مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: المفاضلة بين عقود البيع المتعددة الواردة على ذات الشيء
اسم الكاتب: أ.م.د. مها نصيف جاسم، عواطف باسم لايف
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/9734
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 12:14 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 2- September. 2025
المجلد ١٥- العدد ٢ – ايلول ٢٠٢٥

Comparison between sales contracts is committed to the same thing

Al IraqiaUniversity
[1] Dr.Mahaa Nsaef Jaseem [2] Awatif basim layif
College of Law and political science Department of private Law
1: Email: Maha.jasim@aLiraqia.edu.iq
2: Email: awatifbasim96@gmail.com

DOI https://doi.org/10.37651/aujlps.2025.159751.1511
Submitted: 25/4/2025
Accepted: 5/5/2025
Published: 1/9/2025
Keywords:
preference of rights
buyer competition
contract differentiation.

Abstract:

The study addressed the comparison between multiple sales contracts for the same item. The comparison here means determining which o the contracts should be given legal effect against third parties, and which of the buyers is proven to have the real right to the subject of the contract. The criteria for comparison differ according to the type of property being sold. In the sale of real estate, the legal system relies on official registration as the basic criterion for adjudicating between competitors. The buyer who takes the initiative to register his contract with the Real Estate Registration Department is the one who is given preference against third parties, in accordance with what has been established by Iraqi law and some comparative laws, with the condition of good faith in some cases, so that the registered buyer is protected if he is not aware of a previous sale of the same property. As for the sale of specific movables, the comparison is based on possession, so that the one who received the sale in good faith is preferred, regardless of the priority of the contract in terms of date, based on the rule of "possession in movables is the title deed." The problem becomes more complex if fraud or bad faith is involved in one of the transactions, as proof of fraud would deprive the subsequent purchaser of the protection of registration or possession, and their right could be invalidated even if it was based on correct formal procedures..

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

المفاضلة بين عقود البيع المتعددة الواردة على ذات الشيء

[١] أ.م.د.مها نصيف جاسم [٢] عواطف باسم لايف
[١] الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية

الملخص:

تناول البحث دراسة المفاضلة بين عقود البيع المتعددة الواردة على ذات الشيء ويُقصد بالمفاضلة هنا تحديد أي من العقود يجب أن يُعطى الأثر القانوني في مواجهة الغيروأي من المشترين يثبت له الحق العيني في محل التعاقد ويختلف معيار المفاضلة باختلاف نوع المال محل البيع ففي بيع العقار يعتمد النظام القانوني على التسجيل الرسمي كمعيار أساسي للفصل بين المتزاحمين ،فالمشتري الذي يبادر إلى تسجيل عقده لدى دائرة التسجيل العقاري هو الذي يُمنح الأفضلية في مواجهة الغير وفقاً لما استقر عليه القانون العراقي وبعض القوانين المقارنة، مع اشتراط حسن النية في بعض الحالات، بحيث يُحمى المشتري المسجل إذا لم يكن عالماً ببيع سابق لنفس العقار.أما في بيع المنقولات المعينة بالذات فتقوم المفاضلة على أساس الحيازة، بحيث يُفضل من تسلم المبيع بحسن نية، بغض النظر عن أسبقية العقد من حيث التاريخ، تأسيساً على قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". وتزداد الإشكالية تعقيدًا في حال وجود غش أو سوء نية في أحد التصرفات، إذ يؤدي ثبوت الغش إلى حرمان المشتري اللاحق من حماية التسجيل أو الحيازة، ويمكن إبطال حقه حتى لو كان مستندًا إلى إجراءات شكلية صحيحة.

الكلمات المفتاحية: ترجيح الحقوق ، تزاحم المشترين ، تعدد المستأجرين المفاضلة بين العقود.

المقدمة

في ظل تعقيد التعاملات القانونية وكثرة التصرفات العقارية برزت إشكالية تعدد عقود البيع الواردة على ذات الشيء وما يترتب عليها من تعدد في العقود مما يستدعي البحث في أسس وقواعد المفاضلة بين المشترين لتحديد من له الأولوية في اكتساب الملكية وقد أظهر تحليل النصوص القانونية والفقه المقارن أن معايير المفاضلة تختلف تبعًا لطبيعة المحل المتصرف فيه ففي بيع العقارات تُعتمد قاعدة

الأسبقية في التسجيل بينما تعتمد المفاضلة في بيع المنقولات على الحيازة الفعلية بحسن نية.

أولاً: آهمية البحث :

تتمثل أهمية البحث في تعزيز حماية الغير حسن النية من خلال دراسة آليات المفاضلة يُسهم البحث في بيان كيفية حماية الأطراف الذين تعاملوا دون علم بالتصرفات السابقة مما يعزز الثقة في التعاملات القانونية بالإضافة إلى سد الفراغ التشريعي بالنظر إلى غياب نصوص قانونية واضحة في التشريع العراقي تبرز أهمية البحث في تقديم حلول قانونية عملية لمعالجة مسألة التعدد بين العقود الواردة على ذات الشيء .

ثانياً: مشكلة البحث :

تدور مشكلة البحث حول السؤال الرئيس كيف يتم ترتيب الأولوية بين المشترين عند تعدد عقود البيع الواردة على ذات الشيء وما هو أثر التسجيل أو الحيازة وحسن النية والغش في تحديد المركز القانوني لكل منهم وفقاً لموقف المشرع العراقي؟ .ويتفرع عن ذلك عدة تساؤلات:

١. ما أثر الأسبقية في التسجيل على حقوق المشترين في بيع العقار؟
٢. كيف تؤثر الحيازة على مفاضلة الحقوق في بيع المنقول؟
٣. إلى أي مدى يحمي القانون العراقي الغير حسن النية أو يتعامل مع الغش في التسجيل؟
٤. ما أوجه القصور في التشريع العراقي وما السبيل لمعالجتها تشريعياً؟

ثالثاً: منهج البحث :

المنهج المتبع هو المنهج التحليلي المقارن من خلال دراسة النصوص القانونية العراقية وتحليل الفقه والقضاء المقارن مع توظيف المنهج المقارن لعرض كيفية معالجة التشريعات الأخرى لموضوع المفاضلة بين العقود المتعددة كما تم

الاستعانة بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية الحديثة لرسم صورة متكاملة عن الإشكالية وطرح الحلول العملية لها.

رابعاً: هيكلية البحث :يقسم هذا البحث إلى مبحثين كما الأتي :

المبحث الأول : المفاضلة وفقا لقاعدة الاسبقية في التسجيل

المطلب الأول : مضمون قاعدة الاسبقية في التسجيل.
المطلب الثاني : تأثير الغش على الاسبقية في التسجيل.

المبحث الثاني : المفاضلة وفقا لقاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد

المطلب الأول : مضمون قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد.
المطلب الثاني : قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

I. المبحث الأول
المفاضلة بناء على قاعدة الاسبقية في التسجيل

يُعد التسجيل في السجل العقاري أحد أهم الوسائل القانونية لإثبات الحقوق العينية العقارية فهو يُكسب الحق حجية مطلقة في مواجهة الغير ويضمن استقرار المعاملات. ولأهمية التسجيل، جعل المشرع له دورًا حاسمًا في المفاضلة بين التصرفات المتعددة التي ترد على ذات العقار، فاعتمد قاعدة الأسبقية بالتسجيل بحيث يُفضل المتصرف إليه الذي بادر إلى تسجيل حقه قبل غيره، بغض النظر عن تاريخ العقد غير أن هذه القاعدة رغم بساطتها ووضوحها، ليست مطلقة إذ قد ترد عليها بعض الاستثناءات التي تراعي حسن النية أو تمنع الغش، تحقيقًا لمقتضيات العدالة وحماية الحقوق المشروعة.

استنادا الى ما تقدم فاننا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول مضمون قاعدة الاسبقية في التسجيل ، ونخصص المطلب الثاني لبيان تأثير الغش على الاسبقية بالتسجيل .

I.أ. المطلب الأول
مضمون قاعدة الاسبقية في التسجيل

إن مضمون الأسبقية في التسجيل هو أسلوب لحل التعدد بين التصرفات العقارية والتسجيل وسيلة لشهر الحقوق العينية العقارية يفيد دور الإعلان عن التصرف بالتسجيل وحده ويتمكن الغير الذي يقدم على التعاقد في شأن حق عيني اصلي أن يطمئن على وجود هذا الحق وهل أن هنالك ثمة تسجيل سابق يعارضه فإن التسجيل يهيئ العلم للغير بالوضع القانوني للعقار على نحو يتجنب فيه التعاقد لو علم ان المالك قد سبق له التصرف في العقار أو

رتب عليه حقوقاً عينية[١] . فالذي يتلقى حق معتمد على التسجيل يكون بمأمن من الاعتراضات التي توجه له او لسلفه حيث تعد قاعدة الأسبقية في التسجيل من المبادئ القانونية الأساسية التي تهدف إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية حيث تُستخدم كمعيار لحسم النزاعات الناشئة عن تعدد عقود البيع الواردة على ذات العقار فعندما يقوم البائع ببيع العقار نفسه لأكثر من مشترٍ وهنا فمن غير الممكن ان يكون الاثنان مالكين للعقار ويثار التساؤل حول كيف يمكن المفاضلة بينهما ومن يحظى بالحق ؟ . عند الرجوع الى التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة لا يوجد نص في التشريع العراقي ينظم موضوع تعدد العقود بين المشترين وكذلك الامر في التشريعات المقارنة . لذلك اعتبر الفقه أن الأثر العيني الذي ينشأ عقد البيع العقاري وهو انتقال الملكية هو الذي يشكل قاعدة الحل ، ولا يتم ذلك إلا بالتسجيل . وترتيبا عليه فمن قام بهذه الشكلية أولاً فهو الذي يفضل على غيره من المتعددين المتعارضين ،وكما ذكر في المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١،نجد أنها نصت على أنه" لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري" [٢] .ولابد من الإشارة الى أن معيار الاسبقية في التسجيل يمكن تطبيقه بسهولة في القانون الفرنسي والقانون المصري[٣] . وهنا يثار التساؤل حول ماهو أثر الاسبقية في التسجيل على ترتيب الأولوية بين المشترين المتعددين في صور البيع عقار الواردة على المحل ذاته ؟ نفترض عند قيام بائع ببيع ذات العقار بيعين متعاقبين لشخصين مختلفين ، احدهما سجل عقده والأخر لم يسجل ،حيث عند تخلف التسجيل في عقد المشتري الأول يجعل عقده باطلاً ولا مجال للمفاضلة بين عقد هذا المشتري وبين المشتري الثاني الذي سجل عقده في دائرة التسجيل العقاري ذلك لان المفاضلة لاتكون بين عقد باطل وعقد صحيح ، فالاخير مرجح أصلاً ودليل ذلك المادة (١١٢٧) مدني عراقي إذ جاء فيها" (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض أم لم

(١) عاطف محمد كامل فخري ، "الغبن في القانون المدني المصري" ، (أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٧٦) ،ص٥٠١.

(٢) المادة (٣)، الفقرة (٢) من قانون التسجيل العقاري ، ويقابلها نص المادة (٩)، من قانون الشهر العقاري المصري لسنة ١٩٤٦تنص على (عدم تسجيل التصرفات العقارية أن الملكية لاتنتقل من المتصرف إلى المتصرف إليه ، ولا يكون لهذه التصرفات من الأثر سوى الالتزامات الشخصية)، ونص المادة (١٥٨٣)، من القانون المدني الفرنسي على أنه : (يعتبر البيع العقاري منتجا لآثاره وناقلا للملكية بين طرفيه ، فتسجيل العقود واجب ليس لنشوء الحق العيني ، بل لاشهاره تجاه الكافة ، وسريانه عليهم). ويتبين مما ذكره ان حق ملكية العقار المبيع لاينتقل بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، أي تكون الأفضلية لمن سبق في تسجيل العقد عند التعدد العقود ، وهذا بالنسبة للتشريع المصري ،اما التشريع الفرنسي فكان قانون الشهر العقاري في القانون الفرنسي ليس له أي دور إنشائي وليس شرطا للاحتجاج بالحق تجاه الغير.

(٣) د. أنور طلبة، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٢، ص٣٠٨. ، و د. سمير عبد السيد تناغو، *عقد البيع* ، الطبعة الأولى ، (الإسكندرية: منشأة المعارف ، ٢٠٠٥)، دون ذكر . ،و - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق ، مصدر سابق ، ص٢٢٠.

يشترط) ". هذه المادة تنص على وجود اتفاق سابق على البيع بين الطرفين يتمثل بالتعهد بنقل ملكية العقار وان كان خارج دائرة التسجيل العقاري ،وهذا التعهد هو عقد صحيح غير مسمى منذ نشأته وهو ملزم للبائع في حالة الاخلال به ونحو نتفق مع هذا الرأي [١] فتراضي الطرفين بموجب عقد بيع العقار الخارجي لا يمكن إنكاره والتراضي المذكور هو عقد ، ولكنه ليس بعقد بيع فالاخير لا ينعقد إلا بالتسجيل ولا يكفي للمتعهد له في أن يستند إليه (أي التعهد او العقد غير المسمى) ليعارض المشتري الثاني في ملكية العقار التي انتقلت إليه بموجب عقد البيع المسجل وهكذا فإن المفاضلة بين حقوق كلا المشتريين تكون أمراً غير وارداً أما الاستناد إلى هذا التعهد او هذا العقد غير المسمى لأغراض التعويض في حالة نكول البائع عن القيام بنقل الملكية فهو امر جائز ، فاذا اخل البائع بالتعهد اقتصر الامر على التعويض سواء اشترط اولم يشترط[٢] وهذا موقف القانون العراقي في ظل القانون المدني يختلف عما نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧المعدل .اما بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة -المشار اليه فقد جاء ليؤكد في الفقرة (أ) على المبدأ السابق ، أما في الفقرة (ب) منه فقد اصبح حدوث التعدد بين المشتري بعقد غير مسجل والمشتري بعقد مسجل أمراً ممكناً إذا جاء فيها "(إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو احدث فيه أبنية أو منشات أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المثبته في التعهد)". فيمكننا هنا ان نتصور التعدد بين شخصين حول ملكية العقار، عندما يتعاقد البائع مع شخص على نقل ملكية العقار خارج دائرة التسجيل العقاري وبموجب تعهد ، فيسكن هذا الشخص العقار او يحدث فيه أبنية أو منشات دون معارضة تحريرية ثم يتعاقد المالك مع شخص آخر على نقل الملكية بعقد بيع يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فأي منهما يستحق الحماية ويجب تفضيل عقده ؟ حيث كان موقف القضاء العراقي على ذلك فقد ذهب في إحدى قرارته إلى انه:(المشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري إذا كان قد سكنه بدون معارضة من البائع ان يطلب من المحكمة تمليكه العقار ولو كان البائع قد باعه بعدئذ لشخص آخر سجله باسمه في الدائرة المذكورة)[٣] . وهكذا يكون القضاء قد اعتمد على التنفيذ العيني الالتزام البائع بنقل الملكية للمشتري بموجب عقد غير مسجل وجرد التسجيل الذي قام به المشتري الثاني من كل اثر كما أنه من المفروض ان يبطل التسجيل فيما لو كان المشتري الثاني قد تواطأ مع المالك لكي يتصرف بالعقار إليه ، مع علمه بوجود تعهد سابق ببيع العقار اما موقف القانون المصري فالمشتري الذي يسبق في تسجيل

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط* ، ج٤، مصدر سابق ، فقرة ٢٥٠، ص٤٣٨،الهامش رقم ١.د.غني حسون طه : مصدر سابق ، ص٢٢٣.

(٢) نوري احمد منصور، "بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي"، *بحث منشور في مجلة العدالة*، العدد ٤، السنة الخامسة ، (١٩٧٩): ص١٠٣١.

(٣) قرار استئناف نينوى رقم ٤٤/ت ب/١٩٧٨في ١٩٧٨/١٢/١١، منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد ٤، السنة التاسعة ، ١٩٧٨، مشار اليه لدى : د.صبري حمد خاطر : مصدر سابق ، ص٢٢٢.

عقده يفضل على من لم يقم بالتسجيل[١] فالعبرة تكون بأسبقية التسجيل عند التعدد وليس بأسبقية التصرف[٢] وليس للمشتري المتراخي في التسجيل إلا طلب التعويض على حسب قول بعض الفقه [٣] . كما انه ليس لحسن النية أي اثر في تسجيل العقار بموجب القانون العراقي اما في مصر فهناك تساؤل بين الفقهاء حول مدى اشتراط حسن النية المشتري واثره في تسجيل البيع الثاني ؟ فهل يفضل المشتري الثاني لمجرد التسجيل ؟ام لابد وان يكون حسن النية ؟. في الحقيقة هذا الموضوع محل خلاف كبير في الفقه والقضاء المصري وتباينت الآراء حوله وكالاتي :- ذهب رأي اول[٤] إلى ضرورة الاعتداد بالتسجيل مطلقا حتى ولو كان المشتري الثاني يعلم بوجود البيع الأول ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع واساس هذا الاتجاه هو انه ينبغي ان يوضع حد للمنازعات التي تدور حول حسن او سوء النية من جهة وضمان استقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى وهذا هو اتجاه محكمة النقض المصرية حيث ذهبت إلى انه :لا يشترط لصحة التسجيل لا حسن النية ولا انعدام التواطؤ وان تمسك مشتري العقار بأن العقد المسجل الصادر من البائع لمشتر اخر قد داخله الغش والتواطؤ لا يجدي اذن العبرة في المفاضلة بينهما بعد صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣هي اسبقية التسجيل [٥].
اما الرأي الثاني والذي نهيب بضرورة الاخذ به في القانون العراقي كذلك فيذهب الى ان حسن النية شرط لتفضيل من يسبق الى تسجيل عقده[٦] ،اما عن حجج هذا الراي فتمثلت في ان الغرض من التسجيل هو اعلام الغير بحصول تصرف معين ، فإذا كان الغير يعلم فعلاً بحصول هذا التصرف ، فلا يكون له التمسك بعدم التسجيل .كما ان هناك حجة مستمدة من المادتين (١٥) و(١٧) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤لسنة ١٩٤٦،حيث اوجب المادة (١٥) تسجيل بعض الدعاوى ومنها دعوى صحة التعاقد ، وقررت المادة (١٧)

---

(١) د.محمد لبيب شنب ، و د.مجدي صبحي خليل، *شرح احكام عقد البيع* ، (القاهرة: دار النهضة العربية ، دون سنة)، ص١٣٦.

(٢) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص١٢٠.على أنه صدر عقدان متتابعان او متواليان من مالك واحد ولم يسجل أي منهما ، فالعقد الأسبق هو الذي يفضل وذلك لكون حقوق كل من المشتريين حقوقا شخصية قبل التسجيل .

(٣) د.محمد عبد الظاهر حسين ، *العقود المسماة ، عقد البيع* ، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦-٢٠٠٨)، ص١٦٦.

(٤) المؤيدون لهذا الرأي : د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص٣٠٥.د. محمد حسين منصور : احكام البيع ، مصدر سابق ، ص١٢٦.

(٥) نقض مدني مصري رقم ١٦٠ في ١٩٤٩/١/٢٧، مشار اليه لدى المستشار سعيد احمد شعله ، *قضاء النقض المدني في العقود* ، ج١، (الإسكندرية: منشأة المعارف ، ٢٠٠٥).

(٦) من الفقهاء المصريين الذين اخذوا بهذا الرأي : د. عبد السلام ذهني بك ، "التوازن في عناصر الكيان الوجودي وفي الحقوق العامة والخاصة "، *محاضرة القاها في نقابة المحاميين المصريين في مصر ، منشورة في مجلة المحاماة* ، السنة الخامسة والعشرون ، العدد ٩١٠، (١٩٤٥): ص١٠.د.أنورسلطان ، *العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥)، ص٢٢٨.د.توفيق حسن فرج ، *عقد البيع والمقايضة* ، (القاهرة: مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٧٩)، ص٢١٣.

اثر هذا التسجيل وذهبت الى انه لا يحتج به على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبله ، ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة انه اذا كان الغير مشترياً ثانياً حصل البيع له قبل تسجيل دعوى صحة التعاقد وكان سيء النية فإن الحكم الصادر بصحة التعاقد ينفذ في مواجهته رغم اسبقية تسجيل عقده ، وسوء النية يتوفر هنا بأن يكون المشتري الأسبق في التسجيل عالماً بالبيع الأول[١] .وحسب رأينا فإن الأساس الاخر الذي يمكن الاستناد اليه في هذا الرأي هو القاعدة المعروفة في ان" (الغش يفسد كل شيء)" .وهكذا فإن البيع الثاني اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بقصد الاضرار بحق المشتري الأول فإن المشتري الأول الذي ثبت تاريخ عقده هو الذي يفضل ، بصرف النظر عن اسبقية التسجيل .وعلى هذا استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية[٢] . ويتصور الفقه الفرنسي لحل مشكلة تعدد المشترين في عقد بيع العقار أن القانون المدني يفرض شكليات من شأنها ان تضبط احكام النزاع بين مكتسبي الحق من البائع ذاته ،على أساس الاسبقية لمن قام أولا بالشكليات القانونية[٣] ،وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية عندما اعتبرت ان شكلية القيد الأول تغلب دائما شكلية القيد الثاني ولو كان عقد هذا الأخير سابقا في التاريخ ،فليس من قبيل الاحتيال الاستفادة من نفع يقدمه القانون ، وان المشتري الأول هو الذي فرط في حق نفسه، بأن لم ينهض بنفس النشاط والعناية التي قام بها المشتري الثاني في المبادرة الى نسخ عقده. ويمكن ان نلخص موقف القضاء الفرنسي انطلاقا من تصور الفروض التالية :الفرض الأول(ع) باع عقاره مرتين ، المرة الأولى لـ (و) الذي لم يقم بإشهار حقه ، والمرة الثانية لـ (أ) الذي بادر إلى تسجيل عقده ، تكون الأفضلية أن البيع لصالح (و) في القانون الفرنسي ولا يمكن الاحتجاج به على (أ) ، أما الفرض الثاني : (ع) باع عقاره لاثنين (و) و(أ) ويسجل كل منهم عقد البيع .تكون الأفضلية : للعقد الأسبق تسجيلاً يكون هو النافذ في حق المشتري الاخر .والبيع الثاني لا يكون باطلاً ، ولكن فقط يكون غير قابل للاحتجاج به على الغير استثناء من مبدأ بطلان البيع ملك الغير، اما الفرض الثالث: (ع) باع عقاره لاثنين (و) و (أ) ،ولا يقوم أي منهما لإشهاره حقه تكون للعقد الأسبق تاريخاً ، اما الفرض الرابع : (ع) ليس مالكا ولكنه مسجل في السجل العقاري، وقام ببيع العقار لـ (و) . لا تكون هنالك افضلية لان العقد يكون باطلاً[٤] .

إن الاسبقية في التسجيل يؤثر ايضاً على ترتيب الأولوية بين المشترين المتعددين في العقار السكني قيد الانشاء نظرا لازمة الإسكان الطاحنة التي يمر بها مجتمعنا في

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، "حسن النية في اكتساب الحقوق"، (أطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة القاهرة)، ص٣٤٠.

(٢) نقض مدني فرنسي في ١٩٨٠/١٢/١٦،الجريدة المدنية الدورية ، ١٩٨١-٦-٨٨. نقض مدني فرنسي في ١٩٩٢/٨/١١، مجلة التوثيق ، ص١٥٥٠.

(٣) جورج ريبير ، مصدر سابق، ص٣١٠و٣١١.

(4) Bemard Louveaux, "de droit du bail -régime générall ",de Boeck,Université Bruxelles,1993.

الوقت الحاضر وتكاثر أصحاب الذمم الخربة التي تحدوها الرغبة في الثراء السريع ولو بطريق غير مشروع فقد أدى ذلك الى الاستغلال البعض لهذه الازمة وبيع للعقارات القيد الانشاء لاكثر من شخص واحد بل ولاشخاص متعددين حيث يظهر التعدد العقود عند تصرف البائع ببيع العقار السكني القيد الانشاء الى شخصين مختلفين بعقدين مستقلين في ذات الوقت مما ينشأ تعارض وتعدد حقوق المشترين وهنا يجب التفضيل أيهما احق في الحق على الاخر وللاشارة ان عقد بيع العقار قيد الانشاء يتم بشكل عرفي دون تسجيلة في الدائرة المختصة في العراق لذلك تثار المشكلة تعدد العقود بسبب ان المشرع العراقي لم يوجد تنظيم قانوني لهذا العقود ولذلك ان معيار المفاضلة المعتمد في ترجيح هو معيار ثبوت تاريخ التصرف للحصول على حيازة العقار ومن العدل ان لايكون للتصرف العرفي حجة على الغير الا من وقت ثبوت التاريخ وهذا الامر الحاسم المتبع عند التشريعات المقارنة وبناء على ذلك فيجب تفضيل احدهما على الاخر فتكون الأفضلية للاسبق في التاريخ ، فأذا كان احد العقدين تاريخة ثابت والأخر غير ثابت فتكون الأفضلية للتصرف الذي كان ثابت حتى لو انه لاحق للتصرف الاخر أما اذ ا كان التصرفان متساوين من حيث ثبوت التاريخ فتكون الأفضلية للاسبق في التاريخ[١] . أما بالنسبة لموقف المشرع المصري[٢] أنه منع البائع التصرف بالوحدة العقارية لاكثر من مرة، وأنه قام بتجريم هذا العمل وجعل العقد الثاني باطلا حتى ولو كان مسجلاً في الدائرة المختصة ويعني هذا ان العبرة تكون للعقد الأول دائماً ويبطل العقد الثاني حتى ولو كان مسجلاً في الدائرة المختصة[٣] . ويترتب على ذلك ان البيع الثاني يكون باطلا ([٤])، حتى ولو كان مسجلا، وتكون العبرة اذن بالبيع الأول ولو كان ابتدائيا وبذلك لم

---

(١) المادة (١١٥٠/٢)، من القانون المدني العراقي.

(٢) نصت المادة (٢٣)، من قانون ايجار الأماكن المصري رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١على ان (يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات ، المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور ، وبذاته أو بالواسطة ، اكثر من مقدم عن ذات الوحدة او يؤجرها لاكثر من مستأجر ، او يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها، ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً) ، وان المشرع العراقي قد جرم التصرف لاكثر من مرة بشيء معين ، دون التطرق الى كزاء التصرف وذلك في المادة (٤٥٧)، من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٣) د. أنور عبدالله جبر ، *انتقال الملكية العقارية ، بالبيع* ، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠١١)، ص١٩٩.

(٤) ان البطلان هنا، بالنسبة الى البيع الثاني ، مطلق .فهو منع قانوني من التعاقد كمنع القضاة من شراء الحق المتعارض فيه ومنع بعض الأشخاص من ممارسة مهنة البناء بقصد البيع في فرنسا ، وبذلك يكون المشرع قد انشأ نوع من "عدم الاهلية الخاصة "لابرام البيع الثاني وما اكثر من ذلك ، ويكون حكم البائع بالنسبة للبيع الثاني حكم عديم الاهلية ، ومن ثم يكون باطلا بطلانا مطلقا . وقد يقال بأن حكم البيع الثاني هو القابلية للبطلان لمصلحة المشتري الأول لان الهدف من تقرير هذا البطلان هو حماية هذا الأخير .واذا كان الهدف هو حماية مصلحة خاصة فيكون الحكم هو القابلية للبطلان وليس البطلان المطلق . وهو قول في راينا ، غير صحيح .لان اذا كان صحيحا ان المشرع يهدف فيما يهدف ، الى حماية المشتري ، الا انه في سبيل ذلك فرض على البائع نوع من العقوبة الخاصة "المزدوجة " ، عقوبة النصب والبطلان معا لردع من تسول له نفس الاحتيال على الاخرين .

يكتف المشرع كما كان يفعل في المادة ١/٨٢من قانون تأجير وبيع الأماكن ١٩٧٧/٤٩بالعقوبة الجنائية فقط، وانما أضاف عقوبة مدنية الى جانب العقوبة الجنائية وبصدور القانون تأجير وبيع الأماكن رقم ١٩٨١/١٣٦لم يعد مجرد الاسبقية في التسجيل بالنسبة للشقق والعقارات المعدة للسكن هي الفيصل في المفاضلة بين المشترين من بائع واحد وانما الأولوية في التعاقد. فالمشتري الأول وحده هو الذي يعتد بعقد البيع المبرم معه ويبطل أي عقد اخر يبرم بعد ذلك بل هو في حد ذاته جريمة جنائية[١] . اما موقف المشرع الفرنسي ، فلم يحظر المشرع البيع الثاني وبالتالي يكون أساس التفصيل هو الاسبقية في التسجيل[٢] كما كان الحال في مصر قبل صدور القانون تأجير وبيع الأماكن رقم ١٩٨١/١٣٦ ويستوى بعد ذلك ان يكون المشتري الثاني مشتر لعقار قيد الانشاء هو الاخر كالمشتري الأول او كان مشترى لعقار موجود حسب حالته وقت ابرام العقد ، فلو فرضنا ان بائع قد التزم ببناء عقار خلال مدة معينة لصالح شخص اخر ، فيكون هذا الأخير مشتري لعقار قيد الانشاء ثم قام البائع بعد ذلك وبسبب صعوبات مالية مثلا ببيع العقار قبل اكتماله لمشترى اخر حسب حالة العقار وقت ابرام العقد فيكون المشترى الثاني قد تعاقد على شراء شيء موجود على حالته غير المكتملة ، فهل نطبق ، في هذا الفرض – نفس معيار المفاضلة في حالة التعارض بين المشتري الأول والمشترى الثاني وهو الاسبقية في التسجيل ؟يرجع السبب في هذا التساؤل ان تطبيق معيار الأفضلية يفترض ان المتعارضين لهم حقوق متساوية . ويتحقق ذلك - دون صعوبة -اذا كان كل من المشتري الأول والمشتري الثاني قد تعاقدا على شراء عقار قيد الانشاء فحق كل منهما هنا حق مستقبل كحقوق الاخرين .أما في المثال السابق فحق المشتري الأول حق مستقبل عقار قيد الانشاء اما المشتري الثاني فحقه موجود وحال .والحق الموجود يفضل -بداهة – على الحق المستقبل، بأن الحق الاحتمالي يجب ان يوقع في مكانه " اقل " من الحق الموجود بالفعل . ولكن يجب ان نلاحظ أن حق المشتري لعقار قيد الانشاء وان كان حقا مستقبلا الا انه كما راينا ليس حقا احتماليا ولذا فان القول بان الحق الاحتمالي على فرض صحته أقل من الحق الحالي لا يشمل حق المشتري لعقار قيد الانشاء واذا كان حق المشتري الأول لم يوجد بعد وبالتالي لم ينتقل الى المشتري وهو لن ينتقل الا بعد الانتهاء من اهمال البناء واكتمال وجود العقار فان ملكية العقار تنتقل الى المشتري الثاني حسب حالته غير المكتملة وقت ابرام العقد ، فهو حق موجود وحال ينتقل بمجرد ابرام العقد في فرنسا وبالتسجيل في مصر والعراق [٣] .

(١) راجع في جريمة البيع لاكثر من واحد في مجال الإسكان ، محمد المنجى ، مصدر سابق، صفحة ، ٤٣٣وما بعدها .

(٢) د.محمد المرسي زهرة ، بيع المباني تحت الانشاء، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٣) د.محمد المرسي زهرة ، بيع المباني تحت الانشاء، مصدر سابق ، ص١٧٠.

إن لأسبقية التسجيل لها اثر ايضاً على ترتيب الأولوية بين المشترين من المورث بعقد غير مسجل مع مشترين من الوارث بعقد مسجل كما ذكرنا سابقاً أن الاسبقية في التسجيل لايعول عليها الا اذا صدر التصرف من ذات البائع اما اذ تلقى شخصان الحق المبيع من شخصين مختلفين وجب البحث عن أيهما هو المالك والصورة التي في صدد بحثها من المفاضلة هي عندما يبيع شخص عقاراً ويتوفى قبل ان يسجل المشتري هذا البيع فيقوم ورثة البائع ببيعه مرة ثانية إلى شخص آخر فيتعارض حق المشتري من المورث مع المشتري من الورثة حول هذا العقار كيف يتم حل هذا التعارض ؟ .لو رجعنا الى القانون العراقي فلا نجد أي تنظيم لهذا التعدد لا في القانون المدني ولا في قانون التسجيل العقاري ولذلك يجري العمل الان في القضاء العراقي على معالجته بوصفه صورة من صور التعدد المشترين بصفة عامة، وحله وفق القواعد العامة للتعدد وذلك على أساس اعتبار كل من المشتريين قد اشترى ممن يملكه فالمورث كان مالكا للعقار وقت ان باعه والورثة قد انتقلت اليهم ملكية هذا العقار بالارث وبالتالي كانوا ملاكاً للمبيع وقت البيع الثاني وعلى هذا فإن التفضيل بينهما يكون على أساس التسجيل[١] .

وهذا يعني ان المشتري من المورث إذا قام بتسجيل العقد قبل وفاة الأخير فإنه يتملك العقار أما اذ لم يسجل عقده وتوفي وقام ورثة المالك ببيعه ثانية ، فإن المشتري من الورثة بعد تسجيله للعقد يفضل مالم يكن المشتري من المورث قد سكن العقار أو أحدث فيه منشآت أو أبنية فيتملك هو العقار ،وفي حالة تفضيل المشتري من الوارث فإن المحاكم في العراق تقتضي جعل ثمن المبيع ديناً في ذمة الورثة والقاعدة هي أن(لا تركة إلا بعد سداد الديون) أما في القانون المصري ففي ظل قانون الشهر العقاري النافذ رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وحرص على تنظيم تصفية ديون تركة ومنها التزامات البائع بعد بيع غير مسجل فأوجب شهر حق الإرث بتسجيل شهادات الورثة الشرعية وغيرها من السندات المثبتة لحق الإرث وذلك إذا اشملت التركة على حقوق العينية العقارية وجعل جزاء عدم التسجيل أنه لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق[٢] وعلى ذلك إذا باع المالك عقاراً وتوفي دون ان يسجل هذا البيع ، فإن ملكية هذا العقار تنتقل الى الورثة الذين يستطيعون التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة للمالك كالبيع والايجار ولكن لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الورثة إلا بعد تسجيل اشهادات وراثتهم ، فما دام هذا التسجيل لم يتم فلا

(١) مع ملاحظة أن هناك استثناءاً أورته الفقرة (ب) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨لسنة ١٩٧٧، حيث نص على أنه :(إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول) .

(٢) المادة (١٣)، من قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

يخشى المشتري من المورث شيئا لأن المشتري من الوارث لا يستطيع أن يسجل عقده ويستطيع المشتري من المورث أن يطالب الورثة بتنفيذ التزام مورثهم بالقيام بما هو ضروري للتسجيل[١] .كما نصت المادة (١٤) من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على أنه : "(يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الاشهادات أو الاحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فاللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير)".

I.ب. المطلب الثاني
تأثير الغش على الاسبقية في التسجيل

رغم ان قاعدة الاسبقية بالتسجيل تُعد الأصل في المفاضلة بين المتصرف إليهم عند تعدد التصرفات على ذات العقار إلا أن هذه القاعدة لا تطبق بصورة مطلقة فقد استلزم تحقيق العدالة وحماية التعاملات المشروعة إدخال بعض الاستثناءات عليها أبرزها حالة الغش والمقصود بالغش في ما يتعلق بموضوعنا هو الذي يبطل التسجيل هو التواطؤ الذي يتم بين البائع واحد المشترين بهدف حرمان المشتري الاخر من ملكية العقار . هنا يختلف الامر عن سوء النية ،فالغش والتواطؤ يتجاوز مجرد النية السيئة الكامنة داخل النفس المتعاقد لتقترن بأعمال خارجية ملموسة .واي تصرف يحدوه غش أو تواطؤ يحكمه المبدأ القانوني العام :"الغش يفسد كل أمر ". حيث ان هذا المبدأ رغم استقراره في الفقه القانوني منذ قديم الازل إلا أنه ليس له سند من نصوص التشريع[٢] .إلا أن الحاجات العملية قد فرضته ليكون الأساس الذي يستند إليه للقول بعدم مشروعية الغش . كما أن محكمة النقض قد قضت بشأنه بأن : المقرر -في قضاء هذه المحكمة -أن قاعدة "(**الغش يبطل التصرفات**)" هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الافراد والجماعات[٣] . بالإضافة لاحكام النقض المتواترة الداعمة لهذا المبدأ فقد سعى الفقه كذلك لدعم احترامه ووضعه في إطار نظرية متكاملة تحكم عناصر تكوينه[٤] ووفقاً لما يراه الفقه بشأن هذا المبدأ فإن الغش المقصود فيه هو التحايل على القانون عن طريق استخدام وسيلة ظاهرها مشروع لتجنب الخضوع لقاعدة القانونية آمرة[٥] ويتوفر الغش بناء على هذه النظرية بتوفر ثلاثة عناصر، العنصر

(١) د. محمد لبيب شنب ود . مجدي صبحي خليل : مصدر سابق ، ص١٥٠.
(٢) د.هلدير أسعد أحمد ، *نظرية الغش في العقد* ، (القاهرة: دار الكتب العلمية)، ص٣٤وما بعدها .
(٣) الطعن رقم ١٦٢٩لسنة ٦٠ قضائية ، جلسة ١٢ديسمبر ١٩٩٥.
(٤) د.شمس الدين الوكيل ، اثر الغش على الاسبقية في التسجيل ، مصدر سابق ، ص١١١.
(٥) د.عبد المنعم فرج الصدة ، *أصول القانون* ، (دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧٨)، ص١٥٥.

الأول هو اتجاه الإرادة إلى تفادي تطبيق قاعدة آمرة ، والعنصر الثاني هو توافر نية الغش أما العنصر الثالث فإنه يتمثل في استخدام وسيلة مادية تساعده على الإفلات من تطبيق القانون[١] تطبيقا لما سبق فإن بائع العقار قد يرغب في الإفلات من الخضوع لما تلزمه به قواعد القانون من وجوب تنفيذ التزامه تجاه المشتري الأول عيناً وبما يتفق مع حسن النية وفي سبيل ذلك يقوم بإعادة بيع العقار وتيسير تسجيل البيع للمشتري الثاني وتعجيله ليسبق في ذلك المشتري الأول .وهذا التصرف في ذاته يمثل عنصر استخدام وسيلة مادية أعانت البائع على تحقيق غرضه .وعن سوء النية فهو يتوافر لدى البائع بلا شك أما بالنسبة للمشتري الثاني فالراجح أنه لايتوافر لدية لمجرد علمه أن العقار سبق بيعه وإنما إذا تم بينه وبين البائع تواطؤ من أجل حرمان المشتري الأول من ملكية العقار في هذا الفرض تتوفر عناصر الغش في حالة تعدد مشتري العقار لذلك سنبين تأثير الغش على صحة التسجيل (أولاً) ،ونوضح الوسائل القانونية لتعطيل التسجيل القائم على الغش(ثانياً).

أولاً:- تأثير الغش على صحة التسجيل

انقسم الرأي حول هذا الموضوع إلى رأيين نازع الفقه المصري حول مسألة علم وسوء النية صاحب الحق الأسبق في التسجيل بحق المعارض الرأي الأول[٢] يذهب إلى أنه من الواجب تطبيق معيار المفاضلة على أساس الأسبقية بالتسجيل ولا ينظر إلى سوء أو حسن النية ، فينتصر لجانب الغير صاحب الحق الأسبق في التسجيل حتى لو كان سيء النية وحتى لو كان متواطئاً مع المتصرف على الاضرار بصاحب الحق الأسبق في تاريخ النشوء والرأي الثاني[٣] يذهب إلى ضرورة تعطيل قواعد التفضيل للتسجيل بواسطة العلم الفعلي بالحق المعارض ويعتد بسوء النية ويرتب على ثبوت سوء نية صاحب الحق الأسبق في الشهر تعطيل قاعدة المفاضلة بالنسبة إلية غير أن هذا الرأي ينقسم إلى موقفين : فهناك من يعتد بسوء النية البسيط أي بمجرد العلم لدى الغير بسبق تقرير حق سابق على حقه ومنهم من قال بأن سوء النية هو التواطؤ التدليسي فيشترط العلم المقترن بالتواطؤ ولا يكتفي البعض[٤] بسوء النية أي بمجرد علم صاحب الحق المسجل بوجود حق شخصي معارض لحقه ، كعلمه بتصرف

(١) د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص١١٢.
(٢) رأي د. محمد كامل مرسي باشا، *شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، شهر التصرفات القانونية ، العقد كسبب لكسب الملكية* ، ج٧، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، (الإسكندرية: منشأة المعارف ، ٢٠٠٥)، فقرة ١٧٩، ص٣٢٨.
(٣) رأي د.عبد السلام ذهني بك، "الغيرية والاعتساف في الحق ، التسجيل التواطؤي والأغيار" ، بحث *منشور في مجلة القانون والاقتصاد* ، العدد (٣،٤،٥) ،السنة الرابعة عشرة ، ص٥٥ ومابعدها .د. أنور سلطان، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة، المصدر سابق ، ص٢٢٨.د.شمس الدين الوكيل :مصدر سابق ، ص١٢ومابعدها .
(٤) د.توفيق حسن فرج: عقد البيع ، مصدر سابق ، ص٢١٣.

سابق لذات العقار فلابد من التواطؤ أي العلم مع قصد الإضرار فالعلم خارج التسجيل ونظام السجل العيني يصعب اثباته فيجب أن يكون صاحب الحق المشهر متواطئاً مع المتصرف وقاصداً الإضرار بالغير وقد لاقى هذا الاتجاه انتشاراً كبيراً في قضايا البيع غير المسجل و معارضة المشتري الثاني للمشتري الأول بعقد غير مسجل و اما في فرنسا فذهب بعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه (جوسران) إلى أن التواطؤ التدليسي ينتج ما بين البائع والمشتري الثاني، فيتسارع الأخير إلى تسجيل عقده قبل تسجيل صاحب الحق السابق عليه ، فأراد الغدر به ،أي إن التسجيل التواطؤي هو تسجيل تعسفي أو اعتساف في التسجيل ، لأن صاحبه خرج بالغرض المرجو من التسجيل إلى غير ما يريده المشرع أو يهدف إليه القانون فمن شأن التواطؤ بالغش والتدليس أن يرفع عن التسجيل التدليسي هذا اثاره المعروفه وأن يجعل هناك محلاً للأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق فإذا ما حصل ذلك التسجيل التدليسي أصبح المشتري الثاني وقد استخدم التسجيل في غير ما شرع له وعمل بما يتعارض مع روحه وأصل إنشائه فيصبح بذلك نعته بأنه متعسف في استعمال التسجيل . وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في مرحلة الأولى[١] . على أنه في مرحلة الثانية اصبح الفقه والقضاء يتجه - بعد أن اشترطوا الغش والتواطؤ لإحباط أثر التسجيل – يكتفي بمجرد العلم البسيط فاعتبر القضاء الفرنسي أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف السابق يشكل خطأ فلا يمكنه الاستناد إلى قواعد الشهر[٢] . ذلك لأن اثبات الغش والتواطؤ مع المتصرف أمر شاق على المشتري الأول او صاحب العقد الأول ، فيكفي مجرد العلم على أن يكلف المشتري الأول باثباته لأن حسن النية يفترض مما يلقي على عاتق المتعاقد الأول عبء اثبات سوء نية المتعاقد الثاني[٣].

وفي الحقيقة فلا اهمية تذكر للخلاف بين الاتجاهين السابقين لأن ثبوت الغش أو سوء النية والتواطؤ لابد وأن يأتي من خلال قرائن من أهمها علم المتصرف إليه الثاني مثلاً في البيع العقار بسبق وجود التصرف المعارض غير المسجل فكلما يتوافر هذا العلم دون أن تلازمه نية الاضرار بصاحب الحق المتعارض .

ثانياً :-الوسائل القانونية لتعطيل التسجيل القائم على الغش

الغش في المعاملات القانونية يعد من أخطر التحديات التي تواجه الأنظمة القانونية الحديثة حيث يتسبب في زعزعة استقرار المعاملات ويضر بحقوق الأطراف المتعاملة بحسن

(١) نقض مدني فرنسي في ١٤ شباط ١٩٦٢، المجلة المدنية ٩٨٠١،ص٧-٨٦، أيار ١٩٦٥، المجلة المدنية رقم ٤٦٠ص٣٤٤. د . محمد إبراهيم دسوقي : مصدر سابق ، ص٩٩.

(٢) نقض مدني فرنسي في ٢٢اذار ١٩٦٨دالوز ١٩٦٨،ص٤١٢نقلا عن : د. علي حسين نجيدة، *الشهر العقاري في مصر والمغرب* ، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٨٦، ص١٩٢.

(٣) د.محمد إبراهيم دسوقي :مصدر سابق ، ص٦٢.

نية ولذا كان على القانون توفير وسائل فعالة تضمن إبطال كل معامله او تسجيل شابها الغش . تهدف هذه الوسائل إلى تحقيق العدالة وضمان استقرار المعاملات العقارية . كما ان تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية كوسيلة للطعن في التسجيل يثار التساؤل هنا لدنيا حول مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حل التعدد بين الحق الشخصي والحق العيني فالمفروض أن قواعد التسجيل لا تحول دون تطبيق المبادئ العامة في القانون ومن ذلك حجية العقد تجاه الغير أو ما يسمى بنفاذ الحق الشخصي في مواجهة الحق العيني ، فحجية العقد الأول في المثال السابق لا يستند إلى نص تشريعي فلا يوجود في القانون المدني نص يضع قاعدة عامة لحجية العقد تجاه الغير ولكن ما هو موجود من نصوص فإنها تكتفي بمعالجة القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية آثار العقد[١] ولكن ذلك لا يعني أنه مبدأ غير قانوني فالكثير من المبادئ القانونية العامة الشهيرة في القانون المدني تستخلص خارج النص بقولً آخر المبادئ التي تستخرج من الأحكام التفصيلية للقانون والتي يمكن أن تتخذ أساساً لاستنباط الأحكام التفصيل للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص ، مثل مبدأ الغش يفسد كل شيء وأن الخطأ الشائع يولد الحق وأن أحداً لا يعطي اكثر مما يملك أو أن فاقد الشيء لا يعطيه[٢] .فكما سبق معنا قبل قليل في أن تطبيق المبادئ العامة تقتضي أن صاحب الحق الشخصي المرتبط بالعين يستطيع إبطال العقد الذي تم شهره عن طريق الغش والتواطؤ فيمكن كذلك تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في هذا الخصوص واعتبار الغش خطأ[٣] يخالف واجبات القانونية[٤] . حيث أن دور الدعوى البولصية في إبطال التسجيل المشوب بالغش يضاف إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ،الدعوى البولصية في تعطيل التسجيل الحاصل بغش في هذا المجال لا يكفي اثبات الدائن علم المتصرف إليه لرفع الدعوى البولصية بل يجب ان يكون

---

(١) المادة (١٤٢)، مدني عراقي ونصها : (١- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد العامة بالميراث ، ومالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ٢- إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه) . ويقابل ذلك في القانون المصري المادة (١٤٦).

(٢) يقول أحد الفقهاء الألمان أن عدم احتواء القانون على مثل هذه المبادئ الشهيرة ليس الا من قبيل الفراغ في القانون ، ولكي يحقق القاضي العدالة بشأن المنازعات المعروضة أمامه ، فعلية الرجوع الى تلك المبادئ العامة في النظام القانوني ، وإلى القانون المقارن .(لاحظ : س.ف .كاناريز ، "سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه"، ترجمه الدكتور : عبد الرسول الجصاني ، *بحث منشور في مجلة القضاء العراقية* ، العدد ٣ ، السنة الثامنة والعشرون ، (١٩٧٣): ص٨٢وما بعدها).

(٣) لتحديد مرتبة الغش من الخطأ لاحظ : د. حسن علي الذنون ، *المبسوط في المسؤولية المدنية* ، ٢(الخطأ) ، (دون مكان وجهة النشر ، ٢٠٠٠)، ص١٧١وما بعدها . ود. محمد سليمان الأحمد، *الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي* ، (أربيل: مكتب التفسير للنشر والاعلان ، ط١، ٢٠٠٨)، ص٨٣ومابعدها.

(٤) د. محمد إبراهيم دسوقي : مصدر سابق ، ص٣٤.

المدين قد ارتكب غشاً اذ تنص المادة (١/٢٦٤) مدني عراقي على أنه :" (إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ....) "والمهم في هذا الصدد هو علم المتصرف إليه بغش ويلاحظ ان شرط علم المتصرف إليه بغش المدين قاصر على المعاوضات ، فلم يشترط المشرع ذلك بالنسبة للتبرعات التي لا تنفذ في حق الدائن ولو كان المتصرف إليه حسن النية وحتى لو أثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً .

فتنص الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة على انه :" (أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ فيحق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً)". وعلى الرغم من ذلك فقد لا تتوافر شروط هذا الدعوى فيمنع رفعها من قبل الدائن فمن شروطها إعسار المدين أو الزيادة في إعساره [١] فإذا كان للمدين أموالاً كافية لسداد ديونه فلا يمكن رفع هذه الدعوى وإن كان الفقه الفرنسي لم يعد يشترط إعسار المدين إذا كان الدائن رافع الدعوى البولصية يطالب بحق خاص على العين ، كالمشتري الأول للعقار في المثال الذي اوردناه في البحث ، فأصبح بذلك القضاء يعتد بالاعسار الوصفي أو المميز كلما كان من شأن التصرف الذي قام به المدين أن يجعل تنفيذ التزامه في مواجهة الدائن غير ممكن[٢] .

وهكذا فإن الأصل في استخدام الدعوى البولصية أو الدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين هو أن يكون الدائن دائناً بمبلغ من النقود ولكن الإعسار يمكن أن يأخذ معنى أوسع ليشمل عدم القدرة على الوفاء بدين غير نقدي ، ولهذا فمن الممكن في حالة الدين غير النقدي اللجوء لهذا الدعوى لكون تصرف المدين وإن لم يجرد المدين من بعض أمواله – يضر بموقف الدائن من ذلك قيام المالك ببيع العقار رغم قيام وعد بالتعاقد من جانبة لصالح اخر . ولهذا السبب ذهب البعض[٣] الى القول في أن الدعوى البولصية تندمج مع المسؤولية التقصيرية في حالة عدم توافر شروط الأولى أو في حالة كون الهدف من رفع الدعوى ليس حماية الضمان العام بل التنفيذ العيني للالتزام [٤].

ولقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه لايفترض في جميع الحالات خطأ الغير كما في حالة التبرعات فالمستفيد من تبرع المدين لانستطيع أن نقول بأنه أخطأ عندما قبل التبرع

---

(١)المادة (٢٦٣)، مدني عراقي .

(2) viney(G): Traite de droit civil, les effect de la responsabilite,2editions, L.G.D. PARIS,2001,p.66.

(٣)أشار اليه : محمدي سليمان : الاطروحة المشار اليها سابقاً ، ص٢٩٦.

(٤)عاطف محمد كامل فخري ، "الغير في القانون المدني المصري" ، (أطروحة دكتوراه ،(مطبوعة على الالة الراقن) ، قدمت الى كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٧٦)، ص٦٤٠.

وبالتالي لا يمكن في هذه الحالة إدماج الدعوى البولصية ضمن المسؤولية التقصيرية[١] . ولهذا السبب فإن الدعوى البولصية من الأدوات التي يمكن اللجوء إليها في حالة تعارض الحق الشخصي مع الحق العيني ويمكن تطبيقها في حالة تصرف المدين ثانيةً في العين أما إذا لم تتوافر شروطها فيمكن اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكاب الغير خطأ يستلزم تعويض الدائن عينياً وهذا ما اكدت القضاء الفرنسي فمنذ صدور القرار رقم ٢٢في إذار ١٩٨٨اصبح من المعتذر على التعاقد الثاني الاحتجاج بالاسبقية في التسجيل فالذي يشهر حقه مع علمه بوجود حق معارض على ذات العقار يعد مرتكباً لخطأ وبه يمنع اتخاذ التسجيل العقاري وسيلة للأضرار بحقوق الغير[٢] .

II. المبحث الثاني

المفاضلة وفقا لقاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد

إن قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد من القواعد الجوهرية في القانون المدني حيث يترتب على إبرام عقد البيع الصحيح انتقال الحق العيني إلى المشتري تلقائيًا دون الحاجة إلى إجراءات إضافية ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك إلا أن تطبيق هذه القاعدة يثير إشكالات قانونية عند تعدد عقود البيع التي ترد على المحل ذاته حيث تنشأ مسألة المفاضلة بين المشترين وتحديد من له الأولوية في حيازة . ففي المنقولات، فتُستثنى هذه القاعدة من خلال مبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية والذي يمنح الأفضلية للمشتري الذي يحوز المنقول بحسن نية حتى وإن كان عقده لاحقًا.

استنادا الى ما تقدم فاننا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول منه مضمون قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد ، ونخصص المطلب الثاني لبيان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

---

(1)Ernest Mezgebb, Rôle comparé de transcription immobilière française et de la prènotation du droti allemand (á propos de laffaire de lîle de colombes),Revue in ternattionale de droit comparè ,vol. 1n 3,Juillet septembre1949.

(٢) على أن ماورد ذكره أعلاه لاينفي وجود إتجاه معارض كلما قلنا بصدد الأخذ بالعلم الفعلي بالحق المسجل وأن صاحب الحق الأسبق في التسجيل تكون له الأفضلية دائماً ،فاستقرار المعاملات يتطلب الاعتداد بالتسجيل ولايعتد بسوء النية أو التواطؤ . وهذا هو موقف المشرع العراقي في القانون المدني ، على اعتبار أن المتعاقد الثاني إذا كان حسن النية ، واذا لم يكن المتعاقد الثاني قد استوفى الأداء موضوع العقد ، -لأنه إذا كان لم ينفذ عقده – بعد فالحق الأجدر بالرعاية والتفضيل هو الحق المنبثق من العقد الأول ، أما وقد تم تنفيذ العقد الثاني وكان المتعاقد الثاني حسن النية ، فإن استقرار المعاملات يوجب استثناءاً من ذلك عدم هدم الوضع الناشيء عن التنفيذ أو الأداء وان كنا نلاحظ بأن هذا الاتجاه خاصاً ببعض الآراء الفقهية وبعض القوانين ، بأن المبادئ القانون وقواعد العدالة قد انتصرت على مبدأ استقرار المعاملات مما دفع المشرع والفقه والقضاء المصري – في الآونة الأخيرة – الى إتخاذ موقف أكثر تطوراً وأبعد مدى يقضي بأن البيع لاكثر من شخص جريمة ويبطل البيع الثاني اللاحق للبيع الأول ولو كان مشهراً ، حتى ولو لم يكن البيع الأول ثابت التاريخ أو مسجلاً ، المادة (٢٣)، من القانون رقم ١٣٦لسنة ١٩٨١.

II.أ. المطلب الأول

مضمون قاعدة أنتقال الملكية بمجرد العقد

لا يخضع عقد بيع المنقول كقاعدة عامة لإجراءات للتسجيل كما مر بنا في بيع العقار إذ إن الأخير ولاهميته أخضعته التشريعات المختلفة لهذه العملية التي تتيح للمشتري إمكانية التحري والاستعلام عن ملكية البائع لهذا العقار ومن ثم اقدامه على التعاقد معه أما المنقول فهو لا يخضع[١] كما ذكرنا سابقاً، لهذه الإجراءات نظرا لسرعة تداوله من جهة وقلة أهميته مقارنة بالعقار من جهة أخرى حيث ينقل عقد بيع المنقول من تلقاء نفسه ملكية الشيء المعين بالذات لأن التزام البائع بإعطاء شيء ينفذ بعد نشوئه سواء كان تسليم المبيع ودفع الثمن واجبين على الفور ام مؤجلين إلى اجل لاحق والملكية تنتقل بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الاخر ، ومؤدى هذا أن مالك منقول معين بالذات إذا تصرف فيه البائع بالبيع لشخصين في ذات الوقت وجب تفضيل المشتري الأول لان الملكية انتقلت إليه كما أن البائع يعد متصرفا في ملك الاخر في البيع الثاني لأن المبيع خرج عن ملكه في البيع الأول ولكن قد لا تخلص الملكية للمشتري الأول لان قاعدة (إنتقال الملكية بمجرد الانعقاد) تعطلها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وهذا يعني ان التصرف الثاني المتمثل ببيع المنقول لمشتري ثاني مع تسليمه هذا المنقول ويؤدي الى نتيجة تتمثل بتطبيق القاعدة الأخيرة حيث يصبح المشتري الثاني مالكا للمنقول عن طريقها عند توافر شروط معينة لامكانية تمسك المشتري الثاني بانتقال الملكية إليه .

II.ب. المطلب الثاني

قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

يتجلى مضمون هذه القاعدة في أن من يشتري منقولاً معين بالذات من غير مالكه ويتسلمه بحسن نية يصبح مالكا له على الرغم من ان البائع إليه لم يكن مالكا حيث وفرت هذه القاعدة الحماية اللازمة للمشتري الثاني وأوجدت الثقة لكل من يتعامل بالمنقول وتذهب اغلب القوانين الحديثة إلى ان انتقال الملكية في المنقول المعين بالذات تكون بمجرد ابرام عقد البيع كالقانون العراقي[٢] والقانون المصري[٣] والقانون الفرنسي[٤] .اذا اخل البائع بالتزامه بالتسليم

---

(١) باستثناء بعض المنقولات التي نظمت القوانين الخاصة فيها استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني وذلك لأهميتها إرتأت القوانين إخضاعها لنظام شبيه بنظام التسجيل في العقارات ، مثل الطائرات والسفن والسيارات والمكائن الزراعية وغيرها ، وجعلت التسجيل فيها ركنا من اركان العقد .

(٢) نصت المادة (٥٣٢)، من القانون المدني العراقي على انه "للمشتري ان يتصرف في المبيع عقاراً او منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض ".

(٣) نصت المادة (٤٠٢)، من القانون المدني المصري على أنه "الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ودون الاخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالتسجيل".

(٤) نصت المادة (١٥٨٣)، من القانون المدني الفرنسي على أنه "يكسب المشتري من البائع قانونا ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع ".

وتصرف بالمبيع إلى مشتري ثاني وتسليمه المنقول دون المشتري الأول ، فلمن سوف تنتقل الملكية في هذا الحالة للمشتري الأول ام المشتري الثاني ؟وايهما احق بنفاذ عقده العقد الأول ام العقد الثاني ؟. إن التعارض في التنفيذ بين هذا العقود المتعددة سيحصل، فالمفروض ووفقا للقواعد العامة أن العقد الأول هو أولى بالنفاذ لكن تصرف البائع بتسليم المبيع إلى المشتري الثاني يؤدي بالنتيجة إلى تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية حيث يصبح مالكا للمنقول عن طريق هذه الواقعه القانونية ومن ثم نفاذ العقد الثاني دون الأول .أي أن الملكية انتقلت إلى المشتري الثاني عن طريق الحيازة ولم تنتقل عن طريق البيع وذلك لأن البائع انتفى حقه في التصرف بموجب البيع الأول بشرط ان يكون هذا المشتري حسن النية وقت التعامل بمعنى انه كان يعتقد أن من باعه هو المالك[١] . أي ان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تعطل قاعدة انتقال الملكية بمجرد الانعقاد فقيام بائع المنقول بتسليمه إلى المشتري الثاني يفضل المشتري الثاني على المشتري الأول ، إذا كان حسن النية ومستند في حيازته الى سبب صحيح على الرغم من انه اشتراه من غير مالكه، وللاشارة ان الملكية لم تنتقل اليه بمجرد العقد انما بموجب الحيازة[٢] ، حيث نصت المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي على أن" ١- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد ٢-والحيازة بذاتها قرينه على توافر حسن النية ووجود سبب صحيح مالم يقم الدليل على عكس ذلك" [٣] .حيث ان هذا النص يقرر القاعدة المعروفة في فقه القانون المدني بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية " او سند الحائز وفق مايذهب إليه غالبية الفقه[٤] ،لان الحيازة في القوانين المدنية لاتكسب الملكية فحسب بل كذلك

(١) د.سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص٨٦.

(٢) د.سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي ، *ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع ، دراسة مقارنة* ، (بدون مكان طبع ، ٢٠٠٨)،ص٢١.

(٣) كما نصت المادة (٩٧٦)، من القانون المدني المصري على ذلك أيضا بقولها "من حاز بسبب صحيح منقولاً او حقا عينيا او سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته ٢-فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في عدا الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها ٣-والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب وحسن النية مالم يقم الدليل على عكس ذلك . ويقابلها نص المادة (١١٤١)، من القانون المدني الفرنسي النافذ ، والتي نصت على انه (اذاكان الشيء الذي التزم احد بإعطائه او تسليمه الى شخصين على التوالي منقولا فأن أي منهما يحوز المنقول حقيقة يفضل ويبقى مالكاً حتى ولو كان سنده لاحقا في التاريخ بشرط ان تكون حيازته بحسن نية). وان الغاية من تقرير هذه القاعدة هي توطيد الثقة والائتمان في المعاملات ،فيقدم من يريد التعامل بمنقول مع الحائز ، وهو امن لا يخشى ان تمتد اليه يد شخص يثبت فيما بعد انه المالك الحقيقي ، فضلاً عن ذلك فإن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تحمي المشتري الثاني في حالة البيوع المتعددة.

(٤) د.عبد المنعم البدراوي ، *شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية* ، ط٢، (القاهرة: ١٩٥٦)، ف٥٤٢، د.منصور مصطفى منصور ، *حق الملكية في القانون المدني المصري* ، (القاهرة: ١٩٦٥)، ف١٨٤،د.عبد المنعم فرج الصدة، *حق الملكية* ، ط٢، (القاهرة: ١٩٦٤)، ف٤٣٨.

الحقوق العينية الأخرى[١] .ومن ثم أن القاعدة هذه رغم فاعليتها في التطبيق إلا انها تتطلب توافر شروط معينة لإمكانية تمسك المشتري الثاني بانتقال الملكية إليه ويشترط لتطبيق هذه القاعدة ان يوافر ثلاث شروط للمشتري هي السبب الصحيح وحسن النية فضلا عن الحيازة (التسليم) حيث يقصد بالسبب الصحيح هو التصرف القانوني الذي يصدر عن شخص لايعد صاحبا للحق المراد كسبه بالحيازة ويؤدي إلى نقل هذا الحق كما لو صدر من صاحبه[٢] .وقد اشترط القانون المدني العراقي السبب الصحيح في المادة (١/١١٦٣) كما اشتراطه القانون المدني المصري في المادة (١/٩٧٦)[٣] ، حيث تعد الحيازة في المنقول ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح مالم يقم دليل على عكس ذلك[٤].

ويبدو من النصوص أعلاه أن الحائز منقول لا يكلف بإثبات وجود سبب صحيح ،فوجود يفترض من مجرد حيازة الحائز للمنقول وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول (المشتري الأول) في وجود السبب الصحيح فعليه ان يثبت انه غير موجود او باطل او كان تصرفا ظنياً[٥] .

حيث أن الامر هذا يكفل للحائز المنقول حيازة فعالة وكبيرة[٦] .أما القانون المدني الفرنسي فأن السبب الصحيح لايعد شرطاً لتملك المنقول بالحيازة او بعبارة اكثر دقة انه لا يعد شرط مستقل عن شرط حسن النية وإنما هو مندمج فيه، وذلك لان الحائز الحسن النية إنما يعتمد في حسن نيته على اعتقاده بأنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانوني ومن شأنه نقل الملكية إليه فهذه التصرف القانوني هو السبب الصحيح[٧] فالسبب الصحيح هو عنصر من عناصر حسن النية وليس شرطاً مستقلاً ولهذا لم ينص في المادة (٢٢٧٩) من القانون المدني الفرنسي على السبب الصحيح حيث نلاحظ الفقرة الأولى منها نصت على أن " الحيازة في المنقول سند الملكية " فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ولا حسن النية .لكن شرط حسن النية ورد في نص اخر وهو نص المادة (١١٤١) مدني فرنسي ، ويعتبر هذا

---

(١) د.فتحي حسن مصطفى ، *الملكية بوضع اليد*، (الإسكندرية، مصر : منشأة المعارف، ١٩٨٨م)، ص٢٠٣.

(٢) د.محمد لبيب شنب ، *موجز في الحقوق العينية الاصلية* ، (القاهرة: ١٩٧٤)، ص١٦٤.

(٣) ينظر الفقرة (١) من المادة (١١٦٣)، مدني عراقي والتي تنص على انه "من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد ". ويطابق النص المصري.

(٤) د.مصطفى محمد جمال ، *نظام الملكية* ، ط٢، (الإسكندرية: الفتح للطباعة والنشر، ٢٠٠٠)، ص٣٠٨، د.غني حسون طه ، *الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي* ، *حق الملكية* ، ج١، مطبعة مقهوري، ص٢٦٥.

(٥) رمضان أبو السعود ، *الوجيز في الحقوق العينية الاصلية* ، (القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧)، ص٣٧٩.

(٦) رمضان أبو السعود ، *الوجيز في الحقوق العينية الاصلية* ، (القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٧)، ص٣٧٩.

(٧) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج٩، مصدر سابق ، ص١١٣٩.

النص تطبيقاً للقاعدة ، ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكمل به نص المادة (١/٢٢٧٩) .اما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره [١] . حيث يستند على ذلك ان التصرف القانوني الباطل والتصرف القانوني الظني وكل منهما ليس له وجود قانوني يصلحان لان يستند اليه الحائز في حسن نيته متى ما اعتقد ان الملكية انتقلت اليه بأي منهما فيشترط في السبب الصحيح ان يكون تصرفا قانونيا ،جوهو ينطبق على التصرف الثاني من قبل البائع في المبيع وإن كان قد سبق وان تصرف به لمشتر اول .كما يشترط فيه ان يكون هذا التصرف صادرا من غير صاحب الحق وفي هذا يمكن القول بأن التصرف الثاني (عقد البيع الثاني) صدر من غير ذلك لان القواعد والاحكام العامة للقانون المدني تشير الى انتقال ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد[٢] ، أي ان ملكية المنقول انتقلت للمشتري الأول بموجب العقد الأول، فجاء تصرف البائع بالعقد الثاني تصرفا من غير صاحب الحق ويبدو ان علة هذا الشرط تبرز في ان التصرف لوكان صادرا من صاحب الحق فيه ، لكان كافيا لنقل الحق دون ان يتطلب سببا صحيحا لنقله .اما الشرط الثاني لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية هو حسن النية حيث يشترط في المشتري الثاني حتى يتملك المنقول بموجب هذه القاعدة ان يكون حسن النية ، فالمادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي تقرر في مستهلها أن "من حاز وهو حسن النية ....." [٣]، فالمقصود بهذا الشرط ، هو ان افتراض وجود قدر من الأمانة في المعاملات بين الافراد[٤] ويعد المشتري الثاني حسن النية إذا كان يعتقد أنه يتلقى الحق عن مالك ، او كان يجهل أنه يعتدى على حق الغير[٥] ، ان حسن النية إذا غلط يقع فيه المشتري الثاني يدفعه إلى الاعتقاد بأن البائع هو مالك المنقول على ان يكون هذا الغلط مغتفرا حتى يستقيم مع حسن النية فإذا كان غير مغتفر فإنه ينفى ذلك[٦] .ويفترض ان يكون المشتري المشتري الثاني حسن النية وقت بدء الحيازة والذي يتجسد بتسليم المنقول[٧] . هذا القول يصح في القانون المدني المصري اما القانون المدني العراقي فلم ينص على وجوب توافر حسن

(١) د.علي شاكر عبد القادر البدري ، "السبب الصحيح واثره في الملكية، دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦)، ص١٣٢.

(٢) نص المادة (٥٣١)، من القانون المدني العراقي والتي تذهب الى انه :" اذا كان المبيع عينا معينة بالذات او كان قد بيع جزافا، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع .....ء" قريب منه نص المادة (٢٠٤)، من القانون المدني المصري .

(٣) تقابلها نص المادة (١/١٩٧)، من القانون المدني المصري تقرر في عجزها أنه ... اذا كان حسن النية النية وقت الحيازة " والمادة (١١٤١)، من القانون المدني الفرنسي تقرر في آخرها "....بشرط ان تكون حيازته بحسن نية " ؛ د. محمد عبد اللطيف ، *الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري* ، (القاهرة : ١٩٥١)، ص٣٣٠.

(٤) المصدر نفسه: ص٢٥٠.

(٥) د.محمد المنجي ، *عقد البيع الابتدائي* ، (الإسكندرية: ٢٠٠٤)، ص٣٨.

(٦) د.محمد طه البشير، ود.غني حسون طه ، مصدر سابق ،ص٢٥٣.

(٧) د.صلاح الدين الناهي ، *الوجيز في الحقوق العينية الاصلية* ، ج١، (بغداد: شركة الطبع الاهلية ، ١٩٦١)، ص٢٣١.

النية وقت بدء الحيازة وقد ذهب عدد من شراح القانون المدني العراقي إلى ان مما لاشك فيه ان الحكم في القانونين واحد لان حسن النية وصف في المشتري الثاني فينبغي توفره عند تحقق هذا الوصف وعليه لا يكفي ان يكون المشتري الثاني حسن النية وقت تلقي الحق فحسب بل يجب ان يستمر كذلك حتى يجوز المنقول فعلاً .اما في القانون المدني الفرنسي فقد لايوجد نص صريح في تحديد الوقت الذي يجب أن يتوفر فيه حسن النية ولكن الرأي المتبع ان الوقت الذي يجب فيه هو وقت الحيازة[١]، وان حسن النية ينتفى رغم اعتقاد المشتري الثاني أنه يتعامل مع صاحب الحق في حالتين :- الأولى وهي حالة الخطأ الجسيم ويكون ذلك عندما يجهل المشتري الثاني انه يعتدي على حق الغير ولكن جهله هذا ناشئ من خطأ جسيم كما لو لم يتخذ الاحتياطات الاعتيادية التي تمليها ظروف التعامل[٢] والتي من خلالها يستطيع العلم ان البائع لم يعد مالك وانه يتصرف بملك المشتري الأول فيعد قد ارتكب ارتكب خطأ جسيما[٣] .

اما الحالة الثانية فهي اغتصاب الحيازة بالاكراه ففي هذا الحالة يعد المشتري الثاني سيء النية رغم اعتقاده الشخصي كما لو إنتزع المبيع من المشتري الأول وعنوة او عن طريق التهديد .اما الشرط الثالث تسليم المنقول (الحيازة) : إن تسليم المنقول إلى المشتري الثاني يلعب دورا كبيرا في نشوء قاعدة الحيازة ويعد شرطا جوهريا لها اذا إن الحيازة تمنح صاحبها مظهر المالك امام الافراد فتلعب دورا في استقرار التعامل . ويشترط في هذا المقام ان يتم تسليم المنقول ماديا الى المشتري الثاني إذا يشترط لانطباق هذه القاعدة ان تتوافر لدى المشتري الثاني الحيازة الحقيقة المتكاملة في عنصريها المادي والمعنوي وأن تكون خالية من العيوب[٤] .والحيازة الحقيقة تعني أن يكون المنقول بين يدي الحائز فيسيطر عليه سيطرة فعلية فعلية تتفق في مظهرها مع الحق الذي يدعي الحائز كسبه على المنقول[٥] .فلا يكفي التسليم الحكمي ، كأن يكون المشتري الثاني قد ابقى المنقول في حيازة البائع على سبيل الايجار او الوديعة كما لا يكفي على رأي بعض الفقه[٦] التسليم الرمزي كأن يستلم المشتري الثاني سند البضاعة دون البضاعة ذاتها .وبتسليم المبيع إلى المشتري الثاني يتحقق العنصر المادي في الحيازة .اما العنصر المعنوي فيتحقق بأن يضع المشتري الثاني يده على المنقول بصفة مالك

---

(١) د.عباس حسن الصراف ، *شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي* ، ط ض، (الكويت: ١٩٧٥)، ص٣٧٢.

(٢) تجدر الإشارة الى ان (٩٦٥) من القانون المدني المصري قد نصت صراحة على الخطأ الجسيم على خلاف القانون المدني العراقي ، ينظر :عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية ، مصدر سابق، ص٦٨٤.

(٣) د.صبري حمد خاطر ، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، مصدر سابق ، ص٢١٦.

(٤) د.محمد لبيب شنب ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق، ص١٦٢.

(٥) د.محمد طه البشير، د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٢٥١.

(٦) د.شاكر ناصر حيدر ، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية* ، ج٢، (بغداد: ١٩٥٩)، ص١٧٠٧. د.محي إلدين إسماعيل ، *الحقوق العينية الاصلية والتبعية* ، (المغرب ، بلا سنة طبع)، ص٣٨٠.

وان يكون لـه حق عينـي متفرع عن حق الملكيـة . فقاعدة الحيـازة تقررت لحمايـة المشـتري الثاني الذي يتعامل مع غير مالك معتقدا عند انتقال الحيازة اليه انه قد اصبح مالكا[١] .إذن قاعدة الحيـازة تقررت لحمايـة المشـتري الثـاني فـي العقـود المتعـددة ومـن ثـم لا يمكـن لهـذا المشتري الذي وضع يده على المنقول بموجب تصرف شخصي ان يتمسك بها فهو حائز عرضي يحوز المنقول لحساب المالك كما ان الحيازة يجب ان تكون خالية من العيوب بمعنى ان تكون هادئة وظاهرة لالبس فيها أي واضحة الدالة على انه يحوز الشيء لحساب نفسه[٢] .

الخاتمة

أولاً: نتائج البحث :

١- بينت الدراسة أن المفاضلة في بيع العقارات تعتمد على أسبقية التسجيل حيث يُفضل المشتري الذي بادر إلى تسجيل عقده رسمياً.

٢- تبين عن طريق البحث أن المفاضلة في بيع المنقولات تعتمد على قاعدة الحيازة سند الملكية حيث يُفضل المشتري الذي تسلم المنقول بحسن نية.

٣- أن الغش والتواطؤ في التسجيل يبطل الحماية القانونية التي يتمتع بها التسجيل الرسمي ولو كان العقد الثاني هو الأسبق تسجيلًا.

٤- أن حسن النية يعد شرطاً جوهرياً لحماية المشتري الثاني في بيع المنقول ولتعطيل أثر التسجيل المشوب بالغش.

٥- أن القانون العراقي يفتقر إلى نصوص صريحة تحمي المشتري الأول الذي سكن العقار أو أحدث فيه منشآت قبل التسجيل الرسمي باستثناء أحكام محدودة كقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧.

٦- أن التشريعات المقارنة مثل القانون المصري بعد تعديلات ١٩٨١ عالجت مسألة البيع المتعدد للعقار بشكل أكثر عدلاً بحماية المشتري الأول وتجريم البيع المتعدد.

ثانياً: التوصيات

١- استحداث نصوص قانونية صريحة تنظم مسألة المفاضلة بين عقود البيع المتعددة تميز بين العقار والمنقول وتأخذ بعين الاعتبار حسن النية والغش.

٢- تأكيد حماية المشتري الأول الذي يثبت إشغاله للعقار أو إحداثه منشآت عليه دون معارضة البائع حتى في مواجهة المشتري الثاني المسجل.

٣- وضع اشتراط صريح لحسن النية في المفاضلة بين المشترين بالعقارات بحيث لا يكفي مجرد التسجيل بل يجب ثبوت حسن النية أيضاً.

---

(١) د.محمد عبد اللطيف، الحيازة واثارها ، مصدر سابق ، ص٣١٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج صده ، حق الملكية، مصدر سابق ، ص٦٨٣.

٤- تجريم التصرف المتعدد في العقار الواحد أسوة بالقانون المصري حمايةً للمتعاملين بحسن نية ومنعاً للتواطؤ والاحتيال.

المصادر

أولاً : الكتب القانونية

١- د.انور سلطان ، *العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة* ، الإسكندرية: دار الجامعة الجديد للنشر ، ٢٠٠٥.

٢- د. انور عبدالله سليمان جبر ، *انتقال الملكية العقارية بالبيع ، دراسة مقارنة* ، الإسكندرية ، مصر: منشأة المعارف ، ٢٠١١ .

٣- د. رمضان أبو السعود ، *دروس في العقود المسماة ، عقد البيع في القانون المصري والبناني* .

٤- د. سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي ، *ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع ، دراسة مقارنة*، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٨.

٥- د. سليمان مرقس ، *شرح القانون المدني ، العقود المسماة* ، ج٣، مجلد ١،عقد البيع ، ط١، القاهرة : عالم الكتب ، ١٩٨٠.

٦- د. سمير عبد للسيد تناغو، *عقد البيع* ، *مكتبة الوفاء القانونية* ، ط١، الاسكندرية: ٢٠٠٩.

٧- د.شاكر ناصر حيدر، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد* ، *الحقوق العينية الاصلية*، ج٢، بغداد: ١٩٥٩.

٨- د. صبري حمد خاطر ، *الغير عن العقد ، دراسة في النظرية العامة للالتزام* ، ط١، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠١.

٩- د. صلاح الدين الناهي ، *الوجيز في الحقوق العينية الاصلية* ، ج١، بغداد: شركة الطبع الاهلية ، ١٩٦١.

١٠- د. عباس حسن الصراف ، *شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي* ، ط ض، الكويت: ١٩٧٥.

١١- د. عبد الرزاق السنهوري ، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد* ، ج٤ *العقود التي ترد على الملكية ، البيع والمقايضة* ، ط٣ ، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٠.

١٢- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، *نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق* ، ط١، بيروت ، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٤م.

١٣- د.عبد المنعم فرج الصدة ، *محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في القوانين البلاد العربية)* ، بيروت ، لبنان: دار النهضة العربية ، ١٩٥٨ .

١٤- د.غني حسون طه ، *الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي* ، *حق الملكية* ، ج١، مطبعة مقهوري.

١٥- د.فتحي حسن مصطفى ، *الملكية بوضع اليد* ، الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ١٩٨٨م.
١٦- د.محمد إبراهيم دسوقي ، *التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني* ، دون مكان نشر وجهة نشر ، ٢٠٠٩.
١٧- د.محمد المرسي زهرة ، *بيع المباني تحت الانشاء ، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي* ، منشورات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩م.
١٨- د.محمد المنجي ، *عقد البيع الابتدائي* ، ط،١، الإسكندرية: ٢٠٠٤.
١٩- د.محمد حسين منصور ، *احكام البيع* ، ط١، الإسكندرية: مطبعة الانتصار ، ٢٠٠٢.
٢٠- د.محمد حسين منصور ، *تزاحم المشترين او المستأجرين لنفس المكان* ، دون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ١٩٨٩ .
٢١- د.محمد سليمان الأحمد، *الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي*، أربيل: مكتب التفسير للنشر والاعلان ، ط١، ٢٠٠٨ .
٢٢- د.محمد عبد اللطيف ، *الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري* ، القاهرة: ١٩٥١.
٢٣- د.محمد كامل مرسي ، *شرح القانون المدني ، الالتزامات* ، ج١ ، مصر: المطبعة العالمية ، ١٩٥٤.
٢٤- د.محمد لبيب شنب ، *الوجيز في شرح احكام عقد الايجار* ،ط١، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦.
٢٥- د.مصطفى الجمال ، *كتاب البيع* ، بيروت ، لبنان: الدار الجامعية ، ١٩٨٦ .
٢٦- د.مصطفى محمد جمال ، *نظام الملكية* ، ط٢، الإسكندرية: الفتح للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠.
٢٧- د.منصور مصطفى منصور ، *حق الملكية في القانون المدني المصري* ، القاهرة: ١٩٦٥.
٢٨- د.نوري حمد خاطر ، *شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)* ،ط١، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠.
٢٩- د.هلدير أسعد أحمد ، *نظرية الغش في العقد* ، القاهرة: دار الكتب العلمية ، بدون سنة طبع.

ثانياً :الرسائل والاطاريح :-

١- د.صبري حمد خاطر ، "الغير عن العقد" ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون / جامعة بغداد ، ١٩٩٢ .
٢- عاطف محمد كامل فخري ، "الغير في القانون المدني المصري"، أطروحة دكتوراه ،(مطبوعة على الالة الراقن) ، قدمت الى كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٧٦.
٣- علي شاكر عبد القادر البدري ، "السبب الصحيح واثره في الملكية، دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

٤-د.محمود جمال الدين زكي ، "حسن النية في اكتساب الحقوق"، أطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة القاهرة .

ثالثاً :- البحث المنشورة :-

١-د.شمس الدين الوكيل، "اثر الغش على الاسبقية في التسجيل ، دراسة في تزاحم المشترين على عقار واحد"، *بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر)*، العدد ١-٢، (١٩٥٩).

٢-د.عبد السلام ذهني بك ، "التوازن في عناصر الكيان الوجودي وفي الحقوق العامة والخاصة"، *محاضرة القاها في نقابة المحاميين المصريين في مصر، منشورة في مجلة المحاماة* ، السنة الخامسة والعشرون ، العدد ٩١٠، (١٩٤٥).

٣-نوري احمد منصور ، "بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي"، *بحث منشور في مجلة العدالة* ، العدد ٤، السنة الخامسة ، (١٩٧٩).

رابعاً : المصادر الأجنبية :-

1. Ernest Mezgebb,<<Rôle comparé de transcription immobilière française et de la prènotation du droti allemand (á propos de laffaire de lîle de colombes)>>,Revue in ternattionale de droit comparè ,vol. 1n 3,Juillet septembre1949.
2. viney(G): Traite de droit civil, les effect de la responsabilite,2editions, L.G.D. PARIS,2001,p.66.

خامساً : القوانين

أ. القوانين العراقية

١. القانون المدني العراقي(٤١) لسنة ١٩٥١م.

٢. قانون التسجيل العقاري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧١ المعدل .

٣. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل .

ب. القوانين المصرية

١. القانون مدني مصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢. قانون الشهر العقاري مصري (١١٤) ١٩٤٦ .

ج- القوانين الفرنسية

١-القانون المدني الفرنسي المعدل بمرسوم (١٣١) لسنة ٢٠١٦المعدل .