



جامعة النهرين  
كلية الحقوق

## التعهد بنقل ملكية العقار

بحث تخرج مقدم إلى مجلس كلية الحقوق كجزء من متطلبات الحصول  
شهادة بكوريوس في القانون

أعداد الطالبة  
تبارك صادق مناتي

بإشراف  
الدكتور المساعد حيدر مهدي نزال

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ )

صَدَقَ اللّٰهُ العَليَّ العَظِیْمِ

سورة المائدة : الآية ١

الاهداء

( وفوق كل ذي علم عليم )

إلى... من منحني عمرة شمعة ، وعلمني تعب البحث عن  
الحقائق العلم والمعرفة .. والدي الغالي وفاء و عرفانا  
إلى ... من أنارت لي طريق الحكمة ، وطرزت بدعائها أيام  
عمري محبة وإرادة.. والدتي العزيزة حبا واعتزازا  
إلى .. القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين  
حياتي .. اخوتي واخواتي  
إلى ... أصدقائي الذين تسكن صورهم وأصواتهم أجمل  
اللحظات والايام التي عشتها

شكري الجزيل وامتناني

## الشكر والتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم ، الحمد لله المنان ، الملك القدوس السلام مدبر الليالي والأيام ، ومصرف الشهور والأعوام ، قدر الأمور فجرها على أحسن نظام ، ما شاء الله كان وما لم يشاء لم يكن ، الحمد لله على ما أنعم به عليه من فضله الخير الكثير والعلم الوفير

أتقدم بخالص الشكر، وعظيم الامتنان لأولئك الأخيار الذين مدوا لي يد المساعدة خلال هذه الفترة وفي مقدمتها الدكتور المشرف حيدر مهدي نزال مهما كتبت من عبارات وجمل فإن كلمات الشكر تظل عاجزة عن الإيفاء في حقه فجزاه الله عني خير الجزاء

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى والدي اللذين كان لهما فضل كبير بعد الله فيما وصلت إليه الآن ، فلا املك الا الدعاء لهما وإطالة العمر.

## الخلاصة

نظرا لأهمية الملكية العقارية في الحياة الاقتصادية والعلمية وضرورة قيامها على أسس متينة تؤمن الاستقرار والطمأنينة لكافة المواطنين والمقيمين في العراق فإن المشرع اوجب احاطة التصرفات التي ترد على الحق العيني العقاري بحاجز من الثقة والأمان وبشكل يضمن سلامة المعاملات والتصرفات المتعلقة بالعقار من التزوير ويضمن حقوق ذوي العلاقة والأشخاص الآخرين.

ان استقرار المعاملات بوجه عام ومن ضمنها المعاملات التي ترد على العقار تستوجب عند الرجوع الى دائرة التسجيل العقاري المختصة يعرفون حالة العقار المادية والقانونية ، ولهذا تدخل المشرع العراقي والزم مراعاة الشكلية في بيع العقار واعتبرها ركنا من أركان الانعقاد وهي تسجيل البيع في السجل العقاري بدائرة التسجيل العقاري ، إذ يكون هناك عقد ويبطل هذا البيع طالما كان رضائيا ولا تنتقل ملكية العقار، ما لم تستوف شكلية التسجيل المعروفة.

ولأن كان كان التعهد بنقل ملكية عقار مثار جدل بين من يقول ببطلانه وآخر قائل بصحته وبذلك فإن الموضوع يستوجب تحديد نوع المسؤولية التي توجب التعويض من جانب ، أو طلب التملك او تسجيل العقار باسم المشتري والواقع العملي هو ما يحكم به القضاء بالتعويض لإزالة الضرر الذي يصيب احد طرفي العلاقة في التعهد نتيجة الإخلال به من جانب آخر بسبب عدم مراعاة الشكلية التي يقرها القانون في التعهد بنقل ملكية العقار لكي تتحقق العدالة والاستقرار والثقة .

## المقدمة

### أولاً: التعريف بموضوع البحث

يشترط لانعقاد عقد البيع ، كما هو الحال في سائر العقود الأخرى توفر الأركان الثلاث والتي بدونها لا يتم العقد وهي الرضا والمحل والسبب ، اما في عقد بيع العقار فإن المشرع العراقي قد اشترط ركنا آخر وهو ركن الشكلية ، لانعقاد هذا عقد حيث أن هذا العقد لا يتم بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول بين الطرفين وأن كانت الرضائية هي الأصل الذي يحكم الأساس القانوني لوجود العقد وأثاره فإن ذلك لا يكفي في البيوع العقارية سواء أكان بيعا ام هبة ام قسمة ام صلحا ، بل لابد من تسجيل العقد في الدائرة المختصة وهي ( دائرة التسجيل العقاري ) ، وقد رتب على عدم مراعاتها بطلان التصرف مهما كان نوعه .

ولكن في الواقع العملي كثيرا ما يحدث أن يتم بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، ويتم ذلك البيع بموجب تعهد ، والذي يكون بإيجاب وقبول ، واردة سليمة خالية من العيوب ، ولكن هذا التعهد يفتقر إلى الشكلية المطلوبة قانونا لكي يصبح عقد بيع عقار ، وهذا التعهد في الغالب يثير مشاكل قانونية كثيرة بين الطرفين (المتعهد والمتعهد له) ، فيصل النكول من أحد الطرفين ، ففي حالات يجد المتعهد بأنه باع العقار بثمن لا يضاهاه قيمة العقار ، فينكل عن تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري ، وقد يجد صفقة مربحة أكثر ، على اثرها يقوم بنكول عن التعهد ، أو قد تنخفض قيمة العقار ، وينكل عن نقل الملكية ، وقد يحدث في حالات كثيرة أن يسكن المتعهد له في العقار محل التعهد أو يحدث أبنية أو منشآت أو مغروسات في العقار ، فكيف يتم معالجة هذه الحالات وغيرها من الحالات التي تسبب أضرار للمتعهد له بسبب الإخلال الذي يحدث من المتعهد ، فالتعهد بنقل ملكية عقار ، يكون عبارة عن اتفاق خاص بين المتعهد والمتعهد له لنقل ملكية العقار للمتعهد له ، ويكون هذا التعهد اما بصيغة شفوية أو مكتوبة .

بسبب هذه الحالات وغيرها من حالات النكول التي تسبب أضرار للطرف الذي يتضرر النكول ، ونص المشرع العراقي على التعويض في المادة (١١٢٧) <sup>1</sup> ، لكن تمت معالجة هذا الإخلال بالتعهد بصور قرار مجلس الثورة المنحل (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ الذي حدد مقدار التعويض الذي نص " يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا أحل أحد الطرفين بالتعهد ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه ، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر " ، وافر (التملك) في حالات معينة نص عليها القرار وهي " ب - إذا كان المتعهد له سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد ، فإن ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند ، مضافا إليه قيمة المحدثات وقت النكول " ، وقد اقتصرنا في دراستنا لهذا البحث على التشريع و الفقه و القضاء العراقي لكونه النموذج الأبرز في اعتبار عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطلا

<sup>1</sup> القانون المدني العراقي

## ثانيا: أهمية موضوع البحث

يعد موضوع التعهد بنقل ملكية عقار موضوعا مهما ، لكثرة وقوعه في الحياة العملية ، وقد تناول باحثون وأساتذة القانون المدني العراقي موضوع التصرف بالعقار خارج دائرة التسجيل العقاري بالدراسة والتحليل والمناقشة ، وذلك لما لهذه المسألة من أهمية قانونية واقتصادية ، ولما يتميز به العقار من أهمية بالمقارنة مع المنقول ، وعندما الاطلاع على أحكام محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية في العراق نجد أن هناك أعداد لا يستهان بها من القرارات القضائية بخصوص البيوع الجارية خارج دائرة التسجيل العقاري ، الأمر الذي يؤدي إلى خلق جو من الاضطراب وعدم الاستقرار في التعامل ، والتي لا تنسجم مع غايات المشرع الذي يسعى دائما إلى إحداث و تحقيق التوازن التعاقدى بين البائع والمشتري ، وبناء على ذلك نجد بأن المشرع العراقي في سبيل الوصول إلى هذه الغاية ، ودفع المنازعات وحماية حقوق الأطراف وتحقيق الاستقرار في المعاملات قضى بجعل عقد البيع العقار أو بيع أي حق عقاري آخر من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد تراضي الطرفين أو ارتباط الإيجاب بالقبول ، بل إلزم إضافة إلى ذلك استيفاء الشكلية التي نص عليها القانون ، وأن المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل جعلها من الإجراءات اللازمة في التصرف بالعقار ، وجلبها من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالف<sup>2</sup> ، وذلك لحماية الأطراف المتعاقدين والضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها ، فيتيسر لكل ذي مصلحة العلم بالملكية أو أي حق عيني إذ يتم الإعلان عن هذه التصرفات التي ترد على العقارات عن طريق هذا النظام.

## ثالثا: مشكله البحث

أن التعهد بنقل ملكية عقار يثير إشكالا من حيث طبيعة والمركز القانوني لطرفي التعهد ، ومدى قدرة وجدوى التشريعات النافذة في معالجة الآثار الناجمة عنه ومدى امكانياتها في تحقيق التوازن في الحقوق والالتزامات بين طرفي التعهد ، وأن معالجة المشرع العراقي لموضوع التعهد بنقل ملكية عقار أو الحق العيني العقاري والآثار القانونية الناجمة عنه لم تأتئ بالمستوى المطلوب الذي يضمن فيه حقوق الأطراف وخاصة المتعهد له أو لمصلحته ، كما أن المشرع قد قصر أحكام التعهد فقط بالتعهد بنقل ملكية عقار وحق التصرف فيه ، دون شمولها للحقوق العينية العقارية الأخرى ولا يمكن استنتاج أو قياس هذه الأحكام على الحقوق العينية الأخرى باعتبار أن نص القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدل قرار خاص واستثناء عن القاعدة العامة الواردة في نص المادة ٥٠٨ من القانون المدني التي بينت وألزمت تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري المختص باعتباره أنه عقد شكلي ولا ينعقد إلا باستيفاء هذه الشكلية ، وبالعكس يترتب على العقد البطلان.

<sup>2</sup> نصت المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أن ( بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون ) ، ونصت المادة ( ٢/١٩ ) من القانون المدني العراقي على انه ( فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا عند الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بإبرام هذا العقد ) وكذلك نصت المادة ( ٢/١٢٦ ) من القانون العراقي على انه ( العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقرر قانونا ) .

#### رابعاً: منهجية البحث

سنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي ، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي بصدد موضوع التعهد بنقل ملكية العقار، مع الاستشهاد بقرارات محاكم الاستئناف العراقية لمعرفة آخر توجهاتهم القضائية، معززا بأراء الفقهاء مع بيان ما استقر عليه القضاء العراقي.

#### خامساً: خطة البحث

لغرض دراسة الموضوع وتحديد كافة الجوانب القانونية لها وبيان موقف الفقه والقضاء سوف نتناول في هذا البحث وضمن ثلاث مباحث مستقلة ونخصص المبحث الأول: لمفهوم التعهد بنقل ملكية عقار والذي سوف نتناوله هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول تعريف التعهد بنقل ملكية عقار والمطلب الثاني شروط هذا التعهد أما المبحث الثاني: فسنخصصه للتكييف القانوني للتعهد والذي سوف نتناوله هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول التعهد عقد باطل والمطلب الثاني التعهد عقد غير مسمى أما المبحث الثالث : فسنخصصه الآثار المترتبة على التعهد بنقل الملكية عقار والذي سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول المركز القانوني لطرفي التعهد والمطلب الثاني إمكانية قيام المتعهد آلية بالأعمال اللازمة لطلب التمليك .

## المبحث الأول مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار

قد عد المشرع العراقي عقد بيع العقار أو الحق العيني الوارد عليه عقدا شكليا أي لا يكفي لانعقاده التراضي بين البائع والمشتري بل يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وأن هذا من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولكن نجد أنه في الغالب لا يتم مراعاة الشكلية المتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري لأسباب كثيرة منها قلة الوعي وعدم وجود وقت كافي لمراجعة دائرة التسجيل العقاري و لوجود ثقة أو تعامل مسبق بين الطرفين المتعاقدين ومن أجل إعطاء شرح وافي للموضوع سوف نقسم المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول تعريف التعهد بنقل ملكية عقار اما المطلب الثاني فسوف نخصه لشروط هذا التعهد

### المطلب الأول تعريف التعهد بنقل ملكية العقار

اتجه القانون العراقي عموما والقانون المدني العراقي خاصا إلى إعطاء الشكل (التسجيل) أهمية استثنائية بالغة في المعاملات المدنية ، وذلك على اعتبار أن الشكل (التسجيل) هو شرط لانعقاد (ركن) منشئ للتصرف الوارد على العقار ، أي بمعنى أن الشكل هنا هو ركن انعقاد في عقد البيع ، فلا ينشأ التصرف دون اكتمال ذلك الشكل المطلوب.

غير أن واقع الأمر وحقيقتة ، وعلى الرغم من كل ذلك ، إلا أنه كثير ما يقع الاتفاق خارج دائرة التسجيل العقاري على التصرف بالعقار إستعمال مثل هذا إلى أشخاص آخرين .

والملاحظ على أحكام القانون المدني العراقي أن المشرع لم يورد تعريفا محددًا للتعهد بنقل ملكية عقار ، إنما اكتفى بإيراد نصوص خاصة منظمة لأحكام هذا التعهد ، ومنها ما جاء في نص المادة ١١٢٧ والذي يتضمن إلزام المتعهد بدفع تعويض عند إخلاله بتنفيذ تعهده الخاص بنقل ملكية عقاره إلى الغير ، أو إلزام المتعهد له بدفع المقابل ، سواء اشترط التعويض في العقد أم لم يشترط<sup>3</sup> ، وبملاحظة نص المادة المذكورة يتبين لنا بأن الأثر القانوني المترتب على الإخلال بالتعهد هو إلزام الطرف المخل بالتعويض دون تحديد مقدارها ، مما يستوجب ، أما اتفاق الطرفين عليها، أو الاستعانة محكمة الموضوع بخبير بهذا الصدد.

ولكن بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٨ لسنة ١٩٨٤ ونتج عن هذا التعهد أثرين قانونيين مهمين ، وهما تحديد التعويض الناجم عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار بشرط أن لا يقل عن فرق بين البديلين ( بدل العقار بتاريخ الشراء والبيع وبدله بتاريخ النكول ) ، وثانيهما إمكان التنفيذ العيني عند توفر شروط التمليك الواردة في القرار<sup>4</sup> .

<sup>3</sup> ينظر نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي تنص على أنه ( التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ، إذا أحل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط) .

<sup>4</sup> ينظر في نص القرار المرقم ١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار المرقم ١٤٢٨ لسنة ١٩٨٤ .

أما المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ فقد عرفت التصرف العقاري (هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة)<sup>5</sup> وبناء على ذلك نعرف نحن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين بنقل ملكية عقار معين إلى الطرف الآخر في موعد محدد ومقابل مبلغ من المال، ويكون هذا التعهد ملزماً قانونياً للطرفين، ويجب أن يتم تسجيل في دائرة التسجيل العقاري لتكون له قوى نافذة، وهذا العقد يختلف عن عقد البيع الذي ينتقل بموجب الملكية فوراً بعد دفع الثمن، كما يختلف عن عقد الوعد بالتعاقد الذي لا يلزم سوى بالتعاقد في المستقبل.

## المطلب الثاني شروط التعهد بنقل ملكية العقار

يجب لانتقال الملكية وفق قرار مجلس قيادة الثورة (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣) أن يكون هناك تعهد صادر من مالك العقار ويشترط ثانياً أن يوجد سبب صحيح يبيح تملك العقار ويشترط ثالثاً عدم وجود قيد يمنع انتقال الملكية لذا سنبحث في هذه الشروط

أولاً: وجود تعهد صادر من المالك

لابد من وجود تعهد من مالك العقار أو مالك حق التصرف، ويلزم أن يكون التعهد صادراً من مالك العقار محل التعهد لأن فاقده الشيء لا يعطيه فإذا لم يكن عائد للمتعهد فلا يمكن للمتعهد له طلب تملكه ولا يمكن للشخص أن يلزم غيره بتعهده إلا إذا كان فضولياً وإذا كان المتعهد فضولياً وأجازته المتعهد المالك صراحة أو دلالة فأن تصرفه يسري بحق المالك كذلك يعتبر التعهد بنقل ملكية عقار الصادر من وصي القاصر بخصوص عقار يملكه القاصر باطلاً إذا لم يتم الحصول على موافقة من دائرة رعاية القاصرين وحتى لو حصلت الموافقة لا تعد إجازة لتصرف الوصي بحصص القاصرين.

وأيضاً يحق للشخص إذا كان يمتلك حصصاً شائعة بالعقار أن يتصرف بها ويتعهد بنقل ملكيتها لشخص آخر لأن القرار لم يشترط ولم يمنع أن تكون الحصص الشائعة محلاً للتعاقد ونقل ملكيتها وإنما يجب أن يكون المتعهد والبائع مالكا لها، وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد بقرار لها على (أن من شروط تطبيق أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل أن يكون المتعهد بنقل ملكية العقار مالكا له)<sup>6</sup> ولكن ماذا لو قام مالك العقار (المتعهد) ببيع العقار إلى شخص آخر وتمت عملية التسجيل في دائرة التسجيل العقاري فلا يصح تطبيق البند (أولاً / ب) من القرار بل تقتصر على تطبيق البند (أولاً / أ) أي الحكم بالتعويض وذلك لأن العقار انتقلت ملكيته إلى الغير ويمكن للمتعهد له أن يقيم

<sup>5</sup> ينظر في نص المادة ٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

<sup>6</sup> رئاسة محكمة استئناف بغداد/ رقم القرار ٢٩ / حقوقية/ ١٩٩٦ في ١٩٩٦ / غير منشور .

دعوى عدم نفاذ التصرف إذا قام المتعهد بتسجيل العقار بأسم شخص آخر يشترط أن يكون التعهد الذي يستند إليه ثابت التاريخ وسابق لعقد الغير وأن يكون ذلك الغير سيء النية أي أنه كان يعلم بوجود تعهد الأول.

و التعهد يمكن أن يكون تحريريا أو شفويا لأن عبارة النص مطلقة والمطلق يجري على الطاقة ، ولكن قد يكون إثبات وجود تعهد صعبا إذا كان العقد شفويا<sup>7</sup> ولا بد من أن يكون العقد صحيح من الناحية الموضوعية أي تتوافر فيه أركان العقد من جهة و وجود الرضا والمحل والسبب وخلو التعهد من عيب الإرادة ، وأن يكون محل العقد من المبيع والتمن معيننا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة ، و يجب أن يكون البائع مالكا للعقار ومسجلا باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، فإن كان كان لا يملكه أو غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري فلا مجال لتطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ، وفي قرار لمحكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية (( لا يعتد بالتعهد بنقل ملكية عقار إذا لم يكن المتعهد مالكا للعقار أو السهام الشائعة فيه أو مخلولا قانونا ببيعة ))<sup>8</sup> ، أما إذا بيع للغير ولم يسجل الغير عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري وبيع لعدة مرات فلا يكون بإمكان المشتري الأخير أن يطلب تسجيل العقار باسمه بموجب قرار مجلس قيادة الثورة ( المنحل ) وذلك لان البائع لم يسجل العقار باسمه فيكون التعهد صادر من غير المالك .

وقد اتجهت أحكام بعض المحاكم إلى اعتبار مقايضة عقار بعقار آخر غير مشغولة بأحكام القرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ومنها حكم محكمة صلاح الدين بصفتها التمييزية ( إذا انصب التعهد عن مقايضة عقار بعقار آخر فلا يكون مشمولاً بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧<sup>9</sup>

ثانيا : أن يوجد سبب صحيح يبيح تملك العقار

ويعد السبب الصحيح متوافر إذا قام المتعهد بسكن العقار أو احداث أبنية أو منشآت أو مغروسات ، ونقصد بالسكن أن يشغل المتعهد له بالسكن فية بإباحته من المتعهد ، وينصرف للعقارات السكنية دون غيرها فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز ( قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ المؤرخ ١٩٧٧/١١/٢ يشمل التعهدات الخاصة بالعقارات والقطع السكنية ...) <sup>10</sup> 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 ( ... لا عبرة بالمعارضة التحريري الحاصلة بعد سكن المشتري للدار لأنها جاءت متأخرة عن تاريخ السكن ، فالعبرة بالمعارضة التحريرية أن تكون

<sup>7</sup> فالكتابة شرط أثبتت وليس شرط انعقاد ، ينظر المادة ٧٧ من قانون الإثبات.

<sup>8</sup> قرارها المرقم ٢٦٠ / حقوقية / ٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٢ . بينما ذهب خلاف الرأي محكمة استئناف التأميم بصفتها التمييزية . بقرارها المرقم ١٤٧ / تمييزية / ١٩٨١ / بتاريخ ١٩٨١/٣/١٤ إذ قضت ( أن المتعهد له أن يطلب تملكية العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري عند توفر أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمعرفة في ١٩٧٧/١١/٢ ولو لم يكن العقار مسجلا باسم المتعهد في الدائرة المختصة ما دام قد سجل باسمه بعد تاريخ التعهد ) .

<sup>9</sup> قرار ٣١ - حقوقية - ٢٠٠١ - مجلة العدالة العدد ٤ سنة ٢٠٠١ ص ٩٢ .

<sup>10</sup> قرارها المرقم ٥٩ / موسعة أولى / ١٩٨٢ / بتاريخ ١٩٨٢/٦/٣٠ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، ١٩٨٧ ،

ص ٢٦٤ .

متزامنة مع تاريخ التعهد أو بعد فترة وجيزة ...) <sup>11</sup> ولم يحدد قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ مدة سكن المشتري في العقار محل التعهد أو طبيعة البناء أو المنشآت أو المغروسات وهي إذا مسألة وقائع متروك تقديرها لكن من مفهوم نص القرار نلاحظ بأن القرار ينصرف اثره إلى العقارات السكنية ولا يشمل العقارات الصناعية أو التجارية وحتى الخدمية أذن المشرع بإقراره للقرار المذكور أراد حماية دور السكن وهذا ما جاء بقرار لمحكمة التمييز ( قرار مجلس قيادة الثورة يشمل التعهدات الخاصة بالعقارات والقطع السكنية ) <sup>12</sup> ومن الملاحظ أن نص القرار المرقم ١١٩٨ وتعديله القرار ١٤٢٦ جاء مطلقا فيما يخص السكن فلم يحدد المدة التي يسكن فيها المتعهد له بالعقار سواء طال أو قصرت وسواء كان السكن دائم أو مؤقت وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد ( إذا جاء ..... سكن المشتري في الدار التي اشتراها خارج دائرة التسجيل العقاري ثم أجزتها بسبب اضطرارها لمصاحبة ابنها الموظف المنقول لمدينة أخرى فلها طلب تملكها الدار وتسجيلها باسمها طبقا للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ) <sup>13</sup> فأذا لم يسكن المشتري أو أجرة للغير واستلم بدل الإيجار فلا يمكن الحكم له بتسجيل العقار باسمه لتخلف شرط السكن وايضا اذا كان العقار متخذ كمطعم وليس دار سكن فهنا أيضا تخلف شرط السكن فلا يحكم له بتملك العقار ولا يكفي لتحقيق شرط السكن وضع اثاث في العقار موضوع التعهد بل يجب السكن الفعلي في العقار وبعبارة لا يكون هنالك مجال لتطبيق القرار المذكور أعلاه.

أما السكن في الأراضي الزراعية فقد ذهب اتجاة قضائي إلى القول بعدم توفر شروط التملك لأن المفروض بالتعهد له في الأراضي الزراعية أن يقوم بالغرس لا بالسكن لان الأراضي الزراعية مهياً للغرس لا للسكن <sup>14</sup>

ويوجد اتجاه آخر يرى التملك يشمل حتى السكن في البناء الموجود في الأراضي الزراعية وتعد كذلك الابنية والمنشآت أو الغراس التي يقوم بها المتعهد له سببا صحيحا للتملك مثلما المحنا إليها سابقا ويقصد بالبناء كل إنشاء مهما كانت طبيعة بفعل الإنسان سواء كان تشبيدا ام حفرا وسواء كان البناء فوق الأرض أو إقامة البناء تحت الأرض ، وأي كانت المادة المستخدمة حديدا أو خشبا أو حجارة وسواء أعد لسكن الإنسان أو إيواء الحيوانات أو إيداع أشياء أو لا يكون معدا لشيء مما ذكرنا سلفا مثل الحائط الفاصل بين أرضين ، وقد عرف الأستاذ السنهوري البناء ( مجموعة من المواد أي كانت خشبا أو جيرا أو حديد ...) <sup>15</sup> ، و لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تقدير البناء سببا صحيحا للتملك من عدمة ، أما الترميمات فلا تعد سببا صحيحا للتملك، وهذا ما أكدته محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (الأعمال الحديثة هي عبارة عن تصميمات وأن هذا التقرير هو من الأمور الفنية التي لا يمكن إهدارها بالشهادة مما تبين أن المدعي لم يتأيد قيامه ببناء منشآت في المشتمل سوى قيامه ترميمات ، وأن هذه الترميمات لا يمكن اعتبارها سببا من أسباب التملك )

أما الغراس فهو كل ما ينبت في الأرض ويتصل بها اتصال قرار بصورة كالنخيل والشجر ودون أن يكون دوريا كالنبور المحاصيل الزراعية لان مصيرها إلى الزوال في في نهاية موسمها ، فلا تعد سببا

<sup>11</sup> قرارها المرقم ٢٨١ / حقوقية / ١٩٨٢ / بتاريخ ١٩٨٢/٢/٢٠ منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الثالثة عشر، ص ١٠١.

<sup>12</sup> قرار ٥٧ / هيئة عامة / ١٩٨١ في ١٩٨١ / مجلس القضاء / سنة ١٩٨٣ ، ص ١٩٧٧.

<sup>13</sup> قرار ٢٥٠٢ / حقوقية / ١٩٧٩ / مجموعة الأحكام العدلية العدد الرابع السنة العاشرة ص ١١٥١.

<sup>14</sup> ينظر في قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٨٤ / حقوقية / ٩٩٢ / بتاريخ ١٩٩٢/١١/٢ منشور في

مجموعة هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية لأحكام قرارات مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ، ج ٢ ، مطبعة الخليج العربي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٨.

<sup>15</sup> د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج ١ مصدر سابق - ص ٧٤ - الطبعة ١٩٥٢.

صحيحاً للتملك<sup>16</sup> أما المنشآت فيقصد بها هو كل ما يقام في الأرض عدا البناء والغراس من مضخات أو آلات بحيث تلتصق بالأرض كالتصاق 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 والإنفاق ، ويجب أن تكون الأبنية والمنشآت والمغروسات محدثة بعد الشراء وقبل إقامة الدعوى لأن إقامة الدعوى من قبل المتعهد معارضة تحريرية .

ثالثاً: عدم وجود قيد يمنع انتقال الملكية

ينبغي أن يكون التملك وفق قراري المذكورين انفاً لا عيب فيها غير أن التسجيل لم يتم ، فالمبيع ينبغي أن يكون مما يصح التعامل فيه ، فإذا كان محل العقد لا يجوز التعامل فيه وقع العقد باطلاً ، فإن وجد قيد يمنع انتقال الملكية فلا يمكن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ، كأن يكون العقار محجوز بقرار من المحكمة ويمنع انتقاله ، أو أن يكون المتعهد له ليس مسجلاً في إحصاء بغداد لسنة ١٩٧٥ مثل ما جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ( لدى النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون وذلك لأن الثابت من أقوال المدعي أنه غير مسجل في بغداد في إحصاء عام ١٩٧٥ كما يتطلبه قرار مجلس قيادة الثورة لذلك فليس له حق في تملك العقار في بغداد لوجود مانع قانوني المذكور فليس له المطالبة بالتعويض عن النكول)<sup>17</sup>

وقد يكون المانع من انتقال الملكية هو معارضة المتعهد في السكن أو إنشاء الأبنية والمنشآت ، ومن ثم لا يمكن التملك أن وجدت المعارضة ولكن يشترط أن تكون المعارضة تحريرية و نقصد بالمعارضة التحريرية ( هي أن يعارض المتعهد من سكن العقار أو إذا أحدث أبنية أو منشآت أو غرس غراس وتكون بصورة مكتوبة فالأصل أن المتعهد قد وافق على السكن وإقامة الأبنية أو المغروسات وبعبارة أخرى أن يثبت ذلك تحريراً ولم يشترط القرار شكلاً معيناً للمعارضة التحريرية فقد تكون بشكل إنذار من المتعهد بواسطة كاتب العدل يمنعه من السكن أو البناء أو الغراس في العقار أو تكون بدعوى منع المعارضة يقيها المتعهد على المتعهد له ) .

ومن مفهوم مخالفة لنص القرارين المذكورين أن وجدت المعارضة شفوية فلا يعتد بها مانعاً من انتقال الملكية ولعل الحكمة منه هي الحد من تعسف المتعهد وربما ادعائه الكاذب بحاول معارضه منه ، وقد تكون المعارضة بشكل إنذار عادي أو رسمية أو ورقة عادية ، ولا بد أن تكون المعارضة تحريرية خلال مدة معقولة متزامنة مع تاريخ التعهد أو بعدة بفترة وجيزة ، ولا عبرة بالمعارضة التحريرية الحاصلة بعد تحقق السبب الصحيح<sup>18</sup>

<sup>16</sup> ويمكن للمحكمة الاسترشاد بأحكام الفقرة (ج) من المادة الثالثة من قانون الإصلاح الزراعي المعدل المرقم ١٧ لسنة ١٩٧٠ والتي حدد فيها عدد الأشجار لغرض البستنة (٤٠) شجرة دائمة في الدوم الواحد ، وفي هذا الاتجاه جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ( أن الثابت من محضر الكشف الذي أجرته المحكمة بتاريخ ١٩٨٤/١/٢٤ أن قطعة الأرض موضوع الدعوى مغروس فيها عشر أشجار وشيد عليها غرفة بمساحة ١٢ متر وأن غرس عشر أشجار على قطعة أرض مساحتها ١٦ دونم لا تعد مغروسة بالمفهوم الذي ورد في الفقرة ب من البند أولاً من قرار مجلس قيادة الثورة ١٤٢٦ في ١٩٨٣/٢/٢ فلا يحق للمدعي تملك حق التصرف بالقطعة موضوع الدعوى.

<sup>17</sup> قرارها المرقم ١٠١٧ / حقوقية/٩٧ بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٥ منشور لدى هادي عزيز ، المرجع السابق ، ص ٧٩.

<sup>18</sup> مكي ابراهيم لطفي ، الشكلية القانونية - التعهد بنقل ملكية العقارية والشقق السكنية ، بغداد ، مطبعة الرشيد ، ١٩٨٩، ص ١٩٢. وجمعة سعدون الربيعي المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، المكتبة القانونية، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ١١٤.

## المبحث الثاني الطبيعة القانونية للتعهد بنقل ملكية العقار

أن اتجاه المشرع حيال بيع العقار ونقل الملكية واضح من خلال إعتبار الشكلية ركنا إلى جانب الأركان الثلاثة الأخرى ( الرضا ، والمحل ، والسبب ) ، بالتالي فإنه لكي ينعقد العقد صحيحا يجب تحقق ركن الشكلية ، وبعبارة يكون العقد باطلا ، وهذا كان موقف المشرع العراقي حيال التعهد بنقل ملكية العقار وأن ترك أثره على الفقة في العراق الأمر الذي أدى إلى ظهور آراء واتجاهات فقهية عدة ، ولقد أثار التعهد بنقل ملكية العقار جدل بشأن طبيعته ، وقد تنازع هذا الجدل باتجاهين : الأول/ يرى أن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد باطل منعدم الأثر أما الاتجاه الثاني/ فيرى بأن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد غير مسمى إلا أنه هو الآخر ينقسم في اتجاهين

للإحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه سنتناولها في مطلبين

المطلب الأول/ التعهد عقد باطل

المطلب الثاني/ التعهد عقد غير مسمى

### المطلب الأول التعهد عقد باطل

ذهب جانب من الفقه<sup>19</sup>، إلى القول بأن التعهد بنقل ملكية العقار عقد باطل منعدم الأثر تماما وبالتالي فإن الشرط الجزائي بالتعويض هو الآخر يبطل تبعا لبطلان العقد ، لكون عقد بيع العقار في العراق عقدا شكليا يشترط لانعقاده التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، وأن المسؤولية التي يرتبها التعهد في حالة نكول المتعهد هي مسؤولية تقصيرية وليس تعاقدية .

وأن عدم التسجيل يعني انعدام ركن من أركانه ، ولهذا لا يجوز للمشتري أن يلتجئ إلى طلب التنفيذ العيني الجبري لإلزام خصمه بالتنفيذ ، ويقتصر حقه في مثل هذه الحالة على (طلب التعويض) كما تصرح بذلك المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي ، وتكون المسؤولية الإخلال بالتعهد تقصيرية لا عقدية ، لأن المادة (١١٢٧) مدني المذكورة تقرر لزوم التعويض سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط.

وأن هذا العقد الباطل يمكن تصحيحه ومن ثم زوال بطلانه بوسيلة تشريعية وذلك عندما يتغير عنصر من عناصره بإرادة طرفيه إلا أن ذلك يجب أن يتم بموجب نص تشريعي وقد تجسد ذلك بقرار مجلس

<sup>19</sup> د. حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، فقرة ١٤٨ ، ص ١٢٨ - ١٣٠ . وكذلك السيد خلف محمد ، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط ٣ ، ٢٠٠٨ ، ص ١٦٧ - ١٦٨ .

قيادة الثورة المنحل رقم ( ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ) فإذا سكن المتعهد له العقار أو إقام فيه أبنية أو منشآت فإن ذلك يعد تغييراً في محل العقد بالبطل بالإضافة.

وأنه إذا كان الأصل باطل فأن كل ما يترتب عليه من التزام تبعي ( الشرط الجزائي ) يبطل أيضا تبعا لقاعدة ( إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ، والمبني على الباطل فهو باطل ) ولهذا فالشرط الجزائي أي (التعويض الاتفاقي) الوارد في التعهد لا يكون معتبرا في هذه الحالة ، وما التعويض المنصوص عليه في المادة ( ١١٢٧ ) من القانون المدني العراقي إلا إقراراً من المشرع بالعمل به وفق قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية <sup>20</sup> .

و تنهض المسؤولية نتيجة الإخلال بواجب يفرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير، حتى أن البعض من الفقه <sup>21</sup> يذهب إلى أنه لو افترضنا أن اتفاق الطرفين على بيع العقار قبل التسجيل (التعهد) هو عقد غير مسمى، فإن النكول عن التسجيل في دائرة المختصة يعتبر خطأ جسيماً يؤدي إلى الضرر غير متوقع ، (وبالأخص بعد الزيادة المضطردة في أسعار العقارات ) ، وغني عن البيان بأن الضرر غير المتوقع يستحق التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأن المسؤولية العقدية تقتصر على الضرر المتوقع وذلك بنص المادة (٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأن ( فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقفاً وقت العقد من خسارة تحل أو كسب يفوت ) .

ومن التطبيقات القضائية التي أخذت ببطلان عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري (التعهد) وبأنه لا أثر له ، ما قضت به محكمة التمييز ( ...وحيث أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري لذا يكون عقد البيع الذي يستند إليه المميز في دعواها باطلاً لا يترتب عليه حكم وعليه تكون دعوى المميز قد أقيمت دون سند قانوني ...الأمر الذي يتعين معه ردها ، وأن قرار المحكمة رد الدعوى أبطال بيع العقار بسبب عدم تسجيل في دائرة التسجيل العقاري صحيح لأنه باطل قانوناً ولا يستلزم إقامة الدعوى لابطال )<sup>22</sup>

ونحن نرى بأن سبب بطلان عقد بيع العقار قبل تسجيله هو لتخلف ركن من أركانه وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري الذي استلزمه القانون ولا أثر لمحل العقد على هذا البطلان ولا يمكن القول بأن تغيير المحل قد تم بإرادة الطرفين لاسيما وأن المتعهد عندما ينكل عن تسجيل العقار فإن غالباً ما يدفع أمام المحكمة بمعارضة التعهد له بالأعمال التي يقيمها المتعهد له في العقار محل التعهد والتي يستلزمها طلب التمليك .

## المطلب الثاني

### التعهد عقد غير مسمى

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعهد بنقل ملكية العقار وأن كان عقداً باطلاً إلا أنه ليس منعدم الأثر تماماً كونه ينتج بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين ليس بوصفه واقعة قانونية إنما هو عقد غير مسمى مقتضاه القيام بعمل .ولكن أصحاب هذا الاتجاه هم الآخرين انقسموا في الاتجاهين الاتيين :

<sup>20</sup> مكي ابراهيم لطف ، الشكلية القانونية والتعد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية ، ص ١٤٨ .

<sup>21</sup> أسعد عبيد عزيز الجميلي ، بيع العقار في القانون العراقي ، ص ١٤٨ .

<sup>22</sup> رقم القرار: ٩٣٠/مدنية أولى /١٩٧٨ ، بتاريخ ١٩٧٨ ، منشور مجموعة الأحكام العدلية التي يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الرابع، السنة التاسعة، ١٩٧٨، ص ١٣ .

الاتجاه الأول يرى أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري هو عقد باطل إلا أنه قد توافرت به أركان عقد آخر غير مسمى وبالتالي تحول العقد من عقد بيع إلى عقد غير مسمى باعتبار العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد طبقاً للمادة (١٤٠) 23 من القانون المدني العراقي ولذلك فإن أساس التعويض الذي جاء في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو المسؤولية التعاقدية وليست المسؤولية التقصيرية استناداً إلى العقد غير المسمى الذي تحول من عقد البيع الباطل .

و أن عقد بيع العقار قبل تسجيله في الدائرة المختصة يعد غير منعقد طالما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري ، فإنه من الخطأ الذهاب إلى انه عقد منعدم الآثار تماماً ، إذ ليس هنالك ما يمنع من أن ينتج هذا العقد الباطل بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين لا بوصفه واقعة قانونية ، وإنما لأنه عقد صحيح وهو (عقد غير مسمى) مقتضاه القيام بعمل هو الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء نقل ملكية العقار ، وهو عقد ملزم للطرفين في ضوء المسؤولية العقدية ، وهذا العقد الصحيح هو الذي تحول آلية عقد بيع العقار الباطل طبقاً لنص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي ، أي أن محل التعهد غير المسمى هو الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري فقط .

أما التعويض الذي نصت عليه المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل فإن يكون مستنداً إلى هذا العقد الصحيح غير مسمى وليس إلى العقد الباطل ، وكذلك فإن الشرط الجزائي الذي يتضمنه التعهد فهو غير صحيح حتى لو بطل عقد بيع العقار لأنه يستند إلى العقد الصحيح الذي تحول إليه عقد بيع العقار الباطل ، والذي هو عقد التزام بعمل مقتضاه الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء نقل الملكية

وقد انتقد هذا الاتجاه ، فذهب البعض من الفقه 24 ، إلى القول بأننا لسنا بحاجة إلى افتراض تحول التعهد المنصوص عليها في المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ، فالعقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً .

وقال آخرون 25 بأنه إذا كان يصح وصف الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري بأنه التزام ، فهل أن هذا العقد لا ينشئ سوى هذا الالتزام؟ ثم أن الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري ليس التزاماً خاصاً ينشأ عن عقد خاص ، وإنما هو أمر لا بد منه لإتمام التصرف القانوني نفسه .

ومن التطبيقات القضائية التي أخذت بهذا الاتجاه ما قضت به محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه ( ... كما وتقضي هذه المحكمة بأن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل ملكيته في الطابو، والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن لأن العقد صحيح وأن لم ينتقل بة ملكية العقار ) 26

وفي قرار آخر الهيئة العامة في محكمة التمييز إلى أنه ( لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز وجد أن الطرفين كانا قد أبرما عقداً صدق من كاتب العدل الحلة بتاريخ ١٩١٧/٣/٧

23 نصت المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على انه ( إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام العقد ) .

24 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، البيع والمقايضة ، ص ٤٣٨

25 د. غني حسون طه ، التعهد بنقل ملكية العقار وفقاً للمادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي، ص ١٢٦ .

26 رقم القرار: ١٩٧٠/٣/١٥ ، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠ ، ص ٤٧ .

تضمن بيع المصحح عليه ( المدعي عليه ) دارة إلى طالب التصحيح (المدعي) خارج دائرة التسجيل العقاري (الطابو) واستلامه منه جزء من الثمن المتفق عليه . وأن من جملة ما تضمنه هذا العقد توكيل المصحح عليه (البائع) وسيلين دوريين مجتمعان ومنفردا لتسجيل هذا البيع في دائرة الطابو وكذلك اباحة البائع للمشتري أشغال الدار المبيعة والتصرف بها كتصرف البائع بملكة . فواضح من هذا العقد الخارجي أنه ولو انصب على بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، غير أنه اشغل على التزامات أخرى يعتبرها القانون صحيحه وترتب آثارها القانونية وهي التزامه بنقل ملكية الدار المتخذة مسكنا له إلى دائنه هو اسقاط من جانب لحق التمسك بسكنى الدار، كما أن إباحة لدائنة أشغال الدار والتصرف فيها هو الآخر تنازل عن حقه في سكنها . فل هذه الأسباب يكون طالب التصحيح (المدعي) محقا في طلب تصديق الحجز الاحتياطي الواقع على الدار ضمنا لاستيفاء الدين المدعى به من المطلوب التصحيح ضده (المدعى عليه- البائع) فكان على محكمة البداية أن تلاحظ هذه الجهة وتقرر تصديق الحجز المقرر عليها تطبيقا للمادة (١٣٩) من القانون المدني باعتبار أن بيع الدار باطل والالتزام بنقل الملكية واباحة الأشغال والتصرف صحيحا ليجيء قرارها متفقا مع حكم المادة (١/١٥٠) منه التي تستلزم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (...)<sup>27</sup>

الاتجاه الثاني<sup>28</sup> يتفق أصحاب هذا الاتجاه مع أصحاب الاتجاه الأول على أن التعهد بنقل ملكية العقار هو عقد صحيح غير مسمى إلا أن ذلك ليس أساس نظرية تحول العقد المنصوص عليه في المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي وإنما يكون ذلك العقد غير مسمى منذ بداية نشوئه طالما كانت أركانه قد توافرت بهذا الحالة منذ البداية. فإذا أخل المدين بالتزامه حكم عليه بالتعويض استنادا إلى المادة (١١٢٧) الواردة في القانون المدني لذلك فإن أساس التعويض هو المسؤولية التعاقدية المستندة إلى العقد غير مسمى الذي انبثق مباشرة عن التعهد بنقل ملكية العقار.

تقضي القواعد العامة بأن المسؤولية العقدية تنهض نتيجة الإخلال بالتزامه العقدي وهي تختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات ، حيث أن الدائن والمدين يرتبطان قبل قيام هذه المسؤولية بالعقد<sup>29</sup>. ووفقا لهذا الأساس يذهب أنصار هذه النظرية<sup>30</sup> إلى اعتبار بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري (التعهد بنقل ملكية العقار) عقد غير مسمى وليس بعقد بيع ، وأن هذا العقد غير مسمى الذي نشأ بين الطرفين المتعاقدين هو عقد صحيح ملزم يترتب على الإخلال به مسؤولية عقدية ، إلا أن هذه المسؤولية تقتصر على التعويض وفقا للمادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط.

أما على صعيد القضاء ، فقد اخذ بهذا الاتجاه تأثرا منه بأراء الفقه ، فقضت محكمة التمييز في قرار جاء فيه (... وأن كان بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في بدائرة الطابو المادة (٥٠٨) مدني إلا أن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس

<sup>27</sup> رقم القرار : ٢٤١ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٢ ، بتاريخ ٢١ / ٤ / ١٩٧٣ ، النشرة القضائية العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ١٩٧٣ ، ص ٥١ .

<sup>28</sup> ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، ص ٣٧٦ ، وينظر د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

<sup>29</sup> د. حسن علي ذنوب ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، احكام الالتزام إثبات الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ١٧٨ . وكذلك د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص ٤٠٥ .

<sup>30</sup> د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ٤٣٨ - ٤٣٩ .

بعقد بيع، لكنه عقد ملزم للطرفين إذا أخل أحد المتعاقدين به بالتزم بالتعويض الاتفاقي، وهو التزام ينشأ عن المسؤولية عقدية، ولهذا لا محل للقول أن العقد موضوع الدعوى باطل وأن كل ما بني على الباطل باطل أيضا...<sup>31</sup>

وأن أحكام القضاء لم تقتصر على الحكم بالشرط الجزائي وبالتعويض وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي فالقضاء لم يقف عند الرأي الذي اعتبر بيع العقار غير المسجل عقدا غير مسمى اصيلا ناشئا عن نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني المذكور، بل أن محكمة استئناف بغداد حكمت في احد قراراتها بالعربون فقضت ( ... وهذا العقد وإن لم تنتقل ملكية العقار غير انه صحيح ونافذ لازم فكل طرف ملزم بالقيام بما تعهد به فا مشتري ملزم بتسليم الثمن والبائع ملزم بالتسجيل البيع في دائرة الطابو ، فإذا نكل البائع الزم برد العربون وما استلم من الثمن مع أداء التعويض، وإذا نكل المشتري سقط حقة في العربون والزم بالتعويض...)<sup>32</sup> المحكمة حكمت بالعربون على اعتبار أن العربون يكون مع العقود الصحيحة لا مع العقود الباطلة، إلا أن الحكم العربون في مثل هذه الحالة لا يمكن الحكم به بالاستناد إلى نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي لم يأخذ باتجاه ثابت ومستقر يكيف فيه بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، وإذا كان أغلب القرارات القضائية التي تصدرها المحاكم بهذا الخصوص قد اعتبرت التعهد بنقل ملكية العقار عقدا غير مسمى وليس بعقد بيع، فإن هذا لا يعتبر اتجاها ثابتا ساري على القضاء، لأن في أحكام أخرى كما لاحظنا سابقا ذهبت المحاكم إلى خلاف ذلك. وعموما إذا كان أغلبية الفقه تذهب إلى اعتبار التعهد بنقل ملكية عقار عقد غير مسمى، فإن جانبا آخر منهم<sup>33</sup> (وهو ما تؤيده) يرى أن القبول بهذا التكييف يعني ابتداء إخضاع هذا الاتفاق لأحكام القواعد العامة في نظرية العقد وفي مقدمتها.

كما أن القول بأن التعهد عقد صحيحا لا ينسجم مع نص الفقرة (٢) من المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي التي نصت ( وإذا لم يكن العقد موقوفا أفاد الحكم في الحال )، ومن المسلم به أنه لا يستطيع المتعهد له أن يجبر المتعهد على تنفيذ التزامه عينا بموجب التعهد، لذا فالقول بأن التعهد عقدا صحيحا لا يستقيم مع ما رتبة من شكلية على هذه التصرفات.

وعلى ما تقدم نحن نؤيد الرأي الذي يذهب إلى اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار عقدا باطلا لأن النصوص الواردة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ صريحة باعتبار الشكل المطلوب قانونا ركن من أركان عقد بيع العقار، فبدونه التسجيل لا ينعقد البيع ولا يوجد عقد.

كما تؤيد الرأي الذي يعتبر الأساس القانوني للتعويض هو المسؤولية التقصيرية، لأن مصدر لم يكن إلا بحكم الواقعة والمتقاة من أحكام المادة (١١٢٧) مدني والتي تعتبر حكما استثنائيا اضطر المشرع إلى تقرير نزولا عن واقع ما يجري من علاقات اجتماعية وحماية المتضرر من النكول وما يقتضيه حسن النية في .

<sup>31</sup> رقم القرار: ٦٨٧/حقوقية/١٩٦٨، بتاريخ ١٥/١٢/١٩٦٨، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرار الصادر سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٠، ص ٣٢٢.

<sup>32</sup> رقم القرار: ١٤ / استئناف/ ١٩٧٠ بتاريخ ٧/٦/١٩٧٠، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١، ص ١٣٨-١٤٠.

<sup>33</sup> د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار، ص ١٢٦.

### المبحث الثالث الآثار القانونية المترتبة على التعهد بنقل ملكية العقار

من الضروري أن نتناول الآثار المترتبة على التعهد بنقل ملكية العقار لأن هذه البيوع من أكثر البيوع عرضة للمشاكل بسبب انه وغالبا يتم النكول بها ولا يؤدي طرفي العقد التزاماتهم ، مما يولد آثار تتعلق بالبائع والمشتري إضافة إلى آثار تتعلق بالعقد ذاته المبرم بينهم خاصة إذا أورد الطرفا شرط جزائي أو اتفقا على عربون ، وأن التعهد بنقل ملكية العقار ينتج عنه أما حقا شخصيا يتمثل في تعويض المتعهد له ، أو حقا عينيا يتمثل في نقل ملكية العقار ، وكما توصلنا إلى أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري وبدون استيفاء الشكلية اللازمة التي نص عليها القانون هو تصرف باطل ولكن نحن بصدد الكلام عن التعهد بنقل ملكية العقار أي العقار قبل التصرف به ، أي عندما يقوم المتعهد بإبرام التعهد بنقل ملكية يقوم بعدها الطرفين المتعهد والمتعهد له بجملة من الأعمال ، حيث ينتج عن هذا التعهد جملة من الآثار التي تترتب سواء بالنسبة للمتعهد أو بالنسبة للمتعهد له ، والتي تحتاج إلى بيان أهم حقوق و واجبات كل من الطرفين وتحديد المركز القانوني لكل منها .

#### المطلب الأول آثار التعهد بالنسبة لطرفيه

المركز القانوني هو ما يميز فرد عن غيره أمام القانون وما يترتب على ذلك من حقوق أو واجبات ، وأن المركز القانوني هو موقع أطراف العقد تجاه القانون الذي يحدد لهم واجباتهم و حقوقهم ، لكي يستطيع كل طرف منهم أن يحدد ما له وما عليه عند ابرام اي عقد من العقود ، لأنه قد يكون هذا هو السبب الذي يدفعه للتعاقد اي معرفة حقوق الطرف المتعاقد قد تكون هي الهدف أو الغاية ما وراء التعاقد كما هو الحال بالبيع ف تملك المبيع من قبل البائع للمشتري هو التزام على البائع لكنه في الوقت حق من حقوق المشتري قد يدفعه إلى التعاقد ، لهذا لا بد للقانون أن يحمي حقوق الأفراد في التعامل ولا سيما في العقود ، لأنه لو فرضنا أنه لا يوجد تعويض عن الضرر الذي قد يصيب البائع جزاء نكول المشتري فهنا سوف يتردد البائع ولا يرغب في بيع عقاره وكذلك الحال بالنسبة للمشتري فإذا لم يكن هنالك تعويض عن نكول البائع والضرر الذي لحقه به لن يقوم بالشراء ولا بالمجازفة بأمواله ، ومن هنا أن المتعهد والمتعهد له يلتزمون بعدة التزامات بموجب عقد بيع العقار وخاصة المتعهد حيث يلتزم بنقل ملكية العقار محل التعهد .

#### الفرع الأول المركز القانوني للمتعهد

بعد إبرام التعهد بنقل ملكية العقار أو حق التصرف فيه قد ينكل المتعهد عن الحضور إلى دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار باسم التعهد عليه وعند ذلك يلزم بإعادة الذي أخذه من هذا الأخير<sup>34</sup> وكان

<sup>34</sup> ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية/ الهيئة الاستئنافية- العقار في ٢٠٠٩/٢/١١ والذي يقضي بأنه : ( أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل بحكم المادة (٥٠٨) من القانون المدني وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحال التي كانا عليها قبل العقد مما تكون دعوى المدعية بإعادة المبلغ الذي دفعته إلى المدعى عليه لها سند من القانون). منشور في مجلة التشريع والقضاء ، مجلة قانونية فصلية ، صادرة في العراق- بغداد ، العدد الأول، ٢٠١١، ص ١٨١ .

المشروع العراقي<sup>35</sup> قد قصر أثر التعهد بنقل ملكية العقار على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط ولم يحدد المشروع مقدار التعويض لاسيما إذا لم يكن قد اشترط أو اشترط ولم يحدد مقداره فضلا عن ذلك لم يذكر حق التصرف إلى جانب حق الملكية في العقار ولكن المشروع عاد وتدارك هذا النقص التشريعي<sup>(36)</sup> بإصدار القرار (١١٩٨) في ١١/٢/١٩٧٧ (المعدل) حيث حدد مقدار التعويض الذي يلزم به المتعهد له وهو أن لا يقل عن الفرق بين قيمة العقار وقت النكول ومقدار البديل المعين في التعهد وفضلا عن ذلك أضاف حق التصرف إلى جانب حق الملكية في العقار.

ولكن بالرغم من هذا فإن المشروع العراقي أغفل تنظيم كثير من المسائل التي قد تنتج من امتناع أحد الطرفين من تنفيذ التزامه وفي مقدمتها العربون<sup>37</sup> الذي يدفعه المشتري إلى البائع مقدما كجزء من ثمن المبيع و أيضا الشرط الجزائي<sup>38</sup> الذي من المعروف يدفعه الطرف الناكث عن تنفيذ التزامه إلى الطرف الآخر، لهذا كان على المشروع العراقي ان يولي أهمية حول الشرط الجزائي والعربون المدفوع من قبل المشتري إلى البائع وماهو مصيرة في حال نكول اي من الطرفين في تنفيذ التزاماتهم .

بالنسبة إلى الشرط الجزائي في العقود الملزمة للجانبين غالبا ما يحدد المتعاقدين مقدما شرط جزائي في العقد مقتضاه أن يدفع الطرف الناكث مبلغ الشرط الجزائي المحدد في العقد إذا لم يتم بتنفيذ التزامه أو تأخر في التنفيذ ، وهذا الشرط هو شرط صحيح وملزم للطرفين لعدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة ، ومن المعروف بأن هذا الشرط يكون في العقود الصحيحة فقط ، وأن البيع خارج دائرة التسجيل العقاري يعد باطل لهذا الشرط الجزائي الذي يكون مصاحبا لهذا العقد فهنا الأصل يعد كأنه لم يكن وليس له قيمة استنادا إلى قاعدة إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ومن ثم أن إقامة التعويض يكون على أساس المسؤولية عن الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية لهذا يجب أن نلتزم هنا بما جاء في قرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ( على أن لا يقل مقدار التعويض عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول) وهذا يعني أن المحكمة لا تأخذ بالشرط الجزائي إلا إذا طرأت زيادة على قيمة العقار أما إذا تبين أن الفرق بين قيمة العقار المبينة في التعهد وبين قيمة عند تحقق النكول يقل عن الشرط الجزائي الذي اتفق عليه الطرفان ، هل يحق هنا للطرف الذي استحق الشرط أن يطالب بالشرط الجزائي؟

وبما ان القرار حدد الحد الأدنى لمبلغ التعويض ولم يحدد الحد الأعلى له هذا من جانب ومن جانب آخر نص على ( لا يعمل باي نص قانوني أو قرار أو اتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار ويؤدي إلى التقليل

<sup>35</sup> ينظر في نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي.

<sup>36</sup> ينظر في البند (أولا) من القرار ١١٩٨ الصادر في ١١/٢/١٩٧٧ والمعدل بالقرار ١٤٢٦ الصادر ١٢/٢١/١٩٨٣ والذي ينص على أنه: ( يقتصر التعهد بنقل ملكية العقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدة سواء اشترط في التعهد أو لم يشترط فيه ، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر ).

<sup>37</sup> العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ، وذلك للدلالة على أن العقد أصبح بات لا يجوز الرجوع عنه أو أن لكل منهما حق العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون .للمزيد انظر د.عبد المجيد الحكيم ، د.عبد الباقي البكري ، د.محمد طه البشير ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي مصادر الالتزام ، ج ١ ، المكتبة القانونية ، ٢٠١٨ ، ص٧٢.

<sup>38</sup> الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يحدد فيه المتعاقدان مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه.

مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة)<sup>39</sup> وهنا نص القرار على عدم إمكانية تقليل التعويض وليس زيادته لهذا لا يوجد هنا أي مانع أن نأخذ بالشرط الجزائي الذي يزيد قيمة عن التعويض وأيضا ما ذهب إليه آلية محمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية ( أن المميز عليها قد باعت سهمين من أصل ثلثي سهامها بموجب الإقرار الصادر من محكمة بداءة الكرخ بالعدد ١٤١ / إقرار / ٢٠٠٣ ويتبين من تقرير الخبراء الثلاث وملحقه المؤرخ ٢٠١٢/٣/٧ أن قيمة البيع المتفق عليه أعلى بكثير من قيمتها وقت النكول مما تكون الدعوى واجبة الرد )<sup>40</sup>

ولكن أحيانا قد يكون الشرط الجزائي أكبر من التعويض الذي حدده الخبراء وهنا يحق للمحكمة تخفيض الشرط الجزائي ليتناسب مع الضرر الذي لحق المتعاقد وهذا ما ذهب إليه آلية محكمة استئناف الانبار بصفتها التمييزية في قرار لها ( ولدى عطف النظر وجد أن محكمة الموضوع كانت قد اعتمدت في حكمها بالتعويض على خبرة اكثرية الخبراء ولا يقدر في هذا الشأن وجوب التزام المحكمة بالحكم بالتعويض الاتفاقي ( الشرط الجزائي) المثبت في التعهد البالغ مقداره خمسة ملايين دينار إذ تستطيع المحكمة تخفيضه بما يناسب قيمة الضرر بالاستناد إلى قواعد التعويض المقررة في القانون المدني (٢/١٧٠) وذلك أن الشرط الجزائي ماهو في الحقيقة إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض يدور مع الضرر قيمة ووجودا وعندما شرط أن لا يقل مقداره في مثل هذه الدعوى المؤسسة على القرار المنوه به على الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمتها عند النكول وهو ما يكفي لتحقيق العدالة والتوازن بين مصلحتي الطرفين المتداعيين فيها والأكثر من ذلك فإن التوازن في تقدير التعويض من النظام العام مما يتوجب على المحكمة تخفيضه على النحو المذكور إذا ما تمت المغالاة في تقديره ضمن بنود العقد )<sup>41</sup> ولقد حلت أحكام قرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ محل الأحكام العامة في القانون المدني التي تنظم تقدير التعويض وهذا ما ذهب إليه محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية في قرار لها ( كان على المحكمة أن تتحقق من نكول المدعى عليه فإذا تأيد لها أن نكول من جانبه فعلى المحكمة انتخاب خبير أو أكثر لتقدير التعويض الذي يستحقه المدعي المتمثل بالفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمتها وقت النكول لأن المدعي لا يستحق الشرط الجزائي ولأن الأحكام الواردة في البند أولا من قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل قد حلت محل الأحكام الخاصة بالتعويض المنصوص عليها في القانون المدني )<sup>42</sup>

وان موقف القضاء تباين من الشرط الجزائي فترة يأخذ به ويستبعد التعويض المنصوص عليه في القانون وتارة يستبعد الشرط الجزائي ويأخذ بالتعويض وتبقى هذه مسألة اجتهاد من القاضي يقدرها حسب ظروف كل دعوى ونحن نتفق أنه سواء اخذ بالشرط الجزائي أو لم يأخذ يجب أن يتم تقدير التعويض حسب ما نص عليه القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ بأن لا يتجاوز قيمة العقار وقت التعهد وقيمتها وقت النكول.

وعلىنا أن نشير أن صحيح عقود بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري هي باطلة لهذا من المنطق أن القضاء لا يأخذ بالشرط الجزائي المدرج في هذا العقد ولكن كما رأينا سابقا أن القضاء اخذ بالشرط الجزائي في كثير من قراراته ، سوف نحاول أن نفسر ذلك من خلال أولا أن قرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧

<sup>39</sup> المادة ٣ من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل.

<sup>40</sup> القاضي رزاق جبار علوان ، المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، بغداد، ٢٠١٣ ، ص ٣٨٤ .

<sup>41</sup> رقم القرار ١٠٨ /حقوقية/ ١٩٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٩/٢٠ .

<sup>42</sup> رقم القرار ١٥٥٠ /ح/ ١٩٩٧ بتاريخ ١٩٩٧/٩/٢٠ .

جاء استثناء على المادة (٥٠٨)<sup>43</sup> من القانون المدني العراقي ، لهذا أن الأصل أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري هو عقد باطل والآثار التي تترتب على العقد الباطل هي إعادة الحال فقط حسب نص المادة (١٣٨)<sup>44</sup> من القانون المدني العراقي ، لكن قرار مجلس قيادة الثورة جاء استثناء على الأصل أما مسألة التعويض الاتفاقي فهنا إضاف القرار نقطة مهمة وهي إمكانية إضافة الشرط الجزائي في مقاولات البيوع الخارجية وذلك بعبارة ( سواء اشترط التعهد أو لم يشترط) ولهذا نحن في رأينا أن اتفاق الأطراف على التعويض إذا جاء صحيح ومناسب هو أولى من التعويض الذي يقدره القاضي .

أما فيما يتعلق بالعربون حيث أن التعاقد عن طريق العربون في بيع العقار أصبح شائع في العصر الحاضر بين الناس لما فيه من يسر و لتأكيد جدية البيع وأن الصورة العملية للبيع بالعربون أن غالبا ما يتم الاتفاق على العربون في البيوع الابتدائية خارج دائرة التسجيل ما بين الطرفين ويحددان ميعاد لإبرام العقد النهائي وهنا يتفقان على عربون يدفعه المشتري للبائع ، فإذا امتنع المشتري عن ابرام البيع النهائي خسر قيمه العربون أما إذا امتنع البائع عن البيع النهائي هنا سوف يسقط البيع الابتدائي ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون ومعة مثلة ، وأن كثير ما يتم العدول عن إتمام إجراءات بيوع العقار الابتدائية ، إذا عدل من دفع العربون يجب تركه أما إذا عدل من قبضه يجب رده مضاعفا وهذا ما أشارت إليه المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي تنص ( ١-يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك

٢-فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل عن دفع العربون وجب عليه تركه وأن عدل من قبضه رده مضاعفا ) ولقد أكد القضاء العراقي في كثير من قراراته ، وأن الاتفاق على العربون غالبا ما يتم في العقود الابتدائية (التعهدات) فعندما يبرم التعهد بين البائع والمشتري يتفقان على تحديد موعد لإبرام البيع النهائي ومن خلال هذه الفترة لكي يصفون نوع من الجدية على العقد يدفع المتعهد لة مبلغ يسمى العربون ، وأن قرار مجلس قيادة الثورة لم يتطرق إلى إلى أحكام العربون لهذا نعود إلى القواعد العامة في القانون المدني حيث أن العربون ليس من مقتضيات العقد ولزومه بل يعتبر بل يعتبر دفعة دلالة على أن العقد أصبح باتا لا يجوز الرجوع عنه إلا إذا اتفق الطرفان خلاف ذلك ، وهنا أيضا يتبادر لدينا سؤال ما هو مصير العربون في عقود بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ؟ وهنا نفرق إذا ورد العربون في العقد دلالة على أن العقد أصبح بات لا يجوز العدول عنه فإذا كان الناكل هو من دفع العربون فيروز الحكم عليه بتعويض يتناسب مع قيمة الضرر ، أما إذ عدل عند تسلم العربون يجب عليه رد العربون مع التعويض عن الضرر حسب نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي وهذا ما أكدته محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية ( أن المطالبة بالعربون واسترداد لا يعني التنازل عن المطالبة بالتعويض)<sup>45</sup> أما إذا دفع العربون جزاء للعدول فهنا نطبق أحكام المواد (١١٢٧) والمادة (٩٢) حسب الظروف .

<sup>43</sup> تنص المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ( بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) .

<sup>44</sup> تنص المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل (١-العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا.

٢-فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحال التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان مستحيل جاز الحكم بتعويض معادل .

٣-مع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص اهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (

<sup>45</sup> رقم القرار ٢٣٥ /حقوقية/ ١٩٩٤ بتاريخ ١٩٩٤/٢/٨ .

ولقد قررت محكمة تميز العراق في أنه على الرغم من عدم انتقال ملكية العقار في عقد البيع عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري إلا أنه صحيح ونافذ لازم وكل طرف فيه ملزم بالقيام به فإذا عدل عن دفع العربون فإنه يخسره ، وإذا عدل من قبضة وجب عليه رده مضاعفا<sup>46</sup>.

اما اذا قام المتعهد له ب استرداد العربون من المتعهد قبل إتمام عملية البيع النهائية هذا يدل على رغبته في الرجوع عن البيع ، بعد قيام المتعهد بالنكول عن اجراء عملية البيع النهائي ونقل الملكية من الضروري هنا ان نحدد تاريخ قيام البائع بالنكول لأنه إذا تم تحديد تاريخه سوف يساعد في تحديد قيمة التعويض الذي يجب ان لا يقل عن قيمة العقار وقت التعهد وقيمته عند النكول ولكن قبل ان يعتبر المتعهد امتنع عن تنفيذ التزامه يجب على المتعهد له ان ينذر البائع والاذنار ( هو اخطار او تنبيه تحريري يقوم به المتعهد له من خلال كاتب العدل يخطر من خلاله المتعهد بضرورة تنفيذ التزاماته التي تعهد بتأديتها)<sup>47</sup> ويمكن ان يعرف (دعوة المدين من قبل دائته إلى تنفيذ التزامه ووضع قانوناً في حالة التأخر بالتنفيذ تأخراً ترتب عليه مسؤولية عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخير )<sup>48</sup> وان الاذنار الذي يوجه المدعي الى المدعى عليه هو احد اسباب إثبات نكول المدعى عليه حيث يقوم المدعي بتوجيه اذنار الى المدعى عليه من خلال كاتب العدل يطلب منه الحضور الى دائرة التسجيل العقاري في نفس اليوم وهنا المدعى عليه اما يحضر ويقوم بإذنار المدعي بعدم موافقته على إتمام عملية البيع وأن العقد المبرم بينهما باطل

ولا ينتج أي أثر قانوني وهنا يثبت نكول المدعى عليه باعتراف مباشر منه . أو الموقف الثاني الذي قد يقوم به المدعى عليه هو عدم الحضور الى دائرة التسجيل العقاري يقوم موظف الدائرة بتزويد المدعي كتاب يؤيد عدم حضور المدعى عليه وإكمال إجراءات بيع العقار وهنا يثبت نكول المدعى عليه . وهنا نلاحظ ان الاذنار هو ليس من شروط التعويض حيث لم يرد في صلب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ بل هو سبب من أسباب إثبات النكول وتحديد الوقت الذي عبر به الطرف الناكول عن نكوله وعدم استعداده لنقل ملكية العقار وإتمامها. حيث ذهبت محكمة استئناف بغداد في قرار لها ) ان تاريخ النكول هو تاريخ التبليغ بالإذنار)<sup>49</sup>

وذهبت محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية في قرار جاء فيه ( القرار المميز غير صحيح لكون المدعى عليها قد ادعت امام المحكمة أنها سبق أن وجهت اذنار الى المدعية بوجوب الحضور الى دائرة التسجيل العقاري المختصة لاعمال معاملة نقل الملكية للعقار موضوع الدعوى وقد تبطلت المدعية بالإذنار الا انها لم تحضر لمرضاها كما تدعي فكان على المحكمة ان تكلف المدعى عليها بعد ان دفعت المدعية هذا الدفع فيما إذا كانت قد أودعت الثمن الذي باعت به العقار الى المدعية فإن ثبت لها أعادت الثمن للمدعية او أودعته لدى دائرة كاتب العدل فيكون قرارها برد الدعوى صحيحا اما اذا ثبت ان

<sup>46</sup> رقم القرار ٤٠ استئناف/١٩٧٠ بتاريخ ١٩٧٠/٦/٧ ، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧٠، ص ١٤٠-١٣٨.

<sup>47</sup> المواد القانونية التي أشارت إلى الإذنار .انظر نص المادة ١٧٧ والمادة ٢٥٦ والمادة ٢٥٧ والمادة ٢٥٨ والمادة ٣٨٥ والمادة ٥٤٧-٥٤٨ والمادة ٥٥١ والمادة ٥٧٢ والمادة ٦٢٥ والمادة ٧٨٢ والمادة ٩٣٧ والمادة ٩٧٣ والمادة ١٣٠٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١. علما انها ليست جميع المواد التي أشارت إلى الإذنار لكنها أبرزها.

<sup>48</sup> د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طة بشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، مكتبة السنهوري بغداد، ٢٠١٢، ص٤٦.

<sup>49</sup> رقم القرار ٥٠ / حقوقية ١٩٩٦/١٩٩١. مشاركة لدى هادي عزيز علي، ج٢، ص ٢٥٢.

المدعي عليها احتفظت بالثمن الى حين اقامة دعوى التمليك فهذا دليل على عدم جديتها في تنفيذ مضمون الإنذار المسير فيكون قرار المحكمة القاضي بالرد غير صحيح ويوجب نقضه )<sup>50</sup> . وذهبت محكمة استئناف نينوى بصفقتها التمييزية ( ان من شروط تطبيق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ثبوت حالة النكول إلا بعد إعدار المدعى عليه (بإنذاره) بأي شكل من أشكال الاعذار المعتد بها قانوناً)<sup>51</sup> ويتضح مما تقدم أن من أهم حقوق المتعهد هو تسلمه للثمن أو بدل العقار المتفق عليه ولا يلتزم بالقيام بالتسليم والضمان وعدم التعرض باعتبار أن التعهد اساساً لا يعد عقد بيع ويبقى ما يلتزم به المتعهد هو التعويض

## الفرع الثاني

### أثار التعهد بالنسبة للمتعهد له

اصبح واضح ان عقد بيع العقار في القانون العراقي يعتبر عقد شكلي لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري واستوفى الشكلية المنصوص عليها بالتشريع العراقي لذلك ان المتعهد له لا يكتسب أو يملك الحقوق التي يرتبها عقد البيع بشكل عام وهي قيام البائع بتسليم المبيع والتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية<sup>52</sup> وتسليم العقار في عملية بيع العقار تحقق الغاية والهدف من عملية التسجيل فمتى ما سجل العقار باسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري زال هذا كل حق للبائع لهذا أي تصرف يبدر منه تجاه هذا العقار يعتبر تصرف في ملك الغير. حيث أن اليد المشروعة على هذا العقار هي يد المالك الجديد فقط وكل يد أخرى على العقار تعتبر غير مشروعة ، لكن بالرغم من هذا فهو يستحق بعض الحماية القانونية التي رتبها له المشرع ومنها حقه في استرداد الثمن والعربون وحقه في طلب التعويض (دعوى فرق البدلين) . ولكن كي يستحقها يجب عليه بداية اثبات نكول البائع عن اتمام عملية نقل ملكية العقار وهنا قد يتبادر لنا سؤال كيف يمكن إثبات نكول البائع عن اتمام نقل ملكية العقار ونحن في رأينا هناك موقفين يقوم بها المشتري ليتمكن من إثبات نكول البائع وهي

- ١- توجيه انذار بواسطة كاتب العدل للبائع للحضور إلى ملاحظة التسجيل العقاري خلال يوم محدد ولا يقوم البائع بالحضور في هذا اليوم .
- ٢- قيام البائع ببيع العقار مرة ثانية.

وان توجيه الإنذار وفق للفقرة أ من البند اولا من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل هو من البنود الأساسية لحسم موضوع التعويض لغرض احتساب قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمتها عند النكول، ولاستحالة تقدير الفرق بين البدلين دون تبليغ المتعهد ولاستحالة ثبوت النكول الا عند التبليغ والإنذار. وبعد أن تمكن المتعهد له من إثبات نكول المتعهد هنا يثبت له الحق في

<sup>50</sup> رقم القرار ٤٠٢ / ١٥ / ١٩٩٩ بتاريخ ١٥/١٢/١٩٩٩ ،

<sup>51</sup> رقم القرار ٤١٤ / ت / ب / ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٥/٣١ .

<sup>52</sup> للمزيد انظر .د. سعيد مبارك د. طه ملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة ، المكتبة القانونية بغداد ٢٠١٨ ، ص ٨٧ .

التعويض<sup>53</sup> استناداً أولاً الى المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط) .

وهنا ان المشرع العراقي اعطى الحق للطرفين في رفع دعوى فرق البديلين امام محكمة البداية للحصول على التعويض جراء الضرر الذي أصاب رافع الدعوى، وكذلك يحق للمتعهد له رفع دعوى فرق البديلين استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ( يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط فيه على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمتها عند النكول. دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر) .

ومن خلال ما تقدم من بحث في هذا المطلب يتضح لنا أن المتعهد إليه في ظل التشريع العراقي يكون بمركز قانوني أضعف من المتعهد إذ أن الأخير يستطيع أن ينكل عن تعهده بسهولة ولا يوجد من ضمان للمتعهد إليه سوى دعوى الفرق بين البديلين إذا لم تتوفر شروط دعوى التملك وأن ذلك لا يتحقق الحماية القانونية الكافية له ولا سيما إذا كان العقار محل التعهد له من الأهمية بالنسبة للمتعهد إليه كما لو كان موقعه في مدينة معينة هي محل رغبة للسكن فيها أو كان مجاوراً لقريب أو صديق والى جانب ذلك فإن أسعار العقارات أخذت بالارتفاع بشكل مضطرب وملفت للنظر في الآونة الأخيرة.

## المطلب الثاني

### الأعمال الممهدة لطلب التملك

بعدما اتضح إلينا أن المتعهد إذا امتنع عن الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار أو حق التصرف به محل (التعهد باسم المتعهد إليه فلا يكون أمام الأخير سبيل إلا مطالبة المتعهد بالتعويض سواء أكان قد اتفق عليه في سند التعهد أم لم يتفق عليه وعلى أن يتم تقديره بمقدار الفرق بين قيمة البديل المعين في سند التعهد وقيمة العقار محل التعهد وقت النكول<sup>54</sup> وهذا يعني عدم إمكانية إلزام المتعهد بنقل ملكية العقار عند نكوله عن ذلك الإقرار بدائرة التسجيل العقاري ولهذا فإن المشرع العراقي<sup>55</sup> أراد أن يذهب إلى أبعد من ذلك وان يجعل التعهد بنقل ملكية العقار ليس عديم الأثر من حيث إمكانية نقل ملكية

العقار أو حق التصرف فيه محل التعهد عندما أتاح للمتعهد إليه حق المطالبة بتملك العقار أو حق التصرف فيه في حالة سكن العقار أو إحداث أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بشرط ان يكون ذلك

<sup>53</sup> التعويض هو ( تعويض يقدره القضاء ويحكم به الفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه ليحملة بمقتضاها المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ التزامه أو عن تأخره في تنفيذه والتعويض هو نوعين تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير في التنفيذ . للمزيد انظر د. عبد المجيد حكيم د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، ج ٢، ص ٦٠-٥٥ .

<sup>54</sup> ينظر البند أولاً/أ من القرار ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ المعدل.

<sup>55</sup> ينظر في البند أولاً/ب من القرار ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ المعدل.

بدون معارضة تحريرية من المتعهد ولتسليط الضوء على هذه الأعمال التي تمهد الطريق لطلب تملك العقار عن طريق القضاء توجب علينا تناول هذا المطلب في فرعين وعلى النحو الآتي  
الفرع الأول / السكن في العقار  
الفرع الثاني / إحدات الأبنية أو المنشآت أو الغراس في العقار

## الفرع الأول السكن في العقار

السكن : وهو حق عيني يهيء للشخص أن يستعمل بناء معين كأن يكون داراً مملوكاً لغيره لسكنه هو وأسرته الخاصة أنفسهم وأن هذا الحق أضيق نطاقاً من حق الانتفاع كونه مقدرًا بقدر حاجة صاحب الحق وأسرته لغرض أنفسهم وهو أيضاً أضيق من حق الاستعمال لأن صاحب حق الاستعمال يتمكن من استعمال الشيء الذي ينصب عليه حقه سواء بطريق السكن أو بطريق آخر أما صاحب حق السكن فلا يثبت له إلا حق السكن فلا يجوز له مثلاً إن يستخدمه لمزاولة التجارة وفي كل الأحوال فإن حق السكن هو حق مؤقت ينقضي أما بانتهاء المدة المحددة له أو بوفاء صاحب الحق ومن الملاحظ أن المشرع العراقي<sup>56</sup> عندما عد السكن سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار فإنه لم يحدد مدة معينة لسكن العقار أو شروط معينة كأن يكون السكن متواصلاً أو عدم إيواء قريب أو صديق ولم يحدد أنواع معينة من العقارات التي ينطبق عليها هذا الأمر وكل ما اشترطه هو أن يكون السكن دون معارضة تحريرية من المتعهد، وبعد الرجوع إلى أحكام المحاكم العراقية<sup>57</sup> وجدنا أنها تستوجب السكن الواقعي من خلال إجراء الكشف على العقار محل التعهد .

## الفرع الثاني إحدات البناء أو المنشآت أو الغراس في العقار

سبق وان تطرقنا عند التمهيد عن موضوع البحث ماهية البناء والمنشآت والغراس وحق التصرف في العقار وقد أعطينا فكرة بهذا الخصوص. وبعد إبرام التعهد يمكن للمتعهد إليه أن يطلب تملك العقار (محل لتعهد) أو حق التصرف فيه إذا قام بإحدات البناء أو المنشآت أو الغراس في ذلك العقار وقد جاء

<sup>56</sup> ينظر البند أو لالب من القرار ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ المعدل بالقرار ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١ والذي ينص على أنه: (إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو احدات فيه ابنية أو منشآت أخرى فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافا إليه قيمة المنشآت او المغروسات قائمة وقت النكول ...).

<sup>57</sup> ينظر قرار محكمة استئناف البصرة المرقم ٧٣ ت ب في ١٩٩٩/٢/٢٠ والذي يقضي بأنه : (كان الواجب على المحكمة إجراء الكشف على العقار بعد التحقق من صحة البيع لمعرفة فيما إذا كان المدعي يشغل العقار من عدمه وواقع حال العقار لمعرفة مدى انطباق شروط القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل من عدمه منشور في مجلة العدالة ، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل - بغداد ، العدد الأول ، ١٩٩٩ ، ص ١١٩ .

ذلك الاشتراط بشكل مطلق بحيث لم يحدد نوع أو جنس أو مساحة الأرض التي يقام عليها هذا البناء أو المنشآت فضلا عن عدم تحديد نوع أو مرحلة البناء كذلك لم يحدد نوع المغروسات او عددها أو المساحة المطلوب غرسها

ولدى الرجوع إلى أحكام القضاء العراقي بشأن نوع أو جنس الأرض وجدنا بأنه لا يشترط أن يكون إحداث البناء أو الغراس على جنس معين للأرض لذلك يمكن تطبيق مضمون القرار ١١٩٨ المعدل بشكل مطلق . أما نوع البناء أو مساحته أو المرحلة المطلوبة لهذا الغرض أو نوع المغروسات أو المساحة المطلوب غرسها أو عدد المغروسات المطلوب غرسها في مساحة محددة فإن جميع هذه التساؤلات تم الإجابة عنها بموجب استبيان قضائي من جهة مختصة ومتمرسة في هذا المجال حيث وردت إلينا الإجابة بأن القرار (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل) قد جاء مطلقاً بالنسبة لجميع هذه التساؤلات إلا أن الاتجاه الراجح يذهب إلى أنه مجرد قيام المتعهد له بالبناء لمرحلة (البتلو) فإن ذلك يعد كافياً لطلب التملك حتى وان لم يتم إتمام البناء وان المتعهد له يحق له تملك كامل المساحة موضوع التعهد حتى ولو كان البناء على مساحة اقل من المساحة محل التعهد

أما بالنسبة للمغروسات فيجب ان تكون أشجارها دائمة أو نخيل لذلك لا يعتد بالمحاصيل الصيفية أو الشتوية كالخيار والحنطة والشعير ولم يحدد عدد معين من المغروسات ولكن العرف جرى بأن يكون عدد المغروسات في الدونم الواحد هو أربعون غرسة من الأشجار أو النخيل . أما طريقة إثبات القيام بهذه الأعمال فإن ذلك يتم عن طريق البيئة الشخصية التي تستمع إليها المحكمة موقعياً ويلاحظ ان هنالك عدة موانع تجعل القيام بإحداث البناء أو المنشآت أو الغراس في العقار عديمة الجدوى فإذا كان المتعهد قد أثقل العقار بعقد رهن ضمان لدينه ثم تعهد بعد ذلك بنقل ملكيته إلى شخص آخر فإن الرهن الوارد على العقار ربما يكون مانع قانوني يحول دون تملكه للغير<sup>58</sup> وكثيرا ما يشترط الدائن المرتهن على الراهن عدم التصرف بالعقار المرهون مقابل الدين الذي يسلمه إياه إلى جانب الشروط الأخرى.

وفضلا عما تقدم فإن القرار الصادر من المحاكم بازالة شيوخ العقار يعد مانعاً قانونياً يحول دون التملك ، وعندئذ لا يكون أمام المتعهد إليه إلا المطالبة بقيمة المنشآت التي أقامها في العقار

<sup>58</sup> ينظر المادة (١/٣١٧) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث والحمد لله توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات وكالاتي:  
أولاً : النتائج

1- ان الاتفاق المبرم خارج دائرة التسجيل العقاري بنقل ملكية العقار هو تعهد من جانب المالك بنقل ملكية العقار وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعته قعده البعض عقداً باطلاً منعدم الاثر وان الالتزام بالتعويض عن النكول أساسه المسؤولية التقصيرية بينما عده البعض الآخر من الفقه بأنه عقد غير مسمى ولكن هذا الاتجاه هو الآخر انقسم على اتجاهين الأول يرى بأنه عقد غير مسمى تحول من العقد الباطل طبقاً لنظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي أما الاتجاه الثاني فيرى بأنه عقد غير مسمى قد نشأ ابتداء وهو لا يحتاج الى التحول إلا ان كلا الجانبين يرى أن التعويض المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي يكون أساسه المسؤولية التعاقدية المترتبة عن العقد غير المسمى.

٢- بعد ابرام التعهد فإن المتعهد اليه يكون بمركز قانوني أضعف من مركز المتعهد كون الأخير يكون على الأغلب قد قبض البديل أو جزء منه ولا يوجد مانع يحول دون نكوله عن نقل ملكية العقار للمتعهد اليه وعند ذلك لا يبقى أمام المتعهد اليه سوى المطالبة بالتعويض عن فرق بدل العقار وقت النكول والبديل المسمى في التعهد

٣- إزاء كثرة حالات النكول عن التعهد بنقل ملكية العقار فقد أصدر المشرع العراقي القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل ليعطي الحق للمتعهد إليه بطلب تملك العقار محل التعهد عن طريق القضاء اذا قام بالاعمال الممهدة لطلب تملك العقار وذلك اما بسكن العقار أو أحدث فيه بناء او إنشاءات أو غراس دون معارضة تحريرية من المتعهد على أن يكون التملك بالبديل المتفق عليه في التعهد أو المطالبة بالتعويض عن الفرق بين قيمة العقار وقت النكول والبديل المتفق عليه في التعهد

٤- لا توجد جدوى حقيقية من القيام بالأعمال اللازمة لطلب تملك العقار عن طريق القضاء اذا قام المتعهد بمعارضة المتعهد اليه تحريراً .

٥- وعلى فرض قيام المتعهد إليه بأي من الأعمال المطلوبة في الفقرة (1) المذكورة آنفاً دون معارضة المتعهد فإن المطالبة بالتمليك لا تخلو من المخاطر كما لو أقدم المالك على رهن العقار أو كان العقار أو حق التصرف فيه مملوكاً على الشيوع و طلب أحد الشركاء ازالة شيوعه فإن جميع هذه الحالات تحول دون تملك المتعهد إليه للعقار محل التعهد.

## المقترحات

بعدما توصلنا إلى النتائج السالفة الذكر ولغرض تحقيق الحماية القانونية والتوازن والمساواة بين أفراد المجتمع وهي الغاية التي يسعى المشرع لتحقيقها نقترح إجراء التعديلات في القوانين الآتية :

١ القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل :

أ- إلغاء المادة (٥٠٨) كونها جعلت بيع العقار عقداً شكلياً وبالتالي يبقى هذا الرضائي.  
ب- تعديل المادة (١١٢٧) الى الصيغة الآتية: (أولاً - لا تنتقل الملكية في العقار ومشتري آخر لهذه الحقوق أو حق التصرف فيه ولا تقرر الحقوق العينية الواردة على العقار سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا اذا روعيت الأحكام الواردة في قانون التسجيل العقاري وتعليماته .  
ثانياً - يبين قانون التسجيل العقاري الأحكام والسندات الواجب تسجيلها سواء أكانت نافذة للملكية أم غير نافذة ويقرر الأحكام المتعلقة بالتسجيل .  
٢ قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل :

أ- تعديل المادة (١/٢٠٣) من قانون التسجيل العقاري بالشكل الذي يجعل من التسجيل شرطاً لانتقال الملكية سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير  
ب- ضرورة معالجة حالات التزاحم بين مشتري العقار أو حق التصرف في العقار ومشتري آخر لهذه الحقوق مع فرض العقوبات الجزائية والغرامات في حالات الغش والتواطؤ .  
ج- وضع ضوابط لآلية تسجيل الحقوق الإرثية تتسجم مع هذا التحول وضرورة إعطاء الحق للمشتري لتسجيل عقدة عن طريق القضاء بموجب دعوى صحة التعاقد في حالة امتناع البائع عن الحضور الى دائرة التسجيل العقاري بعد إنذاره بضرورة تنفيذه التزامه.  
د - إعطاء الحق للبائع بطلب فسخ عقد بيع العقار عن طريق القضاء بعد انذار المشتري بضرورة مراجعة دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقد .  
٣- إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ المعدل .

وذلك بعدما أضحى بيع العقار عقداً رضائيً ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول على وفق ما مذكور بالفقرة ١/ - أ في أعلاه وإذا وجدت الكتابة فتكون للإثبات فإذا نكل البائع وأقام المشتري الدعوى وقررت المحكمة تملكه العقار واكتسب الحكم القضائي درجة البنات عندئذ يمكن تنفيذه في دائرة التسجيل العقاري، وبالتالي نكون في غنى عن القيام بالأعمال الممهدة التي يتطلبها القرار (١١٩٨) والتي قد لا يتمكن المتعهد له القيام بها وحتى لو قام بها ربما تكون محفوفة بالمخاطر أما بسبب تصدي المتعهد بالمعارضة التحريرية لها أو بسبب شكليات الإجراءات القضائية وتعقيداتها .

## المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- الاستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، الحقوق العينية ، ج ١ ، كلية القانون ، جامعة بغداد ،  
د حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة - عقد البيع ، شركة الرابطة للطبع  
والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣
- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، حق الملكية ،  
د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٧٠
- محمد كامل مرسي باشا ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢ ، ط ٢ ، دون ذكر للناسر ، ١٩٥١ .  
السيد خلف محمد دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية المركز القومي للاصدارات القانونية  
الطبعة الأولى، ٢٠٠٧-٢٠٠٨
- . د. حسن علي الذنون النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام - احكام الالتزام - إثبات الالتزام ،  
مطبعة المعارف بغداد، ١٩٥٢ .
- .د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول في البيع والايجار، بغداد، ١٩٧٠  
در عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع البيع والمقايضة، مطابع دار  
النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بدون سنة طبع .
- .د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة  
الخامسة ، مطبعة النديم، بغداد، ١٩٧٠ .
- . د. غني حسون طه الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول، بغداد ،  
١٩٧٩ .
- د حسن علي ذنون العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣ .
- .د عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون  
المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٨٠
- محمد كامل مرسي باشا ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، ٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة، ١٩٥١  
مكي ابراهيم لطفي الشكلية القانونية والتعهد بنقل ملكية العقار والشقق السكنية، مطبعة الرشاد بغداد،  
١٩٨٩ .

ثانياً: المجالات القضائية

- 1- مجلة العدالة ، مجلة قانونية فصلية ، تصدرها وزارة العدل ، بغداد ، العدد الأول ، ١٩٩٩ .
- مجلة التشريع والقضاء ، مجلة قانونية فصلية صادرة في العراق ، بغداد ، العدد الأول (كانون  
الاول - شباط - آذار) ، ٢٠١١ .
- مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثاني ، السنة الثالثة (نيسان - ايار - حزيران) ، ٢٠١١ .

### ثالثاً : القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢- قانون المرافعات المدنية رقم 3 لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٣- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
- ٤- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ٥- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المنشور بالوقائع العراقية ٢٦٢١ في.١٩٧٧/١١/١٤.
- ٦- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ المنشور بالوقائع العراقية ٢٩٧٤ في.١٩٨٤/١/٢.

### رابعاً القرارات القضائية

- قرار محكمة استئناف البصرة المرقم ٧٣ في ١٩٩٩/٢/٢٠ منشور في مجلة العدالة ، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل - بغداد ، العدد الأول ، ١٩٩٩ ، ص ١١٩
- رقم القرار ٥٠ / حقوقية ١٩٩٦/٩٩١ . مشارلة لدى هادي عزيز علي، ج ٢، ص ٢٥٢ .
- قرار محكمة التمييز الاتحادية الهيئة الاستئنافية العقار في ٢٠٠٩/٢/١١ منشور في مجلة التشريع والقضاء ، مجلة قانونية فصلية ، صادرة في العراق- بغداد ، العدد الأول، ٢٠١١ ، ص ١٨١ .
- رقم القرار ١٠٢/١٠ / ١٩٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٥ .
- رقم القرار ٤١٤ / ت / ب / ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٥/٣١ .
- رقم القرار ٢٣٥ حقوقية ١٩٩٤ بتاريخ ١٩٩٤/٢/٨ .
- رقم القرار ٤٠ استئناف / ١٩٧٠ بتاريخ ١٩٧٠/٦/٧ ، النشرة القضائية، العدد الثاني السنة الأولى، ١٩٧٠ ، ص ١٤٠-١٣٨ .
- رقم القرار ١٠٨ / حقوقية ١٩٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٩/٢٠ .
- رقم القرار ١٥٥٠ / ح / ١٩٩٧ بتاريخ ١٩٩٧/٩/٢٠ .
- رئاسة محكمة استئناف بغداد رقم القرار ٢٩ / حقوقية
- ١٩٩٦ في ١٩٩٦ / غير منشور.
- قرار المرقم ٢٦٠ / حقوقية / ٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٢
- محكمة استئناف بصفتها التمييزية بقرارها المرقم ١٤٧/ تمييزية
- ١٩٨١ / بتاريخ ١٩٨١/٣/١٤ قرار ٣١ - حقوقية- ٢٠٠١ - مجلة العدالة العدد ٤ سنة ٢٠٠١ ص ٩٢ ..