



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

The aggravating condition in the pledge to transfer ownership of a property

الباحثة سرور علي عبد النبي أ.د شروق عباس فاضل
كلية الحقوق _ جامعة النهرين / العراق كلية الحقوق _ جامعة النهرين/العراق

تاريخ ارسال المقال: 2023/10/12 تاريخ القبول: 2024/03/31 تاريخ النشر: 2024/09/20

الملخص

تقسم المسؤولية المدنية الى مسؤولية عقدية واخرى تقصيرية , تعتبر احكام الاخيرة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولاسيما فيما يتعلق باتفاقات تعديل المسؤولية الا اللهم كان ذلك الاتفاق تشديدا للمسؤولية , فهو جائز في المسؤولية العقدية والتقصيرية , اما الاولى _ أي المسؤولية العقدية _ فأن الاحكام المنظمة لها لا تعتبر من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها بالإعفاء والتخفيف والتشديد , وفي موضوع بحثنا سنتناول احدى تطبيقات الشرط المشدد في العقود المدنية , وهو عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري (التعهد بنقل ملكية عقار) , ولاسيما ما يتعلق بمقدار التعويض الذي يستحقه المتعهد له في حال اخلال المتعهد بالتزامه المفروض عليه بنقل الملكية الى المشتري.

لذا سنحاول تسليط الضوء على هذا الموضوع باعتباره من الموضوعات الحيوية في الواقع العملي , ولعدم وجود دراسات تعالج هذه المسألة , لذلك اثرنا البحث في هذا الموضوع .

الكلمات المفتاحية : الشرط , تشديد المسؤولية العقدية , مقدار التعويض , التعهد بنقل ملكية عقار

Abstract:

Civil liability is divided into contractual liability and other tortious ones, and installment provisions of the public order that it is not permissible to agree on anything that contradicts them, especially with regard to agreements to modify liability, except by God, if that



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

agreement increases liability, it is permissible in contractual and short-term liability. As for the first - that is, contractual liability - then its provisions are not considered part of the public order, and therefore what violates them must be agreed upon with exemptions and severe mitigations, and in what we discussed, we will discuss the applications of strict technology in civil contracts, which is contracting to sell the property outside the real estate registration department (undertaking to transfer ownership of a property), especially with regard to the compensation that is due. The pledgee has in the event of a contract the pledgee and the pledgee for the transfer of ownership to the buyer. Therefore, we will try to shed light on this topic only, one of the vital topics in practical reality, but because there are no studies related to this matter, so we will research this topic.

Keywords: condition, tightening contractual liability, amount of compensation, pledge to transfer ownership of a property.

المقدمة :

تنهض المسؤولية العقدية للمدين عندما يكون هناك اخلالا بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما يحتويه أو يتضمنه العقد من التزامات , فاذا حصل هذا الاخلاال من جانب المدين وادى ذلك الى الاضرار بالطرف الأخر من العقد تحققت المسؤولية العقدية نتيجة توافر اركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما , ويكون للطرف الدائن بهذه الالتزامات المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى ووفقا لما ورد في القواعد العامة, ولما كانت احكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام حيث أن هذه المسؤولية تنشئ نتيجة الاخلاال بالتزام ناتج عن العقد , بما معناه انه يحق للطرفين المتعاقدين أن يتفقا على تعديل احكام المسؤولية العقدية بإضافة بند في ذات العقد أو في اتفاق منفصل يتعلق بهذا العقد على التشديد من المسؤولية العقدية , فتكون احكام هذا الاتفاق متى ما كان صحيحا لا احكام القانون هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة على اساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلا أن هذه الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية بتشديدها يجب أن تكون صحيحة لكي تنتج اثارها , وهي لن تكون كذلك إلا اذا كانت في اطار النظام العام ولا تخالف احكام القانون , ونجد لهذه الشروط العديد من

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

التطبيقات العملية في العقود المدنية وحتى التجارية ولاسيما في الوقت الحاضر مع التطور الذي لحق جميع مجالات الحياة واستتبع ذلك انتشار العقود النموذجية التي غالبا ما يملئ فيها الطرف القوي الشروط التي تكون معدة سلفا والتي تشدد من مسؤولية الطرف الآخر , لذا سنحاول في هذا البحث بيان نموذج لهذه التطبيقات في العقود المدنية .

اشكالية البحث:

تثير اتفاقات المسؤولية العقدية العديد من التساؤلات والمفاهيم التي تحتاج الى تسليط الضوء عليها ولاسيما عند البحث في تطبيقات هذه الشروط في العقود المدنية , لذا لابد من بيان الاثر المترتب عليها عند الاتفاق عليها بين الاطراف المتعاقدة وبالأخص الاثر المترتب على المستفيد من الشرط , حيث سنتناول هذه الشروط في عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري (التعهد بنقل ملكية عقار) , وموقف التشريع العراقي منها والقوانين الاخرى محل الدراسة , ولبيان الاشكاليات التي تعترى شروط التشديد في هذا العقد .

منهجية البحث :

ستكون دراستنا لموضوع البحث تعتمد على المنهج التحليلي المقارن لنصوص القانون المدني العراقي والقوانين ذات الصلة مع القوانين محل الدراسة .

خطة البحث :

المطلب الاول : شرط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة رقم 1198 لسنة 1977

الفرع الاول : التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي

الفرع الثاني : التعهد بنقل ملكية عقار بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل .

المطلب الثاني : موقف التشريعات المقارنة من شروط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار

الفرع الاول : موقف المشرع المصري من شروط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار

الفرع الثاني موقف المشرع الفرنسي واللبناني من شروط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار.



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

المطلب الاول

شرط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977

اهتمت التشريعات الوضعية بحق الملكية على اعتبار انه اقوى الحقوق العينية ولاسيما الملكية العقارية , اذ من بين اهم الاهداف التي تسعى اليها تشريعات الدول المدنية هو تأمين استقرار المعاملات العقارية بين الافراد من خلال جعل العمليات التي ترد على العقارات تتم بصورة علنية بحيث لا يمكن جحودها او انكارها , مما حدا بالمشرعين الى ابتداء انظمة للإعلان عن تلك الحقوق وتنظيم اجراءاتها اصطلاح على تسميتها التسجيل العقاري او الشهر العقاري , فقد اهتم المشرع العراقي بالملكية العقارية وبالاخص حمايتها من اي اعتداء قد يقع عليها.

لذلك ارتأينا ان نبحث في الشرط المشدد لمسؤولية البائع (المتعهد) الذي نكل عن نقل ملكية العقار الى المشتري (المتعهد له) وعلى وجه الخصوص عندما لا تتوافر في هذا الاخير شروط التملك المنصوص عليها قانونا (وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل), والمتعلق بمقدار التعويض الذي يستحقه المتعهد له , وبيان موقف المشرع العراقي في القانون المدني والقوانين ذات الصلة , اضافة الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل , وعلى الترتيب الاتي بيانه :

الفرع الاول

التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي

لعل من المفيد ان نبين اولاً اختلاف الفقه حول تحديد طبيعة التعهد بنقل ملكية عقار , فقد انقسم الفقه العراقي في هذا الصدد الى عدة اتجاهات , يذهب اصحاب الاتجاه الاول الى القول بعدم امكانية وصف ما يبرمه الطرفان بالتعهد بنقل ملكية عقار بالعقد , اذ يقول الدكتور غني حسون طه بأن (ذلك لامي معنى له)⁽¹⁾ ومن بينهم ايضا الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون الذي يذهب الى ان عقد بيع العقار في القانون العراقي عقد شكلي . ولا بد تبعا لذلك من استيفاء شرط التسجيل حتى يمكن الاحتجاج به , وبالتالي فانه يعتبر عقدا باطلا مالم يستوف هذا الشرط ويبطل ما في ضمنه من شروط , وان اساس التعويض في هذه الحالة هو الفعل الضار , بمعنى ان مسؤولية الناكل عن

(1) د. صلاح كريم جواد الخفاجي , التعهد بنقل ملكية عقار , دراسة ومعالجة قانونية واقعية , بحث منشور في مجلة الحقوق , العددان 27, 28, السنة السابعة , المجلد الخامس , ص 161.



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

التسجيل هي مسؤولية تقصيرية , في حين يذهب اتجاه اخر الى اعتبار التعهد المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عقدا صحيحا وملزما للطرفين وان المسؤولية العقدية تقوم على اساس من نظرية تحول العقد , وقد انتقد هذا الرأي وسابقه .

وقد ذهب جانب اخر ونحن نؤيده الى القول بأن البيع خارج دائرة التسجيل وان كان باطلا فأن التعهد او الاتفاق يعتبر صحيحا وملزما على اعتباره عقدا غير مسمى , وقد نادى بهذا الاتجاه العلامة الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري , فيقول ((ان التعهد السابق على البيع . وهو المنصوص عليه في المادة (1127) مدني عراقي . عقد غير مسمى , فهو ليس إذن بعقد بيع ولكنه عقد ملزم , اذا به اخل المدين التزم بالتعويض , وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية , لان مصدره هو هذا التعهد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول)) وهو ما ذهب اليه غالبية الفقه العراقي , الذين اعتبروا ان اساس المسؤولية في نص المادة (1127) مدني هي المسؤولية العقدية لا الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) , وكذلك ما ايده القضاء العراقي , حيث ذهبت محكمة التمييز في قرار لها بهذا الشأن الى القول (اذا نكل البائع عن تسجيل العقار المبيع في دائرة التسجيل العقاري فللمشتري ان يطالب بمبلغ العربون وبالتعويض الاتفاقي بعريضة واحدة لكونهما حقين شخصيين ناشئين من عقد واحد) , فقد اعتبرت محكمة التمييز ان التعهد بنقل ملكية عقار عقدا صحيحا تترتب عليه اثاره والتي اقتصرها المشرع على التعويض فقط.⁽¹⁾ ولكن مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل سنلاحظ ان هذا العقد لا يترتب اثاره مقتصر على التعويض فقط وانما التمليك ايضا وفقا لشروط معينة كما سيجي لاحقا.

اخضع المشرع العراقي انتقال الملكية العقارية الى اجراءات معينة بحيث يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري⁽²⁾ باعتبار ان العقد الناقل للملكية العقار عقدا شكليا يتطلب لإتمامه التسجيل في الدائرة المختصة , اذ يعتبر التسجيل ركنا اساسيا لانعقاد العقد (اي شكلية للانعقاد وليس للاثبات) , فقد نصت المادة (508) الى انه (بيع العقار لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل

(1) فؤاد صالح درادكة , التعهد بنقل ملكية عقار , دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الاردني والمدني العراقي , بحث منشور في مجلة الحقوق , العدد الاول , السنة الثانية والثلاثون , 2008 , ص 267 . 281 . 303 , وينظر كذلك للمزيد د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , البيع , ج4 , هامش رقم 1 , ص 438 . 439 .

(2) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , الحقوق العينية الاصلية , ج1 , مكتبة السنهوري , ص 19 .



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

الذي نص عليه القانون ⁽¹⁾، كذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه (ان بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل بحكم المادة (508) من القانون المدني⁽²⁾). وبذلك فقد وضع المشرع نصوصا عامة تعتبر قواعد تصلح لاستقرار جميع الحقوق العينية العقارية ، ولاسيما بسبب ما مرت به الملكية العقارية من الاضطراب والارتباك ، فجعل التسجيل ركنا في العقد بحيث لا ينعقد الا باستيفائها ⁽³⁾ ، فقد جاء في المادة (1126/2) (والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا)

وبالنظر لحاجة الناس لإجراء المعاملات بصورة اقل تعقيدا واكثر بساطة ولاسيما ان اجراءات التسجيل المتعلقة بنقل الملكية العقارية تتطلب الكثير من الوقت والمال والجهد ⁽⁴⁾ ، قد يلجأ المتعاقدان ولاسيما الراغبين بشراء عقار الى ابرام تعهد خارجي مع مالك العقار ويتم بعد ذلك استكمال الاجراءات المتعلقة بانتقال الملكية ، ويعتبر التعهد غير الموثق بنقل ملكية العقار سندا عاديا صادرا من الشخص الذي وقعه ما لم ينكر موقع السند صراحة ما هو منسوب اليه من خط يد او بصمة ايهام او امضاء فقد نصت المادة (اولا/ 25) من قانون الاثبات العراقي على انه (يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء او بصمة ايهام)⁽⁵⁾.

وحتى يكون لذلك التعهد اثرا قانونيا يعتد به لابد ان يكون بموجب سند معين ولم يشترط المشرع العراقي شكلا معيناً لسند التعهد سواء في القانون المدني او في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (1198 في 1977/11/2 المعدل بالقرار 1426 في 1983/12/21) ، اذ لم يشر الى ضرورة ان يكون التعهد مكتوبا او ان يكون بموجب صيغة محددة وانما جاء مطلقا ، وكذلك ان يتضمن بيانات معينة يعتد بها

⁽¹⁾ وكذلك المادة (٦٠٢) التي تنص على (اذا كان الموهوب عقارا وجب لانعقاد الهيئة ان تسجل في الدائرة المختصة) ، والمادة (١٠٧١) في فقرتها الثانية جاء فيها (لا تتم القسمة الرضائية في العقار ، الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

⁽²⁾ محكمة التمييز الاتحادية / الهيئة الاستئنافية / العقاري في ١١/٢/٢٠٠٩ ، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، مجلة قانونية فصلية ، العدد ١ ، كانون الثاني ، ٢٠١١ ، ص ١٨١ .

⁽³⁾ حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري - الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، بدون مكان نشر ، ١٩٦٤ ، ص 175 .

⁽⁴⁾ اذ بين قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل في المواد من (٨٢) - (١٣٨) تلك الاجراءات فيما يتعلق بداية بالإجراءات الاولى والكشف اضافة الى الاعمال الفنية والرسوم وموانع التسجيل ، وكيفية التسجيل في السجل العيني والتسجيل بطريق الانابة ، وتدقيق المعاملات والسندات وكل ما يتعلق بانتقال الملكية العقارية من البائع الى المشتري .

⁽⁵⁾ تقابلها المادة (14) من قانون الاثبات المصري رقم 35 لسنة 1968 المعدل ، والمادة (50) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم رقم 90 لسنة 1983 المعدل .

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

بين الطرفين وبالخصوص عند حصول نزاع امام القضاء بعد ابرام التعهد , حيث يتضمن التعهد عدة بيانات تعد اغلبها ضرورية للاعتداد بها عند حصول النزاع ولاسيما المتعلقة منها بتحديد محل الاتفاق واطرافه واقرارهم بالتوقيع اضافة الى بيانات ومعلومات يتم الاتفاق عليها بين الطرفين (المتعهد والمتعهد له) ⁽¹⁾.

وبعد ابرام التعهد يصبح المتعهد له في مركز قانوني اضعف من مركز المتعهد , كون الاخير غالبا قد قبض البدل او جزء منه فلا يوجد ما يمنع نكوله عن تسجيل ملكية العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم (المتعهد له) , وبالتالي في حالة اخلال البائع (المتعهد) بالتزامه لا يمكن للطرف الاخر (المتعهد له) اجباره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ولا يستطيع ارغامه على الذهاب معه الى دائرة التسجيل العقاري واتخاذ الاجراءات المتعلقة بنقل ملكية العقار لاسمه , وانما اعطى له المشرع الحق بالمطالبة بالتعويض, اي التزام البائع بتعويض المشتري بناءً على نكوله عن التعهد بنقل ملكية العقار سواء كان التعويض قد اشترط في التعهد او لم يشترط ⁽²⁾ , وقد نصت المادة (1127) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض , اذا اخل احد الطرفين بتعهدده , سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط) .

اما ما يتعلق بالشرط المشدد لمسؤولية المتعهد في حال نكوله عن التسجيل تجاه المتعهد له الذي لا تتوافر فيه شروط التمليك المنصوص عليها في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل, والذي يقتصر حقه على المطالبة في التعويض , سنطرح تساؤل مفاده هل يجوز ان يشترط المتعهد له على المتعهد وكتشديد لمسؤولية الاخير العقدية تعويضا اكبر من التعويض الذي جاء به قرار مجلس قيادة الثورة المعدل ولاسيما وانه لا تتوافر في المتعهد له شروط التمليك المنصوص عليها في هذا القرار والتي تجبر المتعهد على التنفيذ العيني ؟

⁽¹⁾ حبيب عبيد مرزة , التعهد بنقل الملكية او حق التصرف في العقار, بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , المجلد 10 , العدد 1 , 2018, ص 340 وما بعدها ,

⁽²⁾ مصطفى مجيد , شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971, ج1, مطبعة العاتك , بدون سنة نشر , ص44. و د. غزوان محمود غناوي الزهيري , اجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية , ط1, دار زهران للنشر والتوزيع , 2017, ص 93.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

للإجابة على ذلك سنبحث هذه الجزئية في القانون المدني العراقي في هذا الفرع اضافة الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل في الفرع الثاني كونها تخص موضوع البحث (اي تشديدا للمسؤولية , دون الخوض في الاساس القانوني لهذا التعويض والذي كان موضع خلاف بين الفقه⁽¹⁾ .

اشار القانون المدني العراقي في المادة (1127) الى التعويض كالتزام يترتب في ذمة البائع (المتعهد) في حال نكوله عن تسجيل العقار باسم المتعهد له في دائرة التسجيل العقاري على اعتبار ان عقد بيع العقار هو من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بالتسجيل في الدائرة المختصة⁽²⁾ كما اشرنا الى ذلك سابقا, جاء فيها (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط) .

نلاحظ من خلال هذه المادة ان المشرع العراقي اجاز المطالبة بالتعويض في حالة نكول احد الطرفين واخلاله بتعده بنقل ملكية العقار⁽³⁾ اذ ان التصرفات العقارية لا تنتج اي اثار قانونية ماعدا الالتزامات الشخصية بين اطرافها وفقا لما ورد في المادة السالفة الذكر.⁽⁴⁾

ونحن في الفرض الذي طرحناه والمتمثل بنكول البائع عن التسجيل في الدائرة المختصة , يمكننا القول بأن المادة السالفة الذكر جاءت مطلقة في تنظيمها للتعويض, والمعروف ان المطلق يجري على اطلاقه, مما نستنتج معه عدم وجود مانع من اشتراط المتعاقدين في التعهد ان يلتزم البائع في حال

⁽¹⁾ يذهب بعض الفقه القانوني على اعتبار أساس التعويض هنا هو المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية أي أن مسؤولية من تعهد بنقل ملكية عقار إذا نكل عن التسجيل تعتبر مسؤولية تقصيرية لا عقدية لاعتبار أن العقد قبل التسجيل معدوم قانوناً ولا التمسك بما يرد فيه من شروط وان الشرط الجزائي التزام تبقي فهو باطل تبعا للالتزام الاصلي وبالتالي لا يكون امام الدائن في هذه الحالة الا ان يطالب بتعويض مناسب على اساس المسؤولية التقصيرية , في حين يذهب آخرون أن عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد منعقد الاثر تماماً , ليس هناك ما يمنع من أن ينتج هذا العقد الباطل بعض الآثار الشخصية بين المتعاقدين لا بوصفه واقعة قانونية ولا باعتباره عقد بيع عقار وإنما باعتباره عقد غير مسمى يقتضي القيام بعمل هو الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء نقل الملكية, إذ أن عقد بيع العقار الباطل يمكن أن يتحول إلى عقد صحيح آخر. ويذهب رأي ثالث إلى القول بأن أساس التعويض هنا هو العقد وليس المسؤولية التقصيرية, وأن العقد الذي ينشئ هذه المسؤولية ليس عقد البيع الباطل وإنما هو التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني. يُنظر في ذلك د. حسن علي الذنون , شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الاصلية , شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة , ١٩٥٤ , ص ١٥٠ . د. شاكر ناصر حيدر , = شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية , ج ١ , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٢ , ص ١٤٥ وما بعدها . و د. عبد المجيد الحكيم و محمد طه البشير و عبد الباقي البكري, القانون المدني - احكام الالتزام , ج ٢ , ص ٦٨ وما بعدها.

⁽²⁾ علي محسن الدفاعي , التصرفات العقارية واجراءاتها , ط ١ , شركة العاتك للنشر, 2019, ص 68.

⁽³⁾ د. سعدون العامري , الوجيز في شرح العقود المسماة . البيع والايجار , ج 1, بدون مكان نشر , 1988, ص 122.

⁽⁴⁾ خالد لفته شاكر وعبدالله غزاي سلمان , شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971, دار التقني للطباعة والنشر , بغداد , 1990. ص 59.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

نكوله بتعويض المتعهد اليه بمبلغ يحدده هذا الاخير كتشديد لمسؤولية المتعهد في حالة اخلاله بالتزامه بنقل ملكية العقار الى المتعهد له , وبالاخص اذا ما لحق المتعهد له ضرر من جراء نكول البائع , على الرغم ان المادة اعلاه لم تشترط وقوع ضرر للحكم بالتعويض وسواء اشترط في التعهد او لم يشترط .

وما يؤيد ذلك ما جاء في قرار لمحكمة التمييز بأنه (اذا تعهد بائع العقار في خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقاره الى المشتري وحدد في العقد مبلغ التعويض الذي يلزم به في حالة نكوله فإنه يلزم بالتعويض المحدد في العقد في حالة ثبوت اخلاله بتعهدة)⁽¹⁾.

اي ان المحكمة قد حكمت بالتعويض المحدد بين الطرفين في حال نكول المتعهد عن تعهده , وقد يصل هذا التعويض الى درجة يمكن معها اعتباره تشديداً لمسؤولية المتعهد لإخلاله بالتزامه .

وقد حكم القضاء بصحة هذا الشرط , اذ جاء في قرار للمحكمة ذاتها بانه (لدى التدقيق والمداولة ظهر ان محكمة بداءة بغداد اعتبرت البيع الخارجي باطلا وبالتالي اعتبرت شرط الضمان عن عدم تنفيذه بالدائرة المختصة باطلا دون ان تلاحظ ان البيع خارج دائرة الطابو وان كان غير معتبر غير ان ما جاء في العقد من باقي الشروط وبضمنها شرط الضمان فهي صحيحة ومعتبرة وقد اقرها العرف والقضاء العراقي فلا مسأغ لاعتبار شرط الضمان المتفق عليه عند النكول عن التقرير بدائرة الطابو باطلا كما اجتمعت محكمة البداءة)⁽²⁾.

مما يمكن معه ملاحظة وضوح مسلك القضاء بصحة الشرط الاتفاقي المتعلق بالتعويض ولاسيما في حالة اخلال المتعهد مع المشتري (المتعهد له), بما يُمكن الاطراف من اشتراط تعويض يراه المتعهد له مناسب كتشديد لمسؤولية المتعهد في حال نكوله عن تسجيل العقار في الدائرة المختصة وفقا لما جاء في المادة (1127) من القانون المدني العراقي وما سار عليه القضاء العراقي .

⁽¹⁾ محكمة التمييز العراقية, في قرارها المرقم 469/مدنية ثالثة /1971, بتاريخ 1971/7/28, نقلا عن د. كمال ثروت الوندائي , شرح احكام عقد البيع , ط 1, مطبعة دار السلام , بغداد, 1973, ص124.

⁽²⁾ محكمة التمييز العراقية , في قرارها المرقم 111/1970, بتاريخ 1953/6/10, منشور في مجلة القضاء , العدد5, السنة الحادية عشرة, ص119.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

الفرع الثاني

التعهد بنقل ملكية عقار بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل

نظرا لكثرة حالات الطمع والاستغلال التي حصلت من بعض ملاك العقارات وبدوافع انسانية وللقضاء على المنازعات التي تحدث نتيجة الاخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار , وللمحد من جشع الاشخاص الذين لا يبالون بالمبادئ والقيم الاخلاقية تم صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (1198 في 1977/11/2 المعدل بالقرار 1426 في 1983 /12/21).

اذ جاء فيه ((استناداً الى احكام الفقرة (أ) من المادة الثانية والاربعين من الدستور المؤقت قرر مجلس قيادة الثورة ما يلي :- اولاً : أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمتة عند النكول دون اخلال بالتعويض عن اي ضرر آخر. ب اذا كان المتعهد قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية أو منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فأن ذلك يعتبر سببا صحيحا يتيح للمتعهد له تملك العقار بقيمتة المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافا اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول ثالثاً: لا يعمل بأي نص قانوني او قرار او اتفاق يتعارض مع احكام هذا القرار يؤدي الى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة. اما التعديل على القرار فقد ورد انه استنادا الى احكام الفقرة (أ) من المادة الثانية والاربعين من الدستور المؤقت. قرر مجلس قيادة الثورة بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢١/١٢/١٩٨٣ ما يلي : ١- تعدل الفقرتان (أ) و (ب) من البند (اولا) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ٢/١١/١٩٧٧ على الوجه الاتي : أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار او حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهدة، سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمتة عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن أي ضرر آخرب اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية أو منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمتة المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافا اليه



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦)).

اذ اصبح بموجبه البائع ملزماً بنقل ملكية العقار او الحق العيني العقاري الى المشتري (المتعهد له) متى ما تحققت شروط هذا القرار والذي يعتبر استثناءً من القاعدة العامة , اي ابيع للمتعهد له تملك العقار بقيمته المبينة في التعهد , او بطلب التعويض حسب الاسس الواردة في القرار والتي حددت التعويض بأن لا يقل عن فرق البدلين على عكس ما ورد في المادة (1127) التي جاءت مطلقة فيما يتعلق بالتعويض.⁽¹⁾

من خلال ما سبق نلاحظ ان المشرع العراقي اقر التنفيذ العيني الجبري⁽²⁾ بعد اذار المتعهد بوجود تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار الى المتعهد اليه, فقد , اذا توافرت في هذا الاخير شروط التمليك المنصوص عليها في القرار في الفقرة (ب) من البند (اولا) اعلاه والتي وردت على سبيل الحصر, تعتبر في حال تحققها ودون معارضة تحريرية من المتعهد سبباً صحيح يبيع للمتعهد له ان يقيم دعوى طلب تملك العقار للحصول على حكم قضائي , يعتبر سبباً قانونياً لنقل ملكية العقار , ويعد ذلك استثناء من نص المادة (508) من القانون المدني العراقي.

(1) مصطفى مجيد , شرح قانون التسجيل العقاري ج2, ص20. و هديل سعد احمد , التعهد بنقل ملكية عقارين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 المعدل , بحث منشور في مجلة كلية الحقوق , جامعة النهرين , المجلد 16, 2014, ص239.

(2) لا بد ان يكون التعهد صادراً من المالك , فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بانه (اذا كان متعهد بيع العقار لا يملك العقار وقت بيعه فإن اقامة الدعوى بالتعويض لا تكون مشمولة بأحكام القرار ١١٩٨ والمؤرخ في ٢/١١/١٩٧٧ وانما يكون مشمول بأحكام التعويض الواردة في القانون المدني : لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الثابت من وقائع الدعوى والمرتمس المقدم من قبل الخبير المساح المؤرخ في ٢٣/١١/٢٠٠٤ أن الجزء المباع من العقار موضوع الدعوى البالغ مساحته (٦) دونم يقع ضمن العقار المرقم ١/٦٧ مقاطعة / ٤١ الزبيلة العائد إلى وزارة المالية وحق التصرف باعتبار (٧٢٨٥) سهم منها ٨٥٤ سهم الطرق العامة و ٦٤٣١ سهم لوزارة المالية حسب استمارة صورة السجل العقاري المربوطة بالدعوى وحيث إن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ تنطبق أحكامه على المتعهد بنقل ملكية العقار إذا كان مالكا لذلك العقار عند تعهده بنقل ملكيته , وحيث أن الثابت من استمارة صورة السجل العقاري المشار إليها أن المتعهد (البائع) لم يكن مالكا للجزء المباع من العقار المذكور لذا فأندعوى المدعي لا تكون خاضعة لأحكام القرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المنوه عنه وإنما تكون مشمولة بأحكام المادتين (١٥١ و ١١٢٧) من القانون المدني وتكون الهيئة المدنية للعقار في محكمة التمييز الاتحادية هي المختصة وظيفياً بنظر الطعن التمييزي بقرار الحكم الصادر فيها , لذا قرر إحالة إضرارة الدعوى مع عريضة الطعن التمييزي إليها للنظر فيها من قبلها حسب الاختصاص وأشعار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية - بصفتها التمييزية بذلك وصدر القرار بالاتفاق في ٢٥/ ربيع الثاني / ١٤٢٧ هـ الموافق ٢٠٠٦/٥/٢٢ م.) , قرار محكمة التمييز الاتحادية , الدائرة المدنية , المرقم ١٩٣ اقامة دعوى التعويض , ٢٠٠٦ , قرار منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى على الرابط ادناه <https://www.sic.iq/qview.23> / تاريخ الزيارة ٢٣/٤/٢٠٢٣.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

اما اذا لم تتوافر تلك الشروط فانه سيقصر حقه في المطالبة بالتعويض وفقا لما جاء في القرار ايضا , على ان لا يقل ذلك التعويض عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمتها عند النكول, اما الحالات الاخرى للتعهد والتي لا تتوافر فيها الشروط الواردة في القرار, فأن سبيل معالجتها سيتم وفقا للطريق الذي رسمته المادة (1127) الا انه لم يحدد مقدار التعويض في النص اعلاه وانما جاء مطلقا , وبالتالي فقد سد القرار اعلاه القصور الذي شاب المادة (1127) وصولا الى تحقيق العدالة.⁽¹⁾

اما ما يتعلق بالشرط المشدد لمسؤولية المتعهد في حال نكوله عن التسجيل تجاه المتعهد له الذي لا تتوافر فيه شروط التملك المنصوص عليها في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل, والذي يقتصر حقه على المطالبة في التعويض , نطرح التساؤل الاتي , هل يجوز ان يشترط المتعهد له على المتعهد كتشديد لمسؤوليته تعويض يجاوز التعويض الذي اوردته المشرع في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المعدل (اي اكثر من فرق البدلين) ولاسيما وانه لا تتوافر فيه شروط التملك التي تجبر المتعهد على التنفيذ العيني؟

ان التعويض وفقا لما جاء في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل يختلف عنه في القانون المدني العراقي , اذ حدد المشرع طريقة احتساب التعويض , فهل يمكن ان يتفق المتعاقدان على مبلغ اكبر من التعويض الذي جاء في القرار اعلاه كجزء للنكول وتشديدا لمسؤولية الناكل (المتعهد) في حال اخلاله بتعهده , اي هل يجوز فرق اكثر من فرق البدلين , وبالاخص في حالة ما اذا كان المتعهد له لا تتوافر فيه شروط التملك المنصوص عليها في القرار اعلاه والتي يؤدي عدم توافرها لاقتصار على التعويض دون التنفيذ العيني⁽²⁾ ؟

(1) عبدالله غزاي العزاوي , دراسات في قانون التسجيل العقاري , مطبعة الخيرات , 2001, ص 83 . ومنذر عبد الحسين الفضل , التعهد بنقل ملكية عقار وموقف القانون العراقي منه , مجلة الحقوق , جمعية الحقوقيين العراقيين , مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية , الاعداد 1/4, السنة الخامسة عشر, 1983, ص 154.

(2) اذ ان توافر الشروط الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المعدل (شروط التملك) الواردة في الفقرة (ب) من البند (اولا) من هذا القرار تؤدي الى امكانية اجبار البائع (المتعهد) على التنفيذ العيني الجبري, فقد قضت محكمة استئناف بغداد بانه لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه للاسباب والحيثيات التي استند اليها صحيح وموافق للقانون ذلك انه ثبت من التحقيقات التي اجرتها المحكمة ان المميز عليه كان قد اشترى حصص المميزين في العقار موضع الدعوى بموجب ورقة تعهد بالبيع وانه دفع الثمن وسكن العقار دون معارضة تحريرية وان كافة الطعون التي اوردتها المميزان في لائحهم التمييزية كانت موضع مناقشة من قبل محكمة الموضوع وحيث ان المحكمة حكمت بالتملك لتوفر احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل فيكون قرارها المميز له سند من القانون قرر تصديقه ورد=



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

للإجابة على ذلك , اشار قرار مجلس قيادة الثورة المنحل في الفقرة (أ) من البند اولاً الى انه (يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر).

نلاحظ ان الفقرة اعلاه قد عالجت مسألة التعويض عن الاخلال بالتعهد بنقل الملكية الى المتعهد له ولاسيما الذي لا تتوافر فيه شروط التمليك المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذا القرار , وقد بينت طريقة احتساب التعويض بأن لا يقل عن فرق البدلين , اي قيمة العقار وقت التعهد وقيمته وقت النكول , دون الاخلال بالتعويض عن اية اضرار اخرى , ومما يمكن ملاحظته ان المشرع في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل قد حدد الحد الأدنى لقيمة التعويض بأن لا يقل عن الفرق بين البدلين , مما يمكن معه استنتاج ان المشرع بتحديد الحد الأدنى للتعويض وجعل ذلك من النظام العام , انه يجوز للأطراف الاتفاق على تعويض اكبر من الفرق بين قيمة البدلين طالما لم يحدد الحد الأعلى , لذلك يكون اتفاق اطراف على تشديد مسؤولية المتعهد في حال اخلاله بتعهده بنقل ملكية العقار الى المتعهد له من خلال الزامه بمبلغ يزيد على الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمته عند النكول صحيح لا غبار عليه .

ويؤيد ذلك ما جاء في قرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية جاء فيه (ان القضاء بمبلغ التعويض المتفق عليه في التعهد صحيح ولو كان اكثر من الفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمته عند النكول).⁽¹⁾

اي ان عدم التعارض بين مقدار التعويض المتفق عليه والوارد في التعهد وبين الاحكام الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المعدل لا يمنع من اخذ به من قبل المحاكم , والحكم بالتعويض الاتفاقي الوارد في التعهد ولاسيما وانه لا يقل عن فرق البدلين , اذ تعتبر حالة الاتفاق على مبلغ

=الطعون التمييزية (....) , قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة في (٣١/٣/٢٠٠١) , مجلة القضاء , اعداد الأول والثاني السنة الخامسة والخمسون , ص ٣٠١.

(1) القرار التمييزي ١٤١٥ حقوقية / في ١٠/١١/١٩٨٢ صادر من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية , مجلة القضاء , العدد الثالث والرابع , ١٩٨٦ , ص ٢٢٩ , اشار اليه القاضي رحيم نومان هاشم الموسوي , حكم التعويض الاتفاقي في التعهد بنقل ملكية عقار بحث منشور على الرابط ادناه :

<https://www.iasj.net/iasi/download/219228c47001f56e> تاريخ اخر زيارة الاحد المصادف ٢٣/٤/٩.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

تعويض يقل عما حدده المشرع في القرار المذكور باطل لمخالفته لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ، اما الزيادة فتكون صحيحة ومن حق المدعي بالتعويض المطالبة بالحكم بالتعويض الاتفاقي الذي يزيد عن الفرق بين قيمة العقار وقت البيع وقيمته عند النكول .

وكذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية جاء فيه (نكول البائع عن تعهده ببيع العقار الى المشتري رغم اخطاره بوجوب تنفيذ التزامه وظهر ان العقار لم يكن مسجلا باسمه فللمشتري الحق بالتعويض المتفق عليه بموجب العقد المبرم بينهما)⁽¹⁾.

نلاحظ اتجاه القضاء العراقي للحكم بالتعويض المتفق عليه بين الطرفين ولاسيما في حالة نكول البائع عن تعهده ، مما يعني قانونا وقضاءً بإمكان الاطراف الاتفاق على تشديد مسؤولية البائع الناكل عن تعهده بنقل ملكية العقار الى المتعهد له وبالاخص اذا لم تتوافر في الاخير شروط التمليك الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المعدل ، اما وفقا للقانون المدني فأن الامر كما اسلفنا يقتصر على التعويض فقط ، وقد جاءت المادة مطلقة في تعويض المتعهد له اي لم تحدد حدا اعلى او ادنى لذلك التعويض وبالتالي يجري المطلق على اطلاقه وبإمكان الاطراف الاتفاق على مبلغ معين كتعويض وتشديدا لمسؤولية البائع (المتعهد) الناكل عن نقل ملكية العقار المبيع الى المشتري.

المطلب الثاني

موقف التشريعات المقارنة من شروط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار

في اطار البحث في الشروط المشددة لمسؤولية المتعهد الناكل العقدية لابد من بحث هذه المسألة في القوانين محل الدراسة لتسليط الضوء عن موقف المشرعين من التعهد ومن الشروط المشددة للمسؤولية العقدية للمتعهد الناكل وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

موقف المشرع المصري من شروط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار

لا بد من بيان موقف المشرع المصري الذي كان مختلفا عن المشرع العراقي ولاسيما فيما يتعلق بعقد بيع العقار ، فلم يجعل المشرع المصري التسجيل ركنا في عقد بيع العقار على خلاف المشرع العراقي الذي اعتبر الشكلية ركنا للانعقاد بدونها لا يتم ولا ينشأ العقد .

⁽¹⁾ محكمة التمييز الاتحادية ، في قرارها المرقم /٢٠٨١ تعويض اتفاقي / ٢٠١٠ بتاريخ ١٤/١٢/٢٠١٠ ، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

وقد اثار بعض الشراح المصريين سؤال مفاده هل التسجيل ركنا في العقد ام اجراء تنفيذي للالتزام بنقل ملكية العقار المبيع ؟ وبمعنى اخر هل مازال العقد الناقل للملكية العقار من العقود الرضائية ام انه اصبح عقدا شكليا ؟ لأنه مادام لا ينقل الملكية الا بالتسجيل فانه لا يبلغ تمامه الا باستيفاء هذا الاجراء.⁽¹⁾

للإجابة على ذلك ذهب الفقه المصري الى انه : ((البيع غير المسجل لايزال بيعا فينتج اثاره عدا نقل الملكية بالفعل , على ان البيع , لم يصبح بعد قانون التسجيل , وقانون تنظيم الشهر العقاري , عقدا شكليا لا يتم الا بالتسجيل , فهو لايزال من عقود التراضي , والبيع غير المسجل لايزال عقد بيع له هذه الصفة , وينتج جميع اثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأي يذهب الى ان البيع غير المسجل لا يكون بيعا وانما يكون عقدا غير مسمى وان البيع لا يتم الا بالتسجيل , ولكن هذا الرأي بقي مرجوحا منذ ظهر ثم اختفى سريعا , واجمع الفقه والقضاء على ان عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل))⁽²⁾.

(1) د. محمد المنجي , عقد البيع الابتدائي . الاثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل , ط2, منشأة المعارف , 1987, ص110.

(2) د. عبد الرزاق احمد السهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , العقود التي تقع على الملكية , البيع والمقايضة , ج4, بند 272, ص 485.

وفي نفس الصدد ذهب الدكتور سليمان مرقس في كتابه الوافي في شرح القانون المدني , العقود المسماة , عقد البيع , ج7, ط5, بند ١٦٦ , ص ٣٩٠ وما بعدها الى انه : ((وظيفة التسجيل في عقد بيع العقار لا تجعل منه ركنا في العقد بل اجراء فقط لازما لتنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع , ان هذا الاعتقاد لا اساس له من القانون , لأن المشرع اذ فرض تلك الاجراءات , لم يفرضها باعتبارها شرطا لانعقاد البيع بل شرطا فقط لإمكان تنفيذ احد اثاره وهو التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشتري , ومما يدل على ذلك ان المشرع نص في المادة الأولى فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٢٣) وتقابلها المادة ٩ فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٤٦ على انه يترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها) وهي الحقوق العينية الاصلية العقارية (لا تنشأ ولا تنتقل =ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم . ومؤدى ذلك ان ما يتوقف على تسجيل عقد البيع انما هو اثر البيع المتعلق بنقل حق عيني اصلي فقط هو في الغالب حق ملكية العقار المبيع . اما ما عدا ذلك من اثار او التزامات ينشأها عقد البيع في ذمة كل من العاقدين فلا يتوقف على تسجيل العقد . وقد اوضح المشرع صراحة انه يقصد ذلك بان نص في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون ١٩٢٣) وفي ما يقابلها من المادة 9 من قانون سنة ١٩٤٦ على ان لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن. وقد فسر البعض هذين النصين الاخيرين بأنهما جمعا لعقد البيع عقدا شكليا وبأن المقصود بهما ان عقد البيع غير المسجل يقع باطلا ولكنه يتحول الى عقد غير مسمى ينشئ التزامات شخصية . غير ان هذا التفسير لا محل له لان المشرع لم ينص على جعل التسجيل شرط انعقاد ولا على ان يكون جزاء تخلفه بطلان العقد , ولا على ان العقد غير المسجل ينشئ التزامات او اثارا اخرى غير الالتزامات او الاثار التي تترتب على البيع بوجه عام حتى يمكن القول بان البيع غير المسجل يقع باطلا ولكن تترتب عليه التزامات شخصية تختلف عن الالتزامات التي تترتب عادة على عقد البيع . ولذلك لم يصادف رايهم راجا يذكر , وما لبث الفقه والقضاء ان استقرا على أن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضائية ولم يجعل من التسجيل ركنا في البيع , بل اقتصر على ان يجعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع هو وحده الذي يحتاج الى التسجيل وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيه ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو =

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

ويترتب على ذلك ان البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع , اذ يلتزم بموجبه البائع بتسليم العين المباعة (العقار) الى المشتري وكذلك بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب لخبية , وبالمقابل ينشئ على عاتق المشتري الالتزام بدفع الثمن والمصروفات , اضافة الى تسلم المبيع.⁽¹⁾

ونظرا لكون عقد بيع العقار عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تراضي البائع والمشتري انه يكفي وجود صورة عرفية من العقد حتى يمكن اتخاذ اجراءات الشهر , وان عقد البيع ناقلا للملكية وكل ما احثه قانون الشهر العقاري ومن قبله قانون التسجيل انه جعل نقل ملكية العقار متراخيا الى ما بعد شهره , لذا يبقى البائع ملتزما بتسليم العقار ونقل ملكيته للمشتري , اما في حالة امتناع البائع عن هذا الالتزام فانه يجوز تنفيذه عينا⁽²⁾ من خلال اللجوء الى دعوى صحة التعاقد على التفصيل الذي سوف نوضحه.

وبذلك يكون عقد بيع العقار في القانون المصري يمر بمرحلتين , عقد البيع الابتدائي (غير المسجل) وهي المرحلة التي تسبق التسجيل , وعقد البيع النهائي (المسجل) , ولما كان التسجيل يتطلب اجراءات معينة لابد فيها من تدخل البائع شخصيا , اذ لابد ان يكون مقرا بصدور البيع مع تصديق هذا الاقرار بتوقيعه , فإنه يجوز للمشتري مطالبة البائع بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه اذا كان ذلك ممكنا , فاذا نفذه كان بها , اما اذا امتنع البائع وانكر صدور البيع من جانبه (اي نكول من جانب البائع) او امتنع عن الذهاب الى الجهة المختصة للتصديق على امضائه او اي اخلاص بواجبه للقيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد , فان الامر يختلف في التشريع المصري عنه في العراقي , اذ منح المشرع المصري المشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني واجباره على القيام بالأعمال اللازمة للتسجيل من خلال دعوتين ابتكرهما العمل واقهرهما القضاء منذ صدور قانون التسجيل.⁽³⁾

=عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج اثارها بمجرد توافق الطرفين . وانما هو فقط قد عدل اثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم , فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل ارجاه الى حين حصول التسجيل , وترك لعقد البيع معناه وباقي اثاره .

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , اسباب كسب الملكية , ج9, مج1, بند 133, ص359.

(2) د. انور طلبة , المطول في شرح القانون المدني , ج13, شركة ناس للطباعة , 2019, ص 425.

(3) د. معوض عبد التواب , الوسيط في دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع على البيع , منشأة المعارف , 1985, ص 71 وما بعدها.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

وهما دعوى صحة التعاقد⁽¹⁾، التي يعتبر الحكم الصادر فيها بالنسبة للمشتري سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل⁽²⁾، ويثبت وقوع البيع صحيحا نافذا، ودعوى صحة التوقيع، التي يختصم المشتري من خلالها البائع لحمله على الاقرار بأن الورقة العرفية هي بإمضائه او ختمه او بصمة اصبعه، فإذا حضر البائع واقر ذلك او سكت او لم ينكر توقيعه او لم ينسب ذلك التوقيع الى غيره اعتبرته المحكمة مقرا بتوقيعه على البيع اما اذا لم يحضر حكمت المحكمة في غيابه بصحة التوقيع الوارد في السند، ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع سواء باقرار البائع او بعد التحقيق الذي تجريه المحكمة يمكن اعتبار ورقة البيع العرفية والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الامضاء فإذا ما سجلا معا انتقلت الملكية الى المشتري⁽³⁾.

اما في حالة امتناع البائع عن القيام بهذه الالتزامات وكان التنفيذ العيني غير ممكن او مستحيل كأن يكون البائع غير مالك اصلا للعقار المبيع، او قام بنقل الملكية الى اخر بتسجيلها، فانه لا سبيل للمشتري سوى اللجوء الى طلب التنفيذ بمقابل او التعويض ولاسيما التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في العقد الابتدائي، اذ يبقى دائما شخصا للبائع بإمكانه المطالبة بالتعويض عن اخلال الاخير بالتزامه⁽⁴⁾.

وكل ما ذكر بشأن البيع غير المسجل في قانون التسجيل لسنة 1923 وقانون الشهر العقاري رقم 14 لسنة 1946، يصدق بالنسبة الى البيع غير المقيد في السجل العيني بموجب قانون التسجيل العيني رقم 142 لسنة 1964. الذي لم يطبق دفعة واحدة على كافة انحاء الجمهورية المصرية، وانما يجري تطبيقه تباعا في كل منطقة يتم مسحها، حيث اناط المشرع وزير العدل في اصدار قرار تعيين الاقسام المساحية التي يسري عليها هذا القانون فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة طبق عليها نظام السجل العيني. فلا يترتب عليه من الاثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين المتعاقدين، فالبيع

⁽¹⁾ والتي تقوم على اساس قانوني وهو ما ورد في المادة (210) من القانون المدني المصري جاء فيها (في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام).

⁽²⁾ ((وهي الدعوى التي يرفعها مشتري العقار على البائع بعقد غير مسجل يطلب فيها صحة البيع ونفاذه. اذ تعتبر دعوى شخصية لان المدعى يستند فيها الى حقه الشخصي الناشئ عن العقد، كذلك تعتبر دعوى عقارية لأن المدعى يرمى بها الى الحصول على حق عيني على عقار، وهو الملكية.)) نقلا عن د. وجدي راغب فهد و د. احمد ماهر زغلول، مذكرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية - مبادئ الخصومة المدنية، ج2، بدون مكان نشر، 1993. 1994، ص 189.

⁽³⁾ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مصدر سابق، ص 485 وما بعدها.

⁽⁴⁾ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج7، مصدر سابق، بند 176 و 180، ص 436 و 470.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

غير المقيّد في السجل العيني لا يزال ينشئ التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع ، إضافة إلى أن البيع المقيّد بموجب قانون التسجيل العيني يزيد في آثاره على البيع غير المقيّد في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وبالنسبة إلى الغير أيضاً ، والذي ينقل الملكية هنا هو نفس القيد في السجل العيني وليس عقد البيع بخلاف ما جاء في قانون الشهر العقاري من أن الذي ينقل الملكية هو العقد ذاته وليس التسجيل ، أما في السجل العيني فأنته وبمجرد القيد في السجل له حجية مطلقة .⁽¹⁾

بعد الاستعراض الموجز لموقف المشرع المصري لانتقال ملكية العقار وفق قوانين الشهر العقاري المعمول بها ، يمكننا القول بأن الوضع يختلف في التشريع العراقي عنه في التشريع المصري ، ولا سيما وأن المشرع العراقي قد جعل التسجيل ركناً في عقد بيع العقار لا يتم بدونه ، أما المشرع المصري وفي ظل القوانين المعمول بها فتارة يترتب على مجرد العقد انتقال الملكية بين المتعاقدين وترتيب آثار عقد البيع بين البائع والمشتري بمجرد العقد ويرتب على التسجيل تأخير انتقال الملكية فقط أما باقي آثار العقد فتترتب جميعها . في قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري . فإذا ما تم نقل الملكية من البائع إلى المشتري بالتسجيل تم العقد أما إذا امتنع جاز للمشتري اللجوء إلى دعوتين سبق الإشارة إليهما ،

(1) عبد الرزاق أحمد السهري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، ج ٩ ، ص ١ ، مصدر سابق ، بند ١٣٤ ، ص ٣٦٠، ٣٧٤ . وقد طرح السهري في هذا المؤلف بهذا الصدد سؤالاً مفاده ، هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام (الالتزام) بنقل ملكية العقار المبيع (عينا ، كما يجوز تنفيذه عينا في قانون الشهر العقاري عن طريق دعوى صحة التعاقد ؟ يجب على ذلك بانه)) ورد في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني ، في خصوص المحررات التي يجوز قبولها لأجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني وحصرها في قسمين ، ما يأتي : " (القسم الأول : المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركناً في التعاقد ، ولكنها = شرط جوهري لقيد المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفي ولو صدر به حكم بصحة التعاقد " . والظاهر من ذلك أنه طبقاً لقانون السجل العيني ، يبقى عقد البيع العرفي غير المقيّد منشأً لالتزامات شخصية ومنها الالتزام بنقل الملكية . ولكن هذا الالتزام بنقل الملكية لا يمكن تنفيذه عينا ، ونقل الملكية بالفعل ، إلا إذا قيد البيع في السجل العيني . والبيع لا يجوز قيده في السجل العيني إلا إذا كان موثقاً في محرر رسمي ، ولا يسوغ قيد البيع العرفي في السجل ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . ويخلص من ذلك أن البيع العرفي غير المقيّد ، طبقاً لقانون السجل العيني ، ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ويلزم البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها . ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشتري في توثيق محرر رسمي للبيع ، حتى يمكن قيد البيع في السجل العيني ، فأما امتنع البائع عن توثيق البيع ، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع في السجل العيني ، ولو عن طريق حكم بصحة يصدر بناءً على عقد البيع العرفي . ومن ثم لا يكون أمام المشتري إلا مطالبة البائع بالتعويض ، لامتناعه عن القيام بالالتزام من توثيق البيع تمهيداً لقيدته في السجل العيني . فأن انكر البائع صدور البيع العرفي منه أو انكر صحته ، وجب على المشتري رفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد ، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده في السجل العيني كما = سبق القول . وكل ما يستطيعه المشتري في هذه الحالة ، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر في هذا الشأن ، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالالتزام من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع . ويكون موقف المشتري بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفي لم ينكر البائع صحته . ففي الحالتين لا يستطيع المشتري ، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع ، إلا أن يطالب بالتعويض .

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

يقوم الحكم الصادر بهما مقام العقد المصدق (تنفيذ عيني جبري) , وتارة اخرى . في قانون التسجيل العيني . يرتب على التسجيل فقط انتقال ملكية العقار وليس على العقد بذاته , ولا يمكن في هذه الحالة اجبار البائع على نقل ملكيته الى المشتري , وكل ما يمكن للمشتري هو الحصول على التعويض نتيجة اخلال البائع بالتزامه كما سبق تفصيل ذلك .

ففي نطاق بحثنا والمتعلق بتشديد مسؤولية البائع الناكل عن تسجيل عقد بيع العقار يمكننا القول ان الحكم يختلف في ظل قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري عنه في قانون التسجيل العيني , ففي القوانين الاولى اذا ما نكل البائع عن تسجيل العقد في دائرة الشهر العقاري وكان التنفيذ العيني لايزال ممكنا يلجأ المشتري الى دعوى صحة التعاقد والتوقيع لإجباره على نقل الملكية فلا مجال لتشديد المسؤولية العقدية للبائع , الا في الحالة التي يكون فيها التنفيذي العيني مستحيلا بإمكان الاطراف الاتفاق على تشديد مسؤولية البائع الناكل عن تسجيل العقد في دائرة الشهر العقاري بدفع مبلغا كتعويض عن الاخلال بتنفيذ الالتزام اذا ما اصبح تنفيذه لالتزامه مستحيلا لاي سبب كان وكانوا قد ضمنوا العقد الابتدائي شرطا كهذا , فلا يوجد ما يمنع ذلك اذ يبقى دائما شخصا للبائع وبإمكانه المطالبة بالتعويض عن الاخلال بتنفيذ الالتزام , ولاسيما التعويض المتفق عليه بموجب العقد الابتدائي .

اما في ظل نظام السجل العيني فلا مجال لإجبار البائع بالتنفيذ العيني كما اسلفنا , ومن ثم لا يكون امام المشتري الا مطالبة البائع بالتعويض , لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيدا لقيده في السجل العيني . فأن انكر البائع صدور البيع العرفي منه او انكر صحته , وجب على المشتري رفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد , ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده في السجل العيني , وكل ما يمكن للمشتري في هذه الحالة وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر في هذا الشأن , المطالبة بالتعويض لإخلال البائع بالتزامه من اتخاذ الاجراءات اللازمة لتوثيق البيع , ويكون موقف المشتري بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة الى عقد بيع عرفي لم ينكر البائع صحته . ففي كلا الحالتين لا يستطيع المشتري عند امتناع البائع عن توثيق عقد البيع سوى المطالبة بالتعويض , ولاسيما اذا ماتم الاتفاق في العقد العرفي على انه في حالة اخلال البائع بالتزامه في نقل ملكية العقار فأن المشتري يستحق مبلغ التعويض المتفق عليه بينهما تشديدا لمسؤوليته العقدية.



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

الفرع الثاني

موقف المشرع الفرنسي واللبناني من شروط التشديد في التعهد بنقل ملكية عقار

تمثل موقف المشرع اللبناني من خلال ما ذهب اليه البعض من الفقه الى القول بأن تأخير نقل الملكية في العقار حتى تسجيل العقد لا يعني ان عقد البيع اصبح من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بتسجيلها , وذلك لان العقد مازال عقدا رضائيا يتم بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين , ويرتب جميع اثاره من حيث انشاء الموجبات او الالتزامات الشخصية ماعدا الاثر المترتب على نقل الملكية فهذا الاثر لا يتم الا بالتسجيل .⁽¹⁾

ولما كان العقد غير المسجل ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين فيمكن تبعا لذلك ان يلزم المشتري البائع بكل ما هو ضروري لنقل الملكية , اذ يعطيه القانون حقا شخصيا عقاريا بقيد الحق موضوع التعامل على اسمه , من خلال اقامة دعوى الالزام بالتسجيل في حالة نكول البائع عن تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري , مما يمكنه من الحصول على قرار قضائي يكسبه الحق قبل التسجيل⁽²⁾ , اي ان البيع العادي حتى وان كان لا يجعل المشتري مالكا للعقار الا انه يعطيه الحق بمطالبة البائع الناكل بقيد العقار باسمه في دائرة التسجيل , فإذا امتنع البائع كان للمشتري مراجعة القضاء لاستحصال حكم بذلك , وهو ما اشارت اليه الفقرة الاخيرة من المادة (11) من القرار رقم 188 لسنة 1926 من قانون السجل العقاري المعدل جاء فيها (الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني، أو نقله، أو إعلانه أو تعديله أو إبطاله، لا تكون نافذة، حتى بين العاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها. ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل في المداعة، فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم). وكذلك ما قضت به المحكمة الابتدائية في لبنان⁽³⁾ اذ جاء في قرار لها (الملكية وان تكن لا تنتقل الا بالتسجيل في السجل العقاري , الا انه يحق للمشتري صاحب السند العادي ان يطالب بآئعه بالقيام بتعده بتسجيل العقار في السجل العقاري رضاء والا فقضاء).⁽⁴⁾

(1) د. اسعد دياب , القانون المدني - العقود المسماة , منشورات زين الحقوقية , ط2, 2012, ص 142. ود. عبد الرزاق احمد السهوري , ج9 , مصدر سابق , هامش رقم 1 , ص 361.

(2) د. جورج ن. شدراوي , الوجيز في تحديد والتحرير والسجل العقاري , ط2, المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان , 2005, ص199 وما بعدها

(3) حسين عبد اللطيف حمدان , نظام السجل العقاري , ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , 2005, ص378 وما بعدها

(4) محكمة البقاع الابتدائية , 28 شباط 1944, النشرة القضائية , السنة الاولى , الجزء الرابع , ص 179, نقلا عن القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , المصدر السابق , ص380.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

وبالتالي فانه لا يوجد ما يمكن البحث به من تشديد لمسؤولية البائع الناكل طالما ان المشرع قد اقر التنفيذ العيني الجبري عن طريق القضاء , الا انه هناك حالة قد تعتبر تشديد لمسؤولية البائع في حال نكوله عن تعهده ببيع العقار وتسجيله في الدائرة المختصة , وهي حالة وجود تعهد من البائع بدفع مبلغ من المال كبند جزائي او كتعويض مقطوع في عقد البيع العقاري اذا تخلف عن نقل ملكية المبيع الى المشتري في السجل العقاري , فهل يعتبر ذلك تشديدا لمسؤولية البائع الناكل وبإمكانه اختيار هذه الوسيلة عوضا عن التنفيذ العيني ؟

اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية في اكثر من قرار لها بأن البند الجزائي في هذه الحالة ما هو الا وسيلة لإجبار او وسيلة اكراهية لتأمين تنفيذ التزام البائع , وفي حالة امتناعه يبقى للمشتري الخيار بين الاصرار على طلب التنفيذ العيني بقيد العقار في السجل العقاري , وبين المطالبة بفسخ البيع على مسؤولية البائع والزامه بقيمة البند الجزائي , ولا يحق له المطالبة بالخيارين معا الا اذا كان البند الجزائي كشرط في حالة التأخير في التنفيذ.⁽¹⁾ (اي التأخير في قيد العقار) .

مما يمكن معه القول انه بإمكان الاطراف الاتفاق على انه في حالة نكول البائع بتعهده بنقل ملكية العقار الى المشتري في السجل العقاري فانه يستحق مبلغ التعويض المتفق عليه كتشديد لمسؤولية البائع.

اما ما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي, فان القانون المدني الفرنسي المعدل لم يأخذ بالتسجيل كركن من اركان عقد بيع العقار, وانما اخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد, حيث نصت المادة (1582)⁽²⁾ من القانون المدني الفرنسي على انه (البيع الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه احد المتعاقدين بتسليم المبيع ويلتزم الاخر بدفع الثمن , ويمكن ان يثبت بعقد رسمي او عرفي) اما المادة (1583) فقد جاء بها (ان البيع يكون تاما وان الملكية تنتقل الى المشتري في مواجهة البائع وبقوة القانون بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن , ولولم يتم تسليم المبيع او دفع الثمن).

⁽¹⁾ حسين عبد اللطيف حمدان , المصدر نفسه , ص 388 وما بعدها .

⁽²⁾ Article /1582

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

Article/1583

Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

يتضح من ذلك ان التسجيل لم يكن ركناً أو شرطاً في انتقال الملكية العقارية، إذ إن انتقال الملكية كأصل عام يتم بمجرد التراضي. لكن يرد على ذلك إستثناءان أحدهما هو انتقال الملكية بالهبة والآخر ما يتعلق ببيع الشقق السكنية تحت الإنشاء، وتدخل المشرع في هذا النطاق بالقانون الصادر في (23) مارس لسنة 1855، ومن ثم اصدر المرسومين الصادرين في (30) أكتوبر 1935 و(4) يناير 1955، وبهذه التعديلات فرض المشرع تسجيل عقد بيع العقار، لكن لم يعط للتسجيل أثراً بالنسبة لنقل الملكية بين المتعاقدين، بل ينحصر أثره في نقل الملكية في مواجهة الغير، وربط نفاذ العقد في مواجهتهم بتسجيل العقد، فاذا لم يتم تسجيله فإنه لا يمكن الاحتجاج به على الغير، فإن الإشهار في بيوع العقارات ليس شرطاً لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين، و لكن الهدف منه هو إعلام الغير، بأن العقار موضوع تصرف، فقد أخضع مرسوم 4 يناير 1955 للإشهار كل بيع منصب على حق عيني عقاري .⁽¹⁾

وبذلك اعتبر الفقه والقضاء الفرنسي ان الكتابة او الشكلية ليست ركناً لانعقاد عقد بيع العقار، وانما يبقى هذا العقد رضائياً وما الكتابة الا وسيلة للإثبات، وقد اعتمد الفقه والقضاء الفرنسي في ذلك على ما ورد في المادة (1583) اعلاه، اي ان بيع العقار في القانون المدني الفرنسي يمكن اثباته بورقة عرفية، وتكون لهذه الورقة حجيتها فيما بين المتعاقدين تنتقل بموجبها ملكية العقار من البائع الى المشتري، الا انه على الرغم من ان ملكية العقار تنتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد، لا يكون انتقالها معتبراً بالنسبة الى الغير كما اسلفنا ولا يمكن الاحتجاج في مواجهة الغير الا من وقت تسجيل العقد في مكتب التسجيل الذي يقع ضمن دائرته العقار المبيع .⁽²⁾

مما نستنتج معه عدم امكانية ورود شروط مشددة لمسؤولية البائع الناكل عن تسجيل عقد بيع العقار في السجل العقاري طالما ان العقد ينتقل بمجرد رضا اطرافه ودون حاجة الى شكلية معينة .

(1) د. بمو برونز خان الدلوي، ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، المجلد 1، العدد 4، كانون الاول، 2017، ص 77.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة. البيع والكفالة، مصدر سابق، ص 374.

الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

الخاتمة

بعد ان تطرقنا في هذا البحث لموضوع الشرط المشدد في عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري (التعهد بنقل ملكية عقار) , فإنه لا بد من خاتمة لادراج اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات وعلى التفصيل الاتي :

اولا : النتائج :

- 1- ذهب غالبية الفقه العراقي والعربي الى اعتبار التعهد بنقل ملكية عقار عقدا صحيحا تترتب عليه اثاره التي اقتصرها المشرع على التعويض فقط في حالة النكول , وهو مذهب القضاء العراقي كذلك .
- 2- يرتب التعهد بنقل ملكية عقار وبوصفه عقدا صحيحا عدة اثار نص عليها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 المعدل , والذي جاء لسد النقص الذي يشوب المادة (1127) من القانون المدني العراقي التي تبين في حالة النكول حق المتعهد له بالمطالبة بالتعويض فقط دون التنفيذ العيني الذي جاء به القرار المذكور اعلاه وبشروط معينة .
- 3- على اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار عقد صحيح مرتبا لآثاره فانه يجوز تبعا لذلك لأطراف العقد (المتعهد والمتعهد له) الاتفاق على مقدار من التعويض كتشديد لمسؤولية المتعهد له العقدية في حال اخلاله بتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار الى المتعهد له , ولا يوجد ما يمنع ذلك في القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977.
- 4- يختلف موقف المشرع العراقي عن القوانين محل الدراسة في اعتبار عقد بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا اذا سُجلت في دائرة التسجيل العقاري .

ثانيا : المقترحات

- 1- نقترح على المشرع العراقي تنظيم مسألة التعهد بنقل ملكية عقار بنصوص صريحة وواضحة بدلا من الاقتصار على مادة واحدة فقط .
- 2- نقترح على المشرع العراقي وضع تنظيم قانوني من خلال النصوص القانونية في القانون المدني وبصورة واضحة يجيز الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له على تعويض مناسب يعتبر تشديدا للمسؤولية العقدية للمتعهد اذا ما اخل بالتزامه بنقل ملكية العقار المبيع الى المشتري (المتعهد له) , ولاسيما وان التشريع العراقي يعد عقد بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تنتقل الا بالتسجيل في الدائرة المختصة .



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

قائمة المصادر والمراجع

اولا : الكتب العلمية :

- 1- د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , العقود التي تقع على الملكية , البيع والمقايضة , ج4, نهضة مصر, 2011.
- 2- د. محمد طه البشيرود. غني حسون طه , الحقوق العينية الاصلية , ج1, مكتبة السنهوري , ص 19.
- 3- د. اسعد دياب , القانون المدني - العقود المسماة , منشورات زين الحقوقية , ط2, 2012.
- 4- د. جورج ن. شدراوي , الوجيز في تحديد والتحرير والسجل العقاري , ط2, المؤسسة الحديثة للكتاب . لبنان , 2005.
- 5- حسين عبد اللطيف حمدان , نظام السجل العقاري , ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , 2005.
- 6- حامد مصطفى , الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري - الحقوق العينية الاصلية , ج ١ , بدون مكان نشر , ١٩٦٤.
- 7- مصطفى مجيد , شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971, ج1, مطبعة العاتك , بدون سنة نشر .
- 8 - مصطفى مجيد , شرح قانون التسجيل العقاري , ج2.
- 9- د. غزوان محمود غناوي الزهيري , اجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية , ط1, دارزهران للنشر والتوزيع , 2017.
- 10 - د. حسن علي الذنون , شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الاصلية , شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة , ١٩٥٤ .
- 11- د. شاكر ناصر حيدر , شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية , ج ١ , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٢ .
- 12 - د. عبد المجيد الحكيم و محمد طه البشير و عبد الباقي البكري , القانون المدني - احكام الالتزام , ج ٢ , بدون مكان وسنة نشر.
- 13- علي محسن الدفاعي , التصرفات العقارية واجراءاتها , ط1, شركة العاتك للنشر, 2019.
- 14- عبدالله غزاي العزاوي , دراسات في قانون التسجيل العقاري , مطبعة الخيرات , 2001.



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

- 15 - د. محمد المنجي , عقد البيع الابتدائي . الاثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل , ط2, منشأة المعارف , 1987.
- 16- سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني , العقود المسماة , عقد البيع , ج7, طه, المنشورات الحقوقية صادر, 1198.
- 17- د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , اسباب كسب الملكية , ج9, م1.
- 18 - د. انور طلبة , الم طول في شرح القانون المدني , ج13, شركة ناس للطباعة , 2019.
- 19 - د. معوض عبد التواب , الوسيط في دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع على البيع , منشأة المعارف , 1985.
- 20 _ وجدي راغب فهمي و د. احمد ماهر زغلول , مذكرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية - مبادئ الخصومة المدنية , ج2, بدون مكان نشر , 1994.1993.
- 21 _ د. سعدون العامري , الوجيز في شرح العقود المسماة . البيع والايجار , ج1, بدون مكان نشر , 1988.
- 22 _ خالد لفته شاكرو وعبدالله غزاي سلمان , شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971, دار التقني للطباعة والنشر , بغداد , 1990.

ثانيا : البحوث والدراسات العلمية

1. د. صلاح كريم جواد الخفاجي , التعهد بنقل ملكية عقار , دراسة ومعالجة قانونية واقعية , بحث منشور في مجلة الحقوق , العددان 27.28, السنة السابعة , المجلد الخامس .
- 2- فؤاد صالح درادكة , التعهد بنقل ملكية عقار , دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الاردني والمدني العراقي , بحث منشور في مجلة الحقوق , العدد الاول , السنة الثانية والثلاثون , 2008.
- 3 _ د. بمو برويز خان الدلوي , ضمانات المشتري في امتلاك الشقة تحت الانشاء , دراسة تحليلية مقارنة , بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان , المجلد 1, العدد 4 , كانون الاول , 2017.
- 4 _ رحيم نومان هاشم الموسوي , حكم التعويض الاتفاقي في التعهد بنقل ملكية عقار بحث منشور

على الرابط ادناه : <https://www.iasj.net/iasi/download/219228c47001f56e>



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

5 حبيب عبيد مرزة , التعهد بنقل الملكية او حق التصرف في العقار , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , المجلد 10 , العدد 1 , 2018.

6_ منذر عبد الحسين الفضل , التعهد بنقل ملكية عقار وموقف القانون العراقي منه , مجلة الحقوق , جمعية الحقوقيين العراقيين , مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية , الاعداد 1/4 , السنة الخامسة عشر , 1983.

7_ هديل سعد احمد , التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 المعدل , بحث منشور في مجلة كلية الحقوق , جامعة النهرين , المجلد 16 , 2014.

ثالثا : القرارات القضائية

1_ محكمة التمييز العراقية , في قرارها المرقم 111/1970 , بتاريخ 10/6/1953 , منشور في مجلة القضاء , العدد 5 , السنة الحادية عشرة , ص. 119.

2_ قرار محكمة التمييز الاتحادية , الدائرة المدنية , المرقم ١٩٣ اقامة دعوى التعويض , ٢٠٠٦ .

3 _ قرار منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى على الرابط ادناه
https://www.sic.iq/qview.23 / .

4_ قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة في (٣١/٣/٢٠٠١) مجلة القضاء , الاعداد الأول والثاني السنة الخامسة والخمسون , ص ٣٠١.

5 _ القرار التمييزي ١٤١٥ حقوقية / في ١٠/١١/١٩٨٢ صادر من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية , مجلة القضاء , العدد الثالث والرابع , ١٩٨٦ , ص ٢٢٩ .

6 _ محكمة البقاع البدائية , 28 شباط 1944 , النشرة القضائية , السنة الاولى , الجزء الرابع , ص 179.

7_ محكمة التمييز الاتحادية , في قرارها المرقم ٢٠٨١/ تعويض اتفاقي / ٢٠١٠ بتاريخ ١٤/١٢/٢٠١٠ , منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى.

8 _ محكمة التمييز الاتحادية / الهيئة الاستئنافية / العقار في ١١/٢/٢٠٠٩ , منشور في مجلة التشريع والقضاء , مجلة قانونية فصلية , العدد ١ , كانون الثاني , ٢٠١١.



الشرط المشدد في التعهد بنقل ملكية عقار

رابعاً: القوانين

- 1_ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
- 2_ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 3_ قانون الموعات والعقود اللبناني لسنة 1932
- 4_ القانون المدني الفرنسي .
- 5_ قانون التسجيل العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل
- 6_ قانون الشهر العقاري المصري رقم 14 لسنة 1946
- 7_ قانون التسجيل اللبناني رقم 142 لسنة 1964
- 8_ قانون التسجيل العقاري اللبناني .
- 9_ قانون الاثبات المصري رقم 35 لسنة 1968 المعدل .
- 10_ قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم رقم 90 لسنة 1983 المعدل .