



جامعة كربلاء

كلية القانون

القسم الخاص

التسجيل العقاري في الواقعة القانونية بلا عوض ”دراسة مقارنة“

اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون وهي جزء
من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالبة

روى سلمان خليف

بإشراف

أ. م. د عبدالله عبد الأمير طه

استاذ القانون المدني

كلية القانون / جامعة كربلاء

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون الى عالم الغيب و

الشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون ﴾

صَدَقَ اللهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة التوبة / الآية (105)

إقرار الخبير اللغوي

أشهد أن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ(التسجيل العقاري في الواقعة
القانونية بلا عوض (دراسة قانونية مقارنة)) التي قدمتها الطالبة (روى سلمان
خليفة) إلى القسم الخاص في كلية القانون جامعة كربلاء قد قومتها لغوياً فوجدتها
سليمة من الناحية التعبيرية واللغوية .



التوقيع:

الاسم: د. ضاهر السيد الحكيم

التاريخ: ٢٠٢١/ ١١/ ٢٠

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (التسجيل العقاري في الواقعة القانونية بلا عوض "دراسة مقارنة ")، وناقشنا الطالبة (روى سلمان خليف) في محتواها، وفيما لها علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة () .

التوقيع :
الاسم: أ.د. على شاكر عبدالقادر
(عضواً)
التاريخ: 2022 / /

التوقيع :
الاسم: أ.م.د اشواق عبدالرسول
(عضواً)
التاريخ: 2022 / /

التوقيع :
الاسم : أ.م.د عبدالله عبد الامير طه
(عضواً ومشرفاً)
التاريخ: 2022 / /

التوقيع :
أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء
التاريخ: 2022 / 3 / 12

التوقيع :
الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم
(رئيساً)
التاريخ: 2022 / /

التوقيع :
الاسم: أ.د اسماء صبر علوان
(عضواً)
التاريخ: 2022 / /

التوقيع :
الاسم : أ.م.د.نبيل عبد شعيبيث
(عضواً)
التاريخ: 2022 / 1 / 12

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

الإهداء

والداي..... رحمكما الله

زوجي الغالي.... ادامك الله لي

اولادينور الله طريقكم أحبتي بالعلم والمعرفة

أهدي هذا الجهد المتواضع وأسأل الله التوفيق

الباحثة

شكر و عرفان

الحمد لله والصلاة على خير خلق الله سيدنا محمد عليه وعلى آله افضل
الصلاة والسلام...

اشكر الله تعالى وأحمده على توفيقى لإتمام هذه الدراسة و نور لي عقلي
بطريق العلم و المعرفة ...

شكراً و عرفاناً استاذي المشرف دكتور عبد الله عبد الامير، لفيض علمه
عليّ و لتذليل الصعوبات و توجيهي في جميع الخطوات...

شكراً وامتناناً اساتذتنا الذين لم يبخلوا عليّ بعلمهم وسعة صدرهم و أخص
بالشكر أستاذنا الدكتور عباس الحسيني المحترم (رحمه الله) والدكتورة إشراق صباح
المحترمة و الدكتور عادل شمران المحترم، والدكتور حيدر حسين المحترم، والدكتور
علي شاكر عبد القادر البدري المحترم، والدكتور حسن علي كاظم المحترم، والدكتور
باسم العقابي المحترم .

وجزيل الشكر و الامتنان الى السادة اعضاء لجنة المناقشة المحترمين، لما
ستبذلونه من جهد في قراءة هذه الدراسة وتقويمها وتوجيهي بنور ملاحظاتها التي
ستضيء البحث بالعلم والمعرفة.

الباحثة

المستخلص

عالج المشرع حالات معينة و وقائع خاصة لها من الاهمية القدر الكثير، فمن خلالها يستطيع الانسان ان يعوض ما فاته من امورٍ لم يكن بوسعه فعلها في فترة سابقة، وتجدر الاشارة الى ان تلك الوقائع لها تأثير معنوي ومادي على اطراف الواقعة والغير، ولا يخفى بانها متمتعة بالحماية القانونية وضمن الحدود التي رسمها القانون، من خلال نصوص المواد القانونية المتمثلة بقانون التسجيل العقاري، و يعد التسجيل العقاري من القوانين المهمة المنظمة للحقوق و الهادفة الى استقرار التعامل و منع الاعتداء او المساس بها من قبل الغير هذا من جانب، و ينظم الحقوق طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة من جانب اخر، وبناءً على ما تقدم يعد ما ورد في قانون التسجيل العقاري من سجلات بمثابة الهوية المدنية للعقار، وتعد مسألة انتقال الحقوق و بالأخص الملكية العقارية جوهر أحكام قانون التسجيل العقاري والتي يتطلب صدورها بموجب وقائع قانونية قد تكون بعوض أو بدون عوض، و ينصب اهتمامنا على انتقال الملكية العقارية بموجب الوقائع القانونية بلا عوض في صور معينة تنشأ اثناء حياة مالك العقار في واقعتي الهبة و الوقف، وبعد الوفاة متمثلة، بواقعتي الإرث و الانتقال و الوصية، وتلك الوقائع لا تتسم جميعها بالثبات والاستقرار بعد صدور التصرف العقاري بموجبها فتنشأ مستجدات أو تقع أخطاء تجعلها عرضة للأبطال والرجوع مما يستلزم طرق ابواب القضاء لغرض إحقاق العدل فيها.

المحتويات

الصفحة	العنوان
I	الاهداء
II	شكّر وعرفان
III	المستخلص
IV	المحتويات
6-2	المقدمة
75-7	الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
44-9	المبحث الأول: ماهية التسجيل العقاري
10	المطلب الأول: تعريف التسجيل العقاري
12	الفرع الأول: التعريف بالتسجيل و أهميته
24	الفرع الثاني: التطور التاريخي للتسجيل العقاري في العراق
32	المطلب الثاني: انواع و مبادئ أنظمة التسجيل العقاري
33	الفرع الأول: انواع أنظمة التسجيل العقاري
39	الفرع الثاني: مبادئ وخصائص أنظمة التسجيل العقاري
75-45	المبحث الثاني: ماهية الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
47	المطلب الأول: معنى الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
48	الفرع الأول: تعريف الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض وطبيعتها
57	الفرع الثاني: شروط الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
62	المطلب الثاني: انواع الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض وتميزها
63	الفرع الأول: انواع الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
71	الفرع الثاني: تمييز الوقائع القانونية عن التصرف القانوني

155-76	الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
108-78	المبحث الأول: تطبيقات الواقعة القانونية بغير عوض
79	المطلب الأول: الوقائع القانونية الناقلة للملكية اثناء الحياة
80	الفرع الأول: واقعة الهبة
87	الفرع الثاني: واقعة الوقف
95	المطلب الثاني: الوقائع القانونية الناقلة للملكية بعد الوفاة
96	الفرع الأول: واقعة الارث و الانتقال
102	الفرع الثاني: واقعة الوصية
155-109	المبحث الثاني: آثار واشكاليات تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
111	المطلب الأول: اشكاليات تسجيل الوقائع القانونية بغير عوض
112	الفرع الأول: اشكاليات تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض اثناء الحياة
125	الفرع الثاني: اشكاليات تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض بعد الوفاة
134	المطلب الثاني: آثار إبطال التسجيل العقاري للوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
135	الفرع الأول: آثار إبطال التسجيل للوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
144	الفرع الثاني: دعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
165-157	الخاتمة
181-167	قائمة المصادر

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

ثالثاً: أهداف موضوع البحث

رابعاً: إشكالية الدراسة

خامساً: صعوبات موضوع البحث

سادساً: منهجية الدراسة

سابعاً: نطاق البحث

ثامناً: هيكلية البحث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين (سيدنا محمد) وال بيته الطيبين الطاهرين...
اما بعد...فإن مقدمة هذه الاطروحة ستكون متضمنة للمحاور التالية:

أولاً: موضوع البحث

نالت الملكية العقارية اهتمام الدراسات القانونية ، و أرتقت في حمايتها، و تحديد الاسس القانونية التي تؤمن استقرار التعامل فيها من خلال انشاء نظام قانوني اجرائي يتسم بالعلانية و الشكلية و حماية الحقوق المترتبة على التعامل به، فنظمت القواعد القانونية، الوقائع التي يترتب على حدوثها نقل الملكية العقارية سواء كانت بعوض أم بغير عوض ، قواعد تلائم الطبيعة القانونية لكل واقعة، وكان لهذه الانظمة دور اساس في تحديد الهوية القانونية للعقار بصورة تجعل من المالك و المتعامل بالعقار على طمأنينة و أمان ، بناءً على القيود و المعلومات المسجلة بدقة متناهية في السجل العقاري وفقاً لنظاميه الشخصي و العيني ، الذي تباينت الدول في الأخذ بهما تبعاً لمزايا و عيوب كليهما ، هذا وبالاستناد الى مجموعة من المبادئ المتمثلة بالتخصيص و الشرعية والقوة الثبوتية المطلقة للقيود و حضر مبدأ التقادم في اكتساب ملكية العقار.

ثانياً: أهمية الموضوع واسباب اختياره

تحتل الملكية العقارية و الحقوق المتفرعة عنها اهمية كبيرة في التنظيم القانوني للدول لما يمتاز به الائتمان العقاري و استقرار المعاملات من دور كبير في تقدم اقتصاد الدول من جانب، و يبرز مدى فاعلية التنظيم القانوني للدولة من جانب آخر، لهذا لجئت الدول الى تنظيم الوقائع القانونية الناقلة للملكية العقارية تنظيماً قانونياً دقيقاً لمساس هذا الموضوع بحقوق الاشخاص بصورة عامة و لخطورته بصورة خاصة، لذا شرعت الدول الى تنظيم السجل العقاري الذي يتضمن بدوره بيانات و معلومات تسجل بناءً على اجراءات و ضوابط حددها القانون، الغاية منها حماية العقار و ماله و المتعامل معه و الحقوق

التي قد تنشأ بموجب الوقائع القانونية والمادية، وتطهير العقار من جميع الحقوق التي لم يتم الكشف عنها واثبات ملكية العقار للمالك.

و لتحديد الحدود العقارية واشهار الحقوق العينية المتعلقة به والتصرفات التي تطرأ عليه و حمايتها من ان تكون محلاً للاعتداء و التجاوز ، اهمية كبيرة لإيضاح مدى دقة التنظيم القانوني للدولة وتوفير الحماية لمواطنيها، عن طريق سلسلة من الاجراءات القانونية للنهوض بالدولة من الناحية الاقتصادية و الاجتماعية للعقار التي يتطلبها بناء كل مجتمع لإرساء الملكية العقارية على أسس ثابتة ومنتينة لحفظ الحقوق و استقرار التعامل ، .

وتبرز أهمية الموضوع في بيان التنظيم القانوني للوقائع القانونية الناقلة للملكية العقارية في حالة تسجيلها او تخلف التسجيل هذا من جانب، ومن جهة اخرى تحديد الاجراءات القانونية في حالة ابطال او رجوع المالك في تصرفه بنقل ملكية العقار بغير عوض وبيان الآثار القانونية المترتبة على هذا الاجراء.

وبما تقدم ذكره وجدنا انه لا بد من البحث في موضوع التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض بمعناها العام ، و الوقوف على كل واقعة على حدة ، ببيان تعريفها و طبيعتها القانونية و إبراز التنظيم القانوني لها و الوقوف عند الاشكاليات التي تطرأ عليها ، في محاولة لإيجاد الحلول المناسبة، وبالرغم من أهمية الموضوع و تناوله من قبل الدراسات القانونية إلا أنه لم يبحث بشكل وافٍ بما يناسب ومدى دقة وأهمية هذه التطبيقات ، باعتبارها تصرفاً عقارياً قانونياً مهماً.

ثالثاً: أهداف موضوع البحث

تتجلى أهداف موضوع البحث في ما يلي :

١. تحديد ماهية التسجيل العقاري و بيان النظام القانوني المتبع في العراق.

٢. تحديد ماهية الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض وبيان طبيعتها القانونية و إبراز خصائصها المختلفة عن الوقائع القانونية الناقلة للملكية الاخرى.

٣. بيان الأثر القانوني لتسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية العقارية وما أثر تخلفه.

٤. توضيح الاشكاليات التي تطرأ على تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض و هل بالإمكان معالجتها.

٥. تحديد الأثر القانوني في الرجوع عن التسجيل و إبطاله على اطراف العلاقة للواقعة القانونية و الغير.

رابعاً: إشكالية البحث

تكمن اشكالية البحث في الوقوف على مدى تأثير تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية العقارية و مدى تخلف هذا التسجيل في السجل العقاري ، و توصلنا بدورنا الى تحديد اشكاليات هذه الدراسة وحصرتها بالأسئلة الآتية:

١. هل نظمت القواعد القانونية العقارية جميع الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض و بيان اجراءات التسجيل أو تخلفه؟

٢. ما الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض؟ وما تطبيقاتها ؟

٣. هل جاءت التشريعات العقارية بنصوص قانونية و أحكام متكاملة للوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض أم شابها القصور و التناقض؟

٤. هل حدد المشرع العقاري العراقي حالات رجوع أو ابطال التسجيل في الوقائع القانونية بغير عوض؟ و هل لها خصوصية تختلف بموجبها عن حالات الرجوع و الابطال الاخرى في القوانين المدنية؟

٥. من هي الجهة المختصة للنظر في المنازعات القضائية الناجمة عن الرجوع و ابطال قيود التسجيل العقاري أو تخلف تسجيلها؟

٦. ما موقف المشرع العراقي من اساليب الخداع و الغش و التزوير في بيانات التسجيل العقاري؟
٧. هل أوجد المشرع العراقي احكاماً قانونية تعالج الاضرار المترتبة على الرجوع وابطال قيود السجل العقاري ؟
٨. هل اجتهد القضاء العراقي في حكم حالات الرجوع وابطال تسجيل الوقائع القانونية بغير عوض وهل وفق في ذلك؟
٩. ما الدعوى القضائية الخاصة بإبطال قيد التسجيل العقاري ؟
- هذه الاسئلة وغيرها استوفقتنا للبحث في هذا الموضوع و محاولة منا لإيجاد الحلول و المعالجات .

خامساً: صعوبات موضوع البحث

تكمن صعوبة موضوع البحث في قلة الكتابات القانونية التي تصدت للوقائع القانونية و التي تكون ناقلة للملكية بغير عوض على صعيد القانون العراقي والمقارن ومن تطرق له لم يوضح الفكرة بصورة كاملة وافية، و رغم قراءتنا و بحثنا في الكثير من المؤلفات القانونية إلا أنها لم تسعفنا جميعها في بحث الموضوع و لقلة المصادر التي تطرقت لموضوع الوقائع القانونية بصورة عامة وبغير عوض خاصة، بصورة كاملة وافية تغني دراستنا و تعززها بالتطبيقات القضائية بصورة كبيرة.

سادساً: منهجية الدراسة

ان هدف كل دراسة بحثية هو ايجاد الحلول للإشكاليات و التساؤلات المطروحة، لذا اعتمدنا في دراسة موضوع (التسجيل العقاري للوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض) باتباع المنهج التحليلي الوصفي لقراءة النصوص القانونية المنظمة للوقائع القانونية بغير عوض ، وتحديد طبيعتها وخصائصها و شروطها وانواعها وبيان ماهية التسجيل العقاري ، بتعريفه وتحديد مبادئه وخصائصه وأنواعه، كذلك استعنا بالمنهج المقارن مع التشريعات العقارية للوقائع القانونية لبعض الدول كفرنسا و مصر و الجزائر و سوريا و لبنان بشكل ضمني باعتبار تنوع هذه الدول في الأخذ بنظامي التسجيل العقاري (الشخصي

والعيني)، واتبعنا كذلك المنهج التطبيقي الذي يجعل من عرض المبادئ و القرارات التمييزية للقضاء العراقي اساساً لبيان مدى توافقه مع آراء شراح القانون والنصوص القانونية العقارية باعتبار ان دراستنا ذات طابع عملي اجرائي وزيارتنا الميدانية لبعض دوائر التسجيل العقاري للوقوف على الاشكاليات والمعالجات الاجرائية لها.

سابعاً: نطاق البحث

يدور نطاق البحث حول تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض و المتمثلة بواقعة الهبة و الوقف والتي تكون حال حياة مالك العقار ، وكذلك وقائع الارث و الانتقال و الوصية بعد وفاة مالك العقار مسلطين الضوء على حالات معينة تعتبر من الاشكاليات التي تحدث بعد تسجيل هذه الوقائع في السجل العقاري وابرار اهم اثارها القانونية على الواقعة.

ثامناً: هيكلية البحث

تتضمن هيكلية البحث تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية العقارية بغير عوض ، فتوقفنا عند مفهوم التسجيل العقاري موضحين تطوره التاريخي والتعريف به ، وحددنا المبادئ والخصائص التي يمتاز بها ، وسلطنا الضوء على الوقائع القانونية بتعريفها وتمييزها عن التصرف القانوني ووضحنا طبيعتها و شروطها وتطرقنا الى تطبيقاتها ، محددين نطاق البحث في اتجاهين رئيسيين : الاول اثناء حياة المالك للعقار وتنحصر في وقائع محددة هي الهبة والوقف ، وأما الثاني فيسلط الضوء فيه بعد وفاة حياة مالك العقار ، و توقفنا عند الوقائع الناقلة للملكية العقارية متمثلة بالارث و حق الانتقال و الوصية .

وفي حالة تخلف التسجيل للوقائع القانونية يترتب ابطال الاجراء والتصرف وكأنه لم يكن مما يستوجب إرجاع اطراف الواقعة الى الحالة التي كانا عليها قبل الواقعة القانونية مع بعض الاستثناءات الخاصة ، وذلك يتم عن طريق سلوك الدعوى القضائية المخصصة قانوناً .

الفصل الأول

مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المبحث الأول: ماهية التسجيل العقاري

المطلب الأول: تعريف التسجيل العقاري

المطلب الثاني: انواع و مبادئ انظمة التسجيل العقاري

المبحث الثاني: ماهية الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المطلب الأول: التعريف بالوقائع القانونية بغير عوض

المطلب الثاني: انواع الوقائع القانونية بغير عوض وتميزها

تمهيد وتقسيم:

ان إنشاء أو نقل أو تعديل وإنهاء حق من الحقوق العينية العقارية لا يكون له اثر بين الاطراف ولا في مواجهة الغير الا من تاريخ اتمام اجراءات التسجيل لهذه الوقائع، بهدف الحماية القانونية لها من الضياع واثبات الحقوق واستقرار المعاملات، وهو غاية ما تهدف اليه التشريعات والقوانين من الغش والتدليس وأشكال التحايل المختلفة وما يترتب عليها من ضياع للحقوق والاموال واضطراب في المعاملات وكثرة المنازعات ومن بين هذه الوسائل للوصول الى الهدف، اصباغ الوقائع والمعاملات المختلفة بالرسمية من خلال عملية التسجيل العقاري .

وبما ان الوقائع هي احدى مصادر الالتزام في الترتيب الحديث للمصادر الذي اتبعه فقهاء القانون، فالأسباب التي تنشئ العلاقات القانونية أو تؤثر فيها عبارة عن امر يحدث تعديلاً في العلاقات القانونية الموجودة.

فأبي واقعة مادية أو قانونية تطرأ على العقار من قبل مالكة أو صاحب حق عيني فيه لابد ان يتم تسجيلها في السجل العقاري وفي الدائرة المختصة لموقع العقار حتى يمكن مواجهة الغير بها ويمتد الاثر القانوني للواقعة أو التصرف العقاري الى الغير .

والحقوق العينية كما هو معروف نوعان، حقوق عينية أصلية وهي الملكية وما يتفرع منها، وحقوق عينية تبعية وهي الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحقوق الامتياز، ونظراً لكون موضوع البحث ينصب على الوقائع التي تنقل ملكية العقار بغير عوض وبدون بدل مالي فأنا نصب جل بحثنا حول الوقائع التي تنقل ملكية العقار دون بدل أو عوض مالي عليه يبعد من نطاق بحثنا البيع والمقايضة و المساطحة والاجارة الطويلة والمغارسة لأنها وقائع قانونية تحتاج الى بدل أو عوض مقابل نقل الملكية أو الاستفادة من المنفعة الواردة على محل الحق، ونركز على الوقائع التي ترد حال الحياة كالهبة بغير عوض والوقف والوقائع التي ترد بعد الوفاة كالوصية والميراث.

لذا سنخصص هذا الفصل للبحث في مفهوم التسجيل العقاري للوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض ونحدد نطاق بحثنا في المبحث الأول بماهية التسجيل العقاري و الثاني لماهية الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المبحث الأول ماهية التسجيل العقاري

ان تسجيل التصرفات العقارية في السجل العقاري حقيقة قديمة قدم الملكية العقارية وهي ممتدة عبر التاريخ، فقد وجد الانسان اهمية الارض و إستقرارها وأدركت الشرائع هذه الحقيقة فلجئت لوضع النظم الكفيلة لحماية الملكية العقارية ومن أهمها تسجيل وإعلان التصرف الواقع على العقار، والهدف منها تحقيق الاستقرار للملكية العقارية اذ يحيط التسجيل العقاري العقار بحماية واستقرار، لأن اي اجراء على العقار لابد من ان يسجل مما يؤدي الى معرفة المالك الحقيقي للعقار، وما لهذا العقار من حقوق وما يشغله من قيود والتزامات وتكاليف، من ثم المتصرف يكون على علم بما يحيط العقار من أمور يتجنب بموجبها منازعة الغير للعقار أو الادعاء بوجود حقوق للغير على العقار.

ويعد نظام التسجيل العقاري من أهم الأنظمة الاجرائية التي تعتمد عليها جميع دول العالم لغرض تنظيم العقارات واستقرارها، فأى تصرف أو واقعة تطرأ على العقار لابد من ان يتم تسجيلها وتأشيرها في السجل العقاري، لما للعقار من اهمية كبيرة في التنظيم القانوني للدولة لاستقرار معاملاتها، وذلك بعد ان اصبحت الملكية العقارية عرضة للمنازعات المختلفة، مما خلق حالة عدم الاستقرار، فقيام مالك العقار ببيع عقاره لأكثر من مشتري والآخر لم يكن على علم بتصرف المالك السابق الذي رتب حقاً لأخرين على العقار موضوع النزاع ومما يؤدي الى ضياع الحقوق.

عليه للتطرق بحثاً في ماهية التسجيل العقاري لابد من بيان معنى التسجيل العقاري في المطلب الأول بتسليط الضوء على تطور نظام التسجيل العقاري في العراق والوقوف على تعريفه وبيان اهميته بشكل واضح كي يتسنى لنا فهمه بشكل دقيق ونخصص المطلب الثاني لتوضيح مبادئ و انواع التسجيل العقاري.

المطلب الأول

تعريف التسجيل العقاري

ان تثبيت الحالة المادية و القانونية للعقار وذلك بضبط حدوده و مساحته بكل دقة و تعيين مالكة و بيان حقوقه تعرف بالتسجيل العقاري و هو مجموعة قواعد و اجراءات قانونية تهدف الى تحديد هوية العقار و تثبيت ملكيته و شهر الحقوق و التصرفات القانونية .

وقد كانت الارض في يوم ما أهم ما تملكه العائلة والفرد، حتى انها لم تكن قابلة للانتقال الا بموافقة جميع افراد الاسرة، وكان لكل واحد من هؤلاء حق الاعتراض على عملية الانتقال^(١)، وحتى بعد الموافقة من قبل أفراد الاسرة لابد لهذا الانتقال ان يكون بصورة علنية و امام جميع اهل القبيلة أو العائلة، وهذا ما يعرف اليوم بالشهر أو الاعلان للتصرف العقاري، وهذا الأمر يعد شيئاً طبيعياً لما تمثله الارض من رمز للسيادة والجاه والثروة^(٢)، وان اختلفت طرق وآلية الاعلان والشهر من عصر لعصر، ومن دولة لأخرى وهذا بدوره أدى الى خلق العديد من الانظمة العقارية التي توثق وتؤمن الحقوق العينية للأشخاص و مدى امكانية تصرفهم ونقل هذه الحقوق للغير، عن طريق الوقائع القانونية بأنواعها المختلفة.

وقد أدركت مختلف الشرائع هذه الحقيقة وأهميتها بإعتبار الارض أو العقار المصدر الأول لكل الثروات وباعتبارها ثروة بحد ذاتها وأكبر ضمان للمؤسسات المالية في الوقت الحاضر، لذا كان لابد من إعلان إي واقعة تطرأ على هذه الارض لكي يتاح لكافة المتعاملين عليها العلم بهذه التصرفات والوقائع^(٣)، لتحقيق الاستقرار الملكية العقارية وتدعيم الائتمان العقاري، ذلك لأن علانية الوقائع الواردة

(١) ينظر د. ممدوح عطري، مجموعة القوانين العقارية، مؤسسة النوري، دمشق، ١٩٩٣، ص ١٣.

(٢) ينظر د. منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وادخاله في الاقليم المصري، مطابع دار الكتاب

العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص ٢٣.

(٣) ينظر د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة

العربية، ١٩٨٢، ص ٣.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
على العقار من شأنها ان تؤدي الى معرفة المالك الحقيقي للعقار وما لهذا العقار من حقوق وما يتقله من قيود وتكاليف وتأمينات، وبالتالي هنالك حماية لكل المتعاملين بهذا العقار.

فالعلانية والاشهار عبارتان وثيقتا الصلة بالعقار حين يكون هو محل الواقعة القانونية، وحين يكون الكلام عن العلانية والاشهار، فالكلام يتوجه الى اهم نظام قانوني اجرائي ألا وهو التسجيل العقاري، وان البحث بماهية التسجيل العقاري يتطلب منا الخوض في التعريف به وبيان معناه في التشريعات العقارية والقانونية وبيان اهميته، ولذلك سنخصص الفرع الأول له والثاني للتطور التاريخي لقانون التسجيل العقاري في العراق، نتطرق لها تباعاً.

الفرع الأول

تعريف التسجيل العقاري وأهميته

التسجيل العقاري كما يبدو من صريح لفظه انه يختص بالعقارات لذلك نرى انه لا بد قبل البحث بتعريف التسجيل العقاري البدء بتعريف التسجيل و تعريف العقار بصورة منفصلة إذ لم تتضمن المعاجم اللغوية معناً دقيقاً لمصطلح التسجيل العقاري، الا اننا نستطيع تحديده عن طريق بيان تعريفه الفقهي والاصطلاحي لكل الفاظه (التسجيل والعقار) لكي نستطيع الوقوف على معنى نظام التسجيل العقاري، من ثم نسلط الضوء على التعريف التشريعي لمصطلح التسجيل العقاري ومن ثم ابراز اهميته على التوالي.

أولاً: تعريف التسجيل العقاري

أ. التعريف الفقهي للتسجيل العقاري:

والتسجيل^(١) يراد به تقييد الأوراق في المحاكم والادارات وهو مصدر للفعل (سجل) ويعني قيد أو كتابة وهو من سجل (اي كتب السجل، أي قيد المعلومات في سجل خاص حفاظاً لها من الضياع وان اسم المفعول من (سجل) هو مسجل ويقال عقد مسجل اي اكتسب الصفة الرسمية بأثباته في دفتر خاص^(٢)، و التسجيل اصطلاحاً فهو عملية أو اجراء يتم من خلالها توثيق أو ادراج جميع التصرفات القانونية في سجل ممسوك من قبل موظفي الدائرة المعنية بالتسجيل^(٣).

(١) التسجيل لغة: هو اسم مشتق من الفعل (سَجَلَ) المشتق من سجل في اللاتينية (سجل، فهرس) واخذ كاسم من (requercre) نظم تقرير أو سجل، د. منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، (مادة التسجيل) ص٤٦٣.

(٢) ينظر العلامة ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الحديث للنشر ٢٠٠٢، ص٦٠٦، مادة التسجيل.

(٣) ينظر رمول خالد، الاطار القانوني التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دون ذكر الطبعة، دار هومه، ٢٠٠٨، ص١٩.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

اما مصطلح العقار بينته المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١، العقار هو (١- العقار كل شيء لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية.) وعرفته المادة (١٢٩) من مجلة الاحكام العدلية بانه (عدا المنقول ما لا يمكن نقله من محل الى اخر كالدور والاراضي مما يسمى بالعقار) وينقسم العقار الى نوعين عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص .

و العقار بطبيعته هو الاشياء المادية التي يكون لها بالنظر الى جوهرها موقع ثابت غير متقل كالأرض والمناجم والنبات المستقر في الارض والبنىات.

اما العقار بالتخصيص هو ما نصت عليه المادة(٦٣) من القانون المدني العراقي بانه (يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكة في عقار مملوك له رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله)، و العقارات باعتبارها اموالاً غير منقولة لها احكام قانونية هامة تختلف عن الاموال المنقولة التي يمكن نقلها بسهولة من مكان الى اخر، اي ان التصرف على العقار يخضع للشهر والاعلان عن طريق التسجيل العقاري، وهذا لا نجده في الاموال المنقولة باستثناء السفن والطائرات والمكائن والمتاجر والسيارات^(١)، هذا لأن الحيابة تقوم مقام التسجيل والاعلان والشهر لحماية الغير الحسن النية هذا لأن من يشتري منقولاً من غير مالكة بحسن نية لا يمكن نزعها منه لأنه يستطيع ان يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(٢).

(١) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج ٤، ص ٤٣٥.

(٢) تنظر المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على (١- من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد ٢٠- و الحيابة بذاتها قرينة على توافر حسن النية و وجود السبب الصحيح، مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك).

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

و عرف الفقه التسجيل العقاري بأنه توثيق مختلف التصرفات المتعلقة بالعقار التي جرت بين الاشخاص سواء كانوا اشخاص طبيعيين أو معنويين، وذلك من خلال تثبيت هذه التصرفات في سجلات يسهل على كل شخص الاطلاع على محتوياتها واخذ ما جاء فيها من بيانات^(١).

وعرف ايضاً بأنه مجموعة القواعد و الاجراءات القانونية الرامية الى تحديد هوية العقار وتثبيت ملكيته وشهر الحقوق والتصرفات القانونية الجارية عليه بواسطة سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها وأخذ افادات بما جاء فيها^(٢).

كما وعرف بأنه تثبيت الحالة المادية والقانونية للعقار وذلك بضبط حدوده ومساحته بكل دقة وحصر حالته القانونية بتعيين مالكه، وبيان جميع الحقوق العينية المترتبة عليه، واقامة رسم ملكية له بالسجل العقاري^(٣).

فالتسجيل يكون حرفي لجميع بيانات المحرر المتعلق بالعقار في سجل مخصوص، والتسجيل لا يكون الا بالنسبة للحقوق العينية العقارية الأصلية أو الدعاوى المتصلة بحق عيني أصلي وكذلك الاحكام فالتسجيل اجراء لازم لتنفيذ الالتزام بنقل الملكية^(٤).

ب: التعريف التشريعي لمصطلح التسجيل العقاري

نصت المادة الأولى من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته عند تعريفها لبعض التعابير الواردة في القانون الى ان المقصود بالسجل العقاري بأنه (السجل الذي تثبت فيه التسجيلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند اليه في اصدار السند).

(١) ينظر د. ابراهيم ابو النجا، السجل العيني والتوثيق في التشريع المصري، ط١، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص٢٠.

(٢) ينظر د. حمدان حسين، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط٣، ٢٠٠٣، ص١٩.

(٣) ينظر د. معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٨٦، ص١٦.

(٤) ينظر د. علي امير خالد، احكام واجراءات شهر الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٣، ص١٣٩.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

و اشارت المادة (٣-١) من قانون التسجيل العقاري العراقي الى انواع التصرفات التي ترد على العقار، فالتصرفات التي تدخل تحت مفهوم التصرف العقاري هو كل تصرف يؤثر في المركز القانوني للعقار من حيث حقوقه العينية المتعلقة اما بإنشاء حق عيني عقاري اصلي أو تباعي كإنشاء حق ارتفاق أو حق مساطحة أو حق رهن أو ان يتعلق التصرف بنقل حق مثل البيع أو الهبة ويتعلق بتغيير حق مثل الهبة المشروط فيها قيام الموهوب له بالاتفاق مع الواهب طيلة حياته وكذلك التصرف الذي يؤدي الى انتهاء حق مثل الرجوع عن الوقف وفسخ عقد الرهن ومن التصرفات ما هو مقرر لحق مثل القسمة^(١).

لذا نجد ان عملية التسجيل تؤدي الى نشوء الحق في التملك الا في حالة العقود التي تنقل الحق بدون التسجيل وفق احكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل لمجلس قيادة الثورة المنحل^(٢)، اي ان تسجيل التصرف يؤدي الى انتقال الملكية العقارية أو اي حق عيني عليها بإتمام عملية التسجيل.

ومن الجدير بالذكر ان التسجيل في انظمة التسجيل العيني والقانون العراقي هو منشئ العقد، اذ لا محل للعقد بدونه باستثناء حالات معينة لا يكون للتسجيل دور في نشوء التصرفات القانونية وهذه الحالات متعلقة بالبيع الجبرية والادارية المشمولة بقانون بيع و ايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ والبيع القضائية كالبيع المشمولة بالقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بقرار مجلس قيادة الثورة

(١) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٢) نص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل (أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده، سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن أي ضرر. ب- اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو احدث فيه ابنية أو منشآت اخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فأن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول كل ذلك دون الاخلال بإحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦).

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
المنحل، فالتسجيل بهذا المعنى يختلف عن معنى التسجيل في انظمة التسجيل الشخصي الذي يراد به نقل صورة العقد الى الدفاتر المخصصة لذلك الغرض وتعد هذه الطريقة هي الطريقة المعتادة في انظمة التسجيل الشخصية وتسمى بالتسجيل الحرفي أو التسجيل الكلي، فالتسجيل بهذا المنظور يعتبر اجراء شكلي يتلخص بالتسجيل الحرفي لجميع المحررات المتضمنة على التصرفات والتي ينعكس اثرها في المعقود عليه^(١) .

اما في قانون تنظيم الشهر العقاري في مصر رقم (١١٤ لسنة ١٩٤٦) المعدل فقد عرفت التسجيل العقاري بانه مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية وتنص على الحقوق المترتبة له وعليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به^(٢).

وهنا يلاحظ مدى تقارب المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي التي تنص (١- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الاصلية و التبعية او نقله او تغييره او زواله و كل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة.٢- لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) مع المادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري (جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او نقله او تغييره او زواله و كذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويخل في هذه التصرفات الوقف و الوصية) في ما يخص التصرفات والمحررات الواجب شهرها وتسجيلها .

(١) ينظر د. محمد كمال مرسي، شهر التصرفات العقارية التسجيل والقيود، دار المنشورات القانونية، بيروت، لبنان، ١٩٣٩، ص ٣٠.

(٢) نصت المادة الأولى من قانون السجل العيني المصري رقم (١١٤) لعام ١٩٦٤ النافذ على (هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار و تبين حالته القانونية و تنص على الحقوق المترتبة له و عليه و تبين المعاملات و التعديلات المتعلقة به) .

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى التزامات شخصية بين ذوي الشأن وسنبحث هذا الموضوع بصورة اكثر توضيحاً في موضع اخر من هذه الدراسة، ويجوز لمن حصل مع اخرين على حكم نهائي مثبت لحق من هذه الحقوق ان يطلب قصر التسجيل على القدر الذي قضى به، كما يجوز له ان يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضي له بها في قسم أو ناحية معينة.

من خلال ما تقدم يمكننا ان نعرف التسجيل العقاري بأنه (نظام إجرائي الغاية منه التنظيم والتسجيل لجميع ما يرد على العقار من وقائع وتصرفات)
وسواء كانت الوقائع بعوض أو بدون عوض في سجلات خاصة قد تكون شخصية أو عينية ويكون بالتسجيل الحرفي القانوني لكل تصرف أو واقعة ترد على العقار يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الاصلية أو التبعية أو تغييره أو زواله تبعاً لنوع الحق، وتدرج هذه الحقوق والتصرفات كافة في سجلات رسمية ممسوكة من قبل مؤسسات خاصة تعرف بمديريات التسجيل العقاري ذات صلاحيات ادارية واختصاص مكاني للعقارات الواقعة ضمن اختصاصها المكاني وتكون تابعة لوزارة العدل في العراق، وهي تعكس الصورة المعبرة عن الحالة القانونية و المادية للعقار و تكون ذات حجة على الجميع على ان تراعى الأصول القانونية في التشريعات العقارية.

ومن المهم الاشارة الى ان السجل العقاري الدائمي كان قبل صدور القانون المدني يعمل به بلا بيعة في المحاكم حسب المادة الثالثة من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة المؤرخ سنة ١٣٣١هـ وهو عين الحكم الوارد في المادة (٤٥٤) من القانون المدني (الملغية بموجب قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩) والمادة ١٠ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ولكن كان يجوز اثبات خلاف مضمونة في المحاكم^(١).

(١) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، مصدر سابق، ص ٢٨.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

لذا نجد ارتباط التسجيل بكتابة الوقائع القانونية الناقلة للملكية، اذ تعد الكتابة أفضل الطرق الناجحة في إثبات التصرفات و ضمان الحقوق، وقد اختلف الفقه حول أي نوع من انواع الكتابة تتطلب إثبات التصرفات التي تتم بين الافراد، فهناك الكتابة العرفية التي تقتصر على اطراف العقد، ولا يشترط القانون لصحتها الا كتابة التصرف و توقيع الشخص الملتمزم فيه^(١)، بينما الكتابة الرسمية يلزم ان يتدخل فيها الموظف العام، الذي يتولى مهمة إثبات التصرف القانوني، الذي اتفق عليه أطرافه في سجلات رسمية لدى الدولة ولا يخفى ما للأوراق الرسمية من اهمية بالغة في الاثبات في جميع المواد المدنية والتجارية وكذلك الاحوال الشخصية مما جعل المشرع يحيطها بعناية خاصة ورتب عليها حجة مطلقة في الاثبات، وقد عرفت السندات الرسمية بانها السندات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما ادلي به ذوو الشأن في حضوره^(٢)، فكل ورقة أو محرر يصدر عن الموظف العام تعد ورقة رسمية لها حجيتها في مواجهة الكافة، وقد اكد المشرع ذلك واعتبر كلاً من قبيل السندات الرسمية شهادات الجنسية و براءات الاختراع و

(١) ينظر د. علي السيد حسين ابو دياب، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٢) المادة (٢١- أولاً) من قانون الاثبات العراقي (رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ (اولاً: السندات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود اختصاصه ما تم على يديه او ما ادلي به ذوو الشأن في حضوره . ثانياً: اذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمها الفقرة السابقة فلا يكون لها الاحجية السندات العادية في الاثبات اذا كان ذوو الشأن قد وقعوا بامضاءاتهم او ببصمات ابهامهم.)) والمادة (١٠) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥ لسنة ١٩٦٨) (المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه او ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، فاذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوا بامضاءاتهم او بأختامهم او ببصمات اصابعهم) والمادة (٣٢٤) من القانون المدني الجزائري (رقم ٧٥/ ٥٨ لسنة ١٩٧٥) (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه).

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

احكام المحاكم و سجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك^(١)، حيث تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسناداتها اساساً لأثبات حق الملكية و الحقوق العقارية الاخرى و تعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها مالم يطعن فيها بالتزوير، ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة^(٢) وبالتالي تكتسب الوقائع القانونية صفة الرسمية لمجرد قيام الموظف العام بتسجيلها وتصبح حجة بين اطرافها ، وعلى ذلك فان الشكل بمعناه الدقيق (هو ما فرضه المشرع) و قيد ارادة الاشخاص بوجود اتخاذ مسلك معين وهو ما لا نجده في الشكل الحر في باقي الوقائع حيث ان الارادة تكون حرة مطلقة من أي قيد في اختيار شكل التعبير عنها^٣، وعزز القضاء تأكيد هذا الامر في الكثير من التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية^(٤) .

(١) تنظر المادة (٢٢-٢٣) من قانون الاثبات العراقي النافذ والمادة (١١) من قانون الاثبات المصري النافذ.

(٢) تنظر المادة (١٠) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ.

(٣) ينظر د. اشواق عبد الرسول عبد الامير، القيود الواردة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٥، ص٧.

(٤) قرار رقم ١٦٩ / الطعن بالصورية / ٢٠٠٩ تاريخ اصدار الحكم ٢٥ / ١ / ٢٠٠٩ الى (لدى التدقيق و

المدولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً و لدى عطف النظر على الحكم

المميز وجد انه صحيح و موافق للقانون، ذلك لأنه من الثابت في اضبارة التسجيل العقاري بأن العقار المرقم

٢٨٤ / ٢ مقاطعة ٧ محيزم تعود ملكيته الى الممييزة (المدعية) وانها رهننت العقار المذكور رهنأ حيازياً

لصالح المرتهنة (المدعى عليها) لقاء مبلغ خمسة وخمسون مليون ومائتا الف دينار بموجب سند الرهن

المحفوظ في اضبارة العقار وسجلت المعاملة الرهنية في سجلات التسجيل العقاري، وان دعوى المدعية

انصبت على صورية الرهن وحيث لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها

في دائرة التسجيل العقاري عملاً بأحكام المادة ١٤٩ من القانون المدني لذلك تكون المدعية فاقدة لسندها

القانوني و تستوجب الرد وهذا ما قضت به المحكمة في حكمها المميز فقرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية

مع تحميل الممييزة رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ٢٨ / محرم / ١٤٣٠ هـ الموافق ٢٥ / ١ / ٢٠٠٩ م).

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وبعد الخوض في تعريف التسجيل العقاري تبين ان الوظيفة الاساسية للسجل العقاري تبرز فيها اهميته والتي تتمثل بنظهير العقار من جميع الحقوق التي لم يقع الكشف عليها وتوثيقها بالسجل العيني أو الشخصي ومن ثم تثبيت الملكية العقارية لمالكها والمحافظة على جميع الحقوق الواردة عليها.

ثانياً: اهمية التسجيل العقاري

تبرز الاهمية القانونية للتسجيل العقاري في الهدف الاساس من التنظيم القانوني للعقارات في كل الدول بتوفير وضمان الثقة في المعاملات بين الناس، لذا نجد موضوع التسجيل العقاري يكتسب اهمية كبيرة ويأتي في مقدمة القوانين التي تكون على مساس بمصالح الناس وينظم شأن من شؤونهم الخاصة عند خضوعهم لأحكام تسجيل وشهر التصرفات الواردة على عقاراتهم وأن كانت الغاية من التسجيل والشهر تحقيق مصلحة عامة تتمثل في تهيئة سبل العلم للكافة بها من تصرفات أو وقائع ترد على العقار المتعامل فيه^(١).

ويهدف ايضاً الى اعلان وشهر الحقوق العينية العقارية وأية تصرفات أو وقائع تطرأ على العقار، اضافة الى تحديد الحدود العقارية ذاتها، وحمايتها من ان تكون محلاً للاعتداء أو التجاوز عليه من الغير بحيث يصبح حق الملكية منظم وفقاً لقانون ومحمي بالقانون ويمنع انتهاكه حتى من السلطة العامة وذلك بالإعلان عن الحالة المادية والقانونية للعقار والاشخاص، فالشهر العقاري وسيلة وضعها القانون في متناول الأشخاص وهذه الوسيلة تتكون من مجموعة من الاجراءات القانونية التي تبين الوصف المادي للعقارات من جهة من خلال الشكل والقياسات المادية التي تستدعي عموماً عملية مسح للأراضي، ومن جهة اخرى تبين الوصف القانوني لهذه الاخيرة وذلك من خلال تسجيل الحقوق في السجلات العقارية^(٢).

(١) ينظر في ذلك حامد مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٢) ينظر عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، طبعة ٢٠٠٤، ص ١٥٤.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

فضلاً عن توفير الحماية القانونية ومنع التلاعب والغش ببيع العقار وتوفير الاستقرار للمعاملات القانونية العقارية مع بيان الالتزامات القانونية الواردة على العقار فكل عقار مكان مخصص في السجل العقاري يثبت فيه كل التصرفات التي ترد عليه بمجموعها.

كما و يهدف الى تعيين العقار تعييناً ذاتياً وذلك من خلال تخصيص لكل وحدة عقارية صفحة في السجل العقاري أو بطاقة خاصة يوضح فيها حالته منذ نشؤه و طيلة وجوده وتبقى مواكبة للعقار لكل تغيير يطرأ عليه، هذا وقد انفرد المشرع العراقي بألية معينة للتسجيل تجعل من تدقيق الوثائق و البيانات المقدمة للتسجيل تتم بعد التسجيل و ليس قبله كما هو اتجاه اغلب التشريعات المقارنة^(١).

وغني عن البيان ايضاً حجية المعلومات المثبتة في السجلات عن عقار ما، اي ان الحقوق العينية العقارية لا تنتقل بين ذوي الشأن ولا في مواجهة الغير الا بقيدها في السجل العقاري فهو نظام يقوم على تسلسل القيود، وهذا التسلسل من شأنه جعل سلسلة التصرفات القانونية الواردة على الحق المنصوص فيها متواصلة مما يجعل المعاملات العقارية التي تضمنتها صحيحة، فيكون السجل العقاري

(١) نصت المادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤ لسنة ١٩٤٦) في مصر على (جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف و الوصية)، والمادة (٢٠٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني الذي نص على (يتم اكتساب الحقوق العينية و انتقالها بقيدها في السجل العقاري و عدا ذلك فان حقوق الملكية و حقوق التصرف تكتسب ايضاً بالإلحاق وفقاً لإحكام الفصل الثاني من هذا الباب و كل من يكتسب عقاراً بالارث أو نزع الملكية أو بحكم، فهو مالك قبل التسجيل، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول الا بعد التسجيل)، ونصت المادة (١٠) من قانون السجل العقاري السوري رقم ١٨٨ لسنة ١٩٢٦ الى (كل اتفاق بين فريقين سواء كان مجاناً أو ببدل و كل حكم مكتسب الدرجة القطعية، وبصورة عمومية كل فعل يرمي الى احداث حق عيني أو نقل ذلك الحق أو اعلانه أو تعديله أو ابطاله يجب ان يسجل في دفتر الاملاك) .

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

هو الاساس الذي يعين الصفة الشرعية لكل عقار مسجل فيه، ويتضمن الحقوق المترتبة للعقار أو عليه وكل عقار يسجل في صفحة خاصة من مجلدات السجلات العقارية ويخضع التسجيل لترقيم شهري ويوصف السجل العقاري بالرقم الشهري و رقم المجلد وتاريخ التسجيل^(١).

ومن المهم الاشارة ايضاً الى الاهمية الاقتصادية والاجتماعية للعقار التي يتطلبها بناء المجتمعات المتقدمة كضرورة لإرساء الملكية العقارية على اسس ثابتة ومنتينة، لذلك اجمعت الأنظمة منذ القدم على وجوب تسجيل التعاملات العقارية لحفظ الحقوق وتمكين الناس كافة من العلم بالمركز النظامي للعقار مما يضمن للملكية العقارية الأمن والاستقرار و يتيح لاقتصاد الدولة الازدهار .

وهذه الامور جميعها توفر الطمأنينة لكل من يتعامل على العقار وفق القيود والبيانات المدونة فيه لما لها من حجية كاملة وكذلك يتجنب العيوب والاطفاء التي تنجم عن تشابه الاسماء باعتماده العقار اساساً للتسجيل في السجل العقاري وليس اسم المالك أو صاحب الحق العيني .

هذا مع عدم التفريق بين الحقوق العينية الاصلية والتبعية من حيث طريقة الاعلان لاعتماده اسلوب القيد، ويؤدي كذلك الى صيانة الحقوق العينية العقارية من خطر اكتسابها بمرور الزمن (التقادم) لأن الاخير لا يسري على الحقوق المسجلة، وكذلك تثبت مساحة العقار وضمان عدم التعدي عليها، وكذلك استقرار الملكية وتوفير الثقة للمتعاملين في العقار^(٢).

وخير دليل لما ذكر من الاهمية القانونية والتنظيمية للتسجيل العقاري ما اشارت اليه المادة (٢) -٣ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته حيث نصت المادة (٢) من القانون على (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائزة على درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخاف العام)، اما المادة (٣) فنصت على (١- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق

(١) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج١، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٢) ينظر د. منصور محمود وجيه، مصدر سابق، ص ٢٧.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

من الحقوق العينية الاصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة ٢- لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري .)، فالتسجيل العقاري يعد الوسيلة الناجحة لتنظيم المعلومة العامة الموثوقة عن النظام القانوني لكل العقارات داخل الدولة، كما يعتبر وسيلة لمحاربة خفية التبادلات تحويلات الملكية والقروض العقارية^(١).

ومن الجدير بالذكر ان التصرفات العقارية المسجلة في السجل العقاري تستند الى الوقائع القانونية سواء كانت تصرفاً قانونياً ام واقعة مادية، وهي تعتبر اخر اجراء وقع على العقار وهو الوضع القانوني النهائي للعقار بموجب اخر تسجيل له، وبما ان الصفحة العقارية للعقار تكون محتوية على أوصافه والحقوق المترتبة له أو عليه حسب ما وضحته المادة (١/٧٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي، فإن أي قيد أو منع يرد على العقار أو اصحاب الحقوق العقارية يجب تأشيريه في السجل العقاري، ويقصد بمنع التسجيل أو موانع التسجيل كما وردت في المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي القيود القانونية التي تمنع اجراء التسجيل سواء تعلقت بالعقار نفسه أو بأصحاب الحقوق العقارية ويتمثل المنع اما بالحجز الذي يقع على العقار من سلطة قضائية أو رسمية مخولة قانوناً حيث يرد هذا المنع على العقار ذاته، ويشمل المنع الاخر اصحاب الحقوق العقارية الذين يكونون محجورين لذاتهم أو بقرار من المحكمة، وهنالك نوع آخر من القيود قد تسنه قوانين خاصة مثاله المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقية رقم (١١١ لسنة ١٩٦٩) التي تنص على (الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره الى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة او انقضائها لأي سبب اخر حرمان المحكوم عليه من ادارة امواله او التصرف فيها بغير الأيضاء او الوقف الا بأذن من محكمة الاحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية حسب الاحوال التي يقع ضمن منطقتها محل اقامته) وغيرها^(٢).

(١) ينظر عمار علوي، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٢) ينظر المادة (٤) من قانون تنظيم ادارة الاموال المحجوزة رقم (١١ لسنة ١٩٥٨) و المادة (٢) من قانون منع التصرف في العقارات الواقعة في المناطق العسكرية رقم (١٧ لسنة ١٩٦٧).

الفرع الثاني

التطور التاريخي لقانون التسجيل العقاري في العراق

مرت أنظمة التسجيل العقاري في العراق بمراحل عديدة عبر حقبة زمنية متعددة و لتوضيحها لابد لنا من الوقوف على الآلية التي كانت معتمدة في التعامل مع الأراضي بالنسبة لتحديد ملكيتها و امكانية التعامل بها و استغلالها خلال هذه الفترات، فقد ظهرت في العراق القديم مجموعة من المستوطنات الزراعية كانت تعتبر المورد الأساس للغذاء و الحياة خاصة ان مقومات الحياة كانت متوفرة في بلاد ما بين النهرين إذ استوطنت الاقوام في هذه الاراضي و مارست الزراعة و اتقنتها، وخلال هذه الفترة كانت الاراضي تعتبر ملكية عامة لأفراد الجماعة فقد كان لهم حق الانتفاع لمنتوج الارض فقط دون الحق في التملك بشكل فردي بالمفهوم المعاصر للملكية الخاصة، وبما ان اغلب اراضي العراق كانت زراعية فقد حصرت ملكية رقبة الارض بالسلطة المركزية آنذاك و تقوم الاخيرة بتفويض حق الانتفاع و الاستغلال للأفراد في أوضاع معينة مع وجود بعض الاستثناءات بخصوص الاراضي الصغيرة المملوكة ملكية فردية من حيث الرقبة و الانتفاع بشكل محدود جداً رغم عدم وجود دليل يؤيد تملكهم سوى انتقالها اليهم الوقائع المادية عن طريق الارث و التولية عليها، فلم يكن هنالك نظام معروف للتسجيل أبان تلك الفترة لذا ساد الاعتماد على الاعراف و العادات^(١).

وبعد قيام الفتوحات الاسلامية و انتشار الاسلام أقرت الشريعة الاسلامية نظام الملكية بصورة متباينة تبعاً لموقعها و جنسها فقد كانت ملكية الارض جماعية لعموم القبيلة ما دامت متواجدة في الارض التي تقيم عليها، ومتى ما انتقلت هذه القبيلة الى مكان اخر، فان ملكيتهم تزول و تصبح للقبيلة التي تحل محلها^(٢)، مع وجود نظام الملكية الفردية برؤساء القبائل و سادات المدن و القرى.

(١) ينظر سارة مهند، دور نظام التسجيل العيني في حماية الحقوق العينية العقارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة النهرين، ٢٠٢٠، ص ٢٥.

(٢) ينظر د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨، ص ٥٦٩ نقلاً عن سارة مهند، مصدر سابق ص ٢٥.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وبمجيئ الاسلام وتكريس مبادئه باعتبار الارض المفتوحة من قبل الجيش الاسلامي تؤول رقبتها الى بيت مال المسلمين مع وجود حق استغلالها من قبل القائمين بزراعتها بصفتهم مستغلين، فالملاحظ على هذه العلاقة بين القائمين على الزراعة و الدولة متمثلة ببيت المال هي تكريس للمبدأ القانوني المعاصر الخاص بعقود الاستثمار ويعتبر كذلك من الاجراءات الهادفة للحفاظ على ملكية الاراضي الزراعية باعتبارها وحدة اقتصادية متكاملة منتجة^(١)، ورغم ذلك لم يكن هنالك نظام تسجيل معروف ولا دوائر مختصة لتسجيل الاراضي التي استغلها المزارعون في تلك الفترة^(٢).

وبعد المرور بفترات زمنية عديدة حكم فيها السلاطين العثمانيين البلاد واصدر الكثير من الاحكام المتعلقة بتوزيع الاراضي وتمليكها لأصحاب النفوذ أو الى تملك للناس بمقابل، و بعد تحقق الاستقرار النسبي قامت الدولة العثمانية في ٨/حزيران /١٨٥٧ بإصدار قانون الاراضي الذي إستمد أحكامه من الشريعة الاسلامية ويعد هذا القانون أول تشريع يتولى تنظيم الاراضي بعد صدوره بإحكام الاراضي، حيث ان قانون الاراضي العثماني قد عدل بقوانين متعددة منها قانون توسيع الانتقال لسنة ١٢٤٨ وقانون تصرف الاشخاص المعنوية في الاموال غير المنقولة لسنة ١٣٢٨، وقانون انتقال الاموال غير المنقول لسنة ١٣٢٨ وقانون وضع الاموال غير المنقولة توثيقاً للدين لسنة ١٣٢٨ وقانون التصرف في الاموال غير المنقولة لسنة ١٣٢٩^(٣).

(١) ينظر د. اسامة محمد سعيد ياسين، النظام القانوني لعقود البستنة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى

مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص ٣١.

(٢) ينظر د. اسامة محمد سعيد ياسين، التنظيم القانوني لمعالجة تفتيت الملكية الزراعية، دراسة تحليلية مقارنة،

المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢، ص ٣٢.

(٣) نقلاً عن سارة مهند، مصدر سابق، ٢٠٢٠، ص ٤٣.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وحيث بدأت القوانين تأخذ بنظام السجل العقاري كان الغرض الرئيسي منه يتمثل في التنظيم العقاري أي ايجاد سجل يقيد فيه الثروة العقارية في الدولة شبيه بالسجل الذي يقيد فيه المواليد إذ يتم تسجيل المواليد الحديثة في سجلات رسمية تحفظ لدى الدولة، و بالتالي يمكن ان يتم تسجيل كل عقار في الدولة، سواء هو قائم وموجود أو مستحدث و يستتبع ذلك تقييد كل تصرف يقع على هذه العقارات، وكأن الهدف من هذا السجل ايجاد شهادة ميلاد لكل عقار يبين فيه موقعه و رقمه و مالكه وما يتم عليه من تصرفات أو وقائع معينة، لكن مع الوقت اتجهت بعض التشريعات الى المغالاة في التعامل مع التسجيل العقاري، حتى اعتبرته ركناً في العقد، لا ينعقد العقد دون توافر ركن التسجيل و تشريعات اخرى تعاملت مع التسجيل بحسب الغرض الاساسي منه معتبرة التسجيل شرطاً لانتقال ملكية المبيع مع الابقاء على رضائية العقد^(١).

اذ يمثل هذا قانون الاراضي الذي استقرت عليه الدولة العثمانية والدولة العراقية بعد انشائها في عشرينيات القرن الماضي بالمعنى السياسي والتضمين للدولة اذ كان هو القانون الهادف الى تأكيد ملكية الدولة للأرض و اقرار بعض الحالات المحلية في مسائل التصرف فيها^(٢).

(١) ينظر د. علي السيد حسين ابو دياب، نقل ملكية العقار دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و

السعودي، بحث منشور على الموقع الالكتروني ص ١٦٨، تاريخ الزيارة ١/١١/٢٠٢١:

https://mksq.journals.ekb.eg/article_65988_d06a721f8a62b771c4ba3ddf24037b21.pdf .

(٢) ينظر د. ابراهيم ناجي افندي، حقوق التصرف و شرح قانون الاراضي، من دون ذكر الطبعة، مطبعة دار

السلام، بغداد، ص ٢٧.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وقد سلك قانون الاراضي(١٨٥٨ الملغي) طريقتين أحدهما شكلية تبنت تصنيف العقارات الى خمسة اقسام (مملوكة وموقوفة واميرية ومتروكة وموات)^(١) والطريقة الاخرى هي موضوعية لحكم التصرف بالأرض^(٢)، خرج فيها المشرع العثماني عن قواعد الشريعة الاسلامية التي كانت تتضمنها مجلة الاحكام العدلية فيما يتعلق بانتقال الارض الاميرية الى الوارثين و مسائل اخرى رأى المصلحة الخروج عن هذه القواعد فيما يتعلق بالعرف الزراعي وبجاجة الدولة الى ايرادات، اي بمعنى اخر نجد انه بصدد

(١) قسم قانون الاراضي الارض الى خمسة انواع هي:

أ: الاراضي المملوكة ملك تام وهي الاراضي التي تعود رقبته ومنفعتها للمالك اذ يستطيع المالك ان يتصرف بها مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً .

ب: الاراضي الاميرية وهي اراضي تكون على ثلاثة انواع أولها الاراضي الاميرية الصرفة وهي تعود ملكيتها للدولة رقبة ومنفعة فالدولة هي مالكة لها وهي التي تتصرف فيها وفقاً لما ينسج وخطتها العامة، وثانيهما الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو وهي اراضي فوض حق التصرف فيها الى اشخاص وفق احكام القوانين وظلت رقبته مملوكة للدولة، وثالثهما الاراضي الاميرية الممنوحة باللزمة وهي الاراضي التي منح حق التصرف بها الى الاشخاص حسب احكام قانوني التسوية واللزمة ويقصد باللزمة اعطاء الشخص حق السكن والزراعة في الاراضي الاميرية فيعتبر اللزمة .

ج: الاراضي الموقوفة اما ان تكون اراضي موقوفة وفقاً صحيحاً أو غير صحيحاً

د: الاراضي المتروكة وهي التي ترك حق الانتفاع بها لعموم الناس كالطرق والانهر العامة لأهالي قرية أو قسبة معينة وكانت رقبة هذه الارض تعود لبني المال منذ زمن الحكم العثماني.

ح: الارض الموات: هي الارض التي لم يكن لاحد حق التصرف عليها وليست متروكة ولم تخصص لأهالي القرى والقصبات وتبعد عن اقصى العمران ميلاً ونصف الميل وكان من يحيى ارض ميتة يثبت له حق التصرف فيها في الحدود التي يقرها القانون لهذا الحق على ان تبقى رقبته مملوكة للدولة .

(٢) ينظر حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، دراسة مقارنة مع القانون المدني العربي المصري

والسوري، ج٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٦، ص١٦.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

قانون الاراضي انه اهتم بتنظيم الاراضي الاميرية و المتروكة، اما الاراضي الملك فقد تركها خاضعة لأحكام الشريعة الاسلامية^(١) وبعد مرور فترة زمنية صادفت الكثير من التطورات رافقت حكم الدولة العثمانية في العراق وتوفر بيئة مناسبة لإصدار أنظمة وتعليمات اخرى في ضوء المتغيرات حينها.

و في عام ١٨٤٥ شرع أول نظام للسجل وهو نظام الطابو كبديل عن النظام الذي كان يتبع حينها نظام التيمار، و بموجب هذا النظام اعطيت سندات التصرف من دوائر الدفتر خانة الى الاشخاص المستفيدين منها، ثم صدر نظام الطابو عام ١٨٥٨ وتعليمات ملحقة في ٢٩/رجب / ١٨٥٩^(٢)، وكانت المعلومات الواردة في سجلات الطابو تعد حجة يعمل بها بلا بينة بمقتضى القوانين الصادرة في ذلك الوقت ومنها مجلة الأحكام العدلية الصادرة سنة ١٨٨٢ م، وذلك لاعتبارها خالية من شائبة التزوير ولكن اذا ادعى تزويرها فالبينه تقبل على ذلك فقط، كما أجاز القانون إثبات خلاف مضمونها أو تزويرها، ولكن دوائر الطابو أصبحت أواخر الدولة العثمانية على درجة كبيرة من الاختلال فلم تعد لها تلك الثقة التي كانت تتمتع بها^(٣)، والتي اشارت الى ان تعويض الاراضي الزراعية يكون ببدل الى الاشخاص المتصرفين فيها مع بقاء الرقبة لبيت المال ولأثبات هذه الحقوق انشأت الدولة العثمانية وزارة خاصة تعرف بوزارة الدفتر الخاقاني مهمتها تسجيل العقارات والمعاملات المتعلقة بها وادارة العقارات الخاصة بالدولة والمحفوظة على السجلات العقارية التي كانت تسمى (سجل البوقلمة) إذ تعتبر سجلات اساسية

(١) ينظر د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص٤٢.

(٢) ينظر ضياء علي العبيدي، المؤلف والمختلف في التشريعات والاحكام القانونية عن الاراضي الزراعية العراقية، مطبعة دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٥، ص١٤.

(٣) ينظر د. علي شاكر عبد القادر البدري، القيد الأول، مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد ٨، منشور في

الموقع الإلكتروني www.abu@iq، تاريخ الزيارة ٢٢/١٠/٢٠٢١.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

يتم بموجبها تزويد أصحاب العقارات بالسندات الدائمة التي تحمل شعار الدولة العثمانية^(١)، ومن ثم يتم نقل البيانات والمعلومات المثبتة في سجلات بوقلمة اساس الى سجلات بوقلمة تحصيل وذلك للدلالة على انه تم استيفاء الرسوم المطلوبة .

وفي ضوء ما تقدم يلاحظ ان هذه المرحلة اسست لمجموعة من القواعد والاليات الواجب اتباعها في الامور المتعلقة في تسجيل الاراضي والحقوق التي ترد عليها وذلك من خلال التشريعات التي صدرت خلال فترة الاحتلال العثماني فضلاً عن إنشاء دائرة تتولى القيام بمهمة تسجيل الاراضي لتكون امام محصلة بتطبيق قواعد نظام التسجيل العيني في العراق لكونه يوفر الحماية الكامنة لحقوق الملكية العقارية وما يرد عليها من تصرفات إذ أصبح تسجيل كافة التصرفات الواردة على الاراضي والعقارات في دائرة الطابو من الامور الضرورية ومنعت المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بالبيع الواقعة خارج دائرة الطابو^(٢)، و بعد ذلك اصبح التسجيل ضرورياً والزامياً في كل التصرفات الجارية على الاموال غير المنقولة المتعلقة بالعين أو بحق التصرف فيها.

وبعد انتهاء فترة الحكم العثماني ودخول العراق تحت فترة الاحتلال البريطاني خلال عام ١٩١٧ بقيت مشكلة الارض وكيفية التصرف فيها خلال هذه الفترة والسبب يعود للأضرار المصاحب لتطبيق قوانين الاراضي العثماني فبادرت سلطة الاحتلال في بيانها رقم (١٥) الصادر في ١٨ / ١٢ / ١٩١٨ الى ايقاف مؤقت لمعاملات التسجيل للأراضي ونقل ملكيتها ثم ايقاف مؤقت للدعايات المتضاربة بشأن حق التملك ريثما تفصل فيها جهة ذات اختصاص ولأجل ذلك عدّ كل حامل حجة تملك عثمانية بصورة مؤقتة مستأجراً وليس مالكاً، وقد استمر اصدار بيانات اثناء فترة الحكم الملكي، وتبعه بعد ذلك اصدار

(١) ينظر مصطفى مجيد، نبذة عن تكوين دوائر التسجيل العقاري في العهود السابقة، بحث مقدم في الندوة التي

عقدتها جمعية الحقوقيين العراقيين حول قانون التسجيل العقاري الجديد في يوم ٧/٨/١٩٧٢، ص٥.

(٢) ينظر سارة مهند، مصدر سابق، ص٤٧.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

تشريعات متعددة لتنظيم كيفية التصرف بالأراضي وتسجيلها لغاية صدور قانون الاصلاح الزراعي خلال فترة تحول العراق من نظام الحكم الملكي الى نظام الحكم الجمهوري^(١).

وبعد صدور القانون المدني العراقي رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١) فقد تم اقرار مجموعة من القواعد ضمن هذا القانون نظمت مسألة التشريعات الخاصة بالأراضي الزراعية النافذة ومنها التشريعات العثمانية القديمة المعدلة ولكنه وان كان قد اقام بناء هذه التشريعات على قواعد النظرية العامة التي يقوم عليها القانون الا انه لم يلغى التشريع العثماني الخاص بالأراضي الاميرية، الا ان محاولته لم تتجح لأن واضع القانون اعتمد في تشريع هذه القواعد على لجنة كان يفترض فيها ان تحيط بحالة الاراضي وتشريعاتها وانها ذات خبرة بالتعامل السائد في استغلال الاراضي الاميرية وحقوق التصرف ولكنها لم تكن كذلك^(٢).

وبعد الرجوع الى قواعد القانون المدني للمواد (١١٦٩ و ١١٨٦ و ١٢٤٦ و ١٢٤٨) يلاحظ انه نقل احكام قانون التصرف حرفياً في الكثير من نصوصه ولكنه عدل كثيراً من احكام قانون رهن الاراضي الاميرية وقانون تقسيمها ثم نص على الغاء القوانين العثمانية وابقى على قانون التسوية وقانون اللزمة والتشريعات العراقية الاخرى ذوات العلاقة باحكام الاراضي وبذلك تكون احكام القانون المدني في الاراضي الاميرية هي نفسها احكام التشريعات العثمانية المعدلة والتشريعات العراقية الصادرة بعدها.

وبعد فترة الحكم الجمهوري حصلت مجموعة من التغيرات الشاملة والواسعة في اغلب المراكز القانونية وكذلك العلاقات بين الافراد والحكومة نتيجة لتغيير نظام الحكم من النظام الملكي الى النظام الجمهوري في ١٤ تموز لعام ١٩٥٨ حدثت تغييرات واسعة شملت تلك التغيرات إصدار أول قانون للإصلاح الزراعي في ٣٠ ايلول رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ ونشر من وقت صدوره^(٣).

(١) ينظر مجموعة البيانات والاعلانات الصادرة من القائد العام لقوات الحملة البريطانية وبتفويض من اهالي

العراق وادارتها من ١١/٣/١٩١٧ اشار اليه خليل ابراهيم الخالد ومهدي محمد الازري، تاريخ احكام الاراضي

في العراق، من دون ذكر الطبعة، دار الرشيد للنشر، ١٩٨٠، ص ٧٨.

(٢) ينظر سارة مهند، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٣) ينظر صالح رشدي، العلاقات الزراعية في قانون الاصلاح الزراعي، من دون ذكر الطبعة، مطبعة الوفاء،

١٩٦٠، ص ١٠ وما بعدها.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وبعد فترة وجيزة صدر قانون الاصلاح الزراعي رقم (١١٧ لسنة ١٩٧٠) الذي يعتبر اكثر دعماً للفلاح وسعى المشرع العراقي بصدوره الى تلافي النواقص التشريعية وتجنب الازعاج التنفيذية التي تضمنها قانون ٣٠ لعام ١٩٥٨ من دون انكار دوره في ضرب الاقطاع وازالة نفوذه السياسي والمادي^(١). وقد ترتب على العمل بقانون الاصلاح الزراعي الغاء حق التصرف وجميع النصوص الخاصة به في القانون المدني وفي قانون تسوية حقوق الاراضي، كما وتم الغاء نصوص حق القرار وحق اللازمة وأوقف العمل بأعمال تصحيح قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ المادة (٤) منه فضلاً عن ذلك فان قانون الاصلاح الزراعي قد ابطل التجاوز في الاراضي الاميرية الصرفة التي لم يترتب لأحد حق التصرف فيها وانكر ان يرد عليها حق التصرف وبذلك الغيت نصوص قانون تسوية الاراضي في تحويل محاكم التسوية الحكم للمتصرفين بالأراضي الاميرية بحق التصرف فيها واعطائهم به سندات دائمة، كما الغي تبعاً لذلك قانون تفويض الاراضي الاميرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١، اما حق اللزامة فقد الغي بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٩، وبذلك زال اختصاص محاكم التسوية المتمثل بإصدار احكام بحق التصرف باللزامة أو بالتعويض وزال تبعاً لذلك اختصاص محكمة استئناف التسوية ومحكمة التمييز المتمثل بالنظر في الدعاوى استئنافاً وتمييزاً منذ نفاذ قانون رقم (١٥١) لسنة ١٩٥٩، كذلك فقد تم تجميد حق التصرف بها تصرفاً ناقلاً للملكية الا بعد تصحيح صنفها الى ملك عملاً بنص المادة الأولى والرابعة عشر من القانون^(٢).

عليه نخلص الى ان الدولة العراقية تعد من أوائل الدول التي طبقت انظمة التسجيل العقاري و خاصة النظام العيني و أسست خلال حقبة زمنية مجموعة من القواعد و الاليات الواجب اتباعها في الامور المتعلقة في تسجيل الأراضي و الحقوق المترتبة عليها في التشريعات العقارية، اذ اتجه المشرع اتجاهاً محموداً في تنظيم السجلات العقارية بما ينسجم وايضاح هوية العقار و بيان مركزه القانوني.

(١) ينظر الاسباب الموجبة لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ المعدل النافذ.

(٢) ينظر سارة مهند، مصدر سابق، ص ٥٩.

المطلب الثاني

أنواع و مبادئ أنظمة التسجيل العقاري

تُعد قوانين التسجيل العقاري في مقدمة القوانين الماسة بمصالح الناس، باعتبارها تنظم شؤون مهمة، وهي الملكية وما يترتب عليها من حقوق من جانب، ومدى خضوعهم لإجراءات تسجيل الملكية والحقوق من جانب آخر، بغية تحقيق المصلحة العامة في علانية التصرفات العقارية وضمان استقرارها. ولذا سعت التشريعات لإيجاد طرق قانونية في محاولة لضمان الحقوق واستقرار التعامل فأوجدت نظام السجل العقاري كقاعدة بيانية لحفظ جميع بيانات العقار ومالكه وقد اختلفت الأنظمة المتبعة في مسك السجل من دولة لأخرى باختلاف المعلومات التي تغذي السجل.

ولذا فإن أنظمة التسجيل العقاري تتمتع بسمات تميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية التوثيقية للحقوق العينية العقارية ومبادئ معينة تمتاز بها عن غيرها من الأنظمة الأخرى تبرز عند الوقوف على الأهمية القانونية لها ومدى خضوع واتباع الأشخاص لها حرفياً مما يولد الحماية القانونية للقيد العقاري من الطعن فيه بالتزوير والغش والصورية وبالتالي تعزيز الثقة وتوفير الاطمئنان للمتعاملين في العقار، وكذلك تتباين خصائص أنظمة التسجيل العقاري تبعاً للنظام المتبع في الدولة سواء كان نظام السجل الشخصي أم نظام السجل العيني، لذا ولغرض الاحاطة بحثاً بأنواع التسجيل العقاري والمبادئ الخاصة به لابد من بيانها بالتفصيل، سنخصص الفرع الأول للوقوف على أنواع أنظمة التسجيل العقاري و نحدد الثاني لبيان مبادئ التسجيل العقاري .

الفرع الأول

أنواع أنظمة التسجيل العقاري

كما هو معلوم ان نظام التسجيل العقاري قد مر بمراحل تطور مختلفة ليصبح بالصورة التي هو عليها الآن، و إن نظاميه الشخصي و العيني يختلفان عن بعضهما البعض من عدة نواح ، و انعكس هذا الاختلاف على اثارهما على الواقع العملي فيما يتعلق بحماية الحقوق الواردة فيها، وقد تباينت الدول في الأخذ بأحدهما أو كلاهما، وبالنظر الى الوظائف المهمة التي يؤديها التسجيل العقاري لجأت اكثر الدول الى تنظيم التسجيل العقاري للحقوق والتصرفات القانونية وذلك من خلال نظامي السجل الشخصي السجل العيني، و سوف نتطرق لهما تباعاً في الفقرات الآتية :

أولاً: نظام السجل الشخصي

لغرض حماية حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي ترد على العقار تتبع بعض الدول لتسجيل التصرفات والوقائع نظاماً للتسجيل يسمى بالتسجيل الشخصي . حيث يقوم هذا النظام بأليه تسجيل يتم بموجبها الرجوع الى نوعين من السجلات لتسجيل الوقائع والتصرفات التي ترد على العقار، سجل تدون فيه التصرفات التي ترد على العقارات حسب الترتيب الزمني وسجل تدون فيه التصرفات المذكورة حسب الترتيب الابجدي للحروف الهجائية التي تبدأ بها اسماء المتصرفين^(١) .

فاذا ما قام شخص بتصرف عقاري أو واقعة على عقار ما كان لهذا التصرف الأثر الذي يعتد به الى اشخاص آخرين، كأن تكون إجراءات نقل ملكية عقار الى اكثر من شخص لتسجيل العقار محل التصرف سيكون ضمن عدة سجلات بالاستناد الى الحروف الأولى لأسماء المالكين وبالتالي نكون امام عدة سجلات تختص بملكية الوحدة العقارية^(٢)

(١) ينظر: د. مندي حمزة محمد، الشهر العقاري تطوره واحكامه، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٨.

(٢) د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، الاثار القانونية للتسجيل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، من دون ذكر الطبعة، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤ ص ٣٥.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

والسجل الشخصي نظام يعتمد على سجلات ترتب بحسب أسماء الاشخاص مالكي العقارات أو الصادرة لصالحهم التصرفات في شأنها، بمعنى ان العقارات لا تعرف بهويتها أو موقعها وإنما تعرف بأسماء مالكيها^(١) فمجرد الاستطلاع عن عقار يتم بالبحث عن اسم مالكة لا هويته أو موقعه .

والعمل بهذا النوع من أنظمة التسجيل العقاري يتم بقيام دائرة التسجيل العقاري بمسك سجلات شخصية لأصحاب الحقوق العقارية من الاشخاص الطبيعية والمعنوية مرتبة حسب الهاء تنقل اليها المعلومات الرئيسية الخاصة بالتسجيل عند اتمامه في السجل العقاري في الحقل المخصص لاسم صاحب الحق^(٢) .

وتجدر الإشارة الى ان هذا النوع من أنظمة التسجيل العقاري يفرق بين الحقوق العينية الاصلية كحق الملكية وبين الحقوق العينية التبعية كالرهن الحيازي والرهن التأميني، فيوجب شهر الأولى بطريق التسجيل أي تدوين العقد بكامله، ويوجب شهر الثانية بطريق القيد أي بتدوين خلاصة عن العقد^(٣)، لهذا يطلق على هذا النوع من أنظمة التسجيل العقاري بنظام تسجيل العقود^(٤) .

وعليه لو قام الشريك بالتصرف بحصته الى الغير فأن هذا التصرف يتم تسجيله في سجل اخر حسب الحرف الذي يبدأ به اسم المشترك الجديد^(٥)، مما يتعذر عليه بالتالي حصر ملكية الوحدة العقارية في سجل واحد بل تكون موزعة بين عدة سجلات شخصية دون تواجد ترابط للعلاقة بين السجلات^(٦) .

-
- (١) ينظر د. عبود عبد اللطيف البدرابي، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص٥٦.
 - (٢) تنظر المادة (٧٧) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ وتعديلاته.
 - (٣) ينظر: عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٩، ص٥٥.
 - (٤) ينظر د. عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، ط٢، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٩، ص٩ نقلاً عن طارق علي حجي محمد العصفور، النظام القانوني للتسجيل العقاري دراسة في التشريع الكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٤.
 - (٥) ينظر د. مندي حمزة محمد، الشهر العقاري تطوره واحكامه، مرجع سابق، ص٨.
 - (٦) ينظر د. ابراهيم ابو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، ط ١، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص٢٧.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وأهم ما يميز هذا النظام من خصائص انه مجرد طريق للعلائية فقط وليس سبباً لانتقال الملكية والحقوق العينية الاخرى هذا لأن الانتقال يعتمد في الاساس على تصرف مستند الى عقد صحيح أو واقعة وهذا النظام لا يظهر العيوب في العقد وبالتالي لا يوفر حماية للمشتري مقابل المالك الحقيقي مما يتعذر نقل الملكية^(١)، وتتبع بعض الدول هذا النظام كفرنسا وبعض الدول اللاتينية كبلجيكا وايطاليا وايضاً مصر على الرغم من تشريع قانون الشهر العقاري في سنة ١٩٦٤ الذي اخذ بنظام التسجيل العيني الذي لم يتم تنفيذه الى الان لعدم اعداد المتطلبات اللازمة لتنفيذه ومنها المسح وتنظيم الخرائط الا في بعض المحافظات.

عليه نصل الى ان السجل الشخصي هو نظام يقيد فيه اسماء مالكي العقارات وينظم وفق معلومات شخصية عن الملاك ولا دخل لموقع العقار و هويته وهو مجرد طرق للعلائية والاشهار .

ثانياً: نظام السجل العيني

نظراً للعيوب الكثيرة التي ينطوي عليها نظام التسجيل الشخصي والانتقادات التي وجهت له جعل الكثير من الدول تذهب الى ايجاد بديل تبحث فيه عن نظام يكفل الحماية لأطراف التصرف العقاري، وتحقيق الغاية المرجوة من التسجيل، لذلك ظهر نظام التسجيل العيني والذي اطلق عليه اسم (تورنس) نسبه الى مبتكره .

يقصد بالسجل العيني نظام يراد به تسجيل جميع التصرفات العقارية على العين موضوع التصرف في سجل خاص يعرف بالسجل العيني، فتسجيل تلك التصرفات الواردة على عقار يكون عن طريق التسجيل القانوني بالمعنى الحرفي لكل تصرف عقاري يكون من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله تبعاً لنوع الحق^(٢) .

(١) ينظر د. اكرم قطامي، احكام تسجيل الملكية العقارية في الاردن، ٢٠٠٤، موقع شبكة قانوني الاردن

www.lawjo.net تاريخ الزيارة ١٣ / ١٠ / ٢٠٢١.

(٢) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، مصدر سابق، ص ٣٥.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وبعبارة اخرى: ان التسجيل العيني هو الاعمال التي يباشرها الموظفون المختصون بشأن المعاملات وطلبات تسجيل الحقوق العينية العقارية ابتداءً من تقديمها الى الدوائر المختصة لغاية ادراج وتنظيم تلك البيانات التي تضمها المعاملات في السجل الخاص بها، فالتسجيل العيني هو عملية يراد بها توثيق ودرج البيانات الخاصة بالتصرفات والوقائع العقارية في السجل العقاري^(١)، بينما ذهب البعض الاخر للقول ان التسجيل العيني هو تثبيت للحالة المادية والقانونية للعقار، وذلك بضبط حدوده ومساحته بكل دقة وحصر حالته القانونية من خلال تعيين مالكة وبيان جميع الحقوق العينية المترتبة عليه واثبات ذلك في السجل العقاري^(٢).

وهذا السجل الذي يعتمد على العقار بصورة أساسية، أي تدوين جميع ما يتعلق بالعقار من حقوق وأعباء وقيود متعلقة به ومن خلاله يتم الاعلان عن الحالة المادية والقانونية للعقار وليس وفقاً لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها كما هو الأمر في السجل الشخصي لذا اطلق البعض عليه تسمية (نظام السجل العيني)^(٣)، ويطلق البعض الاخر عليه تسمية سجل الحقوق لذات السبب^(٤).

فلكل عقار في نظام السجل العيني صحيفة خاصة به تدون فيها جميع الحقوق والتصرفات والوقائع التي تقع على هذا العقار وتسمى هذه الصحيفة (بالصحيفة العينية)، حيث يدرج فيها رقم العقار وماهيته وموقعه ومساحته واسم مالكة وفيه تتضح الصورة بشكل كامل لمن يريد ان يطلع على حالة

(١) ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز احكام قانون التسجيل العقاري، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٩، ص ١١.

(٢) ينظر د. معوض عبد الوهاب، الشهر العقاري والتوثيق، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون ذكر سنة الطبع، ص ١٦.

(٣) ينظر د. احمد مليجي، الشهر العقاري والتوثيق في القانون الكويتي والمقارن، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت، بلا سنة نشر، ص ٣٨.

(٤) ينظر د. عباس عبد الحليم حجر، مصدر سابق، ص ٩.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

العقار والاحاطة علماً بكل تفاصيل العقار، من ملكية وحقوق عينية واعباء مالية، ولا يتم التسجيل في الصحيفة العينية الا بعد التحري عن صحة التصرفات المراد تسجيلها والتثبت من خلوها من كل ما يمنع تسجيلها من حيث موقع العقار ورقمه وجنسه وماهيته ومساحته وهوية المتصرف وأهليته ومن ثم ملكيته للعقار المتصرف به، فاذا وجد ان التصرف صحيحاً جرى تسجيله، واذا وجده معيباً منع عن هذا التسجيل^(١)، وبتمام التسجيل ينتقل الحق العيني من المتصرف الى المتصرف له اي ان التسجيل وليس العقد هو الذي ينقل الحق العيني حتى لو كان التصرف معيباً لأن التسجيل يظهر عيوب التصرف^(٢).

ولو أردنا تسليط الضوء أكثر على صفحة السجل العيني فهي ورقة واحدة تسجل فيها معاملة واحدة مستقلة أو ممزوجة^(٣)، لذا يمكن القول ان هذا النظام يعتمد بصورة رئيسية للسجل على العقار وهو انعكاس للصورة الحقيقية للعقار من الناحية المادية والقانونية^(٤).

و مما تقدم يمكن وضع تعريف لنظام السجل العيني بانه مجموعة من الاجراءات والقواعد القانونية الهادفة لتحديد هوية العقار وتثبيت الحدود والملكية وتثبيت كافة التصرفات والوقائع القانونية التي ترد عليه ضمن سجلات رسمية تمسكها جهات حكومية مهمتها القيام بتوثيق ما يطرأ على العقار من تغيرات أو نقل للحقوق العينية الاصلية والتبعية وتسمى بدوائر التسجيل العقاري.

عليه نخلص الى ان التسجيل ينقل الحق العيني من المتصرف الى المتصرف اليه اي بمعنى اخر انه ينقل ملكية العقار وليس العقد أو التصرف فينقل الحق العيني بالتسجيل حتى ولو كان التصرف

(١) ينظر د. اكرم قطامي، مصدر سابق، ص ٥.

(٢) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٣٧.

(٣) ينظر مصطفى مجيد، مصطلحات التسجيل العقاري، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٨، ص ٤٤.

(٤) ينظر د. عبد المنعم يحيى جواد، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة) دراسة

مقارنة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص ١٦٩.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

معيباً، والسبب في ذلك هو ان نظام التسجيل العيني يظهر عيوب التصرف لذلك فأن قيود السجل العقاري تتمتع بحجية كاملة وان من كسب حقاً عينياً بالاستناد الى هذه القيود يعد مالكا لهذا الحق على الوجه النهائي فلا يجوز منازعته فيه الا في الاحوال المنصوص عليها قانوناً مع مراعاة خصوصية القانون العراقي الذي بينت فيه المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣ لسنة ١٩٧١) من خلال الوقوف على ما تضمنته هذه المادة بنصها على (١- يتم ابطال التسجيل العقاري استناداً الى قرار من الوزير قبل اكتساب شكله النهائي وفقاً لأحكام القانون اما اذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز ابطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات) فهنا تتجسد خصوصية القانون العراقي بفسح المجال امام صاحب الحق العيني سواء كان اصلي ام تبعي الطعن بما مدون في السجل العيني.

وهذا النوع من انظمة التسجيل العقاري هو المعتمد في اغلب البلاد العربية كلبان وسوريا وتونس والمغرب وليبيا وكذلك بعض البلاد الاجنبية كألمانيا و اسبانيا و استراليا^(١)، عليه و باختلاف الانظمة العقارية المتبعة في التسجيل العقاري تختلف إجراءات تسجيلها وتنظيمها قانونياً.

(١) ينظر د. حسين حمدان، مصدر سابق، ص ٢٦.

الفرع الثاني

مبادئ نظام التسجيل العقاري

يرتكز نظام السجل العقاري وتحديداً نظاميه السجل العيني والشخصي، على مجموعة مبادئ^١

أساسية ينبغي مراعاتها عند القيد في السجل وتتمثل في :

أولاً: مبدأ التخصيص: طبقاً لهذا المبدأ فإن العقار يدعى بالوحدة العقارية، و يتم تخصيص صفحة أو

عدة صفحات من السجلات العقارية تدون فيها جميع التصرفات الواردة على هذا العقار بالإضافة الى

رقمه وحدوده ومساحته، كما تدون فيه جميع التغييرات التي قد تطرأ عليه، والتي تكون موضوع بطاقة

عقارية جديدة .

ثانياً: مبدأ الشرعية: يتحقق هذا المبدأ وفقاً للصلاحيات الممنوحة للموظف العقاري والذي يتعين عليه

القيام بدراسة قانونية دقيقة لفحص وتقدير كل التصرفات العقارية المراد تسجيلها وهذا للتأكد من خلوها

من العيوب، دون أن تتعدى سلطته تعديل السند أو الغائه، بل تقتصر مهامه في رفض تسجيل وشهر

السند في حالة كون السند مخالفاً للنظام العام أو إذا وجد نقص في احدى البيانات المطلوبة قانوناً، وذلك

بالاطلاع على كافة الوثائق المتعلقة بتحديد هوية الاشخاص وأهليتهم، والتأكد من خلو إرادتهم من

العيوب والعوارض التي قد تشوبها.

ثالثاً: مبدأ القوة الثبوتية: نظراً للرقابة والدقة والتحقق الذي تفرضه إجراءات التسجيل على

التصرفات والحقوق العقارية قبل قيدها في هذا السجل، وباعتباره مرآة عاكسة للوضعية الطبيعية والقانونية

للعقارات، فإن السجل العيني يعد الوسيلة الوحيدة للاحتجاج بالحق في مواجهة الكافة على الرغم مما قد

يشوب التصرف من عيوب، فهو يتمتع بقرينة قاطعة لإثبات الملكية، وان القيد يظهر التصرف من

العيوب السابقة عليه، ويمنح الحق قوة مطلقة تستند الى فكرة القرينة القاطعة، إذ يعد ما قيد في السجل

(١) ينظر محمد لبيب شنب، دراسات في قانون التسجيل العيني المصري و المقارن، ط١، دار النهضة العربية،

القاهرة، ١٩٩٨، ص٦-٨.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
سليماً وخالياً من كل العيوب، مما يمنح ضمانه للغير حسن النية في التعامل، وبموجب هذا المبدأ فإنه يحتج على الغير بأي حق عقاري مقيد في السجل العقاري العيني ولا يمكن الاحتجاج على الغير بأي حق غير مقيد فيه^(١).

غير ان الكثير من التشريعات تورد بعض الاستثناءات لمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العقاري ومنها تحقيق الثقة العامة التي تتمثل في تدعيم الائتمان العقاري، وتسهيل تداول العقارات بالتوفيق بين المصلحة العامة وما تقتضيه من الاعتداد بكل ما هو مدون بالسجل، وعدم الاعتداد بما لم يدون في السجل وبين مصلحة صاحب الحق، فاذا قيد حق عيني بدون وجه حق فلا يمكن ان يحتج بقيد الشخص السيئ النية الذي يعلم ببطلان القيد، اما اذا كان الغير حسن النية فيجب تعويض صاحب الحق بتحويله دعوى تعويض ضد المتسبب في الاضرار به، ذلك لان سند الملكية يُعد عنواناً للحقيقة ومن يستند اليه يصبح في مأمن من كل دعوى منظورة فهناك اشخاص يمكن ان تضار حقوقهم من جراء اعمال هذا المبدأ، فهم ضحايا قاعدة القوة المطلقة في السجل العيني والاثر التطهيري له، و لن يجدوا امامهم سوى اللجوء الى القاعدة العامة التي لن تخولهم اكثر من الحق في التعويض، وهذا التعويض يمكن الحصول عليه اما من الدولة التي تعتبر مسؤولة عن اخطاء موظفيها، أو من اطراف الغش والتدليس اذا كان فوات حقوقهم يرجع الى شيء من ذلك أو الرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب^(٢).

رابعاً: مبدأ القيد المطلق: ويقصد بهذا المبدأ ان التسجيل هو مصدر الحقوق العينية العقارية سواء كانت اصلية أم تبعية، فهو الذي ينشئها ويعدلها وينقلها أو يزيلها اذ لا يمكن الاحتجاج بها سواء بين أطراف التصرف أو في مواجهة الغير الا من تاريخ قيدها في السجل العقاري^(٣) إذ تعد حجة على الناس

(١) ينظر حسن طوابي، نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٥٧.
(٢) ينظر معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٨٨، ص ٤٣.
(٣) نصت في ذلك المادة (١٠) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ وتعديلاته على (١ -
تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسنداتها اساساً لأثبات حق الملكية والحقوق العقارية الاخرى
وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير، ولا يقبل الطعن بالصورية في
التصرفات المسجلة فيها)

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
كافة، وكذلك الحال بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية المثبتة لحقوق عينية عقارية، فإن عدم شهرها
ينجم عنه عدم القدرة في الاحتجاج بها على الغير.

ونجد أن مبدأ القيد المطلق وثيق الصلة بمبدأ القوة الثبوتية، فإذا كان نظام الشهر العيني بهذا
المبدأ يوجد الثقة العامة لدى المتصرفين في العقارات فإن هذه الثقة لا يمكن وجودها بدون وجود القيد
المطلق الذي يعتبر مصدر لهذه القوة الثبوتية .

خامساً: مبدأ حضر التقادم: كما هو معلوم فإن التقادم المكسب يعد سبباً من أسباب إكتساب الملكية
والقائم على واقعة الحيازة^(١)، فسيطرة شخص ما سيطرة مادية على حق، سواء كان حقاً عينياً أو
شخصياً، والسيطرة المادية على الحق تكون بمباشرة اعمال مادية مما يقوم به عادة المالك على النحو
الذي تقتضيه طبيعة هذا الحق علماً انه لا يمكن العمل بهذا الامر في العراق.

والحيازة بالمعنى القانوني تتضمن عنصرين عنصر مادي يتمثل في مباشرة الاعمال المادية التي
يخولها حق من حقوق الملكية التامة أو الناقصة على الشيء وعنصر معنوي يتمثل في نية من يباشر
هذه الأعمال لاكتساب الحق وبذلك تكتسب الحيازة بتوافر عنصريها وتفقد بفقدتهما^(٢) .

وتكون الحيازة قرينة على الملكية والاخيرة تكون ثابتة بالقيد في السجلات العقارية في معظم
النظم العالمية، فإذا لم تثبت الحيازة بعد تواجد عنصريها في السجل العقاري من خلال تسجيل التصرف
العقاري فلا يكون صاحب العقار في مأمن تام عن أي تعدي صادر عن الغير^(٣).

(١) ينظر محمد المنجي، الحيازة، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٥، ص١٦.

(٢) ينظر مصطفى كامل الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون سنة طبع، ص٢٥٨.

(٣) نصت الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ(لا ينعقد

التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للوائح القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

و بعد البحث في الانظمة الخاصة بالتسجيل العقاري، وجدنا ان آلية التسجيل للوقائع والتصرفات أنها تختلف من نظام الى اخر، اذ تكون الوحدة العقارية محل اعتبار في عملية التسجيل حيث يتم افراد صفحة مستقلة عن كل وحدة عقارية ضمن السجل تدون فيها جميع التصرفات الواردة على العقار، وفي حالة ما إذا حصلت عدة تصرفات تتعلق بعقار ما، فأن التسجيل العيني يتضمن هذه التصرفات، اذ ان جميع التصرفات يمكن حصرها في صحيفة واحدة من السجل، وهذا ما يعرف بالسجل العيني الذي استمد هذا النظام تسميته منه^(١).

واختلاف آلية التسجيل يترتب عليها صعوبة معرفة المالك الحقيقي بالنسبة لنظام التسجيل الشخصي، لأننا لو اردنا معرفة عقار معين يجب الرجوع الى نوعين من السجلات وبهذا يكون الامر مرهق ومستحيل للتعرف على المالك الحقيقي، بالنسبة للنوع الأول من السجلات القائمة على تدوين التصرفات والوقائع بالاستناد الى الترتيب الزمني إذ لا توجد اي علاقة تدل على اسم المتصرف اليه أو على وصف العقار، أما السجل الثاني يتطلب البحث الطويل لمعرفة كل الاسماء كلما زادت التصرفات على العقار مما يؤدي الى صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار، وبالتالي صعوبة معرفة الحالة القانونية للعقار^(٢).

في المقابل نجد ان نظام التسجيل العيني يمتاز بإمكانية التعرف على المالك الحقيقي للعقار ومعرفة الحالة القانونية له، لان هذا النظام يقوم على اساس تسجيل الوحدة العقارية فقط في سجل واحد وهو السجل العيني .

(١) اميمة رافع رجب، الابطال القضائي لسندات التسجيل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة

الى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٧، ص١٨.

(٢) د. عبد الحميد الشوربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء، من دون ذكر الطبعة ومكان

الطبع، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦، ص٣.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

أما من حيث قوة الإثبات فأن التسجيل الشخصي لا يتمتع بقوة الإثبات، إذ إن التصرفات والوقائع التي يتم تسجيلها بموجب هذا النظام لا تخضع للتدقيق والبحث عن مدى صحتها بل تسجل كما هي، فإذا ما كانت باطلة فأنها تبقى متمتعاً بهذه الصفة حتى بعد تسجيلها، مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها، رغم تسجيلها وذلك بالإبطال أو الفسخ، وعليه نجد أن التسجيل للتصرفات والوقائع في ظل النظام لا تظهر عيوب التصرف، ويبقى المتصرف فيه مهدداً بدعوى الإبطال لتسجيل العقار أو الفسخ والصورية وهذا ما جعل من عملية التسجيل مجرد وسيلة للتسجيل والعلانية وليس سبباً لنقل الحقوق العينية وانتقالها^(١)، أي أن التسجيل الشخصي هنا يكون مجرد محاولة لإضفاء الرسمية على التصرف دون ضمان سلامة الملكية التي تنتقل إلى متلقيها بكافة عيوبها^(٢).

في حين نجد خلاف الأمر في التسجيل العيني الذي يتمتع بقوة ثبوتية لما يدون فيه من وقائع وتصرفات، والتي في ظلها تكون لها قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحق العيني^(٣)، لكون هذا النظام يظهر الوقائع والتصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها^(٤) ولهذا السبب تكون الوقائع والتصرفات حجة في مواجهة الكافة مما يعزز الثقة في بيانات السجل العقاري^(٥)، هذا لأن من مسؤولية و واجب

(١) علي بن عزان بن علي الهشامي، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ط ٣، البيع والمقايضة، ج ٤، نهضة مصر، بند ٢٤٩، ص ٤٣٥.

(٣) د. عبد العزيز حساني، قواعد التسجيل العقاري العربي الموحد، دون ذكر مطبوعة أو سنة الطبع، ص ١٧٤.

(٤) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٥) أميمة رافع رجب، مصدر سابق، ص ٢٠.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
المسجل في دائرة التسجيل العقاري ان يتأكد من توفر كل الاركان والشروط المطلوبة لصحة التصرف بحيث لا يسجل في السجل الا التصرفات الصحيحة والمشروعة فعلاً^(١) .

وما يميز التسجيل العيني هو ان التصرف في العقار يجري بعد تثبيت الوضع القانوني و المادي بصورة نهائية و بشكل صحيح و دقيق، كما لا يقبل أي تصرف على العقار غير المسجل مما يؤمن الاستقرار و الثقة و الاطمئنان لأصحاب الحقوق والاطراف والدولة ويحول دون حدوث المشاكل .

والعراق من أوائل الدول التي تطبق التسجيل العيني منذ سنة ١٨٥٨ وهو من احسن نظم التسجيل العقاري لأنه يعتمد العقار اساساً لهذا التسجيل، إذ يكون السجل العيني بما يحتويه من بيانات تتعلق بموقع العقار وحدوده ومساحته وأوصافه، وما يسجل فيه من حقوق عينية عقارية هو الصورة الحقيقية للعقار من الناحية المادية والقانونية^(٢) .

(١) د. حسين عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني، دون ذكر

الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١١١ .

(٢) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٣ .

المبحث الثاني

ماهية الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض

تقع الكثير من الأفعال تحت مسمى الوقائع، فإذا كان من شأنها ان تنتج اثراً سميت بالواقعة القانونية وهي أما ان تكون راجعة لإرادة الانسان، أو أنها لا ترجع الى هذه الإرادة، فهبوب العواصف وانفجار البراكين ودوران الارض، كل هذه الوقائع لا ترجع لإرادة الانسان، بل هي من عمل الطبيعة، وقد تؤثر على العلاقات القانونية الموجودة فتكون قوة قاهرة تعفي المدين من التزامه، ودوران الارض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل، وكذلك دوران الارض حول الشمس يحصي عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم فهذه كلها وقائع تنتج اثراً قانونياً^(١).

والوقائع القانونية هي أحداث متنوعة لا حصر لها تنتج اثراً قانونياً لم يكن الهدف الاساسي منه موجود لكنه يؤثر في الحق الذاتي، وقد تكون هذه الوقائع طبيعية وقد تكون ارادية كحق الملكية بموجب اكتمال شروط الحياة، فالحياة مجرد وضع فعلي أو مادي تتطوي على مباشرة سلطة على شيء كما لو كان الحائز صاحب حق على هذا الشيء^(٢).

وكثير ما تصدر منا أفعال مادية وتصرفات تؤدي الى آثار ونتائج ايجابية، سواء أتجهت ارداتنا الى إرادة الأثر من عدمه، وهذا كثير ما يحدث في حياتنا العملية، ويتمثل الاثر الناتج الى إنشاء التزام بنقل الملكية اذا كان الفعل والتصرف على عقار أو حق عيني اخر على عقار، كأن يهب الشخص عقاره الى آخر أو ان ينتقل الحق عن طريق تصرف قانوني، كالوقف أو الوصية وكذلك ان يرث شخص أو

(١) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية،

٢٠٠٤، ص ٢٣.

(٢) ينظر د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت،

١٩٨٢، ص ٤٩٩.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
مجموعة أشخاص ملكية عقار من مورثهم أو عن طريق الانتقال، فالواقعة المادية باعتبارها مصدراً من مصادر الحق، تعد كل سبب منشئ للحق سواء كان بفعل الطبيعة أو من فعل الانسان، هذه الوقائع تعتبر وقائع وتصرفات بغير عوض فلا بد من أن تسجل في السجل العقاري لكي تعتبر حجة على الغير وتكتسب الحقوق لأصحابها.

ولغرض الاحاطة علماً بالوقائع، لابد من بيان المعنى بتعريفها، وتحديد طبيعتها وشروطها، في المطلب الأول وسنخصص المطلب الثاني لبيان انواع الوقائع وتميزها عن التصرف القانوني على التوالي.

المطلب الأول

معنى الوقائع القانونية بلا عوض

في الحقيقة هنالك وقائع ترجع لإرادة الانسان، أكثرها أعمال مادية قد يريد صاحبها ان يحدث اثراً في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك، فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويعاملهم وهو لا يريد عادة من وراء هذا ان يؤثر في علاقته القانونية، لكن هذه العلاقات قد تتأثر، فاذا اكل شيئاً لا يملكه اصبح مسؤولاً عن تعويض المالك، واذا مشى دون ان يحتاط فأتلف شيئاً وجب عليه تعويض ما اتلف واذا جامل الغير فقام ببعض شؤونهم فقد يجد نفسه ملزماً بإتمام ما بدأ به، ويكون دائناً للغير بمقدار ما كلفه العمل، يلاحظ ان الوقائع المتقدمة، أن الشخص قام بأعمال مادية، وقد أراد النتائج التي ترتبت عليها، و في بعض الفروض لم يرد شيئاً منها، فتكون بفعل الطبيعة دون أن تكون لإرادة الانسان دخل فيها فتكون سبباً في اكتساب الحق الذي ينشأ مباشرة بوقوع حادث من الاحداث الطبيعية، كالميلاد والوفاة، فالميلاد يترتب على قيامه نشوء حقوق قانونية كالاسم العائلي و ثبوت النسب وأهلية الوجود والوفاة حادث مادي يترتب عليه قيام حقوق ورثة المتوفي، وتختلف الوقائع القانونية من واقعة لأخرى لكنها تتحد جميعها بشروط معينة تشمل جميع انواع الوقائع القانونية لكي ترتب الاثر القانوني الخاص بإيقاعها و شروط اخرى وجب القانون توفرها لأثبات الوقائع القانونية.

ولتسليط الضوء على الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض، لابد من التعريف بها وتحديد

طبيعتها، كي نستطيع ان نحدد شروط الوقائع عن غيرها.

الفرع الأول

تعريف الوقائع القانونية بغير عوض وطبيعتها القانونية

اختلف فقهاء الشريعة والقانون في تحديد المعنى الدقيق لمصطلح الواقعة القانونية ولغرض الإلمام بالموضوع لابد من الوقوف على تعريف الواقعة المادية ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية التي تمتاز بها هذه الوقائع .

أولاً: تعريف الوقائع القانونية^(١)

اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للواقعة القانونية المادية، فعرفت بأنها كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان و يترتب عليه اثر قانوني كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كلياً^(٢). وعرفها البعض بأنها كل حدث مادي أو كل فعل مادي يترتب عن وجوده اثر قانوني معين، وهو اكتساب شخص لحق، وهذه الوقائع قد تكون من عمل الطبيعة أو من عمل الانسان (الاعمال الاختيارية)^(٣) وعرفت الوقائع بأنها الاحداث والافعال المادية التي يترتب على وجودها اثار قانونية معينة وهو اكتساب شخص لحق، والوقائع القانونية قد تكون من عمل الطبيعة أو من عمل الانسان^(٤).

(١) تستمد كلمة الواقعة أصلها اللغوي من الفعل (وَقَعَ) وقع على الشيء ومنه يقع وقعاً وقوعاً بمعنى سقط، و

وقوع الأمر أي تم بمعنى حدث، كما تأتي الواقعة بمعنى النازلة من صروف الدهر.

(٢) ينظر د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط٢، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الاردن،

سنة ٢٠١٤، ص٣٢٥.

(٣) ينظر محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم، الجزائر،

٢٠٠٦، ص١٢٨.

(٤) ينظر د. مصطفى الجمال، د. نبيل سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق) منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص٦١٩.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

اما الوقائع القانونية الناقلة للملكية العقارية فهي الافعال المادية والتصرفات التي يترتب على

حدوثها اثار قانونية بنقل الحق العيني المتمثل بالملكية لعقار معين ببديل أو بدون أي بدل مالي .

عليه نصل الى تعريف الواقعة القانونية العقارية على انها كل حدث يحدث بفعل مادي أو بتدخل

الانسان ينتج عنه اثر قانوني كنشوء حقوق أو نقلها أو بتغيرها مما يستوجب تسجيلها لضمان الحقوق

التي ترتبت بموجبها.

ومن خصائص هذه الوقائع القانونية أنها تكون بلا عوض، أي بدون مقابل مادي أو معنوي أو

نقدي لقاء نقل ملكية عقار معين بالاستناد لهذه الوقائع، و لابد من تسجيل هذه الوقائع القانونية الناقلة

للملكية في دائرة التسجيل العقاري لكي يتاح لأطراف العلاقة القانونية الاستفادة من المنفعة المخصصة

لكل واقعة .

وان إنشاء الحقوق العينية الاصلية تعني انشاءها ابتداءً في حين لم تكن من قبل موجودة، وهذا

لا ينطبق على حق الملكية وحده وإنما على الحقوق المتفرعة عنه أيضاً ذلك لان الملكية لا تنشأ الا

بتصرف أو واقعة فعلية، عليه فإن كل واقعة قانونية تؤدي الى انشاء الحقوق المتفرعة عن الملكية، كحق

السكنى وحق الانتفاع وحق الاستعمال و المساطحة، أو أي حق من حقوق الارتفاق يكون واجب

التسجيل تحت طائلة فقدان اثر هذه الوقائع والتصرفات بين الاطراف، وفي مواجهة الغير في انشاء هذه

الحقوق، لأن الهدف الاساس للتسجيل العقاري هو ضمان الحماية القانونية للتصرفات العقارية وتثبيت

الحقوق الناشئة بموجبها وفق اسس معينة تؤمن لها الاستقرار والحفاظ عليها .

ثانياً: طبيعة الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض

بما ان الحقوق العقارية متنوعة وبأشكال كثيرة فقد ترد على شكل واقعة أو تصرف أو حجة أو حكم قضائي، لذا نجد ان المشرع العراقي نص صراحة على وجوب تسجيل جميع هذه الوقائع وحرص على تنظيم اجراءات تسجيلها وضبطها بالتشديد و الاطالة من قبل دائرة التسجيل العقاري المختصة بموقع محل العقار^(١).

تتميز الوقائع الناقلة للملكية العقارية بغير عوض بطبيعة قانونية متغيرة من واقعة لواقعة وهذا الاختلاف ينصب في الاساس بسبب ان كل واقعة تختلف في تكوينها ونشأتها وخصائصها عن الوقائع الاخرى، وتتحد جميعها في الاثر القانوني من حيث سريانه على الاطراف والغير عند تسجيل الواقعة القانونية في السجل العقاري من جانب وكذلك تختلف الطبيعة القانونية للوقائع القانونية بالنظر للكيفية التي تمت بموجبها الواقعة من جانبٍ اخر، فهناك وقائع تنقل الملكية العقارية حال حياة المالك تبرعاً واخرى تؤجل الى ما بعد وفاة المالك، لهذا يتطلب منا البحث في طبيعة جميع الوقائع القانونية بغير عوض كلاً على حده والتي تنقسم في الاساس الى وقائع قانونية اثناء الحياة كالهبة والوقف، واخرى تكون بعد الوفاة وهي الميراث والانتقال والوصية، نتناولها تباعاً في الفقرات الاتية :

١. الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض اثناء الحياة

ان الوقائع القانونية التي تكون ناقلة للملكية بغير عوض اثناء حياة المالك تتمثل بواقعة الهبة و الوقف، نتطرق لها تباعاً:

أ- الهبة:

من الوقائع القانونية التي تكون ناقلة للملكية بغير عوض اثناء الحياة واقعة الهبة، والهبة وهي من العقود المسماة، ولكنها عقد غير ملزم لجانبين وانما ملزم لجانب واحد هو الواهب، والموهوب له لا

(١) نصت المادة (٨٢ - ٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ على (نوع المعاملة و مدى شمولها لعموم

العقار او لقسم منه).

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

يلزم بشيء الا اذا اشترط العوض فتكون ملزمة لجانبين وانها من عقود تبرع^(١)، وذهب الفقه الى اعتبار الهبة عقد (الهبة قبل كل شيء عقد لا بد فيه من ايجاب و قبول متطابقين)^(٢) ورغم ان المادة (٦٠١) من القانون المدني العراقي عرفت الهبة بانها تملك مال لأخر بلا عوض^(٣)، فيلاحظ عدم ورود لفظ العقد لكن بالرجوع الى المواد (٦٠٢) و (٦٠٣) و (٦١٧) من ذات القانون نجدها تؤكد بأن الهبة لا تتعد بالإرادة المنفردة للواهب وهذا ما اخذ به كل من المذهب الأمامي والمذهب الشافعي و الحنبلي وذهب المالكية للقول بانه يمكن للموهوب له اجبار الواهب على التسليم لمجرد صدور الايجاب، اما بالنسبة للحنفية فاعتبرت الهبة متحققة شرعاً بمجرد ايجاب الواهب دون حاجة لصدور قبول الموهوب له^(٤) وسنتطرق بصورة أكثر تفصيلاً لهذه المذاهب في موضع اخر من هذه الدراسة .

عليه فإن الهبة لا تتعد إلا بإيجاب و قبول متطابقين، وهنا يبرز اختلافها عن الوصية التي تتم بالإرادة المنفردة للوصي، ذلك ان الوصية تعد تملكاً مضافاً الى ما بعد الموت بطريق التبرع و بالتالي لا يجوز إبرام عقد الهبة و نقل ملكية العقار الى ما بعد موت الواهب باعتباره يدخل في حكم الوصية.

وبما ان الهبة هي تملك مال للأخر بغير عوض، فأنها ترد على حق الملكية والحقوق العينية الاخرى المملوكة ملكاً صرفاً فقط ولا ترد على حق التصرف كما أكدت ذلك المادة (١/٢١٢) من قانون

(١) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لعام ١٩٧١، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص ٤٨ .

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الهبة و الشركة، ط ٢، سنة ١٩٨٧، ص ١٠ .

(٣) نصت المادة (٢٠٢) من قانون الاسرة الجزائري على (الهبة تملك بلا عوض ...) و المادة (٤٤٥) من

القانون المدني السوري (الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض) و المادة (٥٠٤) قانون

الموجبات و العقود اللبناني (الهبة تصرف بين الاحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص اخر عن كل امواله او

عن بعضها بلا مقابل) جميع المواد ذكرت الهبة بانها تملك مال لأخر بغير عوض بدون ذكر كلمة العقد .

(٤) ينظر بصغير خالدية، الهبة في العقار، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر،

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
التسجيل العقاري التي نصت على (تتعقد الهبة الواردة على حق الملكية العقارية والافراغ بدون بدل أو بعوض على حق التصرف في الارض الاميرية أو الموقوفة وفقاً غير صحيح حصراً بدائرة التسجيل العقاري وتسجل بعد اخذ اقرار الطرفين بذلك) ويشترط لذلك ان يكون الحق العقاري الموهوب موجوداً وقت الهبة، وان يكون الواهب مالكا للموهوب، وان يكون الموهوب قابلاً للتعامل حسب القانون.

ب- الوقف:

الوقف هو حبس العين مؤبداً على ملك الله والتصدق بالمنفعة على ان يكون الموقوف ملكاً للواقف، كي يسوغ له حبسه، وتعتبر واقعة الوقف من الوقائع الناقلة للملكية العقارية وهي تتميز بطبيعة قانونية خاصة وفقاً لأحكام التشريعات العراقية، وفي سياق الموضوع نجد ان المادة الأولى الفقرة الرابعة من قانون ادارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ نصت على (الوقف الصحيح -هو العين التي كانت ملكاً فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف)^(١) بينما ذهبت المادة (١٣٠ -٢) من القانون المدني العراقي النافذ الى اعتبار محل الوقف من النظام العام، فيمنع التصرف بالبيع أو الرهن أو الإرث باعتباره قاعدة عامة مع ورود استثناء خاص بإمكانية استنجاهه و استبداله وفق المادة (٦) من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦، عليه نستشف من خلال المواد القانونية أعلاه بأن واقعة الوقف لا يقصد منها نقل سلطات الملكية، بل حبس العين عن التملك و التبرع بالمنفعة المتأتية من محلها.

اذن نخلص الى ان التصرف في العقار من قبل المالك يتم بإرادة منفردة والوقف بكل انواعه من الجائز ان يكون تصرفاً عقارياً اذا كان القصد من ذلك تخصيص حق التصرف فيها أو رسومها العشرية مع بقاء عائديه الملك لبيت المال أو الدولة، فواقعة وقف العقار يعد تصرفاً عقارياً يمكن ان ينقل المنفعة

(١) تقابلها المادة (٣) من قانون الأوقاف الجزائري رقم ١٠/٩١ .

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
من الملكية بغير عوض للغير، وبما ان الأرض الاميرية تكون رقبتها للدولة لذلك لا يجوز وقفها^(١) غير ان منافعها تكون (العشر أو الخمس أو اجارة الارض أو بدل العشر أو المقاطعة)^(٢) وان تم وقفها لا تؤثر على رقبة الارض، فتبقى في جميع الأحوال لبيت المال، لذلك فإن حبس أو تخصيص قسم أو كل من هذه المنافع على جهة معينة جائز^(٣).

٢. الوقائع القانونية التي تكون ناقلة للملكية بغير عوض بعد الوفاة

ان الوقائع القانونية التي تكون ناقلة للملكية بغير عوض بعد الوفاة تتمثل بواقعة الارث والانتقال، وستنظر لها تباعاً:

أ- واقعة الأثر والانتقال:

ان واقعة الميراث تعتبر من الوقائع المادية التي تنشأها الطبيعة بأمر الهي لا دخل لإرادة المورث أو الوارث فيه اصلاً، و الاساس الشرعي و القانوني له هو القرابة والزواج الصحيح، وفي حالة عدم وجود الوارث تكون الدولة هي الوارث العام للمتوفي، وبما ان واقعة الارث تترتب بصورة تلقائية فلا يشترط ايجاب أو قبول من اطراف الواقعة وما يميزها انها تكون بغير عوض وتعتبر واقعة الارث ذات صبغة ألهيه، كون أغلب جوانبها حددتها الشريعة الاسلامية، كأساس الميراث و تحديد الأنصبة و اشتراك الكبير و الصغير و الذكور و الإناث في الميراث ولا يجوز ان يوزع ماله وهو حي بطريقة تخالف احكام المواريث بحيث يعطي أحد الورثة أكثر أو أقل مما يستحق شرعاً لأن في ذلك تعدياً لحدود الله^(٤).

(١) المادة (١١٧٢) من القانون المدني العراقي النافذ و المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ.

(٢) تنظر المادة (٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لعام ١٩٧١.

(٣) ينظر مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٤) استاذنا د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و المواريث في التشريع العراقي و الفقه

الاسلامي، ط١، دار الوارث للطباعة، ٢٠١٨، ص ٧٩ - ٩٨.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وبالتالي فان واقعة الوفاة هي واقعة مادية طبيعية يترتب القانون عليها أثر وهو انتقال أموال المتوفي العقارية والمنقولة الى ورثته بلا مقابل استناداً للمادة (١١٠٦) من القانون المدني و التي تنص على (١- يكتسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة ٢- تعيين الورثة وتحديد انصباثهم في الارث و انتقال أموال التركة، تسري عليها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بها.) واكدت المادة (١٨٦-١) من قانون التسجيل العقاري على ان (ينتقل حق الملكية والحقوق العينية العقارية الاخرى عدا حق التصرف في الارض الاميرية عند وفاة صاحبها باسم الورثة الشرعيين). أما الانتقال فهو نقل الحقوق التصرفية العائدة للمتوفي في الاراضي المملوكة للدولة الى من يستحق تلك الحقوق قانوناً، وبالتحديد حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة ويستوي في ذلك ما تم تفويضه مجاناً بموجب قانون التسوية الملغي أو بقصد اسكان العشائر الرحل أو بشرط دفع الخراج أو العشر أو الخمس والمنشآت والمغروسات القائمة على الاراضي المملوكة للدولة تبعا لحق التصرف اذا كانت قد أنشئت أو غرست بعد نشر قانون التصرف في ١٩ نيسان لعام ١٩١٣م الملغي.

ويعرف حق التصرف بانه حق عيني عقاري يرد على الاراضي الاميرية^(١)، التي تعود رقيبتها للدولة تخول صاحبها سلطة الاستعمال و الاستغلال و التصرف .

وما يهمننا في الانتقال ان لمالك حق التصرف في الاراضي الاميرية ان ينقل حق التصرف في هذه الاراضي الى ورثته عن طريق الوفاة، وكذلك يمكن ان ينقلها حال حياته الى الغير عن طريق عقد يسمى عقد التفويض^(٢)، وعلى ان تكون هذه الواقعة بغير عوض.

وعليه نخلص الى ان الارث و حق الانتقال يلتقيان كونهما نتاج وفاة المورث والمتصرف من دون تدخل لإرادته وكلاهما بدون عوض و كلاهما مانع من الانتقال مع اختلاف الدين بالنسبة لإرث

(١) تنظر المادة (٧) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل و النافذ.

(٢) ينظر مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٧٣.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
الكافر من المسلم و كلاهما يصدر من المحاكم المختصة^(١) وفق الاجراءات الاصولية وبلاستناد الى المادة (٣١٠) من قانون المرافعات المدنية العراقية .

ب- الوصية:

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الوصية من كونها عقد أم تصرف، فذهب الاتجاه الأول وهو رأي الاحناف للقول ان الوصية عقد وليست تصرفاً انفرادياً، و لا يتحقق الا بإيجاب الموصي و قبول الموصي له^(٢)، والثاني وهو رأي الجمهور يرى ان الوصية إيقاع (تصرف) وليست عقداً وأن ركنها هو الايجاب وحده، أما القبول فهو شرط لزوم لها فقط^(٣) وهو اتجاه الجمهور من الامامية و المالكية و الاباضية و الزيدية و الحنابلة، وذهب الاتجاه الثالث متمثلاً برأي الشافعية، والذي يرى ان الوصية تتحقق بالإرادة المنفردة للموصي، و تنتقل بموته دون حاجة الى قبول الموصي له^(٤).

والملاحظ على القانون العراقي انه اخذ بالاتجاه الثاني حين عرف الوصية في المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ بانها (تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض) وقد انتقد البعض التعريف أعلاه لأنه لم يوضح طبيعة الوصية بشكل شامل على الرغم من انها تصرف فهي تتضمن إجراء عقد من العقود أو عمل من الاعمال التي تستوجب انفاق مال كالوصية من شخص بان توقف عين تركته بعد موته على جهة معينة أو الوصية بعمارة مسجد أو مدرسة فهذا الاجراء ليس بتصرف بل أمر بإجراء تصرف في التركة^(٥).

(١) استاذنا د. حيدر حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٩٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت (٣٣٣/٧) نقلاً عن د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص ٦.

(٣) ينظر محمد يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج ٢٣، مكتبة الارشاد، جدة، ١٩٨٥، ص ٦١ .

(٤) ينظر الخطيب الشربيني، محمد بن احمد، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار احياء التراث العربي، ١٩٥٨، ج ٣، ص ٣٩، نقلاً عن د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص ٦.

(٥) ينظر الشيخ علي الخفيف، احكام الوصية، بحوث مقارنة، ط١، الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٩.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

أذن فتحدد طبيعتها القانونية بانها تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية بغير عوض ولأنها سبباً قانونياً صحيحاً لنقل الملكية صادر من إرادة المالك وهي ليست ملزمة ولن يترتب أثرها الا بعد وفاته مصرأً على وصيته، وان الموصي له بعين معينة من التركة هو خلف خاص بخلاف الوصية بحصة من التركة التي لا تعتبر سبباً صحيحاً، رغم كونها تصرفاً صادر للحائز لأن الموصي له في هذه الحالة خلف عام للموصي^(١).

والوصية هي خلافة اختيارية للموصي له في مال الموصي وأن لإرادة الموصي دوراً أساسياً في انشائها^(٢) ولا يوجد أساس أو سبب محدد للوصية، فالموصي مطلق الحرية في الإيصال لمن يشاء لا يمنعه من ذلك سواء نص شرعي أو قانوني^(٣).

(١) ينظر مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٨٤.

(٢) ينظر د. حيدر حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٣) كعدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية قانوناً أو الوصية للوارث عند من يرى ذلك من المذاهب أو

توقف ما زاد عن الثلث من التركة أو بطلانه .

الفرع الثاني

شروط الوقائع القانونية بلا عوض

هنالك مجموعة من الشروط التي يجب ان تتوفر بالوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض لكي يتم تسجيلها في السجل العقاري و بالتالي تمنح أصحابها الحجية القانونية في مواجهة كافة ويعتد بها في اثبات الحقوق، وهي على نوعين :

أولاً: شروط تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض

١. يجب ان تكون الوقائع القانونية ناقلة لملكية عقار معين ومحدد أوصافه ومسجل في السجل العقاري التابع للوحدة الادارية التي يقع فيها محل العقار المراد نقل ملكيته .
٢. يجب ان تكون الوقائع الناقلة للملكية العقارية بدون عوض مالي أو مقابل.
٣. يجب ان تكون الوقائع الناقلة للملكية العقارية بدون عوض وقائع مادية كالميراث والانتقال و الوصية بجزء من التركة لشخص معين والوقف حيث ان التصرف العقاري يمكن ان يستند الى الارادة المنفردة كالوقف على جهة عامة والذي يتوقف على إرادة الواقف ولا يحتاج الى قبول^(١)، أو تكون وقائع قانونية مترتبة على اتفاق بين الطرفين كالهبة بدون عوض .
٤. ومن شروط تسجيل التصرفات العقارية سواء كانت الوقائع قانونية ام مادية في السجل العقاري ان تكون صحيحة والتصرفات العقارية الصحيحة هي التي تتوافر فيها الاركان العامة الواجب توافرها في التصرفات القانونية بوجه عام من التراضي والمحل والسبب^(٢).

(١) ينظر الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الخامسة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، ايران، ص ٥٩١.

(٢) نص المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي (١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك . ٢- يسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام .)

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
٥. يشترط في الحجج الشرعية لغرض تنفيذها شرطان اساسيان :الأول استيفاء الشكلية المنصوص عليها في القانون والثاني عدم مرور الزمان المانع من التنفيذ، فحجة الوقف لكي تسجل في السجل العقاري يجب ان تكون موثقة من محكمة الاحوال الشخصية استناداً الى المادة (٣٠١) من قانون المرافعات المدنية العراقي، وما يتعلق بحجة الوصية فيشترط ان لا تكون مشمولة بالتقادم المسقط للتنفيذ حيث نصت المادة (٢٥٤) من قانون التسجيل العقاري العراقي^(١).

ثانياً: شروط إثبات الوقائع القانونية

لإثبات الواقعة القانونية لابد من توفر جملة من الشروط القانونية التي تتطلبها طبيعة هذه الوقائع وإمكانية تحديد الحقوق و الالتزامات الناشئة عن ترتبها قانوناً كانتقال الملكية العقارية بغير عوض ونحدها تباعاً:

١. الشروط الواجب توافرها بمقتضى طبيعة الاشياء

أ- يجب ان تكون الوقائع محددة:

تتحدد هذه الشروط بوجود ان تكون الواقعة محددة، سواء كانت إيجابية أو سلبية، وذلك لأن الاثبات شأنه في ذلك كشأن أي نشاط انساني هادف، فلا بد ان يرد على شيء محدد، ولهذا فانه يمكن ان تكون الواقعة محددة سواء كانت ايجابية كوجود شيء معين أو القيام بعمل معين أو سلبية كالامتناع عن العمل المعين أو عدم التقصير في بذل عناية معينة^(٢).

ان لتحديد الوقائع اهمية كبيرة لكي يستطيع اثباتها لأن عدم التحديد يؤدي الى هدر الوقت في اقامة دعاوى من غير فائدة و يؤدي الى عدم استقرار القضاء، فاذا طلب شخص آخر بدين مصدره عقد

(١) تنص المادة (٢٥٤) من قانون التسجيل العقاري على (لا يجوز تسجيل الوصية على العقار الموصي به اذا

سبق معاملة الارث على العقار دون الوصية الا بالاستناد الى حكم قضائي حائز درجة البتات أو بموافقة الورثة جميعاً عند تنفيذ الوصية)

(٢) ينظر د. سمير عبد السيد تناغو، احكام الالتزام والاثبات، ط١ مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠١ ص٦٢.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
فإنه يجب عليه ان يقوم بتحديد هذا العقد تحديداً كافياً نافياً للجهالة بأن يذكر مثلاً عقد بيع عقار معين،
بشأن معين بتاريخ معين، ويجب ان تستوفي الواقعة محل الاثبات شرط التحديد أو التعيين على الاقل
عند نظر القاضي في اجراء إثباتها^(١).

ب- يجب ان تكون الواقعة محلاً للنزاع:

تكون الواقعة محلاً للإثبات حين يستوجب نظر الواقعة من قبل القضاء فاذا لم ينشأ النزاع فلا داع
للإثبات واذا ما بادر واعترف بها المدعي عليه أو الخصم الاخر تنتفي الغاية من إثباتها على ان يكون
قاطعاً و صريحاً^(٢).

ويقصد بالاعتراف اعفاء من يدعي الواقعة من عبء اثباتها ومن ثم تكون ثابتة في حق المقر
وحده دون غيره، واذا ما كان الاعتراف ضمناً يخضع لسلطة القاضي التقديرية و عليه فانه يستفاد من
الاقرار الضمني بمجرد السكوت عن تقديم أدلة النفي على الوقائع التي يدعيها المدعي، اكتفاء منه
بتمكينه بما يدعيه برفض المدعي أمام مجلس القضاء^(٣).

ت- يجب ان تكون الواقعة ممكنة

ان الاستحالة تكون سبباً في رفض الواقعة^(٤) و النزاع اذا ما استحال فهمها و بالتالي يستحيل
اثباتها فاذا ما كانت الواقعة غير قابلة للتصديق فإن محاولة اثباتها يعتبر مضيعة للوقت باعتبار
الاثبات اقتناع بأمر معين يعتبر حقيقة واقعة، فكيف يكون الاقتناع بأمر مستحيل^(٥).

-
- (١) ينظر: محمود عبد الرحيم الديب، اسس الاثبات المدني، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٠٧.
 - (٢) ينظر: نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، دار الهدى للطباعة والنشر،
الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٨٠.
 - (٣) ينظر: محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص ١٠٩.
 - (٤) ينظر: سمادي شيماء و اخرون، مصدر سابق، ص ١٣.
 - (٥) ينظر: عصام انور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،
ط١، ٢٠٢٠، ص ٧٧.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
وعلى القاضي تقدير كون الامكانية أو الاستحالة أمراً يرجع له مع مراعاة جانب الحكمة و الاعتدال في هذا الشأن على ان لا يحرم الخصوم من الاثبات ان كان ممكناً أو تكون الواقعة رغم بعدها عن مجال التصديق تصلح كدليل أو دافع البدء بالدعوى^(١).

٢. الشروط الواجب توفرها بمقتضى القانون

اما الشروط القانونية^(٢) فتتمثل بالاتي :

أ- ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

يقصد بذلك ان تكون الواقعة المراد اثباتها متصلة بالحق المطالب به، وإذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة في اثباتها، ولهذا الشرط لا تظهر اهميته في الاثبات المباشر حيث ينصب على الواقعة مصدر الحق^(٣).

فالأثبات أما ان يكون مباشراً أو غير مباشر للواقعة القانونية الناقلة للملكية، و بالنسبة للمباشر لا توجد أي صعوبة باعتباره انه ينصب مباشرة على الواقعة التي أدت الى نشوء الحق المدعى به كإثبات هبة العقار أو الوصية به، لكن الصعوبة تظهر في حالة الاثبات غير المباشر فيما اذا كانت الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ام لا، أما الاثبات غير المباشر هو حالة ما اذا لم ينصب الاثبات على الواقعة المراد اثباتها اذا تعذر مصدر الحق بل انها تتعلق بواقعة اخرى تعد قريبة منها و متصلة بها ذلك لأن الاثبات المباشر غالباً ما يكون غير ميسور، ولهذا يكفي إثبات واقعة مجاورة تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال و يمكن ان تكشف الحقيقة بطريقة الاستنتاج العقلي وفي هذه الحالة الاخيرة يتعين ان

(١) ينظر رمضان ابو السعود، مبادئ الاثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر،

٢٠١٢، ص ١٠٩.

(٢) تنظر المادة (١٠) من قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

(٣) ينظر سمادي شيماء و اخرون، مصدر سابق، ص ١٤

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
تكون الواقعة المراد اثباتها متصلة بالحق المدعى به أو بأخرى^(١)، كأن يكون العقار في يد المنتفع يحوزه حيازة هادئة وقام المالك بهبته العقار أو بالإيضاء به له من دون اتخاذ الاجراءات الشكلية الخاصة بانتقال الحق.

ب- ان تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

يقصد بذلك ان تكون الواقعة المراد اثباتها مؤدية الى اقتناع القاضي بصحة الحق المدعى وليست كل واقعة متعلقة بالحق المدعى به تكون ضرورة منتجة في الدعوى، كأن يكون العقار في حيازة الموهوب له لكن لم يتم الواهب بالاجراءات القانونية لتسجيل الهبة .

ت- ان تكون الواقعة غير مستحيلة :

ويقصد ان تكون الواقعة حاسمة في اسناد الحق الى المدعي او عدم اسناده اليه، أي يكون من شأنها لو ثبتت تغيير وجه الحكم في الدعوى .

كما انه لا يقبل إثبات العلاقات غير مشروعة ولا يجوز حتى في جرائم القذف اقامة الدليل على صحة ما قذف به، وذلك لاعتبارات تتعلق بالآداب^(٢).

وعليه نصل انه اذا ما توفرت الشروط المتعلقة بطبيعة الاشياء من كون الواقعة محددة ومحلاً للنزاع القائم و ممكنة من جانب ومن جانب اخر توافر الشروط القانونية المتمثلة بتعلق الواقعة بالدعوى ومنتجة و جائزة القبول أمكن اثبات الواقعة القانونية محل النزاع .

(١) ينظر توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

لبنان، ٢٠٠٣، ص ٦١-٦٢ مذكور في سمادي شيماء، مصدر سابق، ص ١٤.

(٢) ينظر محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية و الاحوال

الشخصية، ط١، مكتبة دار البيان، ج١، دمشق، سوريا، ص ٩٧.

المطلب الثاني

انواع الوقائع القانونية بغير عوض وتمييزها

كما هو معلوم ان الوقائع القانونية هي كل حدث مادي أو فعل مادي يترتب على وجوده اثر قانوني معين، وهو ان يكتسب الاشخاص حقوقاً معينة، و الواقعة القانونية متنوعة و مختلفة باختلاف الواقعة ذاتها، فبعضها يكون بفعل الطبيعة إذ تطرأ حوادث بفعل الطبيعة لا دخل لإرادة الانسان فيها فتكون سبباً في اكتساب الحقوق التي تنشأ مباشرة من وقوع هذا الحدث و منها الميلاد .

والبعض الاخر تكون من عمل الانسان وبصورة عامة، سواء اراد من فعله هذا ان يترتب الاثر الذي يقع على الفعل من عدمه، فتكون هذه اعمال مادية من فعل الاشخاص ترتب الاثر سواء كان القصد منه مرجو ام لا، وسواء كانت هذه الاعمال المادية نافعة ام ضارة .

ويتحدد الفعل النافع في ما يترتب على وقوعه من إثراء ذم الغير وله صور خاصة، اما الضار فيتحدد بما يقوم به الانسان ويرتب اضراراً بالأخرين مما يستوجب وينهض الحق في تعويضهم لما تسببت لهم هذه الواقعة من اضرار بشروط معينة حددتها النصوص القانونية .

وعليه لتسليط الضوء اكثر على الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض وتحديدتها وبيان انواعها بصورة تفصيلية توجب علينا البحث في الفرع الأول بأنواع الوقائع القانونية الناقلة للملكية وخصصنا الفرع الثاني لتمييز الوقائع القانونية عن التصرف القانوني .

الفرع الأول

أنواع الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض

تنشأ الحقوق وتقوم مستنده إلى القانون، إذ يعد القانون مصدراً لكل الحقوق عن طريق إقراره لها، ويعتبر القانون على هذا النحو المصدر البعيد أو غير المباشر للحقوق، أما المصدر المباشر أو القريب فيتمثل في الوقائع التي يحددها القانون، والتي بوجودها يوجد الحق، فمثلاً عندما يشتري شخص من شخص آخر شيء معين يعتبر المصدر المباشر لحق ملكية الشخص للشيء المبيع عقد البيع ويعتبر القانون المصدر البعيد أو غير المباشر عن طريق اعترافه بهذا العقد وهكذا، وتنصب دراستنا هنا على أنواع الوقائع القانونية، وكما تبين لنا ان الواقعة القانونية عبارة عن كل أمر يحدث يرتب القانون على حدوثه أثر معين يتمثل في إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه. وتنقسم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية ووقائع اختيارية، وتنقسم الوقائع الاختيارية إلى أعمال مادية وتصرفات قانونية.

ويتبين من تعريف الفقهاء للواقعة بانها عمل مادي يترتب عليه نتيجة قانونية، سواء أرادها الانسان أو لم يرددها فالعمل غير المشروع هو عمل مادي اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب من النتائج القانونية، والتصرف عمل مادي اختياري يريد صاحبه هذه النتائج والاتصاق والفضالة من الاعمال المادية الاختيارية التي قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريد لها .

فتتنوع الوقائع القانونية التي يتم من خلالها نقل ملكية العقار بين افعال مادية ينتج عنها اثراً قانونياً يتمثل بنقل ملكية العقار كالموت ويترك المورث تركة تنتقل الى الوارث من ضمنها ملكية عقار معين، وكذلك لو أوصى شخص ما بملكية عقار الى شخص ما سواء كان من الورثة ام من غيرهم وكذلك الانتقال والوقف.

و وقائع قانونية اخرى تصدر من الشخص وهو قاصد النتيجة المترتبة على الفعل الصادر منه وغالبا ما يتم ذلك بموجب اتفاق يتم بين طرفين، يرميان فيه الى انتقال ملكية عقار معين لكن دون مقابل

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
كالهبة بدون عوض والوقف، تمتاز الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض بميزة معينة تكمن في مدى اعتبار هذه الوقائع ناقلة للملكية العقارية بغير عوض، وقد درج الفقهاء الى تقسيم الوقائع الى :

١. الوقائع الطبيعية:

هي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، ويرتب القانون عليها آثاراً قانونية معينة، سواء كانت هذه الآثار مكسبة للحقوق أو في انقضائها كالحوادث الفجائية^(١)، فتعتبر الفيضانات و الزلازل و واقعة الميلاد و الوفاة لما يترتب عليها من انتقال أملاك و أموال المتوفي الى ورثته وانشاء واقعة الارث بصفة قانونية^(٢).

فقد تكون الوقائع الطبيعية أحيانا في حد ذاتها مصادر مباشرة لإنشاء و قيام الحقوق بحيث لا تكون لإرادة الأشخاص أي أثر قانوني في وجودها و بالتالي فإن الواقعة الطبيعية تحدث بفعل الطبيعة، و تحدث آثاراً قانونية في إنشاء الحق لا دخل للإنسان فيها و هي قد تكون متصلة بالإنسان و قد لا تكون متصلة به فمثلا واقعة الميلاد و الوفاة، فهي متصلة به فبميلاد الانسان تبدأ شخصيته القانونية و بها يثبت النسب كما يترتب عليها الشخصية القانونية للمتوفي و تصفية ذمته المالية كما أنها تثبت حق الورثة في الميراث و حق الموصي لهم، أما الوقائع الطبيعية الغير متصلة بالإنسان فهي ترتب حقوقاً أيضاً فالثمار التي تنشأ في الأشجار ترتب حق ملكية لصاحبها بالرغم من أنها تنشأ بفعل الطبيعة^(٣).

(١) ينظر محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ج٢، ٢٠٠٨، ص ٢٨١.

(٢) ينظر محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، معهد الحقوق و العلوم الادارية بن عنكون، الجزائر، ص ١٣٥.

(٣) ينظر سعيد حميد، مصادر الحق، بحث منشور على الموقع الالكتروني

٢. الوقائع الاختيارية:

وهي الاعمال المادية والأفعال التي تصدر عن الإنسان فيرتب عليها القانون آثاراً قانونية، وبغض النظر عن انصراف إرادة الشخص إلى إحداث هذه الآثار أم لا أو لم تتجه أصلاً إلى إحداث آثار قانونية، فالقانون يرتب على هذه الأعمال آثاراً قانونية دون أن يعتد بالإرادة، فترتيب الأثر القانوني يكون ناجماً عن وقوع الفعل ليس إلا، وعليه تنقسم الأعمال المادية بهذا الخصوص إلى أعمال مادية لم يقصد فاعلها ترتيب الآثار القانونية على الفعل، وإلى أعمال مادية تنصرف إرادة الشخص عند مباشرتها إلى إحداث آثار قانونية فتعتبر مصدراً للحق نتطرق لها تباعاً:

أولاً: أعمال لا تنصرف إرادة الشخص عند مباشرتها إلى إحداث آثار قانونية و تتمثل هذه الاعمال بالفعل الضار و النافع، ويقصد بالفعل الضار العمل المادي الذي يقوم به الشخص ويلحق ضرر بالأخرين لكن عن قصد أو إهمال أو تقصير وقد يقع على النفس كالقتل و الجرح و الايذاء وقد يقع على المال كالإتلاف أو التعدي أو الغصب ويلتزم مرتكب الفعل بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ والضرر وعلاقة سببية بينهما، فالفعل الضار يلزم مرتكبه بتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر بسبب خطأ^(١)، وقد اشار المشرع العراقي في القانون المدني^(٢) الى ان أي عمل ينتج عنه ضرر يسبب خطأ سواء كان متعمداً أو دون إرادة الفاعل فينتج عن هذا العمل التزام بتعويض المضرور.

ويقصد بالفعل النافع كل عمل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب غيره دون سبب قانوني مشروع، فعلى كل من يثري على حساب غيره دون سبب قانوني أن يعرض الطرف المفترق نتيجة

(١) ينظر شوقي بناسي، مصدر سابق، ص ٥٤٩.

(٢) تنص المادة (١٨٦) الى (إذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى. ٢ - اذا اجتمع المباشر و المتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان) و (٢٠٤) (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر اخر غير ما ذكر في

المواد السابقة يستوجب التعويض) القانون المدني العراقي النافذ.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

الإثراء بقدر ما أثرى به وفي حدود ما لحق المفترق من خسارة، أي يلتزم المثري على حساب غيره برد أدنى القيمتين، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار. وعليه تقوم قاعدة الإثراء بلا سبب على ركنين الأول هو إثراء يترتب عليه افتقار مقابل، والثاني هو انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء، فمثلاً إذا قام شخص باستخدام أدوات غيره في البناء على أرضه، فيعتبر أنه أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني وفي المقابل أصاب صاحب الأدوات بافتقار، فيلتزم في هذه الحالة بتعويض المفترق، أو أن يقوم المستأجر بإجراء إصلاحات في العين المؤجرة في حين أنها تقع على عاتق المؤجر، فيعتبر أن المؤجر أثرى بلا سبب على حساب غيره (المستأجر)، ويكون للمستأجر أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

و قد عالجه المشرع العراقي في موضوع الكسب دون سبب و المدفوع دون حق في القانون المدني العراقي^(١)، فمن دفع شيئاً ضائعاً انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق، اذن كل شخص قام بعمل مع الغير يعود عليه وعلى الغير بالنفع لكن ليس هنالك ما يلزمه فعليه ان يقوم بتعويض الضرر بقدر ما عاد عليه بالنفع ، ومن تطبيقات الكسب دون سبب، دفع غير المستحق و قضاء دين الغير، والذي يتمثل في أن يقوم شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيجب في هذه الحالة على الموفي له أن يرد ما أخذه لأن في احتفاظه به إثراء على حساب غيره.

(١) تنص المادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ على (١- من دفع شيئاً ضائعاً انه واجب عليه فتبين

عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.٢- وإذا كان من تسلّم غير المستحق سيء النية وقت

التسلّم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استقاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان

تسلّم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما استقاده او كان

يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيئ النية او ضاع ولو بغير

تعد منه) .

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

فكل فعل أو عمل يقوم به الانسان يحدث آثاراً قانونيةً و تترتب عليها حقوق مثل الاعتداء على شخص فهو يترتب أثراً ينشأ عنه حق للمعتدى عليه و هذا الفعل أو العمل إما ان يكون صادراً عن إرادته أو عن خطأ منه، فالشخص الذي يشتري عقاراً اتجهت إرادته مباشرة الى حق الملكية، أما الشخص الذي يضرب شخصاً آخر فلم تتجه إرادته الى اعطائه حق التعويض بل الى إحداث ضرر، و عليه فإن هذه الارادة اما ان تتجه الى فعل ضار أو نافع الا أنها في كل الاحوال تترتب عنها حقوقاً.

ثانياً: اما الاعمال المادية التي تنصرف إرادة الشخص عند مباشرتها الى إحداث الاثر القانوني و تتمثل بالاستيلاء و الحيازة والتقادم المكسب.

يقصد بالاستيلاء أحرار منقولٍ مباحٍ لا مالك له^(١)، ويقصد به تملك شيء مباح لا مالك له بنية تملكه، حيث يعد الاستيلاء سبباً لكسب ملكية الأشياء التي لا مالك لها، ويرد الاستيلاء على المنقول فقط لأن العقارات أو الأراضي الموات التي لا مالك لها تعتبر مملوكة للدولة، وقد يكون المنقول بلا مالك منذ البداية، وقد يكون للمنقول مالك ويتخلى عنه بأن يلقي به في الشارع مثلاً، أو في الأماكن المعدة لرمي المهملات، وفي كلا الحالتين إذا وضع شخص يده على المنقول بنية تملكه فإنه يصبح ملكاً له بالاستيلاء.

أما الحيازة يقصد بها وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق^(٢)، والحيازة ركنان: ركن مادي يتمثل في

(١) تنص المادة (١٠٩٨) من القانون المدني العراقي النافذ على (كل من احرز منقولا مباحا لا مالك له ملكه.٢- والاحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء كحصد الكلاء و الاحتطاب من اشجار الجبال، و يكون حكيماً بتهيئة سبب الإحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة الصيد)

(٢) تنص المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي النافذ على (١- الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق.٢- ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص انه مجرد اباحة، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه، و كذلك لا تقوم على اعمال منقطعة) .

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة ومباشرة الأعمال المادية التي يباشرها المالك عادة في ملكه، وركن معنوي يتمثل في انصراف نية الحائز إلى تملك الشيء والظهور عليه بمظهر المالك، وإذا توافرت أركان الحيازة فإنها تؤدي إلى كسب ملكية المنقول في الحال متى اقترنت بحسن النية وأستندت لسبب صحيح، إذ أن اكتساب ملكية المنقول بالحيازة يحكمه قاعدة مقتضاها أن الحيازة في المنقول بحسن النية سند الملكية، وعليه إذا كان الحائز للمنقول حسن النية بعدم علمه بأنه يحوز شيئاً مملوكاً للغير وكان يستند إلى سبب صحيح يتمثل بتصرف قانوني أل إليه المنقول بناءً عليه فإنه يكتسب ملكية المنقول بمجرد الحيازة، ومثال ذلك أن يشتري شخص من آخر منقول ثم يتضح بعد ذلك أن البائع ليس بمالك لهذا المنقول، إلا أن المشتري حاز المنقول وبأشرف عليه سلطته وظهر عليه بمظهر المالك وبنية تملكه، ففي هذه الحالة يملكها توافر حسن النية^١ لديه والسبب الصحيح.

وعن طريق التقادم المكسب باعتباره فعلاً مادياً أراد الشخص الفعل والأثر فهو عبارة عن نظام أو وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه بمقتضى حيازة مستمرة لمدة معينة، إذ تكتسب ملكية العقارة عن طريق وضع اليد عليه وحيازته حيازة قانونية هادئة وتوافر أركانها (الركن المادي والركن المعنوي) مع مرور مدة زمنية على وضع اليد يحددها القانون غالباً بخمس عشر سنة، وفي حالة عدم توافر الشروط اللازم توافرها لكسب ملكية المنقول عن طريق الحيازة كما سبق بيانه بأن كل حائز حسن النية أو لم يتوفر لديه سبب صحيح يستند عليه في حيازته، فإنه يستطيع أن يملك المنقول بالتقادم المكسب بخمس سنوات .

(١) تنص المادة (١١٦٣) (١-١) من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب

صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد.٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية و وجود السبب

الصحيح، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

عليه يتضح ان الوقائع تنقسم الى: الوقائع المادية الطبيعية والوقائع المادية الاختيارية، والجدير بالذكر ان الواقعة القانونية حدث مادي ينتج اثرًا قانونياً لا ارادياً من قبل صاحبه ويضعها المشرع ضمن مصادر الحقوق ويرتب على تحققها جملة من الاثار الخاصة، وتتنوع هذه الاثار الى نوعين: آثار خاصة بوقائع قانونية طبيعية كنشأة الحق بالنسبة لواقعة الحمل والولادة أو الحد منه كعدم بلوغ سن معينة أو نقله من ذمة مالية الى اخرى كالموت أو الاشتراك في نشأته وسقوطه في نفس الوقت كمرور الزمن، أما الوضعية المادية فهي عبارة عن حدث مادي لا ينتمي لأي تصنيف مسبق من قبل المشرع^(١).

وما يهمننا من الوقائع بصورة عامة وأياً كان نوعها هو ان تؤدي هذه الوقائع الى تصرف عقاري، والتصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة^(٢)، فبعض الوقائع الفعلية المادية أو القولية القانونية قد لا تؤدي الى تغيير الحقوق العينية العقارية فلا تعد من التصرفات العقارية وكذلك بعض الوقائع القانونية التي يمكن اجراءها بموجب سندات عادية كعقد الايجار مثلاً الذي ينشئ حقوقاً شخصية للمستأجر على العقار لا يعد تصرفاً عقارياً لأنه لا يؤدي الى تغيير في الحقوق العينية العقارية إذ ان المحل المباشر لهذا الحق هو ذمة مالك العقار، ولكن توجد التصرفات الفعلية المادية الاخرى التي تؤدي الى تغيير في الحقوق العينية العقارية كتصحيح الجنس أو الافراز والتوحيد مثلاً فأنها تعد تصرفاً عقارياً وكذلك بعض الوقائع والتصرفات القانونية التي تؤدي الى تغيير في الحقوق العينية العقارية كالبيع والهبة والوقف وحقوق الارتفاق والرهن^(٣).

(١) ينظر نبيلة الكراي الوريدي، حائز العقار، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص ٣٨.

(٢) تنص المادة (٣-١) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ على (التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الاصلية و التبعية او نقله او تغييره او زواله و كل تصرف مقرر لحق من الحقوق).

(٣) ينظر مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٦.

الفصل الاول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
وقد نص قانون التسجيل العقاري في المادة (٢)(١) منه على اختصاص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل حق الارث والانتقال بالاستناد الى واقعة مادية طبيعية هي الوفاة، فالأصل في اختصاص السجل العقاري ان أي تغيير في الوضع القانوني للعقار بسبب التصرف أو الوفاة يجب تسجيله في السجل العقاري.

(١) تنص المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ على (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية و الاحكام القضائية الحائزة درجة البات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية و التبعية و انتقال هذه الى الخلف العام) .

الفرع الثاني

تمييز الواقعة القانونية عن التصرف القانوني

هنالك وقائع ترجع لإرادة الانسان وهي ليست بأعمال مادية بل أعمال ارادية والمقصود بالأخير هو عمل الارادة المحضة التي تتجه الى احداث نتائج قانونية معينة ومثل هذه الوقائع تسمى اعمالاً قانونية تميزاً لها عن الاعمال المادية ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية و الوقف و الوعد بالجائزة ويسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر وهذا هو العقد، ومن هذا المنطلق نرى ان الوقائع هي مصادر الروابط القانونية و الوقائع أما أن تكون وقائع طبيعية أو اختيارية وتصنف الاخيرة الى وقائع مادية و أعمال قانونية وتقسم الاعمال القانونية الى أعمال صادرة من جانب واحد وأعمال صادرة من جانبيين والقانون هو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع و الأعمال جميعاً^(١)، ولهذا يتبين لنا ان الوقائع المادية: هي كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان و يترتب عليه اثر قانوني كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كلياً، أما الاعمال القانونية: فهي إرادة تتجه لإحداث اثر قانوني وهو ما يطلق عليه بالواقعة القانونية و هي عبارة عن مركب من واقعة مادية وتصرف قانوني كالشفعة إذ اقترن فيها بيع العين المشفوع فيها بالشيوع أو بالجوار وكل ذلك واقعة مادية ثم يضاف اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني .

والترتيب أعلاه للوقائع القانونية تظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق العينية، الأولى انه يفسر بعض المسائل الغامضة كاعتبار الشفعة حق عيني أم هي غير ذلك، وكذلك طبيعة الحياة، وما وجده فقهاء القانون^(٢) ان لا الشفعة و لا الحياة بحق عيني أو حق شخصي، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية فهما ليستا بحقوق، بل مصدران للحقوق ولا يصح أن يقال عنهما حق شخصي أو حق عيني بقدر ما لا يصح ان يقال عنهما عقداً وهذا الامر له من الاهمية

(١) ينظر السنهوري، الوسيط، نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) السنهوري، المصدر اعلاه، ص ١٣٢.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض
العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً انه لا يجوز لدائني الشفيع ان يستعملوا الشفعة باسم مدينهم، ويعود السبب، والذي ضلل الناس في أمر الشفعة هو انها تجعل الشفيع بالنسبة الى العين المشفوع فيها في منزلة من الحق في ان يملكها وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك، أذ يكون الشخص اجنبياً عن الشيء، وحق الملكية بالكامل، حيث يكون للشخص حق عيني في الشيء ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع فهو ايضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذي أصبح مالكا عند تمام البيع^(١).

اما الميزة الثانية فأن هذا الترتيب يزيل لبساً نشأ من عدم الدقة في تعريف العمل المادي و العمل القانوني، فقد جرى الفقهاء على تعريف العمل المادي بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التي تترتب عليها، أما العمل القانوني فواقعة اختيارية يقصد نتائجها القانونية وبناءً على هذا التعريف نستطيع القول ان الاستيلاء و الحيازة هي اعمالاً قانونية لأن من قام بها يقصد النتائج المترتبة على فعله، ولكن القول بذلك يخالف المعقول فمن غير الممكن التسليم بأن الاستيلاء والحيازة من الاعمال القانونية لذلك يخرجها بعض الفقهاء من دائرة هذه الأعمال وتصنيفها ضمن الاعمال المادية، لذلك وجب ان يصحح تعريف العمل المادي و العمل القانوني، فالأول هو عمل مادي يقع من الانسان باختياره، سواء أراد النتيجة القانونية التي تترتب عليه أو لم يرد، فالفعل الضار هو عمل مادي اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية، والاستيلاء عمل مادي اختياري يريد صاحبه هذه النتائج، والاتصاق و الفضالة من الاعمال المادية الاختيارية التي قد يريد صاحبها نتائجها القانونية و قد لا يريد، أما العمل القانوني فليس بعمل مادي، بل هو إرادة محضة تتجه لإحداث نتيجة قانونية معينة، فالذي يميز بين العمل المادي والعمل القانوني ليس هو كما يظن الكثيرون ان الأول لا يقصد نتيجته القانونية، و الثاني تقصد منه هذه النتيجة، ولكن المميز بين العمليين هو ان الأول مادي و الثاني غير مادي أو هو مجرد إرادة تتجه لإحداث اثر قانوني^(٢).

(١) ينظر د. السنهوري، الوسيط، نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٢) ينظر د. السنهوري، الوسيط، نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٣٣.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

كما و يمكن تمييز طائفة ثلاثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة و الوقائع المختلطة، فإذا كانت الواقعة تتركب من واقعة مادية و عمل قانوني، كانت مركبة، ومثالها الشفعة، إذ يقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوخ أو الجوار، وهذه واقعة مادية و بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا عمل قانوني، اما اذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيها العنصر المادي بعنصر الإرادة، كانت الواقعة مختلطة مثال ذلك الاستيلاء الذي اختلطت فيه الحياة المادية بإرادة المستولى في ان يملك في الحال، ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ومثل ذلك ايضاً الوفاء، الذي اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء وهو عنصر مادي، بالاتفاق على انقضاء الدين وهو عنصر إرادي، ولكن العنصر الإرادي هنا هو المتغلب ومن ثم يلحق الاستيلاء بالوقائع المادية، ويلحق الوفاء بالتصرفات القانونية^(١).

ويقصد بالتصرف القانوني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فقد يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديل أو تغييره أو انقضاؤه، ويختلف التصرف القانوني عن الوقائع الطبيعية والأعمال المادية أنه لا بد وأن يظهر فيه اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني، إذ أن قوام التصرف القانوني الإرادة، ومن أمثلة التصرفات القانونية البيع، الهبة، والوصية وغيرها.

والتصرف القانوني إما أن ينعقد بتوافق إرادتين وفي هذه الحالة يكون عقداً، مثل عقد البيع حيث يلزم لانعقاده توافق إرادتي البائع والمشتري، وأما أن ينعقد بإرادة واحدة ويسمى في هذه الحالة بالتصرف الإرادي المنفرد ومثاله الوصية إذ تتعد بإرادة الموصي ودون حاجة لقبول الموصي له.

وللتصرف القانوني تقسيمات عديدة حسب الزاوية التي ينظر منها له، فمن حيث الأثر المترتب عليه، ينقسم إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً وتصرفات ضارة ضرراً محضاً وتصرفات دائرة بين النفع والضرر، وتنقسم التصرفات القانونية من حيث وجود المقابل من عدمه إلى تصرفات بعوض، وتصرفات

(١) ينظر د. السنهوري، المصدر نفسه، ص ٢٥.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

بدون عوض (تبرع)، والتصرف بعوض هو الذي يأخذ فيه المتصرف مقابلاً لما يعطي، كعقد البيع وعقد الإيجار.. الخ، أما التصرف بدون عوض فهو الذي يعطي فيه المتصرف ولا يأخذ كالهبة والوصية والوقف، وتنقسم التصرفات القانونية من حيث وقت ترتيب آثارها إلى تصرفات بين الأحياء وتصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، والتصرف بين الأحياء هو التصرف الذي تترتب آثاره في حياة من أبرمه مثل البيع والهبة... الخ، أما التصرف المضاف إلى ما بعد الموت فتترتب آثاره بعد موت مبرمه مثل الوصية. وعلى الرغم من انهما يصنفان ضمن الوقائع القانونية الا انهما يتميزان بفوارق عديدة، تتمثل من حيث وجود الإرادة ودورها فالإرادة هي جوهر التصرف القانوني ولا يمكن ان يوجد بدونها لذا جرى الفقه على تغليب مبدأ سلطان الإرادة في التصرف القانوني وانعدامها في الوقائع المادية كالوفاة و الولادة^(١)، وقد توجد في الوقائع المادية الاختيارية .

اما من حيث الاثر القانوني فنلاحظ ان الارادة هي جوهر التصرف القانوني فهي التي تحدد انشاؤه و ايقاعه و أثره باعتباره متجه اليه مما يتطلب ارادة العمل، و النتيجة القانونية بالمقابل نجد ان الواقعة المادية تتمحور بالعمل المادي والاثر المترتب عليه لا يكون بإرادة الفاعل بل بالزام القانون سواء اتجهت اليه الارادة ابتداءً كما في الوقائع الطبيعية، أو وجدت كما في الاختيارية وفي الحالتين يبقى القانون هو سيد الموقف في ترتيب الأثر القانوني في الوقائع المادية.

وهناك فرق واضح بين التصرف القانوني و الوقائع المادية، فالتصرف القانوني إرادة تتجه احداث أثر قانوني معين، فيرتب القانون عليها هذا الأثر، ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي هو التعبير، فأن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير، كقاعدة عامة، إلا عن طريق الكتابة، وذلك لاعتبارين أساسيين، الأول لأن التعبير عن إرادة تتجه لإحداث اثر قانوني في أمر دقيق، قد يغم عن

(١) ينظر شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي و

التشريع المصري واجتهاد القضاء الفرنسي، ط١، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ص٥٩٢.

الفصل الأول: مفهوم التسجيل العقاري للواقعة القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

الشهود فلا يدركون معناه، ولا يؤدون الشهادة فيه بالدقة الواجبة، والثاني التصرف القانوني، فوق ذلك هو الذي تستطيع تهيئة الدليل الكتابي عليه وقت وقوعه، ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً، أما الواقعة المادية فلا يقوم في شأنها أي من الاعتبارين المتقدمين، فهي تقع ويراها الناس ولا يختلف افهامهم كثيراً في روايتها كما وقعت، وهي ليست من الدقة و التعقيد بالمنزلة مع التصرف القانوني، فهل يكون ميسوراً تسجيلها بالكتابة عند وقوعها فقليل من الوقائع تيسر لها ذلك باعتماد المشرع، لها لخطورتها كواقعة الميلاد و الموت، فأوجب الكتابة فيها على نحو خاص، اما الكثرة الغالبة من الوقائع المادية التي تحدث اثاراً قانونية فلا يتييسر إثباتها بالكتابة مكتفين بالبينة و القرائن و غيرها من وسائل الاثبات^(١) .

لذا نلاحظ ان المشرع قد اطلق في الوقائع المادية جميع طرق الاثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن بينما في التصرف القانوني لا يجوز اثباته الا بالكتابة^(٢) .

(١) ينظر د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأثبات - آثار الالتزام،

دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٣٤١ .

(٢) ينظر سماوي شيماء واخرون، الواقعة المادية و دورها في الاثبات، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٩،

ص ١٠ .

الفصل الثاني

احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض

المبحث الأول: تطبيقات الواقعة القانونية الناقلة للملكية بلا عوض

المطلب الأول: الوقائع القانونية الناقلة للملكية الحاصلة اثناء الحياة

المطلب الثاني: الوقائع القانونية بعد الوفاة

المبحث الثاني: اشكاليات وآثار تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض

المطلب الأول: اشكاليات تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض

المطلب الثاني: آثار ابطال التسجيل العقاري للوقائع القانونية

بلا عوض

تمهيد و تقسيم :

بعد ان أنتهينا من البحث في مفهوم التسجيل العقاري والوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض وتصدينا لتعريفهما وشروطهما و خصائصهما والانواع وحددنا الطبيعة القانونية للوقائع وابرزنا أهم خصائص الوقائع القانونية، خصصنا هذا الفصل لتسليط الضوء على احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض .

فتتعدد الطرق التي يتم من خلالها نقل الملكية، وكما هو معلوم ان الحق العيني الاصلي قد يتم نقله عن طريق العقد كالبيع أو الهبة أو عن طريق الإرث أو الانتقال أو الوصية أو الوقف، ولذا ادركت مختلف الشرائع حقيقية و أهمية الملكية فلجئت الى وضع نظم كفيلة لحماية الحقوق القانونية المترتبة على هذه الوقائع القانونية الواردة على العقار في سبيل اتاحة العلم و الاشهار لكل من يرد ان يتعامل بهذه الملكية العقارية، وتصب هذه الحماية في هدف استقرار الملكية العقارية و الائتمان العقاري باختلاف نوع الانظمة العقارية المتبعة والتي سبق بحثها في الفصل الأول من هذه الدراسة.

وهنا لابد من البحث في ماهية الاحكام القانونية التي تحيط الوقائع القانونية الناقلة للملكية مسلطين الضوء بصورة خاصة على الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض موضوع البحث متطرقين الى الوقائع القانونية التي تتم اثناء حياة المتصرف المالك، ويكون عن طريق الهبة بلا عوض و الوقف من جانب، والوقائع القانونية التي تتم على العقار من قبل المتصرف المالك بعد وفاته متمثلة بواقعة الارث و الانتقال و الوصية من جانب آخر.

وبعد البحث والدراسة وجدنا ان لكل تصرف عقاري ضمن الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض بعض الاشكاليات و الآثار التي يترتب عليها سواء كانت بتسجيل الواقعة أو تخلفها تاركة اثاراً قانونية و مادية على اطرافها وعلى الغير، وبالتالي يتوجب استحصال الحق عن طريق القضاء بموجب دعوى قانونية، لهذا ارتئينا ان نتطرق لها بحثاً، فخصصنا المطلب الأول للبحث بالاشكاليات التي تترتب على تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض وخصصنا الثاني للبحث في الآثار التي تترتب على تخلف التسجيل العقاري للوقائع القانونية بلا عوض.

المبحث الأول

تطبيقات الواقعة القانونية الناقلة للملكية بلا عوض

كما هو معلوم ان طرق نقل الملكية كثيرة ومتعددة من قبل المالك في اثناء حياته، منها البيع وهو من أبرز طرق نقل الملكية وأكثرها وقوعاً وقد اشارت المادة (٢٠٣-١) من قانون التسجيل العقاري العراقي على ان ينعقد البيع الوارد على حق الملكية العقارية والافراغ ببديل الوارد على حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة حصراً بدوائر التسجيل العقاري، ويسجل بعد أخذ اقرار الطرفين بذلك^(١)، وكذلك الافراغ اذا كان بعوض، فيسري عليه ما يسري على البيع من احكام وشروط التسجيل في السجل العقاري، والهبة بعوض، والوقف، ولكن لو عدنا الى نطاق الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض، فلا بد من ان نخرج من دائرة البحث كل واقعة قانونية بعوض وتشمل البيع والافراغ والهبة بعوض وإذ تتعدد طرق اكتساب الملكية العقارية بلا عوض والتي تكون اثناء حياة المالك للعقار وتتمثل بالهبة والوقف كونهما صادرين من شخص المالك ومرتبطة التزاماً قانونياً وتصرفاً عقارياً بنقل ملكية عقار معين دون مقابل أو عوض وأما ان تكون بعد الوفاة متمثلة بالوصية والميراث والانتقال .

ويتحدد نطاق البحث بالهبة بلا عوض والوقف فقط باعتبار هذه الوقائع القانونية ناقلة لملكية العقار وتصرفاً عقارياً قانونياً اثناء حياة المالك للعقار و واقعة الارث و الانتقال والوصية باعتبار وقائع تطرأ بعد الوفاة،

لذا ارتئينا ان نسلط الضوء على تطبيقات الواقعة القانونية بلا عوض اثناء الحياة في المطلب

الأول وخصصنا الثاني لتطبيقات الواقعة القانونية بلا عوض بعد الوفاة وتطرقنا لها تبعاً.

(١) ينظر مصطفى مجيد، مصدر سابق، الجزء ٣، ص ٥.

المطلب الأول

الوقائع القانونية الناقلة للملكية الحاصلة اثناء الحياة

تُعد الهبة والوقف وقائع قانونية وشرعية، مباحة شرعاً وقانوناً، احتلت حيزاً هاماً في المصنفات الفقهية و القانونية، نظمت بقواعد معينة وفق ضوابط محددة لتحقيق الغايات التي نشأت من أجلها، واستطاعت ان تلعب دوراً هاماً في العلاقات الاجتماعية من خلال بث روح التعاون والتضامن والتكافل الاجتماعي بين الافراد .

وللهبة أهمية كبيرة في الحياة العملية والقانونية وهي في الحقيقة تصرف خطير يتطلب جدية وجراءة من الشخص لكي يتنازل عن جزء من ماله، لأنها تكون ذات تأثير كبير على الوضع المالي له وبالتالي تفتقر ثروته، ونظراً لأهميتها فقد كانت محل بحث من طرف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية على اختلافها، ولأنها من الاحوال العينية وليست الشخصية و أحكامها لا بد من ان يكون مكانها القانون المدني، لذا فقد نظم أحكامها القانون المدني في الفصل الثاني الفرع الأول المواد من (٦٠١ - ٦٦٥)، ويعدّ الوقف من الانظمة المهمة التي تركت بصمتها البارزة على الحياة في المجتمع الاسلامي منذ نشأته الى وقتنا الحاضر وطغيان آثاره الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع الاسلامي، وبما ان واقعة الهبة والوقف من تطبيقات الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض عليه لا بد من الوقوف على تعريفهما وبيان أركانهما في الفروع الآتية تباعاً.

الفرع الأول واقعة الهبة

رفعت الشريعة الاسلامية السماح من شأن التبرع وأوجدت له نظم وتنظيم شرعي وقانوني، ودليل ذلك ما أولته النصوص التشريعية والثروة الفقهية ومدونات القضايا والمسائل العديدة التي أعلنت من شأن التبرع وأولته اهمية فائقة^(١)، وتوجب البحث في واقعة الهبة ان نسلط الضوء على تعريف الهبة فتطرقنا الى التعريف الفقهي و التشريعي ومن ثم سلطنا الضوء على أركانها تباعاً:

أولاً: تعريف الهبة

١. التعريف الفقهي:

عرفت الهبة^(٢) اصطلاحاً عدة تعريفات، فعرفها الأمامية بانها تملك عين من دون عوض عنها وهي عقد يحتاج الى ايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له بلفظ أو نقل بدل على ذلك^(٣)، وعرفها الحنفية بانها تملك العين بلا عوض، أي ان كل شخص يملك عيناً ملكاً صحيحاً يستطيع ان يهبها للغير من دون عوض في الحال أو المستقبل أثناء حياته^(٤)، بينما ذهب المالكية الى ان الهبة نوعان:

(١) ينظر في ذلك: سماحي خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر، بلقايد تلسمان، ٢٠١٣ م، ص ٧.

(٢) عرفت الهبة لغةً، العطية الخالية من العواض والأغراض فاذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، وهو من صيغ

المبالغة، وتعني الهبة كذلك التبرع والتفضل على الغير، ولو بغير مالٍ بكل ما ينتفع به محمد كامل مرسي،

شرح القانون المدني، العقود المسماة، الطبعة الثانية، بلا سنة طبع، ص ١٧.

(٣) الكتب الفتوائية لسماحة المرجع الديني الاعلى آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل

المنتخبة، الطبعة الجديدة المنقحة، بتاريخ (٢١-شوال-١٤٣٦) الموافق (٧-اب-٢٠١٥) .

(٤) ينظر د. حسين محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الدار الجامعية

الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٩.

هبة لغير الثواب وهبة الثواب، وعرف المالكية لتعريف الهبة بأنها تملك العين بلا عوض حال الحياة تطوعاً وقد زاد الفقه الشافعي كلمة تطوعاً من الفقه الحنفي وذلك لكي يخرج الواجبات كالزكاة والندرة والكفارات^(١)، وكان رأي الحنابلة ان الهبة والصدقة والعطية معانٍ متقاربة وكلها تملك في الحياة بغير عوض والهبة مشروعة مندوباً فيها وقد ثبتت مشروعيتها في الشريعة الاسلامية بالدليل الكتابي في قوله تعالى ((فأن طبن لكم من شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً))^(٢) وقال عز وجل ((واتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل))^(٣)، ومن السنة النبوية ما روي عن ابي هريرة انه قال رسول الله عليه الصلاة والسلام (تهادوا تحابوا)^(٤) وانعقد الاجماع على استحباب الهبة لجميع انواعها قال الله تعالى في سورة المائدة ((وتعاونوا على البر والتقوى)) وهي للأقارب افضل لأن فيها صلة الرحم ولقوله تعالى في سورة النساء ((اتقوا الله الذي تسألون به والارحام)) ولما اخرجه البخاري ومسلم ان النبي عليه (صلى الله عليه و آله وسلم) قال (من أحب أن يبسط له في رزقه وينسأ له في اثره فليصل رحمه) و ما روي عن عمر بن الخطاب انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها ان لم يرضى عنها^(٥).

(١) ينظر محمد بن احمد الرملي، شرح زيد بن رسلان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة طباعة، ص ٢٥.

(٢) سورة النساء الآية ٤٠.

(٣) سورة البقرة الآية ١٧٧.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ -

٢٠٠٣، (٨٠/٦٠) ص ١١٩٤٦.

(٥) بدران ابو العينين بدران، الموارث والهبة والوصية في الشريعة الاسلامية ونصوص القوانين، مؤسسة شباب

الجامعية، الاسكندرية، مصر، ١٩٥٧، ص ٢١٧.

٢. التعريف التشريعي:

من الجانب التشريعي فقد عرفت التشريعات القانونية الهبة تعريفات كثيرة، عرفها القانون الروماني بانها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له يخشى ان تكون منيته قد دنت، كأن يكون موشكاً على الاشتباك في حرب أو في مبارزة أو كأن يكون مصاباً بمرض خطير، ولا ينتقل ملك الموهوب الى الموهوب له الا اذا مات الواهب قبله، فاذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها^(١)، وعرف القانون المدني الفرنسي الهبة في صريح المادة (٨٩٤) بانها (تصرف يتخلى به الواهب حالاً وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها)^(٢)، وذهب القانون المدني المصري في المادة (٤٨٦) الى تعريف الهبة بانها (١- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ٢- ويجوز للواهب، دون ان يتجرد عن نية التبرع، ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين).

وعرفها القانون المدني العراقي في المادة (١/٦٠١) على انها (الهبة هي تملك مال لأخر بلا عوض) و حقيقة هذا التعريف مستمد من الفقه الاسلامي باعتبارها عقد من العقود الناقلة للملكية المؤدية الى اغتناء من جانب وافتقار من جانب آخر ويكون وطنه هذه الواقعة ذات تأثير خطير على الذمم المالية لأصحابها من جهة وعلى الخلف العام واقتصاد البلد من جهة اخرى^(٣)، ان أهم ما يميز واقعة هبة

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، العقود التي تقع على الملكية المجلد الثاني الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص٦.

(2) La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se depouille actuellement et irrevocablement de la chose donnee en faveur du donataire qui l accepte). منقول عن بصغير

خالدية، الهبة في العقار، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٨٠ (٣) وذهب القانون المدني الجزائري بتعريف الهبة في المادة (٢٠٢) بانها (الهبة تملك بلا عوض) ويجوز ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام، يتوقف تمامها على انجاز الشرط) وعرفها القانون المدني التونسي في مجلة الاحوال الشخصية رقم (٢٠٠) (الهبة عقد يتم بمقتضاه تملك شخص اخر مالا بدون عوض، ويجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين رسمي، هبة العوض).

في العقار انها عقد ما بين الاحياء وتمليك بلا عوض بناءً على تصرف الواهب في عقاره على نية التبرع ونلاحظ ان المشرع العراقي قد تماشى ومبادئ الشريعة الاسلامية لارتباطه الوثيق بها .

ثانياً : اركان الهبة

تنشأ واقعة الهبة كغيرها من العقود الرضائية بتوافر عدة اركان كالرضا والمحل والسبب وباعتبار واقعة الهبة عقداً رسمياً استوجب القانون لقيامه ركن الشكل^(١)، وبطبيعة الحال لا بد من توفر شرط الحيابة أو القبض لتعتبر صحيحة ،فبالنسبة للرضا فالهبة لا تتم بإرادة الواهب وحده، إنما لا بد من ايجاب وقبول متطابقين، وأن يكون بين أحياء، فالهبة الى ما بعد الموت باطلة إلا اذا ثبتت الملكية في الحال وأرجئ التسليم لما بعد الموت^(٢)، ولا يشترط في الايجاب الفاظاً مخصصة بل يكون بكل ما يدل عليه مثل ان يقول شخص لأخر ملكتك وهبتك ،اهديتك وقبول الموجب له بلفظ رضيت وهذا ما تضمنته المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي ضمناً كون الموهوب عقار، عليه نجد انه لا بد من حتمية انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له^(٣)، والباحث يتفق مع هذا الامر كون حقيقة نقل ملكية العقار بالهبة لا تتم الا اذا استوفت الشكل القانوني بالتسجيل والذي يتطلب بدوره موافقة كل من الواهب والموهوب له، وقد نصت المادة (١٠٧) من قانون التسجيل العقاري بان (تسجل المعاملة في السجل العقاري اثر إكمال مراسيمها القانونية بموافقة رئيس دائرة التسجيل العقاري ان كانت غير تابعة للإقرار وبعد إقرار المتعاقدين امام الموظف المختص ان كانت من التصرفات الرضائية) وهذا ما اكدته ايضاً المادة (١٠٨) من قانون التسجيل العقاري التي نصت على (١- يجري الإقرار بالتصرفات العقارية او أي معاملة اخرى خاضعة للإقرار في دائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار ضمن منطقة اختصاصها

(١) تنظر المادة(٢١٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لعام ١٩٧١ النافذ.

(٢) ينظر د. انور طلبية، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، المكتبة القانونية دون سنة طبع، ص ٥-٦.

(٣) ينظر د. كمال حمدي، المواريث والوصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص ١٥٧.

ويجوز ان يتم خارجها ضمن منطقة الاختصاص بطلب يبين فيه العذر الذي يحول دون الحضور للدائرة) ويشترط في الرضا ان يكون صادراً من ذي اهليه، خالياً من عيوب الرضا، الا ان للهبه اهمية كبيرة حيث فرق المشرع بين اهلية الواهب واهلية الموهوب له، وشدد في اهلية الواهب، فيشترط اهلية التصرف للتبرع لان الواهب يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً، وفي مقابل ذلك يخفف القانون من اهلية الموهوب له فلا يشترط فيها اهلية التصرف بل يكفي بالتمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً^(١).

اما بالنسبة لعيوب الارادة فلا بد ان تكون ارادة الواهب خالية من الغلط، ومثال ذلك كأن يهب الواهب عقاراً على انه قطعة ارض ثم تبين انه منزل وهذا غلط في صفة جوهرية، أو أن يهب أرض معدة للسكن واذ هي موقع صناعي غير صالح للسكن، وقد تصاب إرادة الواهب بتغيير كأن يخدع الموهوب له الواهب ويجعله يتبرع بعقاره، وقد يكره عن طريق التأثير في نفس الواهب للعقار وقد يكون مادياً أو معنوياً، وعادة ما نجده في الهبات من الزوج على زوجته أو من الرئيس الى المرؤوسين، اما الاستغلال فكثيراً ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشاً بيناً أو هوياً جامعاً يحتمل التعادل بين التزامات المتعاقدين ويقل ما يأخذه المعنيون عما يعطيه، وأما محل واقعة الهبة فانه يتمثل بالشيء الموهوب والأصل في الهبة ان تكون عقد ملزم لجانب واحد، هو جانب الواهب الذي يبادر فيلتزم ومحل التزامه هو الشيء الموهوب^(٢)، ويشترط في العقار الموهوب ما يشترط في سائر العقود من شروط الوجود اثناء التعاقد ومعيناً أو قابل للتعيين وان يكون صالحاً للتعامل غير مخالف للنظام العام، وبصورة عامة جميع العقارات المملوكة ملكية خاصة تكون قابلة للهبة بدون عوض عكس العقارات التابعة للأملاك العامة التي لا يمكن ان تكون محلاً للهبة ولا التنازل عنها اصلاً^(٣)، ولا بد من ملكية الواهب للعقار الموهوب والا

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٢) ينظر د. انور طلبية، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٣) ينظر كمال حمدي، المصدر السابق ص ١٦٦.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

يكون تصرفاً فضولياً في ملك الغير و بالنسبة للسبب في الهبة الا وهو نية التبرع وهو الدافع الرئيس للتبرع، فالسبب المقصود في واقعة هبة العقار يأخذ بالمعنى الحديث أي الدافع للواهب لهبة العقار^(١)، وايضاً لا بد ان يكون السبب مشروعاً فإن كان غير مشروع كانت الهبة باطلة، ولو فرضنا ان هذه الشرعية غير موجودة في واقعة هبة عقار فأنا لا بد ان نميز بين فرضين الأول، اذا كان الدافع الى الهبة هو عدم مشروعية السبب كانت الهبة باطلة، والثاني لم يكن الشرط هو الباعث في الهبة تبقى الهبة صحيحة ويسقط الشرط.

أما الاركان الخاصة لواقعة الهبة فتكمن في الشكلية (التسجيل) والحياسة الفعلية إذ ان الهبة هي عقد رسمي استوجب القانون توفر التسجيل رسمياً في السجل العقاري وهذا ما اكدت عليه المادة (١٨٨٠) من القانون الفرنسي فالاصل يشترط في هبات المنقول ان تكون بمحرر رسمي، كهبات العقار والا كانت باطلة^(٢)، وهو ما نصت عليه المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي (اذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة) وذهبت في نفس السياق المادة (٢١٢) من قانون التسجيل العقاري بنصها على (١- تنعقد الهبة الواردة على حق الملكية العقارية والافراغ بدون بدل أو بعوض الوارد على حق التصرف في الاراضي الاميرية أو الموقوفة وفقاً غير صحيح حصراً بدائرة التسجيل العقاري وتسجل بعد اخذ إقرار الطرفين بذلك)، ان واقعة الهبة الناقلة للملكية العقارية تعتبر من العقود الشكلية رغم ان الاصل في الوقائع والتصرفات الرضائية ويبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع كثيراً ولدوافع قوية على عكس عقود المعاوضات^(٣).

(١) ينظر كمال حمدي، المصدر سابق، ص ١٦٦.

(2) 1880;Noviot – Des dons manuels et des donations deguisees.

(٣) ينظر د. اكرم أمين الخواري، العقود المدنية (الصلح و الهبة و الوكالة)، مطبعة النهضة، مصر، ص ١١١.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

عليه نصل الى ان واقعة الهبة في العقار عقد بلور مفهومها احكام الشريعة الاسلامية لكن وجدنا تنظيمها وتحديد اجراءاتها القانون وخصوصاً فيما يتعلق بعملية التسجيل والاعلان والتوثيق والبطلان الوارد على هذا العقد وشروطه والموانع التي تطرأ عليها ومدى ارتباطها بالملكية العقارية وبالتالي أي تعامل بخصوصها يتم وفق اجراءات معينة محددة وفق القوانين العقارية.

الفرع الثاني واقعة الوقف

يعد الوقف من المواضيع المهمة باعتباره نظاماً ذا صبغة شرعية وقانونية، يهدف الى وحدة المجتمع والتمسك ببلنته، وتبرز أهميته بصورة خاصة في حل الكثير من المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، لذا سنتطرق في هذا الموضع الى التعريف اللغوي والفقهي، ونسلط الضوء على التعريف القانوني والقضائي ونتوقف عند أركانه لبيان ماهيتها و تحديد شروطه على التوالي:

أولاً: تعريف الوقف

الوقف أو الحبس وسمي أيضاً بالمنع والتسبيل وهي مرادفات ثبتت في التعاريف اللغوية والاصطلاحية لواقعة الوقف، نتطرق لها بالتوضيح تباعاً:

١. التعريف الفقهي^(١)

يعرف الوقف في المعنى الاصطلاحي (الفقهي) تعريفات عديدة، اختلفت من مذهب لأخر وسبب الاختلاف يكمن في تحديد معنى الوقف، فذهب الحنفية الى القول بان الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تعود منفعتة للعباد^(٢)، وذهب الشافعية بتعريفه بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على معرف مباح موجود^(٣)، أما الحنابلة فعرفوه بحبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة الى الموقوف عليهم

(١) الوقف بفتح الواو وسكون القاف، مصدر الشيء وأوقفه بمعنى حبسه واحتسبه وتجمع على أوقاف و وقوف،

ابن منصور : لسان العرب ٣٥٩/٩ - ٣٦٠.

(٢) ينظر ابو البركات احمد بن محمد ابن احمد الدريني، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام

مالك، ج ٤، دار المعارف المصرية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٩٧-٩٨.

(٣) ينظر منصور بن يوسف بن ادريس البهوني، كشاف القناع على متن الاقناع، تعليق هلال مصليحي، ج ٤،

مكتبة النصر الحديثة، الرياض، ص ٢٤٠ - ٢٤١.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

ملكاً لا يبيح لهم التصرف المطلق فيه^(١)، بينما ذهب المالكية لجعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس^(٢)، وعرفه فقهاء الامامية بأنه تحبب الاصل وتسبيل المنفعة^(٣) وهو تعريف مطابق لتعريف الحنابلة، وقد اشترطوا القبض لكي يلزم الوقف بعد تمام الصيغة بشرط ان يتم القبض بإذن الواقف^(٤) ويلاحظ من هذا الشرط انهم قاموا بتصوير الوقف باعتباره هبة لأن الهبة لا تتم الا بالقبض^(٥).

ومن ضمن التعريفات العديدة للوقف كان تعريف الفقه الامامي الاشمل لأنهم أرادوا بكلمة (تحبب) من الحبس بمعنى المنع، ويقصد به إمساك العين ومنع تملكها بأي سبب من أسباب التملك وقولهم (الاصل) أي العين الموقوفة، أما (تسبيل المنفعة) أي اطلاق فوائد العين الموقوفة وعائداتها للجهة المقصودة من الوقف والمعنية به^(٦)، وهو المرجح لدينا لأنه عبر عن نظام الوقف بمعنى حبس العين ومنع التصرف فيها، والتصدق بمنفعتها على وجه التأييد.

٢. التعريف القانوني

يعد الوقف من العقود التي تدرج ضمن عقود التبرع، ونلاحظ بهذا الخصوص ان اغلب التشريعات القانونية لم تذهب لتعريف الوقف بصورة عامة بينما ركزت على تعريف أنواعه بصورة خاصة، فالمشروع الفرنسي لم يعرف التبرعات، لكنه عرف العطايا وعقد التفضل فعرف الاخير بانه (العقد الذي

(١) ينظر موفق الدين بن قدامه المقدسي المغني، المجلد ٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٨٥.

(٢) ينظر ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، ج ٢، ط ١، مطبعة الآداب - النجف الاشرف، ١٣٩٢

- ١٩٧٢ م، ص ٢٦٩.

(٣) العاملي، محمد بن جمال الدين مكي، اللعة الدمشقية، ط ١، مطبعة الآداب، النجف، ١٦٣، ١٩٦٧/٣.

(٤) العاملي، المصدر نفسه، ٣ / ١٦٦.

(٥) ينظر د. زياد خالد المفرجي، التنظيم القانوني لإدارة الأوقاف في العراق، ط ١، مكتبة الكويت الوطنية، ٢٠١١، ص ١٥.

(٦) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، مصدر سابق، ص ٢٤٠ - ٢٤٠.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

يقدم فيه احد اطرافه الى الاخر منفعة مجانية خالصة^(١)، وعرف العطايا بانها (التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أملاكه أو جزء منها أو حقوقه أو جزء منها لصالح شخص اخر)^(٢) .

وتجدر الإشارة الى انه لم يرد تعريف صريح لمصطلح الوقف في التشريع العراقي المدني، وانما ورد ذكر الوقف في عدة مواضع منها المادة (٦٨) حين أورد المشرع العراقي الحقوق العينية الاصلية التي تقع على الملكية، وكذلك المادة (١/١٣٠) حين اعتبر المشرع العراقي اموال الوقف من النظام العام وكذلك الاجراءات المتعلقة به، وبالتالي لا يجوز اعتباره محلاً للالتزام، و ورد مصطلح الوقف في قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣ لعام ١٩٧١) النافذ في المادة (٦) بنصها على (العقارات الموقوفة :تقسم الى قسمين :

- أ. الأوقاف الصحيحة : وهي التي كانت مملوكة ثم أوقفت الى جهة من الجهات بمسوغات شرعية.
- ب. الأوقاف غير الصحيحة : وهي ما كانت رقبتهأ أميرية وحقوق التصرف فيها أو رسومها أو أعشارها أو جميعها موقوفة تخصيصاً لجهة من الجهات) وبعد صدور قانون توحيد اصناف الاراضي رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ دخل هذا النوع من الأوقاف في عداد الاراضي المملوكة للدولة ولم يبق لهذه التسمية (الوقف غير الصحيح) مكان في التشريعات اللاحقة^(٣).

(1) Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l . une des parties procure a l. auter un avantage purement gratuit.)

(2) La liberalite est l . acte par lequel une personne dispse a titre gratuity de tout ou partie de ses biens o uses droits au profit d .unne autre personne.)

منقول عن د . عمار نكاح، نظام الوقف، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة

قسنطينة، ٢٠١٩ - ٢٠٢٠، منشور على الموقع الالكتروني :

fac . umc . edu .@com

(٣) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري العراقي، ج ٣، مصدر سابق، ص ١٨٠.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

والأوقاف الصحيحة حسب ما ورد في المادة (٤/١) من قانون ادارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ (الوقف الصحيح هو العين التي كانت ملكاً فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقار الموقوف) وهي الاراضي التي كانت رقبته ملكاً ثم وقفها مالکها لجهة من الجهات ابتداءً وانتهاءً، أو انتهاء فقط وفق احكام الشرع، على ان رقبة هذا النوع من الوقف والحقوق التصرفية فيه كافة تعود الى الوقف وتابعاً لشروط الواقف^(١) و ورد تعريف الوقف غير الصحيح في صريح الفقرة الخامسة من ذات المادة بانه (هو حق التصرف والعقر في الأراضى الأميرية المرصدان والمخصصات الى جهة من الجهات)، واستناداً الى التعريفات السابقة نجد انه يترتب على الوقف زوال ملك الواقف عن الموقوف، فيمتنع التصرف به اذ لا يباع ولا يرهن ولا يورث مع ان حق الوقف يعتبر من الحقوق العينية بصراحة المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي ذلك لأن الوقف من النظام العام فلا يصلح ان يكون محلاً للالتزام^(٢)، ولكن بالإمكان إجباره أو إستبداله^(٣) .

ان التقنيات العربية لم تهتم بتصنيف العقارات الموقوفة كما فعل المشرع العراقي، فالقانون المدني السوري قسم العقارات الى ملك وأميرية ومتروكة محمية وعقارات خالية مباحة^(٤)، وهو ما سار عليه قانون الملكية العقارية اللبنانية^(٥)، وعرف التشريع المصري الوقف نوعان وقف خيرى و وقف أهلي، فالأول ما كان من مبدأ الامر لجهة بر لا تنقطع، أما الاخر فهو الذي تكون منفعته أولاً لأشخاص

(١) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري العراقي، ج ١، مصدر سابق، ص ١١٧.

(٢) تنظر المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ .

(٣) تنظر المادة (٦) من قانون ادارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ النافذ.

(٤) المادة (٨٦) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٤٩

(٥) تنظر المواد (٥ - ٩) من قانون الملكية العقارية اللبنانية رقم (٣٣٣٩) الصادر ١٢/١١/١٩٣٠.

معلومات، على انه لا بد في كل وقف ان يكون مرجعه جهة بر لا تتقطع^(١)، ولم يذكر العقارات الموقوفة في هذا التقسيم، عليه لا يوجد في البلدان العربية الا نوعاً واحداً من الوقف وهو الوقف الصحيح ولا يوجد الوقف غير الصحيح في الوقت الحاضر الا في العراق.

ثانياً: اركان الوقف

كما هو معلوم عقود ان المعاوضات تحتاج الى توفر اركان معينة، أهمها الرضا على عكس عقود التبرعات، فالقبول ليس ركناً في انعقادها ولا شرطاً لصحتها وللزومها وأثبت استحقاقها، ولكن لسريان اثارها لابد للوقوف عند إرادة الطرف الاخر كالموقوف له في الوقف وتحديد رغبته فأن وافق سرى التصرف حسب رغبة الواقف، وان رفض الموقوف عليه يبقى التصرف صحيح ويبطل إستحقاق الموقوف له، و بالتالي يصرف الى جهة اخرى حسب رغبة الواقف فأن لم يوجد فألى من شرعت له هذا التصرف في الاساس من الفقراء والمساكين^(٢)، وبما ان الوقف يعتبر من التصرفات التبرعية ولا يستطيع ايقاعه الا من يتمتع بأهلية كاملة، بالتالي ايجاب الواقف وحده كاف لانعقاده لأنه تصرف من جانب واحد وهو الواقف^(٣)، عليه يُعد الوقف تصرفاً قانونياً ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف عن طريق حبس العين العائدة له ومنع التصرف فيها ويتصدق على الموقوف عليهم بأموالها على وجه التأييد، فنشؤه يستلزم توفر اركان عموم التصرفات القانونية مع ملاحظة خصوصيته لانعقاده بإرادة الواقف^(٤)، وتتمثل الاركان بما يلي:

(١) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٨٠٩، مدنية ثالثة ١٩٧٣ في ١١/١١/١٩٧٣ منشور في النشرة القضائية

التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٣، ص ٢٠٧.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٩/هيئة عامة أولى / ١٩٧٢ في ٢٢/٤/١٩٧٢ منشور في النشرة القضائية،

العدد الثاني، السنة الثالثة، ١٩٧٤، ص ١٠٩.

(٤) ينظر د. محمد رافع يونس، اركان الوقف وشروطه، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١) العدد

الركن الأول: رضا الواقف

ان الرضا لينشأ صحيحاً لأبد من ان يكون الواقف اهلاً^(١) لصدور التصرف منه ولا تعتري ارادته عيوب أو عوارض الاهلية باعتبار هذا التصرف ضاراً ضرراً محضاً بذمته المالية، وعليه لأبد ان تكون هذه الارادة حرة مختارة، وقد ذهب المشرع العراقي استثناءً بإجازة الوصية التي تخرج مخرج الوقف والتي تكون صادرة من السفية وذو الغفلة المحجورين بحدود الثلث^(٢)، في حين اجاز المشرع المصري تصرف المحجور عليه لسفه أو غفله بالوقف أو الوصية حتى اذنت المحكمة تصرفه، غير ان هذا الحكم الغي بعد الغاء الوقف الذري في مصر^(٣).

الركن الثاني: الموقوف

وهو محل الالتزام في الوقف، فالعقار الذي يوقفه مالكه لجهة معينة هو المحل في عقد الوقف، ويجب كأى محل في التزام ان تتوفر فيه الشروط المتمثلة بالوجود والتعيين والمشروعية، ودأب القضاء العراقي على تحديد موقع العقار المراد وقفه ببيان رقمه ومشمولاته عند إصدار حجة الوقف، وفي حال عدم توفر هذه الشروط يعد مخالفة للقانون والنظام العام، وهو تطبيق لما نص المشرع العراقي عند تعريف الموقوف الى انه (المال الموقوف منقولاً كان أو عقاراً أو أي حق اخر)^(٤)، فالواضح من هذا النص ان محل الوقف ممكن ان يكون عقاراً أو منقولاً أي من الاموال المعنوية وهو ما اجازه المشرع المصري في وقف العقار والمنقول مطلقاً في المادة (٨) من قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لعام ١٩٤٦، ومن الجدير الاشارة الى ان الاشخاص الذين يودون وقف حصصهم الشائعة في العقار فأن

(١) تنظر المادة (١٩٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ.

(٢) تنظر المادة (٢/١٠٩) من القانون المدني العراقي .

(٣) تنظر المادة (١/١١٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨ والمادة (١/١٣٠) من القانون

المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٤) المادة (٧) من التعديل الثالث لنظام المزايدات و المناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المشرع العراقي لم يورد نصاً بذلك ودرج القضاء^(١) على العمل برأي ابو يوسف الذي اجاز وقف الحصص الشائعة سواء تقبل القسمة من عدمه^(٢).

في حين لم يجوز القانون المصري وقف الحصة الشائعة في عقار قابل للقسمة الا اذا كان الباقي منه موقوف فاذا اتحدت جهة الوقف أو كانت مخصصة منافعتها لجهة معينة، عليه يمكن القول ان التشريع العراقي اجاز وقف العقار والمنقول الشائعة في غير مسجد أو مقبرة ولم يجزها المشرع المصري في العقار غير القابل للقسمة^(٣).

الركن الثالث: السبب

ان سبب الالتزام في واقعة الوقف هو التصديق بمنفعتها وهو التقرب من الله سبحانه وتعالى وهو سبب مشروع، وكثيراً ما نجد الواقف يوقف بوضع عقارٍ معينٍ أو منفعة عقار أو مالٍ معنوي لجهة معينة لمدرسة أو مسجد أو مجموعة فقراء، ويكون السبب غير مشروع حال وقفه على جهة غير صحيحة وغير مشروعه قانوناً^(٤)، أو مخالفٍ للنظام العام^(٥).

الركن الرابع: الشكوية

قد توصف بعض التصرفات بالخطورة لهذا تتبع التشريعات آلية معينة لتحيط المتصرف علماً بخطورة الاجراء المقبل عليه، وان كان الرضا هو الاصل في العقود الا ان اكثر التشريعات القانونية تشترط اظهار ارادة المتصرف في شكل أو قالب معين لحمايته وحماية الغير، ويغدو هذا التصرف ركناً

(١) تنظر الحجة الوقفية المرقمة ٣٤٠ في ١٠ / ١ / ١٩٩٦ الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في

الموصل التي نصت على وقف حصة شائعة في عقار.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٣) ينظر د. محمد رافع يونس، مصدر سابق، ص ٣١.

(٤) تنظر المادة (١/٥) من قانون تملك الاجنبي للعقار في العراق رقم (٣٨) لسنة ١٩٦١ .

(٥) تنظر المادة (٢ / ١٣٢) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري رقم

(١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

من اركان هذا التصرف^(١)، وهذا ما جرى عليه العمل في التشريع العقاري العراقي^(٢)، فلا بد من تسجيل أي تصرف يطرأ على العقار في السجل العقاري، ومن المهم الاشارة الى ان المادة (١٠) من قانون ادارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ قد اشارت بعدم نفاذ الحجج الصادرة من المحاكم الشرعية فيما له علاقة بالوقف ما لم تبلغ الى ديوان الأوقاف بعد صدورها، فالمشرع أراد ان تختص دائرة الأوقاف بدراسة الحجج الوقفية من ناحية صحتها وتسجل في السجل العقاري لحمايته من التجاوز عليها، بينما ذهب المشرع المصري الى ان الوقف لا يكون صحيحاً الا اذا صدر به اشهاد ممن يملكه لدى المحاكم الشرعية في مصر^(٣)، وأشارت المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري^(٤) بان 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 و الوصية عليه تكون الشكلية ركناً مهماً لصحة الوقف، اذن هو تصرف قانوني بلا عوض يكون بإخراج العين الموقوفة من ذمة الواقف، واستحقاق الموقوف عليه لغلة هذه العين ولا يستحقون ورثة الواقف شيء في العين الموقوفة^(٥) بعد ايقافها ولا تدخل ضمن تركة المتوفي الواقف، ولحماية هذه الإرادة لابد من توثيقها بالتسجيل لحماية جميع اطراف العلاقة وهذا ما ندعوا اليه المشرع العراقي للنظر في صريح المادة (١٠) من قانون الأوقاف العراقي وتعديلها لما يضمن حرية اثبات الوقف بكافة طرق الاثبات واطرافه ركن الشكلية للوقوف الجديدة بعد صدور التعديل، كما يحق للقاضي رفض الحجة الوقفية إذا اشتملت على تصرف باطل أو كان الواقف فاقداً للأهلية ونقترح التعديل الاتي:

(يعتبر الوقف صحيحاً بعد صدوره بموجب حجة وقفية في المحاكم الشرعية على وفق الاحكام الشرعية والقانونية ويلزم تسجيله في دائرة الأوقاف والتسجيل العقاري ان كان الموقوف عقاراً).

(١) تنظر المادة (١) من قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.

(٢) تنظر المادة (٢ و ٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٣) تنظر المادة (١) من قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.

(٤) تنظر المادة (٩) من قانون الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦.

(٥) ينظر قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية الهيئة الاستئنافية بتاريخ ١٣/س/ ٢٠٢١ في ١٧/٢/٢٠٢١.

المطلب الثاني الوقائع القانونية بعد الوفاة

في السجل العقاري يوشر كل ما من شأنه ان يغير الوضع المادي و القانوني للعقار و تتحدد هذه التغييرات أما بناءً على تصرف عقاري أو حكم قضائي أو حق الارث، فعند قيام المالك بإنشاء حق عيني عقاري اصلي أو تبعي كالعقد الذي يرتب حق ارتفاق أو ينشئ حق مساحه أو الوقف الذي ينشئ حقوق عينية على العقار متمثلة بالوقف وكذلك عند نقله للحق كالهبة بلا عوض، أما الواقعة المادية التي لا تتم الا بإرادة المالك ولكنها تنقل الحقوق العينية الاصلية أو التبعية، فهذه الوقائع اذ ما تخلفت عن التسجيل فأنها لا تنقل الحقوق ولا تثبت للغير كالميراث والانتقال والوصية ويعتبر من أدق الوقائع المادية التي تطرأ على العقار فيتغير وصفه المادي والقانوني^(١).

عليه وبعد انتهائنا من البحث في تحديد التصرفات القانونية التي تقع على العقار ويتطلب تسجيلها في السجل العقاري لكي تكون نافذة في حق الاطراف والغير وتكون حال حياة المالك للعقار وتمثلت بواقعة الهبة والوقف لهذا سنسلط الضوء في هذا الموضوع من البحث على الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض بعد وفاة مالك العقار، مسلطين الضوء لبيان واقعة الميراث والانتقال و واقعة الوصية.

(١) تنظر المادة (٣،٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لعام ١٩٧١.

الفرع الأول واقعة الارث والانتقال

تعد واقعة الأثر والانتقال من الوقائع المادية التي تغير الأوضاع القانونية والمادية للعقار وما يميزها أكثر انها لا تتم بإرادة المالك للعقار بل بوقوع حدث مادي يغير الوضع الخاص بالعقار وينقل على أثره الحقوق العينية الاصلية و التبعية، و لا تتم واقعة الميراث والانتقال الا بوفاة مالك العقار وتسجيل هذه الواقعة المادية في السجل العقاري لإمكان نقل الحقوق العينية الاصلية أو التبعية، وتتحدد الوراثة الشرعية بالإرث والوراثة القانونية بالانتقال وتختلف الأحكام الخاصة بكل منهما عن الاخر إذ ان الأول يخضع لأحكام الشريعة الاسلامية والثاني يخضع لأحكام القانون، والأول نظم وفق قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لعام ١٩٦٩ وتعديلاته، بينما نظم الثاني وفق قواعد تدعى بقواعد الانتقال في الاراضي الاميرية أهمها قانون الانتقال الصادر سنة ١٣٣١ هـ الذي ألغي بموجب الفقرة الرابعة من المادة (١٣٨١) من القانون المدني العراقي و عالج المشرع العراقي حق الانتقال ونظم احكامه في المواد (١١١٧ - ١١٩٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١، فيكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الارث وانتقال أموال التركة، تسري أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بها^(١)، لهذا خصصنا الفقرة الأولى للبحث في تعريف واقعة الأثر و الانتقال والثانية لبيان الأركان والشروط الخاصة بهما .

(١) تنظر المادة (١١٠٦) من القانون المدني العراقي (رقم) ٤٠ لعام ١٩٥١ النافذ.

أولاً: تعريف واقعة الإرث والانتقال

لبيان ماهية الارث^(١) والانتقال^(٢) لابد من الوقوف على معناهما بتعريفهما اصطلاحاً والوقوف

على الحكمة منهما تبعاً.

التعريف الاصطلاحي للميراث: هو خلافة المنتمي الى الميت الحقيقي أو الحكمي بنسب أو سبب حقيقة

أو حكماً^(٣) وذهب بعضهم للقول ان يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من اموال أو حقوق مالية عند

وفاته^(٤) وعرف ايضاً بأنه خلافة جبرية للوارث(الخاص أو العام) في مال مورثه عند تحقق اسبابه و

شروطه وانتفاء موانعه^(٥) .

وعرف الانتقال اصطلاحاً بأنه الانتقال في اكثر من معنى منها التحول الحسي والتحول المعنوي

والتحول في حالات الشخص من حالة الى أخرى والتحول في النية في العبادات والتحول في الملكية،

والتحول في الاستحقاق من شخص الى شخص اخر^(٦)، والمقصود هنا هو التحول في الملكية عند موت

المتصرف في الارض الاميرية بدون مقابل الى اصحاب حق الانتقال^(٧)، المرتبين بدرجات حددها القانون

وفق احكام القانون المدني العراقي النافذ في المادة (١١٩٢ و ١١٩٣) من القانون المدني العراقي.

(١) الميراث مصدر من ورت، يرت، ورتاً، وارثاً، وميراثاً، والفاعل وارث، والجمع وراث، و ورثة، مثل كافر وكفار

وكفرة، وقيل الإرث هو الميراث، واصل الهمزة فيه وأو ينظر في ذلك لسان العرب (١٩٩/٢-٢٠١)، نقلاً

عن الدكتور حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والموارث، مصدر سابق، ص٩٢.

(٢) الانتقال مصدر انتقل، ونقل الشيء تحويله من موضع الى موضع، الجوهري، اسماعيل بن حماد الصحاح،

ج٥، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ١٤٠٧هـ، ص١٨٣٣.

(٣) ينظر الشيخ محمد مصطفى شلبي، احكام الموارث بين الفقه والقانون، ١٩٦٧، ص٤٠ .

(٤) ينظر د. علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ط٤، القاهرة، ص٣٦.

(٥) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والميراث، مصدر سابق، ص٩٣.

(٦) موسوعة الفقه الاسلامي، ج١٨، ص١١.

(٧) تنظر المادة (١١٨٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ وتعديلاته.

وتكمن الحكمة من تشريع الارث و الانتقال في تقوية أواصر القرابة بين الوارث والمورث فيطمئن الشخص ان ما ادخره وثمار عمله وجهده يرثه اهله من بعده فيستمر في العطاء وبذل الجهد، وهذا الامر يبرز بوضوح في احترام الاسلام للملكية الفردية لأنه ينقل الارث لخلف الميت، وهو من اكبر الدوافع المحفزة الى الاستثمار والنشاط والانتاج وحفظ المال من التبذير والاسراف^(١).

ثانياً: اركان الميراث والانتقال

للميراث والانتقال اركان و شروط معينة عند توفرها مجتمعة يتحقق الارث للمورث ويستحق التركة وينتقل الحق في التصرف الى الاشخاص في حق الانتقال، وأركان الميراث والانتقال ثلاثة هي المورث و الوارث و الموروث، وقد اشار قانون الاحوال الشخصية العراقي على ذلك في المادة (٨٦/أ) بالقول اركان الارث ثلاثة هي :

الركن الأول: المورث

وهو الميت الذي ترك مالا أو حقاً، فهو الميت الذي يستحق غيره ان يرث منه ما خلفه بعد التأكد من موته حقيقة أو حكماً، كالمفقود الذي حكم القاضي بموته مع احتمال حياته أو تقديراً كالجنين الذي انفصل عنه بجنابة على أمه.

الركن الثاني: الوارث

هو الحي المستحق للإرث حقيقة وحكماً أو تقديراً، فالحي الحقيقي من علم حياته والوارث الحكمي هو المفقود الذي استصحبت حياته، والوارث التقديري يقصد به الجنين في بطن امه^(٢).

الركن الثالث: الموروث

يقصد به ما أنصب عليه الارث وانتقل من المورث المتوفي الى الوارث الحي وتسمى بالتركة فما يتركه الميت من أموال و حقوق سواء تعلق حق الغير بعين من أعيانها أم كانت خالية من ذلك فيدخل

(١) ينظر د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و الموارث، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٢) ينظر د. حيدر حسين الشمري، مصدر نفسه، ص ١٠٢ .

في التركة من أموال العين المرهونة مع تعلق حق الدائن المرتهن بها والعين التي اشتراها المورث قبل موته، ولم يدفع ثمنها و أموال الدية الثابتة للمورث في قتله والحقوق الثابتة للمورث قبل موته كحق الخيار و الشفعة و القصاص و حد القذف، وكذلك تشمل الحقوق المادية من منقول و عقارات، وايضاً الحقوق العينية كحقوق الارتفاق من مسيل أو شرب و غيرهما و المنافع كحق الانتفاع بالمأجور و المستعار و الحقوق الشخصية كحق الشفعة و حق الخيار، كخيار الشرط هذا عند رأي الجمهور^(١)، بينما ذهب البعض^(٢) للقول ان التركة لا بد ان تكون خالية عن تعلق حقوق الاخرين بها ومشملة على الاموال والحقوق المالية التي كانت مملوكة للمتوفي والاموال المادية كالعقارات و المنقولات والديون على الاخرين، وايضاً الحقوق العينية المقومة بالمال ولكنها ليست مالا كحق الشرب والمسيل والمرور و العلو و خيارات الأعيان كالعيب والتعيين و فوات الوصف المرغوب به دون الخيارات الشخصية كخيار الشرط و خيار الرؤية و حق الشفعة ولا المنافع و الاعارة لأنها ليست مالا عندهم، ولم يرد ذكر التركة في القانون المدني العراقي سوى المادة (٣/٨٦) التي عرفت الميراث بانه مال المتوفي الذي يأخذه الوارث مما يعني إحالة الامر الى المواد (٦٥ و ٦٦) في تعريف المال والحقوق.

اما شروط الميراث والانتقال هي :

١. موت المورث حقيقة، أو حكماً أو تقديراً:

يقصد بالموت الحقيقي ما يثبت بالمشاهدة أو السماع والبيئة^(٣) و الموت الحكمي ما يكون بحكم القاضي كحكمه بموت المفقود بعد توفر الشروط المطلوبة لهذا الحكم^(٤)، وفي هذه الحالة لا يقسم على ورثته الا بعد حكم القاضي بوفاته على ان توزع على الموجودين وقت الحكم ولا يرث من مات قبل

(١) ينظر د. حيدر حسين، المختصر في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) ابن عابدين، در المحتار (٥/٥٣٨)

(٣) ينظر د. مصطفى الزلمي، احكام الميراث و الوصية في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ١٩.

(٤) تنظر المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

صدور الحكم، اما الموت التقديري فهو افتراض موت الجنين الذي ينفصل عن امه بالاعتداء عليها، فضرب امرأة حامل فتلقي بجنينها ميتاً هنا شرعاً يتوجب على الفاعل عقوبة مالية تسمى (الغرة)^(١)، فالفرض يسري من بدء حياة الجنين وينتهي بموته ايضاً.

٢. حياة الوارث :

تحقق حياة الوارث شرط اساسي بعد موت المورث، حياة حقيقية ثابتة بالمشاهدة أو بالبينة المقبولة شرعاً أو حياة حكمية أو استصحابيه ويقصد بها حياة المفقود الذي لا يعلم مصيره بعد استصحاب حياته، وحياة تقديرية كالحمل في بطن الام، وحياة الجنين هنا تقدر فيوقف له ما يستحق على فرض حياته^(٢) فإن ظهر حياً اخذه والا فلا شيء^(٣) .

٣. العلم بجهة الميراث:

تختلف الجهات التي تقضي بانتقال الميراث أو حق التصرف للأشخاص فقد يكون الشخص وارثاً من جهة القرابة النسبية أو من جهة الزوجية أو منهما، لاختلاف الحكم في ذلك، و المشرع العراقي أورد هذا الشرط في المادة (٨٦/ج/٣) من قانون الاحوال الشخصية .

٤. انعدام موانع الإرث:

ان انتفاء وانعدام المانع من أهم شروط انتقال ملكية التركة الى الوارث، و موانع الميراث هي تلك الاحوال التي بتحققها ينتفي الارث وان تحققت اركانه وشروطه والملاحظ ان قانون الاحوال الشخصية لم يتطرق لها واحالها على الفقه الاسلامي، وموانع الارث عديدة وتختلف باختلاف المذاهب الا ان غالبية

(١) هي نصف عشر الدية الكاملة أو ٥% من الدية الكاملة، مذكور في د. مصطفى الزلمي، احكام الميراث و الوصية و الانتقال، ص ١٨ .

(٢) ينظر د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و الموارث، مصدر سابق، ص ١٠٦ .

(٣) تنظر المادة (٨٦/ج/٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٨ وتعديلاته.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

هذه المذاهب تكاد تتفق على مانعين هما القتل و اختلاف الدين و اضاف البعض اختلاف الدارين^١، واشترطت المادة (١٩١) من قانون التسجيل العقاري على ان يكون اصحاب حق الانتقال من العراقيين فأن كان قسم منهم لا يحمل الجنسية العراقية فينحصر انتقال حق التصرف بالعراقيين منهم، وفي حالة كون جميع اصحاب حق الانتقال من غير العراقيين فتعتبر الارض الاميرية منحلة و تسجل باسم وزارة المالية.

وبهذا نصل الى ان بتحقق الواقعة المادية بموت المالك وبتوافر اركان الارث و الانتقال وشروطهما تنتقل الملكية الى الوارث عن طريق الارث والانتقال ولا بد من ان يستتبع هذه الواقعة تسجيل انتقال الحق العيني لإمكانية التصرف فيه الى الغير في الدائرة المختصة بالتسجيل .

(١) تنظر المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

الفرع الثاني واقعة الوصية

تعد الوصية أسمى و أبهى نعم الله على عباده لتعويض الانسان عما فاتته من أعمال البر والخير في سنوات حياته التي اغفل فيها عن الآخرة وشغلته ملذات الدنيا، و هذه الواقعة من المحطات التي يكفر عن ذنوبه ليأمل رحمة الخالق بعد موته، و هي من أهم التصرفات القانونية التبرعية الواسعة الانتشار في الحياة العملية، وللإحاطة بالواقعة بحثاً لابد من تسليط الضوء على تعريف الوصية وتوضيح أركانها و شروطها في الفقرات الآتية .

أولاً: التعريف الاصطلاحي لواقعة الوصية^(١)

عرفت الوصية اصطلاحاً بتعاريف عدة يمكن اجمالها في ثلاثة اتجاهات^(٢) حسب طبيعة الوصية من كونها عقد أم تصرف، فالأول يرى ان الوصية عقد وليست تصرفاً انفرادياً، ولا يتحقق الا بإيجاب الموصي و قبول الموصي له^(٣)، والثاني يرى ان الوصية إيقاع (تصرف) وليست عقداً وان ركنها هو الايجاب وحده، أما القبول فهو شرط لزوم لها فقط^(٤)، ما الثالث يرى ان الوصية تتحقق بالإرادة المنفردة للموصي، و تنتقل بموته دون حاجة الى قبول الموصي له^(٥) .

(١) وردت كلمة الوصية في اللغة على عدة معاني منها العهد الى الغير أوصى الرجل و وصاه عهد اليه و أوصيت له بشيء و أوصيت اليه اذا جعلته وصيتك، و أوصيت و وصيته ايضاء و توصية، ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن الانصاري، لسان العرب، مادة (وصى ٣٩٤/١٥)، دار الفكر، ط١، بيروت (١٩٩٠)

(٢) ينظر د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت (٣٣٣/٧) .

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، ط٢، مطبعة امير، ج١، ص٢٤٣ وهو اتجاه الجمهور من الامامية و المالكية و الاباضية و الزيدية و الحنابلة .

(٥) ينظر محمد بن مغني الخطيب الشربيني، المحتاج الى معرفة المنهاج، دار احياء التراث العربي، ج٣،

وذهب القانون الوضعي الى تعريف الوصية بانها تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض^(١)، وقد انتقد بعضهم هذا التعريف كونه لم يوضح ان الوصية تتضمن إجراء عقد من العقود أو عمل من الاعمال التي تستوجب انفاق مال كالوصية من شخص بان أوقف عين من تركته بعد موته على جهة كذا أو أوصى بعمارة مسجد أو مدرسة أو قطعة أرض هذه الوصايا ليست تصرفاً في التركة بل هو امر أو تكليف بأجراء تصرف في التركة^(٢)، فعليه الوصية أعم من هذا التعريف كإبراء المدين من الدين وإبراء الكفيل واداء واجب أو رد امانة وغيرها^(٣) .

وعن طريق الوصية يتدارك الموصي ما فاتته من أعمال الخير والبر ومكافأة من عأونه وساعده في اعماله في الدنيا غير متجانف لإثم ولا قاصداً أمراً محرماً وأعانه للشخص على ذلك، فرغبه الشارع الحكيم في الانفاق تبرعاً في وجوه البر والخير لزيادة الانسان المكلف الاجر والثواب وتقوية الصلات الاجتماعية دون ضرر يعود على الشخص في حياته^(٤).

ثانياً : اركان وشروط واقعة الوصية

اختلفت اراء الفقهاء في بيان أركان وشروط الوصية فمنهم^(٥) من ذهب للقول على ان الوصية تنشأ بركن واحد ألا وهو ايجاب الموصي ويعد قبول الموصي له شرط في لزوم الوصية وثبوت الملك،

(١) تنظر المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ و تعديلاته والمادة (٩١٥)

من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ.

(٢) ينظر د. مصطفى الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٣) عرفت المادة ١٨٤ من قانون الاسرة الجزائري بانها(الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق

التبرع)

(٤) ينظر د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص١٢.

(٥) رأي ابو حنيفة و أبو يوسف و محمد و جمهور الاحناف، الكاساني، البدائع(٣٣٢/٧)

وآخرون رأوا ان ركن الوصية هو الايجاب من الموصي فقط والقبول شرطاً للزوم^(١)، وهنالك من يرى ان اركان الوصية اربع الموصي، الموصي له، الموصي به و الصيغة^(٢) وهو ما اعتمدناه في بحثنا لأركان و شروط الوصية .

الركن الأول: الصيغة

صيغة الوصية هي إيجاب العبارة أو الكتابة التي بها ينشأ الموصي وصيته عند قدرته على انشاءها، ويلجأ الى الإشارة المفهومة عند فقدان القدرة على التعبير نطقاً أو كتابة، وعلية فالكاتب غير الناطق ينشأ وصيته بالكتابة و الاخرس الذي لا يحسن الكتابة يكون ايجابه بالإشارة المفهومة^(٣) الدالة على انشاء الوصية، وهذا ما اخذ به المشرع المصري في المادة (٢) ولم يتطرق المشرع العراقي لصيغة الوصية مكتفياً بالقواعد العامة^(٤) والفقهاء الاسلامي^(٥)، وتكون الصيغة بإيجاب الموصي وقبول الموصي له، أما القبول فأن اغلب فقهاء المسلمين لم يشترطوا اللفظ فيه إذ بالإمكان وقوعه به و بغيره من وسائل التعبير التي تدل عليه كأن تكون الوصية لأشخاص محصورين، أما ما أوصي به لغير المحصورين فلا يشترط القبول^(٦)، فتصبح الوصية ملزمة حال قبول ايجاب الموصي للموصي له غير المعين أو الجماعة

(١) رأي زفر و بعض الاحناف، ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٨، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨، ١ هـ - ١٩٩٧م، ص٤٦٠.

(٢) رأي الجمهور، الشيخ علي الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج١٠، ط٢، مؤسسة ال البيت لإحياء التراث، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص٩.

(٣) ينظر القرار التمييزي المرقم ٦٥ / هيئة عامة ثانية / ٧٢ في ١٢ - ٨ - ١٩٧٢، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، ص٨٧.

(٤) تنظر المادة (١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل .

(٥) ينظر د. مصطفى الزلمي، احكام الميراث و الوصية وحق الانتقال، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٦) السرخسي، المبسوط، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩، ج٢٨، ص٤٧.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

غير المحصورين كالفقهاء و المساكين و وجوه القرب كالمساجد، وفي حال ردها بعد موت الموصي تبطل الوصية مع الاشارة الى انه لا قبول ولا رد ان كان الموصي له فاقد الاهلية كالمجنون و المعتوه والصبي غير المميز^(١)، كما ويشترط في القبول مطابقة القبول للإيجاب ولا بد من مطابقة المحل الموصي به واشتمال التطابق على شخص الموصي له .

ومن الضروري الاشارة الى ان الفقهاء اختلفوا في وقت القبول فمنهم من ذهب لقول على القبول يكون على التراخي^(٢) وبعضهم فصل بالقبول عند تقسيم التركة، فقبوله على الفور و بين قبوله بعد علمه وقبل نفاذ الوصية فيكون على التراخي^(٣)، وآخرون لم يفرقوا في وقوع القبول قبل أو بعد وفاة الموصي^(٤)، والملاحظ على المشرع العراقي انه لم يشر الى وقت القبول، وهذا أمرٌ منتقد ويعد قصوراً تشريعياً مما سمح للعرف بان يحدد الوقت بمدة معقولة، عليه نقترح على المشرع العراقي تعديل المدة القانونية وعدم تركها للعرف يحددها بمدد قد تكون معقولة من وجهة نظر وغير معقولة من وجهة نظر اخرى، وتحديدتها نصاً بمدة ثلاثة أشهر من تاريخ علم الموصي له أو من يمثله بالوصية فيكون النص القانوني كالاتي:

(تحدد المدة التي يظهر فيها الموصي له برغبته بقبول الوصية من عدمها أو من يمثله قانوناً بثلاثة اشهر من تاريخ موت الموصي أو من تاريخ علم الموصي له بالوصية، وبخلافه يعد سكوته رفضاً للوصية، وينتقل الحق الى ورثة الموصي).

(١) ينظر د. حيدر حسين الشمري، الوجيز في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) الكاساني، البدائع (٧/٣٣٣) مذكور في د. حيدر حسين الشمري، الوجيز في احكام الوصايا و المواريث،

مصدر سابق، ص ٢٠.

(٣) يوسف الازديلي، نور الانوار (٢/١٦)، مذكور في د. حيدر حسين الشمري، الوجيز في احكام الوصايا و

المواريث، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام (٢٥٨/١) مؤسسة المعارف الاسلامية، قم، ١٤١١هـ.

الركن الثاني: الموصي

الموصي هو الشخص الذي صدر عنه تصرف في املاكه بعد موته بلا عوض، عليه لابد من ان يكون شخصاً طبيعياً خلاف الموصي له الذي قد يكون طبيعياً أو معنوياً، ويشترط في الموصي ان يكون اهلاً للتبرع بالمال وما يتعلق به بان يكون بالغاً عاقلاً^(١) لان الوصية بذلك تبرع، وتصح وصيته بالمنقول فقط، مع إختلاف الدين وتصح مع إختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل^(٢)، عليه فان الوصية بالعقار غير جائزة في حالة إختلاف الدين و الجنسية وكذلك لا تصح في المنقول عند إختلاف الجنسية الا بتوفر شرط المقابلة بالمثل^(٣)، ولا بد ان يكون الموصي مختاراً وهو شرط لصحة الوصية ،عليه لا تقبل وصية المكره و الهازل و الخاطيء باعتبارهم عوارض تقوت الرضا لان من اكره اكرهاً معتبراً بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده^(٤)، ويجب ان يكون الوصي مالكاً لما يوصي به^(٥) وهذا شرط اكدته المادة (٦٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وبغير ذلك تكون وصية باطلة ولا تلحقها الاجازة، ومن المهم ان لا يكون الموصي مديناً بدين مستغرق للتركة .

الركن الثالث: الموصي له

عرف الموصي له بانه من صدرت الوصية لصالحه، سواء اكانت الوصية اختيارية أم اجبارية، تملكه أم عهدية، و سواء كان الموصي له شخصاً طبيعياً ام معنوياً^(٦)، ولا بد ان يكون موجوداً أو ممكن

(١) تنظر المادة (٦٧) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

(٢) تنظر المادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

(٣) ينظر د. مصطفى الزلمي، احكام الميراث و الوصية وحق الانتقال، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٤) تنظر المادة (١١٥) من القانون المدني النافذ

(٥) تنظر المادة (٢٥١) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣ لسنة ١٩٧١) وتعديلاته النافذ التي تنص

(١- ان يكون الموصي مالكاً للموصى به وقت إنشاء الوصية)

(٦) ينظر د. محمد كمال الدين، الوصية و الوقف في الاسلام مقاصد و قواعد، منشأة المعارف، الاسكندرية،

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

الوجود^(١) إذ يشترط في الموصي له ان يكون حياً حقيقةً أو تقديرًا حين الوصية وحين موت الموصي، و ذهب رأي فقهي^(٢) لعدم صحة الوصية للميت من الناحية القانونية لانتهاء شرط الوجود الحقيقي ولكن لا مانع قانوناً من ابراء ذمة المدين المتوفي و لو عن طريق الوصية، اما لو كانت الوصية لجنين فتصح للحمل الموجود حين انشائها ولو نطفة اكتفاءً بالحياة التقديرية، ويستحقها بولادته حياً حياة مستقرة وان يثبت وجوده حين الوصية .

ويجب ان يكون الموصي له اهلاً للتملك حقيقة كالإنسان أو تقديرًا كالشخص المعنوي ولا يشترط في الاخير اهلية للتملك حقيقة لان الموصي به يصرف على مصالحه، ويشترط في الموصي له ان لا يكون قاتلاً للموصي^(٣)، استناداً لقول الرسول عليه الصلاة و السلام (لا وصية لقاتل)، وان لا يكون وارثاً^(٤)، وان لا يكون الموصي له جهة معصية وهو شرط لصحة الوصية، ولا يكون الموصي له حربياً وان لا يكون مجهولاً جهالة فاحشة لا يمكن ازالتها باعتبارها تمنع من تسليم الموصي به ولا بد من قبول الموصي له للوصية .

(١) تنظر المادة (٦٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ.

(٢) ينظر د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و الموارث، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) تنظر المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي النافذ و المادة (١٧) من قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ .

(٤) ورد في هذا الامر خلاف فقهي فذهب فقهاء الظاهرية بعدم اجازة الوصية للوارث مطلقاً وذهب الحنفية الى صحة الوصية و تكون موقوفة على اجازة الورثة، اما فقهاء الامامية و الزيدية فأجازوا الوصية للوارث في حدود الثلث مطلقاً سواء اجازت الورثة ام لا وبه اخذ المشرع العراقي في المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

الركن الرابع: الموصي به

الموصي به وهو محل الوصية الذي يثبت فيه الملك للموصي له ،ويتنوع الموصي به فقد يكون عقاراً أو منقولاً وقد يكون عيناً كالأرض و السيارة، وقد يكون منفعة كزراعة الارض وسكن الدار، أو حقاً مالياً في الذمة كالدين، أو عين كحق المرور و الشرب و غيره^(١).

فيجب ان يكون الموصي به مما يجري فيه الإرث، أو يصلح ان يكون محلاً للتملك أو التعاقد حال الحياة فان لم يكن كذلك اشترط فيه ان يكون صالحاً لان يصبح محلاً للتعاقد في حال حياة الموصي كالمنفعة التي تملك بعقد الاجارة أو الاعارة، وبغير ما سبق تكون الوصية باطلة ،واكد المشرع العراقي بهذا الشرط في صريح المادة (٦٩) من قانون الاحوال الشخصية النافذ بانه يشترط في الموصي به ان يكون قابلاً للتملك بعد موت الموصي^(٢)، واذا كانت الوصية مالاً أو حقاً مالياً فانه يشترط لصحتها ان تكون منقومه في شريعة الموصي، وان يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي وان يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي أن كان معيناً بالذات^(٣) واذا لم يكن معيناً بالذات ولا جزءاً شائعاً من معين بالذات فلا يشترط وجوده عند الوصية في ملك الموصي وانما يشترط وجوده في ملكه عند الوفاة، ويجب ان يكون الموصي به في حدود ثلث التركة^(٤).

(١) ينظر د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢) تنظر المادة (١٠) من قانون الوصية المصري رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦) النافذ

(٣) تنظر المادة (٢٥١) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣ لسنة ١٩٧١) التي نصت على (٢) - ان

يكون العقار الموصي به معيناً في حجة الوصية من موقعه و تسلسه)

(٤) هو شرط مختلفاً فيه بين فقهاء الشريعة الاسلامية، فاختلف الفقهاء فيما زاد عن الثلث هل هو شرط صحة ام نفاذ فذهب الجمهور الى انه شرط نفاذ اذ الوصية فيما زادت عن الثلث صحيحة، ولا تنفذ بحق الورثة الزيادة، اما فقهاء الظاهرية فقالوا الزيادة تتعلق بالصحة وما زاد عن الثلث فهو باطل واخذ المشرع العراقي بالرأي الأول في المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية النافذ، ينظر د. مصطفى الزلمي، أحكام الميراث و الوصية وحق الانتقال، مصدر سابق، ص ١٥٦.

المبحث الثاني إشكاليات وأثار تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض

ان استقرار التعامل و حفظ الحقوق هو هدف كل تشريع و قانون تشريعه الدول لمنع انكار الحق و الغش والتغريب أو التحايل على الاشخاص فتضيع الحقوق و الاموال و تسود المنازعات و لغرض ضمان ثبات هذه الحقوق لابد من توثيقها لحمايته اطرافها و الغير، كذلك عن طريق وضع شكلية معينة تحددتها الدولة و تنظمها بقوانين معينة، لذلك أوجبت التشريعات و القوانين مراعاة شكلية معينة وفيما لو انعدمت هذه الشكلية يترتب بطلان التصرفات العقارية^(١) فجاءت المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي مؤكداً بنصها (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)^(٢)، وبناءً على ذلك لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية الواقعة على العقار بعد ان يتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري^(٣).

و بالنسبة للوقائع القانونية بلا عوض فأنها تعد من التصرفات العقارية التي أوجب القانون العقاري العراقي تسجيلها في السجل العقاري لكي تصبح نافذة في حق اطرافها و الغير، و قد تطرأ إشكاليات بعد تسجيلها كما في حالة الرجوع عن الهبة أو عدم تسجيل واقعة الوقف في دائرة الأوقاف و السجل العقاري، وكذلك في واقعة الارث و الانتقال فأن أي تصرف يصدر من الورثة قبل تسجيله في السجل العقاري لا ينفذ والامر ذاته في الوصية فلا بد من تأشيرها اثناء حياة الموصي أو بعدها لأنه قد

(١) ينظر قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٥٩/هيئة عامة /٩٧١ في ١٩٧٢/١/٢٤، النشرة القضائية

العدد الأول، السنة الخامسة ص ٢٩ .

(٢) تنظر المادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المصري، والمادة (٢٦) من قانون

السجل العيني المصري رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٣) تنظر المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

تبطل الوصية لأسباب حددها القانون مما تؤثر سلباً على الوضع القانوني للأشخاص فيؤدي الى ابطال تسجيل القيد في السجل العقاري ويكون الابطال بطريقتين الأول ابطال اداري، والثاني ابطال قضائي .

ولغرض توضيح هذه الاشكاليات التي تطرأ على تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض فلا بد من تسليط الضوء على مشكلات تسجيل الوقائع القانونية اثناء الحياة وبعد الوفاة، وخصصنا المطلب الأول لبيانها والثاني تطرق لبيان الآثار التي تحدث بعد تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض، فهل يرتب الرجوع في بعض الوقائع القانونية وابطال البعض الاخر اثرًا قانونياً بين اطرافها وهل يتأثر الغير من هذا الرجوع والابطال وماهي سبل الحماية القانونية عند تعرض الغير واطراف الواقعة من آثار الابطال والرجوع.

المطلب الأول

إشكاليات تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض

لكي تكون الاحكام القضائية قابلة للتسجيل فيجب ان تكون مكتسبة للدرجة القطعية^(١)، والحجج الصادرة من المحاكم والتي تعرف بانها الوثيقة المحتوية على اقرار احد الطرفين و تصديق الاخر وامضاء القاضي الذي نظمها^(٢) كحجج الوقف .

في هذا الموضوع من الدراسة نشير الى ان ابطال القيد في السجل العقاري من أهم إشكاليات التي تطرأ على الوقائع القانونية، وإن إبطال القيود المتعلقة بالتسجيل العقاري يكون بنوعين تستند في اجراءاتها لمدى اكتساب القيد شكله النهائي ومصادقته من قبل الهيئات المختصة، والنوع الأول هو الابطال الاداري وذلك عندما يكون القيد غير مكتسب لشكله النهائي، أي قبل ان يتم تصديقه من هيئة التدقيق وهو ما أشار اليه المشرع العراقي في صريح المادة (١٤٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لعام ١٩٧١ على إبطال التسجيل الذي يتعذر اصلاح اخطائه و نواقصه الجوهرية وقبل إكتسابه الشكل النهائي بقرار من وزير العدل، وفي حالة عدم اكتساب التسجيل الشكل النهائي سواء صدر سند ام لم يصدر، فهو يعد حجة على الناس وله قوة مطلقة في الاثبات، فهنا لا يمكن ابطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات وهذا هو النوع الثاني من انواع الابطال، عليه ولغرض الاحاطة بإشكاليات تسجيل الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض توجب علينا التطرق الى إشكاليات تسجيل الوقائع القانونية اثناء الحياة في الفرع الأول متمثلة بإشكاليات واقعة الهبة و واقعة الوقف، وخصصنا الثاني الى إشكاليات تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض بعد الوفاة مسلطين الضوء على واقعة الارث و الانتقال والوصية .

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٠٨٩ / الهيئة الاستئنافية / العقار / ٢٠٠٨ / في ٩ / ١١ / ٢٠٠٨،
نقلاً عن عباس قاسم مهدي الداوقني، دعوى ابطال تسجيل العقار، مكتبة السنهوري، بيروت،
٢٠١٧، ص ٣٠.

(٢) ينظر عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، ج ٤، بغداد، ١٩٩٦، ص ٣٠١.

الفرع الأول

إشكاليات تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض اثناء الحياة

ان واقعة الهبة والوقف تعتبر من الوقائع القانونية العقارية التي يستوجب تسجيلها في السجل العقاري ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل الا بتسجيلها، ولكن قد تطرأ اشكاليات كثيرة بعد تسجيل الوقائع توجب و ترغم المالك المتصرف بالعقار عن طريق الوقائع القانونية الى اعادة النظر في تصرفه أو تحدث ظروف تجعل إتمام هذا التسجيل غير ممكن مما يستوجب الرجوع عن التسجيل في البعض و ابطاله في البعض الآخر، لهذا توجب علينا ان نتطرق بالبحث عن اشكاليات واقعة الهبة والوقف باعتبارها الوقائع القانونية الناقلة للملكية اثناء الحياة في الفقرات الآتية:

أولاً: إشكاليات واقعة الهبة

واقعة الهبة تصرف عقاري لا تتعد الا بتسجيلها في السجل العقاري حسب المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي و جاءت المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي مؤكدة بالنص انه اذا كان الموهوب عقاراً و جب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة فاشتراط المشرع ضرورة إفراغ عقد الهبة الناقلة للملكية بلا عوض في شكل رسمي بتوافر جميع الشروط والاركان اللازمة لانعقاده سواء كانت هذه الاركان موضوعية أو شكلية^(١)، واذ ما جرت الهبة بموجب وكالة فينبغي ان يكون الموهوب و الموهوب له وكل ما يتعلق بال عوض ان كان مشروطاً معيناً و معلوماً في صيغة التوكيل^(٢)، وتكمن اهمية التسجيل في ان الواهب يهب ماله دون مقابل، فالواهب في استجابة بما تتضمنه من إجراءات معقدة وما تستدعيه من علانية وما تستلزمه من وقت وجهد قد تؤدي الى حماية الواهب واسرته واكثر من ذلك الى حماية

(١) ينظر عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الهبة الوصية والوقف، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر،

٢٠٠٤، ص ١٢.

(٢) تنظر المادة (٢١٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لعام ١٩٧١ النافذ .

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

الموهوب له نفسه كون الهبة عقد يسهل الطعن فيه فيجيز للموهوب له ان يتسلح بهذه الورقة للدفاع عن حقه إذا كان القانون قد أستغنى في المنقول عن الورقة الرسمية بالقبض^(١)، فاذا اتفق الواهب و الموهوب له على الرجوع عن الهبة يؤخذ اقرارهما بذلك، اما اذا لم يقبل الموهوب له بالرجوع عن الهبة جاز للواهب ان يراجع المحكمة المختصة لاستحصال حكم منها بالرجوع عن الهبة اذا كان له عذر مقبول^(٢)، ويستند تسجيل الرجوع عن الهبة الى قرار الحكم الحائز درجة البتات دون حاجة الى اقرار المتعاقدين ويعتبر ابطالاً^(٣) لواقعة الهبة بلا عوض من حين الرجوع واعادة الملكية^(٤).

ويقصد بالرجوع اصطلاحاً، رفع العقد من الأصل، في حين عرف البعض الاخر الرجوع في الهبة بأنه هو العود الى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة^(٥)، وذهب آخرون الى إعتبار الرجوع فسخاً^(٦)، في حين عرفه البعض بأنه زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً^(٧)، وذهب رأي فقهي اخر للقول بأن الرجوع هو نقض العقد القابل لذلك بالإرادة المنفردة لاحد

(١) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ٤٥.

(٢) تنظر المادتين (٦٢٠ و ٦٢١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) تنظر المادة (٢٢٤-١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٥) ينظر انس عبد الواحد صالح الجابر، احكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات الاردنية، ٢٠٠٧، ص ١٠.

(٦) ينظر د. حسن محمد بوذي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٤، ص ١١.

(٧) ينظر د. نسيم شيخ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة مقارنة مدعمة بالاحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٦٤.

المتعاقدين، بشروط مخصوصة^(١)، ألا اننا نرى هذا التعريف غير جامع لعدم تضمنه فكرة ارادتين ابرمت العقد، اضافة الى اغفاله للأثار المترتبة على الرجوع .

ولكن لو حدث وهلك أو طرأ تغيير على العقار الموهوب فيعتبر الرجوع غير ممكن لتحقيق مانع من موانع الرجوع وتصح الإقالة في حالة الهلاك الجزئي^(٢)، مع الأخذ بنظر الاعتبار صريح المادة (٢١٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي التي نصت على (تسجل معاملات الرجوع عن الهبة استناداً الى اتفاق الموهوب له والواهب أو الى حكم قضائي حائز درجة البتات) فهذه المادة توضح ان الهبة عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول، وعليه فان تعديل شرط من شروطها أو الرجوع عنها يجب ان يتم بإيجاب وقبول ايضاً شأن الإقالة من أي عقد اخر، فالرجوع عن الهبة يجب ان يتم بالتراضي وفي جميع الاحوال بوجود مانع أو عدمه وسواء وجد عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد وهذا بخلاف الرجوع بالتقاضي الذي لا يتم الا في حالة فقدان المانع من الرجوع وكان عند الواهب العذر المقبول للرجوع^(٣)

ومن الجدير بالذكر ان القواعد العامة وبالذات المادة (١٤٦ / ١) من القانون المدني العراقي التي تنص على ان (اذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه إلا بمقتضى نص في القانون أو التراضي) وهنا نجد تعارضاً بينها وبين المادة (٦١١) من القانون المدني العراقي التي تشير الى ان الهبة تصبح لازمة فقط اذا كانت بعوض ومن مفهوم المخالفة نجد ان الهبة عقد غير ملزم اذا لم تكن بعوض، بينما المادة (١/١٤٦) وهي قاعدة عامة تسري على العقود عموماً تؤكد على ان العقود غير اللازمة تؤول الى اللازمة عند تنفيذها حيث ان عدم لزوم العقد ينتهي ما تم تنفيذ العقد^(٤) .

(١) ينظر د. اسماعيل عبد النبي عبد الجواد، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة

بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر، ١٩٨٢، ص ٨.

(٢) تنظر المادة (٢/١٨٢) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الهبة والشركة، مصدر سابق ص ١٨٢.

(٤) ينظر د. قصي سلمان هلال، مصدر سابق، ص ٢٢.

ولابد ايضاً من ان نشير الى موانع الرجوع وبالذات موانع الرجوع في هبة العقار مدار البحث فقد قسمها فقهاء القانون^(١) تقسيماً ثنائياً الى موانع قائمة منذ صدور الهبة وموانع طارئة بعد صدور الهبة وتدرج تحت هذا التقسيم عدة موانع نلاحظها في النصوص التشريعية، فالموانع القائمة منذ صدور الهبة وهي طبيعية إذ تلزم الهبة بها ولا يجوز الرجوع فيها، كالهبة بين الزوجين، ونجد ان المشرع الفرنسي ذهب الى جواز الرجوع في الهبة بين الزوجين في المادة (١٠٩٦/١) التي أشارت الى جميع الهبات التي تتم بين الزوجين حال قيام الزوجية تكون قابلة للرجوع في جميع الاحوال على خلاف الحكمة التي ذهبت لها الشريعة الاسلامية كون علاقة الزوجية مانع من موانع الرجوع حفاظاً لأواصر العائلة، بينما ذهب المشرع المصري في مشروعه التمهيدي للقول ان لا يكون العوض بعض الموهوب ومقبوضاً من الواهب، ثم حذف النص الذي يكرس ذلك الاتجاه إذ أشار العلامة السنهوري الى (تبقى احكام النص المحذوف سارية لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الاسلامي) فاذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي، واذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق في الرجوع^(٢).

وذهبت مجلة الاحكام العدلية و القانون المدني العراقي للأخذ برأي الفقه الحنفي إذ اشارت المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي الى ان للواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فأن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، ويلاحظ ان موت الواهب يبطل خيار فسخ الهبة لأنه خيار يتصل بشخص صاحبه فلا يورث كخيار الرؤية والشرط فضلاً عن ان الواهب هو وحده يقدر الاعتبارات التي يراها مبرراً لطلب الرجوع في الهبة لذلك لا ينتقل هذا الحق الى ورثته^(٣).

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ق ١٣٦، ص ١٩٢.

(٢) ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٤٢٦.

(٣) ينظر د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ١٥٨.

ويثار التساؤل حول إمكانية الرجوع في الهبة بعذر معين حدده القانون أم لأي عذر كان، في الحقيقة ان الرجوع في الهبة يكون مقيداً بقيدتين: الأولى هو عدم وجود مانع من موانع الرجوع أما الثاني وجود للواهب عذر يبرر رجوعه في الهبة ولقد كانت للمشرع الفرنسي وجهة نظر اخرى حول الرجوع عن الهبة إذ ان الاصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة فقد حددت المادة (٩٥٥) من القانون المدني الفرنسي حالات الجحود على سبيل الحصر وهي الاعتداء على حياة الواهب واساءة معاملة الواهب اساءة جسيمة وكذلك اذا ارتكب جريمة وامتناعه عن الانفاق .

ولو سلطنا الضوء على المادة (٥٠١/أ) من القانون المدني المصري و التي تقابلها المادة (٦٢١)^(١) من القانون المدني العراقي نجد انها نصت على انه (يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة (أ) - ان يخل الموهوب له اخلاقاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحوداً غليظاً)، و اكدت المادة (٥٠١/ب) من القانون المدني المصري على العذر الاخر وهو (أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير) والتي تقابلها المادة (٦٢١/ب) من القانون المدني العراقي التي نصت على (ان يصبح الواهب عاجزاً عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير)، الجدير بالذكر ان المعيار هنا معيار شخصي يرتبط بشخص الواهب ومكانته في المجتمع وسواء تحقق هذا العجز بسبب الاموال التي خرجت من ذمته المالية عند الهبة ولأسباب اخرى وكذلك عند تعذر الواهب الانفاق على فروع و اصوله، غير ان القانون المدني العراقي قد غفل فقرة مهمة هي في حالة تقدم الموهوب له بالمبادرة بالإنفاق عليه وعلى اصوله وفروعه بمقابل عدم الرجوع في الهبة كما ذهب المشرع الفرنسي والذي اشار في المادة (٩٥٥) بمنع الرجوع في الهبة ولا يجوز للواهب

(١) تنظر المادة (٢١١) من قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤ / ١١ لسنة ١٩٨٤) المعدل .

الرجوع الا اذا طلب الموهوب له النفقة عليه فأمتمتع الموهوب له . لهذا نقترح تعديل النص القانوني كالآتي:

(أن يصبح الواهب عاجزاً عن ان يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير، الا اذا تقدم الموهوب له بالأنفاق على الواهب مقابل عدم الرجوع).

والعذر الاخر الذي ورد في الفقرة (ج) من المادة (٥٠١) من القانون المدني المصري (أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدأ يظل حياً الى وقت الرجوع أو ان يكون للواهب ولدا يظنه ميتاً وقت الهبة فاذا به حي) والتي تقابلها المادة (٦٢١/ج) التي تفترض ان لا يكون للواهب ولدأ وقت صدور الهبة باعتبار هذا السبب هو الذي دفعه لهبة ماله، والفرضية الاخرى هو ان يكون للواهب ولد يظنه ميتاً عند صدور الهبة ويكتشف بعد صدور الهبة وجود الولد فكان توجه المشرع العراقي والمصري بتزجيج مصلحة الولد على مصلحة الموهوب له، واما العذر الاخر الذي أشارت اليه المادة (٦٢١/ف د) هو اخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية فاذا ما اشترط الواهب عوضاً لما وهب والعوض قد يكون التزاماً في ذمة الموهوب له ويكون اقل من الموهوب فاذا تبين انه أكبر في القيمة فلا يكون الموهوب له ملزماً ان يؤدي الا بقدر قيمة الموهوب وتقابل هذه المادة في التشريع المدني المصري المادة (٤٩٩) (١).

وكذلك قتل الموهوب له الواهب، يعد عذراً نصت عليه المادة (٦٢٢) من القانون المدني العراقي الا انها اشترطت لكي يتحقق العذر بالرجوع وابطال هبة الواهب من قبل من له مصلحة في الابطال من الورثة وغيرهم، ولا بد ان يكون القتل عمداً والغاية تكمن في حماية الواهب وتجسيدياً لقاعدة (من يستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) .

(١) د. قصي سلمان هلال، مصدر سابق، ص ١٨.

عليه نصل الى ان إشكاليات واقعة الهبة تكمن في وجود خلل في ماهية العقد، أو انعدام الاجراءات المنصوص عليها قانوناً، من تسجيل و توثيق العقد أو إشكاليات تقع في رجوع الواهب عن هبته لأعدار محددة قانوناً مما يشكل منازعات قضائية توجب تدخل القضاء للفصل فيها وتحديد الالتزامات المترتبة على ابطالها .

ثانياً: إشكاليات واقعة الوقف

يتم تسجيل واقعة الوقف بالاستناد الى حجج شرعية أو أحكام قضائية حائزة درجة البتات وقابله للتنفيذ وصادر من محكمة مختصة ومتضمن الحكم الوقفية، وان يبرز الى دائرة التسجيل العقاري أو دائرة التنفيذ قبل مضي مدة التقادم المنصوص عليها في قانون التنفيذ، والتسجيل هنا يتم دون إقرار الواقف أو الموقوف عليه أو جهة اخرى، كما لا يجوز تسجيل الوقفية بالاستناد الى اقرار الواقف امام الموظف المختص في التسجيل العقاري وان كان يعد تصرفاً عقارياً من جانب واحد لأن الوقف يستند الى حجة شرعية أو حكم قضائي^(١) باعتبار مسائل الوقف تحكمها الشريعة الاسلامية، فالتسجيل هنا يكون للثبوت وليس للانعقاد^(٢).

فيسجل الوقف في السجل باسم الجهة الواقفة و الموقوف عليها ويذكر نوع الوقف، وتدرج الشروط الوقفية في حقل كيفية التصرف وان كان الوقف ملحقاً فيجب تدوين اسم المتولي المعين في الوقفية^(٣)، ولا يجوز تسجيل الوقف على حق التصرف في الاراضي الاميرية وما في حكمها ولا على المنشآت أو المغروسات القائمة عليها^(٤)، لان الغرض الاساس من الوقف هو البقاء و الخلود، لذلك

(١) تنظر المادة (٤) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ .

(٢) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، مصدر سابق، ص١٨٤.

(٣) تنظر المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ.

(٤) تنظر المادة (٢٥٧) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

اشترط في الوقف التأييد لهذا لابد ان يكون الموقوف ملكاً باتاً للواقف حين الوقف وان يكون محلاً للتعامل حسب القانون .

وردت أحكام الوقف وأقسامه وأنواعه بنصوص صريحة في قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦، وكذلك مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥، وهذه التقسيمات بنيت على عدة اعتبارات وعند اختلاف هذه الاعتبارات ظهرت تقسيمات اخرى، و تعود جذور هذه التقسيمات للدولة العثمانية التي طبقت قوانينها في العراق باعتباره احدى ولايات الدولة العثمانية، وان الوقوف على انواع وأقسام الوقف له اهمية كبيرة في تحديد الاشخاص المتولين ادارة الأوقاف، فكما هو معلوم ان الوقف الملحق الذي لم تنحل توليته بسحب يد المتولي عنه يدار من قبل المتولي في حين الوقف المضبوط تديره دائرة الأوقاف^(١) وكذلك معرفة امكانية رجوع الواقف عن الوقف من عدمه، فالوقف الذري ما يقفه الواقف على نفسه، أو ذريته أو عليهما معاً، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معاً أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته^(٢)، ومن الجدير بالذكر ان التولية على هذا النوع من الوقف ونصب المتولي و عزله ومحاسبتها تكون من اختصاص محكمة الاحوال الشخصية^(٣) كما و يحق لأحد المستحقين تصفية الوقف الذري^(٤)، كما وينتقل ملك الوقف للمستحقين بمجرد الحكم بتصفية الوقف و اكتسابه الدرجة القطعية^(٥)، وهذا دليل على امكانية رجوع الواقف عن الوقف عند تقديمه طلباً الى محكمة

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد /شخصية أولى / ٢٠٠٧ في ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٧، مجلة القانون و

القضاء، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ١٦٧.

(٢) تنظر المادة (١) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لعام ١٩٥٥.

(٣) تنظر المادة (٣/٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته .

(٤) تنظر المادة (٣) من مرسوم تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

(٥) تنظر المادة (٤) من مرسوم تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

البداية لإصدار قرار بأبطال حجة الوقف^(١)، ويقصد بالوقف الخيري ما وقف على جهة الخير^(٢) حين إنشائه، أو آل اليه نهائياً^(٣) والوقف الخيري أما يأتي من الواقف ابتداء على جهة بر أو نفع عام أو يتحول الوقف الذري الى وقف خيري عند انقطاع مصرفه على الذرية، حينها يتحول الى الفقراء أو للجهات الخيرية^(٤)، ويختلف الوقف الخيري عن الوقف الذري في ان الواقف لا يستطيع الرجوع^(٥) في الاول عن وقفه لخروجه من ذمته الى ملك الله تعالى، ويعتبر هذا النوع ايضاً من الاشخاص المعنوية العامة^(٦)، بذمة مالية مستقلة^(٧)، وعلى هذا الاساس يكون تعيين متولي الوقف عن طريق المحكمة^(٨)، ولا يحق اجراء أي تصرف على الموقوف ولا تصفيته وكذلك الحجز والبيع^(٩)، اما الوقف المشترك^(١٠)، فهو

(١) تنظر المادة (١٤) من مرسوم تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

(٢) يقصد بجهة الخير البر والنفع العام، تنظر المادة (٨ / ١) من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦.

(٣) تنظر المادة (١/ب) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري.

(٤) ينظر قرار محكمة التمييز، الهيئة العامة، رقم القرار ١٩٨٤/٨٣، منشور في مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع / ١٩٨٤، ص ١٤٩ - ١٥٠.

(٥) ينظر القرار التمييزي ١٠٨٣ / عقار / ٧٦ - ٨٧ في ٧ - ٦ - ٨٧ مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة العاشرة ص ٤٦.

(٦) ينظر د. محمد طوموم، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الاسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول، ١٩٧٨، ص ١١٠.

(٧) ينظر د. جمعة محمود الزريقي، دراسة حجج الوقف، بحث منشور في مجلة آفاق الثقافة والتراث، السنة الثامنة، العدد ٣١، الامارات، ٢٠٠٠، ص ١٣.

(٨) تنظر المادة (٢) من نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠.

(٩) تنظر المادة (٦٢/ثانيا) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.

(١٠) تنظر المادة (١٤) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

ما وقعهُ الواقف على جهة الخير وعلى الافراد بنسب معينة أو غير معينة كالأوقاف الموقوفة على جهات الخير ومشروط فيها ان يصرف الزائد على الافراد أو الذرية أو بالعكس^(١)، ويترتب على هذا الاشتراك أمكانية تصنيفته لشموله بأحكام مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي^(٢)، وبه تعتبر من الاشخاص المعنوية العامة^(٣)، والوقف الصحيح هي العين التي كانت ملكاً فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف^(٤)، وعرف ايضاً الأوقاف الصحيحة هي التي كانت مملوكة ثم أوقفت الى جهة من الجهات بمسوغات شرعية^(٥)، وقد يكون الوقف الصحيح ذرياً أو خيرياً أو مشتركاً وكذلك يأخذ الوقف الصحيح صفة المضبوط اذا كانت ادارته من قبل هيئة ادارة واستثمار أموال الأوقاف وقد يكون ملحقاً اذا كان يدار من قبل متولٍ ومشروط صرف غلته أو جزء منها على المؤسسات الدينية^(٦)، اما الوقف غير الصحيح فيقصد به حق التصرف والعقر في الاراضي الأميرية المرصדות و المخصصات الى جهة من الجهات^(٧)، وتعود جذور هذا النوع من الأوقاف الى الدولة العثمانية حيث كان يطلق عليه بالوقف الارصادي^(٨)، وعرفه الفقهاء بتخصيص غلة بعض اراضي بيت المال لبعض الجهات وكان محل خلاف

(١) تنظر المادة (١/ج) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

(٢) تنظر المادة (٢) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

(٣) ينظر قرار مجلس شورى الدولة رقم (٨/١٩٩٤ في ٢٦/٢/١٩٩٤)، علي محمد الكرباسي، الموسوعة

العدلية، العدد ١٩٩٥، ٢٣، ص ٦.

(٤) تنظر المادة (٤/١) من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦.

(٥) تنظر المادة (٦/أ) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لعام ١٩٧١.

(٦) تنظر المادة (١/٧) من قانون ادارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦.

(٧) تنظر المادة (٥/١) من قانون ادارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦.

(٨) ينظر د. عارف العارف، مجموعة الاحكام للأموال غير المنقولة، بغداد، ١٩٤٨، ص ٦.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

بينهم، فمنهم من لم يعده وفقاً لأن العين الموقوفة ليست ملكاً للواقف وبعضهم عدّه وفقاً لأن السلطان الواقف لشيء من اموال بيت المال هو وكيل عن المسلمين ويعتبر وكيل للواقف^(١)، وتكون ادارته من قبل هيئة ادارة واستثمار اموال الأوقاف، لأنه يعد وفقاً مضبوطاً وتكون له تخصيصات مالية في الميزانية كقاعدة عامة لا يجوز بالتالي ابطال الوقف الا بقرار من وزير المالية استثناءً وفي حالة رصد الوقف الى جهة لا يوجد لها استحقاق في الميزانية فيجوز ابطال الوقف عليها ومخالفة شرط الواقف^(٢) وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى ان ابطال القيد العقاري الذي سجل بموجبه العقار موضوع الدعوى وفقاً خيراً بالاستناد الى حجة الوقف الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية لا يجوز ابطاله بالاستناد الى حكم قضائي صادر من محكمة البدءة بابطال حجة الوقف الخيري لان الحكم البدائي يعتبر معدوما لصدوره خلافاً لقواعد الاختصاص الوظيفي، وجميع القيود اللاحقة تعتبر معدومة لان ما بني على الانعدام يعتبر منعدماً حتى ولو استند بذلك الى حكم قضائي.

وهناك نوع من الأوقاف يعرف من خلال الكيفية التي يدار بها الموقوف فيقسم على اثرها الى وقف مضبوط، و وقف ملحق، ويقصد بالأول: بانه الوقف الذي آل الى الخير وتديره دائرة الأوقاف^(٣) وقسمه قانون الأوقاف العراقي^(٤) الى وقف صحيح و الوقف غير الصحيح والوقف الذي مضى على

(١) ينظر د. زياد المفرجي، التنظيم القانوني لإدارة الأوقاف في العراق، رسالة ماجستير، الدراسات والعلاقات

الخارجية، الكويت، ٢٠١١، ص ٣٨.

(٢) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، دراسة في انحلال الاراضي الاميرية في العراق، بحث منشور في مجلة

القضاء، العددان الأول والثاني، سنة ١٩٧٢، ٢٧، ص ١٧٥.

(٣) ينظر د. احمد الخطيب، الوقف والوصايا ضربان من صدقة التطوع، ط ١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٦٨،

ص ١٥٧

(٤) تنظر المادة (٦/١) من قانون ادارة الأوقاف رقم ٦٤ لعام ١٩٦٦.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

ادارته خمس عشرة سنة من قبل وزارة الأوقاف العامة، وديوان الأوقاف، اما في الوقت الحاضر هيئة استثمار اموال الأوقاف، و أوقاف الحرمين الشريفين وأعيان الجهات الخيرية العائدة للأوقاف بناءً على ما حدده قانون جواز تصفية الوقف الذري و الوقف الملحق^(١) هو ما يديره متولٍ ومشروط صرف غلته أو جزء منها على المؤسسات الدينية والخيرية، ويشمل الوقف الذري الذي يديره متولٍ والوصية بالخيرات التي تخرج مخرج الوقف.

وقد تطرأ ظروف على الواقف عائلية أو اسباب مالية متعلقة به أو بالجهة الموقوف عليها تغيير مجرى تفكيره و تجعله يرجع عن الوقف في هذه الحالة لا بد من تسجيل معاملة الرجوع عن الوقف بالاستناد ايضاً الى حجة صادرة من محكمة مختصة أو الى حكم قضائي حائز درجة البتات (٢)، كما و أن ابطال الحجة الوقفية و الرجوع عنها أو عن بعضها ليس مرهوناً بإرادة الواقف المطلقة وهنا تكمن المشكلة، إذ يجوز الرجوع عن الوقف في بعض الاحوال^(٣)، ولا يجوز له في أحوال اخرى والسبب يتعلق بلزوم الوقف وعدمه وقت إنشائه مما استدعانا الوقوف على كيفية لزوم الوقف لنحدد حق الواقف في امكانية الرجوع من عدمه، والوقف اللازم هو الوقف الذي لا يمكن فسخه ولزومه يكون بحكم بات حائز درجة البتات، وايضاً اذا كان الموقوف اكثر من ثلث المال يجب استحصال اذن الورثة بتسجيل الزيادة و اعتبارها وقفاً لان الوقف في هذه الحالة بحكم الوصية، واذا لم يجز الورثة وقف ما زاد على الثلث يكون لازماً في مقدار الثلث والزيادة تعود على الورثة^(٤) وفي انعدام الورثة يكون الوقف لازماً باستثناء حالتين،

(١) تنظر المادة (٧/١) من قانون ادراه الأوقاف رقم ٦٤ لعام ١٩٦٦.

(٢) تنظر المادة (٢٥٩) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ.

(٣) يجوز للواقف الرجوع عن الوقف المضاف الى ما بعد الموت سواء كان وقفاً خيرياً ام ذرياً ينظر القرار

التميزي ٤٤٨/مدنية ثانية /٧٩ في ١٤/١٠/١٩٩٧ مجموعة الاحكام العدلية، العدد ٤، السنة العاشرة .

(٤) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، مصدر سابق، ص ١٩١.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

بناء مسجد وأذن للناس بالصلاة فيه فهنا يكون وفقاً لازماً حتى لو لم تسجل الحجة الوقفية، والآخرى عند تخصيص قطعة أرض لتكون مقبرة ودفن فيها الموتى فهنا تصبح العرصه وفقاً لازماً بصورة رسمية^(١)، والوقف غير اللازم هو الذي يمكن فسخه باعتبار عدم صدور حكم به وأي تصرف من الواقف يعد رجوعاً عن الوقف لأنه بمنزلة العارية التي يستفيد منها المستعير مع بقاء رقبته للمالك، وبما ان الرجوع يعيد الملك الى الواقف فلا بد من تصحيح صنف العقار من الوقف الى ملك صرف^(٢)، وتكون دائرة التسجيل العقاري ملزمة بتنفيذ الحجة أو الحكم القضائي دون التدخل في جواز الرجوع عن الوقف أو عدمه، لأن التحقيق من ذلك هو من اختصاص المحكمة المختصة التي تصدر الحجة أو الحكم بالرجوع^(٣).

(١) ينظر مصطفى مجيد، احكام تسجيل العقار بالطابو، مطبعة العاني، الطبعة الأولى، بغداد، ص ٨٤.

(٢) تنظر المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ .

(٣) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٣، مصدر سابق، ص ١٩٢.

الفرع الثاني

إشكاليات تسجيل الوقائع القانونية بعد الوفاة

كما هو معلوم ان واقعة الارث والانتقال و الوصية هي تطبيقات الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض، وهي تنقل الحقوق العينية الاصلية أو التبعية الى الخلف العام بالاستناد الى واقعة مادية وهي الوفاة، لذا يجب تسجيل حق الارث والانتقال المتعلق بالحقوق العينية الاصلية في السجل الدائمي^(١) لكن قد تطرأ اشكاليات بعد تسجيلها تستوجب ابطال التسجيل واعادة الحال الى ما كان عليه وتعود رقبة الملك الى المالك لذا سنتطرق بالتفصيل لهذه الاشكاليات ونسلط الضوء عليها تباعاً .

أولاً: إشكاليات واقعة الارث و الانتقال

لا تعد واقعتا الارث و الانتقال تصرفاً، لانهما لا يتما بإرادة المالك، ولكنهما ينقلان الحقوق العينية الاصلية أو التبعية الى الخلف العام بالاستناد الى واقعة مادية وهي الوفاة، لذا يجب تسجيل حق الارث والانتقال المتعلق بالحقوق الاصلية في السجل العقاري الدائمي^(٢).

ومما يثير إشكالنا هنا هو كيفية انتقال الملكية العقارية في واقعة الارث و الانتقال، وهل يتوجب بهذا الانتقال العقاري مميزات و خصائص وشروط معينة، وما الاحكام الخاصة بتسجيل واقعة الارث و الانتقال ؟ وما الآثار التي تخلفها ؟

بدءاً ان أيلولة العقارات الى الوارث بمقتضى حق الارث انما تترتب على مجرد واقعة هي واقعة موت المورث وقيام الارث بالوارث، وليس نتاج تصرف قانوني^(٣)، واي تصرف يصدر من الوارث يتناول انتقال الحقوق بالميراث لا يسري مالم يتم تسجيل حق الارث، وبالتالي عدم شهر أي تصرف يصدر من المورث في حق من الحقوق العينية العقارية وهو ما أكدت عليه المادة (٤) من قانون التسجيل العقاري

(١) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج ١، ص ٥٣٧.

(٢) تنظر المادة (٧١ / ١) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ.

(٣) ينظر د. محمد كامل مرسي باشا، مصدر سابق، ص ٢٦٨.

العراقي بالنص على (لا يجوز إجراء التصرفات العقارية على الحقوق التي صدر بها حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم القضائي الا بعد تسجيل تلك الحقوق في التسجيل العقاري)^(١)، ويعد هذا الامر اثبات لعائدية الحقوق في عقارات مورثه و يمكنه من التصرف في العقارات التي ورثها، و يثار التساؤل حول مدى تأخر التسجيل والشهر في انتقال عقارات التركة بسبب الارث و الانتقال.

ان لتسجيل واقعة الارث والانتقال أهمية كبيرة حيث أوجبت المادة (١٣)^(٢) من قانون تنظيم الشهر العقاري في مصر بشهر حق الارث فأوجبت تسجيل اشهادات الوراثة الشرعية أو الاحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الارث^(٣) مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم، والى ان يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق أي من هذه الحقوق، ومن الممكن ان يقتصر شهر حق الارث على جزء من عقارات التركة، وفي هذه الحالة يعد هذا الجزء وحدة يبني على اساسها تصرفات الوراثة^(٤)، وهذا يعني ان الاحكام القضائية وما في حكمها والتي تتضمن حقوق عينية تعتبر كاشفة عن الحقوق، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية^(٥) في قرار لها اكدت ان التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري كاشف للحق وليس منشأ له، وكما ان المادة القانونية انفة الذكر نصت على عدم إجراء التصرفات العقارية على الحقوق التي تتضمنها تلك القرارات الا بعد التسجيل أي ان الامر مقتصر على عدم جواز الاحتجاج بتلك الحقوق على الغير الا بعد

(١) تقابلها المادة (٨٨) من المرسوم (٧٦ / ٦٣) سجل عقاري جزائري .

(٢) تقابلها المادة (٧٩٣) من القانون المدني الجزائري

(٣) تقابلها المادة (٩١) من المرسوم (٧٦ / ٦٣) سجل عقاري جزائري.

(٤) تنظر المادة (١٣) من قانون تنظيم الشهر العقاري في مصر رقم (١١٤) لعام ١٩٤٦.

(٥) ينظر القرار المرقم (١٣٨٦ في ٢٥/٧/٢٠٠٦) المجموعة المدنية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية،

اعداد المحامي صبري التميمي، ص ٤، نقلاً عن عباس قاسم مهدي، مصدر سابق، ص ٢٢.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

التسجيل وهو ما استقر عليه القضاء العراقي في قراراته بالنسبة للأحكام و الحجج القضائية الا ان ذلك ليس للانعقاد بل للاحتجاج بتلك الحقوق على الغير اذ لا يجوز لصاحب الحق الذي تضمنه الحكم المتصرف فيه الا بعد التسجيل .

ووفق التشريع العقاري العراقي يجب تسجيل حق الملكية والحقوق العينية العقارية الاخرى عدا حق التصرف في الاراضي الاميرية عند وفاة أصحابها باسم الورثة الشرعيين^(١)، وبموجبها يكتسب الورثة أو أصحاب حق الانتقال ملكية العقار أو حق التصرف بمجرد وفاة المورث أو صاحب حق التصرف^(٢). و بما ان الارث والانتقال ليسا عقداً أو تصرفاً فإن عدم تسجيل هذا الحق في السجل العقاري لا ينقص من حق الوارث أو صاحب حق الانتقال على عقارات التركة أو حق التصرف، وكل ما في الامر ان الوارث أو صاحب حق الانتقال لا يجوز له التصرف بالحقوق الموروثة أو المنتقلة تجاه الغير الا بعد تسجيل الحق في السجل العقاري^(٣)، وتعود إمكانية تسجيل معاملات الارث والانتقال على الحقوق المحجوزة دون موافقة الجهة الحاجزة لأن الدين لا يمنع من انتقال ملكية التركة الى الورثة مستغرقة بالديون طالما هي تنتقل محملة بحقوق الدائنين^(٤) من تاريخ وفاة المورث وليس من تاريخ تسجيل الحق باسمه، وبدون اضافة أو حذف أي حق من الحقوق على العقار و بالتالي يبقى ثابتاً وينقل الى السجل العقاري بعد تسجيل الارث و الانتقال.

وقد يلجأ طالب القسام الشرعي أو النظامي الى اخفاء بعض اسماء الورثة بقصد حرمانهم من الارث أو حق الانتقال، فتصدر حجة بذلك وتنفذ لدى دائرة التسجيل العقاري بتسجيلها ثم يتضح وجود

(١) تنظر المادة (١٨٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لعام ١٩٧١.

(٢) تنظر المادة (١٨٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لعام ١٩٧١.

(٣) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٧١.

(٤) تنظر المادة (١١٠٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١.

الخلل الذي يستوجب ابطال القيد أو قد يرد خطأ في المسألة الارثيه أو في اسم احد الورثة أو اخفاء اسماءهم فيتم معالجة الامر بطرق قانونية تسمح لذوي العلاقة اللجوء الى القضاء لغرض اقامة دعوى تتضمن تصحيح القسام المعيب و الحصول على حكم يقضي بإبطال القيد المعيب على اعتبار ان القرار الأول الصادر لمعالجة الحالة المذكورة مخالف للقانون مما يصلح ان يكون سبباً يستند اليه لإبطال قيد العقار^(١) وأيد حكم محكمة التمييز الاتحادية هذه المعالجة القانونية^(٢) في بعض قراراتها وما ان لجئت بالعدول عن هذا المبدأ بموجب الحكم رقم (٦١ لسنة ٢٠١٦ الصادر في ٢٧ / ١٢ / ٢٠١٦) والذي ينص على انه لا يجوز ابطال قيد العقار لاستناد لتسجيل الى قسام شرعي صادر عن جهة رسمية وأن اخفاء احد الورثة بعدم ذكره في القسام يتحملة الورثة انفسهم استناداً لمبدأ حسن النية في التعامل خاصة الغير الذي تعامل مع الورثة لاحقاً وعدم الاخلال بمبدأ استقرار المعاملات .

وعند ابطال تسجيل واقعة الارث و الانتقال المسجلة بناءً على مستندات منظمة من قبل جهة مختصة قانوناً بتنظيمه وإصداره استناداً الى قسام شرعي جرى تصحيحه من قبل محكمة الاحوال الشخصية التي اصدرته فيتم ابطال تسجيل واقعة الانتقال بناءً على القسام النظامي الذي جرى تصحيحه^(٣)، وكذلك التسجيل بالاستناد الى حكم قضائي حائز درجة البتات ثم أبطل الحكم من جهة

(١) ينظر جواد حسن نايف، ابطال قيد التسجيل العقاري اجراءاته اثاره القانونية، رسالة دبلوم في العلوم القضائية

مقدمة الى مجلس المعهد القضائي دوره ٣٢/٢٠١١، ص ٤٤.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٩، الهيئة المدنية الاستئنافية ٢٠٠٨، الصادر بتاريخ

١١/٦/٢٠٠٨، اشار اليه القاضي كيلان السيد احمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم

كردستان العراق للسنوات (١٩٩٣ - ٢٠١١) ج ٢، ط ١، اربيل، كردستان، ٢٠١٢، ص ٣٣٢.

(٣) ينظر القرار التمييزي المرقم ١٤٤٥ / ١ / ١٩٩٥ في ٢٠ / ١٠ / ١٩٩٦ .

قضائية مختصة كالقرارات الصادرة^(١) من اللجان القضائية في هيئة دعوى الملكية بإلغاء قرار الاستملاك كونه جرى خلافاً للإجراءات القانونية وغيرها من الحالات وأيدت بتطبيق محكمة التمييز الاتحادية^(٢) .

وذهب المشرع المصري الى طريق الابطال القضائي للبيانات الواردة في السجل العيني إذ ان المادة (٣٩) من قانون السجل العيني تضمنت طريقين لتغيير البيانات المقيدة في السجل الطريق الأول عن طريق التصرفات الرضائية التي يجريها صاحب الحق العيني، اما الثاني فهو تغيير البيانات استناداً الى حكم نهائي صادر من المحكمة المختصة أو من اللجنة القضائية المشكلة استناداً الى المادة (٢١) من قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤^(٣) .

ثانياً : اشكاليات واقعة الوصية

من الثابت شرعاً وقانوناً ان الوصية اذا ما وقعت مستوفية كل اركانها و شروطها تكون صحيحة حال موت الموصي مصرّاً على وصيته وقبلها الموصي له، ولم يطرأ ما يبطل الوصية، فإنها تنفذ بحدود الثلث من التركة، ولكن قد تحدث إشكاليات تؤدي الى ما يبطل الوصية من قبل اطراف الوصية، وذكّرت المادة (٧٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بانه تبطل الوصية في الاحوال الاتية (برجوع الموصي عما أوصي به ولا يعتبر الرجوع الا بدليل يعدل قوة ما ثبت به الوصية)^(٤) وكذلك

(١) ينظر عباس قاسم مهدي، ابطال تسجيل العقار، مصدر سابق، ص ٦٨

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد ١٩١ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٣ في ٣٠ / ٢٠١٣ غير منشور .

(٣) ينظر عباس قاسم مهدي، ابطال التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٤٩ .

(٤) تنظر المادة (١٩) من قانون الوصية المصري و المادة ١٠٣٥ من القانون المدني الفرنسي و (١٩٢) من

قانون الاسرة الجزائري رقم (١١/٨٤ لسنة ١٩٨٤) المعدل

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

بفقدان اهلية الموصي^(١) الى حين وفاته، وتصرف الموصي بالموصي به تصرفاً يزيل اسم الموصي به وقد اتجه القضاء العراقي فيما يخص تصرف الموصي في معظم صفات العقار الموصي به من قبيل الرجوع^(٢)، وهلاك الموصي به أو استهلاكه من قبل الموصي وايضاً أبرد الموصي له الوصية بعد موت الموصي^(٣)، وجميع حالات الابطال أعلاه دائرة التسجيل العقاري غير مختصة بالنظر فيها والامر متروك للقضاء في حالة الخلاف أو الى موافقة من يخصه الامر في حالة حصول اتفاق على الابطال رضاءً، وبما ان الوصية تبرع لم يتم فيجوز الرجوع عنه لان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول ولكن بما ان الرجوع يكون بدليل يعدل ما اعتمدت عليه تثبتت الوصية كما ورد في نص الفقرة اعلاه، فاذا نشأت الوصية بحجة شرعية فلا يمكن ابطالها بورقة عرفية أو عريضة أو دليل كتابي غير مصدق من جهة مختصة، واذا ما بطلت الوصية أحدى الاسباب المذكورة ترتب على البطلان انعدام اثرها، أي لا تؤدي الى نقل الملكية العقارية بل ترجع ملكية الموصي به الى الموصي .

وتجدر الاشارة ايضاً الى بطلان الوصية باستحقاق الموصي به بطلاناً كلياً، وتبطل جزئياً باستحقاق بعض الموصي به ولو بعد تملك الموصي له لأن الامر تبين بعد الاستحقاق ان الموصي أوصى بما لا يملكه^(٤)، وتبطل الوصية باستحقاق الموصي به سواء أكان الاستحقاق قبل موت الموصي ام بعده عند البعض لأنه بالاستحقاق تبين ان الوصية كانت في غير ملكه فتبطل^(٥).

(١) تنظر المادة (١٤) من قانون الوصية المصري النافذ .

(٢) ينظر القرار التمييزي ٥٨١ و ١٠٨٩، شرعية موحدته /٧٢ في ٣١ /٣/٧٤، النشرة القضائية، العدد الأول،

السنة الخامسة، ص٢٠٦.

(٣) تنظر المادة (٢٠١) من قانون الاسرة الجزائري .

(٤) ينظر د. حيدر حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٩١.

(٥) ينظر محمد الزحيلي، احكام الوصايا و الوقف في الفقه الاسلامي، بدون ذكر المطبعة، ص ١٠٢.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

وبالنسبة لتصرف الوصية لقد أوجبت الفقرة (١) من المادة (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على وجوب تصديق الوصية من قبل كاتب العدل اذا كانت قيمة الموصي به تزيد على خمسمائة دينار لكي تكون قابلة للتنفيذ ويتم ذلك بتدوين المستمسك مباشرة من قبل الكاتب حسب طلب اطراف الواقعة وأوجبت الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٥) من قانون الكتاب العدول رقم ٢٧ لسنة الملغي ١٩٧٧ بتقييد حكم المادة (٦٥) احوال شخصية بنصها على عدم جواز تنظيم أو توثيق التصرفات العقارية من قبل الكاتب العدل بصورة مباشرة، ولم يعد بالإمكان تصديق أو تنظيم الوصية بالعقار من قبل كاتب العدل .

و يستند تسجيل واقعة الوصية بالعقار الى حكم قضائي حائز على درجة البتات القابل للتنفيذ اي ان يكون صادراً من محكمة مختصة و متضمن الحكم بالتسجيل أو الحكم بحسم الدعوى بتأييد الوصية وان يبرز الى دائرة التنفيذ أو التسجيل العقاري للتسجيل ضمن مدة التقادم لا بعدها^(١)، وبالإمكان الاستناد في التسجيل الى الحجج الشرعية الصادرة من المحاكم المختصة على ان لا تكون تلك الحجج مشمولة بالتقادم المسقط للمدة حيث نصت المادة (٢٥٤) من قانون التسجيل العقاري على انه (لا يجوز تسجيل الوصية على العقار الموصي به اذا سبق تسجيل معاملة الارث على العقار دون الوصية الا بالاستناد الى حكم قضائي حائز على درجة البتات أو بموافقة الورثة جميعاً عند تنفيذ الوصية) .

اما في التشريع المصري للشهر العقاري فقد أوجبت المادة (٩)^(٢) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ شهر جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك فيجب شهرها بطريق

(١) ينظر مصطفى مجيد، ج٣، مصدر سابق، ص١٦٠.

(٢) تنظر المادة (٢٦) من قانون التسجيل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف و الوصية^(١)، كما أوجبت المادة (١٠) من قانون تنظيم الشهر العقاري تسجيل جميع التصرفات و الاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الاصلية و يترتب على عدم التسجيل ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ويسري هذا الحكم على القسمة ولو كان محلها اموالاً للورثة.

فاذا كان العقد الذي يستند اليه في التسجيل باطلاً فإنه لا يترتب عليه انتقال الملكية لأن فاقد الشيء لا يعطيه وأن التسجيل لا يصح العقد الباطل^(٢) وقد اعتبر المشرع المصري ان التسجيل شرطاً للانعقاد وبدون التسجيل لا يعتبر المتصرف اليه مالكاً للعقار المتصرف فيه الا من تاريخ تمام التسجيل. ولا بد من الاشارة الى انه بالإمكان تأشير الوصية في السجل العقاري اثناء حياة الموصي ولا يجوز اجراء اي تصرف عقاري على الحقوق الموصي بها الا اذا ابطلت الوصية وفقاً للقانون وعلى هذا الاساس فإن الوصية لا ترتب حقا عينيا للموصى له عند انشاء الوصية وانما يكسب حق الملكية بعد موت الموصي لذا ان التسجيل ليس ركناً من اركانها وقت الانشاء ولكن بما ان ارادة الموصي منصبة على هذا التصرف في تركته المستقبلية فلا مانع من احترام هذه الارادة و وضع قيد على تصرفاته على العقار الموصي به حال حياته بموافقته وتأشير هذا القيد الاتفاقي على سجل العقار^(٣).

اما بعد وفاة الموصي فقد تناول قانون التسجيل العقاري العراقي هذه المسألة في صريح المادة (١/٢٤٩) التي نصت على انه (تسجل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية سواء كانت الوصية بالتملك أو بصرف ثمن العقار (الوصية بالعين) أو بربع العقار بعد وفاة الموصي و ذلك بالاستناد الى الاحكام القضائية الحائزة درجة البتات أو الحجج الشرعية و الوصية المنظمة من الكاتب العدل ما لم

(١) ينظر عباس قاسم مهدي، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٢) ينظر الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٦/٦/٥ مذكور في عباس قاسم مهدي، مصدر سابق،

ص ٣٨.

(٣) تنظر المادة (٤/٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

يعترض عليهما من قبل ذوي العلاقة) والا فلا بد من اقامة دعوى امام المحكمة المختصة لأثبات صحة الوصية ومن ثم تصديقها وبعد اكتساب الحكم القضائي بتصديق الوصية أو اثبات صحتها درجة البتات يصار الى تسجيلها لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة^(١).

عليه نصل الى ان الوصية الناقلة للملكية بلا عوض لا تنتقل الى الموصي له الا بتحقق وفاة الموصي مصرأ على وصيته وتسجيل الوصية ويستطيع الموصي له ان يضع يده على الملكية العقارية ويمنع اي تعرض عليها أو استحقاقها .

(١) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا و المواريث، مصدر سابق، ص ٦٢.

المطلب الثاني

آثار دعوى ابطال تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض

بعد البحث في متون التشريعات العقارية وجدناها جميعا قد أوجبت (١) بتسجيل الوقائع القانونية المتعلقة بالعقار و الحقوق العينية الاصلية و التبعية و كذلك الاحكام القضائية النهائية المقررة أو الكاشفة عن التصرفات العقارية و الحقوق العينية الاصلية و التبعية المتعلقة بها، لأن تسجيل هذه الوقائع من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو زواله بنقله أو تغيير مالكة وفي حال تخلف هذا الاجراء فإن الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل و لا تتغير ولا تزول بين اطرافها ولا بالنسبة للغير .

هذا و تعد قيود السجل العقاري حجة على الناس كافة ولا يجوز الطعن فيها بالتزوير أو الصورية لأنها تعد سجلات رسمية بحسب احكام القانون، ولكن يلاحظ ان هذه السجلات بما تمتاز به من حجية وقوة مطلقة قد تكون عرضة لعيب قانوني يتعذر اصلاحه من قبل دوائر التسجيل العقاري مما يجعلها في مرمى القانون و القضاء بناءً على طلب المتضرر من تسجيل القيد العقاري لغرض استصدار حكم قانوني لأبطاله أو قد تطرأ ظروف وأمور تجعل المالك للعقار يتراجع عن تصرفه لأسباب محددة .

وأهم وسيلة قانونية لحماية حقوق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها عند حصول النزاع و الخلاف والاعتداء هي الدعوى القضائية، حسبما رسمه قانون المرافعات ضمن التنظيم القانوني في الدولة، ولأهمية هذا الموضوع ذهبت التشريعات العقارية بتحديد نطاق الدعاوى القضائية التي يصار اليها عند حصول الخلاف أو الاعتداء على الملكية وما تفرع منها كدعاوى ابطال سندات التسجيل العقاري و دعاوى الفسخ و التعديل و الإلغاء، وما يميز هذه الدعاوى انها تكون بغاية الدقة و الصعوبة لذا توجب علينا ان نحدد ماهية هذه الدعاوى بتعريفها وبيان طبيعتها ونسلط الضوء على الضوابط الحاكمة لها ولهذا سنتطرق في هذا المطلب مخصصين الفرع الأول لبيان آثار ابطال سندات التسجيل العقاري للوقائع القانونية بلا عوض وخصصنا الثاني لدعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض .

(١) قانون التسجيل العقاري العراقي (رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١) وكذلك القانون المصري رقم (١١٤ لسنة ١٩٦٤)

الخاص بتنظيم الشهر العقاري و القانون رقم (١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالسجل العيني)

الفرع الأول

آثار إبطال التسجيل العقاري للوقائع القانونية بلا عوض

بعد البحث في التشريعات العقارية العراقية والمقارنة وجدنا انها رتبنا اثراً على ابطال التسجيل العقاري، وحددت طريقان يمكن اللجوء اليهما لتدارك وتصحيح الاخطاء و النواقص التي تعترض عملية التسجيل وبما ان الآثار المترتبة على الابطال تمس جانبان الأول بين اطرافها و يرتب اثراً مهمة على الحقوق العينية والشخصية للوقائع القانونية بلا عوض ويجعل الواقعة القانونية الباطلة منعدمة الآثار^(١)، والثاني يتناول حقوق الغير بما رتبه القيد في السجل من اثار مادية أو قانونية تمس مصالحهم لهذا توجب علينا تناول دراسة هذا الموضوع في نقطتين، تطرقنا في الأولى لأثر ابطال التسجيل على الوقائع القانونية بلا عوض بين اطرافها وخصصنا الثانية لأثر الإبطال تسجيل الوقائع القانونية على الغير .

أولاً: أثر إبطال تسجيل الوقائع القانونية بلا عوض بين اطرافها

عند إبطال القيود في السجلات العقارية تترتب آثاراً قانونية فيما بين أطراف الواقعة القانونية بلا عوض و هذه الآثار اشارت اليها التشريعات العقارية فنجد المادة (١٤١) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ نصت على انه (١- عند ابطال التسجيل العيني تعاد الحقوق العينية الاصلية في العقار الى الحالة التي كانت عليها قبل التسجيل مع مراعاة احكام المادة التالية من هذا القانون وذلك اذا لم يتبع هذا التسجيل تسجيل عيني لاحق وفي هذه الحالة يقتضي ابطال التسجيل اللاحق بحكم أو قرار مستقل. ٢- تعتبر جميع الحقوق العينية التبعية و اشارت الحجز الواقعة بعد التسجيل باطلة تبعا لأبطال التسجيل العيني.) حقيقة يستشف من هذا النص ان هنالك اثراً مباشراً للإبطال القضائي لسندات التسجيل العقاري المتضمنة حقوقاً عينية أصلية، يتجسد بزوال القيد الخاص بالسند السند وإعادة هذه الحقوق تلقائياً الى أهلها من دون حاجة الى حكم بذلك متى لم يتبع هذا التسجيل

(١) تنظر المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المبطل تسجيل حق عيني لاحق مما يعني إرجاع الحقوق العينية الاصلية الى ما كانت عليها قبل التسجيل المبطل سنده^(١).

والجدير بالذكر ان التشريع المصري قد اشار في قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ النافذ ان السند يكتسب الشكل النهائي^(٢) بمجرد تدوين البيانات في السجل العيني لان التدقيق يتم قبل التسجيل على نقيض الحال في القانون العراقي لذا يوجد نوع واحد للابطال هو الابطال القضائي، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها بأن ابطال قيود التسجيل العقاري يجب ان ينصب على وجود أخطاء تعلقة بالقيود المسجلة و بمعاملة التسجيل ذاتها لاستحالة التنفيذ في حالة الابطال^(٣).

فاذا كانت الواقعة القانونية بلا عوض المسجلة صادرة استناداً لتصرف قانوني تم بتوافق ارادتين كالهبة و الوصية أو استندت الى ارادة واحدة كالوقف والارث وحق الانتقال و ابطال الحق العيني الاصيلي أبطل تبعاً له الحق العيني التبعي كما هو الحال عند ترتيب الموصي له بالعقار أو الموهوب له بالعقار أو الوارث حق رهن عليه لمصلحة شخص اخر ثم جرى ابطال تسجيل العقار باسم الموصي له أو

(١) تنظر اميمة رافع رجب، الابطال القضائي لسندات التسجيل العقاري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نهرين، ص ١٢٠.

(٢) تنظر المادة (١٣٩) من قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤، و المادة (١٥) من القانون السوري رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦ و المادة (١٥) من قانون انشاء السجل العقاري اللبناني رقم لسنة ١٩٨٣.

(٣) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية نوع الحكم مدني رقم ٢٧٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٧ بتاريخ ٢٥ / ٩ / ٢٠١٧.

الموهوب له بالعقار و الوارث فان الموصي و الواهب (المالك الاصلي)، يسترد العقار خالياً من حق الرهن الذي يبطل تلقائياً في هذه الحالة من دون حاجة الى حكم بذلك^(١) .

اما عن التشريعات العقارية المصرية فلم يرد فيها نص خاص و صريح يبين أثر إبطال السند العقاري على الحق العيني بذاته كما فعل المشرع العراقي، وهذا يعني انها تأخذ بالأثر المترتب على إبطال التصرفات الواردة في القواعد العامة و المتمثلة بزوال السند العقاري باثر رجعي واعادة الحقوق العينية التي يتضمنها الى الحالة التي كانت عليها قبل تسجيل التصرف العقاري المبطل^(٢) .

وبالنسبة لأثر إبطال قيود التسجيل العقاري على الحقوق الشخصية التابعة للحقوق العينية التي ابطلت وقائعها، فكما هو معلوم ان الحقوق الشخصية هي حقوق مؤقتة تزول بزوال سببها بخلاف الحقوق العينية ذات الطبيعة الدائمة، لذا نجد هنالك حقوقاً شخصية ترتبت على العقار المبطل فانها تبطل تبعاً وتعتبر كأن لم تكن مثالها إشارة عدم التصرف التي وضعت على العقار موضوع النزاع، فلو وضعت اشارة عدم التصرف أو الحجز على العقار الموهوب أو الموقوف الذي تملكه الموهوب له أو الموقوف له بسبب ديون نشأت بذمته بسبب ما ثم ابطال السند، فإن العقار يعاد الى بائعه خالياً من اشارة الحجز باعتبار ان الاخيرة حق شخصي يسقط تبعاً لسقوط الحق العيني الاصلي وإبطاله^(٣)، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان اشارات الحجز التي كانت مثبتة في صفحة العقار في السجل العقاري و رفعت بسبب تسجيل الحق العيني الذي ابطال فيما بعد لا تبطل تبعاً لذلك وانما تبقى سارية بمواجهة المالك الذي استرد الحق العيني العقاري وسجله باسمه^(٤) .

(١) ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز احكام قانون التسجيل العقاري، دار الحكمة، بغداد،

١٩٩٠، ص ١٥٨.

(٢) ينظر انور طلبه، الشهر العقاري و المفاضلة بين التصرفات، دون ذكر المطبعة والمكان، ١٩٩٠ ص ٢٩٢.

(٣) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٤) تنظر المادة (٢/١٤٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

ولو سلطنا الضوء على الاثار غير المباشرة التي تمس اطراف الواقعة القانونية بعد ما وضحنا الاثر المباشر و هو إعادة أشخاص السند المسجل المبطل الى الحالة التي كانا عليها قبل إبطال التسجيل فيعاد الحق الى اصله وكأنه لم يكن^(١) و يسجل وينتقل الى الغير، وقد أكد المشرع العراقي والقانون المقارن^(٢) في القانون المدني، ان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً فاذا ما ابطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل على ان لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد^(٣) ويسري هذا الاثر على جميع الاشخاص الطبيعيين و المعنويين واستثناءً على الاشخاص ناقص الاهلية لانفرادهم بحكم خاص.

فاذا ما تم الرجوع في واقعة الهبة وابطال القيد في السجل العقاري فيتوجب على كلا الطرفين الرجوع الى ما كانا عليه قبل التعاقد بحيث يكون للرجوع اثار الفسخ و البطلان من خلال انحلال عقد الهبة^(٤) فيلزم الموهوب له برد الموهوب الى الواهب والثمار ويلزم الواهب برد المصروفات و النفقات للموهوب له^(٥)، كما و ان المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي على حالة الإبطال بالنسبة لناقص الاهلية فنلاحظ اذا كانت الواقعة قابلة للإبطال لنقص في أهلية احد اطرافها وابطلت لهذا السبب فأن

(١) تنظر المادة (١٤٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

(٢) تنظر المادة (١٤٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) تنظر المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤) ابراهيم انيس محمد يحيى، رسالة ماجستير، الإقالة دراسة مقارنة، جامعة الكفاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٠،

ص ١١٦.

(٥) تنظر المادة (٦٤٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٥٠٣) من القانون المدني المصري والمادة (٣٩٣)

من القانون المدني الجزائري.

الطرف الذي سلمه شيئاً تنفيذاً للواقعة التي أبطلت ثم طلب منه استرداد ما سلم كاملاً عملاً بالقاعدة العامة فإنه لا يحكم عليه الا برد القدر الذي أستفاده وعليه لا تطبق عليه القاعدة العامة وانما تطبق عليه قاعدة الكسب دون سبب (الاثراء بلا سبب) مراعاة لمصلحة ناقص الأهلية، والذي يكلف بأثبات القدر الذي أستفاده ناقص الاهلية هو الطرف الثاني، ولا يكلف ناقص الأهلية بأثبات انه لم يستفيد لأن الأصل براءة الذمة ولأن الأثبات لا يتوجه الى النفي^(١).

ثانياً : أثر ابطال تسجيل الوقائع القانونية على الغير

نشأ الائتمان العقاري واستقر بفضل نظام التسجيل العقاري الذي هدف لتمكين علم جميع الناس بالوضع القانوني للعقار مما ساعد على تحقيق الاستقرار القانوني وضمان الثقة في المعاملات المدنية التي يكون محلها العقار فتجنب الغير من الدخول في منازعات قضائية حول الحقوق العقارية، وفي سبيل بيان اثر التسجيل للواقعة القانونية بلا عوض على الغير فلا بد من الوقوف على تعريف الغير وتسليط الضوء على أثر التسجيل وإبطاله للوقائع القانونية بلا عوض في التشريع العراقي و القوانين المقارنة.

فلا يرتب الرجوع أي اثر رجعي بالنسبة للغير بل لا بد من حماية الحقوق و المراكز القانونية المكتسبة بالنسبة للغير حسن النية وذلك ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة مع مراعاة القواعد المتعلقة بالهبة بوجه الخصوص و اذا نظرنا الى الموانع التي يمنع الرجوع فيها على الواهب لهبته من خلال تصرف الموهوب له في الهبة ببيع أو تبرع أو رهن أو أي تصرف اخر ينقل الملكية أو أي حق عيني آخر للغير وهذا وفق حالتين : الأولى ما اذا تصرف الواهب لهبته تصرفاً نهائياً في الهبة^(٢) تصرفاً قانونياً فهنا

(١) ينظر عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول،

١٩٨٠، ص ١٢٤.

(٢) د. السنهوري، الوسيط مصدر سابق، ص ٩٤.

الرجوع يكون ممنوعاً اصلاً، والحالة الثانية: هي ان يرتب على الهبة حق عيني فهنا يعد هذا تصرفاً ليس نهائياً فحقوق الغير هنا تبقى ثابتة اذا كان الغير حسن النية ولا يعلم بعذر الواهب في الرجوع^(١) .

وبداية لم توضح الانظمة العقارية الشخصية و العينية المعتمدة في تسجيل الحقوق العقارية مفهوم الغير و كذلك الحال بالنسبة للتشريعات العقارية التي اتبعت هذه الانظمة الا ان فقهاء القانون حأولوا بيان المقصود في ضوء نظرتهم اليه فمنهم من قال ان الغير في السجل العقاري هو كل شخص لم يكن طرفاً في تصرف عقاري جرى تسجيله^(٢)، وذهب البعض للقول ان كل صاحب حق عيني مبني على سبب صحيح مسجل وفقاً للشكل المحدد قانوناً^(٣) .

وهناك من رأى ان مفهوم الغير في السجل العقاري لا يختلف عن المفهوم العام الوارد في القواعد العامة^(٤)، و عرف على ان كل من تلقى حقاً عينياً على العقار أو ملكية هذا العقار من شخص ما وهذا معناه حصر مفهوم الغير بالخلف الخاص^(٥)، و عرف على انه كل شخص لم يكن طرفاً في عقد

(١) ينظر مزاتي البشير واخرون، المنازعات التي يثيرها عقد الهبة، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ٢٠١٥، ص٤٣ .

(٢) ينظر عبد العزيز حساني، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد، مطبعة الكتاب، بغداد، العراق، ٢٠١٢، ص١٨٢ .

(٣) ينظر د. عبد السلام ذهني بك، في الغش و التواطؤ التبادلي و التسجيل في نقد النقض، ط٢، مطبعة مصر، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٤٤، ص٢٦ .

(٤) ينظر د. حسين عبد اللطيف، مصدر سابق، البند ١٦٨، ص١٠٤ .

(٥) تنظر المادة (٣٠ / ١) من مرسوم الاصلاح العقاري الفرنسي لعام ١٩٥٥

((Laresolutionou la revocation la rescision dum droit vise av I de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet retroactif, nest opposable aux ayants cause a titre partiel du titulaire du droit aneanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue du titulaire du droit aneanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue aete anterieurement puldiee ou si la cause reside dans la loi))

(ان فسخ الحقوق العينية العقارية أو ابطالها أو الغائها أو نقضها ينتج اثراً حقيقياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدد الا اذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الابطال أو الغاء أو

النقض قد تم شهره مسبقاً أو كان الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقض بحكم القانون)

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

أو تصرف أو واقعة غير مسجلة تقضي مصلحته استبعاد هذا التصرف و الواقعة غير المسجلة استناداً الى الحق العيني الذي اكتسبه على العقار وسجله^(١) .

عليه نصل الى ان الغير في الانظمة العقارية هو كل من اكتسب حقاً عينياً عقارياً من شخص ابطال سنده العقاري المسجل لأسباب قانونية وكان مستنداً في اكتساب حقه لتسجيل الواقعة في السجل العقاري.

وبتقرير بطلان التسجيل يزال كل اثر ويعاد كل شيء الى اصله، ففي ابطال واقعة الوصية أو الهبة يعاد الموصي و الواهب و الموصي له و الموهوب له الى الحالة التي كانا عليها قبل الواقعة فيطلب الموصي و الواهب رد الموصي به أو الموهوب بثمراته من وقت المطالبة القضائية، وفيما لو كان الاسترداد مستحيلاً بان هلك محل الواقعة بيد الطرف الاخر (الموهوب له و الموصي له) وبخطأ منه حكم القاضي بتعويض عادل والزام الموصي له و الموهوب له برد قيمة الموهوب أو الموصي به وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على اساس الواقعة التي تقرر بطلانها ولكن هذا الاستثناء الوارد في المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي لا يخص دوائر التسجيل العقاري لأن التسجيل يبطل حسب قرار الوزير أو الحكم القضائي ويعاد التسجيل باسم الموصي^(٢) أو الواهب، وبالنسبة لموضوع الخلاف بينهما واثبات استحالة عودتهما الى حالتها التي كانت عليها قبل التسجيل فهو امر يعود الى القضاء ولا يؤخر ذلك تنفيذ قرار الإبطال من قبل دائرة التسجيل العقاري^(٣)، وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى ان سحب القطعة من الشخص الذي ملكت او خصصت له من قبل

(١) ينظر د. ادور عبيد، الحقوق و الضمانات المقررة للغير بمقتضى نظام الشهر العيني، بحث منشور في

مجموعة اعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقارية لعام ١٩٧٢، ص ١٧٧.

(٢) تنظر المادة (٣/٢٥١) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

(٣) ينظر د. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، المجلد الأول، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢١٨.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

البلدية المختصة خلافا لأحكام المادة (١٣٩) من قانون التسجيل لا يمنع المحكمة من التصدي عن اسباب صحة السحب من عدمه ويترتب على ذلك، اذا كان سبب السحب للقطعة صحيح فتكون دعوى المدعي واجبة الرد اما اذا كان سبب السحب غير صحيح وان التخصيص للمدعي قد تم وفقا للقانون فله الحق بالمطالبة بأبطال قيد التسجيل العقاري للقطعة واعادتها اليه اذا كانت البلدية المختصة لم تتصرف بالقطعة و بخلاف ذلك وتصرفها للغير فان للمدعي حق المطالبة بقيمة تلك القطعة وليس ابطال قيدها وذلك حماية للغير حسن النية ومبدأ استقرار المعاملات^(١) .

و الوقف من شأنه تغيير ملكية العقار الموقوف عند تسجيله في السجل العقاري، فاذا ما ابطال لمخالفته لأحكام القانون كوقف حق التصرف في أرض مملوكة للدولة أو كان الاقرار بالوقفية صادر من فاقد الاهلية، فإن إبطال التسجيل يعيد العقار الموقوف الى مالكة أو صاحب حق التصرف وبالحالة التي كان عليه العقار قبل تسجيل الوقفية^(٢)، وبالنظر لكون الوقف من النظام العام^(٣) فلا يجوز التصرف به وترتيب حقوق عينية عليه باستثناء بعض الحقوق كحق المساطحة، فعليه اذا لم يرتب على العقار حق المساطحة يعاد تسجيله خالياً من الحقوق العينية باسم مالكة أو صاحب حق التصرف، ومما تجدر الاشارة اليه ان الرجوع عن الوقف أو تصفيته بحكم القانون لا يعدان ابطالاً للتسجيل وانما يعدان تصرفاً جديداً مستقلاً ولا تخضع تلك المعاملات الى احكام الابطال^(٤) .

ويجب ان يتم تثبيت واقعة الهبة على يد موظف عمومي كالموثق، لأن الشكلية المطلوبة تعني افرار رضا المتعاقدين الواهب والموهوب له بشكل رسمي على يد مختص يتولى الايجاب والقبول بشأن

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي رقم (٣٣٥/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٩) بتاريخ ٢٣ / ١٢ /

٢٠١٩.

(٢) ينظر مصطفى مجيد، ج٢، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٣) تنظر المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٢، مصدر سابق، ص ١٢٣.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المال الموهوب في حدود سلطته واختصاصه والا كانت الشكلية ناقصة والهبة باطلة^(١)، هذا ونشير الى ان الاخلال بهذا الاجراء يترتب عليه جزاء قانونياً يتمثل بأبطال التصرف ولا ينتج اثرًا، فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أيهاهه كما يريد ولا ينتقل الملك الى الموهوب له ولا يستطيع التصرف فيه^(٢)، لأنه اذا لم تكن الهبة بورقة رسمية وقعت باطلة وعلى ذلك لا يجوز لكل ذي مصلحة ان يستمسك بالبطلان، بل انه يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها^(٣) وللواهب ان يستمسك بالبطلان^(٤). والهبة عندما تكون باطلة شكلاً لعدم استيفائها شرط الرسمية لا يمكن تصحيحها بإجازة الواهب لها، بل لا بد لتصحيحها من عمل محرر آخر يكون بها رسمياً^(٥)، وهذا في الحالة التي يقوم فيها الواهب بتنفيذ العقد من جهته، غير انه جاء في المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري الجديد (اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه) وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ان ذلك لا يجوز لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي اذا نفذ لا يجوز استرداده.

(١) ينظر د. حمدي باشا عمر / القضاء العقاري / مطبعة دار هومه / ٢٠٠٢ / ص ١٦٠.

(٢) ينظر د. كمال حمدي / مصدر سابق / ص ١٦٦.

(٣) ينظر د. محمد كمال مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة، الهبة العارية، القرض، الدخل الدائم،

المرتب مدى الحياة، المقامرة، الرهان، الشركة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٨٧.

(٤) قرار قضائي استئناف مختلط ٩ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٦) منقول عن د. محمد كمال مرسي باشا،

المصدر اعلاه، ص ٨٨.

(٥) وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٣٩) من القانون المدني الفرنسي:

(C.Fr.Art.1339–Ledonateur ne peut reparer par aucun acte confirmatif .les vices

d,une d0nation entre vifs , nulle en la forme ;il faut qu,elle soit refaite en la forme

, legale .)

الفرع الثاني

دعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية

يقصد بالإبطال وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه فيجعله غير صالح لإنتاج آثاره القانونية المقصودة^(١)، والمقصود بإبطال سندات التسجيل العقاري الغاء حكم التسجيل كأن لم يكن وإعادة الوضع القانوني للعقار الى الحالة التي كان عليها قبل التسجيل المبطل اذا جرى خلافاً لأحكام القانون وبلاستناد لوثائق غير قانونية يتعذر إصلاحها بالطرق الادارية المقررة^(٢)، حقيقة لم تضع التشريعات العراقية العقارية التي تناولت موضوع الابطال كقانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ و قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ النافذ احكاماً خاصة تشرع فيها ببيان هذه الدعوى، بينما اكتفى ببيان الآلية التي تتبع للحصول على هذا الابطال و حالاته محيلة كافة القواعد و التفصيلات والضوابط الى احكام القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ، وللوقوف على ماهية دعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية، لا بد لنا من التعريف بهذه الدعوى و بيان الطبيعة القانونية لها وتحديد اجراءاتها وهذا ما سنتطرق له تباعاً:

أولاً: تعريف دعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية وطبيعتها القانونية

١. تعريف دعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية

لم نجد تعريفاً تشريعياً لدعوى ابطال سندات التسجيل العقاري مما يعني الرجوع الى تعريف الدعوى بصورة عامة والتي عرفها المشرع العراقي بانها (الدعوى طلب شخص حقه من اخر امام

(١) ينظر د. محمد المنجي، دعوى بطلان العقود، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، بند ٧٦،

(٢) ينظر د. عبدالله غزالي، اجراءات التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ط٣، بغداد، ٢٠١٤، ص٢٠٤.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

القضاء)^(١)، وذهب البعض الى تعريفها بانها الوسيلة القانونية التي يتوجه بها الخصم الى القضاء من اجل الحصول على تقرير حق له أو لحمايته^(٢)، وعرفت ايضاً على انها حق محدد لشخص في مواجهة شخص اخر مضمونة الحصول على حكم يطبق القانون في الحالة المحددة و يمنح المدعي الحماية القضائية^(٣).

عليه نستطيع القول ان دعوى الابطال القضائي لسندات التسجيل العقاري للوقائع القانونية هي عبارة عن طلب محرر موجهة الى القضاء المدني لغرض ابطال قيد التسجيل العقاري المعتدى عليه و المختلف فيه بعد اقامة الادلة الكافية لأثبات الملكية و اسباب الإبطال و الرجوع.

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع في قانون التسجيل العقاري قد اجاز التسجيل في السجل العقاري استناداً الى حكم قضائي حائز على درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم القضائي إذ اشارت المادة الرابعة من قانون التسجيل العقاري على انه لا يجوز ان تجرى التصرفات العقارية على الحقوق التي صدر بها حكم قضائي حائز على درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم القضائي لا بعد تسجيل تلك الحقوق في السجل العقاري، الا اننا نجد في حالة إبطال التسجيل، اكد المشرع صراحة على حصر سلطة ابطال التسجيل العقاري بيد القضاء حصراً عن طريق الدعوى^(٤)، وهو ما اكدت عليه

(١) تنظر المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ.

(٢) ينظر د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة و معززة بالتطبيقات القضائية)

ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٤٤.

(٣) ينظر د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، ج١، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٣، ص٩٥،

مذكور في امية رافع، مصدر سابق، ص٥٨.

(٤) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٣٣٧ في ٢٢ / ١ / ٢٠٠٧)، المحامي علاء صبري

التمييزي، ص٣٢٢.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي لما يترتب على موضوع ابطال التسجيل من تأثير على استقرار المعاملات المالية بين افراد المجتمع ولأهمية و خطورة هذا الموضوع توجب على المشرع جعل الولاية حصراً للقضاء في موضوع ابطال التسجيل العقاري .

اما المشرع المصري فقد استعمل لفظة دعاوى الابطال في المادة (١٥) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤ لسنة ١٩٤٦) و التي تنص في فقرتها الأولى على (يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء)، كما استعمل لفظ ابطال القيد في الفقرة الثانية بالنص على (لا يجوز ان يطلب البطلان إلا ان وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات بسبب عدم ضبطها و للمحكمة ان تبطل اثر القيد أو تنقض من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه) مما يلاحظ انه سلك طريق الإبطال القضائي للبيانات الواردة في السجل العيني إذ ان المادة (٣٩) من قانون السجل العيني تضمنت طريقين لتغيير البيانات المقيدة في السجل الأول عن طريق التصرفات الرضائية التي يجريها صاحب الحق العيني، اما الطريق الثاني فهو تغيير البيانات بالاستناد الى الاحكام القضائية عن طريق دعوى ابطال سندات التسجيل العقاري والصادرة من المحاكم المختصة أو من اللجان القضائية المشكلة بموجب المادة (٢١) من قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤^(١)، اما المشرع السوري فأخذ بالإبطال القضائي عن طريق الغاء القيد في المادة (١٥) من قانون التسجيل العقاري السوري .

ويلاحظ ان العبارات المستخدمة في ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية مختلفة من قانون الى اخر فالمشرع العراقي استخدم عبارة إبطال التسجيل، والمشرع المصري استعمل لفظ تغيير البيانات، والمشرع السوري استعمل عبارة إلغاء القيد ولكن رغم اختلاف الالفاظ في التشريعات العقارية المقارنة الا

(١) ينظر عباس قاسم مهدي الداوقوي، مصدر سابق، ص ٤٨.

ان النصوص القانونية متفقة جميعها على ان يكون ذلك عن طريق دعوى قضائية وبناءً على حكم قضائي حائز على درجة البتات .

٢. الطبيعة القانونية لدعوى ابطال سندات التسجيل العقاري

اما بخصوص الطبيعة القانونية لدعوى ابطال سندات التسجيل العقاري للوقائع القانونية فأئنا وجدنا خلاف فقهي حولها بين شراح القانون الى ثلاث اتجاهات فكرية تصب جميعها حول عينية وشخصية هذه الدعوى ومدى اعتبارها من الدعاوى المختلطة لذا توجب علينا الوقوف عند هذه الآراء الفقهية لشراح القانون ببيانها تباعاً:

ذهب الرأي الأول^(١) الى القول ان دعوى ابطال سندات التسجيل العقاري تعد من قبيل الدعاوى الشخصية العقارية التي تستند الى حق شخصي يطالب فيها بتقرير حق عيني على عقار لاكتساب هذا الحق، إذ ان الدعاوى الشخصية العقارية المستندة الى حق شخصي يطلب بها تقرير حق عيني على عقار أو اكتسابه منها^(٢)، ولكن انتقد هذا الرأي^(٣) على اعتبار ان الدعاوى الشخصية هي التي يكون موضوعها حق شخصي، والحق الشخصي هو رابطة بين شخصين وليس سلطة على شيء ومن ثم يخطئ من يضمن بوجود دعوى شخصية على عقار، وذلك لأن وصف الدعاوى بالعينية العقارية مستمد من محل الحق العيني كأساس للدعوى أما وصف العقارية في الدعاوى الشخصية فإنه يستمد من حق اخر لا يوجد الا بعد تسجيل الحكم الصادر فيها، كما ان القول بوجود دعوى شخصية ترد على العقار يعني تصور وجود حق شخصي على العقار^(٤) .

(١) ينظر د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني المجلد الأول (عقد البيع)، ج٣، ط٤، القاهرة، ١٩٨٠، ص٣٢٥.

(٢) ينظر د. حسين يوسف خضر، الحماية القانونية لكسب الملكية العقارية بعقد البيع، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص٨٦.

(٣) ينظر د. فتحي والي، مصدر سابق، ص١٦٥.

(٤) ينظر اميمة رافع، مصدر سابق، ص٦٠.

اما الرأي الثاني فذهب الى القول باعتبار دعوى إبطال سندات التسجيل العقاري من قبيل الدعاوى العينية العقارية التي تستند الى حق عيني يرد على العقار و تهدف الى حمايته ،فما دامت الدعوى محل البحث متعلقة بعقار فهي عينية عقارية، وهو موافق لما ذهبت اليه المادة (٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقية^(١) (تقام الدعوى في محكمة محل العقار اذا تعلق بحق عيني)^(٢)، وهو اتجاه المشرع المصري الذي اكد فيه على عينية الدعوى في صريح المادة (٨٣) من القانون المدني المصري التي نصت على (يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على العقار، بما في ذلك حق الملكية و كذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على العقار) .

في حين نرى الرأي الثالث^(٣) ذهب لاعتبار دعوى إبطال سندات التسجيل العقاري للوقائع القانونية من فئة الدعاوى المختلطة لأنها تستند على الحقين معاً وتربطهما علاقة تبعية، كما هو الحال في دعوى ابطال التي يرفعها الواهب أو الموصي والواقف يطلب فيها الرجوع وإبطال انتقال الملكية العقارية عن العقار موضوع الدعوى فهي دعوى شخصية وذلك لأن المدعي يتمسك فيها بحق شخصي و هو الابطال كما انها دعوى عينية يطالب فيها باسترداد ملكية العقار، وتوجهت سهام الانتقاد لهذا الرأي على اعتبار انه لا توجد حقوق مختلطة، اما توجد دعوتان ترفعان معاً لا دعوى واحدة مختلطة^(٤).

(١) تنظر المادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(٢) ينظر القاضي عادل مودان، إبطال قيد التسجيل العقاري بعد اكتسابه الشكل النهائي، رسالة دبلوم مقدمة الى مجلس المعهد القضائي، ٢٠١٤، ص٣٠.

(٣) ينظر د. وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، ط١، دار الفكر الجامعي، ١٩٧٧، ص١٥٦.

(٤) ينظر د. فتحي والي، مصدر سابق، ص١٦١.

وبالنسبة للأراء الفقهية المذكورة آنفاً نميل الى ترجيح الرأي الثاني باعتباره اكثر منطقية وقرباً من القواعد العامة في القوانين المدنية والتشريعات العقارية و ان دعوى ابطال سندات التسجيل العقاري التي حدثت بشكل مخالف للقانون أو التي تراجع عنها أصحابها لأسباب محددة بالقانون ولوقائع قانونية محددة ايضاً، وكما ان مسلك الاجتهاد القضائي يؤكد عينية هذه الدعوى أيضاً .

ثانياً: إجراءات دعوى إبطال سندات تسجيل الوقائع القانونية

١. شروط دعوى إبطال سندات تسجيل الوقائع القانونية:

يشترط في إقامة دعوى ابطال سندات التسجيل العقاري المقامة استناداً للقوانين النافذة الشروط التي تتطلبها إقامة أية دعوى قضائية والتي يسميها شراح قانون المرافعات المدنية بشروط قبول الدعوى وهذه الشروط تسمى بالشروط العامة، ولخصوصية الدعوى محل البحث فانه توجب توفر شروط خاصة تطلبها بعض القوانين، ولغرض البحث ارتئينا ان نقسم هذه الشروط الى شروط إجرائية و شروط موضوعية نتطرق لها بالتفصيل :

أ. الشروط الإجرائية:

يجب توافر مجموعة من الشروط العامة في كل مرحلة من مراحل الدعوى بصورة عامة نصت عليها المواد (٣ - ٤ - ٥) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ والتي تشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي يتعلق بها الدعوى والا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق و الأهلية اللازمة لمباشرة الدعوى هي أهلية الاداء^(١)، ولكي يعد الشخص متمتعاً بهذه الاهلية، عليه إكمال الثامنة عشر من العمر وبالنسبة لناقص الاهلية و عديمها فيجب ان ينوب عنه في مباشرة هذه الدعوى من يقوم عنه كالولي و الوصي أو القيم وفي حالة عدم استطاعة الشخص عن التعبير تعين له المحكمة وصياً وهذا ما اكدت عليه المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (اذا كان الشخص أصم ابكم أو أعمى اصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تتصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي)^(٢) .

(١) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ص ٣١٧.

(٢) تنظر المادة (١١٧) من القانون المدني المصري النافذ.

ولابد من توفر شرط المصلحة، أي الفائدة العملية التي تعود على المدعي من إقامة الدعوى وهي تدور وجوداً وعدمًا مع الدعوى فإذا ما انتفت المصلحة تنتفي الدعوى، والأولى تكون محمية بالقانون على ان تكون مشروعة و ممكنة وحالة محققة وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب .

ويجب توفر شرط الخصومة لإمكانية إقامة دعوى إبطال التسجيل، فلا بد من تحققه في الدعوى بالنسبة لأطرافها (المدعي و المدعى عليه) طبيعيين كانوا أم معنويين، والخصم في دعوى ابطال التسجيل هو صاحب الحق العيني ذلك ان دعوى ابطال السندات العقارية هي طلب شخص حقه العيني أمام القضاء، و بالإمكان ان ينوب عنه شخص آخر كالنائب القانوني أو القضائي أو الاتفاقي، و قواعد الخصومة تعد من النظام العام و يجوز للمحكمة ان تتمسك بها من تلقاء نفسها و لو بغير طلب الخصوم و دون الدخول في اساس الدعوى الا انه لا يترتب على مخالفة قواعد الخصومة انعدام الحكم حيث لا يعدم الحكم الصادر في الدعوى المقامة على غير ذي صفة^(١)، فالعبرة في إعتبار الحكم معدوماً من عدمه هو العيب الجسيم الذي يشوب الحكم القضائي و العيب الجسيم هو العيب الذي يجرّد الحكم من مقوماته الاساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم، ويطيح بما له من حصانة ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره فلا تستنفذ سلطة التقاضي ولا يترتب عليه حجية الأمر المقضي ولا يرد عليه تصحيح لان المعدم لا يمكن رأب صدعه^(٢).

وقد يطرأ اثناء النظر في دعوى إبطال سندات التسجيل العقاري للواقعة القانونية ظروف تؤدي الى تحول صاحب الصفة في الدعوى الى صاحب صفة في الخصومة وكل صاحب صفة في الخصومة

(١) ينظر د. احمد ابو الوفاء، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية، ط٦، منشأة المعارف، الاسكندرية،

١٩٨٩، ص٣٣٠.

(٢) ينظر د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية، ط٢، القاهرة، ١٩٩٧، ص٥٢١، مذكور

في القاضي عباس قاسم مهدي، مصدر سابق، ص٥٩.

هو ايضاً صاحب صفة اجرائية كما لو رفع دعوى ابطال سند التسجيل لواقعة الهبة صاحب الحق العيني الوارد على العقار وطالب بعريضة دعواه ابطال قيد العقار لمخالفته للقانون و إعادة تسجيله باسمه باعتباره المالك الاصلي له، ثم يحدث أثناء السير في الدعوى ان يتم هبة العقار أو وقفه فيصبح المالك الواهب أو الواقف الذي تثبت له الصفة في الدعوى، في حين تثبت للمالك الصفة الاجرائية باعتباره ممثلاً عن الوقف أو بحقه في الهبة باعتباره الموهوب له.

ب. الشروط الموضوعية لدعوى ابطال سندات التسجيل العقاري

يشترط لقبول سماع سندات التسجيل العقاري، بعض الشروط الخاصة و الموضوعية التي أقرتها التشريعات العقارية، سواء كانت هذه القوانين محلية كقانون التسجيل العقاري النافذ و قانون هيئة دعوى الملكية أو القوانين العقارية المقارنة^(١)، فالتشريع العراقي اشترط لسماع دعوى ابطال سندات تسجيل الوقائع القانونية شروطاً معينة نستخلصها من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ وبالأخص المادة (١٣٩)، إذ يشترط المشرع ان ترفع الدعوى عندما تكون تسجيل الحق العيني المراد ابطاله قد اكتسب شكله النهائي وذلك من خلال المصادقة عليه من قبل هيئة التدقيق سواء صدر السند العقاري ام لم يصدر، وكما يشترط لرفع الدعوى توفر الاخطاء و النواقص التي شابت معاملة التسجيل للحق العيني العقاري أو قد تكون هنالك مخالفة قانونية مؤثرة في جوهر الحق أو المركز القانوني لأطراف التصرف أو الواقعة، كان يكون الموصي غير عالم بوفاة الموصي له، بالتالي تبطل الوصية مما يتوجب إعادة العقار الى المالك عن طريق رفع دعوى ابطال قيد التسجيل العقاري، فأى خلل في اركان التصرف العقاري والواقعة العقارية من الرضا كأن يكون مالك العقار قاصراً وفقاً لأحكام قانون رعاية القاصرين ويتم نقل الملكية العائد ملكيته إليه دون استحصال موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة فأن ذلك يجعل التسجيل في السجل العقاري عرضة للإبطال^(٢)، أو كأن يكون مالك العقار الواهب محجوراً لذاته ويتم

(١) ينظر اميمة رافع، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٢) تنظر المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ .

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

التصرف في العقار العائد له من دون إتباع الطريق الذي رسمه المشرع فإن ذلك يجعل التصرف المذكور باطلاً^(١)، والمحل كأن يكون العقار المتصرف فيه موقوفاً إذ لا يجوز التصرف في العقار الموقوف سواء كان بيعاً أو هبة الا بالطريقة التي رسمها المشرع وهي الاستبدال بعد تحقق شروطه ومنح الاذن بذلك من المحكمة المختصة وتصفية الوقف الذي وانشاء حق المساطحة^(٢)، أو ان يوقف أو يوصي صاحب حق الانتقال وحق التصرف في الاراضي الزراعية المملوكة للدولة لأن الأرض المثقلة بحق التصرف تعود رقبته الى الدولة وليس للمتصرف في العقار وهو لا يتوافق مع شروط الوقف و الوصية في عائديه المحل^(٣) والسبب كأن يوصي شخص بجرمان احد أولاده من الميراث إذ ان كل تصرف يقصد به حرمان الورثة أو بعضهم أو يكون مجحفاً بحق احد ما فهو باطل باعتبار ان احكام الميراث من النظام العام ولا يجوز مخالفتها^(٤)، والشكلية كأن تكون متعلقة بالمستندات التي تم الاستناد اليها عند تسجيل التصرف القانوني فيدخل فيه حالة فيما لو تم التسجيل بناءً على مستند قانوني منظم من قبل جهة مختصة قانوناً بتنظيمه واصداره كتسجيل معاملات الانتقال و الارث استناداً الى قسامات شرعية جرى تصحيحها من قبل محكمة الاحوال الشخصية التي أصدرته فيتم إبطال تسجيل المعاملة بناءً على القسام الشرعي الذي

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٧ في ٢٨/١١/٢٠٠٦، المجموعة المدنية

(٢٠٠٨، ٢٠٠٧، ٢٠٠٦) نقلاً عن المحامي علاء صبري ص ٣١٧.

(٢) تنظر المادة (٢٥٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وتطبيقاً لها قرار محكمة

استئناف البصرة بالعدد ١٦٣/ت. ب / ١٩٩٩ في ٦/٥/١٩٩٩، منشور في محكمة العدالة، العدد الأول /

كانون الثاني / شباط / آذار ٢٠٠١ / ص ١٥٩.

(٣) تنظر المادة (٢٥٠) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ.

(٤) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١١ / اتحادية / ٢٠٠٦ في ٢٤/٨/٢٠٠٦ في عدم دستورية الفقرة

الثالثة من قرار قيادة الثورة المنحل المرقم ٢٢١ في ١٤/١٠/٢٠٠١ والمادة (١٣٠) من القانون المدني

العراقي النافذ.

صحته المحكمة^(١) يوجب رفع الدعوى لحل المشكلة ،على ان ترفع من المتضرر من التسجيل المعيب وامام المحكمة المختصة أي محكمة البدءة التي يقع العقار في دائرتها.

وبالنسبة للتشريعات العقارية والمدنية محل المقارنة نجدها قد وضعت شروطاً معينةً وصريحة لسماع دعوى ابطال سندات التسجيل العقاري، فذهب المشرع المصري في قانون السجل العيني و الشخصي لوضع شروط خاصة وضحتها المادة (١٥) من قانون الشهر العقاري الشخصي المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على انه يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الاصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى ويجب كذلك تسجيل دعاوى الاستحقاق اي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الاحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على الحقوق العينية العقارية، وتحصل التأشيرات و التسجيلات المشار اليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة والهدف هو رغبة المشرع في بيان جدية المدعي في الاستمرار بدعوى الابطال، وكذلك جاءت المادة (٣٢) من قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ بشروط خاصة لسماع دعوى الابطال فأشارت الى ان الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب ان تتضمن الطلبات فيها اجراء التغيير في بيانات السجل العيني، ولا تقبل الدعوى الا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات، فالشرط الأول تضمن طلبات الابطال طلباً اضافياً يتجسد بإجراء تغييرات في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون الطلبات و الثاني بوجوب تأشير مضمون الطلبات الواردة في عريضة الدعوى في السجل العقاري، والثالث تقديم شهادة دالة تؤيد إجراءاته تسجيل عريضة الدعوى بطلباتها و مضامينها كافة^(٢)، بينما ذهب المشرع الجزائري لقبول دعوى الابطال، شهر عريضة الدعوى

(١) ينظر قرار محكمة التمييز الهيئة الموسعة بالعدد ١٤٤٥ / م / ١٩٩٥ في ٢٠ / ١٠ / ١٩٩٦ غير المنشور .

(٢) تنظر اميمة رافع، مصدر سابق، ص ٦٩.

وذلك بوضع إشارة هامشية في الصفحة الخاصة بالعقار في السجل العقاري ومن ثم تقديم شهادة عقارية تثبت حصول الشهر^(١).

٢. تحديد جهة الاختصاص القضائي لدعوى إبطال سندات تسجيل الوقائع القانونية:

ينعقد الاختصاص القضائي في دعوى إبطال سندات التسجيل العقاري بوصفه اصلاً عاماً الى المحاكم القضائية، بيد ان هنالك حالة معينة أوجدها المشرع ومنحها صلاحية قضائية للنظر و الفصل في الدعاوى في ضوء احوال معينة، وما يهمنا هنا الاختصاص النوعي و المكاني للمحاكم واللجان المشكلة لهذا الغرض، فالمشرع العراقي اعتبر القضاء المدني المتمثل بالمحاكم المدنية هي صاحبة الاختصاص الاصيل بالنظر في دعوى إبطال سندات التسجيل العقاري^(٢) فتعد محكمة البداء هي المختصة نوعياً في النظر بالدعوى باعتبارها من الدعاوى مقدرة القيمة، وكونها ترد على حق عيني عقاري مما يعني ان المحكمة المختصة مكانياً بنظرها هي محكمة موقع العقار، ومن جانب آخر فقانون الهيئة رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ النافذ الذي يعد قانوناً خاصاً عهد بنظر دعوى إبطال سندات ترفع استناداً الى احكام خاصة للإبطال استثناءً عن الاصل العام وتتحدد صلاحيتها بالنظر في تقرير الإبطال أو الإلغاء على القرارات الادارية التي تصدرها اللجان الادارية التي تولت نزع الملكية خلافاً للإحكام التي سنها المشرع في القوانين، ويعد موضوع نزع الملكية العقارية الذي هو من اختصاص هيئة دعاوى الملكية وخارج نطاق الوقائع القانونية الناقلة للملكية بلا عوض فلن نتوسع بالبحث فيه

ونحاول ان نبين ان التشريعات المقارنة كالتشريع المصري^(٣)، فنجد ان الاختصاص النوعي منعقد الى المحكمة المدنية القضائية وهو متنوع بتنوع قيمتها أو موضوعها الى المحاكم الجزئية و المحكمة

(١) ينظر فهيمه قسوري، شهر الدعاوى و الاحكام القضائية العقارية، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني،

العدد السابع، الجزائر، بدون الاشارة الى سنة النشر، ص ٣٣٠ .

(٢) تنظر المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٣) تنظر المادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري النافذ. المادة (٩٨) من قانون اصول

المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣.

الفصل الثاني: احكام الوقائع القانونية الناقلة للملكية بغير عوض

الابتدائية، وبما ان دعاوى ابطال سندات التسجيل العقاري تعد من الدعاوى المقدرة القيمة فإنها تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية متى كانت قيمتها لا تزيد عن خمسة الاف جنية اما اذا زادت عن ذلك فينعتد الاختصاص الى المحكمة الابتدائية، ونجد ان الاختصاص المكاني المنعقد الى المحكمة المختصة بنظر الدعوى محل البحث واحد في التشريعات كافة، فيناط الى محكمة محل موقع العقار^(١) و ان الاختصاص النوعي المحدد في المادة (٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقية يشمل الدعاوى العينية العقارية كدعوى ابطال التسجيل و دعوى إزالة الشيوخ و دعاوى التمليك، فهذه الدعاوى يجب اقامتها في محكمة بداءة العقار المتعلقة به وعلى المحكمة في حالة اقامة الدعوى أمامها و وجدت انها غير مختصة نوعياً بنظرها احالتها الى المحاكم المختصة نوعياً فيها^(٢)، وهي محكمة موقع العقار تكون مختصة نوعياً و مكانياً بنظر الدعوى المتعلقة بحق عيني عقاري^(٣).

(١) تنظر اميمة رافع، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية نوع الحكم مدني رقم ٦٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١، تاريخ الاصدار ٢٠٢١/٢/٨ غير منشور.

(٣) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية، نوع الحكم مدني، رقم الحكم ١٧٠ / الهيئة الموسعة / ٢٠٢١ تاريخ الاصدار ٢٠٢١/٤/١١ غير منشور.

الخاتمة

الاستنتاجات

التوصيات

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة وجدنا ان موضوع تسجيل الواقعة القانونية بغير عوض يعد من الموضوعات المهمة كونه من جانب يمس الملكية الخاصة و يحقق للإفراد الأتمان العقاري والحفاظ على الحقوق الخاصة ومن جانب اخر يوضح التنظيم القانوني و الاداري للدولة في تنظيم الملكية و استقرار التعامل العقاري، وبناءً على ما تم بحثه سابقاً توصلنا الى الاستنتاجات الآتية:

الاستنتاجات:

١. العراق يعتبر من اوائل الدول التي طبقت انظمة التسجيل العقاري و خاصة النظام العيني و أسست خلال حقبة زمنية مجموعة من القواعد و الآليات الواجب اتباعها في الامور المتعلقة في تسجيل الأراضي و الحقوق المترتبة عليها في التشريعات العقارية متجهاً المشرع اتجاهاً محموداً في تنظيم السجلات العقارية بما ينسجم وايضاح هوية العقار و بيان مركزه القانوني.
٢. التسجيل العقاري هو عبارة عن نظام اجرائي الغاية منه التنظيم والتسجيل لجميع ما يرد على العقار من وقائع وتصرفات بعوض وبدون عوض في سجلات خاصة قد تكون شخصية او عينية ويكون بالتسجيل الحرفي القانوني لكل تصرف او واقعة ترد على العقار يكون من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او التبعية او تغييره او زواله تبعاً لنوع الحق، وتدرج هذه الحقوق والتصرفات كافة في سجلات رسمية ممسوكة من قبل مؤسسات خاصة تعرف بمديريات التسجيل العقاري ذات صلاحيات ادارية واختصاص مكاني للعقارات الواقعة ضمن اختصاصها المكاني وتكون تابعة لوزارة العدل في العراق، وهي تعكس الصورة المعبرة عن الحالة القانونية و المادية للعقار و تكون ذات حجة على الجميع على ان تراعى الأصول القانونية في التشريعات العقارية.
٣. يعرف السجل الشخصي بانه نظام يقيد فيه اسماء مالكي العقارات وينظم وفق معلومات شخصية عن الملاك ولا دخل لموقع العقار و هويته وهو مجرد طرق للعلانية والاشهار، ويعرف نظام السجل

العيني بأنه مجموعة من الاجراءات والقواعد القانونية الهادفة لتحديد هوية العقار وتثبيت الحدود والملكية وتثبيت كافة التصرفات والوقائع القانونية التي ترد عليه ضمن سجلات رسمية تمسكها جهات حكومية مهمتها القيام بتوثيق ما يطرأ على العقار من تغيرات او نقل للحقوق العينية الاصلية والتبعية وتسمى بدوائر التسجيل العقاري والعراق هو من اوائل الدول التي تطبق التسجيل العيني منذ سنة ١٨٥٨ وهو من احسن نظم التسجيل العقاري لأنه يعتمد العقار اساساً لهذا التسجيل وجدنا ان التسجيل العيني ينقل الحق العيني من المتصرف الى المتصرف اليه اي بمعنى اخر انه ينقل ملكية العقار وليس العقد او التصرف فينقل الحق العيني بالتسجيل حتى ولو كان التصرف معيباً، والسبب في ذلك هو ان نظام التسجيل العيني يظهر عيوب التصرف لذلك فإن قيود السجل العقاري تتمتع بحجية كاملة وان من كسب حقاً عينياً بالاستناد الى هذه القيود يعد مالكاً لهذا الحق على الوجه النهائي فلا يجوز منازعته فيه الا في الاحوال المنصوص عليها قانوناً مع مراعاة خصوصية قانون التسجيل العقاري العراقي التي تتجسد بفسح المجال امام صاحب الحق العيني سواء كان اصلي ام تباعي الطعن بما مدون في السجل العيني.

٤. اكدت القوانين العقارية على عدم جواز الطعن بالتزوير او بصورية السندات العقارية والسبب يكمن في انتقال الحقوق بالتسجيل كما وان اجراء عملية التسجيل يسبقها اجراءات كثيرة تحيط المتعامل بالعقار بالمعلومات الكافية لبيان صحة التسجيل وايضاً بهدف استقرار التعامل العقاري وتقوية الائتمان و الاقتصاد .

٥. تبرز الاهمية الاقتصادية والاجتماعية للعقار التي يتطلبها بناء المجتمعات المتقدمة كضرورة لإرساء الملكية العقارية على اسس ثابتة ومتمينة، لذلك اجمعت الأنظمة منذ القدم على وجوب تسجيل التعاملات العقارية لحفظ الحقوق وتمكين الناس كافة من العلم بالمركز النظامي للعقار مما يضمن للملكية العقارية الأمن والاستقرار وبتيح لاقتصاد الدولة الازدهار .

٦. أن للحق مصادر تتمثل في الوقائع القانونية و هي قسمان وقائع طبيعية أو وقائع مادية بفعل الانسان قد تكون أفعال ضارة مما يكسب الغير حقوقا أو قد تكون اعمال نافعة و لكنها خالية من الارادة أما التصرفات القانونية فيعبر عنها بالمصادر الارادية للحقوق و الالتزامات حيث تتجه الارادة الحرة الى إنشائها و هي بدورها قسمان تصرفات تبادلية و تصرفات قانونية بإرادة منفردة.
٧. تعرف الواقعة القانونية العقارية على انها كل حدث يحدث بفعل مادي او بتدخل الانسان ينتج عنه اثر قانوني كنشوء حقوق او نقلها او بتغيرها مما يستوجب تسجيلها لضمان الحقوق التي ترتبت بموجبها ومن خصائص هذه الوقائع القانونية ان تكون بغير عوض أي ان لا يوجد مقابل مادي او معنوي او نقدي لقاء نقل ملكية عقار معين بالاستناد لهذه الوقائع و لا بد من تسجيل هذه الوقائع القانونية الناقلة للملكية في دائرة التسجيل العقاري لكي يتاح لأطراف العلاقة القانونية الاستفادة من المنفعة المخصصة لكل واقعة.
٨. تتميز الوقائع الناقلة للملكية العقارية بلا عوض بطبيعة قانونية متغيرة من واقعة لواقعة وهذا الاختلاف ينصب في الاساس بسبب ان كل واقعة او تصرف قانوني يختلف في تكوينه ونشأته وخصائصه عن الوقائع الاخرى، وتتحد جميعها في الاثر القانوني من حيث سريانه على الاطراف والغير عند تسجيل الواقعة القانونية في السجل العقاري، وان الوقائع المادية بانها كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة او بفعل الانسان و يترتب عليه اثر قانوني كإنشاء حق او نقله او تغييره او زواله كلياً ، و التصرف القانوني انما هو مجرد إرادة تتجه لإحداث اثر قانوني وهو ما يطلق عليه بالواقعة القانونية التي هي عبارة عن مركب من واقعة مادية وتصرف قانوني و اذا ما توفرت الشروط المتعلقة بطبيعة الاشياء من كون الواقعة محددة ومحلاً للنزاع القائم و ممكنة من جانب ومن جانب اخر توافر الشروط القانونية المتمثلة بتعلق الواقعة بالدعوى ومنتجة و جائزة القبول أمكن اثبات الواقعة القانونية محل النزاع .

٩. توصلنا الى ان واقعة الهبة في العقار عقد بلور مفهومها احكام الشريعة الاسلامية لكن نظمها وحدد اجراءاتها القانون وخصوصاً فيما يتعلق بعملية التسجيل والاعلان والتوثيق والبطان الوارد على هذا العقد وشروطه والموانع التي تطرأ عليها ومدى ارتباطها بالملكية العقارية وبالتالي أي تعامل بخصوصها يتم وفق اجراءات معينة محددة وفق القوانين العقارية.
١٠. انه يترتب على الوقف زوال ملك الواقف عن الموقوف، فيمتنع التصرف به اذ لا يباع ولا يرهن ولا يورث مع ان حق الوقف تعتبر من الحقوق العينية بصراحة المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي ذلك لأن الوقف من النظام العام فلا يصلح ان يكون محلاً للالتزام.
١١. ان بتحقق الواقعة المادية بموت المالك وبتوافر اركان الارث و الانتقال وشروطهما تنتقل الملكية الى الوارث عن طريق الارث والانتقال ولا بد من ان يستتبع هذه الواقعة تسجيل انتقال الحق العيني لإمكانية التصرف فيه الى الغير في الدائرة المختصة بالتسجيل .
١٢. تطرأ اشكاليات بعد تسجيلها كما في حالة الرجوع عن الهبة او عدم تسجيل واقعة الوقف في دائرة الاوقاف و السجل العقاري، وكذلك في واقعة الارث و الانتقال فإن أي تصرف يصدر من الورثة قبل تسجيله في السجل العقاري لا ينفذ والامر ذاته في الوصية فلا بد من تأشيرها اثناء حياة الموصي او بعدها لأنه قد تبطل الوصية لأسباب حددها القانون مما تؤثر سلباً على الوضع القانوني للأشخاص فيؤدي الى ابطال تسجيل القيد في السجل العقاري ويكون الابطال بطريقتين الاول ابطال اداري والثاني ابطال قضائي ، واذا اتفق الواهب و الموهوب له على الرجوع عن الهبة يؤخذ اقرارهما بذلك، اما اذا لم يقبل الموهوب له بالرجوع عن الهبة جاز للواهب ان يراجع المحكمة المختصة لاستحصال حكم منها بالرجوع عن الهبة اذا كان له عذر مقبول، ويستند تسجيل الرجوع عن الهبة الى قرار الحكم الحائز درجة البتات دون حاجة الى اقرار المتعاقدين ويعتبر ابطالاً لواقعة الهبة بلا عوض من حين الرجوع واعادة الملكية:

١٣. ان الهبة عقد لابد فيه من ايجاب وقبول، وعليه فان تعديل شرط من شروطها او الرجوع عنها يجب ان يتم بإيجاب وقبول ايضاً شأن الاقالة من أي عقد اخر، فالرجوع عن الهبة يجب ان يتم بالتراضي وفي جميع الاحوال بوجود مانع او عدمه وسواء وجد عذر مقبول للرجوع او لم يجد وهذا بخلاف الرجوع بالتقاضي الذي لا يتم الا في حالة فقدان المانع من الرجوع وكان عند الواهب العذر المقبول للرجوع، وان اشكاليات واقعة الهبة تكمن في وجود خلل في ماهية العقد او انعدام الاجراءات المنصوص عليها قانوناً من تسجيل و توثيق العقد او اشكاليات تقع في رجوع الواهب عن هبته لأعدار محددة قانوناً مما تشكل منازعات قضائية توجب تدخل القضاء للفصل فيها وتحديد الالتزامات المترتبة على ابطالها .

١٤. تطراً ظروف على الواقف عائلية او اسباب مالية متعلقة به او بالجهة الموقوف عليها تغيير مجرى تفكيره و تجعله يرجع عن الوقف في هذه الحالة لابد من تسجيل معاملة الرجوع عن الوقف بالاستناد ايضاً الى حجة صادرة من محكمة مختصة او الى حكم قضائي حائز درجة البتات.

١٥. اوجب القانون تسجيلها لتكون سارية في حق اطرافها والغير وتحفظ الحقوق وتدعم استقرار التعامل في العقار لكن قد تطراً اشكاليات بعد تسجيلها تستوجب ابطال التسجيل واعادة الحال الى ما كان عليه وتعود رقبة الملك الى المالك.

١٦. و بما ان الارث والانتقال ليسا عقداً او تصرفاً فأن عدم تسجيل هذا الحق في السجل العقاري لا ينقص من حق الوارث او صاحب حق الانتقال على عقارات الشركة او حق التصرف، وكل ما في الامر ان الوارث او صاحب حق الانتقال لا يجوز له التصرف بالحقوق الموروثة او المنتقلة تجاه الغير الا بعد تسجيل الحق في السجل العقاري، وعند ابطال تسجيل واقعة الارث و الانتقال المسجلة بناءً على مستندات منظمة من قبل جهة مختصة قانوناً بتنظيمه واصداره استناداً الى قسم

شرعي جرى تصحيحه من قبل محكمة الاحوال الشخصية التي اصدرته فيتم ابطال تسجيل واقعة الانتقال بناءً على القسام النظامي الذي جرى تصحيحه.

١٧. الثابت شرعاً وقانوناً ان الوصية اذا ما وقعت مستوفية كل اركانها و شروطها تكون صحيحة حال موت الموصي مصرراً على وصيته وقبلها الموصي له ولم يطرأ ما يبطل الوصية، فإنها تنفذ بحدود الثلث من التركة ولكن قد تحدث اشكاليات تؤدي الى ما يبطل الوصية من قبل اطراف الوصية و ان الوصية الناقلة للملكية بلا عوض لا تنتقل الى الموصي له الا بتحقيق وفاة الموصي مصرراً على وصيته وتسجيل الوصية ويستطيع الموصي له ان يضع يده على الملكية العقارية ويمنع اي تعرض عليها او استحقاقها .

١٨. يترتب اثرأ مباشراً للإبطال القضائي لسندات التسجيل العقاري المتضمنة حقوقاً عينية اصلية، يتجسد بزوال هذا السند وإعادة هذه الحقوق تلقائياً الى اهلها من دون حاجة الى حكم بذلك متى لم يتبع هذا التسجيل المبطل تسجيل حق عيني لاحق مما يعني ارجاع الحقوق العينية الاصلية الى ما كانت عليها قبل التسجيل المبطل سنده و ان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً فاذا ما ابطال العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل على ان لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطال العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، ويسري هذا الاثر على جميع الاشخاص الطبيعيين و المعنويين واستثناءً على الاشخاص ناقص الاهلية لانفرادهم بحكم خاص ولا يترتب الرجوع اي اثر رجعي بالنسبة للغير بل لا بد من حماية الحقوق و المراكز القانونية المكتسبة بالنسبة للغير حسن النية وذلك ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة.

التوصيات:

١. الوقف تصرف قانوني بلا عوض يكون بإخراج العين الموقوفة من ذمة الواقف، واستحقاق الموقوف عليه لغلة هذه العين ولا يستحقون ورثة الواقف شيء في العين الموقوفة بعد ايقافها ولا تدخل ضمن تركة المتوفي الواقف، ولحماية هذه الإرادة لابد من توثيقها بالتسجيل لحماية جميع اطراف العلاقة وهذا ما ندعوا اليه المشرع العراقي للنظر في صريح المادة (١٠) من قانون الاوقاف العراقي وتعديلها لما يضمن حرية اثبات الوقف بكافة طرق الاثبات وازافة ركن الشكلية للاوقاف الجديدة بعد صدور التعديل كما يحق للقاضي رفض الحجة الوقفية اذا اشتملت على تصرف باطل او كان الواقف فاقداً للأهلية ونقترح التعديل الاتي:

(يعتبر الوقف صحيحاً بعد صدوره بموجب حجة وقفية في المحاكم الشرعية على وفق الاحكام الشرعية والقانونية ويلزم تسجيله في دائرة الأوقاف والتسجيل العقاري ان كان الموقوف عقاراً).

٢. والملاحظ على المشرع العراقي انه لم يشر الى وقت قبول الوصية وهذا امرأ منتقد ويعتبر قصوراً تشريعياً مما سمح للعرف بان يحدد الوقت بمدة معقولة، عليه نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة القانونية وعدم تركها للعرف يحددها بمدد قد تكون معقولة من وجهة نظر وغير معقولة من وجهة نظر اخرى وتحديدها نصاً بمدة ثلاثة اشهر من تاريخ علم الموصي له او من يمثله بالوصية لاستقرار التعامل فيكون النص القانوني كالاتي:(تحدد المدة التي يظهر فيها الموصي له برغبته بقبول الوصية من عدمها او من يمثله قانوناً بثلاثة اشهر من تاريخ موت الموصي او من تاريخ علم الموصي له بالوصية وبخلافه يعتبر سكوته رفضاً للوصية وينتقل الحق الى ورثة الموصي).

٣. ان القانون المدني العراقي قد غفل فقرة مهمة هي في حالة تقدم الموهوب له بالمبادرة بالإئناق عليه وعلى اصوله وفروعه بمقابل عدم الرجوع في الهبة في مقابل المشرع الفرنسي الذي اشار في المادة

(٩٥٥) يمنع الرجوع في الهبة ولا يجوز للواهب الرجوع الا اذا طلب الموهوب له النفقة عليه فأمتنع الموهوب له .

لهذا نقترح تعديل النص القانوني كالاتي:

(ان يصبح الواهب عاجزاً عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية او ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير الا اذا تقدم الموهوب له بالأنفاق على الواهب مقابل عدم الرجوع).

٤. ونرى ضرورة دراسة قانون التسجيل العقاري ضمن مناهج دراسة البكالوريوس في كليات القانون و ضرورة تشجيع الباحثين على الخوض في هذا الموضوع لأهميته العلمية في الواقع القانوني و التنظيمي للدولة.

٥. لقد وجدنا ان اجراءات نقل ملكية الوقائع محل البحث تتطلب اجراءات طويلة ومعقدة قد تؤدي في بعض الاحيان الى عزوف الشخص عن القيام بالوقائع الناقلة للملكية بلا عوض بسبب اجراءات الروتين المتصفة بها دوائر التسجيل العقاري و الدوائر المرتبطة بها لما لمسناه من تجربة عملية تطبيقية عند مراجعتنا لغرض البحث ، لهذا نأمل من المشرع العراقي فسخ المجال لإدخال التطور الالكتروني واستخدام شبكة الاتصالات العالمية الانترنت توفيراً للجهد و الوقت والمال على المتصرف .

٦. نأمل من المشرع العقاري العراقي ان يعيد النظر في مسألة تدقيق المعاملات العقارية قبل عملية التسجيل وليس بعده وذلك للمساهمة في التقليل من حالات ابطال سندات التسجيل العقاري جراء الاخطاء الناجمة عن عمليات التسجيل وحالات ابطال الوقائع والرجوع فيها مما يؤدي الى استقرار المعاملات اكثر.

٧. ندعو المشرع العراقي لحماية الغير الذي تضرر من ابطال سند التسجيل العقاري بناءً على

تصرف الموهوب له او الموصي له و الموقوف له والوارث متى ما كان حسن النية.

٨. ما لخصوصية دعاوى ابطال سندات التسجيل العقاري نأمل من المشرع فردها بتعريف خاص

في قانون المرافعات المدنية وتحديد جهة قضائية مختصة في المجال القضائي العقاري تتولى

مهمة النظر و البت فيها مما يزيد من توفير الحماية القانونية للعقارات واستقرار المعاملات في

الدولة.

نسأل الله ان نكون قد وفقنا بطرح موضوع التسجيل العقاري للواقعة القانونية بلا عوض بشكل

وافي يثري القارئ و الباحث في المجال القانوني ومن الله التوفيق.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً : كتب الفقه

ثانياً: كتب اللغة

ثالثاً: كتب القانون

رابعاً: الرسائل و الأطاريح الجامعية

خامساً: البحوث المنشورة

سادساً: القوانين

سابعاً: الدوريات و النشرات

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً : كتب الفقه

١. ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ط ١ ، بيروت، ١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
٢. ابو البركات احمد بن محمد ابن احمد الدريني، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، دار المعارف المصرية، القاهرة، ١٩٧٤.
٣. ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، ط١، مطبعة الاداب - النجف الاشرف، ١٣٩٢ - ١٩٧٢ م.
٤. البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣، (٨٠/٦٠).
٥. د. احمد الخطيب، الوقف والوصايا ضربان من صدقة التطوع، ط١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٦٨.
٦. الخطيب الشربيني، محمد بن احمد، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار احياء التراث العربي، ١٩٥٨.
٧. د. الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الخامسة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، ايران.
٨. العاملي، محمد بن جمال الدين مكّي، اللعة الدمشقية، ط١، مطبعة الاداب، النجف، ١٩٦٧، ٣/١٦٣.
٩. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت.

١٠. الكتب الفتوائية لسماحة المرجع الديني الاعلى آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، الطبعة الجديدة المنقحة، بتاريخ (٢١-شوال-١٤٣٦) الموافق (٧-اب-٢٠١٥).
١١. عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين، توصيف الأفضية في الشريعة الاسلامية، ط١، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، ٢٠٠٣.
١٢. د. علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ط٤، القاهرة.
١٣. =====، احكام الوصية، بحوث مقارنة، ط١، الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٠.
١٤. المحقق الحلبي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، ط٢، مطبعة امير.
١٥. د. محمد الزحيلي، احكام الوصايا و الوقف في الفه الاسلامي، بدون ذكر المطبعة.
١٦. =====، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية و الاحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، ط١، دمشق، سوريا.
١٧. =====، احكام المواريث بين الفقه والقانون، ١٩٦٧.
١٨. محمد بن مغني الخطيب الشربيني، المحتاج الى معرفة المنهاج، دار احياء التراث العربي، ١٩٥٨.
١٩. محمد يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الارشاد، جدة، ١٩٨٥.
٢٠. محمد كمال الدين، الوصية و الوقف في الاسلام مقاصد و قواعد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩.
٢١. منصور بن يوسف بن ادريس البهوني، كشاف القناع على متن الاقناع، وعلق عليه هلال مصليحي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
٢٢. موفق الدين بن قدامه المقدسي المغني، المجلد ٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣.

ثانياً: كتب اللغة

١. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن الانصاري، لسان العرب، دار الفكر، ط١، بيروت (١٩٩٠)

٢. احمد بن فارس بن زكريا القزويني، تحقيق عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، دمشق، سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٣. البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت ١٣١٦هـ.

٤. الجوهري، اسماعيل بن حماد الصحاح، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ١٤٠٧هـ.

٥. الشيخ علي الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ط٢، مؤسسة ال البيت لإحياء التراث، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.

٦. محمد بن احمد الرملي، شرح زيد بن رسلان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة طباعة

ثالثاً : كتب القانون

١. د. ابراهيم ابو النجا، السجل العيني والتوثيق في التشريع المصري، ط١، الاسكندرية، ١٩٨٨.

٢. د. ابراهيم ناجي افندي، حقوق التصرف وشرح قانون الاراضي، من دون ذكر الطبعة، مطبعة دار السلام، بغداد.

٣. د. احمد ابو الوفا، نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية ط٦، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩.

٤. د. احمد مليجي، الشهر العقاري والتوثيق في القانون الكويتي والمقارن، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت، بلا سنة نشر.

٥. د. اسامة محمد سعيد ياسين، التنظيم القانوني لمعالجة تغتيت الملكية الزراعية، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢.

٦. د. اكرم أمين الخواري، العقود المدنية (الصلح و الهبة و الوكالة)، مطبعة النهضة، مصر.

٧. د. انور طلبة، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، المكتبة القانونية دون سنة طبع.
٨. =====، الشهر العقاري و المفاضلة بين التصرفات، دون ذكر المطبعة والمكان، ١٩٩٠.
٩. د. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
١٠. د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨.
١١. د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، دراسة مقارنة مع القانون المدني العربي المصري والسوري، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٦.
١٢. د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٤.
١٣. د. حسين عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٤. د. حسين يوسف خضر، الحماية القانونية لكسب الملكية العقارية بعقد البيع، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥.
١٥. د. حمدان حسين، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط٣، ٢٠٠٣.
١٦. د. حمدي باشا عمر / القضاء العقاري / مطبعة دار هومه / ٢٠٠٢.
١٧. د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط١، دار الوارث للطباعة، ٢٠١٨.
١٨. د. خليل ابراهيم الخالد ومهدي محمد الازري، تاريخ احكام الاراضي في العراق، من دون ذكر الطبعة، دار الرشيد للنشر، ١٩٨٠.

١٩. د. رمضان ابو السعود، مبادئ الاثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر،
٢٠١٢.
٢٠. د. رمول خالد، الاطار القانوني التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دون ذكر الطبعة،
دار هومه، ٢٠٠٨.
٢١. د. زياد خالد المفرجي، التنظيم القانوني لإدارة الاوقاف في العراق، ط١، مكتبة الكويت الوطنية،
٢٠١١.
٢٢. د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز احكام قانون التسجيل العقاري، مطبعة دار الحكمة، بغداد،
١٩٩٩.
٢٣. د. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، المجلد الاول، القاهرة، ١٩٨٧.
٢٤. =====، شرح القانون المدني ، شرح العقود المسماة ، المجلد الاول (عقد البيع) ط٤، القاهرة
١٩٨٠،
٢٥. د. شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة باحكام الفقه الاسلامي و
التشريع المصري واجتهاد القضاء الفرنسي، ط١، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر.
٢٦. د. صالح رشدي، العلاقات الزراعية في قانون الاصلاح الزراعي، من دون ذكر الطبعة، مطبعة
الوفاء، ١٩٦٠.
٢٧. د. ضياء علي العبيدي، المؤلف والمختلف في التشريعات والاحكام القانونية عن الاراضي الزراعية
العراقية، مطبعة دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٥.
٢٨. د. عارف العارف، مجموعة الاحكام للأموال غير المنقولة، بغداد، ١٩٤٨.
٢٩. د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية
ط١، بغداد ، مكتبة السنهوري، ٢٠١٥.

٣٠. د. عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، ط٢، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٩.
٣١. د. عباس قاسم مهدي الداوقي، دعوى ابطال تسجيل العقار، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
٣٢. د. عبد الحميد الشواربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء، من دون ذكر الطبعة ومكان الطبع، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦.
٣٣. د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٦.
٣٤. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية المجلد الثاني الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣٥. =====، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٣٦. =====، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، ج٤، ط٣، نهضة مصر.
٣٧. =====، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
٣٨. =====، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بدون سنة طبع.
٣٩. د. عبد السلام ذهني بك، في الغش و التواطؤ التدليسي و التسجيل في نقد النقض، ط٢، مطبعة مصر، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٤٤.
٤٠. د. عبد السيد تناغو، احكام الالتزام والاثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٢.
٤١. د. عبد العزيز حساني، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد، مطبعة الكتاب، بغداد، العراق، ٢٠١٢.

٤٢. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، ١٩٨٠.
٤٣. د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
٤٤. د. عبدالله غزالي، اجراءات التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ط٣، بغداد، ٢٠١٤.
٤٥. د. عبود عبد اللطيف البدرابي، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
٤٦. د. عصام انور سليم، النظرية العامة للاثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٢٠.
٤٧. د. عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٩.
٤٨. د. علي امير خالد، احكام واجراءات شهر الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٣.
٤٩. د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، الاثار القانونية للتسجيل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، من دون ذكر الطبعة، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤.
٥٠. د. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بدون سنة طبع.
٥١. د. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، طبعة ٢٠٠٤.
٥٢. د. عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الهيئة الوصية الوقف، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، ٢٠٠٤.
٥٣. د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط٢، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الاردن، سنة ٢٠١٤.

٥٤. د. كمال حمدي، المواريث والوصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٨.
٥٥. د. كيلان السيد احمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز كردستان العراق للسنوات (١٩٩٣ - ٢٠١١)، ط١، اربيل، كردستان، ٢٠١٢.
٥٦. د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٣.
٥٧. =====، نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية، ط٣، القاهرة، ١٩٩٧.
٥٨. د. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٦.
٥٩. د. محمد المنجي، الحيازة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
٦٠. =====، دعوى بطلان العقود، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٦١. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
٦٢. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الطبعة الثانية، بلا سنة طبع.
٦٣. =====، شهر التصرفات العقارية التسجيل والقيود، دار المنشورات القانونية، بيروت، لبنان، ١٩٣٩.
٦٤. =====، شرح القانون المدني العقود المسماة، الهيئة العاربية، القرض، الدخل الدائم، المرتب مدى الحياة، المقامرة، الرهان، الشركة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
٦٥. د. محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ١٩٧٤.
٦٦. د. محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، معهد الحقوق و العلوم الادارية بن عنكون، الجزائر.
٦٧. د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
٦٨. د. محمود عبد الرحيم الديب، اسس الاثبات المدني، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٤.

٦٩. د. مصطفى احمد الزرقاء، نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط١، دار القلم، سوريا، ١٩٩٩.

٧٠. د. مصطفى الجمال، د. نبيل سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.

٧١. =====، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون سنة طبع.

٧٢. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، الجزء الاول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر..

٧٣. =====، مصطلحات التسجيل العقاري، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٨.

٧٤. د. معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٨٨.

٧٥. =====، الشهر العقاري والتوثيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٨٦.

٧٦. د. ممدوح عطري، مجموعة القوانين العقارية، مؤسسة النوري، دمشق، ١٩٩٣.

٧٧. د. مندي حمزة محمد، الشهر العقاري تطوره واحكامه، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

٧٨. د. منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

٧٩. د. منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وادخاله في الاقليم المصري، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦١.

٨٠. =====، نظام السجل العيني وادخاله في الاقليم المصري،. بند ٧١.

٨١. د. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠٠٨.

- ٨٢.د. نبيلة الكراي الوريحي، حائز العقار، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥.
- ٨٣.د. نسيم شيخ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) القضائي، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤.
- ٨٤.د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.
- ٨٥.د. وجدي راغب فهمي ، الموجز في مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات) ط١، دار الفكر الجامعي، ١٩٧٧.

رابعاً : الرسائل و الاطاريح الجامعية

١. ابراهيم انيس محمد يحيى، رسالة ماجستير، الإقالة دراسة مقارنة، جامعة الكفاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٠.
٢. اسامة محمد سعيد ياسين، النظام القانوني لعقود البستنة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤.
٣. اسماعيل عبد النبي عبد الجواد، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقهاء الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر، ١٩٨٢.
٤. اشواق عبد الرسول، القيود الواردة على التعاقد ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، كلية القانون ، ٢٠٠٥.
٥. اميمة رافع رجب، الابطال القضائي لسندات التسجيل العقاري، دراسة قانونية مقارنة / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٧.
٦. انس عبد الواحد صالح الجابر، احكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات الاردنية، ٢٠٠٧.

٧. بدران ابو العينين بدران، المواريث والهبة والوصية في الشريعة الاسلامية ونصوص القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، ١٩٥٧.
٨. بصغير خالدية، الهبة في العقار، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٩.
٩. جواد حسن نايف، ابطال قيد التسجيل العقاري اجراءته اثاره القانونية، رسالة دبلوم في العلوم القضائية مقدمة الى مجلس المعهد القضائي دوره ٣٢/٢٠١١.
١٠. حسن طوابية، نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٢.
١١. زياد المفرجي، التنظيم القانوني لادارة الاوقاف في العراق، رسالة ماجستير، الدراسات والعلاقات الخارجية، الكويت، ٢٠١١.
١٢. سارة مهند، دور نظام التسجيل العيني في حماية الحقوق العينية العقارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة النهريين، ٢٠٢٠.
١٣. سماحي خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر، بلقايد تلسمان، ٢٠١٣ م.
١٤. سمادي شيماء واخرون، الواقعة المادية و دورها في الاثبات، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٩.
١٥. عبد المنعم يحيى جواد، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة) دراسة مقارنة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٣.
١٦. مزاتي البشير واخرون، المنازعات التي يثيرها عقد الهبة، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ٢٠١٥.

٩. محمد رافع يونس، اركان الوقف وشروطه، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١) العدد (٤٠)،
٢٠٠٩.

١٠. محمد طوموم، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الاسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة
الكويت، السنة الثانية، العدد الاول، ١٩٧٨.

١١. مصطفى مجيد، نبذة عن تكوين دوائر التسجيل العقاري في العهود السابقة، بحث مقدم في الندوة
التي عقدتها جمعية الحقوقيين العراقيين حول قانون التسجيل العقاري الجديد في يوم ١٩٧٢/٨/٧.

خامساً: القوانين

أ. القوانين والقرارات العراقية

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته النافذ.
٢. مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لعام ١٩٥٥ النافذ.
٣. مرسوم جواز تصفية الوقف المشترك رقم ١ لسنة ١٩٥٥ النافذ.
٤. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٨ وتعديلاته النافذ.
٥. قانون تنظيم ادارة الاموال المحجوزة رقم (١١ لسنة ١٩٥٨) النافذ.
٦. قانون تملك الاجنبي للعقار في العراق رقم (٣٨) لسنة ١٩٦١ النافذ.
٧. قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ النافذ.
٨. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته النافذ.
٩. قانون العقوبات العراقية رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته النافذ.
١٠. التعديل الثالث لنظام المزايدات و المناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ النافذ.
١١. قانون منع التصرف في العقارات الواقعة في المناطق العسكرية رقم (١٧ لسنة ١٩٦٧) النافذ.
١٢. قانون نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠ النافذ.
١٣. قانون الاصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠ النافذ.

١٤. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ وتعديلاته النافذ.
١٥. قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ.
١٦. قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ النافذ .
١٧. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ النافذ.
١٨. قانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ النافذ.

ب. القوانين العربية:

١. قانون السجل العقاري السوري رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦ النافذ
٢. قانون الملكية العقارية اللبنانية رقم (٣٣٣٩) الصادر ١١/١٢ / ١٩٣٠ النافذ.
٣. قانون الموجبات و العقود اللبناني الصادر بتاريخ ٩/٣/١٩٣٢ المعدل النافذ.
٤. قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ النافذ.
٥. قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ النافذ.
٦. قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ.
٧. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ النافذ.
٨. القانون المدني السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٤٩ النافذ.
٩. قانون السجل العيني المصري رقم (١١٤) لعام ١٩٦٤ النافذ.
١٠. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٧ النافذ.
١١. قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ النافذ.
١٢. القانون المدني الجزائري رقم (٧٥- ٥٨) لسنة ١٩٧٥ النافذ
١٣. قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ النافذ.
١٤. قانون انشاء السجل العقاري اللبناني رقم لسنة ١٩٨٣ النافذ.

١٥. قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤ / ١١) لسنة ١٩٨٤ المعدل النافذ.

١٦. قانون الاوقاف الجزائري رقم (٩١ / ١٠) لسنة ١٩٩١ النافذ.

ت. القوانين الاجنبية

١. مرسوم الاصلاح العقاري الفرنسي لعام ١٩٥٥.

٢. القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز، طبعة دالوز، بيروت، جامعة القديس يوسف، ٢٠٠٩.

سابعاً: الدوريات و النشرات

١. علي محمد الكرباسي، الموسوعة العدلية، العدد ٢٣، ١٩٩٥.

٢. النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية، العدد الرابع، السنة الرابعة،

١٩٧٣.

٣. النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الخامسة.

٤. مجموعة الاحكام العدلية، العدد ٤، السنة العاشرة.

٥. مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة العاشرة. النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثالثة،

١٩٧٤.

٦. النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية.

٧. النشرة القضائية العدد الاول، السنة الخامسة

٨. مجلة القانون و القضاء، العدد الاول، ٢٠١٠.

٩. مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع / ١٩٨٤.

١٠. المجموعة المدنية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، اعداد المحامي صبري التميمي.

ABSTRACT

Legislators have dealt with certain cases and special facts of great importance, through which the human person can compensate for things that he was unable to do in an earlier period. It is noteworthy that these facts and actions have a moral, material, and legal impact on the parties to the fact and others, not to mention that they are legally protected under the limits established by law, as provided in the real estate registration act.

Real estate registration is one of the important laws governing rights aimed at stabilizing transactions and preventing or affecting abuse by others and at regulating rights in accordance with the public interest. Based on the above discussion, the real estate registration act provides for the civil identity of the real estate lord. The question of the transfer of rights, in particular real property, is at the core of the provisions of the real estate registration act, which are required by legal acts that may or may not be made.

Our attention is focused on the irreplaceable transfer of real property under legal facts in certain forms that arise during the lifetime of the landlord in the post-mortem and gift situations of inheritance, transfer, and commandment. Not all of these facts are consistent and stable after a real estate act has been issued, creating new developments or making mistakes that make them subject to annulment and retraction, necessitating the knockout of justice for the purpose of justice.



University of Karbala
College of Law
Department of Private Law

Real Estate Registration in Non-indemnity Legal Incident: A Comparative Legal Study

A PhD Dissertation Submitted to the Council of the College of
Law as a Partial Fulfillment for the Degree of Philosophy in Law

By
Rawa Salman Khuleif

Supervised By
Asst. Prof. Dr. Abdullah Abdul-Ameer, PhD

Assistant Professor of Private Law
College of Law, Karbala University

1443 A.H.

2022 A.D.