنما هو مندمج فيه، وذلك لأن الحائز الحسن النية إنما يعتمد في حسن نيته على اعتقاده بأنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانوني ومن شأنه نقل الملكية إليه، فهذه التصرف القانوني هو السبب الصحيح (56)، فالسبب الصحيح هو عنصر من عناصر حسن النية وليس شرطاً مستقلاً ولهذا لم ينص في المادة (2279) من القانون المدني الفرنسي على السبب الصحيح، حيث نجد الفقرة الأولى منها نصت على أن " الحيازة في المنقول سند الملكية " فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ولا حسن النية.

لكن شرط حسن النية ورد في نص آخر وهو نص المادة (1141) مدني فرنسي، ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة، ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكمل به نص المادة (1\2279). أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره (57).

ويشترط في المتصرف اليه (المشتري الثاني) حتى يتملك المنقول بموجب قاعدة الحيازة أن يكون حسن النية فالمادة (1\1163) من القانون المدني العراقي تقرر في مستهلها أن " من حاز وهو حسن النية....." والمادة (1\1976) من القانون المدني المصري تقرر في عجزها أنه ".....أذا كان حسن النية وقت حيازته " والمادة (1141) من القانون المدني الفرنسي تقرر في آخرها ".... بشرط أن تكون حيازته بحسن نية " فالمقصود بهذا الشرط، هو افتراض وجود قدر من الامانة في المعاملات بين الأفراد (58)، ويعد المشتري الثاني حسن النية اذا كان يعتقد انه يتلقى الحق عن مالك، أو انه كان يجهل انه يعتدي على حق الغير (59)، فحسن النية، إذا غلط يقع فيه المشتري الثاني يدفعه الى الاعتقاد بأن البائع هو مالك المنقول، على أن يكون هذا الغلط مغتفراً حتى يستقيم مع حسن النية، فإذا كان غير مغتفر فانه ينفي ذلك (60).

ويفترض أن يكون المشتري الثاني حسن النية وقت بدء الحيازة والذي يتجسد بتسليم المنقول (61). وهذا القول يصح في القانون المدني المصري، أما القانون المدني العراقي فلم ينص على وجوب توافر حسن النية وقت بدء الحيازة، وقد ذهب عدد من شراح القانون المدني العراقي الى أن مما لا شك فيه أن الحكم في القانونين واحد لان حسن النية وصف في المشتري الثاني فينبغي توفره عند تحقق هذا الوصف، وعليه لا يكفي ان يكون المشتري الثاني حسن النية وقت تلقي الحق فحسب بل يجب أن يستمر كذلك حتى يحوز المنقول فعلاً (62).

أما في القانون المدني الفرنسي فلا يوجد نص صريح في تحديد الوقت الذي يجب ان يتوفر فيه حسن النية، ولكن الرأي المتبع أن الوقت الذي يجب فيه هو وقت الحيازة (63).

وأن حسن النية ينفي رغم اعتقاد المتصرف اليه (المشتري الثاني) انه يتعامل مع صاحب الحق في حالتين: الأولى وهي حالة _الخطأ الجسيم _ ويكون ذلك عندما يجهل المشتري الثاني انه يعتدي على حق الغير، ولكن جهله هذا ناشئ من خطأ

جسيم، كما لو لم يتخذ الاحتياطات الاعتيادية التي تملحها ظروف التعامل⁽⁶⁴⁾، والتي من خلالها يستطيع العلم أن البائع لم يعد مالكاً وأنه يتصرف بملك المشتري الأول فيعد قد ارتكب خطأ جسيماً⁽⁶⁵⁾.

أما الحالة الثانية فهي اغتصاب الحياة بالإكراه، ففي هذه الحالة يعد المشتري الثاني سيء النية رغم اعتقاده الشخصي، كما لو أنتزع المبيع من المشتري الأول عنوة أو عن طريق التهديد⁽⁶⁶⁾.

كما أن تسليم المنقول الى المشتري الثاني يلعب دوراً كبيراً في نشوء قاعدة الحياة، ويعتبر شرط جوهري لها، إذ أن الحياة تمنح صاحبها مظهر المالك امام الافراد، فتلعب دوراً في استقرار التعامل.

ويشترط في هذا المقام، ان يتم تسليم المنقول مادياً الى المشتري الثاني، اذ يشترط لانطباق قاعدة الحياة في المنقول أن تتوافر لدى المشتري الثاني الحياة الحقيقية المتكاملة في عنصرها المادي والمعنوي، وان تكون خالية من العيوب⁽⁶⁷⁾.

المطلب الثاني

نشوء تعارض التنفيذ في بيع المنقول بالتعاقب

الاصل أن ملكية المنقول تنتقل بموجب العقد بحكم القانون، الا ان انتقال ملكية منقول المعين بالذات، تختلف عن ذلك المعين بالنوع، إذ أن ملكية المبيع المعين بالذات (شيء قيمي) تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد و بقوة القانون من وقت الاتفاق على البيع، فيصبح الالتزام المذكور منفذاً قانوناً من وقت نشوئه⁽⁶⁸⁾، فالملكية لا تنتقل الى المشتري اذا لم يكن معيناً بذاته الا اذا تم تعيينه.

وأن يكون البائع مالكا لهذا المنقول، والا كان العقد موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي طبقاً لا حكام القانون المدني العراقي⁽⁶⁹⁾.

فاذا اجاز المالك التصرف اعتبر نافذاً وباتر رجعي من تاريخ انعقاده، اما لم يجزه اعتبر باطلاً⁽⁷⁰⁾، وذلك لان البائع لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك، كما أن هذا الشرط اقتضته طبيعة البيع من أنه عقد ناقل للملكية بذاته فإذا كان البائع غير مالك للمبيع وقت البيع استحال انتقال الملكية منه الى المشتري بمجرد العقد⁽⁷⁰⁾.

كما يجب ان لا يكون المنقول من تلك التي اشترط فيها القانون شكلية خاصة لانعقاد العقد، فاذا كانت هذه الشكلية مشترطة بنص القانون فان ملكية المنقول لا تنتقل الا بعد مراعاتها⁽⁷¹⁾.

وعند توفر هذه الشروط يتم انتقال المبيع بمجرد العقد سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة للغير ويترتب على ذلك ان المشتري وقد اصبح مالكا للمبيع يستطيع ان يتصرف به كافة التصرفات من بيع وهبة أو وصية وغيرها من التصرفات الأخرى، حتى قبل ان يتسلمه من البائع، واذا تصرف الأخير بالمبيع ببيعه مره اخرى الى مشتري ثان فإنه يكون قد باع ما لا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه الى المشتري الأول بالبيع الأول لا فيما بينهما فحسب بل ايضا الى المشتري الاخر الذي تصرف له بالبيع مره أخرى، لكن قاعدة انتقال ملكية المنقول الى المشتري بمجرد انعقاد العقد في البيع المعني بالذات، عند توفر شروطها، تتعطل بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية، أي أن القاعدة الأخيرة تعد استثناء على قاعدة انتقال الملكية فور إبرام العقد، وذلك نتيجة بعض المساوئ التي يمكن أن تعترها، ولما يجب ان يكون عليه التعامل من ثقة واستقرار .

فاذا استبقى البائع المبيع بين يديه، لأي سبب من الأسباب، كبقائه وديعة أو تراخي المشتري في تسلّم المبيع، وقام البائع ببيع المبيع ذاته لمشتري آخر، هنا ينشأ التعارض بين هذه البيوع المتعاقبة في مرحلة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، فوفقاً للمبدأ العام يجب تفضيل المشتري الأول طبقاً للقاعدة التي ذكرناها اعلاه وهي انتقال ملكية المنقول بمجرد الانعقاد، لأن الملكية انتقلت اليه في مواجهة الناس كافة، الا ان هذه القاعدة تحدها قاعدة الحياة بالمنقول وهي اقوى منها في ترتيب الأثر، ومضمون هذه القاعدة الذي ذكرناها في بداية هذا المبحث يتضح في حالة تسلّم المشتري الثاني للمنقول من البائع بحسن نية، ففي هذه الحالة يصبح المشتري الثاني مالكا للمبيع دون المشتري الاول، اي لا يعتد بالقاعدة الاولى ويعتد بالقاعدة الثانية، اما اذا كان المشتري

الثاني لم يتسلم حيازة المنقول او كان سيء النية، ففي هذه الحالة يتم تطبيق القاعدة الاولى ويعتبر المشتري الاول مالكا للمبيع دون المشتري الثاني⁽⁷²⁾.

فأن قاعدة الحيازة سند الملكية هي من أوجد التعارض بين هذه البيوع، أي لا يجوز عند تطبيق قاعدة انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد أغفال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁷³⁾.

أذ ان انتقال ملكية المنقول اصبح بمقتضى هذه القاعدة لا يضر بمصلحة من يتعامل بعد ذلك مع حائز المنقول ذاته وتسلمه منه بحسن نية⁽⁷⁴⁾، فهذه القاعدة وفرت الحماية اللازمة للمشتري الثاني في البيوع المتعاقبة وأوجدت الثقة لدى كل من يريد التعامل في المنقول وتضاءل بذلك العيب الموجود في قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد⁽⁷⁵⁾.

اي انه اذا تصرف بائع المنقول ببيعه لمشتري ثان، وقام بتسليمه المنقول، فإنه يؤدي الى حصول التعارض بين عقدي البيع المتعاقبة (الأول والثاني)، نتيجة احتجاج المشتري الثاني بالملكية التي انتقلت اليه بموجب قاعدة الحيازة في المنقول، وبإمكان المشتري الثاني الاحتجاج بملكته للمنقول، طبقاً لتلك القاعدة، اذا ما توفرت شروط أعمالها، رغم ان التصرف الذي انتقلت به ملكية المنقول اليه لم يصدر من مالك، لان الملكية يفترض أنها قد انتقلت الى المشتري الاول (صاحب العقد الاول) بموجب عقد البيع الاول⁽⁷⁶⁾.

أي أن قاعدة الحيازة بالمنقول حالت دون انتقال ملكية المبيع الى المشتري الاول، حيث يؤدي تمسك المشتري الثاني بها الى اعتبار البيع الثاني سبب صحيحاً بالنسبة اليه، وهذا يعني أن التعارض بين هذه البيوع ينشأ نتيجة تصرف البائع أولاً، ونتيجة تدخل قاعدة الحيازة في المنقول ثانياً، فيحصل هذا التعارض والذي يصيب المشتري الأول بالضرر نتيجة ان ما سينفذ هو العقد الثاني لا الأول.

ومن الواضح ان هدف هذه القاعدة، هو حماية المشتري الثاني في البيوع المتعاقبة حيث يكون حسن النية يقدم على التعامل مع البائع دون علم منه بسبق تصرف الاخير مسبقاً به لمشتري سابق (المشتري الاول)، اذاً، نتيجة تسلم او حيازة المنقول من قبل المشتري الثاني، جعل التنفيذ من نصيب العقد الثاني لا الأول، رغم انتقال الملكية الى المشتري في العقد الأول. حيث يؤدي تمسك المشتري الثاني (صاحب العقد الثاني) بقاعدة الحيازة بالمنقول سند الملكية الى نفاذ العقد الثاني، وبالتالي اكتساب المشتري بالعقد الثاني لملكية المنقول، وما تخوله هذه الاخيرة من سلطات يحق بها للمالك استعماله واستغلاله والتصرف فيه بكافة أوجه التصرفات القانونية والمادية، ولا يستطيع المشتري الاول الاحتجاج عليه بالملكية لأنه لا توجد علاقة مباشرة بينهما أولاً، ولأن فاعلية قاعدة الحيازة بالمنقول، اقوى أثراً من قاعدة انتقال ملكية المنقول بالذات بمجرد انعقاد العقد، وعليه يفترض أن يؤدي المشتري الثاني الثمن الى البائع وفق ما يمليه عقد البيع من التزامات تقع على عاتق المشتري، كما يلتزم البائع تجاهه بضمان التعرض في حال وقوع تعرض عليه من قبل الغير كما يلزم ايضاً بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ووفق ما جاءت به القواعد الخاصة في عقد البيع⁽⁷⁷⁾.

اما بالنسبة للمشتري الاول فرغم كونه المالك الذي يفترض ان الملكية قد انتقلت اليه بعقد البيع الاول، الا انه لا يستطيع معارضة المشتري الثاني في ملكيته، لان الاخير هو من استلم حيازة المنقول المادية، والتي تعد الشرط الجوهري لقاعدة الحيازة في المنقول، كما بينا سابقاً، والتي عن طريقها انتقلت الملكية اليه⁽⁷⁸⁾. بالتالي، لا يملك المشتري الاول لضمان حقه، سوى الرجوع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم تنفيذ الاخير لالتزاماته المقررة بموجب عقد البيع الاول، ولقيامه بتسليم المنقول الى المشتري الثاني مما أدى أن يكون العقد الثاني هو النافذ، علاوة على الزام البائع بإرجاع ثمن المنقول الى المشتري الاول، ان كان قد تسلمه منه نظراً لعدم استحقاقه، تطبيقاً لنظرية الكسب دون سبب.

هذا ما يخص المنقول من نوع المعين، بالذات، اما ملكية المنقول المعين بالنوع (الاشياء المثلية) التي يكون لها نظائر واشباه في الأسواق، فلا تنتقل فيها الملكية من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد وانما بحاجة الى اجراء آخر هو قيام البائع بإفراز المبيع لتنتقل ملكيته الى المشتري، على أن لا يكون البيع قد تم جزافاً⁽⁷⁹⁾، وهنا لا يوجد تعارض في التنفيذ في مثل هذه

الحالة، لوجود مثيلاته في الاسواق، كما أن بإمكان المشتري الحصول على المنقول من الاسواق على نفقة البائع، وبالتالي فإن ما يمكن أن يقال هنا هو ان التعارض في التنفيذ لم يكن الا ظاهرياً، وان المشرع قد عالج الأمر بحلول متنوعة.

الخاتمة

في نهاية البحث خلصنا الى جملة من النتائج والتوصيات، وسنعمل على بيان ذلك في نقطتين وعلى النحو التالي.

أولاً: النتائج.

- 1- أن ملكية العقار في القانون المدني العراقي لا تنتقل إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل، العقاري وبذلك يمكن القول ان المشرع العراقي قد أهمل التراضي في عقد بيع العقار خارج هذه الدائرة وجعله باطلاً ولم يرتب عليه أي أثر قانوني، خلافاً للمشرع المصري والفرنسي اللذان جعلتا عقد بيع العقار عقداً رضائياً ينتقل بمجرد التراضي لكن الملكية فيه لا تنتقل إلا بالتسجيل.
- 2- أن موقف القانون المدني العراقي يجعله الشكلية ركن في انعقاد بيع العقار، هو الأصوب من وجهة نظرنا والأدعى اثراً في حماية المشتري، حيث ان هذا العقد، وقبل تسجيله في الدائرة المختصة، لا يعد عقداً مكتمل الأركان وبالتالي فلا وجود له ولا يمكن الادعاء به، وهو بذلك تجاوز حصول التعارض بين عقدين سُجل احدهما والآخر لم يسجل، وهذا مما يوفر حماية للمشتري الثاني في عدم تعرض المشتري الأول له لمطالبته بحقوق لا علم له بها، اما الحكم الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977، فهو مما ينشئ التعارض مدار البحث، لا على اساس تسجيل البيع، وانما على اساس واقعة سكن العقار وبناء منشآت او مغروسات، يجعلها سبباً صحيحاً لتملك ذلك العقار، وهذا على خلاف الموقف في القانونين المصري والفرنسي، واللذين يجعلان من هذا العقد رضائياً، وما تسجيله في الدائرة المختصة الا التزاماً لنقل الملكية او لنفاذ العقد في مواجهة الغير، وهو ما سمح بحصول التعارض بين تلك البيوع المتعاقبة وتطبيق الحالة الاستثنائية مدار البحث.
- 3- أن التعارض الذي ينشأ في حالة بيع المنقول بالتعاقب نتيجة تصرف البائع أولاً ، ونتيجة تدخل قاعدة الحيابة بالمنقول ثانياً .

ثانياً: التوصيات.

لقد توصلنا من خلال دراستنا الى العديد من التوصيات التي ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بها، وهي كما يلي.

- 1- ان حياتنا الاقتصادية المعاصرة في تطور مستمر تحتاج الى سرعة في انجاز المعاملات، كذلك أن انتقال المبيع من يد الى أخرى يترتب عليه آثار قانونية يجب ان تعالج بنصوص تشريعية خاصة تحدد حقوق والتزامات الاطراف في البيوع المتعاقبة المتعارضة، لذا ندعو المشرع العراقي الموقر ان يعالج مسألة البيوع المتعاقبة المتعارضة بنصوص تشريعية خاصة، وذلك لأهميتها.
- 2- نتيجة للظلم الذي يلحق بالمشتري الأول بحرمانه من ملكية المنقول على الرغم من ان انتقالها اليه بادئ الامر، بموجب قاعدة انتقال ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد، فينبغي محاسبة البائع محاسبة المتصرف بغش، لكي يتاح للمشتري الأول المتضرر من هذا التصرف مطالبة البائع بتعويضه عن الضرر المتحقق نتيجة عدم استفادته من انتقال الملكية اليه والتي عطلتها قاعدة الحيابة المذكورة، اضافة الى تعويضه عن الضرر الذي اصابه نتيجة غش البائع، وهذا الامر متروك لتقدير القضاء.
- 3- ندعو المشرع العراقي لاشتراط حسن النية في المشتري الذي سارع في تسجيل عقده بالأخذ بالنص الآتي (1-يشترط حسن نية المشتري الذي تمكن من تسجيل عقده في حالة البيوع المتعاقبة التي ترد على العقار 2- ويعتبر المشتري سيء النية اذا كان يعلم بسبق التصرف في العقار أو كان متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمشتري).

المصادر

- (1) جدير بالتبنيح بأننا اطلقنا تسمية (عقبات) تجوزاً، لأنها عبارة عن وسائل تشريعية ابتغى فيها المشرع التنظيم لمسائل معينة، الا انها من الممكن في بعض الحالات، ان تكون عقبة تمنع سريان الأمور على طبيعتها، وتؤدي بالتالي الى ان يكون التنفيذ من حصة التصرف اللاحق لا السابق، رغم كونه في سياق الامور العادي، باطلاً.

- (2) كما نصت المادة (247) منه على إن " الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ". كذلك نص المادة (2\1126) من القانون نفسه " 2- والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً "، ينظر كذلك نص المادة (2\1071) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن " لا تتم القسمة الرضائية في العقار، إلا بالتسجيل في دائرة الطابو " ونص المادة (1\1286) منه ايضاً على أن " لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة الطابو " ونص المادة (602) منه على أنه " إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة ". ونص المادة (1324) من القانون نفسه على أن " إذا وقع الرهن الحيازي على عقار، فيشترط لتمامه أن يسجل في الدائرة الطابو وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً ".
- (3) وهذا ما تؤيده المادة (137) الفقرة الثالثة منها من القانون المدني النافذ بقولها " ويكون باطلاً ايضاً إذا أختلت بعض أوصافه، كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفي للشكل الذي فرضه القانون ". وكذلك نصت المادة (2\13) من قانون التسجيل العقاري النافذ على أنه " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري "
- (4) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، ج2، المصدر السابق، ص67، د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز احكام قانون التسجيل العقاري، رقم 43 لسنة 1071، 1990، ص30، د. حبيب عبيد ميرزا العمري، التعهد بنقل ملكية أو حق التصرف في العقار، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2018، ص337.
- (5) قرارها رقم 518 امدنية ثالثة 1973\ 1973\11\21 منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، تشرين الأول، تشرين الثاني، كانون الأول، 1973، ص65.
- (6) قرار لمحكمة بداءة المسيب، المرقم 499 \ ب \ 2017، المؤرخ 15 \ 10 \ 2017، قرار غير منشور، ينظر كذلك القرار المرقم 787 امدنية أولى في 1979\ 1980\7\3، الصادر عن محكمة التمييز في العراق والذي جاء فيه ((.....حيث إن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لعدم استيفائه للشكل الذي فرضه القانون ولفقدانه ركناً من أركانه. والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً بموجب الفقرة (1) من المادة (138) مدني والمادة (508) والمادة (203) من قانون التسجيل العقاري، لذا لا يجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري وإنما يكون حقه في استرداد المبلغ المدفوع منه للبايع المميز))، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، 1980، ص26، وينظر قرارها رقم 1028\ المؤرخ في 6\3\2009، والذي جاء فيه ((عقد بيع العقار بموجب عقد خارجي باطل لا ينتج أثراً إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري))، كذلك جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق، المرقم 1\825\ اعدار، المؤرخ 2003، والذي قضت فيه ((أن الادعاء بوجود عقد بيع وشراء لسهام أحد الشركاء فيها وعلى فرض ثبوته يعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري))، ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام قانون التسجيل العقاري، رقم 43 لسنة 1071، طبع سنة 1990، ص30، ينظر كذلك قرار المرقم 217\، الهيئة الموسعة المدنية، الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، والذي جاء فيه ((البيع الوارد على العقار الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة لا ينفذ ولا يفيد الحكم أصلاً ويعتبر باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر قانوني او
- الترام بين طرفيه باستثناء اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ولا يستحق المدعي الفائدة القانونية عن بدل البيع المحكوم له به لأنه يستند الى عقد باطل))، القرار منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى - <https://www.hjc.iq/index-ar.php>، تاريخ النشر 2018\8\28 تاريخ الزيارة 2019\3\22.
- (7) عدنان هاشم جواد الشروفي، أثر عقد البيع الخارجي على نقل ملكية العقار، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، ع 12، مج 3، تشرين الأول، 2005، ص12، كما أنه توجد تشريعات أخرى تذهب الى جعل عقد بيع العقار شكلياً لكن هذه الشكلية تختلف عن الشكلية التي أشتراطها القانون العراقي، حيث تعلق إبرام بيع العقار على التوثيق ونقل ملكية

- العقار على التسجيل، فعقد بيع العقار في سويسرا لا ينعقد إلا اذا حرر في ورقة رسمية والملكية لا تنتقل لا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، كذلك الحال في المانيا فان القانون المدني الألماني أشتراط توثيق العقد إما لدى المحكمة أو لدى موثق العقود. ينظر المادتين (313 و 873) من القانون المدني الألماني الصادر عام 1900، كذلك ينظر المواد (216 و 656 و 657) من قانون الالتزامات السويسري لسنة 1912، نقلاً عن د. كمال ثروت الو نداوي، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات المدنية العربية، ج 1، بغداد، مطبعة السعدني، 2000، ص 2 -هامش (2).
- (8) محمد جواد الموسوي، بيع العقار على التعاقب والبحث عن الحلول القانونية، بحث منشور في مجلة الهدى، 2015، منشور على الموقع الالكتروني: <http://www.alhodamag.com/index.php\post\1012>، تاريخ النشر 2015\8\27، تاريخ الزيارة 2018\10\19.
- (9) د.اسعد عبيد عزيز الجميلي، بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1984، ص 110، د. حسام كامل الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط1، مطبعة جامعة الكويت، 1989م، ص 129، السنهوري، الوسيط، ج4، ص 434، د. انور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، بيروت، 1980، ص 142.
- (10) ينظر نص المادة (1127) من القانون المدني العراقي المذكور سلفاً.
- (11) د. قاسم كمال ثروت، شرح احكام عقد البيع، ط2، بغداد، 1976، ص 122، د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار، في القانون العراقي، بغداد، 1955-1956، ص 145، وبحثه الموسوم ببيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، دراسة مقارنة، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، 1976، ص 938-940.د. غني حسون طه، عقد البيع، بغداد 1969-1970، ص 223، وبحثه الموسوم، التعهد بنقل ملكية العقار وفق المادة 1127 من القانون المدني العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مايس 1984، ص 131، صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1992، ص 183.
- (12) اقرار محكمة استئناف نينوى، رقم 44ات ب 1978\ تاريخه 1978\12\11 منشور في مجلة الاحكام العدلية، تصدرها وزارة العدل، العدد الرابع، السنة التاسعة، 1978.
- (13) ينظر صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 1992، ص 186.
- (14) تنص المادة (204) من القانون المدني المصري النافذ على أنه "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" وتتص المادة (932) من القانون ذاته على انه "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة 204...."
- (15) حيث نصت المادة الأولى من قانون التسجيل المصري على أن "جميع العقود الصادرة من الأحياء التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله يجب إشهارهم بواسطة تسجيلها، ويترتب على عدم التسجيل إن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم" كذلك نصت المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري على ان "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".
- (16) فعلى الرغم من صدور قانون السجل العيني في مصر بعد قانون الشهر العقاري، إلا أن الأخير هو المطبق في معظم جمهورية مصر العربية، مما دعانا للاستناد الى نصوصه، ينظر نجيده علي، الوجيز في عقد البيع، القاهرة، دار النهضة

- العربية، 2003، ص121، زكي محمود جمال الدين، قانون عقد البيع في القانون المدني، د.ط، جامعة الكويت، 1974 - 1975، فقرة 102، ص200.
- (17) ينظر: د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاوله، الوكالة، الكفالة، بدون مكان وسنة طبع، ص 321، د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص390.
- (18) نقض مدني، المؤرخ في 21 \2 1982، أشار إليه محمد خلف، قضاء النقض في الملكية خمسة وخمسين عاماً، ط1، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص240.
- (19) نقض مدني جلسة 1973\5\9 ونقض مدني جلسة 1988\6\15، أشار إليها د. محمد المنجي، المصدر السابق، ص110.
- (20) ينظر المواد (1583) و(1601 \3) من القانون المدني الفرنسي.
- (21) نقلاً عن: احمد هاشم عبد، مثنى عبد الكاظم ماشاف، عقد بيع العقار على الخارطة، دراسة مقارنة، جامعة ميسان، كلية القانون، 2017، ص17، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://www.iasj.net>، تاريخ الزيارة 2018\5\19.
- (22) نقلاً عن:براهامي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2007 -2008، ص4.
- (23) Marcel PLANIOL: Traite elementaire de droit civil, obligations, t, II ; obigations ; 3e edition, par G.RLPERT et J.BOULANGER, 1949, p749.- Henri et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et Francois CHAPAS: lecons de droit civil; t III ; Principaux contrats: vente et echange ; 7e edition, par Michel de JUGLART, 1987, p.44-45.
- (24) planiol.RIPET.Traite patie.De.droit civil francais, t2 ies piens par mourisice,picard, 2ed paris1955,p633.
- (25) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعلمية لعقد البيع غير المسجل، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص110، د. عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص15، د. رمضان ابو السعود الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج 1، مصادر الحقوق العينية والأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1986، ص225، د. عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع والمقايضة، المصدر السابق، ص 463، 2، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 3 في العقود المسماة، المجلد الأول، المجلد الأول، عقد بيع، ط5، 1990، ص390-391.
- (26) د.سمير عبد السيد تناغوا، عقد البيع، د.ط، جامعة الإسكندرية، 1973، ص201.
- (27) ينظر نص المادة (1) من القانون التسجيل العقاري المصري المذكور سابقاً.
- (28) د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص286.
- (29) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص365.
- (30) نقلاً عن: د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل، المصدر السابق، ص879.
- (31) لا يقصد بالغير هنا الأجنبي عن العقد بل يقصد به كل من يدعي على العقار المبيع حقاً من الحقوق التي يجب أن تسجل كحق الرهن العقاري، أو كحق امتياز أو أي حق آخر من الحقوق العينية العقارية، د. أنور سلطان ود. جلال العدوي، العقود المسماة، عقد البيع، دار المعارف، مصر، 1964، ص211. ويعد القانون التونسي من القوانين العربية الذي مازال سارياً على نمط القانون الفرنسي في اعتبار عقد بيع العقار عقداً رضائياً ينقل الملكية فيما بين عاقيه قبل التسجيل ولا يكون للتسجيل من أثر سوى على ما قد ينشأ من خلاف بين المكتسب وبين الغير ممن يدعي يحق على العقار. حيث نصت

- الفقرة الأولى من المادة (373) من مجلة الحقوق العينية التونسية " على إن الأمور الآتية يجب إشهارها بطريق الترسيم برسم الملكية ليتمكن الاحتجاج بها على الغير. 1- جميع الصكوك والاتفاقات فيما بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض. 2- جميع الاحكام التي احرزت قوة ما تصل به القضاء ".
- (32) ينظر: عبد المنعم يحيى جواد، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1983، ص158.
- (33) LATROPUS BACHIR, cours de droit civil, surettes et publicite fonciere, office des publications universitaires, Alger, 1984, p.116.
- (34) نقلاً عن: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، عقد البيع، مصدر سابق، ص397.
- (35) ينظر: تعريف القانون المدني المصري النافذ لعقد البيع في م (418) منه بالقول " عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي " أي أنه جعل انتقال الملكية التزاما يقع على عاتق البائع. وفي نفس الخصوص ينظر م (1582) من القانون المدني الفرنسي.
- (36) د. جميل الشرفاوي، البيع والمقايضة، القاهرة، 1966، ص172.
- (37) ينظر النقض الصادر في 1954\5\13 والذي قضى ب (اساس المفاضلة عند التزاحم بين المشتري لعقار واحد من مالك واحد، هو السبق في التسجيل ولو كان المشتري الثاني يعلم بوجود البيع الأول ولو كان متواطئا مع البائع) والنقض الصادر في 1966\2\25، والذي ذهب الى (ان مناط المفاضلة بين المشتريين في حالة التزاحم هو السبق في التسجيل، ويفضل من سبق ولو كان متواطئا مع البائع على الاضرار بحقوق الغير). اشار اليهما: د. محمد السعيد رشدي، شرح احكام عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص139.
- (38) د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، عقد البيع، ج1، انعقاد البيع، ص397.
- (39) نقلاً عن: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، عقد البيع، مصدر سابق، ص397.
- (40) باستثناء بعض المنقولات التي نظمت القوانين الخاصة فيها استثناءً على القاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني وذلك لأهميتها إرتأت القوانين اخضاعها لنظام شبيه بنظام التسجيل في العقارات، مثل الطائرات والسفن والسيارات والمكائن الزراعية وغيرها. وجعلت التسجيل فيها ركن من أركان العقد.
- (41) د. سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في عقود المسماة، المصدر السابق، ص86.
- (42) نصت المادة (532) من القانون المدني العراقي على أنه " للمشتري أن يتصرف في المبيع عقاراً ام منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض "
- (43) نصت المادة (402) من القانون المدني المصري على انه " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالتسجيل "
- (44) نصت المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي على أنه " يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع، بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع ".
- (45) د. صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة فؤاد الاول، مصر، 1945 م، ص200.
- (46) د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع، دراسة مقارنة، بدون مكان طبع، 2008، ص21، مثى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2007م، ص149.

- (47) كما نصت المادة (976) من القانون المدني المصري على ذلك ايضاً بقولها " من حاز بسبب صحيح منقولاً او حقاً عينياً او سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته 2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها 3- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب وحسن النية ما لم يعم الدليل على عكس ذلك "
- (48) ينظر: عبد المنعم البدر، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، ط2، القاهرة، 1956، ف542، د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة، 1965، ف184، عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، القاهرة، ط2، 1964، ف438، عبد الفتاح عبد الباقي، دورس الاموال، القاهرة، 1956، ف331.
- (49) فتحي حسن مصطفى، الملكية بوضع اليد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988م، ص203، علي أحمد السالوس، التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاءً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م، ص231.
- (50) petrts, Dalloz, cod civil, paris, 1978, p.1214.
- ينظر: جيروم هوبيه، المطول في القانون المدني الفرنسي، ترجمة منصور القاضي، المجلد الأول، ط1، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2003 م، ص113، د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص247، صبري حمد خاطر، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1984 م، ص203-204، د. علي احمد السالوس، المصدر السابق، ص232.
- (50) ينظر: د. محمد نبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، 1974، ص164.
- (51) ينظر الفقرة (1) من المادة (1163) مدني عراقي والتي تنص على أنه " من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد "، ويطابقه النص المصري.
- (52) د. مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط2، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000م، ف308، د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، حق الملكية، ج1، مطبعة مقهور، ص265.
- (53) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (احكامها، مصادرها)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع القاهرة، 2007، 379.
- (54) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، المصدر السابق، ص1139.
- (55) علي شاكِر عبد القادر البدر، السبب الصحيح وأثره في الملكية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص132.
- (56) نقلاً عن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، المصدر السابق، ص1136.
- (57) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مصدر السابق، ص684.
- (58) د. محمد عبد اللطيف، الحيازة واثارها في التقنين المدني المصري، القاهرة، 1951، ص330.
- (59) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الإسكندرية، 2004، ص38.
- (60) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص253. (5) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، شركة الطبع الأهلية، بغداد، 1961، ص396، د. سعيد عبد الكريم المبارك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص231، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر السابق، ص253.
- (61) planiol Riptert et picard, op.cit, p.381.
- (62) ينظر د. عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط1، الكويت، 1975، ص372، محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، الكويت، 1974-1975، ص183.

- (63) تجدر الاشارة الى أن (965) من القانون المدني المصري قد نصت صراحة على الخطأ جسيم على خلاف القانون المدني العراقي، ينظر عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، المصدر السابق، ص684، محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص169، د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص203.
- (64) صبري حمد خاطر، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، مصدر السابق، ص216.
- (65) د. محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص162.
- (66) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص354.
- (67) نصت المادة (136) ف1 من القانون المدني العراقي على أنه (إجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه).
- (68) د. السنهوري، عقد البيع، المصدر السابق، د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص143.
- (69) زهدي يكن، عقد البيع، المنشورات المكتبة العصرية صيدا بيروت، بدون تاريخ، ص180.
- (70) د. سعيد مبارك ود. طه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص84.
- (71) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المصدر السابق، ص159، د. السنهوري، عقد البيع، فقرة 243، ص426.
- (72) د. سعيد مبارك ود. طه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، موجز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص86.
- (73) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص363، د. محمد علي عثمان الفقي، ضمان الاستحقاق في عقد البيع، ط1، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1999، ص62.
- (74) د. شامل ابراهيم ماجد حرج الغريبي، ضمان الاستحقاق في البيوع المتعاقبة، مصدر السابق، ص100.
- (75) ينظر المواد (549-550) من القانون المدني العراقي، والمواد (439-433) من القانون المدني المصري و م (1630) من القانون المدني الفرنسي.
- (76) ينظر نص المادة م (11163) من القانون المدني العراقي والتي تذهب الى: " من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستند في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد"، وقريب منه نص م (1\ 976) من القانون المدني المصري، وكذلك م (2279) من القانون المدني الفرنسي.
- (77) حكم المنقول المبيع جزافاً هو كحكم المنقول المعين بالذات فان ملكيته تنتقل الى المشتري بمجرد انعقاد العقد، ينظر رمضان ابو السعود، دورس في العقود المسماة، عقد البيع في القانون المصري ولبناني، ص14، د. السنهوري، عقد البيع، المصدر السابق، فقرة 244، ص427، ينظر: د. علي الزيني، اصول القانون التجاري، ج1، مج 1، النظرية العامة وعقد البيع، القاهرة، 1925، ص286. د. عبد المنعم البدرابي، الوجيز في عقد البيع، القاهرة، 1970، ص141-142، د. عبد العزيز عامر، عقد البيع، القاهرة، 1967، ص128. د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، بغداد، 1969-1970، ص215.