المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

التكييف القانوني للتعهُّد بنقل ملكية العقّار في القانون العراقي
دراسة تحليلية تطبيقية

فرهاد حاتم حسين
مدعي عام في دائرة الادعاء العام في السليمانية، العراق
قسم القانون، كلية القانون، جامعة جيهان- السلمانية، السليمانية، العراق
Email: farhad.hatem@sulicihan.edu.krd

الملخص:

من المعلوم أن الحقوق العينية العقارية كانت ولا تزال تحضى بأهمية قصوى في مجالات العلاقات القانونية من بين باقي الحقوق الأخرى، نظراً لحاجة الإنسان في التملُّك العقاري وكثرة المعاملات فيها، وهذا ما حدى بالمشرّع العراقي الى إحاطتها بمجموعة من الضمانات وعدّها من النظام العام، بحيث لا يجوز الإتفاق على ما يخالف قواعدها، كما واسبغ عليها ركن الشكلية، إلاّ أنَّ معالجة المشرّع العراقي لموضوع التعهُّد بنقل ملكية العقار أو الحقّ العيني العقاري والآثار القانونية الناجمة عنه لم تأت بالمستوى المطلوب الذي يضمن فيه حقوق الأطراف وخاصَّة المتعهّد له أو لمصلحته، كما أن المشرّع قد قصّر أحكام التعهُّد فقط بالتعهُّد بنقل ملكية العقار وحق التصرّف فيه، دون شمولها للحقوق العينية العقارية الأخرى ولا يمكن إستنتاج أو قياس هذه الأحكام على الحقوق العينية الأخرى بإعتبار أن نص القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل قرارخاص و إستثناء على القاعدة العامة الواردة في نص المادة 508 من القانون المدني التي بيّنت وألزمت تسجيل العقار في دوائر التسجيل العقاري المختص بإعتبار أنه عقد شكلي ولا ينعقد إلاّ باستيفاء هذه الشكلية، وبعكسه يترتَّب على العقد البطلان، ولهذا سعينا جاهداً للإجابة على التساؤلات التي قمنا بإثارتها بصدد معالجة الموضوع، والملاحظ على نص المادة 1127 من القانون المدني العراقي انه تضّمن فقط إلزام المتعهّد بدفع التعويض عند إخلاله بتنفيذ تعهُّده الخاص بنقل ملكية عقاره إلى الغير، أو إلزام المتعهّد له عند إخلاله بتنفيذ إلتزامه بدفع المقابل، سواء أُشترط التعويض في العقد أم لم يُشترَط، ولكن بعد صدرو قرارا مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار 1428 لسنة 1984 نتج عن هذا التعهد أثرين قانونين مهمّين، وهما تحديد التعويض الناجم عن الإخلال بالتعهّد بنقل ملكية العقار بشرط أن لايقلَّ عن الفرق بين البدلين (بدل العقار بتأريخ الشراء والبيع وبدله بتأريخ النكول)، وثانيهما إمكان طلب التنفيذ العيني عند توافر شروط التمليك الواردة في القرار، وقد وجدنا من خلال القرارات القضائية لمحكمة التمييز قبل صدور القانون المدني، أنها كانت تعتبر التصرُّف بالعقار خارج دائرة الطابو تصرُّفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً ،بحيث لا يترتَّب عليه أيَّة آثار، ومن ضمنها التعويض لأن ما بني على الباطل فهو باطل، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، أمّا القرارات المدنية لقضاء محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية ،فنجد بأنَّها قد أخذت بالإتجاه الفقهي الذي إعتبر التعهُّد عقداً غير مسمَّى، وأن المسؤولية الناشئة عند الإخلال بها هي مسؤولية عقدية بإعتبار انها من العقود الفورية التنفيذ، بحيث يترتَّب عليه آثاره القانونية بمجرَّد إرتباط الإيجاب بالقبول.

پوختە:

ئاشکرایە کە مافە عەینی یە نەگوێزراوەکان لەرابردوو ولەئێستاشدا پێگەیەکی یاسایی وگرنگی یەکی تایبەتی خۆیان هەیە لەنێو بوارەکانی تری پەیوەندی یاسایی، بە بەراوورد بە مافەکانی تر، ئەویش بەهۆی پیویستی وئارەزووی مرۆڤ بۆ مولْکداری خانووبەرە وزۆری مامەلْەکردن پێوەیك، رەنگە هەر ئەوەش وای کردبێ لە یاسادانەری عێراقی کە گرنگی یەکی تایبەتی پێ بدات وکۆمەلْێک گرەنتی بۆ دانێت وەبیخاتە نێو چوارچێوەی سەستەمی گشتی یەوە، بە شێوازێک کە سەرپێچی کردنی رێگە پێدراو نەبێ وهاوکات بەبێ تۆمارنەکردنیگرێبەستەکە لەتەرمانگەی تۆمارکردنی خانووبەرە دەبێتە هۆی دانانی بە پووچەلْ، وەئەوەی جێگەی سەرنجە چارەسەرکردنی یاسادانەری عێراقی لەم بارەیەوە بەپێ ی پێویست نەبووهەروەها تەنها بابەتی بەلْێندان بۆ گوواستنەوەی مولْکداری گرتەوە بەبێ گوێدانە بابەتەکانی تری مافە ئەینی یە نەگوێزراوەکان، بۆیە لەم توێژینەوەدا هەولْمانداوە وولْامی ئەو پرسیارانە بدەینەوە کە تایبەتە بەباسەکەمانەوە، وەئەوەی تێبینیمان کرد لە دەقی مادەی ١١٢٧ی یاسای شارستانی عێراقی ئەوەبوو کە تەنها باسی لەپابەندکردنی لایەنی بەلْێندەر وبەلْێن پێدراو کردووە بەپێدانی قەرەبوو لەکاتی پەشیمانبوونەوەی لایەنێکیان ، بەلْام بڕیاری ژمارە ١١٩٨ی ساڵی ١٩٧٧ ی ئەنجومەنی سەرکردایەتی شۆڕشی هەلْوەشاوە باسی لەقەرەبوو کردووە وتەنانەت بڕەکەشی دیاریکردووە کە بریتی یە لە جیاوازی نرخی نەگوێزراوەکە لەکاتی فرۆشتنی ولەکاتی پەشیمان بوونەوە، لەگەلْ رێگەدان بەداوای جێبەجێکردنی عەینی ئەگەر مەرجەکان دەستەبەربوون وماوەدرێنجام گەشتینە ئەو بڕوایەی کە ئەو هەلْس وکەوتەی

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

کەدەکرێت لەسەر کەگوێزراوەکان وبەڵێندان بە گواستنەوەی خاوەندارێتی دەکرێت وەکوو گرێبەستێکی نەناسراو(عقد غير مسمى) دیاری بکرێت، وەئەو بەرپرسیارێتی یەی کەلەدەرئەنجامی پێشێلژردنی دروست دەبێ بەرپرسیارێتی گرێبەستی یە بەو پێ یەی کەگرێبەستێکی هەنووکەیی یە وە لەگەل ڕێک کەوتنی ئیجاب و ڕەزامەندی لێکەوتەکانی دروست دەبن.

Abstract:

it is known that rights in rem in property were and still are of great importance in the areas of legal relations among the rest of the other rights, given the human need in real estate ownership and the large number of transactions in it. This has prompted the Iraqi legislator to provide it with a set of guarantees and incorporates them in the public order, and that it is not permissible to agree on what opposes its rules, and the formal element has been granted to it. However, the Iraqi legislator's remedy of the issue of the commitment to transfer ownership of the real estate or rights in rem right and the subsequent legal effects have not met the required level that guarantees the rights of the parties, especially the contractor or in his interest, and the legislator has failed The provisions of the undertaking only to undertake to transfer the ownership of the real estate and the right to dispose of it, without including other rights in rem in property.

For this reason we have tried to answer the questions that we raised regarding the treatment of this subject, and it is noticeable in the text of Article 1127 of the Iraqi Civil Code that it only included obligating the obligor to pay compensation when the obligor breaches the implementation of the commitment to transfer the ownership of the property to the other party, or to oblige the contractor when breaching the obligation to pay the consideration regardless of whether the compensation is stipulated in the contract or not. Nonetheless after the Revolutionary Command Council issued Decision No. 1198 of 1977 amended by Resolution 1428 of 1984, this commitment resulted in two important legal effects, namely determination of the compensation that results from the breach of the pledge to transfer the ownership of the property on First, the condition that; it is not less than the difference between The two alternatives (the real estate sale allowance for the date of purchase and sale, and the alternative on the date of the transfer), and the second of is the possibility of requesting real implementation when the ownership conditions mentioned in the decision are fulfilled

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المقدمـــــــــــة

أولاً/ أهميَّة البحث وسبب إختيار الموضوع

ممّا لا شك فيه أن إحقاق الحق تعدُّ إحدى المباديء السامية الذي يجب على القاضي التمسُّك بها في مسيرته القضائية من أجل تحقيق الهدف الأسمى للقانون ألا وهو تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات، وقد تناول باحثوا وأساتذة القانون المدني العراقي موضوع التصرُّف بالعقار خارج دائرة التسجيل العقاري بالدراسة والمناقشة والتحليل، وذلك لما لهذه المسألة من أهمية قانونية وإقتصادية، ولما يتميَّز به العقار من أهمية بالمقارنة مع المنقول، والمطّلع على أحكام محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية في العراق في هذا الصدد يجد أن هنالك أعداداً لايستهان بها من قرارات قضائية بخصوص البيوعات الجارية خارج دائرة التسجيل العقاري، الأمر الذي يؤدّي بالنتيجة الى خلق جوّ من الإضطراب وعدم الإستقرار في التعامل ، والتي لا تنسجم مع غايات المشرّع الذي يسعى دائماً إلى إحداث أو تحقيق التوازن التعاقدي بين البائع والمشتري، عليه وبناءاً على ذلك نجد بأن المشرَّع العراقي وفي سبيل الوصول الى هذه الغاية ، ولأجل دفع المنازعات و حماية حقوق الأطراف وتحقيق الإستقرار في المعاملات قضى بجعل عقد بيع العقار أو بيع ايّ حق عقاري آخر من العقود الشكلية التي لايكفى لإنعقادها مجرَّد تراضي الطرفين أو إرتباط الإيجاب بالقبول، بل ألزم إضافةً إلى ذلك إستيفاء الشكل الذي ينص عليه القانون[1] ،ويمكن القول بأن المشرّع العراقي في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدّل قد ذهب الى أبعد من ذلك ، عندما جعل الإجراءات اللاّزمة في التصرّف بالعقار (الشكلية) أو ركن التسجيل، من النظام العام بحيث لايجوز الإتفاق على ما يخالفها[2]، وذلك حماية للأغيار ولضمان الثقة في المعاملات العقارية وإستقراراها، إذ عن طريق هذا النظام يتمُّ إعلان التصرّفات التي ترد على العقارات ،فيتيسَّر لكلِّ ذي مصلحة العلم بالملكية أو أيّ حقٍ عينيٍ آخر، وبما قد يرد عليها وبالأشخاص الذين تثبت لهم .

---

[1] الملاحظ على القرارات القضائية (أحكام محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية في العراق) أنها لاتستخدم عبارات دقيقية وموحَّدة لوصف التصرُّف الصادر من البائع للعقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فتارةً تصف هذا التصرُّف ب (العقد) وتطلق على المتصرّف (البائع) والمتصرّف إليه (المشتري) وتعتبر في نفس الوقت هذا التصرُّف باطلاً بطلاناًمطلقاً، ومثالها القرار المرقم (1011/حقوقية /1994 في 1994/10/1) الصادر من محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، المنشور في كتاب التطبيقات القضائية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، التعهُّد بنقل ملكية العقار، من إعداد المحامي هادي عزيز على، مطبعة الخليج العربي، بغداد 1998، ص86، فقرة 270 والتي تتضمَّن بأنه (كان بإمكان المميّزة (البائعة) تجنُّب حالة النكول عندما أقيمت عليها الدعوى لإسترجاع العربون وتبدي إستعدادها للتقدير ،وعليه فأنها تعتبر ناكلة عن البيع خاصة وان البائعة هي المكلَّفة بإنجاز معاملة البيع والحصول على براءة الذمَّة من دائرة الضريبة أو دفع الضريبة المتحقِّقة عليها).

وتارة أخرى تصف هذا التصرّف بأنه عقد بيع خارجي أو تعهد أو مقاولة بيع، ومثالها القرار المرقم (1809/حقوقية/1992 في 1992/2/17 المنشور في نفس المصدر السابق، ص93، فقرة 296 والذي جاء فيه (إذ قدّر مبلغ التعويض الفرق بين قيمة العقار المبيّن في التعهد وقيمته عند النكول أكثر من مبلغ التعويض المتّفق عليه في التعهد فان ذلك التقدير صحيح وموافق للقانون)، أنظر كذلك القرار المرقم 79/حقوقية/1993 في 1993/1/20 المنشور في نفس المصدر السابق، ص95، فقرة301 والذي جاء فيه (يعتبر المميز(المشتري) هو الناكل عن تنفيذ عقد البيع الخارجي للعقار موضوع الدعوى لعدم تسديده مبلغ العربون المتَّفق عليه، وقد ظهر أن الصكّ المحرَّر من قبله بدون رصيد، لذا مطالبته بالتعويض لاسند له في القانون).

[2] تنص المادة 508 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدّل على أن (بيع العقار لاينعقد إلاّ إذا سُجّلَ في الدائرة المختصة وإستوفى الشكل الذي نصّ عليه القانون)، أنظر كذلك نص المادة(2/91) من القانون المدني العراقي والتي تنصُّ على أنَّه (فإذا إشترط القانون للعقد إستيفاء شكل معيَّن ،فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتّفاق الإبتدائي الذي يتضمَّن وعداً بإبرام هذا العقد)، كما تنص المادة (2/1126) من القانون العراقي على أن (العقد الناقل لملكية العقار لاينعقد إلاّ إذا روعيت فيه الطريقة المقرَّرة قانوناً)، كما تنص المادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدّل على أنه (لاينعقد التصرُّف العقاري إلاّ بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

وممّا لاشك فيه أن موقف المشرّع العراقي بهذا الصدد قد ترك أثره على الفقه في العراق، الأمر الذي سمح بفسح المجال لبيان الآراء المتعدِّدة في هذا المجال، وخصوصاً فيما يتعلَّق بالأساس القانوني أو التكييف القانوني لها ،ووفق ما أشار إليه المادة 1127 من القانون المدني العراقي[3] .

ثانياً/ مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في أنَّ معالجة المشرّع العراقي لموضوع التعهُّد بنقل ملكية العقار أو الحقّ العيني العقاري والآثار القانونية الناجمة عنه لم تأت بالمستوى المطلوب الذي يضمن فيه حقوق الأطراف وخاصَّة المتعهِّد له أو لمصلحته ، كما أن المشرّع قد قصّر أحكام التعهُّد فقط بالتعهُّد بنقل ملكية العقار وحق التصرّف فيه، دون شمولها للحقوق العينية العقارية الأخرى ولا يمكن إستنتاج أو قياس هذه الأحكام على الحقوق العينية الأخرى بإعتبار أن نص القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل قرار خاص و إستثناء على القاعدة العامة الواردة في نص المادة 508 من القانون المدني التي بيّنت وألزمت تسجيل العقار في دوائر التسجيل العقاري المختص بإعتبار أنه عقد شكلي ولا ينعقد إلاّ باستيفاء هذه الشكلية، وبعكسه يترتَّب على العقد البطلان، ولهذا سوف نسعى جاهداً للإجابة على التساؤلات التي سوف نثيرها بصدد معالجة الموضوع.

ثالثاً/ منهجية البحث

لأجل إعطاء شرح وافي من الناحيتين النظرية والتطبيقية لموضوع البحث، سوف نتَّبع المنهج التحليلي الوصفي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني بصدد الموضوع مع إعطاء شرح تفصيلي لمضمون القرار الرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل، معززاً بآراء الفقهاء مع بيان ما إستقر عليه القضاء العراقي والكوردستاني.

رابعاً/ خطَّة البحث

لغرض دراسة الموضوع وتحديد كافة الجوانب القانونية لها وبيان موقف الفقه والقضاء سوف نتناول في هذا البحث وضمن مبحثين مستقلَّين تحديد وبيان ماهية التعهُّد بنقل الحق العيني العقاري والإتجاهات الفقهية الواردة بصدد التكييف القانوني لهذا التعهُّد، وذلك ضمن المبحث الأول، ثم نخصّص المبحث الثاني لإعطاء شرح وافي لمضمون القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل ، ثم نختتم البحث بخاتمة تحتوى على مجمل الإستنتاجات والتوصيات التي سوف نتوصَّل إليه.

---

[3] جاء تأكيد ذلك في نص المادة 130 من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (1-يلزم أن يكون محل الإلتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب ّ وإلّا كان العقد باطلاً.

2-ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلِّقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث والأحكام المتعلِّقة بالإنتقال والإجراءات اللاّزمة للتصرُّف في الوقف وفي العقار والتصرُّف في مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الإستثنائية).

3- تنص المادة 1127 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدّل على أن (التعهُّد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلتزام بالتعويض، إذا أخلَّ أحد الطرفين بتعهُّده سواءاً أُشترط التعويض في التعهُّد أم لا).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الأول: ماهية التعهد بنقل ملكية الحق العيني العقاري والإتجاهات الفقهيةالواردة بصدد تكييفه

تحضى الحقوق العينية العقارية بأهمية قصوى في مجالات العلاقات القانونية من بين باقي الحقوق الأخرى، نظراً لحاجة الإنسان في التملُّك العقاري وكثرة المعاملات فيها، وهذا ما حدى بالمشرّع العراقي الى إحاطتها بمجموعة من الضمانات وعدّها من النظام العام، بحيث لا يجوز الإتفاق على ما يخالف قواعدها[4]، وأسبغ عليها ركن الشكلية ، بحيث لا يتمُّ إنعقاد التصرُّف مالم يستوف الشكلية المتمثِّلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ولكن نجد أنه قد لا يتمُّ مراعاة هذه الشكلية إبتداءاً في وقته لأسبابِ تتعلَّق بمدى وعي المتعاقدين ووجود الثقة بينهما وطبيعة العلاقات الاجتماعية بينهم، الأمر الذي يقتصر التصرّف القانوني على مجرّد التعهُّد بنقل ملكية الحق العيني العقاري.

لذا وبغية بيان مفهوم هذا التعهُّد، وما قد يترتَّب عليه من آثار قانونية، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الأول تعريف التعهُّد بنقل ملكية الحق العيني العقاري وما يتضمَّن من شروط وبيان خصائص هذا التصرّف، أمّا المطلب الثاني، فسوف نخصِّصهُ لتحديد وبيان الإتجاهات الفقهية الواردة بصدد هذا التصرف القانوني وبيان الأساس القانوني له.

المطلب الأول: تعريف التعهد بنقل ملكية الحق العيني العقاري وشروطه وخصائصه في القانون المدني العراقي

التصرّفات القانونية الواردة على العقار، إمّا تصرّفات قانونية منشئة لحقوق عينية على العقار، ومثالها إبرام عقد المساطحة عليه، والتي تعدُّ من التصرّفات القانونية المنشئة لحق عيني أصلي على العقار، وكذلك عقد الرهن العقاري الذي يُعدُّ من التصرّفات القانونية المنشئة لحق عيني تبعي على العقار المرهون، كما يُعدُّ في نفس الوقت من عقود الضمان وعقد بمقابل[5] ، وعليه وبغية إعطاء شرح وافي للموضوع ،سوف نقسِّم هذا المطلب الى فروع ثلاثة، نتناول في الفرع الأول، تعريف التعهد بنقل ملكية الحق العيني العقاري، ونخصّص الفرع الثاني لبيان شروط التعهُّد بنقل ملكية الحق العيني العقاري ، أمَّا الفرع الثالث والأخير، فسوف نخصّصه لبيان خصائص التعهُّد بنقل ملكية الحق العيني العقاري.

الفرع الأول: تعريف التعهد بنقل ملكية الحق العيني العقاري

الملاحظ على أحكام القانون المدني العراقي أن المشرّع لم يورد تعريفاً محدّداً للتعهُّد بنقل ملكية الحق العيني العقاري، وإكتفى بإيراد نصوص خاصّة منظِّمة لأحكام هذا التعهُّد، ومنها ما جاء في نص المادة 1127 منه الذي تضّمن إلزام المتعهِّد بدفع التعويض عند إخلاله بتنفيذ تعهُّده الخاص بنقل ملكية عقاره إلى الغير، أو إلزام المتعهِّد له عند إخلاله بتنفيذ إلتزامه بدفع المقابل، سواء أُشترط التعويض في العقد أم لم يُشترَط [6] .

وبملاحظة نص المادة المذكورة يتبيَّن لنا بأن الأثر القانوني المترتِّب على الإخلال بهذا التعهُّد هو إلزام الطرف المخلّ بالتعويض دون تحديد مقدارها، ممّا يستوجب، إمّا إتفاق الطرفين عليها، أو إستعانة محكمة الموضوع بخبرة الخبراء في هذا الصدد.

ولكن بعد صدرو قرارا مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار 1428 لسنة 1984 نتج عن هذا التعهد أثرين قانونين مهمّين، وهما تحديد التعويض الناجم عن الإخلال بالتعهّد بنقل ملكية العقار بشرط أن لايقلَّ عن الفرق بين البدلين (بدل العقار بتأريخ الشراء والبيع وبدله بتأريخ النكول)، وثانيهما إمكان طلب التنفيذ العيني عند توافر شروط التمليك الواردة في القرار [7] .

---

[4] د. محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 56.

[5] محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، بغداد، 1980،ف 140 ، ص 14.

[6] لاحظ نص المادة (1127 من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1971 المعدّل التي تنصُّ على أنه (التعهُّد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلتزام بالتعويض، إذا أخلَّ أحد الطرفين بتعهُّده سواء إشترط التعويض في التعهُّد أم لم يشترط).

[7] لاحظ نص القرار المرقم 198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار المرقم 1428 لسنة 1984.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

وبناءاً على ذلك يمكن تعريف التعهد بنقل ملكية الحق العيني العقاري بأنه، إلتزام صاحب العقار بالإلتزام بنقل ملكية الحقّ العيني العقاري في المستقبل وإلتزام المتعهّد له بدفع المقابل وتحّمل الطرفين للآثار القانونية الناجمة عن الإخلال بالتعهُّد سواء كان بدفع التعويض المتمثِّل بالفرق بين البدلين أو بالتنفيذ العيني عند توافر شروطها).

أمّا المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 فقد عرّفت التصرُّف العقاري بأنه (كلُّ تصرّف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكلُّ تصرّف مقرّر لحق من الحقوق المذكورة) [8] .

الفرع الثاني: شروط التعهد بنقل ملكية الحق العيني العقاري في التشريع المدني العراقي

أولاً/ في القانون المدني العراقي

بالرجوع غلى النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي بصدد التصرُّفات القانونية الخاصَّة بالحقوق العينية العقاري، نجد بأن هنالك إجماعاً على إضفاء صفة البطلان على جميع هذه التصرّفات مالم تحضى بتحقيق ركن الشكلية فيها، والمتمثِّلة بالتسجيل في دوائر التسجيل العقاري المختصة، فالمادة 508 منه قد نصَّت بصريح العبارة على بطلان التصرف القانوني الخاص بالعقار وعدم إنعقاد البيع مالم يُسجَّل لدى دوائر التسجيل العقاري المختصة [9] ،أمّا مسألة التعهُّد بنقل ملكية العقار، فقد عالجه المشرّع في نص المادة 1127 من القانون المدني المُشار إليه سابقاً، وترتَّب على الإخلال به أثر قانوني واحد، ألا وهو الإلتزام بالتعويض بغضّ النظر عن إشتراطه في التعهُّد من عدمه، وجاء بنفس الحكم السابق في المواد 90 و 137 والمادة 1071 من نفس القانون بالنسبة لوجوب تسجيل القسمة الرضائية في العقار لدى دوائر التسجيل العقاري المختصة، بإعتبار أنَّه ليس بعقد بيع عقار بل هو عقد غير مسمَّى، وكذلك الحال بالنسبة للمادة 247 منه ، ويترتب عليه آثار قانونية متمثِّلة بالتعويض عند الإخلال وهو خاضع للقواعد العامة في العقود المسمّاة بالنسبة لآثار العقد.

ثانياً/ في قانون التسجيل العقاري

تعُّد دوائر التسجيل العقاري المختصَّة الجهة المختصة بتدوين وتوثيق كافة العقود والتصرّفات القانونية الواردة على الحقوق العينية العقارية ،في سجلاتها الرسمية والتى تعدُّ حجج رسمية غير قابلة للطعن إلاّ بالتزوير، وبملاحظة نصوص القانون المنظِّم لها والمتمثِّل بقانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971[10] ، نجد بأنَّ هنالك توافقاً تامَّاً مع نصوص القانون المدني الوارد ذكره بصدد التصرُّفات العقارية ، حيث نجد بأن المادة الرابعة من هذا القانون تنصُّ على عدم الإعتداء بأيّ تصرف على أيّ حقّ عينيّ عقّاري مالم يتم مراعاة الشكلية فيها والمتمثِّلة بالتسجيل في سجلات دوائر التسجيل العقاري، ويُقصد بالسجل العقاري لأغراض تنفيذ المادة أعلاه السجل الذي يثبت فيه التسجيلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند إليه في إصدار السند ، أمّا السند فهو الصورة المطابقة للسجل العقاري بعد إستيفاء التسجيل شكلها النهائي[11].

ثالثاً/ في القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار 1426 لسنة 1983

كما سبق بيانه، فإنَّ القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار 1426 لسنة 1983 قد جاء بإستحداث أثر قانوني مهم وهو إمكانية التنفيذ العيني للتصرُّفات الواقعة على العقار عند تحقُّق شروطها، وبنفس الثمن الذي بُيعت به العقار، وبالتالي فإن التصرُّف المذكور لايمكن أن نضفي عليه صفة البطلان أو عدم الإنعقاد الواردتين في القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري، ولعلَّ غاية المشرّع العراقي في هذا المجال هي تحقيق العدالة ومراعاة الجانب الضعيف في هذه العلاقة والمتمثِّل بالمتعهد، خصوصاً وأنَّ المتعهّد أو مالك العقار أحياناً قد يستغل فرصة غلاء وإرتفاع أسعار العقارات، وهذا ماجاء بنص الفقرة ب من القرار والمتضمِّن

[8] لاحظ نص المادة 3 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971.

[9] لاحظ نص المادة 508 من قانون المدني العراقي.0

[10] تم نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية تحت عدد 1995 في 1971/5/10 وبالتالي أصبح نافذاً منذ ذلك التأريخ.

[11] لاحظ في هذا الصدد نص المادة الأولى من قانون التسجيل العقاري رقم 43لسنة 1971.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

إعتبار سكن المتعهِّد له للعقار موضوع أو محل التعهّد أو إحداثه فيه أبنية أو منشئات أخرى وبدون معارضة تحريرية من المتعهد سبباً صحيحاً بحيث يبيح له تملُّك العقار بقيمته المبيّنة في العقد وقت التعهُّد.

الفرع الثالث: خصائص التعهُّد بنقل ملكية الحقّ العيني العقاري

يتميَّز التعهّد بنقل ملكية العيني العقاري بعّده خصائص تتمثَّل بما يلى:

أولاً/ أنَّه عقد رضائي وغير شكلي، ممّا يترتَّب عليه إبرامه بمجرَّد إرتباط الإيجاب بالقبول ودون الحاجة إلى صيغة معينّه أو شكلية معّينه.

ثانياً/ أنَّه من العقود الملزمة للجانبين ،وليس لجانبِ واحد، وهذا واضح من خلال ماجاء في نص المادة 1127 من القانون المدني العراقي، وماجاء في مضمون القرار المرقَّم 1198 المعّدل بالقرار المرقم 1426 لسنة 1983، وذلك بإعطاء الحق لأحد الطرفين للمطالبة بالتعويض أو التنفيذ العيني عند إخلال الطرف الآخر بإلتزامه.

ثالثاً/ أنه من العقود الفورية التنفيذ، حيث يترتَّب أثره بمجرَّد إنعقاد العقد وإرتباط إيجاب أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويتمُّ مباشرة تحديد حقوق وإلتزامات الطرفين.

رابعاً/ أنه من العقود غير المسماة، بإعتبار أنه لاينطوي تحت قائمة العقود التي تعرّض لها المشرّع العراقي بالتنظيم[12]، إلاّ أن ذلك لايمنع من سريان القواعد العامَّة الواردة بصدد تنظيم العقود [13] ،وعلى هذا إستقر قضاء محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية، ونذكر على سبيل المثال قرارها المرقم 279/ت/ب/2006 في 2006/11/14 [14] .

خامساً/ أنه من عقود المعارضة أو التبرُّع بحسب الأحوال.

المطلب الثاني: الإتجاهات الفقهية بشأن نقل ملكية العقار

كما بيّنا سابقاً فإنّ إتجاه المشرّع العراقي حيال بيع العقار ونقل الملكية واضح من خلال إعتبار الشكلية ركناً إلى جانب الأركان الثلاثة الأخرى (الرضا، والمحل، السبب)، وبالتالي فإنه لكي ينعقد العقد صحيحاً يجب تحقُّق ركن الشكلية ، وبعكسه يكون العقد باطلاً، وهذا الإتجاه في موقف المشرّع العراقي حيال التعهّد بنقل ملكية العقار ممّا لاشك فيه أنه ترك أثره على الفقه في العراق الأمر الذي أدّى إلى ظهور آراء وإتجاهات فقهية عّدة بصدد الأساس الذي يبنى عليه المطالبة بالتعويض جرّاء الإخلال بهذا التعهُّد، وإذا كان من الصعب حصر جميع هذه الآراء، إلاّ أن هذا لايمنع من التعرُّف على أهم الإتّجاهات التي تخصُّ الوضع القانوني أو الأساس القانوني للتعهُّد بنقل ملكية العقار ، وهي ثلاث إتّجاهات فقهية ،نتناولها في ثلاثة فروع مستقلة، ثم نتناول في الفرع الرابع رأينا الخاص في الموضوع.

---

[12] د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد 1969، 1970، ص8.

[13] د.حسن الخطيب، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مطبعة الحداد، البصرة، 1966، ص127، لاحظ أيضاً، نص المادة 76 من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((تسري على العقود المسمّاة منها وغير المسمّاة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل)).

[14] لاحظ تفصيل القرار المنشور في كتاب قرارات محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية، ج1 ، للقاضي جعفر كاظم المالكي والمحامي عبدالسادة شهاب العبادي، مطبعة العاتك، ط1، 2011، القاهرة ، ص 6-7.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الفرع الأول: الإتجاه الأول : نظرية تحول العقد [15]

يذهب انصار هذه النظرية [16] إلى أنَّه (إذا كان صحيحاً أن يُقال بأن عقد بيع العقار الغير المسجَّل في دائرة التسجيل العقاري يعتبر عقداً غير منعقداً قبل التسجيل، إلاّ أنه من الخطأ الذهاب الى أنه عقد مُنعدِمُ الآثار تماماً، فليس هنالك ما يمنع من أن ينتج هذا العقد الباطل بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين لا بوصفه واقعة قانونية ، وإنَّما لأنه عقد صحيح، لا من ناحية كونه عقد بيع عقار وإنَّما بإعتباره عقداً غيرُ مسمَّى، مقتضاه القيام بعمل، وهو الذهاب الى دائرة التسجيل العقاري لإكمال الإجراءات الشكلية الخاصَّة بنقل ملكية العقار، وهذا العقد الصحيح، هو الذي تحوَّل إليه عقد بيع العقار الباطل، وهذا مانصت عليه المادة 140 من قانون المدني العراقي [17] ، وبالتالي فإنَّ هذا العقد يكون عقدا ملزماً للطرفين.

الفرع الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية

يذهب انصار هذا الإتجاه [18]، الى أن أساس التعويض الذي نصَّت عليه المادة 127 من القانون المدني العراقي، هو العمل غير المشروع، وبعبارة أُخرى فإنَّ مسؤولية من تعهَّد بنقل ملكية العقار إذا أخلّ بالإلتزام بالنكول عن إجراء التسجيل، هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، وحجَّة هؤلاء هي أنَّ التعويض لازم سواءاً أُشتُرِط في التعهُّد أم لا، ويجد هؤلاء سندهم وتبريرهم في المادة 1127 من القانون المدني، بإعتبار أنَّ عقد بيع العقار في القانون المدني العراقي لاينعقد إلاّ بالتسجيل، فهو قبله عدم من الناحية القانونية، ولهذا لايصحُّ التمسُّك بما يرد فيه من شروط، ومع ذلك يجوز في حالة النكول أن يطلب المتضرِّر بالتعويض، وأنَّ أساس هذه المطالبة هي المسؤولية التقصيرية، ويضيف بأنَّ إحترام القضاء العراقي للشرط الجزائي الذي يدرجه الطرفان في مثل هذه التصرُّفات لايستند الى أساس سليم من الناحية القانونية، لأن العقد لم ينعقد لكي يُقال بأنَّ البائع إمتنع عن تنفيذ إلتزامه التعاقدي، وإنَّما يكون المدين قد أخلَّ بالإلتزام القانوني العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، وذلك لأن العقد وإن أُنعدِم وجوده على إعتباره عقداً، إلاّ أنَّه يُنظَر إليه على إعتباره واقعة قانونية، وينشأ عن الإخلال به مسؤولية تقصيرية [19] .

ويذهب الدكتور شاكر ناصر حيدر الى رأي قريب أو مماثل لرأي الدكتور حسن على الذنون، فهو يقول (بما أن البيع غير المسجَّل باطل ، ولا وجود له، وبما أنَّ الشرط الجزائي ماهو إلاّ إلتزام تابع لذلك العقد، فتطبيقا للقواعد القانونية المتقدِّم ذكرها وقاعدة المبني على الباطل باطل، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) يمكن القول بأنَّه من الواجب عدم إعتبار الشرط الجزائي في مثل هذه العقود لاسيما وأنَّه وحسب القواعد العامَّة لا يمكن إعتبار الشرط الجزائي مالم يكن مبنياً على إلتزام واجب التنفيذ، أو بتعبير آخر أن التعويض أو الضمان لا يستحق على أحد إلاّ إذا إمتنع عن أمر وجب عليه ، ولما كان البيع غير المسجَّل باطلاً، ولا ينشأ أيّ إلتزام

---

[15] أن هذه النظرية الألمانية الأصل تقوم على أساس أن التصرُّف الباطل قد يتضمَّن رغم بطلانه عناصر تصرُّف آخر قانوني صحيح، فيتحوَّل التصرُّف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو (التصرُّف الباطل) الى التصرُّف الذي توافرت عناصره وهو (التصرُّف الصحيح) ، وبذلك يكون التصرُّف الأول قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً ،ولهذا التحوَّل شروطه التي لابدَّ من توافرها (للتفصيل عن الموضوع ،أنظر، د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية ، دارة النهضة العربية، 1964، ص546، 547).

[16] ومن هؤلاء الدكتور عباس الصرّاف، مؤلفه شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد 1956، ص147 وما بعدها، أنظر كذلك ،د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الإلتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة النديم، بغداد, بدون سنة طبع.

[17] تنص المادة 140 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدّل على ما يلي (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبيَّن أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ابرام هذا العقد).

[18] من هؤلاء الدكتور حسن على الذنون، للتفصيل راجع مؤلفه: العقود المسماة ، عقد البيع، بغداد ،1953، ص128-130، فقرة 148.

[19] لمزيد من التفاصيل، راجع الأستاذ عبدالباقي البكري، تنفيذ الإلتزام، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد 1971، ص47-48.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

على كلّ من الطرفين ،فالتعهّد بالتقرير لايكون ملزماً، والشرط الجزائي المبني عليه يجب أن لا يكون معتبراً كذلك[20] ، فبالتالي فإنَّ مسؤولية المتعهّد عند الإخلال تُعدُّ مسؤولية تقصيرية بإعتبار أنَّ المسؤولية العقدية تصبح قائمة حينما يوجد العقد الصحيح [21] .

الفرع الثالث : الإتجاه الثالث: نظرية المسؤولية العقدية (أو العقد غير المسمَّى)

يذهب أنصار هذا الإتّجاه [22]، الى أنَّ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية التي عبارة عن الإخلال بالإلتزام العقدي ينشأ حقّاً للطرف الآخر للمطالبة بالتعويض، ولهذا فإنَّ التعهّد المنصوص عليه في المادة 1127 من القانون المدني العراقي عبارة عن عقد غير مسمَّى، فهو ليس بعقد بيع، ولكنَّه عقد ملزم للطرفين، بحيث إذا أخلَّ أحد الطرفين به إلتزم بدفع التعويض للطرف الآخر على أساسالمسؤولية العقدية، ويجد هذا الرأي سنداً له في المادة 170 من القانون المدني [23]، إذا كان التعويض مقدَّراً من قبل الطرفين، أما إذا لم يكن مقدَّراً فيتمُّ تقديره وفق أحكام المادة 169/ف1 [24].

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأنَّ عقد بيع العقار في القانون المدني العراقي يعتبر عقداً شكلياً، لأن التسجيل وحده ينعقد به البيع، حيث ينتج آثاره بنقل الملكية بعد التسجيل، إذ لا يوجد في أحكام القانون المدني العراقي نصّاً يجيز عقد بيع العقار غير المسجَّل بإعتباره عقداً صحيحاً ناتجاً لآثاره مالم يتمّ التسجيل، إلاّ أنَّه ومع ذلك، فإنَّ التراضي السابق على التسجيل لايمكن إنكاره، لأنَّ هذا التراضي وإرتباط الإيجاب بالقبول هو عقد ولكنَّه ليس بعقد بيع، بل هو عقد غير مسمَّى، مقتضاه القيام بعمل وهو ذهاب الطرفين إلى دائرة التسجيل العقاري لإكمال معاملة البيع وإكمال الإجراءات الشكلية التي تتطلَّبُها التسجيل، فإذا أخلَّ أحد الطرفين بهذا التعهُّد، فإنَّ الطرف الآخر يستحق التعويض على أساس المسؤولية العقدية سواء أُشترط التعويض أم لم يُشتَرط.

---

[20] نقلاً عن د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول ، في حق الملكية ، مطبعة المعارف، بغداد 1956، ص176-177).

[21] لاحظ، كاظم هلال ثجيل، بحث تقدّم به للمعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للمرحلة الثانية، الدورة 28 ،ص4، لاحظ أيضاً عبدالكريم محمد صادق، التعهُّد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، بحث تقدّم به كجزء من متطلبات الدراسة في المعهد القضائي للسنة الثانية، ص7.

[22] من أنصار هذا الإتجاه، السنهوري، راجع مؤلفه، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، مطبعة دار النهضة العربية 1964، ص 438-439.

-انظر كذلك د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، مطبعة الرصافي، الطبعة الثانية، بغداد 1976، ص 122، ومن أنصار هذا الإتجاه أيضاً الدكتور سعدون العامري في مؤلفه الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، في البيع والإيجار، مطبعة العاني, بغداد 1970، ص105.

[23] لاحظ نص المادة 170 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل التي تنصَّ على أنَّه(1-يجوز للمتعاقدين أن يحدّداً مقدّماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في إتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد 168 و 256 و 257 و 258.

2-ولايكون التعويض الإتفاقي مستحقّاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أيّ ضرر ،ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان قادحاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفِّذ في جزءٍ منه، ويقع باطلاً كلّ إتّفاق يخالف أحكام هذه الفقرة.

3-أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي ،فلا يجوز للدائن أن يطالب من هذه القيمة إلاّ إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشّاً أو خطأ جسيماً.

[24] تنص المادة 169/ف1 من القانون المدني العراقي على أنَّه (إذا لم يكن التعويض مقدَّراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدِّره).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

الفرع الرابع: رأينا بصدد الموضوع

بعد سرد وبيان الإتّجاهات أو النظريات التي أوردناها بخصوص الأساس القانوني أو التكييف القانوني للتعهُّد بنقل الملكية للعقار أو الحق العيني العقّاري، فإننّا نرى بأنَّه وبعد تدقيق وتمحيص الآراء والإتّجاهات الثلاثة، فإنَّ الإتّجاه الثالث أقرب الى الصواب وأدقّ من الإتجاهين الآخرين، لأن التصرُّف الذي يقوم به البائع وإقترانه بقبول الطرف الآخر عبارة عن عقد غير مسمّى، فهو ليس بعقد بيع ولايمكن أن تقام هذه المسؤولية على العمل غير المشروع، طالما أن هناك إيجاباً صادراً من أحد العاقدين وهو (المتعهّد) ومقترناً بقبول الآخر وهو (المتعهّد له)، وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه وهو (العقار) ،وطالما أن الإلتزام في هذا العقد واضح ومحدَّد وهو الإلتزام بقيام بعمل تتمثَّل في قيام الطرفين بالذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإكمال معاملة البيع وإتمام الإجراءات الشكلية المطلوبة، وهذا التعهُّد يجد له سنده في نص المادتين (1127 و91 من القانون المدني العراقي ، فكلُّ إخلالٍ من جانب أحد المتعاقدين بهذا التعهُّد الذي هو عقد غير مسمَّى ينسأ عنه للآخر حقاً في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ،ووفق ماهو منصوص عليه في المواد 169 و 170 من القانون المدني، كما وأنَّ القول بأنَّ التعهُّد المنصوص عليه في المادة 1127 يتحوَّل من عقد باطل – وهو عقد بيع غير مسجَّل في دائرة التسجيل العقاري – إلى عقد صحيح غير مسمّى، هو قول مردود، ذلك لأن العقد غير المسمَّى المذكور ينشأ منذ البداية صحيحاً ، وبالتالي فإنَّه بغير حاجة الى أن يتحوَّل من عقد باطل الى عقد صحيح، فهو إلتزام قائم بذاته ينشأ نتيجة الإخلال بالتعهُّد المنصوص عليه في المادة 1127 من القانون المدني، وعلى هذا إستقر قرارات محاكم إستئناف إقليم كوردستان والعراق بصفتها التمييزية ، ولكن مع هذا فإنَّ موقف المشرَّع العراقي مُنتقَد من ناحية عدم تركه أمام المشتري- في حالة إمتناع مالك العقار عن تنفيذ إلتزامه بالتسجيل – سوى وسيلة المطالبة بالتعويض، في حين كان الأولى بالمشرَّع العراقي إعطاء الحق للمشتري لمارسة وسيلة أكثر فعالية, ألا وهي وسيلة إرغام البائع المالك على التسجيل، مثل ما أخذ به العديد من التشريعات، كالتشريع المصري والألماني والسويسري، خصوصاً وأنّ المشرَّع العراقي قد أخذ بمبدأ التنفيذ العيني الجبري للعقد، حيث تنصُّ المادة 246 من القانون المدني العراقي على أنَّه (يُجبَر المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)، ولهذا فإنَّنا نرى بأن موقف المشرَّع العراقي في المادة 1127 من القانون المدني يُعدُّ خروجاً من القاعدة العامَّة لمبدأ التنفيذ العيني، خصوصاً إذا كان تنفيذ الإلتزام في التعهُّد تنفيذاً عينياً ممكناً.

المبحث الثاني: قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار المرقم 1426 لسنة 1984

لغرض بيان مضمون القرار وعرض التطبيقات القضائية له وبيان موقف القضاء قبل صدور هذا القرارا وبعده، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب مستقلة وكالتالي:

المطلب الأول : مضمون القرار والجوانب الإيجابية له

التعهد بنقل ملكية العقار هو عبارة عن عقد غير مسمَّى، مقتضاه القيام بعمل وأن الإخلال بهذا الإلتزام ينشأ حقّاً للآخر بالتعويض إستناداً إلى أحكام المادة 1127 من القانون المدني العراقي، وقد بيَّنا عند معرض بيان رأينا حول الإتجاهات الفقهية الواردة بهذا الصدد بأن المشرَّع العراقي في تلك المادة قد سلك مسلكاً غير موفَّقاً ،وذلك بحصر آثار الإخلال بالإلتزام المذكور بالتعويض فقط، ولهذا وبسبب إرتفاع قيمة العقارات في العراق في الآونة الإخيرة إرتفاعاً فاحشاً، ولهذا ونتيجةَ لإزدياد حالات النكول عن تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري بعد التعهد بنقل الملكية طمعاً في حصول المالك على كسب أكبر هو الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمته وقت بيع العقار مجدداً لشخص أخر، لذا تمَّ إصدار قرار من قبل مجلس قيادة الثورة برقم (1198) في 1977/11/2 [25] ، وقد تم معالجة هذا النقص الموجود في المادة 1127 من القانون المدني العراقي، وتمكن أهمية هذا القرار في كونه يتعلَّق

[25] بـتاريخ 1977/11/2 أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل قراراً بخصوص التعهُّد بنقل ملكية العقار تحت عدد 1198 وتمَّ نشره في جريدة الوقائع العراقية بعدد 2621 في 1977/11/14 وتضمَّن مايلي: (أولاً- أ- يقتصر التعهُّد بنقل الملكية للعقار على الإلتزام بالتعويض إذا أخلَّ أحد الطرفين بتعهُّده سواء اشترط التعويض في التعهّد أم لم يشترط فيه، على أن لايقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعيَّنة في التعهُّد وقيمته عند النكول، دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر .ب- إذا كان المتعهِّد له قد سكن العقار محلّ التعهد، أو أحدث فيه أبنية أو منشأت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإنّ ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملُّك العقار بقيمته المعيَّنة في التعهُّد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات وقت النكول، ثانياً – أ- تفصل محكمة البداءة في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القرار ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محكمة الإستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تأريخ التبليغ به، وقرار محكمة الإستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار. ب- تعتبر الدعاوى المشمولة بأحكام هذا القرار من=

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

بالنظام العام والأمن الإقتصادي للدولة وبمصالحها الحيوية وخصوصاً العقارات، وما يدلُّ على أهمية الموضوع هو قيام المشرَّع العراقي بإيراد نص في القانون المدني العراقي وهو نص المادة 130 منه وإعتبار الإجراءات اللاّزمة في التصرُّف في العقار (الشكلية) من النظام العام ،بحيث لايجوز الإتفاق على مايخالفها وتتعلق بالمصالح الحيوية للأفراد أيضاً ،سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الأغيار ،خصوصاً وأن تسليم العقارات وحيازتها كانت غير واضحة في ظل أحكام القانون المدني، بخلاف حيازة المنقول الظاهرة [26].

ولدى الدراسة والتفحص لما جاء به المشرّع في القرار نجد بأنه تأكيد لنص المادة 1127 مع تناولها بالتعديل حكمها وخروجها من القواعد العامة في التعويض المنصوص عليها في المادتين 169، 170 من القانون المدني ، وبتقديري فإنَّ القرار قد أفلح الى حدٍّ واسع من الحدِّ من ظاهرة النكول حيث بمقتضاه يتوجَّب على القاضي إذا كان التعهد قد نص على التعويض في صورة شرط جزائي أن يرفع قيمته الى الحدِّ الذي لايقلُّ عن الفرق بين قيمة العقار وقت تعهُّده وبين قيمته وقت النكول، أمّا إذا خلا التعهُّد من الشرط الجزائي ، فحينئذٍ يُصار الى التعويض القضائي الذي لايجوز أن يقلَّ مقداره عن الفرق بين البدلين، أمّا التعديل الآخر الذي جاء به المشرَّع بموجب القرار هو التعويض عن الأضرار الأخرى، التي قد تلحق بالطرف الآخر (غير الناكل) لتفويت فرصة رابحة أو خسارة الرسوم ومصاريف الكشف ونفقات النقل أو فوائد الثمن المدفوع، والى هنالك من الإضرار المتوقِّعة وغير المتوقِّعة، طالما أنها تندرج تحت مفهوم الضرر المباشر ومعيار النتيجة الطبيعية التي لايمكن توقُّعها ببذل الجهد المعقول والوارد في نص المادة 2/169 من القانون المدني العراقي [27].

ومن الجدير بالذكر أنَّ المشرَّع قد ذهب في القرار إلى إعتبار النكول أو الإخلال بالتعهُّد عن بيع العقار بمثابة الغش أو الخطأ الجسيم ، سواءاً كان النكول من طرف المتعهِّد أو المتعهّد له، وبهذا يكون المشرَّع قد خرج عن القاعدة العامة الواردة في الفقرة 3 من المادة من القانون المدني [28].

كما وتضمَّن القرار تأكيداً بالأخذ بمبدأ التنفيذ العيني الجبري للعقد والوارد في نص المادة 246 من القانون المدني العراقي، ولكن وفق ضوابط وشروط محدّدة والواردة في نص الفقرة أولاً/ ب من القرار [29] ،حيث يستطيع المتعهّد له عن طريق إقامتها الدعوى أمام محكمة البداءة للمطالبة بالتنفيذ العيني وتسجيل العقار بالبدل المتَّفق عليه في التعهد في دائرة التسجيل العقاري المختص عن طريق قرار قضائي يصدر من قبل المحكمة بعد توافر شروط التمليك [30].

وفي الواقع أن مسلك المشرّع العراقي بهذا الصدد أيضاً كان مسلكا موفَّقاً في مجال تحقيق العدالة وحماية المتعهّد له، خصوصاً وأن السكن وبناء الأبنية والمنشأت كان بسند قانوني صحيح وحسن نية وبقبول و رضا المتعهّد وعدم معارضته التحريرية، كما وأن هذا الأتجاه من المشرّع ماهو إلاّ تجسيد لإزدياد تدخّل المشرّع في الكثير من المجالات بغية تضييق نطاق الأخذ بمبدأ سلطان الارادة

=الدعاوي المستعجلة، ثالثاً- لايعمل بأى نص قانوني أو قرار أو إتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار ويؤدي إلى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدِّمة.

رابعاً- ينفذ هذا القرار من تأريخ نشره في الجريدة السرمية ويسري على ماسبق من الوقائع والتعهدات مالم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية)).

[26] المحامي مكي ابراهيم لطفي، الشكلية القانونية، التعهد بنقل ملكية العقار والشقق السكنية، مطبعة الرشاد، بغداد 1989، ص4 وما بعدها .
[27] تنص الفقرة الثانية من المادة 2/169 من القانون المدني العراقي على أنه (ويكون التعويض عن كلّ إلتزام ينشأ عن العقد سواء كان إلتزاماً بقل ملكية أو أيُّ حقّ عيني آخر أو إلتزاماً بعمل أو بإمتناع عن عمل، ويشمل مالحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخُّر في إستيفاءه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالإلتزام أو لتأخُّره عن الوفاء به).
[28] تنص الفقرة 3 من المادة 179 من القانون المدني العراقي على أنَّه (أمّا إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلاّ إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشّاً أو خطأ جسيماً).
[29] تنص الفقرة أولاً/ب من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 على أنه (إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محلَّ التعهُّد، أو أحدث فيه أبنية أم منشأت أخرى، بدون معارضة تحريرية من المتعهّد فإنَّ ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملُّك العقار بقيمته المعيَّنة في التعهُّد، أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة أولاً/أ مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمةً وقت النكول).
[30] انظر على سبيل المثال القرار الصادر من محكمة إستئناف نينوى المرقم 44/ت ب/1978 في 1978/12/11 المنشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة التاسعة ،1987، ص 199 ، والذي جاء فيه (لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري إذا كان قد سكنه بدون معارضة من البائع أن يطلب من المحكمة تمليكه العقار).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

في تنظيم العلاقات العقدية، وهذا إن دلَّ على شيء ،فإنَّما يدلُّ على دور المشرّع الإيجابي في هذه العلاقات و توجيهها الإتجاه الذي يتلائم مع مقتضيات المصلحة العامَّة والأهداف التي يرمي المشرّع الى تحقيقها ومن أهمّها تحقيق العدالة، ومما تجدر الإشارة إليه أن القرار قد تمَّ تعديله بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1426 في 1983/12/21 وتم تعديل الفقرة أولاً/ أ منها بإضافة كلمة (أو حق التصرُّف فيه) وتعديل الفقرة ب منه بإضافة كلمة (أو مغروسات)، وبالتالي فإنَّ القرار أصبح شاملاً للعقود الواردة على بيع العقارات أو حق التصرف فيها، وإشترط في الأراضي الزراعية على التعهّد كشرط للتمليك أن يقوم بالمغروسات فيها أو بناء ابنية ومنشآت زراعية.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية لنص المادة 1127 من القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل

بغية بيان موقف القضاء العراقي حيال مضمون نص المادة 1127 من القانون المدني ، وما طرأ عليه من تعديل بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقَّم 1198 لسنة 1977، لابدَّ لنا معرفة موقف القضاء العراقي في ثلاث فترات زمنية مختلفة، وهي الفترة السابقة لصدور القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 ، وفترة صدور القانون المدني ، والفترة اللاّحقة لصدور القرار، وعليه سوف نبيّن ذلك في ثلاثة فروع مستقلة:-

الفرع الأول: موقف القضاء العراقي بخصوص نقل ملكية خارج دائرة الطابو قبل تشريع وسن القانون المدني رقم 40 لسنة 1951

لدى الإطّلاع على القرارات القضائية الصادرة من القضاء العراقي قبل إصدار ونفاذ القانون المدني، نجد بأنَّ توجُّه القضاء آنذاك كانت تدور حول إعتبار عقد بيع العقار خارج دائرة الطابو عقداً غير معتبراً، أي كان بمثابة العدم، ولم يكن تترتَّب على ذلك أيُّ أثرٍ قانوني ،بإعتبار أنَّ العقد باطل بطلانا مطلقاً، ولهذا لايمكن ولا يصحُّ التمسُّك بما قد يرد فيه من شروط، بما في ذلك الشرط الجزائي بإعتبار أنَّها إلتزام تبعي للعقد الباطل، وبالتالي يجب أن يبطلا معاً، لأن القاعدة المعمول بها في هذا المجال هي أنَّه إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وأنَّ ما بني على الباطل فهو باطل، وبهذا فأن المشتري لايستحق التعويض عند نكول البائع وعدم تنفيذ إلتزامه بنقل ملكية العقار [31].

الفرع الثاني: موقف القضاء العراقي بعد صدور ونفاذ القانون المدني وقبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977

نستطيع القول بأن القضاء العراقي بعد صدور القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدّل وقبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977، وبعد تردد واضح اتجه وبصورة عامة الى الأخذ بوجهة نظر الفقه الداعية إلى اعتبار التعهد السابق على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقداً غير مسمى، مقتضاه القيام بعمل وهو التزام المتعهد بالذهاب مع المتعهد له غلى دائرة التسجيل العقاري لإكمال معاملة التسجيل وإستيفاء الإجراءات بهذا الإلتزام التعويض على أساس المسؤولية العقدية أخذاً بطاهر المادة 1127 من القانون المدني العراقي [32]، ومن الجدير بالذكر أن القضاء العراقي في هذه الفترة كانت تتجه فقط الى

---

[31] انظر في سبيل المثال القرار الصادر من محكمة التمييز، الدائرة الحقوقية ودوائر المتفرقات، رقم الإضبارة 1936/903، مجلة القضاء ، العدد الخامس، السنة الثانية، 1936 ص 135-152، وكذلك القرار المرقم 1951/795، صلح الصادر بتأريخ 1951/7/4 المنشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة العاشرة ، شباط 1952، ص 109.

[32] انظر على سبيل المثال القرار الصادر من محكمة التمييز تحت عدد 987/حقوقية /1968 في 1968/12/15 المنشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 1969 ص 179، والقرار المرقم 105/مدنية اولى /1971 في 1971/10/21، المنشور في النشرة القضائية، العدد الرابع،السنة الثانية، ص 34، وكذلك القرار المرقم 4/استئنافية/1970 في 1970/6/7 المنشور في النشرة القضائية العدد الثالث 1971، السنة الأولى ص 138 والى جاء فيه (إن عقد بيع العقار غير المسجَّل في دائرة الطابو وان لم تنتقل به ملكية العقار غير انه عقد صحيح نافذ ولازم وكل طرف فيه ملزم بالقيام بما تعهد به، فإذا اتفق الطرفان على جعل العربون المدفوع تعويضا عن الإخلال بالعقد فيسقط حق المشتري بالعربون عند نكوله.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

إلزام الطرف الناكل بالتعويض وذلك حسب صراحة المادة 170 من القانون المدني العراقي الخاص بالشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي والمادة 169 من القانون المدني العراقي إذا لم يكن التعويض مقدراً [33] .

الفرع الثالث: موقف القضاء العراقي إزاء التعهُّد بنقل ملكية العقار خارج دائرة التسجيل العقاري بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل

من المعلوم أن قرار مجلس قيادة الثورة قد أحدث تغييراً في إتّجاه القضاء العراقي في موقفه حيال مسألة التعهُّد بنقل ملكية العقار، ذلك لأن القرار تناول بالتعديل حكم المادة 1127 من القانون المدني العراقي وخرج عن القواعد العامة في التعويض المنصوص عليه في المواد 169، 170 من القانون المدني، وذلك عن طريق رفع نسبة التعويض المقدَّر من قبل الطرفين ((المتعهد والمتعهدله)) بحيث لاتقل هذه النسبة عن مقدار الفرق بين البدلين للعقار ((بدله وقت التعهد وبدله وقت النكول، هذا إذا كان مقدرا كشرط جزائي في العقد، أما إذا لم يكن مقدراً فيجب على القاضي تقديرها ولكن بشرط أن لايقل مقداره عن الفرق بين البدلين)) [34] .

ومن الأحكام الأخرى التي تناولها التعديل، إفساح المجال أمام المتعهِّد له ((المشتري)) بتملُّك العقار موضوع التعهّد نفس البدل المتَّفق عليه، وفي هذا تطبيق لمبدأ التنفيذ العيني الجبري الوارد في نص المادة 246 من القانون المدني، ولكن وفق ضوابط وشروط معيَّنة منصوص عليها في الفقرة أولاً/ب من القرار، وذلك عن طريق إعطاء الحق للمشتري ((المتعهِّد له)) المطالبة أمام القضاء بإلزام المتعهِّد بتنفيذ إلتزامه بالتسجيل ووفق البدل المتفق عليه سابقاً [35]، وهذا ما أخذ به العديد من التشريعات المدنية.

ومن الجدير بالذكر أن القرار المرقم 1426 لسنة 1984 المعدّل للقرار المرقم 1198 لسنة 1977 قد تناول في التعديل عدم حصر الموضوع على الأملاك الصرفة بل شمل حقوق التصرُّف في العقارات التي تعود رقبتها للدولة وإشترط غرس المغروسات في الأرض الزراعية أو بناء منشآت زراعية عليها حتى يستحقَّ المتعهِّد له طلب التمليك، وقد سار القضاء العراقي على هذا الإتجاه، ونذكر على سبيل المثال القرار الصادر من محكمة إستئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية، والمتضمِّن أن القطعة موضوعة الدعوى

---

[33] انظر على سبيل المثال القرارا الصادر من محكمة التمييز العراقية تحت عدد 469/مدنية ثالثة/1971 في 1971/7/28 المنشور في النشرة القضائية، العدد الثالث ، السنة الثانية 1973، ص 24 والذي جاء فيه (إذا تعهَّد بائع العقار في خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقاره الى المشتري وحدَّد في العقد مبلغ التعويض الذي يلزم به في حالة نكوله يلزم بالتعويض المحدَّد في العقد في حالة ثبوت إخلاله بتعهّده).

- أنظر في نفس السياق ،قرار محكمة التمييز المرقم 2237/حقوقية/1965 في 1965/6/21 المنشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، 1966، ص 123، وكذلك القرار المرقَّم 1968/987 في 1968/12/15، المنشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول ،1969، ص 182 ،والذي جاء فيه ،وإن كان عقد بيع العقار لاينعقد لا إذا سجل في دائرة الطابو (م 508 مدني) إلاّ أنَّ التعهّد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة 1127 من القانون المدني هو عقد غير مسمَّى وليس عقد بيع، ولكنه عقد ملزم للطرفين، إذا أخلَّ أحد المتعاقدين به إلتزم بالتعويض الإتفاقي وهو إلتزام ينشيء مسوولية عقدية، ولهذا فلا محل للقول بأن العقد موضوع الدعوى باطل وأن كل ما بني على الباطل باطل أيضاً.

[34] أنظر في سبيل المثال القرار المرقم 1809/حقوقية/1992 الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية بتاريخ 1992/8/17، والمنشور في كتاب التطبيقات القضائية في قضاء محكمة إستئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية، التعهُّد بنقل ملكية العقار، للمحامي هادي عزيز ، بغداد، مطبعة الخليج العربي ،1998 ص93، فقرة 293.

-انظر كذلك القرار المرقم 2045/حقوقية /1992 في 1992/10/6، نفس المصدر السابق، ص94، فقرة 298.

[35] انظر بهذا الصدد، قرار محكمة استئناف منطقة نينوى بصفتها التمييزية المرقم 44/ي ب/1978 في 1978/12/11 المشنور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة التاسعة 1978، ص 199 والذي جاء فيه (لمشتري العقار خارج دائرة الستجيل العقاري إذا كان قد سكنه بدون معارضة من البائع أن يطلب من المحكمة تمليكه للعقار ولو كان البائع قد باعه بعدئذ لشخص آخر وسجَّله بإسمه في الدائرة المذكورة، وفق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 في 1977/11/3).

-أنظر كذلك القرار المرقم 496/حقوقية/1989 الصادر من محكمة إستئناف منطقة بغداد بصفتهاالتمييزية، المنشور في كتاب التطبيقات القضائية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، التعهد بنقل ملكية العقار، للمحامي هادي عزيز، ص 21، فقرة 81، وكذلك القرار المنشور في نفس المصدر، ص 31 فقرة 82 والذي جاء فيه ((ثبوت كون المدعية تسكن الدار مع إبنتيها كما هو ثبت في الكشف الذي أجرته المحكمة فيكون قرار المحكمة بتمليك الدار موضوع الدعوى إستناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل موافقاً للقانون)) رقم القرار 1001/حقوقية/1989 في 1989/8/23 .

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:1-17
المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

زراعية، ولغرض تطبيق أحكام البند أولاً/ب من القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار ينبغي أن يقوم المتعهّد له بغرس الجزء الذي يطلب تمليكه بالمغروسات الزراعية الدائمية أو أن يقوم عليها منشآت زراعية ثابتة فيها وأن مجرّد إستغلال الأرض لا يعتبر سبباً صحيحاً للتمليك [36]، كما يتوجَّب أن يتم إصدار الحكم بالتعويض المتمثِّل بالفرق بين البدلين ((بدل الشراء وبدل تأريخ النكول)) أمّا بصدد تقدير بدل العقار أو التعويض الناجم عن الإخلال بالتعهُّد، فيتوجَّب على المحكمة عدم الإكتفاء بتقدير المدَّعي لقيمة العقار، وإنَّما يتوجَّب على المحكمة تقدير قيمة العقار عن طريق خبراء مختصين وملِّمين بأسعار العقارات بعد إجراء الكشف الموقعي عليها من قبل المحكمة بمعيَّة المساح والخبير القضائي.

وعلى هذا إستقر قضاء محكمة إستئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية في قراراتها ، ونذكر على سبيل المثال قرارها المرقم 79/ت/2014 في 2014/2/20 المتضمِّن نقض قرار محكمة البداءة ووجوب تضمين الحكم بالبدل المتَّفق عليه المملوك به القطعة موضوعة الدعوى، وكذلك ذكر القيمة المقدّرة من قبل هيئة التقدير لإغراض الرسوم والضرائب [37]

الخاتمة

من خلال ماتمَّ بيانه من دراسة وبحث لموضوع التعهُّد بنقل ملكية العقار في القانون العراقي من الناحية التشريعية والفقهية وبيان الأساس القانوني له من جهة، والتطبيقات القضائية للقضاء العراقي للفترة ما قبل صدور القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، وبعد صدوره، وكذلك بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 في 1977/11/2 المعدّل بالقرار المرقم 1426 في 1983/12/21 من جهة ثانية، تبيَّن لنا مدى أهمية نقل الملكية في العقار، لذلك إرتأينا بيان بعض أهم الإستنتاجات والتوصيات التي توصَّلنا إليها ووفق التفصيل التالي:

أولاً/ الإستنتاجات

1- أنَّ المشرِّع العراقي عدَّ الشكلية ركناً مهماً لإنعقاد عقد بيع العقار، وذلك في المواد (90 ، 91 فـ2، 137، 508، 1126 فـ2) من القانون المدني، بحيث يترتَّب على عدم إستيفاء العقد لهذه الشكلية بطلانها، على عكس إتّجاه تشريعات غالبية دول العالم ،كالتشريع الألماني والسويسري والمصري، حيث عدَّوا عقد البيع المتعلِّق بالعقار عقداً رضائياً ينعقد بمجرد إرتباط الإيجاب بالقبول، إلاّ أنه لايتمُّ إنتقال الملكية إلاّ بالتسجيل.

2- أنَّ المشرِّع العراقي جعل الإجراءات اللاّزمة للتصرُّف في العقار متعلِّقاً بالنظام العام، بحيث لايجوز الإتفاق على ما يخالفها ، وذلك إستناداً لأحكام المادة 130/ب من القانون المدني.

3- أنَّ قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار 1426 لسنة 1983 قد تناول بالتعديل حكم المادتين 169، 170 من القانون المدني، وذلك عن طريق رفع مقدار التعويض الى النسبة التي لاتقلُّ عن الفرق بين البدلين (بدل العقار وقت التعهد وبدله وقت النكول)، وهذا الإتجاه كان في محلِّه ،خصوصاً وأنَّه يساير الوضع الإقتصادي وأسعار العقارات، ويحقِّق العدالة التي هي غاية المشرِّع ،هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنَّ التعديل الآخر الذي جاء به القرار هو تبنِّي مبدأ التنفيذ العيني الجبري ،ولكن بشروط وضوابط محدَّدة في الفقرة أولاً/ ب من القرار، وذلك بإعطاء الحق للمشتري بتملُّك العقار ببدله المتَّفق عليه وقت التعهُّد ،وفي الواقع أن مسلك المشرِّع العراقي في هذا المجال كان أيضاً مسلكاً موفَّقاً في مجال تحقيق العدالة وحماية المتعهِّد له ،خصوصاً وأن سكنه في العقار أو إقامته للأبنية والمنشآت أو الغراس كان بسند قانوني صحيح وبحسن النية وبقبول ورضى المتعهِّد وعدم معارضته التحريرية له ،كما وأنَّ هذا الإتّجاه من المشرِّع ما هو إلاّ تجسيد لإزدياد تدخُّل المشرِّع في الكثير من المجالات وتوجيهها الإتجاه الذي يتلائم مع مقتضيات المصلحة العامة والأهداف الذي يرمي إلى تحقيقها.

---

[36] لاحظ القرار المرقم 225/ت/2008 في 208/8/6 المنشور في كتاب المباديء القانونية لقرارات محكمة إستئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية للسنوات 2005-2009 للقاضي كيلاني سيد أحمد، ط1، مطبعة منارة، اربيل، 2010 ، ص83، كذلك القرار المرقم 1/ت/2009 في 2009/3/3، نفس المصدر السابق، ص83.

[37] لاحظ القرار المرقم 79/ت/2014 في 2014/2/20 المنشور في كتاب المختار من قضاء محكمة إستئناف أربيل بصفتها التمييزية، القسم المدني، من إعداد القاضي محمد مصطفى محمود، مطبعة أربيل القانونية، اربيل، 2017، ص79.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

4- وجدنا من خلال القرارات القضائية لمحكمة التمييز قبل صدور القانون المدني، أنها كانت تعتبر التصرُّف بالعقار خارج دائرة الطابو تصرُّفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً ،بحيث لا يترتَّب عليه أيَّة آثار، ومن ضمنها التعويض لأن ما بني على الباطل فهو باطل، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، أمّا القرارات المدنية لقضاء محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية ،فنجد بأنَّها قد أخذت بالإتجاه الفقهي الثالث وإعتبار التعهُّد عقداً غير مسمَّى، وأن المسؤولية القائمة عند الإخلال بها هي المسؤولية العقدية.

5- أن التعهد بنقل الملكبة العقار، تعدُّ عقداً غير مسمَّى، وهي من العقود الفورية التنفيذ ،بحيث يترتَّب عليه آثاره القانونية بمجرَّد إرتباط الإيجاب بالقبول.

6- لم يشترط المشرّع العراقي لا في المادة 1127 من قانونه المدني ،ولا في القرار المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل بالقرار 1246 لسنة 1983 أن يتم إبرام العقد بشكل تحريري، بل يجوز أن يكون شفوياً ولكن عند الإنكار يجب إثبات العقد بالطرق القانونية للإثبات ومراعاة عدم جواز إثباته إلاّ بالكتابة مالم يكن هنالك مانع أدبي أو مادي أو مبدأ ثبوت بالكتابة بين الطرفين.

7- إشترط المشرّع العراقي إثبات وجود المعارضة تحريرياً كشرط من شروط ردُّ دعوى تمليك العقار.

ثانياً/ التوصيات

1- أنَّ موقف المشرع العراقي في المادة 1127 من القانون المدني موقف مُنتقَد ، ويُعتبر خروجاً عن القواعد العامة لمبدأ التنفيذ العيني الجبري الوارد في نص المادة 426 من القانون المدني، وذلك من ناحية عدم تركه وسيلة أمام المشتري في حالة إمتناع البائع عن تنفيذ إلتزامه بالتسجيل سوى بوسيلة مطالبته منه بالتعويض، في حين كان الأولى بالمشرَّع العراقي إعطاء المشتري وسيلة أكثر فعالية ألا وهي وسيلة إرغام المالك البائع على التسجيل، مثلما أخذ به العديد من التشريعات، لذلك نقترح على المشرَّع في مشروع القانون المدني الجديد وقانون التسجيل العقاري والتشريعات ذات الصلة بتبنّي مبدأ التنفيذ العيني الجبري الوارد في المادة 426 من القانون المدني وتعليق إنتقال الملكية على التسجيل أو إستيفاء الشكلية.

2- أنَّ هناك تبايناً وتناقضاً في القرارات القضائية الصادرة من محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية بخصوص تطبيق أحكام القرار المرقم 1198 لسنة 1977 وهذا التباين يولد إجحافاً بحقوق البعض، في حين أن قواعد العدالة تقتضي بالإلتزام بالحدِّ من ذلك قدر الإمكان لتعزيز الدعم والثقة بالقضاء من قبل الناس، لذا نوصي مجلس القضاء بتبنِّي مبدأ تميزي ثابت في هذا المجال لإستقرار المعاملات وتحاشي صدور أحكام قضائية متناقضة بصدد نفس الموضوع.

3- أن القرار المرقَّم 1198 لسنة 1977 المعدلّ بالقرار 1426 لسنة1983 وكذلك المادة 1127 من القانون المدني العراقي خاص بالتعهُّد بنقل ملكية العقار أو حق التصرُّف ولا يشمل نقل الحقوق العينية العقارية الأخرى، لذا نوصي بتعديل نص المادة 1127 والقرار بالشكل الذي يشمل كافة الحقوق العينية العقارية الأخرى.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

المجلد (5) – العدد (1)، حزيران 2021
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المصادر والمراجع بعد القرآن الكريم

أولاً/ الكتب القانونية

1- د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، دارة النهضة العرابية، 1964.

2- د. عباس الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد 1956

3- د. حسن على الذنون، العقود المسمَّاة ، عقد البيع، بغداد، 1953.

4- شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول ، في حق الملكية ، مطبعة المعارف، بغداد 1956.

5- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، مطبعة دار النهضة العربية 1964.

6- د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، مطبعة الرصافي، الطبعة الثانية، بغداد 1976.

7- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١ ،في البيع والإيجار، مطبعة العاني بغداد، 1970.

8- المحامي مكي ابراهيم لطفي، الشكلية القانونية، التعهد بنقل ملكية العقار والشقق السكنية، مطبعة الرشاد، بغداد 1989.

9- د. حسين محمد منصور، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 2000.

10- محمد طه البشير،الحقوق العينية التبعية، بغداد، 1980.

11- د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد،1970.

12- د.حسن الخطيب، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مطبعة الحداد، البصرة، 1966 .

13- د. عباس الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد 1956 .

14- د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، في مصادر الإلتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة النديم، بغداد بدون سنة طبع.

ثانياً/ القرارات القضائية والكتب الخاصة بها

1- المحامي هادي عزيز - التطبيقات القضائية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، التعهد بنقل ملكية العقار، مطبعة مطبعة الخليج العربي، بغداد، 1998. القرار المرقم 1809/حقوقية/1992 في 1992/2/17 + 2045/حقوقية /1992 في 1992/10/6.

2- القاضي محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة إستئناف أربيل بصفتها التمييزية القسم المدني، مطبعة، أربيل، 2017.

3- القاضي كيلاني سيد أحمد، المباديء القانونية في قضاء محكمة إستئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية للسنوات 2009/2005 مطبعة منارة، اربيل، 2010 .

4- القاضي جعفر كاظم المالكي والمحامي عبدالسادة شهاب العبادي، قرارات محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية،ج1، مطبعة العاتك،ط1،القاهرة 2011ز

5- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة التاسعة، 1987.

6- مجلة القضاء ، العدد الخامس، السنة الثانية، 1936ز

7- مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة العاشرة ، 1952.

8- مجلة القضاء، العدد الثاني 1966، القرار المرقم 2237/حقوقية/1965 في 6/21 /1965.

9- مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، 1969،في 1968/12/15 رقم القرار 987/حقوقية/1968 في 1968/12/15 التمييز.

10- مجلة النشرة القضائية، العدد الرابع ، السنة الثانية.

11- مجلة النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الاول 1971.

12- مجلة النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية 1973.

13- القرار 469/مدنية ثالثة/1971 في 1971/7/28.

14- القرار المرقم 225/ت/2008 في ٢٠٠٨/8/6.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0

15- القرار المرقم 1/ت/2009 في 2009/3/3.
16- القرار المرقم 4//إستئنافية/1970 في 1970/6/7.
17- القرار المرقم 1951/795، صلح في 1951/7/4.
18- القرار المرقم 1936/903 الصادر من محكمة تمييز العراقي ، الدائرة الحقوقية و دوائر القرار المرقم (1011/حقوقية /1994 في 1994/10/1) الصادر من محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، المنشور في كتاب التطبيقات القضائية.
19- القرار المرقم 44/ت ب/1978 في 1978/12/11.
20- القرار المرقم 105/مدنية اولى/1971 في 1971/10/21.
21- القرار المرقم (1809/حقوقية/1992 في 1992/2/17 .

ثالثاً/ متون القوانين وقرارات مجلس قياد الثورة

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدّل
2- قانون التسجيل العقاري رقم 43لسنة 1971
3- قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1198 لسنة 1977 المعدّل
4- قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1426 لسنة 1983 المعدّل.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/5.1.9
this is an open access article distributed under the Creative Commons License CC BY 4.0