



التعهد بنقل ملكية العقار وأثره في انتقال الملكية
بحث مقدم من قبل
م. علي شاكر عبد القادر
جامعة كربلاء/ كلية القانون

الخلاصة :-

ان العقود التي ترد على العقارات تكتسب أهمية خاصة ولا شك، لأن العقارات تعد جوهر الاقتصاد الوطني في كل البلدان، وهذا ما دفع المشرع في الدول كافة إلى إحاطة نقل الملكية بالنسبة لمحل هذه العقود بإجراءات معينة، وإذا كان المراد بالإجراءات أن تكون عملية تنظيمية يقصد منها حصر العقارات وبيان ملاكها وتاريخها والتصرفات الواردة عليها والحقوق المترتبة بشأنها، فلا تعتبر هذه الإجراءات قيداً يحول دون انتقال ملكية هذه العقارات، بل تسدي نفعاً كبيراً من خلال معرفة مالك العقار والحيلولة دون بيعه أكثر من مرة والحد كذلك من إمكانية بيع ملك الغير ومنع التجاوز بين الملاك، ولكن هذه الإجراءات تصبح ثقيلة إذا كانت تشكل عائقاً أمام انعقاد العقد، أي إذا كان العقد لا ينعقد ويعد باطلاً عند عدم التسجيل في الدائرة المختصة، والشكلية التي فرضها المشرع يجب ان لا تكون سلاحاً يوفر الحصانة القانونية والقضائية الأبدية للبائع ضد المشتري، فلا وجه لهذه الحصانة أبداً ولا مبرر لوجودها، فلماذا لا نسمح لمشتري العقار مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية عند امتناع البائع عن ذلك، وأي فلسفة تكمن وراء حماية البائع وعدم إلزامه بتنفيذ التزامه حتى ولو كان ممكناً وفق كل المعايير القانونية.

الكلمات المفتاحية: التعهد، ملكية، العقار، انتقال، تحديد، شروط

Abstract:-

estate is the essence of the national economy in all countries, and this is why the legislator in all States to inform the transfer of ownership for the place of these contracts certain actions, and if you want the action to be an organizational process intended to inventory of real estate and the statement of its owners, its history and actions contained them and the rights arising from them, are not considered these actions constraint prevents the transmission of these properties, but Tsudai useful large through knowledge of the property owner and to prevent the sale more than once and reduction as well as the possibility of selling property of others and to prevent overtaking between owners, but these measures become heavy if they constitute an obstacle to the conclusion of the contract, or if the contract does not meet is null and void when not register in the relevant department, and formalities imposed by the legislator should not be a weapon provides legal immunity and judicial eternal question against the buyer, not the face of this immunity never no justification for its existence, so why not allow for property buyers ask the seller to the implementation of its commitment to the transfer of ownership when the seller's failure, and any philosophy lies behind the protection seller and not to compel the implementation of the commitment even if it was possible according to all legal standards.

The keywords: Undertaking, property, real estate, transmission, identify, conditions.



المقدمة

المدين في العقد كقاعدة عامة يلزم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً اختياراً أو جبراً عند عدم وجود مانع مادي أو قانوني، ولا يخرج عن هذا التصرفات الواردة على عقد بيع عقار، إذ لا تزال العقود بشأنها في غالبية البلدان رضائية، إلا أن قانوننا المدني لا يجيز إجبار بائع العقار على تنفيذ التزامه عند امتناعه عن نقل الملكية إلى المشتري، ويعدّ هذا النوع من العقود شكلياً لا ينعقد إلا بعد تسجيله في دوائر التسجيل العقاري المختصة ، وبهذا أحيط البائع بحصانة قانونية وقضائية لا مسوغ لها مادام ان العقد لا ينتقل الا بالتسجيل، فالعقد ينعقد بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب سواء تم ذلك كتابة أو مشافهة أو حتى بالإشارة المألوفة، ويصدق هذا الكلام كأصل عام على الأشياء كافة المنقولة وغير المنقولة . وعلى هذا الأساس فإن الأصل في التبادل التعاقدية هو الابتعاد عن الشكل الذي يتجلى في ضرورة صب العقد في قالب معين لا يجوز الخروج عليه كما كان الحال لدى الرومان، لأن اشتراط الشكل سيؤدي إلى وضع قيود على حرية التعاقد، قد يأبأها العصر الذي يجنح نحو سهولة التعاقد وسرعته خدمة لحركة الإنسان الاقتصادية والحضارية، ومع ذلك نظر المشرع إلى بعض الأشياء الهامة، أو ذات الأثمان العالية نظرة اهتمام وعناية؛ ولم يشأ تركها دون تنظيم، وسجلات دقيقة تحول دون حصول المنازعات بشأنها، ومن ذلك العقارات وما يرد عليها من تصرفات قانونية، إذ أخضعها القانون لإجراءات إظهار معينة، ولا يتم أي من هذه التصرفات إلا بإتمام هذه الإجراءات، وبهذا ظهر ما يسمى بنظام الشهر العقاري، أو ما يطلق عليه في بلادنا نظام التسجيل العقاري.

والغاية الأساسية من وجود هذه القيود التي تختص بالعقارات وما يترتب عليها من حقوق عينية أصلية أو تبعية، هي وضع التنظيم القانوني والميداني الدقيق لأهم عنصر من عناصر الثروة الوطنية، ومعرفة عائدة هذه العقارات بسجلات تتمتع بحجية قاطعة في مواجهة الكافة، ويستطيع مشتري العقار أو أي شخص ذو مصلحة العلم بكل ما يتعلق بالعقار مساحة وموقعاً، والعلم بصاحبه وبالحقوق المترتبة عليه عند إجراء أي معاملة على هذا العقار، وتكاد الدول تجمع على ضرورة وجود نظام يبصر الناس بما لهم وما عليهم، ولكن بعض هذه القوانين حرمت المشتري من حق مطالبة البائع بالتنفيذ العيني الجبري إذا كان محل العقد عقاراً حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للبائع، وما يستطيع المشتري فعله هو المطالبة بالتعويض ليس إلا، وكل ذلك يأتي بخلاف الأصل العام الذي يخول المشتري حق المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، بل وخلاف المنطق القانوني فلا يوجد أي مسوغ لحرمان مشتري العقار من هذا الحق، في الوقت الذي باع فيه المالك عقاره باختياره وبكامل قواه، والمشرع كما نعلم منزله من أن يجعل أحد طرفي العقد يلعب بمقدرات الطرف الآخر بحصانة قانونية لا تجد ما يبررها على الإطلاق.

وقد اقتصرنا في دراستنا لهذا البحث على التشريع والفقهاء والقضاء العراقي بشكل ابرز من بقية القوانين لكونه النموذج الابرز في اعتبار عقد البيع خارج الدائرة المختصة يعد عقدا باطلا، ولكننا مع ذلك لم نستطع ان نمنع أنفسنا من التلميح بالتشريع والفقهاء والقضاء المصري كلما وجدنا مقتضى ومتسعا ، ونريد ان نبين ان ما سبقنا من الباحثين كانوا يتناولون مسألة التعويض وتكييفها دون البحث في انتقال الملكية ،،ولقد وجدنا ان من المناسب ان نعالج دراسة موضوع البحث في ثلاثة مباحث، سنخصص المبحث الأول لتحديد معنى التعهد بنقل ملكية العقار وسنكرس المبحث الثاني الى شروط التعهد بنقل ملكية عقار وسنفرد المبحث الثالث لأثر التعهد بنقل ملكية عقار، واذا ما انتهينا من بحث ذلك سنوصله بخاتمة سندرج فيها ابرز النتائج والمقترحات وسنتخذ المنهج الاستقرائي والتحليلي سبيلا الى عرضنا هذا والله من وراء القصد وبه المستعان وعليه التوكل .



المبحث الأول/ تحديد معنى التعهد بنقل ملكية عقار:

يعد عقد البيع في الفقه الإسلامي ناقلاً للملكية بذاته^(١)، وهو تصوير للعقد أدق من التصوير الذي أخذ به الفقه اللاتيني الذي يجعل العقد منشأً للالتزام بنقل الملكية مثل ما هو الحال في القانون المدني الفرنسي^(٢) وكذلك أدق من القانون المدني المصري عند تعريفه لعقد البيع في المادة (٤١٨) منه^(٣)، فهو يجعل عقد البيع يرتب التزاماً بنقل الملكية يتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد نشوئه فتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

و لاتعد الشكلية في بيع العقار ركناً من أركان عقد البيع في القانون المدني المصري ، فان عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة الشهر العقاري يعد عقداً رضائياً تترتب عليه جميع آثار عقد البيع، كذلك تنشأ التزامات مثل نقل ملكية المبيع الى المشتري فيستطيع الأخير ان يطالب بالتنفيذ العيني، إذا لم ينفذ البائع التزامه رضاء فانه ينفذ قضاء والمطالبة بالتنفيذ دعوتان وهما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ودعوى صحة التوقيع فيستطيع المشتري عن طريق إحدى هاتين الدعويتين ان يستحصل حكماً من المحكمة المختصة لتسجيل البيع في الدائرة المختصة لشهر التصرفات العقارية الى تدخل البائع الشخصي وبالتالي تنتقل إليه ملكية المبيع، فالأصل ان يكون انتقال ملكية العقار في ضوء القانون المدني المصري رضائياً وهو معلق على شرط واقف هو التسجيل في دائرة الشهر العقاري أي ان الملكية لا تنتقل الى المشتري إلا من وقت تسجيل عقد بيع العقار^(٤) . ودعوى صحة عقد البيع ونفاذه وفقاً لما جرى عليه قضاء محكمة النقض المصرية، هي دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع، التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه^(٥) وذهب القضاء المصري إلى أبعد من ذلك، فلم يشترط لإقامة هذه الدعوى في بعض الحالات حتى توقيع المشتري، إذا ما تبين للمحكمة حصول هذا البيع فعلاً بالدليل القاطع، فقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية ما يأتي ((متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة عقد البيع تأسيساً على أنه قد توافرت له أركان انعقاده بدفع مورث المطعون ضدها (المشتري) الثمن كاملاً إلى الطاعنة (البائعة) ، وتسلم العقد الموقع عليه منها، وتمسك المطعون ضدها (الوارثة للمشتري) بهذا العقد في مواجهة البائعة، وإقامتها عليها الدعوى بصحته ونفاذه، مما مؤداه أن الحكم اعتبر ذلك قبولاً من المشتري للبيع، يغني عن توقيعه على العقد، فإن هذا الحكم يكون لاخطأ فيه ولاقصور))^(٦) .

وقد يكون المشتري في يده ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بإمضائه أو ختمه أو بصمة إصبعه، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل، وهنا يلجأ المشتري إلى دعوى أكثر يسراً، ولكنها أقل شأنًا، وهي دعوى صحة التوقيع، وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات. فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة للدعوى، فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواه، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري، أما إذا لم يحضر البائع، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال، وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبة إلى سواه، واتخذت المحكمة الإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة. ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع سواء بإقرار البائع أو بعد التحقيق، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء فإذا سجلاً معاً انتقلت الملكية إلى المشتري، ولا يجوز للبائع بعد ثبوت صحة توقيعه أن يطعن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال، أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلاً لفسخه، أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب. فكل هذه



مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها، ومحل بحثها يكون في دعوى صحة التعاقد^(٧)، ودعوى صحة التوقيع هذه هي دعوى تحفظية، الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه، ويكفي لقبول الدعوى وفقاً لما يقضي به قانون المرافعات المصري، أن يكون لرافعها مصلحة قائمة بقرها القانون^(٨).

أما في قانوننا المدني فالأصل أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري^(٩) ولعل غرض المشرع من الشكلية هو تحقيق المصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع ورفع المنازعات بتأشير التصرفات القانونية التي ترد على عقار في السجل العقاري لتعريف (الغير) بها حفاظاً على حقوقهم^(١٠).

وبيع العقار في القانون المدني العراقي من العقود الشكلية مثلما أشرنا إليه سابقاً، وتعد الشكلية ركناً رابعاً إضافة إلى الرضا والمحل والسبب، ونتيجة للضرورة العملية صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢، وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١٤٢٦ بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٢١ المعدل للقرار السابق^(١١)، فإن لم يستوف ركن الشكلية لا ينعقد عقد البيع^(١٢) وعد مجرد تعهداً غير ملزم ببيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري والطرف المخل بالتعهد يقوم بتعويض المتعهد له عما فاتته من منفعة بسبب هذا الإخلال^(١٣)، ويفهم مما تقدم أن التعهد لا يلزم البائع خارج دائرة التسجيل العقاري بنقل الملكية إلى المشتري خارج التسجيل العقاري، وليس هناك إلا التعويض وهذا ما ذهب إليه القضاء العراقي إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز ((أن العقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة الطابو ويعتبر التعهد بنقل الملكية مقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أحل أحد الطرفين بتعدهه لذا ليس من حق المدعي مطالبة المدعي عليه بتنفيذ التزامه بنقل الملكية))^(١٤).

والتعهد المبرم وفق المادة (١١٢٧) لا يعد عقد بيع عقار، وإنما يعد مجرد تعهداً بنقل الملكية يلزم الطرف المخل بالتعويض، وعقد البيع الباطل يترتب آثاراً منها أن للبائع خارج دائرة التسجيل العقاري إقامة دعوى استرداد العقار المبيع، وله المطالبة بثمار المبيع إن كان المشتري في حيازته سيء النية^(١٥)، وللبيع خارج دائرة التسجيل العقاري مطالبة المشتري بخرج دائرة التسجيل العقاري بأجر المثل إن كان البائع لم يبيع للمشتري سكن العقار أو أباح له فترة ثم رجع عن إباحته فيحق له المطالبة بالتعويض^(١٦) أما المشتري خارج دائرة التسجيل العقاري فله استرداد الثمن من البائع خارج دائرة التسجيل العقاري وله المطالبة بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية إلى تاريخ التأدية الفعلية وله الحق في حيس المبيع حتى يستوفي المبالغ التي صرفها على المبيع^(١٧).

والتعهد المذكور في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ يعدان هذا التعهد التزاماً بعمل مقتضاه الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري ولكن يرد سؤال هل ينشأ التعهد التزاماً آخرًا وإذ ذكرنا أن هناك التزامات تتمثل بدفع المتعهد له الثمن وغيرها من التزامات عقد البيع لعقد بيع عقار ولا يمكن إطلاق عليه هذه التسمية لافتقار التعهد لركن الشكلية، وخاصة الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري ليس التزاماً خاصاً ينشأ عن عقد خاص، وإنما هو أمر لا بد منه لإتمام التصرف بنقل ملكية عقار، وذهب رأي آخر أن التعهد معناه الالتزام^(١٨) ولهذه التسمية سند من القانون المدني فمثلاً ما نصت عليه المادة (٨٦٦) من قانوننا المدني ((إذا تعهد المقول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها (٠٠٠)) .

ولكن إن صح هذا القول فإن هذا الالتزام لا بد له من سبب، وسبب ناقل للملكية وفق القرارات المذكورين، ولا يكون السبب إلا بالتعهد ذاته والذي لا يمكن تفسيره إلا بالعقد غير المسمى قبل توافر شروط دعوى التمليك (القرارين المذكورين) وإن لم يطلقان عليه هذا التسمية في القرارات المذكورين، فالعبارة بالمقاصد والمعاني وليس الالفاظ والمباني، فوجود طرفي العقد وهو المتعهد والمتعهد له ووجود أركان العقد من رضا ومحل وسبب، يترتب التزاماً على طرفي العقد إن أحلوا بالتزاماتهما



بترتيب التعويض ليدل على وجود العقد، ولكن لا يمكن اطلاق تسمية عقد بيع العقار عليه لتخلف ركن الشكلية .

المبحث الثاني / شروط التعهد الناقل للملكية

يجب لانتقال الملكية وفق قرار مجلس قيادة الثورة (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣) ان يكون هناك تعهد صادر من مالك العقار ويشترط ثانيا ان يوجد سبب صحيح يبيح تملك العقار ويشترط ثالثا عدم وجود قيد يمنع انتقال الملكية لذا سنبحث هذه الشروط الثلاثة كل في مطلب مستقل .

المطلب الاول / تعهد صادر من المالك

لابد من وجود تعهد من مالك العقار او مالك حق التصرف، والتعهد يمكن ان يكون تحريريا او شفويا لان عبارة النص مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه، ولكن قد يكون اثبات وجود التعهد صعبا اذا كان العقد شفويا^(١٩) ولا بد من ان يكون العقد صحيح من الناحية الموضوعية أي توافر اركان العقد من جهة وجود الرضا والمحل والسبب وخلو التعهد من عيوب الارادة، وان يكون محل العقد من المبيع والتمن معيننا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة، وجاء في قرار لمحكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية ((لا يجوز للمحكمة الحكم بالتملك في حالة وجود جهالة فاحشة في المطلوب تملكه))^(٢٠) ويجب ان يكون البائع مالكا للعقار ومسجلا باسمه في دائرة التسجيل العقاري، فان كان لا يملكه أو غير مسجل باسمه فلا مجال لتطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، وفي قرار لمحكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية((لا يعتد بالتعهد بنقل الملكية عقار اذا لم يكن المتعهد مالكا للعقار أو سهام شائعة فيه أو مخلولا قانونا ببنيه))^(٢١) اما اذا بيع العقار للغير ولم يسجل للغير عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري وبيع لعدة مرات فلا يكون بإمكان المشتري الاخير ان يطلب تسجيل العقار باسمه بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) وذلك لان البائع لم يسجل العقار باسمه فيكون التعهد صادر من غير المالك .

المطلب الثاني / ان يوجد سبب صحيح يبيح تملك العقار

ويعد السبب الصحيح متوافرا اذا قام المتعهد له بسكن العقار او احداث ابنية او منشآت أو مغروسات، ونقصد بالسكن ان يشغل المتعهد له بالسكن فيه وبإباحة من المتعهد، وينصرف للعقارات السكنية دون غيرها فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز ((٠٠٠ قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ المؤرخ ١١/٢ / ١٩٧٧ يشمل التعهدات الخاصة بالعقارات والقطع السكنية ٠٠٠))^(٢٢) ويجب سكن العقار دون معارضة من قبل المتعهد، اما المعارضة اللاحقة للسكن فلا يعتد بها ويمكن للمتعهد له من تملك العقار فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية((٠٠٠ لا عبرة بالمعارضة التحريرية الحاصلة بعد سكن المشتري للدار لأنها جاءت متأخرة عن تاريخ السكن، فالعبرة بالمعارضة التحريرية ان تكون متزامنة مع تاريخ التعهد او بعد فترة وجيزة ٠٠٠))^(٢٣) اما السكن في الارض الزراعية فقد ذهب اتجاه قضائي الى القول بعدم توافر شروط التملك لان المفروض بالمتعهد له في الارض الزراعية ان يقوم بالغرس لا بالسكن لان الارض الزراعية مهياة للغرس لا للسكن^(٢٤) ويوجد اتجاه آخر يرى التملك يشمل حتى السكن في البناء الموجود الارض الزراعية^(٢٥) .

وتعد كذلك الأبنية او المنشآت او الغراس التي يقوم بها المتعهد له سببا صحيحا للتملك مثلما المحنا سابقاً، ويقصد بالبناء كل انشاء مهما كانت طبيعته بفعل الانسان سواء كان تشبيدا ام حفرا وسواء كان البناء فوق الارض أو اقامة البناء تحت الارض، وأيا كانت المادة المستخدمة حديدا



او خشبا أو حجارة وسواء عد لسكن الانسان أو ايواء الحيوان أو ايداع اشياء أو لا يكون معدا لشيء مما ذكرناه سلفا مثل الحائط الفاصل بين أرضين(٢٦) ،ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تقدير البناء سببا صحيحا للتمليك من عدمه ،اما الترميمات فلا تعد سببا صحيحا للتمليك ،وهذا ما أكدته محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ((الاعمال الحديثة هي عبارة عن ترميمات وان هذا التقرير هو من الامور الفنية التي لا يمكن اهدارها بالشهادة مما تبين ان المدعى لم يتأيد قيامه ببناء منشآت في المشتمل سوى قيامه بالترميمات ، وان هذه الترميمات لا يمكن اعتبارها سببا من اسباب التملك))(٢٧) .
أما الغراس فهو كل ما ينبت في الأرض ويتصل بها اتصال قرار بصورة مستمرة كالنخيل والشجر ودون أن يكون دورياً كبذار المحاصيل الزراعية لأن مصيرها إلى الزوال في نهاية موسمها، فلا تعد سببا صحيحا للتملك(٢٨) اما المنشآت فنقصد بها فهو كل ما يقام في الأرض عدا البناء والغراس من مضخات أو آلات بحيث تلتصق بالأرض كالصق البناء وتصبح عقاراً بطبيعته بحيث يمكن نزع هذه المنشآت من الأرض وإعادة الأرض إلى ما كانت عليه ، وسواء كانت هذه المنشآت فوق الأرض كالمصاعد الكهربائية أو تحتها كالمواسير والأنفاق ، ويجب ان تكون الابنية والمنشآت والمغروسات محدثة بعد الشراء وقبل اقامة الدعوى لان اقامة الدعوى من قبل المتعهد معارضة تحريرية .

المطلب الثالث/ عدم وجود قيد يمنع انتقال الملكية

ينبغي ان يكون التملك وفق قراري المذكورين انفا لا عيب فيها غير ان التسجيل لم يتم ، فالمبيع ينبغي ان يكون مما يصح التعامل فيه ،فاذا كان محل العقد لا يجوز التعامل فيه وقع عقد البيع باطلا ، فان وجد قيد يمنع انتقال الملكية فلا يمكن تطبيق قراري مجلس قيادة الثورة المنحل ،كأن يكون العقار محجوز بقرار من المحكمة ويمنع انتقاله ، او يكون المتعهد له ليس مسجلا في احصاء بغداد لسنة ١٩٧٥ مثل ما جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ((لدى النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لان الثابت من اقوال المدعي انه غير مسجل في بغداد في احصاء عام ١٩٧٥ كما يتطلبه قرار مجلس قيادة الثورة لذلك فليس له الحق في تملك العقار في بغداد ولوجود المانع القانوني المذكور فليس له المطالبة بالتعويض عن النكول))(٢٩) .

وقد يكون المانع من انتقال الملكية هو معارضة المتعهد في السكن او انشاء الابنية والمنشآت، ومن ثم لا يمكن التملك ان وجدت المعارضة ولكن يشترط ان تكون المعارضة تحريرية ومن مفهوم مخالفة لنص القرارين المذكورين ان وجدت المعارضة الشفهية فلا يعد مانعا من انتقال الملكية ولعل الحكمة منه هي الحد من تعسف المتعهد وربما ادعاؤه الكاذب بحصول المعارضة منه، وقد تكون المعارضة بشكل إنذار عادي او رسمية او ورقة عادية، ولا بد ان تكون المعارضة تحريرية خلال مدة معقولة مترامنة مع تاريخ التعهد او بعد فترة وجيزة، ولا عبرة بالمعارضة التحريرية الحاصلة بعد تحقق السبب الصحيح (٣٠) .

المبحث الثالث/ أثر التعهد في انتقال الملكية العقارية

ان قواعد قانوننا المدني تعد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقدا باطلا ،فاذا بنى شخص ابنية أو منشآت بموجب عقد البيع الخارجي فلا يعد الا محدثا لأبنية أو منشآت(٣١) بأرض الغير ولا ينفعه التمسك بعقد البيع الخارجي لطلب التملك مالم يتمسك بقواعد الالتصاق اذا توافرت به شروط الالتصاق، فاذا توافر لديه شروط الالتصاق تمكن من كسب الملكية لا على ضوء العقد بل على واقعة الالتصاق، وان نصوص قانوننا المدني تحرم المشتري من حق مطالبة البائع بالتنفيذ العيني الجبري إذا كان محل العقد بيع العقار الخارجي حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للبائع. وما يستطيع المشتري فعله هو المطالبة بالتعويض دون نقل الملكية، وقد نصت المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهد، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط))، بخلاف الأصل العام الذي يخول المشتري حق المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري(٣٢) .



ولكن في ضوء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المذكور انفا من الممكن القول أن عقد بيع العقار الخارجي يمكن ان نعهده عقدا رضائيا، ولكن ورود هذين القرارين لا يعني أن هناك تعديلا يمس ركن الشكلية، فالشكلية مازالت تعد ركنا في عقد بيع العقار، كل ما هنالك اذا اشترى المتعهد له عقار خارج دائرة التسجيل العقاري فإنه يستطيع التنفيذ الجبري على(المتعهد) اذا توافر شروط التمليك استثناء من القاعدة العامة، وحتى لو كانت قيمة البناء أقل من قيمة الارض فإن المتعهد له يمكنه من تملك العين(٣٣) ،وللمتعهد له الخيار اذا توافرت به شروط التمليك بين التملك وبين طلب التعويض وبعبارة أجلى من اشترى خارج دائرة التسجيل العقاري له القدرة على التملك جبرا على مالك العين، والحقيقة أن هذا الاتجاه من المشرع العراقي، كان سليما في مجال حماية المتعهد له وتحقيق العدالة لاسيما أنه قد أوضح صراحة أن إحداث الأبنية أو المنشآت في محل التعهد، كان بقبول من المتعهد ولم تحصل معارضة تحريرية منه، ويفهم مما تقدم أن التعهد ينشئ اما حقا شخصيا متمثلا بتعويض المتعهد له أو ينشئ حقا عينيا متمثلا بانتقال الملكية.

ويجدر بالإشارة أن التعهد بذاته لا يرتب التزاما بنقل الملكية وذلك لأن التمليك لم يحدث بسبب بيع العقار الخارجي وذلك لعدم استيفاءه ركن الشكلية ولكن متى ما أمتنع المتعهد من نقل الملكية وتوافر بالمتعهد له شروط نقل الملكية وقام المتعهد له برفع دعوى التمليك فان الملكية تنتقل جبرا على المالك أي ان وجود التعهد لوحده يقتصر على التعويض ولا يؤدي لانتقال الملكية، ولكن وجود التعهد مع السبب الصحيح وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل يؤدي لانتقال الملكية(٣٤).

والحقيقة أن النظريات التي قيلت في هذا التعهد تقيد المتعهد له في طلب التعويض فقط دون الملكية، فلو رجحنا نظرية المسؤولية التصديرية لا تسعفنا في انتقال الملكية واذا رجحنا نظرية تحول عقد البيع الباطل إلى عقد صحيح أي تحول عقد البيع الباطل إلى عقد صحيح غير مسمى يرتب نتيجة الإخلال به التزاما بالتعويض فالعقد الجديد ليس عقد بيع ولا ينفعنا في انتقال الملكية، ولو رجحنا ان العقد منذ البدء غير مسمى فهذا الرأي مثل سابقه لا يسمن ولا يغني من جوع في انتقال الملكية، وقد يرد سؤال آخر هل يكون انتقال الملكية بأثر رجعي، وللإجابة على هذا السؤال نقول ان ملكية العقار انتقلت لا على ضوء التعهد بل بالسبب الصحيح المستند إلى التعهد، ولا بد من توافر هذه الشروط والتأكد منها من قبل القضاء، وان انتقال الملكية في العقارات لا يكون بأثر رجعي لوجود ركن الشكلية الا في الحالة التي ينص عليها المشرع بالسريان بالأثر الرجعي(٣٥)، ولكن انتقال الملكية في ضوء هذين القرارين يكون رضائيا وليس شكليا، اما تسجيل العقار في الدائرة المختصة بعد صدور قرار المحكمة المكتسب الدرجة القطعية ففائدته في تصرف المشتري للغير(٣٦).

وعودا على بدء نقول متى ما تحققت شروط التعهد وتوافر السبب الصحيح فيعد المتعهد له قد انتقلت له الملكية منذ ذلك الوقت أي بمعنى منذ تحقق سبب التملك وحجتنا في ذلك القاعدة العامة التي مفادها(ان الاحكام مقررة للحق وكاشفة له وليس منشئه له باستثناء البعض منها ويترتب عليها أن الحق المحكوم به يبقى بعد الحكم مستندا إلى سببه الاصيلي ومحتفظا بخصائصه الاصلية) (٣٧)وقد درج القضاء العراقي على تبنى ما تقدم الإشارة إليه، فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفة تمييزية ((اذا سكنت المشتري في الدار التي اشترتها خارج دائرة التسجيل العقاري ثم أجزتها بسبب اضطرارها إلى مصاحبة ابنها الموظف المنقول إلى مدينة أخرى، فلها طلب تملكها الدار وتسجيلها باسمها في الدائرة طبقا لقرار مجلس قيادة الثورة)) (٣٨).

ويرد سؤال آخر في نفس المسار، اذا كان سريان التمليك منذ توافر شروطه بالنسبة للمتعاقدين، فهل هو كذلك بالنسبة للغير ونجيب على ذلك بالموافقة ولكن بشرط أن يكون التعهد سابق لسند الغير وثابت التاريخ، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفة تمييزية((حتى لو صدر حكم بالتمليك وأعتراض الاخر اعتراض الغير فالمفروض ان يكون تعهده ثابت التاريخ واسبق من الذي صدر الحكم لصالحه والارد الاعتراض)) (٣٩).



وقد يرد سؤال مقتضاه هل نتصور ان يطلب المالك(المتعهد)التغير الجبري قسرا على المتعهد له ،فاذا ما رفض المتعهد له التمليك في دائرة التسجيل العقاري يستطيع المالك من التنفيذ العيني وإجبار (المتعهد له)على ذلك ،ويمكن الاجابة بالنفي لان الفقرة(ب)من القرار المذكور تبين وبصراحة أن المتعهد له ان يرفع دعوى التمليك دون غيره وهذا ما أيده محكمة التمييز بقرارها الذي جاء فيه ((لا يجبر المشتري على قبول الشراء للعقار موضوع الدعوى وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري وانما يكون من حقه استرداد المبلغ المدفوع منه للبائع المميز اذا لم يستعمل حقه في الاستفادة من الاباحة المنصوص عليها في الفقرة (ب) من البند أولا من القرار ١١٩٨ ذلك ان القرار اباح للمتعهد له تمليك العقار بقيمته المبينة في التعهد دون ان يبيح للبائع اجباره عن ذلك)) (٤٠) ولكن المتعهد يمكنه المطالبة بالتعويض(٤١)وفق القرارين المذكورين سلفا .

وقد ينبري من يسأل هل يمكن تطبيق قراري مجلس قيادة الثورة على الهبة في حالة نكول الواهب عن التسجيل سيما اذا كانت الهبة بعوض، ولا سيما ان عبارة التعهد بنقل الملكية يمكن ان تشمل كل من البيع والهبة لان النص مطلق ولم يأتي دليل بتقييد النص، وكذلك التعويض المنصوص عليه في القرارين يقتضي ان يكون الفرق بين قيمته وقت التعهد وقيمة وقت النكول وهذا مما يمكن انطباقه على عقد الهبة ايضا ان كانت بعوض، ويمكن الرد على هذا السؤال بأن الاسباب الموجبة لهذين القرارين تذكر وبصراحة أن موضوع القرارين هو عقد البيع(٤٢) ،والتعويض المطالب به في حالة النكول قد يكون كثيرا جدا لا يتلاءم مع قواعد واحكام الهبة(٤٣) ،وكذلك أن النص جاء استثناءا من القواعد العامة، والاستثناء لا يمكن التوسع في تفسيره، بل ذهب القضاء العراقي إلى أكثر من ذلك اذ جاء

في قرار لمحكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية ((فاذا أنصب التعهد عن مقايضة عقار بعقار آخر فلا يكون مشمولاً بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم لسنة ١٩٧٧ المعدل)) (٤٤) ،وكذلك ان قيمة العقار المعينة بالتعهد يقصد بها الثمن الذي دفعه المتعهد له للمتعهد ،لا العوض لان العوض هو ليس قيمة العقار المعينة بالتعهد(٤٥) .

وقد تهلك الابنية والمنشآت التي اقامها البائع بعد التعهد بنقل الملكية ، فعلى من تقع تبعة الهلاك، تقع تبعة الهلاك على المشتري دون البائع ان هلك بقوة قاهرة او بفعل المشتري لان يده يد ضمان وليست يد امانه لان حيازته للعقار بنية التملك ولم يتسلمها وديعة او امانة وانما تسلمها لأجل نقل الملكية إلى المشتري(٤٦) ،فالمشتري خارج دائرة التسجيل العقاري يعد قابض على سوم الشراء مع تسمية الثمن ، ولو هلك الابنية بفعل الغير تقع تبعة الهلاك على الغير ، ولكن قد تهلك العين بفعل البائع ، فهل تقع تبعة الهلاك على البائع ، ويمكن الاجابة على ذلك بأن العين تهلك على البائع اذا تحققت شروط التمليك ولا يمكن القول ان العين هلكت على مالكاها فالبايع لا يعد مالكا ، بل يعد المشتري خارج دائرة التسجيل العقاري هو المالك حتى قبل ان يصدر قرار دعوى التمليك وذلك لان قرار دعوى التمليك يعد كاشفا وليس منشئا ،ويعد المشتري خارج دائرة التسجيل العقاري مالكا بمجرد توافر شروط دعوى التمليك .ولكن اذا لم ينجح المشتري في دعوى التمليك لعدم توافر احد شروط الدعوى او لم يطلب التمليك مع توافر شروطها فتقع تبعة الهلاك على البائع ايضا ،ولكن لن يرجع عليه أحد بالضمان كون الهلاك وقع من المالك نفسه .

وللمشتري حبس العين اذا امتنع البائع عن نقل الملكية فقد نصت المادة(٢٨٠ /٢)من القانون المدني العراقي على ان((في كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق))،ويسري حق الحبس في مواجهة المالك وورثته والغير .



الخاتمة.

سنذكر اهم النتائج والمقترحات بعد ان بلغنا خاتمة المطاف من هذه الدراسة ويلزم ان نسجل ابرز ما توصلنا إليه وما تحصل لدينا من نتائج ومقترحات:-

أولاً - النتائج

- ١- ان التعهد بنقل الملكية وفق قرار مجلس قيادة الثورة ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ يعد عقداً رضائياً و لكن انتقال الملكية يكون جبراً على المتعهد .
- ٢- وفق قراري مجلس قيادة الثورة المنحل يعد التعهد ناقل لحق الملكية أو حق التصرف .
- ٣- ما ينقل الملك وفق قراري مجلس قيادة الثورة المنحل الواقعة القانونية المتمثلة بالسبب الصحيح المستندة على التصرف القانوني المتمثل بالتعهد أي توافرها معا ينقلان حق الملكية أو حق التصرف .
- ٤- يكون انتقال الملكية وفق قراري مجلس قيادة الثورة المنحل بأثر رجعي من وقت تحقق شروط التمليك.
- ٥- ان التعهد وفق قراري مجلس قيادة الثورة المنحل يبدأ بحق شخصي مرتباً التزاماً بنقل الملكية وينتهي بحق عيني وهو انتقال الملكية .

ثانياً- المقترحات

- ١- ان نحاول اتخاذ موقفاً وسطاً بين الشكلية الواردة على العقار في قانوننا المدني وبين الرضائية وذلك بان يكون انتقال الملكية بين طرفي عقد البيع رضائياً ويعلق انتقال الملكية على شرط واقف وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، وفي حالة عدم تنفيذ احد طرفي عقد البيع التزمه يمكن التنفيذ العيني الجبري .
- ٢- ان توحد احكام القضاء في تطبيق دعوى التمليك ، وفي وجود الشرط الجزائي والعربون ، وان توحد جهة الطعن في دعاوى التمليك استثناءً ثم تمييزاً لدى محكمة التمييز .

الهوامش .

- (١) - فان انتقال الملكية هو حكم العقد أي غايته وليس أثراً له ، فما يفهم بمجرد سماعه بوقوع العقد هو الحكم الاصيل للعقد ، وما لا يفهم حصوله بالعقد بل يحتاج العالم بحصوله إلى استقهام هو التزام ، لمزيد من التفصيل ينظر د . مصطفى الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦ م ، ص ٤٤٢ . والملكية تنتقل بمجرد العقد بجعل من الشارع ، وليس للعاقداً الا إيجاد السبب (العقد) ، وكذلك ان عقد البيع في الفقه الاسلامي عقد رضائي، فلا يتصور فيه تغير مالك العين جبراً، للتفصيل ينظر فخر الدين عثمان بن علي الزيغلي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤، دار المعرفة، بيروت ، ص ٢، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، ج ٤ ، ط ٢، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٧٨ هـ ، ص ٧ .
- (٢) - ينظر المادة (١٥٨٢) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ ، وثمة رأي يذهب إلى خلاف ذلك حيث لم ينص المشرع الفرنسي ضمن التزامات البائع بالالتزام بنقل الملكية ، أورده محمد كمال مرسي ، ج ٦، شرح القانون المدني - العقود المسماة ، منشأة المعارف ، شركة الجلال للطباعة ، ص ١٩٠ وما بعدها .
- (٣) - ينظر المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- (٤) - . د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م، ص (٤٨٧ و ٤٨٨) . و د . محمود عبد الرحمن محمد، الشهر العقاري والتوثيق ، ج ١، في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري وتعديلاته، بلا ذكر للطباعة،



- *****
- مصر ١٩٩٨، ص ٦١. وللتفاصيل انظر د. محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع (شروطها، أثارها، مواعيد سقوطها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ص (٨١، ١١٢).
- (٥) - خضر خميس، عقد البيع في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، بلاسنة طبع ١٣٣٠، ١٣٥.
- (٦) - قرارها المرقم ٩٠٥ بتاريخ ٩٨٢/١/٤ س ٤٨ ق أشار إليهما انور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج ٢، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، من دون ذكر المطبوعة، ص ص ١٣٢، ١٥٢.
- (٧) - لمزيد من التفاصيل ينظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع ص ٤٩٧.
- (٨) - انور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج ٢، دار الفكر العربي، ص ١٥٣ و د. محمود عبد الرحمن محمد، الشهر العقاري والتوثيق، ج ١، في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري وتعديلاته، بلا ذكر للمطبوعة، مصر ١٩٩٨، ص ٦١. وللتفاصيل انظر د. محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع (شروطها، أثارها، مواعيد سقوطها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ص (٨١، ١١٢).
- (٩) - ينظر المواد (٩٠، ٥٠٨، ٢/١١٢٦) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢،٣) من قانون التسجيل العقاري.
- (١٠) - د. منذر عبد الحسين الفضل، بحث التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه، مجلة الحقوقي عدد ٤ سنة ١٥، ١٩٨٣، ص ١٥٧.
- (١١) - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ إذ نصت فقرته الأولى (أ) على ان ((يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار معينة في التعهد وقيمه عند النكول دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.
- ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان 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)). منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٦٢١) في ١٤/١١/١٩٧٧. ومن ثم صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل برقم ١٤٢٦ بتاريخ ١٢/٢١/١٩٨٣ وقد عدل القرار السابق بنصه في المادة الأولى منه على ان ((١- تعدل الفقرتان (أ) و (ب) من البند أولاً من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ على الوجه الآتي:
- أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض، إذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.
- ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار وحق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول. كل ذلك دون الإخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ٣٧ لسنة ١٩٣٦)). منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٧٤ في ١٩٨٤/١/٢.
- ويشترط لتطبيق القرارين المذكورين، ان يكون هناك تعهد صادر من مالك عقار مضمون هذا التعهد هو نقل ملكية العقار أو نقل حق التصرف، وان يكون التعهد باطلاً شكلاً وليس موضوعاً، وان يتمتع المتعهد بنقل ملكية العقار المبيع أو نقل حق التصرف الى المشتري ولكن إذا كان هناك مانع قانوني يمنع من



- *****
- تسجيل العقار وحق التصرف باسم المشتري فان المتعهد لا يعد مخلصاً بالتزامه مثلما لو استملت الإدارة العقار المبيع بعد البيع وقبل التسجيل ، ولا بد ان يكون المتعهد قد سكن العقار محل التعهد وأحدث فيه أبنية أو منشآت من دون معارضة تحريرية من المتعهد. المحامي جمعه سعدون الربيعي، المرشد الى إقامة الدعوى المدنية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، سنة ١٩٩٣، ص ١١٤. و د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، منشورات وتوزيع مكتبة الجبل العربي، العراق، موصل، ٢٠٠١، ص ١٩٨.
- (١٢) - ينظر المواد (١٣٧ و ٥٠٨ و ٢/١١٢٦) من القانون المدني العراقي .
- (١٣) - نصت المادة (١١٢٧) من قانوننا المدني على أن ((التعهد بنقل الملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهد سوا شرط التعويض في التعهد أو لم يشترط)) .
- (١٤) - قرارها المرقم ٢٤٢٦ / حقوقية / ١٩٥٩ المنشور في مجموعة سليمان بيات ، القضاء المدني العراقي، ج ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ٥٥٢ .
- (١٥) - ينظر د سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه ملا حويش ، العقود المسماة ، (البيع الإيجار المقاوله)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢/١٩٩٣ .
- (١٦) - عقد البيع الخارجي وان عد باطلا ولكن وفق نظرية انتفاص العقد ، يمكن للمشتري الاستفادة من الاباحة المتضمنة بعقد البيع الخارجي ، ينظر د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق، ص ٩١ .
- (١٧) - ينظر المادة (٢٨١) من قانوننا المدني .
- (١٨) - د. غني حسون طه، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .
- (١٩) - فالكتابة شرط اثبات وليس شرط انعقاد ، ينظر المادة (٧٧) من قانون الاثبات .
- (٢٠) - قرارها المرقم ١٥/٩٢ / ٢٠٠٠/م/بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٣٠ قرار غير منشور .
- (٢١) - قرارها المرقم ٦٢٠ / حقوقية / ٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٢ . بينما ذهب خلاف هذا الرأي محكمة استئناف التأميم بصفتها التمييزية . بقرارها المرقم ١٤٧ / تمييزية / ١٩٨١ / بتاريخ ١٩٨١ / ٣ / ١٤ اذ قضت ((ان المتعهد له ان يطلب تملكه العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري عند توافر احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١١/٢ / ١٩٧٧ ولو لم يكن العقاور مسجلا باسم المتعهد في الدائرة المختصة مادام قد سجل باسمه بعد تاريخ التعهد)) .
- (٢٢) - قرارها المرقم ٥٩ / موسعة أولى / ١٩٨٦ / بتاريخ ١٩٨٦ / ٣٠ / ١٩٨٦ / ٦ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، ١٩٨٧ ، ص ٢٦٤ .
- (٢٣) - قرارها المرقم ٢٨١ / حقوقية / ١٩٨٢ / بتاريخ ١٩٨٢ / ٢ / ٢٠ منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة الثالثة عشر ، ص ١٠١ .
- (٢٤) - ينظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٨٤ / حقوقية / ٩٩٢ / بتاريخ ١٩٩٢ / ١١ / ٢ ، منشور في مجموعة هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية لا احكام قرارات مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ، ج ٢، مطبعة الخليج العربي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٨ .
- (٢٥) - القاضي عبد الرزاق محسن صالح، التمليك وفقا للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وتطبيقاته القضائية ، بحث مقدم لمجلس القضاء الاعلى كجزء من متطلبات الترقية ، ٢٠٠٤ ، بحث غير منشور مطبوع على ورق الرونيو ، ص ٣٥ .
- (٢٦) - ينظر د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٢٣٩ .
- (٢٧) - قرارها المرقم ٧٠٢ / حقوقية / ٩٩ / بتاريخ ١٩٩٩ / ٦ / ١٢ ، قرار غير منشور .



- *****
- (٢٨) - ويمكن للمحكمة الاسترشاد باحكام الفقرة(ج) من المادة الثالثة من قانون الاصلاح الزراعي المعدل المرقم ١٧ لسنة ١٩٧٠ والتي حدد فيها عدد الاشجار لغرض البستنة (٤٠) شجرة دائمية في الدونم الواحد، وفي هذا التوجه جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ((٠٠٠ ان الثابت من محضر الكشف الذي أجرته المحكمة بتاريخ ٢٤ / ١ / ١٩٨٤ ان قطعة الارض موضوع الدعوى مغروس فيها عشرة اشجار وشيد عليها غرفة بمساحة ١٢ متر وان غرسا عشر اشجار على القطعة أرض مساحتها ١٦ دونم لا تعد مغروسة بالمفهوم الذي ورد في الفقرة ب من البند اولا من قرار مجلس قيادة الثورة ١٤٢٦ في ٢ / ٢ / ١٩٨٣ لالك لا يحق للمدعي تملك حق التصرف بالقطعة موضوع الدعوى)) .
- (٢٩) - قرارها المرقم ١٠١٧ / حقوقية / ٩٧ / بتاريخ ٦/٢٥ / ١٩٩٧ منشور لدى هادي عزيز ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .
- (٣٠) - مكي ابراهيم لطفي ، الشكلية القانونية - التعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية، بغداد ، مطبعة لرشاد ، ١٩٨٩ ، ص ١٩٢ . وجمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى أقامة الدعوى المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ١١٤ .
- (٣١) - ينظر د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٣ . وينظر كذلك ، د. جمال خليل النشار ، ، الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية ، ٢٠٠١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٣٥٢ .
- (٣٢) - د. صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ الجبري على عقد البيع الخارجي، بحث منشور على شبكة الانترنت <http://fd.umbb.dz/acqu2009drit.pdf> .
- (٣٣) - ويجب أن يصدق على ما قام به المتعهد له تسمية بناء أو منشآت فاذا سميت بتسمية أخرى فليس للمتعهد له طلب التملك ، وقد ايد القضاء العراقي هذا المعنى إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بغداد يصفه تمييزية في قرارها المرقم ٧٠٢/حقوقية/٩٩ بتاريخ ١٢/٦/١٩٩٩ الذي ذكرناه في الصفحات السابقة من هذا البحث .
- (٣٤) - نلاحظ وجود شبه من حيث اللفظ بين السبب الصحيح في حيازة المنقول والتقدم المكسب القصير وبين السبب الصحيح في القرارين المذكورين، ولكن المعنيين مختلفان ففي القرارين يجب ان يكون بيع العقار صادراً من المالك ، بينما السبب الصحيح موضع البحث يشترط ان يكون التصرف صادراً من غير المالك ، وللتفصيل ينظر علي شاكر عبد القادر، السبب الصحيح وأثره في الملكية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون -جامعة بغداد، ٢٠٠٦ ، ص ٤٠ .
- (٣٥) - ينظر نص المادة (١٠٧٥) من قانوننا المدني .
- (٣٦) - نصت المادة (٤) من قانون التسجيل العقاري ((لا يجوز إجراء التصرفات العقارية على الحقوق التي صدر بها حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم القضائي الا بعد تسجيل تلك الحقوق في التسجيل العقاري)) . وينظر د. غازي عبد الرحمن، نظرة في قرار مجلس قيادة الثورة المرقمين (١٩٨١ و١٤٢٦) وأثرهما على شرط التسجيل عقد البيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد (٤، ٣، ٢) لسنة ١٩٨٦ ، ص (٤٧، ٤٦) .
- (٣٧) - أورد هذه القاعدة د. صلاح الدين الناهي ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٢ ، ص ٨٨ .
- (٣٨) - قرارها المرقم ٢٥٠٠٢ / حقوقية / ١٩٧٩ / بتاريخ ١٢/٥ / ١٩٧٩ المنشور في الوقائع العدلية / ٢٤ / آذار ، ١٩٨٠ ، ص ١٠٩ وان كان التطبيق القضائي يتعلق بتغير المالك دون تغير العين ، ولكن الذي نستقده من هذا التطبيق القضائي طالما توافرت شروط الملكية بعد التعهد وتأكدت المحكمة من وجودها ، فلا يشترط استمرارها وبقائها لاحقا .



(٣٩) - قرارها المرقم ٢٦٣١/حقوقية/١٩٨٠/بتاريخ ١١/١١/١٩٨٠، غير منشور، وقد ذهب القضاء العراقي إلى أبعد من ذلك، ووجد مجرد علم الغير بالتعهد أو امكانه أن يعلم بالتعهد يعتبر سيء النية فقد جاء في قرار لذات المحكمة برقم ٢٢٠٦ /حقوقية/ ١٩٧٩ بتاريخ ١١/١٨/١٩٧٩، غير منشور ما نصه ((أن قرار المحكمة المختصة القاضي بإبطال بيع العقار من البائع المتعهد إلى المشتري الثاني وتأشير هذا الإبطال في السجل العقاري والسندات الصادرة بموجبه والحكم بتمليك العقار للمتعهد له الأول (المشتري الأول) وذلك لعلم المشتري الثاني بعائديه المنشآت للغير (المشتري الأول) من خلال كشف مربوط بإضارة التمليك يتضمن وجود منشآت للغير يفترض علم المشتري بها أثناء تسجيله العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري)) .

(٤٠) - قرارها المرقم ٧٨٧/مدنية/١/١٩٧٩ بتاريخ ٣/٧/١٩٨٠ المنشور في مجموعة الاحكام العدلية بالعدد الثاني السنة الثانية عشر لسنة ١٩٨٠، ص ١٢ .

(٤١) - هناك عدة نظريات تبرر التعويض منها المسؤولية التقصيرية فيكون مصير التعهد باطلاً ويبطل ما في ضمنه من شرط جزائي وعربون، للتفصيل ينظر شاكر ناصر حيدر، الوسيط، المرجع السابق، ص ص (١٩١ و ١٩٢) ويرى اتجاه ثاني ان اساس المسؤولية هو نظرية تحول العقد ومن ثم يصح الشرط الجزائي والعربون للتفصيل ينظر د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي -دراسة مقارنة، منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٦، ص ٩٤٥ ويرى اتجاه آخر ان اساس المسؤولية هو عقد غير مسمى منذ بد التعاقد ويرتب آثاره منذ البدء ويبقى الشرط الجزائي والعربون صحيحا للتفصيل ينظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، المرجع السابق، ص ٤٣٨، ود. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية العقار، وفق المادة ١١٢٧، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، مايس، ١٩٨٤، ص ص (١٣١، ١٢٦) . واذا كان الشرط الجزائي أقل من الفرق بين البديلين يرفع قيمة الشرط الجزائي الى قيمة الفرق بين البديلين، وان كان الشرط الجزائي أكثر من الفرق بين البديلين فيبقى الشرط الجزائي بشرط ان يكون متناسبا مع الضرر، اما العربون ان كان اتفاق اطراف التعهد جزء من تنفيذ التعهد أو سكت أطراف في مدلوله فيعد جزءا من تنفيذ العقد فاذا ما طالب المتعهد له بالتعويض يسترد نفس العربون بالإضافة المطالبة بالتعويض وان طالب بالتمليك وتوافرت به الشروط يدفع بقية الثمن، وان عد العربون عدولا من التعهد فيسترده مضاعفا بشرط ان لا يجمع بينه وبين الشرط الجزائي ذلك لان العربون يعد البديل في الالتزام البديلي ينظر صبري حمد خاطر، تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بتعهد نقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الاول والثاني، بغداد، ١٩٨٧، ص ٤١٥ وما بعدها د. عباس الصراف، شرح عقد البيع، المرجع السابق، ص ٢٠٩ .

(٤٢) - جاء في الاسباب الموجبة لهذين القرارين ما يأتي ((ان الارتفاع الكبير الذي طرأ على اسعار العقارات كافة مما حدا بالكثير من أصحاب العقارات ممن سبق لهم ان باعوها بعقود خارج دائرة التسجيل العقاري إلى نكول عن تسجيل البيع بأسماء المشتريين في الدائرة المختصة مستفيدين من البطالان اضعاف صفة الالتزام على تلك البيوع بالزام الناكول بالتعويض المتمثل بالفرق بين قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمتها عند النكول بصرف النظر عن نوع العقار وسواء كان البائع مالكا العقار ام مالكا لحق التصرف وفق القرار ١٩٩٨ وتعديله المرقم ١٤٢٦)) .

(٤٣) - فمسؤولية الواهب مخففة ينظر على سبيل المثال المادة (٦١٤) من قانوننا المدني وهذا لا ينسجم مع التعويض الكبير الذي يدفعه الواهب اذا طبقت أحكام القرارين المذكورين سلفا .

(٤٤) - قرارها المرقم ٣١ / حقوقية / ٢٠٠١ بتاريخ ١٠ / ٢ / ٢٠٠١ منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، ٢٠٠١، ص ٩٢ مع ان المقايضة تدخل تحت معنى البيع الواسع نجد القضاء العراقي قد استبعد تطبيق احكام القرارين المذكورين سلفا على عقد المقايضة .



(٤٥)-نصت المادة (١٥٤) من مجلة الاحكام العدلية ((القيمة هي الثمن الحقيقي للشيء)) فغرفت القيمة بالثمن، والثمن يوجد في عقد البيع لا في عقد الهبة، وتعد مجلة الاحكام العدلية مصدر لقانوننا المدني فيمكن الاخذ بهذا المعنى .
(٤٦)-ينظر المواد (٤٢٦ و ٤٢٧ و ٤٤٨/ف١) ويرى راي خلاف ما تقدم اذا هلكت العين بقوة قاهرة تقع تبعة الهلاك على البائع ، للتفصيل ينظر د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ وما بعدها .

المصادر.

أولاً - الكتب

- ١- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ط٢، دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٨ هـ
- ٢- د. انور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج٢، دار الفكر العربي، ١٩٨٧،
- ٣- د. جمال خليل النشار ، ، الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية دون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠١ .
- ٤- د. حسام الدين الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
- ٥- د. خضر خميس ، عقد البيع في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، بلاسنة طبع .
- ٦- د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه ملا حويش ، العقود المسماة، (البيع الإيجار المقاول)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢/١٩٩٣ .
- ٧- شاكرا ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج١، في حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، من دون ذكر لسنة الطبع
- ٨- د. صلاح الدين الناهي ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٢ .
- ٩- د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون الكويتي، دار البحوث القضائية ، كويت، ١٩٧٥ .
- ١٠- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨ .
- ١١- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة .
- ١٢- د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية ، دارسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ .
- ١٣- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤، دار المعرفة، بيروت .
- ١٤- د. ليلى عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، منشورات وتوزيع مكتبة الجبل العربي، العراق، موصل، ٢٠٠١ .
- ١٥- د. محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع (شروطها، أثارها، مواعيد سقوطها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ .
- ١٦- د. محمد كمال مرسي، ج٦، شرح القانون المدني - العقود المسماة، منشأة المعارف ، شركة الجلال للطباعة ، دون ذكر سنة الطبع ومكان الطبع .
- ١٧- د. محمود عبد الرحمن محمد، الشهر العقاري والتوثيق ، ج١، في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري وتعديلاته، بلا ذكر للمطبعة، مصر ، ١٩٩٨ .



ثانيا-الرسائل والبحوث

- ١- د.صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ الجبري على عقد البيع الخارجي، بحث منشور على شبكة الانترنت.
- ٢- صبري حمد خاطر، تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بتعهد نقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس ، العدد الاول والثاني ،بغداد ، ١٩٨٧ .
- ٣- د. عباس الصراف ،بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي -دراسة مقارنة ،منشور في مجلة العدالة ،العدد الرابع ،السنة الثانية .
- ٤- القاضي عبد الرزاق محسن صالح، التمليك وفقا للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وتطبيقاته القضائية ، بحث مقدم لمجلس القضاء الاعلى كجزء من متطلبات الترقية ،٢٠٠٤ ، بحث غير منشور مطبوع على ورق الرونيو .
- ٥- علي شاكر عبد القادر، السبب الصحيح وأثره في الملكية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون -جامعة بغداد، ٢٠٠٦ .
- ٦- د.غازي عبد الرحمن، نظرة في قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين (١٩٨١و١٤٢٦) وأثرهما على شرط التسجيل عقد البيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، بحث منشور في مجلة القضاء ،العدد (٤،٣،٢) لسنة ١٩٨٦ .
- ٧- د. غني حسون طه ، التعهد بنقل ملكية العقار، وفق المادة ١١٢٧ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، مايس ، ١٩٨٤ ، ص ص (١٣١،١٢٦) .
- ٨- هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية لاحكام قرارات مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ،ج٢، مطبعة الخليج العربي ، مطبعة الزمان ، بغداد، ١٩٩٨ .
- ٩- مكي ابراهيم لطفي ، الشكلية القانونية - التعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية، بغداد ، مطبعة الرشاد ، ١٩٨٩ ، ص ١٩٢ .
- ١٠- د. منذر عبد الحسين الفضل، بحث التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه ، مجلة الحقوق عدد ٤ سنة ١٥ ، ١٩٨٣ .

ثالثا-مراجع القرارات القضائية

- ١- المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢ .
- ٢- هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية لاحكام قرارات مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ،ج٢، مطبعة الخليج العربي ، مطبعة الزمان ، بغداد، ١٩٩٨ .
- ٣- مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الثاني ، ١٩٨٧ لسنة
- ٤- مجموعة الأحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق، قسم الإعلام القانوني . بالعدد الثاني السنة الثانية عشر لسنة ١٩٨٠
- ٥- مجلة العدالة العراقية، العدد الرابع ، ٢٠٠١ ، تصدرها وزارة العدل العراقية.



القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
- ٢- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد ٢٦٢١ في ١٤ / ١١ / ١٩٧٧.
- ٣- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣، منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد ٢٩٧٤ في ١ / ٢ / ١٩٨٤.
- ٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٥- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.

مواقع الانترنت :-

- 1- <http://fd.umbb.dz/acqu2009drit.pdf> *