



ISSN2075 - 7220

الرقم الدولي :

ISSN2313 - 0377 الرقم الدولي العالمي :

مجلة المحقق المحامي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل



العدد الاول

2024

السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN : 075-7220

ISSN' ONLINE : 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

**Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued
By College of Law in Babylon University**



First issue

2024

Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

مجلة المحقق المحلي

للعلم والقانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الأول

السنة السادسة عشر

2024

البريد الإلكتروني

<https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues>

رقم الإيداع في دار الكتب والمكتبات 1291 لسنة 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكري محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	_____
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	_____
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	_____
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	_____
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	_____

الفهرس

2024

السنة السادسة عشر

العدد الاول

ت	اسم الباحث	عنوان البحث	عدد الصفحات
1	أ.د. اسماعيل صمصاع غيدان م.م. هيثم علي كزار	انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية والاثار المترتبة عليه	22-1
2	أ.د. اسماعيل صمصاع غيدان فراس اموري جبر	هيئات الضبط الاداري واساسها القانوني في مجال الامن المجتمعي	55-23
3	أ.م.د. أنغام محمود شاكر أ.م.د. ايناس مكي عبد	التعاقب بوصفه الاثر الناقل للعقد الوارد على المنقول المادي (دراسة مقارنة)	82-56
4	أ.م.د. عامر علي صاحب نورا علي عبيس	دور الاتفاقيات الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية (دراسة مقارنة)	109-83
5	أ.م.د. نسرین محسن نعمة	المسؤولية الجزائية عن تضليل المستهلك بمنتجات منتهية الصلاحية (دراسة مقارنة)	140-110
6	أ.م.د. رعد هاشم امين	تضارب المصالح في عقد وكالة التأمين (دراسة مقارنة)	173-141
7	أ.م.د. ميثم منفي كاظم	القواعد الدستورية للتسامح الفكري	204-174
8	أ.م.د. عمار رجب معيشر	تسبيب القرارات الاعدادية غير الفاصلة بموضوع الدعوة الجزائية	228-205
9	م.د. مشتاق طالب ناصر	الدور الاستشاري لمجلس الدولة العراقي في تعزيز التنمية المستدامة	249-229
10	م. وسن حميد رشيد	الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة ومسؤوليته في النظام البرلماني	268-250
11	احمد عبد الجليل عداي أ.م.د. ميثم منفي كاظم	التحكيم وحدود القاضي به بتسوية منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)	305-269

التعاقب بوصفه الأثر الناقل للعقد الوارد على المنقول المادي المعين بالذات
(دراسة مقارنة)

أ.م.د. ايناس مكّي عبد نصار (2)
كلية القانون / جامعة بابل

أ.م.د. انغام محمود شاكر (1)
كلية القانون / جامعة بابل

تاريخ النشر: 2024/3/3

تاريخ قبول النشر: 2024/1/16

تاريخ استلام البحث: 2023/12/3

ملخص البحث:

يعد عقد البيع من أهم العقود المتداولة فهو ينشئ التزامات على عاتق البائع محلها المبيع، وقد يكون هذا المبيع عقارا او منقولا ، والذي يتعلق في موضوع بحثنا نقل ملكية المنقول المادي والذي يعد التزام يقع على عاتق البائع واثّر على عقد البيع ، قد تنتقل ملكية المنقول بالتعاقب من شخص لآخر وهنا تثار إشكالية لمن تنتقل الملكية من المشتري لان نقل الحيازة بالتعاقب تعد اثار ذات اهمية لنقل الملكية في هذا النوع من المنقولات فالحيازة وضع مادي يسيطر الشخص بنفسه أو بواسطة غيره سيطرة فعلية لا على سبيل التسامح ولا الرخصة على شيء مادي يجوز التعامل فيه ، فالتعاقب بنقل الملكية لأكثر من مشتري له أثر في نقل الملكية ، ومن ثم يعد الحائز مالكا أن تسلم بحسن نية والسبب الصحيح ، وبخلاف ذلك يعد المشتري الاول هو المالك بموجب قاعدة المنقول المعين بالذات تنتقل ملكيته بمجرد ابرام العقد ومن هنا وقع اختيار بحثنا لبحث اثر التعاقب في نقل الحيازة والملكية في المنقول المادي .

الكلمات المفتاحية : التعاقب- الحيازة -العقد - المنقول المادي – نقل الملكية

Successive description of the transferring effect of the contract contained on the material movable property AC (comparative study)

Asst.Prof.Dr.Angham Mahmoud Shaker
College of Law - University of Babylon

Asst.Prof.Dr. Enas Makki Abdel Nassar
College of Law - University of Babylon

ABSTRACT

The sales contract is one of the most important contracts in circulation, as it creates obligations on the seller's shoulders, the subject of which is the sold item. This sold item may be real estate or movable property, What is related to the subject of our research is the transfer of ownership of tangible movable property, which is an obligation that falls on the seller and has an impact on the sales contract, Ownership of a movable property may be transferred successively from one person to another, and here a problem arises for whom ownership is transferred from buyers because the successive transfer of possession is an important effect of transferring ownership in this type of movable property. Possession is a material situation in which a person, by himself or through others, has actual control, not by way of tolerance or license, over a material thing in which it is permissible to deal. The successive transfer of ownership to more than one buyer has an effect on the transfer of ownership, and therefore the possessor is considered the owner if he delivers in good faith and for the correct reason. Otherwise, the first buyer is considered the owner under the rule of a specific movable property, whose ownership is transferred once the contract is concluded. Hence, our research was chosen to examine the effect of succession in transferring possession and ownership of tangible movables.

Keywords: succession - possession - contract - tangible movable property - transfer of ownership

المقدمة

اولاً: التعريف بموضوع البحث :

في إطار اهتمام التشريعات المدنية بتيسير إتاحة تداول المنقولات المادية المعينة بالذات كونها أصبحت ذات أهمية اقتصادية كبيرة فضلاً عن تميزها بسرعة حركتها وانتقالها ، فهذا المنقول المادي المعين بالذات تنتقل ملكيته بمجرد إبرام العقد لكن ماله قد يرتب عقد بيع آخر فتتعاقب الحيازة ويكون لها اثر في نقل الملكية فتخلق علاقة تبادلية بين المالك وحائزه تفرض علينا ان نبين من الذي يملك هذا المنقول المادي عقب توالي الحيازة ومن ذلك فالمشرع العراقي في القانون المدني المرقم 40 لسنة 1951 وتحديدًا في المادة (1163) فقد نصت على انه " 1 - من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد. 2 - والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك." وكذلك ورد مضمونها في نص المادة 976 ف1 من القانون المدني المصري على ان : "من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته "

فهذه القاعدة الواردة في التشريعات اخذت حيزها من الاهمية كونها تؤدي الى توطيد الائتمان والثقة في المعاملات فيقدم من يريد التعامل بمنقول مع الحائز وهو آمن لا يخشى ان تمتد إليه يد شخص يثبت فيما بعد انه المالك الحقيقي ، فتستترده منه. ثم ان حائز المنقول المعين بالذات يبدو للكافة كأنه هو المالك الحقيقي ، ولا تخضع المنقولات كقاعدة عامة ، لإجراءات تسجيل او شهر كما هو الحال في العقارات. ولهذا فلا تثريب على من يتعامل مع حائز المنقول واعتقد بأنه هو المالك مع ملاحظة ان المنقول المعين بالذات سريع التداول بطبيعته ، فلا يتيسر لمن يتعامل بالمنقول ان يتحقق من ملكية الحائز ، بل انه يعتبر من الشطط ان نلزمه بالتثبت من ذلك. فقاعدة الحيازة في المنقول تهدف اذن إلى حماية من يتعامل بمنقول بحسن نية مع غير صاحب الحق ، ولهذا يكتفي القانون لاستقرار حق المتصرف إليه بحيازته للمنقول وهو حسن النية على سبب صحيح .

ومن هذا وقع الاهتمام من قبلنا في بحث هذا الموضوع الموسوم بـ " التعاقب بوصفه الاثر الناقل للعقد الوارد على المنقول المادي دراسة مقارنة بين التشريع المصري والفرنسي لذا فمن خلال هذه الدراسة سوف نجيب على الاسئلة الاتية :

- 1-المقصود بالتعاقب بالحيازة للمنقول المعين بالذات ؟
- 2-كيفية كسب المنقول المادي المعين بالذات حيازة وبالعقد ؟.
- 3- ماهي العلاقة بين الحجز الرهني والحيازة ؟
- 4-ماهي الاثار المترتبة على نقل ملكية المنقول المادي المعين بالذات ؟
- 5-ماهي الاثار المترتبة بالنسبة للمتعاقدین وللغير ؟

ثانياً :- أسباب اختيار الموضوع :

لغرض تنظيم مسألة التعاقب في حيازة المنقول المادي المعين بالذات من حيث نقل ملكية المنقول المادي المعين بالذات لملكه ذلك وجدنا انه من الضروري التوغل في مفهوم التعاقب في الحيازة للمنقولات وتسلط الضوء عليه من خلال بيان مفهوم الحيازة وشروط الحيازة ومن ثم بيان الاثار المترتبة لنقل ملكية المنقول المادي بالنسبة للمتعاقدین واثره بالنسبة للغير .

ثالثاً : - منهجية ونطاق الموضوع:

لغرض دراسة الموضوع وبيان جوانبه في التشريعات سنتبع المنهج المقارن والتحليلي لنصوص المواد وسنقعد المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي معززين البحث بأحكام القضاء في العراق ومصر وفرنسا ، ونطاق البحث يتعلق بالحيازة للمنقول والضمان الذي منحه اياه المشرع وهو الحجز على منقولات المستأجر .

رابعاً : - خطة البحث:

سنحاول التعرض لموضوع البحث في ثلاث مباحث حيث سنتناول في المبحث الاول مفهوم التعاقب في الحيازة للمنقول المادي المعين بالذات وسنخصص المبحث الثاني أثر انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات بالحيازة والتعاقب وفي ختام التحدث عن ذلك سنبين خاتمة البحث ندرج بها اهم النتائج والتوصيات .

المبحث الاول

مفهوم التعاقب في الحيازة للمنقول المادي المعين بالذات

حاجة الناس الى تبادل سلعهم والحصول على سلع جديدة تلبي احتياجاتهم المتجددة دفعتهم الى التعاملات المالية المختلفة فعقد البيع يعتبر من اقدم واكثر العقود الشائعة في الحياة العملية فقد سارعت الى تنظيمه الشريعة الاسلامية حيث نظمت الاحكام الشرعية للمعاملات واهمها البيع كما حصل الشيء نفسه لدى التشريعات الوضعية التي احاطت عقد البيع بعدد من النصوص القانونية حماية للمالك من بمنع الاغيار من الاعتداء عليه .

وحيث ظهر نوع خاص من عقود البيع هو بيع المنقول المادي المعين بالذات الى اكثر من شخص اي انتقال المنقول المادي المعين بالذات من شخص الى اخر بالبيع على التعاقب كأن يبيع مالك المنقول المادي المعين بالذات الى مشتر اول ثم يبيعه الى مشتري ثاني فهل تعد هذه العقود صحيحة في نظر القوانين ؟ وهل تعتبر عقود بيع حقيقية تنقل الملكية خاصة وأن المنقولات قد تنتقل ملكيتها بالحيازة استنادا الى قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " فهي بطبيعتها لا تخضع لنظام شهر مفيد ومثمر عن طريق تسجيل التصرفات الواردة عليها في سجلات رسمية خاصة ونظرا لتماماتها وكثرتها وسرعة انتقالها من يد الى اخرى ومن مكان الى اخر .

للإحاطة بجوانب هذا الموضوع قسمنا هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف التعاقب في الحيازة للمنقول المادي المعين بالذات ، ونبحث في المطلب الثاني تحديد لحظة انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات .

المطلب الاول

تعريف التعاقب للحيازة للمنقول المادي المعين بالذات

لاقت فكرة التعاقب في حيازة المنقول المادي المعين بالذات اهتمام من قبل الفقه ، لما تضمنته من افكار قانونية لم تكن معروفة سابقا ، هدفها تنظيم الحالات التي تتعدد فيها البيوع التي يربطها محل واحد .

ولغرض تحديد معنى للتعاقب للحيازة في المنقول المادي المعين بالذات سوف نقسم هذا المطلب على فرعين الاول لمعنى التعاقب والحيازة ، والثاني لشروط الحيازة .

الفرع الاول

معنى التعاقب والحيازة

يعرف التعاقب هو : " التداول والتناوب بين عنصرين لغويين على معنى واحد لقرب الدلالة بينهما ، و يعرف ايضا : " بانه اناية عنصر مكان غيره فيحل محله في وظيفته او معناه او لفظه ¹ . "

من خلال التمعن في هذين التعريفين يتبين ان فكرة التعاقب لم يرد ذكرها صراحة عند مراجعة بعض الكتب لفقهاء القانون التي تناولت موضوع التعاقب وانما اكتفوا بالإشارة الى معناها اللغوي الذي يمكن ان يستعمل لبيان معناه الاصطلاحي قياسا اذا لا فرق بينهما فكلاهما يعني التداول والابدال والتناوب .

بذلك يمكن ان تشير فكرة التعاقب الى وحدة المحل كمصدر رئيسي لها ، كما تشير الى ان التعاقب يتكون من وجود اتفاقات ذات طبيعة واحدة .²

اما الحيازة فتعرف بانها: " سلطة واقعية يمارسها الحائز على شيء بحيث تتفق في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مع مزاوله حق الملكية او اي حق عيني اخر وان لم تستند الى حق يعترف به القانون " .³

وتعرف، أيضا، الحيازة بانها: " سيطرة فعلية لشخص على شيء مادي بنية تملكه او لاكتساب حق عيني اخر عليه " .⁴

أما في القانون فقد عرف المشرع العراقي الحيازة في نص المادة (1145 /1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والتي نصت على انه : " وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق " .

وعلى النهج نفسه عرف المشرع المصري الحيازة في نص المادة (1/949) في القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي جاء النص فيها : " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على انه مجرد رخصة من المباحات او عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح "

وكذا الحال القانون المدني الفرنسي فقد عرف الحيازة في المادة (2228) بانها " الحيازة هي احراز او استعمال حق ، نحرزه او نستعمله بأنفسنا او بواسطة شخص اخر يحرزه او يستعمله بالنيابة عنا. "

واذا ما اردنا ايجاد معنى للتعاقب في الحيازة نجد أن المشرع العراقي أشار إلى بعض صور التعاقب من القانون المذكور في المادة (553) ما نصه : " اذا استحق المبيع في يد المشتري الاخير وحكم به للمستحق كان هذا حكما على جميع الباعة ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه " .

الملاحظ على النص أن المشرع العراقي قد أوضح في هذا النص بعض صور للببوع المتعاقبة. والتي اشار اليها في مجال تنظيمه لضمان استحقاق المبيع في عقد البيع .⁵

أما المشرع المصري في القانون المذكور فقد بين بعض صور التعاقب في المادة (204) حيث نصت على انه : " الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني اخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل "

يتضح من النص ان المشرع المصرع اجاز للمشتري بيع المنقول المعين بالذات قبل قبضه فإذا عاد البائع وتصرف بالمنقول مرة ثانية لمشتري اخر فإن البيع الثاني يعتبر بيعا لملك الغير وهذا ما يمكن استنتاجه من نصوص المواد (1/466 و 467 و 468) من القانون المدني المصري .

وكذا الحال المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي المذكور لم يشر إلى التعاقب وانما أشار إلى هذه الفكرة في إطار تنظيمه لجزاء الاخلال بالعقد في المادة (1189) منه والتي نصت على انه : " عندما يكون تنفيذ عدة عقود ضروريا لإنجاز نفس العملية " ،

وأشار ايضا الى التعاقب في اطار تنظيمه لتفسير العقد من الشق الثاني للمادة (1189) ما نصه : " عندما تسهم عدة عقود وفقا للنية المشتركة للأطراف في نفس العملية " .

نرى ان النصين اللذان ذكرهما المشرع الفرنسي قد قصد التعاقب الذي يسعى لتحقيق هدف واحد في حين ان التعاقب الذي نقصد تنظيمه هو التعاقب في البيوع الناقلة الملكية .

فيما سبق عرضه لاهم ما ذكر في التعاقب والحيازة يمكن ايجاز معنى عاما للتعاقب في حيازة المنقول المعين بالذات بانه : " هو انتقال المنقول المعين بالذات باعتباره محل عقد البيع من بائع الى اخر انتهاء بأخر مشتري وما يمكن ان ينشأ هذا التداول من احكام وأثار " .

الفرع الثاني

شروط الحيازة

ينبغي لكي توجد الحيازة ان تتوفر عناصرها المكونة لها وهما العنصر المادي ، والعنصر المعنوي ويقصد بالعنصر المادي للحيازة هو مجموع الاعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق العيني . وان على الحائز ان يباشر هذه الاعمال المادية بشكل تتفق مع ممارسة الحق موضوع الحيازة فإذا كان الحق هو حق الملكية عليه ان يمارس الاعمال المادية التي يمارسها المالك وهي استعمال الشيء واستغلاله او تغييره حسب ما تسمح به طبيعة الشيء⁶ .

أما العنصر المعنوي للحيازة فهو يجب ان يتكون من النية نية الحائز حيث يجب ان تتوفر لدى الحائز نية استعمال الشيء الذي يحوزه كمالك او صاحب حق عيني ، فيشترط في هذه الحالة ان يكون اهلا لنية التملك لان نية التملك لا تصدر من عديمي التمييز او المجنون⁷ .

واذا ما كان هذين العنصران لازمين لوجود الحيازة لكن لا يترتب عليها اي اثار الا اذا كانت خالية من العيوب حيث يتطلب القانون جملة شروط في الحيازة حتى ترتب اثارها وهي كالآتي :

1- الاكراه : اذا تحصل الحائز حيازته بالقوة والتهديد ابتداء فإن حيازته تكون معيبة بالإكراه ، اما اذا بدأت الحيازة هادئة فلا يعيبها اذا ما اضطر الحائز اللجوء الى القوة للمحافظة عليها في مواجهة من يريد انتزاعها منه ، فالإكراه عيب مؤقت اذا ما زال تعود الحيازة هادئة منتجة لآثارها ، كما يعتبر عيب الاكراه نسبي لا يستطيع التمسك به الا من وقع عليه الاكراه⁸ .

من ذلك نجد ان الاكراه يشوب الركن المادي للحيازة اذ هو يتصل بالأعمال المادية التي يمارسها الحائز⁹ .

2- اللبس والغموض : يجب ان لا تكون الحيازة مما يمكن تفسيرها بشكل يحتمل اللبس والغموض اي يجب ان تكون الحيازة واضحة ، حيث قد تحيط الحيازة بعض الظروف التي تثير الشك حول ما اذا كان الحائز يريد الاستئثار بالحق لنفسه او انه يحوزه لحساب

غيره حيث يثير الغموض حول ما اذا كان الحائز مالك او غير مالك يحوز الشيء كمرتهن او وكيل.¹⁰

وهذا العيب يشوب العنصر المعنوي للحيازة لانه يمثل الشك حول نية الحائز¹¹

3-الخفاء : اذا لم تكن الحيازة ظاهرة وعلنية تكون مشوبة بعيب الخفاء ، حيث يجب ان يظهر الحائز بمظهر المالك او يفعل كما يفعل صاحب اي حق من الحقوق فإذا ما حاول اخفاء حيازته عن لهم مصلحة بالعلم بها فان الحيازة لا تنتج اي اثر قانوني لها.¹²

فالعبارة بالخفاء تكون في مواجهة المالك ومن لهم مصلحة في الاحتجاج بها في مواجهتهم ولا يهم كان الحيازة خفية عن باقي الناس وهذه العيوب المتقدمة نسبية مؤقتة تزول بانتهاء الاعمال المكونة لها.¹³

من كل ما تقدم نجد أن الحيازة قرينة على الحق والملكية وان يظهر الحائز بمظهر المالك وهذا لا يتحقق الا بتحقيق تلك الشروط وخلوها من العيوب السالفة الذكر .

وقد أشار القانون المدني العراقي رقم 41 لسنة 1951 لتلك العيوب في المادة (1146) والمادة (2/ 949) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.¹⁴

وجدير بالذكر إن المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي لعام 1804 في المادة (2229) أشار الى عيب رابع وهو التقطع ، أو عدم الاستمرار .

المطلب الثاني

تحديد لحظة انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات

بما ان المنقولات المادية المعينة بالذات تمتاز بسرعة انتقالها وتداولها ، فغالبا ما يتم انتقال ملكيتها بعقود بيع متعاقبة لأكثر من مشتري ، فإذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري الاول ، ثم تم التصرف فيه مرة اخرى بالبيع لمشتري الثاني .

فالتساؤل هنا ما أثر هذا البيع هل يكون صحيحا ام باطلا ؟

وللإجابة على هذا التساؤل يستلزم منا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الاول تحديد لحظة انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات بالعقد ، والثاني نبحث فيه تحديد لحظة انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات بالحيازة .

الفرع الاول

تحديد لحظة انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات بالعقد

أن عقد بيع المنقول المادي المعين بالذات تنتقل فيه ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد التعاقد ، حيث تنتقل الملكية بقوة القانون لان التزام البائع ينفذ قانونا من وقت نشوئه ، بذلك تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير.¹⁵

فلو أن مالك المنقول المادي المعين بالذات تصرف فيه بالبيع لشخصين على التعاقب وجب تفضيل المشتري الاول لان الملكية انتقلت اليه بمجرد التعاقد ، لان البائع في البيع الثاني قد باع ما لا يملك ، حيث يصبح البيع الثاني موقوفا على اجازة المشتري الاول ، فأن لم يجز المشتري الاول بطل البيع الثاني ، اما اذا اجاز المشتري الاول البيع الثاني فيصبح البيع صحيحا.¹⁶

وهذا ما ذهب اليه القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (1/135) التي جعلت حكم البيع الثاني موقوفا على اجازة المشتري الاول والتي جاء النص فيها : " 1- من تصرف في ملك الغير بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك " .¹⁷

من كل ما تقدم يتبين لنا ان المشرع العراقي ان بيع المالك للمنقول المادي المعين بالذات يعد بيعا لملك الغير .

وعلى النهج نفسه سار المشرع المصري في القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984 في المواد (466،467،468) .¹⁸

يلاحظ من نصوص القانون المدني المصري ان المنقول المادي المعين بالذات تنتقل ملكيته الى المشتري بمجرد ابرام العقد ، فان قام البائع وتصرف فيه بالبيع لمشتري ثان ، فان البيع الاول يعد بيعا لملك الغير ، وعليه يكون البيع الثاني موقوفا على اجازة المشتري الاول ان اجازه نفذ ، وان لم يجزه بطل ويعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

ويختلف حكم بيع المنقول المادي المعين بالذات في القانون المدني العراقي والمصري عن حكمه في القانون المدني الفرنسي من حيث جعل البيع الثاني باطلا وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء النص فيها : " بيع ملك الغير باطل ويكون هناك محل للتعويضات اذا جهل المشتري ان العين مملوكة للغير " .

الفرع الثاني

تحديد لحظة انتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات بالحيازة

قد يحصل ان يشتري شخص منقولا ماديا معيننا بالذات من البائع ، ويشتري اخر المنقول المادي المعين بالذات نفسه من البائع نفسه عن طريق عقود بيع متعاقبة ، حيث سيفضل المشتري الاول لان ملكية المبيع تنتقل الى المشتري الاول بمجرد التعاقد .¹⁹

ولكن قد لا تخلص الملكية للمشتري الاول لان قاعدة انتقال الملكية بمجرد ابرام العقد تعطلها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .²⁰

هذا يعني وجب تفضيل المشتري الثاني اذا كان حسن النية ومستند في حيازته الى سبب صحيح²¹ ، حيث ان الملكية انتقلت اليه عن طريق الحيازة وليس عن طريق العقد حيث يصبح المشتري الثاني مالكا عن طريق هذه الواقعة القانونية .²²

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة ان يضع المشتري الثاني يده على المنقول المادي المعين بالذات وان تكون حيازته حيازة قانونية مكتملة العناصر المادية والقانونية اي ان يظهر الحائز بمظهر المالك ويباشر جميع الاعمال المادية التي يباشرها صاحب الحق العيني ، وان تتوفر لدى حائز المنقول نية التملك ، فلا يستطيع ان يتمسك بتلك القاعدة الحائز العرضي .²³

كما يشترط لتطبيق هذه القاعدة ان تكون الحيازة خالية من العيوب التي تكلمنا عنها سابقا .

ونجد ان الحكمة من تقرير هذه القاعدة هو توطيد الثقة والاطمئنان بالمعاملات ، لان المنقولات المادية تمتاز بسرعة تداولها ، الذي لا يمكن في شأنها اتباع اجراءات الشهر المتبعة في التصرفات .

بحيث يقدم الاشخاص على التعامل مع حائز المنقول ، لأنه يبدو في نظر الناس هو المالك الحقيقي ، وعليه يقدم الناس للتعامل معه و ابرام التصرفات القانونية وهم امنون من دون ان تمتد

يد المالك الحقيقي فتنزع المنقول من بين ايديهم²⁴.

وقد نص على هذه القاعدة المشرع العراقي في القانون المدني العراقي ، حيث نصت المادة (1/1163) ما نصه : " من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد " .

وكذا الحال القانون المدني المصري فقد أشار إلى تلك القاعدة في المادة (1/976) منه ونصت على انه : " من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا او سندا لحامله فأنه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته " .

وأقر القانون المدني الفرنسي أيضا هذه القاعدة في المادة (1141) منه والتي جاء النص فيها : " اذا كان الشيء الذي التزم احد بإعطائه او تسليمه إلى شخصين على التوالي منقولا فأني منهما يحوز المنقول حقيقة ويبقى مالكا حتى ولو كان سنده لاحقا في التاريخ بشرط ان تكون حيازته بحسن نية " .

الملاحظ على كل النصوص في القوانين الوضعية تأخذ بهذه القاعدة المعروفة هي قاعدة الحيازة في الملكية سند الحائز وان هذه الحيازة لا تكسب الملكية فحسب بل كذلك الحقوق العينية الاخرى .

كما نجد أن لهذه القاعدة اثران أثر مكسب وأثر مسقط ، حيث يتمثل الاثر المكسب ، ان المشتري في عقود البيوع المتعاقبة لا يكتسب ملكية المنقول بالسبب الصحيح . لأنه صادر من غير مالك ، وانما اكتسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقتترنة بحسن نية دون حاجة لمرور وقت معين على حيازته ، كما أن المشتري بمقتضى هذه القاعدة ، لا يكسب فقد حق الملكية ، بل تنتسج هذه القاعدة لتشمل كل حق عيني اصلي او تبعي يمكن للمشتري ان يكسب ملكيته بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النية . وهذا ما يسمى بالآثر المكسب لقاعدة الحيازة في المنقول²⁵.

اما الاثر المسقط لهذه القاعدة فتتمثل بسقوط كل التكاليف والقيود العينية التي يكون المنقول المادي مثقلا بها بشرط ان يكون المشتري حسن النية لا يعلم بما يتقل المنقول²⁶.

من كل ما تقدم نستنتج أن من باع منقولا ماديا الى مشتر ، ثم باع نفس المنقول الى مشتري ثاني ، فمن حق المشتري الثاني ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية اذا ما تسلم المنقول وبحسن نية فهذه القاعدة تحول دون انتقال ملكية المبيع الى المشتري الاول ، لكن اذا كان سيء النية اي يعلم بتصرف البائع بالمبيع ففي هذه الحالة لا يستطيع المشتري الثاني ان يتمسك بهذه القاعدة وذلك لانقضاء شرط من شروط هذه القاعدة .

المبحث الثاني

أثر انتقال ملكية المنقول المعين بالذات بالحيازة والتعاقب

اذا تحقق لعقد البيع أركانه وشروط صحته ولم يكن موقوفا لأي سبب من اسباب التوقف فانه يكون منتجا لآثاره. وتتمثل آثار العقد فيما يترتب من التزامات على عاتق كل من طرفية بالتبادل فيرتب التزامات على كلا طرفيه البائع والمشتري هذه الالتزامات تترتب في ذمة البائع والمشتري أي هم الذين ارتضوا الارتباط به. فهولاء، دون غيرهم، هم الذين يجب عليهم احترام العقد وتنفيذ ما نشأ عنه من التزامات. فالعقد بالنسبة إلى أطرافه هو قانون خاص يحكم علاقتهم في خصوص موضوعه. فالعقد شريعة المتعاقدين وحدهم، ويطلق عليه القوة الملزمة للعقد وهو

ما يعني أن العقد ذو أثر نسبي يقتصر على طرفيه ولا يمتد إلى غيرهم إلا عن طريق الاستثناء فضلاً عن أن الضرورات العملية قد تجعل شخص من الغير ينشأ له التزاماً أو يشترط أن يكون حقاً له فيستفيد من العقد وهذا ما أحيل إليه المنطق القانوني وعليه سنحقق في هذا المبحث مطلبين سنتناول في المطلب الأول أثر انتقال ملكية المنقول المعين بالذات حيازة بالنسبة للمتعاقدين ، وسنخصص المطلب الثاني لأثر انتقال ملكية المنقول المعين بالذات حيازة بالنسبة للغير

المطلب الأول

أثر انتقال ملكية المنقول المعين بالذات حيازة بالنسبة للمتعاقدين

العقدان في عقد البيع للمنقول المادي هما البائع والمشتري والأصل أن آثار عقد البيع تنتقل إليهما دون غيرهما²⁷ لهذا فإن اصطلاح العقدين لا يشمل من أظهر إرادته في إبرام العقد بل ينصرف كذلك إلى من يمثلهم في التعاقد وقد اعتبر القانون أن المتعاقد يتعاقد لحسابه وبحساب خلفه العام ولحساب خلفه الخاص بشروط معينة لذا فإن أثر العقد لا ينصرف إلى البائع والمشتري فحسب بل ينصرف إلى الخلف العام وينصرف إلى الخلف الخاص بشروط معينة كما أن الدائن العادي قد يتأثر بالعقود التي يبرمها البائع وهذا ما سوف نوضحه في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول

الأثر المباشر لنقل الملكية

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بقوة القانون بمجرد إبرام العقد ومع ذلك يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً²⁸ .

وتتوقف أثر نقل الملكية في المنقول²⁹ بحسب ما إذا كان المنقول المادي معين بالذات أو منقول معين بذاته والذي يهمنا في بحثنا المنقول المعين بالذات (الأشياء القيمية) كونه تنتقل ملكيته بمجرد إبرام العقد وهذه الأشياء كما عرفها بعض الفقه بأنها التي تحدد بذاتها ومن ثم يعتبر أنه لا يوجد بينها وبين غيرها علاقة تماثل كقطعة أثرية محددة أو كتاب مخطط³⁰ .

فالمبيع إذا كان منقول معين بالذات أي من الأشياء القيمية كما ذكرنا فالملكية تنتقل بين المتعاقدين البائع والمشتري بمجرد انعقاد عقد البيع وبحكم القانون وهذا ما نصت عليه المادة (531) من القانون المدني العراقي على أنه " إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع...."

ومن خلال ما تقدم فإنه يشترط لكي تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بشكل مباشر إلى المشتري أن تتوافر خمسة شروط :

أولها : أن يكون البائع مالكا لما ينقل ملكيته

فيلزم أن يكون البائع مالكا للمبيع المنقول المعين بالذات وهذا الشرط بديهي لأن فاقد الشيء لا يعطيه³¹ وبمفهوم المخالفة إذا كان البائع لم يكن مالكا فلا يصبح المشتري مالكاً بمقتضى العقد ولكنه يستطيع أن يملك الشيء بالتقادم أو بالاستناد إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان منقول معين بالذات .³²

فهذه القاعدة تقضي من حاز منقول بسبب صحيح وحسن نية يصبح مالكا له بصورة مباشرة بمجرد إبرام العقد دون أي إجراء آخر³³ .

وتطبيقاً لذلك اذا باع شخص منقولا معين بالذات ولم يسلمه إلى المشتري ثم باعه مرة ثانية وسلمه بالفعل إلى المشتري الثاني فاي المشتريين يفضل ؟

من خلال ذلك يفضل المشتري الثاني استنادا الى حيازته للمبيع كسبب من اسباب كسب الملكية بشرط ان يكون حسن النية اي غير عالم بالبيع الاول ولا يمكن ان يستند الى الشراء لكسب الملكية لان الملكية انتقلت الى المشتري الاول بمجرد العقد ولا يرتب البيع الثاني نقل الملكية لأنه صادر من غير مالك .

اي ان الملكية تنتقل الى المشتري الثاني لا من البائع فهو غير مالك بل من المشتري الاول الذي اصبح مالكا بمجرد العقد .

وعلى أية حال نرجع الى الشرط الاول فالبائع اذا لم يكن مالكا للمبيع فانه ينعقد موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي حيث نصت المادة (135/ف1) على انه " من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك " .

وعليه فاذا اجاز المالك الحقيقي للمنقول المادي البيع الحاصل انتقلت ملكيته الى المشتري وذلك اثر رجعي الى يوم الاتفاق فيصبح المشتري مالكا للمبيع من وقت ابرام العقد .

ثانيهما : ان يكون المنقول المادي معيناً بالذات

فقد نصت المادة (247) من القانون المدني العراقي على انه : " الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم " فالمنقول المعين بالذات تنتقل ملكيته بمجرد ابرام عقد البيع وذلك دون ان ننظر الى وقت التسليم او الوفاء بالثمن فلاتأثير لذلك على وقت انتقال الملكية .

ثالثهما : يجب ان يكون محل عقد البيع موجوداً أو قابلاً للوجود بوقت التعاقد

يلزم كي تنتقل الملكية المنقول المادي بمجرد ابرام العقد ان يكون هذا المنقول موجوداً فعلاً اما اذا كان المبيع غير موجود ولكنه ممكن الوجود في المستقبل فإن الملكية لاتنتقل في هذه الحالة الا من وقت تحقق المبيع .

رابعاً: ان لا يكون اتفاق على تأجيل نقل الملكية

ومما لاشك فيه ان العقد يكون بين المتعاقدين وكذلك يدخل في معنى المتعاقدين الخلف العام والخاص وهذا مانصت عليه المادة (142 / ف1) التي ذكرناها سابقاً .

فالخلف العام هو من تلقى من شخص آخر صافي ذمته المالية فالبائع المورث ينقل حقوقه الى ورثته بعد موته اما بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقد فيطبق بشأنها احكام الشريعة الاسلامية وهي تقضي بانه لا تركة الا بعد سداد الديون وعليه فالالتزام يبقى مثبتاً بالتركة حتى ينقضي دون ان ينتقل الى ذمة الوارث³⁴ .

فالقاعدة ان الخلف العام حكمه حكم المتعاقدين فتتصرف اليه آثار عقد السلف فورثت المشتري يطالبوا البائع بتسليم المبيع المنقول المادي باعتبارهم خلف عام للمشتري.

اما الخلف الخاص هو من يخلف شخص آخر السلف في مال معين كمشتري المنزل او المحل التجاري او الموهوب له او الموصي له في مال معين³⁵ .

والاصل ان الخلف الخاص يعتبر من الغير فلايتأثر بعقود سلفه ، فاذا باع أ حاسبة الى ب فان ب

المشتري يعتبر خلفا خاصا بالنسبة الى سلفه فيما يتعلق بحق الملكية ومن البديهي ليست له علاقة بعقود سلفه فهو لاشان له بها لكن العقد بين سلفه البائع الذي استلم الثمن وخلفه الخاص هو الذي ينتقل أثره الى الخلف الخاص اما العقود الاخرى التي يبرمها السلف فلا تنتقل الى الخلف الخاص وهذا مانصت عليه المادة (142/ف2) من القانون المدني العراقي على انه " اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه ". يتضح من هذه المادة قد اشترطت الانتقال للحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد والتي ابرمها البائع والمتصلة بالمبيع المنقول المادي الذي انتقلت ملكيته الى المشتري باعتباره خلف خاص ثلاث شروط : اولها ان يكون هناك خلف خاص تلقى ملكية شيء معين او حقا عينيا على شيء معين ، وثانيهما : أن يصدر من السلف عمل ارادي يرتب للغير او عليه حقا او التزاما على هذه العين واخر الشروط ان يكون العقد الصادر عن السلف سابقا على انتقال العين او الحق العيني الى الخلف ³⁶.

إن مفهوم الخلف الخاص يتحدد وفقا لمركزه و الذي قد يكون طرفا أو غيرا وعليه فإن صفة الغير

و المتعاقد تتواجد في الخلف الخاص فإذا كان طرف تطبق عليه أحكام نظرية نسبية العقد أما إذا كان غيرا فتطبق عليه أحكام نظرية النفاذ ³⁷

أن انتقال الملكية بمجرد ابرام العقد ليست قاعدة أمرة بحيث من النظام العام لايجوز مخالفتها او الاتفاق على استبعادها وتطبيقا لذلك يجوز للمتعاقدین الاتفاق على خلافها بان يجعلون الملكية تنتقل في وقت لاحق وفي هذه الحالة يصبح عقد البيع الذي هو عادة ينشأ التزامات وحقوق شخصية ينقل الملكية والحقوق العينية يصبح هذا العقد منشأ للالتزامات وحقوق شخصية فقط ولاينقل الملكية في الحال ³⁸.

الفرع الثاني

الاثار الاستثنائية (شرط الاحتفاظ بالملكية) ³⁹

من طبيعة ومقتضى عقد البيع انه ينقل ملكية المبيع المنقول المعين بالذات مباشرة ، وكمبدأ عام لايمكن اقتران الملكية بأجل وهذا ما أكدته المشرع العراقي في نص المادة (292) من القانون المدني العراقي مانصه " لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل".

ومع ذلك فإن كان انتقال الملكية من طبيعة عقد البيع فهي ليست من مستلزماته فيمكن لأطراف عقد البيع الاتفاق على تعطيل هذا الأثر مؤقتا، إذ يشترط البائع انتقال الملكية على الوفاء بالثمن ، وهو يقصد من وراء هذه العملية تحقيق ضمان خاص يمكنه من الحصول على الثمن، ويتم ذلك عبر إدراج شرط ضمن عقد البيع، وهو شرط الاحتفاظ بالملكية ⁴⁰.

الغاية من إدراج الشرط في عقد البيع المنصب على المنقول المعين بالذات ، هي محاولة لتوفير ضمان للبائع، في مقابل ما منحه من ائتمان للمشتري .

ويتجه الفقه الى على أن القواعد المتعلقة للانتقال المباشر للملكية في عقد البيع ليست من النظام العام، وليست سوى قواعد مفسرة ومكملة لذلك يجوز الاتفاق على خلافها بجعل انتقال الملكية لاحقا على إبرام العقد، عن طريق ربط حصول هذا الانتقال بشرط، أو اقترانه بأجل ⁴¹

وهذا ماجازته المادة (534 / ف1) من القانون المدني العراقي " اذا كان البيع مؤجل الثمن،

جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. " 42

ومن الملاحظ بهذا الصدد بانه يجب التفريق هنا في عقد البيع بين الحق العيني وهو حق الملكية والذي يستعصي بذاته على التأقيت فلا يجوز أن يقترن بأجل ، وبين حكم العقد بانتقال الملكية والذي يجوز أن يقترن بأجل⁴³.

ولو انتقلنا الى تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية فبعض الفقه عرفه بانه " عبارة عن اتفاق يقوم البائع بمقتضاه تأخير انتقال الملكية، إلى حين الوفاء الكامل بالثمن، من خلال توافق إرادتي البائع والمشتري على إدراج هذا البند التعاقدي داخل وثيقة البيع، الذي يخول للبائع إمكانية استرجاع البائع للمال المبيع في حالة عدم وفاء المشتري بالتزامه " 44 يتضح من هذا التعريف ان شرط الاحتفاظ بالملكية بانه شرط اتفاقي بين البائع والمشتري ويتم الاتفاق عليه في عقد البيع فيكون للبائع ان يسترد ملكية المبيع في حالة عدم وفاء المشتري بالشرط وهو الوفاء بالثمن .

وعلى أية حال يترتب على هذا الشرط انه مادام المشتري لم يوفي بكامل الثمن فلا تنتقل الي ملكية المنقول ويظل المبيع مملوكا للبائع⁴⁵.

ففي هذه الحالة ان ملكية المنقول تنتقل الى المشتري معلقة على شرط واقف ويبقى للبائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ حادث واحد هو ان يوفي المشتري بالثمن او باقساطه في الميعاد المعين ، فاذا نفذ المشتري الشرط تحقق من جانبه وتنتقل الملكية اليه بانه باثر رجعي ، وبالوقت نفسه تحقق الشرط الفاسخ فتزول الملكية عن البائع باثر رجعي⁴⁶ .

ومن خلال ذلك فالمشتري يملك المنقول تحت شرط واقف ولايمنع وقف ملكيته ان يكون قد تسلم المبيع فالذي انتقل هو حيازة المنقول اما الملكية فانقلت اليه موقوفة ولكن ذلك لايمنع من المشتري التصرف في الملكية وان كانت موقوفة . لانه يكون تصرفه ايضا معلق على شرط واقف .

مع ملاحظة ان المبيع اذا تسلمه المشتري فان تبعة هلاكه تنتقل اليه رغم بقاء المنقول في ملك البائع لان تبعة الهلاك في القانون المدني العراقي والمقارن ترتبط بالتسليم لا بانتقال الملكية⁴⁷ .

ومن الجدير بالذكر لا بد ان نذكر ان الفقه اختلفوا في طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية فقد ذهب رأي من الفقه ان هذا الشرط هو عبارة عن بيع معلق على شرط فاسخ فالبيع يكون نافذا والمشتري يكون مالكا ولكن اذا لم يتم دفع الثمن فان البائع يعود له الملك من جديد⁴⁸ .

وذهب جانب آخر من الفقه أن هذا الشرط وكيف بكونه ضمان عيني فهو رهن دون حيازة او امتياز من نوع خاص⁴⁹.

أما المشرع المصري في القانون المدني المصري فقد جعل هذا الشرط عبارة عن عقد بيع معلق على شرط واقف وحسب المادة (430) منه التي ذكرناها آنفا ، وكذلك المشرع العراقي في نص المادة (534/ف1) من القانون المدني العراقي فقد جعله معلق على شرط واقف وكذلك مانصت عليه المادة (534/ف3) بقولها " واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك ". اما فيما بموقف المشرع الفرنسي فقط انقسم على وجهتين :

الوجهة الاولى : هذه الوجهة تتعلق بقانون 12 أيار 1980 هذا القانون جعل شرط الاحتفاظ بالملكية هو شرط واقف وهذا المنحى ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية وقد سار على هذا

الاتجاه وأبتعد عن الشرط الفاسخ لهذا الشرط .

الوجهة الثانية : تتعلق بمرحلة الأمر الفرنسي 23 مارس 2006 المتعلق بالتأمينات وعليه فعند الرجوع إلى المادة 2367 من القانون المدني الفرنسي، نجد المشرع نص فيها على أنه: " يمكن الاتفاق على الاحتفاظ بملكية مال على سبيل الضمان بمقتضى شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يوقف الأثر الناقل للعقد، الى حين اداء الالتزام المقابل له تكون الملكية المحتفظ بها تابعة للحق الشخصي المضمون " فهنا من خلال هذا التوجه جعل المشرع الفرنسي هذا الشرط في عداد التأمينات العينية فهي كالضمانات ولكن هذا التوجه محل نظر

لان لو طرح تساؤل هل تنطبق خصائص التأمينات على شرط الاحتفاظ بالملكية من حيث التبعية والتخصيص والاولوية والتزام فالجواب على هذا التساؤل بالتأكيد نجد أن هذه الخصائص غير متحققة في شرط الاحتفاظ بالملكية .

وعليه فهذا الامر انعكس بدوره في موقف محكمة النقض الفرنسية فقد لعبت دورا في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، غير أن موقفها كان متردد ، حيث كانت تعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية، شرطا واقفا 50 يعطل مؤقتا انتقال الملكية للمشتري، ودون أن يغير من طبيعة عقد البيع، إلا أن المحكمة قد غيرت اتجاهها عن هذا الاتجاه ،وأخذت لنفسها موقفا آخر، من خلال اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية عبارة عن تأمين عيني 51 وقد بقت على هذا الموقف خاصة بعد تكريسه من جانب المشرع الفرنسي في الكتاب الرابع من القانون المدني الفرنسي ثم اعتبرته بعد ذلك بانه لا يؤثر على الطبيعة النهائية والتامة لعقد البيع .

المطلب الثاني

اثر انتقال ملكية المنقول المعين بالذات حيازة بالنسبة للغير

يقصد بالغير هو من لم يكن طرفا في العقد و لاخلف لأحد المتعاقدين و هو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد . كما لا يمكنه التدخل في هذا العقد⁵².

ويقول احد الفقه بانه " ان للغير مطلق الحرية في ان يتغاضى عن آثار العقد بحجة انه ليس طرفا فيه ، بل عليه ان يحترم العقد باعتباره واقعة وهو بصفته هذه له حجية بالنسبة لكل شخص ولو لم يلتزم بشيء بمقتضى هذا العقد وعليه لا يجوز المساس بأثاره و المساس بما يرتبه العقد من نتائج قانونية" 53 .

فالغير لم يعبر عن ارادته مطلقا عن العقد لكن مفهوم الغير صنفان الاول الغير النسبي المرتبط بالعقد وهو الملتزم بأثار العقد بموجب القانون والصنف الاخر الغير المطلق عن العقد وهو الذي لايسري بحقه الاثر الداخلي للعقد وانما فقط ملزم باحترام العقد باعتباره حجه عليه وهذا الاثر الخارجي للعقد 54 .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الاول الغير المرتبط بالعقد وفي الفرع الثاني سنتناول الغير المطلق عن العقد وكالاتي :-

الفرع الاول

الغير النسبي المرتبط بالعقد

هذه الطائفة من الغير كانت تدخل في عداد المتعاقدين باعتباره من الخلف ولكنه لا ينصرف إليه عقد البيع على سبيل الاستثناء .

الخلف العام كما بينا تتصرف اليه تصرفات سلفه لكن في بعض الحالات يكون فيها هذا الخلف من الغير ولا يسري بحقه اثار عقد البيع الصادر من المورث البائع لانه يغلب فيها سوء النية لدى السلف، أي قصد السلف الإضرار بالخلف فيتضرر الخلف العام بتصرفات السلف المضافة الى ما بعد الموت 55، بأن يوصي السلف بكل ماله لأجنبي أو يتواطأ معه في عقود تنطوي على محاباة. ولذلك أجاز المشرع العراقي للشخص الإيصاء بثلث ماله فإذا جاوز الثلث، كان الورثة من الغير بالنسبة للزيادة.

فقد نصت المادة (1109) من القانون المدني العراقي على انه " 1 – كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية ايّا كانت التسمية التي تعطى له. 2 – ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان او غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت "

ونصت المادة (916/ف1) من القانون المدني المصري على انه : " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيّا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف " .

وموقف المشرع المصري في قانونه المدني جاء واضحاً وصريحاً فقد نص ايضا في المادة (917) على انه " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك " .

يتضح من النصوص اعلاه أن الخلف العام يكون من الغير اذا اثبت أن البيع الذي صدر من سلفه المورث في مرض الموت وعليه تسري عليه احكام الوصية وعليه الاثبات اذا حصل نزاع في ذلك .

فهنا الخلف العام يعتبر في حكم المتعاقد وكأنما مرتبط بالعقد بصورة غير مباشرة وعد من الغير في احوال استثنائية كما ذكرنا .

اما فيما يتعلق بالخلف الخاص وهو الذي يخلف سلفه في عين معينة بالذات يكون من الغير كما بينا في حالات استثنائية فهو يعد من فصيلة المتعاقدين بشرطين حتى تنتقل اليه تصرفات السلف الشرط الاول ان تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء والشرط الثاني علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات فاذا اختل أحد هذين الشرطين لم ينفذ العقد في حقه واعتبر الخلف الخاص من الغير فان كانت الحقوق ليست من مستلزمات الشيء والالتزامات ليست من محددات الشيء فانه يعد من الغير بالنسبة لهذه الحقوق والالتزامات .

وكذلك الحال اذا كان الخلف الخاص لا يعلم بهذه الحقوق والالتزامات فانه هذه لا تسري في حقه ولا ينفذ العقد الذي ورد على بيع المنقول المادي في حقه ويعد من الغير لهذا العقد⁵⁶.

فيما يتعلق بالدائن العادي فهو ليست خلفا عاما ولا خلفا خاصا لان الخلف العام تنتقل إليه ذمة سلفه فيلتزم بما يستقر فيها من التزامات الناشئة عن تعاقد السلف مع الغير وتنتقل بعض الحقوق والالتزامات الناشئة عن تعاقد السلف الى خلفه الخاص الا ان موقف الدائن العادي يختلف كل الاختلاف عن نوعي الخلف فهو يتأثر بوجود العقد لانه حجة عليه ولكنه يعد من الغير بالنسبة لآثره الملزم اي لا يعد مدينا ولا دائنا كما هو الحال بالنسبة للخلف⁵⁷.

الفرع الثاني

الغير المطلق الاجنبي عن العقد

من الجدير بالذكر ان عقد البيع متى انعقد صحيحا فان انعقاده واقعة استجذبت في الحياة الاجتماعية وللعقد بصفته هذه يكون له حجية بالنسبة للكافة ويدخل في هذا النطاق الغير الاجانب اصلا عن العقد وكذلك من باب اولى ان للعقد حجية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين⁵⁸.

وقد يطرح تساؤل مفاده ما مدى حجية الحقوق الناشئة عن العقد بالنسبة للغير فيما يتعلق بالحقوق العينية وهو نقل ملكية المنقول المادي ؟

فلاشك في ذلك ان الحق العيني الذي ترتب على عقد البيع يحتج به قبل الكافة ولصاحب الحق العيني حق التمتع ، فكافة الناس عليها الالتزام واحترام الحق العيني الذي ترتب نتيجة عقد البيع فأثر البيع الناقل انتقل إلى الغير وهو مطلق اجنبي عن العقد من خلال احترامه والتزامه بهذا الحق العيني كونه انتقل الى المشتري وهذا الالتزام محله الامتناع عن عمل فيلتزم الكافة بالامتناع عن المساس بحق عيني لشخص ما وهذا يفسر بحد ذاته ان للعقد حجية⁵⁹.

فعلى سبيل المثال اذا اكتسب شخص ملكية منقول مادي معين بالذات بسبب عقد البيع فله ان يحتج بهذا العقد في مواجهة الغير ، وبذلك يمكنه أن يحتج بحقه في مواجهة من ينازعه الملكية ، فاذن له الحق في اقامة دعوى الاثراء بلا سبب اذا وجهت اليه بشأن هذا المنقول .

وعليه فهناك فرق بين حجية العقد وبين أثره الملزم فحقيقة الامر ان الاثر الملزم للعقد هو الاثر النسبي الذي يقتصر على المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائن ، وهذا ما يميزه عن حجية العقد فهي الاوسع نطاقا من أثره الملزم لان العقد كوسيلة يحتج به قبل الكافة .

فالغير لا يلتزمون بتنفيذ الاداءات المترتبة على العقد بل يقع عليهم الامتناع عن أي عمل من شأنه ان يعيق انتفاع المتعاقدين من اثار العقد ، فالغير لا يلتزم بالقيام بعمل او اعطاء شيء او الامتناع عن عمل ناشئ عن العقد بل يجب عليهم احترام الوضع الذي عليه المتعاقدين ومن هذا يبدو ان حجية العقد بالنسبة للغير تعد ضرورية للقوة الالزامية للعقد وعند غياب هذه الحجية يصبح العقد مهدد بالزوال .

ومع هذا فان معنى هذه الحجية لا تعطينا تصورا كاملا لحجية العقد في مواجهة الغير فالحجية لها وجه اخر مضمونها السماح للغير الاحتجاج بالعقد في مواجهة المتعاقدين .

وتطبيقا لذلك فان هناك اثار غير مباشرة يستفاد منها الغير من العقد فمثلا يستطيع الغير ان يستخلص معلومات من العقد ليقنع بها القاضي وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بقولها " اذا كان المبدأ ان الاتفاقات لا يكون لها اثر الا في مواجهة اطرافها فهذا لا يؤدي الى ان القضاء

لا يمكنهم البحث في تصرفات اجنبية عن احد الطرفين في النزاع المعروض عن معلومات يستهدون بها في قرارهم كما لا يمكنهم من اعتبار نصوص العقد منشئة لوضع قانوني واقعي في مواجهة الغير " 60 واستنادا الى ذلك فقط شرع القانون الفرنسي المادة 1200 منه والتي نصت على انه " يجوز للغير ان يتمسكوا بالعقد ليستمدوا منه دليلا على واقعة معينة "

صفوة القول أن الغير الذي لا يلزم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد فانه يفرض عليه احترام مارتب العقد من اثار قانونية وبالعكس ذلك اذا تجاوز الغير حجية العقد فانه يلزم بالتعويض لمن تضرر طبقا لاحكام المسؤولية التقصيرية .

الخاتمة:

في نهاية بحثنا الموسوم بـ (التعاقب بوصفه الاثر الناقل للعقد الوارد على المنقول المادي المعين بالذات -دراسة مقارنة) ندرج بعض النتائج والتوصيات التي استخلصت من هذا البحث وهي كالآتي :

أولاً : النتائج :

1-ان التشريعات المقارنة ومن ضمنها التشريع العراقي لم تعرف مصطلح التعاقب في الحياة ، وهذا امر طبيعي لان وضع التعاريف ليس من اختصاص المشرع وبالرجوع الى موقف الفقه العراقي والمصري والفرنسي لم نجد تعريفا لمصطلح التعاقب في الحياة وانما اشاروا اليها كألفاظ كالتداول والتناوب يمكن الاستناد اليها كتعريف للتعاقب في الحياة .

2-عرفنا ان المبيع اذا كان منقول معين بالذات أي من الاشياء القيمية فالملكية تنتقل بين المتعاقدين البائع والمشتري بمجرد انعقاد عقد البيع وبحكم القانون في التشريع العراقي والقوانين المقارنة .

3-أوضحنا قاعدة ان ملكية المنقول المادي المعين بالذات اذا انتقلت الى مشتري اخر عن طريق الحياة وليس عن طريق العقد يصبح المشتري الثاني مالكا عن طريق هذه الواقعة القانونية .

4-وجدنا ان المشرع العراقي لم يعالج مسألة الضمان في البيوع المتعاقبة الا في صورة واحدة وهي حالة الاستحقاق فقط ، اما المشرع المصري فلم يعالج ولو بنص واحد اي صورة من صور الضمان .

6- عرفنا أن مفهوم الغير يكون بصنفين الاول :الغير النسبي المرتبط بالعقد وهو الملزم بآثار العقد بموجب القانون والصنف الاخر الغير المطلق الاجنبي عن العقد وهو الذي لا يسري بحقه الاثر الداخلي للعقد وانما فقط ملزم باحترام العقد باعتباره حجه عليه وهذا الاثر الخارجي للعقد.

5-بيننا ان هناك تمييز بين حجية العقد وبين أثره الملزم فحقيقة الامر ان الاثر الملزم للعقد هو الاثر النسبي الذي يقتصر على المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائن ، وهذا ما يميزه عن حجية العقد فهي الاوسع نطاقا من أثره الملزم لان العقد كوسيلة يحتج به قبل الكافة .

ثانياً: التوصيات :

1-نقترح على المشرع العراقي تشريع نصوص صريحة في القانون المدني موضوع التعاقب في حياة المنقول المادي المعين بالذات وذلك كونه اصبح ضمان عيني ذات اهمية اقتصادية كما هو الحال العقار وكما ان المنقول ينتقل بسرعة حياة من يد الى أخرى وقد يفقد الحائز ملكيتها .

2-نقترح على المشرع العراقي تنظيم شرط الاحتفاظ بملكية المبيع بشكل واضح وصريح لأنه يعد استثناء على نقل الملكية المباشر الى المشتري .

3-نوصي المشرع العراقي بأن يعالج مسألة التعاقب في البيوع المتعاقبة بنصوص تشريعية خاصة ، لأهمية ذلك خصوصاً في ظل تطور حياتنا الاقتصادية المعاصرة التي تحتاج الى سرعة انجاز المعاملات ، فضلاً عن سرعة انتقال المبيع المنقول المادي المعين بالذات من يد الى أخرى فيترتب على ذلك اثار قانونية يجب ان تعالج بنصوص تشريعية خاصة تحدد حقوق والتزامات البائع والمشتري في البيوع المتعاقبة .

4-نقترح على المشرع العراقي النص على تحقق مسؤولية البائع حينما يقوم بنقل ملكية المنقول المادي المعين بالذات تعاقباً من مشتري الى آخر لأنه قد يترتب ضرر يستوجب التعويض .

الهوامش

- ¹ محمد امين الروابدة ، التعاقب في اللغة العربية ، بدون مكان طبع ، 2009 ، ص9-14
- ² د. يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية -دراسة تحليلية مقارنة - مصر ، دار الكتب القانونية ، بلا سنة طبع ، ص216-217
- ³ د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1، مطبعة السنهوري ، بغداد ، 2012 ، ص199
- ⁴ د. احمد السعيد الزقرد ، حق الملكية ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، بلا سنة طبع ، ص191 .
- ⁵ د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي - مصادر الالتزام - ط1 ، بلا مكان طبع ، 1996 ، ص 374 ، د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الايجار - المقولة) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص117.
- ⁶ د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص194 وما بعده .
- ⁷ القاضي لفته هامل العجيلي ، احكام دعاوى حماية الحيابة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2015 ، ص30 ،
- ⁸ محمد احمد محمود النمر ، الحماية الوقتية للحيابة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 55
- ⁹ د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص210
- ¹⁰ لفته هامل العجيلي ، مرجع سابق ، ص31 وما بعدها .
- ¹¹ محمد احمد محمود ، مرجع سابق ، ص63 .
- ¹² د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص198 .
- ¹³ د. محمد احمد محمود النمر ، مرجع سابق ، ص63 .
- ¹⁴ نصت المادة (1146) من القانون المدني العراقي " اذا اقترنت الحيابة باكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس فلا يكون لها اثر تجاه من وقع عليه الاكراه او خفيت عنه الحيابة او التبس عليه امرها ، الا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب ، ونصت المادة (949) اذا اقترنت الحيابة باكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس فلا يكون لها اثر تجاه من وقع عليه الاكراه او خفيت عنه الحيابة او التبس عليه امرها ، الا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"
- ¹⁵ د. انور سلطان ، العقود المسماة (البيع - والمقايضة) ، ط2 ، مطبعة دار نشر الثقافة ، بلا مكان طبع ، 1953 ، ص184 وما بعدها .
- ¹⁶ وجددير بالذكر يذهب جانب من الفقه العراقي الى بطلان البيع الثاني وعدم جعله موقوفاً على اجازة المشتري الاول د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة) ، ج3 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص124
- ¹⁷ تقابلها نص المادة 976 /ف1 من القانون المدني المصري والمادة 2279 من القانون المدني الفرنسي .
- ¹⁸ نصت المادة (1/466) من القانون المدني المصري ما نصه : " 1- اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري ان يطلب ابطال البيع " ، ونصت المادة (1/467) منه على ان : " اذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري ، وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري اذا ألت

- ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد " ، ونصت المادة (468) ما نصه : " اذا حكم للمشتري ببطلان البيع وكان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع فله ان يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " ¹⁹د. راقية عبد الجبار علي ، عقد البيع ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2017 ، ص 124 وما بعدها .
- ²⁰د. احمد عبد العال ابو قرين ، عقد البيع ، ط3 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006 ، ص239 .
- ²¹يقصد بالسبب الصحيح : أي تصرف قانوني صادر من غير صاحب الحق يكون من شأنه نقل الحق لو انه كان صادر من صاحبه الحقيقي ، اما حسن النية يقصد به : ان يعتقد الحائز بأنه يتلقى الحق على المنقول ممن يملك التصرف فيه شريطة ان لا يبني اعتقاده على خطأ جسيم ، د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص224 و226 .
- ²²د. رمضان ابو السعود ، شرح العقود المسماة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2012 ، ص 266 .
- ²³د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية ، 1997 ، ص394 .
- ²⁴عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، ط1 ، مطبعة اليرموك ، 1974 ، ص199 .
- ²⁵د. اسعد دياب ، العقود المسماة ، ج1 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص136 .
- ²⁶من الجدير بالذكر ان للأثر المسقط تطبيقات كثيرة منها ما ورد في المادة (1376) من القانون المدني العراقي والتي جاء النص فيها : " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له حق امتياز على البيع ويبقى حق الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاته ، وهذا دون الاخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالقضايا التجارية " ، كذلك نصت المادة (1364) من القانون نفسه ما نصه : " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية " ²⁷ نصت المادة 142 من القانون المدني العراقي على انه " 1 – ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام " تقابلها نص المادة 154 من القانون المدني المصري والمادة 11
- ²⁸د.محمد حسين منصور – شرح العقود المسماة – ط1- منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت-2010-ص59
- ²⁹ وعرفت المادة (62/ 2) ف2 من القانون المدني العراقي المنقول بقولها على انه " – والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة
- ³⁰د.طارق عجیل – المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي –ج2- آثار العقد – منشورات زين الحقوقية – بيروت- 2013- ص65 .
- ³¹ طارق عجیل –المرجع السابق- ص68 .
- ³² وهذا مانصت عليه المادة (1163) من القانون المدني العراقي المادة 1163 " 1 – من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد " ³³ وعند ذلك فاذا كان الحق المبيع من الحقوق الواردة على أشياء مادية فانه يرجع الى القوانين الخاصة التي تنظمها لمعرفة طريقة انتقالها فمثلاً يشترط لنقل حق المؤلف أن يكون التصرف مكتوباً وبالنسبة لحقوق المخترعين يلزم لحجية التصرف على الغير التأشير به في سجل الرسوم والنماذج الصناعية -د.محمد حسين منصور- المرجع السابق- ص 60 هامش رقم 2
- ³⁴ د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – ج1- في مصادر الالتزام- المكتبة القانونية –بغداد- بدون سنة نشر- ص130
- ³⁵ د.منذر الفضل – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني – دراسة مقارنة –ج1- مصادر الالتزام –ط1- 1991- ص220 ود.محمد حسني عباس – المرجع السابق- ص225 .
- ³⁶ د.حسن علي الذنون –النظرية العامة للالتزام –ج1- مصادر الالتزام – بدون سنة نشر- ص220
- ³⁷ ايمان خليل -الخلف بين الطرفية و الغيرية –بحث منشور في مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية –تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحيى فا رس بالمديه -العدد الثالث ديسمبر 2017 – ص229.
- ³⁸ د.طارق عجیل –المرجع السابق- ص72 .
- 39 ينظر نص المادة (534) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " 1 – اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. 2 – فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً، جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الاقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية. 3 – واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك " .

40 وجدير بالذكر ان هناك فرق بين شرط الاحتفاظ بالملكية وبين شرط المنع من التصرف أن البائع افي شرط الاحتفاظ بالملكية يكون بمركز اقوى من البائع الذي يشترط المنع من التصرف على المشتري في الشيء محل عقد البيع، فالمشتري في حالة شرط المنع من التصرف يكون له سلطات المالك من حيث الانتفاع والاستغلال بالشيء محل عقد المبيع من دون سلطة التصرف، في حين لايمكن ان يكون للمشتري في حالة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية اي من سلطات حق الملكية – اشارت الى ذلك عيبر صالح مهدي البناء – تعدي الغرض من العقد – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة كربلاء -2020-ص102 .

41 توفيق حسن فرج- عقد البيع و المقايضة - مطبعة النجاح مؤسسة الثقافة الجامعة - 1985، ص188
42 تقابلها نص المادة (430 / ف1 من القانون المدني المصري والتي نصت على انه " (إذا أن البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقفاً على استيفاء الثمن آله ولو تم تسليم المبيع." اما المشرع الفرنسي فقد اصدر قانون في 12 / 5 / 1980 ونص على شرط بموجبه لا تنتقل الملكية حتى يدفع الثمن بأكمله وجعل هذا الشرط حجة على دائني المشتري المفلس " ومن هذا يتضح ان المشرع الفرنسي جعل هذا الشرط واقف هو الدفع الكامل لإقسط الثمن . وقد نظم المشرع الفرنسي هذا الشرط في عدة قوانين .
43 هادي حسين الكعبي ، احتفاظ البائع بملكية المبيع – دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، 2010 ، ص 19 .

44 محمد ابو هاشم -الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المغربي و المقارن – العدد الاول – المجلد الاول -2020-ص90 .

45 محمد لبيب شنب –شرح احكام عقد البيع – ط1-مكتبة الوفاء القانونية – الاسكندرية -2015 – ص128 .
46 د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرط القانون المدني الجديد –العقود التي تقع على الملكية – البيع والمقايضة – ج4- ط3- مطبعة نهضة مصر -2011- ص173 و174
47 وهذا ما نصت عليه المادة (547) من القانون المدني العراقي والمادة (437) من القانون المدني المصري والمادة 1182 من القانون المدني الفرنسي .
48 د. طارق عجيل –المرجع السابق-ص74
49 د. صبري حمد خاطر – الاحتفاظ بالملكية دراسة تأصيلية في عقد البيع – بحث منشور في مجلة جامعة النهريين للحقوق – المجلد 4- العدد 5 – 2000 -ص91 وما بعدها .
50 571 :P 300,D 1980 ,Cass.Civ.20 nov 1979 Bill.Civ.n 300,D 1980 ,P 571 . نقلا من محمد ابو هاشم- المرجع السابق- ص 98 هامش 46 .

51 Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du 9 mai 1995 51 . نقلا من محمد ابو هاشم- المرجع السابق- ص 98 هامش 47 .
52 مصطفى مجدي هرجة - العقد المدني ، أركانه ، آثاره ، بطلانه، دار محمود للنشر و التوزيع- 2002 - ص 479 .

53 د. محمد حسني عباس – العقد والارادة المنفردة –مكتبة النهضة العربية – القاهرة -1959-ص222 .
54 د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبد الوهاب - المفهوم الحديث للطرف في العقد – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية – جامعة بغداد –المجلد 2017 – العدد 2 –ص11 .

55 د. جابر محجوب علي –المرجع السابق-ص58.
56 56 Civ 3e -21mars 1972.bull . نقلا من د. جابر محجوب علي- المرجع السابق- ص 59 هامش رقم (1)

57 جابر محجوب علي - اثر العقد فيما بين طرفيه وبالنسبة للغير (العقد بين مبدأ النسبية وقاعدة الحجية) دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد –ملحق العدد 95 – ص35.
58 د.. عبد المجيد الحكيم –الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الاول في مصادر الالتزام- المكتبة القانونية – 2007 – ص337 .

59 د. صبري حمد خاطر – المرجع السابق-ص144.

60 د. محمد حسني عباس –المرجع السابق-ص228 .

المراجع

القران الكريم

اولا / المراجع القانونية :

أ- الكتب :

- 1- د. احمد السعيد الزقرد ، حق الملكية ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، بلا سنة طبع .
- 2- د. انور سلطان ، العقود المسماة (البيع – والمقايضة) ، ط2 ، مطبعة دار نشر الثقافة ، بلا مكان طبع ، 1953 .
- 3- د. احمد عبد العال ابو قرين ، عقد البيع ، ط3 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006 .
- 4- د. اسعد دياب ، العقود المسماة ، ج1 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2007 .
- 5- د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية ، 1997.
- 6- د. توفيق حسن فرج- عقد البيع و المقايضة - مطبعة النجاح مؤسسة الثقافة الجامعة – 1985 .
- 7- د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الايجار- المقولة) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- 8- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة) ، ج3 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- 9- د. حسن علي الذنون –النظرية العامة للالتزام –ج1- مصادر الالتزام – بدون سنة نشر.
- 10- د. راقية عبد الجبار علي ، عقد البيع ، مكتبة السهوري ، بيروت ، 2017.
- 11- د. رمضان ابو السعود ، شرح العقود المسماة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2012 .
- 12- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – ج1- في مصادر الالتزام- المكتبة القانونية –بغداد- بدون سنة نشر.
- 13- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، ط1 ، مطبعة اليرموك ، 1974 .
- 14- د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرط القانون المدني الجديد –العقود التي تقع على الملكية – البيع والمقايضة – ج4- ط3- مطبعة نهضة مصر- 2011.
- 15- د. عبد المجيد الحكيم –الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الاول في مصادر الالتزام- المكتبة القانونية – 2007 .
- 16- القاضي لفته هامل العجيلي ، احكام دعاوى حماية الحياة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2015 .
- 17- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1، مطبعة السهوري ، بغداد ، 2012 .
- 18- د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي – مصادر الالتزام – ط1 ، بلا مكان طبع ، 1996 .
- 19- محمد احمد محمود النمر ، الحماية الوقفية للحياة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .
- 20- د. محمد حسين منصور – شرح العقود المسماة –ط1- منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت-2010.
- 21- د. طارق عجيل – المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي –ج2- آثار العقد – منشورات زين الحقوقية
- 22- د. منذر الفضل – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني – دراسة مقارنة –ج1- مصادر الالتزام – ط1- 1991- ص220
- 23- د. محمد لبيب شنب –شرح احكام عقد البيع – ط1-مكتبة الوفاء القانونية – الاسكندرية - 2015 .

- 24- د. محمد ابو هاشم - الطبعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المغربي و المقارن - العدد الاول - المجلد الاول - 2020 .
- 25- مصطفى مجدي هرجة - العقد المدني ، أركانه ، آثاره ، بطلانه، دار محمود للنشر و التوزيع- 2002 .
- 26- د. محمد حسني عباس - العقد والارادة المنفردة - مكتبة النهضة العربية - القاهرة - 1959 .
- 27- د. هادي حسين الكعبي ، احتفاظ البائع بملكية المبيع - دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ، 2010 .

ب / البحوث :

- 1- ايمن خليل -الخلف بين الطرفية و الغيرية - بحث منشور في مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدينة -العدد الثالث ، ديسمبر 2017 .
- 2- د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبد الوهاب - المفهوم الحديث للطرف في العقد - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد -المجلد 2017 - العدد 2
- 3- جابر محجوب علي - اثر العقد فيما بين طرفيه وبالنسبة للغير (العقد بين مبدأ النسبية وقاعدة الحجية) دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد -ملحق العدد 95.
- 4- د. صبري حمد خاطر - الاحتفاظ بالملكية دراسة تأصيلية في عقد البيع - بحث منشور في مجلة جامعة النهريين للحقوق - المجلد 4- العدد 5 - 2000 .
- 5- يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية -دراسة تحليلية مقارنة - مصر ، دار الكتب القانونية ، بلا سنة طبع .

ج / الرسائل والاطاريح الجامعية :

- 1-حميدة محمد عبد الرزاق ، التعاقد من الباطن - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، 2015 .
- 2-شامل ابراهيم ماجد ، ضمان البيوع المتعاقبة -رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، 2014 .
- 3-عبير صالح مهدي البناء - تعدي الغرض من العقد -رسالة ماجستير -كلية القانون -جامعة كربلاء - 2020.
- 4- محمد علي الشافعي ، النطاق الشخصي للعقد ، -دراسة مقارنة- اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 2011 .

هـ / القوانين

- 1-القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1803
- 2-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
- 3-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

