



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
النجف الاشرف
قسم القانون / القانون الخاص

اشكاليات تطبيق الشكلية في التصرفات العقارية (دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

طاهر جاسم طاهر

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ. متمرس . د

عزيز كاظم جبر الخفاجي

استاذ القانون المدني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
1438

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة: 1

الإهداء

إلى من حملتني وهناً على وهنٍ إلى أمي الحبيبة (رحمها الله) ,التي توفت قبل أشهر

إلى من وهبني عمره وحياته لأكون ما أنا عليه اليوم وأكثر

إلى والدي الحبيب

إلى مشرفي وأستاذي الفاضل الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي الذي ساندني بالمعلومات

القيمة ,والتوجيهات السديدة حفظه الله من كل مكروه

إلى شريكة العمر ,والحياة زوجتي الغالية ,وأولادي

إلى الوطن أرضاً وإنساناً

وإلى البشرية جمعاء

من أجل الخير والحب والسلام

الباحث ..

شكر و عرفان

أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من أسهم في انجاز هذه الرسالة وهم

1- الأستاذ المشرف على الرسالة أ. متمرس . د. عزيز كاظم جبر الخفاجي،

والذي أغنى الرسالة بملاحظاته.

2 - أ.م. د . جمال عبد الكاظم الحاج ياسين ، الذي اقترح عليّ الكتابة في

هذا الموضوع , مع الدكتور المشرف .

3- أساتذة معهد العلمين للدراسات العليا .

4- موظفي مكتبات - معهد العلمين للدراسات العليا - كلية القانون- جامعة

بابل والكوفة وبغداد وكربلاء والقادسية والنهرين والمستنصرية وموظفو

مكتبة الروضة الحيدرية والامام الحكيم والامام الحسن في النجف الاشرف.

5- مدراء مديريات التسجيل العقاري - النجف الشمالي - والنجف الجنوبي -

الكوفة .

6- زملائي الذين قدموا لي بعض المصادر.

7- أصدقائي وزملائي ,الذين وقفوا بجانبني عند كتابة هذه الرسالة.

الباحث ..

الملخص

الأصل أن العقود تنشأ من تلاقي إرادات أطرافها بالإيجاب والقبول، ومع ذلك فأن هناك ما يقتضي التعبير دوماً عن الإيجاب والقبول بشكل مادي ملموس، وهذا الأمر أدى إلى تقرير مبدأ الشكلية، وتقسيم العقود إلى نوعين: عقود رضائية وعقود شكلية؛ فإذا كانت الرضائية تجسد الأصل والقاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية في النظم القانونية الحديثة، فإن الشكلية هي الاستثناء التي يرد عليها، إذ تقتصر هذه الشكلية على الشكل الذي قرره المشرع ليكون العقد صحيحاً ومرتباً لآثاره القانونية، فالشكلية تتضمن تقييداً لإرادة طرفي العقد، ولا يملكان إلا الالتزام بها وإلا عدّ التصرف الناشئ بينهما كأنه لم يكن، أو منعماً.

تقسم التصرفات العقارية الى قسمين، تصرفات ناقلة للملكية ، وتصرفات الغير ناقلة للملكية ، وأن المشرع العراقي فرض على اغلب هذه التصرفات ، بأتباع اجراءات الشكلية وهي تسجيل هذه التصرفات في دائرة التسجيل العقاري ، بخلاف ذلك تعتبر هذه التصرفات باطلة بمقتضى النصوص القانونية (1/90 ، 137 ، 247 ، 508 ، 602 ، 2/1126 ، 1266 ، 1324 ، 1268) من قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، والمادة (2/3 ، 1/229 ، 2/305/ ، 2/325) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 .

إلا أن تطبيق الشكلية التي فرضها القانون ، مازالت تثير العديد من الإشكاليات ،ومن اهمها تقييد إرادة الأفراد في التصرفات العقارية، وكذلك إشكالية العقود الخارجية- أي العقود العقارية التي تتم خارج دائرة السجل العقاري، فيعد العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، إذا لم يستوف الشكل، الذي قرره القانون، والواقع يشير الى أن الكثير من التصرفات العقارية مازالت تتم خارج دائرة التسجيل العقاري ، ومن اهم هذه العقود عقد البيع العقاري .

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في إشكاليات تطبيق الشكلية في التصرفات العقارية في القانون العراقي والقانون المصري والفرنسي، ومعالجة هذه الشكليات من خلال اقتراح نتائج وتوصيات وكان من اهمها، تعديل المادة (508) من القانون المدني العراقي .

الصفحة	الموضوع
1	مقدمة
5	الفصل الاول : ماهية الشكيلة
7	المبحث الاول : مفهوم الشكيلة
8	المطلب الاول: التعريف بالشكيلة وصورها
22	المطلب الثاني : التطور التاريخي للشكيلة
35	المبحث الثاني : تميز الشكيلة عن غيرها من النظم المماثلة
36	المطلب الاول: الشكل والاثبات
43	المطلب الثاني :الشكل واجراءات التسجيل
47	الفصل الثاني : الشكيلة في التصرفات العقارية الناقلة للملكية
49	المبحث الأول: الشكيلة في عقد البيع والهبة والوصية
50	المطلب الأول: الشكيلة في عقد بيع العقار
56	المطلب الثاني: الشكيلة في عقد هبة العقار
63	المطلب الثالث: الشكيلة في الوصية الواردة على العقار
69	المبحث الثاني: اشكاليات الشكيلة وجزاء تخلفها في عقد البيع والهبة والوصية الواردة على عقار
71	المطلب الاول : تقييد ارادة المتعاقد

74	المطلب الثاني: النكول عن اتمام الشكلية في الدائرة المختصة
82	المطلب الثالث: عدم الحضور في غير حالة النكول في الدارة المختصة
84	الفصل الثالث : الشكلية في التصرفات العقارية غير الناقلة للملكية
86	المبحث الاول : الشكلية وجزء تخلفها في عقد المساطحة
87	المطلب الأول: تعريف حق المساطحة
90	المطلب الثاني: الشكلية في عقد المساطحة وجزء تخلفها
96	المبحث الثاني: الشكلية وجزء تخلفها في الرهن التأميني والرهن الحيازي
98	المطلب الأول: الشكلية في الرهن التأميني
105	المطلب الثاني: الشكلية في الرهن الحيازي الوارد على العقار
113	المطلب الثالث : جزء تخلف الشكلية في الرهن التأميني والرهن الحيازي
118	الخاتمة
124	المصادر والمراجع
145	ملخص الدراسة باللغة الانجليزية