



الوفاء وأثرها على تسجيل التصرفات الناقله للملكية - دراسة مقارنة - Death And Its Effect on the Registration of Property Transfers –Comparative Study-

اسم الباحث: ا. د. وسن قاسم غني، عبد المحسن رعد عبد

جهة الإنتساب: جامعة بابل - كلية القانون، وزارة الداخلية - مركز تدريب بغداد

Author's name: Dr. Professor Wasan Qasim Ghani, Abdel Mohsen Raad Abd

Affiliation: Babil University - Collge of law, Ministry of Interior- Baghdad Center Training

E-mail: Wassnqasim09@gmail.com , alshmarriabd@gmail.com

work type: research paper

نوع العمل العلمي: بحث

discipline: Private law , Civil Law

مجال العمل: القانون الخاص - قانون مدني

Doi. <https://doi.org/10.61279/8ym87v92>

Issue No. & date: Issue 24 - April 2024

رقم العدد وتاريخه: العدد الرابع والعشرين - نيسان - ٢٠٢٤

Received: 1/1/2024

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٤/١/١

Acceptance date: 15/2/2024

تاريخ القبول: ٢٠٢٤/٢/١٥

Published Online: 25 April 2024

تاريخ النشر: ٢٥ نيسان ٢٠٢٤

© All rights are reserved to the Journal of the College of Law and Political Science at Aliraqia University

© حقوق الطباعة محفوظة لدى مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية

Intellectual property rights are reserved to the author

حقوق الملكية الفكرية محفوظة للمؤلف

Copyright reserved to the publisher (College of Law and Political Science - Aliraqia University)

حقوق النشر محفوظة للناسر (كلية القانون والعلوم

Attribution – NonCommercial - NoDerivs 4.0

السياسية - الجامعة العراقية)

International

نسب المصنّف - غير تجاري - منع الاشتقاق ٤,٠ دولي

For more information, please review the rights and license

للمزيد من المعلومات يرجى مراجعة الحقوق والترخيص



CC BY-NC-ND 4.0 DEED



تاريخ التقديم ١/١ تاريخ القبول ٢/١٥
تاريخ النشر ٢٥/٤/٢٠٢٤

الوفاة وأثرها على تسجيل التصرفات الناقلة للملكية - دراسة مقارنة - Death And Its Effect on the Registration of Property Transfers -Comparative Study-

اد. وسن قاسم غني

جامعة بابل - كلية القانون

عبد المحسن رعد عبد

وزارة الداخلية - مركز تدريب بغداد

Dr. Professor Wasan Qasim Ghani

Babil University- Collge of law

Wassnqasim59@gmail.com

The Researcher: Abdel Mohsen Raad Abd
Ministry of Interior- Baghdad Center Training
alshmarriabd@gmail.com

المستخلص

لقد ورد في المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري النافذ الكثير من الموانع القانونية التي قد تتعلق بال عقار أو بأصحاب الحقوق العقارية ، وتتسم بتعدد مصادرها القانونية و بأختلاف اهميتها واثرها وطبيعتها تبعاً لقانونها الحاكم ، فيتباين اثر هذه الموانع القانونية فمنها مايمنع تسجيل التصرفات الواردة على العقار ،ومنها مايمنع نفاذ هذه التصرفات فيمكن تسجيل التصرف بوجود المانع لكن هذا التصرف لاينتج اثاره تجاه الاخرين ، وبالرغم من ذلك لم يعتبر الوفاة التي يمكن أن تصنف من الموانع التي تتعلق بأصحاب الحقوق العقارية من الموانع التي قد تمنع تسجيل التصرفات العقارية ومنها التصرفات الناقلة للملكية التي لاتعتبر حجة على الكافة الا بتوافر شكلية معينة حددها القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ،و في المحصلة فأن مالك العقار ممنوع من استعمال حقه في التصرف وبالتالي عدم إكتمال الشكلية المطلوبة بسبب الوفاة .

الكلمات المفتاحية : [التسجيل ، الهبة ، الوصية ، البيع ، التسجيلات اللاحقة ، الوفاة](#)

[، الشكلية، التصرفات الناقلة للملكية](#)

Abstract

In Article (96) of the effective Real Estate Registration Law, many legal barriers that may be related to the real estate or to the owners of real estate rights have been mentioned. In fact, the effect of these legal barriers is varies, some of which prevent the incoming behavior from being registrated on the property. Other, prevent the enforcement of these actions. The act can be registrated in the presence of the barrier, but this behavior does not produce its effects on others. Despite this, death, which can be classified as one of the obstacles related to the owners of real estate rights, it was not considered one of the obstacles that may prevent the registration of real estate actions. Including those transferring ownership that is not considered an argument against all except by the availability of a certain formality specified by law, which is registration in the Real Estate Registration Department.Eventually. The owner of the property is prohibited from using his right. Therefore, the required formality is not completed due to death.

Key words: [registration.grant.teatment.selling.subsequent registration. death.formality.propertytransfers](#)

المقدمة

يقتضي بحث موضوع (الوفاء وأثرها على التصرفات الناقلة للملكية) أن نقدم له بتسليط قليل من الضوء على جوهر فكرته ، وبيان أهميته ، وتحديد نطاقه، فضلاً عن أسباب إختياره والأغراض التي يرمي إلى تحقيقها، كما يقتضي رسم منهج وهيكلية لبحثه، ولهذا سنجعل من هذه المحاور تباعاً مادة هذه المقدمة.

أولاً: جوهر فكرة البحث

تعتبر التصرفات العقارية الناقلة للملكية كالبيع و الهبة والوصية من التصرفات التي لا يمكن أن تتم وتنعقد بمجرد التراضي أو الإتفاق ، فلا بد من وقوع الاتفاق بالشكل المقرر قانوناً وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، فيستند هذا التسجيل إلى تصرف قانوني أو واقعة قانونية ويثبت ذلك في السجل العقاري الذي يحتوي على أوصاف العقار وأسماء المالكين وبذلك يعتبر الوضع النهائي للعقار ، فالتسجيل في هذه التصرفات يعد ركناً من أركان الإنعقاد ، وبذلك فأن تخلف هذا الركن تعتبر باطلة ، وكذلك الحال إذا صادف تسجيل هذه التصرفات مانع قانوني يتعلق بأصحاب الحقوق العقارية (كالوفاء) فستجده يحول دون اكتمال الشكلية المطلوبة لهذه التصرفات وبالتالي يمنع إنعقادها .

ثانياً: أهمية البحث

تأتي أهمية هذه الدراسة كونها تبحث عن إبراز دور الوفاء على صعيد القوانين والتشريعات المتعددة كمانع يحول دون إضفاء الصفة الشكلية على التصرفات العقارية الناقلة للملكية من خلال القاء الضوء على اثرها على تسجيل هذه التصرفات في دائرة التسجيل العقاري.

ثالثاً: نطاق البحث

لكثرة الموانع القانونية وتشعبها في القوانين المختلفة ارتأينا في دراستنا تسليط الضوء على الوفاء كمانع يعرقل تسجيل التصرفات الناقلة للملكية ، ونطاق هذه الدراسة ستقتصر فقط على القانون الوضعي الذي يشمل كافة القوانين ذات العلاقة والصلة بالموضوع دون الفقه الاسلامي.

رابعاً: اشكالية موضوع البحث

تنحصر اشكالية الدراسة الأساسية في كون موضوعها أحد الموانع القانونية الذي يعيق مسالة تسجيل التصرفات الناقلة للملكية وبالتالي يتعطل ضمان مهم ممنوح

لطرف الآخر كالمشتري أو الموهوب له أو الموصى له ، ، مما يثير ذلك عدة تساؤلات أهمها:

١- هل ذكر المشرع العراقي تعريفاً صريحاً للوفاة أو للتسجيل أو تسجيل التصرفات الناقلة للملكية ؟

٢- هل تتمتع التسجيلات اللاحقة بنفس حجية التسجيلات الاولى ؟

٣- هل اصاب المشرع العراقي بعدم اعتبار الوفاة مانعاً من تسجيل التصرفات العقارية ؟

٤- هل اوجبت التشريعات المقارنة تسجيل التصرفات الناقلة للملكية في الدوائر المختصة كما فعل المشرع العراقي ؟

٥- هل تقتصر الوفاة كمانع من تسجيل التصرفات الناقلة للملكية على اثر معين؟

خامساً: منهجية البحث

إن المنهج الأقرب لطبيعة البحث ونطاقه هو المنهج التحليلي المقارن الذي يعتمد على تحليل النصوص في القواعد العامة والتي تخص الوفاة واثرها على التصرفات الناقلة للملكية (كالبيع والهبة والوصية) في القانون المدني وكذلك قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ والقوانين الاخرى ذات الصلة الوثيقة بالموضوع مع مقارنة أحكامه بكل من التشريعين المصري والفرنسي والتي تدخل ضمن نطاق البحث.

سادساً: هيكلية البحث

بغية الإحاطة كلياً بالموضوع من كل الجوانب فلقد اثرت تقسيم هذه الدراسة على مبحثين الأول مفهوم الوفاة و تسجيل التصرفات الناقلة للملكية ، أما الثاني فقد خص لدراسة فاعلية الوفاة على تسجيل التصرفات الناقلة للملكية.

المبحث الأول

مفهوم الوفاة و تسجيل التصرفات الناقلة للملكية

تعد الوفاة أعم واشمل من الموت ، لأن الموت يقع مرة واحدة وهي بخروج الروح دون عودة، أما الوفاة فقد تكون مؤقتة كما في النوم، فإن نام الإنسان تخرج روحه من جسده إلى أجل مسمى فإن كتب لها العودة عادت وإلا فارقت جسدها ورحلت عنه للأبد وخلال ذلك يكف القلم عن الكتابة حتى تعود الروح فيبدأ من جديد الكتابة وهذه هي الوفاة الصغرى وكما جاء في التنزيل الكريم من الآية (٦٠) سورة الانعام (وَهُوَ الَّذِي يَتَوَفَّاكُم بِاللَّيْلِ)، وقد تكون الوفاة أبدية فيتم بخروج الروح بلا عودة وحينها يتوقف القلم وينتهي العمل وتدعى بالوفاة الكبرى، وهنا يتطابق الموت مع الوفاة وشاهدنا ما ذكر في الآية (٦١) من سورة الانعام (إِذَا جَاءَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ تَوَفَّتْهُ رُسُلُنَا). ومن المؤكد من الناحية الشرعية والقانونية أن تحديد وقت الوفاة له أهمية بالغة لكثير من المسائل كتسجيل العقود وحقوق الملكية والإرث والديون والضرائب وغيرها و التصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو الوصية فتعتبر من التصرفات العقارية الشكلية التي لاتتم بمجرد التراضي أو الإتفاق فلا بد أن يقع هذا الإتفاق بالشكل المحدد قانوناً ، وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، فالتسجيل في الدوائر المختصة تعد من أركان إنعقاده وبدون هذه الشكلية تكون هذه التصرفات باطلة وغير منتجة لأي أثر قانوني. كما ويتسم تسجيل هذه التصرفات في السجل العقاري بقوة إثبات قانونية في مواجهة الغير من حيث الشكل والمضمون لأنه سجل في المحررات الرسمية (السجل العقاري) التي تم إعدادها بناءً على التسجيلات الأولية وتم تدوينها من قبل موظف مختص. ولبين مفهوم الوفاة وتسجيل التصرفات الناقلة للملكية بشكل مفصل، سوف نقسم الكلام في هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، نتطرق في أولهما لتحديد معنى الوفاة ، وسنكرس ثانيهما لمفهوم تسجيل التصرفات الناقلة للملكية ، ونبين في ثالثهما حجية تسجيل التصرفات الناقلة للملكية .

المطلب الأول: تحديد معنى الوفاة

لا شك في أن الحياة هي نقيض الموت ، وإذا كانت الحياة عبارة عن التكاثر^١ بالإنقسام أو الإنفلاق^٢ فالوفاة لغة تعني المنية أو الموت^٣، وتعرف الوفاة شرعاً بأنها مفارقة الروح البدن أو الجسد^٤ كما تعرف من الناحية الطبية بأنها انقطاع الحياة في

١ القرآن الكريم ، سورة التكاثر،ج٣٠، الآية القرآنية ١ (الهاكم التكاثر)

٢ القرآن الكريم ، سورة الانعام،ج٧، الآية القرآنية ٩٥ (ان الله فالق الحب والنوى يخرج الحي من الميت ومخرج الميت من الحي ذالكم الله فاني توفكون)

٣ أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان ، ٢٠٠٩، ص٢٥٦

٤ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج؛ ج٣، دار الكتب العلمية،

الطبعة: الأولى، ١٩٩٤، ص٣

الإنسان نتيجة توقف واحد أو أكثر من أجزائه الحيوية عن العمل وهي الجهاز الدوري التنفسي والعصبي على أن يكون ذلك لمدة خمسة دقائق متصلة ويتبع ذلك تدريجياً تغيرات تظهر على الجثة خارجياً، وتعرف قانوناً بأنه توقف جميع الأعضاء الحيوية في الجسم دون أدنى إمكانية لاستعادتها مرة أخرى. وقد خلا التشريع العراقي من تعريف الوفاة أو تحديد مفهومها، وإكتفى المشرع العراقي بالإشارة إليها في نصوص متفرقة من القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية حاله حال التشريع المصري. وإنقسم الفقه القانوني بخصوص إيراد تعريف تشريعي للوفاة إلى إتجاهين :-

الأول: يرى أن إيراد تعريف للوفاة يكون من شأن ذوي الإختصاص (الأطباء) فإذا وردت على القضاء مسألة ذات جانبين أحدهما قانوني والأخر طبي.

فيترك القاضي الجانب الفني (الطبي) لذوي الشأن والخبرة فيؤخذ برأيهم فضلاً عن التطور السريع والمستمر للعلوم الطبية مقارنة مع التطور البطئ للعلوم القانونية ، وأن كل مايقوم به القانون وضع الأسس والقواعد الإرشادية دون التدخل في الناحية الفنية.

الثاني : يرى ضرورة إصدار تشريع يحدد مفهوم الوفاة من أجل طمأنينة الرأي العام والكوادر الطبية على حد سواء لأن الأطباء يمارسون أعمالهم وفقاً لما أرساه القانون لهم من حدود ولكي لا يكون القانون متخلفاً عن ركب التطورات الحاصلة في المجال الطبي^١.

ونؤيد الإتجاه الأول بترك مسألة تعريف الوفاة لذوي الإختصاص (الإطباء) ولكن وفق الضوابط التي يحددها القانون ، ومايبرر كلامنا هذا هو تعدد أنواع الموت طبيياً (كالموت السريري والجسدي والدماغي والموت الرحيم وغيرها) مقارنة بأنواع الموت التي يعرفها القانون ، وبذلك فإن الكوادر الطبية بإستطاعتها وضع تعريف دقيق لمعنى الوفاة. وتقسم الوفاة الى نوعين

١- الوفاة الحقيقية وهو ماتم ذكره من تعاريف أنفاً.

٢- الوفاة الحكمية (التقديرية) ويحكم بها متى ما يعتبر الشخص مفقوداً أو من عداد الغائبين، والمفقود هو ذلك الغائب الذي إنقطعت إخباره فلايدري مكانه ولايعلم حياته من مماته ،فهذا الشخص قد يغلب إحتمال موته على حياته ومع ذلك لايمكن إقامة دليل يقيني على موته فلا يكون من الصالح العام ترك أمره معلقاً وشخصيته

٥ عباس سلمان ، أثر وفاة أحد الزوجين على إنحلال الرابطة الزوجية، بحث منشور في جامعة كربلاء، مجلة الكلية الإسلامية

،مج ١٠، ٣٦٤، ٢٠١٥، ص ٥٣٢، ٥٣١

٦ عباس سلمان ، مرجع سابق، ص ٥٣٢، ٥٣٣

ممتدة الى مالا نهاية ، بل يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضي بإعتباره ميتاً فتتقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي خلافاً للأصل في إنتهاء الشخصية^٧. وقد بينت المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ أن المشرع العراقي قد خول المحاكم المختصة بالحكم على المفقود بالموت التقديري بعد توفر عدة شروط إذا وجد دليل قاطع يثبت وفاته أو في حالة مرور أربع سنوات من وقت إعلان فقده أو في حال مرور سنتين على إعلان الفقدان مع إفتراض هلاك المفقود نظراً للظروف التي فقد فيها^٨، والأصل أن شهادة الوفاة كافية لإثبات واقعة الوفاة إلى أن يقيم ذو الشأن الدليل على عدم صحة ما ادرج في السجلات الرسمية المستخرجة منها شهادة الوفاة، فعندئذ يجوز إثبات الوفاة بجميع طرق الإثبات^٩، كذلك يجوز إثبات الوفاة بأي طريقة اذا لم توجد شهادة وفاة لأي سبب من الاسباب على إعتبار ان الوفاة واقعة مادية^{١٠}، من أمثلتها ماورد في المادة (٥/١٢) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ وبمقتضاها بين القانون في حال عدم إستطاعة الجهات الحكومية من المذكورة في المادة أعلاه من تنظيم شهادة وفاة للمتوفي فيعوض عنها بكتاب رسمي. يصدر من هذه الجهات الرسمي فيكون بمثابة شهادة وفاة و تسجل المعلومات الموجودة في الكتاب في سجل الوفيات^{١١}، ومن الجدير بالذكر إن المادة (٣٤) من القانون المدني قد بينت أن شخصية الإنسان تلازمه في حياته و تنتهي عند موته بمعنى إن إنقضاؤها رهن بموته^{١٢}.

وقد انقسمت الأراء بخصوص إنتهاء شخصية الإنسان بالموت الى :-

الرأي الأول: ينادي ببقاء شخصية الإنسان ممتدة إلى حين الفراغ من تصفية ديون المتوفي تمسكاً بالقاعدة الشرعية (لاتركة إلا بعد سداد الديون)، وبمعنى آخر بقاء شخصية المتوفي حكماً وليس حقيقة طيلة الفترة التي يتم بها تصفية تركته من خلال سداد ديونه وتنفيذ وصاياه عملاً بمبادئ الشريعة الإسلامية ، فلا تنتقل التركة إلى الورثة الا بعد سداد الديون فتبقى هذه الأموال في حكم ملك المتوفي إلى حين تنفيذ إلتزاماته وإنتقال ماتبقى

٧ د.حسن كبره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٣، ص٥٣١

٨ تنص المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ (للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية :- أولاً - إذا قام دليل قاطع على وفاته ، ثانياً - إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده، ثالثاً - إذا فقد في ظروف يغلب معها إفتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده)

٩ نصت المادة (٣٥) من القانون المدني العراقي (تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، فإذا انعدم هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما ادرج بالسجلات فيجوز الإثبات بأية طريقة اخرى)

١٠ د.عصام أنور سليم ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص١٦٥

١١ تنص المادة (١٢) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ (٥- مديرية الإدارة بوزارة الدفاع ومديرية الشرطة العامة وقيادة قوات الحدود وقيادة الجيش الشعبي بالنسبة لشهداء الجيش والشرطة وقوات الحدود والجيش الشعبي في الحرب والحركات الفعلية، إذا تعذر تنظيم شهادات وفاة لهم. وفي هذه الحالة يعتبر كتاب التأييد الصادر من أي من الجهات المذكورة بمثابة شهادة وفاة وتسجل محتوياته في سجل الوفيات)

١٢ نصت المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي (١- تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته)

منها إلى ورثته^{١٣}.

الرأي الثاني : يرى بأن شخصية الإنسان تنتهي بموته والإعتقاد بإفتراض بقاء حياة الإنسان يعد مخالفة صريحة للنص ، فلا يمكن إعتبار أن التركة هي ملك للمتوفي لإنتهاء شخصيته بالوفاة لأنه عند تملك الورثة لأعيان المتوفي تظل هذه الأعيان مشغولة بما لدائني المتوفي من ديون ، فلا يخلص للوارث ملكيتها بشكل نهائي إلا بعد تخليصها مما يثقلها من ديون ، وهذا ما يؤكد إنقضاء شخصية المورث بالموت وأيلولة ذمته إلى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون^{١٤}.

ونرى بأن الراي الثاني هو الراجح والذي يذهب إلى عدم الحاجة إلى هذا الإفتراض غير المقبول بإمتداد شخصية المتوفي حكماً لحين سداد ديونه خلافاً لما ينصه القانون والذي بين أن شخصية الإنسان تنتهي بموته ، وما يؤكد ذلك ماجاء بالمادة (١٨٩) من قانون التسجيل العقاري حيث بينت إن أموال التركة يكتسبها الورثة فور موت المورث سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أم لا إستناداً للحديث الشريف (من ترك حقاً أو مالا فلورثته)^{١٥}. ومما تقدم نرصد أن التشريع العراقي وكما ذكرنا سابقاً ، قد بين في المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين حالات الحكم على الشخص المفقود بالموت التقديري وهي إذا وجد دليل يثبت وفاته أو في حالة مرور أربع سنوات من وقت إعلان فقده أو في حال مرور سنتين على إعلان فقدان مع إفتراض هلاك المفقود نظراً للظروف التي فقد فيها ، أما التشريع المصري فقد بين في المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ حالات الحكم بالموت التقديري على الشخص في حال مرور أربع سنوات من تأريخ فقدانه أو بعد مرور سنة إذا كانت الظروف التي فقد فيها تفترض هلاكه كغرق سفينة أو سقوط طائرة كان المفقود على متنها أو كان أحد أفراد القوات المسلحة وفقد خلال العمليات العسكرية^{١٦}، ومن الجدير بالذكر أن التشريع المصري في المادة المذكورة قد أعطى أمثلة على الظروف التي تفترض هلاك المفقود عكس المشرع العراقي التي لم يذكر شي .

١٣ محمود جمال الدين زكي ،دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، دار ومطابع الشعب ،القاهرة، ١٩٦٤، ص ٣٧٩

١٤ د. حسن كيرة ، مصدر سابق ،ص٥٢٨

١٥ تنص المادة (١٨٩) قانون التسجيل العقاري النافذ (يكتسب الوارث حق الملكية العقارية وما في حكمها من تأريخ وفاة المورث غير أنه لا يمكنه التصرف به إلا بعد تسجيله في السجل العقاري)

١٦ نصت المادة (٢١) من قانون الاحوال الشخصية المصري ،رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ (يحكم موت المفقود الذي يغلب عليه الهالك بعد أربع سنوات من تأريخ فقد ، يعتبر المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تأريخ فقده في حالة ما ثبت انه كان على ظهر سفينة غرقت او كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية)

المطلب الثاني: مفهوم تسجيل التصرفات الناقلة للملكية

خلت المصادر اللغوية والإصطلاحية من أي تعريف لتسجيل التصرفات الناقلة للملكية وإنما أقتصر الامر على إيراد تعاريف لكل من (التسجيل ، البيع ، الهبة ، الوصية) وبذلك سنبين تعريف المصطلحات أنفة الذكر لأجل وضع تعريف جامع لتسجيل هذه التصرفات القانونية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: في اللغة

تسجيل : سجل الشيء اي دونه وقيده كتابة في سجل خاص سجل الحكم أو العقد ، سجل عليه بكذا اي شهره ، سجل عقد املاكه اي اثبته في سجل^{١٧}. أما البيع: فهو تمليك المال بالمال أو هو إخراج ذات عن الملك بعوض^{١٨}، والهبة هي العطية الخالية من الأعواض والأغراض أو وهب بالمال للشخص أعطاه إياه بلا عوض^{١٩}، والوصية فتطلق على فعل الموصي وعلى الموصى به من مال أو تصرف^{٢٠} أو هي وصل ما كان للحياة بعد الموت^{٢١}. ويتضح بأن مضمون تسجيل التصرفات الناقلة للملكية في اللغة يفيد إثبات هذه التصرفات من خلال تسجيلها في السجلات الرسمية والتي تديرها جهة مختصة بذلك.

ثانياً: في الإصطلاح

يعرف التسجيل بأنه ((إجراء شكلي يتم بالتحريير الحرفي للمحركات المشتملة على التصرفات أو التحريير الحرفي لكل تصرف عقاري من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة))^{٢٢}، كما يعرف بأنه ((مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تقوم بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل معد لذلك أو حفظ المحرر نفسه كما هو))^{٢٣} ،

١٧ قاموس ومعجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي، تعريف ومعنى تسجيل، منشور على الموقع الالكتروني (https://www.almaany.com) تأريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/١٧

١٨ د.مثنى النعيمي ، عريف البيع ومشروعيته وأركانه، مقال منشور على شبكة الالوكة موقع الالكتروني (https://www.alukah.net) تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١١/١٢

١٩ د. صفاء السيد ، العدل بين الأبناء في العطية دراسة فقهية مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد الرابع والثلاثون ، الجزء الاول ، مصر ، ٢٠١٩ ، ص ١١٩٦

٢٠ خير الدين فنطازي ، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية ج١، دار زهران للنشر، الاردن ، ٢٠١٣ ، ص ١٠٣
٢١ حسن تيسير عبد الرحيم، احكام الوصية في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني، مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٠، العدد ١٣، ٢٠١٣ ، الاردن ، ص ١٨٨

٢٢ د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١ ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ ، فقرة (٥٤٥)، ص ٣٩٠

٢٣ د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء ١٠، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة ٣، لبنان، ١٩٩٨، ص ٤٣٦

ويعرف كذلك ((عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الاشخاص الطبيعية أو المعنوي والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى التسجيل))^{٢٤}. أما التصرفات الناقلة للملكية فالبيع يعرف بأنه مبادلة نقد بغيره من المال^{٢٥}، والهبة تملك المال مجاناً او تملك المال بلا عوض حال حياة المالك^{٢٦}، اما الوصية فهي ما اوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته او في مرضه الذي مات عليه^{٢٧}. وقد بين التشريع العراقي تعاريف واضحة تخص التصرفات الناقلة للملكية فقد عرف في قانونه المدني البيع في المادة (٥٠٦) ، و الهبة وفقاً للمادة (١/٦٠١)^{٢٨} ، وكذلك الوصية فقد بينها في المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية^{٢٩} اما التشريع المصري فقد عرف البيع في المادة (٤١٨) والهبة في المادة (١/٤٨٦) من القانون المدني^{٣٠} اما الوصية فقد عرفها في المادة (١) من قانون الوصية المصري^{٣١}، وكذلك التشريع المدني الفرنسي الذي عرف البيع في المادة (١٥٨٢)، والهبة في المادة (٨٩٤) والوصية في المادة (٨٩٥) من قانونه المدني^{٣٢}. ومن التعاريف الإصطلاحية السابقة للتسجيل نلاحظ بأنه يتكون من مجموعة من الإجراءات الإدارية (نقل البيانات الخاصة بالعقد في السجلات من قبل الموظف المختص) ، والمالية (دفع رسوم التسجيل) كما وان التشريع العراقي قد أتبع طريقة التسجيل في نظام الشهر العيني وشمل بها جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية^{٣٣} ، وتميز بطريقة خاصة لتسجيل الحقوق

٢٤ د. رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، ٢٠٠٨، ص ١٩

٢٥ د. سعيد مبارك واخرون ، الموجز في العقود المسماة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ١٢

٢٦ د. مصطفى عبد الجواد ، احكام الرجوع في الهبة ، مصر ، دار الكتب الجديدة ، ٢٠٠٥ ، ص ٤١

٢٧ فرحات صحراوي ، الوصية بين الفقه والقانون ، رسالة ماجستير ، الجزائر ، ٢٠١٥ ، ص ٨

٢٨ تنص المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (البيع مبادلة مال بمال). والمادة (١/٦٠١) من نفس القانون الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض))

٢٩ قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، المادة (٦٤)(الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاها التمليك بلا عوض)

٣٠ نصت المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ (البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي) ، المادة (١/٤٨٦) من نفس القانون (الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض)

٣١ قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ ، المادة (١) (الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت))

32 code civil français artic(1582) (La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé) ، artic(894) (La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.) ، artic(895) (Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer)

٣٣ نصت المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والإحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وإنتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام)

العينية وهي استخدام سجلين منفصلين أحدهما لتسجيل الحقوق العينية الأصلية والآخر للحقوق التبعية خلافاً للتشريعات المقارنة التي تعتمد على سجل واحد وهو سجل الملكية لتسجيل الحقوق العينية الأصلية و التبعية^{٣٤}، أما التشريع المصري في قانون الشهر العقاري رقم (١١٤) لسنة ١٩٦٤ فإنه أخذ بنظام الشهر الشخصي وبطريقة التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الاصلية وأتبع طريقة القيد في تطبيقه على الحقوق العينية التبعية وجعل منها حجة في مواجهة الغير^{٣٥}، أما التشريع الفرنسي فإنه يقترب من التشريع المصري باتباعه نظام الشهر الشخصي الا انه يتبع طريقة القيد في شهر الحقوق العقارية الأصلية والتبعية^{٣٦} فلناحظ أن التشريع العراقي اعتمد على طريقة التسجيل في نظام الشهر العيني الذي يتخذ من الوحدة العقارية كعنصر أساسي للتسجيل فبذلك يصبح لكل وحدة عقارية رقم خاص بها ضمن منطقة عقارية كما في المحلة، أو القرية، أو المقاطعة فإذا أراد أحد معرفة حالة العقار ومايترب عليه من حقوق لم يكن بحاجة للتعرف على أسم المالك بل يكفي أن يعرف رقم العقار ومنطقته من خلال الإطلاع على الصحيفة الخاصة بالعقار في السجل العقاري ليأخذ إنطباع عن وضعية العقار، ولهذا مثل الفقهاء نظام السجل العقاري بسجل الأحوال المدنية بالنسبة للأشخاص فكما يبين سجل الأحوال المدنية حالة الشخص وماتطراً عليه من تغيرات، فكذلك حال السجل العقاري فيما يتعلق بالعقارات، وبذلك يقضي التسجيل على كل العيوب والأخطاء المترتبة على إشتباه الأسماء ويتم التسجيل على أساس محل العقار^{٣٧} بخلاف التشريعات المقارنة التي اعتمدت نظام الشهر الشخصي، والذي يعتمد على أسماء الأشخاص المالكين للعقارات وأصحاب الحقوق العينية بدلاً من العقارات، بمعنى أن العقارات لاتعرف بموقعها وإنما تعرف بأسماء مالكيها فمن أراد أن يكشف عن العقار وجب عليه أن يبحث عن مالكة أي إن المالك أو صاحب الحق العيني هو محل الإعتبار في هذا النظام^{٣٨} ونرصد أيضاً بان التشريع العراقي وعلى الرغم من إعماده طريقة التسجيل في قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، إلا أنه لم يعرف التسجيل أو تسجيل التصرفات الناقلة للملكية بشكل واضح خلافاً لتعريفه للتسجيل المجدد في هذا القانون، وبما معناه أن تخضع جميع العقارات لتسجيل أولي في السجل العقاري تمهيداً لقبول التسجيلات التالية على

٣٤ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ١، مطبعة العاتك، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٥٤٦

٣٥ د. محمود شوقي، الشهر العقاري علمًا وعملاً، د.م.د.ن، مصر، ١٩٥١، ص ١٤٨

٣٦ القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، جامعة القديس يوسف، لبنان، ٢٠٠٩، المادة (١/٢٥٢١) (تقيد في السجل العقاري لتكون حجة على الغير، أ- حق الملكية، و- الأرتفاقات، ز- رهن الحيازة العقاري، ط - الإمتيازات والرهن العقاري) ص ٢٢١٣

٣٧ اميل تيان، القانون المدني اللبناني، النظام العقاري في لبنان، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية بيروت

١٩٥٥، ص ٤

٣٨ الاستاذ محمد عبد العزيز يوسف والأستاذ كمال محمد، مجموعة الحلقات الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية

للفترة من ٢١-٢٦ آذار، ١٩٧٢

العقار أو الحقوق العقارية وبدون هذا التسجيل الأول يتعذر تسجيل الحقوق اللاحقة (كالبيع أو الهبة أو الوصية)^{٣٩}، أما التشريعات المقارنة فأنها كانت على نفس الخطى للتشريع العراقي فهي لم تذكر أي تعريف لتسجيل التصرفات الناقلة للملكية أو قيدها في قوانينها، و نرى بأن المشرع العراقي قد تميز عن التشريعات باتباعه لنظام التسجيل العيني في (تسجيل التصرفات الناقلة للملكية)

الذي يعد أرقى ما بلغ اليه التطور القانوني في هذا المجال لما يتسم به من دقة ووضوح وما ينبثق عنه من إشاعة الثقة والطمأنينة والإستقرار في المعاملات والتصرفات العقارية والتي قد لا تتوفر بالمرتبة نفسها في نظام الشهر الشخصي المتبع في التشريعات المقارنة، وعلى الرغم من ذلك فقد أغفل تعريف التسجيل وكذلك تسجيل التصرفات الناقلة للملكية كما في التشريعات الأخرى. وبعد كل ما سبق يمكننا أن نعرف تسجيل التصرفات الناقلة للملكية بأنه: إجراء إداري يقوم به الموظف المختص يتمثل بنقل بيانات التصرفات الناقلة للملكية الى السجل العقاري بعد دفع رسوم التسجيل، فتنتقل بذلك من نطاق الرضائية إلى نطاق الشكلية التي أوجبهها المشرع لإنعقادها.

المطلب الثالث: حجية التسجيلات اللاحقة على العقار في الإثبات

يعد تسجيل التصرفات الناقلة للملكية والتي ترد على العقار (كتسجيل البيع أو الهبة أو الوصية) أحد أنواع التسجيلات اللاحقة^{٤٠} وإن أغلب التشريعات القانونية تشترط في تسجيل أي حقوق عينية على العقار (تسجيل لاحق)، لا بد من أن يكون العقار مسجلاً سابقاً بمعنى إن القوانين تخضع جميع العقارات لتسجيل أولي في السجل العقاري تمهيداً لقبول التسجيلات التالية عليه أو الحقوق الواردة عليه وبدون هذا القيد الأول يتعذر تسجيل التصرفات فنلاحظ مثلاً وجود التسجيل المجدد الذي سبق ذكره في القانون العراقي، ويهدف هذا التسجيل الى إثبات حق الملكية وكذلك تسجيل حق الملكية بأسم صاحبه الحقيقي (المالك) بالإضافة إلى إصدار سند به وفقاً لإحكام القانون^{٤١}، وكذلك شرط الشهر المسبق أو الإثر النسبي للشهر في القانون المصري و الفرنسي التي تبرز أهميته في تحقيق الاستمرارية وتواصل سلسلة الإجراءات الواردة على عقار ما وتجنب تصحيح أي

٣٩ نصت المادة (١/٤٣) من قانون التسجيل العقاري النافذ (يقصد بالتسجيل المجدد تثبيت حق الملكية وتسجيله بأسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري وإصدار السند به وفقاً لإحكام هذا القانون)

٤٠ نصت تعليمات التسجيلات اللاحقة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧، الفقرة (ثانياً) (١-) التسجيلات اللاحقة بانها تسجيل التصرفات العقارية التي يترتب عليها إنشاء حق عيني عقاري مثل المساحة والرهن أو نقله من بيع ومبادلة وهبة أو بتغييره مثل الوقف والهبة بشرط الاعاشة والمنهية للحق مثل (انتهاء) حق الرهن والتي من شأنها تقرير الحق أو كشفه كما هو الحال في القسمة والصلح)

٤١ علي شاکر عبد القادر، التسجيل الأول، بحث منشور مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة ٢٠١٢، ص ٢٤١

خلل أو عيب قد يشوب التصرفات المتلاحقة الواقعة عليه فهي وسيلة لحمل الأطراف على شهر تصرفاتهم حتى لا يحرّموا فيما بعد من التصرف في حقوقهم ، فهل تتمتع التسجيلات اللاحقة بنفس حجية التسجيلات الأولية أم لا ؟ ولمعرفة ذلك سوف نتطرق لدراستها ضمن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة له^{٤٢} .

الفرع الأول: قوة الإثبات في القانون العراقي

إن التشريع العراقي يعطي للتسجيلات اللاحقة نفس الحكم في قوة الإثبات الكاملة التي يتمتع بها التسجيل الأول وأن قيود السجل العقاري تعبر أساساً لإثبات حق الملكية والحقوق العينية الأخرى حيث تعتبر هذه القيود حجة على الكافة ما لم يطعن بها بالتزوير كما لا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المقيّدة في السجل العقاري^{٤٣} و النص القانوني المتقدم لا يثري في معرفة مدى قوة الإثبات لتسجيل التصرفات الناقلة للملكية هل هي قوة إثبات كاملة أم قوة أثبات نسبية ولكن النصوص القانونية الأخرى والتطبيقات القضائية هي من تساعد في معرفة ذلك. فجاء في قانون التسجيل العقاري ، إمكانية إبطال التسجيل اللاحق قبل إكتسابه الشكل النهائي بقرار من وزير العدل إذا تبين بأن هذا التسجيل فيه ثغرة أو خرق قانوني موجب للإبطال^{٤٤} كما ان التطبيقات القضائية سارت بنفس المنحى فقضت بإبطال التسجيل اللاحق إذا كان فيه عيب موجب للإبطال وكما جاء في حكم المحكمة الاتحادية رقم (١٣٢١/ استئنافية عقار/٢٠٠٩) في ٢٦/٥/٢٠٠٩ (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك انه قد ثبت لمحكمة البداية بأن الوكالة العامة المرقمة ٣١٣٥ في ١٠/٩/٢٠٠٥ التي بموجبها تم نقل ملكية العقار من اسم المدعي/المميز عليه إلى اسم المميز/الشخص الثالث كانت مزورة لأن دائرة الكاتب العدل في الكرخ/الصباحي نفت صدورهما عنها فتكون المعاملة باطلة لإستنادها إلى وكالة مزورة وتعد المعاملات الجارية بعدها باطلة أيضا وعلى ذلك فكان للدعوى سندها من القانون أما دفع المميز إن بصفة إبهام المدعي اليسرى تطابق الإبهام الموجودة على الوكالة المزورة فانه دفع غير منتج بالدعوى طالما إن الوكالة مزورة حيث إن البيع تم بموجب

٤٢ ويس فتحي، الشهر العقاري وأثاره في مجال التصرفات العقارية دراسة مقارنة، إطروحة دكتوراه، الجزائر ، جامعة وهران ، ٢٠١٠ ، ص٩٦

٤٣ نصت المادة (١٠) من القانون التسجيل العقاري النافذ (١) -تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسناداتها أساساً لإثبات حق الملكية والحقوق العقارية الأخرى وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها)

٤٤ تنص المادة (١٣٩) من القانون التسجيل العقاري النافذ (يتم أبطال التسجيل العقاري إستناداً الى قرار من الوزير قبل إكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لإحكام هذا القانون أما اذا كان التسجيل قد أكتسب الشكل النهائي فلا يجوز إبطاله إلا بحكم قضائي حائر درجة البتات)، والمادة (١٤٠) (يصدر الوزير قراره بالإبطال بسبب مخالفة التسجيل لإحكام القانون او إستناده الى وثائق أو بينات غير قانونية عند تعذر إصلاحها بالطرق الأصولية وذلك بناء على توصية الهيئة الاستشارية في مديرية التسجيل العقاري العامة المؤيدة من المدير العام)

هذه الوكالة المزورة وان ثبوت صحة التوقيع عليها (بصمة الإبهام اليسرى على فرض صحته) لايجعل من تلك الوكالة صحيحة وحيث أن كل ما بني على باطل يعد باطلاً فيكون للحكم الاستثنائي المميز بتأييده للحكم البدائي القاضي بأبطال القيود اللاحقة لقيود المدعي ابتداءً من معاملة البيع المزورة ولغاية القيد الحالي له سند من القانون قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز. (صدر القرار بالاتفاق)^{٤٥}، وبذلك يمكن القول بأن النصوص القانونية والتطبيقات القضائية في العراق تضيي مجتمعة قوة إثبات نسبية على التسجيلات اللاحقة للتصرفات الواردة على العقار. كما نلاحظ أن التشريع العراقي في قانون التسجيلات اللاحقة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ لم يعتبر الوصية من التسجيلات اللاحقة بالرغم من كونها من التصرفات القانونية الناقلة للملكية والتي ترد بعد التسجيلات الأولية فضلا عن ذلك فالوصية لا تنتقل من الموصي الى الموصي اليه الا بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري كما في البيع والهبة.

الفرع الثاني: قوة الإثبات في القانون المقارن أولاً: في القانون المصري

إن قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ لم ينص صراحة على مدى قوة الأثبات بصورة محددة ، إنما نص على قوة أثبات قانونية لصحة البيانات الواردة في السجل العقاري^{٤٦} ، وأعطى التسجيل الأول حجية مطلقة وقوة إثبات كاملة إستناداً إلى مبدأ القيد المطلق الذي مفاده إن كل حق مقيد هو حجة على الكافة إلى ان يتم قيد التصرف الجديد على موضع القيد الأول أو إبطال هذا التصرف الذي تم قيده أو شهر تصرف يوجب القانون قيده كنزع الملكية للمنفعة العامة ، فالقيد يظل حجة في مواجهة الكافة حتى ولو كان التصرف المقيد عرضة للبطلان أو عدم النفاذ ما دام صاحب المصلحة لم يتقدم بقيد البطلان أو دعوى البطلان. أما بخصوص التسجيلات اللاحقة فلقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن كل البيانات المثبتة في السجل العقاري هو الحقيقة بالنسبة للغير فالبيانات التي تدرج فيه صادقة وسليمة ، ولا يرقى اليها الطعن فإن كل من يتعامل مع المالك المقيد في السجل يمتلك الحصانة والمناعة تجاه كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضي ذلك وضع إشارة هامشية بالدعاوي التي ترفع ضد أصحاب الحقوق العينية المقيدة في السجل لحماية رافعي الدعاوي من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه^{٤٧}، وخلاصة ماتقدم أن التسجيلات اللاحقة لها قوة أثبات قانونية غايتها إن المالك

٤٥ د.غزوان محمود ، اجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل الملكية العقارية ، ص ٧٦، ٧٥.

٤٦ نصت المادة (٣٧) من قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ (يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه)

٤٧ المذكرة الإيضاحية للقانون (منشورة في مجموعة أعمال الحلقة الدراسية العقارية ، ١٩٧٢) ف(١/٢) ، ٤٨١، وف(٤٨) ، ص ٥٠٠

المقيد يستطيع مباشرة اي تصرف عقاري في الحق العيني عند قيده في السجل العقاري ولكن قوة الاثبات القانونية هذه غير كافية ، وإنما قوة إثبات نسبية فالقانون نص على إمكانية تأسيس دعاوي إستحقاق بالملكية تجاه قيود التسجيلات اللاحقة بسبب إنتهاكها للقانون و هذه الدعاوي تقام من قبل المدعي بملكية الحق العيني بعد تأشير مضمون الدعوى في السجل ، فإذا ما صدر حكم نهائي يتضمن إبطال التسجيل أو تصحيحه فإنه يكون نافذاً تجاه المحكوم عليه بالدعوى ومن تلقى عنه الحق خلال خمس سنوات من تاريخ وضع الإشارة الهامشية (القيود المؤقت) في السجل العقاري. ومن الواضح بجلاء إن المذكرة الإيضاحية ولانحتها التنفيذية تبين بأن التشريع المصري قد أقر الطعن في قيود التسجيلات اللاحقة بسبب مخالفتها للقانون ومعنى ذلك بشكل مؤكد إنه يأخذ بقوة الإثبات النسبية للتسجيلات اللاحقة بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية.

ثانياً: في القانون الفرنسي

لقد منح التشريع الفرنسي قوة اثبات كاملة للتسجيلات الأولية والتسجيلات اللاحقة من خلال تسجيلها في السجل العقاري ذاته وبشكل إلزامي على المالك او صاحب الحق العقاري دون إستثناء^{٤٨}، إلا أنه قيد هذه الحجية الكاملة من خلال إشارته لأمكانية فقدان الإحتجاج تجاه الغير إلا من خلال شهر القرارات القضائية والأوامر القانونية والتي ترمي إلى الغاء أو إبطال او الطعن في القيود المشهورة سابقاً^{٤٩}، وإن التصرفات العقارية الأولية واللاحقة في ظل نظام الشهر الشخصي المتبع في فرنسا لاتتمتع بقوة ثبوتية كاملة وذلك لأنها لاتخضع للتدقيق والتقصي عن مدى صحتها^{٥٠}، بل تفترض سلامة التصرف المشهر وصلاحيته لنقل الملكية فإذا ما كان معيب بقى العيب عالق به حتى بعد شهره مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة للتشكيك و الطعن فيه^{٥١} وشهر التصرف لا يدل قطعاً على أن صاحب الحق محل التصرف هو فعلاً مالكة الحقيقي ولا أن مكتسب الحق الجديد سيكون في سكينته من تجريده من هذا الحق، بمعنى إن الشهر هنا لا يبدل حق أو تصرف قابل للفسخ أو البطلان أو مثقل بتكاليف عينيه الى حق جديد أكثر قوه من حق السلف، و بذلك يقتصر أثر الشهر في هذا النظام

٤٨ القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، مرجع سابق، المادة(٢٥١٢) (إن تسجيل العقارات وقيد الحقوق المبينة في م ٢٥٢١ في

السجل العقارية هو إلزامي مهما كان الوضع القانوني للمالك أو صاحب الحقوق)، ص ٢٢١٢

٤٩ القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، مرجع سابق، المادة (٢٥٢٢) (تقيد في السجل العقاري تحت طائلة عدم القبول عندما تقع على الحقوق المبينة في م ٢٥٢١، المطالبات القضائية الرامية إلى الحصول على الألغاء أو الرجوع أو إبطال او نقض إتفاق أو تصرف)

٥٠ جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ١٥

٥١ امين بركات مسعود، شرح التشريعات العقارية السورية، أعمال التحديد والتحرير، السجل العقاري التحسين العقاري، التجميل وازالة الشبوع، التشريعات العربية المقارنة، القانون العربي الوحد للتسجيل العقاري، بدون دار نشر، ١٩٩٤، ص ١٧

على أذاعة الحقوق وإشهارها وتنبية الغير بوجودها وهنا يحقق نظام الشهر الشخصي الهدف المباشر الذي انشئ لأجله وهو الأعلان غير أنه لا يحقق الغاية المرجوة منه وهو تحقيق الإئتمان العقاري^{٥٢}، و خلاصة ماتقدم إن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة لم تعط قوة الإثبات المطلقة للتسجيلات اللاحقة للتصرفات الناقلة للملكية وأكتفت بقوة الأثبات النسبية على الرغم من أختلافهم بطرق وأنظمة التسجيل، ونرى بأن التشريعات كانت موفقة بعدم إعطاء (تسجيل التصرفات الناقلة للملكية) الحجية الكاملة تحقيقا للتوازن بين مقتضيات العدالة ومتطلبات الإستحقاق في حقوق الملكية العقارية، بمعنى أنها وفرت الحماية لصاحب القيد الذي اكتسب الحق العقاري بسبب صحيح وكذلك حقوق صاحب الإستحقاق القانوني فإذا تبين وجود عيب في السبب وكان موجب للإبطال فيقتضي إبطال التسجيل.

٥٢ د أسعد ذياب و طارق زيادة، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب،

طرابلس لبنان، ١٩٩٤، ص ٢٢

المبحث الثاني

فاعلية الوفاة على تسجيل التصرفات الناقلة للملكية

إن التصرف القانوني ماهو إلا تعبير عن ارادة الاطراف يرمي إلى احداث اثر قانوني كما في البيع أو الهبة أو الوصية ، أما الشكل فهو الطريقة التي حددها المشرع للتعبير عن الإرادة بالنسبة لهذه التصرفات ، والتي تعد إستثناء أو خروج عن مبدأ الرضائية أي عن مبدأ حرية التعبير عن الإرادة ، وقد تصطدم هذه الشكلية بموانع تعرقل من إكمالها ، فالوفاة قد تكون من المؤثرات على الشكلية على بعض التصرفات القانونية الناقلة للملكية كما في البيع فتمنع من إنتقال ملكية العقار الى المشتري وكذلك يعطل إنتقال العقار الموهوب إلى الموهوب اليه ،

وقد لا يكون للوفاة تأثير على تسجيل تصرفات أخرى ناقلة للملكية كما في الوصية كونها من التصرفات القانونية التي لا يتم تسجيلها إلا بوفاء الموصي. ولبيان فاعلية الوفاة على تسجيل التصرفات الناقلة للملكية سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، سنبين في اولهما تأثير الوفاة على تسجيل البيع ، وسنوضح في ثانيهما سلطة الوفاة على تسجيل الهبة ، وسنتطرق في ثالثهما اثر الوفاة على تسجيل الوصية.

المطلب الأول: تأثير الوفاة على تسجيل البيع

إن الأصل في العقود هو الرضائية ، بمعنى إن العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتيهما دون حاجة لأي إجراء اخر ، وإستثناءاً من ذلك قد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد وهو ما إصطلح على تسميته بالعقود الشكلية ولمعرفة عمق تأثير الوفاة في البيع كتصرف ناقل للملكية سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول مضمون العقود الشكلية والثاني مدى قدرة الوفاة على منع تسجيل البيع .

الفرع الأول: مضمون العقود الشكلية

فالشكلية تعني ، إفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون ، فهي ركن في التصرف القانوني أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون ، ومن دون الشكل ، التصرف باطل في العقود الشكلية^{٥٣} ، وهذه العقود ، هي التي لا يكفي فيها التقاء الإيجاب مع القبول ، بل لابد من إستيفاء الشكل المحدد قانوناً^{٥٤} والشكل بهذا المعنى يعد ركناً في العقد ، أي لا يقوم الاخير دون إتيانه لأنه مفروض من قبل المشرع ، ولاحرية لإرادة الاطراف في التخلي عنه ، وبالتالي يفترض أن يكون هنالك ركن رابع في هذه العقود هو ركن الشكل ، بجوار الاركان العامة المعروفة وهي التراضي والمحل والسبب ، وهذه الشكلية يطلق عليها

٥٣ محمد جمال عطية، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الرقايق، مصر، ١٩٩٣، ص٤٥

ومابعدها

٥٤ د.محمد علي عبدة ، ودور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٧، ص٩

الشكلية المباشرة^{٥٥}، لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني ويترتب على إنعدامها ، إنعدام هذا التصرف ، وهذا إستثناء من قاعدة كفاية التراضي لإنشاء العقد ، وتفريقاً لها عن نوع اخر من الشكلية يطلق عليها الشكلية غير المباشرة ، أي التي لم يتطلبها المشرع لإنعقاد العقد وإنما لغير ذلك (كالأبثبات أو النفاذ) ، و البيع العقاري في ظل التشريع العراقي يعتبر من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بل لابد من إستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون (التسجيل في دائرة التسجيل العقاري) ، فالتسجيل في هذه الدائرة يعد ركن من

أركان العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية بمعنى أن هذه العقود إذا لم تسجل في الدائرة المختصة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ولا ترتب أي اثر قانوني ، فالحق العيني لا ينشأ أو ينتقل أو يتغير بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ، فضلاً عن عدم مقدرة أحد الأطراف لإجبار الطرف الاخر على إجراء التسجيل^{٥٦}، أما القانون المصري فالحقيقة أن البيع لا يزال من عقود التراضي فالبيع الغير مسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة فهو ينتج كافة اثار عقد البيع ماعدا نقل الملكية فالمشرع المصري بين في المادة التاسعة الفقرة الثانية من قانون الشهر العقاري بأنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها (الحقوق العينية الأصلية) لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لابين ذوي الشأن أو بين غيرهم، وهناك اتجاه فقهي فسر هذا النص بأن البيع العقاري يقع باطلاً إذا لم يسجل ويتحول إلى عقد غير مسمى ينشئ إلتزامات شخصية فقط ، إلا أن هذه الرأي لم يلقى قبول الفقه في مصر، فالمشرع المصري لم يجعل التسجيل شرطاً أو ركناً لإنعقاد البيع ولم ينص صراحة على البطلان ازاء تخلفه كما إن المادة (٢٦) من قانون السجل العيني تنفق بشكل تام مع المادة (٩) من قانون الشهر العقاري مع إختلاف بسيط بإستبدال كلمة التسجيل بكلمة القيد ، وبناءً على ذلك يصبح البيع العقاري غير المقيّد في السجل صالح لإنتاج كافة اثاره ماعدا نقل الملكية فجزء عدم القيد في السجل هو عدم نشأة الحق العقاري لابين المتعاقدين ولا بين غيرهم ، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر منذ امد بعيد^{٥٧}، ويستفاد مما تقدم أن كل تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية يجب أن يشهر، أي أن يسجل عقد البيع وفق الطرق المقررة قانوناً في قانون الشهر العقاري وليس من شأن هذا التسجيل أن يجعل عقد البيع عقداً شكلياً لا ينعقد إلا إذا تم تسجيله ، لأن عقد بيع العقار عقد رضائي في حد ذاته يتم بمجرد التراضي بين الطرفين

وإنما يلزم التسجيل لكي يرتب على العقد الاثر الناقل للملكية^{٥٨}، و القانون الفرنسي لم يشترط شكلاً معيناً في عقد البيع سواء كان محله منقول أو عقار فقد يتفق الطرفين على أن يحررا عقد البيع في ورقة رسمية أو ورقة عرفية وبذلك فعقد البيع يعتبر عقد رضائياً، فيكفي لإنعقاده تبادل الرضا بين البائع والمشتري دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين، فالشكلية ليست مشترطة في بيع العقار فالأطراف احرار في تحرير عقودهم في أي شكل، فيترب على ذلك أن بيع العقار عقد رضائي في أصله فان إختار الأطراف تحريره في شكل معين كان العقد شكلياً بحكم الاتفاق وليس بحكم القانون^{٥٩}، إلا أنه علق إنتقال الملكية في مواجهة الغير على التسجيل، فالتسجيل هو إجراء يتم إتباعه لإشهار التصرفات التي تمت بين الطرفين في مواجهة الغير^{٦٠}.

الفرع الثاني: مدى قدرة الوفاة على منع تسجيل البيع

لقد منحت المادة (١١٢٧) من القانون المدني، الحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت له إذا لم يسجل البائع العقار بمعنى أن البائع اذا مات قبل تسجيل عقد البيع فملكية العقار تنتقل الى ورثته، وللمشتري أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء عدم تسجيل العقد، فعقد البيع الذي يتم خارج دائرة التسجيل العقاري وفقاً للقضاء والفقه وفي التشريع العراقي هو عقد غير مسمى مضمونه تعهد بنقل ملكية العقار^{٦١}، وبالرغم من ذلك فلم يعتبر المشرع العراقي الوفاة مانعاً من تسجيل التصرفات العقارية، أما التشريعات المقارنة فوفاة البائع قبل اشهار عقد البيع في السجل العقاري في مصر لا يؤدي الى إنتقال ملكية العقار إلى المشتري بالرغم إعتباره عقداً رضائياً، فيفضل العقار بملكية البائع و من ثم ينتقل إلى ورثته، ومن حق المشتري مطالبة ورثة البائع بالتزام مورثهم بإتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار، فإذا تصرف أحد الورثة وقام ببيع العقار مرة أخرى لمشتري ثاني وتم تسجيله فسوف تنتقل الملكية العقار للمشتري الأخير^{٦٢}، أما التشريع الفرنسي فلا اثر للوفاة على تسجيل عقد البيع كونه عقداً رضائياً يتم وينعقد وتنتقل الملكية فيه بقوة القانون من وقت الاتفاق بين الطرفين على المبيع والثمن^{٦٣} ونرى بأن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في عدم إعتبار الوفاة من موانع تسجيل التصرفات القانونية في المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري

٥٨ د.عبدالله مبروك، مبادئ عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٦٥، ١٦٦

٥٩ شيخ سناء، الشكلية في اطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، اطروحة دكتوراه، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٩٢، ١٩٣

٦٠ سارة مهند، تميز نظام التسجيل العيني عن ما يشته به، بحث منشور في كلية الحقوق جامعة النهرين، مج٢١، عد٢٠١٩، ٤٠، ص١٤

٦١ عبد المنعم يحيى، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص٢٣٠، ٢٣١

٦٢ د. سعيد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٢٦، ٤٢٧

٦٣ حسين بن الشيخ، الملتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٣٠٠

النافذ فالموت مانع من التصرفات بما فيها التصرفات العقارية^{٦٤}، لأن القانون يقرب بأن لكل شخص طبيعي شخصيته القانونية ، والتي تؤهله لإمتلاك الحقوق وتحمل الإلتزامات منذ لحظة ولادة الإنسان والذي تنتهي بموته^{٦٥}، فضلاً عن ذلك فان البيع العقاري من العقود الشكلية التي لا يكون لها أي أثر قانوني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، فلا يعد إتفاق الطرفين على البيع دون إستيفاء الشكلية المقررة قانوناً بيعاً وإنما يعد عقد غير مسمى ويقتصر حق المشتري به على المطالبة بالتعويض، فإذا انقضت شخصية الإنسان بالموت ستؤول ذمته إلى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية أو سداد الديون، فإذا كان للبائع خلفاً عاماً(وارث) فسوف تنتقل إليه الحقوق دون أن يلتزم بديونه وإلتزاماته فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصاً تاماً إلا بعد تخليصها من الديون عملاً بالحديث الشريف (لا تركة إلا بعد سداد الديون)^{٦٦} بذلك فأن الوفاة تكون مانعاً من تسجيل البيع ويقتصر حق الدائن على التعويض مما تركه البائع ، وكذلك تعبر وفاة البائع مانعاً من تسجيل البيع ، إذا لم يكن له خلفاً عاماً (ليس له وارث) وبذلك تنتقل حقوقه للدولة بإعتبارها وارث لمن لا وارث له^{٦٧} ويقتصر حق المشتري ايضاً على التعويض فقط، و مما تقدم يتبين أن التشريع العراقي بتأثره بالشريعة الإسلامية الغراء والتي إعتبرت شخصية الخلف مستقلة عن شخصية سلفه فلا تعد امتداد لها او مكملتها لها فالخلافة تكون بالأموال والحقوق فقط ، أما الإلتزامات فلا تنتقل للخلف ولا يكون مسؤولاً عنها بشكل شخصي^{٦٨}، فهنا المشرع خرج عن المألوف بعدم إعتبارهم الوفاة مانعاً من تسجيل البيع.

المطلب الثاني: سلطة الوفاة على تسجيل الهبة

يعد عقد الهبة واحداً من العقود التي تقع على الملكية فتنتقلها إلى الطرف الاخر في العقد ، وهي من التصرفات التبرعية التي لامقابل فيها ، أي إن أحد الطرفين في العقد وهو الموهوب له لايعطي شيئاً مقابل ما يأخذه من الموهوب ، كما أن هذا العقد من العقود الشكلية التي ألزم المشرع في غالب التشريعات المدنية ، إجراءه ضمن شكل

٦٤ تنص المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري النافذ(يرد بموانع التسجيل القيود القانونية التي تمنع إجراء التسجيل سواء تعلقت بالعقار نفسه او بأصحاب الحقوق العقارية وتشمل ما يلي: ١- -- الحجز الواقع على العقار من سلطة قضائية او رسمية مخولة قانوناً، ٢- المحجورون لذاتهم او بقرار من المحكمة، ٣- الموانع القانونية الاخرى المثبتة في سجل العقار او اضارته التي تمنع إجراء التصرفات القانونية الا اذا زالت تلك الموانع وفقاً لأحكام القانون

٦٥ نصت المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي (١- تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته)

٦٦ د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٥، ص١٣٩

٦٧ تنص المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي (لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثاً

لمن لا وارث له)

٦٨ د. برك فارس، الخلف العام وحمایته المدنية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص١٨٢

خاص , ورتب البطلان في حالة عدم مراعاته^{٦٩} ولبيان فعالية الوفاة في تسجيل الهبة سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول محتوى الشكلية في الهبة والثاني اثر الوفاة على تسجيل الهبة .

الفرع الأول: محتوى الشكلية في الهبة

ان عقد الهبة في غالب التشريعات القانونية وبالأخص فيما إذا ورد على عقار هو عقد شكلي , أي يتطلب لتمامه إتيانه في شكلية قانونية خاصة , هي شكلية التسجيل في دائرة التسجيل العقاري تارة كما في التشريع العراقي النافذ والذي قد أشار إلى شكلية عقد الهبة بالقول (إذا كان الموهوب عقاراً , وجب لإنعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة) أي دائرة التسجيل العقاري كونها مختصة بتسجيل التصرفات القانونية العقارية^{٧٠}, أو التوثيق في ورقة رسمية تارة اخرى كما في التشريع المصري فقد أخضع تسجيل الهبة العقارية لإجراءات خاصة على يد موثق رسمي مختص في أحد المكاتب القانونية وفقاً لقانون التوثيق المصري (٦٨) لسنة (١٩٤٧)^{٧١}, حيث اشار إلى (أن الهبة تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة) , ووضح من هذا النص , ان القانون المذكور لم يعتبر هبة العقار عقداً شكلياً لغرض الإنعقاد كما في التشريع العراقي , لأنه لم يفرض القيد في السجل العقاري(الشكلية) إلا لغرض نفاذ الهبة لا لانعقادها, فالهبة تنعقد صحيحة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له بتدوينها في ورقة رسمية , كما جاء بالمادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري, فالهبة تكتمل دون القيد هذا , بدليل أنه إستخدم تعبير (لاتنعقد) أي انها لاتنفذ إلا بقيدها , لكنها تنعقد دون هذا القيد في السجل العقاري . إلا إن المشرع المصري إستدرك ذلك في نص المادة اللاحقة , أي م (٤٩٠) فيما يخص الوعد بهبة العقار , فقال (ولايصح الوعد بهبة عقار أو حق عقاري إلا بقيدته في السجل العقاري) , فهنا إستخدم المشرع تعبير (لايصح) أي لاينعقد, وهو مما يشير الى تناقض في الحكم في موضوع واحد^{٧٢} , وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه إعتبر هبة العقار عقداً شكلياً لغرض النفاذ , فتخضع هبة العقار حتى تكون نافذة لإجراءات تسجيل من نوع خاص نصت عليها المادة (٩٣٩) من القانون المدني الفرنسي وهي تختلف عن الإجراءات العامة للتسجيل^{٧٣} .

٦٩ د. وسن قاسم غني , اجازة الهبة الباطلة, بحث منشور في مجلة المحقق الحلي, جامعة بابل, عدد الاول, السنة السابعة, ٢٠١٥.

٧٠ تنص المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي (اذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة)

٧١ د.محمد على عبدة , مرجع سابق , ص ٦٥,٦٤

٧٢ القانون المدني المصري المادة (٤٨٨)(تكون الهبة بورقة رسمية , وإلا وقعت باطلة)والمادة (٤٩٠) (الوعد بالهبة لا ينعقد إلا

إذا كان بورقة رسمية)

٧٣ د.محمد على عبدة , مرجع سابق , ص ٦٥,٦٤

الفرع الثاني: فعالية الوفاة على تسجيل الهبة

أما اثر الوفاة في تسجيل الهبة في التشريع العراقي فإذا مات الواهب قبل تسجيل الهبة في الدائرة المختصة ، فبذلك تعتبر الهبة باطلة لإنعدام ركن الشكلية فيها مما يجعلها دون اثر يذكر كما جاء في المادة (٦٠٢) من القانون المدني ، فلا تترتب بذمته أو بذمة ورثته أي التزام تجاه الموهوب له بمعنى أن الموهوب له لا يستطيع أن يطالب ورثة الواهب بتسجيل العقار الموهوب وتنفيذ إلتزام الواهب أو المطالبة بأي تعويض كما في عقد البيع الغير مسجل وفقاً للقرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧^{٧٤}، وكذلك الحال إذا لم يكن للواهب أي وارث فلا يستطيع الموهوب له مطالبة الدولة (الوارث) بأي التزامات كتسجيل العقار الموهوب بأسمه أو تعويضه ، أما عن اثر الوفاة في تسجيل الهبة في التشريع المصري ، فلا يعتبر عقد الهبة منعقدًا إذا أصاب شكلية عقد الهبة، أي خلل فبذلك يصبح عقد الهبة معدوم الاثر ويعتبر باطل بطلاناً مطلقاً، فإذا توفي الواهب قبل انعقاد الهبة في ورقة رسمية على يد الموثق فالعقار الموهوب يبقى ملكاً للواهب وورثته، فلا يعطي الحق للموهوب له أن يطالب ورثة الواهب بتسجيل العقار، كما يحق للورثة التمسك بهذا البطلان تجاه الموهوب له ، وفي ضرب آخر على اثر الوفاة ، فأن مات الواهب قبل أن يصل إيجابه في ورقة رسمية إلى علم الموهوب له ، فقبول الاخير لا ينتج اثره إلا إذا وصل إلى علم الواهب الذي توفي، فيستحيل علمه بالقبول وبذلك لاتتم الهبة^{٧٥}، أما التشريع الفرنسي فإنه يعد عقد الهبة من العقود الرسمية في ويؤكد على بطلان الهبة إذا لم تتبع فيها الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون كما ورد ذلك في المادة (٩٣١) من القانون المدني الفرنسي^{٧٦} .

المطلب الثالث: اثر الوفاة على تسجيل الوصية

لاشك فيه أن لفظ التصرف الوارد في المادة(٣) من قانون التسجيل العقاري النافذ يشمل كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره ، وعلى ذلك تدخل الوصية في عموم هذا اللفظ فتكون من التصرفات التي يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري) ولبيان فعالية الوفاة في تسجيل الوصية سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول مضمون الشكلية في الوصية والثاني اثر الوفاة في تسجيل الوصية.

٧٤ حبيب عبيد ، التعهد بنقل الملكية او حق التصرف، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، جامعة بابل ، عد الاول، السنة

العاشرة، ٢٠١٨، ص٣٣٦

٧٥ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية، ج٥، دار احياء التراث العربي ، بيروت،

دون ذكر السنة ، ص٧٠

76 devant (notaires) dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité

الفرع الأول: فكرة الشكلية في الوصية

تعد الوصية من التصرفات الشكلية التي يجب إتباع إجراءات معينة لإنعقادها ومنها التسجيل في الدائرة المختصة^{٧٧}، أما القانون المصري فقد أوجب شهر الوصية بموجب المادة (٩) من قانون الشهر العقاري بطريقة التسجيل ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها في المادة لاتنشأ ولا تنتقل ولا تزول لابين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم^{٧٨} وهذا ما أكدته المادة (٢) من قانون الوصية المصري. بأن الوصية تشهر بتسجيل المحرر في السجل العقاري سواء كان المحرر ورقة رسمية مصادق عليها من جهة رسمية أو ورقة عرفية مكتوبة بخط الموصي وعليها أمضاؤه^{٧٩}، أما التشريع الفرنسي فإنه يتطابق مع ماجاء في التشريع المصري فتشهر الوصية بقيدها في السجل العقاري بإشهار المحرر الرسمي حيث يمي الموصي وصيته على الموثق الذي يكتبها، ثم يقرأها على الموصي، وبعد هذه القراءة يوقع عقد الوصية الرسمية من طرف الموصي والموثق والشاهدان، أو عن طريق المحرر العرفي الذي يحوي على مصادقة الموصي^{٨٠}.

الفرع الثاني: دور الوفاة في تسجيل الوصية

في الحقيقة ليس للوفاة أي اثر على تسجيل الوصية لأن الوصية من التصرفات التي تصدر من جانب واحد، ومضافة إلى ما بعد الموت ولا تصبح تصرفاً نهائياً إلا بقبولها من الموصى له بعد وفاة الموصي، فجاء بالمادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ((الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض))، وبذلك لا يمكن إعتبار تسجيل الوصية ركناً فيها قبل وفاة الموصي، فالوصية تسجل بوفاة الموصي^{٨١}، إلا أن اهمية اثر الوفاة على تسجيل الوصية يظهر في مرحلة ما قبل التسجيل فقد أجاز المشرع العراقي بتأشير الموصي لوصيته قبل وفاته في السجل العقاري فيترب على ذلك عدم جواز إجراء أي تصرف عقاري من قبل الموصي على ما أوصى به، بمعنى أن عدم تأشير الوصية في حياة الموصي في السجل العقاري لا يكون أي اثر قانوني لها

٧٧ تنص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري (١) - التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة)٢-لا يعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري

٧٨ المادة (٩) من قانون الشهر العقاري المصري (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن)

٧٩ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية العقارية، ج٩، دار النهضة، ١٩٦٨، ص٢٣٩

٨٠ نور الدين اسكوكد، شروط انجاز الوصية يكون فيها الموصي فرنسيا، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني

تأريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٧

<https://anfaspress.com>

٨١ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، مطبعة العاتك، القاهرة، ١٩٧٨، ص٣٣٢

، ويبقى المال الموصى به ملكاً للموصي ويستطيع التصرف به كافة التصرفات القانونية قبل وفاته ، فتأشير الوصية في حياة الموصي في السجل العقاري تسهل من عملية تسجيل الوصية وبالتالي نقل العقار الموصى به^{٨٢}، علماً أن الوصية إذا لم تسجل ولم يعترض عليها الورثة تكون قابلة للتنفيذ بوجود دليل كتابي على ذلك كما في تسجيل الوصية لدى كاتب العدل، أما إذا إعترض عليها ذوي العلاقة ، فللموصي له مراجعة المحاكم لإثبات صحة وصيته^{٨٣} ، أما عن اثر الوفاة في تسجيل الوصية في التشريعات المقارنة وخلافاً للتشريع العراقي فقد سمح التشريع المصري للموصي بتسجيل وصيته بنفسه في حياته فيقدم لمكتب الشهر العقاري محرر الوصية ليتم تسجيلها في السجل العقاري ولكن يمنع التأشير عليه بختم نقل الملكية بالرغم من ذلك ، فإذا مات الموصي قبل تسجيل الوصية في السجل العقاري ، فلا تنتقل التركة للموصي اليه وتبقى عند الورثة^{٨٤} و يقتصر اثر الوصية الغير مسجلة على الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن حيث يلتزم الورثة بمقتضاها أن يسلموا الموصى به الى الموصي له كما يلتزموا بنقل ملكية العقار عن طريق مساهمتهم في إجراءات التسجيل^{٨٥}، أما القانون الفرنسي فقد وضع في المواد (٩٧٦-٩٧١) بأن الوصية يجب أن تملأ شفويًا من قبل الموصي على الموثق وبعد إكمالها تقرأ على الموصي وتوقع منه بحضور الشهود وجزاء مخالفة هذه الشكلية هي البطلان، فإذا مات الموصي قبل ان يملاً وصيته في ورقة رسمية على يد الموثق فتكون الوصية البطلان ولا ينتقل العقار إلى الموصي اليه^{٨٦}.

٨٢ عبد المنعم يحيى، مصدر سابق، ص ٣٩٩

٨٣ تنص المادة (٦٦) من قانون الاحوال الشخصية (الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ إذا لم يعترض عليها من قبل ذوي العلاقة).

٨٤ د. محمود شوقي، مرجع سابق، ص ٢٨٠

٨٥ د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مطبعة مصطفى الحلبي ، ، مصر ١٩٦٧، ص ٧٩، ٨٠.

86 code civil français articl(973) (Ce testament doit être signé par le testateur en présence des témoins et du notaire ; si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera

الخاتمة

في غضون دراستنا لموضوع (الوفاء وأثرها على تسجيل التصرفات الناقلة للملكية) ، تطرقنا في المبحث الأول لمفهوم الوفاة و تسجيل التصرفات الناقلة للملكية، والقينا الضوء في المبحث الثاني على فاعلية الوفاة على تسجيل التصرفات الناقلة للملكية، من خلال ماتقدم يمكن أن نحدد أهم الإستنتاجات والمآخذ والمقترحات بمايلي:

أولاً: الإستنتاجات

(١) أن التشريع العراقي لم يذكر تعريفاً محدداً للوفاء ، وكذلك الحال بالنسبة للتسجيل أو تسجيل التصرفات الناقلة للملكية على الرغم من إيماده طريقة التسجيل في قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) أن التشريع المقارن قد أعطى أمثلة على الظروف التي تفترض هلاك المفقود كغرق السفينة او سقوط الطائرة اذا كان المفقود على متنها او كان احد افراد القوات المسلحة وفقد خلال العمليات العسكرية خلافاً للمشروع العراقي التي لم يذكر شي (٣) تميز التشريع العراقي بطريقة خاصة لتسجيل الحقوق العينية وهي استخدام سجلين منفصلين أحدهما لتسجيل الحقوق العينية الأصلية والآخر للحقوق التبعية خلافاً للتشريعات المقارنة التي تعتمد على سجل واحد وهو سجل الملكية لتسجيل الحقوق العينية الأصلية و التبعية.

(٤) أن التشريع العراقي في قانون التسجيلات اللاحقة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ لم يذكر الوصية من ضمن التسجيلات اللاحقة ، بالرغم من كونها من التصرفات القانونية الناقلة للملكية والتي ترد بعد التسجيلات الاولية ، فضلاً عن ذلك فالوصية بعقار لا تنتقل من الموصي إلى الموصي اليه إلا بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري كما في البيع والهبة.

(٥) إن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة لم تعط قوة الإثبات المطلقة للتسجيلات اللاحقة للتصرفات الناقلة للملكية ، وأكتفت بقوة الأثبات النسبية على الرغم من أختلافهم بطرق وأنظمة التسجيل.

(٦) لا اثر للوفاء على تسجيل عقد البيع في التشريع الفرنسي كونه عقداً رضائياً فيتم وينعقد وتنتقل الملكية فيه بقوة القانون من وقت الاتفاق بين الطرفين على المبيع والتمن خلاف للتشريعين العراقي والمصري اللذان اشترطا التسجيل والقيد في السجل العقاري.

(٧) لم تذكر الوفاة كأحدى موانع تسجيل التصرفات العقارية في المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري ، بالرغم من أنها قد تمنع تسجيل التصرفات العقارية (كالبيع

والهبة والرهن...الخ) وقد يصب هذا المنع في المصلحة الخاصة وكذلك العامة .

(٨) ليس للوفاة أي اثر على تسجيل الوصية في التشريع العراقي لأن الوصية من التصرفات التي تصدر من جانب واحد ، ومضافة الى مابعد الموت ، ولاتصبح تصرفاً نهائياً إلا بقبولها من الموصى له بعد وفاة الموصي وبذلك لايمكن اعتبار تسجيل الوصية ركناً فيها قبل وفاة الموصي ، فالوصية تسجل بوفاة الموصي

(٩) سمح التشريع المصري للموصي بتسجيل وصيته بنفسه في حياته فيقدم لمكتب الشهر العقاري محرر الوصية ليتم تسجيلها في السجل العقاري ولكن يمتنع التأشير عليه بختم نقل الملكية خلافاً للتشريع العراقي والفرنسي اللذان سمحا بتأشير الوصية فقط دون تسجيلها قبل وفاته.

ثانياً: المقترحات

- (١) ضرورة إضافة لفظ (الوفاة) كفقرة جديدة في المادة (٩٦) من قانون التسجيل العقاري و إعتبرها أحد الموانع التي تحظر تسجيل التصرفات العقارية باستثناء الوصية.
- (٢) نأمل من المشرع العراقي اضافة لفظ (الوصية) الى المادة (ثانياً-١) من تعليمات التسجيلات اللاحقة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ بإعتبرها تسجيلاً لاحقاً يرد بعد التسجيل الأولي للعقار .

