

الطبيعة القانونية لعقد المساطحة: (دراسة تحليلية وتطبيقية)

Doi: 10.23918/ilic9.21

د. صباح قاسم خضر

م. محمد أشرف شيخو

قسم القانون، جامعة تيشك الدولية، إقليم كردستان، العراق

Sabah.qasim@tiu.edu.iqmohammed.ashraf@tiu.edu.iq

The Legal Nature of the Musataha Contract: An Analytical and Applied Study

Lect. Mohammed Ashraf Sheikho

Dr. Sabah Qasim

Law department, Tishk International University, Kurdistan Region, Iraq

المخلص

لا ريب أن لحق المساطحة أهمية بالغة، على اعتبار أنه حقاً عينياً أصلياً متفرعاً عن حق الملكية، ويتيح للمساطح أن يستثمر أمواله في الأرض التي يحصل عليها بموجب المساطحة، وفي الوقت ذاته يعدّ وسيلة فعالة لمالك الأرض لأن يقوم باستغلالها على أمثل وجه. أن البحث في الطبيعة القانونية لعقد المساطحة يتطلب الوقوف على النصوص القانونية التي عالجت حق المساطحة في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، وبناء على هذه الطبيعة القانونية ينبغي أن يتم تكيف عقد المساطحة من قبل القضاء، وبذلك كان القضاء في اجتهادات متناقضة بخصوص ضرورة تسجيل عقد المساطحة من عدمه، والأثر المترتب عليه، والقول برضائية عقد المساطحة يعوزه السند القانوني المتين.

إن البحث في الطبيعة القانونية لعقد المساطحة يتوزع على مطلبين إثنيين، الأول مخصص لموقف المشرع العراقي من طبيعة عقد المساطحة، والثاني مخصص لموقف القضاء منها، تعقبها خاتمة موجزة.

الكلمات المفتاحية: حق المساطحة- عقد- تحول العقد- التكيف القانوني- البطلان- التسجيل- القضاء.

Abstract

There is no doubt that the right of musataha (a type of land lease) holds significant importance, as it is a primary real right derived from the right of ownership. It allows the musataha holder to invest their money in the land acquired through this right, while simultaneously serving as an effective means for the landowner to utilize the land in the best possible way.

Studying the legal nature of the musataha contract requires examining the legal texts that address this right in civil law and property registration law. Based on this legal nature, the musataha contract should be adapted by the judiciary. Consequently, there have been conflicting judicial opinions regarding the registration of the musataha contract, its implications, and the assertion that the musataha contract's consensual nature lacks solid legal support.

The examination of the legal nature of the musataha contract is divided into two main sections: the first is dedicated to the Iraqi legislator's stance on the nature of the musataha contract, and the second is dedicated to the judiciary's stance. This is followed by a brief conclusion.

Keywords: Contract, Transformation of the contract, Legal adaptation, Invalidity, Registration, Judiciary.

المقدمة

إن تحديد الطبيعة القانونية لواقعة ما يعدّ من عمل المشرع، فالقانون هو الذي يحدد طبيعة الوقائع من وجهة النظر القانونية، فلأشياء طبائع أخرى لكن القانون يحدد طبيعتها القانونية فحسب في حين أن التكيف القانوني هو عمل قانوني يتمّ به إعطاء الوصف القانوني الصحيح والدقيق للواقعة المعروضة على القاضي. والمساطحة قبل أن تكون عقداً فهي حق من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية بدليل المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي واعتبر المشرع حق المساطحة حقاً عينياً يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض حيث يحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته، وأوجب المشرع تسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري بموجب المادة (١٢٦٦) من القانون المدني العراقي. ومن المعلوم أن المبدأ السائد في القانون العراقي أن الأصل في العقود هي الرضائية، والشكلية لا تكون شرطاً للانعقاد ما لم ينص عليها المشرع، وبما أن المشرع لم يذكر الجزاء المترتب على عدم تسجيل حق المساطحة في الدائرة المختصة هذا ما جعل القضاء في تناقض من حيث ضرورة التسجيل من عدمه. وبناء على هذه النصوص قام الفقه بتكييف هذا العقد، وتضاربت الاجتهادات القضائية في التكيف فالمحاكم في العراق وفي إقليم كردستان في الآونة الأخيرة كتّفت هذا العقد على أنه عقد رضائي والشكلية المطلوبة فيه فقط للإثبات في حين ذهبت قرارات محكمة التمييز في إقليم كردستان في تسعينيات القرن الماضي إلى أن عقد المساطحة هو من العقود الشكلية والكتابة فيه شرط لانعقاد. ولا شك أن هناك آثار قانونية تنترتب على هذا التكيف. وهذا ما سنتبينه من خلال هذا البحث.

أهمية البحث:

تتبع أهمية هذا البحث من كونه يعالج حقاً من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية وهذا الحق يتمتع بميزات وخصائص تميزه عن غيره من الحقوق وإن كان في نهاية المطاف هو حق مؤقت ولكنه تزداد أهميته يوماً بعد يوم، ولا سيما في مجال الاستثمار فعن طريق المساطحة يتم تخصيص الأراضي لإقامة المشاريع الاستثمارية. وينشأ حق المساطحة بموجب اتفاق بين مالك الأرض والمساطح وهذا الاتفاق يسمى عقد المساطحة وهذا العقد هو الذي ينشأ حقاً لكلا الطرفين ويرتب التزامات على عاتقهما، وما يزيد البحث أهمية هو التناقض الذي حدث في موقف القضاء بخصوص شكلية عقد المساطحة لا سيما إذا كانت هناك نصوص قانونية واضحة بمفرداتها وفحواها بخصوص هذه الإشكالية.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية هذا البحث في السؤال الذي يطرح نفسه هل أن عقد المساطحة هو عقد رضائي ومن ثم تكون الكتابة فيه شرطاً للتوثيق والعقد ينعقد بمجرد تراضي الطرفين دون الحاجة إلى القيام بأية إجراءات شكلية، أم أنه عقد شكلي والكتابة اللازمة فيه شرط لانعقاد وتخلف الكتابة فيه يترتب البطلان على اعتبار أن الكتابة ركن من أركان الانعقاد؟ وإذا ما اعتبر عقد المساطحة عقداً شكلياً والكتابة فيه شرط لانعقاد وتخلف هذا الركن، هل من الممكن تفسير هذا العقد وتحويله إلى عقد آخر تتوافر فيه شروطه؟ وما هي الأسباب التي جعلت القضاء يعدل عن موقفه حيال الطبيعة القانونية لعقد المساطحة؟ وأي موقف من مواقف القضاء كان موقفاً فيه؟

منهجية البحث:

ستتم كتابة هذا البحث من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي^(١)، وقانون التسجيل العقاري في العراق^(٢) المتعلقة بحق المساطحة وذلك باتباع المنهج التحليلي، وكذلك سأستعمل المنهج التطبيقي من خلال القرارات القضائية الصادرة عن محاكم إقليم كردستان ومحكمة التمييز الاتحادية وبيان رأيي فيها في تكيف حق المساطحة.

خطة البحث:

في هذا البحث سأتناول الطبيعة القانونية لعقد المساطحة، ومن المعلوم أن الطبيعة تتعلق بالعموم وعن طريق الطبيعة نتوصل إلى القواعد العامة، وهي من صنع المشرع إن جاز التعبير، أما التكيف فعن طريقه يتم الوصول إلى الأحكام القانونية الخاصة التي تتعلق بالتصرف وهو من صلب عمل القاضي والفقيه. وبناء على هذا الكلام سأقوم بتقسيم هذا البحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سأبحث في موقف المشرع العراقي من طبيعة عقد المساطحة وفي المطلب الثاني سأتناول موقف القضاء العراقي من طبيعة هذا العقد

المطلب الأول

موقف المشرع العراقي من طبيعة عقد المساطحة

في هذا المطلب سأقوم ببيان موقف المشرع العراقي من عقد المساطحة في القانون المدني العراقي ومن ثم بيان موقفه منه في قانون التسجيل العقاري وبناء على بيان موقفه من الشكلية المطلوبة في عقد المساطحة سأتناول الأثر المترتب على تخلف هذه الشكلية وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول

موقف المشرع العراقي من عقد المساطحة في القانون المدني العراقي

نصت المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي على أنه " ١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢- ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على هذا العقد من تعديل." الأصل في التصرفات القانونية أنها لا تخضع لشكلية معينة، وإنما يكفي لانعقاد العقد ارتباط الإيجاب بالقبول على الوجه المشروع، ومع ذلك هناك بعض التشريعات تشترط للتعبير عن الإرادة وإظهارها أن تنصب في شكل معين بالنسبة إلى بعض التصرفات المهمة بغية الوقوف على أهمية هذا النوع من التصرفات وتنبيه أطراف العلاقة إلى أهميتها وخطورتها وكذلك نظراً لمرعاة الغير لكي يكون على بينة وعلم بمضمون هذه التصرفات. ومن ثم في هكذا تصرفات تراضي أطراف العلاقة لا يكون كافياً لانعقاد العقد ما لم يُفرغ في شكلاً معيناً^(٣). وقد عرّف القانون المدني حق المساطحة بأنه حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض. ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته. وجاء في هذا القانون بأن حق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري^(٤).

وبما أنه لم يشر المشرع صراحة إلى أن عقد المساطحة الذي لم يسجل في السجل العقاري لا ينعقد كما فعل بالنسبة إلى باقي العقود التي جعل فيها المشرع التسجيل ركناً لانعقاد وجعل جزاء عدم تسجيلها البطلان، وهذا ما جعل محكمة التمييز الاتحادية تذهب في هذا المنحى وتعتبر عقد المساطحة من العقود الرضائية مستندة في ذلك أن القانون المدني عندما نص على تسجيل عقد المساطحة لم يبين مصير العقد عند عدم تسجيله خلافاً لما نص عليه المشرع بالنسبة إلى العقد الناقل لملكية العقار^(٥).

ونحن بدورنا نعتقد أن قيمة عقد المساطحة تكمن في التسجيل استناداً إلى الفقرة (٢) من المادة ١٢٦٦ من القانون المدني العراقي ومن ثم يكون التسجيل فيه ركن من أركان انعقاد هذا العقد ومصير العقد غير المسجل يكون البطلان على اعتبار أن التسجيل المطلوب فيه لا يكون للتوثيق ولا يترتب العقد غير المسجل أي حقوق والتزامات على عاتق الطرفين.

(١) - رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) - رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٣) - فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاً، نظرية العقد، القسم الأول، ج ١، ط ١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٧، ص ١٧١.

(٤) - أنظر الفقرة (١ و ٢) من المادة (١٢٦٦) من القانون المدني العراقي.

(٥) - مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج ٣، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٩، ص ٩٢. مع ملاحظة أنه سيتم شرح موقف القضاء بالتفصيل بخصوص هذا الموضوع لاحقاً. لقد نصت المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي على أنه "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون." وانظر أيضاً ف ٢ من المادة (١١٢٦) "والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً."

الفرع الثاني

موقف المشرع العراقي من عقد المساطحة في قانون التسجيل العقاري

جاء في الفقرة (١) من المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري " ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في السجل العقاري."

يبدو أن المشرع وفق هذا النص بين نوعية الأراضي التي تكون صالحة لإنشاء حق المساطحة عليها، وهي فقط الأراضي المملوكة والأراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً. وأكد أيضاً بأن هذا الحق ينشأ عن طريق تسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في السجل العقاري، وبالتالي أتى المشرع بقاعدة عامة أيضاً في هذا القانون، وهي أن تسجيل حق المساطحة في السجل العقاري يكون ركناً من أركان انعقاد هذا العقد.

وبخصوص ما قيل أن المشرع بعد ما أوجب تسجيل هذا العقد لم يبين مصيره في حال عدم تسجيله ولم يحدد الجزاء في حال مخالفة التسجيل فإن المشرع قد سدّ هذا النقص في قانون التسجيل العقاري بموجب الفقرة (٢) من المادة (٣) من هذا القانون التي أكدت على أنه " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري." (١)

وعرّف المشرع التصرف العقاري بأنه كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة. (٢)

ولا مرية أن عقد المساطحة تصرف عقاري لأن من شأنه إنشاء حق عقاري يؤثر في المركز القانوني للعقار المرتب عليه الحق وهو يتم بإرادة المتعاقدين (صاحب الأرض والمساطح). وبموجبه ينشأ للمساطح حقان أولهما حقه في البناء أو المنشآت التي أقامها على أرض المالك وهو حق ملكية خالصة إلا أنها ملكية مؤقتة تنتهي بانتهاء المدة المحددة للمساطحة. والحق الثاني الذي يملكه المساطح هو حق المساطحة نفسه. (٣)

وإذا كانت الحجة في أن الكتابة في عقد المساطحة هي شرط للتوثيق وليس للانعقاد هو نص الفقرة (٣) من المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري التي تنص على أنه " يتخذ عقد المساطحة أو الإجارة الطويلة المصدق من الكاتب العدل أو المثبت بحجة شرعية قبل نفاذ هذا القانون أساساً للتسجيل في السجل العقاري بدون حاجة إلى إقرار صاحب الأرض بالموافقة إلا إذا اشترط ذلك في العقد أو الحجة." ومن نافلة القول أن قانون الكاتب العدل قد منع على الكاتب العدل أن يقوم بتنظيم أو توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية. (٤) ومن البديهي القول إن عقد المساطحة هو تصرف عقاري ومن ثم لا يجوز لكاتب العدل القيام بتوثيق أو تنظيم هذا النوع من التصرف. والتسجيل في دائرة التسجيل العقاري يعني توثيق الاتفاق المنشئ لحق المساطحة بين المساطح وصاحب الأرض في دائرة التسجيل العقاري وتثبيت الحق باسم صاحبه وإصدار السند الرسمي الخاص به وفق أحكام القانون، وبالتالي لا يكون للاتفاق غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري أي أثر لاستلزام المشرع قيام الشكلية الرسمية إضافة إلى الأركان المعتادة الأخرى في العقود من تراضي ومحل وسبب. (٥)

الفرع الثالث

الأثر المترتب على تخلف الشكلية في عقد المساطحة

في ضوء ما تقدم ومن خلال النصوص القانونية الواردة في ثنايا القانون المدني وقانون التسجيل العقاري تبين لنا جلياً أن تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري شرطاً للانعقاد وليس للتوثيق إذ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

وبالتالي يجب الرجوع إلى النصوص القانونية عند استصدار الأحكام، ولا يجوز العدول عن هذه النصوص إلى الاجتهاد، وإنما يرجع القاضي إلى الاجتهاد عندما تضيق عليه سبل النصوص القانونية. (٦)

وإذا ما تمّ تكييف عقد المساطحة بموجب هذه الطبيعة القانونية فمصيره حتماً بموجب القواعد العامة في القانون المدني سيكون البطلان. إذ جاء في الفقرة (٣) من المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي " ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون."

والعقد الباطل هو الذي لا يصح أصلاً إما لخلل في ذات العقد ومقوماته وإما لخلل في أوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته. ولا يوجد شيء في القانون المدني العراقي من قبيل البطلان النسبي وما يترتب عليه من آثار وإنما متى ما كان العقد باطلاً فالمقصود به هو البطلان المطلق وهذا يظهر جلياً تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي. والعقد الباطل يكون معدوم الأثر ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، بل على المحكمة أن تحكم ببطلان العقد من تلقاء ذاتها متى ما رفع أمره إليها. والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة. (٧)

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز الاتحادية ذهبت بمنحى آخر بالنسبة إلى مصير عقد المساطحة غير المسجل، ولم تهدر كامل قوته القانونية استناداً إلى نظرية تحول العقد. حيث جاء في إحدى قراراتها " أن الهيئة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز ترى أن عقد المساطحة المبرم بين الطرفين وإن كان باطلاً لعدم استيفائه الشكلية، وذلك بعدم تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة فإن العقد المذكور في حالة عدم تسجيله لا يعتبر عقد مساطحة وإنما يعتبر عقد إيجار ذو طبيعة خاصة ولمدة معينة في العقد المنفق عليها بين الطرفين ويرتب حقوق والتزامات عقد الإيجار الواردة في القانون المدني وأنه يعتبر نافذ وملزم لطرفيه كعقد إيجار. (٨)

(١) - مصطفى مجيد، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٢) - أنظر الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري.

(٣) - مصطفى مجيد، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٤) - المادة ١٥ من قانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ قانون إنفاذ وتعديل تطبيق قانون الكتاب العدول رقم ١٦ لسنة ٢٠١٢ إقليم كردستان العراق "لا يجوز للكاتب العدل: ثالثاً - تنظيم أو توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية أو أي تصرف يفرض القانون لإنعقاده شكلاً معيناً."

(٥) - أسماء صبر علوان، شكلية عقد المساطحة- المفهوم والآثار- دراسة قانونية مقارنة بين الواقع العملي والنظام القانوني لعقد المساطحة. بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس

(٦) - منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، مطبعة العاني، ١٩٥٢، ص ١٣.

(٧) - للمزيد من التفاصيل حول نظرية البطلان أنظر عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، في مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧/٢٠١٨، ص ١٦٤ وما بعد.

(٨) - رقم القرار ٨٩ موسعة أولى/ ١٩٩٩، مجلة القضاء- الأعداد الأولى والثاني والثالث والرابع، السنة السابعة والخمسون، ص ١٢٥. أشار إليه القاضي عبد الجبار عزيز حسن، شرح أحكام عقد المساطحة في ضوء القانون المدني معززة بالأحكام القضائية، مكتبة تقيابى، أربيل، ٢٠١٨، ص ١٤٩.

وجاء في قرار آخر لها آخر عقد المساطحة إذا لم يسجل في دوائر التسجيل العقاري وفقاً لأحكام المادة (١٢٦٦) من القانون المدني و المادة (٢٩٩) من قانون التسجيل العقاري لا يكون عقداً باطلاً حيث أن ذلك العقد يعد عقداً من نوع خاص و يعتبر عقد صحيح بالوصف الذي تضمنه شروطه ما دام غير مخالف للنظام العام و الآداب و يلتزم الطرفين بشروط المتفق عليها^(١). وجاء في قرار آخر لها " عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة (٢/١٢٦٦) مدني يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وان طلب فسخه تطبق بحقه أحكام المادة (٧٧٤) مدني وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالإطلاع على اضية التسجيل العقاري فان كان قد سجل تطبق أحكام المادة (١٢٧٠) مدني^(٢).

إن حق الإجارة الطويلة كان يرد فقط على العقارات الموقوفة وفقاً صحيحاً، وكان العقد يتم بين جهة الوقف والمستأجر والاتفاق على البناء بموافقة المحكمة الشرعية، وبصدور حجة شرعية، إلا أن استعمال تعبير الإجارة الطويلة ألغي بالنسبة لهذه العقود بعد نفاذ القانون المدني^(٣). وجاء في قرار لمحكمة التمييز في إقليم كردستان: " كان على محكمة الموضوع ملاحظة تاريخ حلول المدعي محل العاقد الأصلي لمعرفة ما إذا كانت شروط المادة ١٤٦/٢ مدني متوفرة بالنسبة إليه من عدمه وكذلك أن تتحقق فيما إذا كان عقد المساطحة مستوف لشروطه من حيث التسجيل في السجل العقاري وملاحظة المادة ١٤٠ من القانون المدني إذا توافرت في العقد أركان عقد آخر..."^(٤) ومن الجدير بالذكر أن مضمون نظرية تحول العقد يقتضي توافر عناصر عقد آخر في العقد الذي يقع باطلاً وذلك إذا تبين من الظروف أن العاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى هذا العقد الآخر إذا كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصدها، ومن ثم ينقلب العقد الباطل عقداً صحيحاً ولكن ليس العقد ذاته، وإنما عقد آخر^(٥).

ومن نافلة القول إن البحث في نية المتعاقدين فيما إذا كانت قد انصرفت إلى أن يتحول العقد الذي هما بصدد إلى عقد آخر تتوافر فيه شروط هذا العقد في حال كان العقد الذي أبرماه باطلاً ليس من السهولة بمكان الوقوف على هذه النية، وهذا العمل تقوم به المحكمة ونوع من الدور الإيجابي مُنح للقاضي من قبل المشرع الذي تكون احتمالية عدم الصواب فيه واردة جداً. لا شك أن القيام بمثل هذا العمل هو من عمل القاضي وهو قيامه بالتكييف الصحيح للعقد الذي يعرض أمامه هذا في الإطار العام ولكن ما نحن بصدده يكمن في أن عقد المساطحة الذي يعرض على القاضي إذا لم يستوف ركن التسجيل فهو باطل بطلاناً مطلقاً إن صح التعبير.

المطلب الثاني

موقف القضاء العراقي من طبيعة عقد المساطحة

بعد أن انتهت من دراسة الطبيعة القانونية لعقد المساطحة والتي في ضوءها يفترض في القاضي أن يقوم بالتكييف. والتكييف عملية قانونية وعلى القاضي في نطاق القانون المدني إذا رفعت أمامه دعوى متعلقة بعقد ما عليه أن يفهم وقائع الدعوى أولاً، ثم عليه البحث عما يجب تطبيقه من أحكام القانون على هذه الوقائع. ويعني بشكل عام اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفاً قانونياً يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة عليه، ويتم ذلك من خلال مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه. ويعد التكييف من مسائل القانون في كل دعوى. وبناء عليه سأقوم بعرض موقف القضاء في إقليم كردستان والعراق قديماً وحديثاً حول التكييف القانوني لعقد المساطحة كما يلي:

الفرع الأول

موقف محكمة التمييز الاتحادية من طبيعة عقد المساطحة

سأقوم بسرد بعض القرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز العراقية مبيناً فيها اتجاهها حول تكييف عقد المساطحة مراعيّاً في ذلك التسلسل الزمني لصدور هذه القرارات بقدر المستطاع وذلك كما يلي:

أولاً- موقف محكمة التمييز الاتحادية من طبيعة عقد المساطحة (الاتجاه القديم):

يبدو أن القضاء العراقي متمثلاً في محكمة التمييز الاتحادية يكتفي بتصديق عقد المساطحة لدى كاتب العدل ليجعل منه عقداً صحيحاً حيث قضت " أن عقد المساطحة المصدق لدى كاتب العدل ولو لم يسجل في دائرة الطابو يبقى أثره القانوني بالنسبة للمتعاقدين ويكون ملزماً لهما وليس باستطاعتهم التحلل منه"^(١) وكذلك منحت محكمة التمييز العراقية الحجة الشرعية التي تمنح من قبل القاضي القوة القانونية ذاتها التي تمنح لعقد المساطحة بتصديقه من الكاتب بالعدل وجعل من منحها سبباً لنشوء حق المساطحة إذ قضت المحكمة بأن " الحجة الشرعية تنشئ حق المساطحة أما التسجيل في دائرة الطابو فهو لتوثيق الحق وإثباته وليس لإنشائه"^(٢).

ونعتقد أن هذا التوجه الذي سارت عليه محكمة التمييز العراقية يستند إلى نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري التي جعلت من عقد المساطحة المصدق من كاتب العدل أو المثبت بحجة شرعية أساساً للتسجيل في السجل العقاري، ولكن النص كان صريحاً بأنه يطبق على عقد المساطحة المصدق من الكاتب العدل أو الموثق بحجة شرعية قبل نفاذ قانون التسجيل العقاري.

(١) نوع الحكم، مدني، رقم الحكم، ٢٦٨/مساطحة/٢٠٠٧، تاريخ اصدار الحكم، ٢٠٠٧/٣/٢٨، جهة الاصدار، محكمة التمييز الاتحادية. منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى في العراق على الرابط التالي: <https://www.sjc.iq/qview.221>

(٢) - نوع الحكم : مدني رقم الحكم، ١٧٣٣/، عقد مساطحة /٢٠٠٨ تاريخ اصدار الحكم، ٢٠٠٨/٨/٥، جهة الاصدار، محكمة التمييز الاتحادية. منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى في العراق على الرابط التالي: <https://www.sjc.iq/qview.631>

(٣) - مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج٣، ص ٩٣

(٤) - رقم القرار (١١ / الهيئة المدنية / ١٩٩٥) أشار إليه كيلاني سيد أحمد، المبادئ القضائية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق للسنوات (١٩٩٣- ١٩٩٨) مقررات الهيئة المدنية لقوانين (المرافعات المدنية- الإثبات المدني- المحاماة- التسجيل العقاري- وقرارات القوانين المتفرقة)، ط١، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٩، ص ١٥٤

(٥) - عبد المجيد الحكيم و آخرون، المرجع السابق، ص ١٧٣. تنص المادة ١٤٠ "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد."

(٦) - رقم القرار ١٨٥٣/٢٧٥ حقوقية/ ١٩٦٣ أشار إليه عبد الجبار عزيز حسن، المرجع السابق، ص ١١٦.

(٧) - رقم القرار ٢٧٥/ حقوقية ثانية/ ١٩٦٩ أشار إليه عبد الجبار عزيز حسن، المرجع السابق، ص ١١٧.

وقضت أيضاً أن " ١- تسجيل عقد المساطحة في دائرة الطابو الذي أوجبه الفقرة الثانية من المادة (١٢٦٦) مدني هو لغرض التوثيق لا الانعقاد وذلك لأن هذه الفقرة لم تنص على عدم انعقاده أو عدم الاعتداد به ما لم يسجل كما نصت المادة (٢/١١٢٦) في نقل ملكية العقار والمادة (١٢٠٣) في نقل حق التصرف والمادة (١٢٦٨) في انعقاد الرهن التأميني. ٢- عقد المساطحة لا يشترط فيه تسمية الأجرة".^(١) جاء في قرار لمحكمة التمييز " أن عقد المساطحة لا يبطل إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري مادام قد تم فيه تحديد المدة والأجرة".^(٢) وقضت أيضاً "إن تسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري هو للتوثيق لا للانعقاد ويعد العقد صحيحاً نافذاً ولو لم يسجل في الدائرة المذكورة".^(٣) وقضت أيضاً بأن " العقد الناقل لحق المساطحة ينعقد بمجرد اتفاق إرادتي الطرفين وينتقل الحق من صاحبه إلى المتعاقد الآخر من ذلك التاريخ، أما التسجيل بدائرة التسجيل العقاري فليس ركناً في العقد وإنما هو لغرض توثيقه".^(٤) وجاء في إحدى قراراتها أيضاً " ينعقد بيع حق المساطحة بمجرد اتفاق إرادتي الطرفين ولو لم يسجل لدى دائرة التسجيل العقاري، وكذا الحال بالنسبة للتنازل عن الحق المذكور".^(٥) وقضت كذلك في قرار لها " أن عقد المساطحة من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد اتفاق الطرفين وأن التسجيل العقاري ليس ركناً من أركان العقد بل الغرض منه توثيق العقد".^(٦)

ثانياً- موقف محكمة التمييز الاتحادية من طبيعة عقد المساطحة (الاتجاه الحديث):

ويبدو أن القضاء العراقي لم يسر على النهج ذاته بخصوص التكيف القانوني لعقد المساطحة فجاء في إحدى القرارات: "..... وأن العقد المذكور لم يستوف الشكل المطلوب بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري فيكون عقد إجاره من نوع خاص وليس عقد مساطحة وبالتالي ينحصر حق المستأجر بطلب الفسخ مع التعويض إن كان له محل استناداً للمادة (٧٨٢) من القانون المدني".^(٧) بالإضافة إلى أن القضاء العراقي اعتبر عقد المساطحة من العقود الشكلية التسجيل في دائرة التسجيل العقاري شرطاً من شروط انعقاد هذا العقد، فإنه لم يهدر القيمة القانونية لهذا العقد في حال عدم تسجيله، بل أوله إلى عقد آخر تتوافر فيه شروطه وهو عقد إجاره من نوع خاص وهذا التأويل يجد سنده في نظرية تحول العقد. وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز العراقية ذهبت في قرار آخر لها (تمت الإشارة إليه سابقاً) بأن عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري يعتبر عقد إجارة طويلة ومن المعلوم أن حق الإجارة الطويلة يعتبر من الحقوق العينية الأصلية لبديل المادة (٦٨) من القانون المدني. وأيضاً الإجارة الطويلة تستوجب التسجيل لأنه جاء في نص الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري " يسجل عقد الإجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الأرض المستأجر أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والإرث لأحكام حق المساطحة". وقضت محكمة التمييز العراقية بأن: " عقد المساطحة من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا باستيفائها الشكلية المطلوبة بالتسجيل لدى الدوائر المختصة....." وجاء في قرار آخر لها "..... أن عقد المساطحة من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا باستيفاء الشكل الذي فرضه القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة المادة ٢١٣ و ٢٢٩ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وفي حالة عدم تسجيله في الدائرة المشار إليها فإنه يعتبر باطلاً ولا يفيد الحكم.....".^(٨)

يتبين لنا أن القضاء العراقي قد عدل عن موقفه السابق بخصوص التكيف القانوني لعقد المساطحة وجعل منه عقداً شكلياً والكتابة فيه ركن من أركان الانعقاد وليست للتوثيق، وخبر ما فعل القضاء بهذا العدول لأن هذا التكيف القانوني هو الذي ينسجم مع الطبيعة القانونية لعقد المساطحة من خلال النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري والتي تمت الإشارة إليها سابقاً.

الفرع الثاني

موقف القضاء في إقليم كردستان من طبيعة عقد المساطحة

يبدو أن موقف القضاء في إقليم كردستان أيضاً قد تغير بخصوص التكيف القانوني لعقد المساطحة فموقفه حديثاً يختلف عن موقفه القديم، وذلك وفق الآتي:

أولاً- موقف القضاء في إقليم كردستان من طبيعة عقد المساطحة (الاتجاه القديم):

اتجه القضاء في إقليم كردستان إلى أن الكتابة في عقد المساطحة هي شرط لانعقاد هذا العقد وليس للتوثيق فقضت الهيئة العامة في محكمة التمييز في الإقليم بأن " أوجب القانون تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري (المادة ٢/١٢٦٦ من القانون المدني والمادة ١/٢٩٩ من قانون التسجيل العقاري) وإذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، فعليه يعتبر العقد الجاري باطلاً لعدم توفر الشكلية التي فرضها القانون- المادة ١/٩٠ من القانون المدني". وقضت أيضاً " أن ما ذهبت إليه محكمة الموضوع كون عقد المساطحة من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد اتفاق الطرفين المساطح وصاحب الأرض هو اتجاه مخالف للقانون، وذلك لأن حق المساطحة حق عيني يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري (المادة ٢/١٢٦٦ مدني و ٢٢٩ تسجيل عقاري)".^(٩) يتضح لنا من هذه القرارات أن القضاء في إقليم كردستان كيف عقد المساطحة بأنه عقد شكلي، ويشترط لانعقاده الكتابة لدى الدائرة المختصة، ورتب البطلان جزاءً على تخلف هذا الركن، وكان سنده القانوني في ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٢٦٦) من القانون المدني والفقرة الأولى من المادة (٢٩٩) من قانون التسجيل العقاري، وهو اتجاه سديد وسليم وهذا التكيف ينسجم مع الطبيعة القانونية التي أصبغ بها المشرع عقد المساطحة، وحذا لو استند القضاء في هذا التكيف إلى نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري، وذلك قطعاً للجدال

(١) - رقم القرار ١٤٠٠ /الهيئة العامة/ ١٩٦٨ أشار إليه عبد الجبار عزيز حسن، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) - رقم القرار ١٩٧٥/١٤٣٤ نقلاً عن ابناس مكي عبد، الشكلية في حق المساطحة وإشكالياتها القضائية" دراسة في ظل القانون العراقي بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد (٢٦)، ٢٠٢٠، ص ٥٦٤

(٣) - رقم القرار ١٩٧٥/٨٧ المرجع نفسه، ص ٥٦٤

(٤) - رقم القرار ١٩٧٨/١٣/٣ المرجع نفسه، ص ٥٦٤

(٥) - رقم القرار ٤٥٣ /هيئة عامة/ ١٩٧٩. المرجع نفسه، ص ٥٦٤

(٦) - رقم القرار ١٣٤ /١٩٧٩/١. المرجع نفسه، ص ٥٦٤

(٧) - رقم القرار ١٧٠٦ /الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٤ أشار إليه القاضي عبد الجبار عزيز حسن، المرجع السابق، ص ١٣٩. مادة ٧٨٢ " إذا اخل احد الطرفين بالتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار، كان للطرف الآخر ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له محل، وذلك بعد انذاره بتنفيذ التزامه"

(٨) - القرار رقم ٧٦ /١٩٩٦/١٣ والقرار رقم ٢٠١ /٢٠١٨/٢٨٩٨ أشار إلى هذين القرارين القاضي عبد الجبار عزيز حسن، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٩) - رقم القرار (١٠) الهيئة العامة لسنة ١٩٩٦ والقرار (٢٨١) الهيئة المدنية لسنة ١٩٩٤ أشار إلى هذه القرارات كيلاني سيد أحمد، المرجع السابق، ص ١٥٤.

وسدأ للذرائع بمواجهة الاتجاه الذي يقول إن المشرع وإن استوجب تسجيل حق المساطحة إلا أنه لم ينص على الجزاء في حالة عدم التسجيل.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز - الهيئة المدنية - " كان على محكمة الموضوع ملاحظة.....، وكذلك أن تتحقق فيما إذا كان عقد المساطحة مستوف لشروطه من حيث التسجيل في العقاري، وبعبارة ملاحظة المادة (١٤٠) من القانون المدني إذا توافرت في العقد أركان عقد آخر..."^(١)

يلاحظ أن القضاء في القرار المشار إليه أعلاه منح عقد المساطحة غير المسجل في الدائرة المختصة تكيف قانوني آخر، ولكن ما تجدر الإشارة إليه أنه لم يصبغ عليه طابع عقد الإيجارة الطويلة كما ذهبت إلى هذا التكيف محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها سنة ٢٠٠٨ تمت الإشارة إليه في موضعه.

ثانياً- موقف القضاء في إقليم كردستان من طبيعة عقد المساطحة (الاتجاه الحديث):

إذا كان القضاء في المحكمة الاتحادية قد ذهب في البداية إلى تكيف عقد المساطحة بأنه عقد رضائي وليس عقداً شكلياً، ثم عدل عن موقفه حديثاً، فإن موقف القضاء في إقليم كردستان كان بخلاف موقف القضاء الاتحادي حيث كُيف عقد المساطحة بأنه عقد شكلي، والكتابة فيه ليس للتوثيق وإنما شرط انعقاد، فإنه حديثاً عدل عن موقفه هذا، حيث قضت محكمة التمييز في الإقليم: " يجوز للمساطح بيع حصته من عقد المساطحة إلى الغير ما لم يمنعه من ذلك عقد المساطحة الأصلي بينه وبين صاحب الأرض لأن عقد بيع حق المساطحة من العقود الرضائية." وجاء في القرار ".....وحيث أن العقد المبرم بين الطرفين من العقود الملزمة بين الجانبين كونه عقد صحيح ولا يصح الرجوع عنه إلا بالتراضي أو عن طريق القضاء، وإن لم يسجل عقد المساطحة لدى الدائرة المختصة، لأنه من العقود الرضائية وليس من العقود الشكلية وإن التسجيل هو لغرض التوثيق والإثبات، وليس ركناً من أركانه....."^(٢)

يتضح من حيثيات هذا القرار إننا أمام عقدين الأول بين المساطح ومالك العقار والثاني بين المساطح والمشتري منه، واتضح لنا من خلال هذا القرار أن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ليس ركناً من أركان عقد المساطحة وإنما هو لغرض التوثيق والإثبات، لأنه وإن كان مقصود القرار أن العقد الثاني هو الذي لا يحتاج إلى التسجيل في الدائرة المختصة لأن المساطح يقوم ببيع حقه إلى شخص آخر، ولكن في نهاية المطاف العقد الثاني المبرم بين المساطح والمشتري منه عقد مبني على عقد المساطحة والقرار صريح بعبارة أن - العقد المبرم بين الطرفين من العقود الملزمة بين الجانبين كونه عقد صحيح ولا يصح الرجوع عنه إلا بالتراضي أو عن طريق القضاء، وإن لم يسجل عقد المساطحة لدى الدائرة المختصة، لأنه من العقود الرضائية- وبالتالي إذا لم يسجل عقد المساطحة فإن مصيره البطلان بموجب القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، وما بُني على باطل فهو باطل مثله، وأضف إلى ذلك أن البيع الثاني الذي يرد على حق المساطحة من قبل المساطح تجاه المشتري أيضاً يعتبر تصرفاً عقارياً ويحتاج إلى التسجيل في السجل العقاري استناداً إلى المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري.

وفي نهاية المطاف يتبين لنا أن القضاء في إقليم كردستان قد عدل عن موقف، ففي القرارات التي صدرت في تسعينيات القرن الماضي كان تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري لغرض الانعقاد وليس لغرض التوثيق فكان ركناً من أركان هذا العقد وبالتالي تخلف الشكلية كان يترتب عليه بطلان عقد المساطحة على خلاف ما ذهب القضاء إليه في الآونة الأخيرة إذ جعلت الكتابة في عقد المساطحة غرضاً للتوثيق.

كما أن القضاء في إقليم كردستان اعتبر عقد المساطحة من عقود الإيجار الطويلة فجاء في القرار " العقد شريعة المتعاقدين وعلى طرفي العقد التقيد ببوده طالما أن تلك البنود الواردة فيه لا تخالف أحكام القانون ولا تتعارض مع النظام العام والاداب وأن عقد المساطحة يعد من عقود الإيجار الطويلة....."^(٣) وقد أشرنا سابقاً إلى أن هناك فرق بين المساطحة والإيجار الطويلة وتكييف القاضي للواقعة المعروضة أمامه كقيل بتطبيق النص القانوني السليم عليها.

ولا شك أن التكيف يعد بمثابة العمود الفقري للعمل القضائي، فهو الوسيلة التي تدخل الواقعة عن طريقها دائرة القانون، فعن طريقه يقوم القاضي بإنزال القانون من النموذج المجرد لتطبيقه على الواقعة، وبذلك يلتقي الواقع بالقانون.^(٤)

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات سنوردنها كما يلي:

أولاً- النتائج:

١- يعدّ المساطحة حقاً من حقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، وهو كقعد يبرم بين مالك الأرض والمساطح ويرتب حقوقاً والتزامات على عاتق الطرفين.

٢- يوجد فرق بين الطبيعة القانونية والتكيف القانوني، بموجب الطبيعة القانونية الواردة في نصوص القانون المدني وقانون التسجيل العقاري يتم تكيف عقد المساطحة وتبين لنا أن النصوص القانونية الواردة بصدد عقد المساطحة سواء في القانون المدني العراقي أم في قانون التسجيل العقاري جعلت من الكتابة شرطاً لانعقاد عقد المساطحة وركن من أركان انعقاد هذا العقد، وجعلت البطلان هو جزاء تخلف هذا الركن والبطلان المقصود هنا هو مطلق البطلان على اعتبار أنه لا يوجد بطلان نسبي في القانون العراقي، والعقد الباطل لا يترتب أي آثار قانونية كعقد.

٣- تم تكيف عقد المساطحة من قبل المحاكم العراقية حسب الاتجاه القديم بأنه عقد رضائي، والكتابة فيه ليست شرطاً لانعقاد وإنما فقط لغرض التوثيق والإثبات، ثم عدل القضاء عن رأيه هذا في السنوات الأخيرة وجعل من الكتابة شرطاً لانعقاد المساطحة ورتب على تخلف

(١) - القرار رقم (١١/ الهيئة المدنية/ لسنة ١٩٩٥) أشار إليه كيلاني سيد أحمد، نفس المرجع، ص ١٥٤.

(٢) - العدد ٢٢٢/ الهيئة المدنية/ ٢٠١٩، التاريخ ٢٠١٩/٥/٢ أشار إليه القاضي عبد الجبار عزيز حسن، مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز إقليم كردستان، القسم الثاني، ط١، مكتبة هوليير القانونية، ٢٠٢١، ص ٧٤ و ٧٥.

(٣) - القاضي رزكار عبدالله حسن، نأمانج عارف كريم، تحفة القضاء من صفوة مبادئ أحكام قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان شرحاً وتعليقاً، تطبيقات القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، ط١، مكتبة هوليير القانونية، ٢٠٢١، ص ٣٥٨.

(٤) - مژن جلال أحمد، مشكلات التكيف في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٧، ص ٣٩.

البطلان، وفي الوقت ذاته أصبح على عقد المساطحة غير المستوف لشروط الشكلية وصفاً آخر فتارة جعل منه عقد إجارة من نوع خاص وتارة أخرى جعل منه عقد إجارة طويلة.

٤- كان موقف القضاء في إقليم كردستان من عقد المساطحة في تسعينيات القرن الماضي هو أن عقد المساطحة عقد شكلي، والشكلية ركن من أركان انعقاد هذا العقد، ومن ثمّ عقد المساطحة المؤثق لدى كاتب العدل أو بموجب حجة شرعية لا اعتبار له في ظل صراحة النصوص القانونية الواردة في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري بخصوص المساطحة، ولكن في الآونة الأخيرة عدل عن موقفه، وجعل عقد المساطحة عقداً رضائياً ومن ثمّ حماية حقوق الأطراف وإن لم يكن هذا العقد مسجلاً في الدائرة المختصة.

ثانياً- التوصيات:

١- في ضوء الطبيعة القانونية لعقد المساطحة الواردة في نصوص القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري ينبغي أن لا يحتمل تكييف عقد المساطحة التأويل والتفسير وتحويله إلى عقد الإجارة الطويلة كما ذهب إليه القضاء العراقي، ولا سيما أن الإجارة الطويلة هي أيضاً حقاً من حقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ومن ثمّ ينطبق عليها تعريق التصرف العقاري والتصرف العقاري يستوجب التسجيل بموجب المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري، وإن تمّ تكييف عقد المساطحة غير المستوف لشروط الشكلية عل أنه عقد إجارة طويلة، فإن هذا الأخير يرد فقط على الأراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً بخلاف حق المساطحة الذي يرد على العقارات المملوكة والموقوفة وفقاً صحيحاً، وبالتالي تكييف عقد المساطحة الوارد على الأراضي المملوكة غير المستوف لشروط الشكلية بأنه عقد إجارة طويلة يعدّ تكييفاً غير صحيحاً. وبالتالي يجب أن يسير القضاء العراقي على النهج الذي يصف عقد المساطحة غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري بأنه عقد إجارة من نوع خاص استناداً إلى نظرية تحول العقد بعد تحقق شروطها.

٢- ينبغي على القضاء الموقر في إقليم كردستان أن يسلك الاتجاه الذي كان سائداً في تسعينيات القرن الماضي بخصوص تكييف عقد المساطحة، بأن يجعل منه عقداً شكلياً، وتكون الكتابة فيه للانعقاد وليست للتوثيق والإثبات، وذلك تماشياً مع الطبيعة القانونية لعقد المساطحة الواردة في القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري. ومن الأجدر أن يستند القضاء في هذا التكييف إلى نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري التي استوجبت تسجيل جميع التصرفات العقارية في السجل العقاري تحت طائلة البطلان، وذلك قطعاً للجدال وسداً للذرائع بموجهة الاتجاه الذي يقول إن المشرع وإن استوجب تسجيل حق المساطحة إلا أنه لم ينص على الجزاء في حالة عدم التسجيل بموجب نص المادة (١٢٦٦) من القانون المدني والمادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري.

المصادر

أولاً- الكتب:

- القاضي رزكار عبدالله حسن، ثمانج عارف كريم، تحفة القضاء من صفوة مبادئ أحكام قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان شرحاً وتعليقاً، تطبيقات القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، ط١، مكتبة هولير القانونية، ٢٠٢١.
- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد، القسام الأول، ج١، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٧.
- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج٣، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٩.
- منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، مطبعة العاني، ١٩٥٢.
- مازن جلال أحمد، مشكلات التكييف في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.
- عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، في مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٧/٢٠١٨.
- القاضي عبد الجبار عزيز حسن، شرح أحكام عقد المساطحة في ضوء القانون المدني معززة بالأحكام القضائية، مكتبة تهابي، أربيل، ٢٠١٨.
- القاضي عبد الجبار عزيز حسن، مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز إقليم كردستان، القسم الثاني، ط١، مكتبة هولير القانونية، ٢٠٢١.
- كيلاني سيد أحمد، المبادئ القضائية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق للسنوات (١٩٩٣-١٩٩٨) مقررات الهيئة المدنية لقوانين (المرافعات المدنية- الإثبات المدني- المحاماة- التسجيل العقاري- وقرارات القوانين المتفرقة)، ط١، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٩.

ثانياً- الأبحاث القانونية:

- أسماء صبر علوان، شكلية عقد المساطحة- المفهوم والآثار- دراسة قانونية مقارنة بين الواقع العملي والنظام القانوني لعقد المساطحة. بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس.
- ايناس مكي عبد، الشكلية في حق المساطحة وإشكالياتها القضائية" دراسة في ظل القانون العراقي بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد (٢٦)، ٢٠٢٠.

ثالثاً- القوانين:

- ١ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢ - قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
- ٣ - قانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨.
- ٤ - قانون إنفاذ وتعديل تطبيق قانون الكتاب العدول رقم ١٦ لسنة ٢٠١٢ إقليم كردستان العراق.