

دور الأمن القانوني في ملكية الظاهر للعقار -دراسة مقارنة

الباحث: رنده عمر علي البدوله

الباحث: الأستاذ الدكتور زياد خلف عليوي

جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية

The role of legal security in protecting apparent ownership of real estate

A Comparative Study

Researcher: Randa Omar Ali Al-Badouleh

Researcher: Professor Dr. Ziad Khalaf Alawi

University of Kirkuk, College of Law and Political Science

المستخلص: الأمن القانوني هو من أهم المرتكزات في الأنظمة القانونية المعاصرة التي تسعى إلى تحقيق الأمن والاستقرار لمراكز الأفراد بواسطة القانون، فهو مبدأ يهدف إلى وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار والأمن للأفراد المتعاقدة، فهو يعني أن يكون الأفراد بمأمن من التغييرات والتعديلات التي تطرأ على القواعد القانونية المنظمة لمراكزهم القانونية، وبذلك فإن غايته تتمثل في حماية الحقوق والأوضاع القانونية وما يستتبع ذلك من ثقة الناس بالنظام القانوني، وبذلك يمكن القول بأن الحاجة للأمن القانوني تزداد في حال وجود أوضاع غير مستقرة، وبالأخص الوضع الظاهر.

والملكية الظاهرة تتطوي على اختلاف بين صاحب المركز القانوني وصاحب المركز الفعلي، أي أن من يمارس السلطة الفعلية المباشرة على الشيء المملوك يختلف عن يعطيه القانون حق ممارسة هذه السلطة، وهذا الاختلاف يؤدي الى زعزعة في أمن واستقرار المعاملات التعاقدية وبالأخص عند وجود شخص ثالث يتم التصرف اليه بهذا الحق ويكون حسن النية، إذ يستلزم هنا إيجاد حلولاً أكثر أمناً لأطراف العلاقة، بهدف الحفاظ على الاستقرار والأمن التعاقدية داخل المجتمع.

فالمالك الظاهر هو شخص يكون ظاهراً بمظهر المالك الحقيقي ويحوز المركز الفعلي للحق، وقد يحوز بعض سلطات ومكنات هذا الحق مما يولد لدى الغير الذي يتعاقد معه اعتقاداً شائعاً يتولد لدى كافة الافراد بأنه هو نفسه صاحب المركز القانوني، معتقد بحسن نية انه المالك الحقيقي للحق محل التصرف. الكلمات المفتاحية: الامن القانوني - الملكية - العقار.

Abstract : Legal security is one of the most essential pillars of contemporary legal systems that aim to achieve security and stability for individuals' legal positions through the law. It is a principle that seeks to establish a degree of relative stability in legal relationships and a minimum level of security and stability for contracting parties. Legal security means that individuals are protected from sudden changes or amendments to the legal rules governing their legal positions.

It's ultimate goal is to safeguard legal rights and statuses, thereby fostering public trust in the legal system. Thus, the need for legal security becomes even more pronounced in situations characterized by instability, particularly in apparent legal statuses.

Apparent ownership involves a discrepancy between the legal titleholder and the actual possessor. In other words, the individual exercising actual authority over the owned property differs from the person legally entitled to exercise such authority. This discrepancy can undermine the security and stability of contractual transactions, especially when a third party who is in good faith acquires a right in the property. In such cases, there is a need to establish more secure solutions for all parties involved to maintain contractual stability and security within society.

The apparent owner is an individual who appears to be the real owner and exercises actual control over the legal right, They may hold certain powers or prerogatives associated with the legal right, creating a common belief among third parties that they are, in fact, the legal titleholder, Such third parties, acting in good faith, are led to assume that the apparent owner is the rightful holder of the legal right in question. **Keywords: Legal security – property – real estate.**

المقدمة: سنبين مقدمة بحثنا الموسوم بـ (دور الأمن القانوني ملكية الظاهر للعقارية) وفقاً للفقرات الآتية:

أولاً: مدخل تعريف بموضوع البحث: يعد حق الملكية حقاً مقدساً ومن أهم الحقوق على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والتي يقره القانون ويحميه، وهو من الحقوق التي نص عليه الدساتير لحمايته من أي تعدي أو تهديد له، وللاأمن القانوني دور كبير في حماية حق الملكية من خلال التصدي للتضارب التشريعي لنصوص القوانين التي تهدد هذا الحق وحماية استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة للأفراد تحقيقاً للمصلحة العامة في المجتمع، وحق الملكية هو حق يخول صاحبه سلطة الانتفاع بالشيء المملوك والتصرف به واستغلاله في حدود القانون، ووفقاً للقيود التي تنص عليها الدساتير والتشريعات العادية واللوائح التنفيذية في الدولة، وللظاهر دور في الملكية، إلا أن هذا الدور يقتصر على حدود وحالات معينة دون تجاوز أو توسع فيه وذلك لحساسية وخطورة هذا الحق الذي يعطي سلطة تمكن صاحبها من التصرف والاستغلال واستعمال الشيء المملوك، فضلاً على أنه حق ازلي يتصف بديمومته وارتباطه بالعلاقات الاجتماعية والأقتصادية فهو حق جامع ومانع ودائم.

والملكية الظاهرة تنطوي على اختلاف بين صاحب المركز القانوني وصاحب المركز الفعلي، أي أن من يمارس السلطة الفعلية المباشرة على الشيء المملوك يختلف عن يعطيه القانون حق ممارسة هذه السلطة، وهذا الاختلاف يؤدي الى زعزعة في أمن واستقرار المعاملات

التعاقدية وبالأخص عند وجود شخص ثالث يتم التصرف اليه بهذا الحق ويكون حسن النية، إذ يستلزم هنا إيجاد حلولاً أكثر أمناً لأطراف العلاقة، بهدف الحفاظ على الاستقرار والأمن التعاقدية داخل المجتمع. كما أن الملكية الظاهرة قد تقع على العقار او على المنقول، وفقاً للتصرفات التي يجربها المالك الظاهر على الحق محل التصرف، عند تعاقدته مع الغير الذي يعتقد بحسن نية انه المالك القانوني للشيء، وفقاً لمظهره الخارجي الذي يوحي بذلك مستغلاً الظروف المحيطة التي تمكنه من هذا المظهر، كما في حالة قيام شخص بأستئجار عقار من شخص على أنه المالك للعقار ثم يتبين بعد ذلك بأنه مستأجر أيجاراً طويلاً للعقار او أن المالك زالت ملكيته بأثر رجعي، والمالك الظاهر هو الشخص الذي يشغل المركز الفعلي للملكية ويقوم بأجراء هذه التصرفات وفقاً لهذا المركز، مما يدفع الغير الى الوقوع في وهم بسبب هذا المظهر دون علمه بحقيقة الامر، وبذلك فإن اشكالية الدراسة تكمن في أن الاعمال القانونية تنقسم الى اعمال إدارة واعمال تصرف وبذلك يكون من حق من تلقى الملكية باعتباره صاحبها قبل البطلان أن يتصرف بملكه ويستعمله ويستغله وفقاً للقواعد العامة، فله أن يرتب عليها التزامات وحقوق للغير او أن يتصرف بها تصرف ناقل للملكية الى الغير، فيأتي السؤال عن مصير هذه التصرفات والاعمال التي تتعلق بحق الغير حسن النية عند بطلان ملكية المتصرف (المالك الظاهر)؟

كما وأن الأصل أن المالك هو من يملك الشيء بحيازته الظاهرة له وفق أحكام القانون، أي أن المالك هو من يشغل المركز القانوني والفعلي في آن واحد، إذ يتحد المركز القانوني والمركز الفعلي في ذات الشخص، فتكون الحيازة الظاهرة للحق هي ذاتها الحيازة القانونية، لكن ماذا لو كان مالك الشيء وفقاً للحيازة الظاهرة ويشغل المركز الفعلي يختلف عمن يشغل المركز القانوني للحق؟ بعبارة أخرى ما هو حكم التصرفات الناتجة عن اختلاف صاحب المركز القانوني عن صاحب المركز الفعلي؟ وما هو الأثر المترتب على التصرفات القانونية الصادرة في إطار هذا الاختلاف؟ كل هذا الأسئلة تحاور التصرفات القانونية الصادرة عن المالك الظاهر من أجل الرسو على حلول أكثر أمناً وعدالة تحقيقاً لاستقرار المعاملات.

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره: وتبدو أهمية موضوع دراستنا في كون أن نظرية الوضع الظاهر تمثل مصدراً لاكتساب الحقوق في حال تحقق أركانها وترتيب أحكامها وأثارها، كما تعد هذا النظرية استثناءً على مبدأ نسبية العقود، والبطلان بما يحد معها من الأثر الرجعي لأثاره.

ومن أسباب اختيار موضوع دراستنا أنه يدور حول بيان مدى تواجد القواعد القانونية التي تحمي الغير حسن النية الذي تعامل على أساس الوضع الظاهر، والتي تمثل بمثابة مصدر الأمن له، بما يكفئه من ثقة مشروعة بنصوص القانون، فمدى توافر النصوص القانونية التي تحمي المتعاملين على أساس الظاهر غير صحيح في الملكية العقارية، ومدى تحقق الأمن القانوني من خلال وظيفته المتمثلة في حماية آثار الوضع الظاهر، فضلاً عن مدى وجود الملائمة بين أحكام القانون والواقع الفعلي بما يحقق معه احتياجات المجتمع من استبعاد خطر عدم الاستقرار بسبب بعض الأحكام القانونية المتناقضة مع الواقع.

ثالثاً: منهجية البحث ونطاقه: لأهمية موضوع دراستنا الذي يمثل حلقة وصل بين مبدأ قانوني عام ونظرية قضائية واسعة والتي تعد من النظريات المهمة في مجال القانون المدني، لذا سنعتمد في دراستنا هذه على المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال التحليل والمقارنة في نطاق نصوص مواد قانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 النافذ المعدل مع قانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948 النافذ المعدل وقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 النافذ والمعدل وفق مرسوم تعديل قانون المدني بتاريخ 2016\2\10، كذلك قانون قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 النافذ و قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 النافذ.

رابعاً: هيكلية البحث: أن للملكية الظاهرة في العقارات حالات عديدة ولعل من أبرز هذه الحالات التي يمكن القول بأنها من تطبيقات الملكية الظاهرة تتمثل في بطلان او إبطال قيد العقار للملكية (التسجيل العقاري) وزواله بأثر رجعي وأثر ذلك على الغير حسن النية، وحالة التصرفات الصورية وأثرها على الغير حسن النية، ومن جانب آخر هنالك دعوى عدم نفاذ

التصرفات المدين المعسر بحق الدائنة وأثر هذا التصرفات على الغير حسن النية، وبذلك ستكون خطة الدراسة وفقاً للترتيب الآتي:

المقدمة

المطلب الأول: - أحكام الظاهر للمالك بسند باطل وفق نظام التسجيل العقاري

المطلب الثاني: - تطبيقات خاصة بالملكية الظاهرة

الخاتمة

المطلب الاول: أحكام الظاهر للمالك بسند باطل وفق نظام التسجيل العقاري

يعرف الأمن القانوني بأنه " ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية سواء أكانت هذه العلاقات بين الافراد بعضهم البعض ام بينهم وبين الدولة، التي تلتزم بذلك السلطات العامة"⁽¹⁾، كما وأتجه المشرع العراقي الى بيان مفهوم الحق العيني بالقول " الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، وهو اما اصلي او تبعي"⁽²⁾، ولأهمية الملكية العقارية وجد نظام التسجيل العقاري، الذي يهدف الى حماية هذا الحق على اعتباره حقاً مقدساً دستورياً وله أهمية اجتماعية واقتصادية، إذا يعد هذا الحق من أوسع الحقوق العينية وأشملها حتى أن باقي الحقوق العينية الاصلية تعد حقوق متفرعة عنه⁽³⁾، ويعد نظام التسجيل نظاماً منتشراً على صعيد الدول العربية والأجنبية، وله تسميات عديدة منها نظام الشهر العقاري ونظام القيد العقاري ونظام التسجيل العقاري وغيرها من تسميات تطلق لذات النظام الذي يرمي الى هدف واحد هو الحفاظ على حق الملكية واستقرارها.

(1) احمد امين عارف، مبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته في التشريع العراقي، أطروحة دكتوراه، جامعة كركوك\ كلية القانون والعلوم السياسية، 2020، ص13.

(2) المادة (67) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل.

(3) أستاذنا الدكتور. زياد خلف عليوي، د. محمد سليمان الأحمد، مصدرية الحكم القضائي لحق الملكية، بحث منشور، مجلة الراافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق-جامعة الموصل، المجلد 23، العدد 84، السنة 25، 2019، ص45.

إذ يختص هذا النظام بتقييد الملكية وأسم المالك لها وتسجيل جميع التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة على درجة القطعية وما في حكمها الواردة عليها من الحقوق العينية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام او الخاص وذلك في سجلات رسميه يسكنها موظف المختص بذلك، ويعرف التصرف العقاري على انه هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية او التبعية او نقل هذا الحق او تغييره او زواله، ولا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري⁽¹⁾، فالتسجيل يعد قرينة على الملكية ووجود الحق وشرطاً لانتقاله بين الافرا، إلا أن ما يؤخذ عليه أن هذا التسجيل لا يؤدي الى تطهير السند العقاري من عيوبه بل يبقى قابلاً للأبطال والزوال وفقاً لذلك، أي إن التسجيل لا يصحح العقد الباطل، بل تزول ملكية المشتري بأثر رجعي وتعتبر كأنها لم تكن ولو كان العقد مسجلاً⁽²⁾، فاذا ما انعقد تصرف العقاري بتسجيله في الدائرة المختصة وفق القانون والذي من شأنه نقل حق الملكية او انشاء حق عيني أصلي او تبعي، بالاستناد على حكم قضائي بات او على إرادة أطراف العقد، ثم تبين بعد ذلك أن الحكم قد أستند على أدله وسندات مزورة، فهنا يكون السند العقاري باطلاً او قابلاً للأبطال.

وهذا القول لا ينطبق على نظام التسجيل المتبع في العراق، وذلك لأن المشرع العراقي اعطى حجية مطلقة لسندات التسجيل العقاري، ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير⁽³⁾، والتسجيل في السندات العقارية هو ركن انعقاد وبدونها يكون العقد باطلاً، وليس لغرض الاثبات البيع العقاري فقط، فأذا انتفى هذا الركن من اركان العقد يجعل هذا العقد باطلاً، ولا يمكن أن ينتج أي أثر من آثار العقد المزمع أبرامه⁽⁴⁾، فعلى الرغم من أن أمن المعاملات التعاقدية بشكل خاص والأمن القانوني بشكل عام هو الذي يفسر اللجوء التشريعي لمعظم الدول العالمية للأخذ بنظام التسجيل العقاري (سجلات الشهر العقاري) لتكون مصدراً رسمياً لاستعلام والمعرفة المسبقة للتأكد من الوضعية القانونية للعقارات من قبل الغير الذي ينوي انشاء حق عليها او شرائها، إلا

(1) المادتين (2-3) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 النافذ.

(2) د. سمير عبد السيد تناعو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2009، ص185.

(3) المادة (10/1) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(4) استاذنا الدكتور. زياد خلف عليوي، د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص60.

أن ذلك لا يمنع من تصور إمكانية وقوع أخطاء في هذه السجلات التي من شأنها تسجيل او شهر للتصرفات الباطلة او القابلة للأبطال، بل وإمكانية عدم مطابقة التسجيل للحقيقة في الواقع⁽¹⁾، ووفقاً لذلك لا تنثور مشكله بين البائع والمشتري في حال بطلان الملكية إذ يعاد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد وفقاً للأحكام العامة في القانون المدني، ولكن ماذا في حال تصرف المشتري الأول الحائز على السند العقاري قبل الابطال الى مشتري ثاني حسن النية لا يعلم بهذا البطلان وقد استند في تعاقدته على السند الرسمي الموجود في يد المشتري الاول؟ فما هو مصير العقد بين المشتري الثاني (الغير حسن النية) وبين المشتري الأول (المالك الظاهر) عند بطلان او إبطال التسجيل العقاري للعقد الاول؟

الأصل أن القاعدة العامة تقضي بأن (ما بني على باطل فهو باطل)، أي أذ زال حق شخص على شيء زال تبعاً له حق من تلقى عنه حقاً على هذا الشيء، كما وأن الشخص لا يستطيع أن ينقل الى غيره من حقوق اكثر مما يملك "فاقد الشيء لا يعطيه"⁽²⁾، فعند بطلان التسجيل العقاري للعين محل النزاع فأن البطلان يكون بأثر رجعي، أي انه لا يقتصر فقط على العلاقة فيما بين المتعاقدين (البائع والمشتري) وانما يتجاوزهما ليمس بالغير الذي يكون في الغالب حسن النية والذي يرتب له المشتري حقاً عينياً على هذه الملكية او قام بنقلها اليه مقابل عوض وتم تأشير هذا التصرف في السجل العقاري المخصص لذلك، أن لمقتضيات مبدأ حسن النية دور كبير في الفرز بين الاحكام والتصرفات الباطلة والصحيحة في إطار المعاملات المدنية، وتصويب ما يمكن أن يكون استثناء على القواعد المطبقة، ومن جانب آخر تقتضي المصلحة العامة في حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات وفقاً لمبدأ الأمن القانوني، على اعتبار أن ذلك ضرورة تسبق العدالة والنقد في المجتمع كأهداف للقانون⁽³⁾، وبذلك يتجه القانون الى حماية الغير حسن النية من هذه الآثار التي تهدد حقه الذي اكتسبه بحسن نية وفقاً لظروف

(1) د. محمد بن موسى، نظرية الظاهر في القانون التعاقدية، محاولة لنظرية عامة للأمن القانوني في ميدان التعاقدية، مجلة القضاء المدني، 2021، ص96.

(2) بلال عماد عبيد، المعالجة القانونية لآثار العقد الباطل، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر، 2022، ص117.

(3) م.د. وسن كاظم زرزور، أ.م. د. احمد سمير الصوفي، نظرية الوكالة الظاهرة وجدوى تطبيقها في القانون المدني، بحث منشور، مجلة الفنون والآداب وعلوم الانسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد 30، 2018، ص128.

يشيع ظاهراً بأن الاجراء الذي اتخذه صحيح ولا يشوبه أي عيب يمكن أن يسبب له البطلان، وهذه الحماية القانونية تتأطر في أحكام الوضع الظاهر.

ففي حال وجود عقد من عقود المعاوضات بين الغير والمالك الظاهر و تتحقق شروط الوضع الظاهر التي تتمثل بوجود المظهر المادي الخارجي لحائز العقار المستند في حيازته على سند عقاري، وتعامل الغير معه بالاستناد على هذا المظهر معتقداً بحسن نية انها ملكية صحيحة لا يشوبها أي شائبة تسبب البطلان او الإبطال أي دون دراية بالبطلان الذي سيصيب سند الملكية العقاري، فهنا تنهض أحكام الظاهر وفقاً لمقتضيات الأمن القانوني في تحقيق الحماية للغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر، وهذه الحماية تقوم على نفاذ العقد المبرم بين الغير والمالك الظاهر اتجاه المالك الحقيقي دون تأثيره بهذا البطلان او الزوال، أي الحد من الأثر الرجعي المترتب على بطلان الملكية العقارية.

وفقاً لما سبق يمكن القول أن الاعتراف بأحكام الملكية الظاهرة يعد خطوة هامة وفقاً لرأي الفقه، وذلك في سبيل تأكيد وتدعيم نظرية الوضع الظاهر⁽¹⁾، إلا أنه في ذات الوقت يعد خطوة تكتنفها المخاطر لكون الملكية حق مقدس ولا يجوز التلاعب بها او المساس بها دون مسوغ قانوني، لذلك كان هنالك اختلاف بين الفقه من معارضين ومؤيدين لهذه الجزئية من الوضع الظاهر يتسم بالدقة والتمحيص، وبالتالي اتجه الفقه الى قصر اعمال الملكية الظاهرة على حالات يستند فيها الظاهر إلى عناصر بالغة الأهمية والجدية مثل تصرف حقيقي الذي من شأنه نقل الملكية لكنه زال بأثر رجعي لبطلانه او فسخه او الرجوع فيه⁽²⁾.

وبدورنا نؤيد الرأي الذي اتجه الى قصر تطبيق احكام الظاهر على حالات الأكثر جدية والحقيقة التي من شأنها نقل الملكية والتي تحقق العدالة واستقرار المعاملات، وعدم شمول الحالات الأخرى التي تجافي العدالة والأمن كحالات الغصب للملكية او من لا يستند في حيازته على سبب صحيح.

(1) المستشار فتحية قرة، الأوضاع الظاهرة، المكتبة القانونية، دمشق -سوريا، من دون سنة نشر، ص60.
(2) د. نعمان محمد خليل جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية المنظمة العربية للثقافة والعلوم، التابعة للجامعة العربية، 1977، ص93.

ولقد كان للقضاء الفرنسي في هذا الاتجاه وقفة جادة في إرساء أحكام الظاهر على هذه الحالة ويعود ذلك الى طبيعة نظام التسجيل العقاري الذي تتبعه فرنسا، إذ اخذ القانون الفرنسي بالنظام الشخصي للشهر العقاري، على عكس ما هو الحال في باقي القوانين الأخرى، إذ لا يعتبر التقييد او التسجيل العقاري ركناً يشترط وجوده لنقل الملكية العقارية بل يعد التسجيل في فرنسا كاشفاً للحق وليس منشأً له، إذ أن الحق يعتمد في وجوده على العقد المبرم بين المتعاقدين وليس على التقييد في السجل العقاري، حيث يتم مسك السجلات العقارية من قبل الموظف المختص برقابة الشكلية فقط التي لا تمنح أي شرعية للتقييد الذي يحتفظ بكافة صفاته من صحه او بطلان⁽¹⁾، وقد كان القضاء الفرنسي يميز في البداية بين أسباب البطلان والابطال، وعمد الى استبعاد أحكام الظاهر في حالة عيب الإرادة إذ لحقت العقد الأصلي، إلا أنه بعد ذلك تراجع عن هذه الاستثناءات والتمييز وأصبح يأخذ بالظاهر بكل سهوله في هذه الحالات، مادام الغير قد وقع في غلط شائع ولا يعلم ولا يمتلك إمكانية العلم بعيوب سند المالك الظاهر وقت ابرام التعاقد معه⁽²⁾، وبذلك يمكن القول بأن القضاء الفرنسي استند في تطبيق أحكام الظاهر وترتيب أثاره على هذه الحالة من الملكية الظاهرة على الاعتقاد الشائع للغير بحسن نية بأن السند الذي في يد المالك الظاهر صحيح ولا يشوبه أي شك او ظن بأنه معيب وقابل للزوال والبطلان، أما في مصر فقد كان للتشريع المصري دور في إرساء الملكية الظاهرة على نصوص قانونية وفقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 حيث تنص المادة (17) منه على "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة او التأشير بها أن حق المدعي إذ تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى او التأشير بها ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما".

(1) نقلاً عن: د. محمد بن موسى، مصدر سابق، ص 95.

(2) المصدر اعلاه، ص 101.

ويتفق الفقه المصري على أن الدعاوى المنصوص عليها وفقاً للمادة الخامسة عشر من قانون الشهر العقاري⁽¹⁾، تنقسم الى ثلاث دعاوى تتمثل بدعوى زوال الملكية ودعوى انتقال الملكية ودعوى انكار الحق، إلا انهم قد اختلفوا في كون أي واحد من هذه الدعاوى تمثل النطاق التطبيقي لأحكام الملكية الظاهرة بالاستناد على المادة (17) من قانون الشهر العقاري، وبذلك فالدعاوى المنصوص عليها في المادة الخامسة عشر تتمثل بما يلي:

أولاً: - دعوى زوال الملكية: وهي دعوى توجه ضد شخص يملك العقار فعلاً، إلا أن ملكيته مهددة بالزوال، حيث تقوم دعوى زوال الملكية على قيام المدعي بالطعن بملكية قائمه مطالباً بزوالها بأثر رجعي، وتتمثل هذه الدعوى بدعاوى الابطال والفسخ والرجوع وعدم النفاذ، فالحكم للمدعي بهذه الدعوى يؤدي الى زوال ملكية المدعى عليه بأثر رجعي مما يترتب عليه زوال حق من يتعاقد ويتعامل مع المدعى عليه بالاستناد الى ملكيته التي زالت حتى لو كان قد سجل او شهر حقه⁽²⁾، وبذلك تدخل المشرع المصري لحماية حق الغير حسن النية الذي كسبه قبل هذا الزوال لملكية المدعى عليه (المالك الظاهر).

ثانياً: -دعوى انتقال الملكية: وتتمثل بدعوى صحة التعاقد حيث توجه ضد مالك العقار وتكون ملكيته تامة غير مشوبة بعيب لكنه تصرف بها ثم امتنع عن تسجيل تصرفه، إذ أن المدعي هنا وهو المشتري لا ينكر ملكية المدعى عليه للعقار (البائع) وإنما يطالب بأيلولة هذه الملكية إليه لسبق التعاقد بينهما وتنازل المدعى عليه عنها إليه⁽³⁾، أي أن المدعي وهو المشتري يطالب بتنفيذ التزام شخصي في مواجهة البائع⁽⁴⁾.

ثالثاً: -دعوى إنكار الملكية: وتوجه هذه الدعوى ضد شخص ليس مالك للعقار موضوع النزاع، ويؤدي نجاح المدعي في دعواه الى رفع يد المدعى عليه عن العقار واثبات انعدام أي صلة

(1) المادة (15) من قانون الشهر العقاري المصري والتي تنص على " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من دعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً او صحة او نفاذاً كدعاوى البطلان او الفسخ او الإلغاء او الرجوع...".

(2) السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 1989، ص692.

(3) د. نعمان محمد خليل جمعه، مصدر سابق، ص99.

(4) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص174.

تربطه بالعقار محل النزاع⁽¹⁾، وتتمثل هذه بدعوى الاستحقاق وبطلان التصرف بطلاناً مطلقاً⁽²⁾، أي أن يقوم المدعى عليه بالتصرف في ملك غيره، ففي هذه الحالة ووفقاً للرأي السائد للفقهاء أن حسن النية غير مجدي في هذا الوضع، لأن حسن النية لا يكسب حقاً للغير إذا كان قد تعامل مع شخص غير المالك وقد تصرف في ملك غيره⁽³⁾.

وبالنظر الى نص المادة (17) نجد بإنها منقسمة الى فقرتين الأولى تشير الى حجية التأشير الذي يكسبه المدعي من الدعاوى المشار اليها، اما الفقرة الثانية فهي تمثل استثناء على هذه الحجة إذ لا تسري على الغير الذي اكتسب حقه وهو حسن النية قبل هذا التأشير، أي انه يشترط لحماية الغير في هذا الوضع ثلاثة شروط تتمثل بكونه حسن النية أي انه لا يعلم ولا يستطيع العلم بالعيب الذي يشوب حق الملكية محل النزاع عند التعاقد معه حتى لو بذل في ذلك العناية اللازمة، والشرط الثاني هو اكتسابه للحق محل النزاع بصورة صحيحة خالية من أي عيوب، اما الثالث فيتمثل بتأشير هذا الاكتساب لدى الدائرة المختصة بالتسجيل (الشهر العقاري). وبذلك فالمادة (17) من قانون الشهر العقاري المصري سابقة الذكر تميز بين حالتين تتمثل الحالة الأولى بحجية الحكم المؤشر به الصادر للمدعي ضد مكتسب الحق العيني (المتصرف اليه)، في حال كان هذا التصرف قد تم بعد تسجيل صحيفة الدعوى او التأشير بها في الشهر العقاري، ففي هذا الحال يستوي أن يكون المتصرف اليه حسن النية او سيء النية، فلا يسري هذا التصرف في حق المحكوم له⁽⁴⁾، وذلك وفقاً لقاعدة حق الأفضلية.

أما الحالة الثانية المشار اليها فتتمثل في عدم حجية الحكم المؤشر به الصادر للمدعي على الغير (المتصرف اليه)، في حال كان هذا التصرف قد تم شهره قبل تسجيل صحيفة الدعوى او التأشير بها في الشهر العقاري، بشرط أن يكون الغير هنا حسن النية، اما إذا كان سيء النية فأن الحكم يكون حجة عليه لصالح المدعي.

(1) نعمان محمد خليل جمعه، مصدر سابق، ص 99.

(2) د. شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحلوان، مصر، 2002، هامش ص 366.

(3) المستشار فتحية قرّة، مصدر سابق، ص 68.

(4) د. نجوان عبد الستار، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديد، مصر، 2015، ص 245.

وعند البحث في مدى توافر شروط الظاهر ومدى أهمية تحقق شرط حسن النية في أحكام الدعاوى المشار إليها سابقاً نجد أن الفقه المصري قد اختلف في مدى تطبيق أحكام المادة (17) على تلك الدعاوى، فأنقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات تتمثل بالآتي:

الاتجاه الأول: يرى هذه الاتجاه بوجوب تطبيق المادة (17) بحذافيرها، ويرى أيضاً إن حسن النية شرط ضروري مع الاستباقية في الشهر ليكون للغير الأفضلية في مواجهة المدعي الذي شهر حقه في تاريخ لاحق، وهذا الأمر ينطبق على كافة الدعاوى دون تفرقة، وحسن النية وفقاً لهذا الجانب يتحقق بمجرد عدم العلم بالسبب الذي تقوم عليه الدعوى⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: الذي يذهب فيه أحد الفقه بالقول بأنه "يجب الوقوف عند الرأي الوسط، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون اغراق يعرض مصالح الأفراد للخطر، فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، لكي لا يتزعزع نظام التسجيل بإدخال عوامل نفسية فيه تهدد استقراره، لكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، فكل تصرف يكون نتيجة أو ثمرة للتواطؤ لا يسري تسجيله في حق الغير، بذلك يتم حماية مصالح الأفراد من التعرض للضياع بسبب التدليس أو الغش"⁽²⁾.

أما الاتجاه الثالث: فيرى أن حسن النية الغير يعني عدم العلم وعدم إمكانية العلم بالسبب الذي تستند عليه الدعوى⁽³⁾، ويفرق هذا الجانب بين أنواع الدعاوى الثلاث المذكورة في المادة (15) من الشهر العقاري، حيث يرى أن حسن النية يكون له أثر في دعاوى زوال الملكية (دعاوى الإبطال والفسخ والرجوع وعدم النفاذ...) إذ أن هذه الدعاوى من شأن الحكم فيها لصالح المدعي أن تزول ملكية المدعي عليه بأثر رجعي، وبالتالي زوال جمع تصرفاته اتجاه الاغيار، إلا أن حسن النية المنصوص عليه في المادة 17 قد يحد من هذا الأثر، إذ لا يؤثر على الغير

(1) د. شوقي محمد صلاح، مصدر سابق، ص 373.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني-البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2000، ص 552 وما بعدها.

(3) د. سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2005، ص 332؛ كذلك: السيد بديوي، مصدر سابق، ص 689.

حسن النية الذي شهر حقه الذي تلقاه من المدعى عليه (المالك الظاهر) قبل زوال ملكيته⁽¹⁾ وهذا ما يقتضيه الأمن القانوني لاستقرار المعاملات وفقاً لأحكام الظاهر، أما ما يتعلق في دعاوى الإنكار وهي الاستحقاق والبطلان المطلق للتصرف، فيرى هذا الجانب أنها لا تتأثر في حسن النية وسوءها، فحسن النية غير منتج هنا، كما أن حسن النية لا يكسب الغير حقاً إذ كان قد تعامل مع غير المالك أي مع من تصرف بملك غيره⁽²⁾، أما عن دعاوى انتقال الملكية (صحة التعاقد) فيرى هذا الجانب أن حسن النية غير لازم ولا محل لاقتضائه إذ كان الغير قد شهر حقه قبل شهر دعوى صحة التعاقد، فهنا يتم تفضيل حقه على حق المدعي بالاستناد للمادة (9 و10) من قانون الشهر العقاري المصري، وبالاستناد إلى الفلسفة العامة لقانون الشهر العقاري الذي يسعى إلى الحفاظ على أمن واستقرار الملكية العقارية، التي تقوم بربط الأفضلية بالأسبقية في التسجيل دون ادخال أي عنصر نفسي قد يخفى على المتعاملين ويصعب إثباته⁽³⁾، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها بأن مجال دعوى صحة التعاقد تكون المفاضلة بين الغير وبين المدعي أساسها سبق الشهر وحده، ولا يؤثر في أساس هذه المفاضلة سوء نية من سبق التسجيل أو حتى تواطؤه مع المتصرف⁽⁴⁾.

كما وفسرت محكمة النقض المصرية معنى حسن النية الوارد في المادة (17) من قانون الشهر العقاري بالقول " بأنه عدم العلم بالعيب الذي يشوب ملكية المتصرف"⁽⁵⁾، كما ويذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن " المجال العملي لأعمال حسن النية وسوء النية يكمن في دعاوى زوال الملكية (دعاوى الفسخ والرجوع والابطال وعدم النفاذ) فعلم الغير بالسبب الذي بنيت عليه الدعوى أي بالسبب الذي يترتب عليه زوال الملكية بأثر رجعي، يمنعه من الاحتجاج بسبق شهر تصرفه لأنه يعد سيء النية، وأن محكمة النقض لا تتجاهل وجود حسن النية كشرط في دعاوى صحة التعاقد وإنما تطبيق الشرط بنفس المعنى وهو عدم العلم بالعيب الذي يشوب ملكية المتصرف،

(1) د. شوقي محمد صلاح، مصدر سابق، ص372.

(2) د. شوقي محمد صلاح، مصدر سابق، ص373.

(3) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1959، فقره 55، ص190-189؛ كذلك: د. نعمان محمد خليلي جمعه، مصدر سابق، ص105.

(4) ينظر في قرارات محكمة النقض المصرية الوارد ذكرها لدى الدكتور نعمان محمد خليلي جمعه، المصدر السابق، ص105 وما بعدها.

(5) المستشار فتحية قره، مصدر سابق، ص71.

وليس سبق إبرام المالك لتصرفه مع شخص آخر على نفس العقار بعبء يشوب ملكيته، مادام المتصرف إليه الآخر لم يشهر تصرفه، لأن الملكية هنا لازالت في ذمة المالك الأصلي وبذلك يتوافر حسن النية في كل حالة يشهر فيها الغير حقاً تلقاه من شخص يحوز هذا الحق حتى إتمام هذا الشهر⁽¹⁾، ونحن نتفق مع هذا الرأي في كون أن المادة (17) من قانون الشهر العقاري تعد تطبيقاً تشريعياً لنظرية الوضع الظاهر، إلا أن أثرها يقتصر على حالة دعاوى زوال الملكية أي دعاوى الإبطال والفسخ والرجوع وعدم النفاذ، وكذلك على حالة دعوى الاستحقاق المبنية على صورية الملكية المدعى عليه والتي سنتناولها في الذكر لاحقاً، فالغير لا يتمتع بالحماية وفقاً لأحكام الظاهر إلا في مجال دعاوى زوال الملكية، لأن الملكية التي كانت ظاهرة ومستقرة وقت التصرف قد زالت بعد ذلك بأثر رجعي، ومن المفترض ان يزول معها جميع الآثار والتصرفات التي ترتبت عليها، إلا أن حماية الغير حسن النية هي الدافع في الحد من آثار البطلان، لكونه لا يعلم بالعبء الذي يشوب الملكية معتقداً بانها صحيحة مستنداً في اعتقاده على سند التسجيل العقاري، ولذلك تدخل المشرع المصري وفقاً لمقتضيات الأمن القانوني واستقرار الملكية العقارية لحماية الغير حسن النية وفقاً لنص المادة (17) الفقرة الثانية من قانون الشهر العقاري.

أما عن موقف المشرع العراقي وفقاً لقانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 النافذ، فقد نص في المادة (74) منه على الإجراءات الإدارية التي يجب اتخاذها في السجلات الرسمية لتأشير الإبطال الذي يقع على التسجيل وفقاً لحكم قضائي حائز على درجة البتات او قرار له قوه القانون دون المساس بالأوصاف الثابتة للعقار، دون ذكر الآثار التي تترتب على هذا التأشير، ومدى تمتع المدعي او لمن تم التأشير لصالحه بحجيتها، وتأثير هذه الحجية على الغير حسن النية الذي تلقى حق الملكية وتم التسجيل لصالحه من قبل المدعى عليه (المالك الظاهر) قبل هذا التأشير، كما هو الحال في موقف المشرع المصري، يعد ذلك نقصاً تشريعياً من جانب المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري بما يتناقض مع مقتضيات الأمن القانوني

(1) د. نعمان محمد خليل جمعه، مصدر سابق، ص 107

و مقتضيات حسن النية في المعاملات، لذلك نلتبس من المشرع العراقي سد هذه الثغرة التشريعية بما يتناسب مع مقتضيات الأمن القانوني واستقرار المعاملات.

كما ونرى إن من تطبيقات الملكية الظاهرة هي حالة تصرف الشريك في الشيوع بالملكية الشائعة كلها او بأكثر من حصته للغير حسن النية الذي قد يكون جاهلاً للوضع الحقيقي للعين محل الشيوع او إنه يعتقد اعتقاداً مبرراً بأن الشريك هو وكيلاً عن باقي الشركاء في هذا التصرف، فالأصل أن لكل شريك في المال الشائع الحق في استعمال واستغلال والتصرف بحصته في الملكية الشائعة⁽¹⁾، إلا أن نظام الملكية الشائعة المتبع على ارض الواقع يقوم على بقاء الملكية في حالة الشيوع لفترات طويلة جداً، وفي حال قيام احد الشركاء بإدارة المال الشائع لفترة طويلة واستغلالها، في هذه الحالة يولد اعتقاداً شائعاً لدى الكافة بأنه هو المالك الوحيد للعقار او إنه وكيلاً عن الشركاء الآخرين في التصرف به، وعند قيامه بترتيب حق عيني على هذا العقار او التصرف به للغير الذي استند على المظهر الخارجي الذي ظهر به الشريك وما يثبت هذا المظهر من سندات ملكية، ففي هذه الحالة تتحقق اركان الظاهر المادية والمعنوية معاً مما يحتم نفاذ التصرف المبرم بين الشريك (المالك الظاهر) والغير حسن النية اتجاه باقي الشركاء الذين لهم حق الرجوع على المالك الظاهر بالتعويض والتمن، كما تثبت اركان الظاهر في حال وجود الشفعة وقام المشتري قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة من قبل الشفيع، بالتصرف في العقار المشفوع او قام بترتيب أي حق عيني عليه لصالح الغير حسن النية الذي يجهل بوجود هذا الحق⁽²⁾، مستنداً في الشراء على سند التسجيل العقاري الموجود في يد المشتري الاول، الأمر الذي يدعوا معه الى الاخذ بأحكام الوضع الظاهر وذلك لتتحقق اركانه المتمثلة بالركن المادي وهو حيازة المشتري الاول للعقار المشفوع مستنداً في حيازته على سند عقاري مسجل لدى دائرة التسجيل العقاري، وهو المظهر الخارجي الذي يتحقق معه الركن المعنوي الممثل بالغلط الشائع للكافة والغير بأن المشتري هو المالك الحقيقي للعقار ولا يوجد شيء يهدد ملكه لطالما هنالك

(1) بدلالة المادة (2\1061) من القانون المدني العراقي.

(2) وذلك وفقاً للمفهوم المخالف للمادة (1144) من القانون المدني العراقي التي تنص على (لا يسري في حق الشفيع أي تصرف ناقل للملكية صدر عن المشتري او أي حق عيني رتبته على العقار المشفوع، اذ كان ذلك قد تم بعد تبليغ الرغبة في الاخذ بالشفعة،...).

سند عقاري، وبذلك يعد الغير حسن النية لعدم علمه بحقيقة الامر وبسبب اعتقاده المشروع بهذا الوضع، مما يترتب على ذلك قيام أحكام الوضع الظاهر لحماية الغير حسن النية بما يتحقق معه استقرار المعاملات والأمن التعاقدية.

أما الحقوق العينية التي يرتبها المالك الظاهر على الملكية التي يلحقها البطلان، وبالمقاييس على ما سبق من أحكام الظاهر في الملكية العقارية، فهنا نرى بأنه يجب التمييز بين حالتين الأولى هي الحقوق العينية التي يتم تأشيرها قبل هذا البطلان، والحقوق العينية اللاحقة في التأشير لهذا البطلان، وذلك استثناءً على القاعدة التي تقضي بأن (ما بني على باطل فهو باطل)، فالتصرفات التي تتم بعد البطلان لا يمكن أن يحتج بحسن نية الغير لأن البطلان يكون هنا مؤشر في السجل العقاري وعدم علم الغير هنا ناشئ عن عدم الاستعلام وبذل العناية المعتادة في التحري قبل التعاقد فتنتفي هنا حسن النية لإمكانية علم الغير بهذا البطلان إذا ما بذل العناية الاعتيادية قبل التعاقد، اما في حال كان هذا التصرف قد تم قبل بطلان الملكية فهنا يكون الغير حسن النية لعدم العلم او امكانية علمه بهذا البطلان عند تعاقدته لأنه امر مستقبلي لا يعلم به عند التعاقد، ومن يدعي خلاف ذلك أي بنفي حسن النية في هذه الحالة عليه واجب اثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد العامة في الاثبات.

فإذا ما قام شخص بترتيب حق عيني تبعي على ملكيته، ليتبين فيما بعد بأن ملكيته باطلة بالاستناد الى حكم قضائي يقضي بهذا البطلان او أي سبب يؤدي إليه، بالتالي يؤدي الى بطلان التسجيل العقاري للملكية المثقلة بالحق العيني، فهنا المدعي يكتسب الملكية العقارية خالية من أي حق عيني أنشأه المدعى عليه الذي يصبح المالك الظاهر للعقار، فهنا يكون للظاهر دور كبير في تفعيل أهدافه التي تسعى الى حماية الحقوق المكتسبة وفقاً لمبدأ الأمن القانوني، فلا بد من حماية صاحب الرهن باعتباره شخص ثالث (غير) عمن صدر الحكم لصالحه (صاحب الحق) وصاحب الملكية الظاهرة عند التعاقد، وذلك لان البطلان لا يقتصر اثره على المتعاقدين فقط بل يمتد الى الغير.

فالخروج عن القواعد العامة التي تقضي بقصر أثر التصرفات على أطرافها وأن الشخص لا يستطيع أن يعطي أكثر مما يملك، وضرورة أن يكون الراهن مالك للعقار الرهن، يكون سببه هو لضمان استقرار التعامل وحماية الثقة المشروعة، مما يؤدي الى صحة الرهن وسريانه على صاحب الملك الحقيقي، بهدف حماية الدائن المرتهن حسن النية في حال إذا وجد في ظروف يتعذر معها معرفة المالك الحقيقي، كتعامله مع المالك بسند صوري او الوارث الظاهر⁽¹⁾.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية تمثلت وقائعها في بيع صوري حقيقته هبة من شخص لولده الطبيعي، وهذا ما يمنعه القانون الفرنسي، حيث قام هذا الولد بترتيب رهن على الملكية التي تلقاها فرفع اخوته دعوى تطالب ببطالان التصرف للغش ومخالفة القانون، فتم كسب الدعوى من قبلهم وقضت المحكمة ببطلان البيع الصوري، لكن بالنسبة للرهن فقد اعتبرته المحكمة صحيحاً وناظراً في حقهم، واخذت بهذا الاتجاه العديد من المحاكم الفرنسية⁽²⁾، وفي هذا الاتجاه يمكن عد المادة (1034) من القانون المدني المصري تطبيقاً تشريعياً للوضع الظاهر والتي تنص على "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه او زواله لأي سبب آخر، اذ كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن"، اذ تعد هذه المادة استثناءً على الأثر الرجعي للبطلان وإعادة الحال الى ما كان عليه قبل هذا البطلان، بهدف حماية الغير حسن النية وتحقيقاً للأمن واستقرار المعاملات المدنية، أما عن الجانب العراقي فقد جاء خالياً من أي إشارة صريحة او ضمنية من جانب التشريع والقضاء، ويعد هذا نقص تشريعي ينافي مقتضيات المصلحة العامة وأمن المعاملات، لذلك نلتزم من المشرع العراقي في الأخذ باتجاه المشرع المصري وسد النقص التشريعي في القانون المدني بما يتوافق مع مقتضيات الأمن القانوني.

(1) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص122.

(2) محمود زواوي، نظرية الوضع الظاهر في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق-جامعة الجزائر، 1998، ص136: نقلاً عن محمد شريف جمال، معقاسي رشيد، نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة، الجزائر، 2019، ص70.

المطلب الثاني: تطبيقات خاصة بالملكية الظاهرة

أن حق الملكية يتيح لصاحبه إمكانية استعمال الملكية والتصرف بها واستغلالها كيفما يشاء في إطار الآداب العامة والنظام العام، إلا أن البطلان لا يتوقف عند الملكية فقط وإنما يسري على جميع التصرفات والحقوق التي ترتبت عليها، فالبطلان يكون له أثر رجعي يهدف الى إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد بين المتعاقدين وفقاً لأحكام المادة (2\138) من القانون المدني العراقي، وبالإضافة الى التطبيقات السابقة للملكية الظاهرة في العقارات هنالك بعض التطبيقات الخاصة والتي تتمثل في محورين الاول حول التصرفات التي يجريها المدين المعسر في أمواله قاصداً اضرار الدائن دون علم او تواطؤ من الغير المتصرف إليه، اما المحور الثاني فيسكون حول مصير اعمال الإدارة التي يجريها المالك الظاهر على العقار، وهذا ما سنتناوله وفقاً للفقرات الآتية:

أولاً: -أحكام الظاهر للمالك بسند صوري: الصورية هي تصرف قانوني ظاهري يختلف فيها المركز القانوني عن المركز الفعلي الحقيقي للمتعاقدين، إذ تتجه إرادة المتعاقدين الى إخفاء التصرف الحقيقي خلف تصرف ظاهري بقصد التحايل على الافراد او القانون، ويتفق الفقه في أن الصورية بحد ذاتها لا تعد سبباً من أسباب بطلان العقد، إذ يكون للأفراد الحرية الكاملة في إخفاء تصرفاتهم وفقاً لأرادتهم الحرة، مالم يكن هذا الخفاء يخفي وضعاً غير مشروعاً، أي يكون مخالفاً للقانون او الآداب او النظام العام⁽¹⁾، ففي حال كان العقد الصوري الظاهر يخفي وضعاً غير مشروعاً، وتعامل الغير مع المالك الظاهر وفقاً للعقد الظاهر، فما مصير الحق الذي اكتسبه الغير بناءً على العقد الظاهر على أساس مشروعيته، فهل هنالك حماية قانونية لحقه المكتسب ام يسقط تبعاً لبطلان العقد الظاهر الصوري غير المشروع؟ في حال كانت الصورية تخفي وضعاً غير مشروع، فالصورية هنا تكون سبباً لبطلان العقد الذي تتجه إليه حقيقة إرادة المتعاقدين، وبالتالي ستتربت ذات الآثار التي تترتب على العقد الباطل⁽²⁾، اما بالنسبة للغير الذي اطمئن للعقد الظاهر، وتصرف مع المالك الظاهر على أساس هذا الوضع الوهمي الذي لم

(1) بلال عماد عبيد، مصدر سابق، ص152.

(2) د. ندى الشجيري، آثار بطلان العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار السنهوري، بغداد، 2016، ص210.

يكن يعرف حقيقته، فمن غير العدل والمنطق أن يتم الاضرار بالحق الذي اكتسبه بناءً على تعامله في وضع كان في ظاهره مستقراً ومشروعاً، والغير في الصورية هو كل شخص اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية انه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله⁽¹⁾، فاستقرار المعاملات والعدالة تقتضي في هذه الحالة أن يعد العقد الصوري الظاهر بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج أثره في حال كان له مصلحة في ذلك، فالغير في الصورية فريقان، الفريق الاول هو كل من اكتسب حقاً عينياً على الشيء محل التصرف الصوري، سواء كان سابقاً او لاحقاً للتصرف الصوري، اما الفريق الثاني هم الدائنون الشخصيون لكل طرف من العقد الصوري⁽²⁾.

ووفقاً لما سبق فان أحكام الظاهر لها دور في حماية الغير في العقد الصوري في مواجهة المالك الحقيقي والظاهر، وتعد هذه الصورة من أقدم صور الملكية الظاهرة التي اتجه اليها المشرعون والفقه والقضاء⁽³⁾، إذ اعتد المشرع في تنظيمه لأحكام الصورية بالظاهر، مغلباً اعتبارات الثقة المشروعة في الظاهر على متطلبات احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، تحقيقاً لاستقرار المعاملات⁽⁴⁾ وهذا ما نجده جلياً في النصوص القانونية في كل من فرنسا ومصر والعراق وغيرها من دول. ففي فرنسا قواعد الصورية وجدت بصورة صريحة وفقاً للمادة(1201) من القانون المدني، التي عملت على ترسيخ مبدأ يقضي بأن كان مقبولاً أن يخفي شخص حقيقة علاقاته مع الغير كيفما يشاء فالخفاء ليس سبباً للبطلان في ذاته، لكن عليه في الوقت ذاته مراعاة مصلحة الغير وعدم خداعة وإلا عليه تحمل خطورة عمله كلما كان سبباً في خداع الغير والحاق الضرر به⁽⁵⁾، فوجود النصوص القانونية التي تدعم هذه الصورة من الوضع الظاهر، ويتجه الفقه والقضاء الفرنسي الى قبول هذا التطبيق من تطبيقات الوضع الظاهر،

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد 2، أثار الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص1412.

(2) المصدر اعلاه، ص1412 وما بعدها.

(3) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، القسم الثاني، ص70؛ كذلك: د. عدنان إبراهيم السرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، مركز البحوث القانونية، العراق، 2022، ص266.

(4) د. شوقي محمد صلاح، مصدر سابق، ص402.

(5) د. عدنان إبراهيم السرحان، مصدر سابق، ص267.

على نحو يدعم هذه الصورة الخاصة من الملكية الظاهرة، لذلك ذهب الفقه الفرنسي الى تفسير نص المادة(1201) من القانون المدني الفرنسي على انها تطبيق تشريعي للوضع الظاهر، في حين اقترح جانب اخر توسيع نطاق المادة لكي تشمل جميع حالات الظاهر معتبراً قواعد الصورية هي الأساس القانوني لحماية الوضع الظاهر⁽¹⁾. ويتجه المشرع المصري الى بيان أحكام الصورية بنصوص صريحة وواضحة⁽²⁾، وقد نظم جميع أثارها التي تتعلق بها، وعلى وجهه الخصوص حماية الغير حسن النية الذي أعطاه الحق في التمسك بالعقد الظاهر او المستتر وفقاً لمصلحته المشروعة، لغرض تحقيق الاستقرار والأمن في المعاملات وفقاً لنظرية الوضع الظاهر.

أما عن موقف المشرع العراقي فقد كان له موقف جاد وصريح في حماية الغير حسن النية الذي انتمن للعقد الظاهر الصوري عند تصرفه مع المالك الظاهر، إذ أعطى المشرع للغير حسن النية الحق في التمسك بالعقد الصوري(الظاهر) الذي يساوي البطلان في الأثر⁽³⁾، او التمسك في العقد الحقيقي ايهما يحقق مصلحته، إذ نص على "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما ان لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر"⁽⁴⁾، إذ يتبين لنا أن اشتراط المشرع لحماية الغير في العقد الصوري هو أن يكون حسن النية، فأذا ثبت سوء نيته المتمثلة بعلمه بالعقد الصوري واسباب الصورية عند التعاقد فهنا يحرم من الحماية القانونية والمتمثلة بإعطائه الخيار في التمسك بين أحد العقدین، فهذا الخيار لا يثبت إلا للغير حسن النية الذي يكون له مصلحة مشروعة من وراء تمسكه بالعقد الصوري او الحقيقي⁽⁵⁾.

(1) المصدر أعلاه، ص267.

(2) المادة (1\244) من القانون المدني المصري التي تنص على (إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، ان يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم).

(3) بلال عماد عبيد، مصدر سابق، ص153.

(4) المادة (147) من القانون المدني العراقي النافذ.

(5) بلال عماد عبيد، مصدر سابق، ص145.

وذهب أحد الفقه⁽¹⁾ معلقاً على نص المادة (149) من القانون المدني العراقي بالقول "أنه لا يعيق حماية الغير حسن النية ما جاء في المادة (149) التي تنص على (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري) فهذا الحكم ووفقاً للرأي الغالب يسري على أطراف التصرف دون الغير حسن النية الذي تستمر له الحماية كاملة وفق المادة (147) من القانون المدني العراقي، وأن القول خلافاً لذلك يتعارض مع غاية المشرع العراقي، وأن في ذلك تحريض للغش إذ يستطيع المالك التهرب من التزاماته بمجرد إبرام عقد بيع صوري لأمواله"، وبذلك يمكن القول بأن التصرفات القائمة على العقار أو التي ترتب حق عيني على العقار كالرهن لمصلحة الغير حسن النية الذي لا يعلم رغم الحيلة والحذر التي اتخذها عند إبرامه العقد، بأن المتصرف ليس هو المالك الحقيقي وإنما هو المالك الظاهر للعقار، يكون هنا التصرفات صحيحة ونافاذة بحق صاحب العقار الحقيقي.

ثانياً: -أحكام الظاهر في حالة عدم نفاذ التصرف: وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني تكون ذمة المدين المالية ضماناً عاماً لدائنيه، وعند زيادة التزاماته على حقوقه، أي زيادة ديونه وقله ضماناته، يكون هنا المدين معسراً، أي عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه المستحقة⁽²⁾، ولضمان حقوق الدائنين يمنع عليه إجراء أي تصرف من شأنه أن يقلل من هذه الضمانات وتزيد من إفساره بما يضر الدائنين، وفي حال قيامه بهذا النوع من التصرفات فأنها تكون غير نافذة بحق الدائنين أي كأنها لم تكن، ويبقى محل التصرف ضمان عام للدائنين وفقاً لأحكام دعوى عدم نفاذ التصرف⁽³⁾، وتتجه أغلب التشريعات إلى حماية الدائن من تصرفات مدينه المعسر التي من شأنها أن تزيد من إفساره وتضعف ضماناته، بتمكين الأول من حق الطعن بتصرفات المدين التي يقصد بها إضرار الدائن بالغش والتواطؤ مع الغير المتعامل معه، وذلك بمقتضى

(1) يذهب في عرض هذه الفكرة الدكتور عدنان إبراهيم السرحان، مصدر سابق، ص269، إذ يبين أن غاية المشرع في حماية الغير حسن النية وفقاً لنص المادة (147) من القانون المدني العراقي لا تتعارض مع نص المادة (149) من نفس القانون، فلا يمكن أن نسحب بالشمال ما أعطى للغير باليمين.

(2) أن الاعسار المقصود هنا هو الاعسار الفعلي وليس القانوني، ويتمثل الاعسار الفعلي في زيادة الديون المستحقة على الحقوق المستحقة والغير مستحقة للمدين، للمزيد انظر: د. نبيل إبراهيم سعد -د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2002، ص137.

(3) عادل حسن علي، الاثبات وأحكام الالتزام، من دون دار ومكان نشر، طبعة 2007، ص405؛ د. محمد علي بدوي، النظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2010، ص80.

الحكم بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) والتي من شأنها أن تجعل تصرفات المدين سية النية غير نافذة بحق الدائنين.

ومن جانب التشريع الفرنسي فقد نصت المادة (1341) من مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016، بشكل واضح وصريح على شروط دعوى عدم نفاذ التصرف المدين بحق الدائنين، حيث جاء فيها "يجوز للدائن كذلك أن يرفع دعوى باسمه الشخصي لتقرير عدم نفاذ التصرفات الصادرة من مدينه غشاً بقصد الإضرار بحقوقه، بشرط اثبات، اذ تعلق الأمر بعقد معاوضة، على ان الغير المتعاقد كان على علم بالغش"، وبالنظر الى نص المادة يتبين لنا أن من حق الدائن قيام دعوى باسمه يطالب فيها عدم نفاذ تصرفات المدين له لكن بشروط وهي أن يكون المدين معسر وأن يكون سية النية يهدف في تصرفه الاضرار بحقوق الدائن عن طريق الغش، ويشترط أن يكون الغير على علم بهذا الغش أي علم بإعسار المدين الذي تصرف اليه بالحق، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على ما سبق في حال كان العقد بين الغير والمدين من عقود المعاوضة، ولكن المشرع الفرنسي سكت عن بيان مصير الغير في حال كان حسن النية لا يعلم بنية المدين وكان التصرف معاوضة، وهذا هو اتجاه المشرع المصري المادة(31238) الذي شمل المتصرف اليه (الغير) بعدم نفاذ التصرف وعدم إعطاء اي اعتبار لحسن النية ومقتضيات الأمن القانوني، إلا أن الأمر يأخذ منحى آخر وفقاً لنصوص القانون المدني العراقي الذي تناول بوضوح دعوى عدم نفاذ التصرف ومتطرقاً في بيان جميع تفاصيلها، إذ جاءت المادة (264) من قانون المدني العراقي الى بيان ما يلي:

"1-إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منظوياً على غش المدين وأن يكون من صدر إليه التصرف على علم بهذا الغش، ومجرد علم المدين أنه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما ويفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذ كان قد علم إن هذا المدين معسراً وكان ينبغي إن يعلم ذلك.

2-أما إذ كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً.

3- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف اخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرف الخلف الاول إن كان المدين قد تصرف بعوض او كان هذا الخلف الثاني يعلم بإعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً⁽¹⁾

بهدف توفير الحماية لجميع الأطراف، وتجنب المشاكل وعدم الاستقرار عندما يتعلق الامر بحماية حق الغير حسن النية فهنا يجب أن ينظر اليه المشرع من زاوية العدل وليس المنطق فقط لتحقيق الاستقرار في التعامل لوثوقه بالظاهر وإتيمانه به.

فبالنظر الى احكام الفقرة الثالثة من المادة (264) من القانون المدني العراقي، نجد أن المشرع أشار إلى حالة مهمة جداً تصح أن تكون أحد تطبيقات الوضع الظاهر في الملكية، وهي حالة قيام من تصرف اليه المدين المعسر بالتصرف بالحق محل التصرف الاول الى شخص (الخلف الثاني) لا يعلم بإعسار المدين وليس بمقدوره العلم وكان التصرف من عقود المعاوضات هنا أشار المشرع وبصورة ضمنية الى سريان أحكام الظاهر وبقاء التصرف نافذاً بحق الدائنين على اعتباره تصرفاً صحيحاً بهدف حماية الغير حسن النية.

واشترط المشرع العراقي لتطبيق احكام نص المادة السابقة هو أن يكون التصرف من المعاوضات مبني على عدم العلم المتصرف إليه بإعسار او غش المدين ذلك في لحظة تصرف المدين بالحق للخلف الاول سواء كان هذ التصرف بين المدين والخلف الاول بعوض او تبرعاً وهذا هو اتجاه المشرع المصري⁽¹⁾.

وبالنظر الى الفقرة الثانية من المادة (264) ان المشرع العراقي لم يرتب على حسن النية اثراً اذا كان التصرف بين الغير والمالك الظاهر تبرعاً، أي أن المتصرف اليه قد تلقى الحق تبرعاً من المدين ففي هذه الحالة ترجح الكفة الى مصلحة الدائن (المالك الحقيقي) إذ يكون أولى

⁽¹⁾ المادة (3/238) من القانون المدني مصري التي تنص على (وإذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف اخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين، وعلم الخلف الاول بهذا الغش، ان كان المدين قد تصرف بعوض، او كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً).

بالحماية من مصلحة الغير وبالتالي يستحق المالك الحقيقي أمواله المتبرع بها، لكون الظاهر هنا يكون ضعيفاً واحتمالات الغش تكون أكبر وواردة أكثر، فالتبرع يثير الشكوك لدى الشخص العادي، بالتالي فإن الحكم في بطلان تبرع صاحب الوضع الظاهر يؤدي الى حماية صاحب الحق من الضرر الذي كان قد يلحق به جراء هذا التصرف⁽¹⁾، ودفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، ومن هنا جاءت فكرة القاعدة التي تقضي في عدم امكانه اعمال أحكام الظاهر في التصرفات التي تكون تبرعاً.

ثالثاً: -أحكام الظاهر في أعمال الإدارة: تعد اعمال الإدارة من الاعمال القانونية الشائعة التي يجريها المالك عند استعمال ملكه على وجهه الصحيح، بهدف استغلاله والانتفاع منه او صيانتة وحفظه وغيرها، فأعمال الإدارة يتحدد مفهومها وفقاً لطبيعتها، فهي اما يقصد بها الأعمال التي يكون الغرض منها استغلال المال واستثماره بطريقة ما، كالإجارة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ووفاء الدائن وغيرها، فهذه الاعمال لا تؤدي الى استهلاك العين كأعمال التصرف ولا تهدف الى حفظه وصيانتة من التلف والهلاك كإعمال الحفظ والصيانة⁽²⁾، وإنما استغلال واستثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية دون تغيير في التخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة لها⁽³⁾، وهذا ما يسمى بأعمال الإدارة المعتادة.

أما عن اعمال الإدارة غير المعتادة فتتمثل بالأعمال التي تتناول العين بالتبديل والتغيير تغييراً أساسياً كلياً بهدف جعله اكثر نفعاً و إنتاجاً، كتحويل عمارة سكنية الى فندق او تحويل الأرض الى بستان او تحويل البستان الى بناء وغيرها⁽⁴⁾، وتعد هذه الاعمال متى ما أجريت على العين محل العقد الباطل لأنها يتعذر معها إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد الباطل، وبالتالي

(1) د. ندى الشجيري، مصدر سابق، ص181-182.

(2) وهي الاعمال التي تعد وسيلة يتخذها المتعاقد في العقد الباطل لحفظ الشيء وصيانتة من التلف والهلاك او الضياع، ولأنها تهدف لحفظ العين محل العقد فهي تتم لمصلحة المالك الأصلي ومن ثم فإن أثرها مقيد بقواعد الرد عند البطلان وليس لها أثر يمس مصلحة الغير. ينظر: د. ندى الشجيري، مصدر سابق، هامش ص199.

(3) غني ريسان جادر الساعدي، احكام تصرفات الوارث الظاهر-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون-جامعة بغداد، 2000، ص21؛ د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ج2، ع3، س4، 1934، ص446؛ نقلا عن د. ندى الشجيري، مصدر سابق، ص200.

(4) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006، ص123.

يجب ان يصار الى تعويض وفقاً لنص المادة (138) من القانون المدني العراقي، لذلك تبقى آثار البطلان محصورة بين المتعاقدين في العقد الباطل ولا تؤثر على مصلحة الغير حسن النية⁽¹⁾. وفقاً لما سبق فإن نطاق بحثنا سيدور حول مصير اعمال الإدارة المعتادة وأثرها على حق الغير حسن النية عند بطلان عقد من باشرها مع هذا الغير، مستبعدين اعمال الإدارة غير المعتادة عن مدار بحثنا، ونرى بأن مصير اعمال الإدارة التي يجريها المالك الظاهر على ملكه قبل بطلانه لا تتعلق أثارها بين المتعاقدين الذين ابطال العقد بينهما فقط ليمت إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، بل يتعلق الامر بحقوق الأغيار حسني النية عند اجرائهم هذه التصرفات، لذلك تتجه إرادة المشرع إلى حماية الغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر مستندة في هذه الحماية الى اعتبارات الأمن القانوني التعاقدي واستقرار المعاملات، وذلك بالنص على سريان هذه الاعمال بحق المالك الحقيقي لمصلحة الغير متى ما كان حسن النية لا يعلم بسبب البطلان عند قيامه بها، ومتى ما كانت العين محل هذه الاعمال في حياة معتادة لدى المالك الظاهر، فالقاعدة العامة تقضي بأن عقود الإدارة المعتادة تبقى قائمة متى ما صدرت من المالك الظاهر الذي تقرر إبطال سند ملكيته لصالح من تعامل معه إذا كان هذا الأخير حسن النية، بالتالي إذا كان المتصرف إليه في العقد الباطل قد أجر العين محل العقد فإن هذا الايجار يبقى قائماً لصالح المستأجر إذا كان حسن النية⁽²⁾، وكان هذا الايجار وفقاً للشروط التي اخذت بها القوانين الموضوعية⁽³⁾ وفقاً لما يلي:

- 1- أن تكون قد أبرمت بحسن نية، أي ألا يكون المستأجر يعلم عن بطلان عقد المؤجر، ولا يشوبها الغش او التواطؤ او أن يكون القصد منها الأضرار بالمالك الحقيقي.
- 2- أن تكون محددة بمدة قصيرة وقد حددتها القوانين بثلاث سنوات.
- 3- أن تكون قد أبرمت في ظل الظروف الطبيعية الاعتيادية.

(1) د. ندى الشجيري، المصدر سابق، ص200.

(2) مصطفى جمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1999، ص214.

(3) حيث تنص المادة (724) من القانون المدني العراقي على "ليس لمن لا يملك الا حق الإدارة ان يعقد اجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات ..." والمادة (1\105) من نفس القانون وتقابلها المادة (559) من القانون المدني المصري.

تعد هذه الشروط من خلق القضاء الفرنسي⁽¹⁾، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الموضوع في عدم الاكتفاء بحيازة المؤجر للشيء الذي اجره بل تستلزم توافر ظروف كافية تسمح للمستأجر بالاعتقاد بملكيتة للعين المؤجرة⁽²⁾، وفي حال كان المالك الظاهر هو مستأجر للعين محل النزاع وقام بتأجيرها للغير حسن النية من الباطن الذي يظن بأنه المالك الحقيقي للعين محل العقد بسبب حيازته للعين واستغلاله لها، فهذا لا يمكن الاخذ بالوضع الظاهر مالم تتوافر شروطه من حسن نية الغير ووقوعه بغلط شائع يدفعه الى الاعتقاد بملكية المتصرف وفقاً لمظهره، ويكون سبب ظهوره المالك الظاهر (المتصرف) بهذا المظهر هو خطأ المالك الحقيقي وإهماله.

وفقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 10 فبراير 2016 يقضي بأن "المقرر في قضاء محكمة النقض أن مناط نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق -المالك الحقيقي- أن يكون الأخير قد اسهم بخطئه - سلباً او ايجاباً - في ظهور المتصرف بالحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ومن ثم إذا انتقت مساهمة صاحب الحق بخطئه في قيام مظهر خارجي من شأنه أن يخدع الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر فلا مجال لإعمال هذه النظرية..."⁽³⁾، وفقاً لذلك يكون عقد الايجار المبرم بين الغير حسن النية والمالك الظاهر نافذاً وصحيحاً بحق المالك الحقيقي، متى ما تسبب الأخير بخطئه بظهور المتصرف بمظهر المالك أذ تقتضي النصوص القانونية في عدم تأثير حق المستأجر من التعاقد في العقد الباطل عند تقرير بطلان عقده⁽⁴⁾، بالتالي تظل العين محل الايجار في حيازة المستأجر

(1) في بيان هذه الشروط انظر: القاضي الدكتور آوات عمر قادر حاجي، مبدأ استقرار المعاملات، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017، ص151؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للألتزامات-الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل-العراق، 2011، ص322.

(2) نقض فرنسي في 18 يناير عام 1995، القسم الثالث، رقم، ص14، مشار اليه لدى: د. ندى الشجيري، مصدر سابق، هامش ص202.

(3) قرار محكمة النقض المصرية الطعن 1205 لسنة 73 ق جلسة 2016\2\10 منشور على صفحات الانترنت اخر تاريخ الزيارة 2024\7\7 عبر الرابط الاتي:

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/10/1205-73-10-2-2016-67-24-171.html?m=1>

(4) د. ندى الشجيري، مصدر سابق، ص201.

لينتفع بها طول مدة الايجار التي لا تتجاوز الثلاث سنوات، أذ إن بطلان عقد ملكية المؤجر لا يتبعه بطلان عقد الايجار سند المستأجر وذلك وفق احكام نظرية الوضع الظاهر⁽¹⁾، وهذا ما اكدته الاحكام القضائية السابقة ووفقاً للنصوص القانونية، وبذلك يمكن القول أن اعمال الإدارة المعتادة التي يقوم بها المالك الظاهر قبل بطلان عقده تكون نافذة بحق المالك الحقيقي لمصلحة الغير حسن النية، وذلك لان هذه الاعمال لا تمس حق من أستقرت له الملكية نتيجة البطلان لأنها محدودة بمدة معينة، كما وأنها اعمال تصب في صالح الجميع، وتكون مؤقته وضرورية لاستغلال الأعيان وجني ثمارها ومنافعها، لذلك يحسن اجراءها على أي حال، لذلك فهي ترد قيداً على الأثر الرجعي للبطلان⁽²⁾، وفقاً لهذه الاعتبارات القانونية والعملية التي تهدف الى تحقيق العدل والحفاظ على استقرار المعاملات وذلك بحماية حق الغير حسن النية عملاً بنظرية الوضع الظاهر التي يقتضيها مبدأ الأمن القانوني.

الخاتمة: وفي نهاية دراستنا الموسومة بـ (دور الأمن القانوني في ملكية الظاهر للعقار) لا يسعنا سوى بيان أبرز ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات والتي سنعرضها وفق الفقرات الآتية:

أولاً: -الاستنتاجات

1. ينطوي الأمن القانوني على جملة من المبادئ والقواعد القانونية التي يركز عليها وتنفرع منه مكونه عناصراً له، والتي تتمثل بمبدأ اليقين القانوني والاستقرار القانوني وعدم رجعية القانون من حيث الزمان واحترام الحقوق المكتسبة للأفراد، فضلاً على احترام الثقة المشروعة للأفراد بالقانون، واحترام مقتضيات حسن النية في التعاقد.

2. لمبدأ الأمن القانوني ارتباط وثيق بمبادئ أخرى تتداخل وتتكامل معه وتمثل صوراً أخرى للأمن، ولعل أبرز هذه المبادئ تتمثل في مبدأ الأمن التعاقدي، ومبدأ الأمن

(1) المصدر اعلاه، ص201.

(2) نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية-جامعة بغداد، 1986، ص226؛ كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص322-322.

القضائي، والتي تعد جميعها من المبادئ المهمة في مجال القانون ولها تأثير كبير على العقود.

3. تزداد الحاجة الى وجود الأمن القانوني في ظل العلاقات والأوضاع القانونية غير المستقرة، ولعل أبرز هذه الأوضاع هو الوضع الظاهر الذي يختلف فيه صاحب المركز القانوني عن صاحب المركز الفعلي الحقيقي في المعاملات، فهو الوضع الذي يحوز فيه الشخص صفة ليست له ويمارس مكنات وسلطات التي يتيحها مركز تلك الصفة مما يولد اعتقاد بقانونية هذا المركز وهو ليس كذلك.

4. الملكية الظاهرة تنطوي على اختلاف بين صاحب المركز القانوني وصاحب المركز الفعلي، أي أن من يمارس السلطة الفعلية المباشرة على الشيء المملوك يختلف عن يعطيه القانون حق ممارسة هذه السلطة، وهذا الاختلاف يؤدي الى زعزعة في أمن واستقرار المعاملات التعاقدية وبالأخص عند وجود شخص ثالث يتم التصرف اليه بهذا الحق ويكون حسن النية.

5. المالك الظاهر هو شخص يكون ظاهراً بمظهر المالك الحقيقي ويحوز المركز الفعلي للحق، وقد يحوز بعض سلطات ومكنات هذا الحق مما يولد لدى الغير الذي يتعاقد معه اعتقاداً شائعاً يتولد لدى كافة الافراد بأنه هو نفسه صاحب المركز القانوني، معتقد بحسن نية انه المالك الحقيقي للحق محل التصرف.

ثانياً: -المقترحات: على الرغم من أن التطبيقات التشريعية وفق نصوص القانون العراقي لا تتجاوز ما هو موجود في كل من تشريعات مصر وفرنسا، إلا اننا سنعرض بعض من الاقتراحات التي توصلنا اليها للمشروع العراقي وفقاً لما يلي:

1. سعياً الى تحقيق متطلبات الأمن القانوني في احترام الحقوق المكتسبة والحفاظ على استقرار المعاملات، ندعو المشروع العراقي بالأخذ باتجاه المشروع المصري في المادة (1034) من

القانون المدني المصري فيما يتعلق بالدائن المرتهن من الراهن الظاهر، على أن يكون نص القانون العراقي وفق الصيغة الآتية:

(يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الظاهر الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب من الأسباب، وهذا في حال إذا كان الدائن المرتهن حسن النية لا يعلم حقيقة صفة المالك الظاهر عند إبرام عقد الرهن.)

2. وفقاً لنص المادة (17) من قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 النافذ الخاصه بتسجيل البطلان في السندات العقارية مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً وسجله قبل هذا التأشير، نلتزم من المشرع العراقي سد النقص الحاصل في قانون التسجيل العراقي رقم 43 لسنة 1971 النافذ، وذلك بإضافة فقره ثالثة للمادة (74) على أن يكون نص الفقرة وفق الصيغة الآتية:

(3- يترتب على تأشير البطلان المنصوص عليه في الفقرات السابقة في صحيفة السجل بأنه يكون حجة على الناس كافة وعلى من ترتب لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، هذا ولا يكون لهذا الحق حجة على الغير الذي اكتسب حقه بحسن نية قبل التسجيل أو التأشير المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة.)

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية: -

1. القاضي الدكتور أوات عمر قادر حاجي، مبدأ استقرار المعاملات، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017.
2. بلال عماد عبيد، المعالجة القانونية لأثار العقد الباطل، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر.
3. د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص 122.
4. د. جميل الشوقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1959.
5. د. سلامه عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2005.

6. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
7. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2009.
8. المستشار فتحية قره، الأوضاع الظاهرة، المكتبة القانونية، دمشق -سوريا، من دون سنة نشر.
9. د. عادل حسن علي، الاثبات واحكام الالتزام، من دون دار ومكان نشر، طبعة 2007.
10. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني-البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2000.
11. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد 2، آثار الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
12. د. عدنان إبراهيم السرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، مركز البحوث القانونية، العراق، 2022.
13. د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات-الجزء الأول، منشورات جامعة جبهان الخاصة، أربيل-العراق، 2011.
14. د. محمد بن موسى، نظرية الظاهر في القانون التعاقي، محاولة لنظرية عامة للأمن القانوني في ميدان التعاقي، مجلة القضاء المدني، المغرب، 2021.
15. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006.
16. د. محمد علي بدوي، النظرية العامة للالتزام-احكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2010.
17. مصطفى جمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1999.
18. د. نجوان عبد الستار، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديد، مصر، 2015.
19. د. نبيل إبراهيم سعد -د. محمد حسين منصور، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2002.
20. د. ندى الشجيري، اثار بطلان العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار السنهوري، بغداد، 2016.
21. د. نعمان محمد خليل جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية المنظمة العربية للثقافة والعلوم، التبعة للجامعة العربية، 1977.

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية: -

1. غني ريسان جادر الساعدي، احكام تصرفات الوارث الظاهر-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون-جامعة بغداد، 2000.
2. محمد شريف جمال، معقاسي رشيد، نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة، الجزائر، 2019.

3. نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية- جامعة بغداد، 1986.
4. احمد امين عارف، مبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته في التشريع العراقي، أطروحة دكتوراه، جامعة كركوك\ كلية القانون والعلوم السياسية، 2020.
5. السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، 1989.
6. د. شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحلوان، مصر، 2002.

ثالثاً: البحوث والمقالات القانونية: -

1. أستاذنا الدكتور. زياد خلف عليوي، د. محمد سليمان الأحمد، مصدرية الحكم القضائي لحق الملكية، بحث منشور، مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق-جامعة الموصل، المجلد 23، العدد 84، السنة 25، 2019.
2. م.د. وسن كاظم زررور، أ.م. د. احمد سمير الصوفي، نظرية الوكالة الظاهرة وجدوى تطبيقها في القانون المدني، بحث منشور، مجلة الفنون والأداب وعلوم الانسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد 30، 2018.

ب-القوانين:

• القوانين العراقية:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل.
2. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 النافذ.

• القوانين العربية والفرنسية:

1. قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 النافذ.
2. القانون المدني المصري رقم 113 لسنة 1948 النافذ المعدل.
3. وقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 النافذ والمعدل وفق مرسوم تعديل قانون المدني بتاريخ 2016\2\10.

رابعاً: المصادر الإلكترونية: -

1. قرار محكمة النقض المصرية الطعن 1205 لسنة 73 جلسة 2016\2\10 منشور على صفحات الانترنت اخر تاريخ للزيارة 2024\7\7 عبر الرابط الاتي:

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2022/10/1205-73-10-2-2016-67-24-171.html?m=1>