

فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التمليك في التعهد
بنقل ملكية عقار

الدكتور درع حماد عبد
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية

ملخص

اثر التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي كثيرا من الجدل بين الشراح ذلك ان عقد بيع العقار في هذا القانون هو عقد شكلي لا يترتب عليه اي اثر ما لم يسجل في الدائرة المختصة الا ان ما قرره المادة (١١٢٧) من استحقاق التعويض للمتعهد له اذا اخل المتعهد بنقل الملكية في الدائرة المختصة اثار جدلا حول نوع المسؤولية المترتبة على المتعهد وفيما اذا كانت مسؤولية عقدية او مسؤولية تقصيرية؟

وكان مجلس قيادة الثورة المنحل قد أصدرت القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٣) لسنة ١٩٨٣ اتاحت للمتعهد له ان يطلب تملك العقار اذا توفرت شروط معينة وقد طرحنا تصورنا في ان التعهد يعتبر سببا صحيحا لكسب الملكية كما ذكر ذلك القرار المشار اليه.

ABSTRACT

The undertaking to transfer property in real estate has arouse debate among Iraqi commentators. This debate due to the formality of the contract of sale of real estate, therefore it has no legal consequence unless it is registered in the competent authority. But the compensation that mentioned in the article (1127) of Iraqi Civil Code which due to be paid to the promisee in the case of breach of the duty to transfer property by promisor has arouse question on the legal base of the compensation whether it is contractual liability or tort.

In addition to that, The revolutionary commander council(disoluted) has issued the decision No. 1198(1977) as amended by decision No. 1423(1977) which enabled the promisee to the acquisition of property of real estate arose another debate on the legal nature of that undertaking. We have given our idea that the undertaking is a right reason as mentioned in the aforesaid decision.

رغم إقرار المشرع العراقي لمبدأ سلطان الإرادة في انعقاد التصرفات القانونية وترتيب آثارها، إلا أن القيود التي وضعها فيما يتعلق بالشكلية كان لها الأثر الواضح في تقييد هذا المبدأ، فقد اشترط المشرع لانعقاد التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية للحقوق العينية الواردة على عقار استيفاء متطلبات الشكلية وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وبخلاف ذلك يكون العقد باطلاً.

لكن وبرغم النصوص الصريحة المقررة لشكلية عقد بيع العقار، فإننا نجد أن المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي قررت إعطاء اثر لمثل هذا التعهد وهو التعويض، فقد جاء فيها " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا أخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط". وقد أثار هذا النص جدلاً كبيراً بين الباحثين والشرّاح حول الأساس القانوني لهذا التعويض، خصوصاً اذا تضمن التعهد شرطاً جزائياً وفيما إذا كان يستند إلى الشرط الجزائي ذاته أو إذا كان هذا التعويض يستند إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

إلا أن المشرع عاد في عام ١٩٧٧ ليصدر القرار (١١٩٨) الذي أعطى أثراً جديدة للتعهد بنقل ملكية عقار، لا تقتصر على التعويض عند الإخلال فقط، بل إعطاء المتعهد له مكنة تملك العقار المتعهد بنقل ملكيته اذا توفرت شروط أخرى الى جانب التعهد ذاته الأمر الذي يثير التساؤل حول التكييف القانوني لهذا التعهد وفيما إذا اعتبر التعهد بنقل ملكية عقار من قبيل العقد الرضائي رغم إقرار المشرع لشكلية هذا النوع من العقود ام ان للمسألة وجهاً اخر يستحق النظر مما يحول هذا البحث طرحة ؟

أن الإجابة على هذين التساؤلين تتطلب تناول الموضوع في مبحثين: الأول يطرح الأساس القانوني للتعويض المشار إليه في المادة (١١٢٧) لارتباط البحث في الأساس القانوني للتعويض بتكييف التعهد بنقل ملكية عقار والثاني: الوقوف على تكييف التعهد بنقل ملكية العقار وفيما إذا كان حق طلب التملك يستند إلى التعهد ذاته باعتباره تصرفاً قانونياً أو إلى أمر آخر؟ ورغم ان المسألة الأولى أسالت مداد الكثير من الباحثين والشرّاح، فان إعادة بحثها يبقى ضرورة لازمة لاستكمال الجوانب التي يثيرها التعهد بنقل ملكية العقار فيما يتعلق بأساس التعويض والتكييف القانوني للتعهد بغية ضمان وحدة الموضوع.

المبحث الأول الأساس القانوني للتعويض

يقرر المشرع العراقي بنصوص صريحة عدم انعقاد عقد بيع العقار إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فالمادتان (٥٠٨ و ١١٢٦) من القانون المدني تقرران هذه القاعدة العامة في بيع العقار وترتيبان البطلان أثراً محتوماً على العقد الناقل لملكية العقار إذا لم يتم تسجيله في الدائرة المختصة^(١).

وكان المشرع العراقي حاسماً في اشتراط التسجيل ركناً لانعقاد بيع العقار ولم يرتب على العقد غير المسجل أي اثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا أن ما نصت عليه المادة (١١٢٧) من القانون المدني من استحقاق التعويض على التعهد بنقل ملكية العقار غير المسجل في الدائرة المختصة أثار جدلاً حول الأساس القانوني لهذا التعويض، فذهب اتجاه الى تبني الأساس العقدي (مطلب أول) فيما ذهب اتجاه آخر الى القول بالأساس التصريحي (مطلب ثان).

المطلب الأول

الأساس العقدي

تعددت الاجتهادات الفقهية التي تناولت الأساس العقدي للتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار الوارد في المادة (١١٢٧) من القانون المدني بين من يأخذ بفكرة العقد غير المسمى (فرع أول) ومن يأخذ بنظرية تحول العقد (فرع ثان) وظهر رأي ثالث يأخذ بفكرة انتقاص العقد (فرع ثالث).

الفرع الأول

العقد غير المسمى

يذهب أنصار هذا الرأي^(١) إلى أن التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني عقد غير مسمى فهو ليس، إذن، عقد بيع، ولكنه عقد ملزم إذا اخل به المدين التزم بالتعويض، وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية الا أن هذه المسؤولية

١ - وقد جاء قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ليؤكد هذا المعنى فنصت المادة (٢/٣) انه " لا يعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري". كما نصت المادة (١ف/٢٠٣) من نفس القانون بأنه " يعقد البيع الوارد على حق الملكية العقارية والإفراغ بالبدل الوارد على حق التصرف في الأراضي الأميرية المنوطة بالزراعة أو المفوضة بالطابو أو الموقوفة وفقاً غير صحيح حصراً بدوائر التسجيل العقاري ويسجل بعد أخذ إقرار الطرفين بذلك".
٢ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، هامش ص٤٣٨ عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٣٨ وأخذ بهذا الرأي د. غني حسون طه: عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٢٣ وكذلك د. كمال قاسم ثروت: شرح أحكام عقد البيع، ط٢، بغداد، ١٩٧٦، ص١٢٢. وأيضاً د. غازي عبد الرحمن ناجي: نظرة في قرار مجلس قيادة الثورة رقمين ١١٩٨ و ١٤٢٦ وأثرهما على شرط تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، الأعداد الأول والثاني والثالث والرابع، ١٩٨٥، ص٣٦ وكذلك هادي عزيز علي: كتاب البناء والفراس على أرض الغير، بغداد، ٢٠١٥، ص٩٥.

تقتصر على التعويض فقط^(١)، واقتصر المسؤولية على^٣ التعويض دون إمكانية التنفيذ العيني الجبري خرج فيه المشرع على القواعد العامة في التنفيذ العيني^(٢)؛ لأن مصدره هو هذا التعهد الملزم، وهو عقد غير مسمى استنادا للحجج الآتية:

١- إن التعهد بنقل ملكية العقار لا ينقل الملكية؛ لذلك ينعقد العقد صحيحا باعتباره عقدا غير مسمى لا باعتباره عقدا ناقلا للملكية، فإذا اخل المتعاقد بالتزامه الوارد بالتعهد وجب عليه التعويض استنادا إلى العقد المذكور^(٣).

٢- إن التعهد يقتصر على التعويض سواء اشترط التعويض فيه أم لا، ولو لم يرد المشرع أن يعتبر التعهد تصرفا صحيحا لما احتاج لهذا النص، لأن التعويض يقضى به بموجب القواعد العامة^(٤).

٣- ويبرر بعضهم القول بالمسؤولية العقدية بأن القاعدة التي تقضي بأن بطلان العقد يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي الوارد فيه يرد عليها بضعة استثناءات، منها انه إذا ترتب على بطلان الالتزام الأصل أي تعويضات، فانه على الرغم من هذا البطلان، يبقى الشرط الجزائي صحيحا ومثاله بيع ملك الغير لمشتتر حسن النية^(٥).

٤- مادام القانون ينص على وجوب التعويض في حالة رفض البائع تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، فإنه يجب إعطاء الدائن حق المطالبة بالشرط الجزائي، فليس هناك تعويض خير من التعويض الذي قدره الطرفان، فضلا عن فائدة الشرط الجزائي في أنه يحسم النزاع حول مقدار التعويض^(٦)، فالاتفاق الذي يتم بين الطرفين قبل الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري اتفاق صحيح لاستيفائه شروطه وأركانه اللازمة، ولكنه لا ينتج أثره، وهو انتقال الملكية، حتى إتيان إجراءات التسجيل أمام دائرة التسجيل العقاري فنكون بذلك أمام عقد صحيح وليس عقدا باطلا^(٧).

^٣ - انظر في عرض موسع لهذا الاتجاه اسعد عبيد عزيز الجميلي: بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ١٢١ وكذلك د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت/بغداد، ٢٠٠٨، ص ٨٦-٨٨.

^٤ - د. غني حسون طه: التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤، ص ١٢٦.

^٥ - د. صبري حمد خاطر: تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بتعهد نقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، مجلد ٦، العدد الأول والثاني، سنة ١٩٨٧، ص ٣٨٨.

^٦ - نفس المصدر، ص ٣٨٨.

^٧ - د. حسن علي النون: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي- أحكام الالتزام، بغداد، ١٩٥٤، ص ٥٤.

^٨ - د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، ج ٢، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص ٣٧. وهذه الحجة غير حاسمة لقابلية التعويض الوارد في الشرط الجزائي للتعديل في بعض الحالات

^٩ - د. عبد المجيد الحكيم: نفس المصدر، ص ٣٧-٣٨. والرأي عندنا ان هذا التبرير لا ينسجم مع صراحة النصوص التي تقر بطلان عقد بيع العقار اذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري، فليس الذي يعلق على التسجيل هو انتقال الملكية وإنما انعقاد العقد ذاته. كما يضيف المغفور له بإذن الله الدكتور الحكيم حجة منطقية مفادها ان القول بصحة العقد الوارد على العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري أمر ضروري إذا أردنا اعتبار التسجيل في دائرة الطابو صحيحا، لان القول بطلان العقد غير المسجل يعني عدم الإيجاب على تنفيذه واذا نفذ احد المتعاقدين التزامه كان له الرجوع فيه واسترداد ما سلمه، ولما كان التسجيل في الطابو هو تنفيذ للاتفاق السابق بين الطرفين، فإذا قلنا ان الاتفاق باطل فمعنى ذلك إمكانية الرجوع في التسجيل. نفس المصدر ن ص ٣٨، هامش رقم (١)، وفي هذا خلط بين التسجيل كركن في العقد والتسجيل كالتزام ناشيء عن العقد والتسجيل في الدائرة المختصة هو ركن في العقد وليس التزاما ناشئا عن العقد.

٥- وقد سائر القضاء العراقي هذا الاتجاه بالقول أن التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى إذا اخل احد المتعاقدين به التزم بالتعويض وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية (١).

وتذهب غالبية الفقه في العراق إلى هذا الاتجاه واعتبار التعهد بنقل ملكية العقار عقدا صحيحا، إلا انه عقد غير مسمى يترتب على الإخلال به التعويض المقرر بنص القانون (١).

والرأي عندنا ان هذا النظر جانبه التوفيق رغم ان كثيرا من الفقهاء والشراح ومعهم الكثير من أحكام القضاء قد احتشدت وراءه؛ لان فكرة العقد غير المسمى لا تعدو أن تكون محاولة مصطنعة لتبرير التعويض الذي يحكم به على أساس الشرط الجزائي، حيث بحث هؤلاء الفقهاء الأساس القانوني للتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار عند بحث أحكام الشرط الجزائي الوارد بالتعهد بنقل الملكية رغم أن المشرع فرض التعويض فرضا سواء اشترط التعويض بالتعهد ام لا، مما يجعل من كل محاولة للبحث عن أساس عقدي لهذا التعويض تتعارض مع النص الذي يفرض التعويض فرضا حتى في حالة عدم وجود شرط جزائي، مما يجعل أساس التعويض هو القانون وليس العقد.

الفرع الثاني

نظرية تحول العقد

ويذهب رأي آخر يتبنى المسؤولية العقدية كأساس للتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار لكن بتصوير آخر مفاده أن العقد ابرم بين الطرفين كعقد بيع، لكن لما كان هذا العقد ورد على نقل ملكية عقار، فانه يكون باطلا كعقد بيع لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، بيد أن توافر أركان عقد آخر فيه يحيله عقدا غير مسمى تطبيقا لنظرية تحول العقد الواردة في المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي، فليس صحيحا-وفق هذا الرأي- القول أن عقد بيع العقار غير المسجل معدوم الأثر، فليس هناك ما يمنع أن ينتج هذا العقد بعض الآثار الشخصية بين المتعاقدين بوصفه عقداً غير مسمى ومضمون هذا العقد غير المسمى هو التزام المتعهد بالذهاب الى دائرة التسجيل العقاري وإفراغ العقد في الشكل الرسمي لدى الدائرة المذكورة، فإذا أخل بهذا الالتزام وامتنع عن تسجيل التعهد في دائرة التسجيل العقاري التزم بالتعويض استناداً الى العقد غير المسمى (١).

١ - حكم محكمة التمييز رقم: ٢٢٣٧/حقوقية/١٩٦٥ في ١٩٦٥/٦/٢١ والحكم رقم: ٩٨٧/حقوقية/١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/١٥ منشوران في مجلة العلوم القانونية، العدد الاول، ص١٩٦٩، ص١٨٢. مذكوران لدى د. غني حسون طه: المصدر السابق، هامش ص٢٢٣

١١ - د. عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط، ج٤، مصدر سابق، هامش ص٤٣٨ عبد المجيد الحكيم: الموجز، ج٢، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص٣٨ واخذ بهذا الرأي د. غني حسون طه: عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٢٣ وكذلك د. كمال قاسم ثروت: المصدر السابق، ص١٢٢. وايضا د. غازي عبد الرحمن ناجي: المصدر السابق، ص٣٦ وكذلك هادي عزيز علي: مصدر سابق، بغداد، ٢٠١٥، ص٩٥.

١ - د. عباس الصراف: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٧، ص٢١.

وهذا الرأي ينطوي على خطورة كبيرة، فكل عقد مسمى لم تتوافر أركانه يؤول الى عقد غير مسمى ينطوي على ضرب لفكرة العقود المسماة التي اعتنى المشرع بتنظيمها، كما ينطوي على إهدار للتنظيم التشريعي لركن الشكلية في العقود الواردة على عقار، فالقول بنشوء التزام شخصي بالذهاب الى دائرة التسجيل العقاري ليس الا ضربا من ضروب التحايل لا يمكنه مواجهة استعصاء تقديم تفسير عقدي للتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار (١).

الفرع الثالث

نظرية انتقاص العقد

ويرى باحث أردني في دراسة مقارنة للتعهد بنقل ملكية عقار في القانونين الأردني والعراقي أن البطلان الجزئي أو ما يعرف بنظرية انتقاص العقد هي الأساس القانوني للتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار، فإذا كان العقد باطلا في شق منه فإنه يبطل في هذا الشق ويبقى صحيحا في الشق الآخر، ويرى أن التعهد بنقل ملكية عقار قبل التسجيل قابل للتجزئة إذ يمكن، بسهولة، فصل الشق الباطل عن الشق الصحيح ما دام المشرع رتب التعويض على من يخل من الطرفين بالتعهد سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط، فالمشرع رتب - كما يقول - في نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني حقا شخصيا للمتضرر عن الإخلال بالتعهد وأبطل الشق المتعلق بالحق العيني وهو نقل الملكية لاشتراطه الشكلية في الالتزام الأخير، فالتعهد قابل للتجزئة من الناحية المادية (٢).

ويضيف أيضا، أن التعهد بنقل الملكية قابل للتجزئة من الناحية القانونية، ذلك أن المشرع اعتبر التعهد تصرفا قانونيا له ذاتيته المستقلة عن عقد البيع، فمحل التعهد هو القيام بعمل، سواء كان هذا العمل نقل الملكية أو الذهاب إلى دائرة التسجيل المختصة لنقل الملكية، في حين أن عقد البيع محله العقار موضوع العقد ومن ثم فإن تخلف الشكل يعتبر جزئياً فقط وبحدود الشق الأخير ولا يمتد إلى الشق الأول، فبطلان التصرف عندئذ يقتصر على التصرف الذي تخلف عنه الشكل في حين يبقى صحيحا في شقه الأول "التعهد"، فاقتضاء الحق الشخصي لا يتطلب الشكل (٣).

والواقع أن هذا النظر (أو الرؤية) لا يمكن أن يمثل أساسا صحيحا للتعويض عن التعهد بنقل ملكية عقار، ذلك أن فكرة البطلان الجزئي لا ترد على التصرفات التي لم تستوف الشكلية المقررة من قبل المشرع، فهذه التصرفات تبقى باطلة جملة ولا يمكن الحديث عن تجزئة التعهد إلى شق شخصي وشق عيني وتقرير صحة الالتزام الشخصي الناتج عن التعهد وبطلان الشق

١ - انظر في أوجه نقد أخرى لهذه الفكرة عرضها اسعد عميد عزيز الجميلي: المصدر السابق، ص ١١٧.

٢ - القاضي فؤاد صالح درادكة: التعهد بنقل ملكية عقار - دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الأردني والمدني العراقي (رؤية جديدة)، مجلة الحقوق، يصدرها مجلس النشر العلمي، العدد الاول، السنة الثانية والثلاثون، مارس ٢٠٠٨، الكويت، ص ٢٣٥.

٣ - المصدر نفسه، ص ٢٣٥.

العيني فيه وهو نقل الملكية، لان في ذلك إهدار للشكلية المقررة من قبل المشرع ولو لم يقرر المشرع التعويض بنص صريح لما تجرأ احد على القول بصحة التعهد بنقل ملكية عقار الذي لم يستوف الشكلية المقررة قانونا لا كليا ولا جزئيا.

وبالنسبة للقانون العراقي فان النصوص المنظمة للتصرفات المنشئة لحقوق عينية على العقار سواء في القانون المدني العراقي او بالنسبة لقانون التسجيل العقاري، لا تفصل بين البيع وبين تسجيله، فالبيع أو أي تصرف قانوني ناقل للملكية يقع باطلا ما لم يتم تسجيله، وإذا كان هذا الرأي يصح بالنسبة للقوانين التي تعترف بعقد البيع قبل تسجيله ولكنها تعلق انتقال الملكية على التسجيل، فانه لا يصح بالنسبة للقانون العراقي الذي اعتبر التسجيل ركنا في العقد لا يصح بدونه، فلا ينفصل عقد البيع عن التسجيل.

وفضلاً عن ذلك، فان تطبيق نظرية انتقاص العقد مرهون بانصراف أرادة المتعاقدين الى إبقاء الشق الصحيح وإهمال الشق الباطل، وهذا الأمر غير متصور بالنسبة للتعهد بنقل ملكية عقار، فالغاية من التعهد هي نقل الملكية الى المتعهد له وليس التعويض، ولا يمكن المطالبة بالتعويض لو لم يكن هناك نص تشريعي يقرر حق المتعهد له بالمطالبة بالتعويض، فإذا كان الشق الباطل هو جوهر التعهد تعذر تطبيق نظرية انتقاص العقد.

المطلب الثاني

الأساس التقصيري

ذهب اتجاه آخر في الفقه العراقي إلى أن التعويض الوارد في المادة (١١٢٧) يستند الى قواعد المسؤولية التقصيرية، إلا انه ظهر رأيان في تبرير هذه المسؤولية الأول يقول بفكرة الفعل الضار (فرع أول) أما الرأي الثاني فيسندها الى فكرة المفاوضات (فرع ثان).

الفرع الأول

الفعل الضار

يذهب هذا الرأي إلى أن الحكم بالتعويض يستند على قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية، فالقول بأن التعهد بنقل ملكية عقار عقد غير مسمى خروج صريح على نصوص قانوننا المدني بعدم انعقاد هذا العقد، فجزاء عدم استيفاء الشكلية المقررة قانونا هو بطلان العقد والقول بأنه هذا التعهد يعتبر عقدا غير مسمى تحايل على القانون وهو بقية من بقايا فكرة الخطأ عند تكون العقد لم يأخذ بها المشرع العراقي كما يقول المغفور له بإذن الله الدكتور حسن علي الذنون^(١). ويقرر صاحب هذا الرأي أن بطلان التعهد يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي الوارد فيه، أما احترام

١ - د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزامات، مكتبة السنهوري، بغداد، سنة بلا، ص ٣٥٥.

القضاء العراقي للشرط الجزائي الوارد في التعهد فانه لا يستند إلى أساس سليم من القانون (١). ولهذا لا يمكن الاستناد إلى أي أساس عقدي في الحكم بالتعويض وإنما يستند التعويض على الفعل الضار تكون مسؤولية المتعهد مسؤولية تقصيرية لا تعاقدية (٢).

ويؤيد فقهاء آخرون هذا الاتجاه بالقول أن عقد بيع العقار غير المسجل يقع باطلاً حتى لو كان العقار محل التصرف غير مسجل أصلاً في السجلات العقارية ، بل حتى لو كان هذا البيع صادراً من الحكومة في بيع أملاكها الخاصة (٣) لأن المشرع جعل التسجيل ركناً لانعقاد العقد ولا يوجد عقد إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري، ولهذا فإن الشرط الجزائي الوارد في التعهد باطل هو الآخر، لأن ما بني على الباطل باطل أيضاً، إلا انه ، مع ذلك كما يقول أنصار هذا الاتجاه، يجوز في حالة نكول أحد الطرفين وإخلاله بالتعهد أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض وأساس المطالبة هي المسؤولية التقصيرية (٤).

ويخلص أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار يؤسس على المسؤولية التقصيرية وليس العقدية طالما لم يكن هناك عقد يُعتمد به بين الطرفين ، فقاعدة التسجيل العقاري في ظل القانون المدني، بقيت كما هي قبل نفاذه وهي أن التسجيل في الطابو (التسجيل العقاري) يعتبر ركناً في العقود والتصرفات العقارية وعلى هذا فإن التصرف خارج دائرة الطابو غير معتبر (٥).

الفرع الثاني

فكرة المفاوضات العقدية

وذهب أحد الباحثين إلى أن التعهد بنقل ملكية عقار قبل التسجيل هو من قبيل المفاوضات العقدية، فكما يمكن الحكم بمسؤولية من يخل بالمفاوضات والزامه بالتعويض وفق الشروط الخاصة بمسؤولية ما قبل التعاقد، فانه يمكن الحكم بالتعويض على من اخل بتعهده بنقل ملكية العقار، ولهذا يمكن تكليف التعهد بنقل ملكية عقار قبل التسجيل على أنها مفاوضات يجب على

١- د. حسن علي النون: شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٢٨.

٢- تذهب محكمة استئناف بغداد في الحكم الصادر برقم: ٥٣٧/حقوقية/ ٩٨٩ في ١٩٨٩/٤/٢٩ ان دعوى المطالبة بتأدية مبلغ الشرط الجزائي جراء النكول ولكون الدعوى مشمولة بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديله لها شروطها وأحكامها الخاصة بها والتي تختلف عن شروط الدعوى المتعلقة بالمطالبة بالشرط الجزائي المنصوص عليها في القانون المدني. منشور في مجموعة المحامي هادي عزيز علي: التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، بلا معلومات نشر، ص ٦٠. وفي قرار اخر برقم: ١٢٢٢/حقوقية/ ١٩٩٤ في ١٩٩٤/١٠/٢٠ تقول بصدد دعوى تعويض عن النكول عن التعهد بنقل ملكية عقار " ان المطالبة بالشرط الجزائي تكون في العقود الصحيحة"، وكذلك في القرارات ٨٤٠/حقوقية/ ١٩٩٥ في ١٩٩٥/٧/٣١ و القرار ٢٠٥/حقوقية / ١٩٩٦ في ١٩٩٦/٢/٢٨ منشورة في نفس المجموعة ص ٦٢.

٣- هذا الرأي محل نظر فالبيع بالمزايدة العلنية يتم بإرساء المزايدة من الجهة المعنية، اما انتقال الملكية فيتراخي حين التسجيل. فللمادة (٨٩) من القانون المدني العراقي تنص على انه "لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزايدة....." مما يعني ان العقد يتعقد برسو المزايدة وقبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

٤- شاکر ناصر حيدر: الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٧١، ص ص ٥٥-٥٧.

٥- د. حسن علي النون: النظرية العامة للالتزامات المصدر السابق، ص ٣٥٥.

٦- شاکر ناصر حيدر: الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ١٢١، هامش رقم (١).

طرفيها الاستمرار فيها والتصرف وفق واجبات حسن النية في التعامل، ولما كان النكول عن التسجيل، بعد أن وصلت المفاوضات مرحلة متقدمة، بقطع هذه المفاوضات أمكن تكييف هذا القطع على انه خطأ على أساس انه إخلال بواجب حسن النية والثقة المشروعة في المفاوضات ومن ثم إلزامه بالتعويض (١).

لكن يؤخذ على هذا الرأي انه حتى لو اعتبرنا التعهد بنقل ملكية عقار قبل التسجيل من قبيل المفاوضات، فان المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد تكون مسؤولية تقصيرية بحسبان أن المفاوضات من قبيل الأعمال المادية التي لا ترتب مسؤولية، الا اذا اعتبر هذا الانسحاب من المفاوضات من قبيل الخطأ، ولهذا فان اعتبار التعهد قبل التسجيل من قبيل المفاوضة ليس من شأنه تجاوز الرأي القائل بالمسؤولية التقصيرية (٢).

وفضلا عما تقدم، فانه لا يمكن الحديث عن مرحلة تفاوض في العقود التي يتطلب المشرع شكلية معينة لانعقادها، ففي القوانين التي تتطلب الشكلية لانعقاد العقد فان المفاوضات التمهيديّة لتكوين العقد لا يمكن أن تولد التزامات بين أطراف التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه عن طريق التفاوض، فمرحلة التفاوض تتم من خلال رسائل أو مناقشات وهي لا تخضع لشكلية معينة ومن ثم لا يكون لها قيمة قانونية في ظل قانون يأخذ بالشكلية ركنا لانعقاد العقد (٣).

ترجيح المسؤولية التقصيرية

إن رفض الأساس العقدي للتعويض يحتم تبني الرأي القائل بالمسؤولية التقصيرية، وهو الرأي الذي تبناه المغفور له الذنون منذ البداية، فالمسؤولية عن التعويض عن الإخلال بالتعهد قد تقررت بنصوص القانون ومخالفة النص القانوني، الذي يفرض التزاما على الشخص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، يثير مسؤوليته طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية بصرف النظر عما إذا كان المتعاقدان قد أوردوا في اتفاقهما شرطا جزائيا لتقدير التعويض الذي يستحقه احدهما، أو لم يوردا هذا الشرط، إذا اخل الطرف الآخر بتعهده.

ومما يرجح هذا الرأي، انه ينسجم مع الإطار العام لتنظيم العقد في القانون المدني العراقي الذي تمسك بشكلية العقود المنشئة أو الناقلة أو المنهية للحقوق العينية الواردة على عقار، والقول بالطبيعة العقدية للتعويض هدم للبناء القانوني للعقد في القانون المدني العراقي الذي يتبنى التسجيل في العقود الواردة على العقار فتصبح الرضائية هي الأصل في هذه العقود، وتعطلت

٢ - سلجان براك الجميلي: المفاوضات العقدية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص ١٢٥.

٢٤ - ان تقرير المسؤولية المترتبة على قطع المفاوضات يتحدد بالنظر الى المفاوضات ذاتها وفيما اذا كانت أعمالا مادية أو أعمالا قانونية، فان كانت أعمالا مادية فلا مسؤولية عن قطع المفاوضات من قبل أي طرف، اما اذا كانت من قبيل العمل القانوني فانه لا يجوز الانسحاب منها بغير عذر مشروع، اما تحديد ما اذا كانت هذه المسؤولية عقدية او تقصيرية فامر محل خلاف فيذهب راي في الفقه الى القول انها مسؤولية عقدية استنادا لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي قال بها الفقيه الالمانى ايرنغ او نظرية العقد الضمني التي قال بها وندشايد. انظر في عرض النظريتين د. رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٠٢ و ٢٣٣. لكن ما يرجح لدى الفقه الان ان وجود اتفاق على التفاوض يجعل المسؤولية عن قطع المفاوضات مسؤولية عقدية واذا لم يوجد فهي مسؤولية تقصيرية.

٢ - د. هدى عبد الله: النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد- دراسة مقارنة، مكتبة صادر ناشرون، ٢٠٠٤، ص ١٤.

جميع النصوص القانونية الواردة في القانون المدني التي تشترط التسجيل في الدائرة المختصة لانعقاد بيع العقار بحيث تصبح لغوا لا معنى له ، ولا نحسب ان المشرع العراقي أراد هذا المعنى.

المبحث الثاني

طرح فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك

أشار قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ وتعديله بالقرار (١٤٢٣) لسنة ١٩٨٣ الى أن التعهد بنقل ملكية عقار يعد سببا صحيحا لطلب تملك العقار من قبل المتعهد له إذا توافرت شروط معينة، بيد أن مفهوم السبب الصحيح الذي أورده القرار المشار اليه يختلف بصورة جذرية عن مفهوم السبب الصحيح كشرط للتملك على أساس الحيازة، لهذا نتناول فكرة السبب الصحيح وفقا للقواعد العامة في (مطلب أول) ثم التطبيق الخاص لفكرة السبب الصحيح وفقا للقرار المذكور في (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم السبب الصحيح كشرط لكسب الملكية بالحيازة

نتناول في هذا المطلب تعريف السبب الصحيح (فرع أول) ثم شروطه (مطلب ثان)

الفرع الأول

تعريف السبب الصحيح

تثار فكرة السبب الصحيح بمناسبة طلب اكتساب ملكية العقار بالحيازة المقترنة بمضي المدة بحسبان السبب الصحيح احد شروط كسب الملكية بالتقادم القصير. وفكرة السبب الصحيح هذه تفترض أن شخصا انتقلت إليه حيازة العقار بموجب سبب قانوني، فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانوني ناقل للملكية إلا انه مع ذلك لم ينقلها كونه صادرا من غير المالك، فان هذا هو السبب الصحيح. ويقع هذا الاحتمال عندما يكون الشخص مالكا إلا أن ملكيته تزول بأثر رجعي كالمالك تحت شرط فاسخ أو لأي سبب آخر. وقد عرفت المادة (٣/٩٦٩) من القانون المدني المصري السبب الصحيح بأنه " سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون".

وقد عرفت محكمة النقض المصرية السبب الصحيح بأنه ".... كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده... ويكون بطبيعته ناقلا للملك لو انه صدر من مالك أهل للتصرف"^٢.

^٢ - تقض مدني ١٦ بونييه سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر رقم ٥٨ ص ١٣١ وأيضاً تقض مدني ٢٧ فبراير ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٢ رقم ٥١-٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر رقم ٥ ص ٣٦٠-٦٩١-٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض رقم ٣ ص ١٧٥-١١٢٩-٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٩٣ رقم ٥٢-٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٤٣.

ويعرف بعض الفقه المصري السبب الصحيح بأنه " كل تصرف قانوني يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا ويكون من شأنه نقل الملك أو الحق العيني لو انه صدر من مالك أو صاحب الحق"^{٢٠}.

والعلة في إطلاق وصف السبب الصحيح على هذا التصرف القانوني هو كون هذا التصرف ينقل الملكية بطبيعته لو كان صادرا من مالك مما يبرر اعتقاد من يكسب الحيازة بسببه في انتقال الملكية إليه إذا لم يكن في وسعه أن يعلم بأن من تعامل معه كان غير مالك"^{٢١}.

فمفهوم السبب الصحيح في القانون المدني المصري يقتصر على التصرف القانوني، أي التصرف الذي يكون قوامه الإرادة، إلا أن ما يعطل إنتاج هذا التصرف لأثره (انتقال الملكية) هو أن المتصرف غير مالك للحق الذي يتصرف به.

أما في القانون المدني العراقي فان المشرع وضع تعريفا آخر للسبب الصحيح أورده في الفقرة الثالثة من المادة (١١٥٨) بقوله: " والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحد الوسائل الآتية:

- (أ) الاستيلاء على الأرض الموات"^{٢٢}
- (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية.
- (ج) البيع أو الفراغ".

ومن هذا يتضح أن فكرة السبب الصحيح في القانون المدني العراقي أوسع نطاقا منها في القانون المدني المصري، فهي من ناحية، لا تقتصر، كما في القانون المدني المصري، على كون السبب الصحيح تصرفا ناقلا للملكية صادر من غير مالك إلى الحائز (المتصرف إليه) باعتباره خلفا خاصا للمتصرف، فالسبب الصحيح وفقا للقانون المدني العراقي يشمل، إضافة للتصرفات الناقلة للملكية أي التصرفات التي قوامها الإرادة، الوقائع المادية. ومن ناحية ثانية لا يشترط أن يكون التصرف أو الواقعة التي نقلت الحيازة إلى المتصرف إليه نقلتها له بصفته خلفاً خاصاً، فالميراث يعد سببا صحيحا رغم أن الوارث خلف عام وليس خلفاً خاصاً.

ويترتب على اعتبار الميراث سببا صحيحا أن للوارث أن يختار بين الميراث باعتباره السبب الصحيح الذي يستند إليه لكسب الملكية بالتقادم وبين انتقالها إليه مباشرة بموجب قواعد الاستخلاف العامة.

ورغم الاختلاف الواضح بين التشريعين العراقي والمصري في تحديد نطاق السبب الصحيح ، فان شراح القانون المدني العراقي قد درجوا على تعريف السبب الصحيح بأنه " تصرف قانوني يصدر من شخص غير صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا ويكون من شأنه أن ينقل الحق لو انه صدر من صاحبه"^{٢٣}، رغم أن

^{٢٠} - د. نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥٣٠.

^{٢١} - د. رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٩٧.

^{٢٢} - إن الأرض الموات كصنف من أصناف الأراضي قد الغي بموجب قانون توحيد أصناف الأراضي رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦.

^{٢٣} - محمد طه البشير و د. غني حسون طه: الحقوق العينية، ج ١، الحقوق العينية الأصلية، العاتك لصناعة الكتاب/ القاهرة، س بلا، ص ٢٣٣.

مفهوم السبب الصحيح لدى المشرع العراقي لا يقتصر على التصرفات القانونية فقط بل يتسع ليشمل الوقائع المادية.

الفرع الثاني شروط السبب الصحيح

حتى يكون السبب صحيحاً منتجاً لآثاره فإنه يشترط فيه مجموعة من الشروط استخلاصها الفقه من التعريف الوارد للسبب الصحيح وهي^(٢):

١- أن يكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية.

ومعنى هذا أن قوام السبب الصحيح هو الإرادة سواء كان هذا التصرف بمقابل كما في البيع أو بغير مقابل كما في الهبة، ووجود هذا التصرف هو الذي يستند إليه الحائز في حيازته للعقار باعتباره خلفاً للمتصرف^(٣)، ويبعد عن حيازته شبهة الغصب^(٤)،

ويترتب على هذا المفهوم أن الميراث لا يعتبر من قبيل السبب الصحيح، لأنه ليس تصرفاً قانونياً بحسبان أن الواقعة التي يترتب بموجبها حق الإرث واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً، إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن الإرث يعد من قبيل السبب الصحيح وفقاً لتعريف المشرع العراقي الذي لم يقصر مفهوم السبب الصحيح على التصرفات القانونية.

وإذا كان عقد البيع هو التصرف الناقل للملكية الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، فإن مفهوم التصرف الناقل للملكية يشمل المفاوضة والهبة.

كما ينصرف هذا المفهوم إلى الوصية بمال معين من أموال التركة، أما الوصية بحصة شائعة من أموال التركة، فإنها لا تعد من قبيل السبب الصحيح، كما يشمل مفهوم السبب الصحيح الوفاء بمقابل فهو تصرف قانوني ناقل للملكية ما يف به المدين شأنه في ذلك شأن البيع ولهذا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً.

والأصل أن الأحكام القضائية مقررة للحقوق لا منشئة لها، ولهذا فإن هذه الأحكام لا تعد من قبيل السبب الصحيح، إلا أن هناك حالات تكون فيها الأحكام القضائية ناقلة للحقوق، وفي هذه الحالة تعتبر من قبيل السبب الصحيح أيضاً، ولهذا فإن حكم إرساء المزداد يعتبر من قبيل السبب الصحيح، لأن هذا الحكم ينقل الملكية من الحائز إلى من رسا عليه المزداد إذا كان هذا الأخير من الغير^(٥)، وكذلك الحكم بالشفعة لصالح الشفيع؛ لأن الحكم بالشفعة ينقل الملكية من المشتري إلى الشفيع.

^٢ - انظر في هذه الشروط د. عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٩، المجلد الثاني، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص١٠٨٥ وما بعدها. محمد طه البشير و د. غني حسون طه: الحقوق العينية، المصدر السابق، ص٢٣٣ وما بعدها. ود. رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص٣٩٩ وما بعدها. د. نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص٥٨٩.

^٣ - د. رمضان ابو السعود: المصدر السابق، ص٣٩٨.

^٤ - محمد طه البشير و د. غني حسون طه: المصدر السابق، ص٢٣٤.

^٥ - أما إذا رسا المزداد على الحائز نفسه فإن الملكية تعتبر منتقلة اليه بمقتضى سند ملكيته الأصلي لا بحكم مرسى المزداد ولا يعد الحكم بإرساء المزداد في هذه الحالة من قبيل السبب الصحيح. انظر المادة(١/١٣١٣) من القانون المدني العراقي.

وإذا لم يكن من شأن الأحكام الصادرة نقل الملكية، فإنها لا تعتبر من قبيل السبب الصحيح، فالحكم بقسمة المال الشائع لا تعتبر من قبيل السبب الصحيح، لان الحكم الصادر يقتصر على الكشف عما يملكه كل شريك منذ البداية ولا ينقل أو ينشئ ملكية جديدة.

أما بالنسبة للصلح فإنه يكون كاشفاً للملكية لا ناقلاً لها، فإذا كان هناك عقار محل نزاع وتصلح الطرفان بشأنه وأخذ أحدهم ثم تبين أنه غير مملوك لأحدهم فإنه لا يعد سبباً صحيحاً إلا أنه لو قدم أحدهما عقار ليس محل نزاع كبديل للصلح ثم تبين أنه غير مملوك لمن قدمه بدلاً للصلح فإن الصلح هنا يعتبر تصرفاً ناقلاً للملكية ويعد من قبيل السبب الصحيح.

ولا يعد التصرف الصوري سبباً صحيحاً لكسب ملكية العقار، ولمن يتم طلب التملك في مواجهته أن يتمسك بالصورية وأن يثبت صورية السبب بكل وسائل الإثبات بحسبان الصورية نوع من الغش يجوز إثباته بجميع الوسائل.

٢- أن ينقل التصرف الملكية لو أنه صدر من المالك.

فحتى يكون السبب صحيحاً يبيح كسب ملكية العقار بالحيازة، يجب أن يكون من التصرفات التي من شأنها نقل الملكية إلى الحائز لو أنها صدرت من المالك، لأنه إذا كان المتصرف مالكا لنقل هذا التصرف الملكية بذاته دون حاجة للجوء إلى فكرة الحيازة المقترنة بمرور الزمان لكسب الملكية.

ويستوي في هذا الصدد أن يكون المتصرف غير مالك أصلاً أو أنه كان مالكا ثم زالت ملكيته بأثر رجعي كما لو أبطل سند ملكيته أو تم فسخه، فقد تنتقل الملكية إلى المتصرف مقترنة بشرط فاسخ فيتحقق الشرط بعد أن يكون قد تصرف إلى الحائز أو يكون المتصرف وارثاً ظاهراً فيظهر الوارث الحقيقي ويطالب بالمال الذي آل إليه بالإرث.

٣- أن يكون التصرف صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً.

يشترط في التصرف الناقل للملكية أن يكون صادراً للحائز باعتباره خلفاً خاصاً، ولهذا فإن الخلف العام كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة يكتسب الملكية بموجب قواعد الاستخلاف العام، فالميراث والايصاء بجزء شائع من التركة لا يعتبر من قبيل السبب الصحيح؛ لأن الوارث والموصى له بجزء شائع لا يعتبران من قبيل الخلف الخاص، إلا أنه لاحظنا أن المشرع العراقي اعتبر الإرث والوصية من قبيل السبب الصحيح وبهذا يصبح للوارث والموصى له بجزء شائع من التركة طريقان للتملك، إما بموجب قواعد الخلافة العامة أو استناداً إلى فكرة السبب الصحيح كشرط من شروط اكتساب الملكية عن طريق الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب.

المطلب الثاني

تطبيق خاص لفكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك

أشار المشرع العراقي في القرار ١١٩٨ الى ان التعهد بنقل ملكية عقار يعد سبباً صحيحاً لطلب التملك، إذا توفرت شروط معينة، وهي شروط تختلف عن شروط السبب الصحيح

كشروط لاكتساب الملكية بالحيازة المقترنة بمضي المدة ، ولهذا نبحت شروط التمليك (فرع أول) ثم نستخلص شروط السبب الصحيح وفقا للقرار المذكور(فرع ثان).

الفرع الأول

شروط طلب تملك العقار وفقا للقرار ١١٩٨

نصت الفقرة (ب) من البند أولا من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨) في ١٩٧٧/١١/٢ المعدل بالقرار (١٤٢٦) في ١٩٨٣/١٢/٢١ على انه " إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو احدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المبينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ)^(١) من هذا البند مضافا إليه قيمة المحدثات أو المغروسات قائمة وقت النكول...". ومن هذا يتضح أن شروط طلب تملك العقار هي:

١- وجود تعهد بنقل ملكية عقار.

لا يمكن للمتعهد له طلب تملك العقار ما لم يوجد لديه تعهد بنقل ملكية العقار من قبل مالكة، وهذا التعهد ليس في حقيقته سوى عقد بيع عقار الا انه غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، ولهذا وجب أن يتضمن هذا التعهد أركان وشروط أي عقد آخر من حيث توفر التراضي بأن يكون العقد صادرا من أهله ومضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع. وما يهم في هذا التعهد هو تعيين محله تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة والغرر سواء تعلق الأمر بالمبيع أو الثمن، فإذا اختلفت هذه الشروط لا يعد التعهد أساسا لطلب التمليك^(٢) وعلى هذا فانه حتى يصلح التعهد بنقل ملكية عقار أن يكون سببا لطلب تملك العقار أن تتوافر فيه الأركان والشروط الموضوعية للعقد طبقا لما تقرره أحكام نظرية العقد.

لكن مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار لا يقتصر على البيع، بل يشمل الى جانب البيع كلا من المقايضة والهبة والصلح إذا وقع الصلح عن سكوت أو إنكار وكان بدل الصلح عقاراً، كما ينصرف مفهوم التعهد الى الوفاء بمقابل إذا كان محله عقارا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري.

^٣ - نص الفقرة (أ) من القرار ١١٩٨ المعدلة بأنه " يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه 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 بالتعهد وقيمته عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن اي ضرر آخر .

^٤ - وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف الكرخ الاتحادية " ان الورقة التي أسس عليها المميز/ المدعي دعواه بطلب التملك لا ترقى الى مرتبة التعهد بنقل ملكية عقار المنصوص عليه في القرار ذي الرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ لخلوها من تفاصيل وشروط البيع ومنها رقم العقار المتعهد بنقل ملكيته ومقدار البدل المقبوض والمتبقي منه والتفاصيل الاخرى الواجب ذكرها... وبذا تكون دعواه فاقدة لسندھا القانوني ". القرار رقم ٧٠٠/٧٠٠/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/١٨ منشور في مجموعة القاضي رزاق جبار علوان: المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، بغداد، ٢٠١٣، ص٣٧١.. كما قضت محكمة استئناف الرصافة ان الورقة لا تعد تعهدا ببيع المنصوص عليه في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل..... لان الثمن يجب ان يكون معلوما بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة. القرار ١٦٥-١٦٦/حقوقية/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٢/١٤، منشور في لدى عادي عزيز علي: التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية عقار ، ج٢، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠١، ص٥٥، وحكم محكمة استئناف البصرة رقم ٢١٢/ت/ب/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١١/٢٧ منشور لدى مجموعة منشور لدى القاضي جعفر كاظم المالكي والمهايي عبد السادة شهاب العبادي: قرارات محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، ج١، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١، ص٤٩.

ورغم شمول التعهد بنقل ملكية العقار لكل عقد من شأنه نقل ملكية العقار ، فقد لاحظنا ان محاكم الاستئناف في العراق قد اطردت أحكامها على على قصر التعهد بنقل الملكية على العقار دون مبرر يسيغ هذا الاجتهاد ورفضت كل طلب بالتملك يستند الى عقد الهبة او المقايضة^{٣٧} وهو اتجاه لا نرى فيه تطبيقا سليما لنصوص القانون.

٢- تشييد والمنشات أو المغروسات

ويشترط أيضا أن يكون المتعهد له (المشتري) قد شيد أبنية أو منشآت أو مغروسات على العقار الذي يطالب بتملكه^{٣٨} وبما يتفق مع جنس العقار، على أن تنطوي هذه الأبنية والمنشآت على الجدية من المتعهد له^{٣٩}. ويراد بالأبنية والمنشآت ، كل ما يتم إضافته إلى العقار ويستقر عليه على الدوام بحيث يأخذ صفة العقار سواء لم يكن موجودا ابتداء أو كان موجودا وأضاف إليه المشتري بناءا جديدا كالدور والفلل والاسيجة أو المخازن أو تغطية البناء القائم أو إضافة ملحقات له. أما الغراس فهي النباتات الدائمة التي تستمر فترة من الزمن ولا تتطلب إعادة زراعتها في مواسم معينة بل تستمر قائمة صيفا وشتاء كالخيزل والحمضيات وأشجار الفواكه الأخرى.

ومن نافلة القول أن نشير ان المحدثات التي يجب توافرها بالنسبة للأموال الصرفة هي الأبنية والمنشآت الثابتة، أما المغروسات فان إحداثها هو شرط لتملك الحقوق التصرفية في الأراضي الأميرية بموجب التعديل الذي جاء به القرار ٤٢٣ لسنة ١٩٨٣. وعلى هذا فان "... إجراء الترميمات أو التصليحات على العقار فهذه لا ترقى إلى مفهوم الأبنية والمنشآت... كشرط لطلب تملك العقار التجاري"^{٤٠} كما أن زراعة العقار بالخضراوات والحبوب^{٤١} وزراعة الأشجار غير المثمرة^{٤٢} وإنشاء محطة وقود في ارض زراعية^{٤٣} كلها لا تعتبر من قبيل المحدثات التي تتيح للمتعهد له تملك الحقوق التصرفية في الأراضي الزراعية.

وقد الحق المشرع بواقعة البناء أو الغراس السكن في العقار كشرط لتملك العقار السكني حتى لو لم يتم بإحداث منشآت في العقار^{٤٤} فإذا لم يسكن المشتري العقار أو لم يتم بإحداث منشآت فيه، فانه لا حق له في طلب التملك وكذلك فان إحداث سياج من أعمدة حديدية

^{٣٧} - انظر الهوامش (٥٩ و ٥٠ و ٥١) في الصفحات اللاحقة.

^{٣٨} - حكم محكمة استئناف الرصافة رقم: ٢٠١٢/م/٩٣٨ في ٢٠١٢/٧/١٨ منشور في مجموعة القاضي لفته هامل العجيلي: المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، ط ١، بغداد، ٢٠١٣، ص ٣٠٠

^{٣٩} - ان تشييد غرفة واحدة من البلوك ومسقفة بالجينكو لا ترقى الى مرتبة المنشآت الواردة بالقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧. انظر حكم محكمة استئناف بغداد/ الرصافة رقم ٢٠١٢/م/٣٤٨ في ٢٠١٢/٢/١٣ منشور في مجموعة العجيلي، ص ٣٣٢ وبنفس المعنى من نفس المحكمة الحكم رقم ٢٠١٢/م/٦٦٣ في ٢٠١٢/٥/٢٢. منشور في نفس المجموعة، ص ٣٣٩.

^{٤٠} - القرار رقم: ٥١٤/حقوقية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١٠/٢٧ منشور لدى عادل كاظم جواد: الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة البهين، ٢٠١٦، ص ١١٨.

^{٤١} - الحكم رقم: ١٨١١/حقوقية/١٩٩٤ في ١٩٩٤/١٢/٢٣ منشور لدى هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، مطبعة الخليج العربي، ١٩٩٨، ص ١١١.

^{٤٢} - حكم محكمة استئناف البصرة رقم ٧١/ت/ب/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢٧ منشور لدى مجموعة المالك والعبادي، ص ٩٨

^{٤٣} - الحكم رقم: ٢٨٣/حقوقية/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٢/٢٨ منشور لدى هادي عزيز علي، المصدر السابق، ج ٢، ص ١٢٦.

^{٤٤} - فاذا تايّد سكتى المدعى عليه للعقار فان شروط التملك تكون متوفرة ، انظر حكم محكمة استئناف الرصافة الاتحادية رقم: ٢٠١٢/م/١٦٦٧ في ٢٠١٢/١٢/٤، منشور في مجموعة العجيلي، ص ٣٥٣. لكن اذا كان العقار عبارة تجارية كاملة البناء ومستقلة كمشقق تجارية فان اشغال ثلاث شقق قبل اقامة الدعوى بشهر أو شهرين لا يعتبر سببا للتملك وإنما يقتضي قيام المدعين بإضافة بناء أو أحداث مشيدات أخرى. انظر حكم محكمة استئناف بغداد الرصافة رقم: ١٤١٥-٢٠١٢/م/١٥٢٣ في ٢٠١٢/١١/٢٨، منشور في مجموعة القاضي لفته هامل العجيلي، ص ٣٠٥ وسكن احد المشتريين يعتبر مجزأا لشرط السكن. الحكم رقم: ١٠١٤/م/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٨/٥ منشور في مجموعة العجيلي، ص ٣٢٥.

ومشيك وغرفة للحارس لا تكفي لتمليك حق التصرف^(٤)؛ أما إذا أجرى تحويلات في العقار في جزء من العقار بأن انشأ فرنا فيه وشغل الجزء الآخر، فإن طلبه التمليك يعتبر مستوفيا ويجب تملكه العقار

٣- عدم وجود معارضة تحريرية من المتعهد

ويراد بهذا الشرط قطع دابر النزاع بين الطرفين من حيث حصول المعارضة التحريرية من عدمه، فاشتراط أن تكون هذه المعارضة تحريرية. ويمكن أن تتحقق هذه المعارضة بأي وسيلة كتابية سواء كانت رسمية أو غير رسمية، إلا أنه يتعين، في الحالة الأخيرة، إثبات تبلغ المتعهد له بهذه المعارضة. كما يجوز أن تتم هذه المعارضة بالبريد المسجل أو العادي أو بأي وسيلة كتابية. وتبدو أهمية إثبات تاريخ المعارضة التحريرية في تحديد قيمة العقار وقت المعارضة باعتبار تاريخ هذه المعارضة هو تاريخ النكول الذي يتم حساب مقدار التعويض على أساسه كما أن هذا التاريخ يحدد ما إذا كانت المحدثات أو السكن في العقار سابقة أو لاحقة على المعارضة.

ويترتب على هذا، فإن وجود المعارضة التحريرية يحرم المتعهد له من طلب تملك العقار، والمعارضة التي تحول بين المتعهد له وبين طلب التملك، هي التي يكون تاريخها سابق على إحداث المنشآت أو الغراس، ولهذا فإن إقامة المتعهد دعوى منع المعارضة بعد أسبوعين من تاريخ التعهد يشكل معارضة تحريرية^(٥)؛ لكن إذا جاءت المعارضة التحريرية بعد إحداث المنشآت أو المغروسات أو سكنى العقار، فإنه لا يكون للمعارضة أي اثر حتى وان كانت تحريرية فلا تحول بين المتعهد له وبين طلب التمليك، " فالمعارضة التحريرية يجب أن تكون متزامنة مع التعهد وليس بعد فترة طويلة"^(٦)؛

الفرع الثاني

استخلاص شروط السبب الصحيح وفقا للتطبيق الخاص

أشار المشرع العراقي بشكل صريح إلى أن التعهد بنقل الملكية عقار يعتبر "سببا صحيحا" يبيح للمتعهد له طلب تملك العقار، إذا كان قد سكن العقار أو احدث فيه منشآت أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، بيد أن شروط هذا السبب الصحيح تختلف عن شروطه في كسب ملكية العقار بالحيازة، ويمكن استخلاص هذه الشروط من نص القرار المشار إليه وكذلك من التطبيقات القضائية لمحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية وهي:

١- أن يكون تصرفا قانونيا.

فقوام السبب الصحيح هو الإرادة وهي تتجه إلى إحداث اثر قانوني وهذا هو التصرف القانوني، إلا أن المشرع العراقي لم يقصر مفهوم السبب الصحيح على التصرفات القانونية فبعض الوقائع المادية اعتبرها المشرع العراقي من قبيل السبب الصحيح وذكر منها الاستيلاء على الأرض الموات^(٧) وكذلك الميراث والوصية وهذه الحالات تعتبر من قبيل الوقائع المادية لا من التصرفات القانونية، لان الأثر المترتب عليها ليس هو الذي اتجهت الإرادة إلى إنشائه،

٤ - الحكم رقم: ٢٠١٣/م/٨١٨ في ٢٠١٣/٧/٧ منشور لدى القاضي لفته هامل العجيلي: المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، ج ٢، ط ١، ص ٢٧٠.

٥ - الحكم رقم: ١٥٠٦/١٥٠٦/١٥٠٦ في ١٩٩٧/٧/٣١ محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية منشور لدى علي محمد ابراهيم الكرابسي: الموسوعة العديلية، العدد ٥٦، ١٩٩٨.

٥ - الحكم رقم: ١١١٦/١١١٦/١١١٦ في ١٩٩٤/١٠/١٣ منشور لدى هادي عزيز علي: المصدر السابق، ص ١٠٨. والحكم رقم ٩٦٥/٩٦٥/٩٦٥ في ٩٩٧/٦/١٩ منشور في نفس المجموعة، ص ١٠٩. وايضا حكم محكمة استئناف البصرة رقم: ١٧٤/ت/ب/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٩/٢٩ منشور لدى القاضي جعفر كاظم المالك والحامي عبد السادة شهاب العبادي: قرارات محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، ج ١، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٤١.

٤٨ - الغي صنف الارض الموات بموجب قانون توحيد اصناف الاراضي رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦.

ولهذا فان مفهوم السبب الصحيح يتسع في القانون المدني العراقي اتساعا ملحوظا ليشمل بعض الوقائع المادية إلى جانب التصرفات القانونية. ويترتب على هذا، أن التعهد بنقل ملكية عقار وان لم يعتبر من قبيل التصرف القانوني لأن الأثر الذي يترتب بموجبه ليس هو ما اتجهت إليه الإرادة لتعذر ترتيب هذا الأثر لبطلان العقد المتضمن هذا التعهد، وإنما هو اثر رتبة المشرع بحسبان أن هذا التعهد يمثل واقعة مادية هي السبب الصحيح الذي بموجبه أصبحت حيازة العقار وسكانه أو إنشاء أبنية فيه امرأ مشروعاً من وجهة نظر المتعهد له يرفع عن فعله شبهة الغصب ومن ثم يتيح له أن يطلب تملك العقار بناء على وجود هذا السبب الصحيح، والمشرع العراقي كان صريحاً في اعتبار هذا التعهد سبباً صحيحاً يتيح للمتعهد له طلب تملك العقار.

ورغم صراحة النص وعمومه في اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري سبباً صحيحاً، إلا أن محاكم الاستئناف تضاربت أحكامها في اعتبار التصرف الذي يتضمن التعهد بنقل ملكية العقار سبباً صحيحاً يبيح طلب التملك في اتجاهين: الأول، يقصر مفهوم السبب الصحيح الذي يبيح طلب التملك على عقد البيع غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري وهو اتجاه يقيد من حالات السبب الصحيح فيقصره على عقود البيع ويستثني من نطاق شموله التعهد الذي يرد في صورة هبة^(٢) أو مفاوضة^(١) أو وصية^(٣) أو في صورة عقد صلح إذا قدم العقار بدلاً للحق المصالح عنه كما يفهم من عدم الاعتداد بالتعهد ما لم يرد في صورة بيع . وهو اتجاه في نظرنا يخالف عموم النص الذي لم يخص وجود التعهد في عقد البيع فقط، بل جاء عاماً في صياغته، فكلمة تعهد دخلت عليها (ال) الجنس فأفادت العموم وكلمة (عقار) جاءت نكرة فأفادت العموم أيضاً، فمجرد وجود تعهد بنقل الملكية، أي كان تكييف العقد الذي يرد فيه هذا التعهد، يعتبر موفياً بمتطلبات القرار المذكور وتخصيصه من قبل بعض الاجتهادات القضائية يعد مخالفاً لقواعد التفسير التي تقضي بشمول كل ما يدخل تحت هذا العموم، ما لم يرد تخصيص لهذا العموم صراحة أو دلالة، ولم يرد في القرار مثل هذا التخصيص صراحة أو دلالة. أما الاتجاه الثاني فيكتفي بوجود التعهد ايا كان العقد الذي يرد

٤- حكم محكمة استئناف الكرخ الاتحادية رقم: ٣٩٧/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٢٨ منشور لدى القاضي رزاق جبار علوان: المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، بغداد، ٢٠١٣، ص ٣٢٧ حيث تقول " ثبت عدم وجود تعهد بنقل ملكية العقار وان المعاملة التي كان يروم المورث إجراؤها في دائرة التسجيل العقاري هي هبة وليست بيع..... وبذلك فان شروط التملك وفقاً للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ غير متحققة " ، بنفس المعنى حكم محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية رقم: ٦٣٣/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٧ منشور في نفس المجموعة، ص ٣٧٨. وايضا حكم محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية رقم: ١٤٨٧/م/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/١٣ منشور في مجموعة لفته هامل العجيلي، ص ٣٠٧.

٥- حكم محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية رقم: ٣٥٦/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٤/٢٣ منشور لدى في مجموعة القاضي رزاق جبار علوان : المصدر السابق، ص ٣٠٥. وقد جاء فيه " ان وكيل المميز اقر بالمعاوضة من خلال قوله بدفع الفرق بين العقارين..... وحيث استقر قضاء هذه الهيئة على ان مبادلة العقار بعقار لا يعتبر بيعاً بالمعنى المقصود بالقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وإنما معاوضة مما تكون معه الدعوى واجبة الرد". ويلاحظ عدم الدقة في صياغة عبارات الحكم القضائي بقوله ان مبادلة العقار بعقار ليست بيعاً بالمعنى المقصود بالقرار وكان الأجدد ان يقول ليس تعهداً بنقل الملكية كما ورد في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ رغم تحفظنا على قصر مفهوم التعهد بنقل الملكية على البيع. وفي حكم آخر بالعدد: ٧٢٠/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/٢٩ تقول نفس المحكمة " ...ان القرار ذي الرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل يسري على البيع المطلق فقط وهو بيع العين بالنقد ولا تسري أحكامه على بيع المفاوضة...." منشور في مجموعة القاضي رزاق جبار علوان، ص ٣٧٢ وكذلك حكم محكمة استئناف البصرة رقم: ٤٨/ت/ب/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٥ منشور في مجموعة المالكي والعبادي، ص ٥٣. ولا تعلم من اين جاءت المحكمة بهذا التحديد فالقرار يتحدث عن التعهد بنقل ملكية عقار بشكل عام دون ان يحدده بالبيع أو غيره.

٥- حكم محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية رقم: ٥٢٠/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٨/٢٨ منشور لدى في مجموعة القاضي رزاق جبار علوان : المصدر السابق، ص ٣٥٨ وقد جاء فيه " ان الوصية التي يستند اليها المميز في طلب التملك في دعواه المردودة لا تصلح سبباً لطلب التملك....." وفي حكم سابق لمحكمة استئناف بغداد قررت " ان الورقة المبرزة في اضبارة الدعوى غير مشمولة بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديله لكون العبارات الواردة فيها مضافة الى ما بعد الموت مما يجعلها تخرج من مخرج الوصية. القرار ٧٨١/حقوقية/١٩٩٠ في ١٩٩٠/٣/٢٦ منشورة في مجموعة المحامي هادي عزيز: التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ٧١.

فيه هذا التعهد بيعاً أو هبة أو مقايضة إعمالاً لعموم النص وهو ما ينسجم مع قواعد التفسير للنصوص القانونية وهذا الاتجاه الذي نراه أجدر بالترجيح رغم انه أصبح اتجاهاً مهجوراً.

٢- أن يكون التصرف صادراً من المالك.

وفي هذا الشرط يختلف السبب الصحيح وفقاً للقرار (١١٩٨) عنه في الحيابة المكسبة للملكية، فالسبب الصحيح في هذه الأخيرة يجب أن يكون صادراً من غير مالك، لأنه لو كان التصرف الناقل للملكية صادراً من المالك لنقل الملكية أو الحق العيني من تلقاء نفسه إلى الحائز دون حاجة للتمسك بالحيابة لكسب الملكية.

فلا يكون التعهد سبباً صحيحاً لطلب تملك العقار ما لم يكن المتعهد مالكا للعقار الذي تعهد بنقل ملكيته للمتعهد له، فبغير هذا الشرط يصبح بمقدور أي شخص أن يتعهد بنقل ملكية عقار غيره، وجاز للمتعهد له أن يطلب تملك العقار إذا احدث فيه منشآت أو غراساً أو سكن فيه، ولا يستطيع الملك أن يتمتع بالحماية المقررة عن طريق فكرة العقد الموقوف لان العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح والفرص محل المناقشة أن العقد لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري ولهذا لا يمكن أن يوصف التعهد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري بأنه عقد موقوف، فالمشرع لم ينظر الى التعهد على انه تصرف صحيح وإنما نظر اليه باعتباره واقعة مادية ورتب على هذه الواقعة المادية الحق في طلب التملك.

٣- أن لا يكون التصرف مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري.

فالقانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري يفرضان التسجيل ركناً في العقد لا يكون له اثر بدونه. وفي مفهوم السبب الصحيح وفقاً للقرار (١١٩٨) فان التصرف يجب أن لا يكون مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري؛ لأن التصرف لو كان مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري لنقل الملكية إلى المتعهد له بقوة القانون بحسبان أن العقد ورد على شيء معين بذاته، لكن لأن التصرف لم يسجل في الدائرة المختصة، فان المشرع أراد أن يعطيه أثراً، ليس هو الأثر المترتب باعتباره عقداً، وإنما باعتباره سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له طلب التملك، ولولا هذا التدخل التشريعي لما أمكن لمثل هذا التعهد أن ينتج أثراً، لكنه لا ينتج أثراً باعتباره تعهداً بل باعتباره سبباً صحيحاً في صورة واقعة.

وشرط عدم التسجيل هنا يختلف عنه في السبب الصحيح كشرط للحيابة المكسبة للملكية، فشرح القانون المدني العراقي يشترطون أن يكون السبب الصحيح مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري ويقررون خروج التصرفات غير المسجلة من عداد السبب الصحيح (رغم أن المشرع العراقي لم يشترط تسجيل السبب الصحيح صراحة^٥).

^٥ - محمد طه البشير ود. غني حسون طه: الحقوق العينية، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

^٥ - وهو الشرط الذي فرضه المشرع المصري كما بينا انفاً في تعريفه للسبب الصحيح في المادة (٣/٩٦٩) من القانون المدني بقوله "... يجب ان يكون مسجلاً طبقاً للقانون" فأصبحت المسألة لا تختمل اجتهاداً اما القانون المدني العراقي فلم يتضمن نصاً مماثلاً ومع ذلك يذهب شرح القانون المدني العراقي الى جوب تسجيل العقد حتى يمكن الاحتجاج به كسبب صحيح، ولا شك لدينا في سلامة هذا الاتجاه ذلك ان الملكية أو الحق العيني الوارد على عقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ولهذا يكاد يكون مستحيلان ان يتصرف بشخص بعقار غير مملوك له الا في الحالات التي يكون فيها الشخص مالكا الا ان ملكيته تزول باثر رجعي كالوارث الظاهر والمالك تحت شرط فاسخ... الخ

والواقع أن شرط عدم تسجيل العقد المتضمن تعهدا بنقل ملكية العقار يقابل شرط عدم ملكية المتصرف للعقار، وهو الشرط الذي يضيف على السبب الصحيح في القرار (١١٩٨) طابعه الخاص ويخرجه من كونه مجرد تطبيق لفكرة السبب الصحيح الواردة في المادة (٣/١١٥٨) من القانون المدني، فنكون بذلك أمام مفهوم للسبب الصحيح خاص بالقرار (١١٩٨) له وشروطه الخاصة.

أن فكرة السبب الصحيح الوارد ذكرها في القرار (١١٩٨) ذات مفهوم مغاير لفكرة السبب الصحيح الخاص بالتقادم المكسب لحق الملكية، وان كان يشترك معه في بعض الخصائص. فالسبب الصحيح في مضمون القرار السالف ليس مجرد شرط من بين شروط أخرى للتملك، بل انه سبب مستقل قائم بذاته لطلب تملك العقار المتعهد بنقل ملكيته.

فمن حيث نطاقه فانه يقتصر على كسب حق الملكية الوارد على العقار وحق التصرف بالأراضي الأميرية فقط، بخلاف كسب الملكية بالحيازة المقترنة بالتقادم فانه يشمل كسب ملكية العقار والمنقول وكذلك الحقوق العينية الأخرى.

ويمكننا القول، بقدر عالٍ من اليقين، أن المشرع العراقي بإصدار القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ وتعديله بالقرار (١٤٢٣) لسنة ١٩٨٣، قد وضع سببا جديدا من أسباب كسب ملكية العقارات الصرفة وحق التصرف بالأراضي الأميرية دون أن يشمل الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق المساطحة. وهذا السبب هو السبب الصحيح بشروطه التي عرضناها.

والواقع أن المشرع العراقي وهو يقرر مكنة المتعهد له طلب تملك العقار رغم وقوع العقد في دائرة البطلان لعدم استيفاء متطلبات الشكلية في دائرة التسجيل العقاري، أراد بذلك أن يعطي أثرا للتعهد رغم بطلانه لا باعتباره تصرفا قانونيا بل باعتباره سببا صحيحا في صورة واقعة قانونية يبيح للمتعهد له طلب التملك.

أن النظر السالف من قبل المشرع ينسجم تماما مع مفهوم السبب الصحيح الوارد في المادة (٣/١١٥٨) من القانون المدني الذي لم يقصره على التصرفات القانونية بل امتد ليشمل بعض الوقائع المادية.

وفضلا عن ذلك، لا يمكن القول أن التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل العقاري أصبح عقدا رضائياً، وان طلب التملك أمام القضاء نوعا من التنفيذ الجبري للالتزام بنقل الملكية، لان المشرع لم يقرر مثل هذه المكنة للمتعهد له على أساس التعهد وحده، بل اشترط، إضافة لوجود التعهد، أن يكون المتعهد له قد أحدث منشآت أو سكن العقار أو غرس العقار الزراعي بالأشجار الدائمة، ولو لم يشترط المشرع هذا الشرط الأخير لامكن القول بارتياح ودون تردد أن التعهد بنقل ملكية العقار غير المسجل في الدائرة المختصة أصبح عقدا رضائياً.

كما لا يمكن القول برضائية العقد إذا كان إنتاج آثاره يتوقف على عدم وجود معارضة تحريرية من قبل المتعهد، لان لزوم العقد لا يتوقف على أرادة احد الأطراف فالعقود - بحسب الأصل ملزمة بذاتها- ولا ينال من لزومها وجود معارضة تحريرية أو شفوية من المتعهد،

واشترط عدم وجود المعارضة يطيح بإلزامية هذا التعهد ويجعل وجوده وعدم وجوده سواء ويصبح تكليف التعهد بنقل الملكية من قبيل العقد الرضائي مجافيا للحقيقة.

خاتمة البحث

تباين الرأي لدى فقهاء القانون المدني العراقي حول الأساس القانوني للتعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار الذي قرره المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي وقد لاحظنا أن الرأي قد انقسم بين قائل بالمسؤولية العقدية وبين من قال بالمسؤولية التقصيرية، وقد وجدنا أن الأساس الأفضل لهذه المسؤولية هو المسؤولية التقصيرية على أساس الإخلال بواجب قانوني فرضه المشرع ومن ثم فإن التعويض الذي يحكم به على المتعهد يستند إليها.

وقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ وتعديله بالقرار (١٤٢٣) لسنة ١٩٨٣ ليعطي المتعهد له مكنة طلب تملك العقار إذا كان قد سكن العقار أو احدث فيه مغروسات أو منشآت بدون معارضة تحريرية من المتعهد، مما أثار التساؤل حول طبيعة التعهد بنقل ملكية عقار وفيما إذا كان تملك العقار للمتعهد له من قبيل التنفيذ العيني الجبري او لا ؟

إن الاعتراف بصحة الطبيعة العقدية للتعهد بنقل ملكية عقار ينسف التنظيم التشريعي للعقود الناقلة لملكية عقار، فهذا التنظيم يقوم على أساس اعتبار التسجيل في الدائرة المختصة ركنا في العقد لا يصح بدونه، ولهذا طرحنا فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك بحسبان ان المشرع العراقي اوجد سببا جديدا لطلب تملك العقار، الا ان الشروط الخاصة بهذا السبب الصحيح تختلف عن الشروط العامة للسبب الصحيح التي أوردها المشرع في باب الحيازة.

والحقيقة ان المشرع أشار بصورة واضحة الى هذا التكليف ومن ثم لا يصح تجاوز ما قرره المشرع في هذا الباب لتعذر تقديم أساس بديل ينسجم مع التنظيم التشريعي لعقد بيع العقار.

الا ان ما يلاحظ ان محاكم الاستئناف، التي تنظر الطعون التي ترد على أحكام محاكم البداية التي تنظر دعاوى التملك بموجب القرار المذكور بصفتها محكمة تمييز، قد قصرت تطبيق القرار على التعهدات التي ترد في صورة عقد بيع ورفضت الحكم بتمليك العقار اذا ورد التعهد بنقل الملكية في صورة أخرى غير البيع وهو اتجاه نتمنى ان يعدل عنه لان مثل هذا الاجتهاد يتنافي مع الفلسفة التي صدر القرار استجابة لها.

المصادر

الكتب

- ١- أبو السعود، رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
- ٢- الذنون، حسن علي: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، بغداد، ١٩٥٢.
- ٣- الذنون، حسن علي: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، بغداد، ١٩٥٣.
- ٤- الذنون، حسن علي: النظرية العامة للالتزامات، مكتبة السنهوري، بغداد.
- ٥- الحكيم، عبد المجيد: الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

- ٦- حيدر، شاكرا ناصر: الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٧١.
- ٧- ثروت، كمال قاسم: شرح أحكام عقد البيع، ط٢، بغداد، ١٩٧٦.
- ٨- سعد، نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٩- السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، عقد البيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ١٠- السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، المجلد الثاني، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ١١- الفضلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.
- ١٢- عبد الله، هدى: النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، مكتبة صادر ناشرون، ٢٠٠٤.
- ١٣- طه، غني حسون: عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ١٤- طه، غني حسون ومحمد طه البشير: الحقوق العينية، ج١، الحقوق العينية الأصلية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

ب- الرسائل

- ١- الجميلي، اسعد عبيد عزيز: بيع العقار في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة بغداد، ١٩٨٤.
- ٢- الجميلي، سليمان براك: المفاوضات العقدية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة النهدين، ١٩٩٨.
- ٣- كاظم، عادل جواد: الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة النهدين، ٢٠١٦.

ج- الأبحاث

- ١- خاطر، صبري حمد: تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بتعهد نقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، مجلد٦، العدد الأول والثاني، بغداد ١٩٨٧.
- ٢- درادكة، فؤاد صالح: التعهد بنقل ملكية عقار- دراسة فقهية وقضائية في القانونين المدني الاردني والعراقي، مجلة الحقوق، يصدرها مجلس النشر العلمي، العدد الأول، السنة الثانية والثلاثون، مارس، ٢٠٠٨.
- ٣- الصراف، عباس: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل، العدد الأول، السنة الثانية، بغداد، ١٩٧٧.
- ٤- طه، غني حسون: التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، عدد خاص بمناسبة اليوم الماسي للكلية، مايس، ١٩٧٤.
- ٥- ناجي، غازي عبد الرحمن: نظرة في قرار مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ و ١٤٢٣ لسنة ١٩٨٣ وأثرهما على شرط تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، الأعداد الأول والثاني والثالث والرابع، ١٩٨٥.

د- المجموعات القضائية

- ١- العجيلي، لفته هامل: المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣.
- ٢- العجيلي، لفته هامل: المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، ج٢، ط١، ٢٠١٤.
- ٣- علوان، القاضي رزاق جبار: المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، بغداد، ٢٠١٣.
- ٤- علي، المحامي هادي عزيز: التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، ج٢، التعهد بنقل ملكية عقار، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٨٨.
- ٥- المالكي، القاضي جعفر كاظم والمحامي عبد السادة شهاب العبادي: قرارات محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، ط١، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١.

هـ- القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٣- قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

- ٤- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧.
- ٥- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٤٢٣) لسنة ١٩٨٣.