ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The legislative wisdom behind the dual legal framework for transferring ownership

Dr. Rand Omar Asaad Al-Kulaidar

College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

Rand.o.asad@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 22 March 2026
- Accepted 5 April 2026
-Available online 1 September 2026

Keywords:

Legislative wisdom

- dual legal regulation

- real estate property

- non-real estate propert

Abstract: The transfer of ownership, whether real estate or movable, was not based on a single legal base, but sometimes the need for the intervention of the legislator are not two legal rules that are valid at the same time, which was called by the jurisprudence of the duality of legal organization, on the basis that the law is not just a set of dry rules; but rather it is an expression of the will and aspirations of society, and this means that any rule that does not reflect this will can be said that it lacks the basic legitimacy, and the purpose of inspiring the philosophy of society is to achieve its public and private interests, in addition to the development of the law by the judge by balancing the content of the legal base and the social developments it faces, hence the legislative wisdom on which it was based emerges The Iraqi legislator in subjecting the same action to two legal rules, one of which is limited to the obligation of compensation (which is the rule of consent

with the external contract) and the other is a carrier of ownership (the official rule represented by registration), as the legislator did not intend to create a contradiction or contradiction, but intended to create a balanced system in some cases that guarantees legal security on the one hand; and on the other hand, it maintains adherence to the right that the will sought at the time of concluding a contract without the formality pillar.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية

م .د. رند عمر اسعد الكليدار

كلية القانون، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق

Rand.o.asad@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٢٢ / اذار/ ٢٠٢٦
- القبول : ٥ / نيسان/ ٢٠٢٦
- النشر المباشر: ١/ايلول /٢٠٢٦

الكلمات المفتاحية :
- الحكمة التشريعية
- ثنائية التنظيم القانوني
- ملكية عقارية
- ملكية غير عقارية

الخلاصة: أن نقل الملكية سواء كانت عقارية ام منقول لم تقم على قاعدة قانونية واحدة , بل دعت الضرورة في بعض الأحيان الى تدخل المشرع ليسن قاعدتين قانونيتين نافذتين في آن واحد معاً, مما أُطلق عليها فقهاً ثنائية التنظيم القانوني, من منطلق كون القانون ليس مجرد مجموعة من القواعد الجافة ؛بل هو تعبير عن إرادة المجتمع وتطلعاته , وهذا يعني ان أي قاعدة لاتعكس هذه الإرادة يمكن القول انها تفتقر الى المشروعية الأساسية , وغاية استلهام فلسفة المجتمع هو تحقيق مصالحه العامة والخاصة ,اضافةً الى ان تطوير القانون بواسطة القاضي يكون من خلال الموازنة بين مضمون القاعدة القانونية والتطورات الاجتماعية التي تواجهه, ومن هنا تبرز الحكمة التشريعية التي استند عليها المشرع العراقي في اخضاع التصرف الواحد لقاعدتين قانونيتين ,احداهما يقتصر اثرها على الالزام بالتعويض(وهي قاعدة الرضائية بالعقد الخارجي) والأخرى تعد ناقلة للملكية (القاعدة الرسمية المتمثلة بالتسجيل) ,اذ لم يقصد المشرع احداث تناقض او تعارض بل قصد خلق نظام متوازن في بعض الحالات يضمن الامن القانوني من جانب ؛ومن جانب اخر يحافظ على التمسك بالحق الذي سعت اليه الإرادة وقت ابرام العقد الخالي من ركن الشكلية .

. © ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : أولاً: التعريف بموضوع البحث

ان التأمل في فلسفة المشرع عند تشريع القوانين يكشف عن حقيقة مفادها ان المشرع لا يضع قاعدة قانونية عبثاً, بل يسعى من ورائها الى تحقيق غايات ومقاصد تعرف بالحكمة التشريعية ,وتتجلى أهمية تناول هذه الحكمة بصورة خاصة عند تناول موضوع ذات أهمية كبيرة على المستوى العام والخاص كالتصرفات الناقلة للملكية ,حيث تداخل رغبة الفرد في حرية التصرف مع حاجة المجتمع الى الامن القانوني والاستقرار في المعاملات.

يعد مبدأ استقرار المعاملات في التصرفات الناقلة للملكية غير الموثقة رسمياً بشكل خاص هو غاية المشرع في ثنائية التنظيم القانوني ,وذلك لأن التصرفات الناقلة للملكية عندما لا تراعي الشكلية المطلوبة قانونياً لا تنتج اثرها المقصود ؛بل ينتج عنها البطلان بحكم القانون, وخصوصاً ان كانت الشكلية تعدُ ركناً جوهرياً في العقد, ومن ثم فأن اعتداد المشرع بهذه التصرفات رغم خلوها من الشكلية المطلوبة يعدُ اقراراً منه بما يعرف بثنائية التنظيم القانوني .

وبما ان الغرض الذي يبتغي القانون تحقيقه يشكل الأساس والعلة الجوهرية لوجود النص القانوني , فأن كل نص قانوني وضع من اجل تحقيق جملة من المصالح والغايات ,ومن اجل فهم النص القانوني فهماً سليما يجب ادراك حكمته التشريعية ,اذ ان هذه الحكمة هي المعيار الذي يحدد مضمون وجوهر النص القانوني التي وجدت من اجله ,ولأدراك مضمون وجوهر ثنائية التنظيم القانوني للتصرف الناقل للملكية لابد من ادراك حكمته التشريعية .

-أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في الحكمة التشريعية لأعتماد ثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية ,كونها تكشف عن عقلانية المشرع وتوفيقه بين نظاميين متباينين -الرضائية والشكلية- لتحقيق اقصى درجات الحماية للتعاملات الواردة على نقل الملكية ,سواء كانت عقارية ام غير عقارية,حيث خضعت هذه التصرفات لأكثر من قاعدة قانونية نافذه ؛مما يجعل احداهما تأخذ الأولوية في التطبيق في بعض الأحيان تماشيا مع مستجدات المجتمع وتحقيقا لمصالحه ,فالحكمة التشريعية لاتكمن فقط في وجود اكثر من قاعدة قانونية تحكم ذات الموضوع ,بل في فهم السبب الذي دفع المشرع جراء هذا التعدد في سياقات معينة.

-إشكالية البحث:

ان إشكالية البحث تنطلق من ملاحظة جوهرية مفادها ان المشرع العراقي اعتمد ثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية على نحو يبدو للوهلة الأولى متناقضاً مع الحكمة التشريعية المفترضة لقاعدتيين على حدا ,فمن جهة اقر المشرع الشكلية الصارمة لنقل الملكية العقارية ؛واقر نظاماً مشابهاً لها في نقل المركبات ,ومن جهة أخرى أقر المشرع استثناءات جوهرية لهذه الشكلية الصارمة,ان هذا التقابل بين الأصل الشكلي والاستثناء يثير اشكالاً مهماً يتعلق بفهم الحكمة التشريعية التي قامت عليها الثنائية لنقل

الملكية,بمعنى كيف يمكن التوفيق بين تشبث المشرع بالشكلية لنقل الملكية بالنسبة للعقار والمنقول وبين اقراره لآليات قضائية بديلة تنقل الملكية دون تحقق ركن الشكلية ,وهل يعد نظاماً متكاملاً ام متناقضاً .

-منهجية البحث:

لقد اعُتمد في انجاز البحث على المنهج التحليلي كأداة رئيسية للكشف عن الحكمة التشريعية الكامنة من وراء اعتماد المشرع العراقي لثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية ,و مع الاستعانة بالمنهج الاستقرائي لتتبع احكام محكمة التمييز العراقية ؛للتحقق من مدى انسجام التطبيق القضائي مع النصوص التشريعية ومع الحكمة المفترضة من ورائها , وقد حرص الباحث طوال هذه المنهجية تجنب أي مقارنة مع قوانين الدول الأخرى ؛ليس قصورا في البحث بل اختيار منهجا واضحاً محدداً بهدف استقراء الحكمة التشريعية للنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

-هيكلية البحث:

تتمثل هيكلية البحث كالاتي:

المبحث الأول:مفهوم الحكمة التشريعية لأعتماد ثنائية التنظيم القانوني.

المطلب الأول:تعريف الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني.

المطلب الثاني: عناصر الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني .

المبحث الثاني : مظاهر الثنائية في التنظيم القانوني في نقل الملكية.

المطلب الأول: الحكمة التشريعية للثنائية في نقل ملكية العقار.

المطلب الثاني: الحكمة التشريعية للثنائية في نقل ملكية المنقول.

المبحث الأول

مفهوم الحكمة التشريعية لاعتماد ثنائية التنظيم القانوني

تتجلى الحكمة التشريعية من اعتماد ثنائية التنظيم القانوني للتصرف الناقل للملكية هو التوفيق بين المصالح المتعارضة للافراد داخل المجتمع في سبيل تحقيق استقرار المعاملات والامن القانوني,عن طريق خضوع تلك التصرفات الى قاعدتين قانونيتين تحل احداهما محل الأخرى في التطبيق والتنظيم؛ دون الغاء القاعدة المستبعدة بالسريان او تعديلها ,وعن طريق التمييز بين عقد يثبت الالتزام بنقل الملكية سواء كان عقار ام منقول ؛ واجراء او نظام قانوني اخر يُحدث اثراً عينياً مباشراً كنظام التسجيل العقاري او تسجيل المركبات وغيرها, فالمشرع هنا ادراكاً لطبيعة الملكية كحق عيني وتحقيقاً لمفهوم الحكمة التشريعية لهذه الثنائية قد فصل بين مرحلة نشوء الحق العيني ومرحلة ظهوره الى الوجود القانوني لمواجهة الغير , هذه الثنائية تعكس فهماً عميقاً لطبيعة الملكية الذي يتطلب يقين في اثباته ونقلة للحد من النزاعات وتعزيز الثقة بالمعاملات ومما تقدم سنتناول هذا المبحث في مطلبين كالاتي :

المطلب الأول: تعريف الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني.

المطلب الثاني: عناصر الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني .

المطلب الأول

تعريف الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني

لم نجد في المؤلفات الفقهية والقانونية مفهوم واحد لمصطلح الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني , لذا سوف نتناول الموضوع احادا كالاتي:

اولاً- تعريف الحكمة التشريعية : بدايةً لابد ان ننوه ان تشريع النص القانوني يقوم على ادراك الحقائق الاجتماعية ؛وعلى المشرع ان يبذل قصاره جهده في تقويم الأسس الاجتماعية وتقدير مدى قابلية النص القانوني للنجاح ,وذلك من خلال ربط الأنظمة القانونية بالهيكل الاجتماعي الذي يشكل دعامته , اذ

يمكن للمشرع استخلاص الروح العامة المهيمنة على التشريع في عصره ؛ليمنحه القدرة على تحديد أجزاء التشريع واستقصاء مواطن النقص المحتملة فيه, ثم العمل على سدها بالاستناد الى روح التشريع عند استنباط الاحكام من النصوص التشريعية, بحيث تكون هذه الاحكام قابلة لمواكبة تطورات المجتمع عن طريق الحكمة التشريعية للنص ؛ دون التقييد بالنصوص الجامدة [١].

تسعى السياسة التشريعية الى تحقيق هدفين اساسين :يتمثل الهدف الأول في تحليل الواقع الاجتماعي بالاستعانة(بمختلف العلوم المساعدة) لتحديد الحاجات البشرية التي يراد ادراجها وتضمينها في النص التشريعي ,وذلك لان النص التشريعي محل التشريع يُشرع لتلبية الحاجات الاجتماعية وضمان استقرار المعاملات ,اما الهدف الثاني ينصب في انشاء القاعدة القانونية الذي تحقق الغاية المبتغاة من العمل التشريعي ,فالنص التشريعي لا بد ان يقام وفقاً للحاجات الاجتماعية مما يوجب على المشرع ان يلم بتلك الحاجات بدقة عالية ليتسنى له صياغة النص التشريعي الملائم بما يكفل معالجة هذه الحاجات بالشكل المطلوب[٢].

ومما تقدم ذكره فقد عُرفت الحكمة التشريعية بأنها " القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة مادام النص نافذاً ,وبالتالي يستطيع النص ان يكتسب مع الزمن معنى جديداً او ينطبق على حالات جديدة " [٣], نلاحظ ان التعريف للحكمة التشريعية يعبر عن فلسفة تفسير النص القانوني من النظرة الجامدة الى النظرة الديناميكية ,ومن خلال تحليل عناصر التعريف نجد عبارة "القوة الحية المتحركة" اذ يشير هذا الوصف للتعبير عن الطاقة الدافعة التي تمنح النص القدرة على التفاعل مع الوقائع المستجدة , اما "عبارة تبعث في النص الحياة " معناها وفقاً لتقديرنا ان الحكمة التشريعية تعمل كعامل انعاش دائم للنص القانوني طيلة فترة سريانه , اما العبارة الأخيرة من التعريف نلتمس منها معنى التجديد أي الاتساع او التكييف لاستيعاب الوقائع المتغيرة وهي جوهر غائية التفسير, وعرفه اخرون على انها " الغاية التي قصد الشارع تحقيقها من اصدار

---

[١] عواد حسين ياسين العبيدي ,تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ,دار ومكتبة الامام ,طرابلس–لبنان,٢٠١٢,ص٢١٩.

[٢]د.منذر الشاوي ,فلسفة القانون ,مطبوعات المجمع العلمي العراقي , بغداد–العراق ,١٩٩٤, ص ٢٢٠–٢٢٢.

[٣] د .ادم وهيب النداوي , شرح قانون الاثبات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة),ط٣ ,مطبعة دار القادسية ,بغداد ,١٩٨٦,ص٦٢.

النص التشريعي ,فالنص وسيلة لتحقيق غاية معينة " [١],يتضح لنا ان التعريف جاء هنا ليبين ان قصد المشرع من النص القانوني ليس عارضاً بل إرادة مقصودة , اذ يعد هذا التعريف الأساس لنظرية التفسير الغائي الذي يمنح القاضي عدم التمسك بحرفية النص واللجوء الى روح التشريع.

ثانياً-تعريف ثنائية التنظيم القانوني: عُرفت على انها "خضوع نشاط معين في المجتمع الى قاعدتين قانونيتين عند التطبيق من حيث الشكل او الموضوع ,لدرجة ان احدى هاتين القاعدتين تحل محل الأخرى في التنظيم ضمناً او صراحةً مع احتفاظ القاعدة المستبعدة بالسريان دون الغاء او تعديل الأخيرة تلبية لمتطلبات المجتمع" [٢], يبدو لنا ان هذا التعريف يصف لنا ظاهرة قانونية معروفة في القانون , وهي ازدواجية التنظيم مع بقاء النص المهمل سارياً دون الإلغاء الصريح او الضمني او حتى التعديل ,تلبيةً لمتطلبات المجتمع دون اللجوء الى الإلغاء او التعديل الصريح الذي قد يسبب فراغاً تشريعياً.

وبعد ان بينا مفهوم الحكمة التشريعية وثنائية التنظيم القانوني كلٌ على حدا ؛لابد لنا ان نقترح تعريف يشمل جزئي المصطلح ليتسنى لنا فهم الموضوع بدقة اكثر ,لذا نُعرف الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني على انها " **القوة الحية المتحركة التي تسمح ببقاء قاعدتين قانونيتين منظمتين لنشاط مجتمعي واحد ,مع حلول احداهما محل الأخرى تطبيقاً ,والاحتفاظ بالقاعدة المستبعدة دون الإلغاء او التعديل ,بهدف تمكين النص القانوني من مواكبة متطلبات المجتمع المتجددة والتكييف مع الوقائع المستجدة , دون المساس بثبات الاطار التشريعي** " .

ومما تقدم بيانه يمكننا القول ان الحكمة التشريعية التي نسعى الى توضيحها في ثنائية التنظيم القانوني في هذا البحث ,هو التحري عن إرادة المشرع ونيته, لمعرفة حقيقة تبني قاعدتين لظاهرة واحدة مع حلول احداهما محل الأخرى عند التطبيق , وان معرفة الغاية المباشرة والحكمة البعيدة لموضوعنا تعد من الأدوات المساعدة على تفسير ثنائية التنظيم

---

[١] د.محمد محمد أبو زيد ,المدخل لدراسة القانون ,دون دار نشر , دون سنة نشر , ص١٨٢.

[٢] محمد حسين منصور , المدخل الى القانون (القاعدة القانونية) ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت-لبنان, ٢٠١٠,ص٤٣.

القانوني لنقل الملكية ,اذ يُفترض من المشرع حينما يقوم بوضع قاعدتين لظاهرة معينة ويتبنى احداهما عند التطبيق لم يكن اعتباطاً او مصادفة , بل سعياً لتحقيق غاية عملية يحرص عليها ,او ترسيخاً لحكمة يقصدها .

المطلب الثاني

عناصر الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني

يرتبط فهم القانون بروحه وبعده الأخلاقي؛ فالقانون يؤطر المجتمع فاذا لم يفهم القاضي روح المجتمع فأنه لا يتمكن من فهم القانون ,وبالتالي يعجز عن إضفاء البعد الإنساني للقاعدة القانونية , ولفهم القاعدة القانونية لابد من ادراك الحكمة التشريعية لها, التي تهدف الى حماية المصالح التي أراد المشرع حمايتها ,اذ تكمن غاية التنظيم القانوني لمسألة معينة في تعدد نشاطات الافراد وتجددها داخل المجتمع , فاستدعت الضرورة الى تدخل السلطة لمواكبة هذه المستجدات ؛ لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ,أي ملائمة النص القانوني لظروف المجتمع المتجدد بأدراك حكمته؛ ليكون النص عند تطبيقه ذو مضمون أوسع مما هو في ذهن المشرع عند تشريعه [١].

وحري بنا ان نذكر تعريف العنصر لغةً ليتسنى لنا بعدها الولوج في عمق عناصر الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني, فقد عُرف العنصر لغةً: هو الأصل الذي تتألف منه الاجسام المختلفة الطباع وهو أربعة:الأرض,والماء,والنار , والهواء , وهي أساس قوام الحياة [٢].

ومما تقدم يمكننا تحديد عناصر الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني التي تعني اصله الذي تتألف منه وقوام وجوده وبقائه، الى عنصرين مهمين وهما :

العنصر الأول – الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني تعبير عن فلسفة المجتمع ووسيلة لتحقيق مصالحه الجوهرية: يتأسس العنصر الأول على كون القانون ليس مجرد مجموعة من القواعد الجافة ؛بل

---

[١] عواد حسين ياسين العبيدي , مصدر سابق , ص ٢٣٤ومابعدها.

[٢] علي بن محمد بن علي الزين الجرجاني ,التعريفات , ط١,دار الكتب العلمية , بيروت –لبنان , ١٩٨٣,ص١٤٥.

هو تعبير عن إرادة المجتمع وتطلعاته , وهذا يعني ان أي قاعدة لاتعكس هذه الإرادة يمكن القول انها تفتقر الى المشروعية الأساسية , وغاية استلهام فلسفة المجتمع هو تحقيق مصالحه العامة والخاصة[١].

يُعد تحقيق المصلحة العامة واحداً من اهم الأهداف التي يسعى اليها المشرع عند تبني ثنائية التنظيم القانوني انطلاقاً من فلسفة المجتمع ,فحينما يُسن النص القانوني فأنه يهدف من خلاله الى تحقيق متطلبات المجتمع التي تتفاوت بحسب كل مكان وزمان , وبناءً على ذلك تتعدد غايات ثنائية التنظيم القانوني لتشمل المحافظة على النظام العام واستقرار المعاملات والحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم واحترام للحقوق [٢],ثم استقر الفقه الحديث على القيم التي تستهدفها النظم القانونية , وهي الامن والعدالة والخير العام ,وهي قيم كفيله لتحقيق التناسق والانسجام داخل المجتمع,؛وان كل قاعدة قانونية ترتكز على تلك القيم ولها روح تتفاعل بها داخل المجتمع تؤثر به وتتأثر به وهي الحكمة التشريعية ؛ومن ثم ذهب الاتجاه الفقهي الى ابعد من ذلك بقولهم بوجود ارتباط وثيق بين غاية القانون وطبيعته ,اذ تؤثر تلك الغاية على الأساليب والاليات التي يستخدمها المشرع في بلوغ الأهداف التي يسعى لتحقيقها ,بعبارة أخرى ان الاليات المختارة ترتبط بالضرورة بالأهداف المرجوة من التشريع[٣] , وإزاء ماتقدم يمكننا القول ان اصل وقوام الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية هي تحقيق استقرار المعاملات والمحافظة على النظام العام واحترام الحقوق , اذ يعد سعي المشرع بأختيار ثنائية التنظيم القانوني كأداة لبلوغ هذا الغايات امرا في غاية الأهمية .

وحري بنا ان نذكر دور الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني في تحقيق المصلحة الخاصة ؛ اذ لم يقف دورها في تحقيق المصلحة العامة فقط , بل تضمنت القواعد القانونية وسائل لحماية مصالح الافراد الى جانب حماية مصالح المجتمع سابقة الذكر , وذلك من خلال تضمين القواعد القانونية وسائل حماية مدنية تسعى الى حماية المصلحة الفردية بمعزل عن المصلحة العامة ؛ في حال انكار الغير لها او اعتدائه عليها ,وان تحقيق المصلحة يؤدي الى حماية الحق او اقتضائه فأنه يتعين اعتبارها مصلحة قانونية مادية كانت ام معنوية ؛تتكفل القواعد القانونية بنظر الدعوى المتعلقة بها وقبولها والا عدت مجرد

---

[١] انظر المزيد: سعيد سعد عبدالسلام ,المدخل في نظرية القانون ,ط١,مطابع الولاء الحديثة ,مصر ,٢٠٠٢,ص٢٥-٢٦.

[٢] ينظر في ذات المعنى :د.محمد حسين منصور , نظرية القانون , دون دار نشر ,دون مكان نشر , ٢٠٠١, ص ١٨ومابعدها.

[٣] ينظر في ذات المعنى : د.محمد حسين منصور,مصدر سابق , ص٢١.

مصلحة اقتصادية[١] ,تظهر ثنائية التنظيم القانوني بوضوح في حالة التسابق بين النصوص الموضوعية ؛ولا سيما القواعد القانونية المنظمة للتصرف العقاري والاثر القانوني المترتب عليها في نقل ملكية العقار , فمن المقرر ان عقد بيع العقار لا يترتب عليه أي اثر قانوني قبل قيده في سجلات التسجيل العقاري بمعنى قبل استيفاء الشكلية المطلوبة قانونياً ,فالتسجيل واستيفاء الشكلية ركن من اركان العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية ,بمعنى لاتنعقد ولا توجد مالم تستوفي هذه الشكلية [٢] ,غير ان المشرع العراقي أضاف قاعدة الى جانب القاعدة هذه تهدف الى حماية المصلحة الخاصة ,تتمثل هذه المصلحة في حماية المشتري من الضرر بعد حيازته للعقار وسكنه فيه او إقامة منشآت عليه عند امتناع البائع بالوفاء بالتزاماته وكذلك بالنسبة للمركبات[٣]. ,

العنصر الثاني : الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني تجسد مبدأ ملائمة النص القانوني للواقع الاجتماعي . يتحقق تطوير القانون بواسطة القاضي من خلال الموازنة بين مضمون القاعدة القانونية والتطورات الاجتماعية التي تواجهه, اذ اطلق الفقه عليها تسمية "سلطة تجديد الشباب" وتجديد "شباب القاعدة القانونية" بمعنى احياؤها بما يضمن ملائمتها لمتطلبات الواقع الاجتماعي , وذلك لأن جمود القانون "شيخوخة القانون" تؤدي الى عزل القانون عن المجتمع [٤].

تستند الموازنة التي يقوم بها القانون بين التمسك بالحقيقة القضائية وعدم التقييد المطلق بالحقيقة الواقعية ؛الى اعتبارين :أولهما اعتبار العدالة الذي يدفعه الى اللتماس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه؛لكي تتفق مع الحقيقة القضائية, وثانيهما اعتبار استقرار التعامل الذي يدفعه الى تقييد القاضي في الأدلة وبطرق الاثبات ايضاً [٥], وعلى اثر تلك الموازنة يمكن تصور قيام ثلاث مذاهب في الاثبات :الأول (مذهب الاثبات الحر) وهويميل الى ترجيح العدالة على حساب استقرار المعاملات , والثاني (مذهب الاثبات القانوني المقيد) اذ يتمسك هذا المذهب باستقرار المعاملات على حساب العدالة , والثالث (مذهب الاثبات المختلط)يتبنى هذا المذهب التوازن بين الاعتبارين دون ترجيح احداهما على

---

[١] محمد حسن قاسم ,المدخل لدراسة القانون , ج ٢,منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت –لبنان , ٢٠٠٦,ص٥١٤.

[٢] د.سعيد مبارك واخرون ,الموجز في العقود المسماة ,العاتك لصناعة الكتب ,بيروت, ٢٠١٨,ص ٩٣.

[٣]مصطفى مجيد ,شرح قانون التسجيل العقاري ,ج٢,العاتك لطباعة الكتاب ,دون سنة نشر,ص٢٠.

[٤]ضياء شيت خطاب , فن القضاء ,دون دار نشر, بغداد ,١٩٨٤ ,ص٧٥.

[٥] د.منذر الشاوي ,فلسفة في القانون , مطبوعات المجمع العلمي العراقي, بغداد ,١٩٩٤, ص ٧٨.

حساب الاخر[١], فقد ذهب المشرع العراقي في تبنى الاتجاه الوسط في قانون الاثبات المرقم (١٠٧)لسنة (١٩٧٩) فقد عمد الى تحديد طرق الاثبات, لكن في ذات الوقت جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير الأدلة من اجل الوصول الى الحكم العادل .

ومن ابدع ما يستهدفه المنطق القانوني السليم ان يسعى المشرع الى تمكين القاضي من القيام بدور إيجابي وفعال في مجال اثبات الحقوق , وذلك ادراكاً منه لما لهذا الدور من عظيم الأثر في اثبات الحقوق [٢], وهذا ما أكده المشرع العراقي من خلال النصوص الهادفة لقانون الاثبات وخاصة ما ورد في المواد (١,٢,٣,٤) والتي جاءت لتوسع نطاق سلطة القاضي والزامه باتباع التفسير المتطور للقاعدة القانونية ومراعاة الحكمة التشريعية لها عند التطبيق, وتبسيط الشكلية بالقدر الذي يحقق المصلحة العامة ولايؤدي الى التفريط باصل الحق المتنازع عليه ,اذ ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها للتأكيد على هذا المبدأ بقولها" **من اهداف قانون الاثبات توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة ,وكذلك تبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التفريط باصل الحق المتنازع فيه**" [٣],يتضح لنا من هذا القرار التمييزي انه قد اكد على المبدأ التي تبناه المشرع العراقي ؛ وهو تمكين القاضي من ممارسة دوره الإيجابي ,في ابتكار الحلول العادلة لحسم النزاعات ,وهذا يتطلب من القاضي ان يبذل جهداً في البحث والتأصيل والملائمة بين المصالح المتضاربة للأطراف ,عن طريق اللجوء الى الحكمة التشريعية للنص القانوني, وانطلاقاً من هذا المبدأ التمييزي نرى ان ثنائية التنظيم القانوني ماهي الا تفعيل لدور القاضي الإيجابي بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون ؛ وتبسيط الشكلية وصولاً الى حل عادل بما يضمن المصلحة العامة والخاصة وملائمتها للواقع الاجتماعي دون التفريط بأصل الحق .

---

[١]د.عبدالرزاق احمد السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , المجلد الأول,ج٢,ط٣ , منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت, ٢٠٠٠ ,ص٢٨-٢٩,في المعنى ذاته : ادم وهيب النداوي ,شرح قانون الاثبات , ط٣,مطبعة دار القادسية,بغداد,١٩٨٦ ,ص ١٦٦-١٦٧.

[٢]د.ادم وهيب النداوي , مدى سلطة المحكمة المدنية في تعيل نطاق الدعوى,ط١ , دار الرسالة للطباعة , بغداد , ١٩٧٩,ص٦٤-٦٥.

[٣]القرار ١٠٤/موسعة أولى/٩٨٨/٨٧ منشور في كتاب إبراهيم المشاهدي ,المختار من قضاء محكمة التمييز , قسم الاثبات , مطبعة الزمان ,بغداد,١٩٩١,ص١٤٢-١٤٣.

المبحث الثاني

مظاهر الثنائية في التنظيم القانوني لنقل الملكية

تعد ثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية من ابرز السمات التي يتميز بها الفكر القانوني الحديث , اذ لم يقف المشرع عند المفهوم الجامد لنقل الملكية ,بل ذهب الى الحكمة التشريعية للنصوص القانونية التي تبنت نقل الملكية سواء العقارية ام غير عقارية , فعندما عد المشرع الشكلية ركناً اساسياً لنقل الملكية العقارية او الغير العقارية احياناً, بمعنى انه لا ينتج عن التصرف القانوني اثر مالم يتحقق هذا الركن؛ ومرجح ان يكون مصيره البطلان بحكم القانون ,الا ان المشرع تهاون في بعض الأحيان في التصرفات الواردة على العقار والمنقول(المركبات) من ناحية الشكلية ؛ ,من اجل تحقيق حكمة يسعى المشرع لتحقيقها في ثنائية التنظيم القانوني ؛ الا وهي تحقيق اكبر قدر ممكن من استقرار المعاملات والامن القانوني ,والى جانب ذلك عدها وسيلة كافية للإثبات وحماية حقوق المتعاقدين و الغير .

ان كلا من العقارات والمركبات يشكلان ميداناً خصباً لثنائية التنظيم القانوني وبالمقابل لا تمثل هذه الثنائية تعقيدا تشريعيا بل هي تعبير عن قدرة المشرع في ضبط التوازن بين المتطلبات المتقابلة ,وتكشف عن فسلفة المشرع في التوفيق بين الثوابت القانونية ومتطلبات الواقع العملي المتطور ,ويمنح بذات الوقت للقضاء دوراً محورياً في انصاف المتعاقدين عبر آليات معينة لنقل الملكية ,وبناء على ماتقدم سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين كالاتي: .

المطلب الأول: الحكمة التشريعية للثنائية في نقل ملكية العقار.

المطلب الثاني: الحكمة التشريعية للثنائية في نقل ملكية المنقول.

المطلب الأول

الحكمة التشريعية للثنائية في نقل ملكية العقار

بدايةً وان سبق القول بأن العقار لا ينتقل مالم يستوفي ركن الشكلية المنصوص عليها في المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على " **بيع العقار لاينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون** ." , وجاء ايضاً قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة١٩٧١ في الفقرة الثانية من المادة الثالثة بالنص على " **لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري** " ,بذلك يعد بيع العقار من العقود الشكلية التي لا يكفي التراضي لانعقاده ؛مالم يسجل في دائرة التسجيل العقاري لاستيفاء هذا الركن , وبخلافه لاينعقد العقد ويكون اثره البطلان كقاعدة عامة بالنسبة للطرفين او بالنسبة للغير و سواء كان العقار مسجل ام غير مسجل في الدائرة المذكورة [١],الا ان المشرع العراقي خرج من هذه القاعدة في بعض الحالات واتجه نحو الثنائية ؛اذ ان الحكمة التشريعية من وراء اعتماد الثنائية في نقل العقار هي حرصاً منه لضمان استقرار المعاملات والحفاظ على الامن القانوني للمعاملات العقارية ولحماية المشتري حسن النية دون اخلال ,والموازنة بين المصالح العامة والخاصة ,اذ لم يعتد المشرع بالبطلان واعتبر العقد صحيحاً ,فمَنحت الثنائية هنا للمشتري مسارين قانونيين احداهما يلزم البائع بتعويضة نتيجة الاخلال وعدم استكمال التسجيل بدائرة التسجيل العقاري ,والثاني ينقل له الملكية العقارية مباشرةً دون حاجة لتدخل البائع بذلك[٢] , اضافةً الى ماتقدم يمكننا القول ان الحكمة من اعتماد الثنائية لنقل الملكية لاتقتصر على الجانب النظري فقط وانما تتضمن ايضاً مواكبة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية ؛فقد ظهرت العديد من التغيرات والمستجدات في نشاطات الافراد الامر الذي اجبر المشرع لمواكبة هذا التغيرات ووجد اكثر من قاعدة قانونية تنظم نقل الملكية .

ان خروج المشرع من الشكلية الجامدة والتوجه نحو الثنائية تتجسد في حالة التعهد بنقل الملكية الذي يكون على شكل وكالات بيع مصدقة من كاتب عدل او على شكل مقاولة موقعة بين الطرفين دون

---

[١] د.سعيد مبارك واخرون, مصدر سابق , ص ٨٩.

[٢]ينظر في ذات المعنى : علي محي الدين علي قره داغي , مبدأ الرضا في العقود,ط٣ ,ج١, دار البشائر الإسلامية , بيروت لبنان . ٢٠٠٢, ص٥٩ومابعدها .د مصطفى محمد جمال و د.حمدي عبدالرحمن ,المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق), مكتبة مسيرة الحضارة , مصر , دون سنة نشر , ص ٥ومابعدها.

الالتزام بالشكلية المنصوص عليها قانونياً , هنا لا يعتد المشرع العراقي بهذا التعهد لنقل الملكية لأنه لم يستوفي ركن الشكلية للوهلة الأولى وهذا ما أكده المشرع العراقي في المادة (١١٢٧) من القانون المدني التي جاء فيها " **التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط** " , الإ ان كثرة دعاوى النكول عن التعهد بنقل ملكية العقار أصبحت لا يستهان بها اضافةً الى الضرر الكبير بالطرف الاخر ؛ ونظرا للظروف الاقتصادية الجيدة للدولة وتحسن قدراتها المالية انعكس الامر على الدخل للافراد الذي أدى الى ارتفاع أسعار العقارات , هذه الظروف دفعت بعض الأشخاص عن التخلي عن القيم الأخلاقية وامنعتهم من تنفيذ التعهد بعد ان اقام المشتري (المتعهد له) بالسكن بالعقار او إقامة المنشآت دون اعتراض من البائع (المتعهد) , وبدافع انساني من المشرع العراقي وللقضاء على المنازعات الناشئة عن الاخلال بالتعهد , وللحد من جشع الأشخاص الذين لا يبالون بالقيم الأخلاقية[١] ,صدر القرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ الذي نص على " **أ-التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن أي ضرر اخر , ب -اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية او منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول** ", اذن اقر المشرع آليه تحمي المتعهد له (المشتري) الساكن او الذي اقام ابنية برضى البائع ؛ برفع دعوى تمليك (تنفيذ عيني جبري) ؛ وان دائرة التسجيل العقاري تستند على القرار القضائي الحائز درجة البتات لتسجيل العقار باسم (المتعهد له) المشتري[٢]؛ اذ يتضح لنا ان المشرع تدخل من خلال القرار واقر الثنائية لنقل العقار على سبيل الحصر لا المثال أي ان القرار يجسد حكمة تشريعية مفادها ان نقل الملكية يجب ان تخرج من الشكلية الجامدة ,والاستناد الى أفعال مادية تدل على رضا المتعهد وخصوصاً عندما يبيح للمتعهد له السكن او إقامة المنشآت , وهذا يكمل النظام القانوني العقاري ويضفي عليه المرونة الكافية لحماية الثقة في المعاملات العقارية ويحقق التوازن بين

---

[١] مصطفى مجيد ,ج٢,مصدر سابق ,ص ١٩-٢٠.

[٢] ينظر في المعنى ذاته : مصطفى مجيد ,شرح قانون التسجيل العقاري, العاتك لطباعة الكتاب, ج٣, دون سنة نشر , ص ٩.

المصلحة الخاصة للمتعاقدين والاستقرار العملي العقاري ,بمعنى استبعاد قاعدة الشكلية واحلال محلها هذا القرار الذي يسمح للمتعهد له (المشتري) تملك العقار(تنفيذ عيني جبري) ,ووفقاً للثنائية هنا المتعهد له يكون قد اقدم على البناء او السكن والاستقرار بناءاً على ثقته بجدية المتعهد ؛ واعتبر عدم اعتراضه سبباً صحيحاً لتملك العقار ؛ الامر الذي يمنع المتعهد بالتعسف والتراجع عن تعهده .

ذهب رأي في الفقه بالقول عندما يبيح البائع للمشتري وفقاً للعقد الخالي من ركن الشكلية السكن او إقامة المنشآت ,فهنا يتحول عقد البيع الخارجي الى عقد اخر وهو عقد الاباحة ,فعندها يمتنع على البائع المطالبة بأجر المثل [١]وهذا ما أكدته محكمة تمييز العراق (الهيئة العامة) في قراراً جاء فيه " **ان العقد المبرم بين الطرفين يتضمن شقين : الشق الأول هو بيع المدعيين المميز عليهم الى المدعى عليهما –المميز– بمبلغ قدره اربعمائة دينار دفعت اليهم ,والشق الثاني هو اباحة البائعين التصرف بالدار للمشتري اباحة مطلقة .اما الشق الأول فهو باطل مالم يتم تسجيله في دائرة الطابو والمفروض في المتعاقدين انهم يعرفون ذلك لأنه بسبب القانون .اما الشق الثاني فهو عقد آخر توافرت اركانه ابتداء بانصراف نية المتعاقدين الى ابرامه سواء تم تسجيله عند البيع او لم يتم بدليل تسليم الدار الى المشتري بعد التوقيع على العقد من قبل الطرفين واستلام البائعين الثمن وبقائه في حوزتهم مدة طويلة .وعليه فلا مبرر لالزام المميزين باجر المثل ....الخ** "[٢] .

يترتب على ثنائية التنظيم القانوني لنقل ملكية العقار اثر قانوني إيجابي ؛وذلك لأن العقد الخارجي غير مكتمل الشكلية يلقي بأثاره الإيجابية للمتعاقد حسن النية المتمسك بالتنفيذ ,فمن الممكن كما قلنا تحويل العقد الباطل الى عقد صحيح ؛بعده عقد غير مسمى أي لا بوصفه واقعة قانونية ,فيكون عندئذ منسجماً مع نية الأطراف وقت ابرام العقد الخارجي , الا ان الأثر الإيجابي هنا لا يقتصر على المتعاقدين من حيث نطاقه فقط بل يمتد نحو الغير ايضاً,وإزاء ماتقدم بيانه يمكننا القول ان الأثر الإيجابي الذي قصده المشرع جراء اعتبار العقد الخارجي منتجاً لاثر فيما بين المتعاقدين والغير ؛يتجسد بالأمان والوضوح التعاقدي ؛فثنائية التنظيم القانوني هنا تحول الملكية من مجرد وعد تعاقدي الى وضع قانوني واضح من خلال حماية إرادة الطرفين مع اجبارهما على التنفيذ بطريق رسمي عن طريق إقامة

---

[١]د.سعيد مبارك واخرون , مصدر سابق ,ص٩٥.

[٢]القرار المرقم ١١٤٦/ص/١٩٦٤ في تاريخ ١٩٦٤/٧/١٨ ,قضاء محكمة التمييز ,المجلد الخامس ص ١٧١.

دعوى التمليك (التنفيذ العيني الجبري) ؛ مما يعني الفصل بين سبب النقل وآليته ,وعن طريق التنفيذ العيني الجبري لنقل الملكية يتم إعطاء تاريخ حقيقي لنقل الملكية.

ان ثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية العقارية لا يخلو من الأثر السلبي ؛ اذ يتمثل هذا الأثر عندما تتزاحم قاعدتين قانونيتين او اكثر عند التطبيق, وان احدى هاتين القاعدتين تستبعد الأخرى لتحل محلها ؛مع بقاء القاعدة المستبعدة محتفظة بفعاليتها دون المساس بها , هذا الأثر الاستبعادي يظهر كتعطيل جزئي او كلي للقاعدة المستبعدة , وهنا نقصد الشكلية واثرها حين تخلفها في العقود الشكلية , اذن الأثر السلبي هو تعطيل للقواعد الشكلية وسلب دورها الفعال والحكم بصحة التعاقد الخارجي (التعهد)الذي كان وفقاً للقاعدة المستبعدة باطل [1], ومماتقدم يمكننا القول ان الأثر السلبي لا يقتصر عند هذا الحد بل يمتد الى الجانب العملي ؛ ابرزه زيادة الأعباء المالية والتعقيد الاجرائي لنقل الملكية عند سلوك مسلك دعوى التمليك (التنفيذ العيني الجبري) عند تحقق شروطه,في ذات الوقت يعد وفقاً لتقديرنا الأثر السلبي قليل الأهمية اذا ما قورن بالإثر الإيجابي بمعنى ان الحكمة التشريعية التي راعاها المشرع كبيرة الأهمية في موازنة المصالح التعاقدية.

وبناء على ماتقدم ندعوا المشرع العراقي تعديل نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني التي جاء فيها " **التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط** " لتكون " **التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط , الإ اذ سكن المتعهد له العقار او اقام منشآت دون معارضة تحريرية من قبل المتعهد ولمدة تزيد عن سنة فتنتقل ملكية العقار جبراً للمتعهد له** ".

ومن مظاهر الثنائية في نقل ملكية العقار تبرز ايضاً في حالة تعدد القواعد القانونية للجهة المحددة والمختصة لنقل او بيع العقار المثقل بالرهن ؛ فقد نص صراحةً قانون التسجيل العقاري العراقي في المادة (١٦١) التي جاء فيها " **تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات الموثقة برهن او ما هو بحكمه او حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته اذا كان مستحق الاداء** " , يتضح من النص ان تكون الجهة المختصة بنقل العقار هي دائرة التسجيل العقاري

---

[1]جاك جاستان ,ترجمة منصور القاضي ,المطول في القانون المدني,ط١, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر, ٢٠٠٠,ص ١٤٦.

حصراً , ثم بعد ذلك اتجه المشرع نحو الثنائية ومنح دائرة التنفيذ هذا الاختصاص ضمناً ببيع ونقل العقار المثقل بالرهن عن طريق المزايدة العلنية فقد جاء قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠في المادة (١٠٧) على " **يجوز بيع الأموال المرهونة المنقولة والعقارية تامينا لدين ....**" ,وبذلك تحققت الثنائية وان اردنا ان نبين الحكمة التشريعة من هذه الثنائية لا يسعنا القول الا ان المشرع العراقي اتجه نحو التخصص والسرعة ففي البيع الجبري فد تبطئ دائرة التسجيل العقاري بالإجراءات لذا منح الاختصاص هنا لدائرة التنفيذ لتولي هذه الإجراءات مما يحقق سرعة اكبر في البيع بالمزادات العلنية , نضف الى ذلك ان الثنائية تمنع احتكار جهة واحدة بالبيع وتتيح ضمانات متعددة في بعض الحالات , وقد يكون أحيانا دائرة التسجيل العقاري غير مختصة ببيع العقار المرهون داخل دعوى تنفيذية تشمل أموال أخرى فجاء المشرع لسد هذا النقص ,وأخيرا المشرع العراقي راعى مرونة الإجراءات ففي حالة ان كان الدين مستحق الأداء يجوز للدائن المرتهن اللجوء الى دائرة التسجيل العقاري لبيع العقار ,اما اذا كان الامر تنفيذا جبريا بعد صدور حكم هنا تدخل دائرة التنفيذ , بمعنى ان الحكمة التشريعة التي راعاها المشرع في هذه الثنائية في غاية الأهمية وان استبعدت قاعدة وحلت الأخرى محلها مع بقاء القاعدة المستبعدة دون تعطيل لضمان فعالية بيع العقار المرهون دون تأخير او تعطيل.

وبناء على النصوص القانونية المتعلقة ببيع العقار المرهون في قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ نقترح على المشرع العراقي لتطوير الثنائية إضافة مادة في قانون التسجيل العقاري تعترف صراحةً باختصاص دائرة التنفيذ ببيع العقار المرهون في حالات محددة ليكون النص كالاتي "**تختص دائرة التنفيذ ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني وفقاً لقانون التنفيذ**"

المطلب الثاني

الحكمة التشريعية للثنائية في نقل ملكية المنقول

تتجسد ثنائية التنظيم القانوني لنقل ملكية المنقول في ازدواجية الاحكام التي تحكم انتقال المنقول , والتي تظهر بشكل أساسي في التفرقة بين المنقول المعين بالنوع والمنقول المعين بالذات ,تكمن أهمية هذه التفرقة في تحديد وقت انتقال الملكية في المنقول ,فالصورة الأولى كقاعدة عامة فتنتقل الملكية بعد تعيينها بالفرز, اما الصورة الثانية فأن الملكية تنتقل الى المشتري حكماً بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد بين الطرفين دون حاجة الى شكلية محددة, مع مراعاة احكام القوانين الخاصة التي

تشترط الشكلية [١], هنا تظهر ثنائية التنظيم القانوني لانتقال ملكية هذا النوع من المنقول كالمركبات ,وذلك لان المركبات أصبحت تمثل جانباً كبيراً من ثروات الافراد والمجتمع ؛واصبح انتشارها واسعاً ومستمراً ,الامر الذي استلزم على المشرع العراقي التدخل وحمايتها [٢], فوفقاً لقانون المرور لاتنتقل الملكية مالم تستوفي الشكلية المنصوص عليها في القانون المذكور؛ وهي تسجيلها في دائرة المرور بموجب عقد بيع بين الطرفين في ذات الدائرة وبخلاف ذلك لا ينتج العقد اثره وهذا مانصت عليها المادة (٧/٥)من قانون المرور العراقي رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤الذي جاء فيها" **لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة (٣) ثلاثة من هذا القسم الا ما استثنى بقانون**" , يتضح من هذا النص ان المشرع اوجب الشكلية لكونها توفر حماية للمتعاقدين من خلال تنبيههم بخطورة التصرف الذي يقومون به,فحضور الطرفين امام الموظف المختص لأستكمال إجراءات نقل ملكية المركبة توفر متسع من الوقت للتروي او التفكير لما هو مقدم عليه,و ذهب رأي بالفقه ان الشكلية التي اوجبها المشرع لنقل ملكية المنقول توفر حماية للغير [٣] ,فلا يكون العقد الخارجي نافذ بحق الغير مالم يسجل في الدائرة المذكورة, ايضاً تحقق الشكلية المطلوبة ميزه أخرى وهي تحقيق استقرار المعاملات[٤] ,بينما هناك من يرى انها تحقق الى جانب ماتم ذكره الجوانب الأمنية والاقتصادية ؛فالجانب الأمني يتجسد في معرفة الجريمة المرتكبة او حدوث حوادث المرور من خلال التعرف على لوحة التسجيل (السنوية) يمكن معرفة مالك المركبة ,اما مايخص الجانب الاقتصادي فأن الشكلية تحقق مورداً مالياً للدولة عن طريق استيفاء رسوم نقل الملكية[٥] .

ان كانت الشكلية تحقق العديد من المزايا التي تحمي المصلحة العامة قبل الخاصة للافراد , الا انها في ذات الوقت قد تحقق بعض المشاكل او العراقيل ؛حيث ذهب رأي فقهي بالقول ان الشكلية تعد قيداً على إرادة الأطراف في نقل المركبات الامر [٦] الذي دفع المشرع العراقي للثنائية وسمح حيازة المركبة

---

[١] أنور سلطان ,العقود المسماة , دار النهضة العربية ,مصر,١٩٨٠,ص١٣٩.

[٢]صهيب موسى المومني ,دور الشكلية في التصرفات القانونية , أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا في جامعة عمان العربية للدراسات العليا, الأردن ,٢٠٠٥,ص١٩٩.

[٣]صهيب موسى المومني,مصدر سابق, ,ص ١٢٦.

[٤]محمد اقبال ياسين ,الشكلية في في بعض القوانين العراقية واثر تخلفها, بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ,كلية القانون –جامعة الانبار, العدد الأول, دون سنة نشر,ص ٣٢ومابعدها.

[٥] احمد حمزة مهدي ,الشكلية في عقد المركبات ,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل, ٢٠١٢, ص٤٥ومابعدها.

[٦]المصدر نفسه , ص ٥٥.

بعقد خارجي على ان لاتزيد عن (٣٠)يوماً [١], و في بعض الحالات الأخرى كالنكول عن التسجيل او ظروف خارجية تعرقل تسجيل العقد الخارجي في دائرة المرور ؛ الامر الذي دفع المشرع العراقي نحو الثنائية ليستبعد جمود الشكلية ويسمح للمشتري او لحائز المركبة تملكها دون الالتزام بالشكلية عن طريق إقامة دعوى امام المحكمة المختصة ,مراعاةً لحكمة معينة سوف نتكلم عنها لاحقاً, وهذا مانصت عليه الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون المرور التي جاء **فيها " اذا تعذر إتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (٣٠)ثلاثين يوما من تاريخ توقيع العقد المروري الخارجي المبرم لاسباب خارجة عن إرادة المشتري ,فاللحائز او المشتري إقامة الدعوى لنقل ملكيتها او تسجيلها باسمه امام المحكمة المختصة**" ,يتبين لنا ان نص المادة جاءت بثنائية لنقل المركبات ومنحت حق للحائز او المشتري خلال ثلاثين يوم من تاريخ توقيع العقد المروري الخارجي الغير مستوفي الشكلية ؛الحق في نقل ملكية المركبة باسمه عن طريقة إقامة دعوى امام المحكمة المختصة بشرط ان يكون عدم التسجيل في الدائرة المختصة راجع لاسباب خارجة عن إرادة المشتري فقط , الإ ان ما يؤخذ على النص اولاً تقييده بمدة قد تكون غير كافية لتجاوز الظروف والأفضل ان تكون لمدة ٦٠يوماً,ثانياً جاء النص صامت عن ظروف البائع وعن تعسفه احياناً او عن نكوله ,وعليه نقترح ان يكون النص كالاتي لتطوير الثنائية " **اذا تعذر إتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (٦٠)ستين يوما من تاريخ توقيع العقد المروري الخارجي المبرم لاسباب خارجة عن إرادة المشتري او تعسف البائع او امتناعة دون عذر مقبول ,فاللحائز او المشتري إقامة الدعوى لنقل ملكيتها او تسجيلها باسمه امام المحكمة المختصة ,وتصدر المحكمة حكماً لنقل الملكية** " .

والجدير بالذكر ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في احدى تطبيقاتها القضائية بالتخلي عن الشكلية واللجوء الى تسجيل المركبة عن طريق إقامة دعوى مدنية امام المحكمة المختصة ؛الا ان قبول هذه الدعوى مرتبط بشرطين موضوعيين هما :الأول ان يكون مشتري المركبة قد اوفى بالتزاماته وخصوصاً فيما يتعلق بالثمن قبل رفع الدعوى , والثاني أي يكون مشتري المركبة حائزاً للمركبة وقت رفع الدعوى .[٢]

---

[١]نصت الفقرة (خ) من المادة (٢٧) من قانون المرور النافذ على " مضي مدة(٣٠)يوما على كتاب بيع المركبة وعدم مراجعة دائرة التسجيل المختصة لغرض تسجيلها او تثبيت موقفها .."

[٢]قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٥٠٣ تسجيل مركبة ٢٠٠٨في تاريخ ٢٠٠٨/٧/٦.

وبعد ان بينا مظاهر الثنائية في نقل المنقول يتسنى لنا القول ان الحكمة التشريعية من الثنائية لم تكن صدفة او تعدد للقوانين دون أسباب جدية , فتتجسد الحكمة التشريعية في نقل ملكية المركبات في الرقابة الأمنية على المركبات لتحديد مالكها الحقيقي ,وذلك لان المركبات مصدر خطر محتمل لارتباطها بحصول جرائم وحوادث, فالتسجيل وفق الثنائية وعن طريق الدعوى تخلق حماية لاطراف العقد وللغير ؛وللحفاظ على جوهر الحق ايضاً,وتمنع بذات الوقت تعسف البائع او تخطي ظروفه ان كانت محتملة, اظافةً الى ذلك ان العقد الخارجي الغير مستوفي الشكلية هو تعبير عن إرادة ملزمة للطرفين وخصوصاً ان كان المشتري قد اوفى التزاماته وحائز للمركبة؛ وان اهمال هذه الإرادة بحجة الشكلية الجامدة تضيع الحقوق وتهز الثقة في المعاملات وتمنع تحقيق التوازن بين احترام الإرادة والتضحية بحقوق الافراد.

الخاتمة

توصلنا من خلال دراستنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات نورد اهما كالاتي:

اولاً–الاستنتاجات:

١–ان التعريف الذي ارتأيناه للحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني على انها " **القوة الحية المتحركة التي تسمح ببقاء قاعدتين قانونيتين منظمتين لنشاط مجتمعي واحد ,مع حلول احداهما محل الأخرى تطبيقاً ,والاحتفاظ بالقاعدة المستبعدة دون الإلغاء او التعديل ,بهدف تمكين النص القانوني من مواكبة متطلبات المجتمع المتجددة والتكييف مع الوقائع المستجدة , دون المساس بثبات الاطار التشريعي** " .

١–دور الحكمة التشريعية لثنائية التنظيم القانوني تتجسد لتحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في تحقيق استقرار المعاملات والمحافظة على النظام العام واحترام الحقوق , اذ لم يقف دورها في تحقيق المصلحة العامة فقط بل جاءت لتحمي المصلحة الخاصة ايضاً اذ تضمنت ثنائية القواعد القانونية وسائل لحماية مصالح الافراد .

٣–ان ثنائية التنظيم القانوني ماهي الا تفعيل لدور القاضي الإيجابي بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون ؛ وتبسيط الشكلية وصولاً الى حل عادل بما يضمن المصلحة العامة والخاصة وملائمتها للواقع الاجتماعي دون التفريط بأصل الحق.

٤–توصلنا الى ان ثنائية التنظيم القانوني لنقل الملكية العقارية وفقا للقانون العراقي ليست ازدواجية عابرة ,وانما هي نظام متكامل يقوم على فكرة الجمع بين قاعدتين نافذتين في ذات الوقت ؛القاعدة الأولى الشكلية الصارمة والقاعدة الثانية الرضائية ,وان هاتيين القاعدتين لا تلغي احداهما الأخرى وانما تعملان

في مستويين مختلفين لحالات محددة , واساس هذه الثنائية نابعة من حكمة تشريعية قصدها المشرع العراقي, لأضفاء المرونة الكافية لحماية الثقة في المعاملات العقارية ويحقق التوازن بين المصلحة الخاصة للمتعاقدين والاستقرار العملي العقاري.

٥- يترتب على ثنائية التنظيم القانوني لنقل العقار أثر الإيجابي هو اعتبار العقد الخارجي (التعهد)منتجاً لاثر فيما بين المتعاقدين والغير ؛لتحقيق الأمان والوضوح التعاقدي ؛ واثر سلبي يتمثل في تزاحم قاعدتين قانونيتين او اكثر عند التطبيق, وان احدى هاتين القاعدتين تستبعد الأخرى لتحل محلها ؛مع بقاء القاعدة المستبعدة محتفظة بفعاليتها دون المساس بها, وبرأينا الأثر السلبي قليل الأهمية اذا ما قورن بالإثر الإيجابي بمعنى ان الحكمة التشريعية التي راعاها المشرع كبيرة الأهمية في موازنة المصالح التعاقدية الخاصة والعامة .

٦- توصلنا الى ان الحكمة التشريعية من الثنائية لنقل ملكية المنقول (المركبات) لم تكن صدفة او تعدد للقوانين دون أسباب جدية , فتتجسد في الرقابة الأمنية على المركبات لتحديد مالكها,و لذلك لأن التسجيل وفقاً للثنائية وعن طريق الدعوى تخلق حماية لاطراف العقد وللغير ,وتحافظ على جوهر الحق ايضاً.

ثانياً-التوصيات :

١- ندعوا المشرع العراقي تعديل نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها " **التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط** " ليكون النص كالاتي لتطوير الثنائية " **التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط , الإ اذ سكن المتعهد له العقار او اقام منشآت دون معارضة تحريرية من قبل المتعهد ولمدة تزيد عن سنة فتنتقل ملكية العقار جبراً للمتعهد له** ".

٢-ندعوا المشرع العراقي الى تعديل الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون المرور النافذ التي جاء فيها " **اذا تعذر إتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (٣٠)ثلاثين يوما من تاريخ توقيع العقد المروري الخارجي المبرم لاسباب خارجة عن إرادة المشتري ,فاللحائز او المشتري إقامة الدعوى لنقل ملكيتها او تسجيلها باسمه امام المحكمة المختصة**" ليكون النص كالاتي لتطوير الثنائية " **اذا تعذر إتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى**

الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (٦٠)ستين يوما من تاريخ توقيع العقد المروري الخارجي المبرم لاسباب خارجة عن إرادة المشتري او تعسف البائع او امتناعة دون عذر مقبول ,فاللحائز او المشتري إقامة الدعوى لنقل ملكيتها او تسجيلها باسمه امام المحكمة المختصة ,وتصدر المحكمة حكماً لنقل الملكية " .

٣- نقترح على المشرع العراقي اضافة إلنص الاتي في قانون التسجيل العقاري النافذ "**تختص دائرة التنفيذ ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني وفقاً لقانون التنفيذ**"

٤-اقترح الزام دوائر التسجيل العقاري ودوائر المرور بتقديم تقارير سنوية عن عدد الدعاوى القضائية الناقلة للملكية متضمنه اهم أسبابها , لمساعدة المشرع العراقي في تقييم مدى الحاجة الى تعديل الشكلية المطلوبة لنقل الملكية وتوسيع نطاق الاستثناءات .

٥-اقترح اطلاق حملات توعوية قانونية موجهة للمواطنين بالتعاون مع نقابة المحامين ,لتوضيح أهمية نظام الثنائية لنقل الملكية العقارية والغير عقارية ,واهمية التسجيل اولاً ثم توضيح الاستثناء واللجوء الى القضاء ,من اجل الحد من العقود الخارجية التي تغذي النزاعات القضائية .

المصادر

اولاً –المعاجم اللغوية:

١– علي بن محمد بن علي الزين الجرجاني ,التعريفات , ط١,دار الكتب العلمية , بيروت –لبنان , ١٩٨٣.

ثانياً–الكتب:

إبراهيم المشاهدي ,المختار من قضاء محكمة التمييز , قسم الاثبات , مطبعة الزمان ,بغداد,١٩٩١. ٢–

٣–د.ادم وهيب النداوي , شرح قانون الاثبات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة),ط٣ ,مطبعة دار القادسية ,بغداد ,١٩٨٦.

٤– د.ادم وهيب النداوي , مدى سلطة المحكمة المدنية في تعيل نطاق الدعوى,ط١ , دار الرسالة للطباعة , بغداد , ١٩٧٩.

٥–د.ادم وهيب النداوي ,شرح قانون الاثبات , ط٣,مطبعة دار القادسية,بغداد,١٩٨٦.

٦–أنور سلطان ,العقود المسماة , دار النهضة العربية ,مصر,١٩٨٠.

٧–جاك جاستان ,ترجمة منصور القاضي ,المطول في القانون المدني,ط١, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر, ٢٠٠٠.

٨– سعيد سعد عبدالسلام ,المدخل في نظرية القانون ,ط١,مطابع الولاء الحديثة ,مصر ,٢٠٠٢.

٩– د.سعيد مبارك واخرون ,الموجز في العقود المسماة ,العاتك لصناعة الكتب ,بيروت, ٢٠١٨.

ضياء شيت خطاب , فن القضاء ,دون دار نشر, بغداد ,١٩٨٤. ١٠–

١١– د.عبدالرزاق احمد السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , المجلد الأول,ج٢,ط٣ , منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت, ٢٠٠٠ .

١٢[1]–علي محي الدين علي قره داغي , مبدأ الرضا في العقود,ط٣ ,ج١, دار البشائر الإسلامية , بيروت لبنان . ٢٠٠٢

١٣- عواد حسين ياسين العبيدي ,تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ,دار ومكتبة الامام ,طرابلس-لبنان,٢٠١٢.

١٤- محمد حسن قاسم ,المدخل لدراسة القانون , ج ٢,منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت -لبنان , ٢٠٠٦.

١٥-د. محمد حسين منصور , المدخل الى القانون (القاعدة القانونية) ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت-لبنان, ٢٠١٠.

١٦- د.محمد حسين منصور , نظرية القانون , دون دار نشر ,دون مكان نشر , ٢٠٠١.

١٧- محمد محمد أبو زيد ,المدخل لدراسة القانون ,دون دار نشر , دون سنة نشر .

١٨-مصطفى مجيد ,شرح قانون التسجيل العقاري ,ج٢,العاتك لطباعة الكتاب ,دون سنة نشر.

١٩- مصطفى مجيد ,شرح قانون التسجيل العقاري,ج٣, العاتك لطباعة الكتاب, , دون سنة نشر.

٢٠-د.مصطفى محمد جمال و د.حمدي عبدالرحمن ,المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق), مكتبة مسيرة الحضارة , مصر , دون سنة نشر.

٢١-د.منذر الشاوي ,فلسفة القانون ,مطبوعات المجمع العلمي العراقي , بغداد-العراق ,١٩٩٤

منذر الشاوي ,فلسفة في القانون , مطبوعات المجمع العلمي العراقي, بغداد ,١٩٩٤. ٢٢-

ثالثاً-الرسائل والاطاريح الجامعية:

أ-الاطاريح:

٢٣- صهيب موسى المومني ,دور الشكلية في التصرفات القانونية , أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا في جامعة عمان العربية للدراسات العليا, الأردن ,٢٠٠٥ .

ب-الرسائل:

٢٤-احمد حمزة مهدي ,الشكلية في عقد المركبات ,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل, العراق -بابل,٢٠١٢.

رابعا-المجلات:

٢٥-محمد اقبال ياسين ,الشكلية في في بعض القوانين العراقية واثر تخلفها, بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ,كلية القانون -جامعة الانبار, العدد الأول, دون سنة نشر.

خامساً -القوانين:

٢٦-القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢٧- – قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم ٤٣ لسنة١٩٧١.

٢٨-قانون التنفيذ العراقي النافذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

٢٩-قانون المرور العراقي النافذ رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤

سادساً-القرارات القضائية:

٣٠-قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ٥٠٣, في تاريخ ٢٠٠٨/٧/٦.

٣١-قرار محكمة التمييز ذي الرقم ١٠٤,موسعة أولى,في تاريخ/٩٨٨/٨٧

٣٢-قرار محكمة التمييز ذي الرقم ١١٤٦,في تاريخ ١٩٦٤/٧/١٨ .