

عيوب تسجيل بيع ملك الغير (دراسة مقارنة)

. عماو صالح (الحمام

مدرس القانون الخاص في كلية (الإسراء) الجامعة

ملخص البحث

أن البيع من أهم العقود وأقدامها وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، ونظراً لشيوعها في التعادل بين أفراد المجتمع الأمر الذي جعله يحظى باهتمام ورعاية القانونيين والفقهاء بهدف حماية المالك حماية شاملة يمنع الغير من الاعتداء علي ملكه ، حيث أن مالك الشيء وحده له حق الصرف في ملكه، ولكن قد يحدث أحياناً أن يصدر التصرف من غير المالك لذلك فإن بيع ملك الغير يعتبر من أهم موضوعات هذا العقد لكثرة وقوعه وتعدد صورة كقيام الزوج ببيع أملاك الغائبين من قبل الحاضرين، وبيع أملاك الدولة وبيع الوارث العين المفترزة في التركة قبل القسمة ثم أتضح عند أجزاء القسمة عدم وقوع العين المباعة في حصته الأسئلة علي بيع ملك الغير متناهية وإن التشريعات ليست موحدة في وقفها من التأهيل القانوني لبيع ملك الغير والآثار القانونية المترتبة عليه إذا ما وقع فبالرغم في الاتفاق علي بطلان بيع ملك الغير فقد رتبت بعض التشريعات أثراً لهذا البيع بما حدث بجانب من الفقه إلي محاولة تأصيل هذا البطلان واتجه البعض الآخر نحوهما جملة النصوص التشريعية واقتراح استبدالها بجزاءات مدنية أخرى غير البطلان.

Research Summary

That the sale of the most important contracts and feet and the most common in the working life, and because of the prevalence in the parity between the members of the community, which made him the attention and care of legal and jurists in order to protect the owner comprehensive protection prevents others from attacking his property, as the owner of the thing alone has the right to exchange in his property, The sale of the property of the third party is considered one of the most important topics of this contract for its frequent occurrence and multiplicity of images such as the sale of absentee property by those present, the sale of state property and the sale of the heir to the eye that is part of the estate before the

division, Not falling In the case of sale in the share of the questions on the sale of the king of infinity, and the legislation is not uniform in stopping the legal qualification to sell the property of others and the legal implications of it if it occurred despite the agreement on the invalidity of the sale of the property of others, some legislation arranged the effects of this sale, An attempt to root out this invalidity and some of them went towards the other legislative texts and proposed to replace them with civil penalties other than invalidity.

مقدمة:

إن البيع من أهم العقود وأقدمها وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، ونظراً لشيوعها في التداول بين أفراد المجتمع وتأثيره على التعايش السلمي في المجتمع الأمر الذي جعله يحظى بإهتمام ورعاية القانونيين والفهاء بهدف حماية المالك حماية شاملة يمنع الغير من الإعتداء علي ملكه ، حيث أن مالك الشيء وحده له حق الصرف في ملكه، ولكن قد يحدث أحياناً أن يصدر التصرف من غير المالك لذلك فإن بيع ملك الغير يعد من أهم موضوعات هذا العقد لكثرة وقوعه وتعدد صورة كقيام الزوج ببيع أملاك الغائبين من قبل الحاضرين، وبيع أملاك الدولة وبيع الوارث العين المفززه في التركة قبل القسمة ثم اتضح عند أجزاء القسمة عدم وقوع العين المبيعة في حصته الأسئلة على بيع ملك الغير متناهية وإن التشريعات ليست موحدة في وقفها من التأهيل القانوني لبيع ملك الغير والآثار القانونية المترتبة عليه إذا ما وقع على الرغم من الإتفاق على بطلان بيع ملك الغير فقد رتبت بعض التشريعات أثراً لهذا البيع بما حدث بجانب من الفقه إلى محاولة تأصيل هذا البطلان واتجه البعض الآخر نحوهما جملة النصوص التشريعية واقترح استبدالها بجزاءات مدنية أخرى غير البطلان.

مشكلة البحث:

يمكن القول أن مشكلة البحث تتمحور حول نقطة أساسية هي ايجاد حلول لمشكلة بيع الشخص لملك الغير وكيفية ايجاد حلول تحمي المالك الاصلي والطرف المتضرر من هذا العقد.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كونه يتناول موضوعاً قل ما تم الإهتمام به من قبل المختصين في مجال التشريع خاصة المشرع العراقي نظراً لقلة الاحكام القضائية المتعلقة بهذه النقطة رغم كثرة الحالات التي يواجهها المجتمع في هذه الظاهرة وانتشارها في العصر الحديث.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى توضيح العديد من المسائل التي سوف نتناولها ولعل أهم هذه المسائل هي ايجاد حلول مناسبة للقضاء على هذه الظاهرة ونشر الثقافة القانونية لعدم وقوع بعض الناس في هذا الامر ووضع الحلول المناسبة للمعالجة والوقاية.

منهجية البحث:

في كتابة هذا البحث أعتمدنا على المنهج التحليلي وكان الهدف منه تحليل النصوص والأحكام القضائية التي وردت في القانون المدني وأحكام القضاء.

هيكلة البحث:

قسمنا هذا البحث إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف بيع ملك الغير

المبحث الثاني: أثر التسجيل على بيع ملك الغير

المبحث الأول: تعريف بيع ملك الغير

إن بيع ملك الغير هو أظهر صورة تصرف من غير ذي الصفة إذا أن التصرف يجب أن يصدر من صاحب الحق أو السند له أو من نائب صحيح وإلا كان التصرف غير منتج لأثره القانوني لأنه غير نافذ قبل صاحب الحق أو السند له، ويعد بيع ملك الغير هو أوضح صور عدم النفاذ لإنعدام صفة المتصرف^(١)، ومن هنا بحثنا فيما يأتي بيان مضمون بيع ملك الغير وتحديد ما يدخل في نطاق هذا النوع من البيوع وما يخرج عن نطاقه.

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير

المتفق عليه أن الإنسان حر في التصرف فيما يملك، وعلي الغير احترام هذه الحرية، ومن القواعد المتفق عليها أن فاقد الشيء لا يعطيه، وحتى يقع البيع صحيحاً يجب أن يكون البائع مالكا للمبيع وإلا وقعنا في مشكلة بيع ملك الغير.

قبل أن نبحت في تعريف بيع ملك الغير لابد من الوقف قليلاً على الأصل التاريخ لهذا النوع من البيع والذي يمثل القانون الروماني أساس عقد البيع لديهم لم يكن يرتب إلا التزامات شخصية تتمثل في ضمان حيازة الشيء المبيع حياز هادئة^(٢)، لم يكن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية كما هو الحال اليوم بل أن الاستثناء وجود مثل هذا الشرط^(٣)، وقد تظهر الشككية في العقد بقيام البائع بالإشهاد أو الدعوى الصورية عند نقل الأموال النفيسة والتي من بينها العقارات، والتسليم بالنسبة للأموال غير النفيسة، فادراج

(١) عزت منوره ، سلطة القاضي في نص وتعديل المعاملات ، سنة ١٩٩٤ ، بدون درا نشر ، ص ١٥٠ .
التصرف : عمل قانوني نتجه به إرادة المتصرف إلى إحداث أثر قانوني ، ومن ثم يجب أن يكون التصرف صادر من شخص يخوله القانون إحداث هذا الأثر سواء كان ترتيب الحق أو إنشاء التزام ولذلك يجب أن يكون المتصرف هو صاحب الحق محل التصرف وصاحب السلطة التي تشغل به أو في الأقل يصدر التصرف عنه وبأسمه بوساطة عينيه عنه (بالوكالة) أو ينييه عنه القاضي (كالوصي والوكيل عن الغائب والسنديك) أو من ينييه القانون (كالوصي والولي في البيوع).

عزت منورة، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٢) كميح حورية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير ، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة ١٩٨٣، ص ١٤.

(٣) غسان رياح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت سنة ٢٠٠٧، ص ١٥٠.

شرط نقل الملكية في العقد لا يغير من الأصل وهو نقل الحيازة الهادئة للمشتري^(١) ، فما دام البائع يمكنه أن يضمن للمشتري أستغلال الشئ المبيع إستغلالا كاملا لا ينغصه أحد لا ضرر في التعامل به سواء أكان ملكاً له أو لغيره.

أما بالنسبة للفقهاء الأسلامي يبحث فقهاء المسلمون بيع ملك الغير تحت عنوان الفضولي^(٢) والذي يعني في اللغة الفضل أي الزيادة وجمعه فضول^(٣) ، وهو من يشتغل بما لا يعنيه، فهو تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع ، وبائع ملك الغير يعد فضولياً^(٤) ، والفضولي هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له فكان تصرفه هذا من بيع ما لا يملك، كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعي من المالك وكمن يشتري شيئاً لغيره لم يוכלه في شراؤه وليس له ولاية الشراء وكمن يؤجر ملك غيره^(٥). وقد ورد لدى فقهاء المسلمين لفظ الفضولي ، ومن ذلك قول الحنابلة : " من يشتري أو يبيع بدلا عن شخص معين لم يأذن له ^(٦) ، وعند بعض الإمامية " من يتولى العقد بدون إذن لا من المالك أو الوكيل ولا من الشارح كالولي " ^(٧) ، وذهب الحنفية إلى أن الفضولي هو: من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي^(٨) ، أما المالكية فالفضول عندهم هو: من يتصرف في شؤون غيره من دون أن يكون له ولاية إصداره^(٩) ، وكذلك شراء شئ لشخص بغير إذنه، وعليه فإن من يبيع ملك الغير دون إذن شرعي - عند فقهاء المسلمين- يركز على مسألة التصرف في حق الغير بدون إذن شرعي ولا ولاية التصرف.

ولا يعد فضولياً من يتصرف في شؤون غيره بتفويض مشروع ، وإنما يعد نائباً عنه، وهذه النيابة تختلف باختلاف نوع التصرف فقد تكون نيابة شرعية كولاية الأب أو الجد على الصغير، أو نيابة قضائية، كولاية الولي المنصب من قبل القاضي على الصغير

(1) Michel Villey, le droit romain (son actualité) Nevieme edition Imprimerie des presses Universitaires de France. November 1993, p86.

^(٢) زين العابدين بن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، بدون سنة النشر ، بدون دار نشر ، القاهرة ، ص ١٣٠.

^(٣) أيمن محمد حسين ، بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا، سنة ٢٠٠٦، ص ١٨.

^(٤) د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دمشق دار القلم، سنة ٢٠٠٤، ص ٥٠٣.

^(٥) زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي (دراسة مقارنة في الفقهاء الإسلاميين والقانون الوضعي) رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير لكلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، سنة ٢٠١٤، ص ١٤.

^(٦) عبدالله بن قدامة المقدسي أبو محمد ، المغني ، الجزء الرابع ، الطبعة الثالثة، مطبعة المنار ، سنة ١٣٦٧هـ، ص ٥٦.

^(٧) عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقهاء الإسلاميين، مطبعة الآداب العراق، سنة ١٩٧٩، ص ٤٨.

^(٨) كمال الدين ابن الهمام السواسي ، مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب فتح القدير شرح الهداية، الجزء الخامس، طبعة أولى سنة ١٨٩٩، مطبعة الأميرية القاهرة، ص ٣٠٩.

^(٩) أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة ٢٠٠٠، ص ٧٦.

والمجنون والمعتوه، أو نيابة عقدية كالوكيل، فمن لم يكن أمام حالة من هذه الحالات عد فضولياً^(١).

وبالعوة للقوانين الوطنية نجد القانون المدني المصري لم يعرف بيع ملك الغير تاركاً الأمر لاجتهاد القضاء، ولكن نصت المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري على تنظيم بيع ملك الغير بأنه (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب أبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي العقار، سجل العقد أولم يسجل)^(٢)، يعبر هذا النص في عمومته، وبمضمونه المخالفة، عن وجوب إمتلاك البائع للأشياء التي يبيعهها كما يوضح النص نفسه صرامة الشروط الواجب توافرها لعد العقد بيعاً لملك الغير وهو عدم ملكية البائع للشيء المعين بالذات فضلاً عن انعدام ملكية المشتري له، كما يؤكد المشرع على أن تسجيل العقد لا يؤثر على طبيعة البيع الذي يرد على العقارات المملوكة للغير.

إلا أن المشرع العراقي لم ينص على تنظيم بيع ملك الغير بوصفه نوعاً خاصاً من أنواع البيوع كم فعل المشرع المصري، وإنما أشار إليه في النظرية العامة للالتزام عند كلامه عن العقد الموقوف مكتفياً بأحكام القواعد المقررة بصدد بيع الفضولي^(٣) لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية فجعل بيع ملك الغير عقداً صحيحاً ولكنه موقوف على إجازة المالك الأصلي فهو عقد صحيح لكنه غير نافذ^(٤).

فنصت المادة (١٣٥) في القانون المدني العراقي على أنه:

١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه أنعد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك.

(١) رحمان يوسف، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير بالحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد الجزائر، سنة ٢٠١٢، ص ٢١.

(٢) د. يحيى عبد الوجود، دراسة في العقود المسماة "البيع والتأمين"، القاهرة، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨، ص ١٧٣.

(٣) أن معنى الفضالة في الفقه الإسلامي تختلف عن الفضالة في القانون الوضعي فلا يقصد بالفضولي هنا الشخص الذي يقوم بعمل ضروري عاجل لمصلحة رب العمل تفضلاً منه، إذ الفضالة هنا مصدر من مصادر الالتزام باعتبارها تطبيقاً لنظرية الكسب بدون سبب ويشترط لتحقيقها عدة شروط هي:

١- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر يسمى رب العمل.
٢- أن يقصد الفضولي من قيامه بذلك تحقيق مصلحة رب العمل.
٣- ألا يكون الفضولي فيما يتعلق بذلك العمل ملتزم به ولا منهياً عنه.
د. محمد ليبب شنب، مصادر الالتزام، طبعة سنة ١٩٧٧، بدون دار نشر ص ٤٥٧-٤٦١.

وجه الشبه بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في ماهية الفضولي والذي يقصد به الشخص الذي يتصرف في ملك غيره بدون أن من تصرفاً قولياً أو فعلياً، وهو مايقابل العمل المادي والتصرف القانوني في الفقه الوضعي، أما مفهوم الفضالة في القانون فهي أن يقوم الفضولي بعمل عاجل وضروري لرب العمل تفضلاً منه بلا ولاية، أو وكالة، أو وصاية، بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يشترط ذلك، وتفترض أن الفضولي حين قيامه بعمل من أعمال الفضالة أن يقوم به على سبيل التبرع والإحتساب ابتغاء مرضاة الله عز وجل، فمفهوم الفضالة أعم من بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي فهو صورة من صورها.

د. إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص ١٩.

(١) د. جعفر جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان سنة ٢٠١٣، ص ٢٤٤.

- ٢- فإذا أجازته المالك تعتبر الإجازة توكيلاً وبطالب الفضولي بالبدل إذا كان قد قبضه من العاقد الآخر.
- ٣- إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالمًا أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.
- ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه تملك في يده تعد منه فللمالك أن يضمن فيمنحها أيها شاء فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر.

وكذلك نصت المادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي على أنه :

- ١- إجازة العقد الموثوق تكون صراحة أو دلالة وتسند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقد أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة .
- ٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً، ويبدأ سريان المدة إذا سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا النقص أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية علي المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد.
- مما سبق أعلاه نلاحظ أن المشرع العراقي لم يعرف بيع ملك الغير وإنما اكتفا بالنص على أن بيع ملك الغير ينعقد في القانون العراقي موقوفاً على إجازة المالك الأصلي الذي يكون له إن يجيزه أو ينقضه ويجب أستعمال هذا الخيار خلال ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ علمه بصدور العقد عن الفضولي فإن لم ينقض العقد خلال هذه المدة اعتبر سكوته إجازة وكان البيع نافذاً في حقه وإذا أجاز المالك البيع أعتبرت إجازته توكيلاً لأن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة وعندئذ يعتبر من تعاقد مع الفضولي مالكا للشيء لا من وقت الإجازة وإنما من الوقت الذي تم فيه العقد بينه وبين الفضولي^(١) أما إذا نقض المالك العقد، فيعتبر العقد باطلاً لا من تاريخ النقص وإنما من تاريخ ابرامه لأن حكم العقد الموقوف بعد نقضه هو نفس حكم العقد الذي نشأ باطلاً، وبما أن العقد الباطل لم ينعقد اصلاً، فيجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيجب على الفضولي رد البدل (الثلث) إلى من تعاقد معه ويجب على هذا الأخير أن يرد المبيع إلى مالكة، هذا إذا لم يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

(١) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة الجزء الاول عقدية البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني بغداد، سنة ١٩٧٤، ص ١٩٤.

كما نص القانون المدني الفرنسي في المادة ١٥٩٩ على أن بيع ملك الغير باطل وأن للمشتري في هذه الحالة الحق في التعويض متى كان الجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع.

فاقتصرنا المادة على تقرير البطلان وذكر حق المشتري في التعويض، دون أن تبين ماهية البطلان أو ما يمكن أن يترتب على العقد من آثار، فاجتهدت المحاكم في سد هذا النقص، وأوجدت حلولاً لكثير من المسائل التي تعرض عليها بشأن بيع ملك الغير، فقررت أن هذا البيع يكون باطلاً في حق المالك إلا إذا أقره، وللمشتري وحده دون غيره الحق في الأبطال^(١).

أما بعض الفقه القانوني فيرى أن المقصود ببيع ملك الغير هو أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات ولا يكون مملوكاً لأحد الطرفين^(٢)، أو هو ذلك البيع الذي يكون محله شئ معين بالذات غير مملوك للبائع^(٣)، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه يبيع الشخص لشئ معين بالذات للغير، دون وجه حق أي أن لا يكون البائع وكيلاً عن المالك^(٤).

إذا بيع ملك الغير يتمثل في التصرف القانوني الذي يرمي إلى إبرام عقد البيع لشئ أو عدة أشياء مملوكة لشخص أو عدة أشخاص دون علمهم ودون رضاهم، ويكون هذا البيع لملك معين ومحدد، أو بمعنى آخر هو سلب سلطة التصرف من المالك الحقيقي من طرف شخص آخر ليست له الصفة ولا سلطة التصرف في هذا المال، ويقوم مقام المالك ويكون البيع لأمالك محددة دون علم الأخير بهذا العمل ودون إذن منه^(٥).

المبحث الثاني: أثر التسجيل على بيع ملك الغير

أن عقود البيع التي ترد على عقار أو بعض المنقولات كالسيارات تحتاج إلى شكلية معينة لأنتقال الملكية فيه للمشتري في مواجهة المتعاقدين أو الغير، وأن شكلية التسجيل التي حددها القانون لا تؤثر على طبيعة عقد البيع الذي يعد من العقود الرضائية التي تنقل الملكية فيه بالحال، هذا وقد اختلفت القوانين العربية في أحكامها على هذا الموضوع تبعاً لما تأثرت به من قوانين غربية أو شريعة إسلامية في طبيعة عقد البيع، كذلك سوف نبحث أثر هذه الشكلية على بيع ملك الغير بوصفه أحد أنواع عقود البيع الخاصة ومحل دراستنا.

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الثالث، بدون دار نشر، سنة ١٩٩٠، ص ٦٩٦.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، طبعة سنة ٢٠٠٩، ص ٢٧١.

(٣) د. رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، طبعة الثالثة، سنة ١٩٩٧ مكتبة الألفي القانونية المنيا مصر، ص ١١.

(٤) د. عبد الرحمن جمعة الحلالشة، بيع ملك الغير دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر الأردن، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨، ص ٧٧.

(1) Francois CollartDutilleul et Philippe Delebecque, contrats civils et commerciaux, 3eme editions, dalloz -1996.p94.

المطلب الأول: رضائية عقد البيع

لقد نظم القانون المدني المصري أحكام نقل الملكية في العقود التي أشتراط فيها شكلية التسجيل والمتمثلة في العقود الواردة على عقار، والتي نظمها المادة (٢٠٤) الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل^(١). والمادة: (932) تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية.

المادة: (934) في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

٢- ويبيّن قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر^(٢).

وبالرجوع إلى قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ نجد أن المادة ١٩ نصت على أنه (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة بشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذا التصرف الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن)^(٣).

يمكن أن نستنتج مما سبق أن عقد بيع العقار غير المسجل يبقى ناقلاً للملكية لأن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضائية، بل أنه أنشاء فقط التزاماً على البائع بنقل الملكية للمشتري، فالعقد هنا رتب جميع آثاره بوصفه عقد بيع عدا الملكية التي لا تنتقل إلا بالتسجيل في دائرة السجل العقاري.

وإلى هذا ذهب اتجاه من الفقه الذي أكد أن عقد البيع عقد رضائي، وأن إجراء التسجيل ماهو إلا شرط لإمكان تنفيذ أحد آثار عقد البيع والمتمثل في نقل الملكية إلى المشتري، وليس شرطاً لا انعقاد البيع، إذ عقد بيع العقار غير المسجل هو عقد موجود لأن التسجيل ليس شرطاً للانعقاد وينشأ هذا العقد جميع الآثار والالتزامات التي ينشئها عقد البيع في العادة فهو لا يعد عقداً باطل، بل هو مجرد عقد رتب التزام مختلف نص عليه قانون التسجيل العقاري والمتمثل في نقل الملكية لدى دائرة السجل العقاري^(١).

(١) أيمن محمد حسين، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) د. محمود جمال الدين، قانون عقد البيع في القانون المدني، طباعة جامعة الكويت، سنة ١٩٧٥، ص ٢٠٠.

(٣) د. علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣، ص ١٢١.

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

وهذا أكدته محكمة النقض المصرية في أحكام كثيرة أن عقد بيع العقار عقد رضائي، فقضت أنه (إن قانون تنظيم الشهر العقاري يتطلب لإمكان نقل الملكية وجوب تسجيل عقد البيع، وأن ذلك لا يضيف على هذا العقد شكلاً رسمياً معيناً، لأن القانون لم يغير شيئاً من طبيعة ذلك العقد من حيث كونه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين، وإنما عدل فقط من آثاره بالنسبة للمتعاقدین وغيرهم، فجعل نقل الملكية وحده غير مترتب على مجرد العقد، بل مترخياً إلى مابعد حصول التسجيل، أما آثار البيع الأخرى فإنها تترتب على مجرد العقد ذاته ولو لم يسجل).^(١)

ولقد أنقسم الفقه القانوني المؤيد لرضائية عقد البيع المرتبط بشكالية التسجيل بالنسبة لأثره على عقد بيع ملك الغير، إذ أعتبر بيع عقار الغير بيعاً صحيحاً لا يجوز للمشتري طلب إبطاله قبل التسجيل لأن بيع العقار لا يعد ناقلاً للملكية بحد ذاته، وإنما لابد من تسجيله في الدائرة المختصة، أما قبل التسجيل فلا يترتب سوى التزامات شخصياً على عاتق كل من البائع والمشتري، ومثل هذا العقد لا يكون باطلاً إذا وقع على ملك الغير لانقضاء العلة في تقرير أبطال بيع ملك الغير، لأنه بعد صدور قانون التسجيل العقاري لم يعد بيع العقار في القانون المصري ينقل الملكية بمجرد العقد، بل أنه حمل البائع التزاماً بنقل الملكية إي أن هذا القانون أفقد عقد البيع فقد قوة نقل الملكية، فتنتقل الملكية في العقارات بالتسجيل (العقد المسجل)^(٢)، ويشترط ليكون للتسجيل هذا الأثر أن يكون البائع مالكا فإذا لم يكن كذلك بطل أثر التسجيل، إي بطل انتقال الملكية، أما عقد البيع ذاته فهو صحيح ويرتب جميع الالتزامات الناشئة عنه، ومنها الالتزام بنقل الملكية، فإذا لم يكن البائع مالكا لم يؤثر ذلك في صحة العقد، وإنما يجوز للمشتري طلب الفسخ لأن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية، شأنه شأن باقي العقود الملزمة للجانبين التي لا يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته المتولدة عنها، أما إذا تمت إجراءات نقل الملكية فإن المشتري يستطيع بعد ذلك أن يطلب الأبطال لأن البيع بعد هذا الإجراء أصبح ناقلاً للملكية.

أما الاتجاه الآخر من الفقه يرى بأن قابلية أبطال بيع عقار الغير يكون صحيحا سواء قبل تسجيل البيع أو بعده، فعقد بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل، فلم يغير قانون التسجيل، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع، ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى، فتنص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن (جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية .. يجب شهرها بواسطة تسجيلها)، وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن^(٣) (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.... يجب شهرها بطريق التسجيل)، فبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال

(١) نقض مدني بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٣) د. حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير - علة هذا البطلان وحكمه بعد صدور قانون التسجيل، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، السنة ١، العدد ٤، سنة ١٩٣١، ص ٦٠٤.

من شأنه_ أو من طبيعته_ نقل الملكية، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع، فبيع عقار الغير إذن لا يزال منافياً لطبيعة عقد البيع، ومن ثم فعلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل و البيع غير المسجل، بل إن التقنين المدني جاء حاسماً فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع، في المادة / ٤٦٦ مدني سألقة الذكر حيث قرر بها حق المشتري في أن يطلب أبطال بيع ملك الغير له ، حتى ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أم لم يسجل، فما دامة علة البطلان موجودة، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل وغير المسجل، وجب القول أن بيع الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله، ويبقى الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل، فإن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل و يبقى صحيح بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً، وأن نقل الملكية يكون في الحال في هذا العقد ولكنها لا تنتقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادة المتعاقدين، ولكن يحول دون ذلك ضرورة إقتضاه القانون^(١).

المطلب الثاني: الشكلية في عقد البيع

لقد نظر المشرع إلى بعض الأشياء المهمة، أو ذات الأثمان العالية نظرة اهتمام وعناية، ولم يشأ تركها دون تنظيم، وسجلات دقيقة تحول دون حصول المنازعات بشأنها، ومن ذلك العقارات والمركبات وما يرد عليها من تصرفات قانونية إذ تم أخضعها لإجراءات إشهار معينة، ولا يتم أي من هذه التصرفات إلا بإتمام هذه الإجراءات، وأن الغاية الأساسية من وجود هذه الشكلية الرسمية في ما يترتب على الحقوق التي ترد على العقارات والمركبات (حقوق عينية أصلية أو تبعية) ، هي وضع التنظيم القانوني والميداني الدقيق لأهم عناصر من عناصر الثروة الوطنية، ومعرفة عائدة هذه العقارات والمركبات بسجلات تتمتع بحجية قاطعة في مواجهة الكافة.

ولقد جعل المشرع العراقي الأصل في مسألة بيع العقارات والمركبات، بيعاً بعقد شكلي، لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة السجل المختصة (العقارات السجلات العقارية و دائرة المرور للمركبات) ، فالشكلية تعد ركناً رابعاً فضلاً عن الرضا والمحل والسبب، وهذا ما أكدته بنص المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي أنه (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)^(١). وكذلك تنص المادة ١١٢٦ من القانون المدني العراقي أنه (١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار.

(١) د. عبدالرزق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٨٧.
أن التسجيل في السجلات العقارية لا زال حتى الآن لمجرد الأشهار، وليس من شأنه أن يبطل عقداً صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً.

د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، هامش ص ٢٨٧.
(١) د. عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، سنة ٢٠٠١، ص ٩١.

٢ - والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً).
فالبائع لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل الذي تطلبه القانون بالتسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ بالنسبة للعقار^(١) والذي نص على أنه (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)، كذلك الأمر بالنسبة لتسجيل المركبات والذي نصت عليه الفقرة ٧ من القسم ٥ من قانون إدارة المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ والتي نصت أنه (.....) لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة ٣ ثلاثة من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون.^(٢))
وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية العراقية على تبني الشكلية في عقود بيع العقارات في حكمها الذي قضى (بأنه على البائع الذي أقر بيع العقار بموجب عقد بيع خارج دائرة التسجيل العقاري إعادة ما استلمه من مبالغ من المشتري لأن البيع خارج دائرة التسجيل العقاري يعد باطلاً عملاً بأحكام المادتين (١٣٨/١٣٧) من القانون

(١) د. غازي عبد الرحمن، نظرة في قرار مجلس قيادة الثورة المرقمين (١٩٨١ و ١٤٢٦) وأثرهما على شرط التسجيل عقد البيع العقاري في دائرة التسجيل العقاري، بحث منشور في مجلة القضاء، الأعداد (٢، ٣، ٤)، لسنة ١٩٨٦، ص ٤٧.

(٢) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢ (أولاً - آ - يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض، إذا أخذ أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمتها عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. ب - إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد، أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمتها المعينة في التعهد، أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول. ثانياً أ - تفصل محكمة الدعاة في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القرار، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محكمة الاستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به، وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار. ب - تعتبر الدعاوى المشمولة بأحكام هذا القرار من الدعاوى المستعجلة. ثالثاً - لا يعمل بأي نص قانوني أو قرار أو اتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار ويؤدي إلى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة. رابعاً - ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويسري على ما سبقه من وقائع أو تعهدات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية.)

منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٦٢١) بتاريخ ١٩٧٧/١١/١٤.
ومن ثم صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١٤٢٦ بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٢١ وقد عدل القرار السابق بنصه في المادة الأولى منه على أن (أ - يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا أخذ أحد الطرفين بتعهده، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمتها عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. ب - إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمتها المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الإخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للزراعي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦.

٢ : يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، ويسري على ما سبقه من وقائع أو تعهدات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية.) جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى المدني، طبعة أولى، المكتبة القانونية بغداد، سنة ١٩٩٣، ص ١١٤.

المدني^(١)، وفي حكم آخر تم التأكيد على ذات الأمر فيما يتعلق بالمركبات فقضت أنه (ترد الدعوى على طلب الزام المدعى عليه بتسجيل السيارة لأن الفقرة ٧ من القسم ٥ من قانون إدارة المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ قد قضت بعدم انعقاد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة المرور لذا يعد البيع خارج دائرة المرور باطلاً ولا ينتج اثره ويكون الحكم المميز الذي قضى برد الدعوى للسبب المذكور صحيحاً وموافقاً للقانون.^(٢))

إن غرض المشرع العراقي من الشكالية هو تحقيق المصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع ورفع المنازعات بتأشير التصرفات القانونية التي ترد على عقار أو مركبة في السجل المختص لتعريف (الغير) بها حفاظاً على حقوقهم، وإذا لم يستوفي العقد ركن الشكالية لا ينعقد عقد البيع، وهو مجرد تعهد يلزم ببيع العقار أو المركبة لا ينعقد إلا إذا سجل في دوائر التسجيل المختصة والطرف المخل بالتعهد يقوم بتعويض المتعهد له عما فاتته من منفعة بسبب هذا الإخلال^(٣)، نجد مما سبق أن التعهد لا يلزم البائع خارج دائرة التسجيل المختصة بنقل الملكية إلى المشتري، وليس امامه إلا المطالبة بالتعويض وهو ما أكدته محكمة التمييز العراقي في حكمها الذي قضى أنه (أن العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة الطابو ويعتبر التعهد بنقل الملكية مقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعده لئلا يمس من حق المدعي مطالبة المدعي عليه بتنفيذ التزامه بنقل الملكية)^(٤).

نلاحظ أن تخلف ركن التسجيل في البيوع التي ترد على عقارات أو مركبات يترتب عليه بطلان العقد واعتباره كأنه لم يكن، ذلك أن المشرع العراقي جعل من تخلف شرط التسجيل بأعتبره من أركان العقد سبباً من اسباب البطلان^(٥)، وهو ما أكدته المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي والتي نصت أنه (١ - العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية).

(١) قرار رقم ١٧١٦ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠١٦ تاريخ القرار ٢٠١٦/٤/٤. نصت المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي أنه (١ - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً. ٢ - فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.

٣ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد).

سعد جريان التمييزي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني) للأعوام ٢٠١٦/٢٠١٧، دار السنهوري بغداد، سنة ٢٠١٨، ص ٦٨.

(٢) قرار رقم ٤٢ الهيئة الاستئنافية ٢٠١٦ تليخ القرار ٢٠١٦/٧/٢٥. سعد جريان التمييزي، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) د. علي شاكر عبد القادر، د. حيدر حسين الشمري، د. علي سعد عمران، التعهد بنقل ملكية العقار وأثره في انتقال الملكية، جامعة بابل كلية القانون، ص ١٧٩.

(٤) قرارها المرقم ٢٤٢٦/٢٤٢٦ حقوقية/ ١٩٥٩ المنشور في مجموعة سليمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، مطبعة الأهلية، بغداد، سنة ١٩٦٢، ص ٥٥٢.

(٥) د. سعيد مبارك، د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. طه ملا حويش، العقود المسماة، (البيع الإيجار المقاول)، دار الحكمة بغداد، سنة ١٩٩٣، ص ٥٦.

٢ - فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلال كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع.

٣ - ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون.)

فالمشرع العراقي لا يجيز إجبار بائع العقار أو المركبة على تنفيذ التزامه (تنفيذاً عينياً جبرياً) ^(١) عند امتناعه عن نقل الملكية إلى المشتري حتى لو كان التنفيذ ممكناً وغير مرهق للبائع، وما يستطيع المشتري فعله هو المطالبة بالتعويض واسترداد الثمن وله المطالبة بالفوائد القانونية من تأريخ المطالبة القضائية ^(٢)، وأن عقد البيع الباطل هنا يرتب آثار منها أن للبائع خارج دائرة التسجيل إقامة دعوى استرداد الشيء المبيع، وله المطالبة بثمار المبيع أن كان المشتري في حيازته سئ النية، كما له المطالبة بأجر المثل أن كان البائع لم يبيع للمشتري سكن العقار أو اباح له فترة ثم رجع عن إباحته فيحق له المطالبة بالتعويض ^(٣).

ونرى أن تشدد المشرع العراقي في الشكالية ومنح البائع هذه الحصانة القانونية والقضائية لا مسوغة له ، فالأصل في التبادل التعاقدي هو الابتعاد عن الشكل الذي يتجلى في ضرورة صب العقد في قالب معين لا يجوز الخروج عليه لأنه يؤدي إلى وضع قيود على الحرية التعاقدية ، والتي يأبأها العصر الحديث الذي يجنح نحو السهولة والسرعة في التعاقد خدمة لحركة الإنسان الإقتصادية والحضارية ، وفيما يتعلق ببيع ملك الغير وأثر الشكالية في عقد البيع عليه فقد وقع المشرع العراقي في تعارض فبينما تم إيقاف الحكم على آثار بيع ملك الغير (الفضولي) على أرادة المالك كما اسلفنا سابقاً، كان الحكم في بيع عقارات و مركبات الغير هو البطلان لأن البيع تم خارج دائرة السجل المختصة فعقد البيع هنا لا ينقل الملكية والتي هي من الشروط (يشترط لتطبيق بيع ملك الغير كما ذكرنا سابقاً أن نكون بصدد عقد بيع ناقل للملكية) التي تطلبها القانون لتطبيق حكم بيع ملك الغير ، كما أن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً و لا يصحح عقد باطلاً، ونأمل من المشرع العراقي عدم التشدد في نظرية العقد والتراجع عن مبدأ الشكالية الصارم وتبني نظرية الرضائية في عقود البيع والتي تتوافق مع نظرية العقد والشرعية الإسلامية (التي لم تفرق بين بيع المنقول والعقار فكلاهما أموال) وجعلت عقد البيع صحيحاً بمجرد التعاقد دون ضرورة توافر شكل معين لصحة العقد من ثم يقع بيع عقار الغير باطلاً لأسوة ببيع الفضولي أموال منقولة، والتي تعد مصدر التشريع العراقي فالتسجيل لا يغير من طبيع العقد الرضائية بل يجعل أنقال الملكية يتراخى إلى حدوث التسجيل ، فيقتصر دوره على توثيق الحقوق العقارية.

(١) د. صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ الجبري على عقد البيع الخارجي، بحث منشور على شبكة الأنترنت ، تاريخ المراجعة ٢٠١٨/٥/٢.

(٢) د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية العقار وفق المادة ١١٢٧، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، مايس، سنة ١٩٨٤، ص ١٣٢.

(٣) د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص ٩١.

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث لقد توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات التي نأمل من المشرع أن يأخذها على محمل الجد وتجدر أذان صاغية:

إن المشرع العراقي لم ينص على تنظيم بيع ملك الغير بوصفه نوعاً خاصاً من أنواع البيوع كم فعل المشرع المصري، وإنما اشار إليه في النظرية العامة للالتزام عند كلامه عن العقد الموقوف مكتفياً بأحكام القواعد المقررة بصدد بيع الفضولي، نأمل من المشرع العراقي أن ينص على تنظيم بيع ملك الغير لما له من أهمية في الحياة الواقعية ولتأثير هذا النوع من البيوع على السلم الاجتماعي وكثرة الحالات التي تواجه القضاء. لم يعرف المشرع العراقي بيع ملك الغير وإنما أكتفا بالنص على أن بيع ملك الغير ينعقد في القانون العراقي موقوفاً على إجازة المالك الأصلي الذي يكون له إن يجيزه أو ينقضه، نوصي المشرع العراقي بوضع تعريف لبيع ملك الغير جامع مانع. لقد تشدد المشرع العراقي في شكلية عقد بيع ومنح البائع هذه الحصانة القانونية والقضائية لا مسوغة له ، فالأصل في التبادل التعاقدي هو الإبتعاد عن الشكل الذي يتجلى في ضرورة صب العقد في قالب معين لا يجوز الخروج عليه لأنه يؤدي إلى وضع قيود على الحرية التعاقدية ، والتي ياباها العصر الحديث الذي يجنح نحو السهولة والسرعة في التعاقد خدمة لحركة الإنسان الإقتصادية والحضارية.